

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2004-1-109 (Devralma)
Karar Sayısı : 04-70/1008-246
Karar Tarihi : 4.11.2004

10

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Mustafa PARLAK
Üyeler : Tuncay SONGÖR, A. Ersan GÖKMEN, R. Müfit SONBAY,
Murat GENCER, Prof.Dr. Zühtü AYTAÇ, Rıfki ÜNAL,
Prof.Dr. Nurettin KALDIRIMCI, Süreyya ÇAKIN

B. RAPORTÖRLER: F. Yeşim AKCOLLU, Harun ULU

20

**C. BİLDİRİMDE
BULUNAN**

: - Enron Power Holdings (Turkey) B.V.
Temsilcisi: Av. Sezin TURAN
Barbaros Bulvarı Mürbasan Sokak
Cerrahoğlu Binası 34349 Balmumcu-İstanbul

D. TARAFLAR

: - Enron Power Holdings (Turkey) B.V.
Schouwburgplein 30-34
3012 CL Rotterdam-HOLLANDA

30

- Wing International Ltd.
818 South Kansas Avenue
Topeka, KS 66612 A.B.D.

E. DOSYA KONUSU: Enron Power Holdings (Turkey) B.V.'nin %50'sine sahip olduğu Trakya Elektrik Üretimi ve Ticaret A.Ş.'nin hisselerinin %9'unu Wing International Ltd.'den devralması işlemine izin verilmesi talebi.

40

F. DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 12.10.2004 tarih, 5668 sayı ile giren bildirim üzerine, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4, 5 ve 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 27.10.2004, 2004-1-109/Öİ-04-FYA sayılı Devralma Ön İnceleme Raporu, 1.11.2004 tarih, REK.0.05.00.00/208 sayılı Başkanlık önergesi ile 04-70 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda;

Trakya Elektrik Üretimi ve Ticaret A.Ş. (Trakya A.Ş.)'nin %50 hissesine sahip olan Enron Power Holdings (Turkey) B.V.'nin Wing International Ltd.'in Trakya

50 A.Ş.'de sahip olduğu %9'luk hissesini daha devralmasına izin verilmesi işlemine ilişkin edinilen bilgi ve belgeler ışığında;

- bildirilen işlemin Trakya A.Ş.'de herhangi bir kontrol değişikliğine yol açmaması nedeniyle, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesi kapsamında bir devralma olmadığı,

- taraflar arasında imzalanan Hisse Alım Sözleşmesi'nin "Satıcılara Rekabet Sınırlaması" başlık 5.7. maddesinde yer alan rekabet etme yasağının yan sınırlama olarak kabul edilememesi nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiği, bu haliyle ilgili Sözleşme'ye Kanun'un 5. maddesi kapsamında bireysel muafiyet de verilemeyeceği, bu bakımdan rekabet etme yasağına ilişkin söz konusu maddenin Hisse Alım Sözleşmesi'nden

60 çıkarılması ve değiştirilmiş Hisse Alım Sözleşmesi'nin Rekabet Kurulu'na 60 gün içerisinde gönderilmesi gerektiği

ifade edilmektedir.

H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. Taraflar

H.1.1. Enron Power Holdings (Turkey) B.V.

70 Enron Power Holdings (Turkey) B.V. (Enron Türkiye), Enron Corporation'ın tümüne dolaylı olarak sahip olduğu bağlı ortaklığıdır. Enron'un Türkiye'de faaliyet gösteren 4 bağlı şirketi bulunmakta olup, bunlar;

- Enron Güç Santralleri İşletme Limited Şirketi,
- Enron Proje Yönetimi Limited Şirketi,
- SII Enerji ve Üretim Limited Şirketi,
- Enron Europe Operations (Advisor) Limited'dir.

