

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2002-3-28 (Ortak Girişim)
Karar Sayısı : 02-24/242-97
Karar Tarihi :16.4.2002

A- TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU
Üyeler :Dr. Kemal EROL, İsmet CANTÜRK, Nejdet KARACEHENNEM, A. Ersan GÖKMEN, R. Müfit SONBAY Kubilay ATASAYAR, Murat GENCER, Mustafa PARLAK, Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ, Rıfki ÜNAL

B-RAPORTÖRLER: Pelin UYANIK, Burak BÜYÜKKUŞOĞLU

**C- BİLDİRİMDE
BULUNAN**

: -Cadbury Schweppes Overseas Limited
Temsilcisi: Dr. Ünal TEKİNALP
Büyükdere Cad. Ben-Tek İş Merkezi No: 47/606
80310 Mecidiyeköy / İSTANBUL

-Kent Gıda Maddeleri Sanayi ve Ticaret A.Ş.
Temsilcisi: Av. Haluk ELDEM
Divanyolu Cad. Erçevik İşhanı Kat: 5
Sultanahmet / İSTANBUL

-Birlik Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.
Temsilcisi: Av. Haluk ELDEM
Divanyolu Cad. Erçevik İşhanı Kat: 5
Sultanahmet / İSTANBUL

D- TARAFLAR

: -Cadbury Schweppes Overseas Limited
25 Berkeley Square London W1X 6HT BİRLEŞİK KRALLIK

- Tahincioğlu Holding A.Ş.
Çayırova Mah. İstanbul Cad. No: 111 Gebze / KOCAELİ

- Yakup TAHİNCİOĞLU
Çiftehavuzlar 18 Mart Sok. No:12 Kadıköy / İSTANBUL

- Cemil TAHİNCİOĞLU
Çiftehavuzlar 18 Mart Sok. No:12 Kadıköy / İSTANBUL

- Fehmi TAHİNCİOĞLU
Çiftehavuzlar 18 Mart Sok. No:12 Kadıköy / İSTANBUL
- Münir TAHİNCİOĞLU
Çiftehavuzlar 18 Mart Sok. No:12 Kadıköy / İSTANBUL
- Nail TAHİNCİOĞLU
Çiftehavuzlar 18 Mart Sok. No:12 Kadıköy / İSTANBUL
- Aydın TAHİNCİOĞLU
Dragos Çamlık Sok. No:110 Kartal / İSTANBUL
- Can TAHİNCİOĞLU
Dragos Orhan Gazi Cad. No:36/3 Kartal / İSTANBUL
- Abdullahat TAHİNCİOĞLU
Selim Ragıp Emeç Cad. No:7 Park Apt. D:17
Suadiye / İSTANBUL
- Mümtaz TAHİNCİOĞLU
Dragos Çamlık Sok. No:81 Kartal / İSTANBUL
- Nebil TAHİNCİOĞLU
Dragos Sahil Yolu Sok. No:36/3 Kartal / İSTANBUL
- Besim TAHİNCİOĞLU
Selim Ragıp Emeç Cad. No:7 Park Apt. Suadiye / İSTANBUL
- Zeki TAHİNCİOĞLU
Selim Ragıp Emeç Cad. No:7 Park Apt. Suadiye / İSTANBUL
- Edip TAHİNCİOĞLU
Selim Ragıp Emeç Cad. No:7 Park Apt. D:18
Suadiye / İSTANBUL
- Semih TAHİNCİOĞLU
Selim Ragıp Emeç Cad. No:7 Park Apt. D:9
Suadiye / İSTANBUL
- Özcan TAHİNCİOĞLU
Dragos Çamlık Sok. No:61 Kartal / İSTANBUL
- Abit BASMACI
Yeditepe Cad. No:60 Alkent 2000
Büyükcçekmece / İSTANBUL

- Ahmet Rıdvan KANDAĞ
Mücahit Sok. No:15/9 Suadiye / İSTANBUL

E- DOSYA KONUSU: Kent Gıda Maddeleri Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin çıkarılmış sermayesinin %51'ini ve Birlik Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin esas sermayesinin %60'ını temsil eden hisselerin Cadbury Schweppes Overseas Limited tarafından devralınması işlemine izin verilmesi talebi.

F- DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 12.3.2002 tarih, 1146 sayı, 27.3.2002 tarih, 1412 sayı ve 28.3.2002 tarih, 1450 sayı ile giren 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 11.4.2002 tarih, 2002-3-28/Öİ-02-PU sayılı Devralma Ön İnceleme Raporu, 12.4.2002 tarih, REK.0.07.00.00/16 sayılı Başkanlık önergesi ile 02-24 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G- RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda; Kent Gıda Maddeleri San. ve Tic. A.Ş. (Kent Gıda)'nin çıkarılmış sermayesinin %51'ini ve Birlik Gıda San. ve Tic. A.Ş. (Birlik Gıda)'nin esas sermayesinin %60'ını temsil eden hisselerin Cadbury Schweppes Overseas Limited (Cadbury Schweppes) tarafından devralınması işleminin;

