

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2008-4-263 (Devralma)
Karar Sayısı : 09-02/19-12
Karar Tarihi : 14.1.2009

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

10 **Başkan** : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Üyeler : Tuncay SONGÖR, M. Sıraç ASLAN,
Süreyya ÇAKIN, Mehmet Akif ERSİN,
Dr. Mustafa ATEŞ, İsmail Hakkı KARAKELLE

B. RAPORTÖRLER : Serpil YANIK, Mehmet ÖZDEN

**C. BİLDİRİMDE
BULUNAN**

20 : Fina Holding A.Ş.
Temsilcisi: Av. Tolga İŞMEN, Av. Zümrüt ESİN
Büyükdere Cd. Maya Akar Center No:100-102, K:19
34394 Esentepe/İstanbul

D. TARAFLAR

: - Fina Holding A.Ş.
Büyükdere Cd. No:173 1. Levent Plz. A Blk. K:9 Levent
Beşiktaş/İstanbul
- Turkon Konteynır Taşımacılık ve Denizcilik A.Ş.
Ord. Prof. Fahrettin Kerim Gökay Cd. No:33
Altunizade/İstanbul

30 **E. DOSYA KONUSU:** Fina Holding A.Ş. (Fina) tarafından Fina-Turkon Liman Hizmetleri Lojistik Denizcilik Ticaret ve Sanayi A.Ş. (Fina-Turkon)'nin %50 oranındaki hissesinin Turkon Konteynır Taşımacılık ve Denizcilik A.Ş. (Turkon)'den devralınması işlemine izin verilmesi talebi.

40 **F. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına en son 7.1.2009 tarih ve 153 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 düzenlenen 8.1.2009 tarih ve 2008-4-263/Öİ-09-SY sayılı Devralma Ön İnceleme Raporu aynı tarih ve REK.0.08.00.00-120/8 sayılı Başkanlık Önergisi ile 09-02 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili Rapor'da;

- Bildirimi yapılan devralma işleminin 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında Rekabet Kurulunun iznine tabi olduğu, devir sonucunda ilgili pazarda hakim durum

09-02/19-12

yaratılması veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesi, böylece rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmayacağı, bu çerçevede işleme izin verilmesi gerektiği,

50 - 4054 sayılı Kanun'un 5728 sayılı Kanun'la değişik 16. maddesinin birinci fıkrası (b) bendi uyarınca Fina'nın Türkiye'de ilgili pazarda ortak girişim yoluyla elde ettiği cironun %(...)’i oranında olmak üzere 35.079,62 YTL. idari para cezası verilmesi gerektiği,

görüşü ifade edilmiştir.

H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. İlgili Pazar

H.1.1. İlgili Ürün Pazarı

60 Devredilen şirketin faaliyet alanı dikkate alınarak, ilgili ürün pazarı “genel kargo ve konteynır elleçleme hizmetleri” olarak belirlenmiştir.

H.1.2. İlgili Coğrafi Pazar

Devre konu şirketin kontrolünde olan Kumport Limanı'nın ağırlıklı olarak hinterland trafiğine hizmet eden bir liman olduğu göz önüne alınarak, ilgili coğrafi pazar “Marmara Bölgesi” olarak tespit edilmiştir.

H.2. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

70 H.2.1. İşlemin Niteliği

Bildirime konu devralma işlemi uyarınca Fina, bağlı şirketi Kumport Liman Hizmetleri ve Lojistik Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Kumport) aracılığıyla Kumport Limanı'nı işleten Fina-Turkon'un toplam 23.499.859 adet hissesini Turkon'dan 20.11.2008 tarihinde devralmıştır. Bildirim ise 25.11.2008'de, yani işlem tamamlandıktan sonra yapılmıştır.

Bildirime konu devralma işlemi öncesinde, Fina-Turkon'un hissedarlık yapısı Fina Holding ve Turkon arasında %50-%50 şeklinde olup, bu şirket ve dolayısıyla Kumport, Fina Holding ve Turkon tarafından ortaklaşa kontrol edilmektedir. Anılan ortak kontrol, Fina-Turkon'un Kumport hisselerini devralmasına ilişkin 80 24.4.2007 tarih ve 07-34/341-122 sayılı Kurul kararında da tespit edilmiştir. Devralma işlemi öncesinde Fina-Turkon Kumport'un %98,6538358 oranındaki hissesini elinde bulundurmaktadır.