80 Yukarıdaki şirketlerin tümü Trakya A.Ş.'ye operasyon ve bakım hizmetleri sunmaktadır. Bu şirketlerden Enron Güç Santralleri İşletme Limited Şirketi ve Enron Proje Yönetimi Limited Şirketi esas olarak bu amaçla kurulmuşlar ve aynı zamanda Trakya A.Ş.'ye inşaat işlerine dair hizmet de sunmuşlardır. Bu dört şirketten hiçbiri ilgili ürün pazarında (elektrik üretimi ve ticareti) faaliyet göstermemektedir.

H.1.2. Wing International Ltd (Wing Ltd)

90 Wing Ltd. ABD'de kurulu Wester Energy Inc.'in tümüne dolaylı olarak sahip olduğu bağlı ortaklıktır. Wing Ltd. elektrik üretim ve toptan satışı pazarında doğrudan herhangi bir ciro elde etmemektedir. Ancak Trakya A.Ş.'deki hissedarlığı sebebiyle 2003 yılında kendisine ödenen temettü 6.660.000 ABD Doları tutarındadır.

H.2. İlgili Pazar

H.2.1. İlgili Ürün Pazarı

Bildirilen devralma işlemi elektrik sektöründe gerçekleşecektir. Genel anlamda, elektrik sektörü; üretim, iletim ve dağıtım olmak üzere üç bölümden

oluşmaktadır. Elektrik üretimi, ısı enerjisi veya sudaki potansiyel enerji gibi başka formdaki enerjinin elektriğe çevrilmesi işlemidir.

100

Bildirilen işlem sonucu ortaklık yapısı değişecek olan Trakya A.Ş. elektrik pazarının üretim seviyesinde yer almakta olup, tüm üretimini Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş. (TETAŞ)'a satmaktadır. Dolayısıyla ilgili ürün pazarı "elektrik üretimi ve ticareti" olarak belirlenmiştir.

H.2.2. İlgili Coğrafi Pazar

Ulusal enterkonnekte sistemi tüm Türkiye'yi kapsamaktadır. Nerede kurulu olursa olsun, bu sisteme bağlanan üretim şirketleri ülkenin tüm bölgelerine elektrik nakli ve satışı yapabilmektedir. Bu doğrultuda, ilgili coğrafi pazarın Türkiye Cumhuriyeti Sınırları olarak belirlenmiştir.

110

H.3. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

H.3.1. İşlemin Niteliği

Enron Türkiye ve Wing Ltd., ana şirketleriyle beraber, 22.09.2004 tarihinde Trakya A.Ş.'de Wing Ltd. şirketine ait toplam %9 oranında hissenin Enron Türkiye'ye devredilmesi amacıyla bir hisse devir sözleşmesi imzalamışlardır.

120

Trakya A.Ş.'nin devir işlemi öncesindeki ortaklık yapısına aşağıdaki tabloda yer verilmiştir.

Tablo 1 – Trakya A.Ş.'nin Ortaklık Yapısı

Şirketler	Hisse Oranları (%)
Enron Türkiye	50
Wing Ltd.	9
Gama Grubu	10
Midland Generations Ltd.	31

Hisse devri sonucunda Trakya A.Ş.'nin hisse yapısı aşağıdaki tabloda yer verilen şekilde oluşacaktır.

Tablo 2 – Trakya A.Ş.'nin Devir Sonrası Ortaklık Yapısı

Şirket	Hisse Oranı (%)
Enron Türkiye	59
Gama Grubu	10
Midland Generations Ltd.	31

130

Trakya A.Ş.'nin Ana Sözleşmesi ve Hissedarlık Anlaşması gereğince, olağan genel kurul toplantı yeter sayısı %85'tir. Genel Kurul'da aşağıdaki kararların alınabilmesi için %100'lük bir oy oranına ihtiyaç duyulmaktadır:

- Şirket feshi,
- Yönetim Kurulu'nun bağımsız üyelerinin (2) seçilmesi,
- Yönetim Kurulu'nda oybirliği gerektiren kararların belirlenmesi.

