

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2009-1-169 (Devralma)
Karar Sayısı : 10-10/96-43
Karar Tarihi : 28.1.2010

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

10

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

B. RAPORTÖRLER: Mustafa Oğuzcan BÜLBÜL

**C. BİLDİRİMDE
BULUNAN**

20

: Babadağ Elektrik Üretim San. ve Tic. A.Ş. ve
Ezse Rüzgar Elektrik Üretim San. ve Tic. Ltd. Şti.
Temsilcileri: Av. Ahmet İlker DOĞAN, Av. Ayşe SERT
ÇAKMAK Avukatlık Bürosu, Piyade Sok. Portakal Çiçeği Apt.
No:18 C Blok Kat:3 06550 Çankaya/Ankara

D. TARAFLAR

: - Evonik Energy Services GmbH
Rellinghauser Straße 1-11 45128 Essen ALMANYA
- Tacke Consult Beteiligungsgesellschaft mbH
Poststraße 19-21 48431 Rheine ALMANYA
- Winvest Finanzierungsservice GmbH&Co. KG
Poststraße 19-21 48431 Rheine ALMANYA

30

E. DOSYA KONUSU: Tacke Consult Beteiligungsgesellschaft mbH ve Winvest Finanzierungsservice GmbH & Co. KG'nin, Babadağ Elektrik Üretim Sanayi ve Ticaret A.Ş.'de sahip oldukları %(....) ve Ezse Rüzgar Elektrik Üretim Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'de sahip oldukları %(....) oranındaki hisselerinin toplam %40'lık kısmının Evonik Energy Services GmbH'ye devri işlemine izin verilmesi talebi.

40

F. DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 22.12.2009 tarih ve 9113 sayı ile giren ve eksikleri en son 20.1.2010 tarih ve 556 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 20.1.2010 tarih ve 2009-1-169/Öİ-10-MOB sayılı Devralma Ön İnceleme Raporu, 21.1.2010 tarih ve REK.0.05.00.00-120/19 sayılı Başkanlık önergesi ile 10-10 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G. RAPORTÖRÜN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda;

- Bildirim konusu işlemin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında birleşme/devralma işlemi olmadığına,

- 50 - İşbirliği anlaşması niteliğinde olmakla birlikte mevcut koşullar altında bahse konu anlaşmanın 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında da değerlendirilemeyeceğine, dolayısıyla işleme aynı Kanun'un 8. maddesi çerçevesinde menfi tespit belgesi verilmesi gerektiği görüşü ifade edilmiştir.

H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. Taraflar

H.1.1. Devredenler: Tacke Consult Beteiligungsgesellschaft mbH (Tacke Consult) ve Winvest Finanzierungsservice GmbH & Co. KG (Winvest)

- 60 Başvuru konusu işlemin devreden tarafları olan Tacke Consult ve Winvest, Almanya'da enerji sektöründe özellikle de rüzgar enerjisi alanında faaliyet gösteren şirketlerdir. Tacke Consult'un %(....) ve Winvest'in %(....) (%(....) ise Rausse beteiligungs GmbH'e aittir.), Germania Windpark GmbH&Co. KG (Germania Windpark)'ye aittir. Dolayısıyla Tacke Consult ve Winvest, Germania Windpark'ın bağlı ortaklıklarıdır ve Ezse Rüzgar Elektrik Üretim Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Ezse) ve Babadağ Elektrik Üretim Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Babadağ)'deki hisseleri aracılığıyla Türkiye'de rüzgâr enerjisi sektörüne girmişlerdir. Tacke Consult ve Winvest'nin Türkiye pazarında elektrik dışında ticari faaliyetleri bulunmamaktadır. Söz konusu teşebbüslerin ve bunları kontrol eden Germania Windpark'ın Yönetim Kurulu yapısı aynı üyelerden oluşmaktadır.

