

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2022-5-013
Karar Sayısı : 22-49/722-302
Karar Tarihi : 27.10.2022

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Birol KÜLE
Üyeler : Ahmet ALGAN (İkinci Başkan), Şükran KODALAK,
Hasan Hüseyin ÜNLÜ, Ayşe ERGEZEN,
Cengiz ÇOLAK, Berat UZUN

B. RAPORTÖRLER : Çiğdem KIR ŞAHİNER, Asena YAMAN

C. BAŞVURUDA

BULUNAN : - Concord Resources Limited
Temsilcileri: Av. M. Togan TURAN, Av. Büşra AKTÜRE
Av. İrem UYSAL
Orjin Maslak Eski Büyükdere Cad. No:27 K:11 34485
Maslak/İstanbul

- (1) **D. DOSYA KONUSU: Slim Fusina Rolling S.R.L. ile Concord Resources Holding Limited ve Niche European Holdings LLC tarafından ortak kontrol edilen Niche Fusina Rolled Products S.R.L.'nin birleşmesi işlemi kapsamında alınan Rekabet Kurulunun 17.03.2022 tarih ve 22-13/205-88 sayılı kararının yeniden değerlendirilmesi talebi.**
- (2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurumu (Kurum) kayıtlarına 29.09.2022 tarih ve 31630 sayı ile giren başvuru üzerine düzenlenen 18.10.2022 tarih ve 2022-5-013/BN-01 sayılı Bilgi Notu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (3) **F. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili Bilgi Notunda; Slim Fusina Rolling S.R.L. ile Concord Resources Holding Limited ve Niche European Holdings LLC tarafından ortak kontrol edilen Niche Fusina Rolled Products S.R.L.'nin birleşmesi işlemi kapsamında alınan Rekabet Kurulunun 17.03.2022 tarih ve 22-13/205-88 sayılı kararının değiştirilmesine veya yeni bir işlem yapılmasına yer olmadığı kanaat ve sonucuna ulaşıldığı ifade edilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

- (4) Kurum kayıtlarına 22.02.2022 tarih ve 25627 sayı ile intikal eden başvuruda, Slim Fusina Rolling S.R.L (SLIM FUSINA) ile Concord Resources Holding Limited (CRHL) ve Niche European Holdings LLC (NICHE) tarafından ortak kontrol edilen Niche Fusina Rolled Products S.R.L'nin (NFRP) birleşmesi işlemine 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (4054 sayılı Kanun) ve 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ (2010/4 sayılı Tebliğ) kapsamında izin verilmesi talep edilmiş, bu kapsamda hazırlanan 11.03.2022 tarihli ve 2022-5-013 sayılı Ön İnceleme Raporu 17.03.2022 tarihinde Rekabet Kurulu (Kurul) tarafından görüşülerek 22-13/205-88 sayılı Kurul kararı ile SLIM FUSINA ile CRHL ve NICHE tarafından ortak kontrol edilen NFRP'nin birleşmesi işlemine izin verilmiştir. Gerekçeli karar 04.08.2022 tarihinde teşebbüse tebliğ edilmiştir.

