

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2007-3-60 (Devralma)
Karar Sayısı : 07-61/722-253
Karar Tarihi : 25.7.2007

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

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

B. RAPORTÖRLER: Meltem BAĞIŞ AKKAYA, Ali Fuat KOÇ

**C. BİLDİRİMDE
BULUNAN**

: BNP Paribas SA Temsilcisi: Av. Rifat SABAN
Cumhuriyet Cad. Çelik Apt. No:235 D: 4 Harbiye İstanbul

20 **D. TARAFLAR** : BNP Paribas (Suisse) SA
2 Place de Hollande CH- 1200 Geneve 11 SWİZERLAND

Harry's SCA
58 Avenue Kleber, Paris, 75016, FRANCE

E. DOSYA KONUSU: Harry's SCA (Harry's)'nin elinde bulundurduğu, Fresh Cake Gıda Sanayi ve Tic. A.Ş. (Fresh Cake)'nin toplam sermayesinin %50'sine tekabül eden hisselerin BNP Paribas SA (BNP) tarafından devralınması işlemine izin verilmesi talebi.

30 **F. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 16.4.2007 tarih ve 2699 sayı ile giren ve en son 17.7.2007 tarih ve 4825 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 19.7.2007 tarih ve 2007-3-60/Öİ-07-MBA sayılı Birleşme/Devralma Raporu, 19.7.2007 tarih ve REK.0.07.00.00-120/153 sayılı Başkanlık Önergesi ile 07-61 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

40 **G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:** İlgili Rapor'da; Bildirim konusu devralma işleminin; 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 hâkim durumun yaratılmasının veya mevcut hâkim durumun rekabeti önemli ölçüde azaltacak düzeyde güçlendirilmesinin söz konusu olmadığı, dolayısıyla bildirim konu devralma işlemine izin verilebileceği; diğer yandan devir işlemi düzenleyen "Hisse Alım Sözleşmesi"nin "Rekabet Yasağı" başlıklı 6. maddesi ile "Gizlilik" başlıklı 7. maddesi çerçevesinde getirilen rekabet etmeme ve gizlilik yükümlülüklerine devir işleminin

50 makul ve objektif yan sınırlaması olarak anılan devralma işlemi ile birlikte izin verilmesinin uygun olacağı, sonucuna ulaşıldığı ifade edilmektedir.

H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. Taraflar

H.1.1. BNP Paribas (Suisse) SA (BNP)

60 Devralan BNP, ana şirket olan BNP Paribas- Paris (Fransa) tarafından kurulmuş, İsviçre merkezli, Cenevre kantonunda faaliyet gösteren bir şirkettir. Dosya mevcudu bilgi ve belgeden; teşebbüsün özellikle bankacılık, finansman ve yatırım alanlarında faaliyet gösterdiği ve anılan teşebbüsün devre konu Fresh Cake'in faaliyet gösterdiği alanlarda Türkiye'de ve yurtdışında herhangi bir faaliyetinin bulunmadığı; Türk Ekonomi Bankası (TEB) ile BNP Paribas (Paris) arasında bir ortak girişimin var olduğu hususu anlaşılmıştır. Diğer yandan taraflarca BNP Paribas'ın 2006 cirosu (.....) İsviçre Frangı olarak bildirilmiştir.

H.1.2. Harry's SCA (Harry's)

70 Harry's Avrupa çapında, pişmiş unlu mamuller alanında faaliyet göstermekte olup paketlenmiş ürün (dilim ekmek, unlu kahvaltı mamulleri, kek ve hamur işi) üretip satan şirketlerin de idaresini üstlenmiştir. Şirketin 2005 mali yılındaki cirosu dünya çapında (.....) Euro'dur. Harry's, Türkiye'deki faaliyetlerini Fresh Cake Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. aracılığıyla sürdürmektedir.

