

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2014-1-108 (Önaraştırma)
Karar Sayısı : 15-08/99-38
Karar Tarihi : 19.02.2015

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Üyeler : Kenan TÜRK, Dr. Murat ÇETİNKAYA, Reşit GÜRPINAR,
Fevzi ÖZKAN, Doç. Dr. Tahir SARAÇ

B. RAPORTÖRLER: M.Selim ÜNAL, Emre GÜLER, M.Safa UYGUR

C. BAŞVURUDA

BULUNAN :- Ateş Çelik İnşaat Taahhüt Proje Mühendislik San. ve Tic. A.Ş.
Temsilcisi: Av. Evren GÜLDOĞAN
8. Gazeteciler Sitesi, 2. Söлтаş Evleri Hare Sokak No: 20
Levent/İstanbul

D. HAKKINDA ÖNARAŞTIRMA YAPILAN:

- Alke İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş.
Büyükdere Cad. Çayır Çimen Sok. Emlak Kredi Blk. Al Blk K:6 D:25
Levent/İstanbul

- (1) **E. DOSYA KONUSU:** Alke Grubu'nun rüzgar enerji santrali ekipmanları imalatı sektöründe kurduğu ortak girişimler ve grup şirketi ile rekabeti kısıtladığı iddiası.
- (2) **F. İDDİALARIN ÖZETİ:** Yapılan başvuruda özetle; Alke Grubu'nun rüzgar enerji santrali ekipmanları imalatı sektöründe kurduğu ortak girişimler ve grup şirketi ile rekabeti kısıtladığı iddia edilmiştir.
- (3) **G. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 13.11.2014 tarih ve 6457 sayı ile giren başvuru üzerine hazırlanan 31.12.2014 tarih ve 2014-1-108/İİ sayılı İlk İnceleme Raporu'nun görüşülmesi sonucunda önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir.
- (4) İlgili karar uyarınca düzenlenen 12.02.2015 tarih ve 2014-1-108/ÖA sayılı Önaraştırma Raporu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (5) **H. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda özetle; Alke İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin rüzgar enerji santrali ekipmanları imalatı sektöründe kurduğu ortak girişimler ve grup şirketi ile rekabeti kısıtladığı iddiasına ilişkin olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına yer olmadığı ve şikâyetin reddinin gerektiği sonuç ve kanaatine ulaşıldığı ifade edilmiştir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. Hakkında İnceleme Yapılan Taraflar

I.1.1. Alke İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Alke)

- (6) Kemaloğlu ailesi tarafından kontrol edilen Alke; inşaat, imalat, mühendislik proje ve müşavirlik hizmetleri alanlarında 1998 yılından itibaren faaliyettedir. Kemaloğlu ailesi tarafından kontrol edilen diğer teşebbüslerin (Ege Kule İmalatı Enerji ve Çelik Sanayi A.Ş., Batı İnşaat San ve Tic. A.Ş. ve Su Holding A.Ş.) rüzgar kulesi imalatı pazarında

15-08/99-38

faaliyetleri yoktur. Alkeg Enerji Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Alkeg)¹ ise rüzgar türbin rotor kanatları üretimi alanında faaliyet göstermekte olup, rüzgar kulesi imalatı alanında herhangi bir faaliyeti bulunmamaktadır.

I.1.2. Tegopi Industria Metalomecanica S.A. (Tegopi)

- (7) Tegopi rüzgar kulesi imalatı pazarında faaliyet gösteren Portekiz merkezli bir şirkettir. Teşebbüsün rüzgar kulesi imalatı pazarında Alkeg-Tegopi dışında Türkiye’de herhangi bir iştiraki veya cirosu bulunmamaktadır.

I.1.3. Alkeg-Tegopi Rüzgar Kulesi Sistemleri Üretim San. ve Tic. A.Ş.(Alkeg-Tegopi)

- (8) Alkeg-Tegopi 2009 yılında Portekizli Grup Tegopi ile Kemaloğlu ailesinin kontrolünde olan Alkeg arasında rüzgar kulesi imalatı alanında faaliyet göstermek üzere kurulmuştur. Bununla birlikte çeşitli anlaşmazlıklar nedeniyle teşebbüs bu alanda faaliyette bulunamamıştır. Kurulduğu yıldan bu yana herhangi bir faaliyet göstermeyen şirketin tasfiyesi için dava açıldığı ifade edilmektedir.

