

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2016-3-26 (Ortak Girişim)
Karar Sayısı : 16-17/288-131
Karar Tarihi : 18.05.2016

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Ömer TORLAK
Üyeler : Arslan NARİN, Fevzi ÖZKAN, Dr. Metin ARSLAN,
Doç. Dr. Tahir SARAÇ, Kenan TÜRK, Adem BİRCAN

B. RAPORTÖRLER : Nimet KAVAK, Name AKÇA, Cansu TOPAK

C. BİLDİRİMDE

BULUNAN

: - Nestle SA
- PAI Partners SAS
Temsilcileri: Av. Gönenç GÜRKAYNAK, Sinan DİNİZ,
Av. Berfu AKGÜN ve Av. Armanç CANBEYLİ
Çitlenbik Sokak No: 12 Yıldız Mahallesi Beşiktaş/İstanbul

- (1) **D. DOSYA KONUSU:** Nestle SA ve PAI Partners SAS tarafından ortak girişim kurulması işlemine izin verilmesi talebi.
- (2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurumu (Kurum) kayıtlarına 29.04.2016 tarih ve 2843 sayı ile giren ve en son 16.05.2016 tarih ve 3236 sayı ile eksiklikleri tamamlanan bildirim üzerine düzenlenen 16.05.2016 tarih ve 2016-3-26/Öİ sayılı Ortak Girişim Ön İnceleme Raporu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (3) **F. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda özetle; dosya konusu işleme izin verilmesinde sakınca bulunmadığı ifade edilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

G.1. Taraflar

- (4) Nestle SA (NESTLE); süt ürünleri, kahve, ambalajlı su, kahvaltılık tahıl ürünleri, tıbbi (medikal) beslenme ürünleri, yemeklik ürünler (hazır gıdalar, çeşniler, soslar ve makarnalar vs.), dondurma, çikolata ve çay bazlı içecek, şekerleme (çikolata, şeker ve atıştırılabilir ürünler vs.) ürünlerinin üretimi, satışı ve pazarlaması alanlarında ve aynı zamanda, evcil hayvan mamaları ve cilt sağlığı ürünleri gibi bazı gıda dışı alanlarda faaliyet göstermektedir. Bağımsız bir şirket olan PAI Partners SAS (PAI) ise özel sermaye fonlarının yönetimi ve danışmanlığı alanlarında faaliyet göstermektedir.

G.2. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

- (5) Taraflar arasında imzalanan Ön Protokol kapsamında; kurulması planlanan ortak girişim şirketine NESTLE'nin; İsrail hariç olmak üzere Avrupa, Ortadoğu ve Kuzey Afrika bölgelerindeki ve Filipinler, Brezilya ve Arjantin de dâhil olmak üzere belirli diğer coğrafi bölgelerde bulunan dondurma işini, Mövenpick İsviçre (MoS) ürünlerinin NESTLE Grubundaki şirketler tarafından hâlihazırda satılmakta olduğu ülkelerde (İsrail ve ABD hariç olmak üzere) ve NESTLE'nin MoS markasına hâlihazırda sahip olduğu tüm ülkelerde MoS ürününün üretimine, dağıtılmasına ve/veya satışına ilişkin hakları ve varlıkları, belirli Avrupa Ekonomik Alanı ülkelerinde (Almanya, İsviçre, İtalya, İspanya, Avusturya) perakende ve/veya ev dışı kanallarındaki bir kısım donmuş gıda işlerini ve Filipinler'deki soğuk süt ürünleri işlerini devredebileceği görülmektedir.

