

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2006-3-95 (ortak girişim)
Karar Sayısı : 06-92/1174-352
Karar Tarihi : 20.12.2006

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

10

Başkan : Mustafa PARLAK
Üyeler : Tuncay SONGÖR, Rıfki ÜNAL, Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI,
Süreyya ÇAKIN, Mehmet Akif ERSİN

B. RAPORTÖRLER: Ali İhsan ÇAĞLAYAN, Aytül TOKATLI

**C. BİLDİRİMDE
BULUNAN**

20

: Ateşoğlu Süt Sanayi ve Tic. Ltd. Şti.
Temsilcisi:Temsilci Prof. Dr. Arif ESİN
ESC Consulting Akaretler S. Seba Caddesi No:35
Beşiktaş 80680 İstanbul

D. TARAFLAR

: Ateşoğlu Süt Sanayi ve Tic. Ltd. Şti.
Hadımköy Yolu 2 km, 34900 Büyükçekmece İstanbul

Bongrain SA

42, rue Rieussec-78220 Virofay FRANSA

30

E. DOSYA KONUSU: Ateşoğlu Süt Sanayi ve Tic. Ltd. Şti. ile Bongrain SA arasında bazı peynir ürünlerinin Türkiye’de üretimi ve Türkiye ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nde pazarlanması ile iştigal edecek bir ortak girişim kurulması işlemine izin verilmesi talebi.

40

F. DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 2.8.2006 tarih ve 5326 sayı ile giren ve en son 1.12.2006 tarih ve 8201 sayı ile eksikleri tamamlanan bildirim üzerine, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 7. maddesi ile 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ’in ilgili hükümleri uyarınca yapılan inceleme sonucu düzenlenen 15.12.2006 tarih ve 2006-3-95/Oİ-06-AİÇ sayılı Birleşme/Devralma Raporu, 18.12.2006 tarih ve REK.0.07.00.00-120/338 sayılı Başkanlık Önergisi ile 06-92 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili Rapor’da; Ateşoğlu Süt Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. ile Bongrain SA tarafından, bazı peynir ürünlerinin Türkiye’de üretilerek Türkiye ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nde pazarlanması konusunda “Ortak Girişim” kurulması işleminin,

- 1997/1 sayılı Tebliğ’in 2. maddesi çerçevesinde birleşme ve devralma sayılabilmesi için taşınması gereken unsurların hepsini taşıdığı, bu nedenle anılan işlemin 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında birleşme/devralma sayılan hallerden biri olduğu;

50

- 60
- Bildirime konu işlemin, tarafların ilgili ürün pazarlarındaki toplam pazar paylarının ve cirolarının 1997/1 sayılı Tebliğ'in 4. maddesinde öngörülen eşiklerin altında kalması nedeniyle Rekabet Kurulu iznine tabi olmadığı;
 - Bildirime konu işleme ilişkin Hissedarlık Anlaşması'nın "Rekabet Etmeme" başlıklı 13. maddesinin 2. bendinde yer alan "Ateşoğlu'nun, kendisine bağlı şirketler vasıtasıyla doğrudan doğruya veya dolaylı olarak Soparind Bongrain Grubu'nun marka peynir mamullerinin Türkiye ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti topraklarında üretimi ve pazarlanmasıyla alakası olmayan faaliyetiyle rekabet etmeyeceğine" dair hükmün yan sınırlama olarak kabul edilemeyeceği ve 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde bireysel muafiyet tanınamayacağı, söz konusu hükmün 13. maddenin 2. bendinden çıkarılmasıyla, ilgili maddenin işlemin gerçekleşmesi açısından bir yan sınırlama olarak değerlendirilebileceği ve 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca bireysel muafiyet tanınabileceği,

sonucuna ulaşıldığı ifade edilmektedir.

H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

70 H.1. Taraflar

H.1.1. Ateşoğlu Süt Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. (Ateşoğlu)

Dosya konusu işlem taraflarından Ateşoğlu Türkiye Cumhuriyeti yasaları uyarınca kurulmuş, yoğurt, ayran, tereyağı ve krem şanti pazarında faaliyet gösteren bir şirkettir. Şirketin ortaklık yapısına Tablo 1'de yer verilmiştir:

Tablo 1: Ateşoğlu'nun Ortaklık Yapısı

Ortaklar	İştirak Oranı (%)
Mustafa Ateşoğlu	64,00
Yusuf Ateşoğlu	25,00
Zeynep İrmak Ateşoğlu	10,00
Ertuğrul Ateşoğlu	1,00
Toplam	100,00

- 80 Şirket Müdürü, ortaklık yapısında %64 ile en büyük paya sahip olan Mustafa Ateşoğlu'dur.

H.1.2. Bongrain SA

Dosya konusu ortak girişim taraflarından Bongrain SA, Fransa'da kurulmuş bir şirket olup, birçok ülkede ağırlıklı olarak peynir olmak üzere, tereyağı, krema gibi mandıra ürünlerinin üretilmesi ve pazarlanması ile iştigal etmektedir. Halka açık bir teşebbüs olan Bongrain SA'nın ortaklık yapısına Tablo 2'de yer verilmiştir.

Tablo 2: Bongrain SA'nın Ortaklık Yapısı

Ortaklar	İştirak Oranı (%)
Soparind SCA	60,21
Halka açık bölüm	35,48
Yöneticiler	3,25
Çalışanlar	1,06
Toplam	100,00

90

Bongrain SA Yönetim Kurulu; Alex Bongrain (Başkan), Armand Bongrain, Daniel Bracquart, Jacques Gairard, Michel Godet, Bernard Houlot, Jean-William Mattras, Jordi Mercader Miro, Xavier Paul-Renard, Jürgen Reimnitz, Georges Robin ve Jean-Hugues Vadot'dan oluşmaktadır.

