

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2003-3-41 (Devralma)

Karar Sayısı : 03-27/323-139

Karar Tarihi : 24.4.2003

A- TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Mustafa PARLAK (Başkan Y.)

Üyeler : A. Ersan GÖKMEN, R. Müfit SONBAY, Rıfki ÜNAL, Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI, Tuncay SONGÖR, Kublay ATASAYAR, Sıraç ASLAN

B- RAPORTÖRLER: Hakan SABUNCU, Ali Fuat KOÇ

**C- BİLDİRİMDE BULUNAN: Doğuş Holding A.Ş.
Temsilcisi: Mehmet ERDEM
T. Garanti Bankası A.Ş. Cinnah Cad. No: 2/4
Kavaklıdere/Ankara**

**D- TARAFLAR: Doğuş Holding A.Ş.
Büyükdere Caddesi No: 63 Maslak/İstanbul
Doğuş İnşaat ve Ticaret A.Ş.
Büyükdere Caddesi Doğuş Han No: 42
Mecidiyeköy/İstanbul
Doğuş Turizm Sağlık Yatırım ve İşletme Sanayi Ticaret A.Ş.
Levent Nispetiye Mah. Aytar Cad. No: 2 Beşiktaş/İstanbul
Garanti Turizm Yatırım ve İşletme A.Ş.
Büyükdere Caddesi Doğuş Han No: 42/3
Mecidiyeköy/İstanbul
Somtaş Tarım ve Ticaret A.Ş.
Büyükdere Caddesi No: 65 Maslak/İstanbul
Dat Bakery International Holding B.V.
1. Herengracht 548 Amsterdam (1017 CG)/HOLLANDA**

E- DOSYA KONUSU: Dat Bakery International Holding B.V.'nin Doğuş Holding A.Ş., Doğuş İnşaat ve Ticaret A.Ş., Garanti Turizm Yatırım ve İşletme A.Ş., Somtaş Tarım ve Ticaret A.Ş. kontrolünde bulunan Unmaş Unlu Mamuller Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ye ait hisselerin tamamını devralması işlemine izin ya da menfi tespit belgesi verilmesi talebi.

F- DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 3.4.2003 tarih, 1425 sayı ve 11.4.2003 tarih, 1559 sayı ile intikal eden 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 16.4.2003 tarih, 2003-3-41/Ö.İ.-03-HS sayılı Devralma Ön İnceleme Raporu 21.4.2003 tarih, REK.0.07.00.00/47 sayılı Başkanlık önergesi ile 03-27 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

Ayrıca Kurum kayıtlarına 14.4.2003 tarih ve 1568 sayı ile intikal eden elektronik postada, Rapora konu devralma işlemi ile piyasalara kaçak un temin ederek haksız kazanç sağlayan Doruk Una Değer Katma A.Ş.'nin daha güçleneceği belirtilip, söz konusu devralma işleminin aslında bir kara para aklama operasyonu olduğu ifade edilerek, konunun incelenmesi talep edilmiştir.

G- RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili Rapor'da; Doğu Holding A.Ş.'ye ait Unmaş Unlu Mamuller Sanayi ve Ticaret A.Ş. sermayesinin tamamını temsil eden hisse senetlerinin Dat Bakery International B.V.'ye devredilmesi işlemine ilişkin olarak;

- 24.3.2003 tarihli "Hisse Satım Sözleşmesinde" öngörülen işlemin 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ kapsamında bildirilmesi zorunlu olmayan bir devir işlemi olduğu,

- Sözleşme'nin "Rekabet Yasağı" başlıklı 8.17. maddesiyle Doğu Holding A.Ş., Doğu İnşaat ve Ticaret A.Ş., Garanti Turizm Yatırım ve İşletme A.Ş., Somtaş Tarım ve Ticaret A.Ş.'ye getirilen iki yıllık rekabet yasağının yan sınırlama sayılması ve Sözleşme'nin "Gizlilik" başlıklı 8.5. maddesinde öngörülen gizlilik yükümlülüğünün rekabet yasağı süresine paralel olarak iki yıllık süreyi aşmayacak şekilde sınırlandırılması halinde söz konusu devralma işlemine kaynak olan "Hisse Satım Sözleşmesi"ne menfi tespit verilebileceği,

- Kurum kayıtlarına 14.4.2003 tarih ve 1568 sayı ile intikal eden elektronik postada Rapora konu devralma işleminin bir kara para aklama operasyonu olduğu iddiasının 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilemeyeceği,

ifade edilmektedir.

H- İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. İlgili Pazar

H.1.1. İlgili Ürün Pazarı

1997/1 sayılı Tebliğ uyarınca, ilgili ürün pazarı belirli bir ürün ve onunla yüksek ikame edilebilirliği olan ürünlerden oluşur. Bir malın diğer bir malla aynı pazarda sayılabilmesi için bu iki ürünün tüketici gözünde nitelikleri, kullanım amaçları ve fiyatları bakımından benzer olması gerekir. Bu bağlamda Unmaş Unlu Mamuller Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Unmaş) tarafından üretilen ürünlerin nitelikleri ve tüketici tarafından tercih edilme sebeplerini açıklamak gerekmektedir. Anılan teşebbüs tarafından üretilen ürünler; ekmek, sandviç, hamburger, galeta, kek ve pastaban, dondurulmuş gıdalar olmak üzere altı ana grup altında toplanmıştır.

Bildirim Formu'nda yer alan bilgilerden; Unmaş tarafından üretilen dondurulmuş gıdaların toplam üretimi içinde ihmal edilecek miktarda olduğu anlaşılmıştır. Dolayısıyla anılan teşebbüsün üretim faaliyetinin değerlendirilmesi unlu mamuller açısından yapılacak, unlu mamuller içinde ise ekmek üretimi dikkate alınacaktır. Unmaş'ın ekmek grubu altında ürettiği ürünler ise; uno form light ekmek, kepekli ekmek, çavdar ekmek, light form beyaz ekmek olmak üzere dört başlık altında pazarlanmaktadır. Anılan tür ekmekler genel olarak "sindirim kolaylığı, kolesterol düşürme ve düşük kalori içerme" özellikleri ile dikkati çekmektedir. Dolayısıyla, Unmaş tarafından üretilen ürünlerin söz konusu özellikleri itibarıyla ilgili

ürün pazarı olan “ekmek pazarı”nın dışında “paketlenmiş nitelikli ekmek pazarı” olarak tanımı yapılmasını gerektirebilecektir.

Tüketicilerde varolan geleneksel alışkanlıklar nedeniyle ekmeğin fiyat esnekliğinin son derece düşük olması anılan ürünü vazgeçilmez hale getirmekte ve ürünün fiyatında meydana gelecek herhangi bir farklılık neticesinde talep, ucuz ekmeğe doğru yönelmektedir. Ancak dikkat edilirse talepteki kayma yönü nispi olarak pahalı ekmekten ucuz ekmeğe doğru olmakta ve dolayısıyla bu tanım, ekmeğin tüketici nazarındaki tercihini fiyatın belirlediğini ortaya koymaktadır. Tüketicilerin anılan davranış kalıbı içinde olmalarını sağlayan güdü ise ekmeğin doyurucu “temel besin maddesi” olarak algılanmasıdır. Bu noktada Unmaş tarafından üretilen ürünlerin niteliklerine bakıldığında, “temel besin maddesi” olmalarının yanı sıra yukarıda da belirtildiği üzere, “sindirim kolaylığı, kollesterol düşürme ve düşük kalori içerme” gibi ilgili ürüne nitelik kazandıran özellikler ürünün pazarlanmasında ve talebinin oluşturulmasında etkili bir biçimde kullanılmaktadır. Söz konusu ürünlerin fiyatına bakıldığında ise;

- Uno form light ekmek beyaz (580 gr.)	1.800.000 TL
- Kepekli ekmek (460 gr.)	1.725.000 TL
- Çavdar ekmek (480 gr.)	2.050.000 TL
- Uno form light esmer ekmek (385 gr.)	2.100.000 TL

seviyelerinde satışı gerçekleşmektedir. Dolayısıyla, piyasada normal ekmek fiyatı ile karşılaştırıldığında 200 gramı 250.000TL-300.000TL arasında satılan piyasa ekmeği karşısında 200 gram baz alındığında uno light beyaz ekmek yaklaşık 600.000TL, kepekli ekmek 750.000TL, çavdar ekmeği 850.000TL, uno light esmer ekmek ise 1.000.000TL’ye karşılık gelmektedir. Bu nedenle ürün nitelikleri ve fiyatları açısından bir karşılaştırma yapıldığında Unmaş ürünlerinin piyasa ekmeğine nazaran nitelik ve fiyat farklılıklarına sahip olduğu görülmektedir.