H.1.3. Fresh Cake Gıda Sanayi ve Tic. A.Ş. (Fresh Cake)

80 Merkezi İstanbul'da olan şirketin %50 hissesi Harry's firmasında olup geri kalan %50 hissesi de Ülker Grubunun elinde bulunmaktadır. Fresh Cake'in Türkiye'de başlıca amaç ve konusu, gıda sanayinin her dalında kullanılan un, katkı maddeleri gibi her türlü hammadde ve malzemenin ithalatı, ihracı ve pazarlaması başta olmak üzere her nevi gıda madde ve malzemelerinin imalatı, başkalarına yaptırılması, alımı ve satımı, ithali ve ihracı, süt ve süt ürünleri, hububat değirmencilik müstahsalları, salt nişasta ve müstahsalları, susam ve yağlı tohumlar, şeker ve şeker mamülleri, kakao ve müstahsalları, esasını un, hububat ve nişasta teşkil eden müstahsallar, pastacılık mamülleri, paketlenmiş, taze veya dondurulmuş her türlü gıda maddesinin imali, ithali, ihracı ve pazarlanması ve başkalarına yaptırılmasıdır. Firmanın 2006 yılı cirosu (.....) YTL'dir. Devir öncesi Fresh Cake'in ortaklık yapısına Tablo 1'de yer verilmiştir.

90

Tablo 1-Fresh Cake'in Ortaklık Yapısı

| HİSSEDARLAR | HİSSE MİKTARI (adet) |
|------------------------------|----------------------|
| Harry's SCA | (.....) |
| Yıldız Holding A.Ş. | (.....) |
| Ülker Gıda San. Ve Tic. A.Ş. | (.....) |
| Murat Ülker | (.....) |
| Orhan Özokur | (.....) |
| TOPLAM | (.....) |

Devralma öncesi Fresh Cake Yönetim Kurulu ise; Sabri Ülker, Francis Bon, Orhan Özokur, Murat Ülker, Necdet Buzbaş, Alain Strasser'den oluşmaktadır.

H.2. İlgili Pazar

H.2.1. Pazara İlişkin Genel Bilgiler

100 Kek pazarı son yıllarda hızla büyüyen bir pazardır. Pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin 2005 ve 2006 yılı için pazar payları aşağıdaki tabloda gösterilmektedir:

Tablo 2- Teşebbüslerin 2005-2006 Yılları Pazar Payları

| Firmalar | 2005 | 2006 |
|--------------|-------|-------|
| Ülker toplam | (...) | (...) |
| Eti | (...) | (...) |
| Diğer | (...) | (...) |

Yukarıdaki tabloda Ülker toplamı içinde yer alan devre konu şirket Fresh Cake'in 2006 Mart ayında %(...) olan pazar payı 2007 Mart ayı itibarıyla %(...) olarak gerçekleşmiştir. Ülker'in Fresh Cake haricinde kek üretimi alanında faaliyet gösteren diğer bir şirketi de Biskot Bisküvi Gıda San. ve Tic. A.Ş. olup Bildirim Formu'nda 2006 yılı için Fresh Cake'in pazar payı %(...) , Biskot'un pazar payı ise %(...) , Eti'nin pazar payı ise %(...) olarak belirtilmiştir.

Pazardaki kek gruplarına ilişkin pazar payları Tablo 3'te sunulmuştur.

Tablo 3- Kek Grupları Pazar Payları

| Segment Adı | 2005 (%) | 2006 (%) |
|-------------|----------|----------|
| Dilim | (...) | (...) |
| Muffin | (...) | (...) |
| Baton | (...) | (...) |
| Pasta altı | (...) | (...) |
| Bar | (...) | (...) |
| Diyet | (...) | (...) |

H.2.2. İlgili Ürün Pazarı

120 1997/1 sayılı Tebliğ'in 4. maddesine göre, devralma işlemlerinde devre konu mal veya hizmetlerle tüketicinin gözünde fiyatı, kullanım amaçları ve nitelikleri bakımından aynı sayılan mal veya hizmetlerden oluşan pazar ilgili ürün pazarını oluşturmaktadır. Dolayısıyla belirli bir ürün ve onunla yüksek ikame edilebilirliği olan diğer ürünlerden oluşan pazar ilgili ürün pazarının tanımında temel alınmaktadır.