- ilgili ürün pazarlarından sakız ve çikolatalı ürünler pazarlarındaki payının %25 eşliğinin altında olmasına karşın, Kent Gıda'nın gerek şekerleme pazarındaki payının %66'ya ulaşması gerekse cirosu bakımından 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesine dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında izne tabi bir hisse devri işlemi olduğu,
- bu işlem sonucunda aynı Kanun'un 7. maddesinde belirtilen hakim durumun yaratılması veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesi ve böylece rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmadığı, bu nedenle bildirim konusu hisse devri işlemine izin verilmesi gerektiği,
- "Rekabet Etmeme Anlaşması"nın ticari marka, logo vs.nin haksız menfaat için kullanılmasını önlemeye yönelik 2.1. (C) ve (D); 4.1. (C) ve (D) maddelerinin tescil edilmiş markalar için 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK ve marka tescilinin söz konusu olmaması halinde TTK'na tabi olduğu ve 4054 sayılı Kanun anlamında rekabeti sınırlayıcı nitelikte olmadığı,
- zorunlu olandan fazla kısıtlama getiren ve Kanun'un 5. maddesinin (b) bendi uyarınca bireysel muafiyet alamayacak aşığıdaki düzenlemelerin,
 - devreden taraf gerçek kişiler için getirilen 3 yıllık rekabet yasağının sadece ticari itibar devrinin söz konusu olması nedeniyle 2 yıla indirilmesi,

- hisse devri işlemiyle Cadbury Schweppes ve Tahincioğlu Holding A.Ş. arasında tesis edilen ortak girişim bakımından, ana teşebbüslere getirilen rekabet yasağının “ortak kontrol devam ettiği sürece” geçerli olacak şekilde düzenlenmesi,
- gerek devreden taraf gerçek kişilere, gerekse Tahincioğlu Holding ve Cadbury Schweppes’e getirilen rakip teşebbüslerde sermayenin %4’ünden fazla pay sahibi olma yasağının kaldırılması

halinde “yan sınırlama” kabul edilerek, yoğunlaşma işlemiyle birlikte izin verilebileceği ifade edilmiştir.

H- İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. İlgili Pazar

Ürün Pazarı: Kent Gıda ve Birlik Gıda’nın faaliyet alanları ile tüketici tercihleri dikkate alındığında ilgili ürün pazarı ayrı ayrı "şekerleme", "çikolatalı ve kakaolu ürünler", "sakız" pazarları ve bu ürünlerin dağıtım pazarı olarak belirlenmiştir.

Coğrafi Pazar: İlgili ürünler açısından pazara giriş, arz kaynaklarına ulaşma, üretim, dağıtım, pazarlama ve satış şartlarının bölgesel bir farklılık göstermemesi nedeniyle ilgili coğrafi pazar, Türkiye Cumhuriyeti sınırları olarak tesbit edilmiştir.

H. 2. Taraflar

H.2.1. Tahincioğlu Holding A.Ş. (Tahincioğlu Holding)

Tahincioğlu Holding gıda, pazarlama, turizm, sigorta ve inşaat sektörlerinde faaliyet göstermektedir. Holdingin ve Tahincioğlu Aile fertlerinin hissedar olduğu Kent Gıda sakız, şekerleme, kakaolu ve çikolatalı ürünlerin üretimi, Birlik Gıda ise bu ürünler ile kuru pil ve evsel streç filmlerin pazarlama ve dağıtım faaliyetinde bulunmaktadır. Kent Gıda’nın hisselerinin %15’i İstanbul Menkul Kıymetler Borsası’na kote edilmiş durumdadır.

H.2.2. Cadbury Schweppes Overseas Limited (Cadbury Schweppes)

Cadbury Schweppes, merkezi İngiltere’de bulunan ve Cadbury Schweppes Plc’ye bağlı bir holding şirketidir. Dünya çapında şekerleme, çikolatalı ürünler ve içecek sektöründe faaliyet gösteren teşebbüsün Türkiye içecek sektöründeki ticari markaları, 1990 yılından itibaren üretimini ve dağıtımını yaptığı The Coca Cola Company tarafından 1999 yılında devralınmıştır. Dosya mevcudu bilgilere göre, şekerleme ve çikolatalı ürünler pazarında ülkemizde herhangi bir faaliyeti bulunmayan teşebbüs, pazara Kent Gıda’nın hisselerini devralarak girecektir.

H.3. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

H.3.1. İşlem

Bildirimin konusu, Cadbury Schweppes tarafından, Kent Gıda'nın çıkarılmış sermayesinin %51'ini ve Birlik Gıda'nın esas sermayesinin %60'ını temsil eden hisselerin devralınması işlemidir. Kent Gıda ve Birlik Gıda'da pay sahibi olan gerçek kişilerin hisseleri devralınmakta, işlem sonrasında Tahincioğlu Holding'in hissedarlığı devam etmektedir. Ayrıca devralma işleminin ardından Cadbury Schweppes halka arz edilmiş olan ve Kent Gıda'nın sermayesinin %15'ine tekabül eden hisseleri halka çağrıda bulunmak suretiyle satın almayı planlamaktadır. Ancak taraflar arasındaki anlaşmaya göre Tahincioğlu Holding'in her iki şirketteki hissesi de %34'ün altına düşmeyecektir. Bununla birlikte taraflar satma (*put option*) ve satın alma (*call option*) haklarını ellerinde bulunduracaklardır.

Kent Gıda ve Birlik Gıda'nın Yönetim Kurulu en az beş ve en fazla sekiz üyeden oluşacaktır. İhraç edilmiş Kent Gıda hisseleri içinde A grubu hisse (Tahincioğlu Holding'e ait olan) oranı %14'ten fazla ise Holding, Yönetim Kurulu'na üç, %14'ten az ise iki üye atayabilecektir. Toplantılarda toplantı nisabı olarak salt çoğunluk aranacaktır. Ancak A grubu hisse sahipleri tarafından atanan en az bir üyenin toplantıda hazır bulunması gerekmektedir. Kararlar ise kullanılan oyların çoğunluğunun olumlu oylarıyla alınacaktır.