Duruma arz ikamesi açısından bakıldığında “makinele üretime geçen” ekmek üreticilerinin ve özellikle “halk ekmek fabrikaları”nın üretim bantlarında önemli maliyetler gerektiren değişikliklere ihtiyaç duymadan ürün çeşitlerini Unmaş niteliğinde üretebilme kabiliyetinde olduklarından anılan tür üreticiler de “ekmek pazarında” değerlendirilmektedir. Dolayısıyla, ekmeğin en önemli satın alınma saikinin “temel besin maddesi” olması nedeniyle, ürün nitelikleri ve fiyat argümanları ikame kavramı konusunda kendi başlarına açıklayıcı değişkenler olmamakta ve bu nedenle rakip ve müşteri anketlerinin yanı sıra esneklik, fiyat/yoğunlaşma, fiyat korelasyonu analizlerinin varlığına da ihtiyaç duyulmaktadır.

Ancak Unmaş’ın yurt dışında kurulu ve yurt içinde faaliyeti olmayan bir teşebbüs (Dat Bakery International B.V.) tarafından devralınması nedeniyle, Unmaş tarafından üretilen ürünlerin “ekmek pazarı” ya da “paketlenmiş nitelikli ekmek pazarı” dahilinde değerlendirilmesinin bu işlemin sonucunu etkileyecek bir tespit olmayacağı kanaatine varılmıştır.

Bu çerçevede bildirim konusu devir işleminde ilgili ürün pazarı “ekmek pazarı” olarak belirlenmiştir.

H.1.2. İlgili Coğrafi Pazar

Taşıma maliyetleri, malın dayanıklılığı, mal dağıtım sisteminin etkinliği, belirli sağlayıcılar bakımından tüketici tercihleri ve hatta geleneksel alışkanlık ve müşterilerin damak zevkleri gibi unsurlar incelendiğinde homojen bir yapıya sahip olmalıdır. Bu veriler ışığında ilgili coğrafi pazar “Türkiye Cumhuriyeti Sınırları” olarak tespit edilmiştir.

H.2. Taraflar

H.2.1. Doğu Holding A.Ş. ve Grup Şirketleri

Merkezi İstanbul olan Doğu Holding A.Ş.'nin başlıca faaliyet alanı; gıda, finans, otomotiv ve inşaat sektörüne ilişkin konulardır.

Unmaş hissedarı olan Doğu Holding A.Ş.'ye bağlı grup şirketlerine ise aşağıda yer verilmiştir.

Bunlar; Garanti Turizm Yatırım ve İşletme A.Ş., Doğu İnşaat ve Ticaret A.Ş., Somtaş Tarım ve Ticaret A.Ş. ve Doğu Turizm Sağlık Yatırım ve İşletme Sanayi Ticaret A.Ş.'dir.

Doğu Holding A.Ş.'nin kontrolünde bulunan ve gıda sektöründe faaliyet gösteren diğer şirketler ise; Done Dondurulmuş Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve Done Pazarlama ve Dağıtım A.Ş.'dir.

Doğu Holding A.Ş.'nin Yönetim Kurulu üyeleri; Ferit Faik ŞAHENK, Yücel ÇELİK, Gönül TALU, Sadi GÖĞDÜN, Süleyman SÖZEN, Aclan ACAR, Hüsnü AKAN, Yücel ARAT ve Ahmet KURUTOĞLU'dan oluşmaktadır.

H.2.2. Unmaş Unlu Mamüller Sanayi ve Ticaret A.Ş.(Unmaş)

Unmaş'ın başlıca faaliyet alanı; dilimlenmiş ekmek ve dondurulmuş unlu gıda üretimi, dağıtımı ve pazarlamasıdır.

