

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : D3/1/Y.K.-01/1 (Devralma)

Karar Sayısı : 01-30/299-89

Karar Tarihi : 4.7.2001

A- TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU (Başkan)

Üyeler : Dr. Kemal EROL (İkinci Başkan), İsmet CANTÜRK,
A. Ersan GÖKMEN, R. Müfit SONBAY, Murat GENCER, Mustafa PARLAK,
Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ

B- RAPORTÖRLER : Yüksel KAYA, Aydın ÇELEN

C- BİLDİRİMDE BULUNAN: - Yaşar Holding A.Ş.

- Carlsberg Breweries A/S
Temsilcisi: Av. Efser Zeynep ERGUN
Av. Cüneyt Yüksel
Süleyman Seba Cad. 95-97 Akaretler Sıraevler
Beşiktaş İstanbul

D- TARAFLAR: - Carlsberg Breweries A/S
100 Ny Carlsberg Vej, DK-1760 Kopenhag V DANİMARKA

- Yaşar Holding A.Ş.
Şehit Fethi Bey Cad. No: 120 35210 İzmir

E- DOSYA KONUSU: Carlsberg Breweries A/S (Carlsberg)'nin Türk Tuborg Bira ve Malt Sanayi A.Ş. (Türk Tuborg) hisselerinin %47.77'sini satın almasına izin verilmesi talep edilmektedir.

F- DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 18.6.2001 tarih ve 2594 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 düzenlenen 28.6.2001 tarih, D3/1/Y.K.-01/1 sayılı Devralma Ön İnceleme Raporu, 28.6.2001 tarih, REK.0.07.00.00/51 sayılı Başkanlık önergesi ile 01-30 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G- RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: Bildirim konusu devralma işlemine, hisse satın alma anlaşmasının rekabet etmeme yükümlülüğünü düzenleyen 6. maddesinde gerekli değişikliklerin yapılması halinde izin verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

H- İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

1. İlgili Pazar

Ürün Pazarı: Devralma işlemine konu olan Türk Tuborg, bira üretimi ve satışıyla iştigal etmektedir. Genel bir pazar tanımı yapmak gerekirse, Tuborg'un faaliyet gösterdiği sektörü, Türkiye içecek sektörü olarak tanımlamak mümkündür. Ancak yaklaşık 13,7 milyar litre büyüklüğündeki içecek sektörü, bira ile birlikte diğer alkollü içecekler, gazlı meşrubatlar, meyve suları, su, soda, sıcak içecekler, süt ve sütlü içecekler olmak üzere birbirinden oldukça farklı özelliklere sahip içecek ürünlerinin tamamını kapsamaktadır.

Ancak, bu ürünlerin içerisinde bira, değişik oranlarda alkol içerebilmesi, tüketici kitlesinin diğer içecek türlerini tüketen kitlelerden farklı olması ve diğer alkollü içeceklerle karşılaştırıldığında yaygın olarak tüketiliyor olması nedeniyle farklı bir ürün pazarı olarak değerlendirilmiştir.

Coğrafi Pazar: Biranın değişik ambalaj malzemeleri ile taşınmasının kolay olması, çok kısa sürede tüketilme zorunluluğu bulunmaması ve devralmaya taraf olan şirket ürünlerinin Türkiye genelinde rahatlıkla piyasaya arz edilebiliyor olması hususları gözönünde bulundurularak, Türkiye Cumhuriyeti sınırları ilgili coğrafi pazar olarak belirlenmiştir.

2- Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

2.1. Devralma İşleminin Değerlendirilmesi

Bildirime konu olan devralma işlemi sonrasında Carlsberg'in Türk Tuborg'un kontrolünü eline geçirecek olması nedeniyle bu işlem, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi kapsamında incelenmesi gereken bir devralma işlemidir.

Kanun'un 7. maddesinin ikinci fıkrasında, hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurul'a bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul'un çıkaracağı tebliğlerle ilan edeceği belirtilmiştir. Bu çerçevede, 1998/2 sayılı Tebliğ ile değişik 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ ilgili pazarda toplam pazar payları %25'i ya da toplam ciroları 25.000.000.000 TL'yi aşan birleşme ve devralmalara Kurul'dan izin alma zorunluluğu getirmiştir. Buna göre, Türk Tuborg'un cirosunun yaklaşık TL olması nedeniyle, söz konusu hisse devri Kurul'dan izin alınması gereken bir devralma işlemidir.

