

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2002-3-86 (Devralma)

Karar Sayısı : 02-47/588-241

Karar Tarihi : 8.8.2002

A- TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU

Üyeler : Dr. Kemal EROL, İsmet CANTÜRK, Nejdet KARACEHENNEM, A. Ersan GÖKMEN, R. Müfit SONBAY, Kubilay ATASAYAR, Murat GENCER, Mustafa PARLAK, Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ, Rıfki ÜNAL

B- RAPORTÖRLER: Yüksel KAYA, Ali Fuat KOÇ

C- BİLDİRİMDE BULUNAN: - Beğendik Mağaza İşletmeleri Ticaret A.Ş.
- Adese Alışveriş Merkezleri ve Ticaret A.Ş.

D- TARAFLAR: - Beğendik Mağaza İşletmeleri Ticaret A.Ş.
İstanbul Cad. Devrez Sok. No: 1 06060 İskitler-ANKARA
- Adese Alışveriş Merkezleri ve Ticaret A.Ş.
Hacı Yusuf Mescit Mah. Gülçiçek Sokak No: 4
Karatay-KONYA

E- DOSYA KONUSU: Beğendik Mağaza İşletmeleri Ticaret A.Ş. (Beğendik)'nin Ankara ili Etlik ve Akköprü semtlerinde bulunan mağazalarındaki demirbaşlarının Adese Alışveriş Merkezleri ve Ticaret A.Ş. (Adese)'ye satışı ve mülk sahipleri ile Adese'nin yeni kiracılık sözleşmeleri imzalamak suretiyle bu mağazaların işletimini devralması dolayısıyla söz konusu işleme izin veya menfi tespit belgesi verilmesi talebi.

F- DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 31.7.2002 tarih ve 3400 sayı ile intikal eden 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 yapılan inceleme sonucunda düzenlenen 5.8.2002 tarih, 2002-3-86/Ö.İ.-02-Y.K. sayılı Birleşme ve Devralma Ön İnceleme Raporu 6.8.2002 tarih, REK.0.07.00.00/56 sayılı Başkanlık önergesi ile 02-47 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G- RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda; söz konusu "Demirbaş Satış Protokolü" başlıklı anlaşmaya Kanun'un 8. maddesi uyarınca menfi tespit belgesi verilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

H- İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

H.1.1. Demirbaş Satış Protokolü Hükümleri

Başvuru konusu işlem, Beğendik'in Ankara ili Etlik semtindeki 2.890 m² ve Akköprü semtindeki 2.133 m² satış alanlı mağazalarındaki demirbaşların Adese'ye satışı ve mülk sahipleri ile Adese'nin kiracılık sözleşmeleri imzalamak suretiyle bu mağazaların işletiminin devralınmasıdır.

Bildirilen işlem "Demirbaş Satış Protokolü" (Protokol) başlıklı bir anlaşmadan ibarettir. Anılan anlaşmanın "Konu" başlıklı 2. maddesinde; Beğendik'in davacısı olduğu Ankara 8. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2002/176 E.-2002/189 K sayılı dosyasında verilmiş "İflasın Ertelenmesi" kararı mucibince, dosyada mevcut bilirkişi raporu doğrultusunda belirlenmiş ıslah tedbirleri kapsamında ve kayyum heyetince; Beğendik tarafından işletilmekte olan Mersin, Etlik, Akköprü mağazalarındaki faaliyet ve kira sözleşmelerinin sonra erdirilmesine, bu mağazalardaki demirbaşların satılmasına, bu konuda talipli firmalardan teklif alınmasına karar verilerek alınan tekliflerin değerlendirildiği, konu malların Adese'ye satışının uygun görüldüğü, demirbaşların listesinin ekte bulunduğu ifade edilmektedir.