Devralma işlemi öncesi Unmaş 'ın ortaklık yapısına Tablo:1'de yer verilmiştir.

Tablo 1- Unmaş'ın Devralma Öncesi Hisse Yapısı

Hissedarlar	Hisse Adedi	Oran (%)
Doğu Holding A.Ş.	5.119.240.209	84.7
Doğu Turizm Sağlık Yat. ve İşlt. San. Tic. A.Ş.	113.819.060	1.8
Garanti Turizm Yatırım İşletme A.Ş.	39.024.430	0.6
Doğu İnşaat ve Ticaret A.Ş.	777.916.300	12.9
Somtaş Tarım ve Tic. A.Ş.	1	≈0
Toplam	6.050.000.000	100

Mevcut yönetim kurulu ise; Sincar TOKER, Süleyman Kadir TUĞTEKİN, Ferit Faik ŞAHENK, Ahmet Kamil ESİRTGEN ve İlhan CAN'dan oluşmaktadır.

Devralma işlemi sonrasında Unmaş'ın ortaklık yapısı Tablo-2'de gösterildiği gibi olacaktır.

Tablo 2- Unmaş'ın Devralma Sonrası Hisse Yapısı

Hissedarlar	Hisse Adedi	Oran (%)
Dat Bakery International Holding B.V.	6.049.999.996	100
Eren Nil	1	≈0
Evren Ünver	1	≈0
Hasip Gençer	1	≈0
Günel İnce	1	≈0
Toplam	6.050.000.000	100

H.2.3. Dat Bakery International Holding B.V.

Dat Bakery International Holding B.V.'nin başlıca faaliyet alanı; un ve unlu mamuller üretimi, dağıtımı ve pazarlanmasına ilişkin faaliyet gösteren şirketlerin belirli bir yönetim kontrolüne bağlı olarak Holding altında sevk ve idaresidir. Şirketin ortaklık yapısına Tablo-3'te yer verilmiştir.

Tablo 3- Dat Bakery International Holding B.V. Ortaklık ve Hisse Yapısı

Hissedarlar	Hisse Adedi	Oran (%)
Corendon Holding B.V.	25.000.000	50,00
Esperald Holding B.V.	23.510.000	47,02
Advent Central & Eastern Europa II-A Limited Partnership	1.490.000	2,98
Toplam	50.000.000	100,00

Anılan şirketin yönetim kurulu ise; Nutki AKSOY, Evren R. ÜNVER, Gelu TUDOSE, Hasip GENÇER, Mehmet Kemal DUYGU ve Günel İNCE'den oluşmaktadır.

Dosya mevcudu bilgi ve belgelerden; Dat Bakery International B.V.'nin, Unmaş'ı devralmak amacıyla kurulduğu ve yukarıda yer verilen hissedarlarının hiçbirinin doğrudan ya da dolaylı olarak Türkiye'de devralmayı ilgilendiren pazarda faaliyetinin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Buna ek olarak Türkiye'de yerleşik bir teşebbüs olan Doruk Una Değer Katma Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin, Corendon Holding B.V.'nin tek hissedarı olduğu ancak anılan firmanın un pazarında faaliyette bulunduğu, dolayısıyla ilgili pazarda faaliyetinin bulunmadığı da tespit edilmiştir.

H.3. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

H.3.1. Devralma İşlemi

Başvuru konusu, Doğu Holding A.Ş., Doğu İnşaat ve Ticaret A.Ş., Doğu Turizm Sağlık Yatırım ve İşletme Sanayi Ticaret A.Ş., Garanti Turizm Yatırım ve İşletme A.Ş., Somtaş Tarım ve Ticaret A.Ş.'ye ait Unmaş Unlu Mamuller Sanayi ve Ticaret A.Ş. sermayesinin tamamını temsil eden hisse senetlerinin Dat Bakery International B.V.'ye devri işlemidir. Taraflar arasında 24.3.2003 tarihinde imzalanmış olan sözleşmeye göre, Doğu Holding A.Ş. ve yukarıda anılan grup şirketlerinin sahip olduğu hisse senetlerinin tamamı Dat Bakery International B.V.'ye devrolunacaktır.

