

Rekabet Kurumu Başkanlığından,
REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2006-4-59 (Devralma)
Karar Sayısı : 06-59/780-229
Karar Tarihi : 24.8.2006

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

10 **Başkan** : Mustafa PARLAK
Üyeler : Tuncay SONGÖR, Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI,
M. Sıraç ASLAN, Süreyya ÇAKIN, Mehmet Akif ERSİN

B. RAPORTÖRLER : Serpil YANIK, Esin ÇERÇİOĞLU

**C. BİLDİRİMDE
BULUNAN**

20 : Tarshish Hapoalim Holdings and Investments Ltd.
Av. Hakkı GEDİK, Av. Fethiye Yeşim APİ
Süleyman Seba Cd., Sıraevler 55 Akaretler, 34357
Beşiktaş/İstanbul

D. TARAFLAR

: - Tarshish Hapoalim Holdings and Investments Ltd.
50 Rothschild Boulevard, Tel-Aviv, 66883, İSRAİL
- RP Explorer Master Fund
P.O. Box 309GT, Uglan House, South Church Str.,
George Town, Grand Cayman, CAYMAN ADALARI
- C Faktoring A.Ş.
Beybi Giz Plaza Kat:8 Meydan Sk. No:28
Maslak/İstanbul

30

E. DOSYA KONUSU: Bank Pozitif Kredi ve Kalkınma Bankası A.Ş. (Bank Pozitif)'nin sermayesinin % 65'ine tekabül eden hisselerin, Pratic İletişim ve Teknoloji Hizmetleri Ticaret A.Ş. (Pratic İletişim) hisselerinin ve Bank Pozitif'in doğrudan kontrolüne sahip olduğu C Menkul Değerler A.Ş. (C Menkul Değerler), C Bilişim Teknolojileri ve Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. (C Bilişim) ve C Bilişim'de sahip olduğu hisseler üzerinden dolayı olarak kontrol ettiği C Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. (C Telekom) hisselerinin Bank Hapoalim B.M. (Hapoalim)'nin bağlı şirketi Tarshish Hapoalim Holdings and Investments Ltd. (Tarshish) ile RP Explorer Master Fund (RP) tarafından devralınması işlemine izin verilmesi talebi.

40

F. DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına en son 3.8.2006 tarih ve 5334 sayı ile giren 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 düzenlenen 11.8.2006 tarih, 2006-4-59/Öİ-06-SY sayılı Devralma Ön İnceleme Raporu 14.8.2006 tarih,

REK.0.08.00.00-120/201 sayılı Başkanlık önergesi ile 06- sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

50 **G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:** İlgili Rapor'da,

- bildirimi yapılan devralma işleminin 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında Rekabet Kurulu'nun iznine tabi olduğu, ancak devir sonucunda ilgili pazarda hakim durum yaratılması veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesi, böylece rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmayacağı,

- Hissedarlar Anlaşması'nın 28. maddesi ile düzenlenen gizlilik hükümlerinin yan sınırlama olarak kabul edilebileceği,

60 - Hissedarlar Anlaşması'nın 24. maddesinde düzenlenen rekabet yasağının ise mevcut şekliyle yan sınırlama olarak kabul edilemeyeceği; ayrıca 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen muafiyet için gerekli koşullar sağlanmadığından bireysel muafiyet tanınamayacağı,

- Bu çerçevede, ilgili maddenin, rekabet yasağının, sadece işlemin devreden tarafına getirilmesine ve süresinin devirden itibaren en fazla 3 yıl ile sınırlandırılmasına yönelik olarak değiştirilmesi koşuluyla işleme izin verilmesi gerektiği,

- C Bilişim, C Telekom ve Pratic İletişim'in bildirim konu işlem ile devrinin ilgili Tebliğ'in 4. maddesi kapsamında Rekabet Kurulu'ndan izin alınması gereken işlem olmadığı,

görüşlerine yer verilmiştir.

70 **H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME**

H.1. İlgili Pazar

H.1.1. İlgili Ürün Pazarı

80 Bildirime konu işlemde, Bank Pozitif'in işlem için bir ön şart olan mevduat kabul izni için başvurduğu, % 99'una sahip olduğu C Menkul'ün aracılık hizmetleri faaliyeti gösterdiği ve ayrıca ilgili pazar ne şekilde tanımlanırsa tanımlansın her bir alt pazarda yaklaşık % (...) pazar payına sahip Bank Pozitif'in hisselerinin devri ile herhangi bir hakim durum yaratılmayacağı göz önüne alınarak, ilgili ürün pazarı, "yatırım bankacılığı", "ticari bankacılık" ve "aracılık hizmetleri" pazarlarını kapsayan bir üst pazar olan "bankacılık hizmetleri" olarak belirlenmiştir.

Öte yandan, devre konu C Telekom ve Pratic İletişim'in halihazırda faaliyette bulunmaması nedeniyle bu iki teşebbüs bakımından ilgili pazar belirlenmemiştir. Mevcut durumda faaliyette olan C Bilişim ise genelde grup içi olmak üzere finans sektörüne yönelik bilişim teknolojileri hizmetinde bulunmaktadır. C Bilişim'in ağırlıklı bir kısmını grup içi satışlardan elde ettiği cirosu (2005 yılının ilk dokuz ayı için YTL) göz önüne alındığında, pazarın dar ya da geniş tanımlanmasının işlemin izne tabi olması bakımından yapılacak değerlendirmeyi etkilemeyecek

90 olması nedeniyle, ilgili ürün ve coğrafi pazar tanımı yapılmasına gerek görülmemiştir.

H.1.2. İlgili Coğrafi Pazar

Bankacılık hizmetlerinin tüm yurt çapında verilmesi ve ilgili hizmetler açısından rekabetin ülke çapında homojen dağıldığının aksine göstergeler bulunmaması dikkate alınarak, ilgili coğrafi pazar "Türkiye Cumhuriyeti Sınırları" olarak tespit edilmiştir.

H.2. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

H.2.1. 1997/1 sayılı Tebliğ Kapsamında Değerlendirme

100 H.2.1.1. Bank Pozitif ve C Menkul'ün Devri İşlemi

4054 sayılı Kanun'un 7. maddesinde "*Hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde*" gerçekleştirilen birleşme veya devralma işlemlerinin hukuka aykırı ve yasak olduğu düzenlenmiştir.

1997/1 sayılı Tebliğ'in "Birleşme ve Devralma Sayılan Haller" başlıklı 2. maddesinin (b) bendine göre, "*Herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları devralması veya kontrol etmesi*", (c) bendine göre, "*Amaçlarını gerçekleştirmek üzere işgücü ve malvarlığına sahip olacak şekilde bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkan ve taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmayan ortak girişimler (joint-venture)*", 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi çerçevesinde teşebbüsler arası birleşme ve devralma kabul edilmektedir.

