

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2016-1-32
Karar Sayısı : 16-22/389-181
Karar Tarihi : 29.06.2016

(Menfi Tespit)

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Ömer TORLAK
Üyeler : Arslan NARİN, Fevzi ÖZKAN, Doç. Dr. Tahir SARAÇ,
Kenan TÜRK, Adem BİRCAN

B. RAPORTÖRLER : Zeynep MADAN, Metin DEMİRCİ, Zekeriya TURAN

C. BİLDİRİMDE

BULUNAN

: Ateş Çelik İnşaat Taahhüt Proje Mühendislik San. ve Tic. A.Ş.
Temsilcisi: Evren GÜLDOĞAN
8. Gazeteciler Sit. 2. Söлтаş Evleri Hare Sok. No:20 K:6 Levent
34255 Beşiktaş/İstanbul

- (1) **D. DOSYA KONUSU:** Ateş Çelik İnşaat Taahhüt Proje Mühendislik San. ve Tic. A.Ş. ile SSC Wind EMEA GmbH tarafından SSC Ateş Wind Rüzgar Enerji Santralleri Montaj Servis Mühendislik San. ve Tic. A.Ş. unvanlı bir ortak girişim tesis edilmesi amacıyla imzalanan İştirak Sözleşmesi'nde yer alan rekabet etmeme ve gizlilik yükümlülüklerine menfi tespit belgesi verilmesi ya da bireysel muafiyet tanınması talebi.
- (2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 10.05.2016 tarihinde giren bildirim üzerine düzenlenen 24.06.2016 tarih ve 2016-1-32/MM sayılı rapor görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (3) **F. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda;
- Ateş Çelik İnşaat Taahhüt Proje Mühendislik San. ve Tic. A.Ş. (ATEŞ ÇELİK) ile SSC Wind EMEA GmbH (SSC WIND) tarafından SSC Ateş Wind Rüzgar Enerji Santralleri Montaj Servis Mühendislik San. ve Tic. A.Ş. (SSC ATEŞ) unvanlı bir ortak girişim kurulması işleminin 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in (2010/4 sayılı Tebliğ) 5. maddesi kapsamında bir devralma olduğu,
 - İşlem taraflarının cirolarının 2010/4 sayılı Tebliğ'in 7. maddesinde öngörülen eşiklerin altında kalması sebebiyle işlemin izne tabi olmadığı,
 - Taraflar arasında imzalanan İştirak Sözleşmesi'nin 2.7. maddesinde düzenlenen rekabet etmeme yükümlülüğünün ve 2.8. maddesinde düzenlenen gizlilik yükümlülüğünün mevcut haliyle yan sınırlama olarak kabul edilemeyeceği,
 - Bununla birlikte, mezkur yükümlülüklerin "tarafların şirket üzerinde ortak kontrole sahip buldukları süre" ile sınırlandırılması koşuluyla yan sınırlama sayılarak, söz konusu anlaşmaya menfi tespit belgesi verilebileceği ifade edilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

G.1. İlgili Pazar

G.1.1. İlgili Ürün Pazarı

- (4) Rüzgâr enerji santrallerinin üretimi faaliyetleri fikir üretimi, tasarım, geliştirme, üretim aşamalarını; türbinlerin, pervanelerin, kulelerin ve diğer ana bileşenlerin test edilmesini ve bunların rüzgâr enerjisi girişimcilerine satış ve tedarikini içermektedir. Ayrıca rüzgâr türbinlerinin satışına ilişkin faaliyetler, bunların kurulumunu, test edilmelerini ve garanti süresince rüzgâr türbinlerinin üreticileri ve alıcıları arasında akdedilen muhtemel sözleşmeler uyarınca bakımlarını da içermektedir.
- (5) SSC ATEŞ, rüzgâr enerji santralleri montaj ve bakım hizmetleri pazarında faaliyet göstermektedir. Montaj hizmeti satış ve kurulum aşamasında gerçekleştirilmekte iken bakım, niteliği gereği satış sonrası sunulan bir hizmettir. Montaj hizmetlerine rüzgâr türbini montajı, ölçüm direği montajı, kanat montajı; bakım hizmetlerine ise rüzgâr türbini bakımı, ölçüm direği bakımı, iç yüzey, kablo ve platform altı yağ temizliği, dış yüzey ve kanat temizliği gibi örnekler verilebilir.
- (6) ATEŞ ÇELİK ile SSC WIND tarafından kurulan bir ortak girişim şirketi olan SSC ATEŞ'in rüzgâr enerji santralleri montaj ve bakım hizmetleri pazarında faaliyet göstermesi nedeniyle, ilgili ürün pazarı "*rüzgâr enerji santralleri montaj ve bakım hizmetleri*" olarak belirlenmiştir.