Devralma işleminin tamamlanmasını takiben Fina, Fina-Turkon ve dolayısıyla Kumport üzerinde kendisine kontrol yetkisi bahşeden ve Fina-Turkon'un sermayesinin %50'sine tekabül eden toplam 23.499.859 adet hisseyi Turkon'dan devralarak, şirketin %100'üne sahip olmuş ve Fina-Turkon'u ve dolayısıyla Kumport'u tek başına kontrol etme yetkisini elde etmiştir.

H.2.2. 1997/1 Sayılı Tebliğ Kapsamında Değerlendirme

90 1997/1 sayılı Tebliğ'in "Birleşme ve Devralma Sayılan Haller" başlıklı 2. maddesinin (b) bendine göre, "*herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını ya da ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları devralması veya kontrol etmesi*" 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi çerçevesinde teşebbüsler arası birleşme ve devralma olarak kabul edilmektedir.

Devralma işlemi öncesinde ortak girişim, Fina ve Turkon'un ortak kontrolünde bulunmaktadır. Devralma işleminin sonucunda Fina Holding, Turkon'un Fina-Turkon'daki %50 hissesini devralmış ve Fina-Turkon'un kontrolü tek başına Fina Holding'e geçmiş olup, dolayısıyla Fina-Turkon'un kontrolünde bulunan Kumport'un kontrolü de el değiştirmiştir.

Bildirim konusu işlem, Fina-Turkon'un kontrol yapısında değişikliğe neden olacağından, 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesi anlamında bir devralmadır.

Öte yandan, anılan Tebliğ'in 1998/2 sayılı Tebliğ ile değişik 4. maddesinde yer alan, "*...birleşme 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 Kurulundan izin almaları zorunludur.*" hükmü ile izne tabi birleşme ve devralmalara pazar payı ve ciro eşiği getirilmiştir.

110 Kumport'un 2008 yılı cirosu (.....) YTL. olarak gerçekleşmiş olduğundan, -diğer verilere bakılmaksızın- anılan işlemin Kurul'un iznine tabi olduğu anlaşılmıştır.

Bununla birlikte, devralan Fina'nın ilgili pazarda faaliyetinin bulunmaması nedeniyle, devir işlemi sonucunda pazarın yapısı değişmeyeceğinden, Kanun'un 7. maddesi anlamında bir hakim durum yaratılması veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesinin söz konusu olmayacağı kanaatine varılmıştır.

H.2.3. Bildirime Konu Anlaşmada Yer Alan Rekabet Yasağı Açısından Değerlendirme

120 Bildirim konusu Hisse Devri Anlaşması'nın aşağıda yer verilen 3.3.(vi) maddesi uyarınca Alıcı ve Satıcı, Turkon yüklerinin 4 yıl boyunca münhasıran Kumport'ta elleçlenmesi konusunda anlaşmışlardır.

"...

130 *Aksi bu Sözleşme'de belirtilmedikçe Turkon ve FT Satıcılar, FT Bağlı Şirketler ile akdettiği tüm yazılı ve sözlü sözleşmelerin hüküm ve şartlarına uygun davranacaktır. Bunun yanısıra, Turkon işbu Sözleşme'nin imza tarihinden itibaren Haydarpaşa Limanı ile Tekirdağ Akport Limanı arasındaki kıyı bölgesinde doğrudan veya dolaylı alacağı ya da 3. şahıslara aldiracağı her türlü konteyner elleçleme ve terminal hizmetinin her bir hizmet şekli bazında %95'ini Kumport ile arasında halihazırda yürürlükte olan 26.06.2008 tarihli mevcut anlaşmanın şartlarına uygun olarak yalnızca Kumport'tan sağlamayı ve söz konusu bu*

anlaşmanın süresinin bitim tarihi itibarı ile de mevcut anlaşmanın tarife hariç diğer şartları aynı kalmak üzere Kumport'un bir önceki yılda en çok elleçleme hizmeti vereceği Kumport müşterisine anlaşma tarihinden itibaren sonraki yıl için uygulayacağı tarife ve Amerikan Çalışma Bakanlığı'nın (US Department of Labor) Çalışma İstatistikleri Bürosu (Bureau of Labor Statistics) tarafından hesaplanan son 12 aylık TUFİ (CPI) baz alınarak oluşan Amerikan yıllık enflasyonun sıfırdan büyük olduğu durumda söz konusu eskalasyon ile 31.12.2012 tarihine kadar devam etmeyi kabul, beyan ve taahhüt etmektedir.

