

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : D1/M.A.K.-00/1 (Menfi Tespit)

Karar Sayısı : 00-10/98-48

Karar Tarihi : 08.03.2000

A- TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU

Üyeler : Dr. Kemal EROL, Sadık KUTLU, İsmet CANTÜRK, Nejdet KARACEHENNEM, Mustafa PARLAK, A.Ersan GÖKMEN, R.Müfit SONBAY, Kubilay ATASAYAR, Murat GENCER

B- RAPORTÖRLER : M.Akif KAYAR, İ.Yücel ARDIÇ

C- BİLDİRİMDE BULUNAN: - SMS AG

Temsilcisi Dr. Ünal TEKİNALP

- SMS Schloemann-Siemag AG

Temsilcisi Dr. Ünal TEKİNALP

Büyükdere Cad. No: 47 Ben-Tek İş merkezi Kat:6
80310 Mecidiyeköy/İstanbul

D- TARAFLAR: - SMS AG

Eduard-Schloemann-Strasse 4 D-40237 Düsseldorf/Almanya

- Mannesmann AG

Mannesmannufer 2 D-40213 Düsseldorf/Almanya

E- DOSYA KONUSU: Mannesmann AG'nin, yavru şirketi olan Mannesmann Demag AG yoluyla yürüttüğü metalurji işini, SMS AG'nin yavru şirketi Schloemann-Siemag AG'deki eritme ve haddeleme tekniği işbirimi ile birleştirerek, taraflarca yeni bir ortaklık oluşturulmasına yönelik devralma işlemine ilişkin menfi tespit talebi.

F- DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 6.9.1999 tarih ve 2909 sayı, 15.9.1999 tarih ve 1124 sayı, 20.10.1999 tarih ve 3434 sayı, 3.12.1999 tarih ve 4000 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 yapılan inceleme sonucunda düzenlenen 16.2.2000 tarih ve D1/1/M.A.K.-00/1 sayılı Menfi Tespit Ön İnceleme Raporu, 1.3.2000 tarih, REK.0.05.00.00/8 sayılı Başkanlık Önergesi ile 00-10 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G- RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ : Almanya'da mukim Mannesmann AG ve SMS AG teşebbüsleri arasında 12 Aralık 1998 tarihinde imzalanan "Prensip Anlaşması" sonucunda kurulan SMS Demag AG'nin kuruluşuna ilişkin devralma işleminin, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesine dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 2. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında bir devralma işlemi olduğu;

- Söz konusu devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin ilgili ürün pazarlarındaki pazar payları ve cirolarının 1998/2 sayılı Tebliğ ile değişik 1997/1 sayılı Tebliğ'de öngörülen eşiklerin altında olduğu ve dolayısıyla Rekabet Kurulu'dan izin alınmasını gereken bir devir işlemi olmadığı;
- Devir işlemine esas teşkil eden Prensipten Anlaşması'nın 11. maddesinde yer alan "süresiz rekabet etmeme" koşulunun, zorunlu, objektif ve makul olmaları şartıyla kabul edilen yan sınırlama kavramı çerçevesinde mütalaa edilemeyeceği, bu koşulun Kanun'un 4. maddesi kapsamında olması nedeniyle de söz konusu anlaşmaya Kanun'un 8. maddesi hükümleri dahilinde menfi tespit belgesi verilemeyeceği;
- Mezkur devralmanın Kanun'un 5. maddesi hükümleri çerçevesinde, Kanun'un 4. maddesi hükümlerinin uygulamasından bireysel olarak muaf tutulmasının, "süresiz rekabet etmeme" şartının rekabeti zorunlu olandan fazla sınırlaması nedeniyle mümkün olamayacağı, Prensipten Anlaşması'ndan rekabet etmemeye ilişkin hükmün çıkarılması veya anılan hükmün en fazla 5 yılı geçmeyecek şekilde değiştirilmesi durumunda, bu koşulun yan sınırlama olarak kabul edilip, söz konusu anlaşmaya menfi tespit belgesi verilmesinin uygun olabileceği;
- Tarafların "süresiz rekabet etmeme" hükmünü yan sınırlama kavramına uygun olarak 5 yıllık bir süre ile sınırlandırılması şeklinde değiştirdiklerine dair beyanlarının Rekabet Kurulu'nca göz önüne alınması halinde, söz konusu anlaşma'ya menfi tespit belgesi verilebileceği, 4054 sayılı Kanunun 4'üncü maddesi kapsamına "süresiz rekabet etmeme" hükmünü ihtiva etmesi nedeni ile giren ve Kanun'un 10. maddesi ve ilgili Tebliğ hükümleri uyarınca öngörülen bir aylık süre içinde bildirilmemiş olan başvuruya konu anlaşmanın tarafları olan SMS AG ve Mannesmann AG'nin, Kanun'un 16. maddesinin (c) bendine göre 400.000.000 TL (1999/1 sayılı Tebliğ ile değişik) ve SMS AG ve Mannesmann AG'nin Yönetim Kurulları'nda anlaşmanın imzalandığı tarihte görev alan gerçek kişilere Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "Tüzel kişiliği olan teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin birinci fıkrada belirtilen para cezalarına çarptırılmaları halinde, bu tüzel kişiliğin yönetim organlarında görev alan gerçek kişilere de şahsen verilen cezanın yüzde onuna kadar ayrıca para cezası uygulanır." hükmü çerçevesinde, idari para cezalarının verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

H- İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

1. Taraflar

SMS Schloemann-Siemag AG (SMS), Almanya'da yerleşik SMS AG teşebbüsünün yavru şirketi olup, metalurji tesisi ve hadde makinası teknolojisi alanında faaliyet göstermektedir. Ana şirket olan SMS AG, MAN AG ve Siemag Weiss Stiftung & Co. KG tarafından birlikte kontrol edilmekte ve demir-çelik üretimi, demirsiz metaller ve plastiklerin işlenmesi için tesis kuruluşu ve mekanik mühendisliği, hadde makinası teknolojileri konularında faaliyet gösteren uluslararası şirketlerden oluşan SMS Grubunun yönetici holding şirketi konumunda bulunmaktadır. Bildirim konusu işlemin gerçekleştirilmesinden sonra şirketin adı SMS Demag AG olarak değiştirilecektir.

SMS AG'nin bahsi geçen ilgili ürün pazarlarında Türkiye genelinde faaliyet gösteren herhangi bir ortaklığı, iştiraki ve şubesi bulunmamaktadır.

Metalurji alanında faaliyet gösteren ve Almanya'da yerleşik Mannesmann Demag AG (MDM)' nin, %100 hissesine sahip olan Mannesmann AG, Türkiye'de aşağıda belirtilen teşebbüsler aracılığıyla faaliyet göstermektedir:

- Mannesmann AG İrtibat Bürosu
- Mannesmann Rexroth Hidrolik ve Otomasyon Sanayi ve Ticaret A.Ş.
- Borusan Mannesmann Boru Holding ve Yatırım A.Ş.
- Sachs Beldesan Süspansiyon Sistemleri Sanayi ve Ticaret A.Ş.

Dosyadaki mevcut bilgi ve belgeler çerçevesinde; Mannesmann AG'nin, yukarıda belirtilen bağlı teşebbüslerinin hiçbirinin Türkiye'de ilgili ürün pazarlarında faaliyetinin olmadığı, ancak yavru şirketi olan MDM'nin yaptığı mal ve hizmet ihracatı ile Türkiye'de faaliyette bulunduğu anlaşılmaktadır.

2. İlgili Pazar

Ürün Pazarı: Devralma işleminin taraflarının, pik demir ve çelik üretimi ile bu ürünlerden nihai mamul imalatı için ihtiyaç duyulan makinaların, teçhizatın tasarlanması, üretimi, tesislerin kurulması ve modernizasyonu gibi alanlarda faaliyet gösterdikleri dikkate alınarak, beş ilgili ürün pazarı tespit edilmiştir:

- Çelikhane Tesisi Pazarı
- Devamlı Döküm Tesisi Pazarı
- Şerit İşleme Hattı Tesisi Pazarı
- Profil Haddehanesi Tesisi Pazarı
- Tüp ve Boru Üretiminde Kullanılan Makinalar Pazarı

Coğrafi Pazar: İlgili ürünlerin Türkiye'nin her yerine sunulabilmesi ve malların bozulma riskinin olmaması gibi özellikler dikkate alındığında, ilgili coğrafi pazar Türkiye Cumhuriyeti sınırları olarak belirlenmiştir.

3. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

Dosyadaki mevcut bilgi ve belgelerden, Mannesmann AG'nin yavru şirketi olan MDM'nin tüm ayni ve şahsi mal varlığı, hak ve yükümlülükleri, müşteri ilişkileri, sözleşmeleri ve metalurji işine ait tüm iştirakleri ile birlikte SMS tarafından devralındığı, bu işlem sonucu oluşturulan SMS Demag AG hisselerinin %72'sini SMS AG, %28'ini Mannesman AG'nin elinde bulunduracağı anlaşılmıştır.

