

**Rekabet Kurumu Başkanlığından,
REKABET KURULU KARARI**

Dosya Sayısı : 2006-3-9 (Devralma)
Karar Sayısı : **06-18/217-56**
Karar Tarihi : 9.3.2006

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Mustafa PARLAK
Üyeler : Tuncay SONGÖR, Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ, Rıfki ÜNAL, Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI, Sıraç ASLAN, Süreyya ÇAKIN

B. RAPORTÖRLER : Onur Yelda YÜKSEL, Osman Tan ÇATALCALI

C. BİLDİRİMDE BULUNAN : Andros Et CIE SAS ve Novansie SAS Temsilcisi:
Av. Alev BAYRAKTAR
NCE Elver Avukatlık Bürosu Büyükdere Cad. Yapı Kredi Plaza C Blok Kat:3 34330 Levent/ İstanbul

D. TARAFLAR : Nazmi Ahmet EKER
Çamlıca Mah. Eğitimciler Cad. Eker Eroğlu Sitesi
E Blok D:6 Nilüfer/Bursa

Nevra EKER
Çamlıca Mah. Eğitimciler Cad. Eker Eroğlu Sitesi
E Blok D:4 Nilüfer/Bursa

Aygen EKER
Altıparmak Burç 2 Apt. No: 53/15 Bursa

Abdülhamit CAN
Bilginler Cad. Korkmaz Sitesi A Blok Kat:1 D:1
Nilüfer/Bursa

Reşat HAKSAN
113/19 Sok. No:3 D:3 Bornova/İZMİR

Andros Et CIE SAS
BP 1-46131 Biars sur Cere-FRANSA

Novandie SAS
19, Rue de la Republique 76153 Maromme Cedex
FRANSA

E. DOSYA KONUSU : Eker Süt Ürünleri Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin hissedarları olan Nazmi Ahmet Eker, Nevra Eker, Aygen Eker, Abdülhamit Can ve Reşat Haskan'ın hisselerinin bir kısmının Andros Et CIE SAS ve Novandie SAS tarafından devralınması işlemine izin verilmesi talebi.

F. DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 2.2.2006 tarih ve 665 sayı ile intikal eden ve en son 21.2.2006 tarih ve 1088 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 sonucunda düzenlenen 3.3.2006 tarih ve 2006-3-9/Öİ-06-YY sayılı Ön İnceleme Raporu, 6.3.2006 tarih, REK.0.07.00.00-120/17 sayılı Başkanlık önergesi ile 06-18 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

20 **G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda;

1) Eker Süt Ürünleri ve Gıda Sanayi Ticaret A.Ş.'nin % 50 oranındaki hissesinin Andros Et Cie Sas ve Novandie Sas şirketlerine devredilmesi sonucunda aynı grupta yer alan bu şirketler ile Eker Ailesi arasında 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesinin (c) bendi anlamında bir ortak girişim tesis edildiği,

30 2) Söz konusu işlemin taraf teşebbüslerin ilgili ürün pazarlarındaki cirolarının toplamı yönüyle, 1997/1 sayılı Tebliğ'in 4. maddesi kapsamında bildirim tabii olduğu, ancak bu işlem sonucunda bir hakim durum yaratılmasının veya var olan bir hakim durumun güçlendirilerek rekabetin önemli ölçüde sınırlandırılmasının söz konusu olmaması nedeniyle, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi çerçevesinde bildirim konusu işleme izin verilmesi gerektiği,

40 3) Hissedarlık Sözleşmesi'nin 6.4. maddesi ile getirilen rekabet yasağının, tarafların ayrı ayrı ya da birlikte rakip bir teşebbüsün kontrolü üzerinde doğrudan ya da dolaylı olarak etki etmeleri sonucunu doğurmayacak yatırım amaçlı hisse alımlarını sınırlandırmayacak şekilde düzenlenmesi ve süresinin tarafların Eker Süt Ürünleri ve Gıda Sanayi Ticaret A.Ş.'nin ortak kontrolünü ellerinde bulundurdukları süreyle sınırlandırılması halinde yan sınırlama sayılarak, işleme verilen izin kapsamında değerlendirilebileceği,

4) "Belirli Süreli İş Sözleşmesi"nin 8. maddesi ile getirilen, iş sözleşmesinin sona ermesinden itibaren 1 yıl süreli rekabet yasağının, bu 1 yıllık sürenin ortak girişimin ömrü içinde kaldığı ölçüde uygulanacak şekilde düzenlenmesi halinde yan sınırlama sayılarak işleme verilen izin kapsamında değerlendirilebileceği,

50 5) İçerdikleri rekabet yasakları nedeniyle ilgili sözleşmelere menfi tespit verilemeyeceği, yukarıda belirtilen değişikliklerin yapılmaması halinde, ilgili rekabet yasaklarının Kanun'un 5. maddesinde öngörülen muafiyet koşullarından olan "rekabetin zorunlu olandan fazla sınırlandırılmasına yol açmaması" koşulunu karşılamamaları nedeniyle "Hissedarlık Sözleşmesi"ne ve "Belirli Süreli İş Sözleşmesi"ne bireysel muafiyet tanınmasının mümkün olamayacağı, ifade edilmiştir.