4054 sayılı Kanun'un 7. maddesine dayanılarak çıkartılan 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesinde yer alan tanımlamaya göre; Bir işlemin devralma

sayılabilmesi için, “herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları devralması ve kontrol etmesi” gerekmektedir.

1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesi anlamında birleşme veya devralma kabul edilen bir işlemin Rekabet Kurulu'ndan izin almak üzere bildirilmesi zorunlu bir işlem olarak değerlendirilebilmesi için, aynı Tebliğin 1998/2 No'lu Tebliğ ile değişik 4. maddesine göre, “..işlemi gerçekleştiren teşebbüslerin, ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasında, toplam pazar paylarının, piyasanın %25'ini aşması veya bu oranı aşmasa bile toplam cirolarının yirmi beş trilyon Türk Lirası'nı aşması...” gerekmektedir.

Devralma işlemi taraflarından Dat Bakery International B.V.'nin Türkiye Cumhuriyeti sınırları dahilinde hiçbir faaliyeti bulunmamaktadır. Devreden taraf Doğu Holding A.Ş.'nin de ilgili ürün pazarlarında Unmaş'ın haricinde herhangi bir faaliyeti yoktur. Bu açıklamalar ışığında ilgili işlemin 1997/1 sayılı Tebliğ'in kapsamında bir işlem olup olmadığını belirlemek için sadece Unmaş'ın ciro ve pazar paylarının dikkate alınması gerekmektedir.

Unmaş'ın 31.12.2002 tarihli gelir tablosuna göre ilgili ürün pazarındaki cirosunun tamamı TL ve ilgili ürün pazarının “ekmek pazarı” olarak belirlenmesi sebebiyle Türkiye Cumhuriyeti sınırları dahilinde ekmek pazarındaki payı da %25 pazar payı eşiğinin altındadır.

Bu açıdan Doğu Holding A.Ş. ve grup şirketlerinin sahip olduğu Unmaş hisselerinin Dat Bakery International B.V.'ye devredilmesi işlemi 1997/1 sayılı Tebliğ'in 4. maddesi kapsamında izne tabi değildir.

Unmaş tarafından üretilen ürünlerin “paketlenmiş nitelikli ekmek pazarı” dahilinde değerlendirilmesi durumunda da sonuç değişmeyecektir. Nitekim Türkiye Cumhuriyeti sınırları dahilinde ekmek üretimi faaliyeti içinde olmayan bir teşebbüs tarafından devralma işlemi gerçekleşmekte ve bunun sonucunda pazarda herhangi bir yoğunlaşma ya da işbirliği doğurucu etki olasılığı meydana gelmemektedir. Bu nedenle devralma işlemi ile ne Unmaş'ın pazar payı artmakta ne de pazarın mevcut yapısında bir değişiklik meydana gelmektedir.

H.3.2. Hisse Devir Sözleşmesinde Yer Alan Rekabet Yasağı

Doğu Holding A.Ş. ile Dat International B.V. arasında imzalanan “Hisse Satım Sözleşmesi”nin 8.17. maddesinde, Unmaş'da hissedar olan Doğu Holding A.Ş. ve diğer grup şirketlerine ilgili pazarda iki yıl süre ile rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmektedir. Anılan Sözleşme'nin “Rekabet Yasağı” başlıklı 8.17. maddesi;

“Kapanıştan itibaren iki yıl süreyle, Satıcılardan hiç biri (i) doğrudan doğruya veya dolaylı olarak işle¹ iştirgal etmeyecek ya da (ii) Türkiye Cumhuriyeti'nde İşle iştirgal

¹ “İş” tanımı Hisse Satım Anlaşması'nın 1. bölümünde yapılmıştır. Buna göre iş: Hazır taze unlu mamuller ve ayrıca paketlenmiş ekmek ve dondurulmuş, hafif fırınlanmış (ön fırınlama yapılmış), hafif fırınlanmış-dondurulmuş ve fırınlanmış dondurulmuş hamur ürünlerinin Türkiye Cumhuriyeti'nde üretim, satış, pazarlama ve dağıtımına anlamına gelmektedir.

eden herhangi bir tüzel şahsa doğrudan doğruya veya dolaylı olarak iştirak etmeyecek veya yardımcı olmayacak veya işbirliğine girmeyecek ve kendi bağlı şirketlerinin de bunu yapmamasını sağlayacaktır.” şeklindedir.