- 70 Germania Windpark, 1993 yılında kurulmuş olup, yenilenebilir enerji projeleri için saha temini, planlaması ile bu sahalarda gerçekleştirilecek olan yenilenebilir projelerin geliştirilmesi, her türlü mühendislik hizmetleri ve bu projelerden üretilecek elektriğin satışı ve pazarlamasıyla iştigal eden bir enerji şirkettir. Şirketin Türkiye pazarında kontrol ettiği Ezse ve Babadağ dışında faaliyet gösteren bir iştiraki bulunmadığından, herhangi bir pazar payı ya da cirosu bulunmamaktadır. Germania Windpark'ın %(....) hissesi Markus Tacke'ya geri kalan %(....) ise Franz Tacke'ya aittir.

H.1.2. Devralan: Evonik Energy Services GmbH'ye (Evonik Energy)

- 80 Başvuru konusu işlemin devralan tarafı olan Evonik Energy'nin Türkiye pazarında herhangi bir başka faaliyeti ve bu faaliyetlerden cirosu ya da pazar payı bulunmamaktadır. Bu bakımdan, başvuru konusu işlem bünyesindeki değerlendirmeler, Evonik Energy'nin %(....) hissedarı olması yanında Türkiye'de faaliyetleri de bulunan Evonik Steag GmbH (Evonik Steag) dikkate alınarak yapılmıştır.

Evonik Steag, dünya genelinde kimyasal, enerji ve gayrimenkul işlerinde faaliyet gösteren Evonik Grup'un şirketlerinden olup hisselerinin tamamı holding şirketi olan Evonik Industries AG tarafından kontrol edilmektedir. Evonik Steag'ın faaliyetleri temel olarak teknoloji uzmanlıkları, tüketici çözümleri, özel maddeler, enerji ve gayrimenkul adı altında beş birimden oluşmaktadır. Bu birimler ana grup içerisinde ayrı birer teşebbüs gibi hareket etmekte ve doğrudan icra kuruluna rapor vermektedir.

- 90 Hisselerinin %(....) RBV Verwaltungs GmbH'ye, %(....) ise Evonik Industries AG'ye ait olan Evonik Steag, elektrik ve rüzgar enerjisi pazarlarında iştirakleri aracılığı ile faaliyet göstermektedir. Evonik Steag elektrik enerjisi pazarında da İskenderun Enerji Üretim ve Ticaret A.Ş. (Isken) ve Ayas Enerji Üretim ve Ticaret A.Ş.¹ (Ayas) Şirketleri aracılığıyla faaliyette bulunmaktadır. Evonik Steag, rüzgar enerjisi pazarında, Rekabet Kurumu'nun 5.8.2009 tarih, 09-34/839-204 sayılı kararı ile izin ile devralınan yavru

¹ Ordu Yardımlaşma Kurumu (OYAK), Evonik Steag'ın AYAS'taki hisselerinin %(....) devralmıştır. Rekabet Kurulu, bu devralmaya ilişkin olarak 5.8.2009 tarih ve 09-34/839-204 sayılı menfi tespit kararı vermiştir.

10-10/96-43

şirketi Renova Enerji Üretim ve Ticaret A.Ş. (Renova) aracılığıyla faaliyette bulunmaktadır. Ayrıca, elektrik üretimi pazarında olmamakla beraber Evonik Steag iştiraklerine hizmet sunan iki başka iştirak de Arkad Deniz Taşımacılığı A.Ş. ve Aytet Elektrik Toptan ve Ticaret A.Ş. (Aytet)'dir.

100 Evonik Steag ve ilgili ürün pazarında faaliyet gösteren iştiraklerinin bilgilerine aşağıda yer verilmiştir:

Ayas

Mevcut durumda faal olmayan Ayas'ın kuruluş amacı, Adana-Sugözü'nde 800 MW gücünde, ithal kömüre dayalı olarak faaliyet gösterecek bir enerji santrali kurmak ve bu santralin sahipliğini ve işletimini yapmaktır. Ayas Elektrik Santrali, tarafların birlikte hissedarı olduğu İsken tarafından işletilen (brüt) 1320 MW gücünde, kömürle çalışan elektrik santralının bitişiğinde faaliyet gösterecektir. Elektrik enerjisi üretecek ve satacak olan AYAS, 30.4.2009 tarihinde EPDK izni ile elektrik üretim lisansı almış bulunmaktadır. %(....) Evonik Steag'a %(....) ise OYAK'a ait olan AYAS'ın doğrudan veya dolaylı olarak kontrol ettiği herhangi bir şirket bulunmamaktadır.

