

T.C.

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2012/2013

Karar No : 2014/2507

REKABET KURUMU
Tarih : 24.07.2014
Sayı : 4284

Davacı : Erkan ANKARA

Vekili : Av. Resul MARAŞLIOĞLU

Yüksel Caddesi, 42/11 Kızılay- Çankaya / ANKARA

Davalı : Rekabet Kurumu

Üniversiteler Mah. 1597. Cad. No:9 Çankaya/ANKARA

Vekili : Av. Ayperi SAMANTIR - Aynı adreste

Davalı İdare Yanında Müdahil : Mars Sinema Turizm ve Sportif Tesisler İşletmeciliği A.Ş.

Vekilleri : 1-Av. Zuhal BERKET BAŞ

Yıldızevler Mah. 714. Sok. Vizyon Plaza No:5/25

Çankaya/ANKARA

2-Av. Bahadır BALKI

Françalacı Sok. No:28 Arnavutköy-Beşiktaş/İSTANBUL

Davanın Özeti : AFM Uluslararası Film Prodüksiyon Ticaret ve Sanayi

A.Ş.'nin çoğunluk hisselerinin, Mars Sinema Turizm ve Sportif Tesisler İşletmeciliği A.Ş. tarafından devralınması ve AFM üzerinde tek kontrol uygulayan Esas Holding A.Ş.'nin Mars Sinema üzerinde ortak kontrol uygulayan Spark Entertainment Limited Şirketi'nin %50 hissesini devralması işlemine izin verilmesine ilişkin Rekabet Kurulu'nun 17.11.2011 tarih ve 11-57/1473-539 sayılı kararının; Kurul'un bildirim konu işleme izin verilmesi durumunda hakim durum oluşup oluşmayacağı yahut mevcut hakim durumun güçlenip güçlenmeyeceğine ilişkin bir analiz yapmadığı ve doğrudan işlemin etkilerinin değerlendirildiği, taahhütlerin hakim durumun giderilmesi amacına, mevzuatın ve süregelen uygulamanın aksine rekabetin kısıtlanabileceği yönündeki endişeleri gidermesi amacına yönelik olarak değerlendirildiği, ancak Kanun'da böyle bir kriter bulunmadığı, taahhütlerin rekabetçi endişelerin değil, hakim durumun ortadan kaldırılması veya hakim durumun güçlendirilmesi engellenip rekabetin kısıtlanmasının önüne geçilmesi amacıyla değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülerek iptali ve yürütmenin durdurulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Usul yönünden; davacının dava açmakta menfaati bulunmadığından davanın ehliyet yönünden reddi gerektiği, esas yönünden ise; işlemin taraflarınca sunulan taahhüt paketinin rekabetçi endişeleri gidermek noktasında yeterli olduğundan birleşme/devralma işlemine dava konusu Kurul kararıyla izin verildiği, işlemin hukuka uygun olduğu ileri sürülerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Davalı İdare Yanında Müdahilin Savunmasının Özeti : Usul yönünden; davacının dava açmakta menfaati bulunmadığından davanın ehliyet yönünden reddi gerektiği, davacının davadan feragat ettiğinden davanın esası hakkında karar verilemeyeceği, İdari Dava Dairelerinin 25.04.2013 tarih ve YD İtiraz No:2013/76 sayılı kararı ile de bu hususun karara bağlanmış bulunduğu, esas yönünden ise; müdahil şirketin pazar payının Türkiye pazarında

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2012/2013

Karar No : 2014/2507

hakim durum yaratabilecek nitelikte bulunmadığı, Kurul'un pazar payının yüksek olması muhtemel bazı mikro pazarlarda rekabeti sınırlayacak hususları bertaraf etmeye yönelik olarak taahhütleri kabul ettiği, müdahil şirketin Kurul kararının gereklerini yerine getirdiği ve sonrasında pazarda yaşanan gelişmelerin dava konusu Kurul kararının hukuka uygun olduğunun teyidi niteliğinde olduğu, birleşme sonrası fiyatlarda enflasyonun altında artış gerçekleştirildiği, izin sonrası pazara rakipler tarafından yüksek oranlı girişler yaşandığı, özellikle AVM sinema salonları açısından pazarın büyüme eğiliminin devam edeceği, pazarın bu şekilde rekabete açık olması ve giriş engellerinin bulunmamasının müdahil şirketin hakim durumda bulunmadığını ve pazar payında ilerleyen dönemde düşüş yaşayacağını göstermekte olduğu ileri sürülerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Emre ERMAN'ın Düşüncesi : Dava konusu kararın iptaline karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Pınar İMİRZALIOĞLU'nun Düşüncesi : Dava, AFM Uluslararası Film Prodüksiyon Ticaret ve Sanayi A.Ş.'nin çoğunluk hisselerinin, Mars Sinema Turizm ve Sportif Tesisler İşletmeciliği A.Ş. tarafından devralınması ve AFM üzerinde tek kontrol uygulayan, Esas Holding A.Ş.'nin, Mars Sinema üzerinde ortak kontrol uygulayan Spark Entertainment Limited Şirketi'nin % 50 hissesini devralması işlemine izin verilmesine ilişkin Rekabet Kurulu'nun 17.11.2011 tarih ve 11-57/1473-539 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Bakılan davada; davacı tarafından, her ne kadar 13.12.2012 tarihli dilekçe ile davadan feragat edildiği belirtilmiş ise de, davacı tarafından; *sinema salonu hizmetleri işletmeciliği pazarında en büyük iki rakibin birleşerek tek güç haline gelmesine izin verilmesine ilişkin Rekabet Kurulu Kararının rekabete olumsuz etkisi olacağı, bir sinema izleyicisi olarak kendisinin ve tüm tüketicilerin almış olduğu hizmetin kalitesinin ve fiyatının olumsuz etkileneceği* belirtilerek davanın açılmış olması, ayrıca dava konusu işlemin sadece tüketicileri değil, dava konusu işlemin tarafları olan işletmecilerin faaliyet gösterdiği pazarda dikey ilişki içerisinde bulunan sinema yapımcıları ve dağıtıcılarını da etkileyecek nitelikte olması, öte yandan açılan bu davada Danıştay Onüçüncü Dairesince, dava konusu işlemin açıkça hukuka aykırı olduğu ve uygulanması halinde telafisi güç ve imkansız zararların oluşacağı sonucuna ulaşıldığı gerekçesiyle yürütmenin durdurulmasına karar verilmiş olması nedenleriyle, bu aşamada davadan feragat edilmesinde **kamu yararı** görülmemiş ve bu nedenle davacının feragat istemi yerinde görülmemeyerek **uyuşmazlığın esasının incelenmesi gerektiği** düşünülmüştür.

4054 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 1. fıkrasında; bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu

T.C.

DANIŞTAY

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2012/2013

Karar No : 2014/2507

hariç olmak üzere, devralmasının hukuka aykırı ve yasak olduğu, 2. fıkrasında da; hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurul'a bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul'un, çıkaracağı tebliğlerle ilan edeceği kurala bağlanmıştır.