Bongrain SA, Türkiye'ye GC Gıda San. ve Tic. A.Ş. vasıtasıyla tereyağı ve yumuşak peynir ihraç etmektedir.

H.2. İlgili pazar

100 H.2.1. Sektöre İlişkin Bilgiler

Süt ve süt ürünleri sektörü, genel olarak süt, yoğurt, ayran, peynir, yağ, süt tozu, krema, dondurma ve sütlü tatlılar gibi temel girdisi süt olan ürünleri kapsamaktadır. Bu sektördeki ürünler temel besin maddesi olması nedeniyle geniş bir üretici ve tüketici kitlesine sahiptir. Süt ve süt ürünleri sektörüne küçük bir ölçekle girmenin güç olmaması sebebiyle, pazarda faaliyet gösteren birçok küçük ve orta ölçekli firma bulunmaktadır. Ancak ulusal çapta faaliyet göstermek isteyen teşebbüslerin belli bir markayla ve güçlü dağıtım ağıyla pazara nüfuz etmeleri gerekmektedir. Sektör, sütün kısa zamanda bozulma özelliği dolayısıyla çeşitli teknolojiler uygulanarak işlenmesinin, depolanmasının ve dağıtımının gerektiği önemli bir gıda sanayi koludur. İşleme taraf teşebbüslerin faaliyet alanlarına giren süt ve süt ürünleri sektörünün alt segmentlerinde yer alan ürünler yoğurt, ayran, tereyağı, krem şanti, peynir ve kremadır.

H.2.2. İlgili Ürün Pazarı

Kurulacak ortak girişimin amacı bazı peynir ürünlerinin Türkiye'de üretimi ve pazarlanmasıdır. Bu türler ise Bongrain Grubu tarafından tescil ettirilmiş bir veya birkaç marka altında pazarlanan feta gibi beyaz peynirler, sarı hamur peynir pazarını çeşitlendirmeye yönelik yarı sert hamurlu peynirler (Kaşkaval), taze hamur peynirler ve benzerleri, tatlandırılmış peynirler ve *cheese cake* mamulleridir. Dolayısıyla işlemden peynir pazarının etkilenmesi beklenmektedir. Peynir türlerinin birbirinden ayrı birer ilgili pazar oluşturup oluşturmadığı hususu, bu ürün çeşitleri arasında talep ikamesinin varlığı irdelenerek belirlenebilir. Ancak bildirim konusu işlem kapsamında peynir türlerinin ayrı birer alt pazar olarak belirlenmesi ,işlemin değerlendirilmesi üzerinde farklı bir etki yaratmayacağından ilgili ürün pazarı "peynir pazarı" olarak belirlenmiştir.

H.2.3. İlgili Coğrafi Pazar

130

Pazara giriş, üretim, dağıtım, pazarlama ve satış şartlarının bölgesel bir farklılık göstermediği ve işlemin esas olarak Türkiye pazarını kapsadığı göz önüne alınarak, ilgili coğrafi pazar "Türkiye Cumhuriyeti sınırları" olarak belirlenmiştir.

H.3.Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

H.3.1. İşlemin Niteliği

Bildirime konu işlem, Ateşoğlu ile Bongrain SA'nın 14.6.2006 tarihinde imzaladıkları Anlaşma Protokolü ile üzerinde mutabakata vardıkları, bazı peynir ürünlerinin üretimi

140 ve pazarlanması amaçlı olarak Türkiye’de ortak bir şirket kurma işlemidir. Bongrain SA kurulacak Ortak Girişim sermayesinin %25’inin taahhüt edilmesi ve teknik destek verilmesi konularında kontrolüne sahip olduğu Mantequeras Arias SA’yı (Arias); Ateşoğlu Kardeşler ise Kaf İhracat İthalat ve Tic. Ltd. Şti.’yi¹ (Kaf Ltd. Şti.) görevlendirmiştir. İnceleme kapsamında taraf olarak Arias şirketini kontrol eden Bongrain SA ve Kaf Ltd. Şti.’yi kontrol eden Ateşoğlu alınacaktır. Kurulması planlanan Ortak Girişim’e dair Ara Protokol 24.10.2006 tarihinde imzalanmıştır. Protokolün 8.7 ve 11. maddelerine göre Protokol’ün ekleri olan Hissedarlar Anlaşması, Teknik Destek Anlaşması, Dağıtım Sözleşmesi Taahhüdü ve Marka Lisans Sözleşmesi, Protokolün ayrılmaz parçalarını teşkil etmekte ve Protokol 150 hükümleri ekleri olan anlaşmalar ile birlikte bölünmez bir bütün oluşturmaktadır. Hissedarlık Anlaşması’nda üç anlaşmadan bahsedilmiştir.

Ortak Girişim’in faaliyet alanının çerçevesi Anlaşma Protokolü ile çizilmiş olup, Ara Protokol ile nihai halini almıştır. Ara Protokol’e göre Ateşoğlu ve Bongrain SA tarafından kurulacak Ortak Girişim, Türkiye ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nde “Marka Peynir Mamullerinin” üretilmesi ve pazarlanması ile iştigal edecektir. “Marka Peynir Mamulleri”, Bongrain Grubu tarafından tescil ettirilmiş bir veya birkaç marka altında pazarlanan feta gibi beyaz peynirleri, sarı hamur peynir pazarını çeşitlendirmeye yönelik yarı sert hamurlu peynirleri (Kaşkaval), taze hamur peynirleri ve benzerlerini, tatlandırılmış peynirleri ve *cheese cake* mamullerini ifade etmektedir. Ortak Girişim, piyasada belli şartların sağlanmasından sonra, Türkiye’de Bongrain SA Grubu’nun Mısır’da ürettiği eritme peynirlerini de pazarlayacaktır. 160

Ortak Girişim (.....) YTL sermayeye sahip bir anonim şirket olarak kurulacak olup; Bongrain SA şirket sermayesinin %25’lik kısmı olan (.....) YTL’yi, Ateşoğlu ise sermayenin %75’lik kısmı olan (.....) YTL’yi nakden ödeyecektir. Hissedarlık Anlaşması’na göre Ortak Girişim sermayesinin 31.3.2007 tarihinden önce (.....) Amerikan Doları tutarında artırılması planlanmaktadır.