Taraflarca ortak girişim şeklinde ifade edilen işlemin, 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2(c) maddesi çerçevesinde bir ortak girişim olarak değerlendirilebilmesi için öncelikle ortak kontrolün varlığının tespit edilmesi gerekmektedir. Dosya mevcudu belgelerde yer alan "*Oy hakkı veren hisselerin % 72'sine sahip olduğu halde, SMS AG, SMS Demag AG'yi tek başına kontrol hakkına sahip olacaktır. Taraflar arasındaki Prensip Anlaşması birlikte kontrol doğuran hükümler içermemektedir. Mannesmann AG, SMS Demag AG üzerinde birlikte kontrol etkisi gösteremeyecektir. Mannesmann, stratejik iş politikası kararlarında veto hakkına sahip olmayacaktır.*" ifadelerinden de anlaşılacağı üzere, SMS Demag AG üzerinde ortak kontrol bulunmamakta, SMS AG tek başına kontrol hakkını elde etmektedir. Bu nedenle söz konusu işlem bir ortak girişim değil, 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2(b) maddesi anlamında bir devralmadır.

Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında 1997/1 sayılı Tebliğ'in 1998/2 sayılı Tebliğ ile değişik 4. maddesinde; "*Bu*

Tebliğ'in 2 nci maddesinde belirtilen bir birleşme veya devralma sonucunda birleşmeyi 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 yirmişi beş trilyon Türk Lirası'nı aşması halinde Rekabet Kurulu'ndan izin almaları zorunludur." hükmü yer almaktadır. Esas itibarıyla, pazar payı ve ciro hesaplamalarının yapılmasında tek bir mali yıl temel alınmakla birlikte, tarafların ilgili ürün pazarlarındaki faaliyetlerinin, ihale yoluyla işin alınmasına bağlı olduğu ve bir yıldan uzun zaman aralıklarına yayıldığı, bu durumun, teşebbüslerin ciro ve pazar paylarının, açılan ihale sayısına ve işin bitiş süresine bağlı olarak yıldan yıla büyük değişiklikler göstermesine neden olduğu, dolayısıyla teşebbüslerin pazar gücünün tam olarak yansıtılabilmesi amacıyla tarafların 1994-1998 yılları arasındaki ciro ve pazar payı rakamlarının ortalamasının alınmasının gerektiği kanaatine ulaşılmıştır.

SMS grubunun ve Mannesmann Demag AG'nin 1994-1998 arası Türkiye genelindeki faaliyetleri sonucu oluşan toplam ciro ve pazar payları ortalamaları aşağıda yer almaktadır:

| İlgili Ürün Pazarı | Pazar Payı (%) | Ciro (Trilyon TL.) |
|--------------------------------------|----------------|--------------------|
| Çelikhane Tesisi | 8.1 | 1.5 |
| Devamlı Döküm Tesisi | 7.8 | 0.75 |
| Şerit İşleme Hattı Tesisi | 16 | 2.62 |
| Profil Haddehanesi Tesisi | 21.6 | 0.44 |
| Tüp ve Boru Üretim Makinaları Tesisi | 20 | 0.18 |

Bu çerçevede, tarafların ilgili ürün pazarlarında sahip oldukları toplam pazar payı ve cirolarının 1997/1 sayılı Tebliğ'de yer alan eşikleri aşmadığı dolayısıyla, anılan Tebliğ kapsamında izne tabi bir devir işlemi olmadığı anlaşılmıştır.

Prensip Anlaşması'nın 11. maddesinde, ortakların birbirleriyle, şirketin hissedarları oldukları müddetçe süresiz rekabet etmeyecekleri koşulu yer almaktadır.