Türk Tuborg, halen ülkemiz bira pazarında yaklaşık %...'lik pazar payı ile %... payla hakim durumda bulunan Efes Pazarlama ve Dağıtım Ticaret A.Ş.'yi takip etmektedir. Devralan teşebbüs olan Carlsberg'in ise Türkiye'de Türk Tuborg'daki %2,24'lük hissesinden başka bir faaliyeti bulunmamaktadır. Dolayısıyla, bildirim konu olan devralmanın pazarda yoğunlaşma doğurucu bir etkisi bulunmamaktadır. Sonuç olarak, inceleme konusu olan hisse devri neticesinde, pazarda herhangi bir şekilde hakim durum yaratılması ya da hakim durumun güçlendirilmesi ve bunun sonucunda pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltılması sözkonusu değildir. Aksine, dünya bira üretiminde önemli bir güce sahip olan bir yabancı teşebbüsün kontrolüne geçmesi ile birlikte Türk Tuborg, pazarda hakim durumda olan Efes Pazarlama ve Dağıtım Ticaret A.Ş. karşısında daha etkin bir rekabet içerisine girebilecektir.

2.2. Hisse Satın Alma Anlaşmasındaki Sınırlamaların Değerlendirilmesi

Bildirime konu olan devralmayı gerçekleştirmeye yönelik olarak taraflar arasında 31.5.2001 tarihinde "Hisse Satın Alma Anlaşması" akdedilmiştir. Bu anlaşmada 15.7.2001 tarihi, devralma işleminin "tamamlanma tarihi" olarak belirlenmiş ve bu tarihe kadar hisse devri için gerekli resmi izinlerin alınmaması durumunda, aksi kararlaştırılmadıkça anlaşmanın fesholunacağı ve tarafların herhangi bir yükümlülük altına girmemiş sayılacağı hüküm altına alınmıştır. 4054 sayılı Kanun açısından önemli görülen düzenlemelere Hisse Satın Alma Anlaşması'nın, 6. maddesinde yer verilmiştir. "Rekabet" başlıklı 6. madde aynen şu şekildedir:

"İşbu anlaşmanın imzalanmasından itibaren ve Tamamlanma Tarihinden sonraki 10 yıl boyunca, SATICI ve onun herhangi bir holding şirketi, bağlı şirketi ya da iştiraki, dolaylı ya da doğrudan, İş ile ya da Şirketin veya BİMPAŞ(söz konusu şirket Türk Tuborg tarafından üretilen biraların pazarlamasını yapmakta olup, %99'una Türk Tuborg sahiptir.)'ın faaliyetleri ya da ürünleriyle rekabete girebilecek herhangi bir faaliyete (imalat, satış, dağıtım veya tedarik de dahil ancak bunlarla sınırlı olmaksızın) girişmeyecek ya da bu tür faaliyetlerden bir çıkar ya da menfaat elde etmeyecektir. Ayrıca, SATICI, herhangi bir gerçek kişi veya tüzel kişilik konumundaki herhangi bir hissedarının dolaylı ya da doğrudan, İş ile ya da Şirketin veya BİMPAŞ'ın faaliyetleri ya da ürünleriyle rekabete girebilecek herhangi bir faaliyete (imalat, satış, dağıtım veya tedarik de dahil ancak bunlarla sınırlı olmaksızın) girişmemesini ya da bu tür faaliyetlerden bir çıkar ya da menfaat elde etmemesini temin edecektir.

Tüm bunlara ilave olarak, SATICI, işbu Anlaşmanın imzalanmasından itibaren geçen süre içerisinde ve Tamamlanma Tarihinden itibaren 4 yıl boyunca, Şirketin, BİMPAŞ'ın ya da ALICI'nın herhangi bir çalışanına iş teklif etmeyecek ya da bu çalışanı istihdam etmek için faaliyette bulunmayacaktır..."

Yukarıdaki maddeden de görüleceği üzere, satıcı konumundaki Yaşar Holding A.Ş.'ye alıcı konumundaki Carlsberg ile rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmektedir. Bu yükümlülük maddede üç farklı biçimde düzenlenmiştir:

(1) Tamamlanma tarihinden itibaren 10 yıl boyunca Yaşar Holding A.Ş., holding şirketi, bağlı şirketi ya da iştiraki aracılığı ile bira sektöründe faaliyet gösteremeyecektir.

(2) Yaşar Holding'in herhangi bir hissedarı da bira sektöründe faaliyet gösteremeyecektir.