- (6) Anılan protokol kapsamında PAI'nın ise kurulması planlanan ortak girişim şirketine portföy şirketi olan Birleşik Krallık merkezli endüstriyel dondurma üreticisi R&R Ice Cream Plc.'yi (R&R) ve iştiraklerindeki yatırımlarını aktaracağı anlaşılmaktadır.
- (7) 2010/4 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in (2010/4 sayılı Tebliğ) 5. maddesinin 3. fıkrası çerçevesinde, bir ortak girişimin 2010/4 sayılı Tebliğ çerçevesinde bir devralma olarak değerlendirilebilmesi için "ortak kontrol" ve "tam işlevsellik (bağımsız iktisadi varlık)" koşullarını taşıması gerekmektedir.
- (8) İki ya da daha fazla teşebbüs ya da kişinin başka bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama imkânına sahip olması durumunda ortak kontrolden söz edilmektedir. Belirleyici etki, bir teşebbüsün stratejik ticari davranışlarını belirleyen eylemleri engelleme yetkisidir. "Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz"da (Kılavuz) ortak kontrolden söz edilebilmesi için tarafların eşit oy hakkına sahip olması, stratejik kararların alınmasında veto haklarının bulunması ya da oy haklarının ortaklaşa kullanılması gibi şartların sağlanması gerektiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla, ana şirketlerin kontrol edilen teşebbüsle ilgili önemli kararlarda (bütçe, işletme planı, önemli yatırımlar, üst yönetimin atanması gibi) mutabakata varmak zorunda olduğu hallerde ortak kontrol söz konusudur.
- (9) Ortak girişimin kurulmasına yönelik olarak imzalanan Ön Protokol'ün hükümlerinin incelenmesinden, yönetim kurulunun yapısının belirlenmesi, işletme planının belirlenmesi, belirli büyüklükte borçlanma veya yatırım kararları alınması gibi stratejik kararların her iki işlem tarafının da mutabakatı ile alınacağı anlaşılmıştır. Dolayısıyla kurulacak ortak girişim, işlem taraflarının ortak kontrolünde olacaktır.
- (10) Bildirim konusu işlemin 2010/4 sayılı Tebliğ çerçevesinde bir devralma olarak değerlendirilmesi için aranan ikinci kriter ise, üzerinde ortak kontrol tesis edilen işletmenin bağımsız bir iktisadi varlık niteliği taşıması, diğer bir deyişle tam işlevsel olmasıdır. Bu kriter ile aranan özellik ortak girişimin, kurucularından bağımsız olarak ilgili pazarda faaliyetlerini kalıcı olarak sürdürebilen ayrı bir iktisadi işletme olarak teşekkül etmesidir. Bir ortak girişimin tam işlevsel olarak kabul edilebilmesi için;
- Bağımsız olarak faaliyet göstermek için yeterli kaynaklara sahip olma,
 - Ana şirketlerin belirli bir işlevi ötesinde faaliyet gösterme,
 - Satış ve satın alma ilişkilerinde ana şirketlere bağımlı olmama,
 - Kalıcı olarak faaliyet gösterme¹
- özelliklerini taşıması beklenmektedir.
- (11) Dosya içeriği bilgilerden, kurulması planlanan ortak girişimin; kendi ticari politikası doğrultusunda karar verebilen, faaliyetlerini kalıcı bir bağımsız ticari varlık olarak gerçekleştirebilmek için gerekli olan sermaye, personel ve malvarlığı gibi yeterli kaynaklara sahip olan 2010/4 sayılı Tebliğ'de geçen şekli ile özerk bir ekonomik şirketin tüm işlevlerini yerine getirebilen tam işlevsel bir teşebbüs olacağı anlaşılmaktadır.
- (12) Kurulması planlanan ortak girişime NESTLE tarafından işlerin, varlık devirleri yoluyla aktarılacağı ve NESTLE'nin ortak girişime aktarılacak işlerinin küresel cirosunun 2014 yılında (.....) İsviçre Frangı varlıkların ise (.....) İsviçre Frangı değerinde olduğu, bununla birlikte NESTLE'nin dondurma üretimi, dağıtımı ve/veya satışına ilişkin, MoS'a ilişkin varlıkları ve hakları da dâhil olmak ancak bunlarla sınırlı olmamak üzere, tüm varlıklarını ve haklarını (söz konusu haklar hâlihazırda kullanılmakta olsa da olmasa da) ortak girişime aktaracağı dosya içeriğinden anlaşılmıştır.

¹ Kılavuz, par. 81-93.