110 **İsken**

Hisselerinin %(....) Evonik Steag'a %(....) ise OYAK'a ait olan İsken'in faaliyet alanı, Adana'da taş kömürü ile çalışan elektrik santralının işletimi, bakımı ve üretilen elektriğin/enerjinin satışı olup, Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş. (TETAŞ) ile arasındaki %(....) alım garantisi içeren Yap-İşlet Sözleşmesi çerçevesinde satışlarını TETAŞ'a gerçekleştirmektedir. Dosyadaki bilgilere göre cirosu (.....) Euro olan şirketin pazar payı oranı %(....)'dir.

Renova²

120 Hisselerinin %(....) Evonik Steag'a ait olan ve faaliyet alanı Kemalpaşa ve Yeşilovacık'ta bulunan rüzgar enerji santrallerinin geliştirilmesi, tesisi, işletimi ve bakımı olan Renova mevcut durumda faal değildir.

Aytet

Hisselerinin %(....) Evonik Steag'a ait olan ve faaliyet alanı Türkiye elektrik pazarında toptan elektrik satımı olan Aytet mevcut durumda faal değildir.

H.1.3. Devredilen: Ezse ve Babadağ

130 Ezse ve Babadağ, sırasıyla 4 ve 11 Nisan 2006 tarihlerinde kurulmuş olup, rüzgar santrali kurulması, inşası, rehabilitasyonu, işletmeye alınması, kiralınması, elektrik enerjisi üretimi, üretilen elektriğin ve/veya kapasitesinin müşterilere satışı ile iştigal etmektedir. Bu bağlamda, Ezse ve Babadağ'ın rüzgar santralinden elektrik üretmek amacıyla yapmış oldukları lisans başvuruları olup, söz konusu başvurular henüz inceleme aşamasındadır. Bu nedenle, söz konusu şirketlerin elektrik üretim faaliyeti de olmadığından, sahip oldukları herhangi bir pazar payı ya da cirosu bulunmamaktadır. Söz konusu şirketlerin işlem öncesi ve sonrası ortaklık yapıları aşağıda gösterilmiştir:

² Evonik Steag, MTA Enerji Danışmanlık İnşaat Taahhüt Turizm ve Ticaret Limited Şirketi'nin RENOVA'daki hisselerinin %(....) devralmıştır. Rekabet Kurulu bu devralmaya 20 Ocak 2009 tarih ve 09-03/55-22 sayılı kararıyla izin vermiştir.

Tablo 1- Ezse'nin Devralma İşlemi Öncesi ve Sonrası Ortaklık Yapısı

Devralma Öncesi Hissedarlık Yapısı		Devralma Sonrası Hissedarlık Yapısı	
Hissedar	Hisse Oranı	Hissedar	Hisse Oranı
Tacke Consult	(...)	Tacke Consult	(...)
Germania Windpark	(...)	Germania Windpark	(...)
Winvest	(...)	Winvest	(...)
		Evonik Energy	(...)

Tablo 2- Babadağ'ın Devralma İşlemi Öncesi ve Sonrası Ortaklık Yapısı

Devralma Öncesi Hissedarlık Yapısı		Devralma Sonrası Hissedarlık Yapısı	
Hissedar	Hisse Oranı	Hissedar	Hisse Oranı
Tacke Consult	(...)	Tacke Consult	(...)
Germania Windpark	(...)	Germania Windpark	(...)
Winvest	(...)	Winvest	(...)
Markus Tacke	(...)	Evonik Energy	(...)
Willi Rausse	(...)	Markus Tacke	(...)
		Willi Rausse	(...)

