

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2003-1-63 (Devralma)
Karar Sayısı : 03-35/414-181
Karar Tarihi : 27.5.2003

A- TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Mustafa PARLAK (Başkan Y)
Üyeler : R. Müfit SONBAY, Murat GENCER, Prof.Dr. Zühtü AYTAÇ,
Rıfki ÜNAL, Kublay ATASAYAR, M.Sıraç ASLAN,
Süreyya ÇAKIN

B- RAPORTÖRLER : M. Nazlı AKSOY, H. Deniz KARAKOÇ

**C-BİLDİRİMDE
BULUNAN**

: - Deceuninck NV.
Temsilcisi: Av. Seçil ABALI ve Av. Melis BİŞKİN
Güllü Sok. No:1 3.Levent 80630 İstanbul

D- TARAFLAR

: - Deceuninck N.V.
164 Bruggesteeweg 8830 Hooglede-Gits BELÇİKA

- ThyssenKrupp Technologies AG
Am Thyssenhaus 1, 45128 Essen ALMANYA

- Thyssenkrupp USA Inc.
3155 West Big Beaver Road Troy Michigan
48007-5084 ABD

- Thyssenkrupp Technologies Beteiligungen GmbH
Am Thyssenhus 1, 45128 Essen ALMANYA

E- DOSYA KONUSU: ThyssenKrupp AG grubuna ait şirketlerden Thyssen Polymer GmbH, Vinyl Building Products Inc. ve Thyssen Polymer Polska Sp.zo.o'nun hisselerinin Deceuninck NV. tarafından devralınması işlemine izin verilmesi talebi.

F- DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 29.4.2003 tarih ve 1824 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 13.5.2003 tarih 2003-1-63/Öİ-03-MNA sayılı Devralma Ön İnceleme Raporu, 22.5.2003 tarih, REK.0.05.00.00/64 sayılı Başkanlık önergesi ile 03-35 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G- RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda; ThyssenKrupp AG grubuna ait şirketlerden Thyssen Polymer GmbH (T. Polymer), Vinyl Building Products Inc. (V. Building) ve Thyssen Polymer Polska Sp.zo.o (T.P.Polska)'nın hisselerinin Deceuninck N.V. tarafından devralınmasının, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ'in 4. maddesi kapsamında izne tabi bir devralma işlemi olduğu, fakat söz konusu işlem sonucunda aynı Kanun'un 7. maddesinde belirtilen, bir hakim durumun yaratılması veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesi ve böylece rekabetin olumsuz yönde etkilenmesinin söz konusu olmadığı, devir sözleşmesinde yer alan 3 yıllık rekabet etmeme yükümlülüğü ile 2 yıllık gizlilik şartının yan sınırlama olarak kabul edilebileceği, dolayısıyla söz konusu devralma işlemine izin verilmesinde herhangi bir sakıncanın bulunmadığı ifade edilmektedir.

H- İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. Taraflar

Devralma işleminde satıcı konumunda olan taraflar ThyssenKrupp AG grubuna bağlı üç şirkettir.

H.1.1. ThyssenKrupp Technologies AG (TKT)

TKT, otomobil ve gemi yapımı sanayileri için üretim sistemleri dahil makine mühendisliği ve sistem teknolojisi alanlarında faaliyet gösteren holding şirkettir. TKT, yönetici şirket olup, kendi alt kuruluşlarının yanı sıra ThyssenKrupp grubunda yer alan diğer şirketleri de idare etmektedir.

TKT, devralma işlemine konu olan T. Polymer'in %5,1 ve T.P. Polska'nın %25 oranındaki hisselerini elinde bulundurmaktadır. T.P. Polska'nın kalan %75 oranındaki hissesi ise T. Polymer'e aittir.

H.1.2. ThyssenKrupp USA Inc. (TK USA)

TK USA, devralma işlemine konu olan V. Building'in hisselerinin %100'üne sahiptir. Şirket, ABD'de pencere ve kapılar için pencere sistemleri ve PVC profilleri üretmektedir.

H.1.3. ThyssenKrupp Technologies Beteiligungen GmbH (TKB)

TKB, devralma işlemine konu olan T. Polymer'in %94,9 oranında hissesini elinde bulundurmaktadır. T. Polymer, Avrupa'da pencere ve kapılar için PVC, döner kepenk sistemleri (*roller shutter systems*), muhafaza (*conservatories*) ve dış cephe için modüler yapı sistemleri imal etmektedir.

