

**Rekabet Kurumu Başkanlığından,
REKABET KURULU KARARI**

Dosya Sayısı : 2010-3-184 (Devralma)
Karar Sayısı : 11-28/544-163
Karar Tarihi : 4.5.2011

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

10 **Başkan** : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Üyeler : Doç. Dr. Mustafa ATEŞ, İsmail Hakkı KARAKELLE, Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY, Murat ÇETİNKAYA, Reşit GÜRPINAR

B. RAPORTÖRLER: Hilmi BOLATOĞLU

**C. BİLDİRİMDE
BULUNAN** :- Resen

20 **D. TARAFLAR** :- Asya Grubu

- Oligo Investment Holding Pte Ltd.
230 Orchard Road 10-230 Faber House SINGAPUR

- Azizler Holding A.Ş.
İnönü Mah. Kartal Cad. No: 131 Kat:1
İçerenköy/Kadıköy /İstanbul

30 - Hidayet Didem ZAPSU, Ömer Rahmi ZAPSU,
Kerim Pertev ZAPSU ve Hasan Cüneyd ZAPSU
Büyükdere Mah. Alsit Villaları 37/B Sarıyer/İstanbul

E. DOSYA KONUSU: Yeni Mağazacılık A.Ş.'nin çoğunluk hisselerinin devralınması işlemi.

40 **F. DOSYA EVRELERİ:** Yeni Mağazacılık A.Ş.'nin %30 oranındaki hissesinin mevcut bazı hissedarlar tarafından devralınması işlemine ilişkin bildirim üzerine Kurul, Yeni Mağazacılık A.Ş.'nin %30 oranındaki hisselerinin mevcut hissedarlar tarafından devralınması işleminin 1997/1 sayılı Tebliğ hükümleri çerçevesinde izne tabi bir işlem olmadığına ancak devre konu teşebbüs üzerindeki kalıcı kontrol değişikliğinin 3.7.2009 tarihli işlemle gerçekleştiği dikkate alınarak söz konusu işlemin 4054 sayılı Kanun'un 11. maddesi uyarınca resen incelemeye alınmasına 27.10.2010 tarih ve 10-67/1424-540 sayı ile karar vermiştir.

50 16.12.2010 tarih, 6119 sayılı yazı ekinde Kurulun gerekçeli kararı Yeni Mağazacılık A.Ş. vekiline tebliğ edilerek konuya ilişkin yazılı savunmalarını göndermeleri talep edilmiştir. Yeni Mağazacılık A.Ş.'nin konuya ilişkin yazılı savunması 20.1.2011 tarihinde Kurum kayıtlarına girmiştir. Anılan savunmada özetle Yeni Mağazacılık A.Ş. tüzel kişiliğinin ilgili devralma işleminden dolayı herhangi bir hukuki sorumluluğunun bulunmadığı belirtilmiştir. Bunun üzerine devralan taraf olarak kabul edilen Asya Grubunun kontrolünde merkezi bir konumda bulunan ve aynı zamanda Yeni

Mağazacılık A.Ş. paydaşı olan Asya Katılım Bankası A.Ş.'den yazılı savunma istenmiş, ilgili yazılı savunma 17.3.2011 tarihinde Kuruma ulaşmıştır .

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesi ile 2010/4 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" in ilgili hükümleri uyarınca yapılan inceleme sonucu düzenlenen 28.4.2011 tarih ve 2010-3-184/Öİ-11-265.HB sayılı Birleşme/Devralma Ön İnceleme Raporu, 2.5.2011 tarih ve REK.0.07.00.00-120.01.05/150 sayılı Başkanlık Önergesi ile 11-28 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

60

G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili Rapor'da özetle;

1-İncelemeye konu 3.7.2009 tarihli hisse devri işleminin 2010/4 sayılı Tebliğ'in 7. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında izin alınması zorunlu bir işlem olmadığı,
2-İnceleme konusu işlemle ilgili olarak 4054 sayılı Kanun kapsamında herhangi bir işlem tesisine gerek olmadığı
sonuç ve kanaatine ulaşıldığı ifade edilmektedir.

H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1.Taraflar

70

H.1.1. Devralan

İnceleme konusu 3.7.2009 tarihli devralma işleminde söz konusu tarih itibarıyla yeni paydaş konumuna gelerek devralan taraf biçiminde görünen Forum Süt Ürünleri ve Gıda Dış Ticaret A.Ş. (Forum Süt), İrfan Hacıosmanoğlu ve Murat Sungurlu, inceleme konusu işlemle bütünlük gösteren 30.7.2008 tarihli devralma işlemi sonucunda paydaş konumuna geçen Asya Katılım Bankası A.Ş. (Bank Asya) ile birlikte Kurulca Asya Grubu olarak nitelendirilen ekonomik bütünlük içinde yer almaktadırlar. Asya Grubu bünyesinde yer alan söz konusu tüzel ve gerçek kişilere ait özet bilgilere aşağıda yer verilmektedir.

