

**Rekabet Kurumu Başkanlığından,  
REKABET KURULU KARARI**

**Dosya Sayısı** : 2004-3-11 (Menfi Tespit)  
**Karar Sayısı** : **04-46/588-143**  
**Karar Tarihi** : 8.7.2004

**A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER**

10 **Başkan** : Mustafa PARLAK  
**Üyeler** : Tuncay SONGÖR, A. Ersan GÖKMEN, R. Müfit SONBAY,  
Murat GENCER, Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ,  
Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI, Süreyya ÇAKIN

**B. RAPORTÖRLER:** Onur Yelda YÜKSEL, Alper KARAKURT

**C. BİLDİRİMDE  
BULUNAN**

20 : - Mehmet Kamil ÖZOFLU  
Temsilcisi: M. Fevzi TOKSOY  
Polaris Plaza, Ahi Evran Cad. 1/16 Maslak/İstanbul

**D. TARAFLAR:**

- Mehmet Kamil ÖZOFLU  
Ataşehir Bulvarı Kamelya 1/1 Blok D:4 34750 Ataşehir  
Kadıköy/İstanbul

- Macit Akın ÖZOFLU  
Cemil Topuzlu Cad. Tiba Siteleri D. Blok Daire:23  
Rasimpaşa Kadıköy/İstanbul

30 - Metin Ziya ÖZOFLU  
Kayışdağ Cad. Beyaz Köşk Sitesi A-1 Blok 4-8  
Kızıltoprak/İstanbul

- Nejat Nuri ÇETİNKAYA  
Kartaltepe Mahallesi Kıbrıs Sok. No:5/9  
Bakırköy/İstanbul

40 - Reyhan ÖZOFLU  
Bağdat Cad. Ateş Apartmanı No:10,2/9 Rasimpaşa  
Kadıköy/İstanbul

- Dr. Hans Riegel Vermögens- Verwaltungsgesellschaft mbH  
Industriezeile 68A – 4017 Linz Admond /AVUSTURYA

- Paul Riegel Holding- Verwaltungs-GmbH  
Hans-Riegel-Str. 153129 Bonn/ALMANYA

**E. DOSYA KONUSU:** Taraflar arasında imzalanan "Sermaye Payı Satış Sözleşmesi"ne menfi tespit verilmesi talebi.

50

**F. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 28.1.2004 tarih ve 440 sayı ile giren ve en son 31.5.2004 tarih ve 2838 sayı ile eksiklikleri tamamlanan bildirim üzerine, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4, 7 ve 8. maddeleri ile 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in ilgili hükümleri uyarınca yapılan inceleme sonucu düzenlenen 24.6.2004 tarih ve 2004-3-11/MM-04-YY sayılı Menfi Tespit Ön İnceleme Raporu, 28.6.2004 tarih ve REK.0.07.00.00/139 sayılı Başkanlık önergesi ile 6.7.2004 tarihinde yapılan ilk oylamalar ve 4054 sayılı Kanun'un 51. maddesi uyarınca 8.7.2004 tarih ve 04-46 sayılı Kurul toplantısında yapılan ikinci oylama sonucunda karara bağlanmıştır.

60

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

- Bildirim konusu "Sermaye Payı Satış Sözleşmesi"nin 14. maddesi ile getirilen 15 yıl süreli rekabet yasağının devralma işleminin hayata geçirilmesi için gerekli, objektif ve makul bir yan sınırlama olarak kabul edilememesi dolayısıyla bu sözleşmeye menfi tespit verilemeyeceği,

70

- 2.5.2001 tarihinde imzalanan "Sermaye Payı Satış Sözleşmesi"nin Kanun'un 10. maddesi çerçevesinde yapıldığı tarihten itibaren bir ay içinde Kurumumuza bildirilmemiş olması nedeniyle , bu anlaşmanın tarafları olan; Mehmet Kamil Özoflu, Macit Akın Özoflu, Metin Ziya Özoflu, Nejat Nuri Çetinkaya, Reyhan Özoflu ile Dr. Hans Riegel Vermögensverwaltungsgesellschaft mbH ve Paul Riegel Holding-Verwaltung-GmbH (yeni unvanı Paul Riegel Holding International GmbH)'nin her birine 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi ve 2004/1 sayılı Tebliğ uyarınca, 2.970.794.000 (ikimilyardokuz yüzyetmişmilyonyedi-yüzdoksandörtbin) TL para cezası uygulanması gerektiği,

80

- 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, yukarıda belirtilen bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemekten dolayı bildirim yükümlülüğünün bulunduğu dönemde Dr. Hans Riegel Vermögensverwaltungsgesellschaft mbH'nin şirket müdürü olan Dr. Hans Riegel'e ve Paul Riegel Holding-Verwaltung-GmbH (yeni unvanı Paul Riegel Holding International GmbH)'nin şirket müdürü olan Paul Riegel'e bu teşebbüslere verilecek cezanın yüzde onuna kadar olmak üzere ayrı ayrı para cezası verilebileceği,

90

- "Sermaye Payı Satış Sözleşmesi"nin 14. maddesi ile getirilen rekabet yasağının süresinin satıcıların Pamir Gıda Sanayi A.Ş.'nin hissedarlığından ayrılmalarından itibaren 2 yıl geçerli olacak şekilde düzenlenmesi halinde rekabet yasağının devralma işleminin yan sınırlaması olarak kabul edilebileceği bu çerçevede sözleşmeye 4054 sayılı Kanun'un 8. maddesi çerçevesinde menfi tespit verilebileceği

ifade edilmektedir.

100 **H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME****H.1. Taraflar****H.1.1. Devre Konu Teşebbüs; Pamir Gıda Sanayi A.Ş. (Pamir A.Ş.)**

110 Pamir A.Ş. ilk olarak 1940 yılında Bozkurt Helva Reçel Sanayi adı altında kurulmuş, 1987 yılında şekerleme üretim faaliyetlerine başlayarak, 1993 yılında Pamir Gıda Sanayi Ticaret A.Ş. adıyla yumuşak şekerleme ve marşmelov ürünlerinin de üretim ve pazarlama faaliyetleri ile iştigal etmeye başlamıştır. Pamir A.Ş.'nin faaliyetleri jelly şeker adı verilen yumuşak şekerleme, draje şeker, sert şeker, marşmelov üretimi, dağıtımı ve ihracatını kapsamaktadır. Şirketin halihazırdaki ortaklık yapısına aşağıdaki tabloda yer verilmektedir:

Tablo-1: Pamir A.Ş. Ortaklık Yapısı

Pay Sahibi	Pay Oranı (%)
Dr. Hans Riegel mbH	49,21997
Paul Riegel GmbH	49,21997
Haribo Ltd. Şti.	1,559834
Refik Necdet Türkoğlu	0,000109
Fatma Mine Türkoğlu	0,000109
Toplam	100,000000

120 **H.1.2. Devralan Teşebbüsler: Dr. Hans Riegel Vermögensverwaltungsgesellschaft mbH ve Paul Riegel Holding-Verwaltung-GmbH (Yeni unvanı Paul Riegel Holding International GmbH'dir.)**

Haribo GmbH bünyesindeki Dr. Hans Riegel Vermögensverwaltungsgesellschaft mbH ve Paul Riegel Holding-Verwaltung-GmbH şirketleri (bu iki şirket birlikte kısaca Haribo olarak nitelendirilecektir) aynı ekonomik birlik içinde yer almaktadırlar. Herhangi bir şirketler grubuna bağlı olmayan Haribo şirketleri hisseleri iki kardeş olan Paul Riegel ve Dr. Hans Riegel'e ait aile şirketleridir.