H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. İlgili Pazar

H.1.1. İlgili Ürün Pazarı

Genel olarak süt ve süt ürünleri arasındaki birinin diğerinin girdisi olma ilişkisi ve yoğurt ve ayran gibi fermente süt ürünleri ile diğer süt ürünlerinin çok karmaşık üretim süreçlerinden geçirilmelerine ve büyük ek yatırımlar yapılmasına gerek kalmaksızın

60 aynı temel hammaddeden aynı tesiste üretilebilmeleri, söz konusu ürünler arasındaki arz ikamesinin yüksekliğine işaret etmektedir. Arz ikamesinin yüksekliği ölçek ekonomilerinden de faydalanmak isteyen firmaları süt ve süt ürünleri portföyünde yer alan birçok üründe aynı anda faal olmaya yöneltmektedir.

Bu açıklamalar çerçevesinde, ilgili ürün pazarı; "süt", "yoğurt", "ayran", "peynir", "kaymak", "tereyağı" alt ilgili ürün pazarlarını kapsayan "süt ve süt ürünleri" pazarı ile "meyve suyu" ve "yem" pazarı olarak belirlenmiştir.

70 H.1.2. İlgili Coğrafi Pazar

İlgili ürünlerin tüm Türkiye'de dağıtımının yapıldığı ve ülke genelinde rekabet koşullarında bölgeler bazında belirgin farklılıklar olmadığı göz önüne alınarak ilgili coğrafi Pazar, "Türkiye Cumhuriyeti sınırları" olarak tespit edilmiştir.

H.2.Taraflar

H.2.1. Andros Et Cie SAS (Andros) ve Novandie SAS (Novandie)

80 Andros, merkezi Fransa'da bulunan bir holding şirkettir. Bu şirket grup şirketlerinin idaresini sağlamak amacıyla kurulmuştur. Andros grup şirketleri genel olarak yoğurt ve sütlü tatlılar gibi süt ürünleri ile reçel, taze meyve tatlıları, meyve püresi ve meyve suyu gibi meyvesel ürünlerin üretimi ve satışı alanında faaliyet göstermektedir.

Yine Fransa merkezli olan Novandie şirketinin % 95,90 oranındaki hisseleri Andros şirketine, % 4,10 oranındaki hisseleri ise yine Andros Grubu şirketlerden biri olan Materne Polaska şirketine aittir. Novandie şirketi yoğurt, krema, sütlü tatlılar ve meyvesel ürünler alanında faaliyette bulunmaktadır.

90 Andros ve Novandie (Andros Grubu) şirketleri ile bu şirketlerle aynı grupta yer alan diğer şirketlerin Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde hiçbir faaliyeti bulunmamaktadır.

H.2.2. Eker Süt Ürünleri Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Eker Süt Ürünleri)

Eker Süt Ürünleri, süt, yoğurt, ayran, peynir, tereyağı, kaymak gibi süt ve süt ürünlerinin üretimi ve satışı ile meyve suyu ve yem satışı alanlarında faaliyet göstermektedir. Merkezi Bursa'da bulunan Şirketin mevcut ortaklık yapısına Tablo-1'de yer verilmiştir.

Tablo-1: Eker Süt Ürünleri'nin Ortaklık Yapısı

Pay Sahibinin Adı/Ünvanı	Pay Oranı (%)
Nazmi Ahmet Eker	42,45
Nevra Eker	42,45
Aygen Eker	15,00
Abdülhamit Can	0,05
Reşat Haskan	0,05
Toplam	100,00

100

Eker Süt Ürünleri'nin Yönetim Kurulu üyeleri; Nazmi Ahmet Eker(Başkan), Nevra Eker (Başkan Yardımcısı), Aygen Eker ve Abdülhamit Can'dan oluşmaktadır.

Eker Ailesi bünyesindeki diğer bir şirket de Eker Bilgisayar Sistemleri ve Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Eker Bilgisayar)'dir. Bu şirket bilgisayar donanımları alım satımı, yazılım üretimi ve satışı ile uğraşmakta ve devir işleminin gerçekleşeceği ilgili pazarda hiçbir faaliyeti bulunmamaktadır.

H.3. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

110

H.3.1. Devralma İşlemi

Bildirim konusu hisse devri işlemi, Eker Süt Ürünleri'nin %1 oranındaki hisselerinin Andros şirketine, % 49 oranındaki hisselerinin ise yine Andros Grubu şirketlerinden biri olan Novandie şirketine devrini içermektedir. İşlemlerle Eker Süt Ürünleri'nin mevcut hissedarlarından Nazmi Ahmet Eker, Nevra Eker ve Aygen Eker hisselerinin bir kısmını devrederken, Abdülhamit Can ve Reşat Haksan Eker Süt Ürünleri'nin hissedarlığından tamamen ayrılmaktadırlar.

