

Rekabet Kurumu Başkanlığından;

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2014-1-47 (Ortak Girişim)
Karar Sayısı : 14-22/422-186
Karar Tarihi : 25.06.2014

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Üyeler : Kenan TÜRK, Dr. Murat ÇETİNKAYA, Reşit GÜRPINAR,
Fevzi ÖZKAN, Dr. Metin ARSLAN, Doç. Dr. Tahir SARAÇ

B. RAPORTÖRLER : Meltem BAĞIŞ AKKAYA, Emre GÜLER, İbrahim KUŞÇU

C. İLGİLİ

TARAFLAR

: - Ali Murat ERSOY
Şenlikköy Mah. Yeşilköy Cad. No: 9/A Florya Bakırköy/İstanbul
- Hazim SESLİ
- Mehmet SESLİ
- Abdülkadir SESLİ
General Ali Rıza Gürcan Cad. Merter İş Merkezi Kat: 5
Daire: 36 Merter Güngören/İstanbul

(1) **D. DOSYA KONUSU: Ali Murat Ersoy ve Hazim Sesli, Mehmet Sesli, Abdülkadir Sesli tarafından Anayurt Kömür Madencilik Sanayi ve Ticaret A.Ş. unvanlı ortak girişim kurulması işlemine ilişkin Bilgi Notu.**

(2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 9.5.2014 tarih ve 2573 sayı ile giren ve eksiklikleri en son 13.6.2014 tarihinde tamamlanan bildirim üzerine düzenlenen 18.6.2014 tarih ve 2014-1-47/BN sayılı Bilgi Notu görüşülerek karara bağlanmıştır.

(3) **F. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda;

- Ali Murat Ersoy ve Hazim Sesli, Mehmet Sesli, Abdülkadir Sesli tarafından kurulan Anayurt Kömür Madencilik Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Anayurt)'nin kuruluş işleminin, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (Kanun)'un 7. maddesi ve 2010/4 sayılı "Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" (Tebliğ) kapsamında Rekabet Kurulunun iznine tabi bir devralma işlemi olduğu ve işleme izin verilmesinde sakınca bulunmadığı,

- Bununla birlikte işlem Rekabet Kurulundan izin alınmaksızın gerçekleştirildiğinden Kanununun 11. maddesinin (a) bendi ve aynı Kanununun 16. maddesi uyarınca devralan taraf olan Ali Murat Ersoy ve Hazim Sesli, Mehmet Sesli, Abdülkadir Sesli'ye idari para cezası verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

(4) Rekabet Kurulu'nun 25.6.2014 tarih ve 14-22/421-185 sayılı kararında Anayurt'un %33,3 oranında hissesinin Mahmut Can Çalık tarafından devralınması işlemi değerlendirilmiş ve söz konusu işleme izin verilmesine karar verilmiştir. Ancak dosya kapsamında yapılan incelemede Anayurt'un kurulması işleminin Rekabet Kuruluna bildirilmediği tespit edilmiştir.