130 13.12.1920 tarihinde Almanya Bonn'da kurulan Haribo, şekerleme ve yan ürünlerinin üretiminde Almanya ve Almanya dışında 13 ülkede faaliyet göstermekte olan bir teşebbüştür. Ürünlerini 43'den fazla ülkeye ihraç etmekte olan Haribo, portakal, limon, kiraz, böğürtlen, çilek tatlarında yumuşak şekerlemelerin yanı sıra çiklet gibi geniş bir üretim yelpazesine sahiptir. Devralma işlemi öncesinde Türkiye'de doğrudan bir faaliyeti olmayan Haribo işlem sonrasında devraldığı Pamir A.Ş.'nin yanı sıra aynı alanda 2002 yılında kurduğu Haribo Şekerleme Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. aracılığıyla da faaliyet göstermektedir.

**H.2. İlgili Pazar**140 **H.2.1. İlgili Ürün Pazarı**

Devre konu Pamir A.Ş. faaliyetleri jelly şeker adı verilen yumuşak şekerleme, draje şeker, sert şeker, marşmelov üretimi, dağıtımı ve ihracatını

kapsamaktadır. Şekerleme ürünleri şekerli mamullerin bir alt ürün grubunu oluşturmaktadır. Şekerli mamullerin alt ürün gruplarının kullanılma amaçları bakımından kesin çizgilerle ayrılması zor olmakla birlikte bunlardan kek ve bisküvi gruplarındaki ürünler, içeriklerini oluşturan maddeler (un, yağ, şeker, katkı maddeleri, vb.) bakımından büyük benzerlikler taşımaktadır. Çikolata ise; yağ, kakao, katkı maddeleri yanında daha yüksek oranda şeker ihtiva eden bir üründür.

150

Şekerli mamüller pazarındaki diğer ürün gruplarından daha farklı bir tüketim eğilimine hitap eden şekerleme ürünleri ise, şeker ve glikozun diğer hammaddelerle bir araya getirilerek işlenmesiyle elde edilmektedir. Bu çerçevede şekerleme ürünlerinin yapısal açıdan bisküvi, gofret, çikolata ürünlerinden farklılık gösterdiği anlaşılmaktadır. Sektör yetkililerinden alınan bilgilere göre şekerleme ürünlerinin çikolata, bisküvi gibi diğer şekerli mamüllere rakip ürün olarak görüldüğü durumlar sınırlıdır.

160

Konu arz ikamesi yönünden değerlendirildiğinde, ulusal ölçekli firmaların çoğunlukla şekerli mamuller kapsamındaki alt ürün gruplarının aynı anda birkaçında ya da tümünde faaliyet gösterdikleri görülmektedir. Ancak dağıtımdaki ölçek ekonomilerinden yararlanma isteğinin bir sonucu olan bu tercih, şekerleme ürünleriyle diğer şekerli mamuller arasındaki bir arz ikamesine işaret etmemektedir. Modern tesislerde çoğunlukla şekerli mamullerin alt ürün grupları için ayrı üretim hatları kullanılmakta ve sektör yetkililerinden alınan bilgilere göre yukarıda dile getirilen yapısal farklılıktan da kaynaklı olarak şekerleme ürünlerinin üretimi için çikolata, gofret, ya da bisküvi üretiminde kullanılan makineler kullanılamamaktadır. Şekerleme ürünlerinin farklı çeşitlerinin ise firmanın ekipmanında değişiklik yaparak çeşitli zamanlarda üretebilmesi mümkün olmaktadır.

170

Diğer taraftan 9.6.2003 tarih ve 03-40/436-187 sayılı Rekabet Kurulu kararında; bisküvi, kek, kraker ve krem çikolata olmak üzere dört ana grupta toplam 13 ürün arasındaki korelasyon hesaplanarak yapılan analiz doğrultusunda şekerleme pazarının diğer şekerli mamüllerden ayrıştırıldığı ve bu doğrultuda şekerleme pazarının ayrı bir ilgili ürün pazarı olarak belirlendiği görülmektedir.

180

Açıklamalar çerçevesinde ilgili ürün pazarı "şekerleme ürünleri pazarı" olarak tespit edilmiştir.

## H.2.2. 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 belirlenmiştir.

## H.3. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

190

### H.3.1. İşlemin Değerlendirilmesi

Bildirim konusu sözleşme Pamir A.Ş. hisselerinin %76'sına tekabül eden kısmının Haribo'ya devredilmesini düzenlemektedir. 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2.

maddesinin (b) bendinde “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” Tebliğ kapsamında sayılan haller arasında öngörülmüştür.

- 200 Rekabet Hukuku'nda bir devralmadan söz edilebilmesi için hisseleri devralınan teşebbüslerin kontrolünde bir değişiklik olması gerekmektedir. Bu çerçevede işlem öncesinde ve sonrasında Pamir A.Ş.'nin ortaklık yapısına aşağıdaki tablolarda yer verilmektedir.

Tablo-2: Pamir A.Ş.'nin Devralma İşlemi Öncesinde Ortaklık Yapısı

Pay Sahibi	Pay Tutarı (TL)	Pay Oranı (%)
Mehmet Kamil Özoflu	90.000.000.000	30
Macit Akın Özoflu	90.000.000.000	30
Metin Ziya Özoflu	45.000.000.000	15
Nejat Nuri Çetinkaya	45.000.000.000	15
Reyhan Özoflu	30.000.000.000	10
Toplam	300.000.000.000	100

Devralma işlemi öncesinde paylarının %85'ine Özoflu ailesinin sahip olduğu ve Yönetim Kurulu Üyeliklerini M. Akın Özoflu, M. Kamil Özoflu ve Metin Z. Özoflu'nun yaptığı Pamir A.Ş., Özoflu ailesinin kontrolünde olan bir şirkettir.

