

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2007-3-177 (Devralma)
Karar Sayısı : 07-92/1169-455
Karar Tarihi : 27.12.2007

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

10

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Üyeler : Tuncay SONGÖR, M. Sıraç ASLAN, Süreyya ÇAKIN, Mehmet Akif ERSİN, Dr. Mustafa ATEŞ, İsmail Hakkı KARAKELLE

B. RAPORTÖRLER: Orçun SENYÜCEL, Alper KARAKURT

**C. BİLDİRİMDE
BULUNAN**

20

: Afia International Company Temsilcisi: Av. Ahu YALGIN
Maya Akar Center, Büyükdere Caddesi No:100/29
34394 Esentepe İstanbul

D. TARAFLAR

: Afia International Company
P.O. Box 30439 Jeddah 21477 Industrial City - Phase 3
Street 31 SUUDİ ARABİSTAN KRALLIĞI

Swan Holding S.à.r.l.

46A, Avenue J. F. Kennedy L – 1855 LÜKSEMBURG

30

E. DOSYA KONUSU: Afia International Company'nin Swan Holding S.à.r.l.'den, Swan'ın Kuğu Gıda Yatırım ve Ticaret A.Ş. nezdinde sahip olduğu Yudum Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. hisselerini devralması işlemine izin verilmesi talebi.

40

F. DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 27.11.2007 tarih ve 7871 sayı ile giren ve en son 12.12.2007 tarih ve 8195 sayı ile eksiklikleri tamamlanan bildirim üzerine, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesi ile 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in ilgili hükümleri uyarınca yapılan inceleme sonucu düzenlenen 14.12.2007 tarih ve 2007-3-177 /Öİ-07-OS sayılı Birleşme/Devralma Raporu, 14.12.2007 tarih ve REK.0.07.00.00-120/262 sayılı Başkanlık Önergesi ile 07-92 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili Rapor'da;

1- Bildirim konusu işlemin; 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesine dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında izne tabi bir devir işlemi olduğu, bununla birlikte devralma işlemi ile ilgili pazarda 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi çerçevesinde yeni bir hakim durumun yaratılmasının veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilerek rekabetin önemli ölçüde sınırlandırılmasının söz konusu olmadığı, dolayısıyla başvuruya konu devir işlemine izin verilmesi gerektiği,

- 50 2- Hisse Alım Sözleşmesi'nin 8.5. maddesi ile öngörülen yükümlülüklerin süresinin 2 yıla indirilmesi halinde yan sınırlama kabul edilerek devralma işlemiyle birlikte izin verilebileceği sonuç ve kanaatine ulaşıldığı ifade edilmiştir.

H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. Taraflar

H.1.1. Afia International Company (Afia)

60

Devralan teşebbüs Afia, Suudi Arabistan Krallığı'nda kurulu halka açık olmayan bir anonim şirkettir. Şirket başlıca sıvı yağ ürünleri üretimi, rafinajı, pazarlaması ve dağıtımı alanlarında faaldir. Temel olarak Suudi Arabistan, Mısır, İran ve Kazakistan'da mevcudiyeti bulunan Afia'nın dünya genelindeki iştirakleri incelendiğinde, Türkiye'de herhangi bir faaliyetinin olmadığı anlaşılmaktadır.

Afia'nın %90,63 oranında hissesine Savola Grup sahiptir. Geri kalan %9,37 hissesine azınlık hissedarlar sahiptir.

H.1.2. Savola Grup (Savola)

70

Suudi Arabistan Krallığı'nda kurulu Savola, özellikle Orta Doğu ve Kuzey Afrika bölgesinde faaliyet göstermektedir. Başlıca faaliyet alanlarının içinde perakende satış, yiyecek maddeleri, gayrimenkul ve franchising bulunmaktadır.