140

H.2. İlgili Pazar

H.2.1. İlgili Ürün Pazarı

Dosyada yer alan bilgiler çerçevesinde, bildirim konusu devralma işlemi kapsamında ilgili ürün pazarı, “elektrik üretimi ve satışı pazarı” olarak belirlenmiştir.

H.2.2. İlgili Coğrafi Pazar

Bildirim konusu devralma işlemi kapsamında ilgili coğrafi pazar, “Türkiye” olarak kabul edilmiştir.

H.3. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

150

H.3.1. İşlemin Niteliği

Bildirim konusu işlem, Tacke Consult ve Winvest'in, Ezse ve Babadağ'da yer alan toplam %(...) oranındaki hisselerinin Evonik Energy tarafından devralınması işlemidir. İş bu bildirimde konu devralma işlemleriyle Evonik Energy, Türkiye'de gerçekleştirmek istediği rüzgâr enerjisi üretimine ilişkin projelerle bu alanda daha etkin rol almak istemektedir.

160

Bildirim konusu işlemin tarafları olan Winvest, Tacke Consult, Germania Windpark ve Evonik Energy, 22.9.2009 tarihinde bir Proje Geliştirme Sözleşmesi akdetmişlerdir. Söz konusu taraflardan Tacke Consult ve Winvest, Germania Windpark tarafından kontrol edildiği için, bildirim konusu Proje Geliştirme Sözleşmesi'ne ilişkin yapılan değerlendirmelerde anlaşmanın tarafları olarak Germania Windpark ve Evonik Energy olarak kabul edilmiştir.

Söz konusu Proje Geliştirme Sözleşmesi'nin konusu, Germania Windpark ile Evonik Energy'nin Türkiye'de bulunan Marmara Adası ((.....)), Kırkağaç ((.....)) ve Harbiye ((.....)) yerleşim yerlerinde, lisansların alınmasına müteakip kurulacak olan rüzgar parklarının geliştirilmesi, finanse edilmesi, kurulması, işletmeye alınması ve işletilmesi ile bağlantılı olarak uzun vadeli işbirliğinin düzenlenmesidir. Söz konusu üç proje için EPDK'ya 1.11.2007 tarihinde başvurulmuş ancak bu başvurular henüz sonuçlandırılmamıştır.

170

Taraflar arasında imzalanmış bulunan Proje Geliştirme Sözleşmesi'nin etki doğurabilmesi için, Sözleşme'nin şartlarından birisi olarak usulüne uygun olarak Rekabet Kurumu'na bildirilmesi gerekmektedir. Devralma sadece Proje Geliştirme Sözleşmesi ile gerçekleştirilmiş olup, taraflar arasında devralma işlemine ilişkin başka

herhangi bir anlaşma bulunmamaktadır ve bahse konu hisse devri mevcut Sözleşme çerçevesinde gerçekleştirilecektir.

İmzalanan Proje Geliştirme Sözleşmesi'nin eklerinde Ezse, Babadağ ve CPC Elektrik Üretim Sanayi ve Ticaret Limitet Şirketi (CPC) arasında akdedilmiş bir hizmet sözleşmesi de bulunmaktadır. Bu sözleşmenin konusu, Ezse ve Babadağ tarafından lisans başvurusu yapılmış Harbiye, Marmara ve Kırkağaç rüzgar santrali projelerinin işletmeye alınmasına kadar geçecek sürede tam kapsamlı proje gelişimi, onaylanması, kurulması ve işletmeye alınması için gereken hizmetlerin yerine getirilmesidir. Sözleşmenin 4054 sayılı Kanun ve 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında incelenmesinden, değerlendirme sürecinde ayrıca ele alınmasını gerektirecek nitelikte hükümler taşımadığı anlaşılmıştır. Bu bağlamda, değerlendirme Proje Geliştirme Sözleşmesi üzerinden yapılmıştır.