120

1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesinde yer alan tanımlamaya göre bir işlemin Tebliğ kapsamında bir devralma sayılabilmesi için hisseleri devredilen teşebbüsün kontrolünde bir değişiklik olmalıdır. Ayrıca aynı maddede "Amaçlarını gerçekleştirmek üzere işgücü ve mal varlığına 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)" teşebbüsler arası birleşme ve devralma kabul edilmekte ve bunlar hakkında Tebliğ'in 4. maddesindeki koşullara bağlı olarak Rekabet Kurulu'ndan izin alınması gerekmektedir. Teşebbüsler arası bir işlemin 1997/1 sayılı Tebliğ'in ilgili maddesi çerçevesinde birleşme ve devralma sayılabilmesi için taşıması gereken unsurlar şunlardır:

130

- Ortak kontrol altında bir teşebbüsün bulunması,
- Ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkması,
- Ortak girişimin, taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisinin olmaması.

Bu noktada bildirim konusu hisse devri sonucunda, 1997/1 sayılı Tebliğ anlamında yukarıda sayılan unsurlar bakımından bir ortak girişimin ortaya çıkıp çıkmayacağına değerlendirilmesi gerekmektedir.

140

Ortak kontrol altında bir teşebbüsün bulunması: Dosya mevcudu bilgi ve belgeden devralma öncesinde Eker Süt Ürünleri'nin kontrolünün Nazmi Ahmet Eker, Nevra Eker ve Aygen Eker'den oluşan Eker Ailesi'nde olduğu anlaşılmaktadır.

Hisse devrinden sonra Eker Süt Ürünleri'nin ortaklık yapısı Tablo-2'de gösterildiği gibi olacaktır.

Tablo-2: Eker Süt Ürünleri'nin Hisse Devri Sonrasındaki Ortaklık Yapısı

Pay Sahibinin Adı/Ünvanı	Pay Grubu	Pay Oranı (%)
Nazmi Ahmet Eker	A	21,25
Nevra Eker	A	21,25
Aygen Eker	A	7,50
Novandie SAS	B	49,00
Andros et Cie SAS	B	1,00
TOPLAM	A+B	100,00

150 Tablo-2'den de görüldüğü üzere bildirim konu hisse devri sonucunda Eker Süt Ürünleri'nin %50 oranındaki hisselerine Eker Ailesi'nden oluşan A grubu hissedarlar, kalan %50 oranındaki hissesine ise Andros şirketi ve bu şirketle aynı grupta yer alan Novandie şirketinden oluşan B grubu hissedarlar sahip olacaktır.

160 “Hisse Satış ve Alım Sözleşmesi”nin 4.1.3 numaralı eki, Eker Süt Ürünleri'nin “Esas Sözleşmesi”nde hisse devri nedeniyle yapılacak değişiklikleri içermektedir. Bu metnin 24. maddesinde olağan ve olağanüstü genel kurul toplantılarında hazır bulunan hissedarların ya da vekillerin her hisse için bir rey hakkının olacağı belirtilmektedir. Böylelikle A ve/veya B grubu hissedarlara genel kurul toplantılarında herhangi bir imtiyaz tanınmadığı anlaşılmaktadır. Esas sözleşme değişikliklerine ilişkin metnin 22. maddesi uyarınca genel kurul TTK'da aksine hüküm bulunmayan haller haricinde şirket sermayesinin en az %60'ını temsil eden pay sahiplerinin katılımı ile toplanacaktır. Aynı metnin 23. maddesine göre daha yüksek bir karar nisabını gerektiren TTK hükümleri saklı kalmak üzere, genel kurul kararları genel kurul toplantısında hazır bulunan hissedar ya da vekillerinin oy haklarının çoğunluğunun olumlu oyu ile alınacak ve bu düzenlemelere bakılmaksızın esas sözleşmedeki herhangi bir değişiklik (özellikle sermaye artışı dahil olmak üzere) toplantıda hazır bulunanların oy haklarının % 80'ini temsil eden bir oy çokluğunu gerektirecektir. Açıklamalar çerçevesinde genel kurul toplantılarında taraflardan herhangi birinin belli bir yönde karar alınmasını engelleme gücünün bulunduğu, genel kurulda belli bir yönde karar alınabilmesi için tarafların her ikisinin de bu karara olumlu yönde katılmalarının gerektiği görülmektedir.

170 Esas sözleşme değişikliklerine ilişkin metnin 9. maddesi uyarınca, hisse devri sonrasında, Eker Süt Ürünleri'nin Yönetim Kurulu, Genel Kurul tarafından seçilecek toplam 5 üyeden oluşacaktır. Bu düzenlemeden 5 üyeli Yönetim Kurulunun 2 üyesinin A grubu hissedarlar tarafından, diğer 2 üyesinin B grubu hissedarlar tarafından teklif edileceği, 5. üyeyi teklif etme hakkının ise en fazla arka arkaya 2 yıllık iki dönemde bir, dönüşümlü olarak, A grubundan B grubu hissedarlara ya da B grubu hissedarlardan A grubu hissedarlara geçeceği anlaşılmaktadır.