80

H.1.1.1. Asya Katılım Bankası A.Ş. (Bank Asya)

Bank Asya, Türkiye'nin faizsiz bankacılık ilkelerine göre çalışan özel bir finans kurumu olarak 24.10.1996 tarihinde faaliyetlerine başlamış ve 20.12.2005 tarihinde Asya Finans Kurumu A.Ş. olan şirket unvanı Asya Katılım Bankası A.Ş. olarak değiştirilmiştir. Bank Asya hisselerinin 31.12.2010 itibarıyla %52,54'ü borsada işlem görmekte ancak şirket ana sözleşmesine göre yalnızca sermayenin %40'ını oluşturan A grubu hisse sahipleri yönetim ve denetim kurulu üyeliklerine aday gösterebilmektedir. A grubu hisselerin tamamı Asya Grubu bünyesindeki tüzel ve gerçek kişilere aittir.

90

Tablo 1: Bank Asya Ortaklık Yapısı (31.12.2010)

ORTAK ADI	PAY ORANI (%)
Ortadoğu Tekstil Tic. San. A.Ş.	4,22
Osman Can PEHLİVAN	3,23
Forum İnşaat Dekorasyon Turizm San. ve Tic. A.Ş.	2,51
Birim Birleşik İnşaatçılık Mümessillik San. ve Tic. A.Ş.	2,40
Abdulkadir KONUKOĞLU	2,23
Diğer Ortaklar	32,87
Halka Açık	52,54
TOPLAM	100

Kaynak: http://www.bankasya.com.tr/yatirimci_iliskileri/sermaye_ve_ortaklik_yapisi.jsp

H.1.1.2. Forum Süt Ürünleri ve Gıda Dış Ticaret A.Ş. (Forum Süt)

100 Kuruluşu 29.1.2007'de gerçekleşen Forum Süt, Forum Elektronik Pazarlama ve Dış Ticaret A.Ş. olan unvanını 12.1.2009 tarihli genel kurulunda değiştirmiştir. Anılan değişiklik sonucunda yenilenen ana sözleşme gereği şirketin faaliyet konuları gıdadan fotokopiye, perakendeden kırtasiyeye, su pompasından ambalaja kadar değişen bir alanı kapsamaktadır. Forum Süt ile Bank Asya'nın büyük imtiyazlı ortaklarından olan Forum İnşaat Dekorasyon Turizm Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Forum İnşaat) arasında organik bağ bulunduğu taraflarca da kabul edilmektedir.

Tablo 2: Forum Süt'ün Ortaklık Yapısı

ORTAK ADI	PAY ORANI (%)
Fatih VAR	74,6
Şükrü AYAR	15,0
Mehmet Hüseyin AKMAN	10,0
Nurullah BAYRAM	0,2
Yavuz VAR	0,2
TOPLAM	100

Kaynak: 30.9.2010 tarihli taraf yazısı.

H.1.1.3. İrfan Hacıosmanoğlu

110 Bank Asya'nın imtiyazlı ortağı ve denetim kurulu üyesi olan İrfan Hacıosmanoğlu aynı zamanda Bank Asya'nın imtiyazlı ortaklarından Forum İnşaat'ta ve Bank Asya bağlı şirketlerinden Asya Kart Teknolojileri Hizmetleri A.Ş., Tuna Gayrimenkul Yatırım Ortaklığı A.Ş., Işık Sigorta A.Ş., Nil Yönetim A.Ş. ve Yeni Mağazacılık A.Ş.'de yönetim kurulu üyesidir.

H.1.1.4. Murat Sungurlu

Murat Sungurlu, Bank Asya'nın imtiyazlı ortaklarından olup 31.3.2009 ile 22.3.2010 tarihleri arasında bu bankanın yönetim kurulu üyeliğini yapmıştır.

120 H.1.2. Devredilen

Yeni Mağazacılık A.Ş. "A101" ticari markasını kullanan zincir mağazalarında¹ gıda ve hızlı tüketim malzemeleri satışı konusunda faaliyet göstermektedir. Teşebbüsün faal mağaza sayısı 625'dir.