170 Tablo3: Ortak Girişim’in Sermaye ve Ortaklık Yapısı

Taraflar	Sermayeye Katkıları	Payları (%)
Ateşoğlu	(.....) YTL tutarında nakit ve (.....) Amerikan Doları tutarında nakit	75,00
Bongrain SA	(.....) YTL tutarında nakit, (.....) Amerikan Doları tutarında know-how ve (.....) Amerikan Doları tutarında nakit	25,00
Toplam	(.....) YTL tutarında nakit, (.....) Amerikan Doları tutarında know-how ve (.....) Amerikan Doları tutarında nakit	100,00

Dosya mevcudu bilgi ve belgeden, Hissedarlık Anlaşması’nda öngörüldüğü üzere, Rekabet Kurulu’nun söz konusu işleme onay vermesi koşulu sağlandıktan sonra, Ortak Girişimin üç farklı anlaşma temelinde faaliyetini yürüteceği anlaşılmıştır. Bu anlaşmalar ve içerikleri aşağıdaki gibidir:

H.3.1.1. Teknik Destek Sözleşmesi

¹ Kaf Ltd. Şti sermayesinin %98’i Mustafa ATEŞOĞLU, %1’i Serpil ATEŞOĞLU ve %1’i Zeynep İrmak ATEŞOĞLU’na ait olan Ateşoğlu tesislerinde faaliyet gösteren bir şirket olup, Ateşoğlu Kardeşler’in Ortak Girişim’de üstlenmiş olduğu hak ve yükümlülükleri (bilhassa sermaye konusunda) yerine getirmek için özel olarak kurulmuştur.

180 Arias ve Ortak Girişim'in taraf olduğu bu anlaşma ile Arias peynir mamullerinin Türkiye'de üretimi ve pazarlanmasıyla ilgili teknik desteği, münhasıran lisans alan konumundaki Ortak Girişim'e getirmeyi taahhüt etmektedir. Arias tarafından Teknik Destek Sözleşmesi çerçevesinde Ortak Girişim'e peynir ürünlerinin üretimi konusunda know-how sağlanacak olup, bu know-how Ortak Girişim'in bir kısım hisse senedi karşılığında sermayesine eklenecektir. Arias tarafından Ortak Girişim'e sağlanan bu aynı sermayenin içinde ayrıca Türk pazarında üretimi lisans alan tarafından gerçekleştirilebilecek olan eritme peynirlerle ilgili know-how da mevcuttur. Arias bu sözleşme uyarınca sağladığı teknik destek ve know-how'ı Türkiye'de münhasıran Ortak Girişim'e tahsis edecektir.

190 Teknik Destek Sözleşmesi 1 Ocak 2008 tarihinden itibaren 10 yıl süre için yapılacaktır. Arias, Ortak Girişim'in Milkana marka lisansı altında ürettiği ürünlerin, Türk topraklarında benzeri peynir mamulleri pazarında belirgin bir paya açıkça sahip olması² şartı ile Ortak Girişim'in talebi üzerine sözleşmeyi 3 yıllık bir süre için yenilemeyi taahhüt etmektedir.

H.3.1.2. Dağıtım Sözleşmesi Taahhüdü

200 Arias ve Ortak Girişim'in taraf olduğu bu anlaşma taahhüdü Mısır ile Türkiye arasındaki mevcut gümrük vergilerinin fiilen kalkmasından sonra imzalanacak dağıtım sözleşmesinin amacını belirlemiştir. Söz konusu taahhütte öngörüldüğü üzere Ortak Girişim dağıtım anlaşmasının imzalanmasından sonra, Bongrain Grubu'nun Mısır'da faaliyet gösteren şirketi Mashreq'ten gelecek Milkana marka eritme peynirleri Türkiye'de pazarlayacaktır.

H.3.1.3. Marka Lisans Sözleşmesi

210 Edelweiss ile Ortak Girişim'in taraf olduğu marka lisans sözleşmesi ile lisans veren konumundaki Edelweiss "Milkana" markasını, bazı peynir mamulleri için Türkiye'de kullanılmak üzere münhasıran lisans alan konumundaki Ortak Girişim'e vermeyi kabul etmiştir. Ortak Girişim Milkana markasını marka peynir mamullerinin Türkiye ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde üretimi, satımı, dağıtımı ve promosyonu amacıyla çoğaltma, basma ve/veya kullanma hakkına sahiptir. Lisans süresi sözleşmenin imzalanmasından itibaren 5 yıldır. Edelweiss Ortak Girişim'in marka peynir mamullerinin Türkiye ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde benzeri peynir mamulleri pazarında belirgin bir paya açıkça sahip olması şartıyla lisansı yenilemeyi taahhüt etmektedir.