Diğer taraftan Hissedarlık Anlaşması'nın 4.1 maddesinde; hisselerin satılması, devri, şirketin faaliyet sahasında değişiklik yapılması, borçlanma gibi şirketin önem arz eden faaliyetlerinde Tahincioğlu Holding'in yazılı izin ve onayı ya da yönetim kurulu toplantılarında en az bir Kent Gıda A Grubu yönetim kurulu üyesinin ya da en az bir Birlik Gıda A Grubu yönetim kurulu üyesinin olumlu oyu olmaksızın taraflarca işlem yapılamayacağı karara bağlanmıştır.

Bu sayılanlara ilave olarak taraflar; hisse ihracı, sermaye azaltılması, şirketin bir başka şirketle birleştirilmesi gibi işlemlerde genel kurulun onayının alınması hususunda da anlaşmışlardır.

Dolayısıyla, Kent Gıda'nın %51 hissesi, Birlik Gıda'nın %60 hissesi Cadbury Schweppes tarafından devralınmakla birlikte Kent Gıda ve Birlik Gıda üzerinde tarafların tek başına kontrolünün olmayacağı ve hisse devri işleminin sonucunda bir ortak girişim tesis edileceği anlaşılmaktadır.

1997/1 sayılı Tebliğ'in birleşme ve devralma sayılan hallere ilişkin 2. maddesinin (c) bendinde yer verilen "*amaçlarını gerçekleştirmek üzere işgücü ve malvarlığına sahip olacak şekilde bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkan ve taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişimi arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmayan ortak girişim*" tanımı uyarınca yoğunlaşmaya yönelik ortak girişimin aşağıdaki üç unsuru taşınması gerekmektedir:

- 1- **Ortak Kontrol:** Yukarıda yer verildiği üzere, hisseleri devre konu şirketler üzerinde tarafların ortak kontrolünün var olduğu anlaşılmıştır.
- 2- **Bağımsız İktisadi Varlık:** Ortak girişimin işgücü ve malvarlığı açısından bağımsız bir iktisadi varlık olarak faaliyetini sürdürebilecek donanımda olması gerekmektedir. Ortak girişim, tek başına aynı pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin normal fonksiyonlarını yerine getirebilmelidir. Bu ortak girişim, anlaşmada yer alan ticari faaliyetlerini sürekli bir biçimde yürütebilmek için, günlük faaliyetlerini sürdüren bir yönetime; mali, personel, taşınır ve taşınmaz malvarlıklarını da içeren yeterli kaynaklara sahip olmalıdır. Halen ilgili piyasalarda faaliyet gösteren Kent Gıda ve Birlik Gıda'nın devralınması söz konusu olduğu için şirketlerin bağımsız iktisadi varlıklarına halel gelmemektedir.
- 3- **Koordinasyon:** İlgili pazarda tarafların faaliyetinin olmaması ya da ana teşebbüslerden en az birinin ilgili pazardan çekilmesi halinde, taraflar arasında veya taraflarla ortak girişim arasında rekabeti sınırlayıcı amaç veya etkinin bulunmadığı kabul edilmektedir. Söz konusu devralma işlemlerinde, Cadbury Schweppes'in Türkiye'de başka herhangi bir faaliyetinin olmaması ve Kent Gıda ve Birlik Gıda'nın faaliyetlerine devam etmesi, dolayısıyla sadece ilgili şirketlerin ortaklık yapısında değişiklik olması nedenleriyle, devralma işlemlerinin tarafları arasında ya da taraflarla ortak girişim arasında rekabeti sınırlayıcı amaç ve etki sonucunu doğurmadığı görülmektedir.

Yukarıdaki koşulların değerlendirilmesi sonucunda, devralma yoluyla iki ortak girişim tesis etme işleminin 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesinin (c) bendi anlamında yoğunlaşma doğurucu ortak girişim niteliğinde olduğu kanaatine varılmıştır.

1997/1 sayılı Tebliğ'in 1998/2 sayılı Tebliğ ile değişik 4. maddesinde yer alan "Ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasında, toplam pazar paylarının, piyasanın % 25'ini aşması halinde veya bu oranı aşmasa bile toplam cirolarının yirmibeş trilyon Türk Lirası'nı aşması halinde Rekabet Kurulu'ndan izin almaları zorunludur " hükmü ile getirilen pazar payı ve ciro eşikleri açısından değerlendirildiğinde, bildirim konusu ortak girişim işlemi, Kent Gıda'nın gerek şekerleme pazarındaki payının %66'ya ulaşması gerekse cirosunun 103.009.698.000.000 TL olması sebebiyle Rekabet Kurulu'nun iznine tabi bir işlemdir.

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 kabul edilerek yasaklanmıştır.

