

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : D1/1/S.A.-02/1 (Menfi Tespit)

Karar Sayısı : 02-39/433-183

Karar Tarihi : 20.6.2002

A- TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU

Üyeler : Dr. Kemal EROL, İsmet CANTÜRK, Nejdet KARACEHENNEM,
R. Müfit SONBAY, Kubilay ATASAYAR, Mustafa PARLAK,
Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ, Rıfki ÜNAL

B- RAPORTÖR: Salim AYDEMİR

C- BİLDİRİMDE BULUNAN: - Deceuninck N.V.

Temsilcisi Av. Erberk Togay ÜLKÜ
Atatürk Bulvarı Emek İşhanı Kat:8 No:806
Kızılay - Ankara

D- TARAFLAR: - Ege Profil Ticaret ve Sanayi A.Ş.

10003 Sok. No:5 A.O.S.B. Çiğli - İzmir

- Ege Pen Plastik Sanayi ve Ticaret A.Ş.

10003 Sok. No:5 A.O.S.B. Çiğli - İzmir

- Deceuninck N.V.

Bruggesteeweg 164-B 8830 Hooglede - BELÇİKA

- Ege Yıldız Plastik Pazarlama Ticaret ve Sanayi A.Ş.

10003 Sok. No:6 A.O.S.B. Çiğli - İzmir

- Ege Plastik Ticaret ve Sanayi A.Ş.

10003 Sok. No:6 A.O.S.B. Çiğli - İzmir

- Namık Mazhar Zorlu

1382 Sok. İmbat Apt. No:216 Alsancak - İzmir

- Ayhan Serferaz Zorlu

1382 Sok. İmbat Apt. No:216 Alsancak - İzmir

- Kemal Zorlu

Talatpaşa Bulvarı No:16/6 Alsancak - İzmir

- Akalın Zorlu

Ali Çetinkaya Bulvarı No:58/16 Uğur Apt. Alsancak - izmir

- Nafiz Zorlu

1377 Sokak No:2 Alsancak - İzmir

- Mazhar Zorlu Holding A.Ş.

10003 Sokak No:6 A.O.S.B. Çiğli - İzmir

E- DOSYA KONUSU: Ege Profil Ticaret ve Sanayi A.Ş. (Ege Profil), Ege Pen Plastik Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Ege Pen), Deceuninck NV, Ege Yıldız Plastik Pazarlama Ticaret ve Sanayi A.Ş. (Ege Yıldız), Ege Plastik Ticaret ve Sanayi A.Ş (Ege Plast), Namık Mazhar Zorlu, Ayhan Serferaz Zorlu, Kemal Zorlu, Akalın

Zorlu, Nafiz Zorlu ve Mazhar Zorlu Holding A.Ş. arasında imzalanan “Rekabet Yasağı Anlaşması”na ilişkin menfi tespit belgesi verilmesi talebi.

F- DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 18.5.2001 tarih ve 2072 sayı; 28.8.2001 tarih ve 3671 sayı; 18.4.2002 tarih ve 1861-1862 sayı ile giren bildirim üzerine 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4, 5, 6, 7 ve 8. maddeleri uyarınca yapılan inceleme sonucunda düzenlenen 10.6.2002, D1/1/S.A.-02/1 sayılı Menfi Tespit Ön İnceleme Raporu, 17.6.2002 tarih, REK.0.05.00.00/66 sayılı Başkanlık önergesi ile 02-39 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G- RAPORTÖRÜN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda; başvuru konusu Anlaşma’ya bu haliyle menfi tespit belgesi verilemeyeceği ve muafiyet tanınamayacağı, 10 yıllık rekabet yasağı süresinin 5 yıla indirilmesi ve yatırım amaçlı hisse senedi alımlarının Anlaşma’nın kapsamı dışına çıkarılması koşuluyla menfi tespit belgesi verilebileceği ifade edilmektedir.

H- İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. Taraflar

H.1.1. Deceuninck NV (Deceuninck)

Deceuninck, PVC sistem ve profil üretimi alanında faaliyet gösteren bir şirket olup, 2000 yılı içinde Ege Profil’in %47, Ege Pen’in %50 hissesine sahip olmuştur.

H.1.2. Ege Profil – Ege Pen

1981 yılında Namık Mazhar ZORLU, Ayhan Serferaz ZORLU, Kemal ZORLU, Nafiz ZORLU, Akalın ZORLU tarafından kurulan Ege Profil, PVC’den mamul inşaat profilleri, pencere ve kapı sistemleri yapan bir şirkettir.

