

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2010-1-320 (Devralma)
Karar Sayısı : 10-80/1660-634
Karar Tarihi : 23.12.2010

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Doç. Dr. Mustafa ATEŞ (İkinci Başkan)
Üyeler : Mehmet Akif ERSİN, İsmail Hakkı KARAKELLE,
Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY, Murat ÇETİNKAYA,
Reşit GÜRPINAR

B. RAPORTÖR : Harun GÜNDÜZ

**C. BİLDİRİMDE
BULUNAN**

: - Enerjisa Enerji Üretim A.Ş.

D. TARAFLAR

: - Enerjisa Enerji Üretim A.Ş.
4. Levent Sabancı Center Kule 2 Kat: 5 34330 İstanbul
- Yapı Merkezi İnşaat San. ve Tic. A.Ş.
Burhaniye Mah. Hacı Reşit Paşa Sk. No:4 Üsküdar/İstanbul
- Özışık İnşaat ve Enerji A.Ş.
Gençlik Cad. No:9 Anıttepe/Ankara
- Ekinciler ve Ortakları İnşaat ve Ticaret A.Ş.
Kavacık, Ekinciler Cad. No:1 Beykoz/İstanbul
- Seattle International Engeneering Inc.
11211 S Lake Stevens Rd. Lake Stevens State of Washington ABD
- Suyapı Mühendislik ve Müşavirlik A.Ş.
Ahmet Rasim Sk. No:16 Çankaya/Ankara
- Astom Power Inc.
200 Great Pond Drive, 06095 Windsor Connecticut ABD

E. DOSYA KONUSU: Alpaslan II Enerji Üretim Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin %100 oranında hissesinin Enerjisa Enerji Üretim A.Ş. tarafından devralınması işlemine izin verilmesi talebi.

F. DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına en son 7.12.2010 tarih ve 9252 sayılı 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 16.12.2010 tarih ve 2010-1-320/Öİ-10-383.HG sayılı Devralma Ön İnceleme Raporu 17.12.2010 tarih ve REK.0.05.00.00-120/421 sayılı Başkanlık Önergesi ile 10-80 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G. RAPORTÖRÜN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda; bildirimi yapılan devralma işleminin 4054 sayılı Kanun ve 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında Rekabet Kurulunun iznine tabi olduğu; devir sonucunda ilgili pazarda hâkim durum yaratılması veya mevcut bir hâkim durumun güçlendirilmesi, böylece rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmayacağı; bu çerçevede işleme izin verilmesi gerektiği, görüşü ifade edilmiştir.

H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. İlgili Pazar

Dosya mevcudu bilgiler çerçevesinde; ilgili ürün pazarı, “elektrik üretimi ve satışı” pazarı; ilgili coğrafi pazar ise, “Türkiye” olarak tanımlanmıştır.

50 H.2. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

H.2.1. İşlemin Niteliği

Bildirim konusu, Alpaslan II Enerji Üretim Sanayi ve Ticaret A.Ş.’nin (Alpaslan) %100 oranındaki hissesinin Hacı Ömer Sabancı Holding A.Ş. (Sabancı) ve Verbund International GmbH (Verbund) ortak kontrolünde olan Enerjisa Enerji Üretim A.Ş. (Enerjisa)’ye devredilmesi işlemine izin verilmesi talebinden ibarettir.

Dosyadaki bilgilerden; Alpaslan’ın, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK)’nun 06.09.2010 tarihli kararıyla verilen 200 MW kapasiteli hidroelektrik santral (HES) türü bir üretim lisansı bulunmaktadır. Bununla birlikte Alpaslan’ın bu lisans kapsamındaki üretim tesisi henüz devreye girmemiştir.

60 Bildirim konusu işlem kapsamında, elektrik üretim lisansına sahip olan Alpaslan’ın %100 oranındaki hisselerinin Enerjisa tarafından devralınacağı ve Alpaslan’ın kontrolünün el değiştireceği, diğer bir deyişle teşebbüsün ortaklık paylarının devredileceği görülmektedir. Dolayısıyla bu noktada irdelenmesi gereken husus, Alpaslan’ın hâlihazırda bir teşebbüs olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği, bir başka ifadeyle mevcut durumda herhangi bir teşebbüs faaliyetinin bulunup bulunmadığıdır.