- 140 *Turkon bu süreç içinde yukarıda belirtilen kıyı bölgesinde başka limanlardan/terminallerden alacağı elleçleme ve terminal hizmetlerini adet ve tip olarak işbu Sözleşme imzasını müteakip 3 aylık sürelerde periyodik olarak Kumport'a yazılı olarak bildirecektir. Turkon mevcut anlaşmanın yürürlükte olduğu sürenin bitiminden en az 10 iş günü öncesinden, Kumport ile yukarıdaki şartlardaki yeni bir anlaşmayı imzalayacaktır."*

- Görüldüğü üzere, bu koşul uyarınca Turkon 31.12.2012 tarihine kadar Haydarpaşa Limanı ile Tekirdağ Akport Limanı arasındaki kıyı bölgesinde yüklerini Kumport Limanı'na getirecektir. Bildirim Formu'nda söz konusu maddenin gerekçesine ilişkin açıklamaya da yer verilmiştir. Buna göre; Fina ve
- 150 Turkon'un ortaklaşa kontrol ettiği Fina-Turkon adlı teşebbüs tarafından 2007 yılında devralınmış olan Kumport Limanı'nın en büyük müşterilerinden biri, Turkon Holding bünyesinde faaliyet gösteren Turkon Konteyner Taşımacılık ve Denizcilik A.Ş.'dir. Ancak Fina-Turkon'daki Turkon hisselerinin beklenmedik bir şekilde Fina Holding'e devredilmesi sürecinde limanın müşteri portföyü Turkon hisselerinin devrine ilişkin anlaşmanın en önemli unsurlarından biri haline gelmiştir. Fina Holding, Kumport Limanı'nın ekonomik faaliyetinin, ortaklaşa yatırımın yapıldığı ve faaliyete geçildiği 2007 yılında planlandığı ve öngörüldüğü haliyle sağlıklı bir şekilde devam edebilmesi için Turkon Konteyner'in yüklerine ihtiyaç duymaktadır. Bu amaçla, bildirim konusu Hisse Devri Anlaşması'nın bir
- 160 parçası olarak Turkon ile 31.12.2012 tarihine kadar Turkon Konteyner'in yüklerinin münhasır olarak Kumport'ta işlenmesi konusunda da mutabakata varılmış ve bildirim konusu anlaşmanın bedeli bu mutabakata dayanılarak belirlenmiştir.

Bu çerçevede, Anlaşma'nın 4.7 maddesinde, "*Taraflar; FT Satış Bedelini belirlerken Turkon'un Kumport'tan alacağı elleçleme ve terminal hizmetlerinin 31.12.2012 tarihine kadar bu sözleşmenin 3.3. maddesi ile öngörülen koşullarla gerçekleşeceği varsayımı ile hareket etmişlerdir.*" hükmüne yer verilmiştir.

- Fina'nın, Kumport Limanı'nın ekonomik faaliyetinin 2007 yılında planlandığı haliyle sağlıklı bir şekilde devam edebilmesi için Turkon Konteyner'in yüklerine
- 170 ihtiyaç duyduğu ifade edilmektedir. Zira Fina-Turkon ilk kurulduğunda ortaklığın bir sene içinde sona ereceği öngörülmemiş, ancak bu durum beklenmedik bir şekilde gerçekleşmiştir. Bu durumda Fina açısından müşteri portföyünü elinde tutmak, hem Hisse Devri Anlaşması'na konu olan hisselerin bedelinin tespiti hem de limanın bundan sonraki faaliyetlerinin devamı için önemli bir kriter olmaktadır.