(3) Yaşar Holding, tamamlanma tarihinden itibaren 4 yıl boyunca Türk Tuborg'un, Carlsberg'in ya da Bimpaş'ın bir çalışanına iş teklif edip onu istihdam etmeye çalışmayacaktır.

Devralmalarda, taraflarca beklenen faydanın istenilen düzeyde elde edilebilmesi ve hatta devralmanın hayata geçirilebilmesi için, devralma gerçekleşikten sonraki belli bir süre için alıcının satıcının rekabetinden korunması gerekmektedir. Özellikle, 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. Rekabet yasağının yokluğunda, satıcının eski müşterilerini çekebilecek olması, alıcının devralmayı gerçekleştirilmekte isteksiz davranmasına neden olabileceği için, rekabet yasağı satışın istenen sonucu doğurması noktasında genelde olumlu etkiye sahip olmaktadır.

Buna göre, alıcı konumundaki teşebbüse getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü sayesinde alıcıya sağlanan koruma, devralma işleminin gerçekleşebilmesi için zorunlu olan bir yan sınırlamadır ve Kanun'un 4. maddesi kapsamında bir rekabet kısıtlaması yaratmamaktadır. Ancak, alıcıya sağlanan bu koruma, sınırsız bir koruma olarak görülmemelidir. Öncelikle, rekabet etmeme yükümlülüğünü ihlal olarak değerlendirmemekteki amacın, daha önce faaliyet gösterdiği pazara satıcının tekrar dönmesini önleyerek alıcıya bir avantaj sağlamak olmadığı hususu unutulmamalıdır. Amaç, alıcının devraldığı makina, teçhizat gibi maddi varlıkların yanısıra, müşteri portföyü, know-how gibi maddi olmayan varlıkları etkin bir biçimde kullanmaya başlamasını, başka bir ifadeyle yeni girmiş olduğu pazara adaptasyonunu temin etmektir. Dolayısıyla, bu noktada satıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi ve kapsamı önem kazanmakta ve yukarıda ifade edilen amacın gerçekleşebilmesi için, bu yükümlülüğün hem süre hem de kapsam bakımından makul ve zorunlu olması gerekmektedir.

Bu açıklamalar ışığında, ilk olarak ilgili sözleşmede yer verilen rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi değerlendirilmiştir. Yaşar Holding A.Ş.'ye getirilen, holding şirketi, bağlı şirketi ya da iştiraki aracılığı ile bira sektöründe faaliyet göstermeme yükümlülüğü "tamamlanma tarihi"nden itibaren 10 yıllık süre ile sınırlı tutulmuştur. Türk Tuborg'un devir öncesindeki konumunu koruyabilmesi ve devir işleminin tam değeriyle gerçekleşebilmesi için Carlsberg tarafından Yaşar Holding'e getirilen bu 10 yıllık rekabet etmeme yükümlülüğü gereğinden daha uzundur. Başka bir ifadeyle, daha kısa bir süre için rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmesi durumunda da, Carlsberg'in Yaşar Holding'in kontrolündeki maddi ve maddi olmayan varlıkları etkin bir biçimde tam değeriyle devralması sağlanabilecektir.

Bira pazarının genel yapısına bakıldığında da Yaşar Holding A.Ş.'ye getirilecek olan rekabet etmeme yükümlülüğünün 2 yıl ile sınırlı tutulmasının yerinde olduğu görülmektedir. Zira, halen bira pazarında önemli sayılabilecek iki üretici teşebbüs faaliyet göstermekte olup, Yaşar Holding A.Ş. gibi bira pazarında derin bilgi ve deneyime sahip bir teşebbüsün devralma sonrasındaki dönemde pazara muhtemel girişinin uzunca bir süre engellenecek olmasının bira pazarında olumsuz etkileri olacaktır. Kaldı ki, elindeki en önemli marka olan "Tuborg"u artık kullanamayacak olan Yaşar Holding'in 2 yıllık rekabet yasağı sonrasında tekrar pazara dönerek belli bir pazar payı elde etmesi kolay olmayacaktır. Öte yandan, Bildirime konu olan devralma ile birlikte satıcı konumundaki Yaşar Holding tarafından Carlsberg'e herhangi bir şekilde know-how aktarımı gerçekleşmeyecektir. Zira, Türk Tuborg'un halen üretimini ve satışını yaptığı "Tuborg" markası Carlsberg'e ait bir marka olup, üretimde kullanılan know-how da Türk Tuborg'a Carlsberg tarafından sağlanmaktadır. Başka bir ifadeyle, devir ile birlikte Carlsberg'e geçmesi öngörülen know-how, dünya çapında bir bira üreticisi olan Carlsberg'in uhdesinde

olan bilgilerdir. Dolayısıyla, maddi ve maddi olmayan varlıkların tam değeriyle Carlsberg tarafından devralınabilmesi için halen Türk

