

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

**REKABET KURULU KARARI**

**Dosya Sayısı** : 2009-1-53 (Menfi Tespit)  
**Karar Sayısı** : 09-34/839-204  
**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:** Müge ÖZERCAN PAŞAOĞLU, Selen Yersu ŞAHİN

**C. BİLDİRİMDE  
BULUNAN**

20 : Ordu Yardımlaşma Kurumu  
Temsilcisi Av. K. Haluk ERUYGUR,  
Ziya Gökalp Cd. No:64 06600 Kurtuluş/Ankara

**D. TARAFLAR**

: Ordu Yardımlaşma Kurumu  
Ziya Gökalp Cd. No:64 06600 Kurtuluş/Ankara  
Evonik Steag GmbH  
Rellinghauser Strasse 1-11 45128 Essen ALMANYA

**E. DOSYA KONUSU:** Hisselerinin tamamı Evonik Steag GmbH'a ait olan AYAS Enerji Üretim ve Ticaret A.Ş.'nin %49 oranındaki hissesinin Ordu Yardımlaşma Kurumu tarafından devralınması işlemine izin verilmesi talebi.

30 **F. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 2.6.2009 tarih ve 3849 sayılı ile giren ve eksiklikleri en son 14.7.2009 tarih ve 4975 sayılı ile tamamlanan bildirim üzerine, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4, 7 ve 8. maddeleri ile 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in ilgili hükümleri uyarınca yapılan inceleme sonucunda düzenlenen 29.7.2009 tarih ve 2009-1-53/MM-09-MÖ sayılı Menfi Tespit Ön İnceleme Raporu, 3.8.2009 tarih, REK.0.05.00.00-130/153 sayılı Başkanlık önergesi ile 09-34 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

40 **G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda,

- Hisselerinin tamamı Evonik Steag GmbH'a ait olan AYAS Enerji Üretim ve Ticaret A.Ş.'nin %49 oranındaki hissesinin Ordu Yardımlaşma Kurumu tarafından devralınması işleminin, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve buna dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesinde sayılan birleşme/devralma sayılan hallerden biri olarak değerlendirilemeyeceği,
- Bu nedenle başvuru konusu işlemin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi kapsamında bir birleşme/devralma değil, taraflar arasında bir işbirliği anlaşması niteliği taşıdığı,

- 50 - Diğer taraftan, mevcut koşullar altında, söz konusu anlaşmanın 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği ve dolayısıyla başvuru konusu işleme 4054 sayılı Kanun'un 8. maddesi çerçevesinde menfi tespit belgesi verilmesi gerektiği, görüşü ifade edilmiştir.

## H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

### H.1. Taraflar

#### H.1.1. Devreden: Evonik Steag GmbH (Evonik Steag)<sup>1</sup>,

60 Dosyada yer alan bilgilere göre Evonik Steag dünya genelinde kimyasal, enerji ve gayrimenkul işlerinde faaliyet gösteren Evonik Grubu şirketlerinden biridir. Evonik Steag'ın %100 hissesine bir holding şirketi olan Evonik Industries AG (Evonik Industries) sahiptir. Evonik Industries'i ortaklaşa kontrol eden teşebbüslerin Türkiye'deki faaliyet alanları ise, sadece Evonik Industries ortak girişiminin dolaylı olarak (%100 iştiraki olan Evonik Steag vasıtasıyla) faaliyet gösterdiği alanlarda örtüşmektedir.

70 Evonik Steag'ın Türkiye'deki iştirakleri İskenderun Enerji Üretim ve Enerji A.Ş. (İSKEN), AYAS Enerji Üretim ve Ticaret A.Ş. (AYAS), ARKAD Deniz Taşımacılığı A.Ş. (ARKAD), Renova Enerji Üretim ve Ticaret A.Ş. (Renova)<sup>2</sup> ve Aytet Elektrik Toptan ve Ticaret A.Ş. (Aytet)<sup>3</sup>dir. Hâlihazırda, söz konusu teşebbüslerden sadece İSKEN ile ARKAD'ın faaliyeti bulunmaktadır. İSKEN, Sugözü Köyü Mevkii, Yumurtalık/ADANA'da taşkömürü ile çalışan elektrik santralının işletimi, bakımı ve üretilen elektriğin/enerjinin satışı ile iştigal etmekte olup, Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş. (TETAŞ) ile arasındaki %(..) alım garantisi içeren Yap-İşlet Sözleşmesi çerçevesinde satışlarını TETAŞ'a gerçekleştirmektedir. Evonik Steag'ın (önceden Steag AG) şirkette sahip olduğu yaklaşık %(..) hisse oranıyla İSKEN üzerinde tek başına kontrol hakkına sahiptir.

Evonik Steag, ARKAD'da ise, İSKEN'in söz konusu şirkette sahip olduğu %(....) oranında payı ile dolaylı olarak hisse sahibidir. ARKAD, İskenderun limanından elektrik santraline tedarik edilen kömürü taşıyan kömür nakil araçlarının işletimi ve bakımı alanında faaliyet göstermektedir.

80 Evonik Steag'ın yönetim kurulu, Joachim Henrich Oskar Rumstadt, Alfred Geissler, Dr. Wolfgang Cieslik, Karl Schnadt, Günter Nunnenkamp ve Andreas Blücher'den oluşmaktadır.

Evonik Steag'ın dünya çapında elde ettiği 2008 yılı satış hasılatı yaklaşık (...) milyar Euro olup, Türkiye'de İSKEN kanalıyla elektrik üretim ve arzından elde ettiği ciro (...) milyon Euro'dur.