09-02/19-12

180

Dosya konusu anlaşmadaki münhasır işlem şartı Turkon'un Haydarpaşa Limanı ile Tekirdağ Akport Limanı arasındaki kıyı bölgesindeki konteyner yükü ile sınırlıdır. Taraflar Haydarpaşa Limanı ile Tekirdağ Akport Limanı arasındaki kıyı bölgesinin halihazırda sadece Haydarpaşa Limanı, Tekirdağ Akport Limanı, Kumport, Marport ve Mardaş Limanlarını bünyesinde barındıran Ambarlı Liman kompleksini kapsadığını, Körfez limanlarını ve Marmara Bölgesinde yer alan diğer limanları içermediğini belirtmektedirler. Bu doğrultuda kısıtlanan coğrafi bölge Haydarpaşa Limanı'ndan başlayarak Tekirdağ'a kadar batıya uzanan yaklaşık 130 kilometrelik bir alanı kapsamaktadır. Dosya mevcudu bilgilere göre 2006, 2007 ve Eylül 2008 tarihi itibarıyla Turkon'un Türkiye limanlarında elleçlediği toplam yük miktarı ve limanlara göre dağılımı şu şekildedir:

Tablo 1: 2006 itibarıyla (Fina-Turkon ortak girişimi kurulmadan önce) Turkon'un Türkiye Limanları'nda Elleçlediği Yük Miktarı ve Limanlara Göre Dağılımı

Elleçlenen Konteyner (TURKON)	(TEU)	ORAN (%)
TÜRKİYE TOPLAM	%(.....)	%(.....)
Kumport	%(.....)	%(.....)
Borusan	%(.....)	%(.....)
Evyap	%(.....)	%(.....)
İzmir	%(.....)	%(.....)
Mersin	%(.....)	%(.....)

Tablo 2: 2007 ve Eylül 2008 itibarıyla Turkon'un Türkiye Limanları'nda Elleçlediği Yük Miktarı ve Limanlara Göre Dağılımı

Elleçlenen Konteyner (TURKON)	2007 (TEU)	ORAN (%)	2008 (Ocak-Eylül) (TEU)	ORAN (%)
TÜRKİYE TOPLAM	%(.....)	%(.....)	%(.....)	%(.....)
Kumport	%(.....)	%(.....)	%(.....)	%(.....)
Borusan	%(.....)	%(.....)	%(.....)	%(.....)
Evyap	%(.....)	%(.....)	%(.....)	%(.....)
İzmir	%(.....)	%(.....)	%(.....)	%(.....)
Mersin	%(.....)	%(.....)	%(.....)	%(.....)

190

Borusan Gemlik/Bursa'da, Evyap ise İzmit Körfezi'ndedir. Bu nedenle, münhasır işlem şartının geçerli olduğu coğrafi bölgede bugüne kadar Turkon yükleri sadece Kumport'ta elleçlenmiştir. Dolayısıyla, Sözleşme'de yer alan münhasırlık şartı Turkon'un bu bölgede elleçlenen yükleri bakımından herhangi bir değişikliğe yol açmamaktadır ve taraflara göre fiili durumun hukuken düzenlenmesinin ötesine geçmemektedir. Bu çerçevede, söz konusu şartın kapsam bakımından orantılı olduğu anlaşılmıştır.

200 Öte yandan, 4 yıllık sürenin ortak girişimin Turkon'un konteyner yükü ve limanın diğer müşterileri dikkate alınarak planlanmış olduğu, bu çerçevede belirlenen bir bedel ile 2007 yılındaki ortaklarından devralındığı ve gerekli yatırımlar yapılarak faaliyete geçildiği, ancak söz konusu ortaklığın kurulmasının üzerinden sadece bir sene geçmiş olmasına rağmen, bildirim konusu hisse devri yaşandığı göz önüne alınarak makul karşılanabileceği kanaatine varılmıştır.

Söz konusu şartın, satıcıya getirilmiş olması sebebiyle yan sınırlama kabul edilebilmesi için gerekli olan sadece taraflar açısından kısıtlayıcı olma koşulu da yerine getirilmektedir.