2010/4 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 10. maddesinin 1. fıkrasında; "Bildirim, taraflarca birlikte ya da taraflardan herhangi biri veya bunların yetkili temsilcileri tarafından yapılabilir. Bildirimde bulunan, diğer ilgili tarafı durumdan haberdar etmek zorundadır", 13. maddesinin 1. fıkrasında; "Birleşme ve devralmalar değerlendirilirken özellikle; ilgili pazarın yapısı, ülke içinde veya dışında yerleşmiş olan teşebbüslerin fiili ve potansiyel rekabeti, teşebbüslerin pazardaki durumu, ekonomik ve mali güçleri, sağlayıcı ve müşteri bulabilme alternatifleri, arz kaynaklarına ulaşabilme imkanı, pazarlara giriş engelleri, arz ve talep eğilimleri, tüketicilerin menfaatleri, tüketici yararına olan etkinlikler ve diğer hususlar göz önünde tutulur", 2. fıkrasında; "Tek başına ya da birlikte hakim durum yaratmaya veya hakim durumu daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuran birleşme veya devralmalara izin verilmez.", 4. fıkrasında, "Kurul, bu Tebliğ'in 7'nci maddesi kapsamına giren birleşme ve devralma işlemlerine ya izin verir ya da bu işlemi nihai incelemeye almaya karar verdiği takdirde, ön itirazını bildiren yazısı ile birlikte birleşme veya devralma işleminin nihai karara kadar askıda olduğunu ve uygulamaya sokulamayacağını, gerekli gördüğü diğer tedbirlerle birlikte ilgililere usulüne göre tebliğ eder. Bu durumda, niteliğiyle bağdaştığı ölçüde Kanun'un 40 ila 59'uncu maddeleri hükümleri uygulanır. Kurul, izin kararında şart ve yükümlülük öngörebilir." kuralları yer almış, "Taahhüt" başlıklı 14. maddesinde ise; "Teşebbüsler, Kanun'un 7'nci maddesi kapsamında ortaya çıkabilecek rekabet sorunlarının giderilmesi amacıyla, birleşme veya devralmaya ilişkin taahhüt verebilirler. Teşebbüsler tarafından verilen taahhütler, rekabetçi sorunları tamamen ortadan kaldırıcı nitelikte olmalıdır. Kurul, izin kararında, taahhütlerin yerine getirilmesini sağlamaya yönelik şart ve yükümlülük öngörebilir. Taahhüt, ön inceleme veya nihai inceleme safhasında verilebilir. Ön inceleme safhasında taahhüt verilmesi halinde bildirim, taahhüt metni Kurum tarafından alındığı tarihte yapılmış sayılır." hükümlerine yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, AFM Uluslararası Film Prodüksiyon Ticaret ve Sanayi A.Ş.'nin çoğunluk hisselerinin Mars Sinema Turizm ve Sportif Tesisler İşletmeciliği A.Ş. tarafından devralınması ve AFM üzerinde tek kontrol uygulayan Esas Holding A.Ş.'nin de, Mars Sinema üzerinde ortak kontrol uygulayan Spark Entertainment Limited Şirketi'nin %50 hissesini devralması işlemine ilişkin sunulan taahhüdün değerlendirilmesi ve işleme bu kapsamda izin verilmesi talebiyle yapılan bildirim üzerine, Kurul'un yaptığı değerlendirmede, ilgili ürün pazarının temelde sinema salonu hizmetleri olarak tanımlandığı, bununla birlikte, ilgili ürün pazarının birbirinden farklılık arz eden çok salonlu sinema salonu hizmetleri, geleneksel/AVM sinema salonu hizmetleri olarak alt segmentlere ayrıldığı, ilgili coğrafi pazarın, sinema salonları hizmetinde rekabetin yerel düzeyde gerçekleştiği göz önüne alınarak, inceleme konusu işlem ile ortaya çıkan yoğunlaşmanın gerçekleştiği İstanbul, Ankara, İzmir ve Antalya illeri olarak,

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2012/2013

Karar No : 2014/2507

İstanbul için ise Anadolu ve Avrupa yakaları olarak belirlendiği, diğer yandan fiyat rekabetinin birbirine yakın lokasyonlar arasında gerçekleştiği göz önüne alınarak belirtilen illerde 38 ayrı ilgili coğrafi pazar belirlendiği, sektörün arz yönünde, üretim ve dağıtım ayağı bakımından ise ilgili coğrafi pazarın tüm Türkiye olarak değerlendirildiği, birleşme sonrası ortaya çıkan pazar payları açısından ilgili 4 ilde Mars ve AFM'nin satılan bilet sayısı ve bilet geliri açısından, ortalama % 50'nin üzerinde pazar paylarına sahip olacağı, ilgili coğrafi pazar olarak Türkiye açısından ise 2010 yılında ve 2011 yılının ilk çeyreğinde Mars ve AFM'nin ortalama % 50'ye yakın, en yakın rakibi Avşar'ın ise %10 oranının altında pazar paylarına sahip olduğu, sinema salonlarından elde edilen toplam gelir bakımından ise, iller bazında belirtilen oranlardan daha yüksek pazar paylarına ulaşıldığı, işlem sonrasında, her ne kadar taraflar yüksek pazar paylarına sahip bir konuma geliyor olsalar da, piyasaya girişle ve AVM'lerin sayısındaki artışla birlikte, pazarın yapısındaki değişimin ilgili piyasadaki potansiyel rekabete olumlu etkileri olacağı yönündeki değerlendirmeler dikkate alındığında; devralma işlemi sonrasında, bazı mikro coğrafi pazarlar istisna olmak üzere ilgili diğer pazarlarda rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması sonucunun doğmayacağı, işlem sonrasında tarafların sinema işletmeciliği piyasasında elde edecekleri pazar payını kullanarak sektörün dikey zincirindeki diğer pazarlarında faaliyet gösteren teşebbüsler aleyhine rekabeti bozucu birtakım davranışlarda bulunmalarının bu aşamada ihtimal dahilinde bulunmadığı, ekonometrik tahmin ve hesaplamalar ışığında, işlem sonrasında sinema bilet fiyatlarının artabileceğinin tahmin edildiği, 4 ilde belirlenen toplam 38 adet ilgili coğrafi pazardan her iki teşebbüsün birbirleri üzerinde rekabet baskısı oluşturabileceği, beş coğrafi pazarda ise işlemin tüketici fiyatlarında artışa neden olacağı, bu nedenle talep konusu işlemin bu pazarlarda rekabeti önemli ölçüde kısıtlayacağı sonucuna ulaşıldığı, ancak taraflarca sunulan taahhüt paketinin, söz konusu beş mikro pazarda rekabetin önemli ölçüde kısıtlanabileceği yönündeki endişeleri giderici nitelikte olduğu, ilgili pazara giriş yönünde gerek yasal, gerekse yüksek yatırım maliyetleri açısından finansal herhangi bir engelin bulunmadığı, ayrıca, önemli bir büyüme eğilimi göstermesi beklenen AVM piyasasında, yeni sinema salonlarının tesis edilmesi suretiyle, yeni oyuncuların ilgili pazara giriş yapmalarının mümkün görüldüğü, bu değerlendirmeler ışığında, taraflarca sunulan taahhüt paketinin, bu paket öncesi duruma ilişkin olarak ulaşılan rekabetçi endişeleri gidermek için yeterli olduğu sonucuna ulaşılarak, taraflarca sunulan taahhütlerin kabulüyle, birleşme/devralma işlemine izin verilmesine karar verildiği ve söz konusu Kurul Kararının iptali istemiyle de bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi uyarınca; birleşme/devralma sonrasında hakim durum oluşturulması veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesinin yasaklanabilmesi için, birleşme/devralma işleminin, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğurduğunun belirlenmesi, bu belirleme sırasında da pazar paylarının hesaplanması yanında, işlemin yatay ve dikey ilişkili pazardaki etkileri, giriş engelleri, pazardaki diğer teşebbüslerin payları, pazarda güçlü alıcıların bulunup bulunmadığı hususlarının irdelenmesi gerekmektedir.

**DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE**

Esas No : 2012/2013

Karar No : 2014/2507

Uyuşmazlıkta; sinema salonu hizmetleri pazarında birleşme/devralma işleminden önce en büyük iki teşebbüs olan Mars Sinema ve AFM'nin, birleşme/devralma sonrasında yüksek pazar paylarına sahip olacağı, nispi pazar payları açısından, AFM ve Mars'ın pazardaki en yakın rakiplerinin, bu iki teşebbüsün ulaşacağı pazar paylarının çok altında bulunduğu, Mars Sinema ve AFM'nin, tüm ilgili ürün pazarlarında pazar payları bakımından açık ara ile pazarın en büyük teşebbüsü haline geleceği, birleşme/devralma sonrası HHI artışlarının rekabetçi endişelerin varlığına işaret eden düzeylerin çok üzerinde olduğu, Türkiye sinema sektöründeki yapısal darboğazın aşılmasında en önemli faktörlerden biri olan, çok salonlu-AVM sinema salonlarının işletme sahiplerine üstünlük sağlayacağı, AVM sinema salonları açısından AFM ve Mars'ın çok yüksek pazar paylarına ulaşacağı, Kurul Kararında; *fiyat üzerinden yapılan rekabet sonucunda, yeni teşebbüslerin sinema işletmeciliği pazarına girmesinin mümkün olacağı ve mevcut AVM'lerdeki sinema salonlarının işletme hakkı, kira sürelerine bakıldığında, bu sürelerin piyasayı girişe kapatacak şekilde uzun süreli olmadığı* hususlarının ifade edildiği, ancak, Mars'ın 137 salonlu 21.049 koltuk kapasiteli 13 ayrı sinema kompleksi yatırım planının, buna karşın Avşar'ın 39 salonlu 4 sinema kompleksi, Prestij'in 1, Pink'in 1, Alarko'nun ise mevcut kompleksine 2 yeni salon ekleme projesinin bulunduğu, ayrıca pazara, mevcut sinema salonu zincirleri haricinde yeni bir girişin planlanıp planlanmadığının belirli olmadığı, bu çerçevede pazara yakın bir zamanda AFM ve Mars dışında yeterli bir girişin olmayacağı, Kurul Kararında, Mars'ın mevcut yatırım planlarına dahil sinemalara ilişkin olarak pazar paylarında oluşacak muhtemel artışın dikkate alınmadığı, öte yandan, AFM ve Mars'ın pazarda sahip olacağı yüksek pazar payları açısından zorunlu ticari ortak olup olmayacağı meselesi ile ilgili olarak, Kurul tarafından; *sinema salonu işletmecilerinin faaliyetlerini kârlı bir şekilde sürdürebilmek için seyirci çekme potansiyeli olan bütün filmleri gösterime almak isteyecekleri, bu durumda, sinema işletmecisinin yüksek seyirci potansiyeli olan bir sinema filmini belirli bir dağıtımçıyı zor durumda bırakmak amacıyla gösterime almamasının en başta kendisi açısından gelir kaybettirici ve maliyetli bir durum ortaya çıkaracağı* ifade edilmiş ise de; buradaki tek değerlendirme unsurunun film gösterimi olmadığı, gösterim şartlarının belirlenmesi ve gelir paylaşımı bakımından, AFM ve Mars'ın film yapım ve dağıtım pazarları ile reklam yeri sağlama pazarlarında yüksek düzeyde bir alıcı gücüne sahip olacağının tespit edildiği, buna göre taahhüt paketi kapsamındaki sinemaların elden çıkarılması halinde oluşacak pazar paylarında görece bir azalma meydana geleceği, ancak bu durumun, AFM ve Mars'ın yukarıda belirtilen ilgili ürün ve coğrafi pazarlardaki açık ara liderliğini ortadan kaldırmayıp, rekabetçi bir pazar yapısına işaret etmeyeceği, dikey pazarlarda birleşme/devralma sonrası oluşacak teşebbüsün pazar gücünü dengeleyecek alıcı bir gücün bulunmadığı, aksine, oluşacak teşebbüsün dikey ilişkili pazarlar üzerinde alıcı gücünü artıracığı, potansiyel rekabet açısından, sinema salonu hizmetleri pazarına girişin mümkün olduğu görülmekle birlikte, pazardan çıkışlar, sinema salonlarının doluluk oranları, Türkiye sinema sektörünün özellikleri, mevcut yatırım planları ve talep yönlü büyüme olgusu göz önüne alındığında pazara yeterli bir girişin

T.C.

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2012/2013

Karar No : 2014/2507

olmayacağı, taahhüt paketinde elden çıkarılacak sinema salonlarının AFM-Mars hasılat ortalamasının çok altında olan salonlar olup, elden çıkarılacak salonların, pazarda taraflardan sonra gelen en büyük oyuncu tarafından satın alınması halinde dahi Mars-AFM'nin dörtte birinden daha küçük bir büyüklüğe sahip olacağı **hususları tespit edilmiş olup**, Rekabet Kurulunca anılan hususlar dikkate alınmaksızın birleşme/devralma işlemine izin verildiği anlaşılmıştır.

