

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2007-4-157 (Devralma/Ortak Girişim)
Karar Sayısı : 07-77/952-362
Karar Tarihi : 4.10.2007

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

10 **Başkan** : Tuncay SONGÖR (İkinci Başkan)
Üyeler : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI, M. Sıraç ASLAN,
Süreyya ÇAKIN, Mehmet Akif ERSİN

B. RAPORTÖRLER : Oğuzkan GÜZEL, Fatma ÇELİK

**C. BİLDİRİMDE
BULUNAN**

20 : The National Commercial Bank
Temsilcisi: Av. Zeynep İNCE
Maya Akar Center Büyükdere Cd. No:100/28 34394
Esentepe/İstanbul

D. TARAFLAR

: - The National Commercial Bank
P.O. Box 3555, Cidde, 21481, Suudi Arabistan
- Yıldız Holding A.Ş. ve İştirak/Ortakları
Ferah Cd. Çeşme Sk. No:2/4 Büyükçamlıca/İstanbul
- Boydak Holding ve İştirak/Ortakları
Organize sanayi Bölgesi 6. Cd. No:35 Kayseri

30 **E. DOSYA KONUSU:** Türkiye Finans Katılım Bankası A.Ş. (Türkiye Finans)'nin
% 60 oranında hissesinin The National Commercial Bank (NCB)'a devri ile
ortak girişim kurulması işlemine izin verilmesi talebi.

F. DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına en son 14.9.2007 tarih, 6145 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 28.9.2007
tarih, 2007-4-157/Öİ-07-OG sayılı Devralma/Ortak Girişim Ön İnceleme Raporu
28.9.2007 tarih, REK.0.08.00.00-120/297 sayılı Başkanlık önergesi ile 07-77 sayılı
Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

40

G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili Rapor'da,

- bildirimi yapılan devralma işleminin 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında Rekabet
Kurulu'nun iznine tabi olduğu, ancak devir sonucunda ilgili pazarda hakim durum
yaratılması veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesi, böylece rekabetin
önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmayacağı; bu çerçevede işleme izin
verilmesi gerektiği,

07-77/952-362

- "Hissedarlar Sözleşmesi"nin 9. maddesi ile getirilen rekabet yasağının, yan sınırlama olarak kabul edilebileceği görüşü ifade edilmiştir.

50

H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. İlgili Pazar

H.1.1. İlgili Ürün Pazarı

Türkiye Finans'ın faaliyet alanları dikkate alınarak, ilgili ürün pazarı "bankacılık ve diğer finansal hizmetler pazarı" olarak belirlenmiştir.

H.1.2. İlgili Coğrafi Pazar

60 Devre konu teşebbüsün faaliyetlerinin Türkiye geneline yönelik olması ve söz konusu mal ve hizmetlerin pazar şartlarının homojen olması nedeniyle ilgili coğrafi pazar "Türkiye Cumhuriyeti Sınırları" olarak tespit edilmiştir.

H.2. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

H.2.1. 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve 1997/1 Sayılı Tebliğ Çerçevesinde Değerlendirme

H.2.1.1. Ortak Girişimin Tespiti

70 Bildirimin konusu, Türkiye Finans'ın % 60 oranında hissesinin NCB'ye devri ile ortak girişim kurulması işlemine izin verilmesi talebinden ibarettir. İşlem sonucunda; Yıldız (Ülker) ve Boydak Grupları'nın sahip olduğu Türkiye Finans'ın kontrolü, Yıldız ve Boydak Grupları ile NBC'nin ortak kontrolüne dönüşecektir.

1997/1 sayılı Tebliğ'in "Birleşme ve Devralma Sayılan Haller" başlıklı 2. maddesinin (c) bendine göre, ; "Amaçlarını gerçekleştirmek üzere işgücü ve mal varlığına sahip olacak şekilde bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkan ve taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmayan ortak girişimler (joint venture)" 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi çerçevesinde teşebbüsler arası birleşme ve devralma olarak kabul edilmektedir.