#### H.1.2. Devralan: Ordu Yardımlaşma Kurumu (OYAK)

90 Dosya mevcudunda yer alan bilgilere göre OYAK, 1.3.1961 tarihinde 205 sayılı yasa ile kurulmuş, özel hukuk hükümlerine tabi, üyeleri olan TSK mensuplarına ana sosyal güvenlik kurumlarından ayrı güvenceler sağlayan bir emeklilik fonudur. Merkezi

<sup>1</sup>Bu bölümde yer alan bilgilerin bir bölümü 09-03/55-22 ve 04-63/906-216 sayılı Rekabet Kurulu kararlarından alınmıştır.

<sup>2</sup> Evonik Steag, rüzgar enerjisi alanında faaliyet göstermek üzere kurulmuş olan Evonik Steag'ın tek kontrolüne sahiptir.

<sup>3</sup> Aytet, Türkiye pazarında elektrik toptan satış faaliyetinde bulunmak üzere kurulmuş olup, hisselerinin %(.....)'u Evonik Steag'ın elinde bulunmaktadır.

Ankara'da bulunan OYAK'ın 2008 sonu itibarıyla çeşitli sektörlerde faaliyet gösteren 26 iştiraki bulunmaktadır.

OYAK'ın Türkiye elektrik piyasasındaki iştirakleri, Evonik Steag (%.... hisse oranıyla) ile birlikte hissedarı bulunduğu İSKEN ile (%..... hisse oranıyla) Türkiye elektrik pazarında elektrik toptan satış faaliyetinde bulunmak üzere kurulmuş olan ancak hâlihazırda faaliyeti bulunmayan Oyak Elektrik Enerjisi Toptan Satış A.Ş. (OYAK Enerji)'dir.

100 OYAK'ın iştiraklerinden Ereğli Demir ve Çelik Fabrikaları T.A.Ş. (Erdemir), İskenderun Demir ve Çelik A.Ş. (İsdemir) ve OYKA Kağıt Ambalaj Sanayi ve Ticaret A.Ş. (OYKA) ise, ana faaliyet konuları enerji olmamakla birlikte, otoprodüktör lisansları çerçevesinde kendi tüketimlerine yönelik olarak elektrik üretimi gerçekleştirmektedir. Mevcut bilgilerden, bu şirketlerin elektrik ihtiyaçlarının ancak bir kısmını kendi üretimleri ile karşılayabildikleri ve dolayısıyla Türkiye Elektrik İletim A.Ş. (TEİAŞ) bünyesinde bulunan Piyasa Mali Uzlaştırma Merkezi (PMUM)'nden net alıcı pozisyonunda oldukları anlaşılmaktadır.

### H.1.3. Devredilen: AYAS Enerji Üretim ve Ticaret A.Ş. (AYAS)

110 Bildirim Formu'nda yer alan bilgilere göre hisseleri devre konu AYAS, 5.4.2002 tarihinde Evonik Steag tarafından kurulmuştur. Mevcut durumda hisselerinin tamamı Evonik Steag'e ait olan AYAS'ın hâlihazırda bir ticari faaliyeti bulunmamakla birlikte, teşebbüsün kuruluş amacı, Adana-Sugözü'nde .... 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) .... MW gücünde, kömürle çalışan elektrik santralinin bitişiğinde faaliyet gösterecektir. Elektrik enerjisi üretecek ve satacak olan AYAS, 30.4.2009 tarih ve EÜ/2078-1/1465 sayılı EPDK izni ile elektrik üretim lisansı almış bulunmaktadır. AYAS'ın doğrudan veya dolaylı olarak kontrol ettiği herhangi bir şirket bulunmamaktadır.

## 120 H.2. İlgili Pazar

### H.2.1. İlgili Ürün Pazarı

Hisseleri devre konu olan AYAS, kömüre dayalı bir termik santral vasıtasıyla elektrik üretimi ve satışı alanında faaliyet göstermek üzere kurulmuştur. Dolayısıyla, ilgili ürün pazarına ilişkin daha önceki Rekabet Kurulu kararlarında benimsenen yaklaşımdan ayrılmayı gerektiren herhangi bir durumun da söz konusu olmadığı dikkate alınarak, ilgili ürün pazarı "*elektrik üretimi ve satışı pazarı*" olarak tanımlanmıştır.

### H.2.2. İlgili Coğrafi Pazar

130 Türkiye sınırları içerisinde herhangi bir yerde üretilmiş olan elektrik enerjisi enterkonnekte sistem aracılığıyla iletim hattına iletilmekte, daha sonra da dağıtım hatları yardımıyla tüm yurda dağıtılabilmektedir. Bu nedenle ilgili coğrafi pazar "*Türkiye*" olarak tespit edilmiştir.