H.2. İlgili Pazar

H.2.1. İlgili Ürün Pazarı

130 İlgili ürün pazarının belirlenmesine ilişkin olarak 2010/4 sayılı Tebliğ'de tüketicinin gözünde fiyatı ve kullanım amaçları ve nitelikleri bakımından birbirleriyle değiştirilebilir veya ikame edilebilir olarak kabul edilen bütün mal veya hizmetlerden oluşan pazarın dikkate alınacağı ifade edilmiştir. İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz'da da, talep ve arz ikamesi ile potansiyel rekabetin de pazar tanımında göz

¹ A101 mağazaları "Hard Discount" olarak nitelendirilen düşük fiyatlı mağaza kavramı çerçevesinde konumlandırılmaktadır.

140 önünde bulundurulacağı belirtilmiştir. Öte yandan söz konusu Kılavuz'un 20. paragrafında "...inceleme konusu işlem, gerek ürün gerekse de coğrafi açıdan olası alternatif pazar tanımları çerçevesinde rekabet açısından endişeler yaratmıyor ya da alternatif tüm tanımlar açısından rekabeti bozucu bir etki söz konusu oluyorsa pazar tanımı yapılmayabilir." denilerek, alternatif pazar tanımları çerçevesinde işlem rekabetçi kaygı yaratmıyorsa ilgili pazarın tanımlanmayabileceği ifade edilmektedir.

Bu çerçevede, olası alternatif pazar tanımları dikkate alınsa dahi işlemin rekabetçi kaygı yaratmayacağı dikkate alınarak ilgili ürün pazarı tanımı yapılmasına gerek görülmemiştir.

H.2.2. İlgili Coğrafi Pazar

150 İnceleme konusu işlemin herhangi bir rekabetçi kaygı yaratmayacağı dikkate alınarak ilgili coğrafi pazarın tanımlanmasına gerek görülmemiştir.

H.3. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

Konuya ilişkin inceleme sürerken 1.1.2011 tarihinde 1997/1 sayılı Tebliğ yürürlükten kalkmış ve 2010/4 sayılı Tebliğ yürürlüğe girmiştir. Bu nedenle, inceleme konusu işleme ilişkin hukuki değerlendirmeler lehe olan kuralın uygulanması ilkesi çerçevesinde her iki düzenleme de dikkate alınarak yapılmıştır.

H.3.1. Kontrolde Kalıcı Değişiklik Unsuru

160 1997/1 sayılı Tebliğ'de farklı biçimde düzenlenmiş olmasına rağmen kontrolde kalıcı değişiklik unsuru bakımından 2010/4 sayılı Tebliğ ile yeni bir hukuki durum yaratılması söz konusu olmadığından teşebbüslerin lehine ya da aleyhine bir değişiklik bulunmadığından 2010/4 sayılı Tebliğ dikkate alınmıştır. 2010/4 sayılı Tebliğ'in "Birleşme veya Devralma Sayılan Haller" başlıklı 2. maddesi uyarınca kontrolde kalıcı değişiklik meydana getirecek şekilde iki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi ya da bir veya daha fazla teşebbüsün tamamının ya da bir kısmının doğrudan veya dolaylı kontrolünün, hisse ya da mal varlığının satın alınmasıyla, sözleşmeyle veya diğer bir yolla bir ya da daha fazla teşebbüs veya halihazırda en az bir teşebbüsü kontrol eden bir ya da daha fazla kişi tarafından devralınması hali 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi kapsamında birleşme veya devralma olarak kabul edilmektedir.

170 3.7.2009 tarihindeki pay devri ve ertesinde yapılan sermaye artırımını sonucunda Yeni Mağazacılık A.Ş. ortaklık yapısı ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden gruplara ilişkin yapılanma aşağıdaki biçimde değişmiştir:

11-28/544-163

Tablo 3: Yeni Mağazacılık A.Ş.'nin 3.7.2009 Tarihli Devralma Öncesi ve Sonrası Sermaye Yapısı

Devir İşlemi Öncesi Ortak Adı	Pay Oranı (%)	Devir İşlemi Sonrası Ortak Adı	Pay Oranı (%)
Oligo Investment Holding PTE. LTD.	~74,97	Oligo Investment Holding PTE. LTD.	~40,30
Asya Katılım Bankası A.Ş.	25,00	Asya Katılım Bankası A.Ş.	25,00
-	-	Forum Süt Ür. ve Gıda Dış Tic. A.Ş.	~8,74
-	-	İrfan HACIOSMANOĞLU	~8,74
-	-	Murat SUNGURLU	~8,74
-	-	Balsu Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.	~8,46
Azizler Holding A.Ş.	0,0075	Azizler Holding A.Ş.	0,005
Hidayet Didem ZAPSU	0,0075	Hidayet Didem ZAPSU	0,005
Kerim Pertev ZAPSU	0,0075	Kerim Pertev ZAPSU	0,005
Ömer Rahmi ZAPSU	0,0075	Ömer Rahmi ZAPSU	0,005
TOPLAM	100	TOPLAM	100