Öte yandan, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun "Birleşme, bölünme ve hisse değişimi" başlıklı 19. maddesi aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

80 "Türkiye'de faaliyette bulunan bankalardan birinin; diğer bir veya birkaç banka veya finansal kuruluş ile birleşmesi veya bütün aktif ve pasifi ile diğer hak ve yükümlülüklerini Türkiye'de faaliyette bulunan diğer bir bankaya devretmesi, bütün aktif ve pasifleri ile diğer hak ve yükümlülüklerini devir alması veya bölünmesi ya da hisse değişimi Kurulun iznine bağlıdır. İzin tarihinden itibaren üç ay içinde ilgili bankaların yetkili organlarınca karar alınarak gerekli işlemlere geçilmediği takdirde, verilen izin geçersiz olur. Bankaların bu Kanun hükümlerine göre birleşme, bölünme ve devirlerinde 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile devir veya birleşmeye konu bankaların toplam aktiflerinin sektör içindeki paylarının yüzde yirmiyi

07-77/952-362

90 geçmemesi kaydıyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 7, 10 ve 11 inci maddeleri hükümleri uygulanmaz.”

Mezkur kanun maddesi ile, Türkiye’de faaliyette bulunan bankalar arasındaki birleşme ve devir işlemleri düzenlenmiştir. Ancak bildirim konusu devralma işleminin taraflarından NCB Türkiye’de herhangi bir faaliyeti bulunmayan bir şirkettir. Bu nedenle bildirim konusu devralma işlemi yukarıda aktarılan 5411 sayılı Kanun’un 19. maddesi hükmüne tabi değildir.

Yukarıda yer verilen bilgiler çerçevesinde, bildirim konusu işlem 1997/1 sayılı Tebliğ’in 2. maddesi anlamında bir devralmadır.

100 Teşebbüsler arası bir işlemin yoğunlaşma doğurucu kabul edilebilmesi ve dolayısıyla 1997/1 sayılı Tebliğ’in 2. maddesinin birinci fıkrası (c) bendi çerçevesinde birleşme veya devralma sayılabilmesi için taşınması gereken unsurlar, aşağıdaki şekildedir:

- Ortak kontrol altında bir teşebbüsün bulunması,
- Ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkması,
- Ortak girişimin, taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisinin olmaması.

i. Ortak Kontrol

110 Ortak girişimlerde aranan birinci koşul, işleme konu Şirket’in kurucu firmalar tarafından ortak kontrol altında tutuluyor olmasıdır. Bildirim formunda “devralma işlemi neticesinde, NCB, Türkiye Finans’ın sermayesinin her ne kadar %60’ının maliki olacak ise de 16 Temmuz 2007 tarihli Hissedarlar Sözleşmesi 6.1 inci maddesi uyarınca bazı önemli kararların alınması için Türkiye Finans hisselerinin %80’ini elinde bulunduran hissedarların olumlu oyu gerektiğinden ortak kontrole ilişkin değişiklik söz konusu olacaktır ve NCB, Türkiye Finans’ın diğer Satıcılar ile beraber ortak kontrolüne sahip olacaktır.” ifadeleri ile Türkiye Finans’ın ortak kontrol altına gireceği belirtilmiştir. Taraflar arasında imzalanması planlanan Hissedarlar Sözleşmesi’nin “Şirketin İdaresi ve Yönetimi” Başlıklı 6. maddesinin ortak kontrolle ilgili bölümleri şöyledir:

120 “Aşağıda sayılan hususlar (“Genel Kurulun Ortak Karar Verilmesi Gereken Hususlar”) yalnızca usulüne uygun olarak, Şirket Hisseleri’nin en az yüzde seksenini (%80) elinde bulunduran Hissedarlar’ın aslen katılımı veya temsilcilerinin katılımı ile oluşan toplantı nisabı ile bir Genel Kurul’da karara bağlanabilir, kararlar Şirket Hisseleri’nin en az yüzde seksenini (%80) temsil eden Hisseler’in olumlu oyu ile alınır:

- (i) Şirketin iş kolunda herhangi önemli bir değişiklik;
- (ii) işbu Sözleşmenin 4, 5, 6 ve 7. Maddelerinde¹ belirtilen hükümlere ilişkin Ana Sözleşme’de yapılacak herhangi bir değişiklik;
- (iii) Herhangi bir Hissedarın Ön-alım taahhüt haklarına sınırlama getirilmesi;

¹ Hissedarlar Sözleşmesinin 4. maddesi Hisse Devirlerini, 5. maddesi Hakla Arzı ve Alım ve Satım Opsiyonunui 6. maddesi Şirketin Yönetimi ve İdaresini ve 7. maddesi de Klittenme halini düzenlemektedir.

(iv) Şirket'in tasfiyesi, feshi, infisalı veya başka bir şirketle birleşmesi.”

130 “Aşağıda belirtilen (“Yönetim Kurulunun Ortak Karar Verilmesi Gereken Hususlar”) kararların usulüne uygun olarak alınabilmesi için, toplantı nisabının Yönetim Kurulu'nun en az 6 (altı) üyesinin katılımı ile oluşması; ve Mevcut Hissedarlar tarafından seçilen en az bir üyenin mevcut bulunması gerekmektedir. Yönetim Kurulu kararları en az altı (6) üyenin olumlu oyuyla alınacaktır; fakat kararın geçerli ve bağlayıcı olması için Mevcut Hissedarlar tarafından seçilen en az bir üyenin olumlu oyu gerekmektedir.

(i) (.....TİCARİ SIR.....);

(ii) (.....TİCARİ SIR.....);

(iii) (.....TİCARİ SIR.....);

(iv) GK Ortak Karar Verilmesi Gereken Hususlar'a ilişkin kararlar.”

140 Öte yandan, aynı sözleşmenin “Halka Arz” başlıklı 5. maddesinde² hisse devri işleminin gerçekleşmesinden itibaren (.....TİCARİ SIR.....). Dolayısıyla ortak kontrolün sona erip Türkiye Finans'ın NBC'nin tek başına kontrolüne geçtiği aşamada yeniden bir birleşme-devralma analizine ve Rekabet Kurulu iznine ihtiyaç doğacaktır.

ii. Bağımsız İktisadi Varlık Olması

Ortak girişim işleminin yoğunlaşma doğurucu olup olmadığını gösteren kriterlerden bir diğeri de söz konusu ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlık niteliği taşımasıdır. Bu kriter ile ifade edilen temel amaç, kurulacak olan ortak girişimin kurucularından bağımsız olarak ilgili pazarda faaliyetlerini sürdürebilen ayrı bir teşebbüs olarak tanımlanabilmesini sağlamaktır. Ortak girişim, pazarda faaliyet gösteren diğer firmaların gerçekleştirdiği üretim, dağıtım gibi tüm faaliyetlerde bulunmalı ve tam işlevsel firmalarda olduğu gibi kendine ait muhasebe, personel, idare ve yönetim organına sahip olmalıdır. Hisse Alım Sözleşmesi'nde ve Hissedarlar Anlaşması'nda Türkiye Finans'ın yönetim ve denetim kurullarının belirlenme ve çalışma yöntemlerine ilişkin ayrıntılı düzenlemelerin olması, ayrıca Türkiye Finans'ın faaliyetlerinin yürütülmesinin, bütçe hazırlanmasının, hisse devrinin usullerinin tespit edilmiş olması Türkiye Finans'ın bağımsız bir teşebbüs olarak karar alabileceğini göstermektedir.