180 A grubu ve B grubu hissedarların Eker Süt Ürünleri'nin hisse devri sonrasında oluşacak Yönetim Kurulunda ağırlığa dönüşümlü bir şekilde sahip olmalarının öngörülmesine karşın, bir takım kararların ancak her üyenin olumlu oyu ile alınabileceği düzenlenmiştir. Böylelikle, söz konusu kararlar bakımından Yönetim Kurulu üyelerinin her birine veto hakkı tanınmış olmaktadır.

190 Rekabet Hukuku bağlamında veto haklarının kontrolün paylaşılmasını sağlayıp sağlayamadığının belirlenmesinde “stratejik karar” kavramı ön plana çıkmaktadır. Buna göre; bütçenin, işletme çalışma planının onaylanmasına, büyük çaplı yatırım kararlarının alınmasına, üst düzey idari yönetim kadrolarının atanmasına ilişkin kararlar stratejik kararlar olarak kabul edilmekte ve bunların herhangi biri bakımından bile öngörülen veto hakkı ortak kontrolün varlığı için yeterli görülmektedir. Esas sözleşme değişikliklerini içeren metnin 12. maddesinde 16 bend halinde sıralanan kararların arasında işletme bütçesinin, pazarlama promosyonları ve satışla ilgili harcamalar veya indirim bütçesinin, yatırım bütçesinin onaylanması ve genel müdür ve kilit idare personeli dahil 4 ile 8 kişiden oluşan idari kurulun üyelerinin seçilmesi ve işe alınmaları bulunmaktadır.

200 Dolayısıyla, Eker Süt Ürünlerinin kontrolünün, hisse devri sonrasında oluşacak genel kurul ve yönetim kurulu karar alma süreçleri dikkate alındığında, A grubu hissedarlar olan Eker Ailesi ile B grubu hissedarlar olan Andros Grubu arasında paylaşılacağı anlaşılmaktadır. Devir öncesinde Eker Ailesi'nin kontrolünde bulunan Eker Süt Ürünleri'nin hisse devri sonrasında Eker Ailesi ile Andros Grubu tarafından ortaklaşa kontrol edilecek olması dolayısıyla, anılan teşebbüsün kontrolünde bir değişiklik ortaya çıkmaktadır.

210 **Ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlık olması:** Ortak girişimin devamlılık arz edecek şekilde (lasting basis) özerk bir iktisadi varlığın tüm fonksiyonlarını yerine getirmesi gerekmektedir. Ayrıca ortak girişim faaliyet konusunu gerçekleştirebilmek üzere bir yönetime; personel de dahil mali, taşınır ve taşınmaz malvarlıklarını da içeren yeterli kaynaklara sahip olmalıdır. Eker Süt Ürünleri yeni kurulmuş bir şirket değildir. Bu şirket zaten yıllardır ilgili ürün pazarında birçok müşteriye faal bir şekilde hizmet vermekte, bu pazardaki diğer firmaların yerine getirdikleri işlevleri yerine getirmekte ve bu amaçla gerekli maddi ve gayri maddi varlıklara sahip bulunmaktadır. Dolayısıyla Eker Süt Ürünleri bağımsız bir iktisadi varlıktır.

220 **Taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisinin olmaması:** Dosya mevcudu bilgi ve belgeden, bu işlem sonrasında ortak girişimin taraflarının her ikisinin de ilgili ürün pazarında ortak girişim dışında faaliyetlerinin olmayacağı anlaşılmıştır. Bu nedenle, işlemin taraflar arasındaki ya da taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı bir amaç ya da etkisi de bulunmayacaktır.

Yukarıda yer verilen bilgilerden, söz konusu işlem ile, 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesinin (c) bendi anlamında bir ortak girişim tesis edildiği anlaşılmaktadır.

230 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında izne tabi birleşme ve devralma işlemleri açısından Tebliğin 4. maddesinde iki eşik getirilmiştir. Anılan Tebliğ ve bu Tebliğ'de değişiklik yapan 1998/2 sayılı Tebliğ çerçevesinde teşebbüslerin ilgili ürün pazarındaki toplam pazar paylarının %25'i ve toplam cirolarının 25 trilyon TL'yi aştığı birleşme/devralmaların izne tabi işlemler olduğu belirtilmiştir. Söz konusu dosya bakımından pazar payı ve cirosu dikkate alınacak teşebbüs Eker Süt Ürünleri'dir. Nitekim ortak girişimin tarafları olan Andros Grubu'nun ve Eker Ailesi'nin ilgili ürün pazarında başkaca bir faaliyeti bulunmamaktadır.

Eker Süt Ürünleri'nin ilgili pazarlardaki pazar payının 1997/1 sayılı Tebliğ ile öngörülen eşiğin altında kalmasına rağmen, 31.12.2004 tarihi itibarıyla cirosu 1997/1 sayılı Tebliğ'de belirtilen eşiği aştığından bildirimine konu işlem, izne tabidir.