70 Dosyadaki bilgilere göre; EPDK’dan üretim lisansı alınmasına ilişkin sürece ve bu süreçte yapılması gereken işlemlere bakıldığında özetle, Üretim lisansı almak isteyen bir şirketin, öncelikle anonim veya limited şirket statüsünde kurulması gerekmektedir. Buna ilaveten söz konusu şirketin ana sözleşmesi, sermayesi ve hisselerine ilişkin olarak ilgili mevzuatta ve EPDK kararlarında belirlenen bazı şartlar da yerine getirilmelidir. Bu niteliklere haiz olan bir şirketin üretim lisansı alabilmesi için ayrıca dosyada sıralanan birtakım koşulları da yerine getirmesi gerekmektedir. Öngörülen süreç sonrasında EPDK tarafından verilen üretim lisansında, söz konusu tesis için öngörülen tesis tamamlanma süresi (inşaat öncesi dönem ve inşaat süresi ayrı ayrı olmak üzere) ve tesis tamamlanma tarihi yer almaktadır. Bu tarihler ancak mevzuatta öngörülen hallerde ve EPDK onayı alınarak değiştirilebilmekte ve şirket tarafından lisansta belirtildiği şekilde dikkate almaktadır. İlgili mevzuat hükümleri çerçevesinde, üretim lisanslarının devredilmesi mümkün değildir. Ancak üretim lisansına sahip olan şirketin hisselerinin devredilmesi, EPDK’nın onayına bağlı olmak kaydıyla mümkündür.

80 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında bir birleşme veya devralmanın 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilebilmesi için öncelikle, söz konusu işlemin bağımsız teşebbüsler arasında gerçekleşen bir birleşme işlemi olması veya mal varlığı, ortaklık payı, yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçların devri ya da kontrol edilmesi veyahut Tebliğ’de belirtilen şekilde bir ortak girişim kurulması gerekmektedir. Bir malvarlığını kiralama işlemi de, malvarlığının mülkiyetinin devrini içermemekle birlikte, malvarlığının yönetiminde hak sahibi olma yetkisi veren araçların devrine neden olmaktadır. Bu bağlamda, bu yetkiyi veren/verdiği tespit edilen kiralama işlemleri de rekabet hukuku anlamında bir devralma işlemi olarak kabul edilmektedir. Yine işletilebilir veya *belli bir pazar cirosu atfedilebilir*

10-80/1660-634

90 *nitelikteki* marka ve lisans devirleri de rekabet hukuku anlamında devralma olarak kabul edilebilmektedir.

Özellikle malvarlığı devirlerinde kullanılan “atfedilebilir ciro” kriteri, AB Komisyonu’nun yayınlamış olduğu Konsolide Duyuru’da yer almaktadır. Anılan duyuruda; kontrol nesnesinin, hukuki varlık oluşturan bir veya daha fazla teşebbüs veya bu teşebbüslerin mal varlıklarının tümü veya sadece bir kısmı olabileceği belirtilerek, marka veya lisans da olabilen söz konusu malvarlığının, net bir cironun atfedilebildiği bir faaliyet olması gerektiği ifade edilmektedir¹.

100 Rekabet Kurulunun daha önceki kararlarında da söz konusu kriterin kullanıldığı ve bu çerçevede, uzun süreli kira sözleşmeleri², mağaza devirleri³, alışveriş merkezi devirleri⁴, marka devirleri⁵ gibi işlemlerin, 4054 sayılı Kanun kapsamında olduğuna karar verildiği görülmektedir.

Bildirim konusu işlem çerçevesinde hisseleri devre konu olan Alpaslan’ın sahibi olduğu üretim lisansı kapsamındaki tesisin inşası henüz tamamlanmamış olması nedeniyle bir ciro elde edilmemiş olsa da; yukarıda değinilen süreçte yerine getirilmesi gereken koşullar ve işlemler dikkate alındığında, söz konusu üretim lisansının ciro yaratma potansiyeline sahip bir malvarlığı olduğu değerlendirilmektedir⁶. Zira elektrik üretimi alanında faaliyet göstermek için alınması zorunlu olan bu lisansların, sektörde faaliyet gösteren teşebbüsler bakımından önemli bir yere sahip olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim sektörde faaliyet gösteren teşebbüslerin, üretim lisanslarına ilişkin başvuruları kendileri yapabildikleri gibi, bu sektörde faaliyet göstermeyen ancak üretim lisansına sahip olan teşebbüsleri devralma yolunu da tercih ettikleri görülmektedir.