Yan sınırlamalar ve bu çerçevede rekabet yasakları, alıcıların devraldıkları maddi ve maddi olmayan varlıkların değerinden tam olarak yararlanmalarının, dolayısıyla çerçevede alıcının yaptığı yatırımın karşılığını tam olarak almasının bir aracı olarak görülmektedir. Zira rekabet yasağının yokluğunda, satıcının eski müşterilerini çekebilecek olması, alıcının devralmayı gerçekleştirmekte isteksiz davranmasına neden olabileceği için, rekabet yasağı; satışın istenen sonucu doğurması noktasında genelde olumlu bir etkiye sahip olmaktadır.

Bu yönüyle devralma işleminde satıcılara getirilen kimi rekabet yasakları, yoğunlaşmanın uygulanabilmesi için yoğunlaşma ile doğrudan ilgili ve gerekli sayılmaktadır. Genel olarak rekabet yasaklarının yan sınırlama kavramı çerçevesinde yoğunlaşma işlemi ile birlikte değerlendirilebilmesi için, yoğunlaşma ile doğrudan ilgili ve gerekli olma kriterinin yanı sıra “sadece taraflar açısından kısıtlayıcı olma” ve “orantılılık” kriterlerini de sağlaması gerekmektedir. Bu kriterler çerçevesinde yer verilen değinilen rekabet yasağına ilişkin hükmün değerlendirilmesi gerekmektedir.

H.3.2.1. Sadece Taraflar Açısından Kısıtlayıcı Olma İlkesi

Yoğunlaşma ile birlikte değerlendirilebilecek “yan sınırlama” düzenlemesinin, yoğunlaşmanın tarafı olan teşebbüslerin pazardaki hareket özgürlüklerini sınırlandırmasına ancak yan sınırlamanın yoğunlaşma işleminin kaçınılmaz sonucu olduğu müddetçe, üçüncü kişi ya da teşebbüslere ekonomik davranışlarını etkileyecek ya da bu teşebbüslerin zararına olacak herhangi bir kısıtlama içermemesi şartıyla izin verilebilecektir. Rekabet yasağına ilişkin ilgili sözleşme hükmünün lafzı temel alındığında, rekabet etmeme yükümlülüğünün sadece satıcı konumunda bulunan hissedarlara getirildiği, bu çerçevede üçüncü kişilerin pazar davranışlarına ilişkin herhangi bir kısıtlama içermediği görülmektedir.

H.3.2.2. Orantılılık İlkesi

Bir kısıtlamanın yan sınırlama olarak kabul edilmesinde yalnızca kısıtlamanın niteliğinin değil; aynı zamanda kapsamının, süresinin ve coğrafi uygulama alanının da işlemin yürütülebilmesi için gerekli olandan fazla sınırlanmış olup olmadığının değerlendirilmesi ve devralınan teşebbüsün faaliyet alanına giren ürün ve hizmetlerle sınırlı olması gerekmektedir. İlgili kısıtlamanın, Unmaş'ın faaliyetleri ile sınırlandırılması, daha geniş bir faaliyet alanı bakımından öngörülmemiş olması, sınırlamanın kapsam yönünden zorunluluk ve objektiflik niteliklerini taşıdığını göstermektedir.

Hisse Satım Sözleşmesi ile getirilen rekabet etme yasağının süre yönünden de değerlendirilmesi yapıldığında; devralma işlemiyle birlikte, devralan tarafa peştemaliye ve bununla birlikte know-how aktarımını gerektirmektedir. Bir teşebbüsün veya birimin devralınması genellikle, transfer edilen sinai-ticari mülkiyet haklarından tam olarak faydalanılmasını gerektirmektedir. Ancak satıcı, devrettiği faaliyetlerin dışındaki alanlarda kullanmak amacıyla bu tür haklara sahip kalmak

isteyebilmekte ve bu durumda, alıcıya hakların tam olarak kullanılmasına yönelik lisans verilmektedir.

