

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2006-1-136 (Devralma)
Karar Sayısı : 06-77/988-284
Karar Tarihi : 19.10.2006

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

II. Başkan : Tuncay SONGÖR
Üyeler : Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ, Rıfık ÜNAL, Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI, M. Sıraç ASLAN, Mehmet Akif ERSİN.

B. RAPORTÖRLER : Hasan Hüseyin ÜNLÜ, Mehmet Selim ÜNAL

C.BİLDİRİMDE BULUNAN

: - FCC Constuccion S.A.
Temsilçisi: Prof. Dr. Arif ESİN
Akaretler Sıraevleri S.Seba C. No:35 Beşiktaş/İstanbul

D. TARAFLAR

: - FCC Contruccion S.A.
Federico Salmon, 13 E-28016 İSPANYA
- Pappas Privatstiftung
A-5020 Salzburg, Reichenhallerstraße 7 AVUSTURYA

E. DOSYA KONUSU : **FCC Construcccion S.A.'nın Alpine Mayreder Bau Gmbh'ı devralmasına izin verilmesi talebi.**

F. DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 8.9.2006 tarih, 6020 sayı ile giren ve eksiklikleri en son 12.10.2006 tarih, 6815 sayılı yazı ile tamamlanan 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 12.10.2006 tarih, 2006-1-136/Öİ-06-HHÜ sayılı Devralma Ön İnceleme Raporu, 13.10.2006 tarih, REK.0.05.00.00-120/194 sayılı Başkanlık önergesi ile 06-77 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili Rapor'da;

- FCC Construcccion S.A.'nın Alpine Mayreder Bau GmbH'ı devralması işleminin 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında izne tabi olmadığı,
- Sözleşme'nin 18.1. ve 18.3. maddelerinde yer alan rekabet yasağına ilişkin sürelerin iki yıl ile sınırlandırılarak tadil edilmesi şartıyla 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi çerçevesinde yan sınırlama sayılarak, aynı Kanun'un 8. maddesi uyarınca menfi tespit belgesi alabileceği

ifade edilmektedir.

H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. Taraflar

H.1.1. FCC Constuccion S.A. (FCC)

30 Dosya mevcudu bilgi ve belgelerden; bildirimde bulunan ve devralan teşebbüs konumunda bulunan FCC'nin inşaat, atık ekonomisi ve altyapı alanlarında faaliyet gösteren bir İspanyol anonim şirketi olduğu ve FCC S.A. ünvanlı bir diğer teşebbüs tarafından kontrol edildiği anlaşılmaktadır. Gerek FCC'nin gerekse FCC S.A'nın ve bunların kontrolündeki başkaca teşebbüslerin Türkiye'de doğrudan veya dolaylı herhangi bir faaliyeti bulunmamaktadır.

H.1.2. Pappas Privatstiftung

Bildirim formunda devralınan teşebbüs olarak ifade edilen Alpine Mayreder Bau GmbH, dolaylı olarak Avusturya yasalarına göre kurulmuş özel bir vakıf olan Pappas Privatstiftung'un kontrolü altında bulunmaktadır. Avusturya yasalarına kurulmuş bir limited şirket olan Alpine Mayreder Bau GmbH, Türkiye'de Ermenek Hidroelektrik Santrali inşaatını yürütmektedir. Pappas Privatstiftung'un doğrudan ya da dolaylı olarak kontrol ettiği herhangi bir teşebbüsün Türkiye'de başkaca bir faaliyeti bulunmamaktadır.

H.2. İlgili Pazar

40 Yukarıda da belirtildiği üzere, devralan teşebbüs konumunda bulunan FCC'nin Türkiye'de herhangi bir faaliyeti bulunmamakta, devralınan Alpine Mayreder Bau GmbH ise Ermenek Hidroelektrik Santrali'nin inşaatını yürütmektedir. Buna dayanarak ve Rekabet Kurulu'nun 4.8.1999 tarih, 99-37/379-244 sayılı kararından da bahisle, Bildirim Formunda ilgili ürün pazarının "inşaat sektöründe bayındırlık yapıları" olarak tanımlanması gerektiği ifade edilmektedir. Bununla birlikte, Alpine Mayreder Bau GmbH'in yıllara yaygın inşaat işi yapması sebebiyle 2005 yılına ait cirosu bulunmamakta ve dolayısıyla bildirimde konu işlem, tanımlanabilecek her bir ilgili ürün pazarı bakımından izne tabi olmayan bir işlem niteliği arz etmektedir. Bu sebeple dosya özelinde ayrıntılı bir ilgili pazar tanımına ihtiyaç görülmemiştir.