160 Bağımsız bir iktisadi varlık olmanın diğer şartı, ortak girişimin kendi ticari politikasının olması veya kendi iş faaliyetlerini devam ettirme ve geliştirmede kurucularından bağımsız hareket edebilmesi, yani 'ekonomik bağımsızlığa' sahip olmasıdır. Ekonomik bağımsızlığın başlıca göstergelerinden biri, ortak girişimin başlıca mal aldığı ya da mal sattığı yerin kurucu firmalar olup olmadığı veya ortak girişimin faaliyetlerinin kurucu firmaların faaliyetleriyle bütünleşip bütünleşmediğidir.

Bu itibarla bildirim konu işlem incelendiğinde, Türkiye Finans'ın ana faaliyet konusu özel cari hesaplar ve katılma hesapları aracılığıyla fon toplamak ve diğer katılım bankacılığı faaliyetlerini gerçekleştirmektir. Saticıların ise bu faaliyet alanı

² Hissedarlar Sözleşmesi Madde 5: “(.....TİCARİ SIR.....).”

170 dışında çok sayıdaki iştirakleri ile faaliyet gösterdikleri bilinmektedir. NBC'nin de ülkemizde bankacılık alanında faaliyetinin bulunmaması sebebiyle Türkiye Finans'ın faaliyetleri tarafların faaliyetleri ile bütünleşmeyecektir.

Sonuç olarak, Türkiye Finans'ın, yukarıda belirtilen anlaşma hükümleri doğrultusunda, bağımsız bir iktisadi varlık olarak faaliyette bulunacağı sonucuna ulaşılmıştır.

iii. Rekabeti Sınırlayıcı Amaç veya Etkinin Olmaması

1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesinin (c) bendinde ifadesini bulan unsurun değerlendirilmesinde belirleyici faktör, ortak girişimin taraflar arasındaki rekabetçi davranışların koordinasyonuna sebebiyet verip vermediğidir.

180 - Ana teşebbüslerin ortak girişimin faaliyet göstereceği ilgili ürün pazarındaki etkinliklerinin önemsiz seviyede kalması veya ana teşebbüslerden sadece birinin ilgili ürün pazarındaki faaliyetlerine devam etmesi,

- Ana teşebbüslerin ortak girişimin faaliyet göstereceği ilgili ürün pazarındaki tüm faaliyetlerini ortak girişime devretmeleri,

hallerinde bağımsız teşebbüsler arasında rekabetçi davranışların koordinasyonu riski bulunmamaktadır.

Hisse devri işleminin satıcılar tarafında bulunan Boydak ve Yıldız gruplarının bankacılık alanında Türkiye Finans dışında faaliyetleri bulunmamaktadır. NBC'nin ise doğrudan veya iştirakleri vasıtasıyla Türkiye'de ilgili ürün pazarında faaliyeti yoktur. Bu nedenle zaten rakip olmayan taraflar arasında koordinasyon oluşması ihtimali bulunmamaktadır.

190 Yukarıda yer verilen bilgi ve değerlendirmeler neticesinde, bildirim konu hisse devri ile Türkiye Finans'ın halka arz edileceği döneme kadar 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesindeki esaslar çerçevesinde tam işlevsel bir ortak girişim olacağı kanaatine ulaşılmıştır.

H.2.1.2. İşleme İlişkin Değerlendirme

200 1997/1 sayılı Tebliğ'in 1998/2 sayılı Tebliğ ile değişik 4. maddesinde yer alan, *"...birleşme veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin 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 Kurulundan izin almaları zorunludur."* hükmü ile izne tabi birleşme ve devralmalara pazar payı ve ciro eşiği getirilmiştir.

Türkiye Finans'ın 2006 mali yılı net cirosu (.....) YTL. olarak gerçekleşmiş olduğundan, -diğer verilere bakılmaksızın- anılan işlemin Kurul'un iznine tabi olduğu anlaşılmıştır.

Bununla birlikte, devralan NCB'nin ilgili pazarda faaliyeti bulunmaması nedeniyle, devir işlemi sonucunda pazarın yapısı değişmeyeceğinden, Kanun'un 7. maddesi anlamında bir hakim durum yaratılması veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesinin söz konusu olmayacağı kanaatine varılmıştır.