G.1.2. İlgili Coğrafi Pazar

- (7) İlgili ürün pazarındaki rekabet koşullarının ülke genelinde bir farklılık arz etmemesi ve pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin ülkenin tamamında faaliyet gösterebilmesi nedeniyle ilgili coğrafi pazar "*Türkiye*" olarak tespit edilmiştir.

G.2. Değerlendirme

G.2.1. İşlemin Hukuki Niteliği

- (8) SSC ATEŞ'in kurulması amacıyla taraflar arasında 11.06.2015 tarihinde imzalanan İştirak Sözleşmesi uyarınca SSC WIND'ın tek kontrolü altındaki bir limited şirket olan SSC EGE Wind Rüzgar Enerji Santralleri Montaj Servis Mühendislik San. ve Tic. Ltd. Şti. (SSC EGE) anonim şirkete dönüştürülerek ATEŞ ÇELİK ile SSC WIND'ın ortak girişimi haline getirilmiştir. Bu noktada, işlemin yoğunlaşma doğurucu olup olmadığına anlaşılması bakımından 2010/4 sayılı Tebliğ'de yer alan ortak kontrol ve bağımsız iktisadi varlık unsurlarının değerlendirilmesi gerekmektedir.

G.2.2. 2010/4 sayılı Tebliğ Kapsamında Değerlendirme

- (9) 2010/4 sayılı Tebliğ'in 5. maddesinin üçüncü fıkrasına göre "*bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişim oluşturulması*" birleşme veya devralma sayılan hallerden kabul edilmektedir. Bu tanım doğrultusunda, bir ortak girişimin 2010/4 sayılı Tebliğ kapsamında birleşme ve devralma sayılabilmesi için ortak kontrol altında bir teşebbüsün bulunması ve ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlık (tam işlevsel) olarak ortaya çıkması şeklinde iki unsurun birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.
- (10) Taraflar arasında imzalanan İştirak Sözleşmesi'nin ilgili hükümleri uyarınca; SSC ATEŞ ortak girişiminin ATEŞ ÇELİK ve SSC WIND'ın ortak kontrolü altında bulunacağı, SSC ATEŞ'in günlük faaliyetleri açısından özerk olacağı, kendine ait muhasebesinin, personelinin, idare organının bulunacağı ve yeterli kaynaklara erişim imkânına sahip olacağı, ayrıca sözleşmenin sınırlı süreli olarak akdedilmemiş olduğu görülmektedir. Bu nedenlerle işleme, ortak kontrol altında tam işlevsel bir ortak girişimin kurulduğu anlaşılmaktadır. Bu bilgiler doğrultusunda işlemin, 2010/4 sayılı Tebliğ'in 5. maddesi çerçevesinde devralma işlemi niteliğinde olduğu sonucuna varılmıştır.

