

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2010-1-119 (Devralma)
Karar Sayısı : 10-38/641-217
Karar Tarihi : 27.05.2010

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

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

B. RAPORTÖRLER : Fatma ATAÇ, Tuğçe KOYUNCU

C. BİLDİRİMDE BULUNAN : Batıçim Enerji Elektrik Üretim A.Ş.

D. TARAFLAR :- Batıçim Enerji Elektrik Üretim A.Ş.
Ankara Cad. No:335 Bornova/İzmir
- Ada Enerji Mühendislik ve Kontrol Sistemleri San. ve Tic. Ltd. Şti.
Ağa Çırağı Sok. No:10/7 Taksim Gümüşsuyu Beyoğlu/İstanbul

E. DOSYA KONUSU: Borares Enerji Üretim Dağıtım Madencilik San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin %95 oranındaki hisselerinin Batıçim Enerji Elektrik Üretim Anonim Şirketi tarafından devralınması işlemine izin verilmesi talebi.

F. DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına en son 12.05.2010 tarih ve 3844 sayı ile giren bildirim üzerine, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesi ile 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" in ilgili hükümleri uyarınca düzenlenen 21.05.2010 tarih ve 2010-1-119/Öİ-10-379.FA sayılı Devralma Ön İnceleme Raporu ve 24.05.2010 tarih ve 2010-1-119/BN-10-379.FA sayılı Bilgi Notu sırasıyla 21.05.2010 tarih, REK.0.05.00.00-110/168 sayı ve 26.05.2010 tarih, REK.0.05.00.00-110/172 sayılı Başkanlık önermeleri ile 10-38 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda, bildirim konusu işlemin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında izne tabi olduğuna, işlem sonucunda, ilgili pazarda bir hâkim durum yaratılmasının veya mevcut hâkim durumun güçlendirilmesinin ve böylece rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmadığı, dolayısıyla söz konusu devir işlemine Kanun'un 7. maddesi çerçevesinde izin verilmesi; bununla birlikte, Rekabet Kurulu'nun izni olmaksızın gerçekleştirilmesi nedeniyle, devralan teşebbüs olan Batıçim Enerji Elektrik Üretim A.Ş.'ye bir önceki mali yıl sonunda oluşan yıllık gayri safi gelirlerinin binde biri oranında olmak üzere (.....) TL idari para cezası verilmesi gerektiği görüşü ifade edilmiştir.

H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. İlgili Pazar

Dosyadaki bilgiler çerçevesinde ilgili ürün pazarı, "elektrik üretimi ve satışı pazarı"; ilgili coğrafi pazar ise "Türkiye" olarak belirlenmiştir.

H.2. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

Dosya konusu işlem, Bornova 1. Noterliği'nce düzenlenen Hisse Devir Sözleşmesi uyarınca Borares Enerji Üretim Dağıtım Madencilik Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi (Borares)'nin hisselerinin %95'ini elinde bulunduran Ada Enerji Mühendislik ve Kontrol Sistemleri San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin hisselerinin Batıçım Enerji Elektrik Üretim A.Ş. (Batıçım Enerji) tarafından devralınmasına izin verilmesi talebine ilişkindir.

50 Söz konusu hisse devrinin ardından Borares'in kontrolü Batıçım Enerji'ye geçmektedir. Kontrolde gerçekleşen bu değişiklik nedeniyle dosya konusu işlem, 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2(b) maddesi anlamında bir devralma işlemidir. Diğer taraftan, Batıçım Enerji'nin pazar payı %(....) iken, bildirim konu Borares'in üretim tesisi henüz devreye girmediği için pazar payı bulunmamaktadır. Ancak Batıçım Enerji'nin 2009 yılı cirosunun (.....) TL olarak gerçekleşmesi nedeniyle, 1998/2 sayılı Tebliğ ile değişik 1997/1 sayılı Tebliğ'in 4. maddesinde belirtilen ciro eşiği aşıldığından, söz konusu devralma işlemi izne tabidir.