Bildirim Formu'nda yer alan bilgilere göre, işlem sonucunda Bank Pozitif'in %57.55 oranında hissesine, Tarshish (Tarshish, Bank Hapoalim B.M.'nin % 100 üne sahip olduğu bir holding şirkettir.), %35 oranında hissesine, C Faktoring ve %7.45 oranında hissesine RP sahip olacaktır ve kontrole esas sermaye yapısı değişmiş olacaktır.

120 Her ne kadar inceleme konusu işlem, Bank Pozitif hisselerinin devri olsa da, Bildirim Formu'ndaki, nitelikli çoğunluğun arandığı önemli kararlara ilişkin yapılan açıklamalar da dikkate alınarak, işlem sonrasında Bank Pozitif'in ortak girişim niteliğinde bir şirket yapısına sahip olup olmayacağı irdelenmiştir.

Bir ortak girişim işleminin yoğunlaşma doğurucu kabul edilebilmesi ve dolayısıyla mezkur Tebliğ maddesine göre birleşme veya devralma sayılabilmesi için taşınması gereken unsurlar; ortak bir kontrolün bulunması, ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlık olarak kurulması ve rekabeti sınırlayıcı ve bozucu etkisinin bulunmaması olarak sayılabilir:

130 Bir işlemin ortak girişim işlemi olarak nitelendirilebilmesi için ilk aranan koşul ortak kontroldür. Ortak kontrol, iki ya da ikiden fazla teşebbüsün, bir diğer teşebbüs üzerinde doğrudan ya da dolaylı bir şekilde uzun süreli olarak belirleyici etkiyi

uygulama olanağına sahip olması şeklinde tanımlanabilir. Buna göre ana teşebbüslerin eşit oy hakkına sahip olması veya karar organlarında eşit üyeyle temsil edilmesi, ana teşebbüslerden bazılarının azınlık paylarına sahip olmasına rağmen veto haklarını elinde bulundurması, oylamalarda ortak hareket edilmesi ortak kontrolün varlığına işaret eder. Dosya konusu olay bakımından ana teşebbüslerin veto hakkına sahip olması konusu önem taşımaktadır. Veto hakları konusunda temel belirleyici unsur, ana teşebbüslerin ortak girişimin stratejik ticari davranışları üzerinde belirleyici etki sağlayıp sağlamadığıdır. Ortak girişimin bütçesinin onaylanması, iş planının tasdik edilmesi, önemli yatırımlar, üst düzey yöneticilerin atanması stratejik hususlar olup, ortak kontrolün varlığına işaret ederler. Diğer taraftan yatırımlar konusuna bakıldığında, yatırımların düzeyi ve ilgili pazarın özellikleri önem kazanır. Yatırım miktarının aşırı yüksek olması halinde, söz konusu veto haklarının ortak kontrol sağlamaya dönük olmaktan çok, azınlık hissedarları korumaya yönelik olduğu söylenebilecektir. Ortak girişimin faaliyet gösterdiği pazarda yatırımların önemli olup olmadığı da ortak kontrol bakımından önem taşıyacaktır. İlgili pazarın yapısı gereği kimi hakların stratejik olarak kabul edilmesi mümkün olabilecektir. Azınlık hissedarların korunmasına yönelik olan ve ortak girişimin ana sözleşmesinin değişmesine, sermaye artırımına veya azaltımına ilişkin haklar ise tek başına ortak kontrol sağlamaz.

Bildirim konusuna ilişkin olarak taraflar arasında imzalanan 13.12.2005 tarihli "Hisse Taahhüt Anlaşması"na göre, işlem sonucunda Tarshish % 57.55, C Faktoring % 35 ve RP % 7.45 oranında hisseye sahip olacaktır.

Öte yandan, "Hissedarlar Anlaşması" uyarınca, Şirket Yönetim Kurulu'nun, 6'sı Tarshish, 3'ü C Faktoring ve 1'i de RP tarafından atanacak 10 üyeden oluşacaktır. Tüm yönetim kurulu toplantıları için nisap, asaleten ve konferans yoluyla katılan üyelerin çoğunluğundan oluşacaktır. Yönetim kurulu kararları, tüm yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun ilgili kararın lehine oy kullanmaları şartıyla onaylanmış olacaktır. Genel Kurul toplantıları için ise toplantı nisabı, Şirket'in çıkarılmış sermayesinin en az çoğunluğunu temsil eden ve asaleten veya vekaleten hazır bulunan hissedarlardan oluşacaktır. Kararlar, ilgili Genel Kurul toplantısında Şirket sermayesinin en az çoğunluğunu temsil eden hissedarların oyumlu oyu ile alınacaktır. RP'nin Hisse Taahhüt Anlaşması'nın Kapanışı itibariyle Şirket'in hisselerini devralamaması halinde, yönetim kurulu üyelerinin sayısı 9 olacak ve aşağıda belirtilen Önemli Kararlar için yöneticilerin sayısı 7 olacaktır. Bank Pozitif gündeminde yer alan ve Şirket yönetimi için önem arz eden bazı hususlar Hissedarlar Anlaşması'nda Şirket'in faaliyet ve yönetimi ile ilgili Önemli Kararlar (*Major Decisions*) olarak nitelendirilmiştir. Gerek yönetim kurulunda gerekse genel kurulda Önemli Kararlar'ın alınması konusunda nitelikli nisaplar belirlenmiş ve veto hakları tanınmıştır. Buna göre, Önemli Kararlar'a ilişkin olarak Şirket'in gündeminde Önemli bir Karar bulunan herhangi bir genel kurul toplantısı için toplantı ve karar nisabı, Şirket'in çıkarılmış sermayesinin en az %75'i olacaktır. Yine yönetim kurulu tarafından alınacak Önemli Karar'larda yönetim kurulunun en az 8 üyesinin olumlu oyu gereklidir.