240 Eker Süt Ürünleri hisselerini devralan Andros Grubu'nun ilgili pazarda herhangi bir faaliyetinin bulunmaması nedeniyle, bildirimine konu işlemin ilgili pazarda yoğunlaşma doğurucu bir etkisinin bulunmayacağı, devralma sonucunda bir hakim durum yaratılmasının veya var olan bir hakim durumun güçlendirilerek rekabetin önemli ölçüde sınırlandırılmasının söz konusu olmayacağı kanaatine varılmıştır.

H.3.2. Rekabet Yasaklarının Değerlendirilmesi

250 “Hisse Satış ve Alım Sözleşmesi”nin ekleri arasında yer alan ve ortak girişimin tarafları arasındaki ilişkileri düzenleyen “Hissedarlık Sözleşmesi”nin 6.4. maddesinde rekabet yasağı düzenlenmiştir.

260 Yan sınırlamalar ve bu çerçevede rekabet yasakları, yoğunlaşmayı meydana getiren sözleşmenin ana amacının yanında sözleşmenin hukuki getirilerinden yararlanılmasına yönelik düzenlemelerdir. Ortak girişimlerde rekabet yasakları taraflar arasında güven ortamının yaratılması, ortak girişimin tüm malvarlığının kendisi tarafından kullanılabilmesi, ana teşebbüsler tarafından ortak girişime aktarılan ya da ortak girişimin kendisi tarafından geliştirilen know how’ı ve ticari itibarı özümseyebilmesi ve ortak girişim taraflarının çıkarlarının birbirlerine karşı ortak girişimin know how’ı ve ticari itibarına nüfuz edebilmeleri nedeniyle kolaylaşan rekabetçi davranışlarından korunabilmesini sağlamaktadırlar. Ayrıca ortak girişimlerde rekabet yasakları taraflar arasında veya taraflarla ortak girişim arasında rekabetçi davranışların koordinasyonuna yol açılmaması gerekliliğine de hizmet etmektedirler. Bu özellikleriyle ortak girişim işlemlerinde taraflara getirilen rekabet yasaklarının yoğunlaşma işlemi ile doğrudan ilgili ve gerekli¹ oldukları kabul edilmektedir.

270 Diğer yandan tarafların ortak girişimin müşterilerini çekmemesi, çalışanlarını istihdam etmemesi gibi yükümlülükler rekabet yasaklarını tamamlayıcı yükümlülükler olarak görülmekte ve etkilerinin benzer olması gerekçesiyle rekabet yasakları çerçevesinde bu yasaklara uygulanan kriterler bakımından değerlendirilmektedir. 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.

Yan kısıtlama olarak tanımlanacak düzenleme ortak girişim işlemlerinde kontrolü paylaşılan ortaklara rekabet yasakları getirilmesi durumunda makul sayılacaktır.

280 Söz konusu rekabet yasağı ortak girişim işleminin tarafları olan Nazmi Ahmet Eker, Nevra Eker ve Aygen Eker ile Andros ve Novandie şirketlerine getirilmiştir. Dolayısıyla yasaklama, yasaklamanın getirilebileceği kişiler bakımından makul bir sınırlamadır.

Orantılılık ilkesi çerçevesinde ise; kapsam yönünden rekabet yasağının ortak girişimin süt ve süt ürünleri ticaretiyle rekabet eden faaliyetler bakımından getirildiği anlaşılmış ve bu yönüyle de makul olduğu kanaatine varılmıştır.

290 Bununla birlikte, dosya mevcudu bilgi ve belgeden, tarafların hisseleri ulusal menkul kıymetler borsasında veya ulusal borsa dışı piyasalarda işlem gören şirketlerin söz konusu tevzi edilmiş hisselerinin %2’sinden fazlasını almalarının sınırlandırıldığı

¹ Doğrudan ilgililik unsuru; yoğunlaşmanın uygulanmasına yardımcı olacak, ancak yoğunlaşmanın asıl amacının önemi temel alındığında ikincil sayılabilecek kısıtlamaların varlığını gerektirir. Gereklilik unsuru ise, bu kısıtlamanın yokluğunun, yoğunlaşma işleminin hayata geçirilip uygulanamaması ya da daha belirsiz koşullar altında, çok daha yüksek maliyetlerle ve daha düşük başarı olasılığıyla uygulanmasına neden olmasını ifade etmektedir.

300 görülmektedir. Satıcıların rakip teşebbüslerin hisse senetlerine sahip olmamaları yönündeki kısıtlamalar, etkilerinin benzerliği nedeniyle rekabet yasakları ile aynı bağlamda ve benzer kriterlerle değerlendirilmektedir. Ancak hisse almamaya yönelik sınırlamaların yoğunlaşma işlemlerinde rekabet yasakları ile ulaşılmak istenen amaca hizmet etmesi, dolayısıyla işlemle doğrudan ilgili ve gerekli olması ve gerekenden fazla kısıtlayıcı olmaması gerekmektedir. Bu çerçevede işlem taraflarının teşebbüsün kontrolü üzerinde doğrudan ya da dolaylı olarak etkili olması sonucunu doğurmayan yatırım amaçlı hisse alımlarının engellenmesi yan sınırlama sayılmayacaktır.