## H.3. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

### H.3.1. İşlemin Kanun'un 7. Maddesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Bildirim Formu'nda yer alan bilgilere göre, işlemin hukuki dayanağını Evonik Steag ile OYAK arasında 1.4.2009 tarihinde imzalanmış olan Hisse Alım Sözleşmesi oluşturmaktadır. Söz konusu işlem çerçevesinde, OYAK, Evonik Steag'den AYAS'ın

hisselerinin %49'una denk gelen kısmını devralacaktır. Bu işlem sonrasında Evonik Steag, AYAS hisselerinin %51'ine, OYAK ise %49'una sahip olacaktır. AYAS'ın devir işlemi öncesi ve sonrasındaki hissedarlık yapısına aşağıdaki tabloda yer verilmektedir:

**Tablo 1: AYAS'ın İşlem Öncesindeki ve Sonrasındaki Hissedarlık Yapısı**

Hissedar	Sermaye Tutarı Devir Öncesi	Sermaye Tutarı Devir Sonrası	Hisse Oranı Devir Öncesi (%)	Hisse Oranı Devir Sonrası (%)
Evonik Steag GmbH	.....	.....	.....	.....
OYAK	..	.....	.....	.....
Claus-Peter Bell	..	..	.....	.....
Dr. Peter Heinrich Hagemann	..	..	.....	.....
Dr. Sırrı Uyanık	..	..	.....	.....
Ute Wolf	..	..	.....	.....
Joachim Heinrich Oskar Rumstadt	..	..	.....	.....
Arnold Robert Gehlen	..	..	.....	.....
Dr. Mehmet Aydın Müderrisoğlu	..	..	.....	.....
Dr. Ali Caner Öner	..	..	.....	.....
Dinç Kızıldemir	..	..	.....	.....
<b>TOPLAM</b>	.....	.....	...%	...%

Taraflar, anılan Hisse Alım Sözleşmesi'nin yanı sıra, projenin geliştirilmesi ve işletilmesi sürecindeki eylem ve hareketlerini düzenlemeye yönelik olarak bir Hissedarlar Sözleşmesi ve Geliştirme Sözleşmesi imzalamışlardır. Anılan Hissedarlar Sözleşmesi ile ekindeki AYAS (Tadil Edilmiş) Ana Sözleşmesi'nde yer alan hükümler incelendiğinde, aşağıda da ayrıntılı biçimde açıklandığı üzere, ilgili işlem neticesinde AYAS'ın Evonik Steag'in tek kontrolünden, OYAK ile Evonik Steag'in ortak kontrolüne geçtiği anlaşılmaktadır.

150 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesinin (c) bendi uyarınca; *“Amaçlarını gerçekleştirmek üzere işgücü ve mal varlığına sahip olacak şekilde bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkan ve taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmayan ortak girişimler (joint venture)”* teşebbüsler arası birleşme ve devralma kabul edilmekte ve Tebliğ'in 4. maddesindeki koşullara bağlı olarak Rekabet Kurulu'ndan izin alınması gerekmektedir.

Teşebbüsler arasındaki bir ortak girişimin 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında bir yoğunlaşma sayılabilmesi için taşıması gereken unsurlar şunlardır:

- Ortak kontrol altında bir teşebbüsün bulunması,
- 160 • Ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkması,
- Ortak girişimin, taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisinin olmaması

Bu noktada AYAS'ın %49 oranındaki hissesinin OYAK tarafından devralınması sonucunda, işlemin anılan Tebliğ kapsamında bir ortak girişim niteliği kazanıp kazanmadığı, yukarıda sayılan unsurlar bakımından aşağıda değerlendirilmiştir:

#### **i. Ortak kontrol altında bir teşebbüsün bulunması**

170 İki veya daha çok sayıda teşebbüs ya da gerçek kişinin başka bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağına sahip olmaları halinde ortak kontrolün varlığından bahsedilmektedir. Belirleyici etki, teşebbüsün stratejik ticari davranışlarına engel olabilme gücü olarak tanımlanabilir. Ortak kontrol, iki ya da daha fazla sayıdaki ana şirketin, stratejik bir karara ilişkin teklifi geri çevirme gücünden kaynaklanan çözülemeyen anlaşmazlıkların ortaya çıkması ihtimali ile karakterize edilir. Böylelikle

pay sahiplerinin ortak girişimin ticaret politikalarının belirlenmesinde fikir birliğine ulaşmaları gerekecektir.

Ortak kontrol çeşitli biçimlerde ortaya çıkabilmektedir. Ortak kontrolün varlığının en açık ifadesi oy haklarını ve karar organlarına atanacak kişi sayısını, aralarında eşit olarak bölüşen iki ana teşebbüs tarafından ortak girişimin oluşturulmuş olmasıdır. Diğer yandan ortak girişimin iki tarafı arasında ilgili unsurlar açısından eşitlik olmasa, ya da ikiden fazla ana teşebbüs bulursa dahi belli koşullar altında ortak kontrolden bahsedilebilecektir.

Evonik Steag ile OYAK arasında 1.4.2009 tarihinde imzalanmış olan Hissedarlar Sözleşmesi ile tarafların AYAS'ın ortakları olmaları sıfatıyla sahip olacakları hak ve yükümlülükler belirlenmektedir. Sözleşme'nin "Yönetim Kurulu" başlık 5.1. maddesi incelendiğinde, AYAS'ın Yönetim Kurulu'nun 10 kişiden oluşacağı ve bu üyelerden 6'sının Evonik Steag, geri kalan 4 üyenin ise OYAK tarafından atanacağı anlaşılmakta ve bu durum OYAK'ın Kurum'a gönderdiği 14.7.2009 tarih ve 4975 sayılı yazısı ile de teyit edilmektedir. İlgili sözleşme'nin ekinde yer alan AYAS Tadil Edilmiş Ana Sözleşmesi'nin 10.b. maddesine göre ise, Yönetim Kurulu toplantıları en az 6 üyenin katılımı ile gerçekleştirilebilmektedir. Bu durum, ilk bakışta, AYAS'ın Evonik Steag'ın tek kontrolü altında bulunduğu izlenimi yaratsa da, Hissedarlar Sözleşmesi'nin 1.1. maddesinde ağırlaştırılmış çoğunluk ve büyük hissedar kavramlarına yer verilmekte olup,