Kent Gıda ve Birlik Gıda hisselerinin bir kısmının Cadbury Schweppes tarafından devralınması işleminin Kanun'un 7. maddesi kapsamında bir yoğunlaşma yaratıp

yaratmadığı incelenmesinde, Kent Gıda ve Birlik Gıda'nın içinde bulunduğu mali durum dikkate alınmıştır. Kent Gıda son üç seneyi, Birlik Gıda ise son üç senenin ilk ikisini zararla kapatmış durumdadır. Bunlara ilave olarak, firmanın geçmiş yıllarda ihracat yaptığı Rusya pazarını elinde olmayan nedenlerle kaybetmesinin yanısıra Türkiye'nin içerisinde bulunduğu ekonomik kriz firmayı olumsuz yönde etkilemiş ve bir anlamda "batan firma savunması" yapılmıştır. Taraflar ayrıca firmanın ağır borç yükünün hisse satma kararında etkili olduğunu ifade etmişlerdir. Diğer taraftan Kent Gıda devralmayla birlikte önceki yıllarda giremediği dış pazarlara yabancı bir şirketle ortak olmak suretiyle girebileceğini dikkate alarak söz konusu işlemin tarafı olmuştur.

Kent Gıda'nın faaliyet gösterdiği şekerli mamüller pazarı Türkiye'de birçok teşebbüsün faaliyet gösterdiği bir pazar olup, pazarda önemli bir giriş engeli bulunmamakta büyük miktarda sermaye yatırımı gerekmemektedir. Pazarda yüksek teknoloji kullanarak üretim yapan firmalar olduğu gibi, benzer ürünleri yöresel olarak üreten küçük ve orta ölçekli 550 adet imalathane veya fabrika bulunmaktadır.

Dosya mevcudu bilgi ve belgeden Kent Gıda'nın 90.000 ton/yıl kurulu kapasiteye sahip olduğu ve bu kapasitesinin yaklaşık olarak 27.000 tonunu kullandığı önemli bir miktarda atıl kapasitesinin bulunduğu, hisse devrinin ardından yeni pazarlara girilmekle birlikte söz konusu kapasite kullanım oranının artacağı da anlaşılmaktadır.

4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi pazarda hakim durum yaratan veya mevcut bir hakim durumu güçlendirmek suretiyle rekabeti önemli ölçüde kısıtlayan birleşme ve devralmaları yasaklamıştır. Bu çerçevede Kent Gıda'nın %2 pazar payıyla 4. konumda bulunduğu çikolata pazarında, %1.7 pazar payıyla 6. olduğu çikolata kaplamalı ürünler pazarında ve % 13 pazar payıyla 3. konumda bulunduğu sakız pazarında hakim durumda olmadığı açıktır. Cadbury Schweppes'in Türkiye'de faaliyet göstermemesi sebebiyle anılan pazarlarda hisse devri sonrası bir hakim durumun yaratılması mümkün değildir. Dolayısıyla devir sonucunda, sadece Kent Gıda ve Birlik Gıda'nın sermaye yapısında değişiklik olacaktır. Kent Gıda'nın %66 payıyla pazar lideri olduğu şekerleme pazarında ise hisse devriyle birlikte yine Cadbury Schweppes'in Türkiye pazarında daha önceden faaliyet göstermemesi sebebiyle, yeni bir hakim durum yaratılması veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmek suretiyle rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması mümkün görülmemektedir.

H.3.2. Yan Sınırlamalar

Ortak girişim sözleşmesi ile getirilen düzenlemelerin yan sınırlama olarak değerlendirilebilmesi için; yan sınırlamanın; sadece taraflar açısından kısıtlayıcı olması, yoğunlaşma ile doğrudan ilgili ve yoğunlaşmanın yürütülebilmesi için gerekli olması ve orantılı olması gerekmektedir.

02-24/242-97

Sadece taraflar açısından kısıtlayıcı olması: Öncelikle sınırlama, tarafların pazardaki davranışlarını kısıtlamaya yönelik olmalıdır. Yan sınırlama olarak tanımlanacak düzenlemenin, ortak girişimin tarafları olan teşebbüslerin pazardaki hareket özgürlüklerini sınırlandırması; ancak ortak girişim işleminin kaçınılmaz sonucu olmadığı müddetçe, üçüncü kişi ya da teşebbüslere ekonomik davranışlarını etkileyecek ya da bu teşebbüslerin zararına olacak herhangi bir kısıtlama yüklememesi gerekmektedir.

Sınırlamanın yoğunlaşma ile doğrudan ilgili ve yoğunlaşmanın yürütülebilmesi için gerekli olması: Doğrudan ilgililik unsuru için; yoğunlaşmanın uygulanmasına yardımcı olacak, ancak yoğunlaşmanın asıl amacına göre ikincil sayılabilecek kısıtlamaların varlığı ve bu kısıtlamaların, yoğunlaşma işleminin doğasından kaynaklanan kısıtlamalar olması gerekmektedir. Ayrıca yoğunlaşma işlemini yaratan, bu işlemin yapı elemanı niteliğindeki akdi düzenlemeler, yan sınırlama kavramı kapsamında değerlendirilmemektedir.

Bir kısıtlamanın gereklilik unsurunu taşıdığıının kabulü için, bu kısıtlamanın yokluğu halinde, yoğunlaşma işleminin hayata geçirilip uygulanamaması ya da daha belirsiz koşullar altında, çok daha yüksek maliyetlerle ve daha düşük başarı olasılığıyla uygulanmasına neden olması gerekmektedir.

Orantılı olması: Bir kısıtlamanın yan sınırlama olarak kabul edilmesinde yalnızca kısıtlamanın niteliğinin değil; aynı zamanda kapsamının, süresinin ve coğrafi uygulama alanının da işlemin yürütülebilmesi için gerekli olandan fazla sınırlanmış olup olmadığıının değerlendirilmesi ve aynı amacı gerçekleştirebilecek daha az sınırlayıcı bir alternatif söz konusu ise, tarafların daha az rekabet ihlali oluşturan seçeneği tercih etmeleri gerekmektedir.