H.2.2. Bildirime Konu Anlaşmada Yer Alan Rekabet Yasağı Açısından Değerlendirme

Taraflar arasında imzalanan Hissedarlar Sözleşmesi'nin "Rekabet Etmeme" başlıklı 9. maddesi aşağıdaki gibidir:

"Taraflar'dan her biri, Bağlı Kişiler'i ve özel kişi Taraflara ilişkin olarak Aile Üyeleri (ilgili Taraf'ça Kontrol edilen herhangi bir Kişi de dahil olmak üzere), Kapanış'ın gerçekleştiği tarihten sonra, müşterek onay hususlarının uygulanabildiği ölçüde herhangi bir şekilde, doğrudan ya da dolaylı olarak, herhangi bir Kişi vasıtasıyla, tek başlarına ya da diğerleri ile birlikte, Türkiye Cumhuriyeti sınırları dahilinde Şirket ile rekabet etmeyeceğini ve Üst Düzey yönetim kadrosundakilerle istihdam etmek veya onlarla çalışmak için onları ayartmayacağını veya onlarla temasa geçmeyeceği, istihdam edilmek için ricada bulunmayacaklarını veya iletişime geçmeyeceklerini kabul ederler. İşbu 9. madde amacı doğrultusunda yalnızca (a) herhangi bir bireysel, kurumsal ya da katılım bankasının yönetim kurulunda yer alma ya da sermayesinin çoğunluğunu kontrol etme veya (b) bir finans kurumu, banka şubesi veya acentelik kurma ya da devralma faaliyetleri Şirket ile rekabet etme olarak değerlendirilecektir."

Madde metninde geçen "müşterek onay hususları" duruma göre genel kurulca ortak karar verilmesi gereken hususlar ve/veya yönetim kurulunca ortak karar verilmesi gereken hususları ifade etmektedir. (.....TİCARİ SIR.....). Dolayısıyla "müşterek onay hususların uygulanabildiği ölçü" ifadesinden, rekabet yasağının ortak kontrolün devam ettiği süre boyunca geçerli olacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

(.....TİCARİ SIR.....). Rekabet yasağı hükmü konu bakımındansa Türkiye'de bankacılık ve finans hizmetlerinin sunulmasıyla sınırlıdır.

Birleşme/devralma işlemine ilişkin bir rekabet yasağının yan sınırlama olarak kabul edilmesi ve bu çerçevede işlemle birlikte değerlendirilmesi için söz konusu yasağın "yoğunlaşma ile doğrudan ilgili ve gerekli olma", "sadece taraflar açısından kısıtlayıcı olma" ve "orantılılık" kriterlerini sağlaması gerekmektedir. Yukarıda yer alan rekabet etmeme maddesi yalnızca Türkiye Finans'ın da faaliyet gösterdiği alan olan bankacılık piyasası bakımından, taraflar ve onların kontrolünde bulunan kişiler için ve ortak kontrolün devam ettiği süreyle sınırlı olarak bir sınırlama getirmektedir. Bu bağlamda, yukarıda sayılan kriterleri karşıladığı belirlenen söz konusu hükmün yan sınırlama kavramı çerçevesinde "ortak girişim" kurulması işlemi ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği ve ilgili hükmün zorunlu ve makul bir yan sınırlama olduğu anlaşılmıştır.

I. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre;

1. Bildirim konusu işlemin 4054 sayılı "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun"un 7. maddesi ve bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" kapsamında izne tabi olduğuna; işlem sonucunda 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesinde belirtilen nitelikte hakim durum yaratılmasının veya mevcut hakim

07-77/952-362

durumun güçlendirilmesinin ve böylece ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmadığına,

2. Hissedarlar Sözleşmesi'nin 9. maddesinde yer alan rekabet yasağının, yan sınırlama sayılarak bildirim konu işleme izin verilmesine

OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.