Tuborg'un kullandığı know-how'a Carlsberg'in kendisini adapte etmesi uzun bir süre almayacaktır. Dolayısıyla, bu noktada Yaşar Holding'in rekabetinden Carlsberg'in 2 yıldan daha uzun bir süre için korunmasına gerek bulunmamaktadır. Benzer biçimde, Yaşar Holding hissedarlarına getirilecek rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinin de en fazla 2 yıl olarak belirlenmesi gerekmektedir.

Yaşar Holding A.Ş.'ye yüklenen rekabet etmeme yükümlülüğü, kapsamı bakımından değerlendirildiğinde de, bu yükümlülüğün gereğinden daha sınırlayıcı nitelikte olduğu göze çarpmaktadır. Şöyle ki, Yaşar Holding'e getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü, Yaşar Holding'i kontrol eden holding şirketini, Yaşar Holding A.Ş.'nin bağlı şirketlerini ve iştiraklerini kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Başka bir ifadeyle, anılan teşebbüsü kontrol eden ve onun tarafından kontrol edilen şirketlerin yanısıra, Yaşar Holding A.Ş. tarafından doğrudan ya da dolaylı olarak kontrol edilmeyen, ancak onun ortağı olduğu şirketlere (iştirakler) de rekabet yasağı getirilmiş bulunmaktadır. Bu tür bir düzenlemeye izin verilmesi halinde, satıcı konumundaki teşebbüsün sadece yatırım amacıyla hisselerini elinde bulundurduğu ve yönetiminde herhangi bir şekilde söz sahibi olmadığı şirketlere de rekabet yasağı getirilmiş olacaktır. Oysa, Yaşar Holding A.Ş.'nin yönetiminde doğrudan ya da dolaylı olarak söz sahibi olmaksızın sadece yatırım amacıyla rakip teşebbüslere ortak olmasının engellenmemesi gerekmektedir. Benzer şekilde, söz konusu teşebbüsün hisselerine sahip olan gerçek veya tüzel kişilerden teşebbüsün yönetiminde söz sahibi olanların da sadece yatırım amacıyla rakip teşebbüslere ortak olmaları engellenmemelidir. Teşebbüsün yönetiminde söz sahibi olmayan, başka bir ifadeyle Yaşar Grubu'na dahil olmayan gerçek ve tüzel kişilere ise herhangi bir şekilde rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmemelidir. Zira, alıcı ile satıcı arasında gerçekleşen devirlerde üçüncü kişilerin aleyhine yapılan düzenlemeleri yan sınırlama olarak değerlendirmek mümkün değildir.

Yaşar Holding A.Ş.'nin tamamlanma tarihinden itibaren 4 yıl boyunca Türk Tuborg'un, Carlsberg'in ya da Bimpaş'ın bir çalışanına iş teklif edip onu istihdam etmeye çalışmaması hükmü de, satıcının belirli bir süre devredilen işletmenin pazarında etkinlik göstermemesine yönelik olan ve rekabet etmeme yükümlülüğü ile aynı bağlamda değerlendirilmesi gereken bir sınırlamadır. Ancak, bu sınırlama, Yaşar Holding'in ikinci yılın sonunda istediği takdirde pazara geri dönmesinin önünde bir engel teşkil etmemesi nedeniyle, bir yan sınırlama olarak değerlendirilmiştir.

2.3. Muafiyet Değerlendirmesi

Hisse satın alma sözleşmesinin 6. maddesinde yer alan düzenlemelerin yan sınırlama olarak değerlendirilebilmesi için gerekli değişikliklerin yapılmaması halinde, söz konusu maddedeki düzenlemeler 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında rekabet ihlali olarak değerlendirilecektir. Carlsberg'in hisse satın alma sözleşmesine ilişkin olarak muafiyet talebinin bulunması nedeniyle, söz konusu düzenlemeler ile ilgili olarak Kanun'un 5. maddesi uyarınca bireysel muafiyet değerlendirmesi yapılması gerekmektedir.