Söz konusu münhasır işlem şartının Kumport Limanı açısından etkisinin daha iyi anlaşılabilmesi amacıyla Turkon yüklerinin Kumport Limanı açısından arz ettiği büyüklük aşağıdaki tablolarda görülmektedir:

Tablo 3: Kumport Limanı - 2007 İş Hacimleri (TEU)

1	MARPORT	(.....)
2	MAERSK	(.....)
3	BELSTAR	(.....)
4	TURKON	(.....)
5	CHINA SHIPPING	(.....)

210

Tablo 4: Kumport Limanı - 2008 Ocak-Eylül İş Hacimleri (TEU)

1	MARPORT	(.....)
2	MAERSK	(.....)
3	TURKON	(.....)
4	CHINA SHIPPING	(.....)
5	BELSTAR	(.....)

Bu tablolarda Kumport Limanı içerisinde Marport'a kiralanmış olan rıhtımda Marport tarafından elleçlenen yükler de dikkate alınmıştır. Marport Kumport'tan bağımsız bir teşebbüs olduğu için Marport'a kiralanmış bölge ayrıştırılırsa Turkon'un Kumport'ta elleçlenen yükler içerisindeki payı ise 2006 yılında % (....); 2007 yılında % (....) ve 2008 Eylül itibariyle % (...)'dir.

220

Rekabet hukuku uygulamasında, birleşme veya devralmalarda satın alma veya sağlama yükümlülüklerine ilişkin anlaşmalar, devralma işleminin taraflarından herhangi birinin yürüteceği faaliyetler için gerekli mal veya hizmetlerin arzında sürekliliğin sağlanabilmesi açısından yan sınırlama olarak kabul edilebilmektedir. Söz konusu ilkeler mevcut bir ortak girişimin dağılması durumunda da arzın sürekliliğinin garantiye alınması için kabul görmektedir. Mevzuata sahip Avrupa Birliği'nde, AB Komisyonu'nun uygulamalarında da, önceden sağlanan miktarların garanti edilmesini amaçlayan arz veya satın alma yükümlülükleri 5 yıla kadar geçerli olabilmektedir. Bununla beraber, sabit olmayan, belirsiz miktarlı ya da münhasıran getirilen veya tercihli sağlayıcı veya alıcı statüsü verilerek öngörülen yükümlülükler yoğunlaşma için gerekli görülmemektedir.

230 Bildirime konu işlemde Turkon'a getirilen satın alma yükümlülüğü, hem Turkon'un münhasıran Kumport'tan elleçleme hizmeti satın almasını öngörmekte hem de Turkon'a Kumport'tan bir önceki yılda en fazla elleçleme hizmeti alan müşteri ile aynı fiyatın uygulanması suretiyle Turkon'un aynı miktarda yük elleçleme hizmeti alsa bile diğer müşteriler arasında ayrıcalıklı konumda olmasını sağlamaktadır.

Söz konusu münhasır işlem şartının münhasırlık getiren hükmünün ortak girişim oluşturulduğu tarihten itibaren Turkon'un Kumport'tan satın aldığı yıllık hizmet miktarı ile sınırlı olması, bu miktarın ötesinde Turkon'un serbest bir şekilde diğer limanlardan da hizmet alabilmesinin engellenmemesi ve ayrıca objektif bir gerekçeye dayanmadan en fazla hizmet alan müşteri ile aynı tarifeye tabi tutulmaması halinde yan sınırlama olarak değerlendirilebileceği kanaatine varılmıştır.

240 Diğer taraftan, söz konusu maddenin yukarıdaki doğrultuda değiştirilmeden kalması halinde anlaşma, Kanun'un 4. maddesi çerçevesinde rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma niteliğinde olacaktır.

Esasen, üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki ya da daha fazla teşebbüs arasında belirli mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılan anlaşmalar -dikey anlaşmalar- 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde belirtilen koşulları taşıması ve sağlayıcının dikey anlaşma konusu mal veya hizmetleri sağladığı ilgili pazardaki pazar payının %40'ı aşmaması durumunda Kanun'un 4. maddesindeki yasaklamadan Kanununun 5. maddesi çerçevesinde muaf tutulabilmektedir

250 Turkon'a 4 yıl boyunca Haydarpaşa Limanı ile Tekirdağ Akport Limanı arasındaki kıyı bölgesindeki yükleri için konteyner elleçleme ve terminal hizmetinin hizmet bazında % 95'ini münhasıran Kumport'tan tedarik etme yükümlülüğü getiren anlaşma da Kumport ve Turkon arasındaki dikey ilişki sebebiyle bir dikey anlaşma niteliğindedir. Kumport'un ilgili pazardaki pazar payı % (...)’tür.

