

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : D3/1/Y.K.-02/02 (Devralma)

Karar Sayısı : 02-28/313-128

Karar Tarihi : 14.5.2002

A- TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU

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

B- RAPORTÖRLER: Yüksel KAYA, Ali Fuat KOÇ

C- ŞİKAYET EDEN: Emre KÜTÜKOĞLU
Ataköy 5. Kısım E2-5 79 İSTANBUL

D- BİLDİRİMDE BULUNAN: Migros Türk T.A.Ş.
Temsilcisi: Arif ESİN
Akaretler Sıraevleri S. Seba Cad. No:67
80680 Beşiktaş / İSTANBUL

E- TARAFLAR: - Migros Türk T.A.Ş.
Caferağa Mah. Damga Sok. No:23-25
Kadıköy 81300 İSTANBUL
- Beğendik Mağaza İşletmeleri Ticaret ve Sanayi A.Ş.
İstanbul Cad. Devrez Sok. No: 1 İskitler / ANKARA

F- DOSYA KONUSU: Beğendik Mağaza İşletmeleri Ticaret ve Sanayi A.Ş. (Beğendik)'nin Bakırköy Carousel ve Bahçelievler Kadir Has Center'de yer alan mağazalarının Migros Türk T.A.Ş. (Migros) tarafından devralınmasıyla Ataköy, Bakırköy ve Bahçelievler'i kapsayan bölgede Migros'un tekel veya yakın tekel durumuna geldiğini ve süpermarketler sektöründe rekabetin zarar göreceğini ifade eden Emre KÜTÜKOĞLU imzalı şikâyet ve Migros tarafından yapılan başvuru ile Migros ve Beğendik arasında yapılan ve Beğendik'in kiracılık haklarından Migros lehine feragat etmesini düzenleyen "Sözleşme" başlıklı belgeye menfi tespit belgesi verilmesi talebi.

G- DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 20.9.2001 tarih ve 4049 sayı ile intikal eden Emre KÜTÜKOĞLU imzalı şikâyet dilekçesi üzerinde işlem yapılırken Kurum kayıtlarına 11.10.2001 tarih ve 4352 sayı ile giren bildirim üzerine başvurular birleştirilerek; 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 11. maddesi uyarınca yapılan inceleme sonucunda düzenlenen 4.4.2002 tarih, D3/1/Y.K.-02/2 sayılı İlk İnceleme Raporu, 5.4.2002 tarih, REK.0.07.00.00/13 sayılı Başkanlık önergesi ile 02-21 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek, ek bir çalışma yapılmak üzere dosya konusunun incelenmeye alınmasına karar verilmiş ve konu ile ilgili olarak hazırlanan 16.4.2002 tarihli Hukuk Müşavirliği görüşü ile 2.5.2002 tarih,

REK.0.07.00.00/21 sayılı Başkanlık önergesi eki Bilgi Notu 02-28 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

H- RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda;

- 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesinin "b" bendinde herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını devralmasının veya kontrol etmesinin devralma olarak değerlendirildiği,

- Doktrinde mal varlığının "*işletilmeye müsait mal varlığı olarak değerlendirilmesi*" gerektiği ve yapılan işlemle ortaya çıkan yeni durumda ticari ve ekonomik açıdan kontrolün değişmesi gerektiğinin belirtildiği, Avrupa Topluluğu Komisyonu tarafından yayınlanan bir bildiriye kontrolün nesnesinin hukuki varlık oluşturan bir veya daha fazla teşebbüs veya bu teşebbüslerin mal varlıklarının tümü veya sadece bir kısmı olabileceğinin, marka veya lisans da olabilen söz konusu malvarlığının net bir cironun atfedilebildiği bir faaliyet olması gerektiğinin ifade edildiği,

- Migros tarafından derin dondurucu, soğutuculu tezgah, ısıtıcılı satış üniteleri, soğutuculu satış üniteleri, ekmek reyonları, pasta stok dolabı, fırın, kıyma makinesi, yazarkasalar vs. gibi demirbaşların Beğendik'ten satın alınması ve buna ilave olarak Beğendik'in kiracılık hakkından Migros lehine vazgeçmiş olması üzerine Migros'un elde ettiği kiracılık hakkı da düşünüldüğünde ortada bir kısım demirbaşları ile birlikte mağazalardan oluşan malvarlığının devirdeki kontrolün nesnesini oluşturduğu ve anılan malvarlığına net bir cironun atfedilebildiği, Beğendik'in mülkiyeti kendisine ait olan bir mağazayı devretmesi ile mülkiyeti kendisine ait olmayan bir mağazanın kiracılık hakkından Migros lehine feragat etmesi arasında Rekabet Hukuku açısından bir farklılığın olmadığı,

