

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2006-3-151 (Devralma)
Karar Sayısı : 06-92/1175-353
Karar Tarihi : 20.12.2006

10 **A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER**

Başkan : Mustafa PARLAK
Üyeler : Tuncay SONGÖR, Rifki ÜNAL, Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI,
Süreyya ÇAKIN, Mehmet Akif ERSİN

B. RAPORTÖRLER: Meltem BAĞIŞ AKKAYA, Zeynep MADAN

**C. BİLDİRİMDE
BULUNAN**

20 : Hedef Alliance Holding A.Ş. ve Vizyon Kozmetik Gıda
Ecza Temizlik ve İhtiyaç Maddeleri Turizm İnşaat
Sanayi Ticaret A.Ş. Temsilcisi: Av. Erhan TÜRKOĞLU
Rıhtım Cad. Galata Şarap İskelesi Sok. 6. Vakıfhan No:10
3. Kat Karaköy 34425 İstanbul

D. TARAFLAR

: Hedef Alliance Holding A.Ş.
Göztepe Mah. Orhangazi Cad. Karanfil Sok. No:64/4
Bağcılar-İstanbul

30 : Vizyon Kozmetik Gıda Ecza Temizlik ve İhtiyaç Maddeleri
Turizm İnşaat Sanayi Ticaret A.Ş.
Bahçekapı Mah. 6. Cad. 85. Sokak No:5 Etimesgut-Ankara

E. DOSYA KONUSU: Vizyon Kozmetik Gıda Ecza Temizlik ve İhtiyaç Maddeleri Turizm İnşaat Sanayi Ticaret A.Ş. hisselerinin %69.38'inin Hedef Alliance Holding A.Ş. tarafından devralınması işlemine izin verilmesi talebi.

40 **F. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 28.11.2006 tarih ve 8069 sayı ile giren ve en son 8.12.2006 tarih ve 1367 sayı ile eksikleri tamamlanan bildirim üzerine, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesi ile 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in ilgili hükümleri uyarınca yapılan inceleme sonucu düzenlenen 15.12.2006 tarih ve 2006-3-151/Öİ-06-MBA sayılı Birleşme/Devralma Raporu, 18.12.2006 tarih ve REK.0.07.00.00-120/339 sayılı Başkanlık Önergesi ile 06-92 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili Rapor'da;

50 - Vizyon Kozmetik Gıda Ecza Temizlik ve İhtiyaç Maddeleri Turizm İnşaat Sanayi Ticaret A.Ş. hisselerinin %69.38'lik kısmının Hedef Alliance Holding A.Ş.

tarafından devralınması işleminin, 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında bir işlem olmakla birlikte, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi anlamında hâkim durum yaratan veya mevcut bir hâkim durumu güçlendiren ve bunun sonucunda ülkenin bütünü yahut bir kısmında ilgili ürün piyasalarındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuran bir işlem olmadığı, bu nedenle bildirim konu devralma işlemine izin verilmesi gerektiği;

60 - diğer yandan devir işlemi düzenleyen Hisse Alım ve Satım Sözleşmesi'nin 7.1. maddesinde süresiz olarak öngörülen gizlilik yükümlülüğüne, 2 yıl ile sınırlanması koşuluyla yan sınırlama sayılarak bildirim konu işlem ile birlikte izin verilebileceği

sonucuna ulaşıldığı ifade edilmektedir.

H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. Taraflar

70 **H.1.1. Vizyon Kozmetik Gıda Ecza Temizlik ve İhtiyaç Maddeleri Turizm İnşaat Sanayi Ticaret A.Ş. (Vizyon Kozmetik)**

Vizyon Kozmetik, itriyat, kozmetik ve kişisel bakım ürünleri ve gıda malzemelerinin toptan dağıtımını yapmak üzere 170323-merkez sicil numarası ile Ankara Ticaret Sicili'ne tescil edilmiştir. Bahse konu şirket esas olarak itriyat ve kozmetik ürünlerinin dağıtımını ile iştigal etmektedir.

