

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2006-3-100 (Devralma)
Karar Sayısı : 06-59/774-227
Karar Tarihi : 24.8.2006

10 **A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER**

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

B.RAPORTÖRLER: Aydın ÇELEN, Bülent GÖKDEMİR

20 **C. BİLDİRİMDE
BULUNAN**

: Nestle Waters S.A.
Temsilcileri: Av. Gönenç GÜRKAYNAK ve Av. Zümrüt ESİN
Çiftlenbik Sok. No: 12 Yıldız Mah. Beşiktaş İstanbul

D. TARAFLAR

: Nestle Waters Gıda ve Meşrubat San. Tic. A.Ş. aracılığıyla
Nestle Waters S.A.
Kavacık Rüzgarlıbahçe Mah. Yeni Parseller Sok. No:6
34805 Beykoz İstanbul

Hasan ASLANOBA
21.Yüzyıl Cd. Mürsel Köyü Dalgıçevleri Sitesi Bursa

Nesrin UĞUR
21.Yüzyıl Cd. Mürsel Köyü Dalgıçevleri Sitesi Bursa

Nihan ASLANOBA YILDIRIM
Bademli Akman 2 Sitesi No:45 Bursa

Havva ASLANOBA
Bademli Köyü Bademli Evleri Yener Sitesi No:39 Bursa

Lütfiye ASLANOBA
21.Yüzyıl Cd. Mürsel Köyü Dalgıçevleri Sitesi Bursa

E. DOSYA KONUSU: Nestle Waters S.A.'nın Nestle Waters Gıda ve Meşrubat San. Tic. A.Ş. aracılığıyla Erikli Su Meşrubat San. ve Tic. A.Ş.'yi devralması işlemine izin verilmesi talebi.

F. DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 7.8.2006 tarih ve 5423 sayı ile giren ve en son 18.8.2006 tarih ve 5649 sayı ile eksikleri tamamlanan bildirim üzerine,

06-59/774-227

50 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 18.8.2006 tarih ve 2006-3-100/Oİ-06-AÇ sayılı Birleşme/Devralma Raporu, 21.8.2006 tarih ve REK.0.07.00.00-120/239 sayılı Başkanlık Önergesi ile 06-59 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili Rapor'da;

- 60 1. Erikli Su Meşrubat Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin hissedarları olan Hasan ASLANOBA, Nesrin UĞUR, Nihan ASLANOBA YILDIRIM, Havva ASLANOBA ve Lütfiye ASLANOBA'nın Erikli Su Meşrubat Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin toplam sermayesinin %60'ını temsil eden hisseleri Nestlé Waters S.A.'ya devretmesi işleminin, 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında bir işlem olmakla birlikte, işlemin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi anlamında hakim durum yaratan veya mevcut bir hakim durumu güçlendiren ve bunun sonucunda ülkenin bütünü yahut bir kısmında ilgili ürün piyasalarındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuran bir işlem olmadığı,
- 70 2. Ancak taraflar arasında imzalanan Nestle Waters Hisse Alım Sözleşmesi'nin 8.10. maddesinin a bendinde devralan konumundaki Nestle Waters S.A.'ya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü yan sınırlama sayılamayacağından söz konusu bendin maddeden çıkarılması gerektiği,
3. Erikli Hisse Alım Sözleşmesi'nde yer alan rekabet etmeme yükümlülüğünün yan sınırlama sayılabilmesi için ise,
 - 80 • Erikli Hisse Alım Sözleşmesi'nin 8.10 maddesinin a bendinde yer alan, hissedarlık süresince geçerlilik taşıyan rekabet etmeme yükümlülüğü ile birinci derece akrabalara yönelik rekabet etmeme yükümlülüğünün anılan madde kapsamından çıkarılması; hissedarlık sonrasına ilişkin rekabet etmeme yükümlülüğünün, devralma işleminin gerçekleştiği tarihten (kapanış) itibaren geçerli kılınması ve bu sürenin iki yıla indirilmesi gerektiği,
 - Erikli Hisse Alım Sözleşmesi'nin 8.10 maddesinin b bendinde yer alan birinci derece akrabalara yönelik rekabet etmeme yükümlülüğünün anılan madde kapsamından çıkarılması, rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinin iki yıla indirilmesi gerektiğisonucuna ulaşıldığı ifade edilmektedir.

90 H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. Taraflar

H.1.1. Nestlé Waters S.A. (Nestlé Waters)

06-59/774-227

100 Nestlé Waters, Nestlé S.A. (Nestlé) tarafından kontrol edilen Nestlé grubunun tamamına sahip bulunduğu bir iştirakidir. 1866 yılında Henri Nestlé tarafından kurulmuş olan ve şirket merkezi İsviçre'nin Vevey kentinde bulunan Nestlé, halihazırda, dünyanın en büyük gıda ve içecek şirkettir. Nestlé halka açık bir şirkettir ve hisseleri SWX İsviçre menkul kıymetler borsasında işlem görmektedir. Nestlé'nin hisselerini temsil eden Amerikan Depo Sertifikaları ABD'de işlem görmektedir. Nestlé'nin bilgisi dahilinde Nestlé hisselerinin % 3'ünden fazlasını doğrudan veya dolaylı olarak elinde bulunduran herhangi bir hissedar bulunmamaktadır.