H.3.2. 1997/1 sayılı Tebliğ Kapsamında Değerlendirme

220 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesinin (c) bendine göre; "*Amaçlarını gerçekleştirmek üzere işgücü ve mal varlığına sahip olacak şekilde bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkan ve taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmayan ortak girişimler (joint venture)*" teşebbüsler arası birleşme ve devralma olarak kabul edilmektedir. Bu tanım çerçevesinde bir ortak

² Türkiye ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde peynir ürünleri pazarının lideri konumunda bulunan teşebbüsün peynir mamullerinden sağladığı cironun en az üçte biri kadar ciro söz konusu pazarın belirgin bir payı olarak kabul edilmiştir.

girişimin 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında bir birleşme ve devralma sayılabilmesi için aşağıda sayılan üç unsurun birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir:

- Ortak kontrol altında bir teşebbüsün bulunması,
- Ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkması,
- Ortak girişimin, taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisinin olmaması bir başka deyişle rekabetçi davranışların koordinasyonuna yol açmaması.

230

H.3.2.1. Ortak Kontrol

Bildirime konu işlemde Ortak Girişim'in planlanan sermaye yapısı dâhilinde Ateşoğlu gerek kuruluş aşamasında gerekse de sermaye artırımını sonrası durumda şirketin %75 oranında hisselerini elinde bulunduracaktır. Bongrain SA ise hem kuruluşta sağlayacağı sermaye miktarı ile hem de sermaye artırımında taahhüt ettiği miktar ile şirketin %25'lik hisselerine sahip olan taraf olacaktır. Ortak Girişim'in yönetim kurulu 4 üyeden oluşacaktır. Taraflar Hissedarlık Sözleşmesi'nde bu dört üyenin kimler tarafından belirleneceği konusunda şirketteki ortaklık oranını esas almışlar ve şirket hisse senetlerinin %50'sinden fazlasını elinde tutan yani çoğunluk hisselerine sahip olan taraf üç üye atarken; şirket hisselerinin %50'sinden azına sahip olan tarafın bir yönetim kurulu üyesini belirleyeceği konusunda anlaşmışlardır. Ortak girişim kurulduktan sonra oluşacak hisse dağılımında Ateşoğlu %75'lik paya sahip olması nedeniyle üç üyeyi belirleyecektir kalan bir üye ise Bongrain SA tarafından atanacaktır. Ara Protokol ile bu üyelerin kimler olacağı dahi belirlenmiştir. Dolayısıyla taraf teşebbüsler Ortak Girişim'in oy haklarını ve karar organlarına atanacak kişi sayısını aralarında eşit olarak bölüşmemişlerdir.

240

250

Bu noktada Hissedarlık Anlaşması'nda yönetim kurulunun karar almasına yönelik getirilen esasların incelenmesi gerekmektedir. Hissedarlık Anlaşması'nda yönetim kurulunun karar alması için gerekli olan yeter sayı konusunda iki değişken söz konusudur. Bunlar toplantıya katılan üye sayısı ve toplantıda alınan kararın önemli karar olup olmadığıdır. Eğer yönetim kurulunun dört üyesi de toplantıda hazır bulunurlarsa önemli kararların alınabilmesi azınlık hisselerine sahip tarafın atadığı üyenin lehte oy kullanması şartı ile üç üyenin onayını gerektirmekte; önemli kararlar dışındaki kararlar herhangi bir şarta bağlanmaksızın üç üyenin onayı ile alınmaktadır. Yönetim kurulu toplantısında tüm üyeler mevcut değilse önemli kararlar azınlık hisselerini temsil eden üyenin olumlu oy kullanması şartı ile iki üyenin kararı onaylaması ile alınacak, önemli kararlar dışındaki kararlarda ise bu şart aranmayacak olup, iki üyenin kararı onaylaması kararın alınmasını sağlayacaktır.

260

Önemli kararlarda azınlık hisselerini elinde bulunduran tarafın atadığı yönetim kurulu üyesinin ilgili kararın alınabilmesi için lehte oy kullanmış olması şartının aranması, azınlık hisselerine sahip olan tarafa önemli kararlar üzerinde tanınan veto hakkını ifade etmektedir. Ortak girişimin planlanan ortaklık yapısına göre yönetim kurulunca önemli karar alınabilmesi için azınlık hisselerine sahip Bongrain SA'nın atadığı tek üyenin olumlu oy kullanması şartı her durumda aranmaktadır. Bir başka ifadeyle Bongrain SA'nın yönetim kurulu toplantılarında her halükarda önemli kararlar üzerinde veto hakkı bulunmaktadır. Bongrain SA'nın önemli kararlar üzerinde etkili olması ve kendileri tarafından atanan yönetim kurulu üyesinin onayı olmaksızın hiçbir önemli kararın alınmaması hususunun ortak kontrolün varlığını gösterip göstermediğinin tespiti için "belirleyici etki"nin tanımlanması gerekmektedir.

270

Belirleyici etki, ana teşebbüslerin ortak girişimin stratejik ya da ticari faaliyetlerini ilgilendiren kararlarını veto etme hakkıdır.

280 Hissedarlık Anlaşması'nın 3.4 maddesinde önemli kararlar olarak tanımlanan durumlar; Ortak Girişim'in hem stratejik hem de ticari faaliyetlerini ilgilendiren kararlara ilişkindir. Dolayısıyla, taraflardan herhangi birinin Ortak Girişim'in yönetimine ve kritik kararlara ilişkin karar alma sürecinde tek başına etki edemeyeceği, bu nedenle de Ortak Girişim üzerinde, Ateşoğlu ve Bongrain SA'nın ortak kontrole sahip olduğu anlaşılmaktadır.