Vizyon Kozmetik'in devir işlemi öncesi ve sonrası ortaklık yapısına aşağıdaki tablolarda yer verilmiştir:

80 Tablo 1: Vizyon Kozmetik'in İşlem Öncesi Ortaklık Yapısı

Hissedarlar	Hisse Oranı (%)
Mehmet İhsan Ender	55
Emrullah Ekinci	28,2
Enver Ekinci	4
Nurettin Ekinci	4
Abdurrazzak Ekinci	4
Gazi Can	0,8
Hilmi Can	4
Toplam	100

Tablo 2: Vizyon Kozmetik'in İşlem Sonrası Ortaklık Yapısı

Hissedarlar	Hisse Oranı (%)
Emrullah Ekinci	8,80
Enver Ekinci	4,31
Nurettin Ekinci	4,31
Abdurrazzak Ekinci	4,31
Hilmi Can	4,50
Ahmet Ekinci	4,31
Hedef Alliance	69,38
Toplam	100

Vizyon Kozmetik'in yönetim kurulu Emrullah Ekinci, Enver Ekinci, Nurettin Ekinci, İsmail Sarı'dan oluşmaktadır.

Dosya mevcudu bilgi ve belgeden, Vizyon Kozmetik'in faaliyet alanı içinde gıda dağıtımını yer alsa da 2005 yılında gıda dağıtımını yapmadığı; dolayısıyla da anılan yıla ait cirosunu itriyat ve kozmetik dağıtım pazarından elde ettiği anlaşılmıştır.

90

H.1.2. Hedef Alliance Holding A.Ş. (Hedef Alliance)

İlaç, kozmetik ve itriyat mamulleri dağıtım sektörlerinde faaliyet gösteren iştiraklerini yönetmeyi amaçlayan bir holding şirketi olan Hedef Alliance, 40053-347635 sicil numarası ile İstanbul Ticaret Sicili'ne tescil edilmiştir. Hedef Grubu, Türkiye genelinde faaliyet gösteren ilaç, kozmetik ve itriyat üreticilerinden kendi nam ve hesabına satın aldığı ilaç, kozmetik ve itriyat mamullerini iştirakleri aracılığıyla perakendecilere satmakta olup, ana faaliyet alanını ilaç dağıtımını oluşturmaktadır. Hedef Alliance'ın yönetici şirketi olması sebebiyle ilgili ürün pazarında cirosu yoktur.

100

Hedef Alliance hisselerinin %50'si Alliance Unichem Plc ve Richard Wake Chemist Ltd.'ye diğer %50'si ise Sancak İnşaat Turizm Nakliyat ve Dış Ticaret A.Ş.'ye aittir. Sancak İnşaat Turizm Nakliyat ve Dış Ticaret A.Ş., Hedef Alliance'ın 8 kişilik yönetim kurulunda 5 yönetim kurulu üyesi ile temsil edilmekte ve Hedef Alliance'ın kontrolünü elinde bulundurmaktadır.

Hedef Alliance'ın yönetim kurulu Ethem Sancak (Başkan), Mehmet Sait Sancak (Başkan Vekili), Stefano Pessina, Richard John Mills, Yavuz Canevi, Anjela Bebase, Haydar Sancak, Necat Sancak'tan oluşmaktadır.

110

Hedef Alliance, tek başına kontrol ettiği ve ilaç, kozmetik ve itriyat mamulleri dağıtım sektörlerinde faaliyet gösteren 4 iştiraki aracılığıyla ilaç, kozmetik ve itriyat mamulleri dağıtım işlerini sürdürmektedir. Dosya mevcudu bilgi ve belgeden, Hedef Alliance tarafından kontrol edilen ve ilgili pazarlarda faaliyet gösteren iştiraklerinin; Hedef Ecza Deposu Ticaret A.Ş. (Hedef Ecza), Esko İtriyat Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Esko), Es Ecza Deposu Ticaret ve Sanayi A.Ş. (Es Ecza), Sancak Ecza Deposu Ticaret A.Ş. (Sancak Ecza) olduğu anlaşılmıştır.

120

Hedef Ecza, Es Ecza, Sancak Ecza Hedef Alliance'ın bağlı ortaklığı olup esas olarak ilaç dağıtım sektöründe faaliyet göstermekte ve az da olsa itriyat ve kozmetik işleriyle de iştigal etmektedirler. Esko ise Hedef A.Ş.'in iştiraki olup yerli ve ithal itriyat ve kozmetik ürünlerinin pazarlanması amacıyla 1989 yılında kurulmuştur.