110 Nestlé Waters, Nestlé'nin Su Bölümü'nü teşkil etmekte ve Nestlé grubunun toplam satışlarının yaklaşık %(...)unu gerçekleştirmektedir. Nestlé Waters, ambalajlanmış su ve serinletici su bazlı içecekleri 130 ülkede kurulu iştirakleri ve dağıtım kanalları aracılığıyla pazara sunmaktadır. Nestlé Waters'ın 2005 yılı konsolide cirosu 8,8 Milyar CHF (5,7 Milyar EURO)'dur.

H.1.2. Nestlé Waters Gıda ve Meşrubat San. Tic. A.Ş. (Nestlé Waters Türkiye)

120 Nestlé Waters Türkiye'nin toplam sermayesinin %95'i Nestlé Waters'ın elinde bulunmaktadır ve Nestlé Waters Nestlé Waters Türkiye'nin üzerinde tek başına kontrol yetkisini haizdir. Sanko Holding A.Ş. (Sanko), Nestlé Waters Türkiye hisselerinin geri kalan %5'lik kısmını elinde bulundurmaktadır. Sanko'nun elinde bulunan söz konusu %5'lik hissedarlık, Sanko'ya Nestlé Waters Türkiye üzerinde herhangi bir yönetim hakkı veya imtiyaz sağlamamaktadır. Devralma Öncesi Nestlé Waters Türkiye'nin ortaklık yapısına Tablo1'de yer verilmiştir.

Tablo-1: Devralma Öncesi Nestlé Waters Türkiye Ortaklık Yapısı

Hissedarın Adı/Ünvanı	Hisse Oranı (%)
Nestlé Waters	94,9999625
Sanko	5
Amine Georges Abboud	0,0000125
Guy Bani	0,0000125
Maurizio Patarnello	0,0000125
Toplam	100

130 Bildirim konusu devralma işlemi sonrasında, Erikli Hissedarları(Hasan ASLANOBA, Nesrin UĞUR, Nihan ASLANOBA YILDIRIM, Havva ASLANOBA ve Lütfiye ASLANOBA)'nın Nestlé Waters Türkiye'nin hisselerinin %40'ını almaları neticesinde Nestlé Waters Türkiye'nin ortaklık yapısı Tablo 2'de sunulduğu şekilde olacaktır.

Tablo-2: Devralma Sonrası Nestlé Waters Türkiye Ortaklık Yapısı

Hissedarın Adı/Ünvanı	Hisse Oranı (%)
Nestlé Waters	55
Sanko	5
Hasan ASLANOBA, Ercan BAYRAKTAR, Osman GÖKAY GECEBEĞİ	40
Toplam	100

Öngörülen İşlem'in tamamlanmasını takiben, tüzel kişiliği devam eden şirket Nestlé Waters Türkiye'nin sermayesi ve oy haklarının %60'ını¹ Nestlé Waters, %40'ını ise Hasan ASLANOBA, Ercan BAYRAKTAR ve Osman GÖKAY GECEBEĞİ elinde bulunduracaktır. Görüldüğü üzere, devralan konumundaki Nestlé Waters Türkiye'nin de ortaklık yapısı bildirim konusu işlem neticesinde değişecektir. Ancak, Nestlé Waters Türkiye'yi Nestlé Waters kontrol etmeye devam edecektir. Dolayısıyla, Nestlé Waters Türkiye'nin ortaklık yapısında gerçekleşecek bu değişim 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında bildirimde bulunulmuştur.

Nestlé Waters Türkiye, ambalajlanmış su üretimi, pazarlaması ve dağıtım alanlarında Türkiye'de faaliyet göstermektedir. Nestlé Waters Türkiye, Türkiye'deki üretim faaliyetlerini Bursa ve Sakarya'da kurulu üretim tesislerinde gerçekleştirmektedir. Nestlé Waters Türkiye, söz konusu tesislerdeki su kaynaklarını, suyun şişelenmesini, depolanmasını, kalite kontrolünü ve müşteri hizmetlerini kontrol etmekte ve nihai olarak dağıtım kanalları aracılığıyla ve belirli müşterilere örneğin zincir mağazalara direk satış yoluyla satış ve dağıtımını gerçekleştirmektedir.

Nestlé ve Sanko Mart 2001'de akdettikleri sözleşme kanalıyla Nestlé Waters Türkiye'de eşit hisseye (%50-%50) sahip olmuşlardır. Nisan 2001'de, Nestlé Pure Life markası Türkiye pazarında lanse edilmiştir. Nestlé Waters, Temmuz 2003'de Sanko'nun sahip bulunduğu hisselerden Nestlé Waters Türkiye'nin toplam sermayesinin %45'ine tekabül eden kısmını devralmıştır. Sanko'nun hisse oranı böylece %5'e düşmüştür.

