

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2003-4/125 (Devralma)
Karar Sayısı : 03-58/674-307
Karar Tarihi : 21.8.2003

A- TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Mustafa PARLAK
Üyeler : Tuncay SONGÖR, A. Ersan GÖKMEN,
Murat GENCER, Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ, Rıfkı ÜNAL,
Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI, Süreyya ÇAKIN

B- RAPORTÖRLER : Serpil YANIK, Levent KUTOĞLU

**C- BİLDİRİMDE
BULUNAN**

: Exel International Holdings (Netherlands 2) B.V.
Temsilcisi: Av. Seçil ABALI, Av. Melis BİŞKİN
Güllü Sk. No:1 3. 80630 Levent/İstanbul

D- TARAFLAR

: - Exel International Holdings (Netherlands 2) B.V.
Huygensweg 10, 5460AC, Veghel, HOLLANDA

- Exel Lojistik Hizmetleri A.Ş.
Atatürk Mh. İkitelli Cd. No:178 34670 Halkalı/İstanbul

- Sunshine Limited
P.O Box 72, 44 Esplanade, St. Helier,
Jersey JE4 8PN İNGİLTERE

E- DOSYA KONUSU: Exel International Holdings (Netherlands 2) B.V. (Exel International) ve Exel Lojistik Hizmetleri A.Ş. (Exel Lojistik) tarafından Transbeynak Uluslararası Nakliyat ve Ticaret A.Ş. (Transbeynak)'nin tüm hisselerinin devralınması işlemine izin verilmesi talebi.

F- DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına en son 11.8.2003 tarih, 3867 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 15.8.2003 tarih, 2003-4-125/Öİ-03-SY sayılı Devralma Ön İnceleme Raporu 18.8.2003 tarih, REK.0.08.00.00/140 sayılı Başkanlık önergesi ile 03-58 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G- RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili Rapor'da,

- Transbeynak'ın Exel International ve Exel Lojistik tarafından devralınması işleminin, tarafların sahip olduğu toplam pazar payının ve cironun 1997/1 sayılı Tebliğ'de öngörülen eşiklerin altında kalması nedeniyle Tebliğ kapsamında izne tabi bir işlem olmadığı,

- Hisse Satın Alma Anlaşması'nın 10. maddesi ile satıcı Sunshine Limited'e getirilen 3 yıl süreli rekabet yasağının devralma işlemi ile doğrudan ilgili ve gerekli bir sınırlama olarak değerlendirilmesi gerektiği,

- Hisse Satın Alma Anlaşması'nın 9. maddesi ile taraflara getirilen gizli bilgileri ifşa etmeme ve kullanmama yükümlülüğünün ise devralma işleminin yürütülebilmesi için gerekenden daha fazla bir sınırlama olduğu, Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen bireysel muafiyet için gerekli koşulları sağlamadığı,

- Anılan maddedeki yükümlülüklerin ticari sırlar, fikirler, geleceğe yönelik projeler, iş geliştirmeleri veya planları, satış hedefleri ve bu hedeflerin saptanmasında kullanılan ilgili şirkete ait veriler dışındaki gizli bilgiler için 3 yıl süre ile getirilmesi halinde Hisse Satın Alma Anlaşması'na Kanun'un 8. maddesi çerçevesinde menfi tespit verilebileceği,

görüşü ifade edilmiştir.

H- İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. İlgili Pazar

H.1.1. İlgili Ürün Pazarı

Dosya mevcudu bilgilere göre, devralan şirket olan Exel Lojistik, Türkiye'de kontrat lojistiği alanında faaliyet göstermektedir. Şirketin faaliyet alanı, üretici firmalar veya perakende satış sektöründe faaliyet gösteren teşebbüslere ürün depolama ve dağıtım hizmetleri sunulması olarak ifade edilebilir. Bu sektörde faaliyet gösteren firmalar, müşterileri için üretim miktarlarını, üretim birimlerinin ve bayilerin veya diğer satış yerlerinin de coğrafi konumlarını dikkate alarak, optimal büyüklükte ve konumda depolar kurmakta ve bu depoların en verimli şekilde işlenmesi için gerekli olan raf sistemlerini kurup, gerekli sayıda ve kapasitede forkliftler kullanarak depolama faaliyetlerini en verimli şekilde yürütmekte ve gerekli büyüklükte dağıtım ağlarıyla da dağıtım faaliyetini en verimli şekilde yürütmektedirler. Bu tür lojistik hizmetleri, kargo taşımacılığı gibi hizmetlerden farklı olup, kontrat lojistiği olarak tanımlanabilir. Sektörde faaliyet gösteren teşebbüsler, hizmet verdikleri sektörler için uzmanlaşabilmektedir. Örneğin Transbeynak, sağlık sektörü için lojistik hizmetleri vermektedir. Ancak, herhangi bir sektör için hizmet sunan bir lojistik firmasının bu sektörlerdeki tecrübelerini

kullanarak başka sektörlere geçiş yapması mümkün olduğundan, ayrı ayrı sektörler için kontrat lojistiği pazarı tanımlamak yerinde olmayacaktır. Bu nedenle ilgili ürün pazarı "kontrat lojistiği pazarı" olarak belirlenmiştir.