Söz konusu devralmanın konusunu oluşturan Fresh Cake'in ürettiği ürünler dilim kek, muffin, baton, pasta altı, bar ve diyet kektir. Ancak bu ürünleri tek başlarına birer pazar olarak ele almak yerine, dosya konusu devir işlemi açısından ilgili ürün pazarının 00-36/399-225 sayılı Kurul kararına paralel olarak, yukarıda sayılan keklerin bir bütün olarak yer aldığı "paketlenmiş kek pazarı" ilgi ürün pazarı olarak belirlenmiştir.

H.2.3. İlgili Coğrafi Pazar

İlgili coğrafi pazar, homojen rekabet kurallarının olduğu pazar olarak ifade edilebilmektedir. Bu da taşıma maliyetleri, malın dayanıklılığı, dağıtım sisteminin alanı ve etkinliği gibi koşullara bağlıdır. Söz konusu ürünlerde taşıma maliyetleri çok yüksek değildir ve dağıtım etkin bir şekilde tüm Türkiye'ye yapılmaktadır. Bu hususlar dikkate alındığında ilgili coğrafi pazar "Türkiye Cumhuriyeti sınırları" olarak tespit edilmiştir.

140 H.3.Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

Söz konusu devir işleminin devreden tarafı olan Harry'sin geçmiş yıllarda ortaklık yapısında meydana gelen bazı değişikliklerin tespiti ve değerlendirilmesi mevcut dosya açısından önem arz etmektedir. Bu çerçevede 2000 yılından itibaren Harry'sin ortaklık yapısında meydana gelen değişiklikler değerlendirilecektir:

2000 yılında tümü Artal Holland B.V.'ye (Artal) ait olan Harry's şirketinin hisselerinin % 49'u Kamps AG'ye (Kamps) devredilmiştir. Ayrıca Kamps ve Artal'ın 17 Temmuz 2000 tarihinde imzaladıkları Hisse Alım Sözleşmesi ve Hissedarlar Sözleşmesi'nde 150 2003 yılının sonuna kadar Kamps'ın kalan % 51 hisseyi satın alma seçimi hakkı olacağı öngörülmüştür. Söz konusu devir işleminin değerlendirildiği 26.9.2000 tarih ve 00-36/399-225 sayılı Kurul Kararında:

" ...

- Kamps AG'nin Artal Holland B.V.'ye ait olan Harry's SA hisselerinin %49'unu devralması işleminin, tarafların sahip olduğu toplam pazar payı yönüyle, 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" kapsamında izne tabi bir işlem olduğuna,

160 - Bu işlemin sonucunda ilgili pazarlarda hakim durum yaratılması veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesi ve böylece rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmadığına, bu nedenle bildirim konusu devir işlemine izin verilmesine,

- Harry's SA'nın geri kalan %51 oranında hissesinin devri işlemi için Rekabet Kurumu'na ayrıca başvurulması ve sözleşmedeki "rekabet etmeme" hükmünün bu başvuruyla birlikte değerlendirilmesi gerektiğine" hükmedilmiştir.

2003 yılı ve sonrasında Kurumumuza bu konuda herhangi bir başvuru yapılmamıştır. Dosya konusu devralma işleminin tarafı olan Harry'sin ortaklık yapısının belirlenebilmesi açısından, bildirim yapan taraftan (BNP) konu ile ilgili bilgi talep edilmesi üzerine aşağıdaki açıklamaların yapıldığı dosya mevcudu bilgi ve belgeden 170 anlaşılmiştir:

" 17 Temmuz 2000'de Kamps AG ve Artal B.V. Kamps'ın Kamps France isimli bir Fransız iştiraki aracılığıyla Harry's SA'da %49 oranında bir hissedarlık iktisap edilmesine ilişkin bir alım satım sözleşmesi akdetmişlerdir. Aynı gün Kamps ve Artal, Haziran 2003'ten itibaren geçerli olmak üzere, Kamps Artal'dan bakiye %51 oranındaki hissedarlığı iktisap etmek için satın alma opsiyonuna sahip olduğu ve aynı şekilde Artal'ın da aynı hissedarlıkla ilgili olarak satma opsiyonuna sahip olduğu bir hissedarlık sözleşmesi akdetmişlerdir.