Bir ortak girişimin yoğunlaşma doğurucu olması için taraflar arasında veya taraflarla ortak girişim arasında rekabeti sınırlayıcı amaç veya etki olmamalıdır.

H.3.2.1. Hisse Devri İşlemlerine İlişkin Gerçek Kişilere Getirilen Sınırlamalar

Rekabet Etmeme Anlaşmasının 4. maddesinde gerçek kişi satıcıların özetle;

- devralma işleminin tamamlanmasından itibaren üç yıl içinde Türkiye’de ilgili pazarlarda yer alan ürünlerin üretimi ya da dağıtımını işiyle rekabet eden herhangi bir işle iştigal edemeyecekleri, rakip bir şirkette sermayenin %4’ünden fazlasına sahip olamayacakları (4.1. (A)),
- faaliyetle ilgili gizli bilgileri ifşa edemeyecekleri (4.1. (B)),
- hisse devri işleminin tamamlanmasına kadar veya Kent Gıda ve Birlik Gıda’daki hisselerini elden çıkaracakları tarihten önceki 3 yıl içinde şirketlerin sahip olduğu müşterileri kendileriyle ticaret yapmaya ikna edemeyecekleri (4.1.(E)),
- hisse devri işleminin tamamlanmasına kadar veya Kent Gıda ve Birlik Gıda’daki hisselerini elden çıkaracakları tarihten önceki 3 yıl içinde şirketlerde çalışan kişileri işten ayrılmaya zorlayamayacakları (4.1. (F))

düzenlenmiştir.

Dosya konusu hisse devri işleminde, tarafların ifade ettiği üzere herhangi bir know-how devri bulunmamaktadır. Ancak tarafların, bu devralmanın gerçekleşmesinden sonra, üretim ve pazarlama alanlarındaki deneyim ve bilgi birikimlerini üretime ve pazarlamaya aksettirecekleri belirtilmiştir. Bu durumda hisse ile birlikte ticari itibar devri de söz konusudur. Devralanın müşteri kazanmak için ek bir süreye ihtiyacı olmadığı, Kent markasının ilgili piyasada saygın bir yeri olduğu dikkate alındığında, iki yılı aşkın bir korumaya gerek bulunmamaktadır. Dolayısıyla Rekabet Etmeme Anlaşmasında devreden kişilere getirilen rekabet yasağının gereğinden fazla olduğu, bu haliyle yan sınırlama olarak devralma işlemiyle birlikte değerlendirilemeyeceği, iki yıla indirilmesi halinde yoğunlaşma ile doğrudan ilgili ve gerekli bir sınırlama olarak kabul edilebileceği anlaşılmıştır.

Ayrıca rekabet yasağı bağlamında getirilen rakip bir teşebbüste %4 hisseden fazla pay sahibi olma yasağı, rakip teşebbüslerde doğrudan ya da dolaylı kontrol elde edilmesi ya da yönetimde söz sahibi olunmasına yol açmadığı sürece yatırım amaçlı hisse alımlarının yasaklanmaması dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Dolayısıyla, dosya konusu işlem açısından yatırım amaçlı hisse alımını engelleyen sözleşme hükmünün gereğinden fazla sınırlama içerdiği sonucuna ulaşılmıştır.

Diğer taraftan aynı sözleşme maddesiyle gerçek kişilere getirilen bir başka sınırlama ticari marka kullanımına ilişkindir.

Sözleşmenin 4.1. (C) paragrafında Kent Gıda ve Birlik Gıda'nın ticari marka hakları saklı kalmak kaydıyla,

- hisse devri işleminin tamamlanmasını takip eden en az beş yıl süresince ve
- Kent Gıda ve Birlik Gıda'nın herhangi bir üyesi (Kent Gıda veya Birlik Gıda'da hisse sahibi olanlar) Kent ve/veya Birlik isminde ("İsim") bir hisse ya da menfaat sahibi olmaya devam ettiği sürece

İsim veya onunla bağlantılı logo ve araçları ya da onlara iltibas yaratabilecek kadar benzeyen herhangi bir isim veya markayı, haklı bir sebep olmadan haksız menfaat sağlayacak şekilde rakip bir işte kullanamayacağı düzenlenmiştir.

Sözleşmenin 4.1. (D) paragrafında ise, Kent Gıda ve Birlik Gıda'nın ticari marka hakları ve 4.1. (C) hükümleri saklı kalmak kaydıyla, hisse devri işleminin tamamlanmasını takip eden en az beş yıl süresince ve Kent Gıda ve Birlik Gıda'nın herhangi bir üyesi Kent ve/veya Birlik isminde bir hisse ya da menfaat sahibi olmaya devam ettiği sürece; hisse devir işleminin tamamlanacağı tarihten önceki üç yıl içerisinde şirketlerde kullanılan herhangi bir isim, marka, logo veya aracı rakip bir işte kullanamayacağı belirtilmiştir. Bu durumda devralma işleminin tamamlandığı tarihten önceki üç yıl boyunca kullanılmayan marka, logo vs. rakip bir işte kullanılabilir.