H.1.2. İlgili Coğrafi Pazar

İşlemin tarafları Türkiye'nin her bölgesinde, söz konusu lojistik hizmetlerinin sağlayıcısı ya da potansiyel sağlayıcısı durumundadırlar. Bu nedenle ilgili coğrafi pazar "Türkiye Cumhuriyeti sınırları" olarak tespit edilmiştir.

H.2. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

H.2.1. İşlemin İzne Tabi Bir Devralma İşlemi Olup Olmadığına Yönelik Değerlendirme

Bildirim konusu, Exel Grubu'nun iki şirketi Exel International ve Exel Lojistik tarafından, Transbeynak'ın tüm hisselerinin Sunshine Limited'ten devralınarak, bu şirketin kontrolünün ele geçirilmesinden ibarettir.

Bu çerçevede, anılan işlem 1997/1 sayılı Tebliğ'in birleşme ve devralma sayılan hallerin belirlendiği 2. maddesinin (b) bendinde, "Herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları devralması veya kontrol etmesi" olarak tanımlanan devralma işlemidir.

Söz konusu Tebliğ'in 1998/2 sayılı Tebliğ ile değişik 4. maddesi birinci fıkrasında 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 Kurulu'ndan izin almaları zorunludur." hükmü ile izne tabi birleşme ve devralmalara pazar payı ve ciro eşiği getirilmiştir. Yine aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise, "Ciro tek düzen hesap planına göre bir önceki mali yıldaki net satışlardan oluşur." hükmü bulunmaktadır.

Dosya mevcudu bilgilere göre, Exel Grubu ve Transbeynak'ın 2002 yılı ciroları toplamı 11.593.969.030.352 TL. olarak gerçekleştiğinden, söz konusu teşebbüslerin toplam ciroları bakımından ilgili Tebliğ'de düzenlenen ciro eşiği aşılmamaktadır.

Öte yandan, bildirim formunda Exel Grubu'nun ilgili pazardaki pazar payı %... ve Transbeynak'ın pazar payı %... olarak belirtilmiştir. Bu durumda işlem toplam pazar payı yönünden 1997/1 sayılı Tebliğ'de belirtilen %25'lik pazar payı eşiğinin altında kalmaktadır.

Buna göre, tarafların ilgili ürün pazarındaki toplam cirolarının ve ilgili pazardaki toplam pazar paylarının 1997/1 sayılı Tebliğ'de düzenlenen eşikleri aşmaması dikkate alınarak bildirim konusu işlemin 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında Kurul'un iznine tabi bir işlem olmadığı kanaatine varılmıştır.

Bununla birlikte, Hisse Satın Alma Anlaşması'nda yer alan rekabet etmeme ve bilgi saklama yükümlülükleri tarafların bildirim formundaki talepleri de göz önüne alınarak 4054 sayılı Kanun bakımından menfi tespit/muafiyet değerlendirmesine tabi tutulmuştur.

H.2.2. Yan Sınırlamalar ve Menfi Tespit/Muafiyet Değerlendirmesi

Bildirim konusu devralma işlemini düzenleyen Hisse Satın Alma Anlaşması'nın Rekabet Yasağı başlıklı 10. maddesinde, satıcının, anlaşma tarihini izleyen 3 yıllık bir dönem içerisinde Transbeynak'ın herhangi bir müşterisine ilgili ürün ve hizmetlerin satışını yapmayacağı veya onu kendi müşterileri arasına dahil etmeye çalışmayacağı, Transbeynak'ın herhangi bir tedarikçisine mühadele etmeyeceği, Anlaşma'nın kapanışından önceki 6 aylık bir sürede Transbeynak'a danışmanlık yapan herhangi bir kişiyi istihdam etmeyeceği, Türkiye Cumhuriyeti'nde Transbeynak'ın ürettiği ürün ve hizmetler konusunda Transbeynak'la rekabet etmeyeceği, kapanışın akabinde Transbeynak'ın işi ile rekabet halinde olan herhangi bir iş ile bağlantılı olarak Transbeynak'ın adını veya Transbeynak tarafından Anlaşma tarihi itibarıyla kullanılanlarla karışıklık yaratacak kadar benzer herhangi bir ismi kullanmayacağı taahhüt altına alınmaktadır.