4054 sayılı Kanun'un muafiyet verilmesinin koşullarını düzenleyen 5. maddesinde iki olumlu ve iki olumsuz koşul sayılarak, muafiyet verilecek olan anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının bu dört koşulu birden sağlaması gerektiği hükme bağlanmıştır. Buna göre;

- malların üretim ve dağıtımında iyileşme ya da ekonomik veya teknik gelişme sağlanması,
- üretim ve dağıtımda sağlanan iyileşmelerden tüketicinin yarar sağlanması,
- ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,
- rekabetin zorunlu olandan daha fazla sınırlanmaması

gerekmektedir.

Bu çerçevede, Yaşar Holding'e getirilen 10 yıllık rekabet etmeme yükümlülüğü, özellikle rekabetin zorunlu olandan fazla sınırlanmasına yol açacağı için, Hisse Satın Alma Anlaşması'na bireysel muafiyet tanınması söz konusu değildir.

İ- SONUÇ

Yukarıda yer verilen açıklamalar ışığında,

(I) Bildirime konu olan hisse devri neticesinde, bira pazarında herhangi bir şekilde hakim durum yaratılması ya da hakim durumun güçlendirilmesi ve bunun sonucunda ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının sözkonusu olmayacağına,

(II) 1- Devralma işlemini gerçekleştirmeye yönelik olarak taraflar arasında 31.5.2001 tarihinde akdedilen "Hisse Satın Alma Anlaşması"nda yer verilen ve Yaşar Holding A.Ş.'nin "tamamlanma tarihi"nden itibaren 4 yıl boyunca Türk Tuborg Bira ve Malt Sanayi A.Ş.'nin, Carlsberg Breweries A/S'nin ya da Bimpaş'ın bir çalışanına iş teklif edip onu istihdam etmeye çalışmayacağına ilişkin yükümlülüğün bir yan sınırlama olarak kabul edilebileceğine,

2- Ancak, "Hisse Satın Alma Anlaşması"nın 6. maddesinde satıcı teşebbüs olan Yaşar Holding A.Ş.'ye getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün ilgili pazardaki rekabeti sınırladığına ve rekabeti gerekli olandan fazla oranda sınırlaması nedeniyle "Hisse Satın Alma Anlaşması"na muafiyet tanınamayacağına,

3- Söz konusu rekabet sınırlamasının hem süre, hem de kapsamı bakımından makul ve zorunlu olmadığına, bu nedenle,

- Tamamlanma tarihinden itibaren 10 yıllık bir süre için Yaşar Holding A.Ş.'ye getirilen, holding şirketi, bağlı şirketi ya da iştiraki aracılığı ile bira sektöründe faaliyet göstermeme yükümlülüğünün süresinin 2 yıl ile sınırlanması, kapsamının ise Yaşar Grubuna bağlı gerçek ve tüzel kişiler ve Yaşar Holding A.Ş. hissedarlarının, doğrudan ya da dolaylı olarak kontrol etmeksizin sadece yatırım amacıyla rakip teşebbüslere ortak olmasını engellemeyecek şekilde düzenlenmesi,

- Yaşar Holding A.Ş.'nin gerçek veya tüzel kişi niteliğindeki hissedarlarına getirilmek istenen rekabet etmeme yükümlülüğünün, sadece Yaşar Holding A.Ş.'nin yönetiminde doğrudan veya dolaylı olarak söz sahibi olan gerçek veya tüzel kişilere, süresi 2 yılı aşmayacak şekilde düzenlenmesi; Yaşar

Holding'in yönetiminde söz sahibi olmayan ve Yaşar Grubuna dahil olmayan kişilere ise bu tür bir rekabet etmeme yükümlülüğünün getirilmemesi,

koşullarıyla, anılan yükümlülüğün yan sınırlama olarak kabul edilmesine ve devralma işlemine izin verilmesine,

Bu koşulların yerine getirilmesi için kararın tebliğinden itibaren ilgili taraflara 45 (kırkbeş) gün süre verilmesine ve bu süre içinde aykırılığın giderildiğinin Kurumumuza tevsik edilmesine, aksi takdirde devralma işleminin geçersiz sayılacağıının, ilgili mevzuat hükümlerine uygun düzeltmeler yapılmadan işleme devam edilmesi halinde haklarında soruşturma aılacağıının ve 4054 sayılı Kanun'un 16 ve 17. maddeleri uyarınca işlem yapılacağıının taraflara bildirilmesine;

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.