- Bu nedenle bir kısım demirbaşları ile birlikte mağazaların devredilmesi olarak adlandırılabilir işlemi 4054 sayılı Kanun ve bu Kanun'a dayanarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ anlamında devralma oluşturduğu,

- 1997/1 ve 1998/2 sayılı Tebliğler uyarınca izin alınması gereken devralmaya ilişkin anlaşma 12.9.2001 tarihinde imzalanarak yürürlüğü girdiğinden ve Rekabet Kurulu'na süresi içinde bildirilmediğinden 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin 1. fıkrasının "c" bendi uyarınca taraflara ayrı ayrı olmak üzere 949.104.000 TL (2001/1 sayılı Tebliğ) para cezası verilmesi gerektiği,

- Aynı maddenin 3. fıkrasına göre devralma anlaşmasının yapıldığı tarihteki bildirim yükümlülüğü bulunan yönetim organlarında görevli kişilere de şahsen verilen cezanın yüzde onuna kadar ayrıca para cezası verilmesi gerektiği,

-İlgili pazarın coğrafi boyutunun Rekabet Kurulu tarafından İstanbul ili (veya sadece Avrupa yakası) ve İzmit illeri olarak ayrı ayrı belirlenmesi halinde, ürün/hizmet boyutunun 400 metrekare üzeri satış alanı olan perakende satış noktaları veya genel olarak organize mağazacılık alanında faaliyet gösteren teşebbüslerin tüm satış noktalarını içerecek şekilde tanımlanması hallerinden her ikisi için de geçerli olmak üzere incelenen devralmanın 7. maddenin birinci fıkrası kapsamına girmediği,

- Bakırköy ve Bahçelievler/Şirinevleri etkileyen devralmanın değerlendirilmesi amacıyla ilgili pazar tanımının yapılabilmesi için Rekabet Kurulu tarafından esasları belirlenecek ve profesyonel bir araştırma kuruluşu tarafından bu bölgelerdeki tüketici

tercihlerinin belirlenmesini ve bu bölgelerle sınırlı bir ilgili pazar tanımı yapılabilmesi olasılığının değerlendirilebilmesini teminen gerekli verilerin elde edilmesinin gerektiği,

ifade edilmektedir.

I- İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1.Taraflar

I.1.1. Migros Türk TAŞ (Migros)

Migros, Koç Holding'e bağlı perakende pazarında faaliyette bulunan bir şirkettir. Anılan şirketin yönetim kurulu şu şahıslardan oluşmaktadır; R.M. K..., C... S..., N... A..., U... Ç..., N... T..., V... B..., H... S..., F. B... Ö..., Y. A.. K....

Migros şirketinin 2000 yılı cirosu 612 trilyon TL olarak gerçekleşmiştir.

I.1.2. Beğendik Mağaza İşletmeleri Ticaret ve Sanayi A.Ş. (Beğendik)

Şirketin 2000 yılı cirosu 144 trilyon TL olarak gerçekleşmiş olup, yönetim kurulu üyeleri M... B..., H... B..., M... D..., İ... K... ve M... K... 'dan oluşmaktadır.

I.3. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

I.3.1.Anlaşma

"Sözleşme" başlıklı belgenin 2. maddesine göre; Beğendik ile Migros arasında Beğendik tarafından işletilen İzmit Outlet Center'da 4.168 m², İstanbul Bahçelievler'de 3.500 m² ve İstanbul Bakırköy Carousel Alışveriş merkezinde 5.325 m² büyüklüğündeki mağazaların Migros'a devri amacıyla sözleşme imza edilmiştir.

Sözleşmenin 3. maddesinde devir şartları yer almaktadır. 3.1. maddede yukarıdaki mağazaların bulunduğu gayrimenkullerin malikleri ile Migros'un kira sözleşmesi yapacağı, kira sözleşmesinin yapıldığı gün Beğendik'in kendi kiracılık hak ve sıfatlarının sona ereceği ifade edilmektedir. 3.2. maddede ise, Beğendik'in kiralanan yerlerdeki mallarını alarak, işyerlerini boş olarak Migros'a teslim etmesi düzenlenmektedir. Sözleşmenin 3.3. maddesi devir karşılığında ödenecek bedel ve bu bedelin neye karşılık olduğuna ilişkindir.