"Fiyat ve Fatura Tanzimi" başlıklı 4. maddede ekli listedeki demirbaşların bedelleri mağazalar bakımından ayrı ayrı verilmiştir. Bildirim formunun 2.1. maddesinde Etlik ve Akköprü mağazalarının devredileceği ifade edilmektedir. Protokol'ün 2. maddesinde Mersin mağazasının adı geçmesine rağmen, 4. maddede Mersin mağazası için "bilahare kiralanacak olursa" tabiri kullanılmaktadır. Protokol'ün 4. maddesinde demirbaşlara dair faturalandırmanın leasing firması üzerine yapacağı ve mal bedelini bu firmadan alacağı, bildirim formunda da demirbaşların leasing yöntemiyle satın alınacağı belirtilmektedir.

"Teslim ve Ödeme" başlıklı 5. maddede Beğendik'in faturaların kesilmesi tarihinden itibaren en geç 8 gün içinde mevcut kira sözleşmelerini sona erdireceği, eş zamanlı olarak Adese ile mülk sahipleri arasında kira sözleşmelerinin imzalanması koşullarını hazırlayacağı, her bir mağaza için hazırlanan kira sözleşmesinin Adese ile mülk sahipleri arasında imzalanarak demirbaşların teslim alınacağı, aynı zamanda teslim alınan malların bedeli konusunda Adese'nin leasing firmasına ödeme talimatı vereceği anlaşılmaktadır.

Protokol'ün diğer maddelerinde ise;

7. maddesinde; Beğendik personeli kazanılmış hakları ile Adese'ye intikal edeceği,

8. maddede konu malların satımına dair kayyum kararının, mallara ilişkin listelerin, kira sözleşmelerinin, personel listesinin sözleşmenin ayrılmaz parçası olduğu,

10. maddesinde sözleşmenin 31.7.2002 tarihinde imzalandığı, mevcut kira sözleşmelerinin sona erdirilmesi ve Adese ile maliklerin öngörülen şartlara uygun yeni kira sözleşmeleri yapmasının sağlanmasının sözleşmenin yürürlük şartı olduğu ifade edilmektedir.

Protokol'ün Ek Maddesinde Beğendik'in Kocatepe mağazasınının üçüncü şahıslara satılma-devir aşamasına gelmesi halinde, taraflar arasında daha önce yapılan protokol çerçevesinde, alıp almayacağı konusunda mevcut teklifi ve şartları Adese'ye ön alım ve tercih hakkı vermeyi kabul ve taahhüt ettiği anlaşılmaktadır. İlgili hükmün şu aşamada değerlendirilmesine gerek bulunmamaktadır.

H.1.2. Değerlendirme

Söz konusu olayda temel sorun 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi gereğince teşebbüsler arasında bir devralma olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. Maddesi birinci fıkrası (b) bendine göre bir devrin rekabet hukuku açısından devralma olarak kabul edilmesinde üç temel unsur bulunmaktadır.

Bunlar:

- 1- malvarlığının bütünüyle veya kısmen devredilmesi,
- 2- ortaklık payının tamamı veya bir kısmının devredilmesi,
- 3- yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçların devralınması

olarak sayılabilir.

Doktrinde mal varlığının *"işletilmeye müsait mal varlığı olarak değerlendirilmesi"* ve yapılan işlemle ortaya çıkan yeni durumda ticari ve ekonomik açıdan kontrolün değişmesi gerektiği belirtilmektedir. Avrupa Topluluğu Komisyonu tarafından yayımlanan bir bildiriye, kontrolün nesnesinin hukuki varlık oluşturan bir veya daha fazla teşebbüs veya bu teşebbüslerin mal varlıklarının tümü veya sadece bir kısmı olabileceği, marka veya lisans da olabilen söz konusu malvarlığının net bir cironun atfedilebildiği bir faaliyet olması gerektiği ifade edilmektedir.

