

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2008-3-104 (Devralma)
Karar Sayısı : 08-45/635-239
Karar Tarihi : 17.7.2008

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

10

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

B. RAPORTÖRLER: Ümit GÖRGÜLÜ, Osman Tan ÇATALCALI, Zeynep MADAN

C. BİLDİRİMDE

BULUNAN

20

: Mavi Giyim San. ve Tic. A.Ş.
Temsilcisi: Av. Ender ÖZEKE
Hergüner Bilgen Özeke Hukuk Bürosu
Süleyman Seba Cad. Sıraevler 55 Akaretler
34357 Beşiktaş/İstanbul

D. TARAFLAR

: Sait AKARLILAR
Köybaşı Cad. No:7 Yeniköy 34464 İstanbul

Rağıp Ersin AKARLILAR
Köybaşı Cad. No:7 Yeniköy 34464 İstanbul

30

Fatma Elif AKARLILAR
Cevdetpaşa Cad. Berker Apt. Kat:3 Bebek 34342 İstanbul

Hayriye Fethiye AKARLILAR
Köybaşı Cad. No:7 Yeniköy 34464 İstanbul

Seyhan AKARLILAR
Bebek Arif Paşa Korusu Birlik Apt. D:10 Kat:434342 İstanbul

40

Blue International Holding N.V.
P.O. box 990, 1000 AZ Amsterdam HOLLANDA

E. DOSYA KONUSU: Mavi Giyim San. ve Tic. A.Ş.'nin hisselerinin tamamının Blue International Holding N.V. tarafından devralınması işlemine izin verilmesi talebi.

50

F. DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 10.6.2008 tarih, 3601 sayı ile giren ve en son 1.7.2008 tarih ve 4154 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 9.7.2008 tarih ve 2008-3-

104/Öİ-08-ÜG sayılı Birleşme/Devralma Raporu, 14.7.2008 tarih ve REK.0.07.00.00-120/131 sayılı Başkanlık Önergesi ile 08-45 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili Rapor'da;

- Blue International Holding N.V. tarafından Mavi Giyim San. ve Tic. A.Ş.'nin hisselerinin tamamının devralınması işleminin; 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında izne tabi bir devralma işlemi olduğu,

60

- Bununla birlikte 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi anlamında hâkim durum yaratan veya mevcut bir hâkim durumu güçlendiren ve bunun sonucunda ülkenin bütünü yahut bir kısmında ilgili piyasalarda rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuran bir işlem olmadığı, dolayısıyla devir işlemine izin verilmesinde bir sakınca bulunmadığı,

- Ancak, devir işlemi düzenleyen Hisse Alım Sözleşmesi'nin 7.1. maddesiyle Sait Akarlılar, Hayriye Fethiye Akarlılar, Ragıp Ersin Akarlılar, Fatma Elif Akarlılar ve Seyhan Akarlılar'a getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün, söz konusu kişilerin Mavi'de istihdam edilip edilmemelerinden bağımsız olarak, sözleşmenin kapanış tarihinden itibaren en fazla 3 (üç) yıl ile sınırlanması ve

70

- Devir işlemi düzenleyen Hisse Alım Sözleşmesi'nin 7.3.1 maddesiyle gizlilik yükümlülüğü kapsamında süresiz olarak öngörülen "kullanmamaya" yönelik hükmün sözleşmenin kapanış tarihinden itibaren en fazla 3 yıl süre ile sınırlandırılması halinde bu hükümler yan sınırlama sayılarak bildirim konu işlem ile birlikte izin verilmesinin uygun olacağı,

sonuç ve kanaatine ulaşıldığı ifade edilmektedir.

80

H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. Taraflar

H.1.1. International Holding N.V. (Blue Holding)

Devralan teşebbüs Blue Holding, Hollanda Antilleri kanunları uyarınca Mavi Giyim Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Mavi)'nin hisselerini almak için kurulmuş bir holding şirkettir. (.....TİCARİS SIR.....). (.....) bu yatırımı ile Mavi'nin cirosunu ve değerini artırıp uzun vadede tekrar nakde dönüştürmeyi hedeflemektedir. (.....)'nin veya hissedarlarından herhangi birinin Mavi ile aynı alanda faaliyet gösteren bir şirketi bulunmamaktadır.

