

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2005-1-5 (Menfi Tespit)
Karar Sayısı : 05-31/391-95
Karar Tarihi : 6.5.2005

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Mustafa PARLAK
Üyeler : Tuncay SONGÖR, Murat GENCER, Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ,
Rıfki ÜNAL, Prof Dr. Nurettin KALDIRIMCI,
M.Sıraç ASLAN, Süreyya ÇAKIN

B. RAPORTÖRLER: İ. Yücel ARDIÇ, Mert KARAMUSTAFAOĞLU

**C. BAŞVURUDA
BULUNAN**

- : - Kaya TURGUT
Temsilcisi: Av. Fatoş KILIÇ
Süleyman Seba Cad. Sıraevleri No:41
Akaretler Beşiktaş/İstanbul
- Fako İlaçları A.Ş. ve Abfar İlaç Sanayi ve Ticaret A.Ş.
Temsilcisi: Av. Ekin GÖKKILIÇ
Kore Şehitleri Cad. Mithat Ünlü Sok. No: 21/11 34354
Zincirlikuyu/İstanbul

D. TARAFLAR

- : - Kaya TURGUT
Büyükdere Cad. No:205 34394 4. Levent-İstanbul
- Fako İlaçları A.Ş.
Büyükdere Cad. No:205 34394 4. Levent-İstanbul
- Abfar İlaç Sanayi ve Ticaret A.Ş.
Büyükdere Cad. No:205 34394 4. Levent-İstanbul

E. DOSYA KONUSU: Fako İlaçları A.Ş. ve Abfar İlaç Sanayi A.Ş. ile bu şirketlerin azınlık hissedarlarından olan Kaya TURGUT arasında imzalanan "Yönetim Sözleşmesi"ne menfi tespit belgesi verilmesi talebi.

F. DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 11.1.2005 tarih, 352 sayı ile giren ve en son 18.4.2005 tarih ve 2472 sayılı yazı ile eksiklikleri tamamlanan başvuru üzerine, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 5. ve 8. maddeleri uyarınca yapılan inceleme sonucunda düzenlenen 29.4.2005 tarih, 2005-1-5/MM-05-İYA sayılı Menfi Tespit raporu, 2.5.2005 tarih, REK.0.05.00.00/77 sayılı Başkanlık önergesi ile 05-31 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda; Fako İlaçları A.Ş. (Fako) ve Abfar İlaç Sanayi A.Ş. (Abfar) ile bu şirketlerin azınlık hissedarlarından olan Kaya TURGUT arasında imzalanan “Yönetim Sözleşmesi” ve bu sözleşmeyle getirilen rekabet yasağının, taraflar arasındaki önceki tarihli devralma işlemine bağlı olarak getirilen bir yan sınırlama niteliğinde olduğu ve bu devralmaya Rekabet Kurulu tarafından verilen izin adı geçen anlaşmayı da kapsadığı ve dolayısıyla söz konusu Yönetim Sözleşmesi'ne 4054 sayılı Kanun'un 8. maddesi çerçevesinde menfi tespit belgesi verilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. Fako ve Abfar'ın Pharmaco h.f. Tarafından Devralınması

Kurum kayıtlarına 17.12.2003 tarih, 6174 sayı ile giren başvuru ile Fako'nun %88,89'u ile Abfar'ın %88,97'sini temsil eden hisselerin Kaya TURGUT'un da içinde bulunduğu hissedarlardan, Pharmaco h.f. (Pharmaco) tarafından devralınması işlemine izin verilmesi talep edilmiştir¹. Söz konusu başvuru 13.2.2004 tarihli Rekabet Kurulu toplantısında ele alınmış ve 04-11/99-23 sayılı karar ile anılan devralma işlemine izin verilmiştir.

Söz konusu devralmanın temelini taraflar arasında akdedilen “Hisse Satım ve Alımı Sözleşmesi” oluşturmaktadır. Ancak, taraflar bu satım sözleşmesi ile birlikte sözleşmenin ayrılmaz bir parçası olarak, “Hissedarlık Sözleşmesi”, “Kira Sözleşmesi” ve “Yönetim Sözleşmesi” akdetmişlerdir. Dosya konusu başvuruda bu sözleşmelerden “Yönetim Sözleşmesi” için menfi tespit veya muafiyet talep edilmektedir.

H.2. Başvuru Konusu “Yönetim Sözleşmesi”nin Değerlendirilmesi

Fako ve Abfar'ın hissedarları ile Pharmaco arasında 3.12.2003 tarihli “Hisse Alım Anlaşması” uyarınca bu anlaşmanın ayrılmaz bir parçası olarak “Yönetim Sözleşmesi”nin yapılmasına karar verilmiştir.