Beğendik, Ankara'daki iki mağazasının kiracılık sözleşmelerini sona erdirerek, Adese'nin bu mağazaların malikleri ile kiracılık sözleşmeleri yapmasına imkân tanımakta ve bu mağazalardaki demirbaşları da bu şirkete devretme yükümlülüklerini üstlenmektedir. Bu durumda, demirbaşları ile birlikte mağazalardan oluşan malvarlığı kontrolün nesnesini oluşturmakta olup, anılan malvarlığına net bir ciro atfedilebildiği için bildirilen işlemin devralma olarak nitelenebileceği düşünülmektedir.

Yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçların devralınması ise Tebliğ'de kontrol kavramına bağlanmıştır. Kontrol kavramı da incelenen olay bakımından teşebbüsün organlarının oluşumunda ya da kararları üzerinde belirleyici etki yaratan haklarla ortaya çıkabilir. Diğer bir deyişle Tebliğ'e göre kontrolün elde edilmesi teşebbüs yönetiminde belirleyici bir şekilde etkide bulunabilme olanağını sağlayan işlem vasıtasıyla olmaktadır. Bu işlemin ise devreden ve devralan arasında olması gerekmektedir. Dosya konusu olayda işyerinin mülkiyeti tarafların dışında üçüncü bir şahsa ait olduğundan kira hakkının devredilmesinden söz etmek mümkün değildir.

Söz konusu devir işleminde iki ayrı hukuki işlem görülmektedir. Birinci işlem, Beğendik'e ait bir kısım dolap, raf, fırın ve bilgisayar gibi unsurların bedeli karşılığında Adese'ya devredilmesidir. Bu açıdan devir konusunda bir tartışma söz konusu değildir.

İkinci hukuki işlem ise, üçüncü bir şahsa ait olan kira sözleşmesidir. Bu kira sözleşmesinin devreden Beğendik ile yapılmış olması durumunda bir devir işleminden söz edilebilirdi. Ancak kira sözleşmesi malik ile yeni kiracı arasında

yapılan bir akit olduğundan devrin dışında bir işlem olarak görülmelidir. Burada kısaca söylemek gerekirse, kira sözleşmesinin devri değil, yeni bir kira sözleşmesinin yapılması söz konusudur. Bu durum da devirden söz etmeye engel olmaktadır.

Tarafların 2001 yılı cirolarınının 1997/1 sayılı Tebliğ'in 1998/2 sayılı Tebliğ ile değişik ciro eşiğini geçmesine rağmen, tarafların Ankara ilindeki gıda ağırlıklı perakende satış pazarındaki pazar paylarının oldukça düşük kaldığı, bu nedenle, anılan devralma sonucunda 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesinde belirtilen bir hakim durum yaratılması veya mevcut bir hakim durumun daha da güçlendirilmesi ve böylece rekabetin önemli ölçüde azaltılması söz konusu olmadığından; bildirim konu işleme izin verilebileceği düşünülebilirdi.

Ancak benzer bir işlemle ilgili olarak, Rekabet Kurulu'nun 14.5.2002 tarih ve 02-28/313-128 kararında; işyerlerinin mülkiyetinin üçüncü bir tarafta olması durumunda kira hakkının devredilmesinden söz edilemeyeceği, alıcıyla mülk sahipleri arasında yeni bir kira sözleşmesi yapılmasının söz konusu olması nedeniyle inceleme konusu işlemin 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesi uyarınca bir devralma olmadığı sonucuna varılarak, talep edilen menfi tespit belgesinin verilmesi dikkate alındığında; bildirilen Protokol kapsamındaki mağazaların mülkiyetinin de Beğendik'te değil, üçüncü kişilerde olması nedeniyle, Rekabet Kurulu'nun söz konusu kararı dikkate alınarak, anılan işlemin bir devralma olmadığı ve söz konusu "Demirbaş Satış Protokolü" başlıklı anlaşmaya menfi tespit belgesi verilebileceği kanaatine varılmıştır.

