

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2004-4-80 (Ortak Girişim)
Karar Sayısı : 04-38/427-107
Karar Tarihi : 26.5.2004

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Mustafa PARLAK
Üyeler : Tuncay SONGÖR , A.Ersan GÖKMEN, R.Müfit
SONBAY, Murat GENCER, Prof.Dr. Zühtü AYTAÇ,
Rıfki ÜNAL, Prof.Dr. Nurettin KALDIRIMCI, M.Sıraç
ASLAN, Süreyya Çakın

B. RAPORTÖRLER : Mehmet YANIK, Mehmet ÖZDEN

**C. BİLDİRİMDE
BULUNAN**

- Yurtiçi Kargo Servisi A.Ş.
Temsilcisi: Av. Aylin SURKULTAY
GMK Blv. No:31 06440 Maltepe/Ankara
- Geopost (Central Europe) GmbH
Temsilcisi: Av. Zeynep ERGÜN
Süleyman Seba Cd. No:55 Akaretler,
Sıraevler, 34357 Beşiktaş/İstanbul

D. TARAFLAR

- Yurtiçi Kargo Servisi A.Ş.
Eski Büyükdere Cd. Kargo Plaza No:17-19
Maslak/İstanbul
- GeoPost (Central Europe) GmbH
Wailandstraße 1 63741 Aschaffenburg ALMANYA

E. DOSYA KONUSU: Yurtiçi Kargo Servisi A.Ş. (Yurtiçi Kargo) ile GeoPost (Central Europe) GmbH (Geopost)'nin bir ortak girişim şirketi kurması işlemine izin verilmesi talebi.

F. DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 3.5.2004 tarih, 2188 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 düzenlenen 18.5.2004 tarih, 2004-4-80/Öİ-04-MY sayılı Ortak Girişim Ön İnceleme Raporu 21.5.2004 tarih, REK.0.08.00.00/119 sayılı Başkanlık önergesi ile 04-38 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili Rapor'da, inceleme konusu Ortak Girişim'in, 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesinin (c) bendinde düzenlenen nitelikte bir ortak girişim olmakla birlikte, aynı Tebliğ'in 4. maddesinde getirilen eşiklerin aşılması nedeniyle Kurul'un iznine tabi olmadığı; öte yandan bildirim konusu Ortak Girişim Anlaşması'nın 7.04. maddesinde yer alan rekabet yasağının, sadece Ortak Girişim'in faaliyet alanıyla sınırlanması durumunda anılan Anlaşma'ya ve eklerine Kanun'un 8. maddesi uyarınca menfi tespit verilebileceği görüşleri ifade edilmiştir.

H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. İlgili Pazar

H.1.1. İlgili Ürün Pazarı

Dosya mevcudu bilgiler çerçevesinde, ilgili ürün pazarı "uluslararası hızlı kurye ve ekspres koli taşımacılığı pazarı" olarak belirlenmiştir.

H.1.2. İlgili Coğrafi Pazar

Kurulması planlanan ortak girişimin faaliyet sahası, varış ya da çıkış noktası Türkiye olan uluslararası kargoların taşınması olduğundan, ilgili coğrafi pazar "Türkiye Cumhuriyeti Sınırları" olarak tespit edilmiştir.

H.2. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

H.2.1. 1997/1 sayılı Tebliğ Kapsamında Yapılan Değerlendirme

Bildirim konusu, Yurtiçi Kargo ve Geopost'un tarafları olduğu, GeoPost Yurtiçi Kargo Servisi A.Ş. unvanlı bir ortak girişim şirketi kurulması işlemine izin verilmesi talebinden ibarettir.

H.2.1.1. Ortak Girişimin Değerlendirilmesi

4054 sayılı Kanun'un "Birleşme ve Devralma" başlıklı 7. maddesine dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ'in "Birleşme ve Devralma Sayılan Haller" başlıklı 2. maddesinin birinci fıkrası (c) bendine göre ortak girişim; "amaçlarını gerçekleştirmek üzere işgücü ve malvarlığına sahip olacak şekilde bağımsız iktisadi bir varlık olarak ortaya çıkan ve taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmayan" oluşumlardır.