I.1.4. Ege Kule İmalatı Enerji ve Çelik Sanayi A.Ş. (Ege Kule)

- (9) 2003 yılında İzmir’de rüzgar enerjisi direkleri imalatı yapmak üzere kurulan teşebbüsün ana faaliyet alanı; rüzgar türbinlerinin çelik kulelerini imal etmek ve kaynaklı çelik imalatı olmakla birlikte henüz bir üretimi bulunmamaktadır.

I.1.5. Alke-Abaş İş Ortaklığı

- (10) ABAŞ Prefabrike Yapı Elemanları ve Turizm Sanayi ve Ticaret A.Ş. (ABAŞ) ile Alke arasında 2012 yılında kurulan ortaklık (.....) şirketince sipariş edilen (.....) adet rüzgar türbin kulesi siparişinin teslimiyle sınırlı bir işbirliği anlaşması niteliğindedir. Taraflar arasında imzalanan ortaklık sözleşmesine göre ortaklıkta (.....) oranında pay sahibidir. Bu kapsamda taraflar 2012 yılında (.....), 2013 yılında (.....) adet rüzgar türbin kulesi inşa etmişlerdir. Dosya içeriği bilgilerden, ortaklığın Türkiye genelinde 2012 yılında (.....) ve 2013 yılında (.....) pazar payı olduğu anlaşılmaktadır.

I.2.Şikayetçi Tarafından İleri Sürülen Hususlar

- (11) Ateş Çelik temsilcisi tarafından yapılan başvuruda özetle;
- Ateş Çelik’in yapısal çelik sektöründe yer aldığı ve halihazırda rüzgar kulesi imalatı pazarında faaliyet gösterdiği,
 - Rüzgar kulesi imalatının yüksek derecede know-how gerektirdiği,
 - Ateş Çelik’in gerekli know-how’ı edinmek için yabancı teşebbüsler ile işbirliği kurmak üzere irtibata geçtiği,
 - Bu teşebbüsler arasında Tegopi’nin de bulunduğu,
 - Tegopi’nin, Türkiye’de 2009 yılında Alke Grubu içerisinde yer alan Alkeg Enerji Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi (Alkeg Enerji) ile Alkeg-Tegopi’yi kurduğu, sonrasında yine Alke Grubu bünyesinde bulunan Alke’nin de Alkeg-Tegopi’ye ortak olduğu,
 - Alkeg-Tegopi’nin faaliyet konusunun rüzgar enerjisi santrallerinde kullanılan rüzgar kulelerinin imalatı olduğu,
 - Bahse konu ortak girişim kapsamında imzalanan Hissedarlar Sözleşmesinde taraflara rekabet yasağı getirildiği,
 - Ancak Alke’nin 2012 yılında ABAŞ ile Alke-Abaş İş Ortaklığı unvanlı bir başka ortak girişim kurduğu ve Alkeg-Tegopi’nin üstlendiği bir işi bu iş ortaklığına devrederek Hissedarlar sözleşmesinde yer alan rekabet yasağına aykırı hareket ettiği,

¹ Kararda adı geçen şirketlerin tamamı “Alke Grubu” olarak anılacaktır.

15-08/99-38

- Bunun üzerine Tegopi tarafından tazminat talebiyle dava sürecine başlanıldığı, ancak Alkeg-Tegopi'nin mevcudiyetini sürdürdüğü ve dolayısıyla Tegopi'nin sözleşmede öngörülen rekabet yasağı ile halen bağlı bulunduğu,
- Alke Grubu tarafından yukarıda bahsi geçen ortak girişimlere ilaveten yine rüzgar kulesi imalatı pazarında faaliyet göstermek üzere Ege Kule'nin kurulduğu,
- Alke Grubunun Alkeg-Tegopi ortaklığının yanında aynı pazarda Ege Kule ve Alke-Abaş İş Ortaklığı vasıtasıyla faaliyet göstermesinin koordinasyon etkisi yarattığı öne sürülmektedir.