Nestlé Waters Türkiye 2005 yılında Türkiye'de ambalajlanmış su sektöründe 32.947.302 YTL ciro elde etmiştir. Nestlé Waters Türkiye'nin cirosunun şişelenmiş su ve damacana su kategorilerine göre dağılımı Tablo 3'te sunulmuştur:

Tablo-3: Nestlé Waters Türkiye 2005 Yılı Ciro

Kategori	Ciro (YTL)
Şişelenmiş Su	(.....)
Damacana Su	(.....)
<i>Toplam</i>	<i>32.947.302</i>

H.1.3. Erikli Su Meşrubat Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Erikli)

Erikli, ambalajlanmış su üretimi, pazarlaması ve dağıtım alanlarında Türkiye'de faaliyet göstermektedir. Erikli, üretim faaliyetlerini Uludağ/Bursa ve Saitabat/Bursa'da kurulu üretim tesislerinde gerçekleştirmektedir. Erikli, söz

¹ Sanko'nun Nestlé Waters Türkiye'deki hissedarlığının devam etmesine bağlı olarak, Nestlé Waters'in Nestlé Waters Türkiye'deki hissedarlık oranının %60'ın altında olması mümkündür. Nestlé Waters'in Nestlé Waters Türkiye'deki hissedarlığı hiçbir durumda %55'in altına düşmeyecektir.

06-59/774-227

180 konusu tesislerdeki su kaynaklarını, suyun şişelenmesini, depolanmasını, kalite kontrolünü ve müşteri hizmetlerini kontrol etmekte ve nihai olarak distribütörler kanalıyla satış ve dağıtımını gerçekleştirmektedir. Uludağ tesisi; 0.225 lt, 0.33 lt, 0.5 lt, 1.5 lt, 5 lt, 8 lt, 10 lt, ve 19 lt'lik üretim bantları ile donatılmış; Saitabat tesisi ise sadece 19 lt'lik ambalajlarda üretim için donatılmıştır. Barafaki/Bursa'daki üçüncü üretim tesisi ise halen inşa aşamasında olup, söz konusu tesis 19 lt'lik ambalajların üretimi amacıyla kurulmaktadır.

Bildirim konusu devralma işlemi öncesi ve sonrasında Erikli'nin ortaklık yapısına Tablo 4 ve 5'te yer verilmiştir:

Tablo-4: Devralma Öncesi Erikli Ortaklık Yapısı

Hissedarın Adı/Ünvanı	Hisse Oranı (%)
Hasan ASLANOBA	67
Lütfiye ASLANOBA	5
Havva ASLANOBA	8
Nesrin UĞUR	10
Nihan ASLANOBA YILDIRIM	10
<i>Toplam</i>	<i>100</i>

Tablo-5: Devralma Sonrası Erikli Ortaklık Yapısı

Hissedarın Adı/Ünvanı	Hisse Oranı (%)
Nestlé Waters	60
Hasan ASLANOBA, Nesrin UĞUR, Nihan ASLANOBA YILDIRIM, Havva ASLANOBA, Lütfiye ASLANOBA	40
<i>Toplam</i>	<i>100</i>

190 Erikli'nin en büyük distribütörleri, Erikli Su İstanbul Dağıtım A.Ş. (akdedilen sözleşmelerde Dağıtım Şirketi 1 olarak anılmaktadır) ve Erikli Dağıtım ve Pazarlama A.Ş.'dir (akdedilen sözleşmelerde Dağıtım Şirketi 2 olarak anılmaktadır). Söz konusu dağıtım şirketlerinin yanında Erikli'nin Türkiye genelinde üçüncü kişilerle dağıtım anlaşmaları bulunmaktadır.

İnceleme konusu devralma işleminden önce Dağıtım Şirketi 1 ve Dağıtım Şirketi 2'nin mutlak kontrollerinin Erikli'ye geçirilmesi taraflarca öngörülmüştür. Böylece, işlem sonrasında Nestlé Waters, sadece Erikli'nin değil aynı zamanda söz konusu iki dağıtım şirketinin de kontrolünü eline geçirecektir.

200 Erikli 2005 yılında Türkiye'de ambalajlanmış su sektöründe 51.297.000 YTL ciro elde etmiştir. Erikli'nin cirosunun şişelenmiş su ve damacana su kategorilerine göre dağılımı Tablo 6'da sunulmuştur.

Tablo-6: Erikli 2005 Yılı Ciro

Kategori	Ciro (YTL)
Şişelenmiş Su	(.....)
Damacana Su	(.....)
<i>Toplam</i>	<i>51.297.000</i>

H.2. İlgili pazar

H.2.1. Sektöre İlişkin Bilgiler

210 Ambalajlı su sektörünü ambalaj büyüklüğüne göre 2 ana kategoride değerlendirmek doğru olacaktır:

- 10 litre ambalajdan büyük ürünlerin yer aldığı, ancak temel olarak %99'dan fazla bir ağırlıkla 19 litrelik polycarbonat damacananın oluşturduğu Damacana Su kategorisi.
- 10 litre dahil ve küçük ambalajlı ürünlerin yer aldığı ve genelde çeşitli hacimlerdeki (0.5 - 1.5 - 5 litre vb) pet suların ağırlıkta olduğu Şişelenmiş Su kategorisi.

220 2004 yılı sonu itibarıyla Türkiye'de yıllık toplam ambalajlı su tüketimi 7 milyar litreye ulaşmıştır. Bu tüketimin % 80'lik kısmı yani 5,6 milyar litresi damacana su segmentine aittir. Geri kalan %20'lik kısım ise yani 1.4 milyar litresi şişelenmiş su segmentine aittir.