H.3.2. Değerlendirme

H.3.2.1. Proje Geliştirme Sözleşmesinin 7. Madde Kapsamında Değerlendirilmesi

Başvuru konusu hisse devri işlemi, 22.9.2009 tarihinde Germania Windpark ve Evonik Energy arasında akdedilen Proje Geliştirme Sözleşmesi hükümlerine dayanmaktadır. Söz konusu hisse devrinin gerçekleştirilmesinin ardından, Ezse ve Babadağ'ın tek başına Germania Windpark'a ait olan kontrolü, Proje Geliştirme Sözleşmesi'nin "... Farklı bir anlaşmaya varılmamış olması halinde, gelişme aşaması tamamlanana kadar projede alınacak tüm kararlar, proje ortakları³ arasında karşılıklı anlaşma ile alınacaktır. Proje ortakları, bunların hissedarları veya kendileri tarafından görevlendirilen şahıslar tarafından, proje ortaklarının onayı olmaksızın, özellikle masraflara yol açabilecek çalışmalar yapılmasına ve de resmi makamlarla veya diğer resmi mercilerle temaslar kurulmasına meydan vermemelidir..." şeklinde düzenlenmiş 1.6.3. (i) numaralı maddesi uyarınca Germania Windpark'ın ile Evonik Energy'nin birlikte kontrolünün bulunduğu bir şekle dönüşecektir. Bu bakımdan, akdedilen Proje Geliştirme Sözleşmesi'nin 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında bir işlem olduğu anlaşılmaktadır.

Bildirime konu işlem neticesinde kurulması planlanan ortak girişim, tam işlevsellik unsurları bakımından aşağıda değerlendirilmiştir.

H.3.2.1.1. Belli Bir amaç İçin Kurulmuş Olmak

Kuruluşu hangi türde olursa olsun (salt sözleşmeye dayanan veya sermayeye katılmalı), bir ortak girişim ilişkisi söz konusu olduğunda kurulan o ortak girişimin bir amacı olduğu muhakkaktır. Bu bağlamda, başvuru konusu ortak girişiminin de amacı, Evonik Energy'nin enerji yatırımlarının gerçekleştirilmesi genelinde, rüzgar santrallerinin kurulması özelinde tecrübelerinden yararlanmak ve Germania Windpark'ın halihazırda sahip olduğu lisanslardan ve Türk pazarına ilişkin bilgilerinden faydalanmak olarak değerlendirilmiştir.

H.3.2.1.2. Bağımsızlık

Bağımsızlıktan anlaşılması gereken husus, bir ortak girişimin, girişimi oluşturan taraflardan bağımsızlığıdır. Bu bağımsızlık ancak ortak girişimin ayrı bir iş gücü ve ayrı bir mal varlığına sahip olması ve bu mal varlığı ile iş gücünün ortak girişimin amacını gerçekleştirecek düzeyde ve yeterlilikte olmasıyla mümkündür.

Bağımsız bir ortak girişimin kendisine ait ticaret politikalarının olması, faaliyetlerini devam ettirebilmek ve kuruluş amaçlarını gerçekleştirebilmek için kurucu şirketlerden bağımsız olarak hareket edebilmesi yani "ekonomik bağımsızlığının" olması

³ Germania Windpark ve Evonik Energy

220 gerekmektedir. Ancak başvuru konusu işlem ile hisselerinin %(....) Evonik Energy tarafından devralınması planlanan Ezse ve Babadağ, 11.4.2006 tarih ve 6532 sayılı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan edilen ve o tarihten bu yana herhangi bir artırıma gidilmeyen (.....) TL'lik sermaye ile faaliyet gösteren limited şirketlerdir. Kuşkusuz, söz konusu şirketlerin EPDK'ya yapmış olduğu lisans başvurularının uzunca bir süredir sonuçlandırılmamış olması ve Germania Windpark ile ortak girişimin yeni ortağı Evonik Energy'nin, bu gibi ne zaman sonuçlanacağı meçhul olan lisans başvurusu süreci içerisinde fırsat maliyetlerini de dikkate alarak Ezse ve Babadağ'a sermaye olarak yüksek miktarlarda para bağlamaktan kaçınması basiretli bir tacir davranışıdır. Ancak, 1997/1 sayılı Tebliğ ile AB'nin ilgili düzenlemeleri, ortak girişimin 230 bağımsız bir iktisadi varlık olması gerektiğine vurgu yapmış ve bu bağımsızlığın en önemli unsurları olarak da ortak girişimin kendi kendine yetecek sermayesi ve diğer mali kaynaklara sahip olması gereğini ortaya koymuştur.

