

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2011-1-106

(Ortak Girişim)

Karar Sayısı : 11-43/920-289

Karar Tarihi : 14.07.2011

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI

Üyeler : İsmail Hakkı KARAKELLE, Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY,
Murat ÇETİNKAYA, Reşit GÜRPINAR, Prof. Dr. Metin TOPRAK

10 **B. RAPORTÖRLER** : Harun GÜNDÜZ, Emine TOKGÖZ

C. BİLDİRİMDE

BULUNAN : Demirören Enerji Madencilik San. ve Tic. A.Ş.

Temsilcisi: Av. Mustafa Kemal MAMAK

Hergüner Bilgen Özeke Hukuk Bürosu, Süleyman Seba Cad.
Sıraevler 55, Akaretler Beşiktaş/İstanbul

20 **D. DOSYA KONUSU:** Milangaz LNG Toptan Satış Tic. ve San. A.Ş. hisselerinin %50'sinin Demirören Enerji Madencilik San. ve Tic. A.Ş. (Demirören Enerji) tarafından EGL Holding Luxembourg AG (EGL AG)'ye; EGL Elektrik Toptan Ticaret A.Ş. hisselerinin %50'sinin EGL AG tarafından Demirören Enerji'ye karşılıklı olarak devredilmesi yoluyla kurulacak olan iki ortak girişime izin verilmesi talebi.

E. DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına en son 20.06.2011 tarih ve 4547 sayı ile giren bildirim üzerine, 4054 sayılı "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun"un 7. maddesi ile 2010/4 sayılı "Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ"ın ilgili hükümleri uyarınca düzenlenen 04.07.2011 tarih ve 2011-1-106/Öİ-11-383.HG sayılı Ortak Girişim Ön İnceleme Raporu 08.07.2011 tarih ve REK.0.05.00.00-120/190 sayılı Başkanlık Önergisi ile 11-43 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

30 **F. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda, bildirim konusu işlemin 2010/4 sayılı Tebliğ kapsamında izne tabi olduğu, ancak işlem sonucunda ilgili pazarda hâkim durum yaratılması veya mevcut hâkim durumun güçlendirilmesi ve böylece rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmaması nedeniyle işleme izin verilebileceği görüşü ifade edilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

40 Bildirim konusu işlem, Demirören Enerji'nin EGL Grubu şirketlerinden EGL Elektrik Toptan Ticaret A.Ş.'nin %50 hissesini; EGL AG'nin ise Demirören Grubu şirketlerinden Milangaz LNG Toptan Satış Ticaret ve Sanayi A.Ş.'nin %50 hissesini karşılıklı olarak devralmalarına ilişkindir. İşlem neticesinde EGL Elektrik Toptan Ticaret A.Ş. (EGL Elektrik)'nin unvanı Demirören EGL Enerji Toptan Ticaret olarak ve Milangaz LNG Toptan Satış Ticaret ve Sanayi A.Ş. (Milangaz LNG)'nin unvanı da Demirören EGL Gaz Toptan Ticaret olarak değiştirilecek ve her iki şirket de tek taraflı kontrolden, tarafların ortak kontrolüne geçmiş olacaktır.

Dosya mevcudu bilgi ve belgelerden, tarafların Türkiye cirolarınının 2010/4 sayılı Tebliğ'in 7. maddesindeki ciro eşliğini aştığı ve dolayısıyla işlemin Rekabet Kurulundan izin alınması gereken bir ortak girişim işlemi niteliğinde olduğu görülmektedir.