Söz konusu anlaşmaya göre; Beğendik, mağazalarının bulunduğu binaların sahibi olmayıp, kiracı olarak faaliyette bulunmaktadır. Beğendik, kiracılık sözleşmesini süresinden önce sona erdirerek mağazalarındaki ürünleri almakta, ancak dolap, raf, havalandırma sistemi vs. gibi demirbaşları Migros'a devretmektedir. Migros tarafından ödenen ücret demirbaşlar gibi maddi varlıkların yanısıra, yoksun kalınan kazanç, yeni iş yeri bulma, buraların dekorasyonu masrafları vs. gibi maliyet kalemleri de dikkate alınarak tespit edilmiştir.

I.3.2. Değerlendirme

Söz konusu olayda temel sorun, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi gereğince teşebbüsler arasında bir devralma olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. 1997/1 sayılı Tebliğ'in birleşme ve devralma hallerinin sayıldığı 2. maddesi birinci fıkrasının (b) bendine göre bir devrin rekabet hukuku açısından devralma olarak kabul edilmesinde üç temel unsur bulunmaktadır. Bunlar:

- 1- Malvarlığının bütünü veya bir kısmının devredilmesi,
- 2- Ortaklık payının tamamı veya bir kısmının devredilmesi,
- 3- Yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçların devralınması

olarak sayılabilir.

Yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçların devralınması Tebliğ'de kontrol kavramına bağlanmıştır. Kontrol kavramı da incelenen olay bakımından teşebbüsün organlarının oluşumunda ya da kararları üzerinde belirleyici etki yaratan haklarla ortaya çıkabilir. Diğer bir deyişle Tebliğ'e göre kontrolün elde edilmesi teşebbüs yönetiminde belirleyici bir şekilde etkide bulunabilme olanağını sağlayan işlem vasıtasıyla olmaktadır. Bu işlemin ise devreden ve devralan arasında olması gerekmektedir. Dosya konusu olayda işyerinin mülkiyeti tarafların dışında üçüncü bir şahsa aittir.

Söz konusu devir işleminde iki ayrı hukuki işlem görülmektedir. Birinci işlem, Beğendik'e ait bir kısım dolap, raf, fırın ve bilgisayar gibi unsurların bedeli karşılığında Migros'a devredilmesidir.

İkinci hukuki işlem ise, üçüncü bir şahsa ait olan kira sözleşmesidir. Bu kira sözleşmesinin devreden Beğendik ile yapılmış olması durumunda bir devir işleminden söz edilebilirdi. Ancak kira sözleşmesi malik ile yeni kiracı arasında yapılan bir akit olduğundan devrin dışında bir işlem olarak görülmelidir. Burada kısaca söylemek gerekirse, kira sözleşmesinin devri değil, yeni bir kira sözleşmesinin yapılması söz konusudur. Bu durum da devirden söz etmeye engel olmaktadır. İncelenen işlem ile benzerlik gösteren ve Rekabet Kurulu'nun 12.2.1998 tarih 98-52/379-43 sayılı kararına konu olan Erciyas Biracılık ve Malt A.Ş.'nin Toros Biracılık ve Malt Sanayi A.Ş.'nin bazı aktif kıymetlerini devraldığı işlem hem mülkiyetin nakli şeklinde gerçekleşmiş, hem de üçüncü bir kişiyle kira veya benzeri bir sözleşme yapılması söz konusu olmamıştır. Bu husus iki olay arasındaki en önemli farklılıktır. Zira Beğendik faaliyetlerine devam etmektedir ve işlem sonucunda yalnızca söz konusu üç merkezdeki faaliyetlerini sona erdirmiş olmaktadır. Dolayısıyla işlemin niteliği söz konusu tebliğ kapsamında işletilmeye müsait hakların devri olarak nitelendirilmemelidir.