Buna ilaveten;

- Başvuru konusu işlemin (.....)'lık üç adet rüzgar enerjisi santrali kurulmasını öngördüğü,
- 1 MW'lık rüzgar enerjisi yatırımının Avrupa'da yaklaşık olarak 1,2 ila 1,5 milyon Euro'luk bir yatırım gerektirdiği göz önüne alındığında, bildirim konusu işlem bünyesinde hedeflenen kapasite yatırımlarının yaklaşık olarak (.....) milyon Euro arasında tutacağı,
- Bu oranda bir yatırımın, her ne kadar lisans başvurusunun müspet olarak 240 sonuçlanmasına müteakip ana şirketlerden gelecek bir sermaye artışı beklenebilecekse de, başvurunun yapıldığı bu zaman diliminde (.....) TL'lik sermayeye sahip olan Ezse ve Babadağ tarafından yapılamayacağı,

dosyadaki bilgilerden anlaşılmaktadır. Dolayısıyla 1997/1 sayılı Tebliğ'in aradığı anlamda bağımsızlık koşulu gerçekleşmemektedir.

Nitekim bu durum, Proje Geliştirme Sözleşmesi'nin "...Geliştirilen projelerin tüm masrafları, ..., proje ortakları tarafından karşılanacaktır. Kendileri bunun için sermaye payı sahipleri tarafından sürekli gerekli araçlar ile donatılacaktır; özellikle gerekli sermaye artırımları da gerçekleştirilecektir..." şeklinde düzenlenmiş 1.6.2. sayılı "Masrafların Tahmili" maddesinden de açıkça anlaşılmaktadır.

250 Ayrıca, Evonik Energy'nin Türkiye'de elektrik üretimi alanında faaliyet göstermesi gibi, ana teşebbüslerin ortak girişimle aynı pazarda veya alt-üst pazarlarda faaliyette bulunmaları halinde, ortak girişimin kendi ticari politikasını izleme ve bu nedenle ekonomik açıdan bağımsız olması söz konusu olamamaktadır⁴.

H.3.2.1.3. Rekabeti Sınırlama Amacı veya Etkisi Olmamak

1997/1 sayılı Tebliğ uyarınca ortak girişim, ortak girişimi oluşturan taraflar arasında veya bu taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı bir amaç taşımamalı veya böyle bir etkisi olmamalıdır. Bir diğer deyişle, ortak girişim, ana teşebbüsler arasında veya ana teşebbüsler ile ortak girişim arasındaki rekabetin koordinasyonunu sağlıyorsa, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bu 260 durum ile özellikle ortak girişimin ana teşebbüslerden en az birisi ile aynı ilgili ürün pazarında faaliyet göstermeye devam etmesi halinde karşılaşılmaktadır. Bu bakımdan, Ezse ve Babadağ'ın rüzgar enerjisinden yapacağı elektrik üretimi ile ortak girişimin taraflarından birisi olan Evonik Energy'nin halihazırda kömür ve hidroelektrik

⁴ Rekabet Kurulu'nun 23.5.200 tarih, 00-19/188-100 sayılı kararı; 27.05.1999 tarih, 99-26/230-138 sayılı kararı.

santrallerinden yaptığı elektrik üretiminin birbirleriyle rakip olacağından, ana teşebbüsler ile ortak girişim arasında bir koordinasyon riski ortaya çıkmaktadır.

H.3.2.1.4. Ortak Girişimin Sürekliliği

270 Başvuru konusu işlem neticesinde hisseleri devre konu olan Ezse ve Babadağ adlı şirketler, Proje Geliştirme Sözleşmesi'nde belirtilen rüzgar santrallerine ait projelerde sonraki aşamalara geçebilmek için EPDK'ya 1.11.2007 tarihinde yaptıkları lisans başvurularının sonucunu beklemektedir. Ancak, bu başvurunun sonuçlanıp sonuçlanmayacağı, sonuçlanacaksa bile olumlu mu olumsuz mu olacağı belirsiz olduğundan, bu ortak girişimin süreklilik arz edecek biçimde faaliyet göstermediği ve bu nedenle tam bir ortak girişim olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna varılmıştır.