90

Mavi'nin (.....)'ye devri işlemi gerçekleştirmek üzere kurulmuş olan Blue Holding'in 2007 yılına ilişkin cirosu yoktur. Blue Holding'in yönetimi Fortis Intertrust B.V. tarafından yürütülmektedir. Blue Holding'in kontrolünü elinde bulunduran (.....)'nin 2007 yılında Türkiye'de gerçekleştirdiği satışlardan elde ettiği ciro (.....) YTL'dir.

100

H.1.2. Mavi Giyim Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Mavi)

Devralınan teşebbüs Mavi, “blue jeans” (kot) ağırlıklı olmak üzere, günlük hazır giyim ve aksesuar tasarlayan ve pazarlayan bir moda şirkettir. “Mavi” markası altında hazırladığı koleksiyonları kendi satış noktaları, mağaza zincirleri ve bayiler aracılığıyla tüketiciye sunmaktadır. Mavi markası esasen bir kot markası olarak tanınırlık kazanmış olmakla birlikte, koleksiyonunda günlük giyim ihtiyacını karşılayan t-shirt, gömlek, aksesuar gibi ürünler de yer almaktadır. Mavi'nin devralma öncesi ortaklık yapısına Tablo 1'de yer verilmektedir.

110

Tablo: 1 Mavi Giyim'in Ortaklık Yapısı

Hissedar Adı	Hisse Adedi	Hisse Değeri	%
Sait Akarlılar	(...)	(...)	(...)
Hayriye Fethiye Akarlılar	(...)	(...)	(...)
Ragıp Ersin Akarlılar	(...)	(...)	(...)
Fatma Elif Akarlılar	(...)	(...)	(...)
Seyhan Akarlılar	(...)	(...)	(...)
Toplam	276	25,000	100

İşlem sonrasında Mavi hisseleri, Blue Holding'in göstereceği 4 tüzel kişiliğe transfer edilecek 4 adet hisse haricinde, tamamıyla Blue Holding'e veya sözleşmenin 16.3. maddesinde tanımlandığı üzere başvuru tarihi itibarıyla kurulmamış ancak Blue Holding'e bağlı olarak kurulması planlanan Bidco unvanlı teşebbüse ait olacaktır.

120

Böylelikle Blue Holding'i kontrol eden (.....), dolaylı olarak Mavi'yi de kontrol edecektir. Ayrıca Mavi ve/veya Mavi'nin hâlihazırdaki hissedarlarının Türkiye'de ilgili ürün pazarında faaliyet gösteren başka bir teşebbüste kontrole yol açan ortaklığı bulunmamaktadır. Mavi'nin ortaklarından Sait Akarlılar'ın %70'ine sahip olduğu Erak Giyim Sanayi ve Ticaret A.Ş. ise Mavi'nin yanı sıra Armani, Calvin Klein, Tommy Hilfiger, Zegna, Esprit gibi dünya markalarına kot üretimi gerçekleştirmektedir. Yalnızca fason imalat gerçekleştiren firmanın dağıtım ağı, satış ve pazarlama faaliyeti yoktur.

H.2. İlgili Pazar

H.2.1. İlgili Ürün Pazarı

130

Mavi genel olarak *kot ve gündelik giyim ürünleri pazarı* olarak tanımlanabilecek pazarda faaliyet göstermektedir. Ancak satışa sunduğu ürünler içinde kot tipi ürünler oldukça önemli bir yer işgal etmekte ve satış portföyü içinde yer alan kot dışındaki ürünler için ciddi bir pazarlama faaliyeti sürdürülmemektedir. Dolayısıyla, Mavi'nin genel olarak *kot pazarında* faaliyet gösterdiğini söylemek mümkündür.

140

Kot pazarını *markalı ve markasız kot ürünleri* olarak iki alt pazara ayırabilmek mümkündür. Ayrıca *markalı kot pazarını; lüks markalı kot pazarı ve lüks olmayan markalı kot pazarı* olarak iki alt kategoriye de ayırmak olasıdır. Tüketici tercihleri açısından *lüks markalı kot* ürünler ile *lüks olmayan markalı kot* ürünlerin birbiriyle ikame olduğu söylenebilirse de *markalı ve markasız kot* ürünler için aynı durum geçerli değildir.

