

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2003-3-12 (Devralma)

Karar Sayısı : 03-11/123-57

Karar Tarihi : 20.2.2003

A- TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU

Üyeler : Dr. Kemal EROL, A. Ersan GÖKMEN, R. Müfit SONBAY, Kubilay ATASAYAR, Mustafa PARLAK, Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ, Rıfki ÜNAL, Tulez BARUTOĞLU.

B- RAPORTÖRLER: Hakan SABUNCU, Ali Fuat KOÇ

C- BİLDİRİMDE BULUNAN: Doğuş Holding A.Ş.

Temsilcisi: Mehmet ERDEM

T. Garanti Bankası A.Ş. Cinnah Cad. No: 2/4
Kavaklıdere/Ankara

D- TARAFLAR: Doğuş Holding A.Ş.

Doğuş Holding Binaları İstinye Yokuşu Sarıyer/İstanbul

Barilla Alimentare SpA

Via Montava 166 Parma/İTALYA

E- DOSYA KONUSU: **Doğuş Holding A.Ş.'ye ait Filiz Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin sermayesinin % 44,99'unu temsil eden hisse senetlerinin tamamının Barilla Alimentare SpA tarafından devralınması işlemine izin verilmesi talebi.**

F- DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 23.1.2003 tarih ve 315 sayılı, 5.2.2003 tarih ve 568, 569, 570 sayılı ve 17.2.2003 tarih, 663 sayılı ile intikal eden bildirimler 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 17.2.2003 tarih, 2003-3-12/Ö.İ.-03-HS sayılı Devralma Ön İnceleme Raporu 17.2.2003 tarih, REK.0.07.00.00/17 sayılı Başkanlık önergesi ile 03-11 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G- RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili Rapor'da;

- Söz konusu "Hisse Devir Sözleşmesi"nde öngörülen Doğuş Holding A.Ş.'ye ait Filiz Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. sermayesinin %44,99'unu temsil eden hisse senetlerinin tamamının Barilla Alimentare SpA'ya devredilmesi işleminin 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında izne tabi bir devir işlemi olduğu, bu işlem sonucunda ilgili pazarda 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesinde belirtilen hakim durum yaratılması veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesi ve rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmadığı,

- "Hisse Devir Sözleşmesi"nin 10. maddesiyle Doğu Holding A.Ş. üzerine getirilen 3 yıllık rekabet yasağının yan sınırlama sayılarak devralma işlemiyle birlikte izin verilmesi gerektiği,

- "Hisse Devir Sözleşmesi"nin "Gizlilik" başlıklı 12.1. maddesinde öngörülen gizlilik yükümlülüğünün rekabet yasağı süresine paralel olarak üç yıllık süreyi aşmayacak şekilde sınırlandırılması koşuluyla bildirim konusu devir işlemine izin verilmesi gerektiği, ifade edilmektedir.

H- İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. İlgili Pazar

H.1.1. İlgili Ürün Pazarı

1997/1 sayılı Tebliğ'in 4. maddesinde öngörülen unsurlar ve devralma işlemine konu olan faaliyetler göz önünde bulundurularak, ilgili ürün pazarı "makarna pazarı" olarak belirlenmiştir.

H.1.2. İlgili Coğrafi Pazar

Devralma işlemine konu olan şirket ürünlerinin satış ve dağıtımının ülke genelinde yapılmasından dolayı söz konusu işlemin etkilerinin dikkate alınacağı coğrafi pazar "Türkiye Cumhuriyeti Sınırları" olarak tespit edilmiştir.

H.2. Taraflar

H.2.1. Doğu Holding A.Ş.

Doğu Holding A.Ş.'nin gıda sektöründe faaliyet gösteren iştirakleri; Filiz Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş., Done Dondurulmuş Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş., Unmaş Unlu Mamüller Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve Done Pazarlama ve Dağıtım A.Ş.'den oluşmakta olup; ayrıca iştiraklerinde sahip olduğu hisse senetleri nedeniyle de hissedar sıfatıyla bu iştiraklerin kontrolüne sahiptir.

Doğu Holding A.Ş.'nin Yönetim Kurulu üyeleri ise, Ferit Faik ŞAHENK, Yücel ÇELİK, Gönül TALU, Sadi GÖĞÜN, Süleyman SÖZEN, Aslan ACAR, Hüsnü AKAN, Yücel ARAT, Ahmet KURUTOĞLU'dan oluşmaktadır.