" ...

180 Haziran 2002'de Barilla Holding SPA, eski adıyla Fin.BA S.p.A – Barilla grubunun ana şirketi- (Barilla) ve Banca Popolare di Lodi s.a.r.l. (BPL) listelenmiş hisseleri için

yapılan başarılı bir kamuya arz ile – Finba GmbH isimli bir araç firması aracılığıyla-Kamps'ın üzerinde ortak yönetimi iktisap etmişlerdir. ...

Temmuz 2003'te yeni kurulan ve Barilla ve BPL tarafından yönetilen Hollanda menşeli tüzel kişi (Finbakery Netherlands BV) Artal'dan, Harry's de kalan %51 oranındaki hissedarlığı günümüzde de Kamps AG de bulunan satın alma opsiyonun kullanılması ile iktisap etti.

Bugün Harry's SCA tamamen %51 Barilla ve kalan %49'u da Finansal hissedarlar tarafından kontrol edilen Finbakery Netherlands BV'nin mülkiyetindedir.

190 Finansal hissedarlar, Finbakery Netherlands BV'ye sermayesinin %44.4'ünü elinde bulunduran Lüksemburg'daki tüzel kişi (Bakery Equity Luxemburg SA) aracılığıyla iştirak etmektedirler.

Finbakery Nedherlands'in sermayesinin kalan %4,6 sı ise, merkezi Roma, Via Boncompagni 71'de bulunan BPI grubunun ticaret bankası olan Efibanca Societa per azioni tarafından kontrol edilmektedir.”

Harry's, şirket ortağı olan Kamps şirketinin el değiştirmesi ve sonrasında satın alma opsiyonunun kullanılması neticesinde el değiştirmiştir. 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesine dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğin "Birleşme ve Devralma Sayılan Haller" başlıklı 2. maddesinin (b) bendi şu şekildedir:

200 "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 ve kontrol etmesi."

Yukarıda yer verilen devir işlemleri ile öncelikle 2002 yılında Kamp's'ın kontrolünün el değiştirmesi ve sonrasında 2003 yılında satın alma opsiyonunun kullanılarak Harry's şirketinin kontrolünün el değiştirdiği ve söz konusu işlemlerin Tebliğ'de yer verilen hususları içerdiği görülmektedir.

210 1997/1 sayılı Tebliğ'in 1998/2 sayılı Tebliğ ile değişik 4. maddesine göre Tebliğ çerçevesinde bir birleşme veya devralma sonucunda birleşme ve devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin, ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasında, toplam pazar paylarının, piyasanın %25'ini aşması halinde veya bu oranı aşmasa bile toplam cirolarının yirmi beş trilyon TL (25 milyon YTL)'yi aşması halinde Rekabet Kurulu'ndan izin almaları zorunludur. Söz konusu devralma işlemlerinde Harry's Türkiye'deki mevcudiyetini Fresh Cake aracılığıyla devam ettirmektedir ve 2002 yılı cirosu (.....) YTL, pazar payı ise %(...)'dir. Fresh Cake'in söz konusu pazar payı ve ciroyuyla Tebliğ'de öngörülen eşikleri aşması

220 nedeniyle bahsedilen devir işlemleri Kurul'dan izin alınması gereken devralmalar kapsamındadır. Ancak söz konusu devralma işlemleri açısından Rekabet Kurulu'na herhangi bir izin başvurusu yapılmamıştır. Dolayısıyla yukarıda bahsedilen izne tabi birleşme veya devralma işlemlerinin Rekabet Kurulu'nun izni olmaksızın gerçekleştirilmesi nedeniyle 4054 sayılı Kanunun 16. maddesinin c bendi gereğince taraflara ve yönetim organlarında görev alan gerçek kişilere ceza verilmesi gerektiği, ancak aynı Kanunun 19. maddesinde öngörülen 3 yıllık zaman aşımı süresinin dolması nedeniyle de bildirmemeden dolayı ceza verilmesine imkân bulunmamaktadır.