(12) Önaraştırma sürecinde Ateş Çelik'ten bilgi isteme yazısına istinaden gelen cevabi yazıda özetle;

- Ateş Çelik'in öne sürdüğü hususların; a) Alke Grubunun rüzgar kulesi imalatı ve rüzgar enerji santralleri kanatları imalatı ilgili ürün pazarlarında kurduğu ortak girişimler ve grup şirketi ile rekabet kurallarına aykırı bir oluşum içerisine girdiği ve b) Alke Grubu ile Tegopi arasında akdedilen ve yürürlükte bulunan Hissedarlar Sözleşmesi'nin 7. maddesinde yer alan rekabet yasağının rekabet kurallarına aykırılık teşkil ettiği başlıkları altında toplanabileceği,
- Alkeg-Tegopi ortak girişiminin fiilen sona ermesi karşısında taraflara getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün devam ettirilmesinin rekabet hukukuna aykırılık teşkil ettiği,
- Rekabet hukuku bağlamında rekabet etmeme yükümlülüklerinin ortak girişimin süresi ile sınırlı olduğu,
- Bahse konu yükümlülük bu çerçevede değerlendirildiğinde halihazırda bir yan sınırlama olarak değerlendirilemeyeceği ve bireysel muafiyetin koşullarını da taşımadığı,
- Bunun yanı sıra, Alkeg-Tegopi'nin hem ana şirketler, hem de ana şirketlerle ortak girişim arasında koordinasyona yol açtığı,
- Tegopi'nin ilgili ortak girişimin kurulmasını müteakip de rüzgar kulesi imalatı alanında faaliyet göstermeye devam ettiği,
- Alke Grubunun da daha sonra kurduğu ortaklıklar vasıtasıyla aynı alanda faaliyette bulunduğu,
- Hissedarlık Sözleşmesi gereğince devam eden rekabet etmeme yükümlülüğünün Tegopi'nin pazara yeniden girmesini engellediği,
- (.....) verilen teklifler konusunda işbirliği olduğu,
- Alke Grubunun aynı firmadan bir başka sipariş daha aldığı ve bunun bir önceki siparişin devamı niteliğinde olduğu,
- Bu durumun da Alke-Abaş İş Ortaklığının bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişim olduğunun delili olduğu,
- Alke Grubunun rüzgar kulesi imalatı pazarının yanı sıra rüzgar enerji santrali kanatları pazarında da TPI Kompozit Kanat San. ve Tic. A.Ş. aracılığıyla faaliyet gösterdiği ve bu teşebbüsün de (.....)'ten sipariş aldığı, bu yolla, bir şebeke etkisi ortaya çıkarmaya çalıştığı ifade edilmektedir.

I.3. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

(13) Şikayetçi tarafından iki ayrı iddia öne sürülmektedir. Bunlardan birincisi, Alke Grubu ile Tegopi arasında akdedilen ve yürürlükte bulunan Hissedarlar Sözleşmesi'nin 7. maddesinde yer alan rekabet yasağının rekabet kurallarına aykırılık teşkil ettiğine; ikincisi ise Alke Grubunun rüzgar kulesi imalatı ve rüzgar enerji santralleri kanatları imalatı ilgili ürün pazarlarında kurduğu ortak girişimler ve grup şirketi ile rekabet kurallarına aykırı bir oluşum içerisine girdiğine ilişkindir.

I.3.1. Alkeg-Tegopi Hissedarlık Sözleşmesindeki Rekabet Yasağına İlişkin Değerlendirme