H.2.2. Filiz Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Filiz Gıda A.Ş.)

İstanbul'da kurulu Filiz Gıda A.Ş.'nin devir işlemi öncesi hissedarları ve hisse oranları Tablo-1'de sunulmuştur.

Tablo 1- Filiz Gıda A.Ş.'nin Devralma Öncesi Hisse Yapısı

Hissedarlar	Oran (%)
Doğu Holding A.Ş.	44,991
Deniz ŞAHENK	≈0,000
Filiz ŞAHENK	≈0,000
Ferit Faik ŞAHENK	0,004
Somtaş Tarım ve Tic.A.Ş.	0,004
Ahmet ÇATLADIOĞLU	≈0,000
Barilla Alimentare SpA	55,000
Toplam	100,000

Filiz Gıda A.Ş.'nin faaliyet alanı makarna, makarna sosu ve unlu mamüller üretimi ve pazarlanmasıdır. Dosya mevcudu bilgi ve belgeden, Filiz Gıda A.Ş.'nin devir işleminden sonra da aynı alanda faaliyetine devam etmesinin planlandığı ve Filiz Gıda A.Ş.'nin Barilla markası da dahil olmak üzere makarna pazarında toplam pazar payının tonaj olarak % 25.5; değer olarak %27.3 olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca, yapılan incelemelerde Filiz Gıda A.Ş.'nin "makarna" pazarında 2001 yılında %..... pazar payı ile sektörde lider konumuna geldiği tespit edilmiştir.

Filiz Gıda A.Ş.'nin mevcut yönetim kurulu üyeleri; Sincar Toker, Süleyman Kadir Tuğtekin, Mehmet Serdar SARIGÜL, Pietro MASSERA ve VittorioGiovanni Maria OGLIENGO'dan oluşmaktadır.

H.2.3. Barilla Alimentare SpA (Barilla)

Barilla; merkezi İtalya'da olan bir şirket olup, Türkiye'de Filiz Gıda A.Ş.'deki mevcut ortaklığı dışında herhangi bir faaliyeti bulunmamaktadır. Barilla hisselerinin tamamı Barilla G.eR.F.lli SpA.'ya aittir. Anılan firmanın %84,75 oranındaki hissesi Fin. Ba. SpA. şirketine ve bu şirket hisselerinin de %99,9'u Guido Maria Barilla SpA. firmasına aittir.

Barilla markalı ürünler Türkiye'de Filiz Gıda A.Ş. tarafından üretilmekte veya Barilla'dan ithal edilerek pazarlaması yapılmaktadır.

H.3. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

H.3.1. Devralma İşlemi

Bildirim formunda Doğu Holding A.Ş.'ye ait Filiz Gıda A.Ş. sermayesinin %44,99'unu temsil eden hisse senetlerinin tamamının Barilla'ya devri işlemine izin verilmesi talep edilmiştir. Taraflar arasında 28.11.2002 tarihinde imzalanmış olan "Hisse Devir Sözleşmesi"ne göre, Doğu Holding A.Ş. sahip olduğu hisse senetlerinin tamamını Barilla'ya devredecektir.

Bildirim konusu devralma işlemi öncesinde Doğu Holding A.Ş., Filiz Gıda A.Ş.'nin %44.9, Barilla ise %55 oranında hissesine sahiptir.