210

Tablo-3: Pamir A.Ş.'nin Devralma İşlemi Sonrasında Ortaklık Yapısı

Pay Sahibi	Pay Tutarı (TL)	Pay Oranı (%)
Dr. Hans Riegel mbH	114.000.000.000	38
Paul Riegel GmbH	114.000.000.000	38
Mehmet Kamil Özoflu	21.600.000.000	7,2
Macit Akın Özoflu	21.600.000.000	7,2
Metin Ziya Özoflu	10.800.000.000	3,6
Nejat Nuri Çetinkaya	10.800.000.000	3,6
Reyhan Özoflu	7.200.000.000	2,4
Toplam	300.000.000.000	100

Devralma işlemi sonrasında satıcılar toplam %24 oranındaki hisseyi ellerinde tutmakla birlikte, Pamir A.Ş.'nin devralma işlemi sonrasındaki yönetilme ve karar verme süreçlerine bakıldığında satıcıların şirketin kontrolünde herhangi bir etkiye sahip olmadıkları görülmektedir.

220

İşlem sonrasında Pamir A.Ş.'nin Genel Kurul toplantı nisabı Türk Ticaret Kanunu'ndaki (TTK) hükümlere tabi tutulmuştur. Buna göre şirket Genel Kurulu TTK'nın 372. maddesi uyarınca sermayenin en az dörtte birini temsil eden pay sahiplerinin mevcudiyeti ile toplanmaktadır. Karar nisabı ise mevcut oyların çoğunluğu ile sağlanmaktadır.

Genel Kurul tarafından seçilen Yönetim Kurulu ise 3 kişiden oluşmaktadır. Bu çerçevede, hisse devri sonrasında M. Akın Özoflu, M. Kamil Özoflu ve Metin Z. Özoflu'nun yönetim kurulu üyeliklerine son verilerek, şirketin yönetim kurulu üyeliklerine Peter Mantel (başkan), Ulrich Christoph Preusser (başkan vekili) ve Michael Phiesel getirilmiştir. Ayrıca Pamir A.Ş.'nin 12.7.2001 tarihli Genel

230 Kurulu'nda eski Yönetim Kurulu üyelerinin sadece ortak olarak kalmalarına ve fiilen şirkette çalışmalarına gerek olmadığına karar verilmiştir.

Pamir A.Ş.'nin hisse devri sonrasındaki karar alma ve yönetilme süreçlerine ilişkin yukarıda verilen bilgiler çerçevesinde, bu işlemle ilgili şirketin kontrolünün Özoflu ailesinden Haribo'ya geçtiği ve satıcıların şirket yönetiminden ayrılarak, daha sonra da herhangi bir görev üstlenmedikleri anlaşılmıştır. Bu çerçevede, 2.5.2001 tarihli "Sermaye Payı Satış Sözleşmesi" ile düzenlenen hisse devri sonucunda Pamir A.Ş.'nin kontrolünün değişmesi nedeniyle söz konusu hisse devri 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesi kapsamında bir devralma işlemidir.

240

1997/1 sayılı Tebliğ'in 1998/2 sayılı Tebliğ ile değişik 4. maddesinde; teşebbüslerin ilgili ürün pazarındaki toplam pazar paylarının %25'i ve toplam cirolarının 25 trilyon TL'yi aşması halinde, ilgili birleşme veya devralmanın izne tabi bir işlem olduğu belirtilmiştir. İncelenen devralma işlemi bakımından işlemin gerçekleştiği dönemde Haribo'nun Türkiye coğrafi pazarında doğrudan bir faaliyeti bulunmamaktadır. Bununla birlikte o dönemde Haribo ürünleri Birleşik Dağıtım Dış Ticaret Ltd. Şti aracılığıyla Türkiye'de de satılmaktadır. Türkiye'de satılan Haribo ürünlerinin parasal değerinin 2000 yılında yaklaşık 622.730.000.000 TL olduğu anlaşılmaktadır. Haribo ürünlerinin devralma işleminde öncesinde Türkiye'deki pazar payı ise yaklaşık % 1-1,5 düzeyindedir. Satıcıların sahibi oldukları veya doğrudan ya da dolaylı olarak kontrol ettikleri devre konu Pamir A.Ş. dışında başka bir teşebbüs bulunmamaktadır. Pamir A.Ş.'nin devralma işlemi öncesinde ilgili pazarda sahip olduğu pazar payı % 6, 2000 yılı cirosu ise 7.547.587.383.000 TL'dir. Bu veriler doğrultusunda, Rekabet Kurumu'na herhangi bir izin başvurusunda bulunulmamış olan söz konusu devralma işlemi, devralma taraflarının toplam pazar paylarının ve cirolarının anılan Tebliğ maddesinde öngörülen eşikleri aşmaması nedeniyle izne tabi değildir.

250

260

2.5.2001 tarihli "Sermaye Payı Satış Sözleşmesi"ne konu devralma işleminden sonra taraflar arasında 22.5.2002 tarihinde yapılan "Sulh Protokolü" ile, bu Protokolün 3. maddesinin (b) bendinde yer alan "*satıcılar yedlerinde bulunan 14.400 hisseyi, ...meblağın ödenmesini takip eden 3 gün içinde alıcılara veya alıcıların göstereceği üçüncü şahıslara devredeceklerdir*" yönündeki düzenleme doğrultusunda ellerinde kalan diğer tüm hisseleri de devretmişlerdir.

### H.3.2. Değerlendirme

270

#### H.3.2.1. Rekabet Yasağının Değerlendirilmesi

Bir devralma işleminin tarafları devralma işlemi düzenleyen sözleşme ve düzenlemelerin yanı sıra, devralma işleminin temel unsurunu oluşturmayan ancak tarafların pazardaki hareket özgürlüklerini kısıtlayan başka düzenleme ve anlaşmalar yapmayı tercih edebilirler. Rekabet Hukukunda bu düzenleme ya da anlaşmalar devralma işlemiyle doğrudan ilgili ve bu işlemin gerçekleştirilebilmesi için gerekli kısıtlamaları içerdikleri sürece devralma işlemiyle birlikte değerlendirilmektedir.

280 Menfi tespit talebine konu "Sermaye Payı Satış Sözleşmesi"nin 14. maddesinde satıcı konumundaki Pamir A.Ş. hissedarlarına getirilmiş olan bir rekabet yasağı bulunmaktadır. Söz konusu maddeye göre;

"Saticılar, tespit edilen son intikal gününden itibaren 15 yıl süreyle Pamir Gıda'nın şu ana kadar konu itibarıyla faaliyet gösterdiği alanlarda bu şirketle dünya çapında hiçbir şekilde rekabete girmeyeceklerini, özellikle de rakip şirketlere dolaysız veya dolaylı olarak iştirak etmeyeceklerini, bir rakip şirketin hizmetine girmeyeceklerini veya bu tür bir şirketi, her ne şekilde olursa olsun, dolaysız veya dolaylı olarak tavsiye ve edimleriyle teşvik etmeyeceklerini taahhüt ederler.

Bu rekabet yasağı anlamında konu itibarıyla faaliyet alanı şekerli mamul sanayidir."