Ege Pen ise; Namık Mazhar ZORLU, Ayhan Serferaz ZORLU, Kemal ZORLU, Nafiz ZORLU, Ege Yıldız, Ege Plast ve Ege Profil tarafından kurulan, PVC kapı pencere ve doğrama sektöründe 1987 yılından itibaren faaliyet gösteren bir şirket olup, 1999 yılı başında Ege Profil’in üretim tesislerine taşınmıştır. Şirket, 1999 yılında faaliyette bulunmamış, 2000 yılında ise Ege Profil tarafından üretilen profilleri satmıştır. Ege Pen’in bunun dışında başka bir faaliyeti bulunmamaktadır. 2001 yılı Mart ayından itibaren ise şirketin gayrifaal olduğu ifade edilmektedir.

H.1.3. Aile, Ege Plast, Ege Yıldız, Mazhar Zorlu Holding A.Ş. (Holding)

Sözleşmede "Aile" olarak ifade edilen Namık Mazhar ZORLU, Ayhan Serferaz ZORLU, Kemal ZORLU, Nafiz ZORLU ve Akalın ZORLU ile Ege Plast ve Ege Yıldız, Ege Profil ve Ege Pen’in kurucularıdır. Mazhar Zorlu Holding A.Ş. ise 2000 yılı itibarıyla Ege Profil’in %29, Ege Pen’in %49 hissesine sahiptir.

H.2. Değerlendirme

H.2.1. İlgili İşlemin 1997/1 sayılı Rekabet Kurumundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ Kapsamında Değerlendirilmesi

Dosya mevcudu bilgi ve belgelerden, rekabet yasağı anlaşmasına dayanak teşkil eden işleme ilişkin olarak 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında izin başvurusunda bulunulmadığı, ancak işlemin niteliği itibarıyla öncelikle bu yönde bir değerlendirmenin yapıldığı, bahse konu işlemlerle daha önce üzerinde ortak kontrol

bulunan Ege Profil ve Ege Pen'in kontrolünün Deceuninck'e geçmesi nedeniyle işlemin, 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesi kapsamında bir devralma olduğu anlaşılmıştır.

Hisseleri devre konu şirketler, PVC kapı ve pencere ürünleri üretimi ve pazarlaması alanında faaliyet göstermektedirler. Bu nedenle, ilgili ürün pazarı PVC pencere ürünleri olarak belirlenmiştir. İlgili ürünün özellikleri, tüketici tercihleri, fiyatları gibi parametreler ile ülke içinde rekabet koşulları bakımından bir farklılığın bulunmadığı hususu dikkate alınarak, ilgili coğrafi pazar Türkiye Cumhuriyeti sınırları olarak tespit edilmiştir. Taraf teşebbüslerin ilgili pazardaki paylarının %25 pazar payı eşiğinin altında kaldığı, Deceuninck'in Ege Profil ve Ege Pen'e ortaklığı dışında Türkiye'de herhangi bir faaliyetinin bulunmadığı, Ege Profil'in 2000 yılı cirosunun 16 trilyon TL., Ege Pen'in ise 15 trilyon TL. olduğu, ancak, Ege Pen'in bu dönemde sadece Ege Profil'den aldığı ürünleri pazarlaması nedeniyle bu iki şirket arasındaki satışlardan doğan cironun 13 trilyon TL. olduğu, dolayısıyla, ilgili şirketlerin ciroları toplamının 18 trilyon TL. olarak gerçekleştiği dikkate alındığında, devralma işleminin 1997/1 sayılı Tebliğ'in 4. maddesi çerçevesinde izne tabi olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

H.2.2. Menfi Tespit Değerlendirmesi

Genel olarak temel bir düzenlemenin yanında getirilen ve bu düzenlemeyle birlikte bir anlam ifade eden ek hükümler "*yan sınırlama*" olarak nitelendirilmektedir. Yan sınırlamalar, devralınan teşebbüsün değerinin eksiksiz olarak alıcıya geçmesi için zorunlu olan sınırlamalardır. Birleşme ve devralma işlemleri ile birlikte getirilen düzenlemelerin yan sınırlama olarak kabul edilmesi için yalnız taraflar açısından kısıtlayıcı, yoğunlaşmayla doğrudan ilgili, işlemin yürütülmesi için zorunlu, kapsamının belirli ve sınırlı olması gerekmektedir.