H.1.4. Deceuninck N.V. (Deceuninck)

Devralma işleminde alıcı konumunda olan taraf Deceuninck'in, Avrupa, Kuzey Amerika ve Asya'da yan kuruluşları ve satış ofisleri bulunmaktadır.

Grup 32 ülkede pencere ve kapılar için PVC profilleri ve inşaat profilleri imalatı ve satışı (duvar ve tavan panelleri dahil), hane güvenliği ve PVC yeniden dönüşümü alanlarında faaliyet göstermektedir. Deceuninck'in Belçika, İngiltere, Fransa, Polonya ve Türkiye'de üretim tesisleri mevcuttur.

Deceuninck Türkiye'de, "Ege Profil Ticaret ve Sanayi A.Ş."nin (Ege Profil) %97,16 oranındaki hisselerine ve "Ege Pen Ticaret ve Sanayi A.Ş."nin (Ege Pen) hisselerinin tamamına sahiptir. Ege Profil'in geri kalan hisseleri İstanbul Menkul Kıymetler Borsasında işlem görmektedir. Ege Profil, kapı ve pencereler için PVC profillerinin hazırlanması alanında faaliyet göstermektedir. Ege Pen ise, Deceuninck'in Türkiye'deki faaliyetlerinin 2001 yılında gerçekleştirilen yeniden yapılandırılmasından sonra herhangi bir faaliyet göstermemiştir. Bu tarih itibarıyla Ege Pen'in varlık nedeni "Ege Pen" markasının korunması olarak açıklanmaktadır.

H.2. İlgili Pazar

H.2.1. İlgili Ürün Pazarı

Deceuninck ve ThyssenKrupp AG grup şirketlerinden V. Building ve T. Polymer, PVC kapı ve pencere profillerinin tasarım, imalat ve satışı ile kepenk ve/veya döner kepenklerin imalat ve satışı konularında faaliyet göstermektedirler. Ancak Türkiye'de kepenk ve döner kepenkle ilgili faaliyetleri son derece sınırlıdır.

Devralma işleminin taraflarının kapı ve pencere imalatında kullanılan profillerin üreticisi ve satıcısı olmaları nedeniyle ilgili ürün pazarı "PVC kapı ve pencere profilleri" olarak tespit edilmiştir.

H.2.2. İlgili Coğrafi Pazar

Devralma işleminin tarafları olan şirketlerin Türkiye'deki faaliyetlerinin ülke çapında olduğu ve ülke içinde rekabet koşulları açısından herhangi bir farklılık bulunmadığı dikkate alınarak ilgili coğrafi pazar Türkiye Cumhuriyeti sınırları olarak belirlenmiştir.

H.3. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

H.3.1. Kapsam

Bildirim konusu işlemde, Deceuninck, ThyssenKrupp grubuna bağlı olan T. Polymer ile V. Building şirketlerinin bütün hisselerini ve T.P. Polska şirketinin de %25 oranındaki hissesini devralacaktır.

4054 sayılı Kanun'un "kapsam" başlıklı 2. maddesinde, "*Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı ... rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukuki işlem ve davranışlar ... bu kanun kapsamına girer*" hükmü yer almaktadır.

Söz konusu bildirim, merkezleri yurt dışında bulunan iki şirketler grubu arasında gerçekleşen bir devir işlemine ilişkindir. Ancak devir işleminin tarafları olan şirket gruplarının Türkiye'de ticari faaliyetlerinin bulunduğu bilinmektedir. Devir işleminde satıcı taraf olan ThyssenKrupp AG'nin Türkiye'deki faaliyetleri, distribütörleri olan Hatek A.Ş. vasıtasıyla yaptıkları satışlardan ibaret olup, grubun Türkiye'de hissedarı olduğu herhangi bir şirket bulunmamaktadır. Deceuninck ise, Türkiye'de Ege Profil ve Ege Pen şirketleri vasıtasıyla ilgili pazarda üretim ve satış faaliyetlerinde bulunmaktadır. Bildirim konusu işlem, merkezleri yurt dışında bulunan iki grup arasında gerçekleşmekle birlikte, Türkiye'de faaliyette bulunan teşebbüsler olmaları sebebiyle, devralma işleminin Türkiye Cumhuriyeti sınırları içindeki mal ve hizmet piyasalarını etkileyeceği ve dolayısıyla 4054 sayılı Kanun kapsamında olduğu görülmektedir.

