

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2009-1-80 (Devralma)
Karar Sayısı : 09-34/791-194
Karar Tarihi : 5.8.2009

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

10

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI (Başkan V.)
Üyeler : Mehmet Akif ERSİN, Doç. Dr. Mustafa ATEŞ,
İsmail Hakkı KARAKELLE, Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY,
Murat ÇETİNKAYA, Reşit GÜRPINAR

B. RAPORTÖRLER: M. Oğuzcan BÜLBÜL, C. Ökmen YÜCEL

**C. BİLDİRİMDE
BULUNAN**

20

: Kansai Paint Co. Ltd.
Temsilcileri Av. Gönenç GÜRKAYNAK,
Av. Murat Hakan ÖZGÖKÇEN, Av. Öznur İNANILIR
Elig Ortak Avukat Bürosu, Çitlenbik Sok. No:12 Yıldız Mah.
Beşiktaş/İstanbul

D. TARAFLAR

: Kansai Paint Co. Ltd.
6-14, Imabashi 2-chome, Chuo-ku, Osaka 541-8523, JAPONYA
Akzo Nobel Coatings International B.V.
Velperweg 76 PO Box 6800 SB Arnhem, HOLLANDA

30

E. DOSYA KONUSU: Kansai Paint Co. Ltd.'nin, Akzo Nobel Coatings International B.V.'nin, Türkiye'de faaliyet gösteren bir ortak girişim olan Akzo Nobel Endüstri ve Otomobil Boyaları Sanayi ve Ticaret A.Ş.'de bulunan %51'lik hissesini devralması işlemine izin verilmesi talebi.

40

F. DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 7.7.2009 tarih ve 4735 sayı ile giren ve eksiklikleri en son 23.7.2009 tarih, 5230 sayı ile tamamlanan 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 31.7.2009 tarih ve 2009-1-80/Öİ-09-MOB sayılı Devralma Ön İnceleme Raporu, 3.8.2009 tarih, REK.0.05.00.00-120/147 sayılı Başkanlık önergesi ile 09-34 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda,

50

- 3 Ekim 2007 tarihinde Kansai Paint Co. Ltd. ile Akzo Nobel Coatings International B.V. arasında akdedilen İntifa Hakkı Sözleşmesi ile Hisse Satın Alma Sözleşmesi ile yine aynı tarihte Akzo Nobel Coatings International B.V. ve Eyüp Altan, Mustafa Altan, Fatma Altan, Eyüp Altan (Mehmet Altan'ın oğlu) ve Güner Ümmü Altan arasında akdedilen Niyet Mektubu'nun İntifa Hakkı Sözleşmesi bünyesinde tek bir anlaşma olarak değerlendirilebileceği,

- Söz konusu anlaşma ile Akzo Nobel Endüstri ve Otomobil Boyaları Sanayi ve Ticaret A.Ş.'yi ortak kontrol eden taraflardan Akzo Nobel Coatings International B.V.'nin yerini Kansai Paint Co. Ltd.'nin aldığı ve Akzo Nobel Coatings International B.V.'nin Akzo Nobel Endüstri ve Otomobil Boyaları Sanayi ve Ticaret A.Ş. bünyesinde sahip olduğu %51 oranındaki hisse senetlerine istinaden elinde bulundurduğu kontrolün süreklilik arz edecek biçimde Kansai Paint Co. Ltd.'ye geçtiği,
- Sayılan nedenlerle, Kansai Paint Co. Ltd. ile Akzo Nobel Coatings International B.V.'nin arasındaki 3 Ekim 2007 tarihinde akdedilen İntifa Hakkı Sözleşmesi'nin 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında ve izne tabi bir işlem olduğu,
- İntifa Hakkı Sözleşmesi'nin 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında izne tabi bir birleşme ve devralma işlemi olmasına rağmen Rekabet Kurulu'na bildirilmemesi nedeniyle, Kansai Paint Co. Ltd.'ye 4054 sayılı Kanun'un 11. maddesi ile 16. maddesinin (b) ve (d) bentleri uyarınca Akzo Nobel Endüstri ve Otomobil Boyaları Sanayi ve Ticaret A.Ş. 2008 yılı cirosunun binde biri oranında 160.652,92.-TL idari para cezası verilmesi gerektiği,

Kansai Paint Co. Ltd. ile Akzo Nobel Coatings International B.V. arasındaki devralma işleminin,

- 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesi ile yasaklanan, bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya mevcut hâkim durumlarını güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğurmayacağı,
- Dolayısıyla bildirim konusu işleme izin verilmesi gerektiği

görüşü ifade edilmiştir.

H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. Taraflar

H.1.1. Devreden: Akzo Nobel Coatings International B.V.

Hollanda menşeli Akzo Nobel Coatings International B.V. bir limited şirket olup, ana şirket olan Akzo Nobel N.V.'nin %100 oranında iştirakidir. Akzo Nobel Coatings International B.V., Hollanda dışında faaliyet gösteren bütün Akzo Nobel iştiraklerini kontrol eden holding şirkettir ve kaplamaların üretimi ve satışı konularında faaliyet göstermektedir.

H.1.2. Devralan: Kansai Paint Co. Ltd.

Dosyadaki bilgilere göre, Kansai Paint Co. Ltd., kurulduğu 1918 yılından itibaren düzenli biçimde büyüyerek Japonya'nın ve dünyanın en ileri düzey boya ve kaplama üreticilerinden birisi konumuna gelmiştir. Kansai Paint Co. Ltd.'nin faaliyet alanları şu şekilde gruplandırılabilir:

Otomotiv Kaplamaları

Temel olarak iki ana segmentten oluşmaktadır: yeni arabalar için kaplamalar ve yeniden yapım/onarım sonrası kullanılan boyalar.