- (5) Concord Resources Limited¹ (CONCORD) tarafından yapılan başvuruda özetle;
- Bildirime konu yoğunlaşma işleminin taraflarca SLIM FUSINA mülkiyeti altındaki iş biriminin ortak kontrolünün CRHL ve NICHE tarafından devralınması olarak tanımlandığı, ayrıca Bildirim Formunda işlemin CRHL ve NICHE'nin ortak kontrol ettiği özel amaçlı şirket (*special purpose vehicle*) olan NFRP aracılığıyla gerçekleştirileceğinin belirtildiği, bununla birlikte gerekçeli kararda işlemin SLIM FUSINA ile NFRP'nin birleşmesi işlemi olarak tanımlandığı,
 - NFRP işlemin gerçekleştirilmesi amacıyla kurulan özel amaçlı bir şirket olduğundan ilgili teşebbüslerden biri olarak kabul edilmemesi gerektiği, Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz'un 18. maddesinde de yer aldığı üzere "*Ortak girişim şirketinin ana şirketler tarafından gerçekleştirilen bir devralmada yalnızca araç olarak kullanıldığı durumlarda, örneğin ortak girişim şirketinin yalnızca devralma işlemi için kurulduğu, tam işlevsel nitelikte olmadığı ve henüz herhangi bir faaliyeti bulunmadığı durumlarda, ortak girişim şirketi yerine ana şirketlerin ilgili teşebbüs olarak kabul edileceğini*" açıklamasına rağmen gerekçeli kararda işlem kapsamındaki ortak girişimin (NFRP) ilgili teşebbüs olarak değerlendirildiği,
 - Bildirim Formunda da ifade edildiği üzere NFRP'nin yalnızca söz konusu işlemi gerçekleştirmek amacıyla kurulduğu, önceki yıllarda herhangi bir ciro elde etmediği ve herhangi bir ticari faaliyeti bulunmadığı,
 - Bu doğrultuda, işlem kapsamındaki ilgili teşebbüslerin NFRP'nin ana teşebbüsleri olan CRHL ve NICHE olduğu, sonuç itibarıyla CRHL ve NICHE'nin SLIM FUSINA'nın ortak kontrolünü NFRP aracılığıyla devraldığı, nitekim işlem kapanışı sırasında, NFRP'nin işlemin gerçekleştirilmesi bakımından yalnızca bir araç olarak kullanıldığı ve bu nedenle işlemin doğrudan veya nihai tarafı olarak değerlendirilmemesi gerektiği

ifade edilerek yukarıda yer verilen gerekçeler kapsamında Kurulun 17.03.2022 tarih ve 22-13/205-88 sayılı kararının yeniden değerlendirilerek ilgili teşebbüsler olan CRHL ve NICHE'nin SLIM FUSINA üzerinde ortak kontrolü devraldığı işlemin bir birleşme değil, devralma işlemi olarak değerlendirilmesi ve ayrıca gerekçeli kararın düzeltilmiş versiyonunun Kurumun internet sitesinde yayınlanması talep edilmektedir.

- (6) İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) "*Üst makamlara başvurma*" başlıklı 11. maddesinin birinci fıkrası, "*İlgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir.*" hükmünü amirdir. Bu bakımdan Kurulun almış olduğu karara karşı CONCORD adına vekili tarafından yapılan başvuruda her ne kadar bahsi geçen madde hükmüne atıfta bulunulmasa da başvuruya konu yeniden değerlendirme talebi İYUK'un 11. maddesine göre değerlendirilecektir.
- (7) Söz konusu madde uyarınca, ilgililerin yeniden değerlendirme talebinde bulunabilmeleri için talebin süresi içerisinde yapılıp yapılmadığına bakılması gerekmektedir. Buna göre İYUK'un 7. maddesinde, "*Dava açma süresi, özel*

¹ CONCORD'un hisselerinin %(.....) CRHL'e aittir.

kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştayda ve idare mahkemelerinde altmış ve vergi mahkemelerinde otuz gündür. Bu süreler; a) İdari uyuşmazlıklarda; yazılı bildirim yapıldığı, b) Vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezalarından doğan uyuşmazlıklarda: Tahakkuku tahsile bağlı olan vergilerde tahsilatın; tebliğ yapılan hallerde veya tebliğ yerine geçen işlemlerde tebliğin; tevkif yoluyla alınan vergilerde istihkak sahiplerine ödemenin; tescile bağlı vergilerde tescilin yapıldığı ve idarenin dava açması gereken konularda ise ilgili merci veya komisyon kararının idareye geldiği; Tarihi izleyen günden başlar.(...)” hükmü yer almakta ve söz konusu madde hükmü uyarınca, ilgililerin kararın yeniden değerlendirilmesine yönelik taleplerini bildirmeleri için kararın tebliğinden itibaren 60 günlük süre tanınmaktadır. Yeniden değerlendirilmesi talep edilen karar 17.03.2022 tarihinde verilmiş olup, gerekçeli karar 04.08.2022 tarihinde CRHL tarafından tebellüğ edilmiştir. Teşebbüsün yeniden değerlendirme talebinin 29.09.2022 tarihinde yapıldığı dikkate alındığında Kuruma yapılan başvurunun süresi içinde olduğu görülmektedir.