16-22/389-181

- (11) 2010/4 sayılı Tebliğ'in 7. maddesinin birinci bendine göre bir birleşme veya devralmanın Rekabet Kurulu iznine tabi olabilmesi için;
- "a) İşlem taraflarının Türkiye ciroları toplamının yüz milyon TL'yi ve işlem taraflarından en az ikisinin Türkiye cirolarının ayrı ayrı otuz milyon TL'yi veya*
- b) Devralma işlemlerinde devre konu varlık ya da faaliyetin, birleşme işlemlerinde ise işlem taraflarından en az birinin Türkiye cirosunun otuz milyon TL'yi ve diğer işlem taraflarından en az birinin dünya cirosunun beş yüz milyon TL'yi"*
- aşması gerekmektedir.
- (12) Taraflarca sunulan ciro bilgilerine göre, ATEŞ ÇELİK'in kontrolünü elinde bulunduran GÜLDOĞAN AİLESİ'nin 2014 yılı Türkiye cirosu (.....) TL iken; SSC WIND'ın aynı yıl için Türkiye cirosu (.....) TL, dünya cirosu ise (.....) TL'dir. Dolayısıyla işlem 2010/4 sayılı Tebliğ'de belirtilen ciro eşikleri aşılmadığından Kurulumuzun iznine tabi değildir.
- (13) Bununla birlikte, başvuruda, İştirak Sözleşmesi'nde yer alan "Rekabet Etmeme" başlıklı 2.7. maddeye ve "Ticari Sırlar" başlıklı 2.8. maddeye menfi tespit belgesi verilmesi talebinde bulunulması nedeniyle, söz konusu hükümlere menfi tespit belgesi verilip verilemeyeceği değerlendirilmiştir.

G.2.3. Rekabet Etmeme Yükümlülüğü

- (14) Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz'un (Kılavuz) 48. paragrafında yan sınırlamalar; *"yoğunlaşma işlemi ile doğrudan ilgili ve işlemin uygulanabilmesi ve yoğunlaşmadan beklenen etkinliklerin tam olarak sağlanabilmesi için gerekli olan sınırlamalar"* olarak tanımlanmıştır. Ortak girişim tesis edilmesi durumunda, tarafların işlemden bekledikleri ticari faydanın istenilen düzeyde elde edilebilmesi ve hatta pek çok durumda ortak girişimin anlamlı bir biçimde ticaret hayatındaki yerini alabilmesi için belirli bir süre rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmesi gerekli olabilmekte ve söz konusu rekabet etmeme yükümlülüğü bazı şartların varlığı halinde yan sınırlama olarak kabul edilebilmektedir.
- (15) İştirak Sözleşmesinin "Rekabet Etmeme" başlıklı 2.7. maddesinde, taraflara getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Söz konusu madde aşağıdaki gibidir:
- "2.7 Rekabet etmeme: Tarafların tam oydaşması ile aksine yazılı şekilde karar verilmediği sürece Tarafların her biri SSC EGE'de payları olduğu süre boyunca ya da SSC EGE'nin herhangi bir payının kontrolüne sahip oldukları sürece Türkiye'de ve çevre ülkelerde SSC EGE tarafından işgal edilen ticari faaliyetin aynısı veya benzeri ile ya da SSC EGE ile rekabet eden bir ticari faaliyetin aynısı veya benzeri için istihdam edilmeyecek, ilgilenmeyecek ya da finansal menfaate sahip olmayacaktır. Türk Rekabet Kurumunun böyle bir rekabet etmeme yükümlülüğüne izin vermesi koşuluyla şayet Taraflardan bir tanesinin ayrılması durumunda bu hüküm ayrılan Taraf açısından **bir yıllık** bir süre boyunca yürürlükte kalmaya devam etmelidir. Taraflar kapanış sonrasında Türk Rekabet Kurumuna böyle bir onay alınması için başvurmayı kabul etmektedir."*
- (16) Rekabet yasalarının genel olarak yan sınırlama kavramı çerçevesinde yoğunlaşma işlemi ile birlikte değerlendirilebilmesi için, *"yoğunlaşma ile doğrudan ilgili ve gerekli olma"*nın yanı sıra *"sadece taraflar açısından kısıtlayıcı olma"* ve *"orantılılık"* kriterlerinin de sağlanması gerekmektedir. Bu kriterler çerçevesinde yukarıda değinilen rekabet etme yasağına ilişkin hükmün değerlendirilmesi gerekmektedir.