- (13) Ortak girişime PAI tarafından aktarılacak R&R'ın küresel cirosunun ise (.....) Avro olduğu ve varlıklarının (.....) Avro'ya tekabül ettiği, bununla birlikte işlemin kesin değerinin henüz belirlenmediği Bildirim Formunda ifade edilmiştir.
- (14) R&R'ın hâlihazırda faaliyetleri için gerekli sermaye, çalışanlar ve fikri mülkiyet haklarına sahip olan mevcut bir şirket olduğu ve tamamının ortak girişime aktarılacağı hususu da dikkate alındığında başlangıçtaki sermaye katkısının tamamlanmasının ardından ortak girişimin, özerk bir ekonomik şirketin tüm işlevlerini yerine getireceği, eş deyişle finansmanını kendisinin sağlayacağı, bu kapsamda ortak girişimin sayılan niteliklerden ilki olan “bağımsız olarak faaliyet göstermek için yeterli kaynaklara sahip olunması” niteliğini taşıdığı kanaatine varılmıştır.
- (15) Bir ortak girişimin, tam işlevsel olarak kabul edilebilmesi için taşıması gereken ikinci ve üçüncü özellikler; ortak girişimin ana şirketlerin belirli bir işlevi ötesinde faaliyet göstermesi, satış ve satın alma ilişkilerinde ana şirketlere bağımlı olmamasıdır. Bu kapsamda, örneğin, bir ortak girişimin faaliyetlerinin esas olarak ana şirketlerinin ürünlerinin dağıtımını ya da satışıyla sınırlı olması durumunda ortak girişim tam işlevsel olarak değerlendirilemeyecektir. Benzer şekilde işlem taraflarının ortak girişimin üst ve/veya alt pazarında güçlü bir şekilde var olması, ana şirketlerle ortak girişim arasında büyük miktarda satış ya da satın alma ilişkilerinin bulunması durumunda ortak girişimin tam işlevselliği sorgulanabilecektir.
- (16) Kurulması planlanan ortak girişimin birincil olarak dondurma ürünlerinin üretimi, dağıtımını ve satışı alanlarında ve sınırlı bir kapsamda belirli diğer donmuş gıda ürünlerinin üretimi ve satışı ile Filipinler'de soğuk süt ürünlerinin üretimi ve satışı alanlarında faaliyet göstereceği, bu kapsamda hâlihazırda Türkiye'de dondurma ve donmuş gıda üretimi ve satışı alanında faaliyeti olan NESTLE'nin işlem sonrası dondurma ve donmuş gıda alanında faaliyetinin olmayacağı dosya içeriğinden anlaşılmıştır. İşlemin diğer tarafı olan PAI'nın ise Türkiye'de dondurma ve donmuş gıda alanında faaliyeti yoktur. Bu doğrultuda ortak girişimin sunacağı hizmetin ana şirketlerin işlevinin ötesine geçeceği kanaatine varılmıştır.
- (17) Son olarak taşınması gereken diğer bir özellik, işlem taraflarının ortak girişimin kalıcı olarak faaliyet göstermesini hedeflemeleridir. Kılavuz'a göre yukarıda değerlendirilen ilk üç şartın bir işlem özelinde sağlanmış olması, “*tarafların hedefinin bu doğrultuda olduğunu göstermektedir*”² (Kılavuz par. 91). Bununla birlikte Bildirim Formunda ortak girişimin belirsiz süreli olarak kurulduğu ve hissedarlar tarafından Ön Protokol'ün ilgili hükümleri uyarınca sona erdirmeye karar verilmeye kadar veya ortak girişim tasfiye edilinceye kadar varlığını sürdüreceği belirtilmiştir.
- (18) Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında bildirim konusu ortak girişimin tam işlevsellik şartını da sağladığı kanaatine varılmıştır. Dolayısıyla söz konusu işlem, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) ilgili hükümleri ve 2010/4 sayılı Tebliğ'in 5. maddesi çerçevesinde bir devralmadır. Dosya içeriğinden, işlem taraflarının 2014 yılı Türkiye ve dünya cirolarının 2010/4 sayılı Tebliğ'in 7. maddesinin birinci fıkrasında yer alan ciro eşiklerini aştığı anlaşıldığından, bildirim konu işlem izne tabidir.

² Kılavuz, par. 91.