Savola'nın doğrudan ve dolaylı olarak sahip olduğu iştirakler incelendiğinde, söz konusu şirketin Türkiye Cumhuriyeti coğrafi pazarında faaliyetinin olmadığı anlaşılmaktadır.

H.1.3. Yudum Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Yudum)

80

Devralınan teşebbüs Yudum, "Yudum" markası ile ayçiçeği, "Sırma" markası ile mısırözü yağı üretimi ve satışı alanında faaliyet göstermektedir. Ayrıca Yudum, Fason Üretim Sözleşmesi kapsamında Unilever'e fason zeytinyağı üretmekte ve yurt dışına zeytinyağı ihraç etmektedir. Devralma işlemi öncesinde Yudum'un hissedarlık yapısı aşağıda sunulmuştur:

Tablo 1-Yudum'un Hissedarlık Yapısı

Hissedarın Adı/Unvanı	Hisse Adedi	Hisse Oranı (%)
Kuşu Gıda Yatırım ve Ticaret A.Ş.	4.433.568.996	100
George Yousef Nasra	1	0
Samir Saman Assaad	1	0
Rana F.A.H. Al-Khaled	1	0
Amjad Ahmad	1	0
TOPLAM	4.433.569.000	100

- 90 Halihazırda Yudum'un hiçbir tüzel kişilikte iştiraki bulunmamaktadır.

Yudum Yönetim Kurulu Üyeleri; Samir Samaan Assaad (Başkan), Amjad Ahmad ve Cem Bayülgen'den oluşmaktadır.

Kuğu Gıda Yatırım ve Ticaret A.Ş. (Kuğu), Swan Holding S.à.r.l.'ın (Swan) Yudum hisselerinin devralınması işlemi için kurmuş olduğu bir devralma aracıdır. Yudum'un ana hissedarı olan Kuğu'nun hissedarlık yapısı aşağıda sunulmuştur:

Tablo 2-Kuğu'nun Hisseedarlık Yapısı

Hissedarın Adı/Unvanı	Hisse Adedi	Hisse Oranı (%)
Swan Holding S.a.r.l.	2.630.124	99,92
George Yousef Nasra	1	0,020
Samir Saman Assaad	1	0,020
Rana F.A.H. Al-Khaled	1	0,020
Amjad Ahmad	1	0,020
TOPLAM	26.301.280	100

100 Swan'ın yegane hissedarı NBK Capital Private Equity Fund Company BSC olup, Swan'ın sermayesinin tamamını teşkil eden 500 adet hisseyi elinde bulundurmaktadır. NBK Capital, NBK Capital Private Equity Fund Company BSC'nin sermayesinin %99,99'una sahiptir. NBK Capital sermayesinin %90'ını elinde bulunduran NBK ise halka açık bir şirket olup, sermayesinin %5'inden fazlasını elinde bulunduran herhangi bir gerçek kişi veya tüzel kişi hissedarı mevcut değildir. Söz konusu şirketlerin, Türkiye Cumhuriyeti coğrafi pazarında Yudum dışında herhangi bir faaliyeti yoktur.

110 H.2. İlgili Pazar

H.2.1. İlgili Ürün Pazarı

Kurul, 17.7.2003 tarih, 03-51/577-253 sayılı *SEEF/Unikom* (Unilever-Yudum) devralma kararında ilgili ürün pazarını "margarin ve yemeklik sıvı yağlardan oluşan yemeklik yağ pazarı" ve "zeytinyağı pazarı" şeklinde tanımlamıştır. Söz konusu pazar tanımı,