H.2. İlgili pazar

Devralma işleminin tarafı olan şirketler itriyat ve kozmetik ürünleri dağıtımını ile ilaç ve gıda dağıtım alanlarında faaliyet göstermekle birlikte, işlemin esas itibarıyla itriyat ve kozmetik ürünleri dağıtım pazarını etkilemesi ve dolayısıyla yoğunlaşmanın bu alanda meydana gelmesi beklendiğinden esas olarak bu alanlara yönelik pazar bilgilerine yer verilmiştir.

130

H.2.1. İlgili Ürün Pazarı

1997/1 sayılı Tebliğ'in 4. maddesine göre, devralma işlemlerinde devre konu mal veya hizmetler ile tüketicinin gözünde fiyatı, kullanım amaçları ve nitelikleri bakımından aynı sayılan mal veya hizmetlerden oluşan pazar ilgili ürün pazarını oluşturmaktadır. Dolayısıyla belirli bir ürün ve onunla yüksek ikame edilebilirliği olan diğer ürünlerden oluşan pazar ilgili ürün pazarının tanımında temel alınmaktadır.

140

31.1.2001 tarih ve 01-06/54-17 sayılı Kurul kararında ilaç ve itriyat dağıtım hizmetlerinin farklı hizmetler olduğu ve ikame edilemediği, ilaç mamulleri perakendecileri ile itriyat mamulleri perakendecilerinin farklılık taşıdığı; rekabet koşullarının aynı olmadığı hususları dikkate alınarak ilgili ürün pazarı "ilaç ürünlerinin toptan satışı" ve "itriyat mamullerinin toptan satışı" şeklinde iki ayrı pazar olarak belirlenmiştir.

150

Diğer yandan devre konu teşebbüs - Vizyon Kozmetik – esas olarak faaliyetlerini itriyat ve kozmetik ürünleri dağıtım sektöründe sürdürmektedir. Kozmetik ve itriyat ürünleri dağıtım pazarı ise oldukça benzer mal ve hizmetler içermektedir. Bu pazarda yer alan ürün grupları saç bakım, ağız bakım, traş ürünleri, kâğıt ürünleri ve vücut bakım ürünleri olarak tasnif edilmektedir.

Yukarıda yer verilen ürün gruplarının, itriyat ve kozmetik mamulleri dağıtım pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin önemli çoğunluğu tarafından aynı anda dağıtım yapıldığından, pazarın alt pazarlara ayrılmasının söz konusu işlem bakımından önemli bir değişikliğe yol açmayacağı kanaatine ulaşılmıştır. Dolayısıyla ilgili ürün pazarı "*itriyat ve kozmetik ürünleri dağıtım pazarı*" olarak belirlenmiştir.

160

Dosya mevcudu bilgi ve belgeden, ilgili ürün pazarında pazar payları %2'nin altında olan 54 teşebbüsün faaliyet gösterdiği ve pazarın hayli dinamik özellikler sergilediği anlaşılmıştır. Perakende noktalara satış yapan toptancıların yanı sıra nihai tüketicilere doğrudan satış yapan Amway, Oriflame, Avon gibi yabancı menşeli teşebbüsler de bulunmaktadır. Ayrıca pazara girmek için yasal ya da idari her hangi bir engel de yoktur. İlgili ürün pazarına belirli il veya illerde faaliyet göstermek için girilebileceği gibi Türkiye'nin tamamında faaliyet göstermek üzere de giriş yapılabilir. Genellikle belirli bölgelerde faaliyet göstermek üzere pazara giren teşebbüsler faaliyet alanlarını Türkiye'yi kapsayacak şekilde genişletmektedir. Faaliyetin dağıtım ile ilgili olması nedeniyle mahdut sermayeye ihtiyaç duyulmaktadır; dolayısıyla pazara girişte zorluk bulunmamaktadır. Ayrıca asıl faaliyeti başka ürünlerin dağıtımını olan şirketler istedikleri takdirde diğer ürünlerin yanında itriyat ve kozmetik ürünlerinin de dağıtımına kolaylıkla başlayabilmektedir. Dolayısıyla itriyat ve kozmetik ürünleri dağıtım pazarında yoğun rekabet yaşandığı kanaatine varılmıştır.

170

H.2.2. İlgili Coğrafi Pazar

İlgili coğrafi pazara giriş, üretim, dağıtım, pazarlama ve satış şartlarının bölgesel bir farklılık göstermediği ve devre konu şirketlerin bu türden faaliyetlerini ülke çapında yürüttükleri göz önüne alınarak, ilgili coğrafi pazar "Türkiye Cumhuriyeti sınırları" olarak tespit edilmiştir.