4054 sayılı Kanun'un "birleşme veya devralma" başlıklı 7. maddesinde yer alan, "... herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları devralması" şeklindeki ifade, devralma işleminin hangi yollarla yapılabileceğini göstermektedir. Bu çerçevede, ThyssenKrupp AG ve Deceuninck grupları arasında gerçekleştirilen ve PVC kapı ve pencere profilleri pazarında faaliyet gösteren üç şirketin hisselerinin el değiştirmesi işlemi, 4054 sayılı Kanun'un 7. ve 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2(b) maddesi kapsamında bir devralmadır.

ThyssenKrupp AG'nin ilgili pazardaki payı %(...), Deceuninck'in payı ise %(...) olup, tarafların ilgili pazardaki toplam payları %(...) oranındadır.

2002 yılında Deceuninck'in Türkiye'deki toplam cirosu 38 trilyon 154 milyar TL., ThyssenKrupp AG şirketlerinin ise 545 milyar 744 milyon TL.'dir.

Tarafların toplam cirosununun 1997/1 sayılı Tebliğ'in 1998/2 sayılı Tebliğ ile değişik 4. maddesinde düzenlenen 25 trilyon TL'lik ciro eşliğini aşması nedeniyle bildirim konusu devralma izne tabi bir işlemdir.

Kapı ve pencere yapımında kullanılan PVC profillerinin üretiminde, piyasada 60 farklı şirket bulunmaktadır. Tarafların ilgili pazarda faaliyet göstermekte olan rakiplerinin 2002 yılı tahmini pazar paylarına aşağıdaki tabloda yer verilmiştir.

Tablo 1- Rakiplerin 2002 yılı tahmini pazar payları

FİRMA	PAZAR PAYI (%)
Fırat	(...)
Adopen	(...)
Pimaş	(...)
Pakpen	(...)
Ege Pen (Deceuninck)	(...)
Kompen	(...)
Asas Pen	(...)
Yıldız Pen	(...)
Winsa	(...)

Thyssen	(....)
Diğer	(....)

Devralma işleminin taraflarının toplam pazar paylarının %(....) olduğu, bu oranın sektördeki diğer firmaların pazar payları ile karşılaştırıldığında herhangi bir yoğunlaşmaya sebebiyet vermediği, ilgili pazarda çok sayıda firmanın faaliyet gösterdiği ve Türkiye'deki pazara girişte herhangi bir hukuki veya fiili engel bulunmadığı hususları dikkate alındığında, devralma işlemi sonucunda ilgili pazarda hakim durum yaratılmasının veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesinin söz konusu olmayacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

H.3.2. Rekabet Etmeme Yükümlülüğü

Taraflar arasında imzalanan Hisse Alım Sözleşmesi'nde devreden taraf olan ThyssenKrupp AG'ye 3 yıllık rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmiştir. Hisse Alım Sözleşmesi'nin "*Rekabet Etmeme Taahhüdü*" başlıklı 19. maddesinde; *"19.1 Satıcılar, ThyssenKrupp AG'nin mülkiyet sahibi, hissedarı, ortağı, çalışanı, bağımsız yüklenicisi sıfatıyla veya diğer sıfatlarla Kapanış Tarihini izleyen üç (3) yıl boyunca Şirketlerin İmza Tarihinde yürüttüğü Ticari Faaliyet ile doğrudan doğruya veya dolaylı olarak rekabet ilişkisi içerisine giremeyeceği taahhüdü vereceğini kabul ve taahhüt eder. Satıcılar ThyssenKrupp AG'nin ayrıca Kapanış Tarihini izleyen üç (3) yıl boyunca aşağıdaki hareketlerde bulunmamayı kabul edeceğini kabul ve taahhüt eder: (i) kendileri veya başka bir şahıs, firma veya şirket adına, Ticari Faaliyetin mevcut ve eski müşterilerine Ticari Faaliyetin işbu Sözleşmenin tarihinde ürettiği ürünler ile rekabet etmeye yönelik iş yaptırmak amacıyla doğrudan doğruya veya dolaylı olarak teklif götürmeyecek ve bu müşterilerle bağlantı kurmayacaktır. Veya (ii) Ek 19.1'de adları yazılı ülkelerde gerek Ticari Faaliyet gerekse Ticari Faaliyetin ilgili olduğu ürünler konusunda Alıcı ile iş yapan hiçbir şahıs, firma veya şirkete doğrudan doğruya veya dolaylı olarak teklif yapmayacak, müdahale etmeyecek ve bunları ayartma girişimde bulunmayacaktır.*