Başvuru konusu devralma işlemi kapsamında; hisseleri devre konu Borares'in rüzgâr enerji santrali kurmak ve işletmek amacıyla Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK)'na yaptığı üretim lisansının olumlu sonuçlanması ve bu çerçevede Batıçım Enerji'nin kontrolünde bir rüzgâr enerjisi santrali kurulması projesi bulunduğu belirtilmiştir. 60 Batıçım Enerji'nin devralma ile amacının ilgili ürün pazarında üretim gücünü dolayısıyla pazar payını yükseltme talebinin yanı sıra yenilenebilir enerji üretimine yeni giriş teşebbüsü olduğu ifade edilmiştir. Bunun yanında, kamunun kontrolünde olan EÜAŞ ve bağlı ortaklıkları, Yap-İşlet-Devret, Yap-İşlet ve İşletme Hakkı Devri uygulamaları çerçevesinde faaliyet gösteren özel şirketler, özel mobil üreticiler ve otoprodüktörler/otoprodüktör grupları gibi farklı piyasa oyuncularından oluşan Türkiye elektrik üretimi pazarında, kamu hâkimiyetinin bulunduğu görülmektedir.

Dosyada yer alan bilgilere göre, Borares'in bildirim konu olan üretim tesisinin henüz devreye girmediği ve devreye girmesi halinde bu tesisin tahmini pazar payının %(....) az olacağı dikkate alındığında, bildirim konusu işlem sonucunda ilgili pazarda 4054 sayılı 70 Kanun'un 7. maddesi çerçevesinde hâkim durum yaratılması veya mevcut hâkim durumun güçlendirilmesi ve böylece rekabetin olumsuz yönde etkilenmesinin söz konusu olmayacağı kanaatine varılmıştır.

H.3. Geç Bildirime İlişkin İdari Para Cezası

Dosyadaki bilgilere göre, hisse devir işleminin 23.03.2010 tarihi itibarıyla gerçekleştirilmiş olduğu noter satışından ve 24.03.2010 tarihli "Ortaklar Pay Listesi"nden anlaşılmaktadır. Buna ek olarak mevcut durumda Borares'in %95 hissesinin Batıçım Enerji'nin mülkiyetinde olduğu da taraflarca ifade edilmiştir. Her ne kadar devralınan Borares'in hâlihazırda hiçbir faaliyetinin olmadığı; yalnızca EPDK'da henüz sonuçlanmamış bir lisans başvurusunun bulunduğu belirtilmiş olsa da, gerçekleştirilen işlemin bir devralma işlemi 80 olduğu açıktır ve bu devralma işlemine Kurul izni için 29.04.2010 tarihinde başvurulmuştur. 4054 sayılı Kanun'un 11. maddesinde; Kurul'a bildirilmesi zorunlu olan devralma işleminin bildirilmediği hallerde, Kurul'un herhangi bir şekilde işlemde haberdar olduğu zaman kendiliğinden devralmayı incelemeye alacağına ve sonucunda devralmanın 7. maddenin birinci fıkrası kapsamına girmediğine karar vermesi durumunda devralmaya izin vereceğine, ancak ilgililere bildirimde bulunmadıklarından dolayı para cezası uygulayacağına hükmedilmiştir. Yine Kanun'un 16. maddesinin (b) ve (d) bentlerinde, izne tabi devralmaların Kurul izni olmaksızın gerçekleştirilmesi halinde, devralan teşebbüse, karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık

10-38/641-217

90 gayri safi gelirlerinin binde biri oranında idari para cezasının verileceğine hükmedilmiştir. Bu itibarla, devir işlemi izne tabi olan dosya konusu hisseleri devralan Batıçim Enerji'ye, 31.12.2009 tarihi itibarıyla oluşan (.....) TL'lik cirosunun binde biri olan (.....) TL idari para cezası verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

I. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre;

- 1- Bildirim konusu işlemin 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 hâkim durum yaratılmasının veya mevcut hâkim durumun güçlendirilmesinin ve böylece rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmadığına, bu nedenle işleme izin verilmesine OYÇOKLUĞU ile;
- 100 2- Bahse konu işlemin Rekabet Kurulunun izni olmaksızın gerçekleştirilmesi nedeniyle, devralan teşebbüs olan Batıçim Enerji Elektrik Üretim A.Ş.'ye 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrası uyarınca 2009 mali yılı sonunda oluşan gayri safi gelirinin binde biri oranında olmak üzere (.....) TL tutarında idari para cezası verilmesine OYÇOKLUĞU ile
- karar verilmiştir.