Mavi'yi satın alan Blue Holding'in en genel anlamda *kot ve gündelik giyim ürünleri pazarı* olarak tanımlanabilecek pazarda herhangi bir faaliyeti bulunmadığından devralma işlemi neticesinde pazarda herhangi bir değişiklik olmayacaktır. Bu nedenle söz konusu dosya bakımından ilgili ürün pazarının tanımlanmasına gerek olmadığı kanaatine varılmıştır.

150 H.2.2. İlgili Coğrafi Pazar

Hisseleri satışa konu olan Mavi'nin ürünleri Türkiye genelinde satışa sunulmaktadır. Dolayısıyla ilgili coğrafi pazar Türkiye Cumhuriyeti'dir.

H.3.Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

H.3.1. İşlemin Değerlendirilmesi

160 Dosya konusu işlem ile birlikte Mavi'nin toplam sermayesine tekabül eden hisselerin tamamı, Blue Holding'in göstereceği dört tüzel kişiliğe transfer edilecek 4 adet hisse haricinde, Blue Holding tarafından, iki seferde satın alınacaktır. İşlem'in tamamlanması ile birlikte Mavi'nin kontrolü Blue Holding'e ve dolaylı olarak Blue Holding'in %(.....) hissesine sahip olan (.....)'ye geçecektir. Bu itibarla, bildirim konusu işlem 1997/1 sayılı Tebliğ anlamında bir devralma işlemidir.

170 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında izne tâbi 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 (25 milyon YTL)'yi aştığı birleşme/devralmaların izne tabi işlemler olduğu belirtilmiştir. Devralınan taraf olan Mavi'nin 2007 yılına ait cirosu (.....) (.....) YTL olarak gerçekleşmiştir. Devralan taraf olan Blue Holding'in yeni kurulmuş bir şirket olması nedeniyle herhangi bir cirosu yoktur. Tarafların ciroları toplamının 25 trilyon YTL'lik eşiği aşması nedeniyle söz konusu devralma işlemi, 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında izne tabidir.

H.3.2. Hukuki Değerlendirme

180 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesinde "hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak ülkenin bütünü ya da bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu" doğuracak birleşme ve devralmalar hukuka aykırı bulunarak yasaklanmıştır.

190 Dosya mevcudu bilgi ve belgeden, Mavi'nin faaliyet gösterdiği pazarın genel olarak kot pazarı olduğu, Mavi'nin pazar payının, yıllar itibarıyla değişmekle birlikte yaklaşık %(...-...) olduğu anlaşılmıştır. Kot pazarında faaliyet gösteren diğer teşebbüslerin yıllar itibarıyla pazar paylarının ise; Levis %(...-...), Rodi %(...-...), Collin's %(...-...), Little Big %(...-...) ve diğer %(...-...) olduğu dosya mevcudu bilgi ve belgeden anlaşılmaktadır.

Devralma işlemleri ile Mavi'nin kontrolünü devralacak olan Blue Holding veya bağlı bulunduğu (.....)'nin, Mavi'nin faaliyet gösterdiği ve en genel anlamda *kot ve gündelik giyim ürünleri pazarı* olarak tanımlanabilecek pazarda dahi herhangi bir faaliyeti bulunmamaktadır. Dolayısıyla, devralma sonucunda Mavi'nin pazar payının değişmeyeceği göz önüne alındığında, anılan işlem sonucunda herhangi bir şekilde hâkim durum yaratılması ya da hâkim durumun güçlendirilmesi ve bunun sonucunda pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltılması söz konusu olmayacaktır.

200 H.3.2.1. Yan Sınırlamalar

Hisse devri Sözleşmesi'nin "Rekabet Etmeme" başlıklı 7. maddesinde rekabet etmeme, müşterileri ve personeli ayartmama ile gizlilik hükümleri düzenlenmektedir.