H.3.2.2. Bağımsız İktisadi Varlık Olma

290 Ortak girişimin iktisadi bağımsızlığının ölçütü, kendi pazarında bağımsız bir aktör olarak davranıp davranmadığıdır. Eğer ortak girişim Ar-Ge, ortak satış, üretim gibi ana teşebbüslerinin sadece bazı fonksiyonlarını yerine getiriyorsa bağımsız bir iktisadi varlık, bir başka deyişle tam işlevsel olarak kabul edilmemektedir. Dosya konusu işlemde kurulması planlanan Ortak Girişim hem kendi adına peynir üretecek bunun yanında Bongrain SA'ya bağlı iştiraklerden gelen peynirleri de dağıtacaktır. Ancak kurulması planlanan fabrika dikkate alındığında Ortak Girişim'in asıl olarak peynir üretmek için kurulduğu, dağıtım işlevinin Ortak Girişim'in ikincil bir faaliyeti olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Ayrıca, Ortak Girişim'in ilk genel müdürü olacak Mustafa Ateşoğlu ile Raportörlerce yapılan görüşmeden, kendisinin kurulacak şirketin asıl amacının peynir üretmek olduğunu ifade ettiği anlaşılmıştır.

300 Ortak Girişim peynir üretmesi için gerekli olan teknik desteği Arias ile imzalayacağı Teknik Destek Sözleşmesi ile sağlayacaktır. Teknik Destek Sözleşmesi ile Ortak Girişim'e peynir üretimi ve pazarlanması için gerekli esaslı unsurlar sağlanmış, Marka Lisans Sözleşmesi ile de üretilen ürünlerin hangi marka altında pazara sunulacağı belirlenmiştir. Bu iki sözleşme gereği Ortak Girişim Arias ve Edelweiss'e belirli bir ücret ödeyecek ve bu şekilde faaliyeti için gerekli olan söz konusu unsurları kendi mali imkânları ile finanse edecektir.

310 Ortak Girişim'in Hissedarlık Anlaşması'nda şirketin Bongrain SA'nın iştiraklerinin ürünlerini dağıtması kararının yönetim kurulunca nasıl alınacağı belirlenmiştir. Bu anlaşmanın 3.4.1. maddesinde sıralanan önemli kararlardan biri de *"Marka Peynir Mamulleri ürün çeşitlerinin genişletilmesi ve Bongrain SA şirketine bağlı şirketler tarafından üretilen süt ürünlerinin (bir dağıtım sözleşmesi uyarınca) şirket tarafından Türkiye'de pazarlanması"*dır. Ortak Girişim'in Bongrain SA'nın iştiraklerinden gelen ürünleri dağıtması önemli kararlardan ve ortak kontrolün var olduğu bildirme konu Ortak Girişim'de Ateşoğlu böyle bir işlemi istemez ise şirket Bongrain SA'nın iştiraklerinden gelen ürünlerin dağıtımını gerçekleştiremeyecektir. Ayrıca, Ortak Girişim'in Bongrain SA'ya bağlı şirketlerden gelen ürünleri dağıtması için bir dağıtım sözleşmesi imzalaması bu önemli kararın alınabilmesinde esastır. Planlanan durumda Ortak Girişim'in sadece Mashreq firmasının eritme peynirlerinin dağıtımını ile ilgili bir taahhütnamesi bulunmaktadır. Bu taahhütnamenin gerçekleşmesi ise ne zaman sağlanacağı belli olmayan bir şarta bağlanmıştır³. Bu şart sağlansa bile Mashreq firmasının Ortak Girişim'e Milkana markası eritme peynirler için vereceği

³ Mısır ile Türkiye arasında mevcut gümrük vergilerinin kesin olarak kaldırılması şartı

fiyat Türkiye pazarı için de uygun olursa dağıtım anlaşması imzalanabilecektir. Bu sebeple Ortak Girişim'in esas faaliyetini kendi ürettiği peynirlerin Türkiye ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'ndeki ticareti oluşturmakta; Bongrain SA'ya bağlı teşebbüslerin ürünlerinin dağıtımını ise gelecekte yapılabilecek bir ticari faaliyet olarak gözükmektedir. Dolayısıyla, bildirim konu Ortak Girişim ana teşebbüslerin ticari faaliyetlerine yardımcı olmak için değil, peynir pazarında bizzat kendi üretimi ile faaliyet göstermek için kurulmaktadır.

330

Ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkması ile ilgili bir başka koşul da, ortak girişimin anlaşmada yer alan ticari faaliyetlerini sürekli bir biçimde yürütebilmesi için, günlük faaliyetlerini sürdüren bir yönetime; mali, personel, taşınır ve taşınmaz malvarlıklarını da içeren yeterli kaynaklara sahip olması gerekliliğidir. Sermaye yapısından, ortak girişime faaliyeti için gerekli sermaye ve üretim yapabilmesi için gerekli know-how'ın ana teşebbüslerce sağlandığı anlaşılmıştır. Ortak Girişim, Teknik Destek Sözleşmesi ve Marka Lisans Sözleşmesi ile esas faaliyet alanı olan peynir üretimi için gerekli olan diğer araçları da elde etmiştir. Bu iki sözleşme gereği Ortak Girişim taraflara belirli bir meblağ ödemeyi de taahhüt etmiştir.

340

Ayrıca Ortak Girişim Ateşoğlu tarafından inşa edilen fabrikada kira karşılığında faaliyet gösterecek, kira artışları kendi için makul olmazsa kira sözleşmesini yenilemeyecektir. Bu hususlar göstermektedir ki Ortak Girişim, faaliyeti için gereken üretim ve pazarlama alanındaki esaslı unsurlara sahip olup, bu unsurları bizzat kendisi finanse edecektir.

Ortak girişimin bağımsız bir varlık olarak ortaya çıkabilmesi için bir diğer husus, ticari kararlarını özgürce alabilmesi, başka bir ifadeyle pazar stratejilerini kurucularından bağımsız olarak belirleyebilmesi gerekliliğidir. Dosya mevcudu bilgi ve belgeden, söz konusu işlemde Ortak Girişim'in ticari kararlarını özgürce aldığı anlaşılmıştır.