Devir öncesi Filiz Gıda A.Ş.'nin 5 yönetim kurulu üyesinin, ana sözleşmesi hükümleri uyarınca, 3'ü Barilla'nın gösterdiği adaylar arasından 2'si ise Doğu Holding A.Ş.'nin göstereceği adaylar arasından seçilmektedir. Filiz Gıda A.Ş. Ana Sözleşmesine göre yönetim kurulunun toplanabilmesi için üye tam sayısının yarısından bir fazlasının hazır bulunması gerekmekte ve kararlar; toplantıda hazır bulunan üyelerin çoğunluğu ile alınmaktadır. Ortaklık paylarında taraflar arasındaki eşitsizliğe karşın rutin kararlar dışında, Ana Sözleşme'nin 15. maddesinde belirtilen bazı konulara ilişkin alınacak kararlar ancak yönetim kurulu tarafından alınabilmekte ve bu kararların alınabilmesi için hem Barilla'nın hem Doğu Holding A.Ş.'nin gösterdiği adaylar arasından seçilmiş en az birer yönetim kurulu üyesinin olumlu oyunun varlığına gerek duyulmaktadır. Yönetim kurulunda, belli büyüklükteki yatırımların yapılması, yıllık bütçenin onaylanması, iştiraklerdeki oy haklarının kullanılması gibi şirket açısından stratejik öneme sahip olan bu kararların oy çokluğu ile birlikte hem Barilla'yı hem Doğu Holding A.Ş.'yi temsil eden üyelerden en az birinin olumlu oyu ile alınabilmesi, iki tarafın görüş birliğine varmadığı söz konusu kararların sonuçlandırılmaması ve askıda kalması, Doğu Holding A.Ş. ve Barilla'nın

devralma öncesinde söz konusu şirkette ortak kontrole sahip olduklarını ortaya koymaktadır.

Devralma işlemi sonrasında Filiz Gıda A.Ş.'nin ortaklık yapısı Tablo-2'de yer verildiği şekilde olacaktır:

Tablo 2- Filiz Gıda A.Ş. Devralma Sonrası Hisse Yapısı

Hissedarlar	Oran (%)
Barilla Alimentare SpA	99,999
Gianluca BOLLA	0,001
Pietro MASSERA	≈0,000
Nicola GHELFI	≈0,000
Ahmet ÇATLADIOĞLU	≈0,000
Toplam	100,000

Yukarıdaki tablodan da anlaşılacağı üzere, devralma işlemi sonrasında Doğu Holding A.Ş., Filiz Gıda A.Ş. üzerinde sahip olduğu tüm hisseleri devredecek ve Filiz Gıda A.Ş.'nin kontrolü tamamen Barilla'ya geçecektir. Ayrıca devir öncesinde Deniz ŞAHENK, Filiz ŞAHENK, Ferit Faik ŞAHENK ve Somtaş Tarım ve Ticaret A.Ş. tarafından sahip olunan yaklaşık %0,009 oranındaki Filiz Gıda A.Ş., hisseleri de devredilmektedir. Devir sonrasında Gianluca Bolla, Pietro Massera ve Nicola Ghelfi şirketin yaklaşık %0,001 oranındaki hisselerine sahip olmakta ve devir öncesinde şirket ortaklarından olan Ahmet ÇATLADIOĞLU'nun ortaklığı devir sonrasında da devam etmektedir.

Doğu Holding A.Ş.'nin sahip olduğu %44,99 oranındaki Filiz Gıda A.Ş. hisselerinin Barilla tarafından satın alması işlemi sonrasında ortak girişim niteliğindeki Filiz Gıda A.Ş.'nin kontrolü tamamen diğer ortak Barilla'ya geçmektedir. Filiz Gıda A.Ş.'nin kontrolünün ortak kontrolden tek kontrole dönüşecek olması nedeniyle, söz konusu işlem 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesi anlamında bir devralma işlemidir.

1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesi anlamında birleşme veya devralma kabul edilen bir işlemin Rekabet Kurulu'ndan izin almak üzere bildirilmesi zorunlu bir işlem olarak değerlendirilebilmesi için aynı Tebliğin 1998/2 No'lu 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 yirmibeş trilyon Türk Lirası'nı aşması..." gerekmektedir. Dosya mevcudu bilgi ve belgeden, Filiz Gıda A.Ş.'nin ilgili ürün pazarındaki cirosunun 25 trilyon TL'yi aştığı ve makarna pazarındaki payının da %25 pazar payı eşiğinin üstünde olduğu tespit edilmiştir. Bu açıdan Doğu Holding A.Ş.'nin sahip olduğu Filiz Gıda A.Ş. hisselerini Barilla'ya devretmesi işlemi 1997/1 sayılı Tebliğ'in 4. maddesi kapsamında Rekabet Kurulu'nun iznine tabidir.