- (8) CONCORD vekili tarafından yapılan başvuruda SLIM FUSINA ile CRHL ve NICHE tarafından ortak kontrol edilen NFRP'nin birleşmesi işlemi kapsamında alınan Kurul kararının ilgili teşebbüsler olan CRHL ve NICHE'nin SLIM FUSINA üzerinde ortak kontrolü devraldığı bir devralma işlemi olarak yeniden değerlendirilmesi talep edilmektedir.
- (9) Bu kapsamda başvuruya konu gerekçeli karar kapsamında incelenen yoğunlaşma işleminin hukuki niteliği incelenmelidir. Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz'un (Kontrol Kılavuzu) "İki Ya Da Daha Fazla Teşebbüsün Birleşmesi" başlığı altında birleşmeye ilişkin şu hususlara yer verilmektedir: "Kanun'un 7. maddesi kapsamında bir birleşme, iki veya daha fazla bağımsız teşebbüsün hukuki kişiliklerine son vererek yeni bir teşebbüse dönüşecek şekilde bir araya gelmeleri durumunda ortaya çıkmaktadır. Kanun kapsamında bir birleşme, bir teşebbüsün bütünüyle başka bir teşebbüsün bünyesine dâhil edilmesi halinde de görülebilecek olup, bu durumda teşebbüslerden birinin hukuki kişiliği sona ererken, diğerinin hukuki kişiliği korunmaktadır." Ayrıca "Hukuken tek bir tüzel kişiliğe dönüşecek şekilde bir araya gelmemiş olmakla beraber, daha önce bağımsız olan teşebbüslerin faaliyetlerinin bir araya getirilmesinin tek bir ekonomik bütünlük yaratılmasıyla sonuçlandığı durumlarda da Kanun'un 7. maddesi kapsamında bir birleşmeden söz edilecektir. Bu durum örneğin, iki veya daha fazla teşebbüsün hukuki kişiliklerini korumakla birlikte, sözleşme yoluyla ortak bir yönetim oluşturmaları durumunda ortaya çıkabilecektir. Bir başka ifadeyle ilgili teşebbüslerin tek bir ekonomik bütünlük bünyesinde fiilen bir araya gelmelerine yol açan bir işlem de Kanun kapsamında birleşme olarak kabul edilmektedir. Böyle bir fiili birleşmenin tespit edilebilmesinde ön şart kalıcı, tek bir iktisadi yönetimin varlığıdır."
- (10) Kontrol Kılavuzu'nun "Kontrolün Devralınması" başlığı altında ise devralma ve kontrol kavramına ilişkin olarak "Tebliğ'in 5. maddesinde 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 hâlihazırda en az bir teşebbüsü kontrol eden bir ya da daha fazla kişi tarafından devralınması Kanun'un 7. maddesi kapsamında devralma sayılmaktadır. Tebliğ'in 5. maddesinin 2. fıkrasında kontrolün ne şekilde ortaya çıkabileceği ve kim tarafından elde edilebileceği düzenlenmektedir. Tebliğ bakımından kontrol ayrı ayrı ya

da birlikte, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla meydana getirilebilir. Tebliğ'e göre kontrol sağlayan 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. Bunun yanı sıra 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." ifadelerine yer verilmektedir.