280 Yukarıda yer verilmekte olan değerlendirmeler ışığında, başvuru konusu işlem neticesinde ortaya çıkacak olan ortak girişimin tam işlevsel bir ortak girişim özelliklerine haiz olmaması nedeniyle 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında bir birleşme/devralma işlemi olarak değil, taraflar arasında rüzgar santrallerinin işletmeye alınana kadar ki aşamalarında yapacağı bir işbirliği anlaşması olarak değerlendirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Taraflar, bildirim formunda işleme birleşme veya devralma olarak izin verilmediği takdirde bildirim bir menfi tespit başvurusu ya da muafiyet bildirimi olarak değerlendirilmesini talep etmektedir. Bu çerçevede, Ezse ve Babadağ bünyesinde ortaya çıkacak ortak girişime ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında yapılan değerlendirmelere aşağıda yer verilmiştir.

H.3.2.2. Proje Geliştirme Sözleşmesinin 4. Madde Kapsamında Değerlendirilmesi

290 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca, "Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri" hukuka aykırı ve yasak olup, ilgili işlem bu madde kapsamında bir anlaşma niteliği taşıması halinde, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde bir muafiyet değerlendirmesine konu olacaktır.

İşlemin taraflarından Evonik Energy'nin %(...) oranındaki hisselerine sahip olan Evonik Steag'ın, Türkiye'de ilgili ürün pazarındaki faaliyetlerini sürdüren iştiraklerinden Ayas ve Renova halen proje geliştirme aşamasında olduğundan henüz pazar payı ve cirosu bulunmamaktadır. İsken'in ise (.....) üretimi, toplam üretimde %(....) payı ve (.....) Euro cirosu bulunmaktadır. İşlemin diğer tarafı olan Germania Windpark, Ezse ve Babadağ'da vasıtasıyla elektrik üretimi alanında faaliyet göstermektedir. Ancak, söz konusu şirketlerin EPDK'dan alınan bir üretim lisansı olmadığından, ilgili ürün pazarında herhangi bir pazar payı ya da cirosu bulunmamaktadır.

300 Rekabet hukuku uygulamalarında yatay işbirliği anlaşmalarının değerlendirmesinde dikkat edilen ilk husus, teşebbüslerin sahip olduğu pazar payı ve o pazarın yapısıdır. Eğer tarafların birlikte pazar payları düşük ise, bu işbirliği ile ilgili ürün pazarında rekabetin kısıtlanması olası değildir ve daha fazla bir analiz yapılması gerekmez. Eğer taraflardan sadece bir tanesi kayda değer bir pazar payına sahip ise, bu işbirliği sonucunda o ilgili ürün pazarında faaliyet göstermek için gerekli olan önemli bir kaynağın elde edilmesi söz konusu değilse⁵, tarafların birlikte yüksek bir pazar payına sahip olması bile rekabeti sınırlayıcı olarak değerlendirilemez. Teşebbüsler arasında çok farklı şekillerde ve fazla sayıda işbirliği anlaşmaları imzalanacağından, genel kesin bir pazar payı eşiği vererek bu eşiğin üzerinde kalan anlaşmaların rekabeti sınırlayıcı

⁵ Bu ifadenin giriş engeli yaratacak bir üstünlük sahibi olmak anlamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

310 olacağı şeklinde bir yorum yapmak imkansızdır. Bu bağlamda, başvuru konusu Proje Geliştirme Sözleşmesi'nin;