230 Kanun'un 7. maddesinde, "hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak ülkenin bütünü ya da bir kısmında herhangi bir mal

veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu” doğuracak tipte birleşme ve devralmalar hukuka aykırı bulunarak yasaklanmıştır.

240 Dosya konusu Fresh Cake, bir ortak girişim niteliğindedir. Fresh Cake’in %50’sine sahip olan Harry’s şirketinin el değiştirmiş olması Fresh Cake’in ortak girişim niteliğini değiştirmemektedir. Bu bakımdan, söz konusu devir işlemleri Fresh Cake’in piyasadaki konumunu değiştirmedeği gibi, Türkiye pazarına Harry’s ve dolayısıyla Fresh Cake kanalıyla giren yeni kontrol sahiplerinin ilgili ürün pazarı olan paketlenmiş kek pazarında herhangi bir faaliyetlerinin olmaması nedeniyle devralma işlemleri hâkim durum yaratmamakta ya da hâkim durumu güçlendirmemektedir. Bu nedenle 2002 ve 2003 yıllarında gerçekleşen devralma işlemlerine izin verilmesinin mümkün olduğu kanaatine varılmıştır. Ayrıca satın alma opsiyonunun öngörüldüğü ilgili sözleşmede, işlemlerin tamamlanmasından itibaren üç yıl devreden tarafa rekabet etme yasağı getirilmektedir. Satın alma opsiyonunun kullanıldığı devralma işleminin know-how hususlarını da içermesi nedeniyle, devralma sözleşmesinde rekabet etme yasağının üç yıl olarak getirilmesinin yan sınırlama olarak kabul edilebilecektir. Bu çerçevede 2002 ve 2003 yıllarında Harry’s ortaklık yapısında ve şirketin kontrolünde 250 değişiklik meydana getiren devir işlemlerinin izin verilebilir nitelikte olduğu kanaatine varılarak dosya konusu devir işlemi aşağıda değerlendirilmiştir.

H.3.1. İşlemin Değerlendirmesi

Devir işlemi hisselerin BNP tarafından Sözleşme şartlarında satın alınması ve hisselerin BNP’ye devri ile gerçekleşecektir. İşlem sonunda Harry’s ‘in Fresh Cake şirketinde hiçbir hissesi kalmayacak ve şirket sermayesinin %50’sini temsil eden hisseler BNP’ye ait olacaktır. Harry’s Türkiye’deki stratejik olmayan yatırımlarını elden çıkarmak amacı çerçevesinde dosya konusu hisseleri devretmek istemektedir. BNP’nin, hisseleri nezdinde bulunan Bahama Yatırım Fonu adına satın alacağı bildirilmektedir. 260

1997/1 sayılı Tebliğ’in 2. maddesinin (b) bendine göre, dosya konusu işlem 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında bir devralma işlemidir.

Dosya mevcudu bilgi ve belgeden; ortak girişim niteliğini korumaya devam edecek olan Fresh Cake’in 2006 yılı cirosunun (.....) YTL, 2006 yılı pazar payının ise % (...) civarında olduğu anlaşılmıştır. Yukarıda verilen bilgilerin ışığında devre konu şirketin ilgili pazarda toplam ciro ve pazar payının 1997/1 sayılı Tebliğ’in 4. maddesinde öngörülen eşikleri aşması nedeniyle işlem, aynı Tebliğ kapsamında izne tabi bir işlemdir. 270

İşlemin, devir alan tarafın ilgili pazarda herhangi bir faaliyeti olmaması nedeniyle yoğunlaşma yaratmadığı ve pazardaki rekabet yapısı üzerinde bir değişikliğe yol açmayacaktır. Dolayısıyla bildirim konu işlemin, ilgili pazarda yeni bir hâkim durum yaratılması ya da var olan bir hâkim durumun önemli ölçüde güçlendirilmesi sonucunu doğurmayacağı kanaatine varılmıştır.