Menfi tespit belgesi talep edilen "Rekabet Yasağı Anlaşması"nın, Ege Profil'in %47 ve Ege Pen'in %50 hissesine sahip olan Deceuninck'in, Ege Profil'in %30 ve Ege Pen'in %50 hissesini de devralması işlemleri çerçevesinde akdedildiği anlaşılmaktadır.

Anılan Anlaşma toplam 6 maddeden oluşmakta olup, birinci maddede tanımlar, ikinci maddede akit tarafların taahhütleri, üçüncü maddede tarafların sorumlulukları, beşinci maddede anlaşmanın yürürlük süresi, altıncı maddede amir hukuk hükümleri ve tahkim konularına yer verilmiş, dördüncü maddede ise; Anlaşma'daki her bir taahhüdün bağımsız olduğu ve bazı taahhütlerin geçersiz kılınması halinde diğerlerinin geçerliliğinin etkilenmeyeceği düzenlenmiştir.

Anlaşmanın akit tarafların taahhütlerini düzenleyen 2. maddesi aşağıdaki şekildedir:

"Akid Taraflar; Akid Tarafların doğrudan ve dolaylı olarak, tek başına veya başka bir kişi ile müştereken veya başka bir kişi adına veya asıl, ortak, vekil, hissedar, yönetim kurulu üyesi, personel, danışman olarak veya her ne suretle olursa olsun diğer suretlerle

(a) Kısıtlı Dönem sırasında hiçbir zaman Kısıtlı Alan dahilinde herhangi bir Kısıtlı İş yapmayacağı, herhangi bir Kısıtlı İş yardımcı olmayacağı veya herhangi bir Kısıtlı İş ile ilgilenmeyeceğini,

(b) *Kısıtlı Dönem sırasında hiçbir zaman Kısıtlı Alan dahilinde veya Kısıtlı Alan dahilinde teslimat veya tedarik için herhangi bir Müşteriye veya Potansiyel Müşteriye herhangi bir Ürün veya Hizmeti tedarik etmeyeceğini, tedarik edilmesini sağlamayacağını, tedarik edilmesine yardımcı olmayacağını,*

(c) *Kısıtlı Dönem sırasında hiçbir zaman Kısıtlı Alan dahilinde teslimat veya tedarik için Ürünler veya Hizmetler bakımından herhangi bir Müşteri veya Potansiyel Müşteriyi elde etmeye çalışmayacağını, elde edilmesini sağlamayacağını, elde edilmesine yardımcı olmayacağını,*

(d) *Kısıtlı Dönem sırasında hiçbir zaman Lehdarların önceden yazılı muvafakati olmaksızın herhangi bir Kilit Personele iş teklif etmeyeceğini, istihdam etmeyeceğini veya herhangi bir hizmet akdi teklif etmeyeceğini veya herhangi bir Kilit Personel ile hizmet akdi yapmayacağını veya herhangi bir Kilit Personeli istihdam etmeye çalışmayacağını veya belirtilenlerin herhangi birinin herhangi bir üçüncü kişi tarafından yapılmasını sağlamayacağını veya yapılmasına yardımcı olmayacağını,*

(e) *Tamamlama sonrasındaki hiçbir zaman Şirketlerin herhangi biri veya her ikisi ile bir bağlantı ima edebilecek veya Şirketlerin herhangi biri veya her ikisi tarafından kullanılan herhangi bir kurum veya ticaret ünvanı, marka veya stili kullanmayacağını, ve Akid Tarafların herhangi bir Grup Şirketinin Kontrolü altındaki kişilerin ve Akid Tarafların herhangi bir Grup Şirketinin müdürleri, yönetim kurulu üyeleri ve Kilit Personelinin de yukarıdaki işlemleri yapmamasını sağlayacaklarını işbu belge ile müştereken ve münferiden Lehdarlar menfaatine taahhüt ederler.”*

1. Rekabet Yasağı Yüklenen Taraflar - Akit Taraflar

Anlaşma; Ege Profil, Ege Pen (Şirketler) ve Deceuninck'ten oluşan "Lehdarlar" ile Ege Yıldız, Ege Plast, Namık Mazhar Zorlu, Ayhan Serferaz Zorlu, Kemal Zorlu, Akalın Zorlu, Nazif Zorlu ve Mazhar Zorlu Holding'ten oluşan "Akit Taraflar" arasında akdedilmiştir. Akit tarafların, devralmaya konu şirketlerle kuruculuk ya da ortaklık bağları bulunan gerçek ve tüzel kişiler olmaları nedeniyle, şirketlerin ticari sırlarına ve diğer gizli bilgilerine kolaylıkla erişebilmeleri, müşteriler, tedarikçiler, personel ve şirketlerle iş yapan diğerleri ile mesleki ilişki içinde olmaları mümkündür. Dolayısıyla bu kişilerin rekabet yasağı kapsamında olmaları zorunlu ve makul olarak kabul edilmiştir.