Kaynak: 13.8.2010 tarih ve 6407 sayılı Bildirim Formu ve Ticaret Sicili Gazetesi

Tablo 4: İkinci Pay Devri Sonrasında Yeni Mağazacılık A.Ş.'nin Grup Bazlı Ortaklık Yapısı

GRUP	ORTAK ADI	PAY ORANI (%)
ASYA	Asya Katılım Bankası A.Ş.	25,00
	Forum Süt Ürünleri ve Gıda Dış Tic. A.Ş.	~8,74
	İrfan HACIOSMANOĞLU	~8,74
	Murat SUNGURLU	~8,74
Bank Asya Grubu Toplamı		~51,22
ZAPSU	Oligo Investment Holding PTE. LTD.	~40,30
	Balsu Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.	~8,46
	Azizler Holding A.Ş.	0,005
	Hidayet Didem ZAPSU	0,005
	Kerim Pertev ZAPSU	0,005
	Ömer Rahmi ZAPSU	0,005
Zapsu Grubu Toplamı		~48,78
TOPLAM		100

Kaynak: 13.8.2010 tarih ve 6407 sayılı Bildirim Formu

3.7.2009 tarihinde gerçekleştirilen inceleme konusu devralma işlemi ve hemen sonrasında toplanan Olağanüstü Genel Kurul'da karara bağlanan sermaye arttırımı sonucunda Balsu Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş., Forum Süt, İrfan Haciosmanoğlu ve

190 Murat Sungurlu, Yeni Mağazacılık A.Ş.'ye ortak olmuştur. Sermaye artırımını ile birlikte yönetim kurulu yapısı da değişikliğe uğramıştır. Buna göre yönetim kurulu Zapsu Ailesi kontrolünde bulunan Azizler Holding A.Ş. ve Balsu Gıda A.Ş.'yi temsilen 3 üye, Asya Katılım Bankası A.Ş.'yi temsilen 2 üye, Forum Süt Ürünleri ve Gıda Dış. Tic. A.Ş.'yi temsilen 1 üye ve İrfan Haciosmanoğlu olmak üzere 7 üyeden oluşmaktadır.

Tablo 5: Yeni Mağazacılık A.Ş.'nin 3.7.2009 Tarihli Devralma Sonrasındaki Yönetim Kurulu

ÜYE ADI	TEMSİL ETTİĞİ TÜZEL KİŞİ ORTAK	GÖREVİ
Salih SARIGÜL	Asya Katılım Bankası A.Ş.	Başkan
Geylan Abdulaziz ZAPSU	Azizler Holding A.Ş.	Başkan Vekili
Mehmet Fatih SARAÇ	Azizler Holding A.Ş.	Üye
Ahmet Bilge ANBARLILAR	Balsu Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.	Üye
İrfan HACIOSMANOĞLU	-	Üye
Hasan SAYIN	Forum Süt Ürünleri ve Gıda Dış Tic. A.Ş.	Üye
Muhammet Ercüment SOLMAZ	Asya Katılım Bankası A.Ş.	Üye

Kaynak: 13.8.2010 tarih ve 6407 sayılı Bildirim Formu

200 Yukarıda yer verilen tablolardan anlaşıldığı üzere, inceleme konusu devralma işlemi sonrasında Yeni Mağazacılık A.Ş., Bank Asya'nın ve bağlı ortaklıklarının ve/veya iştiraklerinin ortağı, yöneticisi ve denetçisi konumunda bulunan gerçek ve tüzel kişilerden oluşan Asya Grubu ve Zapsu Grubu olmak üzere iki ana grubun ortaklığı haline gelmiştir.

210 Söz konusu dönemde geçerli Yeni Mağazacılık A.Ş. Ana Sözleşmesi'ne göre şirketin gerek genel kurulunun gerekse yönetim kurulunun toplantı ve karar usulleri Türk Ticaret Kanunu (TTK) hükümlerine tabidir. Bu çerçevede, normal gündemli genel kurul TTK'nın 372. ve 378. maddeleri uyarınca, ana sözleşmenin değiştirilmesi gündemli genel kurul 388. maddesi uyarınca toplanarak karar alabilir. Anılan hükümler dikkate alındığında Yeni Mağazacılık A.Ş.'in hukuki kontrolünün sermayenin yarısından fazlasına sahip olan Asya Grubu'na geçtiği anlaşılmaktadır. Hukuki durum böyle olmakla birlikte inceleme konusu devralma işlemi sonrasında yönetim kurulu oluşturulurken yasadan kaynaklanan çoğunluk yetkisinin kullanılmadığı ve yönetim kurulu üyelerinin 2.7.2009 tarihli devir sözleşmesinde öngörülen temsil oranında oybirliğiyle seçildiği görülmektedir. Ancak bu durum ilgili teşebbüs üzerindeki kontrolün el değiştirdiği gerçeğini etkilememektedir. Nitekim 2010/4 sayılı Tebliğ'in 5. maddesinin ikinci fıkrasında: *"Bu araçlar özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tamamı ya da bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkı, bir teşebbüsün organlarının oluşumunda ya da kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmelerdir. Kontrol, hak sahipleri ya da bir sözleşmeye göre hakları kullanmaya yetkili kılınmış olan veya böyle bir hak ve yetkisi olmamakla birlikte fiilen bu hakları kullanma gücüne sahip olan kişiler veya teşebbüsler tarafından elde edilebilir."* denmektedir. Açıklanan nedenlerle Yeni Mağazacılık A.Ş.'in hukuki kontrolünün 3.7.2009 tarihli devralma işlemiyle kalıcı biçimde değiştiği tespit edilmiştir.