Ancak taraflar arasında imzalanmış bulunan “Hisse Alım Sözleşmesi”nin rekabet yasağına ve gizlilik yükümlülüğüne ilişkin hükümlerinin değerlendirilmesi gerekmektedir. 280

H.3.2. Rekabet Yasağı Hükümlerinin Değerlendirilmesi

Taraflar arasında 29.3.2007 tarihinde imzalanmış bulunan “Hisse Alım Sözleşmesi”nin “Rekabet Yasağı” başlıklı 6. maddesi aşağıdaki şekildedir:

290 “.....TİCARİ SIR..... “

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” (ortak girişimin faaliyette bulunduğu ürün pazarı, süre ve coğrafi pazarla sınırlı olma gibi) kriterlerini de sağlaması gerekmektedir.

H.3.2.1. Sadece Taraflar Açısından Kısıtlayıcı Olma İlkesi

300 Yan kısıtlama 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 etmeme yükümlülükleri özelinde değerlendirildiğinde, bu yükümlülükler satıcıya, satıcının bağlı kuruluşlarına ya da satıcının temsilcilerine getirilebilmektedir. Yukarıda yer verilen rekabet etmeme yükümlülüğü bu yönüyle değerlendirildiğinde yasaklamanın satıcıya getirildiği görülmektedir. Dolayısıyla yasaklamanın, yasaklamanın getirilebileceği kişiler bakımından makul bir sınırlama olduğu sonucuna ulaşmıştır.

H.3.2.2. Orantılılık İlkesi

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 sınırlanmış olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

320 Devralma işlemlerinde getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün kapsamının devralınan unsurların ilgili olduğu ürün ve hizmetlerle sınırlı olması gerekmektedir. Rekabet etmeme konusu edilen unsurlar, devralma işleminin özüne yöneliktir. Rekabet etmeme yükümlülüğünün devir işlemi konusu faaliyetlere ilişkin olarak getirildiği, bu yönüyle makul olduğu görülmektedir.

Ayrıca rekabet etmeme yükümlülüğünün coğrafi uygulama alanı olarak Türkiye sınırları olarak belirlenmesinin, ilgili coğrafi pazarın Türkiye olarak kabul edilmesi halinde makuldür.

330 Ele alınan rekabet etmeme yükümlülüğü süre yönünden de değerlendirilmelidir. Genelde ticari itibarın devrinin söz konusu olduğu işlemlerde iki yıl, ticari itibarla birlikte know-how devrinin gerçekleştiği işlemlerde ise üç yıllık rekabet etmeme

yükümlülüğü süresi makul bulunmaktadır. Bildirime konu işlemin know-how ve ticari itibar devrini içerdiği, bu yönüyle rekabet etmeme yükümlülüğünün, 3 yıl olarak öngörülen süresinin makul olduğu kanaatine ulaşılmıştır.

H.3.3. Gizlilik Hükümlerinin Değerlendirilmesi

“Hisse Alım Sözleşmesi”nin “Gizlilik” başlıklı 7. maddesi ise şu şekildedir:

“7.1“.....TİCARİ SIR.....“ .