Hissedarlar Anlaşması'nın 14. maddesinde belirtilen aşağıdaki hususlar Önemli Kararlar'dır:

- Yönetim Kurulu'nda Alınan Önemli Kararlar (14.4.1.madde)

180 “1. Toplam harcama tutarı veya ilgili varlık değeri Şirket'in Hissedarları'nın öz kaynaklarının (söz konusu harcama veya tahakkuktan önce, Denetçiler tarafından hazırlanmış olan Şirket'in en son mali tablolarına göre belirlenecek) %(....)'ini (yüzde) aşan herhangi bir yatırım harcaması veya herhangi bir varlığın tahakkuku;

2. Aşağıda belirtilen Madde 14.4.2 uyarınca Genel Kurulun Önemli bir Kararı'na ilişkin olarak, Kurul tarafından alınan bir karar;

3. Şirket'in herhangi bir Hissedar'dan veya Bağlı Şirket'ten bir borç veya bir yatırım alması dahil, herhangi bir Hissedar veya herhangi bir Hissedarın Bağlı Şirket ile gerçekleştirilen herhangi bir önemli işlem veya Sözleşme; veya

190 4. Şirketin bir birleşmesi (değeri Şirket'in Hissedarları'nın öz kaynaklarının (söz konusu harcama veya tahakkuktan önce, Denetçiler tarafından hazırlanmış olan Şirket'in en son mali tablolarına göre belirlenecek) %(...)'inden (.....) az olan bir başka tüzel kişiliğin Şirket tarafından devralınması yoluyla gerçekleştirilen birleşme hariç);”

- Genel Kurul Toplantısında Alınan Önemli Kararlar (14.4.2. madde)

200 “1. Varlık değeri Şirketin Hissedarları'nın öz kaynaklarının (söz konusu harcama veya tahakkuktan önce, Denetçiler tarafından hazırlanmış olan Şirket'in en son mali tablolarına göre belirlenecek) %(....)'ini (yüzde) aşan Şirket'in herhangi bir varlığının satışı veya diğer şekillerde tasarrufu; ancak İsrail Kanunları uyarınca veya bir İsrail Resmi Merci tarafından gerekli görülen satış veya tasarruflar, bir “Önemli Karar” olarak değerlendirilmeyecektir;

2. Şirketin bir birleşmesi (değeri Şirket'in öz kaynaklarının (söz konusu harcama veya tahakkuktan önce, Denetçiler tarafından hazırlanmış olan Şirket'in en son mali tablolarına göre belirlenecek) %(...)'inden (.....) az olan bir başka tüzel kişiliğin Şirket tarafından ele devralınması yoluyla gerçekleştirilen birleşme hariç; veya

3. Ana Sözleşme'de yapılacak değişiklikler.”

210 Hissedarlar Anlaşması'nın incelenmesinden, 13. maddede İş Planına ilişkin her türlü kararın Yönetim Kurulu tarafından alınacağına düzenlendiği ve bu konuya ilişkin nitelikli nisap ön görülmediği anlaşılmaktadır. Yukarıda yer verilen ve azınlık hissedarlarının ortak kontrole sahip olduğuna karar vermede tek başına yeterli olabilen bütçe, üst yönetici atanması gibi konularda da bu tip nisaplar öngörülmüş değildir. Şirket genel müdürünün belirlenmesine ilişkin düzenleme ise 12.1. maddede yer almaktadır. Buna göre, (.....) (halihazırda Bank Pozitif'te Genel Müdür ve Yönetim Kurulu üyesi, C Menkul'de de Yönetim Kurulu üyesidir) şirketin genel müdürü olduğu sürece, C Faktoring tarafından aday gösterilen 3 yönetim kurulu üyesinden biri olarak kabul edilmiştir. (.....)'nin genel müdürlük görevi sona erdiğinde, daha sonraki genel müdür, Şirket'in bir yönetim

220 kurulu üyesi olduğu sürece, Tarshish'in belirlediği 6 üyeden biri olarak kabul edilecektir. Ancak, ilgili aday C Faktoring tarafından önerildiğinde, genel müdür, C Faktoring'in gösterdiği aday olarak kabul edilecektir. Tarshish, yönetim kurulunun her komitesi için üyelerinin çoğunluğunu ve diğer grup şirketlerinde her birinin ilgili yönetim kurullarının ve üyelerinin çoğunluğunu aday gösterme yetkisine sahip olacaktır. 12.4. maddeye göre, Yönetim Kurulu Başkanı Tarshish tarafından tayin edilen yöneticilerden biri olacaktır. Anlaşmanın 12.7. maddesinde, Tarshish'in CEO, genel müdür, mali işler genel müdürü ve diğer üst düzey çalışanlar dahil olmak üzere, her Grup Şirketi'nin üst düzey çalışanlarını tayin etme ve görevden azletme hakkına sahip olacağı düzenlenmiştir. Tarshish, karar alırken, C Faktoring ve RP'ye danışacak ve üst düzey çalışanları kendi belirleme hakkına halel getirmeksizin C Faktoring ve RP'nin görüşlerini dikkate alacaktır. Ayrıca Tarshish, 230 her Grup Şirketi için dış denetçiyi tayin etme hakkına sahip olacaktır. Şirket'in 1 kanuni denetçisi olacak ve Tarshish, C Faktoring'e danışarak, bu kanuni denetçiyi aday gösterme hakkına sahip olacaktır. Görev süresi sona eren bir kanuni denetçi, Tarshish tarafından yeniden atanabilecektir.

Hissedarlar Anlaşması uyarınca, yalnızca;

- a) Toplam harcama tutarı veya ilgili varlık değeri Şirket'in Hissedarları'nın öz kaynaklarının (söz konusu harcama veya tahakkuktan önce, Denetçiler tarafından hazırlanmış olan Şirket'in en son mali tablolarına göre belirlenecek) %(...) 'ini (yüzde) aşan herhangi bir yatırım harcaması veya herhangi bir varlığın tahakkuku,
- 240 b) Şirketin bir birleşmesi, ancak değeri Şirket'in öz kaynaklarının (söz konusu harcama veya tahakkuktan önce, Denetçiler tarafından hazırlanmış olan Şirket'in en son mali tablolarına göre belirlenecek) %(...) 'inden (yüzde) az olan bir başka tüzel kişiliğin Şirket tarafından ele devralınması yoluyla gerçekleştirilen birleşme hariç,
- c) Şirket'in herhangi bir Hissedar'dan veya Bağlı Şirket'ten bir borç veya bir yatırım alması dahil, herhangi bir Hissedar veya herhangi bir Hissedarın Bağlı Şirket ile gerçekleştirilen herhangi bir önemli işlem veya Sözleşme,
- d) Ana Sözleşme'de yapılacak değişiklikler (Bildirim Formu'nda Ana Sözleşme'de yapılacak değişikliklere örnek olarak sermaye artırımını, azalımı, Şirket'in konusunun 250 değişmesi verilmiştir)

Önemli Kararlar olarak sayılmıştır.