310 Yatırım amaçlı hisse alımının hangi noktadan sonra yatırım amaçlı olmaktan çıkacağı ve tarafların rakip bir teşebbüsün kontrolü üzerinde etkili olmaları sonucunu doğuracağı önceden bilinmesinin mümkün olmaması nedeniyle, "Hissedarlık Sözleşmesi"nin 6.4. maddesinin tarafların ayrı ayrı ya da birlikte rakip bir teşebbüsün kontrolü üzerinde doğrudan ya da dolaylı olarak etki etmeleri sonucunu doğurmayacak yatırım amaçlı hisse alımlarını sınırlandırmayacak şekilde düzenlenmesi halinde yan sınırlama sayılarak yoğunlaşma işlemi kapsamında izin verilebilecektir.

320 Dosya mevcudu bilgi ve belgeden, rekabet yasağının süresi yönünden ise, yasaklamanın satılan hisselerin mülkiyetinin satıcılardan alıcılara geçeceği kapanış tarihinde başlayacağı ve tarafların şirket hissedarlığından ayrıldığı tarihten sonra 1 yıl süre ile uygulanacağı anlaşılmaktadır. Ancak ortak girişim işlemleri bakımından rekabet yasağının süresinin ortak girişimin ömrünü aşmaması gerekmektedir. Hissedarlıktan sonra 1 yıl süre ile de rekabet yasağı getirilmiş olmasına yönelik olarak taraflarca ortaklıktan dolayı endüstriyel ve ticari bilgi, satış stratejilerine yönelik bilgiler ile know how paylaşımının olacağı ve bu nedenle tarafların ortak girişimin faaliyetiyle ilgili olarak öğrendikleri bilgi ve becerileri hissedarlıktan ayrılmalarından sonra da bir süreliğine kullanmamalarının amaçlandığı belirtilmektedir. Ortak girişim işlemlerinde ortak girişimin ömrü boyunca getirilen rekabet yasaklarının yan sınırlama sayılmasının da önemli nedenlerinden biri budur. Ancak ortak girişimin ömrünü aşan yasaklamalar yan sınırlama sayılmamaktadır. Tarafların getirdikleri açıklamalar zaten yan sınırlama teorisinin göz önünde bulundurduğu gerekçelerdir.

330 Ortak girişimin ömrünü aşan sınırlamaların o ortak girişim işleminin yan sınırlaması olarak kabul edilmemesinin nedeni sınırlamanın yürütülen yoğunlaşmayla doğrudan ilgili olmamasıdır. Bu düzenlemeler yalnızca böyle bir işlem yaşama geçirildiğinde ve kendi koşulları çerçevesinde incelenebilecektir.

Genel olarak Kurul Kararlarında; ortak girişim taraflarının sonradan yapacakları hisse devrinin yeni bir devir işlemi olması, hisse devri sonrasında geçerli olacak rekabet yasaklarına ortak girişimin kurulduğu anda değil, bu hisse devri sırasında karar verilmesi gerekliliğinden bahisle, ortak girişimin süresini aşacak şekilde düzenlenen rekabet yasağı süresi makul bulunmamış, rekabet yasağının ortak kontrol haklarının devam ettiği süre ile sınırlandırılmasına karar verilmiştir.

340 Dolayısıyla işlemi düzenleyen asıl sözleşme olan "Hisse Satış ve Alım Sözleşmesi"nin eki niteliğindeki "Hissedarlık Sözleşmesi"nin 6.4. maddesi ile getirilen rekabet yasağının süresinin tarafların Eker Süt Ürünleri'nin ortak kontrolünü ellerinde

bulundurdukları süreyle sınırlandırılması halinde işlemin yan sınırlaması sayılarak işleme verilen izin kapsamında değerlendirilebileceği kanaatine varılmıştır.

350 “Hissedarlık Sözleşmesi” ile Nazmi Ahmet Eker’in ortak girişimin genel müdürlüğü görevine getirilmesi, Nevra Eker’in ise Eker Süt Ürünleri’nde işlem öncesinde yapmakta olduğu görevi, diğer bir deyişle Satış ve Pazarlamadan Sorumlu Genel Müdür Yardımcılığı görevini sürdürmesi öngörülmüştür. Bu çerçevede anılan kişilerle yine “Hisse Satış ve Alım Sözleşmesi”nin eklerinden olan “Belirli Süreli İş Sözleşmesi” yapılacaktır. En fazla 2 yıllık 5 devre halinde yenilenecek, toplamda süresi 10 yılı aşmayacak olan bu sözleşmenin 8. maddesinde, bu yasağın kapsamının “Hissedarlık Sözleşmesi”nin 6.4. maddesi ile getirilen rekabet yasağının kapsamından daha geniş olmadığı görülmektedir. Ayrıca gerek Nazmi Ahmet Eker gerekse Nevra Eker ortak girişim işleminin tarafları olarak zaten ortak girişimin devamı süresince anılan 6.4. maddedeki rekabet yasağı ile bağlıdırlar. Dolayısıyla ortak girişimin ömrü içinde kalmak şartıyla bu rekabet yasağı sorun oluşturmamaktadır.