180

H.3.Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

H.3.1. İşlemin Niteliği

190 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesine göre bir işlemin devralma sayılabilmesi için, "herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları devralması ve kontrol etmesi" gerekmektedir.

Dosya mevcudu bilgi ve belgelere göre, devralma işlemi ile birlikte Vizyon Kozmetik'in hisselerinin %69.38'lik kısmı yine aynı pazarda faaliyet gösteren Hedef Alliance tarafından devralınmaktadır. İşlemin tarafları bağımsız birer teşebbüs olup, işlem sonrası Vizyon Kozmetik'in mal varlığı ve kontrolü Hedef Alliance'a geçecektir. Dolayısıyla bildirim konu işlem, 1997/1 sayılı Tebliğ anlamında bir devralmadır.

200 Birleşme veya devralma kabul edilen bir işlemin, Rekabet Kurulu'nun iznine tâbi bir işlem olarak değerlendirilebilmesi için, aynı Tebliğ'in 1998/2 sayılı Tebliğ ile değişik 4. maddesine göre, "...işlemi gerçekleştiren teşebbüslerin, ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasında, toplam pazar paylarının, piyasanın %25'ini aşması veya bu oranı aşmasa bile toplam cirolarının yirmi beş trilyon Türk Lirası'nı aşması..." gerekmektedir. Tarafların ilgili ürün pazarındaki cirolarına ve pazar paylarına aşağıdaki tabloda yer verilmiştir:

Tablo 3: Tarafların İlgili Ürün Pazarındaki Ciroları ve Pazar Payları

	Ciro (YTL)	Pazar Payı (%)
Hedef Alliance İştirakleri	(.....)	(....)
Hedef Ecza	(.....)	(....)
Esko	(.....)	(....)
Sancak Ecza	(.....)	(....)
Es Ecza	(.....)	(....)
Hedef Alliance Grup Toplam		
Vizyon Kozmetik	(.....)	(....)
TOPLAM	(.....)	(....)

210 Yukarıdaki tablodan da görüldüğü üzere devir işlemi, tarafların ilgili pazarlardaki toplam pazar payları bakımından 1997/1 sayılı Tebliğ'de öngörülen %25 pazar payı eşiğinin altındadır. Ancak söz konusu işlem, tarafların toplam ciroları (..... YTL) açısından, ilgili Tebliğ kapsamında izne tabidir.

H.3.2.Hukuki Değerlendirme

220 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesinde "hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak ülkenin bütünü ya da bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu" doğuracak birleşme ve devralmalar rekabet hukukuna aykırı kabul edilerek yasaklanmıştır.

Dosya konusu işlem, Vizyon Kozmetik'in hisselerinin %69,8'ini temsil eden ve Mehmet İhsan Ender ile Emrullah Ekinci'nin ait hisselerin Hedef A.Ş. tarafından devralınmasıdır. Taraflar bu işlemin gerçekleşmesine yönelik olarak 27.11.2006 tarihinde Hisse Alım ve Satım Sözleşmesi (Hissedarlık Sözleşmesi) imzalamışlardır.

230 Dosya mevcudu bilgi ve belgeden; Vizyon Kozmetik'in ortaklarının başka bir yatırıma kaynak sağlayabilmek amacıyla hisselerini satmak istedikleri, bir yandan da Vizyon Kozmetik'in ticaret hacmini artırmayı hedefledikleri anlaşılmıştır. Dolayısıyla Vizyon Kozmetik'in Hedef Alliance Holding A.Ş.'ye hisse satmaktaki asıl amacı, Hedef Alliance'in yabancı ortağı olan Alliance Boots Grubu'nun dağıtım ve perakendecilik konularında sahip olduğu bilgi ve tekniklere kavuşmak ve bu grubun dünya çapındaki etkinliğinden yararlanarak özellikle Asya ülkeleri ile Arap ülkelerine Türkiye'deki üreticilerin itriyat ve kozmetik ürünlerinin dağıtımını yapabileme imkânına kavuşmaktır¹.

240 Öncelikle belirtilmelidir ki, inceleme konusu devralma işleminin herhangi bir pazarda yoğunlaşma doğurucu etkisi yoktur. Zira tarafların faaliyette buldukları pazarlar olan itriyat ve kozmetik pazarları yoğunlaşmış bir yapı sergilemekten uzaktır.