Ayrıca akit taraflar, herhangi bir "Grup Şirketi"nin kontrolü altındaki kişilerin ve akit tarafların herhangi bir "Grup Şirketi"nin müdürleri, yönetim kurulu üyeleri ve kilit personelinin de yukarıda belirtilen işlemleri yapmamasını sağlayacaklarını taahhüt etmektedirler.

Söz konusu kişilerin, devralınan şirketlerin ticari sırları, know-how, müşteri bilgileri, pazarlama teknikleri gibi stratejik bilgilere sahip olabilecek kişiler olmaları sebebiyle, rekabet yasağının kapsamında bulunmaları makul ve gerekli olarak görülmüştür.

2. Kısıtlı Dönem

Anlaşmada kısıtlı dönem, "tamamlama tarihinden itibaren başlayan 10 yıllık dönem" olarak tanımlanmıştır. Rekabet yasağının, maddi varlıklar ile satıcının geliştirdiği ticari itibar ve know-how gibi maddi olmayan varlıkların tüm değeriyle

alıcıya geçmesi için zorunlu olandan daha uzun bir süreyi kapsayacak şekilde düzenlenmemesi gerekmektedir. Bir başka deyişle, alıcının müşteri bağımlılığını kazanabileceği ve devraldığı know-how'dan tam olarak yararlanabileceği ölçüde satıcının rekabetinden korunması yeterli görülmektedir.

Bu çerçevede anlaşma ile taraflara getirilen 10 yıllık rekabet yasağını haklı gösterebilecek özel şartların bulunması ve işlemin gerçekleştirilebilmesi için bu sürenin zaruri olması gerekmektedir. Aksi durum, ileride pazara girebilecek potansiyel bir rakibin engellenmesine ve devralma işleminin gerektirdiği zorunlu sınırlamaların kapsamının aşılmasına neden olacaktır.

Dosya mevcudu bilgi ve belgelerden tarafların; Deceuninck ile akit taraflar arasında Ege Pen ve Ege Profil tüzel kişilikleri aracılığıyla daha önceden bir ortaklık ilişkisi bulunduğunu, Deceuninck'in teknolojiyi üreten taraf olduğunu, dolayısıyla akit tarafların, Deceuninck'in getirdiği know-how'a nüfuz ettiklerini, ayrıca akit tarafların plastik boru üretimine ağırlık verdiklerini ifade ederek bu durumun onlar açısından bir olumsuzluk getirmediğini, sürenin makul olduğunu ileri sürdükleri anlaşılmıştır.

Ancak, Deceuninck'in akit taraflara aktardığı teknoloji ve diğer özgün bilgilerin, "know - how"ın unsurlarını aşan ve uzun süreli korunmayı gerektiren nitelikte gizli bilgiler olmadığı, akit tarafların şu anda başka alanlara ağırlık vermelerinin de ileriye yönelik (uzun vadeli) olarak kısıtlanmalarını haklı gösterecek bir gerekçe teşkil etmediği anlaşılmıştır.

Bu çerçevede, 10 yıllık rekabet yasağı süresinin, zorunlu olandan daha fazla kısıtlayıcı olduğu, Kurul'un daha önceki uygulamaları ve tarafların ileri sürdükleri iddialar da dikkate alınarak, bu sürenin 5 yıla sınırlanması halinde, kısıtlamanın içeriğinin de zorunlu olanı aşmaması kaydıyla, makul ve orantılı sayılabileceği kanaatine ulaşılmıştır.

3. Kısıtlı Alan

Anlaşmada kısıtlı alan; *"Türkiye Cumhuriyeti ve Deceuninck'in veya bağlı kuruluşlarından herhangi birinin faaliyette bulunduğu ve/veya satış yaptığı diğer ülkeler"* olarak tanımlanmaktadır.

Rekabet yasağı, satıcının devir öncesinde ilgili ürün veya hizmet konusundaki coğrafi faaliyet alanıyla sınırlı olmalıdır.

