

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2003-4-39 (Devralma)
Karar Sayısı : 03-22/249-109
Karar Tarihi : 3.4.2003

A- TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Mustafa PARLAK (Başkan Y.)
Üyeler : A. Ersan GÖKMEN, R. Müfit SONBAY,
Murat GENCER, Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ,
Rıfki ÜNAL, Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI,
Tuncay SONGÖR, Kublay ATASAYAR, M. Sıraç ASLAN

B- RAPORTÖRLER : Ali ILICAK, Levent KUTOĞLU

**C- BİLDİRİMDE
BULUNAN**

: Babcock Hitachi K.K.
Temsilcileri: Av. Dr. İsmail G. ESİN, Av. Tunç
LOKMANHEKİM, Av. Sinan NAİPOĞLU, Av. Çağan
Mehmet DAYANIR
Sümbül Sk. No:41 80620 1. Levent/İstanbul

D- TARAFLAR

: - Babcock Hitachi K.K.
World Trade Center Building 4-1 Hamamatsucho
2-chome, Minato-ku, 105-6107 Tokyo, JAPONYA
- Babcock Borsig AG
Duisburger Str. 375, 46049 Oberhausen, ALMANYA

E- DOSYA KONUSU: Termik santral kazanları için mühendislik hizmetleri vermekte olan Babcock Borsig Power Systems GmbH (BBPS)'nin, Babcock Borsig AG (BBAG)'ye ait olan %90 hissesinin Babcock Hitachi K.K. (BHKK) tarafından devralması işlemine izin verilmesi talebi.

F- DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 5.3.2003 tarih ve 914 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 20.3.2003 tarih, 2003-4-39/Öİ-03-AI sayılı Devralma Ön İnceleme Raporu 24.3.2003 tarih, REK.0.08.00.00/52 sayılı Başkanlık önergesi ile 03-22 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G- RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili Rapor'da,

- Bildirim konusu işlemin tarafların toplam ciroları yönüyle 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında izne tabi bir işlem olduğu,

- Bu işlem sonucunda, ilgili pazarlarda hakim durum yaratılması veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesi ve böylece rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmadığı,

03-22/249-109

- Satıcılara getirilen, 3 yıl süreyle rekabet etmeme yükümlülüğünün devir sözleşmesine ilişkin makul, objektif ve zorunlu birer yan kısıtlama olduğu,
 - Hizmet sözleşmeleri aracılığıyla, devredilen şirket olan BBPS'ye 5 yıl süreyle tercih edilen hizmet sağlayıcısı statüsü verme ile ilgili sınırlamaların, devir sözleşmesine ilişkin makul, objektif ve zorunlu birer yan kısıtlama olduğu,
 - Bununla birlikte rekabet etmeme yükümlülüğü ile ilgili sözleşme maddesinde getirilen ve satıcının, alıcı ile rakip olabilecek bir şirketin %3'ten daha fazla hissesine sahip olamayacağı sonucunu doğuran maddenin, "yatırım amaçlı ve payı edinilen teşebbüste kontrol değişikliği yaratmayacak" hisse alımlarını engellemeyecek şekilde değiştirilmesi gerektiği,
- görüşü ifade edilmiştir.

H- İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. İlgili Pazar

H.1.1. İlgili Ürün Pazarı

Devralma işlemine konu olan BBPS'nin Türkiye'deki faaliyet konusu dikkate alınarak, ilgili ürün pazarı, "termik santrallerin kazanları ile ilişkili mühendislik hizmetleri pazarı" olarak belirlenmiştir.

H.1.2. İlgili Coğrafi Pazar

Dosya konusu çerçevesinde, ilgili coğrafi pazar, "Türkiye Cumhuriyeti sınırları" olarak tespit edilmiştir.

H.2. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

H.2.1. Devralma İşlemine İlişkin Tespitler ve Değerlendirme

Dosya mevcudu bilgilere göre, BBAG, %95 hissesine sahip olduğu BBPS'nin, %90 oranındaki hissesini, Hitachi Ltd'nin hisselerinin tamamına sahip olduğu BHKK'ya devretmektedir. Aynı zamanda, devralma sözleşmesinin kapanış şartlarından biri olarak, BBPS'nin kalan %5 hissesi de, BBAG tarafından, bu hisseleri elinde bulunduran İtalyan Fisia Italmianti S.p.A'dan devralınacaktır. Bu durumda devralma işlemi sonucunda BBPS'nin %10 hissesi BBAG'nin, kalan %90 hisse de BHKK'nın elinde bulunacaktır. Bildirim formunda BBAG'nin elinde kalacak olan %10'luk hissenin herhangi bir özel hak veya imtiyaz içermediği belirtilmiştir. İşlem öncesindeki durumda, BBPS'nin %90 hissesi ve dolayısıyla kontrolü BBAG'nin elinde bulunmakta iken, işlem sonrasında şirketin %90 hissesini elinde bulunduracak olan BHKK, BBPS'nin kontrolüne sahip olacaktır. Dolayısıyla işlem, 1997/1 sayılı Tebliğ'in birleşme ve devralma sayılan hallerin belirlendiği 2. maddesinin (b) bendinde, "Herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları devralması veya kontrol etmesi" olarak tanımlanan bir devralmadır.