Diğer yandan Bildirim Formu'nda Vizyon Kozmetik'in ortakları arasında gerçekleştirilen hisse devri işleminin izne tabi olup olmadığı sorulmaktadır. Vizyon Kozmetik ortakları arasında gerçekleştirilen hisse devri, grup içi bir işlem olduğundan 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında bir işlem değildir.

H.3.3. Yan Sınırlamalar: Gizlilik Yükümlülüğü

250 Hisse Alım ve Satım Sözleşmesi'nin 7.1 maddesinde tarafların gizli bilgileri ifşa etmesi süresiz olarak yasaklanmaktadır.

260 Yan sınırlamalar ve bu çerçevede gizlilik yükümlülükleri, yoğunlaşmayı meydana getiren sözleşmenin ana amacının yanında sözleşmenin hukuki getirilerinden yararlanılmasına yönelik düzenlemeler olarak nitelendirilebilir. Kurul uygulamalarında alıcıların satıcılara getirdiği gizlilik yükümlülükleri, alıcıların devraldıkları maddi ve maddi olmayan varlıkların değerinden tam olarak yararlanmalarının, bu çerçevede alıcının yaptığı yatırımın karşılığını tam olarak almasının bir aracı olarak görülmektedir. Bu yönüyle devralma işleminde satıcılara getirilen gizlilik yükümlülükleri, yoğunlaşmanın uygulanabilmesi için yoğunlaşma ile doğrudan ilgili ve gerekli sayılmaktadır.

Genel olarak gizlilik yükümlülüklerinin yan sınırlama kavramı çerçevesinde yoğunlaşma işlemi ile birlikte değerlendirilebilmesi için, yoğunlaşma ile doğrudan ilgili ve gerekli olma kriterinin yanı sıra "sadece taraflar açısından kısıtlayıcı olma" ve "orantılılık" kriterlerini de sağlaması gerekmektedir. Bu kriterler çerçevesinde gizlilik yükümlülüğüne ilişkin hükmün değerlendirilmesi gerekmektedir.

¹ Alliance Unichem Plc, Londra ve Paris borsalarına kote edilmiş halka açık bir şirket olup Londra Borsasına kote edilmiş halka açık bir diğer şirket olan Boots Group Plc tarafından devralınmıştır. Söz konusu devralma işlemine 06-16/190-50 sayılı Rekabet Kurulu kararıyla izin verilmiştir.

270 **H.3.3.1. Sadece Taraflar Açısından Kısıtlayıcı Olma İlkesi**

Yan kısıtlama olarak tanımlanacak düzenlemenin, yoğunlaşmanın tarafları olan teşebbüslerin pazardaki hareket özgürlüklerini sınırlandırması, ancak; yoğunlaşma işleminin kaçınılmaz sonucu olmadığı müddetçe, üçüncü kişi ya da teşebbüslere ekonomik davranışlarını etkileyecek ya da bu teşebbüslerin zararına olacak herhangi bir kısıtlama içermemesi gerekmektedir. Bu genel prensip devralma işlemlerinde gizlilik yükümlülükleri özelinde değerlendirildiğinde, bu yükümlülükler taraflara, tarafların bağlı kuruluşlarına ya da tarafların temsilcilerine getirilebilmektedir.

280 Hisse Alım ve Satım Sözleşmesi'nin 7.1 maddesinde yer verilen gizlilik yükümlülüğü bu yönüyle değerlendirildiğinde yasaklamanın taraflara getirildiği görülmektedir. Dolayısıyla yasaklamanın, getirilebileceği kişiler bakımından makul bir sınırlamadır.

H.3.3.2. Orantılılık İlkesi

Bir kısıtlamanın yan sınırlama olarak kabul edilmesinde yalnızca kısıtlamanın niteliğinin değil aynı zamanda kapsamının, süresinin ve coğrafi uygulama alanının da işlemin yürütülebilmesi için gerekli olandan fazla sınırlanmış olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

290 Devralma işlemlerinde getirilen gizlilik yükümlülüklerinin kapsamının devralınan unsurların ilgili olduğu ürün ve hizmetlerle sınırlı olması gerekmektedir. Söz konusu işlem bakımından gizlilik konusu edilen unsurlar, devralma işlemiyle öğrenilen hususlara ilişkindir; dolayısıyla işlemin özüne yöneliktir. Gizlilik yükümlülüğünün sözleşme konusuna yönelik getirildiği, bu yönüyle makul olduğu kanaatine varılmıştır.