11-43/920-289

Dosyadaki bilgilere göre; söz konusu işleme ilişkin olarak herhangi bir etkilenen pazar bulunmamaktadır. Zira Milangaz LNG'yi kontrol eden Demirören Grubu'nun temel faaliyet konuları enerji, gayrimenkul geliştirme, inşaat, endüstri, turizm, ticaret ve eğitim olup, EGL Elektrik'i kontrol eden EGL Grubu'nun ise elektrik enerjisi üretimi ve ticareti, doğalgaz ticareti alanında faaliyet gösterdiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, Demirören Grubu şirketlerinin halihazırda faaliyet göstermediği ancak faaliyet göstermeyi planladığı bazı pazarların, EGL Grubu'nun faaliyet gösterdiği pazarlarla dikey ilişkili olarak kabul edilebileceği düşünülse de, Milangaz LNG'nin ve Demirören Grubu'nun henüz bu pazarda ticari faaliyette bulunmadığı dikkate alındığında, işlem kapsamında etkilenen pazar bulunmadığı düşünülmektedir. Öte yandan söz konusu pazarlar etkilenen pazar olarak kabul edilse bile, işlem taraflarının anılan pazarlarda oldukça düşük pazar paylarına sahip olduğu (EGL Elektrik'in pazar payı (.....TİCARİ SIR.....) görülmektedir.

2010/4 sayılı Tebliğ kapsamında bir ortak girişimden bahsedilebilmesi için;

- ortak bir kontrolün bulunması,
- ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlık olarak kurulması,
- ortak girişimin rekabeti sınırlayıcı ve bozucu etkisinin bulunmaması

unsurlarının değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, bildirim konu işlem neticesinde, EGL Elektrik ile Milangaz LNG'nin hissedarlık yapısı üzerinde ortaya çıkan değişiklik göz önünde bulundurularak, söz konusu işlemin anılan Tebliğ'in 5. maddesi çerçevesinde bir ortak girişim işlemi olarak kabul edilip edilemeyeceği belirlenmelidir.

Ortak girişim işleminin yoğunlaşma doğurucu olup olmadığını gösteren kriterlerden birincisi, işleme konu şirketin, ana teşebbüslerin *ortak kontrolünde* bulunmasıdır. Bildirim formunda yer verilen işlem sonrası hissedarlık yapısı incelendiğinde, söz konusu şirketlerin kayıtlı sermayelerinin %50'sine Demirören Enerji'nin, kalan %50'sine ise EGL AG'nin sahip olacağı anlaşılmaktadır. Ortak kontrolün varlığının gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit ederken ana teşebbüslerin eşit oy hakkına sahip olması veya karar organlarında eşit üyeyle temsil edilmesi; ana teşebbüslerden bazılarının azınlık paylarına sahip olmasına rağmen veto haklarını elinde bulundurması, oylamalarda ortak hareket edilmesi gibi hususlar da belirleyici olmaktadır. Dosya konusu işlem bakımından, ortak kontrolün en belirleyici unsuru olan karar alma ve yönetim mekanizması ile ilgili olarak, 25.4.2011 tarihli EGL Elektrik Elektrik Toptan Ticaret A.Ş. Hisse Satın Alma Sözleşmesi'nin ve 25.4.2011 tarihli Milangaz LNG Toptan Satış Ticaret ve Sanayi A.Ş. Hisse Satın Alma Sözleşmesi'nin Yönetim Kurulu'na ve Genel Kurul'a ilişkin düzenlemeleri önem taşımaktadır.