H.3.2.1.1. Rekabet Yasağı

210 Mavi ile Blue Holding arasında akdedilen sözleşmenin 7. maddesi rekabet yasaklarını içermektedir. Söz konusu madde ile Mavi'nin hissedarlarının (Sait Akarlılar, Hayriye Fethiye Akarlılar, Ragıp Ersin Akarlılar, Fatma Elif Akarlılar ve Seyhan Akarlılar) devralma işlemi sonrasında istihdam edildikleri süre boyunca ve Mavi'den ayrılmalarını takip eden üç (3) yıl süresince Sözleşme'nin 7.1 no'lu ekinde tanımlanan Mavi Türkiye bölgesi dahilinde, Mavi ve Bağlı Şirketler tarafından sağlanan konfeksiyon ürünlerine, bu ürünlere ilişkin perakendecilik faaliyetlerine ve yine Mavi ve Bağlı Şirketlerce sağlanan diğer ürün ve hizmetlere ilişkin perakendecilik faaliyetlerine rakip hiçbir faaliyette bulunmaması öngörülmektedir.

220 Birleşme ve devralma işlemlerinde taraflara rekabet etmemeleri yönünde kısıtlamalar getirilmesi, genellikle, gerçekleşen birleşme veya devralmanın asli bir unsuru olarak kabul edilmekte ve getirilen sınırlamalara, gerekenden fazla bir süreyi kapsamayacak şekilde, devreden ilgili ürün pazarına dâhil olan ürünleri ürettiği coğrafi pazarla sınırlı olmak kaydıyla, izin verilmektedir. Ancak, Sözleşmenin 7. maddesinde satıcılara Mavi'de istihdam edildikleri sürece rekabet yasağı getirilmesine ilişkin hüküm, devralma işlemi ile alakası olmadığından değerlendirmeye alınmamıştır.

H.3.2.1.2. Bazı Personele Teklif Götürmeme ve Gizlilik Hükümleri

Sözleşmenin 7.2. maddesinde, müşteri ve personel ayartmamaya ilişkin Mavi'nin hissedarlarına getirilen yasaklar aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

230 *"İşbu Sözleşmenin tarihini izleyen 3 (üç) yıl boyunca olmak üzere, her Satıcı, işbu Sözleşmenin tarihinde Şirketin müşterisi veya personeli olan kişileri veya İlgili Personeli Şirketten uzaklaştırmak amacıyla doğrudan veya dolaylı olarak teşvik etmemeyi veya onları ayartma girişiminde bulunmamayı gayrikabili rücu olarak taahhüt etmektedir"*

240 Genel olarak istihdam etmeme yükümlülükleri, yoğunlaşmayı meydana getiren sözleşmenin ana amacının yanında sözleşmenin hukuki getirilerinden yararlanılmasına yönelik düzenlemeler olarak nitelendirilebilir. Devralmalarda alıcıların satıcılara getirdiği müşteri ve personel ayartmama 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, ayartmama yükümlülükleri yoğunlaşmanın uygulanabilmesi için yoğunlaşma ile doğrudan ilgili ve gerekli sayılmaktadır.

Söz konusu devralma kapsamında müşterileri ve personeli ayartmama yükümlülüğünün sadece satıcılara getirildiği ve süresinin 3 (üç) yıl ile sınırlandırıldığı görülmektedir. Dolayısıyla anılan yükümlülüğün yan sınırlama olduğu kanaatine varılmıştır.

250

Diğer taraftan, Hisse Alım Sözleşmesi'nin 7.3.1. maddesinde tarafların gizli bilgileri ifşa etmesi süresiz olarak yasaklanmaktadır. Anılan madde hükmünde açıklanması yasaklanan gizli bilgiler şu şekilde tanımlanmıştır:

“Taraflardan her biri, işbu sözleşmeyle ya da diğer taraflarla ilgili olan bilgileri, ya da işbu sözleşmenin ifasıyla ya da işbu sözleşmede öngörülen bir sözleşmenin ifasıyla bağlantılı olarak, ya da şirketin yönetimine iştirak etmek suretiyle diğer Taraflardan aldığı tüm bilgileri gizli tutmayı taahhüt etmektedir. İşbu sözleşmede aksi açıkça belirtilen haller haricinde ya da kanunlar uyarınca bu bilgilerin açıklanması gereken haller haricinde, her Taraf, diğer Tarafın yazılı onayını önceden almadan yukarıdaki cümlede açıklanan hiçbir bilgiyi yayınlamamayı, başkalarına vermemeyi, açıklamamayı veya kullanmamayı taahhüt etmektedir.”