300 Ele alınan gizlilik yükümlülüğü süre yönünden de değerlendirilmelidir. Genelde ticari itibarın devrinin söz konusu olduğu işlemlerde iki yıl, ticari itibarla birlikte know-how devrinin gerçekleştiği işlemlerde ise üç yıllık gizlilik yükümlülüğü süresi makul bulunmaktadır. Bildirime konu işlemin ticari itibar devrini içerdiği, bu yönüyle sözleşmede süresiz olarak öngörülen gizlilik yükümlülüğünün, 2 yıl olarak yeniden düzenlenmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.

I. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre;

- 310 1. Bildirim konusu işlemin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu kanun'a dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" kapsamında izne tabi olduğuna, ancak işlem sonucunda aynı Kanun maddesinde belirtilen nitelikte hakim durum yaratılmasının veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesinin ve böylece ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmadığına, OYBİRLİĞİ ile

06-92/1175-353

2. Hisse Alım ve Satım Sözleşmesi'nin 7.1. maddesinde süresiz olarak öngörülen gizlilik yükümlülüğünün, 2 yıl ile sınırlandırılması koşuluyla yan sınırlama sayılarak, işleme izin verilmesine OYÇOKLUĞU ile

karar verilmiştir.

20.12.2006 Tarih ve 06-92/1175-353 Sayılı Kurul Kararı'na

KARŞI OY GEREKÇESİ

İlgili Karar'da, "Hisse Alım Sözleşmesi" nin 7.1. maddesindeki süresiz olarak öngörülen "gizlilik yükümlülüğü" yan sınırlama sayılarak ve 2 yıl ile sınırlandırılarak "işlem"e izin verilmiştir. Aşağıdaki gerekçelerle Karar'ın 2. maddesine katılamıyorum:

1. Sözleşmenin 7.1.maddesi aynen şu şekildedir: "Taraflar, bu Sözleşme sebebiyle edindikleri ve daha önce ellerinde bulunmayan ya da bu Sözleşme'nin herhangi bir hükmünün ihlali dışında herhangi bir yolla kamunun bilgisinde olmayan veya kamunun bilgisine girmeyen, Şirket, Taraflar veya Bağlı Kişiler ile ilgili hiçbir bilgiyi üçüncü şahıslara ifşa etmeyeceklerdir. Bu madde "Sözleşme"nin her ne suretle olursa olsun sona ermesi halinde yürürlükte kalmaya devam edecektir."

2. Görüldüğü ve anlaşılacağı üzere, Sözleşme'nin ilgili maddesi, Sözleşme'yi yapan taraflar arasında varılan, "tabii hak" kâbilinden bir mutâbakatı ihtiva etmektedir. Bu tür sözleşmelerin yapılması ve hukukî teminata kavuşturulması, teşebbüs ve sözleşme hürriyetinin, serbest rekabetin ve hukuk düzeninin "olmazsa olmaz"ıdır. Rekabetin varlığı ve işleyişi böyle bir zeminin varlığı ile mümkündür. Rekabet savunuculuğu, ancak böyle bir ortamın varlığı halinde sonuç verecektir. Halbuki, Kurul, bu temel varsayımlara aykırı olarak, Hisse Alım Sözleşmesi'nin ilgili maddesini, genel olarak ve teâmül gereği bu tür sözleşmelerde bulunan ve rekabet dışı alanları da kapsayan "gizlilik yükümlülüğü" olarak değerlendirmemiştir. Karar, Sözleşme'deki "gizlilik yükümlülüğü"nü, rekabeti sınırlayıcı olduğu düşüncesiyle, daha çok, "rekabet yükümlülüğü" şeklinde anlaşılması ve yorumlanması esasına dayandırılmıştır.