- Sıvı yağların ve margarinin yemeklik amaçlarla kullanıldığı, bu açıdan kullanım amaçlarının benzerlik taşıdığı,
- Fiyat açısından da sıvı yağlarla margarinin yakınlık gösterdiği, bu sebeple margarinin sıvı yağlar üzerinde rekabetçi bir baskı yarattığı,
- Ancak her ne kadar tereyağı ve zeytinyağının da yemeklik olarak kullanılabilme imkânı bulursa da, söz konusu iki yağın diğer yağların iki katı daha pahalı olduğu, bu sebeple tüketicilerin bu yağları kullanımlarının diğer yağlardan daha farklı olduğu (kahvaltı ve salata vb. sınırlı olması) ,
- Yemeklik sıvı yağlar arasında (zeytinyağı hariç) arz ikamesinin bulunduğu

belirtilerek yapılmıştır. Afia'nın Kuğu Gıda'yı devralması işleminde "tüm olası pazar tanımları altında rekabetin önemli ölçüde azaltılması söz konusu olmayacağından" hareketle net bir pazar tanımı yapılmasına gerek olmadığı kanaatine varılmıştır.

130 H.2.2. İlgili Coğrafi Pazar

Söz konusu ürünler açısından pazara giriş, üretim, dağıtım, pazarlama ve satış şartlarının bölgesel bir farklılık göstermediği göz önüne alınarak, ilgili coğrafi pazar "Türkiye Cumhuriyeti sınırları" olarak tespit edilmiştir.

H.3.Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

140 H.3.1. İşlemin Niteliği

Yudum'un 2006 yılı Türkiye cirosu ... YTL'dir. Yudum'un margarin ve [marka] zeytinyağı üretimi olmadığı göz önüne alındığında, ilgili ürün pazarının dar ya da geniş olarak tanımlanması durumunda dahi, teşebbüsün ürün pazarındaki cirosu değişmeyecektir. Dosya mevcudu bilgi ve belgeden, Yudum'un "margarin ve yemeklik sıvı yağlardan oluşan yemeklik yağ pazarında" 2007 (tahmini) yılı pazar payının %..., 2006 yılı pazar payının ise %... olduğu anlaşılmıştır. Bildirime konu işlemde pazar payı ve cirosu dikkate alınacak teşebbüs Yudum'dur. Nitekim Swan'ın Türkiye'de ilgili ürün pazarlarında Yudum dışında başkaca bir faaliyeti bulunmamakta, dolayısıyla ilgili pazarlardaki ciro ve pazar payı Yudum'un ciro ve pazar payından oluşmaktadır. Yudum'u devralacak grubun da Türkiye'de ilgili ürün pazarlarında herhangi bir faaliyeti yoktur. 1997/1 sayılı Tebliğ'in 4. maddesine göre %25 pazar payı sınırı veya 25 milyon YTL ciro eşiğini geçen birleşme/devralmaların Kurum'a bildirilmesi zorunludur. Bu bağlamda ciro eşiğinin aşılması nedeniyle bildirim konu işlem izne tabidir.

150 Devir işlemi sonucunda, Kuğu Gıda'nın dolayısıyla Yudum'un kontrolü Swan Holdings'ten Afia'ya, dolayısıyla bu teşebbüsü kontrol eden Savola'ya geçecektir. Afia ve Savola'nın Türkiye pazarında hiçbir faaliyetinin olmaması nedeniyle bildirim konu işlemin yoğunlaşma doğurucu bir etkisi yoktur. İşlem sonrasında Yudum'un Türkiye'deki konumunda herhangi bir değişiklik olmayacak, bu teşebbüsün kontrolü, Türkiye'de bu sektörde başka bir faaliyeti olmayan bir teşebbüse geçecektir.

160 H.3.2. Rekabet Etmeme Yükümlülüğünün Değerlendirilmesi

Hisse Alım Sözleşmesi'nin 8.4. maddesi gereğince, satıcıya kapanış tarihinden itibaren iki yıllık bir süre boyunca rekabet etme yasağı getirilmektedir. Kurul'un rekabet etmeme yükümlülüğünü incelerken dört ana kritere bakmak gerekmektedir: Sınırlamanın sadece taraflar açısından kısıtlayıcı olması, yoğunlaşmayla doğrudan ilgili olması, işlemin yürütülmesi için "gerekli" ve "orantılı" olması. Sözleşme hükümlerinden de anlaşılacağı gibi rekabet yasağının; süresinin 2 yıl ile sınırlandırılmış olması, yalnızca devredilen işi kapsamaması, geçerli olduğu coğrafi bölge ile sınırlı tutulması nedeni ile makul olandan fazla olmadığı ve zaruri olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle, söz konusu hüküm bir yan sınırlama olarak kabul edilmiştir.