- (11) Bu kapsamda başvuruya konu yoğunlaşma işleminin niteliğinin birleşme mi yoksa devralma mı olduğunun ortaya konması gerekmektedir. Bildirime konu işlem öncesinde Slim Aluminium S.p.A. tarafından kontrol edilen SLIM FUSINA, İtalya'da bulunan ofisi aracılığıyla (i) ham madde satın alma ve ithal etme, (ii) alüminyum eritme ve tekrar eritme (re-melting), (iii) alüminyum işleme ve (iv) yarı mamul veya bitmiş alüminyum ürünlerinin satışını yapma alanlarında faaliyet göstermektedir. Alüminyum ürünlerini, temel olarak gemi inşa endüstrisi ve ticari taşımacılık ve inşaat sektörlerine tedarik etmektedir. SLIM FUSINA, Türkiye'de sadece yarı mamul alüminyum ürünlerin, yani yassı haddelenmiş alüminyum ürünlerin satışında faaliyet göstermekte olup Türkiye'de herhangi bir üretim faaliyetinde bulunmamaktadır.
- (12) Bildirim Formunda da belirtildiği haliyle işlem, Venedik Mahkemesi'nin yetersiz nakit akışı nedeniyle SLIM FUSINA'nın iş birimine yönelik yürüttüğü iflas süreci kapsamında gerçekleşmektedir. Bildirim Formu'nda yer alan bilgilere göre bildirilen işlem kapsamında SLIM FUSINA'nın hâlihazırda mülkiyetinde bulunan tüm varlıklar, hukuki ilişkiler ve yükümlülükler NFRP'ye aktarılacak olup işlemin tamamlanmasının ardından SLIM FUSINA ticari faaliyetlerine devam etmeyecek ve hukuki varlığını sona erdirecektir. Bahse konu hususu doğrulamak adına tarafa gönderilen bilgi belge talebi yazısında bildirim konu işlem sonrasında SLIM FUSINA'nın bütünüyle NFRP'ye dahil olup olmayacağı, işlem sonrası SLIM FUSINA'nın hukuki kişiliğini sürdürüp sürdürmeyeceği ve ticari faaliyetlerde bulunup bulunmayacağı sorusuna yer verilmiştir. İlgili soruya taraf "*Hedef (söz konusu iş birimi), Slim Fusina'nın tüm varlıkları, hukuki ilişkileri ve yükümlülüklerinden oluşmaktadır. Diğer bir deyişle, Slim Fusina'nın Hedef harici başka bir işkolu bulunmamaktadır. Bu nedenle Slim Fusina'nın hâlihazırda mülkiyetinde bulunan tüm varlıklar, hukuki ilişkiler ve yükümlülükler NFRP'ye aktarılacaktır. Planlanan İşlem'in akabinde, Slim Fusina'nın tüm varlıkları ve hukuki ilişkileri (bir diğer ifade ile, Hedef), NFRP tarafından devralınmış olacağı için, Slim Fusina, ticari faaliyetlerine devam etmeyecektir. Ek olarak, iflas ve konkordato sürecinde (ve bu süreçlerin onaylanması akabinde), Slim Fusina, Planlanan İşlem'in bedelini alacaklılarına ödeme yapmak için kullanacaktır ve bu borçların ödenmesini takiben, Slim Fusina, Ticaret Sicil kayıtlarından terkin edilecek ve hukuki varlığı sona erecektir.*" şeklinde yanıt vermiştir.
- (13) SLIM FUSINA'nın tüm varlıklarının aktarılacağı NFRP, Concord Resources Europe B.V. (CREBV) aracılığıyla CRHL'nin ve New Day Aluminium Holdings Europe BV (NEW DAY) aracılığıyla NICHE'nin ortak kontrolündedir. NFRP, 2020 ve 2021 yıllarında ciro elde etmemiştir. İşlemin NFRP aracılığıyla ve Agenzia nazionale per

l'attrazione degli investimenti e lo viluppo d'impresa S.p.A (INVITALIA)² katılımıyla gerçekleştirileceği belirtilerek NFRP tarafından Satın Alım Sözleşmesi; NEW DAY, CREBV ve INVITALIA tarafından Pay Sahipleri Sözleşmesi ve bir Yatırım Sözleşmesi imzalanacağı ifade edilmiştir. Böylelikle işlemin gerçekleşmesinin ardından SLIM FUSINA'nın mülkiyetinde bulunan tüm varlıkların, NFRP'ye geçeceği ve NFRP'nin, birleşik teşebbüs olarak pazarda faaliyet göstereceği ve NFRP'nin de CREBV aracılığıyla CRHL ve NEW DAY aracılığıyla NICHE tarafından nihai olarak kontrol edileceği belirtilmiştir.

- (14) Bu açıdan değerlendirildiğinde SLIM FUSINA'nın işlem sonrasında ticari ve hukuki varlığı sona ereceği, SLIM FUSINA'nın tüm varlıkları ile hukuki ilişkilerinin NFRP'ye geçerek SLIM FUSINA ve NFRP'nin, NFRP çatısı altında birleşerek sevk ve idarelerini NFRP nezdinde yürüteceği ve birleşen şirketin faaliyetlerini tek bir tüzel kişilik altında sürdüreceği göz önüne alındığında Kontrol Kılavuzu'nun *"İki Ya Da Daha Fazla Teşebbüsün Birleşmesi"* başlığı altındaki *"Kanun kapsamında bir birleşme, bir teşebbüsün bütünüyle başka bir teşebbüsün bünyesine dâhil edilmesi halinde de görülebilecek olup, bu durumda teşebbüslerden birinin hukuki kişiliği sona ererken, diğerinin hukuki kişiliği korunmaktadır."* ifadelerinden de anlaşılacağı üzere işlemin birleşme niteliğine haiz olduğu anlaşılmaktadır.
- (15) İlâveten, işlem sonrasında oluşacak yapıya ilişkin Bildirim Formunun *Tam İşlevsellik* başlığı altında;