Şikayetçi Emre Kütükoğlu'nun başvurusunda; Bakırköy Carousel ve Bahçelievler Has Center'de yer alan Beğendik mağazalarının Migros tarafından devir alınmasıyla, Migros'un Ataköy Galleria, Ataköy 9. kısım Atrium alışveriş merkezlerindeki mağazaları da düşünüldüğünde, Ataköy çevresinde Migros dışında süpermarket zincirinin kalmadığı ve Migros'un bu bölgede büyük bir hakimiyete ulaştığı iddia edilmektedir. Şikayetçinin iddiası üzerine İstanbul ilinin Ataköy, Bahçelievler, Bakırköy, Beylikdüzü, Florya, Merter, Yenibosna, Zeytinburnu semtlerinde bulunan perakende mağazaların konumlarına ilişkin bilgi edinmek amacıyla 3-10.10.2001 tarihleri arasında sınırlı bir yerinde inceleme yapılmış ve söz konusu bölgede Gima, Tansaş, Kiler, Happy Center ve Bim mağazalarının bulunduğu tespit edilmiştir. Ayrıca, Beğendik şirketinin İstanbul ve İzmit'te Migros'a devrettiği mağazalarından 2000 yılında elde ettiği ciro ve toplam pazar payının hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını güçlendirmeye yönelik bir devralma olmadığı anlaşılmıştır.

Öte yandan, Migros ve Beğendik arasında yapılan ve Beğendik'in kiracılık haklarından Migros lehine feragat etmesini düzenleyen işlemin, esas itibarıyla 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesi kapsamında bir devralma olmadığı kanatine varılmıştır. Bu nedenle söz konusu şikayetin reddedilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

J- SONUÇ

Yukarıda yer verilen değerlendirmeler çerçevesinde;

1. Şikayetçi Emre Kütükoğlu'nun Bakırköy Carousel ve Bahçelievler Has Center'de yer alan Beğendik mağazalarının Migros tarafından devir alınmasıyla Migros'un bölgede hakim duruma ulaştığı iddiasının reddedilmesine,
2. Migros Türk A.Ş. ve Beğendik Mağaza İşletmeleri Ticaret ve Sanayi A.Ş. arasında yapılan ve Beğendik'in kiracılık haklarından Migros lehine feragat etmesini düzenleyen "Sözleşme" işleminin, 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 2. maddesi kapsamında bir devralma işlemi olmadığına ve talep edilen menfi tespit belgesinin verilmesine,

OY ÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.

KARŞI OY GEREKÇESİ

Menfi tespit belgesi verilmesi istenilen ve Beğendik A.Ş. ile Migros A.Ş. arasında imzalanan anlaşmada "Beğendik" mağazası olarak faaliyette bulunan üç adet işyerinin kiracılık haklarının ve demirbaşlarının devri öngörülmüştür.

Kararda; sözü edilen bu işlemin, işletilmeye müsait hakların devri olarak nitelendirilemeyeceğinden bahisle 997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesi kapsamında bir devralma olmadığı sonucuna varılmıştır. Oysa bu sözleşme ile Beğendik A.Ş., sadece demirbaşlarını değil, uzun süredir "Beğendik" ticari ünvanı ile işlettiği mağazaların kiracılık haklarını da aynı pazarda faaliyet gösteren rakibine devretmektedir. Her ne kadar, mağazaların bulunduğu taşınmazların maliklerinin Migros A.Ş. ile kira sözleşmesi imzalamakta serbest olmaları nedeniyle devir için, devreden veya devralanın iradelerinin yeterli olmadığı söylenebilirse de, Migros A.Ş. ve tapu maliki arasında imzalanacak kira sözleşmesi ile yürürlüğe girecek olan sözleşme uyarınca Beğendik A.Ş.'nin, kiracılık haklarından süresinden evvel Migros A.Ş. lehine feragat etmesi, ayrıca müşteri ve diğer kayıpları karşılığında yüklüce bir bedel tahsil edecek olması, tarafların, kiracılık ve buna bağlı diğer hakları bir "malvarlığı" olarak kabul ettiklerini göstermektedir.

Bu hale göre; üçüncü kişinin mülkiyetinde de olsa, bir mağaza üzerindeki kullanma hakkının malvarlığı unsuru olarak devredilmesi işleminin 997/1 sayılı Tebliğ kapsamında bir devralma olduğunun kabulü ile bu yönden inceleme yapılması gerektiği düşüncesiyle Rekabet Kurulu'nun 14.5.2002 tarih ve 02-28/313-128 sayılı kararının bu kısmına katılmıyoruz.

Dr. Kemal EROL
İl. Başkan

Nejdet KARACEHENNEM
Kurul Üyesi

R. Müfit SONBAY
Kurul Üyesi