Aşağıdaki kararlar için Genel Kurul'un %85'inin olumlu oyu gerekmektedir:

140

- Ana sözleşmede değişiklik yapılması,

- Genel müdürün atanması ya da görevden alınması,
- Şirket birleşmesi.

Ayrıca, hissedarların olağan kararlar alabilmesi için karar yeter sayısı %70'tir. 9 üyeden oluşan Yönetim Kurulu'nun toplanabilmesi için en az 6 üyenin toplantıda bulunması ve karar alabilmesi için yine en az 6 üyenin olumlu oy kullanması gerekmektedir. Devralma işlemi öncesinde ve sonrasında hissedarların Yönetim Kurulu'ndaki üye sayıları aşağıdaki tabloda sunulmuştur.

150

Tablo 3- Trakya A.Ş.'nin Yönetim Kurulu Üyelerinin Dağılımı

Şirketler	Devralma Öncesi	Devralma Sonrası
Enron Türkiye	3	4
Wing Ltd.	1	---
Gama Grubu	1	1
Midland Generations Ltd.	2	2
Bağımsız	2	2

Yukarıdaki tabloda da görüldüğü üzere, devralma işleminden sonra Enron Türkiye'nin Yönetim Kurulu'nda doğrudan atadığı üye sayısı 3'ten 4'e çıkacaktır.

160

Genel Kurul'da alınacak olan bazı stratejik kararlar (şirket feshi, Yönetim Kurulu'nun bağımsız üyelerinin seçilmesi, Yönetim Kurulu'nda oybirliği gerektiren kararların belirlenmesi) için %100 hisse oranı, bazıları (ana sözleşme değişikliği, genel müdürün atanması/görevden alınması, şirket birleşmesi) için ise %85 hisse oranı gerekmektedir. Yani hiçbir hissedarın devralma öncesinde veya sonrasında tek başına Genel Kurul veya Yönetim Kurulu stratejik kararlarında kontrol sahibi olabilmesi mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla, belli stratejik kararların alınabilmesi için hissedarların ortak hareket ederek ortak kontrol tesis etmeleri gerekmektedir.

170

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, dosya konusu devralma işlemi herhangi bir kontrol değişikliğine yol açmayacaktır. Devralma işlemi öncesinde ve sonrasında Trakya A.Ş.'de ortak kontrol söz konusudur. Bu nedenle, bildirim konu olan işlem 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesinin (b) bendi anlamında bir devralma işlemi değildir.

H.3.2. Rekabet Etme Yasağı

Taraflar arasında 22.9.2004 tarihinde imzalanan Sözleşmenin "Satıcılara Rekabet Sınırlaması" başlıklı 5.7. maddesi aşağıdaki gibidir:

180

"Satıcılar ve satıcıların ana şirketi önceden alıcının açık yazılı iznini almaksızın, kapanış tarihini izleyen iki yıl içerisinde herhangi bir anda Türkiye'de proje şirketinin (Trakya A.Ş.) yürüttüğü faaliyete benzer faaliyetlere doğrudan doğruya veya dolaylı olarak sahip olmayacak, bunlara idare veya kontrol etmeyecek ya da bu tür faaliyetlerin idare veya kontrolüne iştirak etmeyecek ya da hiçbir şekilde bu tür faaliyetlerle ilgilenmeyecektir; ancak yukarıdaki hüküm satıcıların veya bağlı kuruluşlarının tek başına ya da topluca Türkiye'de proje şirketinin yürüttüğü faaliyete benzer bir faaliyeti

doğrudan doğruya veya dolaylı olarak yürüten halka açık şirketlerin hisselerinin %5'ini ya da daha azını yatırımları üzerinde kontrol sağlamayacak şekilde (pasif yatırım) almalarına engel teşkil etmeyecektir."