Anılan Tebliğ'in 1998/2 sayılı Tebliğ ile değişik 4. maddesinde yer alan, "birleşme veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasında, toplam pazar paylarının, piyasanın %25'ini aşması halinde veya bu

oranı aşmasa bile toplam cirolarının yirmibeş trilyon Türk Lirası'nı aşması halinde Rekabet Kurulu'ndan izin almaları zorunludur." hükmü ile izne tabi birleşme ve devralmalara pazar payı ve ciro eşiği getirilmiştir.

Dosya mevcudu bilgilere göre, alıcı konumundaki BHKK'nın ilgili pazarda herhangi bir faaliyeti bulunmamaktadır. Öte yandan, BBPS'nin pazar payı %....., 2002 yılı ciro su iseTL'dir.

Bu bilgiler çerçevesinde, 25.000.000.000.000.TL. olan ciro eşiği aşıldığından bildirim konusu işlem 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında, Rekabet Kurulu'nun iznine tabi bir devralma işlemidir.

Bununla birlikte, devralan BHKK'nın Türkiye'deki ilgili ürün pazarında faaliyeti bulunmaması nedeniyle, devir işleminin sonucunda pazarın yapısında değişiklik olmayacağı, bu itibarla rekabet şartlarını etkileyebilecek değişimlerin ortaya çıkmayacağı kanaatine varılmıştır.

H.2.2. Yan Sınırlamalar

H.2.2.1. Rekabet Etmeme Yükümlülükleri

Devralma işlemini meydana getiren Sözleşme'nin 11. maddesine göre devreden taraf BBAG, kendisinin ve iştiraklerinin, kapanış tarihinden itibaren üç yıl boyunca BBPS ile rekabet etmeyeceğini, BBPS'nin mevcut işi ile rekabet edebilecek herhangi bir işi satın almaktan veya kurmaktan kaçınacağını taahhüt etmektedir. Yine aynı maddeye göre, devreden BBAG borsada işlem gören herhangi bir şirketin toplam %3'e kadar olan hissesine sahip olabilir ve Sözleşme'nin 6.11. sayılı ekinde sayılmış olan şirketler, ilgili işlemlerle rekabet etmeme yükümlülüğüne tabi değildir. Söz konusu yükümlülük Sözleşmenin 11.1. nolu ekinde yer alan İskenderun ve Elbistan'daki santrallerin de dahil olduğu projelerin tamamlanması için gerektiği ölçüde BBAG grubu şirketlerin hakları ile ilgili olarak uygulanmayacaktır.

Bir başka yan sınırlama da Sözleşmenin 11.2. maddesinde yer almaktadır. Bu madde uyarınca, BBAG, 1.2.2003 tarihinden itibaren ve Kapanış tarihinden sonraki üç yıllık süre zarfında, BBPS'nin (idareci ve temsilcileri de dahil) çalışanlarını işe almaya teşvik etmeyeceğini taahhüt etmekle birlikte, kendisine bağlı iştiraklerinin ve haleflerinin de bunu taahhüt etmelerini sağlayacaktır.

Bildirim formunda, BBAG tarafından BB Power Grubundan devralınan mühendislik birimlerinin know-how'ı da içermesi nedeniyle, Kapanışı müteakip devralan taraf olan BHKK'nın hem BBPS'yi hem de enerji işi ile ilgili know-how'ı devralmış olacağı belirtilmektedir. Devralma işleminde alıcı durumunda bulunan BHKK, ilgili pazarda faaliyet göstermemekte veya ilgili pazarda faaliyet göstermekte olan herhangi bir şirkette hissesi bulunmamaktadır. Bu durumda, know-how transferinin, ilgili coğrafi pazar olarak tespit edilmiş olan Türkiye'de, ilgili sektör açısından tecrübesi olmayan alıcının devralma işleminden beklediği faydayı elde edebilmesi için, gerekli olduğu açıktır.