H.3.2. Bildirim Zorunluluğu Unsuru

230 Bildirimi zorunlu olan birleşme veya devralma işlemlerinin neler olduğu mülga 1997/1 sayılı Tebliğ'in 4. maddesinde belirtilmiştir: *"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."

Konu 2010/4 sayılı Tebliğ'in 7. maddesinde aşağıdaki gibi düzenlenmiştir:

"Bu Tebliğin 5 inci maddesinde belirtilen bir birleşme veya devralma işleminde;

- 240 a) *İşlem taraflarının Türkiye ciroları toplamının yüz milyon TL'yi ve işlem taraflarından en az ikisinin Türkiye cirolarının ayrı ayrı otuz milyon TL'yi veya*
b) *İşlem taraflarından birinin dünya cirosunun beş yüz milyon TL'yi ve diğer işlem taraflarından en az birinin Türkiye cirosunun beş milyon TL'yi, aşması halinde söz konusu işlemin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kuruldan izin alınması zorunludur."*

250 2010/4 sayılı Tebliğ ile getirilen eşik sisteminde pazar payı ölçütünün kaldırılması ve tarafların toplam ciro eşığının yirmibeş milyon TL'den yüz milyon TL'ye çıkarılarak en az iki taraf için ayrı ayrı otuz milyon TL'lik ciro sınırı getirilmiş olması nedeniyle bildirim zorunluluğu ölçütleri bakımından mülga 1997/1 sayılı Tebliğ'e göre teşebbüsler lehine bir hukuki durum ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede bildirim zorunluluğunun doğup doğmadığının belirlenmesinde 2010/4 sayılı Tebliğ dikkate alınmıştır. Devre konu Yeni Mağazacılık A.Ş.'nin 2008 yılı cirosu TL, olarak gerçekleşmiştir. Diğer yandan, devralan teşebbüs bir ekonomik gurubun içinde yer almaktaysa bu grubun tespit edilebilen toplam cirosu dikkate alınmalıdır. Asya Grubu'nun bünyesinde yer alan, aynı zamanda doğrudan Yeni Mağazacılık A.Ş.'de ortak konumunda bulunan Bank Asya'nın 2010/4 sayılı Tebliğ'in 9. maddesine göre belirlenen 2008 yılı cirosu 1.488.714.000 TL'dir.² Bu çerçevede, 2010/4 sayılı Tebliğ'in 7. maddesinin (a) bendinde düzenlenen eşiklerin aşıldığı anlaşılmaktadır.

260 Öte yandan, 2010/4 sayılı Tebliğ'in 7. maddesinin ikinci fıkrasında ise: *"Ortak girişimler hariç olmak üzere, bu maddenin birinci fıkrasında yer alan eşikler aşılsa dahi, her hangi bir etkilenen pazarın bulunmadığı işlemler için Kuruldan izin alınması gerekmez."* hükmü yer almaktadır. Etkilenen pazarların neler olduğu hususunda açıklamaya 2010/4 sayılı Tebliğ'e ekli bildirim formunun 5. numaralı başlığı altında yer verilmiştir. Buna göre bildirim konusu işlemde etkilenme ihtimali olan ve taraflardan iki veya daha fazlasının aynı ürün pazarında ticari faaliyette bulunduğu ya da taraflardan en az birinin bir diğerinin faaliyet gösterdiği herhangi bir ürün pazarının alt veya üst pazarında ticari faaliyette bulunduğu ilgili ürün pazarları etkilenen pazarları oluşturmaktadır.