- (14) 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesine dayanılarak çıkarılan 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in (2010/4 sayılı Tebliğ) 5. maddesinin üçüncü fıkrasında; *"Bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişimin oluşturulması, bu maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında bir devralma işlemidir. Bu tür işlemlerde, işlem taraflarının her biri devralan olarak kabul edilir."* hükmüne yer verilmiştir.
- (15) Öte yandan, Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz'un 81 ve devamı paragraflarında tam işlevsel ortak girişimlerin kriterlerine yönelik sayılan unsurlar şunlardır: Bağımsız faaliyet göstermek için yeterli kaynaklara sahip olunması, ana şirketlerin belirli bir işlevi ötesinde faaliyet gösterme, satış ve satın alma ilişkilerinde ana şirketlere bağımlı olunmaması ve kalıcı olarak faaliyet gösterme.
- (16) Yukarıdaki tanıma ve sıralanan şartlara uyan ortak girişimler, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi çerçevesinde teşebbüsler arasındaki bir devralma olarak kabul edilmektedir.
- (17) Alkeg ile Tegopi arasında 1.12.2009 tarihinde imzalanan ortak girişim sözleşmesi (Sözleşme) incelendiğinde, tarafların eşit oranda hisse sahibi oldukları ve şirket üzerinde her iki ortağın da eşit oranda söz sahibi olduğu görülmektedir. Bu çerçevede, Alkeg-Tegopi'nin ana teşebbüslerin ortak kontrolünde olduğu değerlendirilmektedir.
- (18) Sözleşme kapsamında, ana şirketler tarafından ortak girişime sermaye ve know-how sağlanması taahhüt edilmektedir. Öte yandan, rüzgar kulesi imalatı alanında faaliyet göstermesi planlanan Alkeg-Tegopi'nin ana şirketlerin işlevleri ötesinde, üçüncü kişilere hizmet sağlamak üzere kurulduğu, ortak girişimin faaliyetlerinin esas olarak ana şirketlerinin ürünlerinin dağıtımını ya da satışıyla sınırlı olmadığı görülmektedir. Nitekim, ana teşebbüslerin rüzgar kulesini üretimlerinde girdi olarak kullanmıyor olmaları, Alkeg-Tegopi'nin faaliyetleri çerçevesinde (.....)'ten sipariş alması bu hususları doğrular niteliktedir. Ek olarak, Sözleşme incelendiğinde Alkeg-Tegopi'nin kısa ve sınırlı bir süre için kurulduğuna dair herhangi bir hususa rastlanmamıştır. Bu çerçevede, Alkeg-Tegopi'nin yukarıda yer verilen koşulların tamamını sağlayan tam işlevsel bir ortak girişim olduğu değerlendirilmektedir.
- (19) 2010/4 sayılı Tebliğ'in 13 (3) hükmü gereğince teşebbüsler arasında rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olan ve bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişimin oluşturulması, 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 5. maddeleri çerçevesinde de değerlendirilmektedir. Öte yandan, şikayetçi tarafından da, ortak girişimin taraflar arasında koordinasyona yol açtığı öne sürülmektedir.
- (20) Sözleşmenin 7. maddesinde rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin *"Taraflar işbu sözleşmeyle Şirketle rekabet halinde olabilecek alanlarda,-rüzgar değirmeni kulesi üretim faaliyeti-, kendi başına veya üçüncü şahıslarla ortaklaşa herhangi bir faaliyette bulunmayacağını taahhüt eder; ancak Alkeg'in halihazırda rüzgar türbin rotor kanatları üretim ve satım işiyle iştigal ettiği ve gelecekte de yapmaya devam edeceği bilinmektedir."* ifadesi yer almaktadır.
- (21) Birleşme Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz yan sınırlamaları, yoğunlaşma işlemi ile doğrudan ilgili ve işlemin uygulanabilmesi ve yoğunlaşmadan beklenen etkinliklerin tam olarak sağlanabilmesi için gerekli olan sınırlamalar olarak tanımlanmaktadır.
- (22) Sözleşme kapsamında ortak girişim taraflarına getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün ortak girişimin faaliyet alanlarıyla sınırlı olduğu görüldüğünden işlemin uygulanabilmesi

için gerekli olan makul düzeyi aşmadığı; bu nedenle bir yan sınırlama teşkil ettiği değerlendirilmektedir.