Yatırımlarla ilgili kararlardaki veto hakkının kontrole etkisi açısından konuya bakıldığında, %(...) 'lik yatırım eşiğinin, miktar ve ilgili pazarın özellikleri göz önüne alınarak değerlendirilmesi gerekir. Dosya mevcudu bilgilere göre, taraflar Hissedarlar Anlaşması'nda öngörülen %(...) 'lik eşiğin, işlemin tamamlanmasından sonraki dönemde Bank Pozitif'in sahip olacağı hissedarlar öz sermayesine istinaden öngörüldüğünü, bu nedenle de, (.....) daha

yüksek bir miktara tekabül edeceğini açıklamışlardır.¹ Ayrıca, Şirket'in öz sermayesinin Şirket'in borçları çıkartıldıktan sonra geriye kalan varlıklardan teşekkül etmekte olduğu ve bu nedenle de (.....), Hissedarlar Anlaşması'nda öngörülen eşğin olağan bir işlemle karşılaştırıldığında daha yüksek olduğu ifade edilmiştir. Bank Pozitif'in Tarshish'e verdiği bilgilere göre, (.....TİCARİ SIR.....) Bank Pozitif hisselerinin Tarshish ve RP tarafından devralınması işleminin ardından gerçekleşecek böyle bir işlemin hacmi ve önemi ile Bank Pozitif'in bankacılık faaliyetlerindeki büyüme dikkate alındığında, yukarıda tanımlanan işlemin bir bankanın olağan işleri kapsamı dışında kalan olağanüstü bir işlem olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu nedenle taraflar, toplam harcama tutarı veya ilgili varlık değerinin Bank Pozitif hissedarlarının öz sermayesinin %(...)’ini aşan yatırım harcamasının veya herhangi bir varlık satışının ya da diğer varlık tasarruflarının veya bunların gerçekleşmesine ilişkin olarak alınacak herhangi bir kararın her birinin, önemli karar olarak değerlendirilmesi gerektiği konusunda anlaşmışlardır.

Bildirim Formu'nda konuyla ilgili olarak AB Komisyonu'nun 6.8.1997 tarihinde aldığı Norsk Alcoa/ Elkem kararına (Case No IV/M.723- NORSK ALCOA/ELKEM) atıfta bulunmaktadır. Bu kararda Komisyon, ortak girişimin yönetim organının tarafların eşit sayıda üye atamasıyla oluşacağı, bununla birlikte, bütçe, işletme planı, uzun vadeli sözleşmelerin tamamlanması, kapasite artırımları ve önemli yatırımlara ilişkin kararlarda sözleşmenin Alcoa'ya veto yetkisi verdiği ifade edilmiştir. Komisyon, sektörün sermaye yoğun özelliklerini göz önüne alarak işlemde ortak kontrolün bulunduğuna karar vermiştir. Ancak bu birleşme/devralmada yatırımlar dışındaki diğer stratejik kararlardaki (bütçe, iş planı gibi) veto hakkı da belirtilmiş olup veto hakkı verilen yatırım harcamalarında yüksek bir eşik olduğuna dair herhangi bir bilgi yoktur.

Öz sermayenin % (...) ve daha fazlasına tekabül eden yatırım ve varlık tahakkuku ile ilgili kararlar, bildirimde bulunan tarafın da belirttiği gibi çok yüksek miktarlara tekabül eden, (.....) olağandışı durumlarda alınabilecek kararlar olup, stratejik ticari bir karar olma özelliğinden çok azınlık hissedarlarını koruma özelliği taşımaktadırlar.

Sözleşmede düzenlenen öz kaynakların % (...)’ini aşan birleşme/devralma ve ana sözleşmede yapılacak değişikliklerle Şirket faaliyet alanının değiştirilmesi ile ilgili kararlar stratejik kararlar olmakla birlikte, ortak kontrolün varlığı için yeterli olmayıp, Şirketin herhangi bir hissedarı ile yapılan borç veya yatırım gibi işlemler için aranan nitelikli çoğunluk da azınlık hissedarları korumaya yöneliktir.

Sermaye artırımı/azaltımı kararlarının da ana sözleşme değişikliği kapsamında “Önemli Karar” oldukları ve stratejik nitelik taşıdıkları Bildirim Formu'nda özellikle vurgulanmaktadır. Başvuru konusu dosya bakımından ilgili pazar “bankacılık hizmetleri pazarı” olarak belirlenmiştir. Bildirim Formu'nda, yatırım bankacılığı hizmetleri pazarının sermaye yoğun bir özellik arz etmesi ve sermaye hareketleri

¹ BankPozitif'in toplam özkaynakları 31.12.2005 itibariyle 91,4 milyon YTL'dir. 31.3.2006 itibariyle 94,4 milyon YTL olmuştur. Öngörülen sermaye arttırımı sonrasında bankanın özkaynakları yaklaşık 200 milyon dolara çıkacaktır. Bu bilgiler bankanın web sayfasından alınmıştır.

300 ile varlık alım satımlarının bankanın gündemini oluşturan hususlar olması sebebiyle stratejik niteliği haiz olduğunun düşünüldüğü belirtilmiştir. Bu çerçevede sermaye artırımlarına katılım konusuna ilişkin kararların dahi bankanın en önemli varlıklarından birini sermayenin teşkil etmesi nedeniyle somut olayda stratejik önem arz etmekte olduğu ifade edilmiştir. Bankacılık sektöründe sermayenin önemli olduğu ve sermaye artırımını veya azaltılması gibi konulara ilişkin kararların stratejik kabul edilebileceği söylenebilir, ancak sermayeye ilişkin kararlarda veto hakkının varlığı genelde azınlık hissedarlarını korumaya yöneliktir.

310 Bildirim Formu'nda Komisyon'un 7.10.1996 tarihli John Deere Capital Corp./Lombard North Central (Case No IV/M.823-John Deere Capital Corp./Lombard North Central) kararına atıf yapılmaktadır. Bu kararda, belli miktar üzerindeki ana sermayeye yapılan ilavelere, belli süreyi aşan sözleşmelere, belli bir oranı aşan borçlanmalara, ortak girişimin faaliyet alanı dışında kalan bir yükümlülüğe girmeye, ortak girişimin faaliyet alanındaki değişikliklere, gerçekleştirilecek birleşme, devralma, ortak girişim kararlarına, üst yöneticilerin atanmasına, iş planı veya bütçeye ilişkin değişikliklere ilişkin kararlar stratejik kabul edilmiştir.

320 Yine Komisyon'un 30.5.1991 tarihli kararında (Case No: m.010 CONAGRA/IDEA), hisse alımlarına, sermaye azaltılmasına, bütçenin onaylanmasına ve stratejik planlara, belli miktarın üzerindeki yatırımlara, yeni ürünlerin geliştirilmesine, üst yöneticilerin ve belli durumlarda yönetici ücretlerinin belirlenmesine ilişkin kararların stratejik olduğu kabul edilmiştir.

