

REKABET KURULU KARARI

Dosya No : D1/1/İ.A.Y.-99/3

Karar No : 99-21/170-89

Karar Tarihi : 28.04.1999

Toplantıya Katılan

İkinci Başkan : Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU,

Üyeler : Mehmet Zeki UZUN, Sadık KUTLU, Dr.Kemal EROL,
İsmet CANTÜRK, Nejdet KARACEHENNEM, Mustafa PARLAK,
Ali Ersan GÖKMEN, R. Müfit SONBAY, Kubilay ATASAYAR.

Bildirimde Bulunan: Royal Packaging Industries N.V. adına
Dr. Bekir AROMA, Güllü Sk., No:1, 3'üncü Levent/İSTANBUL

Taraflar: - Royal Packaging Industries N.V.

Amsterdamseweg 206, 1180 AA Amstelveen, HOLLANDA

- Eskinazi ailesi:

Moiz ESKİNAZİ (1383 Sk., No:7/6, Alsancak/İZMİR)

Berkay ESKİNAZİ (1383 Sk., No:7/6, Alsancak/İZMİR)

David Davut ESKİNAZİ (1383 Sk., No:7/6, Alsancak/İZMİR)

Nükhet SERİNYEL (İnönü Cad., No:593, Kat6, D:3, Lider Apt., Hatay/İZMİR)

Alber DALVA (İnönü Cad., No:225/9, Hatay/İZMİR)

Nedim ESKİNAZİ (1383 Sk., No:7/6, Alsancak/İZMİR)

Dosya Konusu: Royal Packaging Industries N.V. ve Eskinazi ailesi arasında akdedilen hisse satınalma sözleşmesinde yer alan rekabet yasağı hükmüne ilişkin menfi tespit/muafiyet talebi.

Raportörler Görüşü: Dosya konusu işlemde öngörülen rekabet yasağı süresinin gereğinden uzun olması ve rekabeti gereğinden fazla kısıtlamasından dolayı;

- 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4'üncü maddesine aykırı olduğu tespit edilen anlaşmaya Kanun'un 8'inci maddesi çerçevesinde Menfi Tespit Belgesi verilemeyeceği,

- öte yandan aynı anlaşmaya Kanun'un 5'inci maddesi çerçevesinde muafiyet de tanınamayacağı,

- ancak, mezkur anlaşma hükmünün iki yıllık bir süre için öngörülmesi halinde, bunun, geçmişte yapılan devralma işleminin bir parçası olması nedeniyle bir yan sınırlama olarak değerlendirilebileceği ve bu haliyle anlaşmaya Menfi Tespit Belgesi verilebileceği.

Dosya Evreleri: Royal Packaging Industries N.V. ve Eskinazi ailesi (Moiz ESKİNAZİ, Berkay ESKİNAZİ, David Davut ESKİNAZİ, Nühket SERİNYEL, Alber DALVA, Nedim ESKİNAZİ) arasında akdedilen hisse satınalma sözleşmesinin 7.2 maddesinde yer alan rekabet yasağı hükmü için menfi tespit belgesi verilmesi talebi ile Kurum kayıtlarına 28.10.1998 tarih, 3462 sayı ile intikal etmiş olan Royal Packaging Industries N.V. adına Dr. Bekir AROMA imzalı bildirim üzerine, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 8'inci maddesi uyarınca, Raportörler İ. Atalay YOLCU, M. Akif KAYAR ve Cengiz SOYSAL tarafından düzenlenen 06.04.1999 tarih, D1/1/İ.A.Y.-99/3 sayılı Menfi Tespit Ön İnceleme Raporu, 07.04.1999 tarih, REK.0.05.00.00/20 sayılı Başkanlık önergesi ile Kurul gündemine alınmış ve 99-21 sayılı toplantıda görüşülmüştür.