09-34/791-194

Yeni araçlar için otomotiv kaplamaları, yüksek derecelerde iyileştirilebilir boyalar ile otomatik uygulama hatlarında kullanılmak suretiyle otomobil üreticileri veya otomobil parçaları üreten üreticiler tarafından kullanılan boyalardır.

- 100 Otomobil yeniden yapım/onarım sonrasında kullanılan boyalar, otomobil servisleri tarafından kaza veya diğer sebepler ile hasar görmüş otomobillerin kaporta ve boya tamiri sürecinde kullanılan boyalardır.

Endüstriyel Kaplamalar

İnşaat araçları, endüstriyel makineler, tarım aletleri, ev elektronik aletleri, içecek kutuları, önceden kaplanmış metaller ve farklı yapı malzemesi tipleri dahil geniş yelpazede birçok endüstriyel ürünle birlikte kullanılan kaplamalardır.

Dekoratif Kaplamalar

- 110 Dekoratif kaplamalar, ev ve bina gibi yapıları bozulma ve yıpranmadan koruyan kaplamalar ile söz konusu yapıların güzelleştirilmesi ve onarımında kullanılan kaplamalardır.

Marin ve Koruyucu Kaplamalar

Çelik yapıları deniz suyunun sebep olduğu korozyona karşı, kara yapılarını da yağmur suyu ve rutubetin yarattığı yıpranmaya karşı koruyan kaplamalardır.

Yeni İşler

Kansai Paint Co. Ltd., boya ve kaplama dışında telekomünikasyon ve elektronik ile biyoteknoloji alanları gibi geniş yelpazede olan özel uygulamalar için iş alanı oluşturma konusundaki faaliyetlerdir.

Denizaşırı İşler

- 120 Kansai Paint Co. Ltd., özellikle büyük oranda büyüme gerçekleştirmesi öngörülen Asya bölgesi olmak üzere deniz aşırı ülkelerde iş alanları oluşturma çalışmalarını sürdürmektedir. Kansai Paint Co. Ltd., Kuzey Amerika ve Avrupa'da, PPG Industries şirketi ile aralarındaki ortak girişim PPG Kansai Automotive Finishes aracılığı ile sağlam ve başarılı bir otomotiv kaplama tedarik sistemi oluşturmuştur.

AR&GE

Kansai Paint Co. Ltd.'nin en önemli amacı, pazar ihtiyaçlarına cevap verecek teknoloji ve ürünleri zamanında üretmek ve geliştirmektir. Bu bağlamda, Kansai, yeni teknolojiler için çok çeşitli araştırma ve geliştirme faaliyetleri gerçekleştirmektedir.

Kansai Paint Co. Ltd.'nin ortaklık yapısı aşağıda gösterilmektedir:

130 **Tablo 1: Hisse Yapısı**

HİSSEDARLAR	HISSE ORANI
State Street Bank & Trust	%....
Japan Trustee Services Bank	%....
Nippon Life Insurance	%....
The Dai-Ichi Mutual Life Insurance company	%....
Toyota Motor Corporation	%....
Çalışanların Sahip Olduğu Hisseler	%....
Daido Life Insurance	%....
Japan Agricultural Corporation	%....
The Tokio Marine and Fire Insurance Co. Ltd.	%....
Halka Açık Kısım	%.....
TOPLAM	%100

H.1.3 Devredilen: Akzo Nobel Endüstri ve Otomobil Boyaları Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Akzo Nobel Endüstri)

140 Akzo Nobel Endüstri, esas olarak binek otomobiller ve ticari araçlar üreten orijinal ekipman üreticilerinin (OEÜ), söz konusu araçların metal ve plastik bileşenlerinin üretiminde kullandığı kaplamalar ile genel endüstri kaplamalarının üretim, satım ve dağıtım işi ile iştigal etmektedir.

Genel Endüstri Kaplamaları

Genel endüstri kaplamaları, endüstriyel uygulamalarda kullanılan çözücü esaslı ve su esaslı kaplamaların geliştirilmesi, üretimi, pazarlanması ve satışı faaliyetlerinden oluşmaktadır. Genel endüstri kaplamaları; tabela üreticileri, çelik gövde üreticileri, traktör ve toprak kazı makinesi üreticileri, trafo üreticileri, zirai makine üreticileri, ısı paneli radyatörü üreticileri, buzdolabı kondansatörü üreticileri, deniz konteynırları, bisiklet üreticileri, LPG tüpleri, boru kaplamaları, bidon ve varil üreticileri ve balast kaplamalarında kullanılmaktadır.

150 OEÜ Tarafından Üretilen Kaplamalar

Akzo Nobel Endüstri, binek otomobiller ve ticari araçlar üreten OEÜ işi kapsamında ulaşım ve nakil araçları pazarının binek otomobiller için kaplamalar, ticari araçlar için kaplamalar ve metalik ile plastik otomotiv bileşenleri için kaplamalar segmentlerinde faaliyet gösteren tüm üreticilerin ihtiyaçlarını karşılayan boya ve tali malzeme üretimi ile iştigal etmektedir.

Akzo Nobel Endüstri'nin başvuru konusu devralma işlemi öncesindeki hisse yapısı ve yönetim kurulu yapısı şu şekildedir:

Tablo 2: Devralma İşlemi Öncesindeki Hisse Yapısı

HİSSEDARLAR	HİSSE ORANI
Akzo Nobel	%..
Eyüp Altan	%...
Mustafa Altan	%...
Mesut Altan	%.....
Eyüp Altan (Mehmet Altan'ın Oğlu)	%.....
Fatma Altan	%.....
Güner Ümmü Altan	%...
TOPLAM	%100

160 Tablo 3: Yönetim Kurulu

ÜYELER	GÖREVLERİ
Eyüp Altan	Başkan
Hiroshi Ishino	Başkan Yardımcısı
Shigeru Nakamura	Üye
Tatsuya Yada	Üye
Mustafa Altan	Üye
Güner Ümmü Altan	Üye

H.2. İlgili Pazar

H.2.1. İlgili Ürün Pazarı

İlgili ürün pazarı, Akzo Nobel Endüstri'nin işbu bildirim kapsamındaki faaliyet alanları da dikkate alınarak, *“binek otomobiller ve ticari araçlar üreten OEÜ'lerin, söz konusu araçların metal ve plastik bileşenlerinin üretiminde kullandığı kaplamalar ile genel endüstri kaplamaları”* olarak tanımlanmıştır.