I- SONUÇ

Yukarıda yer verilen değerlendirmeler çerçevesinde;

Migros Türk T.A.Ş.(Migros) ve Beğendik Mağaza İşletmeleri Ticaret ve Sanayi A.Ş. arasında yapılan ve Beğendik'in kiracılık haklarından Migros lehine feragat etmesini düzenleyen işleminin, 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 2. maddesi kapsamında bir devralma işlemi olmadığı sonucuna varılarak bu işlemi düzenleyen sözleşmeye talep edilen menfi tespit belgesinin verilmesini karara bağlayan 14.5.2002 tarih ve 02-28/313-128 sayılı Kurul kararı doğrultusunda, bu defa, dosya konusu işlemin, düzenlendiği "Demirbaş Satış Protokolü" başlıklı anlaşmaya 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 8. maddesi uyarınca menfi tespit belgesi verilmesine, OY ÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.

**(08.08.2002 tarih 02-47/588-241 sayılı Kurul Kararına)
KARŞI OY GEREKÇESİ**

Menfi tesbit istenilen “Demirbaş Protokolü” ile taraflardan Beğendik Mağaza İşletmeleri Ticaret A.Ş., yine aynı piyasada faaliyet gösteren Adese Alışveriş Merkezleri ve Ticaret A.Ş.’ne, Ankara’nın Etlik ve Akköprü semtlerinde bulunan mağazalarındaki demirbaşlarını devrettiği gibi, daha önce Beğendik tarafından kiralanmış ve kullanılmakta olan her iki mağazanın mülk sahipleri ile Adese mağazası olarak kullanılmak üzere kira sözleşmesi imzalamayı sağlamayı taahhüt etmekte; başka bir deyişle, Beğendik mağazası olarak mülk sahiplerinin kira akdi imzalamalarını taahhüt etmek suretiyle kullanılan her iki mağazayı da alıcı rakibine devretmektedir.

Çoğunluğun bu işlemi 1997/1 sayılı Tebliğin 2 nci maddesi anlamında bir devralma olarak kabul etmeyişinin gerekçesi olan husus, bu Protokol ile Beğendik’in “işletilmeye müsait bir mal varlığını devretmiş sayılmayacağı” düşüncesidir. Oysa, bu sözleşme ile Beğendik, sadece demirbaşlarını değil, yıllardır Etlik ve Akköprü semtinde Beğendik ticaret ünvanı ve markası altında çalıştırdığı mağazaların kiracılık haklarını da rakibine devretmektedir. Her ne kadar bu binaların mülk sahiplerinin Adese ile kira sözleşmesi imzalayıp imzalamamakta serbest olmaları nedeniyle devirin başka bir şartın gerçekleşmesine bağlı olduğu, böylece devredenin iradesinin yeterli olamayacağı söylenebilirse de, Protokolün 10 ncu maddesi açık hükmü karşısında, Beğendik’in bu binalardaki mevcut kira sözleşmesinin feshi ile Protokolün yürürlüğe girmesinin, ancak Adese ile mülk sahipleri arasında öngörülen şartlara uygun yeni kira sözleşmelerinin yapılması şartına bağlı kılınmış olması nedeniyle, Protokolün “başkasının fiilini taahhüt akdi” niteliğinde olduğu ve bu nedenle de belli bir ivaz karşılığında sadece kiracılık hakkını değil bu dükkanlarda Beğendik tarafından kazanılmış olan müşteri ve diğer hakların devrini içerdiği anlaşılmaktadır. Nitekim bu Protokol ile tarafların yüklüce bir bedel üzerinde anlaşmış olmaları da devredilen kiracılık ve buna bağlı diğer hakların bir “mal varlığı” olarak değerini göstermektedir. Bu itibarla işlemin, 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında bir devralma olduğunun kabulü ile bu yönden incelenmesi gerektiği düşüncesiyle sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyoruz.

Dr. Kemal EROL
İl. Başkan

Nejdet KARACEHENNEM
Kurul Üyesi

R. Müfit SONBAY
Kurul Üyesi