330 Bu kararlarda, sermayeye ilişkin kararların şirketin faaliyet gösterdiği alan bakımından stratejik olabileceği belirtilmekle birlikte, tek başına sermaye ile ilgili kararlardaki belirleyici etki uygulama olanağının ortak kontrol için yeterli olduğuna ilişkin bir anlam çıkmamaktadır. Komisyon ilgili kararlarında stratejik kararlara bir bütün olarak bakmakta, bir ya da birkaç veto hakkının ortak kontrolü sağlayıp sağlamadığına, söz konusu hakkın içeriğine ve ortak girişimin faaliyet gösterdiği ilgili pazarın koşulları çerçevesindeki önem derecesine göre karar vermekte ve genelde üst düzey yöneticilerin atanması, bütçe ve işletme planına ilişkin kararlardan birini kapsayan veto haklarını ortak kontrolün sağlanması için yeterli kabul etmektedir.

Ortak kontrolün ele alındığı Komisyon kararları genel olarak değerlendirildiğinde;

- a. ortak girişimin ana sözleşmesinde değişiklik,
 - b. ortak girişimin tüzel kişiliğine ilişkin kararlar,
 - c. ortak girişimin çıkardığı yönetmeliklerdeki değişiklikler,
 - d. ortak girişimin sermayesinin artırılması ya da azaltılması,
 - e. ortak girişimin tasfiye edilmesi,
 - f. ortak girişimin satılması veya kapatılması,
 - g. ortak girişimin faaliyet konusu dışındaki yatırım ve borçlanma kararları,
 - h. ortak girişimdeki azınlık hissedarlarının pay oranlarını nispi olarak azaltabilecek hisse senedi ihraç etmesi
- 340

gibi veto hakları ortak kontrolü meydana getirici olarak kabul edilmemektedir.

Bu çerçevede, bildirim konu işlemde, sermaye artırımı/azaltımı konularındaki veto hakkı ortak kontrolün varlığı için yeterli değildir.

Bildirime konu dosyada, günlük işlemlerle ilgili kararların yanı sıra, üst düzey yöneticilerin atanması, iş planı, bütçe, yatırımlar gibi genel olarak stratejik ticari karar olarak kabul edilen kararlarda Tarshish tek başına belirleyici etki uygulayabilecektir.

350 Bank Pozitif hisselerinin devri ve Tarshish'in Bank Pozitif'in hissedarlığına iştiraki sonucunda Tarshish, C Menkul'ün sermayesinin % 57'sine tekabül eden hisselerin de dolaylı olarak sahibi olacaktır. C Menkul'ün genel kurul veya yönetim kurulunda alınacak kararlarla ilgili herhangi bir nitelikli nisap veya veto hakkı düzenlemesi getirilmemiştir, getirilmesi de planlanmamaktadır. Bu durumda, bildirim konu işlem sonrasında C Menkul'ün kontrolü de Tarshish'e geçmiş olacaktır.

Yukarıda aktarılan bilgi ve değerlendirmeler ışığında, bildirim konusu işlemin 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında bir ortak girişim işlemi olarak nitelendirilebilmesi için aranan koşullardan ortak bir kontrolün bulunması şartını taşımadığı kanaatine varılmıştır.

360 Bu çerçevede, "bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkma (tam işlevsellik)" ve "rekabeti sınırlayıcı amaç ve etkiye sahip olmama" unsurlarını değerlendirmeye gerek kalmaksızın bildirim konu işlemin 1997/1 sayılı Tebliğ'in "Birleşme ve Devralma Sayılan Haller" başlıklı 2. maddesinin "*Herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları devralması veya kontrol etmesi*" şeklindeki (b) bendi kapsamında bir devir işlemi olarak değerlendirilmesi gerektiği anlaşılmıştır.

370 Öte yandan, anılan Tebliğ'in 1998/2 sayılı Tebliğ ile değişik 4. maddesinde yer alan, "*...birleşme veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasında, toplam pazar paylarının, piyasanın %25'ini aşması halinde veya bu oranı aşmasa bile toplam cirolarının yirmibeş trilyon Türk Lirası'nı aşması halinde Rekabet Kurulundan izin almaları zorunludur.*" hükmü ile izne tabi birleşme ve devralmalara pazar payı ve ciro eşiği getirilmiştir.

Bank Pozitif'in 2005 yılı cirosu yaklaşık (.....) YTL. olarak gerçekleşmiş olduğundan, -diğer verilere bakılmaksızın- anılan işlemin Kurul'un iznine tabi olduğu anlaşılmıştır.

380 Diğer yandan, bankacılık sektörünü düzenleyen 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun "Birleşme, bölünme ve hisse değişimi" başlıklı 19. maddesi kapsamında yapılan değerlendirme sonucunda; "*Türkiye'de faaliyette bulunan bankalardan birinin; diğer bir veya birkaç banka veya finansal kuruluş ile birleşmesi veya bütün aktif ve pasifi ile diğer hak ve yükümlülüklerini Türkiye'de faaliyette bulunan diğer bir bankaya devretmesi, bütün aktif ve pasifleri ile diğer hak ve yükümlülüklerini devir alması veya bölünmesi ya da hisse değişimi Kurulun iznine bağlıdır...Bankaların bu Kanun hükümlerine göre birleşme, bölünme ve devirlerinde 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile devir veya birleşmeye konu bankaların toplam aktiflerinin sektör içindeki paylarının yüzde yirmiyi geçmemesi kaydıyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması*

Hakkında Kanunun 7, 10 ve 11 inci maddeleri hükümleri uygulanmaz.” şeklindeki madde hükmünün Türkiye’de faaliyette bulunan bankalar arasındaki birleşme ve devir işlemlerine ilişkin olması nedeniyle, işlemin devralan tarafında bir İsrail bankasının yer aldığı bildirim konu işleme uygulanamayacağı kanaatine varılmıştır.

390 Bununla birlikte, devralan Tarshish’in ilgili pazarda faaliyetinin bulunmaması nedeniyle, devir işlemi sonucunda pazarın yapısı değişmeyeceğinden, Kanun’un 7. maddesi anlamında bir hakim durum yaratılması veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesinin söz konusu olmayacağı neticesine varılmıştır.

H.2.1.2. C Bilişim, C Telekom ve Pratic’in Devri

C Bilişim, Pratic İletişim ve Tarshish’in C Telekom hisselerinin üçüncü kişilere devredilmesi yönündeki şartından vazgeçmesi halinde, C Telekom’un kontrol yapısında Bank Pozitif’in kontrolünde yaşanacak değişiklik doğrultusunda bir değişiklik yaşanacaktır.