270 İnceleme konusu işlemde Hızlı Tüketim Malları (HTM) Organize Perakende Sektörü bakımından üst pazar niteliğindeki tedarik pazarında faaliyette bulunan Landmark Supply Holding (LSH) farklı sektörlerde faaliyet gösteren 17 üretim ve hizmet firmasını bünyesinde barındıran bir tümleşik tedarik şirketi olup Yeni Mağazacılık A.Ş.'ye mal ve hizmet sağlamak amacı taşıdığı ve bu nedenle Yeni Mağazacılık A.Ş.'ile aynı anda³ devir konusu yapılarak kontrol değişikliğine uğradığı görülmektedir.⁴ Bu çerçevede, inceleme konusu devralma işlemi, LSH'de meydana gelen devralma işlemiyle bütünlük göstermektedir.

² http://www.bankasya.com.tr/pdf/faaliyet_raporlari/2008_turk_faal.pdf

³ Bank Asya'dan gelen savunma ekinde yer alan 2.7.2009 tarihli sözleşme

⁴ 3.7.2009 ve 17.7.2009 tarihli sermaye arttırmalarıyla Asya Grubu LSH'de %51 oranında paya sahip olmuştur.

- 280 Mevcut dosyada adı geçen firmaların Asya Grubu tarafından devralınmadan önce Zapsu Grubu bünyesinde yer aldıkları ve bu çerçevede birbirinden tamamen bağımsız firmalar olmadıkları anlaşıldığından 1997/1 sayılı Tebliğ uyarınca ortaya çıkmış bulunan bildirim yükümlülüğünün 2010/4 sayılı Tebliğ'in 7. maddesinin yürürlüğe girmesiyle ortadan kalktığı kanaatine varılmıştır.

I. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre;

- 290 Dosya konusu işleme ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 2010/4 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" kapsamında herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmadığına OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.

Rekabet Kurulu'nun 04.05.2011 Tarih ve 11-28/544-163 Sayılı Kararına

KARŞI OY GEREKÇESİ

Kurulumuz, Yeni Mağazacılık A.Ş.'nin %30 oranındaki hissesinin mevcut bazı hissedarlar tarafından devralınması işlemine ilişkin bildirim üzerine, Yeni Mağazacılık A.Ş.'nin %30 oranındaki hisselerinin mevcut hissedarlar tarafından devralınması işleminin 1997/1 sayılı Tebliğ hükümleri çerçevesinde izne tabi bir işlem olmadığına ancak devre konu teşebbüs üzerindeki kalıcı kontrol değişikliğinin 3.7.2009 tarihli işlemle gerçekleştiği dikkate alınarak söz konusu işlemin 4054 sayılı Kanun'un 11.maddesi uyarınca resen incelemeye alınmasına 27.10.2010 tarih ve 10-67/1424-540 sayı ile karar vermiştir. Söz konusu devralma işlemi nihai inceleme aşamasında iken, 07.10.2010 gün ve 27722 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 2010/4 sayılı tebliğ 01.01.2011 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiş ve bu tarih itibarıyla 1997/1 sayılı tebliği de yürürlükten kaldırmıştır.

2010/4 sayılı Tebliğ'in 7. maddesinin ikinci fıkrası ile "*Ortak girişimler hariç olmak üzere, bu maddenin birinci fıkrasında yer alan eşikler aşılsa dahi, herhangi bir etkilenen pazarın bulunmadığı işlemler için Kuruldan izin alınması gerekmez.*" hükmü getirilmiş, Kurulumuz da 1997/1 sayılı Tebliğ uyarınca ortaya çıkmış bulunan bildirim yükümlülüğünün 2010/4 sayılı Tebliğ'in 7.maddesinin yürürlüğe girmesiyle ortadan kalktığı kanaati ile bildirim konusu işlemin 4054 sayılı Kanun'un 7.maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 2010/4 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" kapsamında herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmadığına karar verdiğiinden, çoğunluğun aksine, aşağıda belirteceğim nedenlerle, 4054 Sayılı Yasa'nın 16.maddesinin 1(b) fıkrası delaletiyle, aynı maddenin 2.fıkrasına göre devralan

taraflar hakkında bildirim yükümlülüğü yerine getirilmemiş olması nedeniyle idari para cezası verilmesi gerektiği oyuyla karara katılmıyorum.

Karşı oyumuz, 1997/1 sayılı tebliğ ile bildirilme zorunluluğu bulunan bir birleşme ve devralma işleminin, daha sonra yürürlüğe giren 2010/4 sayılı tebliğ ile bu zorunluluğunun kalkması halinde, bu yeni durum lehe hüküm kabul edilerek 4054 sayılı Yasanın 16.maddesine göre ceza verilip, verilmeyeceği noktasından çıkmaktadır.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, 2/2. maddesinde; “İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz” hükmünü getirmiştir. Tabiatıyla, kanunilik ilkesi karşısında, yürütme erkinin düzenleyici işlemlerle suç ve ceza koyması mümkün değildir. Aksine bir düzenleme, kuvvetler ayırımı ilkesine aykırı düşer, çünkü kanun, yasama erkinin düzenleyici işlemidir. Yürütme erkinin işleri arasında kanun yapma işi yoktur. Kanun yapmak, yasama erkinin işidir. Yürütme yasanının yaptığı kanunları yürütür.