- (5) Tebliğ'in 5. maddesinin 3. fıkrasına göre *"Bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişimin oluşturulması, bu maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında bir devralma işlemidir. Bu tür işlemlerde, işlem taraflarının her biri devralan olarak kabul edilir."*
- (6) Bu çerçevede Anayurt'un kurulması işleminin Tebliğ kapsamında bir devralma sayılabilmesi için "şirket üzerinde ortak kontrolün bulunması" ve "ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlık" olması gerekmektedir. Dosya mevcudu bilgilere göre Ali Murat Ersoy ve Sesli Ailesi Anayurt'un %50'şer hissesine sahiptir. Hazim Sesli Yönetim Kurulu Başkanı, Ali Murat Ersoy Yönetim Kurulu Başkan Vekilidir. Anayurt'un Ana Sözleşmesi'ne göre yönetim kurulu 2 üyeden oluşmakta, 2 üyenin katılımı ile toplanmakta ve yine en az 2 üyenin olumlu oyu ile karar alınmaktadır. Bu hükümler ve dosya mevcudu bilgileri çerçevesinde Anayurt'un Ali Murat Ersoy ve Sesli Ailesi tarafından ortak kontrol edildiği anlaşılmaktadır.
- (7) Anayurt yer altı ve yer üstü madenciliği yapmak, maden arama ve işletme ruhsatı almak ve her türlü maden işletmeciliği faaliyetinde bulunmak üzere ve süresiz olarak kurulmuştur. 5.9.2013 tarihinde kurulan ve kurulduğu tarihten bu yana proje analiz ve sondaj çalışmaları yapan Anayurt'un pazarda kalıcı olarak faaliyet göstermek üzere kurulduğu ve bağımsız bir iktisadi varlık niteliğini de taşıdığı kanaatine ulaşılmıştır.
- (8) Tebliğ'in 7. maddesinin 1. fıkrasında yer alan eşiklerin aşılması nedeniyle söz konusu işlemin Rekabet Kurulunun iznine tabi olduğu anlaşılmaktadır.
- (9) İşlem taraflarının Anayurt'un kurulmasından önce kömür madeni üretimi ve işletmeciliği pazarında faaliyeti bulunmaması nedeni ile işlem bir pazar payı artışına sebep olmamıştır. Bu çerçevede dosya konusu işleme izin verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.
- (10) Bununla birlikte işlemin Rekabet Kurulunun izni olmaksızın gerçekleştirilmesi hususu Kanun'un 11. maddesi hükmü çerçevesinde değerlendirilmelidir. Söz konusu maddenin (a) bendine göre (Kurul) *"Birleşme veya devralmanın 7. maddenin birinci fıkrası kapsamına girmediğine karar vermesi durumunda birleşme veya devralmaya izin verir, ancak ilgililere bildirimde bulunmadıkları için para cezası uygular."*
- (11) Dosya kapsamında Anayurt tarafından teşebbüsün kurulmasının nihai amacının sahip olduğu maden ruhsatları ve işletme izinleri nedeniyle Başkent Gölbaşı Maden Enerji Kömür Elektrik Üretim ve Sanayi Ticaret Ltd. Şti.(Gölbaşı)'nin devralınması olduğu ifade edilerek, söz konusu işlemin Tebliğ'in 8. maddesinin 5. fıkrası kapsamında değerlendirilmesi talep edilmiştir. Anılan fıkraya göre *"İki yıllık dönem içinde aynı kişiler ya da taraflar arasında gerçekleştirilen iki ya da daha fazla işlem, bu Tebliğin 7. maddesinde yer alan ciroların hesaplanması bakımından tek bir işlem olarak değerlendirilir."*
- (12) Ancak yukarıda yer verilen ve Rekabet Kurulu'nun 25.6.2014 tarih ve 14-22/421-185 sayılı kararı ile izin verilen (Gölbaşı'nın devralınması işlemi bakımından ise bildirim tabi olmadığı tespit edilen) işlem ile dosya konusu işlemin tarafları farklıdır. Dosya konusu işlemin tarafları Ali Murat Ersoy ve Sesli Ailesi iken, anılan karar ile izin verilen işlemde taraflar Ali Murat Ersoy, Sesli Ailesi ve Mahmut Can Çalık'dır. Gölbaşı'nın devralınması işleminde ise devreden taraf Borusan Holding A.Ş. ve Borusan Danışmanlık ve Ortak Hizmetler A.Ş., devralan ise Anayurt'dur.

- (13) İşlem tarafları ayrıca Tebliğ'in 5. maddesinin 4. fıkrası hükmüne atıf yaparak, dosya konusu işlemin bu kapsamda değerlendirilmesini talep etmektedir. Söz konusu fıkra göre *"Şartla bağlanan ya da kısa zaman dilimi içerisinde menkul kıymetlerle seri bir şekilde gerçekleşen yakın ilişkili işlemler, bu madde kapsamında tek bir işlem olarak kabul edilir."* Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz(Kılavuz)'un "Birbiriyle İlişkili İşlemler" başlıklı bölümünde Tebliğ'in anılan hükmü şu şekilde açıklanmaktadır:

- İşlemlerin birbirine bağlı olması, işlemlerin temelini oluşturan gerekçe ve tarafların ekonomik amacı dikkate alındığında, söz konusu işlemlerin, biri olmadan diğeri gerçekleşemeyecek şekilde birbirine bağlı olması anlamına gelmektedir. Nitekim bu işlemler pazar yapısını birlikte değiştirmektedir. Diğer yandan farklı işlemler birbirine bağlı değilse ve taraflar diğer işlemler yapılmadan bir işleme devam edecekse Tebliğ'e göre bu işlemler birbirlerinden ayrı değerlendirilecektir.