EGL Elektrik Hisse Satın Alma Sözleşmesi'nin 10. maddesine uyarınca; şirketin işleri ve idaresi en çok sekiz üyeden oluşan bir Yönetim Kurulu tarafından yürütülecek ve Yönetim Kurulu üyeleri her zaman için çift sayıdan oluşacaktır. Bu üyelerin ise yarısı A Grubu Hissedarların (Demirören Enerji) aday gösterdiği kişiler arasından ve diğer yarısı da B Grubu Hissedarların (EGL AG) aday gösterdiği kişiler arasından Genel Kurul tarafından seçilecektir. Yine aynı sözleşmenin 11. maddesine göre, Yönetim Kurulu kararları oy birliğiyle alınabilecektir. Milangaz LNG Hisse Satın Alma Sözleşmesi'nin 10. maddesinde de yine benzer bir şekilde, şirketin işlerinin ve idaresinin en çok sekiz üyeden oluşan bir Yönetim Kurulu tarafından yürütüleceği ve Yönetim Kurulu üyelerinin her zaman için çift sayıdan oluşacağı düzenlenmektedir. Bu üyelerin yarısı A Grubu Hissedarların aday gösterdiği kişiler arasından ve diğer yarısı da B Grubu Hissedarların aday gösterdiği kişiler arasından Genel Kurul tarafından seçilecektir. Yine aynı sözleşmenin 12. maddesine göre Yönetim Kurulu kararları, oybirliği ile alınabilecektir. Yine her iki sözleşmenin 15. maddesinde, Genel Kurul'da bazı kararların (sermaye artışı, Yönetim Kurulu üyelerinin ve

11-43/920-289

Şirket'in kanuni denetçilerinin seçilmesi, atanması, ibrası ve yetkilendirilmesi, kar dağıtımının ödenmesi/dağıtılması, ana sözleşme değişiklikleri, şirket bilançosunun ve finansal hesaplarının onaylanması) alınabilmesi için şirketin bütün sermayesini temsil eden hissedarların oybirliği şartı düzenlenmektedir.

100 Bu hükümlerden anlaşıldığı üzere, ana teşebbüslerin ortak girişimin stratejik ticari davranışları üzerinde belirleyici etkiye sahip oldukları, stratejik konulardaki kararların alınmasında çözümsüzlük hali ihtimalinin (deadlock) bulunduğu anlaşılmaktadır. Avrupa Birliği'nin rekabet hukuku uygulamasında da çözümsüzlük hali ihtimalinin ortak kontrol açısından belirleyici olduğu, ortak girişimin önemli kararları açısından ana şirketlerin anlayış birliği içinde bulunmalarını sağlayacağı kabul görmektedir¹.

110 Ortak girişim işleminin yoğunlaşma doğurucu olup olmadığını gösteren kriterlerden ikincisi ise, söz konusu işletmenin *bağımsız bir iktisadi varlık* niteliği taşımasıdır. Söz konusu bağımsızlık, ortak girişimin, taraflarından stratejik kararlar açısından tamamen ayrı hareket etmesini değil, operasyonel anlamda taraflardan bağımsız olarak ilgili pazarda faaliyette bulunabilmesini ifade etmektedir. Bu bağlamda, her iki Hisse Satın Alma Sözleşmesi'nde ortak girişimlerin yönetim ve genel kurullarının belirlenme ve çalışma yöntemlerine ilişkin düzenlemelerin olması, ayrıca finansmanının ve hisse devrinin usullerinin tespit edilmiş olması, ortak girişimlerin bağımsız bir teşebbüs olarak faaliyet gösterip karar alabileceğini göstermektedir.

120 Ortak girişim işleminin yoğunlaşma doğurucu olup olmadığını gösteren kriterlerden üçüncü ve sonuncusu, ortak girişimin taraflar arasındaki *rekabetçi davranışların koordinasyonuna* sebebiyet verip vermediğidir. Bir ortak girişimin, bağımsız teşebbüsler arasında rekabetçi davranışların koordinasyonunu amaçlamış ya da bu sonucu doğurmuş olup olmayacağı iki şekilde belirlenmektedir. Bu hallerden ilki, ana teşebbüslerin ortak girişimin faaliyet göstereceği pazardaki tüm faaliyetlerini ortak girişime devretmeleri hali (Bu halde bağımsız teşebbüsler arasında rekabetçi davranışların koordinasyon riskinin bulunmadığı kabul edilmektedir.) iken; ikincisi, ana teşebbüslerin ortak girişimin faaliyet göstereceği pazardaki etkinliklerinin önemsiz seviyede kalması veya ana teşebbüslerden sadece birinin bu pazardaki faaliyetlerine devam etmesidir.