- (19) Kurulması planlanan ortak girişimin temel olarak dondurma; sınırlı olarak ise dondurulmuş ürünler ve süt pazarında faaliyet göstereceği anlaşılmaktadır. NESTLE Türkiye’de; Nestle Türkiye Gıda Sanayi A.Ş., Nestle Waters Gıda ve Meşrubat Sanayi Tic. A.Ş, Erikli Su ve Meşrubat San. ve Tic. A.Ş., Erikli Dağıtım ve Pazarlama A.Ş., Cereal Partners Gıda Ltd. Şti. unvanlı iştirakleri aracılığıyla faaliyet göstermektedir. NESTLE'nin dondurma alanında faaliyet gösterdiği markalar MoS ve Antica Gelateria del Corso olup MoS ürünlerinin NESTLE tarafından Türkiye’ye doğrudan satıldığı, Antica Gelateria del Corso ürünlerinin ise Türkiye’de üçüncü şahıs distribütörler tarafından ithal edilip satıldığı görülmektedir. NESTLE'nin, kurulması planlanan ortak girişime aktarılan donmuş gıda işine ilişkin olarak ise, Erlenbacher ürünlerinin yurt dışından Türkiye’ye ihraç edilmesi yoluyla faaliyet gösterdiği anlaşılmıştır. Söz konusu faaliyet alanlarına ilişkin NESTLE’nin 2015 yılında Türkiye’deki dondurma pazarında pazar payının tahmini olarak %(.....)’den düşük ve her halükarda %(.....) ile %(.....) arasında olduğu, donmuş gıda pazarındaki pazar payının ise tahmini olarak %(.....) ile %(.....) arasında olduğu; bununla birlikte işlem neticesinde NESTLE’nin ortak girişimin temel faaliyet alanı olan dondurma işinin ve dondurulmuş gıda işinin tamamını ortak girişime aktaracağı eş deyişle NESTLE’nin dondurma ve dondurulmuş gıda pazarlarında artık faaliyet göstermeyeceği dosya içeriğinden anlaşılmıştır.
- (20) PAI Türkiye’de portföy şirketleri; ADB Airfield Solutions, AS Adventure, Cerba European Lab., Industrial Part Holding, Marcolin, Pertstrop, Custom Sensors & Technologies aracılığıyla faaliyet göstermektedir. PAI söz konusu şirketlerden hiçbirini doğrudan kontrol etmemekte ve anılan şirketlerin faaliyet alanları değerlendirildiğinde söz konusu şirketlerin faaliyet alanları ile ortak girişiminin faaliyet alanları arasında yatay veya dikey herhangi bir örtüşme bulunmadığı görülmektedir. PAI bünyesinde bulunan R&R ise; kutu dondurmalar, külahlar, çubuk dondurmalar, dondurma çubukları ve dondurmali tatlılar üretip, bu ürünleri kendi markaları ve özel markalar (private label) altında satmaktadır. Bununla birlikte R&R’ın Türkiye’de faaliyeti yoktur.
- (21) Bu bilgiler ışığında tarafların dosya kapsamındaki pazarlarda daha öncesinde faaliyeti bulunduğu dikkate alındığında bu pazarların işlemten etkilenme ihtimali olduğu görülmektedir. Ancak NESTLE’nin söz konusu pazarlardaki pazar payının düşük olduğu, PAI’nin Türkiye’de ilgili pazarlarda faaliyetinin olmadığı ve işlem ertesinde herhangi bir pazar payı artışı gerçekleşmeyeceği kanaatine varılmıştır.
- (22) Bildirim konusu işlem 2010/4 sayılı Tebliğ’in 13. maddesinin 3. fıkrası kapsamında değerlendirildiğinde; işlem taraflarının, hem birbirlerinin faaliyet gösterdiği hem de ortak girişimin faaliyet göstereceği pazarlarda faaliyetlerinin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle dosya konusu işlemin, işlem tarafları arasında rekabeti sınırlayıcı bir amacı veya etkisinin olamayacağı ve bu nedenle 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi kapsamında bir değerlendirme yapılmasına gerek olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

H. SONUÇ

- (23) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre; bildirim konusu işlemin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ kapsamında izne tabi olduğuna; işlem sonucunda aynı Kanun maddesinde yasaklanan nitelikte hakim durum yaratılmasının veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesinin ve böylece rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmaması nedeniyle işleme izin verilmesine OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.