H.2.2. İlgili Coğrafi Pazar

170 Bildirim konusu işlem kapsamında yapılan değerlendirmeler neticesinde ilgili coğrafi pazar *“Türkiye”* olarak tespit edilmiştir.

H.3. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

H.3.1. İşlemin Niteliği

180 Dosya konusu işlem kapsamında, Akzo Nobel Coatings International B.V. (Akzo Nobel) ile Akzo Nobel Endüstri'nin %49 oranındaki hissesine sahip gerçek şahıs hissedarlar olan Eyüp Altan, Mustafa Altan, Fatma Altan, Eyüp Altan (Mehmet Altan'ın oğlu) ve Güner Ümmü Altan (hep birlikte 'Altan Ailesi') arasındaki ortak girişim olan Akzo Nobel Endüstri bünyesinde Akzo Nobel'in sahip olduğu, karşılığı ödenerek ihraç edilmiş ve sahibine oy hakkı sağlayan %51 oranındaki hissenin Kansai Paint Co. Ltd. (Kansai) tarafından devralınması suretiyle Akzo Nobel Endüstri şirketinin kontrolünün tek başına Kansai'ye devredilmesi planlanmaktadır.

Bildirime konu devralma işlemi, 3 Ekim 2007 tarihinde imzalanmış üç anlaşma üzerine inşa edilmiştir. Bunlar:

- 190 - Akzo Nobel ile Kansai arasında imzalanmış olan ve Akzo Nobel'in Akzo Nobel Endüstri'de bulunan %51 oranındaki hissesinin Kansai'ye devrini öngören “Hisse Satın Alma Sözleşmesi” (HSAS),
- Akzo Nobel ile Kansai arasında imzalanmış olan ve Akzo Nobel'in Akzo Nobel Endüstri'de sahip olduğu %51'lik hisse senetlerinden doğan tüm hakların kullanımı için Kansai'nin intifa hakkı sahibi olarak tayin edildiği “İntifa Hakkı Sözleşmesi”,
- Kansai ile Altan Ailesi arasında imzalanmış olan ve Akzo Nobel Endüstri'nin faaliyetlerine, toplantı nisabına ve karar alma kabiliyetine ilişkin hükümleri içeren ve HSAS ile herhangi bir uyumsuzluk olması durumunda içerdiği hükümlerin HSAS'a üstün geleceği karara bağlanmış olan “Niyet Mektubu”dur.

200 Akzo Nobel, Türkiye'de Adet A sınıfı ve adet B sınıfı hisseye ayrılmış ve tamamı ödenmiş TL tutarında sermayeye sahip bir anonim şirket olan ve 4 Ocak 2007 tarihine kadar binek otomobiller ve ticari araçlar üreten OEÜ'lerin söz konusu araçların metal ve plastik bileşenlerinin üretiminde kullandığı kaplamalar, otomobil yeniden bakım/onarımında kullanılan kaplamalar, genel endüstri kaplamaları, ev aletleri için kullanılan kaplamalar, bobin kaplamalar, ağaç kaplamalar ve özel plastik kaplamaların üretim, satım ve dağıtım işi ile iştigal etmiş olan Akzo Nobel Kemipol Kimya Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin (Akzo Nobel Kemipol) %51 oranındaki hissesine sahiptir. Kalan %49 oranındaki hisse ise Altan Ailesi aittir.