- Taraflardan Evonik Energ'nin %(...) oranındaki hisselerine sahip olan Evonik Steag'ın Türkiye'de ilgili üretim pazarında sahip olduğu payın %(...) civarında olması,
- Ezse ve Babadağ vasıtasıyla Türkiye'de faaliyet gösteren Germania Windpark'ın Türkiye'de herhangi bir pazar payının ya da cirosunun olmaması,
- Başvuru konusu işlemin devralan tarafı olan Evonik Energy'nin %(...) oranında hissesine sahip olan Evonik Steag tarafından kontrol edilen Renova ile devre konu Ezse ve Babadağ'ın rüzgar enerjisi pazarında faaliyetleri çakışsa dahi, her üç
- 320 şirketin de ilgili ürün pazarında herhangi bir faaliyetinin, pazar payının ve cirosunun bulunmaması,
- Çeşitli kaynaklarda, Türkiye'nin rüzgâr enerjisi potansiyeli 40,000-48,000 MW olarak belirlenmiş ancak 2007 yılı sonu itibarıyla, devreye alınan rüzgâr enerjisi kurulu gücü ise 131,35 MW seviyesinde kalmıştır. Türkiye'nin enerjide dışa bağımlılığının azaltılmasında alternatif enerji kaynaklarının önemi göz önüne alındığında, başvuru konusu işlem gibi projelerinin gerçekleştirilmesinin hayati öneme sahip olması,
- Proje Geliştirme Sözleşmesi'nin "... III. dönüm noktasına (COD) ulaşıldığında, Germania ve de Markus Tacke ve Willi Rausse, Evonik şirketine veya Evonik
- 330 şirketi tarafından atanan bir şahsa, proje ortaklarının geri kalan paylarını devretmekle yükümlüdürler..." şeklinde düzenlenmiş 7.2. maddesi dikkate alındığında, söz konusu rüzgar santrallerinin inşaatının tamamlanmasının ardından Germania Windpark'ın kontrolündeki hisselerinin geri kalanını da Evonik Energy'e devredeceği ve ilgili ürün pazarından çıkacağı görülmektedir. Bu durumun da, asıl olarak projenin işletme safhasında ortaya çıkması muhtemel koordinasyon riskini ortadan kaldıracak olması,

sebebiyle, anılan işlemin ilgili pazardaki rekabeti sınırlayıcı bir etkisinin olmayacağı anlaşılmaktadır.

340 Sonuç olarak dosya mevcudundaki bilgiler çerçevesinde yapılan değerlendirmeler ışığında, mevcut koşullar altında, başvuru konusu işlemin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında bir anlaşma niteliği taşımadığı, aynı Kanun'un 6. maddesi kapsamında bir değerlendirilme yapılmasına gerek olmadığı ve dolayısıyla işleme Kanun'un 8. maddesi uyarınca menfi tespit belgesi verilmesinde bir sakınca olmadığı görülmektedir.

350 Diğer taraftan, ilgili anlaşmanın rekabet üzerindeki etkileri zaman içerisinde, anlaşmanın taraflarının ilgili ya da etkilenen pazarlarda başka teşebbüslerle ortaklıklara gitmesi, birleşme/devralma işlemleri gerçekleştirilmesi, piyasa koşullarının değişmesi, tarafların pazar paylarının değişmesi, anlaşmaya yeni tarafların eklenmesi ya da mevcut tarafların anlaşmadan ayrılması, anlaşmanın yeniden yapılandırılması, işbirliğinin bir parçası olarak yeni anlaşmaların yapılması gibi çeşitli koşullara bağlı olarak değişebilecektir. Dolayısıyla, verilen bir menfi tespit kararı, anılan anlaşma zaman içerisinde pazardaki rekabeti sınırlayıcı bir etkiye yol açtığı takdirde, 4054 sayılı Kanun'un 13. maddesi uyarınca geri alınabilecektir.

I. SONUÇ

360 Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre,

- Bildirim konusu işlemin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" kapsamında olmadığına,
- İşbirliği anlaşması niteliğinde olmakla birlikte mevcut koşullar altında bahse konu anlaşmanın 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddeleri kapsamında da değerlendirilemeyeceğine,
- İşleme 4054 sayılı Kanun'un 8. maddesi çerçevesinde menfi tespit belgesi verilmesine

OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.