Anılan devralmanın, ilgili pazarda faaliyet gösteren rakip teşebbüslerden bağımsız olarak gerçekleştiği ve şirketin mevcut ortakları arasında şirket hisselerinin el değiştirmesinden ibaret olduğu anlaşıldığından, piyasada mevcut rekabet üzerinde bir etkisinin olmayacağı, bu nedenle bu devralma sonucunda bir hakim durum yaratılmasının veya var olan bir hakim durumun güçlendirilerek rekabetin önemli ölçüde sınırlandırılmasının söz konusu olmayacağı, bu bağlamda bildirim

konusu işleme 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi çerçevesinde izin verilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.

H.3.2. Hisse Devir Sözleşmesi'nin Değerlendirmesi

Doğuş Holding A.Ş. ile Barilla arasında imzalanan "Hisse Devir Sözleşmesi"nin 10. maddesinde, Doğuş Holding A.Ş.'ye ilgili pazarda üç yıl süre ile rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmektedir. Anılan Sözleşme'nin "Rekabet Etmeme" başlıklı 10. maddesinde; *"Tamamlama Prosedürü Tarihinden itibaren üç (3) yıllık bir dönem boyunca, Satıcı (Doğuş Holding A.Ş.), Şirketin faaliyetiyle herhangi bir şekilde rekabet teşkil edecek surette doğrudan veya dolaylı olarak varlık veya hisse satışı başlatmamayı ve/veya böyle bir işlemde herhangi bir pay almamayı ya da benzer faaliyetlere (ki bunların arasında birleşmeler, spin-off'lar – bir şirket aktifinin başka şirketin hisse senetlerine karşılık devri ve bu hisse senetlerinin devreden şirket ortaklarına kar hissesi olarak dağıtılması- ve benzeri işlemler) girişmemeyi taahhüt etmektedir."* hükmü yer almaktadır.

Yan sınırlamalar ve bu çerçevede rekabet yasakları, yoğunlaşmayı meydana getiren sözleşmenin ana amacının yanında sözleşmenin hukuki getirilerinden yararlanılmasına yönelik düzenlemeler olarak nitelendirilebilir. Devralmalarda alıcıların satıcılara getirdiği rekabet yasakları, 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 kimi rekabet yasakları, yoğunlaşmanın uygulanabilmesi için yoğunlaşma ile doğrudan ilgili ve gerekli sayılmaktadırlar. Genel olarak rekabet yasaklarının 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.

"Sadece taraflar açısından kısıtlayıcı nitelikte olma" prensibi devralma işlemlerinde rekabet yasakları özelinde değerlendirildiğinde, bu yasaklar satıcıya, satıcının bağlı kuruluşlarına ya da satıcının temsilcilerine getirilebilmektedir. Rekabet yasağına ilişkin ilgili sözleşme hükmünün lafzı temel alındığında, rekabet etmeme yükümlülüğünün sadece satıcı konumunda bulunan hissedarlara getirildiği, bu çerçevede üçüncü kişilerin pazar davranışlarına ilişkin herhangi bir kısıtlama içermediği görülmektedir.

"Orantılılık ilkesi" çerçevesinde ise bir kısıtlamanın yan sınırlama olarak kabul edilmesinde yalnızca kısıtlamanın niteliğinin değil, aynı zamanda kapsamının ve süresinin de işlemin yürütülebilmesi için gerekenden fazla sınırlanmış olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Devralma işlemlerinde getirilen rekabet yasaklarının kapsamının devralınan teşebbüsün faaliyet alanına giren ürün ve hizmetlerle sınırlı olması gerekmektedir. İncelenen rekabet yasağına ilişkin hükümden yasağın kapsamının "Şirketin faaliyetiyle" sınırlandırılması nedeniyle ele alınan rekabet yasağı kapsam yönünden zorunluluk ve objektiflik niteliklerini taşımaktadır.

Doğuş Holding A.Ş. tarafından Filiz Gıda A.Ş.'nin faaliyetlerine ilişkin sahip olunan ürün markalarının ve tüm peştemaliyenin de devredildiği, bu peştemaliyenin

özellikle, Filiz Gıda A.Ş.'nin uzun yıllar boyunca elde ettiği müşteri portföyünü, satış ve servis ağını içerdiği anlaşılmaktadır. Dosya mevcudu bilgi ve belgeden, aynı zamanda Doğu Holding A.Ş.'nin Filiz Gıda A.Ş. bünyesindeki faaliyetlerinde ortağı Barilla'dan önemli ölçüde ve özellikle makarna üretimine ilişkin "know-how" edindiği ve devralma işlemine konu olan "know-how"ın esas olarak Filiz Gıda A.Ş.'nin üretiminden satış ve pazarlamasına kadar olan tüm aşamalara ilişkin sahip olduğu bilgi birikimi ve tecrübesini içerdiği ve bunların da söz konusu hisselerin devri ile birlikte devralmaya konu olduğu anlaşılmıştır.