Devralma işleminin makina ve teçhizat satışı ile sınırlı olmadığı, aksine devralma işlemi ile birlikte alıcıya teknik know-how, belli bir müşteri kitlesi ve imaj aktarımının da olduğu durumlarda, alıcının yeni vakıf olduğu know-how'ı etkin bir biçimde kullanarak, devraldığı müşteri kitlesini koruyabilmesi için, satıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü daha da önemli hale gelmektedir.

Buna göre, devreden teşebbüse getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü ile alıcıya sağlanan korumanın, devralma işleminin gerçekleşebilmesi için zorunlu olduğu ve Kanun'un 4. maddesi kapsamında bir rekabet kısıtlaması yaratmadığı kanaatine varılmıştır.

Dosya mevcudu bilgi ve belgelerden, "Hisse Satım Sözleşmesi"nde satıcıya getirilen iki yıllık rekabet yasağının, Doğu Holding A.Ş. ve grup şirketlerinin; Unmaş'daki faaliyetlerine ilişkin sahip oldukları ürün markaları ve tüm peştemaliyeyi söz konusu pazardan tamamen çekmek suretiyle devrettikleri ve bu peştemaliyenin özellikle, Unmaş'ın uzun yıllar boyunca elde ettiği müşteri portföyünü, satış ve servis ağını içerdiği görülmektedir.

Ayrıca, devralma işlemine konu olan "know-how"ın esas olarak Unmaş'ın üretiminden satış ve pazarlamasına kadar olan tüm aşamalara ilişkin sahip olduğu bilgi birikimi ve tecrübesini içerdiği, bunların belirli, özlü ve gizli olduğu ve know-how tanımına uygun olduğu da anlaşılmaktadır.

Bu açıklamalar ışığında; yazılı bir kitapçık ya da belgede kayıtlı olmamasına rağmen; Unmaş'ın yıllar boyunca elde ettiği tecrübesine dayanan ve esas olarak çalışanlarının bilgisi dahilinde olan, üretim, kalite kontrol, uygun hammadde seçimi, dağıtım ve pazarlama süreçlerine ilişkin olan bilgilerin, 1998/2 sayılı Tebliğ'deki koşulları taşıdığından "know-how" olarak değerlendirilmesi ve bu nedenle "Hisse Devir Sözleşmesi"nin 8.17. maddesinde Doğu Holding A.Ş. ve onunla kontrol unsurları bakımından aynı grupta yer alan şirketler üzerine getirilen iki yıllık rekabet yasağının bir yan sınırlama sayılması gerekmektedir.

H.3.3. Hisse Devir Sözleşmesi'nde Yer Alan Gizlilik Hükümü

Hisse Devir Sözleşmesi'nin "Gizlilik" başlıklı 8.5. maddesi;

"(a) Bu işlemlerle ilgili bütün basın bülten ve açıklamaları, Alıcı ve Doğu'un ön inceleme ve onayına tabi olacaktır.(b) Alıcı ve Satıcılar'ın her biri bu Anlaşma'nın veya burada öngörülen taahhütlerin ifası sırasında ya da şirketin sermaye ve yönetimine iştirak etmek yoluyla bu Anlaşma'nın diğer tarafından edindiği veya anlaşmanın diğer tarafıyla ilgili bütün bilgileri kesinlikle gizli tutacağını kabul ve taahhüt eder. Tarafların her biri, yukarıdaki cümlede bahsi geçen bilgileri, bu Anlaşma'da veya ilgili anlaşmalarda açıkça aksi belirtilen durumlar dışında diğer tarafın ön yazılı izin ve onayını almadan yayınlamayacağını, ifşa etmeyeceğini, kamuya açıklamayacağını veya kullanmayacağını kabul ve taahhüt eder. Bu paragrafta belirtilen gizlilik kısıtlamaları: (i) ifşa anında zaten ve meşru olarak alıcı tarafın bilgisinde bulunan ve ifşa eden tarafın gizlilik konusunda koyduğu herhangi bir sorumluluk ve yükümlülüğe tabi olmayan bilgilere; (ii) alıcı tarafın bir ihlalden kaynaklanmadıkça, ifşa anında zaten kamunun bilgisinde olan ya da ifşa edildikten