Bir ortak girişimin yoğunlaşma doğurucu sayılabilmesi için yeterince uzun ömürlü bağımsız bir teşebbüsün, faaliyette bulunmak için ihtiyacı olan malvarlığına (sermaye, know-how), ekip ve ekipmana ve diğer unsurlara sahip (tam işlevsel-full-function) olması, ayrıca ana teşebbüsler arasında ya da onlardan biri ile ortak girişim arasında rekabetçi davranışların koordinasyonuna yol açmaması gerekir.

Bu şartlara uygun olan ve ana teşebbüslerin ortak kontrolünde bulunan ortak girişim yoğunlaşma doğurucudur.

H.2.1.1.1. Ortak Girişimin Bağımsız Bir İktisadi Varlık Olması

Bir ortak girişimin tam işlevsel olabilmesi için, ana teşebbüslerden bağımsız bir iktisadi varlık gibi faaliyette bulunmasını mümkün kılacak yeterli sermayeye, elemana, fikri ve sınai mülkiyete ve gerekli diğer üretim unsurlarına sahip olması gerekir. Ortak girişim, bir mal ya da hizmet üretmeyip, yalnızca ticari faaliyette bulunuyorsa tam işlevsel kabul edilebilmesi, böyle bir pazarda faaliyet gösteren bir şirketin normal tüm faaliyetlerini göstermesine bağlıdır. Bu çerçevede, uzak mesafeler arası alım, satım ve taşımacılıkta olduğu gibi birçok unsuru bir araya getiren türden ticaret yapan şirketler en azından pazarın gerektirdiği özel unsurlara yatırım yapmalıdır. Yatırım yapılması gereken temel unsurlar ise, satış yerleri, depolar, antrepolar, taşıma filosu ile pazarlama-satış personeli gibi unsurlardır. Ayrıca, bir ticari pazarda tam işlevsel ortak girişim olabilmek için şirketlerin, arz ettikleri malın ya da hizmetin katma değerinin önemli bir kısmını sadece ana şirketlerden değil, ana şirketlerle rekabet eden üçüncü kişilerden de sağlaması gerekir.

Öte yandan, ilgili pazarda verilen hizmet, doğası gereği yoğunlukla ve ilke olarak ticari müşterilerin ihtiyaçlarını (business-to-business) karşılamaya yönelik olduğundan, ülkemizdeki kargo hizmetleri pazarında olduğu gibi her ilçede ya da semtte birkaç farklı kargo şirketinin irtibat bürosunun bulunması durumuna, uluslararası hızlı kargo hizmetleri pazarında rastlamak mümkün değildir. Zira, bu hizmetler yoğun olarak, ticari hayatın önemli ölçeklerde olduğu İstanbul, İzmir, Ankara, Bursa, Adana gibi büyük kentlerde talep edilen hizmetlerdir.

Dosya mevcudu bilgilere göre, sunulan hizmetin katma değeri açısından, ortak girişim ana şirketlere yalnızca %..%.. oranında bağımlı olup, pazarlama, gümrük işlemleri, gönderi takibi ve müşteriye rapor verebilmeyi sağlayan bilgi sistemi ile katma değer %..%..'ini tek başına sağlayan bir şirkettir.

Diğer yandan, taraflar sahip oldukları know-how'ı Ortak Girişim'in kullanımına sunacaktır. Yurtiçi Kargo'nun Türkiye genelinde yaygın dağıtım ağı bulunması sebebiyle mevcut aşamada yeni bir dağıtım ağı kurulması ekonomik açıdan rasyonel olmayacağından, ortak girişim şirketinin faaliyet sahasına giren uluslararası kargoların toplanması ve İstanbul'a nakli, Yurtiçi Kargo'nun imkanlarıyla bedeli karşılığında sağlanacaktır. Şirket, komplike bir bilgisayar sistemine sahip olan gönderi işleme mekanizması sayesinde, gönderilerin zamanında ve güvenli şekilde teslim edilmesini sağlayacaktır. Bu kapsamda, İstanbul Atatürk Havalimanı'nda Şirket işlerinin önemli bir kısmının idare edileceği bir büro kiralanmıştır. Türkiye'den yurtdışına, yurtdışından Türkiye'ye gönderilen emtia ile ilgili işlemler, barkodlama, ayrıştırma, yükleme-boşaltma Şirket tarafından bu merkezde gerçekleştirilecektir.