Türk Hukukunda marka, logo, ticari unvan, işaret vs.nin kullanımıyla ilgili olarak 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ve Türk Ticaret Kanunu (TTK) iki önemli düzenlemedir. 556 sayılı KHK'nin sağladığı korumadan yararlanabilmek için markanın tescil edilmesi gerekmektedir. Markanın tescil edilmemiş olması halinde, genel hükümlere, özellikle TTK'nun haksız rekabete ilişkin 56 ve devamı maddelerine dayanılarak koruma sağlanabilmektedir. Gerek KHK'de, gerekse TTK 56 ve devamı maddelerinde marka, ticaret unvanı, logo, işaret gibi araçların haksız kullanımı ile ilgili olarak herhangi bir süre öngörülmemiştir. Şu kadar ki, markanın korunabilmesi için KHK'nin 40. maddesine göre tescilli markanın korunma süresi başvuru tarihinden itibaren on yıldır. Süre, onar yıllık dönemler halinde yenilenebilmektedir. Bir başka deyişle, tescilli bir marka haksız kullanımlardan süre tahdidi olmaksızın yararlanabilmektedir.

Bu durumda Rekabet Etmeme Anlaşmasının 4.1. (C) ve (D) paragraflarında, hisse devreden gerçek kişilerin hisse devri işleminin tamamlanmasını takip eden en az beş yıl süresince ve Kent Gıda ve Birlik Gıda'nın herhangi bir üyesi Kent ve/veya Birlik İsminde bir hisse ya da menfaat sahibi olmaya devam ettiği sürece; Kent Gıda ve Birlik Gıda marka, logo vs.lerinin haksız kullanımlarına yönelik yasak getirilmesi; Rekabet Hukuku anlamında bir sınırlama olmayıp, TTK hükümlerine ve markanın tescil edilmesi halinde 556 sayılı KHK'ye tabidir.

Ayrıca hisse devri işlemiyle devreden tarafa getirilen sınırlamalar kapsam açısından değerlendirildiğinde, bu sınırlamaların ilgili ürün pazarlarında yer alan ürünlere ve Türkiye'deki faaliyetlere ilişkin olduğu anlaşılmıştır.

Yukarıda yer verilen bilgiler ve değerlendirmeler çerçevesinde hisse devreden gerçek kişilere getirilen sınırlamalardan rekabet yasağının süre açısından gerekli olandan fazla sınırlama içerdiği ve rakip teşebbüslerde sermayenin %4'ünden fazla pay sahibi olma yasağının gereğinden fazla sınırlama öngördüğü, sürenin hisse devri işleminin tamamlanmasından itibaren iki yıl ile sınırlandırılması ve madde metninin yatırım amaçlı ve payı edinilen teşebbüste kontrol değişikliği yaratmayacak hisse alımlarını engellemeyecek şekilde değiştirilmesi halinde bu sınırlamalara yoğunlaşma işlemiyle birlikte izin verilebileceği kanaatine varılmıştır.

H.3.2.2. Ortak Girişim İşlemlerine İlişkin Sınırlamalar

H.3.2.2.1. Tahincioğlu Holding'e Getirilen Sınırlamalar

Rekabet Etmeme Anlaşmasında Tahincioğlu Holding'in özetle;

- Kent Gıda ve Birlik Gıda'daki hisselerini elinden çıkaracağı tarihe kadar, Türkiye'de ilgili pazarlarda yer alan ürünlerin üretimi ya da dağıtım işiyle rekabet eden herhangi bir işle iştirak edemeyeceği, rakip bir şirkette sermayenin %4'ünden fazlasına sahip olamayacağı (2.1. (A)),
- faaliyetle ilgili gizli bilgileri ifşa edemeyeceği (2.1. (B)),

02-24/242-97

- Kent Gıda ve Birlik Gıda'daki hisselerini elden çıkaracağı tarihten önceki 3 yıl içinde şirketlerin sahip olduğu müşterileri kendileriyle ticaret yapmaya ikna edemeyeceği (2.1. (E)),
- Kent Gıda ve Birlik Gıda'daki hisselerini elden çıkaracağı tarihe kadar şirketlerde çalışan kişileri işten ayrılmaya zorlayamayacağı (2.1. (E)) düzenlenmiştir.

Devralınan şirketlerde ortak olarak kalan tarafa getirilen rekabet yasağı, bir işlemin yoğunlaşma doğurucu ortak girişim olarak değerlendirilmesinin önemli ölçütlerinden birisidir. Ancak taraflara getirilen rekabet yasağının, ortak girişimde hissedarlığın devam ettiği sürece değil, tarafların ortak girişim üzerinde ortak kontrollerinin devam ettiği sürece olması gerekmektedir.

Sözleşme hükmü incelendiğinde; Tahincioğlu Holding'in şirketlerdeki hisselerini elden çıkarıncaya kadar getirilen rekabet yasağının, ortak kontrolün devam ettiği sürece geçerli olması gerektiğinden, yan sınırlama niteliğini aştığı görülmektedir. Ayrıca rekabet yasağı bağlamında getirilen rakip bir teşebbüste %4 hissedenden fazla pay sahibi olma yasağı, yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, yatırım amaçlı hisse alımını engellemesi nedeniyle gereğinden fazla sınırlama içermektedir.

Açıklanan nedenlerle, Tahincioğlu'na getirilen gerek şirketlerdeki hisseleri devretmesine kadar devam eden rekabet yasağı, gerekse rakip teşebbüslerde sermayenin %4'ünden fazla pay sahibi olma yasağı, gereğinden fazla sınırlama öngörmektedir.