**"Ağırlaştırılmış çoğunluk:** (i) Hissedarlar tarafından alınacak olan bir kararın varlığı durumunda, Şirketin toplam sermayesinin yüzde seksenini (%80) elinde bulunduran Hissedarların olumlu oyunu, ve (ii) Yönetim Kurulu tarafından alınacak olan bir kararın varlığı durumunda, her bir Büyük Hissedarın gösterdiği adaylar arasından seçilmiş en az bir üyenin olumlu oyu da dahil olmak kaydıyla, en az altı (6) Yönetim Kurulu üyesinin olumlu oyunu"

**"Büyük Hissedar:** Şirket hisselerinin yüzde on veya daha fazlasını elinde bulunduran herhangi bir hissedarı"

ifade etmektedir.

Söz konusu hükümler, ağırlaştırılmış çoğunluğun arandığı yönetim kurulu kararları ile hissedar kararları bakımından OYAK ile Evonik Steag'ın bir fikir birliğine ulaşmaları gereğini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla söz konusu kararların, AYAS üzerinde belirleyici etki uygulama olanağı sağlayan stratejik ticari kararlar olup olmadığı hususu ortak kontrolün sağlanıp sağlanmadığı açısından belirleyici olacaktır.

Hissedarlar Sözleşmesi ve ekinde yer alan AYAS Tadil Edilmiş Ana Sözleşmesi'nin ilgili maddeleri incelendiğinde, AYAS'ın ticari işletme tarihinden<sup>4</sup> önce, tüm Yönetim Kurulu kararları için ticari işletme tarihinden itibaren ise belli kararlar bakımından Yönetim Kurulu Ağırlaştırılmış Çoğunluğunun olumlu oyunun aranacağı anlaşılmaktadır. İşletme tarihinden sonra ağırlaştırılmış çoğunluğun olumlu oyunun sağlanmasını gerektiren Yönetim Kurulu kararlarından bazıları Ana Sözleşme'de;

<sup>4</sup> Ticari İşletme Tarihi, AYAS tarafından kurulan elektrik enerjisi üretim tesisinin tamamının, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Elektrik Tesisleri Kabul Yönetmeliği uyarınca TEİAŞ tarafından geçici kabulünün yapıldığı ve santralin anahtar teslim inşaatını yapan şirketin üretim tesisini AYAS'a devretmesi AYAS'ın (alıcı veya alıcılar) ile yapacağı elektrik enerjisi ve kapasitesi satış sözleşmeleri tahtında sözleşmesel yükümlülüklerini yerine getirmeye başlayacağı tarih olarak tanımlanmıştır.

- 220
- 230
- 240
- 250
- i) *Şirket genel müdürü ve genel müdür yardımcılarının atanması, görev sürelerinin uzatılması ve görevlerine son verilmesi de dahil olmak üzere bu kişilerin çalışma şart ve koşullarında değişiklik yapmak (Madde 10.d.ii),*
  - ii) *Genel Kurul'a faaliyetler, yatırım ve finansman politikaları, yıllık mali tablolar ve raporlar, Şirket'in yıllık bütçesi ve organizasyon yapısı, her türlü yedek akçe fonu oluşturulması, kâr dağıtımı, Şirket merkezinin başka bir adrese taşınması ve irtibat bürolarının açılıp kapatılması konularında önerilerde bulunmak (Ana Sözleşme Madde 10.d.i)*
  - iii) *5.000.000 ABD Doları (veya başka para biriminde muadili) yahut daha yüksek bir meblağı içeren; Şirketin kuracağı elektrik enerjisi üretim tesisinin inşaaı amacıyla imzalanacak olan inşaat sözleşmesinin, tesise kömür tedarik edilmesi amacıyla imzalanacak olan kömür alım anlaşmalarının, tesisin üreteceği elektrik enerjisinin ve/veya kapasitenin satışı amacıyla imzalanacak enerji satış anlaşmalarının, tesisin kurulması ve işletilmesine ilişkin olarak imzalanacak her türlü teknik destek sözleşmelerinin, tesisin finansmanı ile ilgili olarak imzalanacak finansman sözleşmelerinin imzalanmasına, onaylanmasına, (esaslı olmayan değişiklikler hariç olmak üzere) tadil edilmesine veya bu sözleşmelerin tamamının veya bir bölümünün temlik edilmesine, fesih veya iptal edilmesine veya bu maddede sayılan sözleşmelere ilişkin olarak 5.000.000 ABD Doları (veya başka para biriminde muadili) yahut daha yüksek bir meblağı içeren tadil, temlik, fesih veya iptal gibi önemli konularda karar almak (Madde 10.d.v),*
  - iv) *5.000.000 ABD Doları (veya başka para biriminde muadili) yahut daha yüksek bir meblağı ilgilendiren herhangi bir lisans, izin, imtiyaz veya yetki belgesi veya bunların bir bölümü ile ilgili olarak başvuru yapmak, bunları almak, imzalamak (esaslı olmayan değişiklikler hariç olmak üzere) tadil, temlik, fesih veya iptal etmek veya bunlara ilişkin önemli herhangi bir karar almak (Madde 10.d.vi)*
  - v) *5.000.000 ABD Doları (veya başka para biriminde muadili) yahut daha yüksek değerde herhangi bir sözleşmeyi imzalamaya veya onaylamaya ilişkin karar almak (Madde 10.d.vii),*
  - vi) *Herhangi bir sözleşmeyi veya herhangi bir bölümünü 5.000.000 ABD Doları (veya başka para biriminde muadili) yahut daha yüksek bir meblağı ilgilendirecek şekilde tadil etmek, temlik etmek, fesih veya iptal etmek (Madde 10.d.viii),*
  - vii) *Şirket ile herhangi bir hissedar yahut bir hissedarın herhangi bir bağlı kuruluşu arasında imzalanacak olan ve sözleşme değeri 500.000 ABD Doları (veya başka para biriminde muadili) yahut daha yüksek olan her türlü sözleşmeyi onaylamak (söz konusu sözleşme herhangi bir on iki aylık dönemde ilgili diğer bir husus ile birlikte 1.000.000 ABD Doları (veya başka para biriminde muadili) yahut daha yüksek bir meblağı ilgilendiriyor ise veya ilgilendirme ihtimali var ise) (Madde 10.d.ix)*
  - viii) *Üçüncü kişilerden veya hissedarlardan borç alınmasına, söz konusu borca ilişkin sözleşmelerin onaylanmasına ve bu sözleşmelerin tadili, temlik, devri sona erdirilmesi veya iptaline ilişkin herhangi bir karar almak (Madde 10.d.x)*