260

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

270

Yukarıda yer verilen madde incelendiğinde, gizlilik yükümlülüğünün ilgili taraflara getirildiği, gizlilik konusu edilen unsurların devralma işlemiyle öğrenilen hususlara ilişkin olduğu ve sözleşme konusuna yönelik getirildiği görülmektedir. Bu itibarla anlaşmada yer verilen gizlilik hükmünün bu yönleriyle makul olduğu görülmektedir.

Ancak, öncelikle belirtilmelidir ki, sözleşmedeki gizlilik yükümlülüğü gizli bilgiyi saklı tutmayı içerdiği gibi gizli bilgiyi kullanmama yönünde de artı bir düzenleme getirmektedir. Gizlilik ile ilgili olarak ifşa etmeme, yayınlamama ve başkalarına vermeme gibi yasakların piyasadaki rekabet üzerinde, rekabet yasağına benzer nitelikte bir etki yaratmayacağı kanaati oluşmuştur.

280

Ancak, söz konusu dosya kapsamında gizli bilgileri “kullanmamaya” yönelik düzenlemeler piyasadaki potansiyel rekabet ortamı üzerinde çeşitli kısıtlar oluşturabilir ve rekabet yasağına benzer etkiler doğurabilir. Bu nedenle, gizlilik hükümlerinin değerlendirilmesinde “kullanmamaya” yönelik hükümlerinin ayrı ele alınması gerekmektedir. Dolayısıyla, sözleşmede öngörülen gizlilik yükümlülüğü kapsamında “kullanmamaya” yönelik hükmün sözleşme metninden çıkartılması durumunda söz konusu yükümlülüğün rekabet yasağına benzer olan etkisi önemli

290

derecede azaltılabilir. Sözleşmede gizlilik yükümlülüğü kapsamında süresiz olarak öngörülen gizli bilgilerin kullanılmamasına yönelik hükmün, rekabet açısından değer taşıyan bilgiler bakımından sözleşmenin kapanış tarihinden itibaren en fazla 3 yıl süre ile sınırlandırılmasının halinde yan sınırlama sayılacağı kanaatine ulaşılmıştır.

I. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre;

300

1- Bildirim konusu işlemin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye 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 hâkim durum yaratılmasının veya mevcut bir hâkim durumun güçlendirilmesinin ve ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmadığına,

310

2- Hisse Alım Sözleşmesi'nin 7.3.1 maddesinin gizlilik yükümlülüğü kapsamında süresiz olarak öngörülen "kullanmamaya" yönelik hükmün, rekabet açısından değer taşıyan bilgiler bakımından sözleşmenin kapanış tarihinden itibaren en fazla 3 (üç) yıl süre ile sınırlandırılması halinde yan sınırlama sayılarak bildirim konusu işleme izin verilmesine

Kurul Üyesi İsmail Hakkı KARAKELLE'nin farklı gerekçesi ve OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.

Rekabet Kurulu'nun 17.07.2008 tarih ve 08-45/635-239 sayılı Kararı'na

KARŞI OY GEREKÇESİ

Mavi Giyim San. ve Tic. A.Ş.'nin hisselerinin tamamının Blue International Holding N.V. tarafından devralınması işlemine izin verilmesi talebi üzerine yapılan inceleme sonucu Kurul tarafından alınan karara katılmamaktayım. Şöyle ki :

Mavi Giyim San. ve Tic. A.Ş.'nin ile Blue Holding arasında akdedilen sözleşmenin 7. maddesi rekabet yasaklarını içermektedir. Söz konusu madde ile Mavi Giyim San. ve Tic. A.Ş.'nin hissedarlarının devralma işlemi sonrasında istihdam edildikleri süre boyunca ve Mavi'den ayrılmalarını takip eden üç(3) yıl süresince Sözleşme'nin 7.1 no'lu ekinde tanımlanan Mavi Türkiye bölgesi dahilinde, Mavi ve Bağlı Şirketler tarafından sağlanan konfeksiyon ürünlerine, bu ürünlere ilişkin perakendecilik faaliyetlerine rakip hiçbir faaliyette bulunmaması öngörülmektedir.