260 2002/2 sayılı Tebliğ'in "Tanımlar" başlıklı 3. maddesi uyarınca, alıcının bir önceki takvim yılındaki alımları esas alınarak, ilgili pazardaki anlaşma konusu mal veya hizmetlerin ya da onları ikame eden mal veya hizmetlerin %80'inden fazlasının sağlayıcıdan veya sağlayıcının göstereceği başka bir teşebbüsten satın alınmasına yönelik olarak alıcıya doğrudan veya dolaylı biçimde getirilen herhangi bir yükümlülük rekabet etmeme yükümlülüğü olarak kabul edilir. Anılan Tebliğ uyarınca alıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülükleri 5 yıla kadar grup muafiyeti kapsamında muafiyetten yararlanmaktadırlar.

Yukarıdaki bilgiler çerçevesinde, inceleme konusu başvuruda söz konusu olan 4 yıllık münhasır tedarik koşulunun da 2002/2 sayılı Tebliğ uyarınca grup muafiyeti kapsamında yer aldığı anlaşılmıştır.

H.2.4. Geç Bildirim Hakkında Değerlendirme

270 Bildirime konu devralma işlemi uyarınca Fina Holding, Fina-Turkon'un kontrolünün kendisine geçmesini sağlayacak miktarda hisseyi Turkon'dan 20.11.2008 tarihinde devralmıştır. İşleme ilişkin Kuruma yapılan bildirim ise 24.11.2008 tarihinde, işlem tamamlandıktan sonra yapılmıştır.

Taraflar Bildirim Formu'nda bu durumu aşağıdaki ifadelerle izah etmektedirler:

"Fina Holding, Fina-Turkon Liman Hizmetleri Loj. Den. Tic. ve San. A.Ş.'deki ("Fina-Turkon"- "Hedef Şirket") Turkon Konteyner Taşımacılık ve Denizcilik A.Ş.'ye ait olan %50 oranındaki hisseleri devretmek üzere 20.11.2008 tarihinde Çerçeve Hisse Alım Satım Sözleşmesi'ni imzalamışlardır.

Sözleşme'nin 4.5.(i) maddesi uyarınca işlemin sonuçlanmasından önce Rekabet Kurumu'nun onayının alınması planlanmakta idi. Ancak değişen ekonomik şartlar çerçevesinde Rekabet Kurumu'nun izni beklenmeden hisse devrinin sonuçlandırılması gerekmiştir.

280 *Taraflar işbu Devralma İşlemini, hâlihazırda içinde bulunduğumuz küresel krizin olumsuz etkisi ve ticari hayatın getirdiği zorunluluklardan ötürü çok kısa bir zaman zarfında tamamlamak zorunda kalmışlardır. İşlemden beklenen makul ticari faydaların sağlanabilmesi mecburiyeti karşısında ani olarak gerçekleştirilen söz konusu Devralma İşlemine ilişkin işbu Bildirim, taraflarca ivedilikle hazırlanıp, mümkün olan en kısa zamanda Yüksek Kurul'unuzun bilgisine ve onayına sunulmuştur."*

4054 sayılı Kanun'un 5728 sayılı Kanun'la değişik 16. maddesinin birinci fıkrası ise aşağıdaki gibidir:

290 *"Kurul, teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerine;*

- a) Muafiyet ve menfi tespit başvuruları ile birleşme ve devralmalar için izin başvurularında yanlış ya da yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi,*
- b) İzne tabi birleşme ve devralmaların Kurul izni olmaksızın gerçekleştirilmesi,*
- c) Kanunun 14 ve 15 inci maddelerinin uygulanmasında eksik, yanlış ya da yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi ya da bilgi veya belgenin belirlenen süre içinde ya da hiç verilmemesi,*
- d) Yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması,*