Türkiye su pazarı litre bazında 2000-2005 yılları arasında ortalama her yıl %10 civarında büyümüştür. Türkiye'deki su sektörünün iç piyasa olarak parasal büyüklüğünü tüketici fiyatları ile değerlendirdiğimizde toplam pazar 800 milyon ABD Doları civarındadır. Bu rakamın yaklaşık yarısı damacana su, diğer yarısı da şişelenmiş su kategorisine aittir.

230 Kişi başına damacana ve paketlenmiş su tüketimi 83 litre olarak hesap edilmektedir. Bunun 67 litresi damacananadan, 16 litresi ise şişelenmiş su kategorisinden gelmektedir.

2005 yılı itibarıyla Türkiye'deki su pazarında yaklaşık 210 lisanslı şirket faaliyet göstermektedir. Söz konusu şirketlerin 170'i damacana kategorisinde üretim yapmaktadır. Şişelenmiş su ve damacana kategorilerinde faaliyet gösteren firmalar büyük ölçüde örtüşmektedir.

240 Damacana su pazarında son dönemlerde belirli bir kalitede ürün sunan teşebbüslerin pazar payları artmış olsa da bu pazar halen yoğunlaşmanın düşük olduğu bir pazar niteliğindedir. Gelecekte bu segmentte yoğunlaşmanın artmaya devam edeceği beklenmektedir. Bu varsayımı doğrulayan bir gelişme bazı büyük holding firmalarının tek noktadan üretim yerine şemsiye bir marka çatısı altında birden fazla bölgede üretime geçmiş olmasıdır. Bu strateji ile tüketiciye daha yakın olmayı ve sonuçta nakliye dezavantajlarını gidererek pazar paylarını arttırmayı hedeflemektedirler.

250 Damacana segmenti esas itibarıyla 2 ana pazardan oluşmaktadır. Bu pazarlar %70 ağırlığı bulunan ev pazarı ve %30 ağırlığı bulunan işyeri pazarıdır.

Şişelenmiş su segmentinde ürünlerin evde ve ev dışı pazarda (hotel, restoran, kafeterya vb.) tüketim ağırlığı yaklaşık eşittir. Şişelenmiş su segmentinde yer alan

06-59/774-227

işlenmiş içme suları piyasaya çıktıktan sonra kısa bir süre içerisinde bu segment içinde %13'lük önemli bir pazar payı elde etmişlerdir. Özellikle, büyük meşrubat firmalarının piyasada varolan dağıtım güçleri, kolalı ürünlerinin satış noktalarında sağladığı stratejik avantaj ve en önemlisi pet ambalajındaki suları promosyon malzemesi olarak diğer kolalı içeceklerle birlikte piyasaya sunmaları bu sonucu doğurmuştur.

- 260 Diğer taraftan, işlenmiş içme suyu kategorisinde yer alan meşrubat firmaları bu tip stratejik avantajlara sahip olmadıkları damacana su segmentinde aynı büyümeyi gösterememişlerdir.

H.2.2. İlgili Ürün Pazarı

Taraflardan her ikisi de Türkiye'de hem şişelenmiş su hem de damacana su üretimi ve tedariki alanında faaliyet göstermektedir.

- 270 Rekabet Kurulunun 11.12.2003 tarih ve 03-78/950-393 sayılı kararı ile 2.3.2006 tarih ve 06-16/187-47 sayılı kararlarında da ilgili ürün pazarı "şişelenmiş su ve damacana su alt pazarlarından oluşan ambalajlı su pazarı" olarak belirlenmiştir.

Bu çerçevede, tarafların mevcut faaliyet alanları, üretim ve dağıtım olanakları göz önünde bulundurularak, ilgili ürün pazarının yukarıda bahsedilen Kurul kararları paralelinde şişelenmiş su ve damacana su alt pazarlarından oluşmak üzere "ambalajlı su pazarı" olarak belirlenmiştir.

H.2.3. İlgili Coğrafi Pazar

- 280 Devralan konumundaki Nestlé Waters Türkiye ve devre konu Erikli'nin ülke çapındaki dağıtım ve satış ağı dikkate alınarak ilgili coğrafi pazar "Türkiye Cumhuriyeti Sınırları" olarak belirlenmiştir.

H.3.Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

H.3.1. Kontrol Değişikliği

- 290 1997/1 sayılı Tebliğ'in birleşme ve devralma sayılan halleri belirten 2. maddesinin (b) bendinde "*Herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları devralması veya kontrol etmesi*" Tebliğ kapsamında kabul edilmiştir.

Bildirim konusu işlem neticesinde hem devralan Nestlé Waters Türkiye'nin hem de devre konu Erikli'nin ortaklık yapısı değişecektir. Yukarıda da açıklandığı üzere, işlem neticesinde Nestlé Waters Türkiye'nin kontrolü Nestlé Waters'da olmaya devam edeceği için bu işlem 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında değildir. Öte yandan, Erikli'nin kontrolü Erikli Hissedarları'ndan Nestlé Waters'a geçeceğinden bu işlem 1997/1 sayılı Tebliğ anlamında bir devralma işlemidir.