340

Şu şartla ki, işbu Madde 7.1’de düzenlenen yükümlülükler:

(a) “.....TİCARİ SIR.....“ ; ve

(b) “.....TİCARİ SIR.....“

7.2 Yukarıda yer alan gizlilik yükümlülüğü aşağıdaki durumlara uygulanmayacaktır.

(a) “.....TİCARİ SIR.....“

(b) “.....TİCARİ SIR.....“

(c) “.....TİCARİ SIR.....“

(d) “.....TİCARİ SIR.....“ ve

350

(e) “.....TİCARİ SIR.....“

Yan sınırlamalar ve bu çerçevede gizlilik yükümlülükleri, yoğunlaşmayı meydana getiren sözleşmenin ana amacının yanında sözleşmenin hukuki getirilerinden yararlanılmasına yönelik düzenlemeler olarak nitelendirilebilir. Rekabet Kurulu uygulamalarında devralmalarda alıcıların satıcılara getirdiği gizlilik yükümlülükleri, 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 gizlilik yükümlülükleri, yoğunlaşmanın uygulanabilmesi için yoğunlaşma ile doğrudan ilgili ve gerekli sayılmaktadır.

360

Genel olarak gizlilik yükümlülüklerinin 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 yukarıda değinilen gizlilik yükümlülüğüne ilişkin hükmün değerlendirilmesi gerekmektedir.

370

Yukarıda yer verilen gizlilik yükümlülüğü sadece taraflar açısından kısıtlayıcı olma ilkesi yönüyle değerlendirildiğinde yasaklamanın taraflara getirildiği görülmektedir. Dolayısıyla yasaklamanın, yasaklamanın getirilebileceği kişiler bakımından makuldür.

Orantılılık ilkesi açısından; 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 sınırlanmış olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

380

Devralma işlemlerinde getirilen gizlilik yükümlülüklerinin kapsamının devralınan unsurların ilgili olduğu ürün ve hizmetlerle sınırlı olması gerekmektedir. Gizlilik konusu edilen unsurlar, devralma işleminin özüne yöneliktir. Gizlilik yükümlülüğünün işlem konusu faaliyetlere ilişkin iş ve ticari sırlara yönelik getirildiği, bu yönüyle makul olduğu kanaatine varılmıştır.

390 Gizlilik yükümlülüğü süre yönünden de değerlendirilmelidir. Genelde ticari itibarın devrinin söz konusu olduğu işlemlerde iki yıl, ticari itibarla birlikte know-how devrinin gerçekleştiği işlemlerde ise üç yıllık gizlilik yükümlülüğü süresi makul bulunmaktadır. Bildirime konu işlemin know-how ve ticari itibar devrini içerdiği, bu yönüyle gizlilik yükümlülüğünün, ticari sırlara, fikirlere, geleceğe yönelik projelere, işin geliştirilmesine veya planlanmasına, satış hedeflerine ilişkin veya bu hedeflerin belirlenmesi için kullanılan Şirkete ait veriler dışındaki gizli bilgilere ilişkin olarak 1 yıl olarak öngörülen süresi bakımından da makuldur. Ticari sırlara, fikirlere, geleceğe yönelik projelere, işin geliştirilmesine veya planlanmasına, satış hedeflerine ilişkin veya bu hedeflerin belirlenmesi için kullanılan Şirkete ait veriler kapsamındaki gizli bilgilere ilişkin olarak getirilen süresiz sınırlamanın ise alıcı teşebbüsün devralma işlemi ile yaptığı yatırımın karşılığını tam olarak alabilmesi için gerekli olduğu ve devir işlemini düzenleyen "Hisse Alım Sözleşmesi"nin "Gizlilik" başlıklı 7. maddesiyle getirilen gizlilik yükümlülüğünün Kurul'un 21.8.2003 tarih ve 03-58/674-307 sayılı kararına paralel olarak yan sınırlama sayılması kanaatine varılmıştır.

400 I. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre;

1. Bildirim konusu işlemin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" kapsamında izne tabi olduğuna, ancak 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,
- 410 2. "Hisse Alım Sözleşmesi"nin 6. ve 7. maddelerinde yer alan rekabet etmeme ve gizlilik yükümlülüklerinin yan sınırlama sayılarak bildirim konusu işleme izin verilmesine

OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.