- 210 Akzo Nobel, 4 Ocak 2007 tarihinde, Akzo Nobel Kemipol'de kısmi bölünme gerçekleştirmek suretiyle aynı ortaklık yapısının muhafaza edildiği Akzo Nobel Endüstri şirketini kurmuştur. Akzo Nobel Endüstri, Akzo Nobel Kemipol'ün binek otomobiller ve ticari araçlar üreten OEÜ'lerin söz konusu araçların metal ve plastik bileşenlerinin üretiminde kullandığı kaplamalar, genel endüstri kaplamaları, ev aletleri için kullanılan kaplamalar üretim, satım ve dağıtım işi ile tüm üretim tesis araçlarını, izin ve onayları Akzo Nobel Endüstri şirketine devretmiştir. Söz konusu devir sonrasında, Akzo Nobel Kemipol, otomobil yeniden bakım/onarımında kullanılan kaplamalar, bobin kaplamalar, ağaç kaplamalar ve özel plastik kaplamaların üretim ve dağıtım işi ile işgal etmeye devam etmiştir.
- 220 Alıcı Kansai, Akzo Nobel tarafından gerçekleştirilen bu bölünme işlemi neticesinde kurulan Akzo Nobel Endüstri'nin hisse senetlerinin Akzo Nobel'e ait olan %51'lik kısmını birinci elden satın almak istemiştir. Ancak, Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) "...Ayın karşılığı olan hisse senetlerinin şirketin tescilinden itibaren iki yıl geçmeden başkalarına devri hükümsüzdür..." başlıklı 404. maddesi kapsamında düzenlenen kısıtlamaya tabi olmuştur. Bu bağlamda, Akzo Nobel'in, bir anonim şirket olan Akzo Nobel Endüstri'de aynı sermaye katkısı yoluyla elde ettiği %51 oranındaki hisse senetlerini bu katkıyı izleyen iki yıl boyunca alıcı Kansai'ye devredememesi durumu ortaya çıkmıştır.
- 230 Bu sebeple Akzo Nobel ve Kansai, tasarladıkları hisse devrinin gerçekleşeceği (en erken 4 Ocak 2009 veya sonrası) tarihe kadar geçerli olacak ve Akzo Nobel'in Akzo Nobel Endüstri'de sahip olduğu %51 oranındaki hisse senedi üzerinde Kansai lehine intifa hakkı tanınmasını düzenleyen İntifa Hakkı Sözleşmesi akdetmişleridir. Buna ilaveten, söz konusu devir yasağının kalktığı tarihten sonra gerekli izinlerin alınmasını takiben Akzo Nobel'in Akzo Nobel Endüstri'de sahip olduğu %51'lik hisselerin Kansai tarafından devralınmasını düzenleyen HSAS ve Akzo Nobel Endüstri'nin %49 oranındaki hisselerine sahip Altan Ailesi ile Akzo Nobel Endüstri'nin yönetim ve karar alma süreçlerine ilişkin Niyet Mektubu da aynı tarihte imzalanmıştır.
- 240 Bu bilgiler ışığında, Akzo Nobel, Kansai ve Altan arasında akdedilmiş olan mevcut üç ayrı anlaşmanın başvuru konusu devralma işlemi kapsamındaki fonksiyonları incelendiğinde;
- İntifa Hakkı Sözleşmesinin, 4 Ocak 2007 tarihinden tarafların üzerinde mutabık olduğu hisse devrinin gerçekleşeceği tarihe kadar Kansai'nin, Akzo Nobel'in Akzo Nobel Endüstri'de sahip olduğu %51'lik hisse üzerinde intifa hakkı sahibi olarak Akzo Nobel Endüstri bünyesindeki hak ve yükümlülüklerini,
 - Kansai ve Altan arasında imzalanan Niyet Mektubu'nun, devir yasağının geçerli olduğu 2 yıllık süre içerisinde ve en erken 4 Ocak 2009 tarihinde (veya sonrasında) gerçekleşmesi öngörülmüş hisse devrinin ardından alıcı Kansai ile Akzo Nobel Endüstri'nin %49'luk hissesine sahip olan Altan arasında Akzo Nobel Endüstri'nin yönetimine ilişkin hak ve yükümlülükleri,
- 250
- HSAS'nin ise (en erken) 4 Ocak 2009 tarihinde veya daha sonraki bir tarihte gerçekleşecek olan hisse devrinin ilişkin teknik ve hukuki konuları düzenlediği görülmektedir.

260 H.3.2. Anlaşmaların Bildirim Yükümlülüğü Yönünden İncelenmesi

Başvuru konusu işlem, 3 Ekim 2007 tarihinde Akzo Nobel ile Kansai arasında akdedilen İntifa Hakkı Sözleşmesi ve HSAS ile Altan Ailesi ve Kansai arasında akdedilen Niyet Mektubu'ndan oluşmaktadır.

270 Bir şirketin hisse senetleri üzerinde intifa hakkı kurulması halinde oy hakkı intifa hakkı sahibine ait olmaktadır (TTK m. 360/IV). Payın üzerinde kısmen intifa hakkı kurulmasında da durum değişmemektedir. Bu bağlamda, Akzo Nobel Endüstri'nin %51'lik kısmı üzerinde intifa hakkı kurulması halinde herhangi bir pay devri gerçekleştirilmeden de intifa hakkı sahibi olan Kansai'ye Akzo Nobel Endüstri üzerinde belirleyici etki kurma ve böylece kontrolü ele geçirme yetkisi tanınmış olmaktadır. Bu bakımdan, Akzo Nobel ile Kansai arasında akdedilen İntifa Hakkı Sözleşmesi 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında bildirim tabidir. Nitekim dosyada yer alan bilgilerde, Avrupa Komisyonu'nun ENI/EDP/GdP kararında¹ da halihazırda ortak kontrol edilmekte olan bir ortak girişime, mevcut ortakların sahip oldukları hisselerden bir kısmını yeni ortağa vermek veya ortak girişimin mevcut olan ortaklarından birisinin yerine yeni bir teşebbüsün ya da gerçek kişinin gelmesi suretiyle gerçekleşen kontrol değişikliklerinin de bildirim tabi olduğu belirtilmektedir.

280 HSAS bakımından durum incelendiğinde, Kansai lehine tesis edilen intifa hakkı neticesinde kontrol değişikliğinin 2007 yılında gerçekleşmiş olması, tesis edilen intifa hakkının geçerli olduğu süre ile gerekli yasal izinlerin alınmasından sonra HSAS çerçevesinde yapılması öngörülen kalıcı hisse devri arasında kontrolün Akzo Nobel'e tekrar geri dönmemesi, diğer bir deyişle İntifa Hakkı Sözleşmesi ve HSAS'nin Kansai'ye geçen kontrolde herhangi bir kesintiye mahal vermeyecek şekilde dizayn edilmiş olması² nedeniyle, HSAS ile bildirim tabi olması için 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında aranan kontrol değişikliğinin gerçekleşmediği tespit edilmiştir. Bu bakımdan, HSAS'nin bildirim yükümlülüğünün bulunmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

290 Bildirime Konu Niyet Mektubu açısından bir değerlendirme yapıldığında, anılan sözleşmenin Kansai ve Altan ailesi arasında Akzo Nobel Endüstri'nin yönetimine ilişkin olarak büyük çoğunluğu Akzo Nobel'in Esas Sözleşmesi'nde ve HSAS'de bulunan hükümler içerdiği, bu bakımdan 1997/1 sayılı Tebliğ'in bildirim için aradığı kontrol değişikliğine neden olmadığı kanaatine ulaşılmıştır. Bu nedenle, Kansai ve Altan Ailesi arasında akdedilen Niyet Mektubu'nun da bildirim tabi olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