Bildirime konu ortak girişim anlaşması ile kurulan GeoPost Yurtiçi Kargo Servisi A.Ş. unvanlı şirketin amacı, halihazırda oligopolistik bir pazar olan Türkiye pazarında DHL Worldwide Express Taşımacılık ve Ticaret A.Ş. (DHL), TNT International Express Taşımacılık Ticaret Ltd. Şti. (TNT), FedEx Turkey Coneks A.Ş. (Fedex), United Parcel Service Ünspet Paket Servisi ve Ticaret A.Ş. (UPS) gibi güçlü uluslararası teşebbüslerle rekabet etmektir. Şirket'in kendine ait müşterileri olacak ve ilgili pazarda ana şirketlerden ayrı ve bağımsız olarak tanınacaktır. Şirket hizmetlerini öncelikle kurumsal müşteri segmentine yönelik olarak sunacaktır. Rakip teşebbüslerin satışlarının yaklaşık %70'inin bu segmente hitap ettiği tahmin edilmektedir. Bu çerçevede, ortak girişimin müşteri portföyünün büyük oranda, ticaretin ve üretimin yoğun olduğu İstanbul, Ankara, İzmir ve Bursa şehirlerinde olacağı öngörülmektedir. Bu şehirlerde Şirket kendi operasyonel ekip-ekipmanını kullanacak, pazarlama ve satış faaliyetlerini kendisi gerçekleştirilecektir. Kendi ağına, ekip-ekipmanına, sahip olmasının ekonomik açıdan rasyonel olmadığı bölgelerde ise ihtiyaç duyulan hizmetler piyasa fiyatlarında hissedarlardan ya da üçüncü kişilerden satın alınacaktır. Bu durum ortak girişimin tam işlevsel olarak değerlendirilmesine engel teşkil etmemektedir.

Gönderi hizmetleri sektöründe, operasyonların yapılmasına imkan sağlayan malvarlıklarına (ayrıştırma merkezi, ofisler, nakliye araçları) malik olunması pratikte sık görülen bir uygulama değildir. Anılan mal varlıklarına malik olunması çoğu kez ekonomik açıdan rasyonel olmamaktadır. Söz konusu hizmetlerde asıl katma değer, gönderilerin hızlı, etkin ve güvenli biçimde yerlerine ulaştırılmasıdır. Bu çerçevede, mülkiyet değil, hızlı ve etkin taşımayı mümkün kılan know-how'a, elemana, pazarlama ve organizasyon kabiliyetine sahip olmak önem kazanmaktadır. Anılan hizmeti sunan teşebbüsler kendi mal varlıklarına sahip olsunlar ya da olmasınlar, organizasyon yeteneğine sahip oldukları takdirde "entegratör" olarak adlandırılmaktadırlar. Ortak girişim şirketlerinin bazı yan hizmetlerle ilgili olarak ana şirketlerden destek almaları, esasen halihazırda güçlü rakiplerin bulunduğu oligopolistik pazarlarda, maliyeti düşürebilmek açısından gerekli ve ekonomik açıdan da etkin bir uygulamadır.

Ortak Girişim'in süresiz şekilde piyasada yer alacak olması ve bağımsız bir iktisadi varlığın tüm fonksiyonlarını yerine getirmek için kurulmuş bulunması dikkate alındığında, bu şirketin tam işlevsel olma niteliklerini taşıdığı kanaatine varılmıştır.

H.2.1.1.2. Ortak Girişimin Rekabeti Sınırlayıcı Amacı veya Etkisinin Olmaması

Dosya mevcudu bilgilere göre, ortak girişimin taraflarından Geopost ilgili pazarda faaliyet göstermediğinden, kurulacak şirketin ana şirketler arasındaki rekabeti koordine etmeyi amaçlaması veya bu sonuca yol açması söz konusu değildir. Ayrıca, uluslararası hızlı kurye ve ekspres koli taşımacılığı pazarındaki varlığını Fedex'ten hizmet satın alarak sürdüren Yurtiçi Kargo, ortak girişimin kurulmasını

takiben aynı hizmeti anılan şirketten sağlayacaktır. Buna göre, ortak girişim ile ana teşebbüsler rakip olmadıklarından bir rekabet sınırlanması da olası değildir.