130 Bildirim formunda yer alan bilgilere göre, ortak girişimin kurucu teşebbüslerinin, ortak girişimle aynı pazarda veya bu pazarın alt veya üst pazarında ya da bu pazarla yakından ilişkili komşu pazarda faaliyette bulunmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca tarafların, ortak girişimlerin faaliyet konusuna dahil olan iş ve işlemleri münhasıran anılan şirketler vasıtasıyla beraber yürütmek ve ortak girişimlerle rekabet etmeme niyetinde olduğu beyan edilmiştir. Bu çerçevede her iki ortak girişim açısından Hisse Alım Sözleşmelerinin 29. maddeleri ile Hissedarlar Sözleşmesi'nin IV-7. maddesinde yer verilen rekabet etmeme yükümlülükleri uyarınca, ortak girişimin faaliyet alanlarında kurucu teşebbüslerin faaliyet göstermeyecekleri karara bağlanmıştır. Bununla birlikte, her iki ortak girişim açısından Hisse Alım Sözleşmelerinin 29. maddesi ile Hissedarlar Sözleşmesi'nin III.2 maddesinde, söz konusu rekabet etmeme yükümlülüklerine bir istisna getirilmiştir. Bu istisna uyarınca taraflar, ortak girişim şirketlerinin faaliyet alanına giren bir konuya ilişkin olarak bilgi sahibi oldukları iş olanaklarından birbirlerini haberdar edecekler; ancak, bu iş veya işleme ortak girişim şirketleri vasıtasıyla girişmek ve ortak girişimin bu alanda yatırım yapması konusunda uzlaşamaması (ortak girişim şirketlerinin yönetim kurulunda karar

¹ Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (2008/C 95/01).

11-43/920-289

alınamaması) halinde, ana şirketler, bu iş alanlarında tek başlarına faaliyet göstermek yetkisine sahip olacaktır.

140 Konuyla ilgili olarak talep edilen ek bilgilere ilişkin yazıda; söz konusu istisnanın, belirli bir iş alanında tarafların yatırım yapmak konusunda uzlaşamamaları halinde uygulanabileceğine işaret edilerek, taraflar arasındaki sözleşmelerin ilgili hükümleri ve tarafların ortak amacı dikkate alındığında böyle bir ihtimalin çok sınırlı ve ancak istisnai hallerde söz konusu olabileceği ifade edilmiştir. Ayrıca bu noktada hemen belirtilmelidir ki, ana teşebbüslerin ortak girişimin faaliyet göstereceği pazardaki etkinliklerinin önemsiz seviyede kaldığı da göz önüne alındığında, bildirim konusu işlem sonrasında kurulacak ortak girişimlerin, taraflar arasındaki rekabetçi davranışların koordinasyonuna yol açmayacağı değerlendirilmektedir.

150 Yukarıdaki bilgi ve değerlendirmeler neticesinde, bildirim konu hisse devirleri ile oluşturulacak olan Demirören EGL Enerji Toptan Ticaret A.Ş. ve Demirören EGL Gaz Toptan Ticaret A.Ş.'nin, 2010/4 sayılı Tebliğ'in 5. maddesindeki esaslar çerçevesinde tam işlevsel bir ortak girişim olarak nitelendirilebileceklerdir.

Yapılan inceleme ve değerlendirmeler neticesinde, bildirim konu işlem ile herhangi bir pazarda hâkim durum yaratılmasının veya mevcut hâkim durumun güçlendirilmesinin ve böylece rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmadığı kanaatine varılmıştır.

H. SONUÇ

160 Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, bildirim konusu işlemin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 2010/4 sayılı "Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" kapsamında izne tabi olduğuna, işlem sonucunda aynı Kanun maddesinde belirtilen nitelikte hakim durum yaratılmasının veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesinin ve böylece rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmaması nedeniyle işleme izin verilmesine OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.