350

Son olarak bildirim konu işlemde bağımsızlık unsurunun sağlanıp sağlanmadığının tespiti için, Ortak Girişim'in faaliyet göstereceği süre de değerlendirilmelidir. Ortak girişimin özel bazı durumlar (işletme sermayesinin erimesi, iflas, vb.) haricinde "kısa bir süre" sonra ana şirketler tarafından feshedilmemesi, bu şirketin özerk olduğu kanaatine yol açmaktadır. Dosya mevcudu bilgi ve belgeden, ana teşebbüslerin Ortak Girişim'i peynir pazarında önemli bir oyuncu olacak şekilde kurmayı planladıkları ve şirketin ilgili pazarda önemli bir oyuncu olması halinde tarafların Ortak Girişim'i devam ettirme yönünde bir saikleri olduğu anlaşılmaktadır.

360

Dolayısıyla bildirim konu Ortak Girişim'in kısa süreli değil, piyasada önemli bir oyuncu olacak şekilde uzun vadeli ve bağımsız bir iktisadi varlık olarak kurulduğu kanaatine varılmıştır.

H.3.2.3. Rekabetçi Davranışların Koordinasyonuna Yol Açılmaması

Tarafların ortak girişimin faaliyet gösterdiği ilgili ürün pazarında aktif olmamaları, ana teşebbüslerden sadece birinin ilgili ürün pazarındaki faaliyetlerine devam etmesi ya da ana teşebbüslerin ortak girişimin faaliyet göstereceği ilgili ürün pazarındaki tüm faaliyetlerini ortak girişime devretmeleri hallerinde bağımsız teşebbüsler arasında rekabetçi davranışların koordinasyonu riski bulunmadığı kabul edilmektedir.

370

Taraflardan Bongrain SA'nın ilgili pazardaki faaliyeti işleme izin verilmesi ile son bulurken, Ateşoğlu'nun ise zaten faaliyeti bulunmamaktadır. Ayrıca Hissedarlık Sözleşmesi'nin 13. maddesinde yer alan rekabet yasağı sebebiyle, tarafların Ortak Girişim'in faaliyette bulunacağı ilgili ürün pazarına girme ihtimali de ortadan kalkmaktadır. Dolayısıyla rekabetçi davranışların koordinasyonuna yol açılmaması şartı da sağlanmıştır.

380 Yukarıda bildirim konu işlemin 1997/1 sayılı Tebliğ uyarınca bir ortak girişim olup olmadığı, ortak girişimin üç unsuru çerçevesinde analiz edilmiş ve Ateşoğlu ve Bongrain SA tarafından kurulması planlanan şirketin bu üç unsuru da sağladığı kanaatine ulaşılmıştır. Dolayısıyla anılan işlem 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında bir ortak girişim işlemidir.

390 1997/1 sayılı Tebliğ'in 4. maddesine göre bir birleşme/devralmanın Rekabet Kurulu iznine tabi olabilmesi için işlemin taraflarının ilgili ürün piyasasında toplam %25 pazar payı veya 25 milyon YTL ciro eşiklerini aşmaları gerekmektedir. Dosya konusu ortak girişim kurulması işlemine taraf olan teşebbüslerden Ateşoğlu'nun Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde ilgili ürün pazarında faaliyeti yoktur. İşleme taraf olan diğer teşebbüs olan Bongrain SA ise Türkiye'ye ortalama (.....) Euro değerinde (.....) ton yumuşak peynir satmakta ve Türkiye'de sahip olduğu pazar payı ise %(.....)'in altındadır. Bongrain SA'nın Türkiye'de sattığı peynirlerin YTL cinsinden karşılığı (.....) YTL'dir.⁴ Bongrain SA'nın ise ilgili pazardaki faaliyeti sonucu elde ettiği ciro ve pazar payının 1997/1 sayılı Tebliğ'in 4. maddesinde öngörülen eşiklerin altında kalması sebebiyle Ateşoğlu ve Bongrain SA arasında kurulması planlan ortak girişim izne tabi değildir.

H.3.3. Rekabet Etmeme Yükümlülükleri

H.3.3.1. Bongrain SA'ya Getirilen Rekabet Etmeme Yükümlülüğü

400 Bildirime konu işleme esas teşkil eden Hissedarlık Anlaşması'nın "Rekabet Etmeme" başlıklı 13. maddesinde Bongrain SA'ya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğüne yer verilmiştir.

410 Bu maddeye göre sözleşme süresi⁵ boyunca Bongrain SA söz konusu ürünün dağıtımının yönetim kurulu tarafından önemli kararlara tatbik olunan usule göre onaylanmış olması durumu hariç, Ortak Girişim'in herhangi bir üçüncü şahıstan aldığı hiçbir mamul ürünü dağıtmama şartıyla kendisine bağlı şirketler vasıtasıyla doğrudan doğruya veya dolaylı yoldan Ortak Girişim'in ülke topraklarındaki faaliyetiyle rekabet etmeyecektir.

Bongrain SA'ya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünde üzerinde durulması gereken husus bu rekabet etmeme yükümlülüğünün bir şarta bağlanmış olmasıdır. Bongrain SA Ortak Girişim'le eğer Ortak Girişim herhangi bir üçüncü şahsın mamul ürününü dağıtmazsa rekabet etmeyecektir. Fakat söz konusu ürünün dağıtımının Ortak Girişim tarafından gerçekleştirilmesi ile ilgili, yönetim kurulu önemli kararlara uygulanan onaylama usulüne uygun olarak karar almışsa bu şart sağlanmamış

⁴ YTL cinsinden karşılığın bulunmasında kullanılan döviz kuru oranı Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası'nın 30.12.2005 tarihindeki Euro satış fiyatı olan 1.5952 YTL'dir.