H.3. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

50 H.3.1. İşlemin Niteliği

Bildirimde konu işlem neticesinde FCC, Pappas Privatstiftung'un Alpine Holding GmbH'teki %66 oranındaki hissesini devralacaktır. Alpine Holding GmbH, Hoch&Tief Bau Beteiligungs'un %94'üne; Hoch&Tief Bau Beteiligungs da Alpine Mayreder Bau GmbH'in %99'una sahip olduğundan, FCC nihai ve dolaylı olarak Alpine'in çoğunluk hisselerine ve kontrolüne sahip olacaktır.

H.3.2. Hukuki Değerlendirme

H.3.2.1 Bildirimin 1997/1 Sayılı Tebliğ Bakımından Değerlendirilmesi

60 FCC'nin Alpine'i tarafından devralınması işleminin, 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 2. maddesi anlamında bir devralma olduğu görülmektedir. Anılan devrin Rekabet Kurulu'nun iznine tabi olup olmadığına ilişkin olarak yapılan değerlendirmelere ise aşağıda yer verilmektedir.

70 Yukarıda da açıklandığı üzere, Alpine Mayreder Bau GmbH Türkiye’de Ermenek Hidroelektrik Santrali inşaatını yürütmektedir. Kurum kayıtlarına 27.9.2006 tarih ve 6512 sayı ile intikal eden yazıda, 2002 yılında başlayan bu inşaatın 2008-2009 yıllarında son bulacağı ve ancak bu tarihten sonra cironun hesaplanabileceği, halihazırda böyle bir kaydın mevcut olmadığı belirtilmektedir. Gerçekten de 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu’nun 42. maddesinde *“Birden fazla takvim yılına sirayet eden inşaat (dekapaj işleri de inşaat işi sayılır) ve onarma işlerinde kar veya zarar işin bittiği yıl kati olarak tespit edilir ve tamamı o yılın geliri sayılarak, mezkûr yıl beyannamesinde gösterilir.”* denilmektedir.

80 1998/2 sayılı Tebliğ ile değişik 1997/1 sayılı Tebliğ’in 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 yirmibeş trilyon Türk Lirası’nı aşması halinde Rekabet Kurulu’ndan izin almaları zorunludur.”* denilmektedir. Yine aynı maddenin 3. fıkrasına göre *“Ciro tek düzen hesap planına göre bir önceki mali yıldaki net satışlardan oluşur.”* Devralan şirketin Türkiye’de faaliyeti bulunmadığı, devralınan Alpine Mayreder Bau GmbH’in ise bir önceki mali yıldaki faaliyet alanına ilişkin ciro bilgisinin halihazırda mevcut olmadığı dikkate alındığında, bildirim konusu işlemin herhangi bir pazarda Tebliğ’deki ciro eşliğini aşmadığı anlaşılmaktadır.

90 Bildirim Formunda, Alpine Mayreder Bau GmbH’in pazar payı, yaklaşık %(...) olarak ifade edilmektedir. Her ne kadar Tebliğ’de pazar payının nasıl hesaplanacağına ilişkin ayrıca bir düzenleme bulunmasa da, genellikle herhangi bir teşebbüsün ilgili ürün pazarındaki cirosu, o pazardaki payının hesaplanmasında temel veri olarak alınmaktadır. Diğer yandan, yukarıda da ifade edildiği üzere Alpine Mayreder Bau GmbH bakımından böyle bir ciro bulunmamaktadır ve dolayısıyla bu şekilde hesaplanabilir bir pazar payı da söz konusu değildir. Her hal ve şartta, bildirim formunda ifade edilen %(...)’lik pazar payının da Tebliğ’deki eşığın altında olduğu açıktır. Netice itibarıyla, bildirim konusu işlemin Tebliğ’deki ciro ve pazar payı eşiklerinin aşılması sebebiyle izne tabi olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

H.3.2.2. Bildirimin Yan Sınırlama Bakımından Değerlendirilmesi

Satış ve Devir Sözleşmesi (Sözleşme)’nin “Rekabet Yasağı” başlıklı 18. maddesinde aşağıdaki hükme yer verilmiştir:

“18.1. ALPİNE MAYDERER’in KARTEL KOŞULU YERİNE GETİRİLDİKTEN SONRA¹ üç yıl süreyle SATAN, şirketin branşında, tek başına veya söz sahibi olacağı bir ortaklığa girilerek rekabet yapamaz.

100 *18.2. SATAN ALPİNE MAYDERER işletmesine ilişkin ALPİNE HOLDİNG ortaklığıyla bağlantılı olarak elde ettiği ve SATAN ALAN’ın ticari etkinliği için büyük önem taşıyan gizli bilgileri kullanamaz ve üçüncü şahıslara veremez.*

18.3. SATAN, SÖZLEŞMENİN imzalanmasından itibaren, KARTEL KOŞULU YERİNE GETİRİLMESİ’nden hesaplanarak üç yıl süreyle, ALPİNE HOLDİNG veya ALPİNE MAYDERER’de görevli kişileri, işlerinden alamayacak veya çalıştırmayacaktır.

¹ AB Komisyonundan izin alınması kastediliyor.