Birleşme ve devralmalarla birlikte taraflara getirilen rekabet etme yasakları, "taraflar açısından kısıtlayıcı olma", "yoğunlaşma ile doğrudan ilgili ve yoğunlaşmanın yürütülebilmesi için gerekli olma" kriterlerini karşılama halinde yan sınırlama, bu kriterleri karşılamaması ve sözleşmeden ayrılabilir nitelikte olması halinde 4. madde kapsamında kabul edilir. Çalışanları istihdam etmeme ve müşterileri kendi müşterileri arasına dahil etmeme şeklindeki yükümlülükler de benzer şekilde değerlendirilmektedir.

Bildirime konu devralma işleminde, yukarıda belirtilen Anlaşma'nın 10. maddesi ile getirilen 3 yıl süreli sınırlamaların, söz konusu işlem sonucu maddi varlıkların yanı sıra Transbeynak'ın özellikle ilaç sektörüne yönelik olarak sunduğu lojistik hizmetlerdeki imajı, müşteri portföyü ve know-how gibi maddi olmayan varlıklarının da devredileceği göz önüne alındığında, işleme konu varlıkların tüm değeriyle devralınması açısından gerekli ve süre yönünden makul olduğu kanaatine varılmıştır.

Öte yandan, söz konusu Anlaşma ile getirilen bir diğer rekabeti sınırlayıcı düzenleme de gizli bilgilerin ifşa edilmemesi ve kullanılmamasına yöneliktir. Anlaşma'nın "Tanımlar ve Yorum" başlıklı 1. maddesinde gizli bilgiler, ticari sırlar, know-how, fikirler, bilgisayar sistemi veya yazılımı, geleceğe dönük projeler, iş

geliştirmeleri veya planları, ticari ilişkiler ve müzakereler, müşteri isimleri ve listeleri, satış hedefleri ve istatistikleri de içeren mal ve hizmetlerin pazarlanması ile ilgili bilgiler dahil Şirket'te (Transbeynak) kullanılan ya da Őirketlerin işletmesi, müşterileri, mali veya diğer işlemleri ile ilgili tüm bilgiler olarak tanımlandıktan sonra, "Gizli Bilgiler" başlıklı 9. maddesinde, herhangi bir tarafın, birtakım yasal takip süreçleri hariç olmak üzere, Transbeynak tarafından izin verilenler dışında herhangi bir kişiye gizli bilgileri açıklamayacağı, bu bilgileri kendi yararı veya Transbeynak'ın maksatları dışında maksatlar için kullanmayacağı, gizli bilgilerin yetkisiz açıklanmasına neden olmayacağı veya buna izin vermeyeceği hükümleri yer almaktadır.

Rekabet hukuku uygulamalarında birleşme ve devralma işlemleri ile ilgili olarak getirilen bu tür bilgi gizleme yükümlölükleri, amacı ve etkisi yönünden rekabet yasalarına benzediğinden yan sınırlama olarak değerlendirilmektedir.