Yönetim Sözleşmesi gereğince Kaya TURGUT, Fako ve Abfar'ın Yönetim Kurulu Başkanı olarak görev yapacaktır. Yönetim Sözleşmesi'nin süresi kapanış tarihi (19 Aralık 2003) itibarıyla başlayacak ve en az iki yıl devam edecektir. Söz konusu sürenin bitimi itibarıyla 6 ay önceden yapılacak bir bildirim ile Kaya TURGUT'un yetkisi feshedilebilecektir (mad. 5).

Yönetim Sözleşmesi'nin “Gizlilik ve Rekabet Yasağı” başlığını taşıyan 6. maddesi ise şu şekildedir; *“Başkan'ın Şirket'ten elde ettiği, kamusal bilgi*

¹ Pharmaco h.f., aynı ekonomik birlik içinde yer alan Fako ve Abfar'ın tek başına kontrolünü devralmak amacıyla Turgut Holding A.Ş., Turgut İlaçları A.Ş., Bio-Sen Biyolojik ve Sentetik İlaç Hammaddeleri Sanayi ve Ticaret A.Ş., Kozmosan Kozmetik Sanayi ve Ticaret A.Ş., Kaya Turgut, Sevgi Turgut, Fako ve Abfar ile 3.12.2003 tarihinde “Hisse Satış ve Alım Sözleşmesi”ni (Sözleşme) imzalamıştır. Bu Sözleşme uyarınca Fako sermayesinin %88,89'unu, Abfar sermayesinin de %88,97'sini temsil eden hisseler, Pharmaco h.f. tarafından devralınmıştır.

olarak nitelendirilmeyen özel deneyimi ve bilgisi nedeniyle Başkan, işbu Sözleşme'nin feshinden itibaren 12 aylık süre içerisinde Şirket için yürüttüğü işlerle aynı alanda faaliyet gösteren diğer şirketlerde çalışan, taşeron veya danışman gibi sıfatlarla görev yapmayacak ve bu şirketlerle sözleşme akdetmeyecektir; ayrıca Başkan Şirket'in rekabet çıkarlarına aykırı olacak şekilde kendi şirketinde herhangi bir sıfatla görev ifa etmeyecektir.

Şirketin, Başkan'ın işbu Sözleşme'de belirtilen rekabet yasağına aykırı davranması durumunda herhangi bir bildirimde bulunmaksızın ihtiyati tedbir alma hakkı mevcuttur.

İşbu Rekabet yasağı ile ilgili iş ilişkisinin feshi ya da sona ermesi tarihi olarak Başkan'ın görevlerini yerine getirmeyi bıraktığı tarih değil de Şirket tarafından kendisine yapılan ödemelerin sona erdiği tarih esas alınacaktır.”

Yönetim Sözleşmesi'nin 6. maddesinde yer alan rekabet yasağı ile Kaya TURGUT'a yönetim sözleşmesinin feshini takip eden 12 aylık süre için rekabet yasağı getirilmiştir. Söz konusu hüküm birleşme ve devralmalarda, devredilen malvarlığı değerinin korunması amacıyla satıcıya getirilen bir “yan sınırlama” niteliğindedir. Birleşme-devralmalarla birlikte getirilen düzenlemelerin yan sınırlama sayılması için taraflar açısından kısıtlayıcı, yoğunlaşmayla doğrudan ilgili, işlemin yürütülmesi için zorunlu, kapsamının belirli ve sınırlı olması gereklidir.

Yönetim Sözleşmesi'nin 1. maddesinde; şirketin işlerinin yürütülmesinden sorumlu olan Kaya TURGUT'un, sahip olduğu know-how ve bilgileri, şirket hedeflerine ulaşmak için kullanmasının beklendiği ifade edilmiştir. Ayrıca, Yönetim Sözleşmesi'nin amacının da, Kaya TURGUT'un gerek Türk ilaç sektörü gerekse Fako'ya ilişkin tecrübelerinden Fako'nun yeniden yapılandırılması ve mali bünyesinin güçlendirilmesi, işlerinin etkin bir şekilde gerçekleştirilmesi için faydalanılması ve bu surette değişim sürecinde yaşanabilecek sıkıntıların en aza indirilmesi olduğu ifade edilmiştir.

Yönetim Sözleşmesi'nin 6. maddesinde yer alan 12 aylık rekabet yasağının süresinin Kaya Turgut'a yapılan son ödemeden itibaren başlayacağı anlaşılmaktadır. Bu kısıtlamanın bir yan sınırlama olarak değerlendirilmesi için kapsamının belli olmasının yanında süresinin de belirli olması gereklidir. Bu nedenle başvuru konusu yan sınırlamanın süresini belirsiz hale getiren söz konusu sözleşme hükmünün kaldırılarak, rekabet yasağının “Yönetim Sözleşmesi”nin süresi ile sınırlandırılması gereklidir.

I. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre;

1- Fako İlaçları A.Ş. ve Abfar İlaç Sanayi ve Ticaret A.Ş. ile bu şirketlerin azınlık hissedarlarından olan Kaya TURGUT arasında imzalanan “Yönetim Sözleşmesi”nin ve bu sözleşmeyle getirilen rekabet yasağının, taraflar arasında daha önce gerçekleştirilen ve Rekabet Kurulu'nun 13.2.2004 tarih, 04-11/99-23 sayılı kararı ile izin verilen devralma işlemine bağlı bir yan

sınırlama niteliğinde olduğuna, dolayısıyla söz konusu Yönetim Sözleşmesi'ne 4054 sayılı Kanun'un 8. maddesi çerçevesinde talep edilen menfi tespit belgesinin verilmesine OYÇOKLUĐU ile,

2- Ancak, rekabet yasağının yönetim sözleşmesinin süresi ile sınırlandırılması gerektiğine, söz konusu değişikliğin 60 gün içerisinde yapılarak Rekabet Kurumu'na bildirilmesine; Kurulca gerekli görülen düzeltmeler yapılmadan uygulamaya devam edilmesi halinde haklarında soruşturma açılacağı ve aynı Kanun'un 16. ve 17. maddeleri uyarınca işlem yapılacağına taraflara bildirilmesine OYBİRLİĞİ ile

karar verilmiştir.

Rekabet Kurulu'nun 6.5.2005 gün ve 05-31/391-95 sayılı Karar'ına

KARŞI OY GEREKÇESİ

Fako İlaçları A.Ş. ve Abfar İlaç Sanayi ve Ticaret A.Ş. ile bu şirketlerin azınlık hissedarlarından Kaya Turgut arasında yapılan bir sözleşme ile adıgeçen kişinin, sözleşmede "şirket" olarak anıldıklarına bakılırsa gelecekte bir birleşme/devralmaya konu olacak iki şirketin Yönetim Kurulu Başkanlığı görevini üstlenme koşullarının belirlenmesinin, sözleşme metninde aksi yazılmış olsa da, bir hizmet akti dışında herhangi bir biçimde adlandırılmasının mümkün olmadığını düşünüyorum. Ayrıca, Rekabet Kurulu'nun 13.2.2004 gün ve 04-11/99-23 sayılı Karar'ıyla verilen izne konu olan Hisse Alım Sözleşmesi (HAS) ile bildirilmeyen, bu sözleşme tarihinden sonra bağtlanmış olabileceği düşünülen ve HAS'ne yalnızca bir atıf içeren sözkonusu Yönetim Sözleşmesi'nin getirdiği rekabet yasağının HAS'nin bir yan sınırlaması olarak ele alınıp buradan yola çıkılarak bir menfi tespit kararı verilmesini da hiçbir surette yerinde bulmuyorum. Son başvuru karşısında Kurul'un sözkonusu Yönetim Sözleşmesi'nin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un kapsamı içinde bulunmadığını belirlemekle yetinmesinin doğru olacağı kanısındayım.

Bu nedenle, Kurul'un başlıkta anılan Karar'ına katılma olanağı bulamadım.

Murat GENCER
Kurul Üyesi

Rekabet Kurulu'nun 06.05.2005 gün ve 05-31/391-95 Sayılı Kararı'na

KARŞI OY GEREKÇESİ

Rekabet Kurulu'nun 13.02.2004 tarihli Kararı'nda, bu yönde bir talep olmadığı için ele alınmayan ve değerlendirilmeyen "Yönetim Sözleşmesi"ne menfi tespit verilmesi konusu bu defa, muhtemelen, taraflar arasında sonradan ortaya çıkan bir ihtilafın halli amacıyla yeniden gündeme getirilmiş gibi gözükmektedir.

İlgili "Yönetim Sözleşmesi"nin hükümlerinden kaynaklanan ihtilâfın halli, özel hukuk yolları ve mekanizmaları kullanılarak sağlanabileceksen, bunun gibi "teknik açıdan" geride kalmış bir konu ile, Rekabet Kurulundan karar istihali yoluna gidilmeye çalışılması iyi niyetli hak arama çabası ile bağdaşmamaktadır. Kurul tarafından benimsenen, Yönetim Sözleşmesi'nin "yan sınırlama" olduğu gerekçesi ise meselenin özünü değiştirecek nitelikte değildir.

Kurul Kararı'na, bu sebepten dolayı katılamıyorum.

Prof.Dr.Nurettin KALDIRIMCI
Kurul Üyesi