sonra kamuya açıklanan veya kamunun bilgisine giren bilgilere; (iii) alıcı tarafın kendisinin bağımsız olarak geliştirdiğini ya da ifşa eden taraftan doğrudan veya dolaylı bir gizlilik kısıtlamasına tabi olarak bu bilgileri edinmemiş bir üçüncü şahıstan aldığı kanıtlayabildiği bilgilere; (iv) tarafların artık gizli olmadığını kabul ettiği bilgilere ve (v) cari kanunlara göre ya da adli, resmi veya başka otoritelerin emirleri uyarınca ya da borsa kurallarına göre ifşa edilmesi zorunlu olan veya ifşası emredilen bilgilere uygulanmayacaktır. ”

hükümlerini içermekte ve bu madde ile tarafların her birine gizlilik yükümlülüğü getirilmektedir. Anılan gizlilik yükümlülüğü için tarafların herhangi bir süre öngörmedikleri anlaşılmaktadır. Yoğunlaşma işlemlerinde getirilen bilginin gizli tutulmasına ilişkin yükümlülükler, tarafların karşılıklı güvenlerini sağlamadaki ve alıcının yaptığı yatırımın karşılığını tam olarak almasındaki işlevleri nedeniyle yoğunlaşma ile doğrudan ilgili ve gerekli kabul edilmekte, diğer yandan rekabet yasakları ile benzer sonuçlar doğurmaları nedeniyle de süre yönünden aynı temel kriterlere göre değerlendirilmektedir.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, yan sınırlamaların süre ve kapsam yönünden belirli olması genel prensibi çerçevesinde gizlilik hükmünün süresinin rekabet yasağının süresine paralel olarak taraflar arasında imzalanan Hisse Satım Anlaşması'nda yer verilen kapanış tarihinden (29.4.2003) itibaren iki yıllık süreyi aşmayacak şekilde sınırlandırılması halinde yan sınırlama olarak değerlendirilebilecektir.

İ- SONUÇ

Yukarıda yer verilen bilgiler ışığında; Doğu Holding A.Ş.'ye ait Unmaş Unlu Mamuller Sanayi ve Ticaret A.Ş. sermayesinin tamamını temsil eden hisse senetlerinin Dat Bakery International B.V.'ye devredilmesi işlemine ilişkin olarak;

- Söz konusu Hisse Satım Sözleşmesinde öngörülen işlemin 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ kapsamında izne tabi bir devir işlemi olmadığına,
- 24.3.2003 tarihli Hisse Satım Sözleşmesi'nin “Rekabet Yasağı” başlıklı 8.17. maddesiyle Doğu Holding A.Ş., Doğu İnşaat ve Ticaret A.Ş., Doğu Turizm Sağlık Yatırımları ve İşletmeciliği Sanayi ve Ticaret A.Ş., Garanti Turizm Yatırım ve İşletme A.Ş., Somtaş Tarım ve Ticaret A.Ş.'ye getirilen iki yıllık rekabet yasağının yan sınırlama sayılması ve Sözleşme'nin “Gizlilik” başlıklı 8.5. maddesinde öngörülen gizlilik yükümlülüğünün rekabet yasağı süresine paralel olarak iki yıllık süreyi aşmayacak şekilde sınırlandırılması halinde söz konusu devralma işlemine kaynak olan “Hisse Satım Sözleşmesi”ne menfi tespit belgesi verilebileceğine,
- Bu koşulların yerine getirilmesi için kararın tebliğinden itibaren ilgili taraflara 60 gün süre verilmesine ve bu süre içerisinde, öngörülen düzeltmelerin yapıldığına dair belgelerin Kurum'a sunulmasına,
- Aksi takdirde 4054 sayılı Kanun'un 56. maddesi uyarınca sözleşmenin geçersiz olacağına, Kurulumuzca öngörülen düzeltmeler yapılmadan uygulamaya devam edilmesi halinde haklarında soruşturma açılacağına ve aynı Kanun'un 16. ve 17. maddeleri uyarınca işlem yapılacağına taraflara bildirilmesine,

- Kurum kayıtlarına 14.4.2003 tarih ve 1568 sayı ile intikal eden elektronik postada Rapora konu devralma işleminin bir kara para aklama operasyonu olduğu iddiasının 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilemeyeceğine,
OY BİRLİĞİ ile karar verilmiştir.