Bu çerçevede, devralma işleminden beklenen faydaların elde edilmesi için, 3 senelik rekabet etmeme yükümlülüğünün objektif, makul, zorunlu ve Türkiye'de ilgili ürün pazarındaki rekabeti önemli ölçüde sınırlamayacak tali bir sınırlama olduğu kanaatine varılmıştır.

Bununla birlikte, Sözleşme'de, satıcının herhangi bir şirketin %3 hissesine sahip olabileceği hükmü getirilmesi, satıcının, alıcıya rakip olabilecek bir şirketin %3'ünden fazla hissesine sahip olamaması sonucunu doğurmaktadır. Bu durum rekabeti gereğinden fazla kısıtlayacağından, söz konusu maddenin "yatırım amaçlı ve payı edinilen teşebbüste kontrol değişikliği yaratmayacak hisse alımlarını engellemeyecek şekilde değiştirilmesi" gerekmektedir.

H.2.2.2. Hizmet Anlaşmaları

Devredilen BBPS ve BBAG grubuna dahil olan BBP Energy, Sözleşme'nin 3.4.4.(1) sayılı Ek'inde belirtildiği üzere, 12.11.2002 tarihinde halihazırda İskenderun ve Elbistan'da devam etmekte olan termik santral projelerini de içeren hizmet anlaşmaları yapmışlardır. Sözleşmenin 3.4.4(2). maddesi uyarınca BBAG, Kapanış tarihinden itibaren beş yıl boyunca hizmetler için kendi grubundaki şirketlerin BBPS'ye tercih edilen servis sağlayıcısı statüsünü vermesini sağlamak için elinden gelen tüm gayreti gösterecektir. Bildirim Formunda, BBP Power Grubu'nun mühendislik birimlerinin tüm malvarlığının "Enerji İşi Devir Anlaşmaları" ile BBPS'ye geçtiği göz önünde bulundurulduğunda bu düzenlemelerin BBAG'nin mevcut sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirebilmesi, BBPS'in de pazara etkili şekilde giriş yapabilmesi için doğal ve gerekli olduğunun görüleceği ifade edilmektedir.

Bu tür hizmet anlaşmaları, devreden ve/veya devralan şirkete işlem sonrasında bir takım sınırlamalar getiren yan sınırlamalar olarak değerlendirilebilir. Nitekim hizmet sözleşmesiyle, söz konusu sözleşmelerde sağlayıcı durumunda bulunan BBPS, kaynaklarının önemli bölümünü, satıcı teşebbüs olan BBAG'ye hizmet sağlayabilmek için tahsis etmek zorunda kalmaktadır. Dosya mevcudu bilgilere göre, söz konusu hizmet sözleşmeleri BBAG'nin halen yürütmekte olduğu İskenderun ve Elbistan termik santralleri projelerindeki yükümlülüklerini yerine getirebilmesi açısından zorunludur. Satıcı BBAG'nin bu özel durumu nedeniyle, söz konusu hizmet sözleşmelerinin, devralma işleminin gerçekleşmesi için vazgeçilmez bir unsur olduğu kanaatine varılmıştır.

I- SONUÇ

Yukarıda yer verilen tespit ve değerlendirmeler doğrultusunda;

1. Babcock Borsig Power Systems GmbH'nin, Babcock Borsig AG'ye ait olan %90 hissesinin Babcock Hitachi K.K. tarafından devralması işleminin, tarafların ilgili ürün pazarındaki toplam ciroları yönüyle 1998/2 ve 1998/6 sayılı Tebliğler ile değişik 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" kapsamında izne tabi bir işlem olmakla birlikte, bu devralma sonucunda, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi hükmünde belirtilen, hakim durum yaratılması veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesi ve böylece rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmadığına, bu nedenle bildirim konusu işleme izin verilmesine,

2. Satıcılara getirilen, 3 yıl süreyle rekabet etmeme yükümlülüğünün devir sözleşmesine ilişkin makul, objektif ve zorunlu bir yan kısıtlama olduğuna,

03-22/249-109

3. Hizmet sözleşmeleri aracılığıyla, devredilen şirket olan BBPS'ye 5 yıl süreyle tercih edilen hizmet sağlayıcısı statüsü verme ile ilgili sınırlamaların, devir sözleşmesine ilişkin makul, objektif ve zorunlu birer yan kısıtlama olduğuna,

4. Sözleşme'deki rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin maddede getirilen ve satıcının, alıcı ile rakip olabilecek bir şirketin %3'ten daha fazla hissesine sahip olamayacağı sonucunu doğuran maddenin, "yatırım amaçlı ve payı edinilen teşebbüste kontrol değişikliği yaratmayacak" hisse alımlarını engellemeyecek şekilde değiştirilmesi gerektiğine,

OY BİRLİĞİ ile karar verilmiştir.