400 Devir işlemine konu şirketlerden C Telekom’un ve Pratic İletişim’in halihazırda faaliyetinin olmaması ve C Bilişim’in 2005 yılı cirosunun yaklaşık olarak (.....) YTL. olması nedeniyle söz konusu şirketlerin 1998/2 sayılı Tebliğ ile değişik 1997/1 sayılı Tebliğ’in 4. maddesinde belirtilen 25.000.000 YTL. ciro eşliğini aşmadıkları görülmektedir. Ayrıca, Bildirim Formu’nda C Bilişim’in pazar payının %(...)'in altında olduğu tahmini yapılmıştır. Sadece finans alanına yönelik bilişim teknolojileri pazarı dikkate alınsa bile, bu alandaki satışlara yönelik toplam bir satış rakamı bulunmamakla birlikte, yaklaşık (.....) YTL. cirosu ile C Bilişim’in Bildirim Formu’nda yapılan tahmine yakın çok küçük bir pazar payı elde edeceği neticesine varılmıştır. Ayrıca, Bildirim Formu’nda da belirtildiği üzere, ilgili şirketlerin hisselerinin bir kısmını devralan Tarshish ve RP’nin Türkiye pazarında 410 bilişim sektöründe herhangi bir faaliyeti bulunmamaktadır.

Buna göre, ilgili Tebliğ’de düzenlenen ciro ve pazar payı eşikleri aşılmadığından C Telekom, Pratic ve C Bilişim’in devri yönüyle işlemin Kurul’un iznine tabi olmadığı tespit edilmiştir.

H.2.2. Yan Sınırlamalar

H.2.2.1. Rekabet Yasağı

Taraflar arasında 13.12.2005’te imzalanan Hissedarlar Anlaşması’nın 24. maddesinde rekabet yasağı düzenlenmiştir. Buna göre:

420 *“Her Hissedar, Şirket’te Hisse sahibi olduğu sürece ve Hissedar’lığının sona erdiği tarihten itibaren 3 (üç) yıllık bir süre boyunca, ilgili Hissedar’ın (ve sözkonusu Hissedar tarafından kontrol edilen herhangi bir kişinin) herhangi bir şekilde, doğrudan veya dolaylı olarak, herhangi bir kişi aracılığıyla, tek başına veya diğerleriyle birlikte ya da Türkiye’de veya Şirket tarafından DDCB² Opsiyonunun*

² DDCB Opsiyonu: CBank tarafından, Halit Cingilloğlu’ndan ve gösterdiği kişiden Demir Kazakhstan Bank’daki hisselerinin tamamının ve Demir Kyrgyz Int. Bank’daki hisselerinin % 70 inin

kullanılması halinde, Kazakistan veya Kırgızistan'da da Şirket ile rekabet etmeyeceğini beyan ve kabul eder. İşbu 24. maddenin amaçları uyarınca sadece aşağıda belirtilen faaliyetler, Şirketle rekabet olarak değerlendirilecektir:

a) Bireysel sektörde tüketici bankacılığı,

b) Bankacılık şubeleri veya franchise ofislerin kurulması veya iktisabı

c) İşlem hacminin ilgili ülkedeki yıllık toplam kurumsal bankacılık hacminin %(...)’ini aşmadığı sürece kurumsal bankacılık.

430 İşbu 24. maddenin hükümleri, ayrıca Cıngıllıoğlu Ailesi ve C Faktoring Grubu’nun herhangi bir diğer üyesi için de geçerli olacak ve yukarıda belirtilen taraflar, İşbu Anlaşma’nın kendileri için bağlayıcı olacağı taahhüdünde bulunmuş sayılacaktır. Yukarıda belirtilen hususlara hael getirmemesi kaydıyla:

i. İşbu 24.maddenin Hisse Taahhüt Anlaşmasının Kapanışı’nın 10. yıldönümünden sonra veya Hapoalim ve CFaktoring arasında kararlaştırılabilecek olan diğer herhangi bir sürenin sona ermesinden sonra Kemal Has Cıngıllıoğlu için uygulanacak olması durumunda ve Kemal Has Cıngıllıoğlu’nun Grup Şirketleri’nden herhangi birinin yönetim kurulu üyesi veya üst düzey çalışanı olması şartıyla, söz konusu 10. yıldönümünden itibaren veya Hapoalim ve CFaktoring arasında kararlaştırılabilecek olan diğer herhangi bir sürenin sona ermesinden sonra, yukarıda işbu 24. maddede belirtilen rekabet yasağı taahhüdü, Kemal Has Cıngıllıoğlu için bağlayıcı olmayacaktır.

ii. RP açısından ise, RP sadece aşağıda belirtilen iki koşulun geçerli olması halinde ve bu koşullar devam ettiği sürece, işbu 24. maddeyi ihlal etmiş sayılacaktır:

1) RP’nin belirlediği bir adayın Şirketin bir yönetim kurulu üyesi olarak görev yapıyor olması halinde

2) RP’nin bizzat Şirket ile ve/veya RP tarafından kontrol edilen bir başka tüzel kişi ile (RP’nin çoğunluk hissesine sahip olduğu) rekabet ediyor olması ve/veya RP tarafından atanan bir yönetim kurulu üyesi veya eşdeğer üst düzey çalışanınin içinde görev yapmakta olduğu bir tüzel kişinin Şirketle rekabet ediyor olması halinde; şüphelerin giderilmesi için belirtilmesi gerekirse burada kullanılan “rekabet etme” ifadesi, yukarıda işbu 24. maddenin anlamı çerçevesinde değerlendirilecektir. İşbu 24. maddede RP’ye yapılan tüm atıfların, yukarıda 6. madde çerçevesinde RP’nin İzin verilmiş Devralan’ını da kapsadığı kabul edilecektir.”

Birleşme/devralma işlemlerinde alıcılar tarafından satıcılara getirilen rekabet yasakları, uygulamada alıcıların devraldıkları maddi ve maddi olmayan varlıkların değerinden tam olarak yararlanmalarının, dolayısıyla alıcı tarafından yapılan yatırımın karşılığının tam olarak alınmasının bir aracı olarak değerlendirilmektedir. Birleşme/devralma işlemine ilişkin bir rekabet yasağının yan sınırlama olarak kabul edilmesi ve bu çerçevede işlemle birlikte değerlendirilmesi için söz konusu yasağın

alımı ile ilgili olarak Halit CINGILLIOĞLU, C Bank ve Tarshish arasında yapılacak opsiyon anlaşmasıdır.

“yoğunlaşma ile doğrudan ilgili ve gerekli olma”, “sadece taraflar açısından kısıtlayıcı olma” ve “orantılılık” kriterlerini sağlaması gerekmektedir.