18.4. SATIN ALAN, rekabet yasağının ihlal edildiği her durumda vazgeçme ve tazminat isteme hakkına sahiptir.”

110 Bu düzenlemeler çerçevesinde, sözleşmenin 18.1. maddesi ile devralınan taraf olan Alpine Mayreder Bau GmbH'a, 18.3. maddesi ile de yine Alpine Holding ve Alpine Mayrede'in çalışanlarına, ilgili pazarlarda 3 yıl süreyle rekabet yasağı getirilmektedir.

120 Yoğunlaşma işlemleriyle birlikte getirilen düzenlemelerin yan sınırlama olarak değerlendirilebilmesi için; bunların işlemle doğrudan ilgili, işlemin yürütülebilmesi için gerekli, kapsamının belirli ve sınırlı olması gerekmektedir. Devralmalarda satıcıya rekabet yasağı getirilmesinin amacı, maddi varlıklar ile satıcının geliştirdiği ticari itibar ve know-how gibi maddi olmayan varlıkların tüm değerleriyle alıcıya geçmesinin sağlanmasıdır. Bunun için, alıcının müşteri tabanı oluşturabileceği ve satıcıdan devraldığı know-how'dan tam anlamıyla faydalanabildiği ölçüde ve sürede satıcının rekabetçi davranışlarından korunması gerekmektedir. Bu itibarla, rekabet etmeme yükümlülüğünün, işlemin istenen sonucu doğurmasına katkıda bulunduğu kabul edilmektedir.²

Daha önce konu ile ilgili olarak verilen çeşitli Kurul kararlarında:

- Goodwill (peştemaliye-ticari itibar) ve know-how'ın birlikte devri söz konusuysa azami üç yılın,
- Yalnız ticari itibar devrediliyor ise iki yılın

rekabet etmeme süresi olarak makul bulunduğu,

130 - Bu sürelerin olay bazında değerlendirilmek suretiyle istisnalarının olabileceği³,
- Ticari itibar'ın; ticari markalar, logolar, servis işaretleri, ticari isimler, müşteri listeleri ve dosyaları, müşterilerle yapılmış sözleşmeler gibi gayri maddi varlıklar olarak nitelendirilebilecek çeşitli unsurları içerdiği, ticari itibar devri içeren sözleşmelerde alıcı tarafından satıcıya getirilen rekabet yasağı ile, alıcının satıcının rekabetinden korunarak müşteri bağımlılığı yaratabilmesi ve devralma işlemine ilişkin olarak yaptığı yatırımdan tam olarak yararlanabilmesi amaçlandığı⁴,

ifade edilmiştir.

Bildirim konusu olayda getirilen rekabet sınırlaması incelendiğinde, söz konusu sınırlamanın işlemle doğrudan ilgili, işlemin yürütülebilmesi için gerekli ve kapsamının belirli ve sınırlı olduğu görülmektedir.

140 Bildirim formunda, söz konusu rekabet yasağı ve devir işleminde know-how aktarımının da bulunup bulunmadığı ile ilgili olarak herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Devir işleminde know-how aktarımının da bulunup bulunmadığına ilişkin olarak, 27.9.2006

² Rekabet Kurulu'nun 23.3.2006 tarih, 06-20/257-64 sayılı kararı.

³ Rekabet Kurulu'nun; 26.5.2006 tarih, 06-36/458-120 sayılı (4 yıllık bir rekabet yasağı yan sınırlama olarak kabul edilmiştir.); 16.3.2006 tarih, 06-19/238-61 sayılı (6 yıllık bir rekabet yasağı yan sınırlama olarak kabul edilmiştir.) kararları.

⁴ Rekabet Kurulu'nun; 2.3.2006 tarih, 06-16/187-47 sayılı ; 29.6.2006 tarih, 06-46/602-173 sayılı; 29.6.2006 tarih, 06-46/595-167 sayılı kararları

06-77/988-284

tarix ve 6512 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal eden cevabi yazıda, herhangi bir know-how aktarımının söz konusu olmadığı ifade edilmiştir.

Yukarıda ifade edildiği gibi know-how devrinin söz konusu olduğu durumlarda üç yıllık rekabet etmeme süresi makul görülmektedir. Başvuru konusu işleminde, taraflar arasında herhangi bir know-how devrinin bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Buna göre Sözleşme'nin 18.1. ve 18.3. maddelerinde yer alan rekabet yasağına ilişkin sürelerin, iki yıl ile sınırlandırılması halinde söz konusu hükmün yan sınırlama sayılabileceği kanaatine varılmıştır.

I. SONUÇ

150 Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre,

Bildirim konusu işlemin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" kapsamında izne tabi olmadığına, Sözleşme'nin 18.1. ve 18.3. maddelerinde yer alan rekabet yasağına ilişkin sürelerin 2 yıla indirilmesi koşuluyla yan sınırlama olarak kabul edilerek menfi tespit belgesi verilebileceğine OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.