olarak sayılmakta olup, benzer nitelikteki hükümlere Hissedarlar Sözleşmesi'nin çeşitli maddelerinde de yer verilmektedir.

260 Ayrıca hissedarlar ya da hissedarların kendilerini temsil etmek üzere tayin ettikleri üçüncü kişilerin katılımıyla gerçekleşen Genel Kurul toplantılarında hissedarların ağırlaştırılmış çoğunluğunun (şirket hisselerinin en az %80'ini elinde bulunduran hissedarların) olumlu oyunu gerektiren ve bu çerçevede Ana Sözleşme'nin 17. maddesinin d bendinde "Olağanüstü Kararlar" başlığı altında sıralanan kararlar arasında;

- "Şirketin Sermayesi" ve "Hisse Devri" ve "Amaç ve Konu" maddelerinin değiştirilmesine ilişkin kararlar,

- AYAS'ın başka bir şirketi devralması, başka bir şirketle birleşmesine ilişkin kararlar,

270 - Kâr dağıtımı ve net kârın kanunda öngörülenler dışında herhangi bir yedek akçe fonuna aktarılması ile ilgili kararlar,

- Şirket Ana Sözleşmesi'nin aşağıdaki konulara ilişkin olan herhangi bir hükmünde yapılacak değişikliklere ilişkin kararlar;

1) Hissedarların Ağırlaştırılmış Çoğunluğu veya Yönetim Kurulu Ağırlaştırılmış Çoğunluğu yahut oybirliği ile karar alınmasını gerektiren,

2) Yönetim Kurulu üyelerinin ve denetçilerin aday gösterilmesi için bir hak tesis eden

3) Yönetim Kurulu üyelerinin veya denetçilerin sayısını belirleyen

4) Yönetim Kurulu veya Genel Kurul toplantıları için nisap tespit eden

280 5) Genel Kurul'da veya Yönetim Kurulu'nda ya da Şirketin idaresinde herhangi bir Hissedarların Ağırlaştırılmış Çoğunluğu veya Yönetim Kurulu Ağırlaştırılmış Çoğunluğunun olumlu oyu olmaksızın hareket etmeye olanak veren ve o tarihte Ana Sözleşme'de yer almayan herhangi bir hak yaratan

kararlar yer almaktadır.

Diğer taraftan, OYAK'ın yukarıda anılan 14.7.2009 tarihli yazısında, Hissedarlar Sözleşmesi ve Ana Sözleşme'de yer alan hükümler doğrultusunda, şirket genel müdür ve genel müdür yardımcılarının atanmasına ilişkin kararlar bakımından ağırlaştırılmış çoğunluk aranmasına rağmen, Ana Sözleşme'nin 17. ve Hissedarlar Sözleşmesi'nin 4.7.(iv) maddesinde yer alan düzenlemeler çerçevesinde, OYAK'ın ancak genel müdür veya genel müdür yardımcısı pozisyonuna önerilen ilk adayı veto etme hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. OYAK'ın ikinci adayı da veto etmesi durumunda ise ikinci adayın atanmasına ilişkin olarak yapılacak bir Genel Kurul oylamasında ağırlaştırılmış çoğunluk aranmayacaktır.

290 Üst düzey yöneticilerin atanmasına yönelik kararlar, bir teşebbüse ilişkin en önemli stratejik ticari kararlar arasında yer almaktadır. Bununla birlikte, yukarıda sayılmakta olan diğer kararların da, Bildirim Formu'nda ileri sürülen aksine, azınlık hissedarının şirkette yatırımcı sıfatıyla sahip olduğu mali çıkarları korumaya yönelik veto haklarının ötesine geçtiği, AYAS'ın faaliyetine yönelik stratejik ticari kararlar niteliğinde olduğu ve bir bütün olarak ele alındığında AYAS üzerinde belirleyici etki uygulama olanağı sağlanması için yeterli olduğu düşünülmektedir. Bu kararların ancak taraflar arasında 300 bir mutabakat sağlanması halinde alınabildiği dikkate alındığında, ilgili işlem neticesinde, AYAS'ın Evonik Steag'in tek kontrolünden OYAK ile Evonik Steag'in ortak kontrolüne geçeceği anlaşılmaktadır.