190 Yukarıdaki maddeden de anlaşılacağı üzere, satıcının ve satıcının ana şirketinin, alıcının açık yazılı iznini almadan Türkiye'de Trakya A.Ş.'nin yürüttüğü faaliyete benzer faaliyetlere doğrudan veya dolaylı olarak sahiplik yapması ve bu tür faaliyetlerle ilgilenmesi 2 yıllık bir süre için yasaklanmaktadır. Sadece satıcıların benzer faaliyetleri yürüten halka açık şirketlerin hisselerinin %5'ini ya da daha azını almalarına müsaade edilmiştir.

200 Bilindiği üzere, birleşme ve devralmalarla birlikte taraflara getirilen rekabet etme yasaklarının "yan sınırlama" sayılabilmeleri için gerekli şartlardan en önemlisi "yoğunlaşma ile doğrudan ilgili ve yoğunlaşmanın yürütülebilmesi için gerekli olma" kriterini taşıyabilmeleridir. Bu kriteri karşılamaması durumunda, söz konusu rekabet etme yasakları 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında rekabet sınırlaması olarak değerlendirilmektedirler.

Yukarıda açıklandığı üzere, bildirim konu hisse devri 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında bir devralma olarak kabul edilememektedir. Bu çerçevede, anılan sözleşmede düzenlenen rekabet yasağının yan sınırlama olarak değerlendirilmesi de mümkün görünmemektedir.

210 Ayrıca, bu yükümlülük nedeniyle sözleşmeye menfi tespit belgesi verilebilmesi de mümkün değildir. Bu çerçevede, Kanun'un 4. maddesi kapsamında rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olarak değerlendirilmesi gerektiği düşünülen söz konusu rekabet yasağının 4. madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulabilmesi için, Kanun'un 5. maddesinde sayılan aşağıdaki koşulların tümünü birden sağlaması gerekmektedir:

- Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,
- Tüketicinin bundan yarar sağlaması,
- İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,
- 220 - Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması.

230 Dosya konusu devralma işleminde ilgili ürün pazarı elektrik üretimi ve ticareti pazarıdır. Söz konusu ilgili ürün pazarı 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nda da belirtildiği üzere rekabetin sağlanmasının amaçlandığı bir pazardır. Ancak halihazırda TETAŞ hakim durumdaki alıcı konumundadır. Dolayısıyla henüz, üretim piyasasında faaliyet gösteren şirketlerin rekabet etme yasağını mazur gösterecek herhangi bir müşteri çevresinin varlığından söz etmek olanaklı değildir. İlgili ürün pazarının bu özellikleri gözönüne alındığında, satıcı şirketlere rekabet etme yasağı getirilmesinin Kanun'un 5. maddesinde sayılan koşulları taşıması mümkün görülmemektedir. Bu bakımdan satıcılara getirilen rekabet yasağı hükmünü içeren 5.7. maddesinin Hisse Alım Sözleşmesi'nden çıkarılması gerektiği kanaatine varılmıştır.

I. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre;

240 1- Bildirilen işlemin Trakya Elektrik Üretimi ve Ticaret A.Ş.'de herhangi bir kontrol değişikliğine yol açmaması nedeniyle, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesi kapsamında bir devralma olmadığına,

2- a) Taraflar arasında imzalanan Hisse Alım Sözleşmesi'nin "Satıcılara Rekabet Sınırlaması" başlıklı 5.7. maddesinde yer alan rekabet etme yasağının yan sınırlama olarak kabul edilememesi nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiği, bu haliyle ilgili Sözleşme'ye Kanun'un 5. maddesi kapsamında bireysel muafiyet de verilemeyeceğine,

250

b) bu bakımdan rekabet etme yasağına ilişkin söz konusu maddenin Hisse Alım Sözleşmesi'nden çıkarılmasına ve değiştirilmiş Hisse Alım Sözleşmesi'nin 60 gün içerisinde Rekabet Kurumu'na bildirilmesine; Kurulumuzca gerekli görülen düzeltmeler yapılmadan uygulamaya devam edilmesi halinde haklarında soruşturma açılacağı ve aynı Kanun'un 16. ve 17. maddeleri uyarınca işlem yapılacağına taraflara bildirilmesine,

OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

260