DEĞERLENDİRME

Bildirime konu işlem, Hollanda yasalarına göre kurulmuş olan Royal Packaging Industries Van Leer N.V. ile Eskinazi ailesi (Moiz Eskinazi, Berkay Eskinazi, David Davut Eskinazi, Nühket Serinyel, Alber Dalva ve Nedim Eskinazi) arasında, Van Leer Saf Plastik A.Ş.'deki (VLSP) Eskinazi ailesine ait hisselerin devri maksadıyla yapılmış olan Hisse Satın Alma Sözleşmesi'nde yer alan rekabet yasağına ilişkin menfi tespit talebidir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, ilgili **ürün pazarının** "gıda ve gıda harici uygulamalar için baskılı ve baskısız esneyebilen ambalaj malzemeleri"; ilgili **coğrafi pazarın** ise Türkiye Cumhuriyeti sınırları olduğu, son üç yılda ilgili faaliyet alanına yeni giren herhangi bir teşebbüs olmamakla birlikte, ilgili ürün pazarına ve ilgili coğrafi pazara girişi etkileyen koşulların bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Hisse Satın Alma Sözleşmesi'ne konu olan VLSP, 1.890.000.000.000 TL sermayeli ve esneyebilen ambalaj malzemesi sektöründe faaliyet göstermekte olan bir firma olup 1997 yılı cirosu ... trilyon TL'dir. Şirketin pazar payı ortalama %... olmakla birlikte en büyük beş rakibi ve bunların pazar payları aşağıdaki tabloda gösterilmiştir.

| FİRMA ADI | PAZAR PAYI (%) |
|--------------------|----------------|
| Koroza A.Ş. | ... |
| Elif Plastik A.Ş. | ... |
| Rotopak A.Ş. | ... |
| Bak Ambalaj A.Ş. | ... |
| Saran Plastik A.Ş. | ... |

Taraflar, aralarında akdedilmiş Hisse Satın Alma Sözleşmesi'ne menfi tespit belgesi istenen ve rekabet yasağını içeren madde 7.2'de, satıcı hissedarlar olan Eskinazi ailesine beş yıl boyunca doğrudan veya dolaylı olarak gıda ve gıda harici uygulamalar için baskılı ve baskısız esneyebilen ambalaj malzemelerinin veya VLSP'nin ürettiği malların rakibi olan malların üretimini, kullanımını ya da satışını

yapmayacaklarını veya sadece VLSP aracılığıyla yapacaklarını taahhüt etmektedirler.

Teşebbüsler arasında yapılan ve taraflara rekabet yasağı getirilen anlaşmalar, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesine uygun düşmemekle birlikte, farklı değerlendirilmeye tabi tutulmaktadır.

Günümüzde teşebbüsler arası devir işlemlerinde, genellikle devralan tarafın devreden devir işleminden sonra kendisiyle rekabet etmemesi yönünde bir şart ileri sürdüğü rekabet yasaklamalarına ticari hayatta yaygın olarak rastlanmaktadır. Bu durum, özellikle devir işlemine konu pazara yabancı olan devralan teşebbüsler ile mevcut pazarda müşteri portföyü ve "know-how" oluşturmuş devreden teşebbüsler arası devralmalarda sözkonusu olmaktadır. Devralanın "know-how" ve kendine ait müşteri portföyünü oluşturabilmesi, bir başka deyişle piyasaya adaptasyonunun sağlanabilmesi için makul bir süreye gereksinim duyulması nedeniyle, bu tür anlaşmalarda rekabet etmeme yasaklamaları ticari hayatın bir gereği olarak değerlendirilebilmektedir.

Rekabet otoriteleri de devralma işlemlerinde, satın alınan varlıkların (know-how, müşteri portföyü, satış stratejileri vb.) değer ifade eden bir bütün olarak alınması gerektiği esasına dayalı olarak, devreden tarafa getirilen konuyla ilgili faaliyette bulunma sınırlamaları ile belli süreler için ilgili pazarda rekabet etme yasakları getiren hükümlere "zorunlu kısıtlamalar" kavramı çerçevesinde olumlu yaklaşımlar sergileyebilmektedirler.

Konunun Avrupa Topluluğu Komisyonu ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD) kararları ışığında değerlendirilmesinde, durum aşağıda ifade olunan görünümü arz etmektedir.