360 Diğer yandan söz konusu iş sözleşmesinin, süresinin bitmesi dışında, aynı zamanda Eker Grubunun hisselerinin şirket ortaklık yapısının %50’sinin altına düşmesi halinde de feshedileceği düzenlenmiştir. Bu çerçevede söz konusu rekabet yasağı süresinin ortak girişimin ömrünü aşması durumu, ancak anılan kişilerin şirketteki görevlerini sürdürürken ortak girişimin kontrolünden ayrılmaları halinde ortaya çıkacaktır. Bu durumda bu kişilerin iş sözleşmeleri feshedilmiş olacak ancak, ortak girişimin ömrünü aşan ekstra 1 yıllık ek bir dönem için rekabet yasağı ile bağlı kalacaklardır. Taraflar bu rekabet yasağını anılan kişilerin Eker Süt Ürünleri bünyesinde gerek hissedar olarak gerekse genel müdürlük ve genel müdür yardımcılığı görevlerinden dolayı öğrenecekleri endüstriyel ve ticari bilgileri ve know how’ı rakip bir şirkette veya rakip bir şirket kurarak kullanmalarının engellenmesi amacıyla getirdiklerini belirtmektedirler. Tarafların bu rekabet yasağı için yaptıkları açıklama “Hissedarlık Sözleşmesi”yle getirilen rekabet yasağı için yaptıkları açıklamadan farklı değildir. 370 Daha önce ortak girişim işlemlerinde taraflara getirilen rekabet yasağının süresinin ortak girişimin ömrünü aşmasının uygun olmayacağı yönündeki açıklamalara paralel davranmak ihtiyacı doğmaktadır. Bu nedenle, “Belirli Süreli İş Sözleşmesi” nin 8. maddesi ile Ahmet Nazmi Eker’e ve Nevra Eker’e getirilen, iş sözleşmesinin sona ermesinden itibaren 1 yıl süreli rekabet yasağının, bu 1 yıllık sürenin ortak girişimin ömrü içinde kaldığı ölçüde uygulanacak şekilde düzenlenmesi halinde yan sınırlama sayılarak işleme verilen izin kapsamında değerlendirilebileceği kanaatine varılmıştır.

380 Tarafların Kurul’un izin vermemesi halinde bildirim konusu işlemlerle ilgili olarak menfi tespit ya da muafiyet talebi de bulunmaktadır. İlgili sözleşmeler rekabet yasakları içermekte olduklarından, menfi tespit almaları söz konusu değildir. Taraflar yukarıda öngörülen değişikliklerin yapılmasını istemedikleri takdirde bu kısıtlamaların bireysel muafiyet analizine tabi tutulmaları gerekecektir. 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesinin (a) ve (b) bentlerinde belirtilen amaçların elde edilebilmesi için, yan sınırlamanın işlemlerle ilgili, gerekli ve orantılı olması, diğer bir deyişle anılan maddenin (c) ve (d) bentlerindeki unsurları sağlaması gerekmektedir. Bu noktada yan sınırlama kavramı çerçevesinde ortaya konan prensiplerin mutlak uygulanması gereken prensipler olmaması, rekabet otoritelerinin işlemin özel koşullarını ve tarafların ileri sürecekleri gerekçeleri de göz önünde bulundurabilecekleri dikkate alındığında, yan sınırlama 390 analizinin aslında yoğunlaşmanın hayata geçirilebilmesi için yapılan bir muafiyet

analizi olarak değerlendirilebilecektir. Açıklamalar çerçevesinde, ele alınan rekabet yasaklarında yukarıda belirtilen değişikliklerin yapılmaması halinde, bunların Kanun'un 5. maddesinde öngörülen muafiyet koşullarından olan "rekabetin zorunlu olandan fazla sınırlanmasına yol açmaması" koşulunu karşılamaması nedeniyle "Hissedarlık Sözleşmesi"ne ve "Belirli Süreli İş Sözleşmesi"ne bireysel muafiyet tanınması mümkün olmayacaktır.