- (23) Bu noktada şikayetçinin dile getirdiği, rekabet yasağının yan sınırlama olarak kabul edilmesi için ortak girişimin süresiyle sınırlı olması gerektiği, taraflar arasında ortaya çıkan ihtilaf sebebiyle ortak girişimin faaliyetine devam edemez noktaya geldiği ve dolayısıyla bu andan itibaren anılan yasağın yan sınırlama olarak değerlendirilemeyeceği iddiasına ise katılmak mümkün değildir. Bir rekabet yasağının yan sınırlama olarak kabul edilmesi demek, onun henüz işlemin kuruluşu aşamasında işlem için gerekli ve adeta işlemden ayrılmaz bir unsur olarak kabul edilmesi demektir ve bu yönüyle bir yan sınırlama, Kanun'un 4. ve 6. maddelerinin değil 7. maddesi kapsamındadır. Ortak girişimin kuruluşunun ardından tarafları arasındaki ihtilaflar, anlaşmazlıklar veya hukuki meseleler ise doğrudan rekabet hukukunu ilgilendirmemektedir. Nitekim örneğin fiilen devam etmediği iddia edilen bir ortaklığa son verilmesinin önünde bir engel bulunmadığı ve bu sayede taraflar arasındaki rekabet yasağının da sonlanmasının mümkün olabileceği açıktır.

I.3.2. Alke Grubunun Kurduğu Ortak Girişimler Yoluyla Rekabeti Kısıtladığı İddiasına İlişkin Değerlendirmeler

- (24) Öneraştırma sürecinde elde edilen bilgi ve belgelerden Tegopi ve Ege Kule unvanlı teşebbüslerin mevcut durumda Türkiye'de rüzgar kulesi imalatına ilişkin herhangi bir faaliyetlerinin olmadığı anlaşılmıştır. Gerek başvuru sahibi gerekse Alke tarafından gönderilen yazılardan Alkeg-Tegopi'nin ortakları arasında ihtilaf bulunduğu ve bu ortak girişimin halihazırda faaliyetinin olmadığı görülmektedir. Nitekim Tegopi tarafından Alke Grubu'na haksız rekabette bulunduğu iddiasıyla, Alke Grubu tarafından ise şirketin sevk ve idare imkanı kalmadığı iddiasıyla dava açılmıştır. Bu son davada Alke tarafından kayyum tayini ve şirket tasfiyesi talep edildiği ifade edilmektedir.
- (25) Öneraştırma sürecinde teşebbüsler tarafından sunulan bilgi ve belgelerden, Alke-Abaş İş Ortaklığı dışında Alke Grubuna dahil teşebbüslerin veya Alkeg-Tegopi'nin rüzgar kulesi imalatı pazarında herhangi bir faaliyetlerinin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu kapsamda, hem şikayetçi hem de Alke tarafından ortak girişimin halihazırda faal olmadığı ifade edilmektedir. Hal böyleyken şikayetçinin dile getirdiği "koordinasyon" riskinin ve rekabet kısıtının hangi teşebbüsler arasında gerçekleştiği sorusu akla gelmektedir. Alkeg-Tegopi'nin herhangi bir faaliyeti bulunmadığına göre, Alke Grubu'na ait diğer şirketlerin bu ortak girişimle ortak hareket etmesi, koordinasyon içinde olması, ortak fiyat belirlemesi veya pazar paylaşmasının mümkün olamayacağı açıktır. Kaldı ki, şikayetçinin iddiasına göre Alke Grubu, ortak girişim ve Tegopi ile koordinasyon içinde olmak bir kenara, Alkeg-Tegopi'nin (.....) firmasından aldığı siparişi Alke-Abaş İş Ortaklığı'na devretmiş, şirketi çalışmaz duruma getirmiş ve Sözleşme'de yer alan rekabet yasağına aykırı hareket ederek haksız rekabette bulunmuştur.
- (26) Bu çerçevede, iddialara konu eylemin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında teşebbüsler arası bir anlaşma, uyumlu eylem ya da koordinasyon teşkil etmediği; taraflar arasındaki uyuşmazlık ve bunun gibi nedenlere dayandığı anlaşılmaktadır. Yürütülen öneraştırma sürecinde bahse konu iddiaları doğrular nitelikte başka herhangi bir bulguya veya somut veriye de ulaşılmadığından şikayetin reddedilmesi gerektiği kanaatine ulaşılmıştır.

15-08/99-38

J. SONUÇ

- (27) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre; 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca şikayetin reddi ile soruşturma açılmamasına OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.