470 - Yoğunlaşma ile doğrudan ilgili ve gerekli olma: Doğrudan ilgili olma, sınırlamanın, işlemin gerçekleştirilmesine yardımcı olması, ancak yoğunlaşmanın nihai amacıyla kıyaslandığında ikincil nitelik taşıması anlamına gelmektedir. Gereklilik unsuru ise işleme ilişkin sınırlamanın mevcut olmaması halinde işlemin hayata geçirilmesinin daha zor ya da maliyetli olması durumunu ifade eder. Bildirim konusu işlemde, Sözleşme’de yer alan rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin madde incelendiğinde

480 söz konusu kısıtlamanın sadece devreden tarafı değil devralanları da kapsayacak şekilde tüm hissedarlara getirildiği görülmektedir. Devredene getirilen rekabet yasağının devralma ile amaçlanan sonuçların gerçekleşmesine yardımcı olacak nitelikte; alıcının devraldığı iş kolunda müşterilerce kabul edilebilmesi ve piyasada tutunabilmesi için ihtiyaç duyduğu koruma alanını sağlamaya yönelik olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Bu çerçevede, bildirim konu işlemde devredene getirilen rekabet yasağının, yoğunlaşma işlemi ile ilgili ve gerekli olduğu değerlendirilmektedir. İşlemin devralan tarafında yer alan diğer hissedarlara (Tarshish ve RP) getirilen rekabet yasağının ise işlemle doğrudan ilgili ve gerekli olmadığı kanaatine varılmıştır. Bu tür kısıtlamalar rekabet hukukunda “ters rekabet

490 yasağı” olarak adlandırılmakta ve kural olarak yan sınırlama sayılmamakla birlikte, satıcının devretmediği faaliyetleri ile devredilen faaliyetlerinin yakından ilgili olması halinde makul kabul edilebilmektedir. Bildirim konusu işlemde, Tarshish’e getirilen rekabet yasağının, işlemin, açıkça belirtilmese de, Önemli Kararlar’daki karar alma mekanizması dikkate alınarak bir ortak girişim işlemi olarak düşünülmelerinden ve bu çerçevede ana teşebbüslere getirilen rekabet yasağı olarak değerlendirilmesinden kaynaklandığı sonucuna ulaşılmıştır. RP’ye getirilen yasağın amacı ise, Türk Ticaret Kanunu’nun 335. maddesi uyarınca bir şirketin yönetim kurulu üyesinin şirketin yürüttüğü faaliyetlere yönelik olarak şirketle rekabet eden başka bir şirketin faaliyetlerine dahil olması yasaklanırken, ilgili emredici rekabet yasağının, Bank Pozitif’e 1 yönetim kurulu üyesi atayabilme hakkına sahip RP’ye veya RP tarafından kontrol edilen veya RP’nin bir müdür veya eşdeğer bir görevliyi

500 atamış olduğu Bank Pozitif’in gizli bilgilerine erişmiş tüzel kişiler için uygulanamayacak olması karşısında, RP’nin Bank Pozitif yönetim kurulunda bir temsilcisi bulunduğu halde, doğrudan veya çoğunluğuna sahip olduğu müdür veya müdüre eşit seviyede bir temsilci atamış olduğu bir tüzel kişilik üzerinden rekabet etmesini yasaklayarak menfaat çatışmasını engelleyici bir araç olarak öngörüldüğü şeklinde açıklanmaktadır. Ancak, diğer hissedarların gizlilik konusundaki endişeleri şirketle ilgili gizli bilgilerin açıklanmasını engelleyen gizlilik ile ilgili yükümlülüklerle giderilebilir.

500 - Sadece taraflar açısından kısıtlayıcı olma: Bu unsur, işlemle birlikte getirilen sınırlamanın sözleşme tarafları dışında üçüncü kişilerin davranışlarını etkileyecek ya da bu kişilerin zararına olacak herhangi bir unsur içermemesini ifade eder. Bu çerçevede, Sözleşme ile getirilen rekabet yasağının sadece taraflar açısından kısıtlayıcı olma kriterini karşıladığı değerlendirilmektedir.

- Orantılılık: Bu unsur bir kısıtlamanın yan sınırlama olarak kabul edilmesi için kısıtlamanın kapsamının ve süresinin de işlemin yürütülebilmesi için gerekli

510 olandan fazla olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Devralma işleminin makine ve teçhizat satışı ile sınırlı olmadığı, devralma işlemi ile birlikte alıcıya belli bir müşteri kitlesi, know-how ve imaj aktarımının da olduğu durumlarda, alıcının devraldığı müşteri kitlesini koruyabilmesi için satıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü daha da önemli hale gelmektedir. Ancak rekabet yasağının yan sınırlama kabul edilebilmesi için ilgili pazarla sınırlı olması gerekmektedir. Bildirim konusu işlemde, rekabet yasağı bankacılık hizmetleri için ve coğrafi olarak Türkiye, DDCB Opsiyonu'nun kullanılması halinde Kazakistan veya Kırgızistan'da geçerli olmak üzere getirilmiştir. Dolayısıyla ilgili ürün pazarı bakımından sınırlamanın kapsamının makul olduğu, ilgili coğrafi pazar bakımından ise DDCB Opsiyonu'nun kullanılması halinde Demir Kazakistan ve Demir Kyrgyz Int. Bank'taki hisseler de devir edileceğinden rekabet yasağının Türkiye ile birlikte Kazakistan veya Kırgızistan'da da geçerli olmasının makul olduğu kanaatine varılmıştır.

520 İncelenen rekabet yasağının orantılılık ilkesi gereği süre yönünden de değerlendirilmesi gerekmektedir. İlgili maddeler incelendiğinde, rekabet yasalarının her hissedarın Şirket'te hisse sahibi olduğu sürece ve Hissedarlığının sona ermesinden itibaren 3 yıllık bir süre boyunca getirildiği anlaşılmıştır. Dosya konusu devralma işleminde maddi varlıklar yanında gizli bilgiler, müşteri portföyü, pazar bilgileri ve Bank Pozitif'in imajı gibi maddi olmayan varlıkların devredileceği anlaşılmaktadır. Bildirim Formu'nda, tarafların Bank Pozitif'in bir hizmet sektörü olan bankacılık sektöründe peştemaliyenin yanı sıra bir know-how'ı olduğuna inandıkları ve bu işlemle tarafların şirketin müşteri portföyünü, imajını ve know-how'ını paylaştıkları, her ne kadar Hapoalim'in bankacılık sektöründe bir tecrübesi olsa da Türkiye'de hiç faaliyeti bulunmaması nedeniyle rekabet yasağının işlemde tam bir fayda sağlanabilmesi için gerekli olduğu, süresinin de Bank Pozitif hissedarlarının odak ve taahhütlerini güçlendirmek ve Bank Pozitif'in pazarda daha güçlü bir rakip olmasını sağlamak gibi bir amaca hizmet ettiğinden makul olduğu belirtilmektedir.