H.3.3. Gizlilik Yükümlülüğünün Değerlendirilmesi

- 400 "Hisse Satış ve Alım Sözleşmesi" ile Eker Bilgisayar Sistemleri ve Gıda Sanayi ve Tic. A.Ş. (Eker Bilgisayar) arasında "Yazılım Destek Servisi ve Bakım Sözleşmesi" imzalanması öngörülmüştür. Bu sözleşme ile Eker Bilgisayar, Eker Süt Ürünleri'ne 5 yıl süre ile yazılım destek ve bakım servisi sağlayacaktır. Ana teşebbüslerle ya da ana teşebbüsün kontrolünde olan teşebbüslerle ortak girişim arasında yapılan bu türden mal veya hizmet alım satımına yönelik düzenlemeler yan sınırlama olarak işleme verilen iznin kapsamında değerlendirilebilmektedir. Rekabeti kısıtlayıcı herhangi bir hükmünün bulunmadığı görülen bu sözleşmenin üzerinde durulması gereken tek hükmü 7. maddesi ile getirilen gizlilik yükümlülüğüdür. Bu hükme göre taraflar, sözleşmenin sona ermesinden itibaren 5 yıl süre ile birbirlerinden
- 410 öğrendikleri gizli bilgileri gizli tutacak, üçüncü şahıslara açıklamayacaklardır. Aynı maddede gizli bilginin kapsamı yer almaktadır.

- Birleşme devralma işlemlerinde satıcılara ya da işlemin taraflarına getirilen yükümlülükler rekabet yasakları gibi işlev görebilecektir. Bunun en önemli nedeni yoğunlaşma taraflarının o işleme konu teşebbüsün her türlü bilgisine nüfuz edebilmesi, dolayısıyla kapsamı çok geniş olan bu bilgileri kullanmasının engellenmesinin rekabet yasağı etkisi doğurabilecek olmasıdır. Diğer yandan, ele alınan hizmet sözleşmesinde taraflar, ancak aralarındaki iş ilişkisi vesilesiyle, bu iş ilişkisinin gereklerini yerine getirirken birbirlerinin gizli bilgilerini öğreneceklerdir. Bu
- 420 nedenle, tarafların birbirlerinden öğrenebilecekleri gizli bilgilerin hem kapsamı hem de niteliği sınırlı olacaktır. Dolayısıyla söz konusu düzenlemenin giriş engeli yaratma ya da rekabet yasağı işlevi görme gibi bir etki doğurmasının güç olduğu söylenebilecektir. Öte yandan bu tür gizlilik yükümlüklerinin taraflar arasında güven ortamı yaratılmasına ve teşebbüslerin know how'ünün korunmasına büyük katkıları bulunmaktadır. Yukarıdaki gizlilik yükümlülüğünün kapsamında know how niteliği bulunabilecek bilgilerin de olduğu görüldüğünden, ele alınan gizlilik yükümlülüğünün makul bir sınırlama olduğu kanaatine varılmıştır.

I. SONUÇ

- 430 Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre;

1) Eker Süt Ürünleri ve Gıda Sanayi Ticaret A.Ş.'nin %50 oranındaki hissesinin Andros Et Cie Sas ve Novandie Sas şirketlerine devredilmesi sonucunda aynı grupta yer alan bu şirketler ile Eker Ailesi arasında 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesinin (c) bendi anlamında bir ortak girişim tesis edildiğine,

2) Söz konusu işlemin taraf teşebbüslerin ilgili ürün pazarlarındaki cirolarının toplamı yönüyle, 1997/1 sayılı Tebliğ'in 4. maddesi kapsamında izne tabi olduğuna, ancak bu

440 işlem sonucunda bir hakim durum yaratılmasının veya var olan bir hakim durumun güçlendirilerek rekabetin önemli ölçüde sınırlandırılmasının söz konusu olmadığına,

3) Yazılım Destek Servisi ve Bakım Sözleşmesi'nin 7. maddesinde yer verilen gizlilik yükümlülüğünün makul bir yan sınırlama olduğuna,

4) a) Hissedarlık Sözleşmesi'nin 6.4. maddesi ile getirilen rekabet yasağının, tarafların ayrı ayrı ya da birlikte rakip bir teşebbüsün kontrolü üzerinde doğrudan ya da dolaylı olarak etki etmeleri sonucunu doğurmayacak yatırım amaçlı hisse alımlarını sınırlandırmayacak şekilde düzenlenmesi ve süresinin 450 tarafların Eker Süt Ürünleri ve Gıda Sanayi Ticaret A.Ş.'nin ortak kontrolünü ellerinde bulundurdukları süreyle sınırlandırılması ve

b) "Belirli Süreli İş Sözleşmesi"nin 8. maddesi ile getirilen, iş sözleşmesinin sona ermesinden itibaren 1 yıl süreli rekabet yasağının, bu 1 yıllık sürenin ortak girişimin ömrü içinde kaldığı ölçüde uygulanacak şekilde düzenlenmesi

koşullarıyla yan sınırlama sayılarak işleme izin verilmesine,

460 5) İçerdikleri rekabet yasakları nedeniyle ilgili sözleşmelere menfi tespit verilemeyeceği, yukarıda belirtilen değişikliklerin yapılmaması halinde, ilgili rekabet yasaklarının Kanun'un 5. maddesinde öngörülen muafiyet koşullarından olan "rekabetin zorunlu olandan fazla sınırlandırılmasına yol açmaması" koşulunu karşılamamaları nedeniyle "Hissedarlık Sözleşmesi"ne ve "Belirli Süreli İş Sözleşmesi"ne bireysel muafiyet tanınamayacağına,

OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.