H.3.3. İşlemin Kontrol Unsuru Bakımından Değerlendirilmesi

300 1997/1 sayılı Tebliğ açısından, bir teşebbüs üzerindeki kontrolün sağlanmasının doğrudan ya da dolaylı yollarla elde edilmesi bakımından herhangi bir farklılığı bulunmamaktadır. Aynı şekilde, kontrolün tek bir teşebbüs veya birden fazla teşebbüs tarafından ele geçirilmesi de önemsizdir. 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesinde bu husus "...ayrı ayrı ya da birlikte..." ifadeleri ile belirtilmiş ve bu konuda herhangi bir boşluk doğmasına fırsat tanımamıştır.

¹ 9 Aralık 2009 tarih ve Case COMP/M.3440 sayılı karar

² HSAS'nin "Satıcının Beyan ve Taahhütleri" başlıklı 8. maddesinin (d) bendi şu şekildedir: "...İntifa Hakkı Sözleşmesi İntifa Hakkı Tarihi itibarıyla yürürlüğe girecektir ve Kapanış tarihi olarak belirlenen 4 Ocak 2009 tarihine veya ilgili Türk kanunlarının hisse devrine izin verdiği daha erken veya daha geç bir tarihe kadar yürürlükte kalacaktır..."

310 Kontrolün icra ediliş biçimlerinden birisi olan tek başına kontrol, 1997/1 sayılı Tebliğ'de bahsi geçen belirleyici etkinin tek bir teşebbüs tarafından uygulandığı hallerde; ortak kontrol ise birden fazla teşebbüsün birlikte hareket ederek veya şirketler hukukunda olduğu gibi bir blok oluşturarak diğer bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki yaratmaları halinde görülmektedir. Ortak kontrol uygulayan teşebbüslerin aralarında gerçekleştirilebilecek ve bu teşebbüslerden herhangi birinin tek başına kontrolü ele almasına imkan sağlayacak ya da ortak kontrolü elinde bulunduran teşebbüslerin yönetimdeki güç dağılımını değiştirebilecek nitelikte işlemler de yoğunlaştırıcı etki yarattığından, bu tür kontrol değişiklikleri de 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir.

a) *İntifa Hakkı Sözleşmesi'nin Akdedilmesinden Önceki Durum*

320 Başvuruya konu işlem öncesinde devre konu olan Akzo Nobel Endüstri'nin karar alma organı olan Yönetim Kurulu'nda var olan kontrol unsuru bakımından bir değerlendirme yapıldığında;

- Akzo Nobel Endüstri'nin %51'lik hissesi Akzo Nobel'e, %49'luk hissesi de Altan Ailesine ait olduğu,

330 - Şirketin 10 Ocak 2007 tarih, 6720 sayılı Türkiye Ticaret sicil Gazetesi'nin 513-515 numaralı sayfalarında yer alan Esas Sözleşmesi'ne göre Yönetim Kurulu'nun, "...Şirketin işleri ve yönetimi, Genel Kurulca Türk Ticaret Kanunu hükümleri dairesinde üç adedi A serisi ve üç adedi B serisi hisse sahiplerinin göstereceği adaylar arasından seçilecek altı üyeden müteşekkil bir Yönetim Kurulu tarafından yürütülür..." şeklinde düzenlenmiş "Yönetim Kurulu Üyelerinin Seçimi" başlıklı 9.1. maddesinde öngörüldüğü üzere 6 üyeden oluştuğu ve söz konusu 6 üyenin, A tipi hisse senetlerinin sahibi Akzo Nobel, kalan üç üyenin ise B tipi hisse senetlerinin sahibi Altan Ailesi'nin gösterdiği adaylar arasından seçildiği,

- Akzo Nobel Endüstri Yönetim Kurulu'nun, ilgili Esas Sözleşmesi'nde aksi bir hüküm bulunmadığından, basit çoğunluk ile toplanması ve toplanan üyelerin salt çoğunluğu ile karar alınmasının mümkün olduğu,

- Rekabet hukuku anlamında stratejik karar olarak addedilebilecek (yıllık bütçenin onaylanması, yatırım kararları, şirketin üst düzey yöneticilerinin atanması) gibi kararların nitelikli çoğunluk gerektirmeden %51'lik toplantı nisabı ve basit çoğunluk ile alınabilmesinin mümkün olduğu

340 tespit edilmiştir.

350 Bu bağlamda, Akzo Nobel'in sahip olduğu %51'lik hissesi ile Genel Kurul'da stratejik kararları alabilme ehliyetine sahip olabileceği teorik olarak savunulabilse de, TTK'nın "Bir anonim şirket ancak Yönetim Kurulu tarafından idare ve temsil olunur" şeklindeki 317. maddesi ile "...Anonim ortaklıkların esas mukavelesi ile bazı yetkilerin Genel Kurul'a verilebileceği kabul edilmektedir. Ancak bu durumda bile, anonim şirketin diğer organların münhasır yetkisine dahil olan yetkilerin devredilmesi mümkün değildir. Mesela, temsil yetkisi Yönetim Kurulu'nundur. Genel Kurul bunu üzerine alamaz. Genel Kurul yürütme yetkisi olmadığından, yürütme ile görevleri de üzerine alamaz..." şeklindeki hukuki yoruma paralel olarak, Akzo Nobel'in sahip olduğu %51'lik hisse ile şirketi temsil yetkisi olmayan Genel Kurul'da rekabet hukuku anlamında stratejik karar sayılabilecek bir karar alıp bunu Yönetim Kurulu'nun onayı olmadan Akzo Nobel Endüstri'nin Ana Sözleşmesi'nin 9.4 maddesinin dördüncü paragrafındaki "...Genel Kurul'un şirketin en üst düzey karar organı olduğu ve Yönetim Kurulu'nun temel olarak

Genel Kurul'da alınan kararları icra etmekle yükümlü olduğu..." hususuna dayanarak Yönetim Kurulu'na uygulamasının mümkün olmadığı, dolayısıyla Akzo Nobel'in Akzo Nobel Endüstri'yi tek başına kontrol edebilme imkanının söz konusu olmadığı anlaşılmaktadır.