530 Ancak, söz konusu süre bildirimde konu devralma işlemi bakımından gereğinden uzundur. Bilindiği üzere, daha uzun süreli sınırlamalar olay bazında değerlendirilerek yan sınırlama olarak kabul edilebilmekle birlikte; devir işlemlerinde kural olarak, know-how, ticari itibar ve müşteri portföyü transferi söz konusu olduğunda 3 yıllık, yalnızca ticari itibar ve müşteri portföyü devri söz konusu olduğunda ise 2 yıllık rekabet yasağı uygundur.

540 Tarafların açıklamaları ve yukarıdaki bilgiler çerçevesinde, yan sınırlama kabul edilebilmesi için söz konusu rekabet yasağının süresinin devirden itibaren 3 yıl ile sınırlı olması gerekmektedir.

Bildirim konusu işlemde, yukarıda açıklanan nedenlerle yan sınırlama olarak değerlendirilemeyen rekabet yasağının, söz konusu devralma işlemi için rekabeti gerekli olandan daha fazla kısıtladığı belirlendiğinden 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde belirtilen,

550 a. Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,

b. Tüketicinin bundan yarar sağlaması,

c. İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,

d. Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması,

şeklindeki şartların tamamını sağlayamadığı, bu nedenle, bu şekliyle anlaşmaya muafiyet verilmesinin de mümkün olmadığı kanaatine varılmıştır.

H.2.2.2. Gizlilik

Anlaşmanın “Gizlilik” başlıklı 28. maddesi, taraflara, birbirlerinden edindikleri, kamuoyu tarafından bilinmeyen bilgi ve belgeleri açıklamama yükümlülüğü getirmektedir. Bu madde şöyledir:

“Taraflardan herbiri, ilgili taraf ve temsilcilerinin diğer taraftan almış olduğu tüm bilgi ve dökümanları tam gizlilik içerisinde saklayacağını ve bu tür bilgi ve dökümanları aşağıda belirtilen koşullar dışında hiçbir 3. tarafa aktarmayacağını kabul ve beyan eder; ancak, a) taraflar, sözkonusu bilgileri hukuk müşavirlerine, muhasebecilerine ve diğer danışmanlarına açıklayabileceklerdir (bu bilgiler gizli kalacaktır) B) ilgili tarafın Kanunlar uyarınca bu bilgileri açıklamakla yükümlü olması durumunda ilgili bilgileri açıklayabileceklerdir (ancak öncelikle ilgili Kanunlarda izin verildiği ölçüde bu durumu diğer taraflara bildirmeleri kaydıyla) veya c) yukarıdaki 6. veya 7. madde çerçevesinde Şirketin hisselerini iktisap edecek olan muhtemel bir alıcıya ilgili bilgiler açıklanabilecektir, fakat bu durumda ilgili hisseleri iktisap edecek olan aday Şirketin lehine benzer gizlilik yükümlülüklerine tabi olacaktır. Taraflardan her birinin işbu 28. madde çerçevesinde sözkonusu gizliliği koruma yükümlülüğü, diğer tarafın bilgi sunduğu anda kamuoyunda zaten bilinmekte olan veya bilgilendirilen tarafın veya temsilcilerinin ya da çalışanlarının işbu Anlaşmanın bir ihlali sayılabilecek bir fiili veya hareketi hariç herhangi bir şekilde kamuoyunun tarafından bilinen hale gelen her türlü bilgi veya döküman için geçerli olmayacaktır. İşbu 28. madde işbu Anlaşmanın herhangi bir nedenle sona ermesinden sonra da yürürlükte kalacaktır.”

Birleşme/devralmalarda gizlilik ile ilgili sınırlamalar da rekabet etmeme yükümlülüğüne benzer şekilde değerlendirilmektedir. Hatta gizlilik yükümlülüklerinin yan sınırlama olarak değerlendirilmesinde tarafların önemli ticari sırlarının korunmasındaki çıkarları göz önüne alınarak daha uzun süreler makul karşılanabilmektedir. Bu çerçevede, yukarıdaki Gizlilik maddesi hükmünün ilgili yan sınırlama kriterlerini sağladığı neticesine varılmıştır.

I. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre;

A. Bank Pozitif Kredi ve Kalkınma Bankası A.Ş. ve C Menkul Değerler A.Ş.’nin devri bakımından,

1. Bildirime konu işlemin 4054 sayılı “Rekabetin Korunması Hakkında 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; işlem sonucunda 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesinde belirtilen nitelikte hakim durum yaratılmasının veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesinin ve böylece ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmadığına OYBİRLİĞİ ile,

2. Hissedarlar Anlaşması'nın 28. maddesi ile düzenlenen gizlilik hükümlerinin yan sınırlama olduğuna OYBİRLİĞİ ile,

600 **3.** Hissedarlar Anlaşması'nın 24. maddesinde düzenlenen rekabet yasağının ise mevcut şekliyle yan sınırlama olarak kabul edilemeyeceğine; bu nedenle, ilgili maddede, rekabet yasağının, işlemin sadece devreden tarafına getirilmesi ve süresinin devirden itibaren en fazla 3 yıl ile sınırlandırılması yönünde değişiklik yapılması koşuluyla işleme izin verilmesine OYÇOKLUĞU ile,

610 **B.** C Bilişim Teknolojileri ve Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş., Pratic İletişim ve Teknoloji Hizmetleri A.Ş. ve Hisse Taahhüt Anlaşması'nın 2.1.9. maddesindeki ön şarttan Tarshish Hapoalim Holdings and Investments Ltd. tarafından vazgeçilmesi durumunda C Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.'nin devralınmasının 1998/2 sayılı Tebliğ ile değişik 1997/1 sayılı Tebliğ'de öngörülen ciro ve pazar payı eşiklerinin aşılması nedeniyle, ilgili Tebliğ'in 4. maddesi kapsamında Rekabet Kurulu'ndan izin alınması gereken işlem olmadığına OYBİRLİĞİ ile,

karar verilmiştir.

**24.08.2006 tarih ve 06–59/780–229 Sayılı Kurul Kararı'na
KARŞI OY GEREKÇESİ**

İlgili işlemin, esasen çeşitli açılardan “ortak girişim” özelliği göstermesi, en azından “ortak kontrol” özelliği taşıyıp taşımadığı tartışması yapılabilecek derecede nev'i şahsına münhasır ve karmaşık bir “devralma” olması, dolayısıyla, Hissedarlar Anlaşması ile getirilen rekabet yasaklarının sadece bir tarafa yönelik olarak düzenlenmesinin gerekmediği, bu tür bir “devralma sözleşmesinde” ilgili piyasadaki rekabeti etkilemeyecek türden hükümlerin, “ters rekabet yasağı” olarak telakki edilmeyip, “devralma” nın mütemmim bir cüz'ü veya zorunlu unsuru olarak görülebileceği düşüncesiyle, ilgili Kurul Kararı'nın 3. maddesine katılmıyorum.

**Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Kurul Üyesi**