Bir devralma işleminde devredilen şirket sadece maddi varlığı ile değil, tüm ticari varlığı ile birlikte devredilmektedir. Burada ticari varlıktan kasıt; bina, makina, malzeme, araç gibi maddi unsurların yanı sıra, know-how, müşteri portföyü (clientele), lisans, isim hakkı, marka, şirket itibarı ve imajı (goodwill) gibi maddi olmayan unsurlardır. Devralma işleminde, anlaşma şartlarının tam ve etkili olarak yürürlüğe girebilmesi ve devir işleminden her iki tarafın da arzu ettiği sonucu elde edebilmesi için maddi varlıkların yanı sıra yukarıda sayılan maddi olmayan unsurların da alıcıya tam anlamıyla devredilmesi gerekmektedir. Çünkü alıcı taraf devraldığı şirketin bu gibi özelliklerini de göz önüne alarak şirkete değer biçmekte ve satıcıya bu bedeli ödemektedir. İşte yukarıda izah edilmeye çalışılan bu ticari varlığın alıcıya tam olarak intikal etmesini garanti altına alabilmek için satıcı tarafa makul bir süre ile hisse devir sözleşmesinde "rekabet etmeme" şartı getirilmesi gerekebilmektedir. Aksi halde satıcı, şirketin devri sonucunda elde edeceği parayla aynı piyasada faaliyet gösteren yeni bir şirket kurabilir, devrettiği şirket dolayısıyla sahip olduğu know-how, müşteri portföyü (clientele), şirket itibarı ve imajı (goodwill) gibi maddi olmayan bazı unsurları bu yeni şirkete aktarabilir, böylece eski durumundan hiçbir şey kaybetmeden ilgili piyasada varlığını devam ettirebilir. Halbuki, alıcı taraf devir işlemine konu şirketi tüm ticari varlığıyla birlikte devralmak

niyetiyle bir bedel ödemiştir. Satıcının, şirketin maddi olmayan varlığını yeni kurduğu şirkete aktarması dolayısıyla devir işlemi sonrası alıcının eline sadece şirketin maddi unsurları geçecektir. Bu da devir işleminde, anlaşma şartlarının tam olarak yürürlüğe girmemesi demektir. Yani alıcı taraf mağdur duruma düşebilmektedir.

Oysa devir sözleşmesine makul bir süre ile “rekabet etmeme” şartı getirilirse, alıcı o süre zarfında devraldığı şirketin müşteri portföyünü kendine bağlayabilecek, “know-how” ve “goodwill” gibi unsurların da devraldığı şirket bünyesinde kalmasını sağlayacaktır. Böylece “rekabet etmeme” şartı sayesinde, satıcının ilgili piyasadan bir süre uzak kalması ile alıcının muhtemel zararının önüne geçilecektir. Bu sayede anlaşma şartları ve tarafların anlaşmadan dolayı arzu ettikleri sonuç tam anlamıyla gerçekleşmiş olacaktır.

Teşebbüsler arası rekabet etmemeye ilişkin anlaşmalar konusu geçmiş yıllarda gerek Avrupa Topluluğu Komisyonu, gerekse Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nı meşgul etmiştir. Örneğin, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, (Remia k. Komisyon Kararı'nda) “...bir teşebbüsü devralan diğer bir teşebbüsün; satın alınan teşebbüse ilgili piyasalarda rekabet yasağı getirmesinin süresi belirtilmek kaydı ile 85/1 maddesine aykırılık göstermediği”¹ kararına varmıştır.

Ayrıca, Avrupa Topluluğu Komisyonu'nun Reuter/BASF² ve Mecaniver/PPG³ Kararları'nda satın alınan teşebbüsün müşterilerinin yeni mal sahiplerinin müşteri listesine dahil olabilmeleri için makul sürelerin tanınması gerekliliği üzerinde durulmuştur. Mecaniver/PPG davasında; Komisyon'un, satış işlemlerinden sonra da ticari ilişkilerini devam ettiren teşebbüslerin aralarında “rekabet etmeme” şartı getirmelerine izin verdiği görülmektedir. Bu noktadaki önemli husus ise teşebbüslerin karşılıklı olarak başka teşebbüslerde çapraz ortaklıklarının mevcudiyetidir. Nitekim, bu karardan önce, 1981 yılında, Komisyon'un Rekabet Politikası Üzerine Onuncu Rapor'unun 152 ve 154'üncü paragraflarında IV. Genel Müdürlüğün bu yönde yorumlarına rastlanmaktadır.