**ii. Ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlık olması**

Bir ortak girişimin birleşme veya devralma işlemi olarak değerlendirilebilmesi için mevcudiyeti gereken unsurlardan ikincisi, ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkması, bir başka ifadeyle, tam işlevsel olma hüviyetine sahip olmasıdır.

310 Söz konusu bağımsızlık, ortak girişimin, taraflarından stratejik kararların alınması bakımından tamamen ayrı hareket etmesini değil, operasyonel anlamda taraflardan bağımsız faaliyette bulunabilmesini ifade etmektedir. Bu çerçevede dikkate alınan unsurlardan biri, ortak girişim ile ana şirketler arasındaki alım-satım ilişkisinin boyutlarıdır. Ortak girişimin sadece ana şirketlere satış yapması ya da sadece ana şirketlerden alım yapması, ortak girişimin ilk faaliyete geçiş dönemi ile sınırlı olduğu müddetçe ortak girişimin tam işlevsel olma niteliğine hanel getiren bir durum olarak kabul edilmemektedir. Diğer taraftan, ortak girişimin ana şirketlere devamlı surette satış yapmasının planlandığı hallerde, ana şirketlere yapılacak satışlardan bağımsız olarak, ortak girişimin pazarda aktif bir rol üstlenmeye hazır bir durumda olup olmadığı hususu irdelenmelidir. Bunun için ise, Avrupa Komisyonu'nun tam işlevsel ortak girişimlere ilişkin duyurusunda<sup>5</sup> da açıklandığı üzere;

- Ana şirketlere yapılan satış miktarının ortak girişimin toplam üretim miktarı içerisinde önemli bir paya sahip olup olmadığı,
- Ana şirketlere yapılan satışların normal piyasa koşullarına göre gerçekleşip gerçekleşmediği

hususları önem taşımaktadır.

330 Evonik Steag, OYAK ve AYAS arasında 1.4.2009 tarihinde, kurulması planlanan elektrik santraline ilişkin proje kapsamında, gelişim ve inşaat safhalarında tarafların hak ve görevlerin belirlenmesi amacıyla imzalanan Geliştirme Sözleşmesi'nin "Elektrik Satışları" başlıklı 4.1. maddesi incelendiğinde, AYAS'ın satış için müsait kapasitesi<sup>6</sup> ile ürettiği elektrik enerjisinin Evonik Steag ve OYAK tarafından hisse oranları doğrultusunda satın alınacağı anlaşılmaktadır. Bu amaçla, AYAS ile Evonik Steag ve OYAK'ın belirlenen iştirakleri arasında, elektrik alım sözleşmeleri imzalanacaktır. Bu sözleşmeler çerçevesinde, hisse oranları doğrultusunda, AYAS'ın kapasite ve üretim miktarının %51'i Evonik Steag'in iştiraki, söz konusu kapasite ve üretim miktarının %49'u ise OYAK'ın iştiraki tarafından satın alınacaktır. Ayrıca, anılan elektrik alım sözleşmeleri, elektrik santralının ticari işletmeye geçiş tarihinden sonra en az 20 senelik bir süreyi kapsayacak şekilde uzun süreli sözleşmeler olacaktır. İlgili sözleşme hükümleri uyarınca, tarafların iştirakleri, AYAS'dan satın aldıkları elektrik enerjisini satma yetkisini haiz olacaktır.

Anılan sözleşme hükümleri, AYAS'ın piyasada doğrudan aktif olmayacağını ve AYAS'ın kapasitesi ile ürettiği elektrik enerjisinin, ana şirketlerin iştirakleri (ve dolayısıyla ana şirketler) tarafından üçüncü taraflara arz edileceğine işaret etmekte olup, bu koşullar altında AYAS'ın bağımsız bir iktisadi varlık olarak nitelendirilemeyeceği anlaşılmaktadır.

Öte yandan, Sözleşme'nin 4.1.2.v. maddesinde, *tarafların anlaşması halinde*, AYAS'ın elektrik santrali kapasitesinin ve elektrik santrali tarafından üretilen ve buna tekabül eden elektrik enerjisinin *bir kısmına veya tamamına* ilişkin olarak üçüncü kişilerle enerji alım sözleşmesi akdedebileceği düzenlenmektedir. Böyle bir durumda, taraflar,

<sup>5</sup> Commission Notice on the concept of full-function joint ventures under Council Regulation (EEC) No 4064/89 on the control of concentrations between undertakings, OJ C 66, 2.3.1998.

<sup>6</sup> "Satış için müsait olan kapasite", elektrik santralının ve ilgili tali ekipmanların dahili tüketim için gerekli kapasite ve iletim kayıpları ve ilgili mevzuat uyarınca verilecek tali servisler gibi nedenlerle elektrik santrali tarafından ayrılacak olan kapasite düşüldükten sonra geriye kalan miktarı ifade etmektedir.



350 üçüncü kişilere yapılan satışlardan arta kalan kapasite ve üretim miktarını, yine hisseleriyle orantılı olarak paylaşacaklardır. Her ne kadar bu madde AYAS'ın piyasaya satış yapmasının önünü açmakta ise de, esas olarak AYAS'ın piyasada aktif faaliyetinin amaçlanmadığı ve AYAS'ın üçüncü kişilere satış yapmasının ancak ana şirketlerin isteği doğrultusunda gerçekleşebileceği dikkate alındığında, ilgili hükmün varlığının AYAS'ın bağımsız bir iktisadi varlık olarak değerlendirilmesi açısından yeterli görülmemiştir.