Bu durumda; dava konusu Rekabet Kurulu Kararına konu devralma işleminin; 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi anlamında hakim durum yaratan veya mevcut bir hakim durumu güçlendiren ve böylece ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucu doğurabilecek bir işlem olması ve işlem taraflarınca sunulan taahhüt paketinin kabul edilmesi halinde dahi, işlemin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi anlamında hakim durum yaratan veya mevcut hakim durumu güçlendiren ve böylece ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğurabilecek işlem olmayı sürdüreceği sonucuna varılmış olması nedeniyle; taahhüt paketinin kabulü ile bildirim konusu birleşme/devralma işlemine izin verilmesine ilişkin davaya konu Rekabet Kurulu Kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle; Rekabet Kurulu'nun dava konusu 17.11.2011 tarih ve 11-57/1473-539 sayılı kararının **iptaline** karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce duruşma için taraflara önceden bildirilmiş bulunan 17.06.2014 tarihinde, davacı vekilinin gelmediği, davalı idare vekili Av. Ayperi Samantır ile davalı idare yanında müdahil Mars Sinema Turizm ve Sportif Tesisler İşletmeciliği A.Ş. vekilleri Av. Zuhal Bereket Baş ve Av. Bahadır Balkın'ın geldikleri, Danıştay Savcısı'nin hazır olduğu görülmekle, açık duruşmaya başlandı. Gelen taraf ve müdahil vekillerine usulüne uygun olarak söz verilerek dinlendikten ve Danıştay Savcısı'nin düşüncesi alındıktan sonra gelen taraf ve müdahil vekillerine son kez söz verilip, duruşma tamamlandı. Dava dosyası incelenip, gereği görüldü:

Üye Zümrüt Öden'in, dava konusu işlem ile davacının meşru, kişisel ve güncel bir menfaati etkilenmediğinden, dava konusu işlemin iptalini istemekte hukuken korunması gereken bir menfaat bağının bulunmadığı, bu nedenle davanın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 15/1-b maddesi uyarınca ehliyet yönünden reddine karar verilmesi gerektiği yolundaki usule ilişkin ayrışık oylarına karşılık, davalı idare ve davalı idare yanında müdahilin aynı yöndeki itirazları da yerinde görülmeyle, davacının dava açma ehliyetinin bulunduğu karar verilerek işin esasına geçildi.

Dava, AFM Uluslararası Film Prodüksiyon Ticaret ve Sanayi A.Ş.'nin çoğunluk hisselerinin, Mars Sinema Turizm ve Sportif Tesisler İşletmeciliği A.Ş. tarafından devralınması ve AFM üzerinde tek kontrol uygulayan Esas Holding A.Ş.'nin, Mars Sinema üzerinde ortak kontrol uygulayan Spark Entertainment Limited Şirketi'nin % 50 hissesini devralması işlemine izin verilmesine ilişkin Rekabet Kurulu'nun 17.11.2011 tarih ve 11-57/1473-539 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2012/2013

Karar No : 2014/2507

4054 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 1. fıkrasında, bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralmasının hukuka aykırı ve yasak olduğu; 2. fıkrasında da, hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurul'a bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul'un, çıkaracağı tebliğlerle ilan edeceği kurala bağlanmıştır.

07.10.2010 tarih ve 27722 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak 01.01.2011 tarihinde yürürlüğe giren ve 4054 sayılı Kanun'un 7'nci maddesi çerçevesinde hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Rekabet Kurulu'ndan izin alınması gereken birleşme veya devralmaların belirlenmesine ve bunların Rekabet Kurulu'na bildirilmesine ilişkin usul ve esasları düzenleyen 2010/4 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 10. maddesinin 1. fıkrasında, "Bildirim, taraflarca birlikte ya da taraflardan herhangi biri veya bunların yetkili temsilcileri tarafından yapılabilir. Bildirimde bulunan, diğer ilgili tarafı durumdan haberdar etmek zorundadır.", 13. maddesinin 1. fıkrasında, "Birleşme ve devralmalar değerlendirilirken özellikle; ilgili pazarın yapısı, ülke içinde veya dışında yerleşmiş olan teşebbüslerin fiili ve potansiyel rekabeti, teşebbüslerin pazardaki durumu, ekonomik ve mali güçleri, sağlayıcı ve müşteri bulabilme alternatifleri, arz kaynaklarına ulaşabilme imkanı, pazarlara giriş engelleri, arz ve talep eğilimleri, tüketicilerin menfaatleri, tüketici yararına olan etkinlikler ve diğer hususlar göz önünde tutulur."; 2. fıkrasında "Tek başına ya da birlikte hakim durum yaratmaya veya hakim durumu daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuran birleşme veya devralmalara izin verilmez."; 4. fıkrasında, "Kurul, bu Tebliğ'in 7'nci maddesi kapsamına giren birleşme ve devralma işlemlerine ya izin verir ya da bu işlemi nihai incelemeye almaya karar verdiği takdirde, ön itirazını bildiren yazısı ile birlikte birleşme veya devralma işleminin nihai karara kadar askıda olduğunu ve uygulamaya sokulamayacağını, gerekli gördüğü diğer tedbirlerle birlikte ilgililere usulüne göre tebliğ eder. Bu durumda, niteliğiyle bağdaştığı ölçüde Kanun'un 40 ila 59'uncu maddeleri hükümleri uygulanır. Kurul, izin kararında şart ve yükümlülük öngörebilir." kuralları yer almış; "Taahhüt" başlıklı 14. maddesinde ise "Teşebbüsler, Kanun'un 7'nci maddesi kapsamında ortaya çıkabilecek rekabet sorunlarının giderilmesi amacıyla, birleşme veya devralmaya ilişkin taahhüt verebilirler. Teşebbüsler tarafından verilen taahhütler, rekabetçi sorunları tamamen ortadan kaldırıcı nitelikte olmalıdır. Kurul, izin kararında, taahhütlerin yerine getirilmesini sağlamaya yönelik şart ve yükümlülük öngörebilir. Taahhüt, ön inceleme veya nihai inceleme safhasında verilebilir. Ön inceleme safhasında taahhüt verilmesi halinde bildirim, taahhüt metni Kurum tarafından alındığı tarihte yapılmış sayılır." hükümlerine yer verilmiştir.

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2012/2013

Karar No : 2014/2507

Belirtilen hükümlerin değerlendirmesinden, yukarıda anılan Tebliğ kapsamında izne tabi olan birleşme ve devralmaların Kurul'a bildirilmesi gerektiği, Kurul'un birleşme/devralma işlemine izin verip vermeme noktasında, ilgili pazarın yapısı, ülke içinde veya dışında yerleşmiş olan teşebbüslerin fiili ve potansiyel rekabeti, teşebbüslerin pazardaki durumu, ekonomik ve mali güçleri, sağlayıcı ve müşteri bulabilme alternatifleri, arz kaynaklarına ulaşabilme imkanı, pazarlara giriş engelleri, arz ve talep eğilimleri, tüketicilerin menfaatleri, tüketici yararına olan etkinlikler ve diğer hususları göz önünde bulundurması gerektiği, tek başına ya da birlikte hakim durum oluşturmaya veya hakim durumu daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuran birleşme veya devralmalara izin verilmeyeceği, bununla birlikte teşebbüslerin, Kanun'un 7'nci maddesi kapsamında ortaya çıkabilecek rekabet sorunlarının giderilmesi amacıyla, birleşme veya devralmaya ilişkin taahhüt verebilecekleri ve bu taahhütlerin, rekabetçi sorunları tamamen ortadan kaldırmaya nitelikte olması gerektiği, Kurul'un, izin kararında, taahhütlerin yerine getirilmesini sağlamaya yönelik şart ve yükümlülük öngörebileceği anlaşılmaktadır.