⁵ Sözleşmenin 15. maddesine göre, sözleşme tarafların Ortak Girişimin hissedarları olarak kaldığı sürece uygulanacaktır.

420 olacak ve Bongrain SA bu rekabet etmeme hükmüne bağlı kalmak zorunda kalacaktır. Rekabet etmeme yükümlülüğünün bu şekilde düzenlenmesi fiilen Bongrain SA'nın Türkiye'de peynir pazarında faaliyet göstermesi durumunu ortadan kaldırmıştır. Çünkü bu rekabet etmeme yükümlülüğünde dağıtımla ilgili kararın önemli kararların onaylanması usulüne uygun olarak alınabileceği ve bu durumda da Bongrain SA'nın bu taahhüde uyma zorunluluğunun devam edeceği belirtilmiştir. Daha önce de belirtildiği üzere Bongrain SA'nın önemli kararlar üzerinde veto hakkı vardır ve kendi atadığı yönetim kurulu üyesi kararı onaylamazsa söz konusu önemli karar alınmayacaktır. Bu durum göstermektedir ki, Bongrain SA istemezse Ortak Girişim üçüncü şahısların ürününü Türkiye'de dağıtamayacaktır. Dağıtımın gerçekleşmesi ancak Bongrain SA'nın onayı ile olacak, bu durumda da zaten Bongrain SA kendisine getirilen rekabet etmeme yükümlülüğüne bağlı kalacaktır.

430

H.3.3.2. Ateşoğlu'na Getirilen Rekabet Etmeme Yükümlülüğü

Bildirime konu işleme esas teşkil eden Hissedarlık Anlaşması'nın "Rekabet Etmeme" başlıklı 13. maddesinde Ateşoğlu'na getirilen rekabet etmeme yükümlülüğüne yer verilmiştir:

440 *"13.2 Ateşoğlu, kendisine bağlı şirketler vasıtasıyla doğrudan doğruya veya dolaylı yoldan şirketin ülke topraklarındaki faaliyetiyle ve Soparind Bongrain Grubunun Marka Peynir Mamullerinin Ülke Topraklarında üretimi ve pazarlanmasıyla alakası olmayan faaliyetiyle rekabet etmemeyi taahhüt eder."*

Hissedarlık Anlaşması'nın "Rekabet Etmeme" başlıklı 13. maddesinde hem Bongrain SA'ya hem de Ateşoğlu'na getirilen ve Ortak Girişim ile rekabet etmeyeceklerini düzenleyen hüküm, Ortak Girişim'in, taraflar arasında rekabetçi davranışların koordinasyon riskini doğurmaması için gerekli bir hükümdür. Ancak bu maddenin Ateşoğlu ile ilgili olan ikinci maddesinde Ateşoğlu'na Ortak Girişim'le olan durum haricinde bir başka rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmiştir. Şöyle ki Ateşoğlu, kendisine bağlı şirketler vasıtasıyla doğrudan doğruya veya dolaylı olarak Bongrain Grubu'nun marka peynir mamullerinin Türkiye ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti topraklarında üretimi ve pazarlanmasıyla alakası olmayan faaliyetiyle rekabet etmemeyi taahhüt etmiştir.

450 Ateşoğlu'na getirilen Bongrain Grubu'nun peynir ürünleri dışında kalan faaliyetleri ile rekabet etmemesi durumu, bildirim konu işleme doğrudan ilgili değildir. Doğrudan ilgililik unsuru için; yoğunlaşmanın uygulanmasına yardımcı olacak, ancak yoğunlaşmanın asıl amacına göre ikincil sayılabilecek kısıtlamaların varlığı gerekmektedir. Bu kısıtlamalar, yoğunlaşma işleminin doğasından kaynaklanan kısıtlamalar olmalıdır. Bir kısıtlamanın gereklilik unsurunu taşıdığı kabulü için, bu kısıtlamanın yokluğu halinde, yoğunlaşma işleminin hayata geçirilip uygulanmaması ya da daha belirsiz koşullar altında, çok daha yüksek maliyetlerle ve daha düşük başarı olasılığıyla uygulanmasına neden olması gerekmektedir.

460 Ortak Girişim peynir ürünleri üretecek ve pazarlayacaktır, bunun dışında herhangi bir ürün Ortak Girişim'in faaliyet alanına girmemektedir. Ayrıca Bongrain SA ve Ateşoğlu'nun Türkiye'de rakip oldukları tek ürün mevcut durumda tereyağıdır. Tereyağı pazarındaki rekabetin taraflar arasında ortadan kaldırılması Ortak Girişim'in peynir pazarında faaliyet göstermesine yardımcı olacak bir husus değildir. Ayrıca

rekabet etmeme yükümlülüğünün yokluğu ortak girişimin başarı ile faaliyet gösterebilmesine de engel teşkil etmeyecektir. Söz konusu rekabet etmeme yükümlülüğü işleme doğrudan ilgili olmadığı gibi kapsam olarak da geniş tutulmuştur. Orantılılık ilkesi gereği kapsamın ilgili pazar ile sınırlı olması gerekmektedir. Bu haliyle Ateşoğlu'na getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü tamamen ilgili ürün pazarı dışındaki ürünleri kapsamaktadır. Dolayısıyla, Ateşoğlu'na getirilen söz konusu rekabet yasağı Ortak Girişim ile doğrudan alakalı değildir.

İlgili rekabet etmeme yükümlülüğü ilgili ürün pazarı dışında kalan ürünleri kapsamakta ve bu nedenle bir yan sınırlama olarak değerlendirilmemektedir.