Yine aynı maddenin (C) paragrafında, şirketlerin ticari marka haklarına halel gelmeksizin,

- Tahincioğlu Holding'in şirketlerdeki hisselerini elden çıkardığı tarihten itibaren en az beş yıl süresince ve
- Kent Gıda ve Birlik Gıda'nın herhangi bir üyesinin herhangi bir İsimde bir hisse veya menfaat sahibi olmaya devam ettiği sürece,

O İsmi veya onunla bağlantılı logo ve araçları ya da onlara iltibas yaratabilecek kadar benzeyen herhangi bir isim veya markayı, haklı bir sebep olmadan haksız menfaat sağlayacak şekilde rakip bir işte kullanamayacağı düzenlenmiştir.

2.1. (D) paragrafında ise, Kent Gıda ve Birlik Gıda'nın ticari marka hakları ve 2.1. (C) paragraf hükümleri saklı kalmak kaydıyla, hisse devri işleminin tamamlanmasını takip eden en az beş yıl süresince ve Kent Gıda ve Birlik Gıda'nın herhangi bir üyesi Kent ve/veya Birlik İsminde bir hisse ya da menfaat sahibi olmaya devam ettiği sürece; hisse devir işleminin tamamlanacağı tarihten önceki üç yıl içerisinde şirketlerde kullanılan herhangi bir isim, marka, logo veya aracı rakip bir işte kullanamayacağı belirtilmiştir. Bu durumda devralma işleminin tamamlandığı tarihten önceki üç yıl boyunca kullanılmayan marka, logo vs. rakip bir işte kullanılabilir.

Yukarıda açıklandığı üzere, Kent Gıda ve Birlik Gıda marka, logo vs.lerinin haksız kullanımlara yönelik yasak getirilmesi; Rekabet Hukuku anlamında bir sınırlama olmayıp, TTK'nun haksız rekabete ilişkin hükümlerine ve markanın tescil edilmesi halinde 556 sayılı KHK'ye tabidir.

H.3.2.2.2. Cadbury Schweppes'e Getirilen Sınırlamalar

Rekabet Etmeme Anlaşmasının 3.1. maddesinde özetle, ortak girişimin diğer ana teşebbüsü olan Tahincioğlu Holding'e anlaşmanın 2.1.(A) maddesinde getirilen sınırlamaların aynısı Cadbury Schweppes'e de getirilmiştir: Cadbury Schweppes, Tahincioğlu Holding'in Kent Gıda ve Birlik Gıda'daki hisselerini elinden çıkaracağı tarihe kadar, Türkiye'de ilgili pazarlarda yer alan ürünlerin üretimi ya da dağıtım işiyle rekabet eden herhangi bir işle iştigal etmeyeceğini, rakip bir şirkette sermayenin %4'ünden fazlasına sahip olmayacağını taahhüt etmektedir.

Daha önce de belirtildiği üzere, ana teşebbüsün ortak girişimin faaliyet gösterdiği pazardan çekilmesi ya da hiç girmemesi işlemin koordinasyon amacı ya da etkisinin olmadığı bir göstergesidir. Bu nedenle getirilen rekabet yasağının işlemlerle doğrudan ilgili ve gerekli olduğu, ancak süresi "Tahincioğlu Holding elinden hisselerini çıkaracağı tarihe kadar" değil, "ortak kontrolün sona erme tarihine kadar" şeklinde değiştirilmelidir. Aynı şekilde, rakip bir şirkette sermayenin %4'ünden fazla hisse sahibi olunamayacağına ilişkin sözleşme maddesi, yatırım amaçlı hisse alımlarını engellemesi nedeniyle gereğinden fazla sınırlama içermektedir.

Anlaşmanın 3.2. maddesinde ise, Cadbury Schweppes'in Türkiye'de kurulu ya da toplam dünya satışlarının %50'den fazlasını Türkiye'de yapan herhangi bir şirket veya işi satın almak istemesi halinde özetle; Tahincioğlu Holding'le projeyi tartışacağı, Tahincioğlu Holding'in Cadbury Schweppes'le aynı koşullarla pay sahibi olma hakkına sahip olduğu ve istemediği takdirde Cadbury Schweppes'in iktisap etmekte serbest olacağı belirtilmiştir. Tahincioğlu Holding, bu projede yer almak istememesi halinde, Cadbury Schweppes'in aldığı şirketin satmakta olduğu ve Cadbury Schweppes'in doğrudan satmasının sözleşmenin 3.1. maddesine aykırı olacak olan ürünlerin Türkiye'de Birlik Gıda aracılığıyla dağıtılması veya satılmasını sağlayacaktır. Ancak bu durum cari bir sözleşme veya düzenlemeye aykırı ise o takdirde iktisap tarihinden itibaren bir yılı aşmamak kaydıyla, Cadbury sözleşmeyi feshedecektir. Ancak anılan teşebbüsün söz konusu düzenlemeyi veya sözleşmeyi bir yıl içerisinde feshetmesiyle ilgili olarak birtakım engeller bulunması halinde anılan süre Tahincioğlu Holding'in onayıyla uzayabilecektir.