170 H.3.3. Gizlilik ve Diğer Yükümlülüklerin Değerlendirilmesi

180 Hisse Alım Sözleşmesi'nin 8.5. maddesi üç yıl süre boyunca devreden Kuğu Gıda veya Yudum'un bir çalışanını bu teşebbüslerden ayrılmaya ikna etmeyeceğini, bu yönde teklif vermeyeceğini ((a) ve (d) bendi), devreden bu teşebbüslerin müşteri veya tedarikçilerini bu teşebbüslerle iş yapmamaya ikna etmeyeceğini ((b) bendi), satıcının bu müşterilere üçüncü kişiler adına talepte bulunamayacağını ((c) bendi), gizli bilgileri ifşa etmeyeceğini ve kullanmayacağını ((e) bendi) içermektedir.

Know-how devrinin söz konusu olduğu bir durumda üç yıldan az bir rekabet yasağına karşın üç yıllık bir gizlilik yükümlülüğünün yan sınırlama olarak kabul edilmesi

190 gerekmektedir. Yudum'un müşteri veya tedarikçilerini Yudum'la iş yapmamaya ikna etmemeye yönelik yükümlülüğün de gizlilik yükümlülüğü ile beraber ele alınması gerektiği kanaatine varılmıştır.

I. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre;

200 Bildirim konusu işlemin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesine dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ kapsamında izne tabi olduğuna, işlem sonucunda aynı Kanun maddesinde belirtilen nitelikte hakim durum yaratılmasının veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesinin ve böylece ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmadığına, bu nedenle bildirim konusu işleme izin verilmesine OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.

Rekabet Kurulu'nun 27.12.2007 tarih ve 07-92/1169-455 sayılı Kararı'na

KARŞI OY GEREKÇESİ

Afia International Company'nin Swan Holding S.a.r.l.'den, Swan'ın Kuğu Gıda Yatırım ve Ticaret A.Ş. nezdinde sahip olduğu Yudum Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. hisselerini devralması işlemine izin verilmesi talebi üzerine alınan karara aşağıda belirttiğimiz gerekçeyle katılmamaktayız :

Taraflarca imzalanan Hisse Alım Sözleşmesi'nin 8.5. maddesi üç yıl süre boyunca devreden Kuğu Gıda veya Yudum'un bir çalışanını bu teşebbüslerden ayrılmaya ikna etmeyeceğini, bu yönde teklif vermeyeceğini ((a) ve (d) bendi), devreden bu teşebbüslerin müşteri veya tedarikçilerini bu teşebbüslerle iş yapmamaya ikna etmeyeceğini ((b) bendi), satıcının bu müşterilere üçüncü kişiler adına talepte bulunamayacağını ((c) bendi), gizli bilgileri ifşa etmeyeceğini ve kullanmayacağını ((e) bendi) içermektedir.