Ancak, toplum hayatı oldukça karmaşıktır. Kamu yönetimi, çoğu kez acil kararlar almayı gerektirir. Bu durum, ceza hukukunda, açık ceza normu (norma penale in bianco) denen normların kabulüne neden olmuş, idarenin düzenleyici işlemleri ile doldurulabileceği kabul edilmiş, böylece gereksinim karşılanmaya çalışılmıştır. Eksik ceza normundan farklı olarak, ceza normunu meydana getiren unsurlardan müeyyide kanun hükmünde belirtilmiş olmakta, ancak hükmün, yani uyulması gereken davranış kuralının, çerçevesi çizilerek, içerisi ileride idarenin düzenleyici işlemleriyle doldurulmak üzere boş bırakılmaktadır. Açık ceza normunda, norm koyan otoriteden normu dolduran otorite farklıdır. Anayasa Mahkemeleri, bu yolun anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Ceza Kanunumuz, gerekçede yer alan “İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç tanımının kapsamını belirleyemeyeceği” ibaresine rağmen, ceza hukuku düzeninde, idarenin düzenleyici işlemler ile açık ceza normlarını doldurulması yolunu kapamış değildir. Gerçekten, örnek olarak verirsek Ceza Kanununun 195.maddesinde “Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma” madde başlığı altında açık ceza normuna yer vermiştir. Bu madde, bulaşıcı hastalık halinde, “yetkili makamlarca alınan tedbirlere uyulmamasını” suç saymıştır. “Yetkili makamlarca alınan tedbirler” idarenin düzenleyici işleminden başka bir şey değildir. Bu demektir ki, Ceza Kanunumuz, ceza hukuku bağlamında, açık ceza normlarının varlığını ve bunların idarenin düzenleyici işlemleriyle doldurulması yolunu kabul etmiş durumdadır.

Yasa Koyucu 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile Açık Hukuk Normunu yasa ile açıkça tanımış ve anılan yasanın “Kanunilik Başlığı” altındaki 4.maddesinde; “Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun

kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir.

Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir.”hükmünü getirmiştir.

Açık hukuk normunu bu şekilde açıkladıktan sonra, açık hukuk normlarında idari düzenleme ile kişiler lehine gelen yeni hükümlerin eski olaylara uygulanıp uygulanmayacağı bir başka deyişle lehe hükmün uygulanmasının burada söz konusu olup olmayacağı tartışılması gerekir.

Açık hukuk normlarında, yasada hüküm altına alınan ceza hükmü aynen korunurken, bu hükmün kapsamına giren bir olumlu veya olumsuz fiiller, idarenin düzenleyici bir işlemi ile bu ceza hükmünün kapsamı dışarısına çıkarılmaktadır. Olayımızda, 1997/1 sayılı tebliğin yürürlükte olduğu tarihte yapılan devralma işlemi, işlemin niteliğine göre Kurumumuza bildirilmesi gerekirken, bildirilmemiş, ancak 2010/4 sayılı tebliğ ile işlemin niteliğine göre bildirim koşullarının değişmesinden dolayı bildirim zorunluluğu kalkmış bulunmaktadır. Bu durumda lehe hüküm ilkesi uygulanacak mı? Yoksa uygulanmayacak mı? Bizim bu soruya yanıtımız olumsuzdur. Çünkü, Bu durumda 4054 sayılı yasanın 16.maddesinde ki ceza hükmü halen yürürlükte olup, kaldırılmamıştır. Bir başka deyişle, 2010/4 sayılı tebliğ kapsamına girip de, bildirim zorunluluğu yerine getirilmeyen birleşme ve devralma işlemlerinde ceza verilmeye devam edecektir. Ceza hükmü kaldırılmadığına göre, 1997/1 sayılı tebliğin yürürlükte olduğu tarihte, bildirmeme işlemi ile kabahat oluşmuş olup, 2010/4 sayılı tebliğ ile oluşan bu kabahat ortadan kalkmayacağı gibi, lehe hüküm ilkesinin uygulanmasına olanak yoktur. Ancak, 16.maddedeki, birleşme ve devralma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde verilen cezaya ilişkin 16.maddedeki hüküm yeni bir yasa ile kaldırılıyorsa, o takdirde lehe hüküm ilkesi uygulanırdı.