19.2, Madde 19.1'de yer alan hiçbir husus Satıcıların veya ThyssenKrupp AG'nin (i) Alıcı ile veya Ticari Faaliyet ile rekabet eden bir işle uğraşan kamuya açık bir şirketin herhangi bir sınıftaki hisseleri içinden en fazla %5 oranında olmak kaydıyla sermaye hissesi almasına, (ii) Ticari faaliyetin müşterilerinin çalışanlarına iş teklifi götürmesine engel olmayacaktır." ifadeleri yer almaktadır.

Yukarıda yer verilen madde hükmünden anlaşıldığı üzere, devralma konusu işlemin satıcı tarafını oluşturan firmaların bağlı bulunduğu holding şirketi olan ThyssenKrupp AG, mevcut sözleşme hükmü ile 3 yıl boyunca rekabet etmeme yükümlülüğü altına girmektedir. Bu yükümlülük, faaliyet konusu iş ile rekabete girmeme, ticari faaliyetin mevcut ve eski müşterilerine, üretilen ürünler ile rekabet etmeye yönelik teklif götürmeme, bağlantı kurmama ve sözleşmede listesi verilen ülkelerde ticari faaliyetle ilgili ürünler konusunda alıcı ile iş yapan şahıs veya şirketlere teklif yapmama taahhütlerini içermektedir.

Zorunlu, objektif ve makul olmaları koşuluyla birleşme ve devralma anlaşmaları ile bazı "yan sınırlamalar"ın getirilebileceği kabul edilmektedir. Uygulamada yan sınırlama olarak görülenlerin başında ise, birleşme veya devralma sonucunda taraflara getirilen rekabet yasağına ilişkin düzenlemeler gelmektedir. Rekabet yasağı, bir devralma işleminde devralınan teşebbüse ait ticari itibar ve know-how gibi maddi olmayan varlıkların tam değeri ile alıcıya geçmesini sağlamaya yönelik kısıtlamadır. Burada amaç, alıcının müşteri bağımlılığını kazanabileceği ve devraldığı know-how'dan tam olarak yararlanabileceği ölçüde satıcının rekabetinden korunmasıdır. Ancak dikkat edilmesi gereken nokta, rekabet yasağının süresi ve kapsamının ne şekilde belirlendiğidir. Devralmalarda makul bir süre ve kapsama sahip olan rekabet yasağı, yan sınırlama olarak nitelendirilirken zorunlu olandan daha fazla bir kısıtlamayı içeren rekabet yasağına müsaade edilmemektedir.

Dosya mevcudu bilgi ve belgelerde, isim hakkı ve markaya ilişkin lisans sözleşmesinin yanı sıra know-how aktarımının da söz konusu olduğu anlaşılmıştır. Bu çerçevede, ThyssenKrupp AG'ye getirilen 3 yıllık rekabet yasağı süre ve kapsam olarak devralma işlemi için gerekenden daha fazla olmaması sebebiyle yan sınırlama olarak değerlendirilmiştir.

Hisse Alım Sözleşmesi'nin rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin maddesinde, satıcının rakip firmalara en fazla %5 oranında hissedar olabileceği şeklinde bir düzenleme yer almaktadır.

Esas itibarıyla, rekabet etmeme yükümlülüğü altına giren tarafın, yatırım amaçlı hisse alımı hakkının korunması, ancak söz konusu kısıtlamanın rekabete aykırı sonuçlar doğurması halinde anlamlı olacaktır. Rekabet etmeme yükümlülüğü nedeniyle satıcının belirli bir süre pazardaki ticari faaliyetlerinin engellenmesine diğer bir ifadeyle, rekabet etmemesine izin verildiği halde, aynı kişiye getirilen yatırım amaçlı hisse alımına müdahale edilmesinin rekabetin korunması amacıyla doğrudan ilgisi bulunmamaktadır.