Yan sınırlamalar ve bu çerçevede rekabet yasakları, yoğunlaşmayı meydana getiren sözleşmenin ana amacının yanında sözleşmenin hukuki getirilerinden yararlanılmasına yönelik düzenlemeler olarak nitelendirilebilir. Rekabet Kurulu uygulamalarında, 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 özellikleriyle devralma işlemlerinde alıcıların satıcılara getirdikleri rekabet yasaklarının, yoğunlaşma işlemi ile doğrudan ilgili ve gerekli oldukları kabul edilmektedir.

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. Bu kriterler çerçevesinde anılan rekabet yasağının değerlendirilmesi gerekmektedir.

#### **H.3.2.1.1. Sadece Taraflar Açısından Kısıtlayıcı Olma İlkesi**

Taraflar açısından kısıtlayıcı nitelikte olmayan bir düzenlemenin yan sınırlama olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Yan sınırlama olarak tanımlanacak düzenlemenin, yoğunlaşmanın tarafları olan teşebbüslerin pazardaki hareket özgürlüklerini sınırlandırması, ancak; yoğunlaşma işleminin kaçınılmaz sonucu olmadığı müddetçe, üçüncü kişi ya da teşebbüslere ekonomik davranışlarını etkileyecek ya da bu teşebbüslerin zararına olacak herhangi bir kısıtlama içermemesi gerekmektedir. Bu genel prensip devralma işlemlerinde rekabet yasakları özelinde değerlendirildiğinde, bu yasaklar satıcıya, satıcının bağlı kuruluşlarına ya da satıcının temsilcilerine getirilebilmektedir.

Rekabet yasağına ilişkin yukarıdaki düzenleme temel alındığında rekabet etmeme yükümlülüğünün "satıcılar"a getirildiği görülmektedir. Satıcılar "Sermaye Payı Satış Sözleşmesi"nin başlangıcında sayılan ve tanımlanan, ilgili sözleşmenin tarafı olarak her biri değişik oranlardaki hissesini alıcılara

330 devretmiş olan gerçek kişiler; Mehmet Kamil Özoflu, Macit Akın Özoflu, Metin Ziya Özoflu, Nejat Nuri Çetinkaya ve Reyhan Özoflu'dan oluşmaktadır.

Bununla birlikte bildirim formunda; rekabet yasağı çerçevesinde satıcıların *"bir rakip şirketin hizmetine girmeyeceklerini veya bu tür bir şirketi her ne şekilde olursa olsun, dolaysız veya dolaylı olarak tavsiye ve edimleriyle teşvik etmeyecekleri"*ne ilişkin taahhüdün aile fertleri gibi üçüncü şahısların faaliyetlerini de kısıtlayıcı uygulamalara sebep olabileceği ifade edilmektedir.

340 Yukarıda da belirtildiği üzere yan sınırlamaların "sadece taraflar açısından kısıtlayıcı olma"sı genel prensibi çerçevesinde rekabet yasakları devralma işlemleri özelinde satıcıya, satıcının bağlı kuruluşlarına ya da satıcının temsilcilerine getirilebilmektedir.

350 Rekabet yasağı düzenlemesinden; bildirim formunda ifade edilen şekilde bir yoruma gitmenin güç olduğu, sonuçta satıcılar dışındaki aile fertleri ya da üçüncü kişilerin rekabet yasağına konu alanlarda faaliyet göstermelerini engelleyen doğrudan ya da dolaylı herhangi bir yükümlülüğün bulunmadığı anlaşılmaktadır. İncelenen sözleşmeyle satıcılara getirilmiş herhangi bir gizlilik yükümlülüğünün de olmadığı dikkate alındığında, söz konusu düzenlemenin temel olarak satıcıların devredilen şirkete ve pazara yönelik bilgi ve tecrübelerini diğer aile fertlerine ya da üçüncü kişilere ifşa etmelerini, bu bilgileri onların yararına ve onların hizmetinde kullanmalarını engellemeye yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Böylelikle satıcıların üçüncü kişiler üzerinden devredilen şirketle ve satıcılarla dolaylı olarak da rekabete girmemeleri, söz konusu bilgileri dolaylı olarak devredilen şirketle rekabet etmek amaçlı kullanmamaları amaçlanmaktadır. Bu noktada diğer aile fertlerinin ya da üçüncü kişilerin, tıpkı herhangi bir girişimci gibi, rekabet yasağına konu alanlarda satıcıların hizmetini, teşvikini, danışmanlığını almaksızın faaliyet göstermeleri önündeki bir engelden ya da bunu zorlaştıracak bir unsurdan bahsetmek mümkün değildir.

360 Açıklamalar çerçevesinde söz konusu düzenlemenin satıcılar dışında kalan üçüncü kişilerin alıcılarla rekabet etmesini engellemeye ya da onların ekonomik davranışlarındaki bağımsızlığı engellemeye yönelik değil, satıcıların dolaylı olarak alıcılarla rekabet etmelerini engellemeye yöneliktir. Alıcının yaptığı yatırımın karşılığını alabilmesi için satıcıların doğrudan rekabetinden olduğu gibi dolaylı rekabetinden de korunmalarının gerekmesi doğaldır. Nitekim Türkiye ve AB uygulamalarında devredilen teşebbüse ilişkin bilgilerin gizli tutulması ve üçüncü kişilere ifşa edilmemesi gibi rekabet yasaklarının tamamlayıcısı olarak kabul edilen ve rekabet yasakları gibi değerlendirilen gizlilik yükümlülükleri de satıcıların dolaylı olarak devredilen teşebbüsle rekabet etmesini engelleme amacına yönelmekte ve gerekli kriterleri sağladıkları ölçüde yan sınırlama olarak kabul edilmektedirler.

370 Bu çerçevede anılan kısıtlamanın satıcılar dışındaki üçüncü kişilerin ticari faaliyetlerini sınırlandırıcı herhangi bir yönünün bulunmadığı, rekabet yasağının yasağın getirilebileceği gerçek ya da tüzel kişilikler bakımından makul olduğu anlaşılmıştır.



### H.3.2.1.2. Orantılılık İlkesi

380

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

#### - Orantılılık İlkesi ve Faaliyet Konusu

390

Devralma işlemlerinde getirilen rekabet yasaklarının kapsamının devralınan teşebbüsün faaliyet alanına giren ürün ve hizmetlerle sınırlı olması gerekmektedir. Rekabet yasağı hükmünde rekabet yasağının kapsamı "*Pamir Gıda'nın şu ana kadar konu itibarıyla faaliyet gösterdiği alanlar*" olarak belirlenmiş, "*rekabet yasağı anlamında konu itibarıyla faaliyet alanı*" ise "*şekerli mamul sanayi*" şeklinde tanımlanmıştır.