Söz konusu yükümlülükler daha önceki Kurul kararlarında rekabet etmeme yükümlülüğü ile aynı kapsamda ele alınmıştır. Kurul 25.7.2007 tarih ve 07-61/728-259 sayılı *Ineos/Lanxess* devralma kararında, “personeli [devralınan teşebbüsten] ayrılmaya teşvik etmeme ve bu personeli açıkça ve kasıtlı olarak doğrudan iletişim kurmak suretiyle istihdam etmeye teşebbüs etmeme” yükümlülüğünü rekabet etmeme yükümlülüğü ile aynı bağlamda değerlendirmiş ve yan sınırlama olarak kabul etmiştir. Benzer şekilde gizlilik yükümlülüğünün en detaylı bir şekilde ele alındığı ve bu yönüyle Kurul'un bu konuya yaklaşımını ortaya koyan 11.7.2007 tarih ve 07-59/688-243 sayılı *Asaph vd/Med İlaç* devralma kararında, gizliliğin rekabet yasağı etkisi doğurabileceği önceki kararlara referans verilerek belirtilmiştir. Gizlilik süresinin rekabet yasağından uzun olmasının istisna olduğuna karar veren Kurul, bu istisna durumun know-how açısından olabileceğini, ancak know-how'ın varlığının taraflarca ispatlanması gerektiğini, bu ispatlansa bile devralan açısından yaratacağı riskler ortaya konmadan bu istisnanın dışına çıkmayacağını hükme bağlamıştır. Özetle gizlilik süresinin rekabet yasağı süresini geçmesi için, “devre konu know-how'ın rekabet yasağı bitiminden sonra kullanılması durumunda” devralanın “faaliyetini devam ettiremeyeceği” veya “büyük zarar göreceği”nin ispatlanması gerekmektedir. Ayrıca, Yudum'un müşteri veya tedarikçilerini Yudum'la iş yapmamaya ikna etmemeye yönelik yükümlülüğü de rekabet etmeme yükümlülüğü ile beraber ele alınmalıdır.

Yukarıda yer verilen açıklamalar çerçevesinde; Hisse Alım Sözleşmesi'nin 8.5. maddesindeki sınırlamaların, üç yıl süreli olması için know-how devrinin bulunması gerektiği görülmektedir. Söz konusu durum raportörlerce başvuru temsilcisine sorulmuş, gelen cevabi yazıda, devir işlemiyle yerel tedarik, satış ve pazarlama ve müşteri portföyüne yönelik kapsamlı know-how devrinin olduğu, ayrıca zeytinyağı üretimine ilişkin know-how devrinin gerçekleşeceği iddia edilmiştir. 15.2.2000 tarih, 00-7/62-29 sayılı LMG menfi tespit kararında da görülebileceği gibi, müşteri portföyünün devrinde iki yıllık sınırlama süresi makul bulunmaktadır. Devralan tarafın zeytinyağı üretimine yönelik bilgilere ulaşacak olması bir know-how olarak ele alınamayacak bilgidir. 2002/2 sayılı Tebliğ'in 3. maddesi gereği know-how; tecrübe, denemeler sonucu elde edilen ve patentli olmayan, uygulamaya yönelik, gizli, esaslı ve belirlenmiş bilgi paketidir. Bu açıdan devir işleminde bir know-how devrinin olmadığı düşünülmektedir. Kaldı ki, Kurul'un önceden aldığı Asph vd/Med İlaç 11.07.2007 tarih, 07-59/688-243 sayılı kararda da görüleceği üzere, "bir devralma dosyasında know-how'ın var olup olmadığı, devralma işleminin taraflarının Kuruma yaptığı devralma başvurusu kapsamındaki beyanlarına ve bu hususta Kurulu ikna edebilecek gerekçeler ile know-how'ın varlığının ispatlanmasına bağlıdır." Taraflardan talep edilmesine karşın bu bağlamda detaylı bir bilgi gelmemiştir. Dolayısıyla 8.5. maddedeki yükümlülüklerin bir yan sınırlama olarak değerlendirilemeyeceği, bu maddenin 8.4. maddede öngörülen rekabet yasağının süresi olan iki yıl ile sınırlandırılması gerektiğini düşünüyoruz.

Bu sebeple 8.5. maddedeki yükümlülükler iki yıllla sınırlandırılmadığı için Kurul kararına karşıyız.

Süreyya ÇAKIN
Kurul Üyesi

M. Sıraç ASLAN
Kurul Üyesi