Diğer yandan, bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum oluşturmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmesini yasaklayan 7. madde hükmünün, birleşme/devralmalar açısından "*hakim durum testi*" olarak ifade edilen değerlendirme yöntemini benimsediği anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte, bu yöntemin iki aşamalı bir değerlendirme içerdiği, bu çerçevede, birleşme/devralma sonrasında hakim durum oluşturulması veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesinin yasaklanabilmesi için, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu da doğurduğunun belirlenmesi gerekmektedir.

Dosyanın ve eki klasörlerin incelenmesinden, AFM Uluslararası Film Prodüksiyon Ticaret ve Sanayi A.Ş.'nin çoğunluk hisselerinin Mars Sinema Turizm ve Sportif Tesisler İşletmeciliği A.Ş. tarafından devralınması ve AFM üzerinde tek kontrol uygulayan Esas Holding A.Ş.'nin de, Mars Sinema üzerinde ortak kontrol uygulayan Spark Entertainment Limited Şirketi'nin % 50 hissesini devralması işlemine ilişkin sunulan taahhüdün değerlendirilmesi ve işleme bu kapsamda izin verilmesi talebiyle yapılan bildirim üzerine, *Kurul'un yaptığı değerlendirmede*, ilgili ürün pazarının temelde sinema salonu hizmetleri olarak tanımlandığı, bununla birlikte, ilgili ürün pazarının birbirinden farklılık arz eden çok salonlu sinema salonu hizmetleri, geleneksel/AVM sinema salonu hizmetleri olarak alt segmentlere ayrıldığı, ilgili coğrafi pazarın, sinema salonları hizmetlerinde rekabetin yerel düzeyde gerçekleştiği göz önüne alınarak, inceleme konusu işlem ile ortaya çıkan yoğunlaşmanın gerçekleştiği İstanbul, Ankara, İzmir ve Antalya illeri olarak, İstanbul için ise Anadolu ve Avrupa yakaları olarak belirlendiği, diğer yandan fiyat rekabetinin birbirine yakın lokasyonlar arasında gerçekleştiği göz önüne alınarak belirtilen illerde 38 ayrı ilgili coğrafi pazar belirlendiği, sektörün arz yönünde, üretim ve dağıtım ayağı bakımından ise ilgili coğrafi pazarın tüm Türkiye olarak

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2012/2013

Karar No : 2014/2507

değerlendirildiği, birleşme sonrası ortaya çıkan pazar payları açısından ilgili 4 ilde Mars ve AFM'nin satılan bilet sayısı ve bilet geliri açısından, ortalama % 50'nin üzerinde pazar paylarına sahip olacağı, ilgili coğrafi pazar olarak Türkiye açısından ise 2010 yılında ve 2011 yılının ilk çeyreğinde Mars ve AFM'nin ortalama % 50'ye yakın, en yakın rakibi Avşar'ın ise % 10 oranının altında pazar paylarına sahip olduğu, sinema salonlarından elde edilen toplam gelir bakımından ise, iller bazında belirtilen oranlardan daha yüksek pazar paylarına ulaşıldığı, işlem sonrasında, dört büyük ilde, HHI düzeylerinin, satılan bilet geliri bakımından 3180-5733 aralığında değiştiği, HHI değişim düzeylerinin ise 1257-2969 arasında yer aldığı, Türkiye pazarı satılan bilet geliri bakımından işlem sonrası HHI düzeyi 2224-3031 arasında değişirken, HHI değişim düzeylerinin yine 1056-1441 bandında yer aldığı, benzer şekilde, sinema salonu hizmetlerinden elde edilen toplam gelir bakımından da işlem sonrasında dört büyük ilde HHI düzeyleri 3.115-5.795 arasında değişirken, HHI değişim değerlerinin 1.227-2.721 bandında bulunduğu, pazar payları ve yoğunlaşma düzeylerinin, pazarın yapısı ve rekabet düzeyi bakımından önemli ilk gösterge niteliğinde olduğu, ancak, bir birleşme-devralma işleminin ilgili pazarda rekabeti önemli ölçüde engelleyip engellemediğinin tespitinin, yapısal analizlerin yanı sıra söz konusu işlemin rekabet karşıtı etkilere yol açıp açmayacağına ilişkin yapılacak, özellikle pazarın mevcut ve gelecekteki yapısı ile pazardaki potansiyel rekabete ilişkin diğer değerlendirmeler sonucunda mümkün olabileceği, işlem sonrasında her ne kadar taraflar yüksek pazar paylarına sahip bir konuma geliyor olsalar da, piyasaya girişle ve AVM'lerin sayısındaki artışla birlikte, pazarın yapısındaki değişimin ilgili piyasadaki potansiyel rekabete olumlu etkileri olacağı yönündeki değerlendirmeler dikkate alındığında; devralma işlemi sonrasında, bazı mikro coğrafi pazarlar istisna olmak üzere ilgili diğer pazarlarda rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması sonucunun doğmayacağı, işlem sonrasında tarafların sektörün dikey değer zincirinde gösterim aşamasını oluşturan sinema işletmeciliği piyasasında elde edecekleri pazar payını kullanarak sektörün dikey zincirindeki diğer pazarlarında faaliyet gösteren teşebbüsler aleyhine rekabeti bozucu birtakım davranışlarda bulunmalarının bu aşamada ihtimal dahilinde bulunmadığı, dosyada yer alan ekonometrik tahmin ve hesaplamalar ışığında, işlem sonrasında sinema bilet fiyatlarının AFM ve Mars Sinema'nın Ankara ve İstanbul'da birbirlerine rekabetçi baskı oluşturdukları düşünülen; Batı Ankara pazarında % 16, Ümraniye/İstanbul pazarında % 37, Etiler-Levent/İstanbul pazarında % 32, Şişli/İstanbul pazarında % 13, Taksim-Beyoğlu/İstanbul pazarında % 7 oranında artabileceğinin tahmin edildiği, 4 ilde belirlenen toplam 38 adet ilgili coğrafi pazardan her iki teşebbüsün birbirleri üzerinde rekabet baskısı oluşturabileceği, beş coğrafi pazarda ise işlemin tüketici fiyatlarında artışa neden olacağı, bu nedenle talep konusu işlemin bu pazarlarda rekabeti önemli ölçüde kısıtlayacağı sonucuna ulaşıldığı, teşebbüslerce sunulan taahhüt paketinde, elden çıkarma işlemi sonrası dört pazardaki HHI oranlarının değişmeden kalacağı, sadece 3 no'lu pazarda HHI artışı gözlemlenebileceği, bu durumda işlemin tüketici fiyatları üzerindeki etkilerinin analiz edildiği modele göre de bu artışın % 1,3 civarında gerçekleşeceği, diğer pazarlarda ise fiyat artışı olmayacağı, bu durumda taraflarca sunulan taahhüt paketinin, söz konusu beş mikro