Birleşme ve Devralma işlemlerinde taraflara rekabet etmemeleri yönünde kısıtlamalar getirilmesi, genellikle, gerçekleşen birleşme veya devralmanın asli bir unsuru olarak kabul edilmekte ve getirilen sınırlamalara gerekenden fazla bir süreyi kapsamayacak şekilde, devreden ilgili ürün pazarına dahil olan ürünleri ürettiği coğrafi pazarla sınırlı olmak kaydıyla, izin verilmektedir. Türk Rekabet Hukuku uygulamalarında Rekabet Kurulu, örneğin devralma işlemlerinde rekabet yasağına ilişkin çeşitli kararlarında, rekabet yasağı süresini, sadece ticari itibar aktarımı söz konusu ise iki yıl, know-how aktarımı söz konusu ise 3 yıl olarak uygun görmektedir. Ancak, devralma işlemi ile birlikte satıcılara Mavi'de istihdam edildikleri sürece rekabet yasağı getirilmesinin yanısıra istihdam edilmeleri sonlandıktan sonra da 2 (iki) ve 3(üç) yıl süreli rekabet yasakları

öngörülmektedir. Rekabet etmeme taahhüdünün Sait Akarlılar, Hayriye Fethiye Akarlılar, Ragıp Ersin Akarlılar ve Seyhan Akarlılar'ın Mavi'de istihdam edilip edilmemelerinden bağımsız olarak, sözleşmenin kapanış tarihinden itibaren en fazla 3(üç) yıl için geçerli olmasının uygun olacağı görüşüyle alınan kararda bu unsura yer verilmemesi nedeniyle muhalifim.

M.Sıraç ASLAN
Kurul Üyesi

FARKLI GEREKÇEⁱ

(17.7.2008 tarihli, 08-45/635-239 sayılı Kurul Kararı)

Dosya konusu devir işlemine; Hisse Alım Sözleşmesi'nin 7.3.1 maddesinde gizlilik yükümlülüğü kapsamında süresiz olarak öngörülen "kullanmamaya" yönelik hükmün, rekabet açısından değer taşıyan bilgiler bakımından sözleşmenin kapanış tarihinden itibaren en fazla 3(üç) yıl süre ile sınırlandırılması halinde yan sınırlama sayılarak, 4054 Sayılı Kanunun 7.maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ hükümleri çerçevesinde hakim durum yaratmadığı veya mevcut bir hakim durumu güçlendirmedeği ve dolayısıyla ilgili pazarda rekabeti önemli ölçüde azaltmasının söz konusu olmadığı gerekçesiyle izin verilmesi kararına aşağıda açıklayacağım farklı gerekçe ile katılıyorum.

Kararın " G.RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ" başlıklı bölümünden görüleceği üzere, dosyanın raportörleri, "devir işlemini düzenleyen Hisse Alım Sözleşmesi'nin 7.1. maddesiyle Sait Akarlılar, Hayriye Fethiye Akarlılar, Ragıp Ersin Akarlılar, Fatma Elif Akarlılar ve Seyhan Akarlılar'a getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün, söz konusu kişilerin Mavi'de istihdam edilip edilmemelerinden bağımsız olarak, sözleşmenin kapanış tarihinden itibaren en fazla 3 (üç) yıl ile sınırlandırılması ve devir işlemini düzenleyen Hisse Alım Sözleşmesi'nin 7.3.1 maddesiyle gizlilik yükümlülüğü kapsamında süresiz olarak öngörülen "kullanmamaya" yönelik hükmün sözleşmenin kapanış tarihinden itibaren en fazla 3 yıl süre ile sınırlandırılması halinde bu hükümler yan sınırlama sayılarak bildirim konu işlem ile birlikte izin verilmesinin uygun olacağı"ni söylemiş; aralarında yer aldığım Kurul çoğunluğu ise, bu iki husustan ikincisini "gizlilik yükümlülüğü kapsamında süresiz olarak öngörülen "kullanmamaya" yönelik hükmün, rekabet açısından değer taşıyan bilgiler bakımından sözleşmenin kapanış tarihinden itibaren en fazla 3 (üç) yıl süre ile sınırlandırılması halinde yan sınırlama sayılarak bildirim konusu işleme izin verilmesine" şeklinde değiştirerek benimsemiştir.

4054 Sayılı Kanunda birleşme ve devralma işlemlerinde izin kararlarının şart ve yükümlülüğe bağlanması konusunda açık bir dayanak bulunmamakla birlikte, 97/1 Sayılı Tebliğin "Kurul bildirilen birleşme veya devralmaya gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınması ve bazı yükümlülükler uyulması koşuluyla izin verebilir" şeklindeki 6/3.maddesi hükmünün Kurul'a birleşme/devralma kararlarını koşula bağlama yetkisini verdiğini düşünüyoruz.