Anlaşma'da rekabet etme yasağı için 3 yıllık bir süre belirtilmiş olmasına rağmen, bilgi gizleme yasağı ile ilgili herhangi bir süre sınırı koyulmamıştır. Anlaşmada devreden taraf olarak belirtilen Sunshine Limited'in, Anlaşma'nın 1. maddesinde verilen ve çok kapsamlı olması ile dikkat çeken gizli bilgileri süresiz olarak kullanmama yükümlölüğüne girmesi, söz konusu Şirketin gelecekte pazara girişini engelleyebilecek nitelikte olup, dolaylı olarak devralanı devreden rekabetçi davranışlarından korumak için öngörülen rekabet yasağı süresini uzatmaktadır. Söz konusu düzenleme ile ilgili olarak gerek Raportörlerin tarafların temsilcileri ile yaptığı 31.7.2003 tarihli toplantıda gerekse bilgi isteme yazısına cevabi yazıda bazı gerekçeler ortaya konmuştur. Buna göre; taraflar, gizlilik yükümlölüğünün 3 yıl süre ile sınırlı olmasının gizli bilgiler altında sayılan her bir kalem için geçerli olmaması gerektiğini, zira ticari sırlar, fikirler, geleceğe yönelik projeler, iş geliştirmeleri veya planları, satış hedefleri ve bu hedeflerin saptanmasında kullanılan Transbeynak'a ait verilerin 3 yıl gibi bir süre ile kısıtlanmasının sakıncalı olduğunu, her işletmenin dinamik bir ünite olup kısa, orta ve uzun vadeli politika ve kararların etkisinin 3 yıldan sonraki dönemlerde ortaya çıkabileceğini, 3 yıldan sonra gizlilik ortadan kalkacağı için uzun vadede etkili bilgilerin açıklanmasının haksız rekabetin ortaya çıkmasına neden olacağını, bu durumda da alıcı Şirketin rekabette dezavantajlı bir duruma getirileceğini öne sürmektedirler. Taraflarca ifade edilen bu kaygı ve gerekçelerin makul ve yukarıda sayılan gizli bilgiler için 3 seneden daha fazla süre ile bilgi saklama yükümlölüklerinin alıcı teşebbüsün devralma işlemi ile yaptığı yatırımın karşılığını tam olarak alabilmesi için gerekli olduğu kanaatine varılmıştır. Bu çerçevede, inceleme konusu işlemden, Anlaşma'nın 9. maddesi ile getirilen gizlilik yükümlölüğünün taraflarca belirtilen ticari sırlar, fikirler, geleceğe yönelik projeler, iş geliştirmeleri veya planları, satış hedefleri ve bu hedeflerin saptanmasında kullanılan Transbeynak'a ait veriler için süresiz olarak öngörülmesi işlemle doğrudan ilgili ve işlem için gerekli olup, yan sınırlama niteliğindedir. Ancak anılan anlaşma maddesinde diğer gizli bilgilere ilişkin olarak 3 yılı aşan düzenleme getirilmesi yan sınırlama için gerekli kriterleri sağlamadığından Anlaşma'ya menfi tespit belgesi verilmesi mümkün değildir.

Ayrıca, söz konusu devralma işlemi için rekabeti gerekli olandan daha fazla kısıtladığı belirlenen bir sınırlamanın, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde belirtilen şartların tamamını sağlayamadığı, bu nedenle, bu şekliyle bilgi saklama ile ilgili maddeye muafiyet verilmesinin de mümkün olmadığı açıktır.

I- SONUÇ

Yukarıda yer verilen tespit ve değerlendirmeler doğrultusunda;

1) Transbeynak Uluslararası Nakliyat ve Ticaret A.Ş.'nin Exel International Holdings (Netherlands 2) B.V. ve Exel Lojistik Hizmetleri A.Ş. tarafından devralınması işleminin, tarafların sahip olduğu toplam pazar payının ve cironun 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'de öngörülen eşiklerin altında kalması nedeniyle Tebliğ kapsamında izne tabi bir işlem olmadığına,

2) Hisse Satın Alma Anlaşması'nın 10. maddesi ile satıcı Sunshine Limited'e getirilen 3 yıl süreli rekabet yasağının devralma işlemi ile doğrudan ilgili ve gerekli bir sınırlama olduğuna,

3) a- Hisse Satın Alma Anlaşması'nın 9. maddesi ile taraflara getirilen gizli bilgileri ifşa etmeme ve kullanmama yükümlülüğünün ise devralma işleminin yürütülebilmesi için gerekenden daha fazla bir sınırlama olduğuna ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen muafiyet için gerekli koşulları sağlamadığına, dolayısıyla, bu anlaşmaya bireysel muafiyet tanınamayacağına,

b- Anılan maddedeki yükümlülüklerin ticari sırlar, fikirler, geleceğe yönelik projeler, iş geliştirmeleri veya planları, satış hedefleri ve bu hedeflerin saptanmasında kullanılan devredilen şirkete ait veriler dışındaki gizli bilgiler için 3 yıl süre ile getirilmesi halinde Hisse Satın Alma Anlaşması'na Kanun'un 8. maddesi çerçevesinde menfi tespit verilebileceğine,

c- Bu koşulların yerine getirilmesi için kararın tebliğinden itibaren ilgili taraflara 60 gün süre verilmesine ve anılan süre içerisinde, öngörülen düzeltmelerin yapıldığına dair belgelerin Kurum'a sunulmasına,

d- Aksi takdirde Kurulumuzca öngörülen düzeltmeler yapılmadan uygulamaya devam edilmesi halinde haklarında soruşturma açılacağına ve 4054 sayılı

Kanun'un 16. ve 17. maddeleri uyarınca işlem yapılacağına taraflara bildirilmesine,

OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.

Rekabet Kurulu'nun 21.8.2003 Tarih ve 03-58/674-307 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