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2012/2013

Karar No : 2014/2507

pazarda rekabetin önemli ölçüde kısıtlanabileceği yönündeki endişeleri giderici nitelikte olduğu, bununla birlikte, taahhüt paketi ile birlikte yukarıda fiyat analizlerine yer verilen beş mikro pazar dışında tanımlanan diğer pazarlarda ortaya çıkacak olan görece yüksek pazar paylarında da, belirli bir azalma olacağı, bu durumun, söz konusu pazarlara ilişkin iddia edilebilecek rekabetçi endişeleri de giderici nitelikte olduğu, ilgili pazara giriş yönünde gerek yasal, gerekse yüksek yatırım maliyetleri açısından finansal herhangi bir engel bulunmadığı, ayrıca, önemli bir büyüme eğilimi göstermesi beklenen AVM piyasasında, yeni sinema salonlarının tesis edilmesi suretiyle, yeni oyuncuların ilgili pazara giriş yapmalarının mümkün görüldüğü, bu değerlendirmeler ışığında, taraflarca sunulan taahhüt paketinin, bu paket öncesi duruma ilişkin olarak ulaşılan rekabetçi endişeleri gidermek için yeterli olduğu sonucuna ulaşılarak, taraflarca sunulan taahhütlerin kabulüyle, birleşme/devralma işlemine izin verilmesine ve işlem tarafı teşebbüslerin ortalama bilet fiyatlarını ve ortalama bilet fiyatlarında meydana gelen değişiklikleri lokasyon bazında 5 yıl süreyle her yılın Ocak ayı sonu itibarıyla yıllık olarak Kuruma bildirmesine, gerektiğinde söz konusu bilet fiyatlarının analiz edilebilmesi için ilgili piyasadaki teşebbüslerden ihtiyaç duyulan bilgilerin istenmesine, gerekli bilgilerin işlem tarafı olmayan teşebbüslerden temini için 4054 sayılı Kanun'un 14. maddesinin uygulanması konusunda Başkanlığın görevlendirilmesine, bu husustaki sonuçların yıllık olarak Kurul gündemine getirilmesine karar verildiği, söz konusu Kurul kararının iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Rekabet hukukunda bir birleşme/devralma işleminin, yoğunlaşma doğurucu bir işlem olup olmadığının ve ilgili pazarın rekabetçi yapısı üzerinde olumsuz bir etki doğurup doğurmayacağına belirlenmesinde kullanılacak kriterlerden ilki, pazar paylarının hesaplanması ve yoğunlaşma oranlarının tespitidir. Bununla birlikte, belirtilen yapısal göstergeler, tek başına bir birleşme/devralma işleminin yasaklanması için yeterli görülmemekte, birleşme/devralma taraflarının yakın rakip olup olmadığı, işlemin yatay ve dikey ilişkili pazarlardaki etkileri, giriş engelleri, potansiyel girişlerin rekabet karşıtı etkileri ortadan kaldırıp kaldırmayacağı, pazardaki diğer teşebbüslerin payları, pazarda güçlü alıcıların bulunup bulunmadığı gibi hususların da irdelenmesi gerektiği kabul edilmektedir.

Dosya eki bilgi ve belgelerin incelenmesinden, sinema salonu hizmetleri pazarında birleşme/devralma işleminden önce en büyük iki teşebbüs olan Mars Sinema ve AFM'nin birleşme/devralma sonrasında, bilet sayısı, satış hasılatı, toplam gelir bakımından sinema salonları arasında klasik sinema salonlarından önemli bir yere sahip AVM sinemaları bakımından, çok salonlu sinemalar, üç boyutlu filmler, perde reklam yeri, sınırlı kopya sayısına sahip yabancı filmler, en çok hasılat yapan filmler bakımından yüksek pazar paylarına sahip olacağı, diğer yandan yoğunlaşma oranlarının tespitinde kullanılan HHI (Herfindahl Hirschman İndeksi) analizinde ortaya çıkan rakamların da Avrupa Birliği Rehberinde yer alan eşik değerlerin ve değişim değerlerinin oldukça üzerinde olduğu, bununla birlikte nispi pazar payları açısından, AFM ve Mars'ın pazardaki en yakın rakiplerinin, bu iki teşebbüsün ulaşacağı pazar paylarının çok altında bulunduğu anlaşılmaktadır.

T.C.

DANIŞTAY

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2012/2013

Karar No : 2014/2507

Pazar payları ve HHI analizleri çerçevesinde yapılan değerlendirmeler dikkate alındığında, Mars Sinema ve AFM'nin tüm ilgili ürün pazarlarında pazar payları bakımından açık ara pazarın en büyük teşebbüsü haline geleceği, birleşme/devralma sonrası HHI artışlarının rekabetçi endişelerin varlığına işaret eden düzeylerin çok üzerinde olduğu görülmektedir.

Bununla birlikte, tek başına pazar paylarına ve HHI analizine dayalı olarak ortaya konan verilerin, rekabetin önemli ölçüde azaltılması yönünde yeterli sonuç vermediği göz önüne alındığında, ilgili pazarın yapısı, pazardaki potansiyel rekabet, pazara giriş engelleri ve dikey ilişkili pazarlara etkiler bağlamında değerlendirmeler yapılması gerekmektedir.

Bu çerçevede, sinema salonu işletmeciliği hizmetlerinin özellikleri ve Türkiye'de sinema sektörünün üretim, dağıtım ve gösterim ayaklarının değerlendirilmesinden, Kurul kararında da belirtilen Türkiye sinema sektöründeki yapısal darboğazın aşılmasında en önemli faktörlerden birinin çok salonlu/AVM sinema salonları olduğu; mevcut hizmet kalitesi ve birçok filmin aynı anda gösterime girebilmesi, ayrıca pazarın talep yönlü büyüme potansiyeli göz önünde bulundurulduğunda, AVM'lerin sundukları paket hizmetin bir unsuru olan AVM sinema salonlarının tüketici nezdindeki konumunun işletme sahiplerine üstünlük sağlayacağı, AVM sinema salonları açısından AFM ve Mars'ın çok yüksek pazar paylarına ulaşacağı görülmektedir.

Pazara giriş engelleri ve potansiyel rekabet açısından Kurul kararında, pazara giriş engellerinin tesis maliyeti bakımından bulunmadığı, yeni AVM'lerin açılması ile birlikte sinema işletmeciliği pazarına girmek isteyen teşebbüslere bu AVM'lerdeki sinema salonları için açılan ihalelere girme şansı verildiği, fiyat üzerinden yapılan rekabet sonucunda, yeni teşebbüslerin sinema işletmeciliği pazarına girmesinin mümkün olacağı, mevcut AVM'lerdeki sinema salonlarının işletme hakkı, kira sürelerine bakıldığında, bu sürelerin piyasayı girişe kapatacak şekilde uzun süreli olmadığı, daha çok yıllık veya 2-3 yıllık olduğu ifade edilmiş ise de *inceleme sürecinde elde edilen bilgilerden*, dava konusu Kurul kararının tesis edildiği dönemde, Mars'ın 137 salonlu 21.049 koltuk kapasiteli 13 ayrı sinema kompleksi yatırım planı bulunduğu, buna karşın Avşar'ın 39 salonlu 4 sinema kompleksi, Prestij'in 1, Pink'in 1, Alarko'nun ise mevcut kompleksine 2 yeni salon ekleme projesi bulunduğu, buna ek olarak pazardaki mevcut sinema salonu zincirleri haricinde yeni bir girişin planlanıp planlanmadığının belli olmadığı, bu çerçevede ve mevcut veriler ışığında pazara yakın bir zamanda AFM ve Mars dışında yeterli bir giriş olmayacağı, aksine, Mars'ın mevcut yatırım planları çerçevesinde, dava konusu Kurul kararında bu yatırım planına dahil sinemalara ilişkin pazar paylarındaki muhtemel artışın dikkate alınmadığı göz önüne alındığında, çok daha yüksek pazar paylarına ulaşacağı açıktır.