110 Daha önceki Kurul kararlarında, benzer türdeki işlemlerin 4054 sayılı Kanun kapsamında bir devralma işlemi olarak kabul edildiği⁷, hatta EPDK’ya yapılmış üretim lisansı başvurusu bulunan şirketlerin hisse devirlerinin dahi 4054 sayılı Kanun kapsamında kabul edildiği görülmektedir⁸. Bu çerçevede yukarıda yer verilen açıklamalar da dikkate alındığında; hisseleri devre konu olan Alpaslan’ın sahibi olduğu lisansın, ilgili pazarda ciro yaratma potansiyeline sahip bir malvarlığı olduğu, dolayısıyla bildirim konusu işlemin, mal veya hizmet üretimine yönelik bir birimin devri niteliğinde olduğu değerlendirilmektedir.

H.2.2. Değerlendirme

120 1997/1 sayılı Tebliğ’in 2. maddesi uyarınca bir devralma niteliğinde olan bildirim konusu işlemin taraflarının ilgili pazardaki pazar payları toplamı eşiklerin altında kalmaktadır (Enerjisa’nın pazar payı %(....) iken, Alpaslan’ın üretim tesisi henüz devreye girmediği için pazar payı bulunmamaktadır.). Bununla birlikte, Enerjisa’nın (.....) TL tutarındaki 2009

¹ “Commission Consolidated Jurisdictional Notice Under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the Control of Concentrations Between Undertakings”, para. 24.

² Kurul’un 15.5.2008 tarihli ve 08-33/415-141 sayılı Cimpor Yibitaş/ Timuçin Plastik; 8.2.2007 tarihli ve 07-13/112-33 sayılı TEİAŞ/Telcom kararları.

³ Kurul’un 11.9.2008 tarihli ve 08-52/800-327 sayılı Şeref Makromarket/ Ofis Gıda/ Evim Gıda kararı.

⁴ Kurul’un 17.4.2003 tarihli ve 03-25/299-132 sayılı İntem/Carrefoursa kararı.

⁵ Kurul’un 18.9.2008 tarihli ve 08-54/857-344 sayılı Unilever/Anagıda; 25.8.2009 tarihli ve 09-38/925-218 sayılı Tekel Birası; 6.5.2009 tarihli ve 09-21/439-107 sayılı Mudumu kararları.

⁶ Benzer bir değerlendirme için bkz. Kurul’un 11.9.2008 tarihli ve 08-52/800-327 sayılı Şeref Makromarket/Ofis Gıda/Evim Gıda kararı.

⁷ Kurul’un 26.08.2009 tarihli ve 09-39/945-232 sayılı Enerjisa/Ceylin, 18.11.2009 tarihli ve 09-56/1331-337 sayılı Enerjisa/Doka, 06.05.2010 tarihli ve 10-34/553-198 sayılı Akenerji/İçkale Enerji kararları.

⁸ Kurul’un 29.04.2009 tarihli ve 09-20/409-103 sayılı Akenerji/Egemer, 27.05.2010 tarihli ve 10-38/641-217 sayılı Batıçim/Borares kararları.

10-80/1660-634

yılı cirosunun 1997/1 sayılı Tebliğ ile belirlenen ciro eşiğini aşması sebebiyle bildirim konusu işlemin Rekabet Kurulu iznine tabi olduğu görülmektedir.

130 İşlem, Enerjisa'nın cirosu sebebiyle izne tabi olmakla birlikte; bir kamu şirketi olan EÜAŞ ve bağlı ortaklıkları, Yap-İşlet-Devret, Yap-İşlet ve İşletme Hakkı Devri uygulamaları çerçevesinde faaliyet gösteren özel şirketler, özel mobil üreticiler ve otoprodüktörler/otoprodüktör grupları gibi farklı piyasa oyuncularından oluşan Türkiye elektrik üretimi pazarında, kamu hakimiyetinin bulunduğu görülmektedir. Dosyadaki bilgilere göre, Enerjisa'nın 2009 yılı pazar payı %(....) oranındadır. Enerjisa'nın bu payı ile Alpaslan'ın bildirim konu olan üretim tesisinin henüz devreye girmediği ve devreye girmesi halinde bu tesisin tahmini pazar payının %(....)'den az olacağı dikkate alındığında, bildirim konusu işlem sonucunda ilgili pazarda hâkim durum yaratılmasının veya mevcut bir hâkim durumun güçlendirilmesinin söz konusu olmayacağı kanaatine varılmıştır.

I. SONUÇ

140 Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre; 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 izne tabi olduğuna, işlem sonucunda aynı Kanun maddesinde belirtilen nitelikte hâkim durum yaratılmasının veya mevcut hâkim durumun güçlendirilmesinin ve böylece rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmaması nedeniyle işleme izin verilmesine OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.