360 Yukarıdaki bilgiler ışığında, başvuru konusu işlem bünyesinde akdedilen İntifa Hakkı Sözleşmesi'nden önce, Akzo Nobel ile Altan Ailesi arasında, Akzo Nobel Endüstri'nin yönetimi anlamında bir ortak kontrolün bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır.

b) İntifa Hakkı Sözleşmesi'nin Akdedilmesinden Sonraki Durum

370 Akzo Nobel ile Kansai arasında akdedilen İntifa Hakkı Sözleşmesi nedeniyle, Akzo Nobel ve Altan arasında ortak kontrol ile yönetilmekte olan Akzo Nobel Endüstri'nin %51 oranındaki hissesinin sahibi olarak Akzo Nobel tarafından icra edilmekte belirleyici etkinin, anılan İntifa Hakkı Sözleşmesi ile Kansai lehine tesis edilmesi ile Kansai'ye geçmiş olduğu görülmektedir. Bu bakımdan, Akzo Nobel Endüstri'nin, tesis edilen intifa hakkı ile Kansai ve Altan Ailesinin ortak kontrolü altında olduğu sonucuna varılmıştır.

H.3.4. Ortak Girişimin 1997/1 Sayılı Tebliğ Bakımından Değerlendirilmesi

380 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesi, ortak kontrolün yanında bir ortak girişimin taşıması gereken diğer özellikleri de ortaya koymaktadır. Buna göre, Akzo Nobel Endüstri'nin amaçlarını gerçekleştirmek üzere bir işgücüne ve malvarlığına sahip olacak şekilde bağımsız bir iktisadi varlık olarak değerlendirilebileceği ve söz konusu ortak girişimin taraflar arasında ya da taraflar ile ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı ve etkisi olmadığı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda söz konusu ortak girişimin, 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesinde yer verilen ortak girişim tanımının gerektirdiği bütün unsurları taşıdığı sonucuna varılmıştır.

H.3.5. Kontrol Değişikliğinin Süresi Bakımından Değerlendirme

Birleşme Tüzüğü 3(1). maddesi, bir işlemin yoğunlaşma doğurarak söz konusu Tüzük kapsamında değerlendirilebilmesi için devre konu olan teşebbüs ya da teşebbüslerin "kontrolünün" süreklilik arz edecek şekilde el değiştirmesi gerektiğini belirtmektedir.

390 AB'nin sahip olduğu Birleşme Tüzüğü'ne paralel olarak hazırlanan 1997/1 sayılı Tebliğ'in "Birleşme Devralma Sayılan Haller" başlıklı ikinci maddesi, Birleşme Tüzüğü'nün 3. maddesi ile oldukça benzer hükümler taşımasına rağmen, kontrol değişikliğinin süresine ilişkin herhangi bir düzenleme getirmemiştir.

400 Bu noktada ayırım yapılmasında yarar görülen husus, Birleşme Tüzüğü'nün 3. maddesinde yer verilen düzenleme kapsamında bir ortak girişimin tam işlevsel olarak nitelendirilmesi için sınırsız süreli olarak faaliyet göstermesi gereği ile tam işlevsel bir ortak girişim bünyesindeki taraflardan birisinin değişmesi veyahut herhangi bir devralma işlemi neticesinde meydana gelen kontrol değişikliğinin süresinin birbirinden ayrı kavramlar olduğudur. Bu nedenle, söz konusu Tüzük'ün 3. maddesi çerçevesinde yapılan değerlendirmeler iki başlık altında toplanmıştır.

H.3.5.1. Tam İşlevsel Ortak Girişim ve Süreklilik

Avrupa Komisyonu'nun konuya ilişkin verdiği çeşitli kararlar³ ve 2.3.1998 tarih, OJ C 66 sayılı Resmi Gazete yayımlanmış olan "Tam İşlevsel Ortak Girişimlere" ilişkin Komisyon Duyurusu incelendiğinde, bir ortak girişimin tam işlevsel olabilmesinin şartlarından birisi olan süreklilik hükmüne ilişkin olarak:

- 410 - bir ortak girişimin tam işlevsel olarak nitelendirilebilmesi için gerekli olan maddi şartların taraf teşebbüsler tarafından söz konusu ortak girişime aktarılmasının o ortak girişimin zaten süresiz biçimde faaliyet göstereceğine bir karine teşkil ettiği,
- buna rağmen, söz konusu ortak girişimin ömrünün belirli bir işin (örneğin bir inşaat projesinin) bitirilmesi ile sınırlı olmaması gerektiği,
- bir ortak girişimin Esas Sözleşmesi'nde taraf teşebbüslerin esaslı bir konuda anlaşmazlığa düşmesine bağlı olarak ortak girişimin fesih olacağına ilişkin bir hükmün bulunmasının söz konusu ortak girişimin sınırlı süreli olarak kurulduğuna delalet etmeyeceği,
- bir ortak girişim sınırlı süreli için kurulsada dahi, söz konusu sürenin işleme konu teşebbüslerin veya ortak girişimin faaliyet gösterdiği pazarın yapısında kalıcı değişikliklere yol açıyorsa,
- 420 - bir ortak girişimin yürüttüğü faaliyet sınırlı süreli dahi olsa (örneğin devletten alınan bir ihale kapsamında, ihale şartnamesine konu olan işin yine ihale şartnamesinde öngörülen sınırlı bir süre için yapılması gibi), eğer kurulan ortak girişimin Esas Sözleşmesi'nde söz konusu ortak girişimin yapılan işin süresi ile sınırlı olacak biçimde kurulduğuna ilişkin açık bulunmamakta ise,

o ortak girişimin sınırsız süreli olacak biçimde faaliyet gösterdiği, dolayısıyla da tam işlevsel olmanın gereklerinden birisi olan süreklilik şartını sağladığı kabul edilmektedir.