KARŞI OY

(27.05.2010 tarihli 10-38/641-217 Sayılı Kurul Kararı)

27.05.2010 tarihli 10-38/641-217 sayılı Rekabet Kurulu kararı ile Borares Enerji Üretim Dağıtım Madencilik San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin % 95 oranında hissesinin Batıçim Enerji Elektrik Üretim Anonim Şirketi tarafından devralınması işlemine 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında izin verilmiş, ayrıca işlemin Rekabet Kurulunun izni olmadan gerçekleştirilmesi nedeniyle devralan tarafa aynı Kanun'un 16. maddesi uyarınca idari para cezası verilmiştir.

Dosyada mevcut bilgilerden hisse devir işleminin 23.03.2010 tarihinde yapıldığı, buna karşılık işlemin 29.04.2010 tarihinde bildirildiği anlaşılacakla birlikte, ilgili tarafın "kontrol geçişinin gerçekleşebilmesi için Rekabet Kurulunun izninin beklendiği" yönündeki beyanı da dikkate alınmak durumundadır.

Bu sebeple bahse konu kararın Kurulun izni olmaksızın işlemin gerçekleştirilmesi nedeniyle devralan tarafa idari para cezası verilmesi yönündeki kısmına katılmam mümkün olmamıştır.

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI

Başkan

27.5.2010 tarihli, 10-38/641-217 sayılı Rekabet Kurulu Kararına

KARŞI OY GEREKÇESİ

Mezkur Kurul kararı ile Borares Enerji Üretim Dağıtım Madencilik San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin (Borares) Batıçim Enerji Elektrik Üretim A.Ş. (Batıçim Enerji) tarafından devralınması işlemine izin verilmekte ve işlemin Rekabet Kurulu izni olmaksızın gerçekleştirilmiş olması nedeniyle de idari para cezası verilmektedir.

Dosyada mevcut bilgi ve belgelerden Borares'in herhangi bir faaliyetinin ve mal varlığının bulunmadığı, yalnızca EPDK'ya yapılmış olan bir üretim lisansı başvurusunun olduğu anlaşılmaktadır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesi çerçevesinde bir devralmadan bahsedebilmek için bir teşebbüsün ortaklık paylarının veya malvarlığının devri gerekmektedir. Mevcut dosyada da Borares'in %95 oranındaki hissesi Batıçim Enerji tarafından devralınmaktadır.

Ancak dosyadaki bilgilerden Borares'in halihazırda herhangi bir teşebbüs faaliyetinin bulunmadığı gibi EPDK'ya yapılmış olan üretim lisansı başvurusu dışında da elinde üretime yönelik herhangi bir malvarlığı olmadığı anlaşılmaktadır. Bir lisans *başvurusunun* ise malvarlığı olarak değerlendirilemeyeceği düşünülmektedir. Dolayısıyla mevcut dosyada öncelikle 4054 sayılı Kanun anlamında bir teşebbüsün ortaklık paylarının veya malvarlığının devralınmasına yönelik bir işlemin olup olmadığının netleştirilmesi gerekmektedir.

Bu hususlara dönük bir değerlendirme yapılmaksızın, %95 oranındaki hissenin devri ile kontrolün değiştiğinden hareketle, mevcut işlemin doğrudan doğruya bir devralma işlemi olarak kabul edildiği, ardından da işlemin Kurul izni olmaksızın gerçekleştirildiğinden bahisle idari para ceza verildiği mezkur Kararın 1. ve 2. maddelerine katılmamız mümkün olmamıştır.

Murat ÇETİNKAYA
Kurul Üyesi