Yukarıda ver verilen maddeden anlaşıldığı üzere, Cadbury Schweppes ilgili ürün pazarı dahilinde ya da başka bir alanda faaliyet gösteren bir teşebbüsü devralabilecek konumda olup, ilgili teşebbüse bu hususta getirilmiş bir kısıtlama bulunmamaktadır. Şöyle ki, ana şirketi Türkiye'de olan veya toplam satışlarının %50'den fazlasını Türkiye sınırları dahilinde gerçekleştiren bir teşebbüsün

iktisabı halinde bu teşebbüs tarafından üretilecek ürünlerin dağıtımının Birlik Gıda tarafından yapılması öngörülmektedir. Sözleşmenin ilgili maddesi incelendiğinde; anılan hükmün bir tercihten çok, bir şekilde uyulması zorunlu olan bağlayıcı bir unsur olduğu anlaşılmaktadır. Bu çerçevede söz konusu şartın rekabeti olumsuz yönde etkileyip etkilemediği incelenirken, Birlik Gıda'nın gerek şekerli ve kakaolu mamüller dağıtımında, gerekse diğer ürünlerin dağıtımında hakim durumda olup olmadığı ve hakim durumda ise, Cadbury Schweppes' ce devralınacak firmanın ürettiği ürünlerin dağıtımının kendisi tarafından yapılmasını sağlamak suretiyle hakim durumunu kötüye kullanıp kullanmayacağına açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Ülkemizde dağıtım pazarı oldukça dinamik bir yapıya sahip olup çeşitli ölçeklerde çok sayıda firma pazarda faaliyet göstermektedir. İlgili coğrafi pazarın büyüklüğü, pazarın dinamik yapısı ve mevcut teşebbüslerin sayıca çokluğu bir firmanın piyasada hakim konuma geçmesi olasılığını zayıflatmaktadır. Dolayısıyla bu durum, tartışılan hükmün rekabeti kısıtlayıcı sonuçlar doğurmasını engellemektedir. Diğer yandan Cadbury Schweppes, ilgili ürün pazarında faaliyet gösteren bir teşebbüsü devralsa dahi, bu durumun pazarda ana teşebbüslerden yalnız birisinin kalması sebebiyle, taraflar arasında rekabetçi davranışların koordinasyonuna yol açmayacağı anlaşılmaktadır.

Yukarıda yer verilen maddenin devamında Cadbury Schweppes'in Türkiye'de kurulu olmayan ya da toplam dünya satışlarının %50'sini veya daha azını Türkiye'de yapan herhangi bir şirket veya işi satın almak istemesi halinde ise özetle; Cadbury Schweppes'in 3.1. maddesinde verdiği taahhüde aykırı olsa dahi iktisap işlemini yapma hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. İktisap edilen şirketin ürünlerinin dağıtımını ya da satımının Kent Gıda veya Birlik Gıda aracılığıyla ne şekilde yapılabileceğini taraflar iyiniyet çerçevesinde tartışacaktır.

Rekabet Etmeme Anlaşması'nın bu maddesinin herhangi bir zorunluluk unsuru taşımadığı görülmekte, taraflar burada ortaklık ilişkisi çerçevesinde dağıtım faaliyetini müzakere edeceklerini belirtmektedirler. Dolayısıyla anılan maddenin herhangi bir rekabet kısıtlaması içermediği anlaşılmıştır.

I-SONUÇ

Yukarıda yer verilen açıklamalar ışığında,

Kent Gıda Maddeleri San. ve Tic. A.Ş.'nin çıkarılmış sermayesinin %51'ini ve Birlik Gıda San. ve Tic. A.Ş.'nin esas sermayesinin %60'ını temsil eden hisselerin Cadbury Schweppes Overseas Limited tarafından devralınması işleminin;

1- ilgili ürün alt pazarlarından sakız ve çikolatalı ürünler pazarındaki payının %25 eşliğinin altında olmasına karşın, Kent Gıda'nın gerek şekerleme pazarındaki payının %66'ya ulaşması gerekse ciro bakımından 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesine dayanılarak çıkarılan ve 1998/2 sayılı Tebliğ ile değişik 1997/1 sayılı

“Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ” kapsamında izne tabi bir hisse devir işlemi olduğuna,

2- bu işlem sonucunda, aynı Kanun’un 7. maddesinde belirtilen hakim durum yaratılması veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesi ve böylece rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmamasına karşılık, devir işleminin tamamlayıcı unsuru olan Rekabet Etmeme Anlaşması’nın bazı maddeleri ile getirilen rekabet yasaklarının hem süresi hem kapsamı bakımından rekabeti gereğinden fazla sınırladığına, dolayısıyla incelenen devralma işlemine Rekabet Etmeme Anlaşması’nda getirilen rekabet yasaklarının yan sınırlama sayılabilmesi bakımından gerekli görülen;

- a) devreden taraf gerçek kişiler için 3 yıllık rekabet yasağının sadece ticari itibar devrinin söz konusu olması nedeniyle 2 yıla indirilmesi (Rekabet Etmeme Anlaşması m.4.1.(A)),
- b) hisse devir işlemiyle Cadbury Schweppes ve Tahincioğlu Holding arasında tesis edilen ortak girişim bakımından, ana teşebbüslere getirilen rekabet yasağının “ortak kontrol devam ettiği sürece” geçerli olacak şekilde değişiklik yapılması (Rekabet Etmeme Anlaşması m.2.1.(A) ve m.3.1),
- c) gerek devreden taraf gerçek kişilere, gerekse Tahincioğlu Holding ve Cadbury Schweppes’e getirilen rakip teşebbüslerde sermayenin %4’ünden fazla pay sahibi olma yasağının, yatırım amaçlı ve payı edinilen teşebbüste kontrol değişikliği yaratmayacak hisse alımlarını engellemeyecek şekilde değiştirilmesi (Rekabet Etmeme Anlaşması m.2.1.(A), 3.1 ve 4.1.(A)),

koşuluyla izin verilmesine;

OY BİRLİĞİ ile karar verilmiştir.