- 430 Bu konuya ilişkin olarak Rekabet Kurulu'nun önceki yıllarda verdiği kararlar irdelendiğinde, *Benkar/Fiba Bank*⁴ ve *Ocean Overseas Holdings Limited/Sezginler*⁵ kararlarında Kurul'un ortak girişimlere ilişkin verdiği önceki kararlardakinden farklı olarak bir ortak girişimin varlığı için söz konusu ortak girişimin uzun süreli olarak kurulması gerektiğini belirten bir yaklaşım geliştirdiği görülmektedir.

- 440 Bu bağlamda, İntifa Hakkı Sözleşmesi'nin akdedilmesinde önce Akzo Nobel-Altan Ailesi, akdedilmesinde sonra da Kansai-Altan Ailesi tarafından ortak kontrol edilen ve Esas Sözleşmesi'nde bu ortak girişimin sınırlı süre ile kurulduğuna ilişkin aksi hüküm bulunmayan Akzo Nobel Endüstri'nin süresiz olarak kurulmuş olduğu hususunda herhangi bir şüpheye yer olmadığı düşünülmektedir. Dolayısıyla, Avrupa Komisyonu ve Rekabet Kurulu'nun verdiği kararlar ile ortaya konulan süresiz (ya da uzun süreli) biçimde faaliyet gösterme şartının başvuru konusu işlem kapsamında sağlandığı anlaşılmaktadır.

H.3.5.2. Kontrolün Süreklilik Arz Edecek Biçimde El Değiştirmesi

Birleşme Tüzüğü'nün 3(1). maddesi, bir birleşme ve devralma işleminin Tüzük kapsamında değerlendirilmesi için kontrolün süreklilik arz edecek biçimde el

³ 30 Nisan 2003 tarih, Case IV/M.2903 sayılı *Daimler Chrysler/Deutsche Telekom/JV*; 15 Nisan 1996 tarih, Case IV/M.722 sayılı *Teneo/Merill Lynch/Bankers Trust* kararları.

⁴ Rekabet Kurulu'nun 18.09.2001 tarih ve 01-44/433-111 sayılı Kararı.

⁵ Rekabet Kurulu'nun 26.06.2001 tarih ve 01-29/285-85 sayılı Kararı

değiştirmesini öngörmekte ve geçici kontrol değişikliğinin söz konusu olduğu durumları kapsam dışı olarak kabul etmektedir. Konuya ilişkin olarak Avrupa Komisyonu'nun yaklaşımının ortaya konulduğu 16.4.2008 tarih, 2008/C95/10 sayılı "Yoğunlaşmaların Kontrolü" başlıklı Duyuru'nun 1.4. "Kontrolün Kalıcı Olarak El Değiştirmesi" bölümü incelendiğinde;

- bir teşebbüsün (geçici alıcı), bir veya birden fazla teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulayabilmesine imkan verecek hakları, hisseleri, sözleşmeleri ya da başka araçları gelecekte geçici alıcı ile nihai alıcı arasında yapılması planlanmış nihai devrin gerçekleşeceği tarihe kadar nihai alıcı namına geçici bir süre ile geçici alıcının elinde olması,

- söz konusu hakların, hisselerin, sözleşmelerin ya da başka araçların elde bulundurulmasından ötürü doğması muhtemel ekonomik risklerin geçici alıcının üzerinde bulunması,

460 durumunda nihai devir işleminden önce yapılan anlaşmaların yoğunlaşma doğurucu nitelikte olmadığı ve dolayısıyla bildirim tabi olmadığı kabul edilmektedir. Bir başka deyişle, nihai devir işleminden önce yapılan anlaşmaların, nihai devrin gerçekleşebilmesine imkan verebilmek ve devir sürecini hızlandırmak için yapıldığı ve bu anlaşmalar neticesinde ortaya çıkan geçici kontrol değişikliğinin Birleşme Tüzüğü kapsamında bildirim tabi olmadığı kabul edilmektedir.

Ancak;

- kontrolün el değiştirmesine neden olan bu hakların, hisse senetlerinin, sözleşmelerin ya da başka araçların geçici alıcı tarafından belirli bir süre sonra üçüncü bir tarafa (nihai alıcıya) devri söz konusu değilse,

470 - bir başka deyişle, geçici alıcı ile nihai alıcı aynı teşebbüs ise,

- hedef teşebbüsün faaliyetleri herhangi bir değişikliğe uğramadan devam ediyorsa,

- söz konusu geçiş anlaşmalarının imzalanma sırası ve düzeni nihai alıcı konumundaki teşebbüs tarafından belirleniyorsa,

- kontrol değişikliğine neden olan anlaşma sınırlı süreli dahi olsa yenilenebilir nitelikteyse,

- kontrol değişikliğine neden olan anlaşma, sınırlı süreli ve yenilenebilir nitelikte olmasa dahi, devre konu olan teşebbüsün kontrolünde devralan teşebbüsün belirleyici etki uygulayabilecek kadar uzun ise,

480 nihai devir işleminin gerçekleşebilmesi için akdedilen anlaşmaların tek bir anlaşma olarak değerlendirildiği ve kontrol değişikliğinin süreklilik arz edecek biçimde el değiştirmesi neticesinde işlemin yoğunlaşma doğurucu nitelikte olduğunun kabul edildiği görülmektedir.