- (17) İştirak Sözleşmesi'nin 2.7. maddesinde yer alan hüküm bu açılardan değerlendirildiğinde, söz konusu yasağın sadece ortak girişimin faaliyet göstereceği işle ilgili olduğu görülmekte ve bu durumun tarafların ortak girişime yaptığı yatırımın karşılığını alabilmesi için gerekli olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca söz konusu maddede düzenlenen rekabet etmeme yükümlüğü ile ana teşebbüslerin ortak girişimin faaliyet göstereceği ilgili pazardan çekilmeleri taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabetçi davranışların koordinasyonuna yol açılması ihtimalini önleyecek niteliktedir. Bu özellikleriyle sözleşmede ana teşebbüslere getirilen rekabet etmeme yasağının yoğunlaşma işlemi ile doğrudan ilgili ve gerekli olduğu anlaşılmaktadır.
- (18) Sadece taraflar açısından kısıtlayıcı olma kriteri açısından bakıldığında, bahsi geçen hükmün sadece işlemin taraflarına yönelik olduğu, SSC WIND'ın SSC EGE'ye yaptığı yatırımın karşılığını alabilmesi için de gereklilik arz ettiği ve üçüncü kişilerin ticari faaliyetlerini sınırlayıcı bir yönü bulunmadığı görülmektedir.
- (19) Orantılık kriteri açısından ise kısıtlamanın yan sınırlama olarak kabul edilmesinde yalnızca kısıtlamanın niteliğinin değil aynı zamanda kapsamının, süresinin ve coğrafi uygulama alanının da işlemin yürütülebilmesi için gerekli olandan fazla sınırlandırılmış olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Kılavuz'un 54. paragrafına göre ortak girişimlerde ana teşebbüslerin ortak girişimle rekabet etmemesine yönelik uzun süreli ya da süresiz rekabet etmeme yükümlülükleri yan sınırlama olarak kabul edilebilmektedir. Ortak girişim işlemlerinde genel olarak ortak girişimin süresi boyunca geçerli olan rekabet etmeme yükümlülükleri, işlem ile doğrudan ilgili ve yoğunlaşma için gerekli olduğu düşünülerek yan sınırlama olarak kabul edilmektedir.
- (20) Bununla birlikte, ortak girişimin süresini aşacak şekilde getirilen rekabet etmeme ve gizlilik konusundaki sınırlamalar piyasaya giriş engeli yaratabilecektir. Kurulumuzun almış olduğu birçok kararda bu durum ifade edilerek, rekabet etmeme ve gizlilik yükümlülükleri ortak girişimin süresi ile sınırlandırılmıştır¹. Taraflar arasında imzalanan İştirak Sözleşmesi'nin 2.7. maddesinde ise, rekabet etmeme yükümlülüğünün ortak girişimin sona ermesinden itibaren bir yıl daha sürmesi öngörülmüştür. Dolayısıyla, ortak girişimin süresini aşacak şekilde düzenlenen bir yıllık rekabet etmeme yükümlülüğünün, ortak girişimden beklenen ticari fayda ile orantılı olmadığı ve tarafların şirket üzerinde ortak kontrole sahip oldukları süre ile uyumlaştırılması gerektiği değerlendirilmektedir.

G.2.4. Gizlilik Yükümlülüğü

- (21) Kılavuz'un 58. paragrafına göre işlem taraflarınca ticari sırların açıklanmaması ve kullanılmaması gibi yükümlülükler rekabet etmeme yükümlülüğü ile benzer şekilde değerlendirilebilmektedir. İştirak Sözleşmesi'nin "*Ticari Sırlar*" başlıklı 2.8. maddesinde taraflara getirilen gizlilik yükümlülüğü düzenlenmiştir. Söz konusu madde aşağıdaki gibidir:

"2.8 Ticari Sırlar: Taraflardan her biri SSC EGE'nin müşteri listeleri, potansiyel müşteri listeleri, ticari sırları, süreçleri, yöntemleri ve teknik bilgisinin ve Tarafların yazılı mutabakatı ile bu şekilde tayin edilecek olan herhangi bir diğer meselenin değerli varlıklar olduğunu kabul eder. Taraflardan bir tanesi diğer Tarafın yazılı onayını almadığı sürece Tarafların her biri SSC EGE 'de payları olduğu süre boyunca ya da SSC EGE'nin herhangi bir payının kontrolüne sahip oldukları sürece ya da daha sonraki herhangi bir zamanda herhangi bir şahıs veya kuruluşa, SSC EGE'nin ticari faaliyetleriyle bağlantılı olarak yetkili bir şekilde olmamak kaydıyla, herhangi bir müşteri listesi veya bu listelerdeki herhangi bir ismi ya da herhangi bir ticari sırrı, süreci veya işbu fıkırdaki herhangi bir diğer hususu asla ifşa etmemeyi kabul eder."