3. Sözleşme ile, Taraflar, borçlar hukukunun ve diğer mevzuatın kendilerine tanıdığı hak ve teminatlar çerçevesinde karşılıklı rızaya dayanan bir "anlaşma"ya imza atmışlardır. Tarafların, devralma müzâkereleri sırasında karşılıklı olarak, birbirleriyle ilgili önemli bilgilere sahip oldukları düşünülür ise, Sözleşme'nin 7.1. maddesi, esasen bu bilgilerin ifşâ edilmemesine dönüktür ve hiçbir şekilde, doğrudan "rekabet" açısından sakıncalar doğuracağı kaygısı ile ele alınmayacak kadar açıktır. Kabul edilmelidir ki, sözleşme sürecinde ve daha sonraki dönemlerde kişiler, işletmeler ve yapılan işle ilgili üçüncü şahıslara veya kamuya açıklanmasında sakınca görülen hususlar olabilir ve bunların ifşâ edilmemesi karşılıklı taahhülle teminat altına alınmak istenilebilir. Meselâ, devralma taraflarının, şahsî hayatlarına, kişiliklerine, aile veya gruplarına ilişkin ya da yönetim, organizasyon, finans, üretim, pazarlama, ar-ge...gibi faaliyet alanları ile ilgili birtakım "sır"ları var ise, bu sırların kamuoyuna mal olmasını ve başkaları tarafından bilinmesini istememeleri, onların en tabii hakları değil midir?

4.Devralma işlemlerinde getirilen "yan sınırlama" kapsamındaki gizlilik yükümlülüklerinin, devralınan unsurların ilgili olduğu ürün ve hizmetlerle sınırlı olması gerektiği bilinmektedir. Daha açık ifadeyle, bir devralma işleminde, "gizlilik

yükümlülüğü” değerlendirilir iken, rekabet açısından sakıncalı bir durumun var olup olmadığının belirlenmesi esastır: Sözleşme, kimler arasında yapılmıştır, ne tür hükümler ihtiva etmektedir, ilgili ürünün ve pazarın özellikleri nedir, tarafların piyasa payları, Pazar güçleri ne düzeydedir, rakipler kimlerdir, piyasaya giriş ve çıkışlar kolay mıdır, zor mudur? Kısaca, devralma gerçekleştiğinde, rekabet, bu durumdan nasıl etkilenecektir? Bu sorular çerçevesinde, mutâbakata varılan ilgili sözleşme maddeleri ile getirilen “yan sınırlama”ların, devralma ile doğrudan ilgili, sadece taraflar açısından kısıtlayıcı ve “orantılılık ilkesi”ne uygun olmasına dikkat edilir. Yapılan değerlendirme sonucunda, eğer var ise, doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti etkileyeceği varsayılan hususlarla ilgili sözleşme hükümlerinin sakıncaları giderilmeye çalışılır ve gerekirse yasak ve sınırlamalar getirilir.

5. Hâl böyle iken, sözü edilen hususlar bir tarafa bırakılarak, tarafların mutâbık olduğu 7.1. maddenin sınırları daraltılmış ve madde, sadece rekabeti sınırlayan bir düzenleme olarak yorumlanmış, sonuç olarak da, bir bakıma, Rekabet Kurulu kararına konu olmaması gereken bir alanda, “gizlilik yükümlülüğünün 2 yıl ile sınırlandırılması” gibi bir karar verilmiştir. Kurul, daha farklı bir yaklaşımı benimsemek yerine, öteden beri var olan uygulamasına göre hareket etmiş, mevcut devralma işleminde know-how devri veya başka tür uzun süre izin vermeyi gerektiren özellikler görmemiş, işlemi “ticârî itibar” devri telâkki ederek, 2 yıllık bir gizlilik yükümlülüğünü, makûl yan sınırlama olarak kabul etmiştir. İlgili Kurul Kararı’nın ikinci maddesiyle, yani “süresiz gizlilik yükümlülüğü”nün 2 yıl ile sınırlandırılması ile, rekabet açısından ne yapılmak istenildiği belli değildir. Bu karar ile, bazı sorulara cevap vermek mümkün değildir: Meselâ, tarafların, sözleşme sürecinde edindikleri ve daha önce ellerinde olmayan bilgileri üçüncü şahıslara ifşa etmemesinin teminat altına alınması, rekabeti olumsuz yönde nasıl etkileyecektir? Bu bilgilerin, sözleşme sona erse bile, ifşa edilmemesini sağlamak yolundaki karşılıklı taahhüt, kime, ne zarar verecek, ilgili piyasa böyle bir anlaşmadan ne zarar görecektir? Gerçek veya tüzel kişilere ait, başkalarının, üçüncü şahısların ve kamuoyunun bilgisi dışında kalmasını istedikleri “sır”ları yok mudur, olmamalı mıdır?