300

1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesinde belirtilen bir birleşme veya devralma sonucunda birleşmeyi veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin, ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasında, toplam pazar paylarının %25'i aşması veya toplam cirolarının 25 milyon YTL'yi aşması halinde Rekabet Kurulu'ndan izin almaları gerekmektedir.

310

Devralınan teşebbüs olan Erikli'nin Türkiye'de ilgili pazarda elde ettiği gelir 51.297.000 YTL iken, devralan teşebbüs Nestlé Waters Türkiye'nin cirosu 32.947.302 YTL olarak gerçekleşmiştir. Dolayısıyla, söz konusu devir işlemi izne tabi bir işlemdir.

H.3.2. Hakim Durum Değerlendirmesi

4054 sayılı Kanun'un 7. maddesinin birinci bendinde, bir veya birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya ya da hakim durumlarını güçlendirmeye yönelik olarak piyasadaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya bu sonucu doğuracak şekilde bir teşebbüsün başka bir teşebbüsü devralması hukuka aykırı bulunmuş ve yasaklanmıştır.

320

Dosya mevcudu bilgi ve belgeden söz konusu işlemde devralınan konumundaki Erikli'nin pazar lideri konumunda olduğu; Erikli'nin genel olarak ambalajlanmış su pazarındaki payının %(...) civarında olduğu; alt pazarlardan şişelenmiş su pazarındaki payının %(,,,) ; damacana su pazarındaki payının ise %(...) olduğu; devralan konumundaki Nestlé Waters Türkiye'nin ise genel olarak ambalajlanmış su pazarındaki payının %(...), alt pazarlardan şişelenmiş su pazarında %(,,,) ; damacana su pazarında %(...) paya sahip olduğu anlaşılmıştır.

330

Nestlé Waters Türkiye pazar lideri Erikli'yi devralması neticesinde rakiplerine oranla önemli bir pazar gücüne ulaşacaktır. Devralma neticesinde, Nestlé Waters Türkiye şişelenmiş su alt pazarında toplam %%(...)'luk payla en yakın rakibi Danone Hayat'ın iki katından daha fazla paya ulaşacaktır. Damacana su alt pazarında da durum benzerdir: Bu pazarda da Nestlé Waters Türkiye en yakın rakibinden iki misli bir büyüklüğe ulaşacaktır.

340

Rekabet hukuku davalarında pazar gücünün ölçülmesinde yaygın olarak kullanılan, bir ilgili pazarda faaliyet gösteren en büyük 4 teşebbüsün toplam pazar paylarını gösteren CR4 oranları bahse konu devralma işlemi için hesaplanmıştır. 2005 yılı için CR4 oranı damacana su alt pazarı için devir öncesinde %14,0 gibi oldukça düşük seviyededir. Bahse konu devir sonrasında CR4 oranı damacana alt pazarı için %15,7 düzeyine çıkacaktır. Dolayısıyla, söz konusu devir işlemi neticesinde damacana alt pazarında hakim durum yaratılması gibi bir durumun söz konusu olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Şişelenmiş su alt pazarında ise devir öncesinde CR4 oranı %36,2'dir. Devir sonrasında bu oran %42,5'e ulaşacaktır. Böyle bir CR4 düzeyinde hakim durumdan bahsetmek oldukça zor olmakla birlikte, pazar gücünün ölçülmesinde kullanılan diğer bir yöntem Herfindahl-Hirschman Index (HHI) de uygulanmıştır.

350 HHI bir pazarda faaliyet gösteren tüm teşebbüslerin pazar paylarının kareleri toplanarak hesaplanmaktadır.² HHI'in toplam seviyesi birleşme sonrası pazar yapısında anti-rekabetçi bir ortamın oluşup oluşmadığının önemli bir göstergesi iken HHI seviyelerindeki değişim miktarı (delta " Δ " olarak adlandırılmaktadır) da devralmanın pazar üzerindeki etkisinin hesaplanmasında önemli bir araçtır. AB Komisyonu'nun 2004 yılında yayınlamış olduğu "Yatay Birleşmelerin Değerlendirilmesi İçin Rehber" inde (Rehber) HHI rakamlarının nasıl değerlendirileceğine ilişkin açıklamalara yer verilmiştir. Rehber HHI seviyelerini ve değişimlerini (deltaları) bir kombinasyon olarak birlikte yorumlamaktadır. Rehber'e göre, yatay birleşmelerde 2000'nin üzerinde HHI ve 150'nin üzerindeki delta rakamının birlikte sağlanması durumunda birleşmenin anti-rekabetçi etkilere sahip olabileceğine yönelik analizlere ağırlık verilmesi yerinde olacaktır. Keza, ABD rekabet otoriteleri olan Adalet Bakanlığı Antitröst Dairesi (DOJ) ve FTC'nin birlikte 1992 yılında yayınladıkları "Yatay Birleşmeler Rehber" (YBR)'inde de ayrıntılı HHI analizlerine yer verilmektedir. YBR'ye göre devir sonrası HHI düzeyi 1800'ün üzerinde ise ilgili pazar "çok yüksek derecede yoğunlaşmış" olarak kabul edilmektedir. Ayrıca, Rehber'in yaklaşımına benzer şekilde, YBR'de, 100'ün üzerindeki HHI değişimine yol açan bir birleşmenin pazar gücünün ortaya çıkması veya kuvvetlendirilmesi ya da pazar gücünün kullanılmasını kolaylaştırıcı etkide bulunması sonuçlarını doğuracağı ifade edilmektedir.