400

Yapılan ilgili ürün pazarı tanımıyla da paralel olarak devre konu faaliyetler kapsamına giren ürünlerin şekerleme ürünleri olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak yukarıdaki rekabet yasağı hükmüyle şekerlemelerin yanı sıra çikolata, çikolatalı mamuller ve bisküvi gibi ürünleri de içeren şekerli mamuller için diğer bir deyişle daha geniş bir alan için rekabet yasağı getirildiği görülmektedir. Bununla birlikte taraflar arasında yapılan 22.5.2002 tarihli "Sulh Protokolü" ile, sözleşmenin rekabet yasağını içeren 14. maddesine "*çikolata, dondurma ve bisküviler şekerli mamul kapsamında değildir.*" şeklinde bir ibare eklenerek rekabet yasağının kapsamı daraltılmıştır. Şekerli mamul kapsamından bu ürünlerin çıkarılmasıyla rekabet yasağının geçerli olduğu ürünler şekerleme ürünleriyle sınırlandırılmış olmaktadır. İlgili kısıtlamanın kapsamı, devralınan teşebbüsün faaliyet alanına giren ürünlerle sınırlandırılmış olması nedeniyle anılan rekabet yasağının bu haliyle faaliyet alanı bakımından kapsamının zorunluluk ve objektiflik niteliklerini taşıdığı anlaşılmıştır.

410

#### - Orantılılık İlkesi ve Yatırım Amaçlı Hisse Alımları

Yukarıdaki rekabet yasağının kapsam bakımından değerlendirilmesinde dikkate alınması gerekli diğer bir husus da "*satıcıların...özellikle de rakip şirketlere dolaysız veya dolaylı olarak iştirak etmeyeceklerini*"n düzenlenmiş olduğudur. Dosya mevcudu belgelerde bu düzenlemenin yatırım amaçlı hisse alımlarını da engelleyecek nitelikte olduğu, kısıtlamayı makul olmaktan çıkardığı vurgulanmaktadır.

420

Devralma işlemlerinde satıcılara getirilen rakip şirketlerin hisselerini almama ya da belli bir orandan fazla hisse alma tarzındaki yükümlülükler, yatırım amaçlı hisse alımlarını engellese de, kimi durumlarda rekabet üzerinde aşırı kısıtlayıcı bir etki doğurmamakta, rekabet yasağı düzenlemesinin bir parçasını oluşturan ve uygulamada rekabet yasağının süresine tabi olan bu tür sınırlamalara ilişkin taraflar arasında yapılan düzenlemeye müdahale edilmeyebilmektedir. Dosya mevcudundan, bu sınırlamanın doğası gereği rekabet yasağından daha uzun bir süreye bağlanmasının uygulanabilir olmadığı anlaşılmış, bu durum nedeniyle yatırım amaçlı hisse alımlarının

430 rekabet yasağı için öngörülen kısıtlı bir süre için geçerli olmasının rekabeti kısıtlayıcı bir etki meydana getirme olasılığının taraflar arasındaki düzenlemeye müdahale edilmesini gerektirecek düzeyde bir risk içermemesi nedeniyle söz konusu sınırlama yan sınırlama olarak kabul edilmiştir.

*-Orantılılık Prensipleri ve Coğrafi Uygulama Alanı*

440 Rekabet yasağının coğrafi geçerlilik alanının değerlendirilmesinde ise, devirden önce devralınan teşebbüsün devir konusu ürünleri ya da hizmetleri sunduğu, nüfuz ettiği coğrafi alanın dikkate alınması gerekmektedir. Nitekim alıcının, satıcının daha önce girmemiş olduğu pazarlardaki rekabetinden korunmasına gerek yoktur. Yukarıdaki rekabet yasağı hükmüne bakıldığında satıcılara dünya çapında, devredilen şirketle rekabete girmeme yükümlülüğü getirildiği görülmektedir. Bildirim formunda; bildirim konu sözleşme kapsamında ilgili coğrafi pazarın, Türkiye Cumhuriyeti olduğu ve dolayısıyla getirilen rekabet yasağının bu coğrafi alanla sınırlandırılmasının makul ve gerekli olduğu belirtilmekte, bu çerçevede satıcıların dünya çapında bir rekabete girmeyeceklerinin kabul edilmesinin coğrafi alan olarak da rekabeti gereğinden fazla kısıtlayacak nitelikte olduğu ifade edilmektedir.

450 Pamir A.Ş.'nin devralma işlemi öncesinde doğrudan ürünlerini sattığı, Almanya, Amerika, İngiltere, İtalya, Kanada, Hollanda, Suudi Arabistan, Birleşik Arap Emirlikleri, Tayvan, Malta gibi 25 ülke bulunmaktadır. Bu ülkeler dışında Rusya, Balkan Ülkeleri ve Bağımsız Devletler Topluluğu gibi ülkelere ise Pamir A.Ş. ürünleri Türkiye'deki yerel ihracatçılar aracılığıyla ihraç edilmektedir.

460 Rekabet yasağının geçerli olacağı coğrafi alanın belirlenmesinde devredilen teşebbüsün devirden önce ürünlerini sunduğu, nüfuz ettiği coğrafi alanın dikkate alınması gerekliliği uyarınca Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde sadece belli bir bölge ya da bölgelerde ürün ya da hizmetlerini sunan devre konu teşebbüslerin satıcılarına, sadece o bölge ya da bölgeler için rekabet yasağı getirilebilecektir. Nitekim devralmalarda rekabet yasaklarıyla amaçlanan devredilen teşebbüsün devirden önceki konumunu korumak böylelikle alıcıların teşebbüsün devir sırasındaki konumunu dikkate alarak yaptıkları yatırımın karşılığını almalarını sağlamak olduğundan, devre konu teşebbüsün devir öncesinde girmediği pazarlarda korunmasına gerek bulunmamaktadır.

470 Türkiye Cumhuriyeti dışındaki ülkeler için getirilen rekabet yasaklarınının 4054 sayılı Kanun'un "Kapsam" başlıklı 2. maddesi de göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu madde uyarınca Türkiye coğrafi pazarındaki rekabeti kısıtlama, bozma ya da engelleme gibi bir amaç ve etkisinden bahsedilemeyecek bir düzenlemenin 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Bir teşebbüsün devredilmesi sonucunda Türkiye coğrafi pazarı için bir rekabet yasağı getirilmektedir. Türkiye'de belli bir süre devre konu şirketle rekabet etmeme yükümlülüğünün Türkiye pazarındaki rekabetçi koşulları etkileyeceği açıktır. Ancak satıcının Türkiye pazarında zaten rekabet etmeme yükümlülüğü ile bağlı olduğu dönemde, Türkiye dışındaki ülkelerde ya da tüm dünyada satıcının devir

480 işlemleri öncesinde bu pazarlara ürünlerini sunuyor olup olmamasından bağımsız olarak rekabet yasağı getirilmesinin Türkiye coğrafi pazarına ya da Türkiye'deki rekabetçi koşullara herhangi bir etkisi bulunmamaktadır.