H.2.1.1.3. Ortak Kontrol

Ortak kontrolden söz edebilmek için, ortak girişimi oluşturan ana teşebbüslerin her birinin ortak girişimin stratejik kararlarında etkili olabilmesi gerekir. Bu etki ortak girişimin stratejik kararlarını veto edebilmek şeklinde de ifade edilebilir. Ortak girişimin faaliyet planı, bütçesi, büyük çaplı yatırımlar ve yönetim kurulunun atanması gibi konular stratejik kararlara örnek olarak gösterilebilir.

Bildirim formu ekinde yer alan Ortak Girişim Anlaşması'nın "Yönetim" başlıklı III. maddesindeki düzenlemeye göre; beş kişiden oluşacak Şirket yönetim kuruluna Geopost üç, Yurtiçi Kargo ise iki üye atayacak olup her üyenin 1 oy hakkı bulunacaktır. Ortak girişim şirketinin Ana Sözleşmesi'nin 10. maddesine göre yönetim kurulu en az 4 üyenin katılımı ile toplanabilir. Yönetim kurulu, oybirliği gerektirmeyen kararlarda mevcut üyelerin çoğunluğunun oyu ile karar alabilir. Oybirliği gerektiren hususlar şunlardır: Mali tabloların onaylanması, bütçenin ve faaliyet planının kabulü, şirketin faaliyet alanının genişletilmesi veya değiştirilmesi, değeri 100.000 Euro'yu aşan tasarruflar, şirket üzerinde ipotek, rehin tesis edilmesi, imza sirkülerinin tadili, birleşme/devralma işlemleri, iflas başvurusuna karar verme... gibi, şirketin yönetimine ilişkin konular vb. Özetle, inceleme konusu ortak girişim şirketinin, ana şirketlerin ortak kontrolünde olduğunu söylemek mümkündür.

Bu bilgiler çerçevesinde, taraflarca kurulacak olan şirketin 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında bir ortak girişim olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

H.2.1.2. 1997/1 Sayılı Tebliğ'in 4. Maddesi Açısından Yapılan Değerlendirme

Dosya mevcudu bilgilere göre, taraflardan Yurtiçi Kargo'nun, ilgili ürün pazarındaki 2003 yılı cirosu (.....) TL olup, Geopost'un bu pazarda faaliyeti bulunmamaktadır.

Öte yandan, ilgili pazarda 4 büyük teşebbüs bulunmaktadır. Bunlar DHL, TNT, UPS ve Fedex'dir. Bu dört teşebbüsün pazar payları toplamı % 86'yı bulmakta, geriye kalan %14 pazar payı ise Yurtiçi Kargo'nun da aralarında bulunduğu diğer teşebbüsler arasında dağılmaktadır. Bu bilgiler ışığında, taraflarca öngörülen ortak girişim işleminin 1997/1 sayılı Tebliğ bakımından bir yoğunlaşma işlemi olmakla birlikte, gerekli ciro ve pazar payı eşiklerinin aşılması nedeniyle izne tabi bir işlem olmadığı tespit edilmiştir.

H.2.2. Ortak Girişim Anlaşmasında Yer Alan Rekabet Yasakları

Anlaşmanın 7.04. kısmında, “Ana Hissedarların Şirket üzerine ortak kontrollerini sürdürdüğü müddette, hiçbir Hissedar, doğrudan veya dolaylı olarak, Türkiye’de ya da Türkiye’den ya da Hissedarların ve ya da Bağlı Ortaklıkları’nın faaliyet gösterdiği diğer bir ülkede Uluslararası CEP İşletmesi çerçevesine giren herhangi bir iş aktivitesi (“Rekabetçi Faaliyet”) içerisinde yer almayacaktır.” denilmektedir.

Rekabet yasalarının bir ortak girişim işleminde tali unsur olarak değerlendirilebilmesi için süresi, coğrafi kapsamı, konusu ve tabi tuttuğu kişiler itibarıyla ortak girişimden beklenen amacın elde edilmesinde makul gereklilik sınırlarının aşılması zorunludur. Yukarıda aktarılan Anlaşma maddesinde yer alan ve ortak girişimin faaliyet göstermesi planlanan alanlarda ana şirketlerle ortak girişim arasında kabul edilen rekabet yasakları, yan sınırlama kapsamında değerlendirilebilecek bir hususken; ana şirketlerin kendi aralarında getirdikleri rekabet yasağı, ortak girişimin faaliyetlerinde başarılı olabilmesi için doğrudan bağlantılılık ve makul gereklilik sınırlarının dışında yer almaktadır.