370 Nestlé Waters Türkiye'nin Erikli'yi devralması durumunda HHI, şişelenmiş su alt pazarında 460,5'den 641,1'e; damacana su alt pazarında 88,1'den 110,1'e yükselecektir. Oluşan yeni HHI değerleri (641,1 ve 110,1) hem Rehber'de hem de YBR'de belirtilen limitlerin çok altında kaldığından söz konusu devralma neticesinde her iki alt pazarda da antirekabetçi bir ortam oluşmayacağı sonucuna varmak zor değildir. Devir öncesi-devir sonrası HHI değerlerindeki değişimin (delta) şişelenmiş su alt pazarı için 180,6 gibi yüksek bir rakam çıkması, bahse konu devir işlemi neticesinde pazarda hakim durum yaratılmasa bile piyasadaki oyuncuların birbirlerine kıyasla göreceli büyüklüklerinde önemli değişiklikler yaşanacağını göstermektedir. Gerçekten de, bahse konu devralma işleminin gerçekleşmesi durumunda Nestlé Waters Türkiye şişelenmiş su pazarında %((,,))'luk payla lider konuma geçerek rakip teşebbüslere göre önemli bir üstünlük elde edecektir.

Tablo-7: 2005 Yılı CR4 ve HHI Oranları

	ŞİŞELENMİŞ SU		DAMACANA SU	
	Devir Öncesi	Devir Sonrası	Devir Öncesi	Devir Sonrası
CR4	36,2	42,5	14,0	15,7
HHI	460,5	641,1	88,1	110,1
ΔHHI	180,6		22,0	

Dosya mevcudu bilgi ve belgeden, söz konusu devralma neticesinde hakim durum yaratılmasının söz konusu olmayacağı anlaşılmaktadır.

² HHI hesaplanırken pazardaki teşebbüslerin tamamının pazar paylarına ihtiyaç duyulmasına rağmen, mevcut dosyada yapılan hesaplamada küçük teşebbüsler dikkate alınmamıştır. Dikkate alınmayan teşebbüslerin payları çoğunlukla %1'ler düzeyinde olduğu için bu durum yapılan hesaplamalarda önemli bir sapmaya yol açmamaktadır.

H.3.3. Yan Sınırlamalar

390 Bildirim konusu devralma işlemine konu olan Erikli Hisse Alım Sözleşmesi (madde 8.10) ve Nestle Waters Hisse Alım Sözleşmesinde (madde 8.10) gerek alıcı gerekse satıcılara bazı konularda rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmiştir. Söz konusu yükümlülüklerle ilişkin sözleşme hükümlerine aşağıda yer verilmektedir.

400 Birleşme/devralma işlemlerinde yan sınırlamalar ve bu çerçevede rekabet yasakları, yoğunlaşmayı meydana getiren sözleşmenin ana amacının yanında sözleşmenin hukuki getirilerinden yararlanılmasına yönelik düzenlemeler olarak nitelendirilebilir. Alıcılar tarafından satıcılara getirilen rekabet yasakları, uygulamada alıcıların devraldıkları maddi ve maddi olmayan varlıkların değerinden tam olarak yararlanmalarının, dolayısıyla alıcı tarafından yapılan yatırımın karşılığının tam olarak alınmasının bir aracı olarak değerlendirilmektedir. Genel olarak birleşme/devralma işlemine ilişkin bir rekabet yasağının yan sınırlama olarak kabul edilmesi ve bu çerçevede işlemle birlikte değerlendirilmesi için söz konusu yasağın “yoğunlaşma ile doğrudan ilgili ve gerekli olma”, “sadece taraflar açısından kısıtlayıcı olma” ve “orantılılık” şartlarını sağlaması gerekmektedir.

410 Söz konusu rekabet yasağı devralan teşebbüsün belirli bir süre için devredenlerin rekabetinden korunması hükmünü içermekte olup bu durum devralan teşebbüsün işleminden beklediği faydayı elde etmesi açısından kaçınılmaz görülmektedir. Bu itibarla, rekabet yasağının “yoğunlaşma ile doğrudan ilgili ve gerekli olma şartını sağladığı kanaatine varılmıştır.

420 Ancak rekabet yasağının kapsamının sadece devredenlerle sınırlı olmadığı görülmektedir. Nitekim Erikli Hisse Alım Sözleşmesi 8.10. maddesinin (a) bendinde satıcıların birinci dereceden akrabalarına da rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmektedir. 15.8.2005 tarih ve 05-51/751-202 sayılı Kurul Kararında, bir ortak girişim sözleşmesi kapsamında birinci dereceden akrabalara getirilen rekabet yasağının kaldırılması koşuluyla söz konusu sözleşmeye bireysel muafiyet tanınabileceğine hükmedilmiştir. Anılan Kararın gerekçesinde; anılan kısıtlamanın rekabet yasağından beklenen ve ulaşılmak istenen amacı aştığı ifade edilmektedir. Bu itibarla sözleşmenin ilgili maddesinin devredenlerle sınırlandırılmasının yerinde olacağı sonucuna ulaşılmıştır.