480 **H.3.3.3. Ortak Girişim'in Yönetim Kurulu Başkanı ve Genel Müdürüne Getirilen Rekabet Etmeme Yükümlülüğü**

Hissedarlık Anlaşması'nın "Diğer şirket vekilleri, görevler veya taraflar" başlıklı 4. maddesinde yönetim kurulu başkanı ve genel müdüre getirilen rekabet etmeme yükümlülükleri yer almaktadır. Yönetim Kurulu Başkanı ve Genel Müdür'e getirilen ilgili hükümdede bu kişilerin başka görevler de icra edebileceği veya bir veya birçok şirkete yatırım yapabileceği fakat bunun şu iki şarta bağlı olduğu ifade edilmiştir: (i) Söz konusu görevler Ortak Girişim'in rakibi konumundaki şirketlerle katıyen ilgili olamayacak, (ii) Söz konusu şirketler herhangi bir şekilde Ortak Girişim'in yürüttüğü faaliyetle rekabet eder konumda bulunmayacak. İlgili rekabet etmeme yükümlülüğü yönetim kurulu başkanı ve genel müdür sıfatını taşıyan kişiye getirilmiş olup, tarafın bu sıfatı devam ettiği sürece muhatap olacağı bir hükümdür. İlk olarak hüküm yoğunlaşma ile doğrudan ilgili ve gereklidir. Çünkü yönetim kurulu başkanı ve genel müdür şirketi temsil etmekte, şirketin her türlü uzun vadeli stratejik kararlarını bilmektedir. Yönetim kurulu başkanı veya genel müdürün Ortak Girişim'in rakibi konumundaki teşebbüslerde görev alması ya da yatırım yapması, o rakibi Ortak Girişim karşısında avantajlı konuma getirebilecek ve faaliyette bulunduğu pazardaki başarısı üzerinde olumsuz bir etkiye yol açabilecektir. İkinci olarak bu rekabet etmeme yükümlülüğü sadece yönetim kurulu başkanını ve genel müdür sıfatını taşıyan kişiyi bağlamaktadır. Hükümdede ayrıca gelecekte bu makama gelmesi olası olan kişilere de yer verilmiştir. Ancak bu kişiler mevcut durumları itibari ile değil göreve gelmeleri ile bu hükmün muhatap olacaklardır. Bu nedenle yönetim kurulu başkanı ve genel müdüre getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü sadece taraflar açısından kısıtlayıcıdır. Son olarak bu hükmün yan sınırlama olarak nitelendirilebilmesi için orantılılık şartını da karşılaması gerekmektedir. Orantılılık şartında göz önünde bulundurulacak unsur sınırlamanın kapsamına ve süresine yöneliktir. Söz konusu durumda bu haliyle rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi kişinin ilgili görevlerde kalma süresi boyunca geçerli olacaktır. Kapsamı ise kişinin rakip teşebbüslerde görev alması ve yatırım yapması olarak gözükmektedir. Dolayısıyla ilgili rekabet etmeme yükümlülüğünün yan sınırlama olarak kabul edilebileceği kanaatine varılmıştır.

510 **H.3.3.4. Teknik Destek Sözleşmesinde Yeralan Rekabet Etmeme Yükümlülüğü**

Ortak girişim işlemi ile bağımsız bir iktisadi varlığın ortaya çıkabilmesi için bu varlığın amaçlarını gerçekleştirmek üzere gerekli maddi ve maddi olmayan varlıklarla donatılmış olması gerekmektedir. Bu tür varlıkların ana teşebbüslerce ortak girişime verilmesi bağımsız bir teşebbüs kurma niyetinin göstergesidir. Söz konusu iki

520 sözleşmede lisans veren tarafından Ortak Girişim'e münhasıran verilecek olan teknik destek ve marka lisansının yoğunlaşma işleminin yürütülmesi için doğrudan ilgili ve gerekli olması nedeniyle yan sınırlama niteliğinde olduğu kanaatine varılmıştır.

530 Rekabet hukukunda gizliliğe ilişkin hükümler rekabet yasağıyla aynı biçimde değerlendirilmekte ve bu düzenlemenin kısıtlayıcı etkisinin genellikle rekabet etme yasağının kısıtlayıcı etkisini aşamayacağı kabul edilmektedir. Teknik Destek Sözleşmesi'nin Gizlilik başlıklı 9. maddesinde gizlilik taahhütlerinin söz konusu sözleşmenin tüm süresi boyunca ve sözleşmenin sona ermesini takiben 3 yıl boyunca geçerli olacağı ifade edilmektedir. Bu sözleşme ile Ortak Girişim'e peynir üretimi ve pazarlanması için gerekli know-how sağlanmaktadır. Kural olarak ticari itibar, know-how ve müşteri bağımlılığı transferi söz konusu olduğunda 3 yıllık, yalnızca ticari itibar devri söz konusu olduğunda ise 2 yıllık rekabet yasağı uygun bulunmaktadır. Bu nedenle söz konusu gizlilik hükmü yan sınırlama olarak değerlendirilmiştir.

I. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre;

- 540 1. 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesine ve bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" in 4. maddesinde öngörülen eşiklerin altında kalması nedeniyle izne tabi olmadığına,
2. Hissedarlık Anlaşması'nın "Rekabet Etmeme" başlıklı 13. maddesinin 2. bendinde yer alan "Ateşoğlu'nun, kendisine bağlı şirketler vasıtasıyla doğrudan doğruya veya dolaylı olarak Soparind Bongrain Grubu'nun marka peynir mamullerinin Türkiye ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti topraklarında üretimi ve pazarlanmasıyla alakası olmayan faaliyetiyle rekabet etmeyeceğine" dair hükmün yan sınırlama olarak kabul edilemeyeceğine, söz konusu hükmün ilgili maddeden çıkarılması koşuluyla menfi tespit belgesi verilebileceğine

550

OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.