360 Bunun yanı sıra, ilgili sözleşmenin 4.1.5. maddesi incelendiğinde, Evonik Steag ile OYAK enerji alım iştirakleri ile AYAS arasında gerçekleşecek elektrik alımlarına ilişkin fiyatın tespiti için belli bir fiyat formülünün saptanmış olduğu ve bu fiyat formülünün temel olarak AYAS'ın maliyetlerini karşılamaya yönelik olduğu görülmektedir. Dolayısıyla AYAS'ın ana şirketlere yapacağı satışların piyasa fiyatları üzerinden gerçekleşeceğini söylemek de mümkün gözükmemektedir.

370 Yukarıda yer verilmekte olan değerlendirmeler ışığında, bağımsız bir iktisadi varlık niteliği taşıyamaması sebebiyle, ilgili işlem neticesinde ortaya çıkacak olan ortak girişimin, 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında bir birleşme/devralma işlemi olarak değil, taraflar arasında üretim amaçlı 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, AYAS bünyesinde ortaya çıkacak ortak girişime ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında yapılan değerlendirmelere aşağıda yer verilmiştir.

### H.3.2. İşlemin Kanun'un 4. Maddesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi

380 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, Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde bir muafiyet değerlendirmesine konu olacaktır.

390 Avrupa Topluluğu'nda, üretim anlaşmalarını da kapsayan yatay işbirliği anlaşmaları, Avrupa Komisyonu'nun "*Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın 81. Maddesinin Yatay İşbirliği Anlaşmalarına Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*<sup>7</sup>"nda ortaya konan prensipler çerçevesinde incelenmektedir. Anılan Kılavuz'a göre, üretim anlaşmalarından kaynaklanabilecek rekabet sorunlarının ana kaynağı tarafların sağlayıcı olarak rekabetçi davranışlarının koordinasyonu olup bu tip bir sorun, işbirliği yapan tarafların ilgili pazarlardan en az birinde (işbirliği ile doğrudan ilişkili pazarlarda ve/veya olası etkilenen pazarlarda- spill over markets) fiili ya da potansiyel rakip olmaları halinde ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla, Kılavuz'a göre, rakip olmayan teşebbüsler arasındaki üretim anlaşmaları (pazarın kapanması riski olmadığı takdirde) Roma Antlaşması'nın 81(1). madde kapsamında değerlendirilemeyecek olmakla birlikte, aşağıda da ele alınacağı üzere, tarafların rakip olması da her zaman davranışların koordine edileceği anlamına gelmemektedir.

<sup>7</sup> Commission Notice – Guidelines on the applicability of Article 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation agreements

İşlemin taraflarından Evonik Steag'ın ilgili pazardaki faaliyeti, işlemin diğer tarafı olan OYAK'ın da hissedarı olduğu İSKEN'in faaliyeti ile sınırlıdır. 30.9.2004 tarih ve 04-63/906-216 sayılı Kurul kararı ile Evonik Steag'ın kontrolünde olduğuna hükmedilen İSKEN'in satışlarının tamamı, hâlihazırda, Yap-İşlet Sözleşmesi çerçevesinde TETAŞ'a gerçekleştirilmektedir.

İşlemin diğer tarafı olan OYAK'ın elektrik piyasasına dönük faaliyetleri ise, İSKEN'deki hissedarlığından ibarettir. Her ne kadar, OYAK'ın iştiraklerinden Erdemir, İsdemir ve OYKA otoprodüktör lisansları çerçevesinde, ... MW, ... MW ve .. MW kapasiteye sahip elektrik üretim tesislerini işletmekte iseler de, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu uyarınca, bir otoprodüktör ya da otoprodüktör grubu, bir takvim yılı içerisinde lisanslarına derç edilen yıllık ortalama elektrik enerjisi üretim miktarının ancak yüzde yirmisini piyasada satabilmektedir. Ayrıca, daha önce de belirtildiği üzere, söz konusu OYAK iştirakleri, kendi üretimlerinin ihtiyaçlarını karşılamaması sebebiyle, PMUM'dan net alıcı pozisyonundadır.

Başvuru konusu işlem ise, İSKEN'in hissedarları arasında, birlikte kontrol edecekleri AYAS vasıtasıyla üretime yönelik bir işbirliği ortaya çıkaracaktır. Dolayısıyla, anılan işlem, mevcut durumda ilgili pazarda birbirine rakip iki teşebbüsü bir araya getiren bir işlem niteliği taşımamaktadır.