Alıcının devraldığı varlıkları tüm değeri ile temellük edebilmesi için satıcı üzerine, devrettiği işletmenin sır niteliğindeki ticari bilgisini gizli tutma ve belirli ticaret isimlerini kullanmama gibi yükümlülükler de getirilebilmektedir. Sır niteliğindeki ticari bilgilerin açıklanmaması koşulu da rekabet yasağı ile benzer amaçlı olduğundan, rekabet yasağı için makul görülen süreler içinde yan sınırlama sayılmaktadır. Dolayısıyla, sözleşmenin 20. maddesinde yer verilen, taraflara ait işletme ve satış bilgileri, teknik, mali, yasal bilgileri, fiyat ve müşteri listeleri, kullandıkları teknoloji, tasarımlar gibi ticari sır niteliğindeki bilgilerinin açıklanması, kullanılması veya yayınlanmasına ilişkin 2 yıllık yasaklamanın da yan sınırlama olarak değerlendirilebileceği kanaatine varılmıştır.

I- SONUÇ

Yukarıda yer verilen değerlendirmeler ışığında;

ThyssenKrupp AG grubuna ait şirketlerden Thyssen Polymer GmbH, Vinyl Building Products Inc. ve Thyssen Polymer Polska Sp.zo.o'nun hisselerinin

Deceuninck N.V. tarafından devralınması işleminin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" in 4. maddesi kapsamında izne tabi bir devralma işlemi olduğuna, ancak devralma sonucunda hakim durum yaratılmasının veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilerek rekabetin önemli ölçüde sınırlandırılmasının söz konusu olmadığına ve devir sözleşmesinde yer alan 3 yıllık rekabet etmeme yükümlülüğü ile 2 yıllık gizlilik şartının ilgili ve gerekli yan sınırlamalar niteliğinde olduğuna ve dolayısıyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesi çerçevesinde bildirim konusu işleme izin verilmesine

OY ÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.

Rekabet Kurulu'nun 27.5.2003 Gün ve 03-35/414-181 Sayılı Karar'ına
KARŞI OY GEREKÇESİ

ThyssenKrupp AG grubuna ait şirketlerden Thyssen Polymer GmbH, Vinyl Building Products Inc. ve Thyssen Polymer Polska Sp.zo.o. adlı şirketlerin hisselerinin Deceuninck NV tarafından devralınmasına Kurul'ca izin verilmesine ilişkin başlıkta anılan Karar'a,

1. Devir sözleşmesi veya benzeri anlaşmacılarda rekabet etmeme yükümlülüğü ve gizlilik şartı gibi sınırlamaların hangi süreler için ve hangi hallerde sözkonusu olurlarsa "yan sınırlama" olarak kabul edileceğine ilişkin bir ilke kararının hala Kurul'ca alınmamış olması,
2. Hisse Alım Sözleşmesi'nin "Rekabet Etmeme Taahhüdü" başlıklı 19.2.maddesinde yer verilen ve daha önceki bazı Kurul Kararlarında rekabetin gereksiz ölçüde sınırlanması sayılıp hoşgörülme, "Satıcı'ların bir rakip teşebbüste %5'den fazla hisse sahibi olması yasağı"na Karar'da yan sınırlama olarak bile değinilmemiş olması; öteyandan satıcı(lar)ın rakip bir teşebbüse yatırım amacı ile ve kontrolü ele geçirmeyecekleri ölçüde hisse almalarının yasaklanması amacını aşan bir sınırlama olarak görme eğiliminin devam etmesi (ki raportörlerin %5 oranını azınlık hakları yaratmayacak pay olduğu gerekçesiyle savunmalarına ve azınlık haklarının kullanılmasının da şirket yönetiminin başına buyruk davranmasını önleyici olmak yerine şirketin yönetimine katılma olarak değerlendirmeleri de Kurul'un karşı çıkmamasıyla aklanmış yanlış bir argümandır),

nedenleriyle başlıkta anılan Kurul Kararı'na katılmadım.

GENCER

Murat

Kurul Üyesi