¹ 13.01.2005 tarih ve 05-05/25-13 sayılı, 08.09.2005 tarih ve 05-55/831-224 sayılı, 21.12.2011 tarih ve 11-62/1632-569 sayılı, 24.10.2013 tarih ve 13-59/823-348 sayılı Kurul kararları.

16-22/389-181

- (22) İştirak Sözleşmesi'nin 2.8. maddesinde görüldüğü üzere, gizli tutulacak bilgilerin içerisinde teknik bilginin (know-how) yanı sıra anlaşma süresince edinilecek bilgiler, anlaşmayla ilgili olarak geliştirilen bilgiler ile diğer iş süreçlerine ilişkin bilgiler yer almaktadır. Sözleşmede gizlilik yükümlülüğünün süresiz olarak belirlendiği görülmektedir. Kılavuz'un 58. paragrafına göre gizli tutma yükümlülüğü birleşme devralmalarda rekabet yasakları ile paralel değerlendirilmekte ve olması gerekenden daha uzun süreli olan yükümlülükler yan sınırlama niteliğini kaybetmektedir. Bu durumun tek istisnasını gizliliğin "know-how"a ilişkin olması durumu oluşturmaktadır. Bu durumda söz konusu bilginin gizli kaldığı, yani "know-how" niteliğini koruduğu sürece açıklanmamasına ve kullanılmamasına yönelik olarak getirilen yükümlülük, işlemin asli bir unsuru olarak değerlendirilebilecektir. Rüzgâr enerji santralleri montaj ve bakım hizmetleri piyasasında ATEŞ ÇELİK'in elde edeceği "know-how"ın süresiz olarak gizlilik yükümlülüğü getirilmesini gerektirecek nitelikte olmadığı, piyasada montaj ve bakım hizmetlerini veren birçok firmanın söz konusu "know-how"a sahip olduğu, bu nedenle gizlilik yükümlülüğünün rekabet etmeme yükümlülüğünde olduğu gibi tarafların şirket üzerinde ortak kontrole sahip buldukları süre ile uyumlaştırılması gerektiği kanaatine varılmıştır.

H. SONUÇ

- (23) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre;
- 1- Ateş Çelik İnşaat Taahhüt Proje Mühendislik San. ve Tic. A.Ş. ile SSC Wind EMEA GmbH tarafından SSC Ateş Wind Rüzgâr Enerji Santralleri Montaj Servis Mühendislik San. ve Tic. A.Ş. unvanlı bir ortak girişim kurulması işleminin 2010/4 sayılı Tebliğ'in 5. maddesi kapsamında bir devralma işlemi olmakla birlikte, Tebliğ'in 7. maddesinde öngörülen eşiklerin altında kalması sebebiyle izne tabi olmadığına,
 - 2- İştirak Sözleşmesi'nin 2.7. maddesinde düzenlenen rekabet etmeme yükümlülüğünün ve 2.8. maddesinde düzenlenen gizlilik yükümlülüğünün mevcut haliyle yan sınırlama olarak kabul edilemeyeceğine,
 - 3- Bununla birlikte, İştirak Sözleşmesi'nin 2.7. maddesinde düzenlenen rekabet etmeme yükümlülüğünün ve 2.8. maddesinde düzenlenen gizlilik yükümlülüğünün "*tarafların şirket üzerinde ortak kontrole sahip buldukları süre*" ile sınırlandırılması koşuluyla yan sınırlama sayılarak, söz konusu anlaşmaya menfi tespit belgesi verilebileceğine,

OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.