- *Orantılılık İlkesi ve Kısıtlamanın Süresi*

490 İncelenen rekabet yasağının orantılılık ilkesi gereği süre yönünden de değerlendirilmesi gerekmektedir. Devralma işlemlerinde rekabet yasakları ile alıcılara getirilen koruma, alıcının müşteri bağımlılığını kazanabilmesi ve özellikle know-how devrinin söz konusu olduğu durumlarda bu devirden tam olarak yararlanabilmesi için satıcının rekabetçi davranışlarından korunması ihtiyacından doğmaktadır.

Bildirim konusu sözleşmede satıcılara getirilen rekabet yasağı için öngörülen süre 15 yıldır. Bildirim formunda; bu sürenin gerekli ve makul bir süre olarak kabul edilemeyeceği ve rekabeti gereğinden fazla kısıtlaması nedeniyle yan sınırlama kapsamında değerlendirilemeyeceği, Rekabet Kurulu'nun kararları ve AB uygulamaları çerçevesinde bu tür rekabet yasakları için getirilen 15 yıllık bir sürenin kabul edilemez bir nitelik taşıdığı belirtilmektedir. Bu itibarla başvuruya konu sözleşmede 15 yıl olarak belirlenen yasağın 2 yıla indirilerek menfi tespit verilmesi talep edilmektedir.

500

Bu noktada öncelikle bildirim konusu sözleşmeyle düzenlenen devralma işlemleri birlikte alıcılara ticari itibar ve know-how aktarımının da gerçekleşip gerçekleşmediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Devralma işlemlerinde maddi varlıkların yanı sıra ticari markalar, servis işaretleri, ticari isimler, müşteri listeleri, müşterilerle yapılmış sözleşmeler gibi gayri maddi varlıklar olarak nitelendirilebilecek çeşitli unsurların devri halinde ticari itibar devrinden bahsedilebilecektir. Ticari itibar devrinin en önemli göstergelerinden biri marka devridir. Alıcının devralma işlemleri birlikte pazarda uzun süredir varolan, belli bir imajı ve bilinirliği olan mevcut bir markayı da devralması satıcıya olan müşteri bağımlılığını kazanmasında en önemli faktörlerden biridir.

510

"Sermaye Payı Satış Sözleşmesi"nin 12. maddesi ve 3 nolu ekinde görülebileceği üzere Pamir A.Ş.'nin devriyle birlikte "Pamir", "Pamir Candy", "Pamir Jelly Beans", "Pamir Çook Şeker", Pamir Gummi Hotdogs" gibi çeşitli markalar alıcılara geçmektedir. Bu çerçevede alıcı, ürün portföyünde Türkiye'de kendine belli bir yer edinmiş, belli bir imaj ve müşteri kitlesine sahip Pamir A.Ş. markalarını bulundurmanın rekabetçi avantajlarından yararlanabilecektir. Açıklamalar çerçevesinde devralma işlemleri birlikte ticari itibar devrinin de söz konusu olduğu anlaşılmaktadır.

520

Know-how devrine ilişkin olarak taraflarca, devre konu faaliyetler için gerekli know-how'ın, dünya çapında yumuşak ve jely şeker sektörünün öncü üreticisi olan Haribo'nun zaten uhdesindeki bilgilerden oluştuğu, dolayısıyla Pamir A.Ş.'nin devriyle birlikte Haribo'ya belirli bir know-how devrinin olmadığı belirtilmektedir.

Uygulamada rekabet yasağı için öngörülen 2 ve 3 yıllık sürelerin ancak, satıcıya olan müşteri bağımlılığının iki yıldan daha uzun süreceğinin taraflarca

530 kanıtlanması ya da devredilen know-how'ın kapsam ve doğasının gerektirmesi gibi sınırlı hallerde aşılmasına izin verilebilmektedir. Bu çerçevede bu süreleri aşan düzenlemelerin gerekliliğinin kendi özel koşulları çerçevesinde açıklanması beklenecektir. Taraflardan alınan bilgiler çerçevesinde, söz konusu 15 yıllık rekabet yasağının süresini makul kılacak piyasaya, ürüne ya da bildirim konusu işlemin diğer unsurlarına ilişkin özel bir durum tespit edilmemiştir. Bu yönüyle söz konusu rekabet etmeme yükümlülüğünün yan sınırlama kabul edilebilmesi için süresinin 2 yıla indirilmesi gerekmektedir.

540 Bir yoğunlaşma işleminin 4054 sayılı Kanun çerçevesinde değerlendirilmesinde kullanılan madde 7. maddedir. Dolayısıyla anılan işlem için menfi tespit talebinde bulunulması halinde bunun öncelikle 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu işlemi düzenleyen sözleşmede, bu sözleşmeyle bir yoğunlaşma işleminin gerçekleştirilmiş olmasının, dolayısıyla yoğunlaşma işlemiyle bir bütün teşkil eden yan sınırlamaların ötesinde rekabet koşulları üzerinde etki yaratacak başkaca bir düzenleme yoksa, menfi tespit verilmektedir.

550 Ancak söz konusu başvuru bakımından yukarıda açıklandığı üzere getirilen rekabet yasağı süre yönünden yan sınırlama olma niteliğini aşan bir kısıtlamadır. Bir sınırlama, yoğunlaşma ile doğrudan ilgili ve gerekli olma, sadece taraflar açısından kısıtlayıcı olma ve süre ve kapsam yönünden orantılı makul olma özelliklerini taşımıyorsa, artık o kısıtlamanın bir yan sınırlama niteliğinde olduğunu söylemek, dolayısıyla yoğunlaşma işleminin bir parçası olduğunu ileri sürmek mümkün değildir. Bu durumda yoğunlaşma işleminin artık bir parçası olmayan sınırlamanın yoğunlaşma işleminden ayrı olarak 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

560 Bu çerçevede incelenen rekabet yasağı 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi bakımından değerlendirildiğinde, bu kısıtlamanın ilgili maddeye aykırı olduğu ve bildirim konusu sözleşmeye bu haliyle menfi tespit verilemeyeceği anlaşılmıştır. Ayrıca Rekabet Kurumu'na yapılan bildirim çerçevesinde bireysel muafiyet talebinde bulunulmaması nedeniyle söz konusu kısıtlama bu açıdan incelenmemiştir.

570 Diğer yandan, bildirim konu "Sermaye Payı Satış Sözleşmesi" ile düzenlenen devralma işlemi eşikleri aşmaması nedeniyle Rekabet Kurulu'nun iznine tabi bir işlem değildir. Ancak sözleşmeyle getirilen rekabet yasağının yan sınırlama olarak kabul edilememesi dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı olduğu, 2.5.2001 tarihinde imzalanan bu sözleşmenin Kanun'un 10. maddesi çerçevesinde yapıldığı tarihten itibaren bir ay içinde Kuruma bildirilmemiş olduğu görülmektedir. Bu nedenle, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin (c) bendinde anılan süresi içinde bildirmeme cezası gündeme gelmektedir.