430 Orantılılık şartının sağlanıp sağlanmadığı incelenirken rekabet yasağının hem kapsadığı ilgili ürün pazarı hem de süresi bakımından işlemin yürütülebilmesi için gerekli olup olmadığının tartışılması gerekmektedir. Bahse konu sözleşmeler kapsamında getirilen rekabet etmeme yükümlülüklerinin “şişelenmiş su işi” ile sınırlandırıldığı, bu nedenle ilgili ürün pazarı bakımından orantılılık koşulunun sağlandığı anlaşılmaktadır.

06-59/774-227

Ancak Erikli Hisse Alım Sözleşmesinde yer alan bazı hükümlerin süre bakımından orantılılık sınırını aştığı görülmektedir. Bu noktada süre açısından yapılacak değerlendirmede, Kurul'un, sadece ticari itibarın devrinin söz konusu olduğu işlemlerde iki yıl, ticari itibarla birlikte know-how devrinin gerçekleştiği işlemlerde ise üç yıl rekabet etmeme süresini makul bulduğu hususu dikkate alınmıştır.

440 Erikli Hisse Alım Sözleşmesinde yer alan satıcıya yönelik rekabet etmeme yükümlülüğünün geçerlilik süresi işlem sonrasında hissedar olmaya devam eden satıcılar bakımından, iki farklı durum için ayrı ayrı tespit edilmiştir. Birinci durum, satıcıların hissedar olduğu süreyi kapsamaktadır. Bu süre içinde satıcılar şişelenmiş su işi ile hiçbir biçimde uğraşamayacaktır. İkinci durum ise hissedarlığın sona ermesini takip eden üç yıllık süredir.

450 Bildirim konusu işlemin bir devralma işlemi niteliği taşıdığı dikkate alındığında satıcıya getirilecek hissedarlık süresini kapsayan rekabet etmeme yükümlülüğünün orantılılık sınırını aştığı kanaatine varılmıştır. Zira bu tür bir yükümlülük, ortak girişim işlemlerinde ortak kontrole sahip olan teşebbüsler için makul sayılabilmektedir. Bildirim konusu işlem kapsamında kontrol, yukarıda ifade edildiği üzere, Nestle Waters'a geçmektedir. Bu nedenle satıcıya getirilen ve hissedarlık süresi boyunca geçerlilik taşıyacak rekabet yasağı makul bir yükümlülük değildir.

460 İkinci duruma yönelik rekabet etmeme yükümlülüğünün, söz konusu işlem kapsamında bir know-how devrinin söz konusu olmadığı hususu dikkate alındığında, iki yıl ile sınırlandırılması gerekmektedir. Nitekim devralan tarafın vekili tarafından söz konusu işlem kapsamında herhangi bir know-how devri bulunmadığı yazılı olarak teyit edilmektedir.

Bununla birlikte yine taraflara getirilen rekabet yasağı, tarafların hisselerini tamamen elde çıkaracakları tarihten itibaren geçerli kılınmıştır. Ancak Rekabet Kurulu kararlarıyla da sabit olduğu üzere, devralma işlemlerinde rekabet yasağının başlangıcı işlemin tamamlandığı tarih olarak kabul edilmektedir. Nitekim, 2.3.2006 tarih ve 06-16/188-48 sayılı Kurul Kararında rekabet yasağının başlangıç tarihinin işlemin gerçekleşme tarihi dışındaki herhangi bir olay ya da koşula bağlanmasına onay vermemiştir. Bu noktadan hareketle hisse devri sonrasına ilişkin rekabet etmeme yükümlülüğünün, devralma işleminin tamamlanması tarihinden başlaması gerekmektedir.

470 Rekabet etmeme yükümlülüğü çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir diğer düzenleme, Erikli Hisse Alım Sözleşmesinin c ve d bendlerinde, Nestle Waters Hisse Alım sözleşmesinin c bendinde bahsi geçen ve taraflara karşılıklı olarak önalım hakkı tanıyan hükümlerdir. Anılan önalım hakkına ilişkin olarak sözleşmelerde herhangi bir zorlayıcı hüküm bulunmamaktadır. Bu itibarla söz konusu düzenlemenin ilgili ürün pazarına yönelik ticari girişimlerde tarafların birbirlerine öncelik tanınması şeklinde yorumlamak mümkündür. Nitekim devralan tarafın vekili imzasıyla Kuruma gönderilen açıklamada hükmün amacı;

06-59/774-227

480 *“Taraflardan herhangi birinin yeni bir Şişelenmiş Su İşine yatırım yapmaya karar vermesi halinde söz konusu yatırımın birlikte yapılabilmesi için diğer tarafa bir fırsat tanınması”* olarak ortaya konmaktadır. Bu noktadan hareketle önalım hakkına yönelik düzenlemeler rekabet etmeme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilemeyecektir.