- Farklı işlemler koşulla birbirine bağlı olsa bile, işlemlerin tamamının tek bir yoğunlaşma olarak ele alınabilmesi için kontrolün aynı teşebbüs(ler) tarafından devralınması gerekmektedir.

- Şartlı olma gerekliliği işlemlerin her birinin diğerleri olmadan gerçekleşmemesi ve dolayısıyla tek bir işlem oluşturması anlamına gelmektedir. Bu durum genellikle işlemlerin hukuken ve karşılıklı olarak birbirine bağlı olması durumunda görülür. Bununla birlikte, yeterli düzeyde gösterilebilmesi kaydıyla, fiili karşılıklı koşulluluk da işlemin tek bir yoğunlaşma olarak ele alınması için yeterli olabilir. Bunun için her bir işlemin gerçekleşmesinin mutlaka diğerlerinin de gerçekleşmesine bağlı olup olmadığının ekonomik açıdan değerlendirilmesi gerekir. Tarafların kendi beyanları ya da ilgili anlaşmaların aynı anda yapılması farklı işlemlerin birbirine bağlı olduğunun göstergesi olabilir. Aynı anda yapılmadığı zaman farklı işlemler arasında fiili karşılıklı koşulluluk olduğu kararına varmak zordur. Aralarında hukuki karşılıklı koşulluluk olan işlemlerin aynı anda yapılmaması da bu işlemlerin gerçekten birbirlerine bağlı olup olmadığı konusunda şüphe uyandıracaktır.

- (14) Dosya konusu işlem ile Rekabet Kurulu'nun 25.6.2014 tarih ve 14-22/421-185 sayılı kararına konu olan işlemin *"biri olmadan diğeri gerçekleşemeyecek şekilde birbirine bağlı"* nitelik taşımadığı ve söz konusu iki işlemin *"hukuken ve karşılıklı olarak birbirine bağlı"* olmadığı anlaşılmaktadır. Anayurt'un kurulması işlemi ve Gölbaşı'nın devralınması işlemleri arasında herhangi bir hukuki karşılıklılık bulunmadığı gibi Anayurt'un kuruluş işlemi 5.9.2013 tarihinde gerçekleşmiş iken, Gölbaşı'nın devralınmasına ilişkin sözleşme 25.4.2014 tarihinde imzalanmıştır. Kurul'un hukuki karşılıklılık olduğu gerekçesi ile iki farklı işlemi tek bir işlem olarak değerlendirdiği 31.05.2012 tarih ve 12-29/849-249 sayılı kararında söz konusu iki işlemin eş zamanlı gerçekleştiği görülmektedir.

- (15) Öte yandan söz konusu iki işlem arasında fiili bir karşılıklılık da bulunmamaktadır. Zira Anayurt kurulduğu tarihten bu yana fiilen faaliyet göstermektedir. Nitekim bildirim formunda da *"Ortak girişimlerin tam işlevsel olarak değerlendirilmesi için bağımsız bir iktisadi varlık olarak faaliyet göstermesi gerekmektedir. Hisse devri, halihazırda sınırlı da olsa piyasada faaliyet gösteren Anayurt'a bir ortak girmesi amacıyla yapılmaktadır."* ifadeleri yer almaktadır.