Bu bağlamda;

- HSAS'nin "...İntifa Hakkı Sözleşmesi İntifa Hakkı Tarihi itibariyle yürürlüğe girecektir ve Kapanış tarihi olarak belirlenen 4 Ocak 2009 tarihine veya ilgili Türk kanunlarının hisse devrine izin verdiği daha erken veya daha geç bir tarihe kadar yürürlükte kalacaktır..." şeklinde düzenlenmiş "Satıcının Beyan ve Taahhütleri" başlıklı 8. maddesi gereğince, İntifa Hakkı Sözleşmesi'nin kalıcı hisse devri yapılanaya kadar geçecek sürede yürürlükte kalmaya devam edeceği,

- 490 - gerekli yasal izinlerin alınmasını müteakip, HSAS çerçevesinde yapılacak olan kalıcı hisse devri ile İntifa Hakkı Sözleşmesi ile Kansai lehine tesis edilen kontrolün dayanağını teşkil eden İntifa Hakkı Sözleşmesinin ortadan kalkacağı,
- Akzo Nobel'in %51'lik hisse üzerindeki kontrol haklarının Kansai tarafından kullanılmasına dayanak teşkil eden İntifa Hakkı Sözleşmesi'nin yerini HSAS'nin alacağı,
- ancak, şirketin %51'lik hissesi üzerinde tesis edilen intifanın sağladığı kontrolün, İntifa Hakkı Sözleşmesi'nin feshi ile yeniden Akzo Nobel'e dönmesinin söz konusu olmadığı ve kontrole dayanak teşkil eden haklarından uygulanmasında bir kesinti olmayacağı,
- 500 - İntifa Hakkı Sözleşmesi'nin geçerli olduğu süre içerisinde Kansai'nin Akzo Nobel Endüstri'nin yönetiminde belirleyici etkiye sahip olması nedeniyle, Kansai'nin Akzo Nobel Endüstri aracılığı ile ilgili ürün pazarının yapısını etkileyebilecek nitelikte kararlar alabileceği,
- Kansai'nin kendisi lehine tesis edilen intifa ile elde ettiği kontrolü, belirli bir süre sonunda (İntifa Hakkı Sözleşmesi'nin bitiminde) üçüncü bir tarafa devretmeyeceği,
- diğer bir deyişle, nihai alıcı ile geçici alıcının aynı teşebbüs (Kansai) olması,
- Akzo Nobel Endüstri'nin ilgili ürün pazarındaki faaliyetlerinin herhangi bir şekilde değişikliğe uğramadan devam etmekte olduğu,
- göz önüne alındığında, İntifa Hakkı Sözleşmesi'nin, HSAS'nin ve Niyet Mektubu'nun tek bir anlaşma olduğu ve 3 Ekim 2007 tarihinde imzalanan İntifa Hakkı Sözleşmesi ile
- 510 Akzo Nobel Endüstri'yi ortak kontrol eden taraflardan Akzo Nobel'in sahip olduğu kontrolün süreklilik arz edecek biçimde Kansai'ye devredildiği görülmektedir.

H.3.6. 4054 sayılı Kanun'un 7. Maddesi Bakımından Değerlendirme

İntifa Hakkı Sözleşmesi'nin akdedildiği 3 Ekim 2007 tarihi itibarıyla bir değerlendirme yapıldığında, Akzo Nobel Endüstri bünyesinde Akzo Nobel'e ait olan %51 oranındaki hisse senetleri üzerinde lehine intifa hakkı tesis edilen Kansai'nin, Türkiye'de herhangi bir faaliyeti bulunmadığı görülmektedir. Ancak, Kansai'nin tesis edilen intifa hakkı ile kontrolünü elde ettiği Akzo Nobel Endüstri'nin, ilgili ürün pazarındaki-TL'lik

520 2008 yılı cirosu ve genel endüstri kaplamaları pazarında sahip olduğu %..... oranındaki pazar payı nedeniyle, başvuru konusu işlemin 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında izne tabi olduğu anlaşılmaktadır.

İntifa Hakkı Sözleşmesi'nin akdedildiği 3 Ekim 2007 tarihinde, söz konusu sözleşmenin tarafı olan Kansai'nin Türkiye'de herhangi bir faaliyeti bulunmaması, bu nedenle, başvuru konusu devralma işleminin, Kanun'un 7. maddesi uyarınca hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumun daha da güçlendirilmesine yönelik olarak, ilgili ürün pazarında rekabetin önemli ölçüde azaltılmasına yol açmayacağı kanaatine ulaşılmıştır.

530

I. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre,

1. Kansai Paint Co. Ltd. ile Akzo Nobel Coatings International B.V. arasındaki devralma işleminin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında izne tabi olduğuna, işlem sonucunda aynı Kanun maddesinde belirtilen nitelikte hakim durum yaratılmasının veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesinin ve böylece rekabetin önemli ölçüde

09-34/791-194

azaltılmasının söz konusu olmadığına, bu nedenle bildirim konusu işleme izin verilmesine,

- 540 2. Bahse konu işlemin Rekabet Kurulu'nun izni olmaksızın gerçekleştirilmesi nedeniyle, Kansai Paint Co. Ltd.'ye fiilin gerçekleştiği 2007 yılında yürürlükte bulunan 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi ve 2007/1 sayılı "4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 16. ve 17. Maddelerinde Düzenlenmiş Olan İdari Para Cezalarının 31.12.2007 Tarihine Kadar Geçerli Olmak Üzere Artırıldığına Duyurulmasına İlişkin Tebliğ" uyarınca 1716 TL idari para cezası verilmesine,

OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.