6. İlgili dosyada, dikkati çeken bir başka önemli husus şudur: Devralma ile ilgili Rekabet hukuku ve politikası uygulamalarında, genellikle, alıcıların devraldıkları maddi ve maddi olmayan varlıkların değerinden tam olarak yararlanmalarını temin amacıyla, satıcılara birtakım yükümlülükler getirilmesine anlayışla yaklaşılır. Bu yükümlülükler çerçevesinde, satıcılara, iş, ürün veya hizmet ya da işletme ile ilgili, alıcının rekabet ortamındaki gücünü etkileyecek türden bazı bilgileri belli süre ile üçüncü kişilere ifşâ etmemek gibi sorumluluklar getirilebilecektir. Halbuki, Karar konusu Sözleşme’deki 7.1. maddede, sadece satıcıya getirilen yükümlülükler yok, sözleşme sürecinde elde edilen bilgilerin üçüncü kişilere veya kamuoyuna süresiz olarak aktarılmamasına ilişkin “karşılıklı taahhüt” vardır. Kanaatime göre, yapılan Sözleşme, bırakınız 2 yıl ile sınırlandırılması gereken bir rekabete aykırı düzenlemeyi, satıcının aynı alanda yeni bir iş yapmaması, başkaları ile ortak olmaması gibi ilk planda akla gelen ve devralma işlemlerinde yan sınırlama olarak kabul edilen makûl rekabet yükümlülüklerini bile düzenlememiştir. Dolayısıyla, hazırlanan rapor ve buna istinaden alınan Kurul Kararı’nda, “gizlilik yükümlülüğü” başlığı altında, sanki, “muhtemelen rekabete aykırı bir düzenleme yapılmıştır” kaygısı öne çıkmış, buradan hareketle de, maksadı ve amacı aşan bir değerlendirme yapılması sözkonusu olmuştur.

7.Karar konusu devralmada satıcı teşebbüs, ilgili pazar olan “itriyat ve kozmetik ürünleri dağıtım pazarı”nda yüzde 4,6’lık, alıcı teşebbüs ise yüzde 11,8’lik bir paya sahiptir. Satıcı, sahip olduğu toplam hissenin yüzde 69,8’ini alıcıya devredecektir. Aynı pazarda, payları yüzde 2’nin altında bulunan 54 adet teşebbüs daha vardır. Pazara giriş ve çıkışlar fevkâlade kolay, pazar fazlası ile rekabetçi bir özellik taşımaktadır. Taraflar, devralmanın amacını, “ ticaret hacminin artırılması, dağıtım ve perakendecilik konularında sahip oldukları bilgi ve teknikleri birleştirerek itriyat ve kozmetik ürünlerinin dağıtımında etkinliğin sağlanması” olarak açıklamaktadırlar. Dolayısıyla, satıcı ve alıcı müştereken çalışmaya devam edecek, teşebbüsün yönetim açısından kontrolü alıcıya geçecektir. Yeni durumda, teşebbüsün yönetim kurulundaki 4 üyeden 3’ü alıcı, 1’i satıcı tarafından belirlenecektir. Bu bilgi ve açıklamalar çerçevesinde varılabilecek sonuç, yapılan Sözleşme’deki süresiz olarak öngörülen “gizlilik yükümlülüğü”nün, normal olduğu ve rekabetçi açıdan sakınca doğurmayacağıdır.

8. Bazı pazarlardaki birleşme ve devralmaların, ölçek ekonomileri etkisiyle rekabeti güçlendireceği için teşvik edilmesi gerektiği bile savunulabilir. Yapılan bir sözleşmedeki rekabete aykırı olduğu düşünülen sınırlamalar, ayrıca, bu açıdan da değerlendirilmelidir. Uzun müzakereler sonucunda alım satım bedelinin belirlenmesi, devralma takvimi ve uzlaşılın diğer şartlar itibarıyla varılan mutâbakatın bir bütün olduğu akıldan çıkarılmamalıdır. Devralma işlemi bütün yönleri, Sözleşme bütün maddeleri itibarıyla ele alınmalıdır. Dolayısıyla, ilgili Sözleşmenin 7.1. maddesi, eğer taraflar açısından hayâtî önemi hâiz ise, Rekabet Kurulu tarafından verilen “gizlilik yükümlülüğünün 2 yıl ile sınırlandırılması” kararı, herhangi bir “sınır” da getirmediğinden işlemin gerçekleşmesine engel olabilecektir.

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Kurul Üyesi