490 Taraflar arasında akdedilen Nestle Waters Hisse Alım Sözleşmesi'nin 8.10. maddesinde devralan konumundaki Nestle Waters'a da rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmektedir. Literatürde “ters rekabet yasağı” olarak adlandırılan bu tür yükümlülükler, satıcının devretmediği faaliyetleri ile devrettiği faaliyetlerinin yakından ilgili olması durumunda, makul sayılabilmektedir. Kurul 19.10.2005 tarih ve 05-69/959-260 sayılı kararında, devralan konumundaki Karadeniz Ltd. Şti.'nin Samsun Limanı'ndan Rusya limanlarına sefer yapmasının engellenmesini ters rekabet yasağı olarak kabul etmiş ve yan sınırlama olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir. Bu çerçevede, devralan konumundaki Nestle Waters'a getirilen rekabet etmeme yükümlülüğüne, yan sınırlamanın yukarıda sayılan koşullarını taşımadığından, devralma işlemi ile birlikte izin verilmesi mümkün değildir.

500 Nestle Waters ile Alıcılar arasında akdedilen Hisse Alım Sözleşmesi'nin Kamuya Açıklamalar, Gizlilik başlıklı 8.4. maddesinin (b) bendinde yer alan; *“Alıcılar ve satıcı, bu sözleşmenin ya da bu sözleşmede öngörülen başka anlaşmaların ifasına ilişkin olarak diğer taraftan edindikleri ya da şirkete hissedar olma yoluyla veya şirket yönetimine iştirak yoluyla sözleşmenin diğer tarafı hakkında elde ettikleri bütün bilgileri kesinlikle gizli tutmayı kabul ederler. Taraflardan her biri, bu sözleşmenin ya da bu sözleşmede öngörülen başka sözleşmelerin açıkça izin verdiği durumlar dışında, yukarıdaki cümlede bahsi geçen bilgileri diğer tarafın önceden yazılı izni olmaksızın herhangi bir şekilde yayımlamayacağını, ifşa etmeyeceğini, açıklamayacağını veya kullanmayacağını da kabul eder. ...”* hükmün lafzından, söz konusu bilgilerin kullanılmayacağı ifadesinin, ticari girişim özgürlüğünü ve rekabeti kısıtlamayacak şekilde kullanmama olarak anlaşıldığından, söz konusu hükme yönelik olarak herhangi bir değişikliğe yer olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

I. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre;

1. Bildirim konusu devralmanın, 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesi kapsamında bir işlem olduğuna, ancak 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi anlamında hakim durum yaratan veya mevcut bir hakim durumu güçlendiren ve bunun sonucunda ilgili pazarlarda rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuran bir işlem olmadığına OYBİRLİĞİ ile,
2. a) Taraflar arasında imzalanan Nestle Waters Hisse Alım Sözleşmesi'nin 8.10. maddesinin (a) bendinde devralan konumundaki Nestle Waters S.A.'ya

06-59/774-227

getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü yan sınırlama sayılamayacağından, söz konusu bendin maddeden çıkarılması,

530 b)Erikli Hisse Alım Sözleşmesi'nin 8.10. maddesinin (a) ve (b) bendinde yer verilen haliyle rekabet etmeme yükümlülüğü yan sınırlama sayılamayacağında;

i- bahse konu 8.10 maddenin (a) bendinde yer alan, hissedarlık süresince geçerlilik taşıyan rekabet etmeme yükümlülüğü ile birinci derece akrabalara yönelik rekabet etmeme yükümlülüğünün anılan madde kapsamında çıkarılması; hissedarlık sonrasına ilişkin rekabet etmeme yükümlülüğünün, devralma işleminin gerçekleştiği tarihten (kapanış) itibaren geçerli kılınması ve bu sürenin iki yıla indirilmesi,

540 ii-aynı maddenin (b) bendinde yer alan birinci derece akrabalara yönelik rekabet etmeme yükümlülüğünün anılan madde kapsamında çıkarılması, rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinin iki yıla indirilmesi,

koşullarıyla bildirim konusu işleme izin verilmesine OYÇOKLUĞU ile

karar verilmiştir.

06-59/774-227

24.8.2006 Tarih ve 06–59/ 774–227 Sayılı Kurul Kararı'na

KARŞI OY GEREKÇESİ

İlgili işlem çerçevesinde imzalanan sözleşmelerde yer alan ve hem satıcı hem de alıcı taraflara getirilen sınırlama ve mükellefiyetler, pazarın rekabetçi özellikleri ve sözleşme taraflarının karşılıklı rızaları göz önüne alındığında, rekabeti olumsuz biçimde etkileyecek nitelikte değildir Bu gerekçe ile Kurul Kararı'nın 2.maddesine katılamıyorum.

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Kurul Üyesi

**(24.08.2006 tarihli, 06-59/774-227 sayılı Kurul Kararı'na)
KARŞI OY GEREKÇESİ**

Nestle Waters'ın Erikli Su Meşrubat San. Ve Tic. A.Ş.'nin sermayesinin %60'ını devralması işlemine izin verilmesine dair Kurul kararının sonucunun 2/b numaralı kısmına; 02.03.2006 tarihli, 06-16/188-48 sayılı Kurul Kararı'na ilişkin Karşı Oy Gerekçesinde ayrıntılarına yer verilen nedenlerden dolayı iştirak edilememiştir:

Bu itibarla, rekabet yasağı süresinin sözleşmedeki şekliyle kalması gerektiğini düşündüğümden üç yıldan iki yıla indirilmesi koşulunu getiren çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Mehmet Akif ERSİN
Kurul Üyesi