Bu çerçevede, ortak girişimin mevcut ve olası faaliyet kapsamı dışında yer alan iş konuları ve coğrafi alanlarda hissedarlar ve/veya bağlı ortaklıkları arasındaki rekabet yasaklarına ilişkin düzenlemenin sözleşmeden çıkarılması gerektiği, söz konusu düzeltmenin yapılması durumunda rekabet yasağının yan sınırlama kapsamında değerlendirilerek menfi tespit belgesi verilebileceği kanaatine varılmıştır.

I. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre;

1) Yurtiçi Kargo Servisi A.Ş. ile GeoPost (Central Europe) GmbH arasında bir ortak girişim şirketi kurulması işleminin, 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ’in 2. maddesinin (c) bendinde düzenlenen nitelikte bir ortak girişim oluşturduğuna; bununla birlikte aynı Tebliğ’in 4. maddesinde öngörülen ciro ve pazar payı eşiklerinin aşılması sebebiyle izne tabi olmadığına;

2) a) Ancak söz konusu işleme ilişkin Ortak Girişim Anlaşması’nın 7.04. maddesinde yer alan rekabet yasağının, sadece ortak girişimin faaliyet alanıyla sınırlı olması durumunda bu anlaşma ve eklerine Kanun’un 4., 6. ve 7. maddelerine aykırılık oluşturmayacağı tespiti ile Kanun’un 8. maddesi uyarınca menfi tespit belgesi verilebileceğine;

b) Öngörülen değişikliğin 60 gün içerisinde yapılarak Rekabet Kurumu’na bildirilmesine; Kurul tarafından gerekli görülen düzeltme yapılmadan uygulamaya devam edilmesi halinde haklarında soruşturma açılacağı ve aynı Kanun’un

04-38/427-107

16. ve 17. maddeleri uyarınca işlem yapılacağının taraflara bildirilmesine OYÇOKLUĐU ile karar verilmiştir.

Rekabet Kurulu'nun 26.5.2004 Tarih ve 04-38/427-107 Sayılı Kararına
KARŞI OY GEREKÇESİ

Bilindiği gibi, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un 8.Madde'sinde Rekabet Kurulu'na "...bir anlaşmanın, kararın, eylemin veya birleşme ve devralmanın bu Kanun'un 4. 6. ve 7. maddelerine aykırı olmadığını gösteren bir menfi tespit belgesi..." verme yetkisi tanımaktadır. Ancak bu yetki (ve doğal olarak getirdiği görev), anılan maddelere bir aykırılık saptandığında bunun nasıl bir değişiklikle giderilebileceğinin ilgili teşebbüslere bildirilmesini kapsamamaktadır. Kanun koyucunun Rekabet Kurulu için böyle bir yükümlülük öngörmemesinin nedeni, bir aykırılığın giderilmesi için birden fazla değişiklik seçeneği bulunması karşısında bunlardan en uygununu taraf teşebbüsler adına seçip bu yolda direktif vermenin sorumluluğu altına Kurul'u sokmamak olsa gerekir.

Bu nedenle Kurul'un önüne gelen herhangi bir anlaşmanın, kararın, eylemin veya birleşme ve devralmanın 4054 sayılı yasanın 4. 6. veya 7.maddelerine aykırılık taşımadığının tespiti halinde öngörülen menfi tespit belgesini verirken aykırılık bulunduğu takdirde bunun hangi noktada/noktalarda olduğunu belirtmekle yetinmesini ve şu ya da bu değişikliğin yapılması halinde anlaşma, eylem veya birleşme ve devralmanın menfi tespit alabilecek duruma geleceğini ilgili taraflara bildirmekten kaçınmasını yasanın ruhuna daha uygun buluyorum. Başka bir deyişle, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un "şartlı menfi tespit" diye adlandırılabilir bir uygulamaya cevaz vermediği kanısındayım

Yukarıda açıklamağa çalıştığım nedenlerle, başlıkta anılan Kurul Kararı'na katılma olanağı bulamadım.

Murat GENCER
Kurul Üyesi