Ancak, öncelikle, gerek raportörlerin önerdiği haliyle gerekse, Kurul çoğunluğunun benimsediği haliyle Kararda yer alan hususların "şart" mı "yükümlülük" mü yoksa yoğunlaşma işleminden bağımsız olarak değerlendirilecek bir unsur mu olduğu belli değildir. Bilindiği üzere bu üç hal özellikle gereğinin yerine getirilmemesinde doğacak sonuçları itibariyle önemli farklılıklar içermektedir. Çok sayıdaki benzer Kurul Kararlarında "...şartıyla" ya da "....kaydıyla" denildiği, burada da zımnen işleme "şartlı" izin verildiği düşünülebilirse de, bu defada söz konusu şartın "bozucu" mu "erteleyici" mi olduğu konusundaki belirsizlik devam etmektedir. Bu iki

halin de işlemin hangi tarihten itibaren geçerlilik kazanacağı konusunda ciddi farklılıklar taşıdığı bilinmektedir.

İzin kararına farklı gerekçe ile katılmamızın birinci nedeni yukarıda özetlenen bu belirsizliktir. İkincisi ve daha önemlisi, Karar'da yer alan Hisse Alım Sözleşmesinin 7.3.1 maddesindeki gizlilik yükümlülüğünün "süresiz" den "en fazla 3 yıl" a dönüştürülmesi şeklindeki bizimde katıldığımız "koşul" un teşebbüs yetkilileri ile müzakere edilmeksizin belirlenmiş olmasıdır.

Yapılması gereken, gerek şart ya da yükümlülüklerin gerekse, bu Kararda olduğu gibi işlemde bağımsız olarak ele alınıp değerlendirilecek çoğunlukla rekabet yasaları ve gizlilik yükümlülükleri şeklinde ifade edilen ve yan sınırlamaya dönüşebilmesi için yapılması istenilen düzenlemelerin, Kurul'un önüne gelmeden önce, idare(İlgili daire) tarafından teşebbüslerle müzakere edilip, mutabık kalınan ya da kalınmayan hususların belirlenerek Kurul'a sunulmasıdır. Zira, Kurul bu Kararında gizlilik yükümlülüğünü "süresiz" den "en fazla 3 yıla" ya da başka bazı kararlarında rekabet yasağını 5 yıldan 3 yıla indirilmesini öngörürken, bu koşulun işlemin tarafları bakımından nasıl bir irade değişikliğine yol açacağını bilmemektedir. Örneğin, taraflar yalnızca bu "koşul" nedeniyle birleşme/devralma işleminden vazgeçebilirler. Oysa Kurul'un amacı genellikle bu olmayabilir. Öte yandan, teşebbüsler de bu "koşul" a uymamanın sonuçlarını bilmemektedirler. Oysa, bu karardaki haliyle birleşme/devralma işleminin geçerliliğinden bağımsız olarak değerlendirilecek yan sınırlamalara ilişkin olanlar da dahil, tüm koşulların yukarıda önerdiğimiz, idarenin teşebbüslerle yürüteceği müzakere sürecinde oluşturularak, Kurul'a sunulması halinde bu belirsizlikler tümüyle değilse bile çok büyük ölçüde giderilmiş olacaktır. Hemen belirtmek gerekir ki, idarenin bu müzakereleri yapabilmesi için Kurul'un hem bu sürecin nasıl yürütüleceğini, hem de yan sınırlamaları belirleyen düzenlemeler yapması gerekmektedir.

İsmail Hakkı KARAKELLE
Kurul Üyesi

ⁱ Farklı gerekçenin yazılmasında büyük oranda 5.1.2007 tarih 841 sayılı Başkanlık önergesi ile Kurula sunulan ve halen karara bağlanmamış olan; Rekabet Uzmanları Şahin Yavuz, M.Nazlı Aksoy ve Hilmi Bolatoğlu tarafından hazırlanmış 6.11.2006 tarihli "Menfi tespit/muafiyet ve birleşme/devralma kararlarının koşula bağlanması" başlıklı Çalışmadan yararlanılmıştır.