Diğer yandan, AFM ve Mars'ın pazarda sahip olacağı yüksek pazar payları açısından sektörün yapım ve dağıtım ayağı açısından, zorunlu ticari ortak olup olmayacağı meselesi dava konusu birleşme/devralma işlemi çerçevesinde değerlendirilmiş; Kurul tarafından, mevcut

**DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE**

Esas No : 2012/2013

Karar No : 2014/2507

durumda, sinema salonu işletmecilerinin her bir filmin kendi başına bir ürün olduğu dikkate alındığında, sinema salonu işletmecilerinin faaliyetlerini kârlı bir şekilde sürdürebilmek için seyirci çekme potansiyeli olan bütün filmleri gösterime almak isteyecekleri, bu durumda, sinema işletmecisinin yüksek seyirci potansiyeli olan bir sinema filmini belirli bir dağıtımçıyı zor durumda bırakmak amacıyla gösterime almamasının en başta kendisi açısından gelir kaybettiği ve maliyetli bir durum ortaya çıkaracağı ifade edilmiş ise de; Kurul kararında yapılan değerlendirmeler de göz önünde tutulduğunda, bu noktada tek değerlendirme unsurunun film gösterimi olmadığı, gösterim şartlarının belirlenmesi ve gelir paylaşımı noktasında, AFM ve Mars'ın ulaştığı pazar payı bağlamında film yapım ve dağıtım pazarları ile reklam yeri sağlama pazarlarında yüksek düzeyde bir alıcı gücüne sahip olacağı görülmektedir.

Sonuç olarak, işlem taraflarınca verilen taahhüt paketi kapsamında, AFM ve Mars'ın sinemalar bazında ortalama gelirlerinin çok altında gelir elde eden 12 sinemanın elden çıkarılacağı, bu salonların 10'unun başka sinema salonu işletmecilerine devredileceği, 2'sinde ise faaliyetin sona erdirileceği, taahhüt paketi kapsamındaki sinemaların elden çıkarılması halinde oluşacak pazar paylarında görece bir azalma meydana geleceği anlaşılmakta ise de, bu durumun AFM ve Mars'ın yukarıda belirtilen ilgili ürün ve coğrafi pazarlardaki açık ara liderliğini ortadan kaldırmayacağı, mevcut taahhüt paketinin, işlem tarafı iki teşebbüsün birbirleri üzerinde rekabet baskısı oluşturabileceği beş coğrafi pazarda tüketici fiyatlarında bir değişime neden olmayacağı savından hareketle; birleşen tarafların pazar payları dikkate alındığında, birleşme/devralma sonrası oluşacak teşebbüse rekabetçi baskı oluşturacak büyüklükte teşebbüslerin bulunmadığı, taahhüt paketi sonrasında yoğunlaşma oranları ve pazar payları noktasında görece bir azalma olacağı açık olmakla birlikte, bu azalma sonrası oluşan rakamların rekabetçi bir pazar yapısına işaret etmeyeceği ve mevcut yatırım planlarının sonucunda ortaya çıkacak durumun hâlihazırda hesaplanması mümkün olmamakla birlikte, bu hususun pazar payları ve yoğunlaşma oranları üzerindeki etkisinin dikkate alınmadığı, dikey pazarlarda birleşme/devralma sonrası oluşacak teşebbüsün pazar gücünü dengeleyecek bir alıcı gücünün bulunmadığı, aksine oluşacak teşebbüsün dikey ilişkili pazarlar üzerinde alıcı gücünü artıracığı, potansiyel rekabet açısından, sinema salonu hizmetleri pazarına girişin mümkün olduğu görülmekle birlikte, pazarın mevcut durumu değerlendirildiğinde, pazardan çıkışlar, sinema salonlarının doluluk oranları, Türkiye sinema sektörünün özellikleri, mevcut yatırım planları ve talep yönlü büyüme olgusu göz önüne alındığında pazara yeterli bir girişin olmayacağı, işlem dosyası eki belgelerden anlaşılacağı üzere, taahhüt paketinde elden çıkarılacak sinema salonlarının AFM-Mars hasılat ortalamasının çok altında olan salonlar olması ve taahhüt paketinin varsayımsal olarak bütün hâlinde pazarda taraflardan sonra gelen en büyük oyuncu tarafından satın alınması hâlinde bile ilgili pazardaki en büyük iki oyuncunun Mars-AFM'nin dörtte birinden daha küçük bir büyüklüğe sahip olacağı dikkate alınmaksızın birleşme/devralma işlemine izin verildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, mevcut taahhüt paketinin Kurul kararının tesis edildiği dönemde oluşan verilerin analizi ışığında pazarda oluşacak rekabetçi endişeleri giderme konusunda yeterli

T.C.

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2012/2013

Karar No : 2014/2507

olmadığı sonucuna ulaşılmakla, taahhüt paketinin *bu şekliyle* kabulü ile bildirim konusu birleşme/devralma işlemine izin verilmesine ilişkin Kurul kararında hukuka uygunluk görülmemiştir.

Öte yandan, bu kararın uygulanması noktasında, kararda belirtilen gerekçelerin dikkate alınarak güncel pazar verileri ve analizleri ışığında, farklı taahhüt paketleri çerçevesinde işleme izin verilebileceği de açıktır.