Diğer taraftan, daha önce de değinildiği üzere, taraflar arasındaki Geliştirme Sözleşmesi'nde yer alan hükümlerden, AYAS tarafından üretilecek elektrik enerjisinin, Evonik Steag ve OYAK'ın iştirakleri tarafından, tarafların hisse oranları doğrultusunda (%51, %49) satın alınacağı ve bu iştiraklerin satın aldıkları enerjiyi satma yetkisine sahip olacağı anlaşılmaktadır. Bildirim Formu'nda da AYAS tarafından üretilecek olan elektriğin piyasadaki alıcılara satılacağı ifade edilmektedir. Nitekim gerek Evonik Steag'ın, gerekse OYAK'ın hâlihazırda aktif olmayan toptan satış şirketleri (Aytet ve Oyak Enerji) bulunmaktadır. Dolayısıyla AYAS'ın üretime başlamasını takiben, OYAK'ın da AYAS'dan satın aldığı elektriği piyasaya arz etmesi halinde, Evonik Steag ile OYAK ve hatta tarafların anlaşması durumunda<sup>8</sup> AYAS pazarda fiili olarak elektrik satışı ile iştigal eder hale gelecektir. Bu koşullar altında da, tarafların rekabetçi davranışlarının koordinasyonu riskinden söz edilebilecektir. Diğer taraftan anılan Geliştirme Sözleşmesi'nin 4.1.2.iii. maddesinde, OYAK ve Evonik Steag'ın elektrik satın alım iştiraklerinin, AYAS'tan satın aldıkları elektrik kapasitesi ve buna tekabül eden elektrik enerjisini, Elektrik Satın Alım Anlaşmaları'nda yer alan şart ve koşullara tabi olmaları kaydıyla, *kendi takdir yetkileri* çerçevesinde satacağının hükme bağlanmış olması, tarafların davranışlarını koordine etme niyeti taşımadığına dair bir işaret olarak yorumlanabilecektir.

Daha da önemlisi, söz konusu anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı bir nitelik taşıyıp taşımadığının tespiti bakımından belirleyici olan unsur, tarafların pazardaki konumlarıdır. Zira Komisyon'un yatay işbirliği anlaşmalarına ilişkin kılavuzunun 92. paragrafında da ifade edildiği üzere, bir üretim anlaşmasının tarafları, eğer pazar gücüne sahip değil iseler, sağlayıcı olarak rekabetçi davranışlarını koordine etme yoluna gitmeyeceklerdir. Ayrıca taraflar rekabetçi davranışlarını koordine etseler dahi, pazar gücüne sahip olmadıkları müddetçe, bu koordinasyonun piyasadaki rekabet üzerinde herhangi bir etkisi olmayacaktır. Bu çerçevede tarafların pazardaki konumlarına ilişkin değerlendirmelere aşağıda yer verilmektedir.

<sup>8</sup> Hatırlanacağı üzere, Geliştirme Sözleşmesi'nin 4.1.2.v. maddesinde, tarafların anlaşması halinde, AYAS'ın ürettiği elektriğin tamamını ya da bir kısmını üçüncü kişilere satabileceği hükme bağlanmıştır.

450 Bildirim Formu'nda yer alan bilgilere göre, İSKEN'in brüt kurulu gücü ile AYAS'ın planlanan kurulu gücü sırasıyla .... MW ve ... MW'dır. Türkiye Elektrik İletim A.Ş. (TEİAŞ)'ın internet sitesinde yayınlanan istatistiklere göre Türkiye'nin 2007 yılsonu itibarıyla kurulu gücü ise 40.835,7 MW'dır<sup>9</sup>. Türkiye 2007 yılı sonu toplam kurulu gücünde sadece AYAS'ın planlanan ... MW'lık kurulu gücü kadar bir artış olduğu gibi gerçekçi olmayan bir varsayım altında dahi, İSKEN'in kurulu güç içerisindeki payı %... 'ye, AYAS'ınki ise % .. 'ye tekabül edecektir.

Elektrik üretim miktarları esas alındığında ise, 2007 yılında Türkiye toplam elektrik üretimi 191.558,1 GWh, İSKEN'in üretim miktarı ise .... GWh olarak gerçekleşmiştir. Bildirim Formu'nda yer alan bilgilere göre, AYAS'ın yıllık ... milyar kwh (.... GWh) brüt elektrik üretimi yapması öngörülmektedir. Dolayısıyla, yine AYAS'ın kapasitesi haricinde herhangi bir kapasite artışının gerçekleşmediği varsayımı altında, İSKEN'in toplam üretim miktarı içindeki payı ancak %...<sup>10</sup>, AYAS'ın ise ancak %... civarında olacaktır.

460 Yukarıda yer verilen tespitler doğrultusunda, işlem neticesinde AYAS bünyesinde kurulacak olan ortak girişimin, tarafların pazardaki konumlarında önemli bir değişiklik meydana getirmeyeceğini ve taraflara pazar gücü sağlamayacağını ortaya koymaktadır. Dolayısıyla, anılan işlemin ilgili pazardaki rekabeti sınırlayıcı bir etkisinin olmayacağı anlaşılmaktadır.

470 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 ve dolayısıyla işleme Kanun'un 8. maddesi uyarınca menfi tespit belgesi verilmesinde bir sakınca görülmemektedir. Diğer taraftan, ilgili anlaşmanın rekabet üzerindeki etkileri zaman içerisinde, anlaşmanın taraflarının ilgili ya da etkilenen pazarlarda başka teşebbüslerle ortaklıklara gitmesi, birleşme/devralma işlemleri gerçekleştirmesi, 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

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre,

480 - Taraflar arasında bir işbirliği anlaşması niteliği taşıyan 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 birleşme/devralma işlemi olmadığına,

<sup>9</sup> 2008 yılına ilişkin kesinleşmiş elektrik üretim istatistikleri henüz TEİAŞ tarafından yayınlanmamış olduğundan 2007 yılı verileri dikkate alınmıştır.

<sup>10</sup> Bildirim Formu'nda İSKEN'in 2007 yılı Türkiye toplam enerji üretimindeki payı, yukarıda hesaplanmış olan rakamdan farklı olarak, % ... olarak bildirilmiş olmakla birlikte, iki rakam arasındaki fark ihmal edilebilir düzeydedir.

**09-34/839-204**

490 - 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 verilmesine

OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.