Avrupa Topluluğu Komisyonu'nun, “rekabet etmeme” şartına ilişkin makul süreler ile ilgili açıklamasına, yine Rekabet Politikası Üzerine Onüçüncü Rapor'unda, Nutricia davasında⁴ getirdiği yorumunda rastlanmaktadır: “Reuter/BASF ya da Nutricia kararlarında genel anlamı ile know-how ve müşteri portföyünün devri söz konusu olduğundan beş yıllık bir süre ihtiyacı makul ve kabul edilebilir görülmüştür. Sadece müşteri portföyünün yeni maliklerin portföyüne geçmesi için ihtiyaç duyulan makul sürenin iki yıl olduğunu belirtmekte fayda vardır.”⁵

Dikkat edilecek olursa, gerek Avrupa Topluluğu Komisyonu'nun gerekse Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın “rekabet etmeme” şartı ile ilgili vermiş oldukları kararlarda mutlak suretle “rekabet etmeme” şartı belli ve makul bir süreye

¹ Aff. 42/84, Remia k. Komisyon, Rec. 1985, s:2545

² Reuter/BASF Komisyon Kararı, ATRG, L 254, 1976, s:40

³ Mecaniver/PPG Komisyon Kararı, ATRG, L 35, 1985, s:54

⁴ Nutricia/Remia Komisyon Kararı, ATRG, L 376, 1983, s:22

⁵ Avrupa Toplulukları Komisyonu, Rekabet Politikası Üzerine Onüçüncü Rapor, Brüksel, 1984, 88. paragraf

bağlanmıştır. Bu sürenin, her olaya göre farklılık göstermekle birlikte iki ile beş yıl arasında değişebileceği anlaşılmaktadır. Sadece müşteri portföyünün devredildiği durumlarda iki yıl, müşteri portföyünün yanında know-how, lisans, isim hakkı, marka, şirket itibarı ve imajı gibi maddi olmayan diğer unsurların da devredildiği durumlarda bu sürenin beş yıla kadar uzayabileceği değerlendirilmektedir.

Sonuç olarak, bazı devralma işlemlerinde satıcı üzerine getirilen “rekabet etmeme” şartının, uygun bir süreye bağlanması kaydıyla zorunlu, objektif ve makul bir yan sınırlama olduğu ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’a aykırı olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Yukarıdaki bilgiler doğrultusunda, başvuruya konu “Hisse Satın Alma Sözleşmesi”ndeki taraflardan satıcı konumundaki Eskinazi ailesine yüklenilmiş olan beş yıllık rekabet yasağı, makul bir süre sayılarak bir yan sınırlama olarak değerlendirilmiş ve 4054 sayılı Kanun’a aykırılık teşkil etmediği kanaatine varılmıştır.

SONUÇ

Yukarıda özetlenen değerlendirmeler ışığında; Royal Packaging Industries N.V. ile Mois Eskinazi, Berkay Eskinazi, David Davut Eskinazi, Nükhet Serinyel, Alber Dalva ve Nedim Eskinazi arasında akdedilen Hisse Satın Alma Sözleşmesi’nin 7.2.’nci maddesinde yer alan ve Eskinazi Ailesi’ne *beş yıllık bir süre için* doğrudan veya dolaylı olarak gıda veya gıda harici uygulamalar için baskılı ve baskısız esneyebilen ambalaj malzemesinin veya Van Leer Saf Plastik A.Ş.’nin ürettiği malların rakibi olan malların üretimini, kullanımını ya da satışını yapmayacaklarını veya sadece Van Leer Saf Plastik A.Ş. aracılığı ile yapacaklarını öngören rekabet yasağının, zorunlu, objektif ve makul bir yan sınırlama olduğu ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’a aykırı olmadığı kanaatine varılarak, Kanun’un 8’inci maddesi çerçevesinde söz konusu anlaşmaya Menfi Tespit Belgesi verilmesine OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.