Açıklanan nedenlerle; Rekabet Kurulu'nun 17.11.2011 tarih ve 11-57/1473-539 sayılı kararının iptaline, ayrıntısı aşağıda gösterilen toplam 219,10-TL yargılama gideri ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen 1.500,00-TL vekâlet ücretinin davalı idareden alınarak davacı şirkete verilmesine, müdahale yargılama giderlerinin müdahil şirket üzerinde bırakılmasına, YD İtiraz aşamasında davalı idare tarafından yapılan yargılama giderlerinin davalı idare üzerinde bırakılmasına, bu aşamada davalı idare tarafından yatırılan posta gideri avansından artan tutarın kararın kesinleşmesinden sonra davalı idareye iadesine, bu kararın tebliğ tarihini izleyen 30 (otuz) gün içerisinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na temyiz yolu açık olmak üzere, 17.06.2014 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

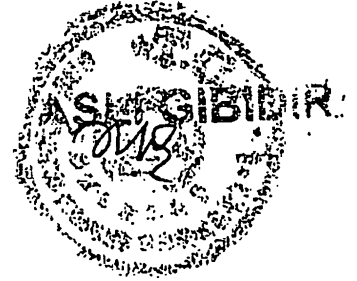
Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Nevzat	Zümrüt	H. Neşe	Dr. Hasan	Hamza
ÖZGÜR	ÖDEN	SARI	GÜL	EYİDEMİR
	(X)		(XX)	

YARGILAMA GİDERLERİ :

Başvuru Harcı : 32,40-TL
Karar Harcı : 43,90-TL
YD Harcı : 34,80-TL
Posta Gideri : 108,00-TL
Toplam : 219,10-TL

MÜDAHALE YARGILAMA GİDERLERİ :

Müdahale Harcı: 32,40-TL
Posta Gideri : 77,00-TL
Toplam :109,40-TL



DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2012/2013

Karar No : 2014/2507

(X) KARŞI OY :

Dava, AFM Uluslararası Film Prodüksiyon Ticaret ve Sanayi A.Ş.'nin çoğunluk hisselerinin, Mars Sinema Turizm ve Sportif Tesisler İşletmeciliği A.Ş. tarafından devralınması ve AFM üzerinde tek kontrol uygulayan Esas Holding A.Ş.'nin, Mars Sinema üzerinde ortak kontrol uygulayan Spark Entertainment Limited Şirketi'nin % 50 hissesini devralması işlemine izin verilmesine ilişkin Rekabet Kurulu'nun (Kurul) 17.11.2011 tarih ve 11-57/1473-539 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve ikincil mevzuatın değerlendirilmesinden; 2010/4 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ kapsamında izne tabi olan birleşme ve devralmaların Kurul'a bildirilmesi gerektiği, Kurul'un birleşme/devralma işlemine izin verip vermeme noktasında, ilgili pazarın yapısı, ülke içinde veya dışında yerleşmiş olan teşebbüslerin fiili ve potansiyel rekabeti, teşebbüslerin pazardaki durumu, ekonomik ve malî güçleri, sağlayıcı ve müşteri bulabilme alternatifleri, arz kaynaklarına ulaşabilme imkânı, pazarlara giriş engelleri, arz ve talep eğilimleri, tüketicilerin menfaatleri, tüketici yararına olan etkinlikler ve diğer hususları göz önünde bulundurması gerektiği, tek başına ya da birlikte hâkim durum oluşturmaya veya hâkim durumu daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuran birleşme veya devralmalara izin verilmeyeceği, bununla birlikte teşebbüslerin, Kanun'un 7. maddesi kapsamında ortaya çıkabilecek rekabet sorunlarının giderilmesi amacıyla, birleşme veya devralmaya ilişkin taahhüt verebilecekleri ve bu taahhütlerin, rekabetçi sorunları tamamen ortadan kaldıracı nitelikte olması gerektiği, Kurul'un, izin kararında, taahhütlerin yerine getirilmesini sağlamaya yönelik şart ve yükümlülük öngörebileceği anlaşılmaktadır.

Diğer yandan, 4054 sayılı Kanun'un bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum oluşturmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmesini yasaklayan 7. madde hükmünün, birleşme/devralmalar açısından "hâkim durum testi" olarak ifade edilen değerlendirme yöntemini benimsediği anlaşılmakta ve bu yöntemin iki aşamalı bir değerlendirme içerdiği, bu çerçevede, birleşme/devralma sonrasında hâkim durum oluşturulması veya mevcut hâkim durumun güçlendirilmesinin yasaklanabilmesi için, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu da doğurduğunun belirlenmesi gerekmektedir.

Dosyanın incelenmesinden; Rekabet Kurulu'nca işlemin rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracağı tespiti sonrasında işlem taraflarınca sunulan taahhüt paketinin Rekabet Kurulu tarafından rekabetçi endişeleri giderecek nitelikte olduğu değerlendirilerek dava konusu Kurul kararıyla işleme izin verildiği anlaşılmaktadır.

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2012/2013
Karar No : 2014/2507

Taahhüt paketinde, elden çıkarma işlemi sonrası dört pazardaki HHI oranları değişmeden kalacağı, sadece 3 no'lu pazarda HHI artışı gözlemlenebileceği, bu durumda işlemin tüketici fiyatları üzerindeki etkilerinin analiz edildiği bölümde yer verilen modele göre de bu artış %1,3 civarında gerçekleşeceği, diğer pazarlarda ise fiyat artışı olmayacağı, taraflarca sunulan taahhüt paketinin, söz konusu beş mikro pazarda rekabetin önemli ölçüde kısıtlanabileceği yönündeki endişeleri giderici nitelikte olduğu, taahhüt paketi ile birlikte fiyat analizlerine yer verilen beş mikro pazar dışında tanımlanan diğer pazarlarda ortaya çıkacak olan görece yüksek pazar paylarında da belirli bir azalma yaratacağı, bu durumun, söz konusu pazarlara ilişkin iddia edilebilecek rekabetçi endişeleri ortadan kaldıracacağı, öte yandan, ilgili pazara giriş yönünde gerek yasal gerekse yüksek yatırım maliyetleri açısından finansal herhangi bir engel bulunmadığı görülmektedir.

Ayrıca, önümüzdeki dönemde önemli bir büyüme eğilimi göstermesi beklenen AVM piyasasında, yeni sinema salonlarının tesis edilmesi suretiyle, yeni oyuncuların ilgili pazara giriş yapmaları da beklenmektedir.

Bu bağlamda, taraflarca sunulan taahhüt paketinin, bu paket öncesi duruma ilişkin olarak ulaşılan rekabetçi endişeleri gidermek için yeterli olduğu anlaşıldığından, taraflarca sunulan taahhütlerin kabulüyle işleme izin verilmesine; bu taahhütlerin süresi içinde yerine getirilmemesi hâlinde, iznin geçersiz sayılacağı hakkındaki dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık bulunmadığından davanın reddi gerektiği gerekçesiyle karara katılmıyorum.

Üye
Zümrüt ÖDEN



(XX) KARŞI OY :

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinin "feragat ve kabul" konusunda yollamada bulunduğu 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 307. maddesinde feragat, davacının talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesi olarak tanımlanmış; 309. maddesinde, feragat beyanının dilekçe ile veya yargılama sırasında sözlü olarak yapılacağı; 310. maddesinde feragatin hüküm kesinleşinceye kadar her zaman yapılabileceği; 311. maddesinde de, feragatin kesin hüküm gibi hukukî sonuç doğuracağı kurala bağlanmıştır.

Davacının 13.12.2012 tarihinde Danıştay kaydına giren dilekçesi ile davadan feragat ettiği görülmektedir.

Bu nedenle; davacının davadan feragat etmesi nedeniyle davanın esasının incelenmesi olanağı kalmadığından, feragat nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle aksi yönde oluşan çoğunluk kararına katılmıyorum.

Üye
Dr. Hasan GÜL