- (16) Dosya kapsamında işlem tarafları Anayurt'un kurulduğu tarihten itibaren hiçbir ticari faaliyette bulunmadığını, şirket harcaması olarak görünen miktarın ise Gölbaşı projesi için analiz şirketine yapılan ödeme ve Gölbaşı'nın ruhsat sahibi olduğu bölgede kömürün varlığına ilişkin olarak yapılan teyit sondajı harcamalarına ilişkin olduğunu ifade etmişlerdir. Bu noktada Anayurt'un halihazırda cirosunun bulunmaması ve pazarda herhangi bir payı olmaması hususlarının teşebbüsün bağımsız bir iktisadi varlık olma durumunu değiştirmeyeceği belirtilmelidir. Zira iktisadi bağımsızlık kavramı ortak girişimin faaliyetlerini sürdürebilmesi için yeterli kaynaklara sahip olmasına ve pazarda kalıcı olarak faaliyet göstermeyi hedeflemesine ilişkindir. Yukarıda da belirtildiği gibi Anayurt maden işletmeciliği alanında faaliyet göstermek üzere kurulmuştur ve bu amaçla çeşitli araştırmalar yapmıştır. Anayurt'un gerekli maden işletme izin ve ruhsatlarını tamamlaması, madeni işletmeye ve ciro elde etmeye başlaması için belirli bir süreye ihtiyaç duyulması tabii bir durumdur.
- (17) Bu değerlendirmeler çerçevesinde Anayurt'un kurulması işleminin Rekabet Kuruluna bildirmeden gerçekleştirildiği, işlemin Kanun'un 11. maddesi (a) bendi kapsamında olduğu ve bu çerçevede Ali Murat Ersoy ve Sesli Ailesi'ne Kanunun 16. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi hükmü¹ uyarınca idari para cezası verilmesi gerektiği kanaatine ulaşılmaktadır. Bununla birlikte Anayurt'un maden ruhsatı olmaması nedeniyle faaliyet alanı olan maden işletmeciliği alanında henüz bir faaliyet göstermemiş olması hususu dikkate alınarak, 2014/1 sayılı "4054 Sayılı Kanunun 16. maddesinin Birinci Fıkrasında Öngörülen İdari Para Cezası Alt Sınırının 31.12.2014 Tarihine Kadar Geçerli Olmak Üzere Artırılmasına İlişkin Tebliğ" uyarınca asgari para cezası takdir edilmiştir.

H. SONUÇ

- (18) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre,
1. Ali Murat Ersoy ve Hazim Sesli, Mehmet Sesli, Abdülkadir Sesli tarafından Anayurt Kömür Madencilik Sanayi ve Ticaret A.Ş. unvanlı ortak girişim kurulması işleminin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 2010/4 sayılı "Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" kapsamında izne tabi olduğuna; işlem sonucunda aynı Kanun maddesinde yasaklanan nitelikte hakim durum yaratılmasının veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesinin ve böylece rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmaması nedeniyle işleme izin verilmesine,
 2. Bununla birlikte söz konusu işlemin Rekabet Kurulunun izni olmaksızın gerçekleştirilmesi nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 11. maddesi ile, 16. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ve 2014/1 sayılı "4054 Sayılı Kanunun 16. maddesinin Birinci Fıkrasında Öngörülen İdari Para Cezası Alt Sınırının 31.12.2014 Tarihine Kadar Geçerli Olmak Üzere Artırılmasına İlişkin Tebliğ" uyarınca taktiren ayrı ayrı olmak üzere Ali Murat Ersoy'a ve Sesli Ailesi'ne asgari ceza miktarı olan 15.226'şar TL idari para cezası verilmesine, Hazim Sesli, Mehmet Sesli ve Abdülkadir Sesli'nin

¹ Söz konusu fıkraya göre "Kurul, teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerine; ... (b) izne tabi birleşme ve devralmaların Kurul izni olmaksızın gerçekleştirilmesi (...) hallerinden (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilenler için teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin binde biri oranında ... idari para cezası verir. ... Bu fıkranın (b) bendine göre idarî para cezası birleşme işlemlerinde tarafların her birine, devralma işlemlerinde ise sadece devralana verilir."

14-22/422-186

Sesli Ailesine verilen cezanın ödenmesinden müteselsilen sorumlu olduklarına OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.