Bahse konu Anlaşmaya dayanak teşkil eden devralma işleminde, ilgili coğrafi pazar, Türkiye Cumhuriyeti sınırları olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla, akit taraflara getirilen rekabet yasağının Türkiye Cumhuriyeti sınırlarını içermesi makul ve gerekli olarak kabul edilmiştir.

4. Kısıtlı İş, Ürün, Hizmet

Rekabet yasağının devralmalarda, devralınan teşebbüsün faaliyet alanıyla sınırlı olması gerekmektedir.

Başvuruya konu Anlaşma'da yer alan kısıtlı iş, ürün ve hizmet tanımlarının bu anlamda makul ve gerekli olduğu kanaatine ulaşılmıştır.

Satıcının devrettiği işletmenin çalışanlarını istihdam etmemesi, mevcut veya eski müşterilerini çekmemesine yönelik düzenlemeler de rekabet yasağı kapsamında

ele alınarak yan sınırlama olarak kabul edilebilmektedir. Anlaşma'daki bu hükümlerin de devralma işlemiyle doğrudan ilgili ve gerekli olduğu kanaatine varılmıştır.

Anlaşma'da beş bent halinde belirtilen işlerin, doğrudan ve dolaylı olarak, tek başına veya başka bir kişi ile müştereken veya başka bir kişi adına veya asıl, ortak, vekil, hissedar, yönetim kurulu üyesi, personel, danışman olarak veya her ne suretle olursa olsun yapılamayacağı öngörülmüştür. Kişilerin bu işlerle uğraşan diğer teşebbüslere hissedar olmasını yasaklayan bu düzenleme, sadece yatırım amaçlı olan hisse alımlarını da engellemektedir. Dolayısıyla, bu düzenlemenin zorunlu olanın ötesinde bir kısıtlama içerdiği ve bu ifadenin, yatırım amaçlı hisse alımlarını dışarıda bırakacak şekilde düzenlenmesi halinde makul olacağı kanaatine ulaşılmıştır.

Yukarıda yapılan değerlendirmeler ışığında;

- Rekabet yasağının 10 yıllık bir süreyi kapsamaması ve yatırım amaçlı hisse senedi alımlarını da yasaklamasından dolayı, (a), (b), (c) ve (d) bentlerinin, devralınan teşebbüslerin tam değeriyle geçmesinden ziyade, potansiyel rakiplerin pazar dışında tutulması sonucunu doğuracak nitelikte olduğu,
- (e) bendinde belirtilen kısıtlamanın ise devralmanın asli unsuru olarak değerlendirilebileceği, dolayısıyla yan sınırlama kapsamında ele alınması gerekmediği anlaşılmıştır.

Bu gerekçeler gözönüne alındığında, Anlaşma'ya bu haliyle menfi tespit belgesi verilemeyeceği, 10 yıllık rekabet yasağı süresinin 5 yıla indirilmesi ve yatırım amaçlı hisse senedi alımlarının Anlaşma'nın kapsamı dışına çıkarılması koşuluyla Anlaşma'ya menfi tespit belgesi verilebileceği kanaatine varılmıştır.

H.2.3. Muafiyet Değerlendirmesi

Anlaşma'nın, 5 yıla sınırlandırılması ve yatırım amaçlı hisse senedi alımının anlaşmanın kapsamı dışına çıkarılması halinde, 4054 sayılı Kanun'u ihlal etmeyeceği görülmektedir. Süre ve kapsam itibarıyla daha geniş bir rekabet yasağı düzenlemesi, potansiyel bir rakibin pazardan uzak tutulması amacına hizmet edecektir. Anılan Anlaşma'nın pazardaki rakip sayısının azaltılması yoluyla Kanun'un 5. maddesinde belirtilen koşulları yerine getiremeyeceği açıktır. Dolayısıyla Anlaşma, Kanun'un 4. maddesi hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulamayacaktır.

İ- SONUÇ

Yukarıda yer verilen değerlendirmeler çerçevesinde;

- a) taraflar arasında akdedilen "Rekabet Yasağı Anlaşması"na, bu haliyle menfi tespit belgesi verilemeyeceğine ve muafiyet tanınamayacağına,
- b) 10 yıllık rekabet yasağı süresinin 5 yıla indirilmesi ve yatırım amaçlı hisse senedi alımlarının söz konusu Anlaşma'nın kapsamı dışına çıkarılması koşuluyla Anlaşma'ya menfi tespit belgesi verilmesine

OY BİRLİĞİ ile karar verilmiştir.