Bu görüşümüzü doğrular nitelikte çeşitli Yargıtay Kararları bulunmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 15.10.1973 tarih ve E.1973/7, K.1973/634 sayılı kararında; *“Suç tarihinde mer’i olan tebliğ değişmiş ve bu kabil dövizlerin avans olarak değil, kesin olarak verilmesi kabul edilmiş ve böylece mahsup işlemine de lüzum kalmadığı ileri sürülmüş ise de, o tarihte bu tebliğ hükümlerine aykırılığı müeyyide altına alan kanun hükmünün değişmediği, sonuç olarak olayda TCK'nun 2. maddesinin uygulama yeri bulunmadığı, nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 6.7.1946 gün ve 157-158 sayılı kararının da bu görüşü doğruladığı anlaşılmaktadır. TCK'nun 2.maddesinde yazılı hüküm, kanunun değiştirilmesi veya kaldırılması esasına göre. Kanun yürürlükte iken hukuki telakki mer’i olduğundan tebliğe muhalefet suçtur, tebliğin kaldırılması suçu kaldırmaz.”* şeklindedir.

Yine, Yargıtay Ceza Genel Kurulu 05.12.1994 tarih ve E.1994/9-304, K.1994/3219 sayılı kararında; *Maliye ve Gümrük Bakanlığınca çıkarılan 36 nolu tebliğ uyarınca, 12.3.1992 tarihinde oto komisyonculuğu faaliyetine başlayan sanığın 11.4.1992 tarihinden itibaren ödeme kaydedici cihaz kullanma yükümlülüğü bulunduğu halde, bu yükümlülüğü yerine getiremediğinden 3100 Sayılı Yasanın mükerrer 8 inci maddesi yollamasıyla 213 Sayılı Yasanın 360'ıncı maddesindeki suç oluşmuştur. Oto komisyoncusu olan sanığın sonradan ödeme kaydedici cihaz kullanma yükümlülüğünü ortadan kaldıran, Maliye ve Gümrük Bakanlığınca yayımlanarak yürürlüğe giren 43 nolu tebliğ, oluşmuş bu suçu ortadan kaldıramaz. Zira, olayda TCY.nın 2'nci maddesinin uygulanma yeri bulunmamaktadır. TCY.nın 2'nci maddesi ancak Yasanın değiştirilmesi veya kaldırılması halinde uygulama alanı bulabilir. Buradaki suç, 3100 Sayılı Yasanın mükerrer 8'inci maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Maliye ve Gümrük Bakanlığınının 36 no 'lu tebliği ile de oluşan suçun kaldırılması söz konusu değildir. Maliye ve Gümrük Bakanlığınının Yasaya dayanarak çıkarmış bulunduğu 36 nolu tebliğe aykırı davranılmakla 3100 Sayılı Yasanın mükerrer 8'inci maddesinde tanımı yapılan suç olduğundan ve sonradan çıkarılan tebliğin bu yasa maddesini değiştirdiği veya kaldırdığı söylenemeyeceğinden, olayda TCY.nın 2'nci maddesinin uygulanma yeri bulunmamaktadır.*denmektedir.

Bu konuya ilişkin emsal bir kararda Yargıtay 9.Ceza Dairesine aittir. Adı geçen daire 31.10.1994 gün ve E.1004/5938 , K.1994/7447 sayılı kararında;

“Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 15.10.1973, 1.10.1984 gün ve 634, 290 sayılı kararlarında da belirtildiği gibi suça vücut veren yasa hükmü değişmedikçe sonradan çıkarılan ve kanun hükmünde olmayan tebliğin önceden oluşmuş bulunan suça etkilemeyeceği ve TCK'nun 2.maddesinin uygulanamayacağı gözetilmeden yazılı gerekçelerle kamu davasının ortadan kaldırılmasına karar verilmesi,” şeklindedir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, 1997/1 sayılı tebliğin yürürlükte olduğu tarihte yapılan devralma işlemi, işlemin niteliğine göre Kurumumuza bildirilmesi gerekirken, bildirilmediğinden devralan taraf hakkında Kurulumuzca 4054 sayılı Yasanın 16.maddesine göre idari para cezası verilmesi gerektiği, 2010/4 sayılı tebliğ ile işlemin niteliğine göre bildirim koşullarının değişmesinden dolayı bildirim zorunluluğu kalkmasına rağmen, bu tebliğ ile gelen hükmün, bildirimde bulunmama yolundaki kabahati ortadan kaldırmayacağı düşüncesiyle aksi yöndeki Kurulumuz kararına katılmıyorum.

Reşit GÜRPINAR

Kurul Üyesi