Bununla birlikte, Kanun'un 19. maddesinde Kurul'un para cezası ve süreli para cezası verme yetkisinin tabi olduğu zamanaşımı sürelerine yer verilmiştir. Bu madde uyarınca "*Teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin başvurusu veya bildirimle, bilgi verme ya da yerinde inceleme yapılmasıyla*

580 *ilgili hükümlerin ihlali halinde üç yıl*"lık bir zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Bu çerçevede 4. madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararların bildirim yükümlülüğünün ihlali halinde zamanaşımı süresi, bildirim yükümlülüğüne ilişkin bir aylık sürenin sona ermesi üzerine başlayacaktır. Nitekim bildirim yükümlülüğünün ihlali ancak anlaşmanın yapıldığı tarihten itibaren bir ay içinde bildirilmemiş olmasıyla ortaya çıkmaktadır. Açıklamalar çerçevesinde 2.5.2001 tarihinde yapılmış olan "Sermaye Payı Satış Sözleşmesi"nin 2.6.2001 tarihine kadar bildirilmemiş olması nedeniyle bildirim yükümlülüğünün ihlalinin ortaya çıktığı anlaşılmaktadır.

590 Diğer yandan, bildirim yükümlülüğünün ihlalinin ortaya çıktığı 2.6.2001 tarihinden itibaren, bu tür ihlaller için Kanun'da uygulanması öngörülen 3 yıllık zamanaşımı süresinin geçtiği görülmektedir. Ancak Kanun'un 19. maddesinde *"Bu ihlalle ilgili olarak Kurul'un inceleme ya da araştırma amacıyla yapacağı herhangi bir işlem, bu işlemin ilgili taraflardan birine tebliği anından itibaren zamanaşımını keser."* hükmü yer almaktadır.

600 Bildirimde bulunan satıcı tarafın haricinde söz konusu devir işleminin alıcısı olan Dr. Hans Riegel Vermögens- Verwaltungsgesellschaft mbH ve Paul Riegel Holding- Verwaltung-GmbH'ye gönderilen 19.2.2004 tarih ve 610 sayılı bilgi isteme yazısına karşılık olarak söz konusu tarafın vekilinden alınan 10.5.2004 tarih ve 2315 sayılı yazı, yukarıda bahsedilen 3 yıllık zaman aşımı süresinin içindedir ve bu sebeple zaman aşımı kesilmiştir.

## **İ. SONUÇ**

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre;

610 1. Bildirim konusu "Sermaye Payı Satış Sözleşmesi"nin 14. maddesi ile getirilen 15 yıl süreli rekabet yasağının devralma işleminin hayata geçirilmesi için gerekli, objektif ve makul bir yan sınırlama olarak kabul edilemeyeceğine, dolayısıyla bu sözleşmeye menfi tespit belgesi verilemeyeceğine OYBİRLİĞİ ile,

620 2. a) 2.5.2001 tarihinde imzalanan "Sermaye Payı Satış Sözleşmesi"nin Kanun'un 10. maddesi çerçevesinde yapıldığı tarihten itibaren bir ay içinde Kurumumuza bildirilmemiş olması nedeniyle bu anlaşmanın tarafları olan; Mehmet Kamil Özoflu, Macit Akın Özoflu, Metin Ziya Özoflu, Nejat Nuri Çetinkaya, Reyhan Özoflu ile Dr. Hans Riegel Vermögensverwaltungsgesellschaft mbH ve Paul Riegel Holding-Verwaltung-GmbH (yeni unvanı Paul Riegel Holding International GmbH)'nin her birine 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi ve 2004/1 sayılı Tebliğ uyarınca, 2.970.794.000 (ikimilyardokuz yüz yetmiş milyonyedi yüz doksan dört bin) TL para cezası uygulanmasına,

b) 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, yukarıda belirtilen bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemekten dolayı bildirim yükümlülüğünün bulunduğu dönemde Dr. Hans Riegel Vermögensverwaltungsgesellschaft mbH'nin şirket müdürü olan Dr. Hans Riegel'e ve Paul Riegel Holding-Verwaltung-GmbH (yeni unvanı Paul

630 Riegel Holding International GmbH)'nin şirket müdürü olan Paul Riegel'e bu teşebbüslere verilecek cezanın yüzde onu oranında olmak üzere ayrı ayrı 297.079.400 (ikiyüzdoksanyedimilyonyetmişdokuzbindörtüz) TL para cezası verilmesine OYBİRLİĞİ ile,

3. a) "Sermaye Payı Satış Sözleşmesi"nin 14. maddesi ile getirilen rekabet yasağının süresinin satıcıların Pamir Gıda Sanayi A.Ş.'nin hissedarlığından ayrılmalarından itibaren 2 yıl geçerli olacak şekilde düzenlenmesi halinde rekabet yasağının devralma işleminin yan sınırlaması olarak kabul edilmesine ve bu çerçevede sözleşmeye 4054 sayılı Kanun'un 8. maddesi çerçevesinde menfi tespit belgesi verilmesine,

640

b) Söz konusu değişikliklerin 60 gün içerisinde yapılarak Rekabet Kurumu'na bildirilmesine; Kurulumuzca gerekli görülen düzeltme yapılmadan uygulamaya devam edilmesi halinde haklarında soruşturma açılacağı ve aynı Kanun'un 16 ve 17. maddeleri uyarınca işlem yapılacağı taraflara bildirilmesine OYÇOKLUĞU ile;

karar verilmiştir.

**KARŞI OY GEREKÇESİ**  
**(08.07.2004 tarihli ve 04-46/588-143 sayılı Kurul Kararı)**

Karar'ın, sözleşmede değişiklik yaptırılarak menfi tespit verilmesine ilişkin 3 üncü maddesine aşağıdaki gerekçelerle katılmıyorum:

Kurul, Karar'ın 1 inci ve 2 nci maddelerinde "Sermaye Payı Sözleşmesi"ne içerdiği hükümler nedeniyle menfi tespit verilemeyeceğine ve sözleşmenin bildirilmemesi nedeniyle Kanun'un 16 ncı maddesi gereğince teşebbüsün ve ilgili yöneticilerinin cezalandırılmalarına oybirliğiyle karar vermiştir.