Ancak taraf teşebbüsler, anılan rekabet etmeme maddesine ilişkin olarak Kurumumuz kayıtlarına 17.2.2000 tarih ve 544 sayı ile intikal eden bir deklarasyon imzalamışlardır. Söz konusu deklarasyonda, "SMS AG ve Mannesmann AG, Mannesmann Demag AG'nin Metalürji iş alanı ve SMS AG'nin Metalürji Tesisi ve Haddehane Teknolojisi iş alanını SMS Demag AG adıyla bir bağlı kuruluşta birleştirmişlerdir. Taraflar onay için Türk Rekabet Kurulu'na bu işlemi gerektiği şekilde bildirmişlerdir. Rekabet Kurulu, taraflar arasındaki rekabet-etmeme anlaşmasının beş yıllık bir dönemle sınırlı olması gerektiğini belirtir. Taraflar AT Komisyonunun bir rekabet-etmeme anlaşmasını yalnızca beş yılı geçmeyen bir dönem için kabul ettiğini tanır ve kabul ederler. Bu belgeyle beyan edilmiştir ki, taraflar rekabet etmeme anlaşmasını, tamamlama tarihinden itibaren başlamak üzere beş yıllık bir dönemle sınırlar." ifadelerine yer verilmiş ve bu haliyle Prensip Anlaşması'nın 11. maddesindeki hüküm tadil edilmiştir.

Taraflara getirilen bu tür rekabet yasakları, zorunlu, objektif ve makul olmaları koşuluyla birleşme veya devralma işleminin gerçekleştirilmesi için gerekli "yan sınırlamalar" olarak kabul edilmekte ve 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi çerçevesinde değerlendirilmektedirler. Ancak yan sınırlamalar, kapsam, süre ve coğrafi alan açısından amacını aşar nitelikte olmamalı, özellikle kısıtlamanın süresi kabul edilebilir bir dönemi kapsamalıdır. Söz konusu sürenin belirlenmesinde işin

teknolojisi, devredilen faaliyetin know-how seviyesi ve müşteri portföyünün devri gibi hususlar göz önünde bulundurulmaktadır.

Bu açıklamalar çerçevesinde, SMS'nin, MDM'nin müşteri portföyü ile metalurji alanındaki know-how gibi gayri maddi varlıklarını da devralması nedeniyle rekabet yasağı süresinin 5 yıl olmasının makul bir sınırlama olduğu, dolayısıyla ilgili devralma işleminin gerek pazar payı ve ciro eşiği, gerekse yan sınırlama hükümleri itibarıyla menfi tespit alabilecek nitelikte bulunduğu anlaşılmıştır.

Ayrıca, söz konusu işlemin Rekabet Kurulu'ndan izin alınması zorunlu bir işlem olmadığı, anılan sınırlamaların 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirilmemesi nedeniyle menfi tespit belgesi almak için bir süre kısıtının bulunmadığı, dolayısıyla süresi içinde bildirimde bulunmadığından bahisle Kanun'un 16 (c) maddesi uyarınca para cezası verilmesine gerek olmadığı kanaatine varılmıştır

I- SONUÇ

1) Dosya konusunu oluşturan devralmanın, 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'inin 2 (b) maddesi kapsamında bir devralma olduğuna;

2) Devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin ilgili ürün pazarındaki pazar payları ve ciroları bakımından dosya konusu devralmanın Rekabet Kurulu'ndan izin alınması gereken bir devir işlemi olmadığına,

3) a) Devir işlemine esas teşkil eden "Prensip Anlaşması" nın 11. maddesinde yer alan "rekabet yasağı"nın daha sonra beş yıla indirilmiş olması ile bu hükmün zorunlu, objektif, makul gerekçe ve sınırlar içinde "yan sınırlama" niteliği kazanmış olması nedeniyle, ilgili devralma işleminin gerek pazar payı ve ciro eşikleri, gerekse yan sınırlama hükümleri itibarıyla menfi tespit alabilecek nitelikte bulunduğu;

b) Bu çerçevede, menfi tespit açısından dosya konusu devir anlaşması incelenirken 4054 sayılı Kanun'un 4 ve 6. maddeleri kapsamında bir değerlendirmeye gerek bulunmadığına; anlaşmanın yan sınırlama olarak kabul edilen hükümleri 4. maddeye göre değerlendirilemeyeceğinden, bu sınırlamaları içeren anlaşmanın Kanun'un 10. madde uyarınca bir ay içinde bildirilme zorunluluğunun bulunmadığına; bu nedenle ve ayrıca söz konusu devralma işleminin ilgili Tebliğ'de öngörülen eşiklerin altında kalması nedeniyle Kurul'dan izin alınma zorunluluğu bulunmadığından, bildirimde bulunmama sonucunda 4054 sayılı Kanun'un 16(c) maddesinde öngörülen para cezasının uygulanmasına gerek olmadığına;

yukarıdaki değerlendirmeler çerçevesinde 4054 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca talep edilen menfi tespit belgesinin verilmesine OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.