Bu açıklamalar ışığında; yazılı bir kitapçık ya da belgede kayıtlı olmamasına rağmen; Filiz Gıda'nın yıllar boyunca elde ettiği tecrübesine dayanan ve esas olarak çalışanlarının bilgisi dahilinde olan, üretim, kalite kontrol, uygun hammadde seçimi, dağıtım ve pazarlama süreçlerine ilişkin olan bilgilerin, 1998/2 sayılı Tebliğ'deki koşulları taşıdığı için "know-how" olarak değerlendirilmesi ve bu nedenle "Hisse Devir Sözleşmesi"nin 10'uncu maddesinde Doğu Holding ve onunla kontrol unsurları bakımından aynı grupta yer alan şirketler üzerine getirilen 3 yıllık rekabet yasağının bir yan sınırlama sayılarak devralma işlemiyle birlikte izin verilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.

Öte yandan Hisse Devir Sözleşmesi'nin "Gizlilik" başlıklı 12.1. maddesinde;

"Tarafların her birisi, işbu Sözleşme'yi ve tüm bilgileri gizli bilgi olarak kabul etmektedirler. Sözleşme'nin imzalanması sırasında kamuoyuna mal olmuş bilgiler bu hüküm kapsamı dışındadır.

Taraflardan hiçbirisi, diğer tarafın işiyle ilgili herhangi bir gizli bilgiyi –ki bunların arasında söz konusu tarafın müşterileri, devir fiyatları, işletme prosedürleri, planları ve prosesleri de bulunmaktadır-, karşı tarafın önceden vereceği yazılı izin olmaksızın, kendisinin profesyonel danışmanları haricinde kimseye ifşa etmeyeceklerdir." hükümleri yer almakta ve bu madde ile tarafların her birine gizlilik yükümlülüğü getirilmektedir.

Anılan gizlilik yükümlülüğü için tarafların herhangi bir süre öngörmedikleri anlaşılmaktadır. Yoğunlaşma işlemlerinde getirilen bilginin gizli tutulmasına ilişkin yükümlülükler, tarafların karşılıklı güvenlerini sağlamadaki ve alıcının yaptığı yatırımın karşılığını tam olarak almasındaki işlevleri nedeniyle yoğunlaşma ile doğrudan ilgili ve gerekli kabul edilmekte, diğer yandan rekabet yasakları ile benzer sonuçlar doğurmaları nedeniyle de süre yönünden aynı temel kriterlere göre değerlendirilmektedirler. Yan sınırlamaların süre ve kapsam yönünden belirli olması genel prensibi çerçevesinde gizlilik hükmü, süresinin rekabet yasağının süresine paralel olarak devralma işleminin tamamlanmasını izleyen 3 yılı aşmayacak şekilde sınırlandırılması halinde yan sınırlama olarak değerlendirilebilecektir.

İ- SONUÇ

Yukarıda yer verilen bilgiler ışığında;

1. "Hisse Devir Sözleşmesi"nde öngörülen işlemin 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ kapsamında izne tabi bir devir işlemi olduğuna, ancak bu işlemin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesi anlamında hakim durum

yaratan veya mevcut bir hakim durumu güçlendiren ve ilgili piyasadaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuran nitelikte bir devralma olmadığına,

2. “Hisse Devir Sözleşmesi”nin 10. maddesiyle Doğu Holding A.Ş.’ye getirilen 3 yıllık rekabet yasağının yan sınırlama sayılarak, devralma işlemi ile birlikte izin verilecek nitelikte olduğuna,

3. “Hisse Devir Sözleşmesi”nin “Gizlilik” başlıklı 12.1. maddesinde öngörülen gizlilik yükümlülüğünün rekabet yasağı süresine paralel olarak 3 yıllık süreyi aşmayacak şekilde sınırlandırılması koşuluyla bildirim konusu devir işlemine izin verilmesine,

OY BİRLİĞİ ile karar verilmiştir.