Menfi tespit alamayan ve bireysel muafiyet konusu da yapılamayan bir sözleşmenin 4054 sayılı Kanun açısından tabi olduğu sonuç, 4 üncü maddeye aykırılık oluşturmaktadır. Bir sözleşmenin 4 üncü madde kapsamına girmesinin anlamı da; amacı veya etkisi bakımından bir rekabet ihlalinin kabul edilmesidir. Bu kabulün hukuki gereği ise, teşebbüs hakkında soruşturma açılması veya şartları bulunduğu takdirde Kanun'un 9 uncu maddesinin 3 üncü fıkrası hükmünün devreye sokulmasıdır. Bunların dışında bir yöntem, 4054 sayılı Kanun'a ve ilgili mevzuata yabancıdır. Sözleşmenin menfi tespit almasını sağlayacak şekilde süre tanınarak değişikliklerin yapılmasını talep etmek ve süresinde değişikliğin yapılmaması halinde soruşturma açılacağı ve Kanun'un 16 ncı ve 17 nci maddeleri uyarınca işlem yapılacağına teşebbüse bildirilmesi, Kanun'un 4 üncü madde ihlalleri bağlamında öngördüğü sisteme aykırıdır. Öte yandan, Kanun'un 9 uncu maddesine atıf yapılmaksızın, 17 nci maddeye göre işlem yapılacağına karara bağlanması da, hukuk tekniği ve hükümlerin uygulanabilirliği açısından uygun değildir. Şöyle ki, 17 nci maddenin a bendi, burada öngörülen cezanın uygulanabilmesi için 9 uncu madde ile bağlantı kurulmasını şart koşmaktadır.

Karar'a katılmamamın bir başka gerekçesi Kurul'un hiçbir objektif, genel ölçü veya ilke getirmeksizin, sözleşme hükmü ve uygulamasındaki aykırılıkları düzeltme yaptırarak görmemezlikten gelmesidir. Bu türden bir yaklaşım, piyasada usulüne uygun davranan ve sözleşmelerini Kurul'la irtibata geçerek veya kendiliğinden mevzuata uygun hale getiren teşebbüsler aleyhine sonuçlar yaratabileceği gibi, ihlallerde haklı ve objektif gerekçeler gösterilmeksizin, Kanun'a yabancı yöntemlerin uygulanması subjektif yorumlara ve ayrımcılığa yol açabilecektir. Unutulmamalıdır ki, Kurul yasa hükümlerini kendisine tanınan yetki sınırlarında kullanmak durumundadır ve haklı ve uygun görmediği sonuçları, Kanun'a uygun düşmeyen yöntemlerle değil, ihtiyaç duyulan kanun değişikliklerini gündeme getirerek veya ilgili alt düzenlemeleri değiştirerek elde edebilir.

Bilindiği gibi Kurul, sözleşmelerindeki aykırılıklar nedeniyle menfi tespit alamayan teşebbüslerde yakın tarihe kadar soruşturma açmış, bazı

kararlarında ise süre tanıyarak aykırılıkları düzelttirme yöntemine gitmiştir. “Her tespit edilen eskiden gerçekleşmiş ihlallere soruşturma açılmamalı” şeklinde bir düşünceden hareketle sözleşmeleri düzelterek menfi tespit verilmesi hukuken savunulamaz.

Kurul, en azından 4 üncü maddeye aykırılıklar içeren sözleşmeler nedeniyle birden fazla ihlal bulunup bulunmaması, hiç veya uzun süre uygulanıp uygulanmaması, teşebbüsün rekabet mevzuatına yabancı olup olmaması veya Kurul’la bu sözleşmeler nedeniyle herhangi bir iletişiminin olup olmaması hallerine göre soruna ilkesel yaklaşarak, genel ölçekler koymak suretiyle çözüme ulaşabilirdi. Bunun gerçekleştirilmesi Kurul’un her ihlali soruşturmadığı ve bazı ihlalleri mutlaka soruşturmaya bağlayabileceği görüşünü teşebbüslere yansıtmış olurdu ki, bunun hukuken savunulması da kolay ve mümkün hale gelirdi.

Menfi tespit alamayacağı ve bildirmeme cezasına bağlanacağı oybirliğiyle kabul edilen bu sözleşme yaklaşık bir yıl uygulama görmüştür. Bu nedenle Kanun’un 10 uncu maddesi hükmü çerçevesinde sadece Kurul’a bildirilmiş sözleşmelerde uygulanacak ve uygulanan bir yöntemle süre tanınıp, 9 uncu maddenin 3 üncü fıkrası hükmüne de atıf yapılmaksızın soruşturma açılmaması yönündeki çoğunluk görüşüne karşıyım. (16.07.2004)

**Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ**  
**Kurul Üyesi**



**Rekabet Kurulu'nun 8.7.2004 Gün ve 04-46/588-143 Sayılı Karar'ına  
KARŞI OY GEREKÇESİ**

Bilindiği gibi, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un 8.maddesine göre Kurul, elinde bulunan bilgiler çerçevesinde bir anlaşmanın, kararın, eylemin veya birleşme ve devralmanın yasanın 4.,6. ve 7.maddelerine aykırı olmadığını gösteren bir menfi tespit belgesi verebilmektedir. Burada öngörülen, sözkonusu işlemin Kurul'un bilgisine ulaşan nitelikleri ile anılan maddelere aykırı bir yanı bulunmadığını gösteren statik bir saptamadır ve işlemin yasaya aykırılıklarının nasıl giderileceğine ilişkin çözümler belirlemek, sonra da ilgili teşebbüs(ler)e bu yolda direktifler vermek görev ve yetkisi Kurul'a verilmemiştir. Yasa koyucunun böyle bir seçim yapmasının nedeni de, saptanan aykırılığı gidermenin birden fazla yolu olması durumunda (ki genellikle vardır) seçenekler arasında tercih yapma hakkının ilgili teşebbüs(ler)e bırakılması ve Kurul'un yapabileceği yanlış bir seçimin olumsuz sonuçlarından Kurul'u esirgemek olsa gerektir.

Bu düşüncelerle, Kurul'un başlıkta anılan Karar'ının 3-a ve 3-b maddelerine katılamadım.

Murat GENCER  
Kurul Üyesi

**Rekabet Kurulu'nun 8.7.2004 günlü 04-46/588-143 sayılı Kararına  
(3-a maddesi)**

**KARŞI OY**

Sermaye Payı Satış Sözleşmesine, 14 üncü maddesinde yer alan satıcı konumundaki Pamir A.Ş. hissedarlarına ilişkin 15 yıllık rekabet yasağı nedeniyle menfi tespit belgesi verilmemiştir.

Söz konusu sözleşmede; alıcılara devredilen bir know how bulunmaması, şirket yönetim kurulu üyelerinin devralma sonrası şirket yönetiminde ya da organlarında herhangi bir görevlerinin bulunmaması, fabrikanın şirkete ait değil, kira olması, şirketin stok ve sabit kıymetler toplamının yaklaşık 3 milyon \$, satış bedelinin ise 14 milyon \$ olması karşısında satış bedelinin müşteri portföyleri ve müşteri ilişkilerinin bedeline ilişkin olduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda, sözleşmenin 14 üncü maddesinde yer alan rekabet yasağının bir yansınırlama olarak değerlendirilebilmesi için öngörülen "hissedarlıktan ayrılma tarihinden itibaren geçerli 2 yıllık" sürenin objektif ve makul bir sınırlama olmayacağı görüşüyle karara (3/a hükmüne) katılmıyorum.

**Süreyya ÇAKIN**  
**Kurul Üyesi**