300 *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 idarî para cezası verir. Ancak bu esasa göre belirlenecek ceza onbin Türk Lirasından az olamaz. Bu fıkranın (b) bendine göre idarî para cezası birleşme işlemlerinde tarafların her birine, devralma işlemlerinde ise sadece devralana verilir."*

310 *Dosya konusu olayda, devralan taraf olan Fina'nın "bir önceki mali yıl" olan 2008 yılına ait gayri safi geliri karar tarihi itibarıyla kesinleşmemiş olduğundan, ilgili maddede uyarınca, "en yakın mali yıl" olan 2007 yılı gayri safi geliri dikkate alınmıştır. Bu çerçevede, bildirim konu işlemde Fina'ya, ilgili pazarda Fina-Turkon ortak girişimi yoluyla elde ettiği (.....) TL. cironun, kontroldeki payı ile orantılı olarak yarısı olan (.....) TL.'nin (.....) biri olan 35.079,62 TL. ceza verilmesi gerektiği neticesine varılmıştır.*

I. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre;

- 320 **1.** Bildirim konusu işlemin 4054 sayılı “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun”un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı “Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ” kapsamında izne tabi olduğuna; işlem sonucunda aynı Kanun maddesinde belirtilen nitelikte hakim durum yaratılmasının veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesinin ve böylece ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmadığına, bu nedenle bildirim konusu işleme izin verilmesine OYBİRLİĞİ ile,
- 330 **2.** Bununla birlikte söz konusu işlemin Rekabet Kurulunun izni olmaksızın gerçekleştirilmesi nedeniyle Fina Holding A.Ş.’ye 4054 sayılı Kanun’un 23.1.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun’la değişik 16. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, 2007 yılında Türkiye’de ilgili pazarda ortak girişim yoluyla elde ettiği gayri safi gelirin %(...)’i oranında olmak üzere 35.079,62 TL. idari para cezası verilmesine OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.

Rekabet Kurulu'nun 14.01.2009 tarih ve 09-02/19-12 sayılı Kararı'na

KARŞI OY GEREKÇESİ

Fina-Turkon Liman Hizmetleri Loj. Den. Tic. ve San. A.Ş.'deki Turkon Konteynır Taşımacılık ve Denizcilik A.Ş.'ye ait olan %50 oranındaki hissenin Fina Holding A.Ş. tarafından devralınması işlemine izin verilmesi talebi üzerine yapılan inceleme sonucu alınan karara katılmamaktayım. Şöyle ki:

4054 sayılı Kanun'un 10., 11. ve 12. maddelerinde birleşme ve devralmaların "Kurul'a bildirim" inden söz edilmekte, 11. maddede ayrıca işlemin bildirilmemesi halinde Kurul'un herhangi bir şekilde haberdar olduğu zaman (diğer bir anlatımla re'sen) yapacağı incelemeyi yaptıktan sonra bildirmeme cezası uygulanacağı öngörülmektedir. Kanun'un 16/1-c maddesinde, birleşme veya devralmanın Rekabet Kurulu'nun izni olmaksızın gerçekleştirilmesi halinde para cezası verileceği belirtilmektedir. Birleşme ve devralma bildiriminden önce işlemin gerçekleştirilmesinden önce yapılmaması halinde ceza verileceğine dair Kanun'da açık bir hüküm bulunmadığı gibi birleşme ve devralmaların belirli bir süre zarfında bildirileceğine dair bir hüküm de yoktur.

2.7.2005 günlü, 5388 sayılı Kanun'la 4054 sayılı Kanun'un 10. ve 16. maddelerinde değişiklik yapılarak 4. madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararların bildirilmesi zorunluluğu ve bildirim yapılmaması nedeniyle idari para cezası verilmesini öngören kurallar yürürlükten kaldırılmıştır. Bu durumda, yeni hukuki duruma göre rekabet ihlali olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan bildirim yapılmaması eyleminden dolayı Teşebbüse idari para cezası verilmesi olanaksızdır. (Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 18.12.2008 tarih ve 2008/2322 sayılı kararı).

Açıkladığım nedenle 09-02/19-12 sayılı karara karşıyım.

M. Sıraç ASLAN
Kurul Üyesi