"Kendi kaynakları olması: NFRP, bağımsız bir şirket olarak varlıkları, çalışanları, geliri, sistemleri ve ayrı bir yönetim kurulu da dahil olmak üzere kendi kaynaklarına sahiptir ve bunlara sahip olmaya devam edecektir;

Pazardaki konumu: NFRP, kendi tedarikçileri ve müşterileri ile dış pazarda aktif konumdadır ve ana şirketleri için yalnızca belirli bir işlevi yerine getirmeyecektir;

Kalıcılık: NFRP'nin pazardaki faaliyetleri belli bir süre için sınırlı olmayıp pazarda kalıcı olarak faaliyet göstermektedir."

ifadelerine yer verilerek işlem sonrası NFRP'nin tam işlevsel bir ortak girişim olacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla Bildirim Formunda yer alan ifadelerden NFRP'nin yalnızca işlemi gerçekleştirmek için araç olarak kurulan bir teşebbüs olmadığı, SLIM FUSINA'nın mülkiyetinde bulunan tüm varlıkların NFRP'ye geçmesiyle NFRP'nin, birleşik teşebbüs olarak pazarda faaliyet göstereceği anlaşılmaktadır. 2010/4 sayılı Tebliğ'de ilgili teşebbüs *"Birleşme işlemlerinde birleşen, devralma işlemlerinde devralan veya devre konu kişi ya da ekonomik birimleri"* olarak tanımlanmaktadır. Bahse konu yoğunlaşma işlemi kapsamında SLIM FUSINA'nın tüm varlık ve hukuki ilişkilerinin NFRP'ye geçerek NFRP'nin işlem sonrası tam işlevsel bir ortak girişim olması dolayısıyla NFRP ilgili teşebbüs olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle CONCORD vekili tarafından yapılan gerekçeli karara itiraz başvurusunda dile getirilen NFRP'nin işlemin gerçekleştirilmesi amacıyla kurulan özel amaçlı bir şirket olduğundan ilgili teşebbüslerden biri olarak kabul edilmemesi gerektiği, NFRP'nin birleşme taraflarından biri olarak da değerlendirilemeyeceği, Kontrol Kılavuzu'nun 18. maddesinde yer alan

² INVITALIA, finansal zorluk içinde olan şirketlerin kurtarılması amacıyla devlet elinde bulunan fondaki kaynakları kullanan bir devlet kurumudur. İşlem kapsamında, SLIM FUSINA'nın yeniden yapılanmasında rol oynayacaktır. İşlemin ardından birleşen teşebbüs üzerinde kontrol sahibi olmayacaktır.

açıklamalara rağmen gerekçeli kararda işlem kapsamındaki ortak girişimin ilgili teşebbüs olarak değerlendirildiği ifadeleri ile Bildirim Formunda NFRP'nin tam işlevsel bir ortak girişim olacağı beyanları birbiri ile tutarlılık arz etmediğinden söz konusu itirazın kabul edilebilir olmadığı değerlendirilmiştir.

- (16) Bu itibarla, bahse konu başvuruda SLIM FUSINA ile CRHL ve NICHE tarafından ortak kontrol edilen NFRP'nin birleşmesi işlemi kapsamında alınan kararın, ilgili teşebbüsler olan CRHL ve NICHE'nin SLIM FUSINA üzerinde ortak kontrolü devraldığı bir devralma işlemi olarak değerlendirilemeyeceği ve bu nedenle de söz konusu kararın değiştirilmesine ve/veya yeni bir işlem yapılmasına yer olmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

H. SONUÇ

- (17) Yapılan yeniden değerlendirme sonucunda; İYUK'un 11. maddesi kapsamında 17.03.2022 tarihli ve 22-13/205-88 sayılı Kurul kararının kaldırılmasına, geri alınmasına, değiştirilmesine veya yeni bir işlem yapılmasına yer olmadığına gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere, OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.