

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2021-4-029 (Ortak Girişim)
Karar Sayısı : 21-27/352-170
Karar Tarihi : 27.05.2021

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Birol KÜLE
Üyeler : Şükran KODALAK, Ahmet ALGAN, Hasan Hüseyin ÜNLÜ,
Ayşe ERGEZEN

B. RAPORTÖRLER: Kerem TOMUR, Ahmet ŞAHİN, Emine HARMANKAYA

C. BİLDİRİMDE

BULUNAN : - Kawasaki Heavy Industries, Ltd ve Hitachi Zosen Corporation
Temsilcileri: Av. Gönenç GÜRKAYNAK,
Av. Ceren ÖZKANLI SAMLI, Av. Sinem UĞUR,
Av. Büşra KİRİŞÇİOĞLU, Av. Ece CEBECİOĞLU
Çitlenbik Sokak No: 12 Yıldız Mahallesi Beşiktaş/İstanbul

- (1) **D. DOSYA KONUSU:** Hitachi Zosen Corporation ve Kawasaki Heavy Industries, Ltd.'nin yeni bir ortak girişim üzerindeki ortak kontrolü devralması işlemi.
- (2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurumu kayıtlarına 22.04.2021 tarih, 17315 sayı ile giren ve en son 10.05.2021 tarih, 17798 sayı ile eksiklikleri tamamlanan bildirim üzerine düzenlenen 20.05.2021 tarih ve 2021-4-029/Öİ sayılı Devralma Ön İnceleme Raporu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (3) **F. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda özetle; dosya konusu işleme izin verilmesinde sakınca bulunmadığı ifade edilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

- (4) Yapılan başvuruda, Hitachi Zosen Corporation (HITACHI) ve Kawasaki Heavy Industries, Ltd.'nin (KAWASAKI) yeni bir ortak girişim (OG) üzerindeki ortak kontrolü devralması işlemine izin verilmesi talep edilmiştir.
- (5) OG, Japonya'da tam işlevsel bir ortak girişim olarak kurulacak olup taraflar üretim departmanları hariç olmak üzere, tünel açma makineleri (TBM) ve kalkan makinesi iş kollarını OG'ye devredeceklerdir. OG, tarafların satış ve mühendislik departmanları dâhil olmak üzere TBM/kalkan makinesi iş kollarından oluşacak fakat tarafların üretim departmanları OG'ye dâhil edilmeyecektir. Bu kapsamda OG, taraflar ve üçüncü kişiler tarafından üretilen TBM/kalkan makinesi ürünlerini tedarik ederek satış faaliyetini gerçekleştirecektir. Söz konusu işlem kapsamında KAWASAKI ve HITACHI OG'de (.....) oranında hisse sahibi olacaktır. KAWASAKI tarafından OG'ye aktarılacak işe atfedilebilir cironun (.....) Japon Yeni (yaklaşık (.....) TL) ve HITACHI tarafından OG'ye aktarılacak işe atfedilebilir cironun (.....) Japon Yeni (yaklaşık (.....) TL) olduğu belirtilmiştir.¹
- (6) Japonya'da tam işlevsel bir ortak girişim olarak kurulacak OG'ye taraflar üretim departmanları hariç olmak üzere, Tünel Açma Makineleri (TBM) ve kalkan makinesi iş

¹ Söz konusu devralma işlemi Türkiye'nin yanı sıra Japonya, Çin, Almanya ve Polonya Rekabet Otoritelerinin de iznine tabidir.

kollarını devredeceklerdir. Hem KAWASAKI hem de HITACHI OG'de (.....) oranında hisse sahibi olacaktır.

- (7) Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in (2010/4 sayılı Tebliğ) 5. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişimin oluşturulması, bu maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında bir devralma işlemidir. Anılan hüküm çerçevesinde, ortak girişimler bakımından aranan koşullar, kurulan ortak girişim şirketinin, kurucu teşebbüsler tarafından "ortak kontrol" altında tutulması ve kurulan şirketin, "bağımsız bir iktisadi varlık" niteliği taşımasıdır.
- (8) Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz'un (Kılavuz) 48. ve devamı paragraflarında bir ortak girişimde ortak kontrolden söz edilebilmesi için tarafların eşit oy hakkına sahip olması, stratejik kararların alınmasında veto haklarının bulunması ya da oy haklarının ortaklaşa kullanılması gibi şartların sağlanması gerektiği düzenlenmiştir.
- (9) 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 belirleyici olmaktadır. Yani, ortak kontrol sadece hissedarlık yapısıyla değil, karar alma süreci, yönetim mekanizması, şirketin önemli kararlarında veto hakkının varlığı, hukuki/fiili olarak oy haklarının birlikte kullanılması ihtimalleri ve belirleyici oyun (*casting vote – kesin neticeyi belirleyen oy*) yokluğu gibi faktörlerin değerlendirilmesiyle, niceliksel olmaktan çok niteliksel olarak test edilen bir kavramdır.
- (10) Bildirim konusu işlemin temelini taraflar arasında 27.01.2021 tarihinde imzalanan Temel Anlaşma (Anlaşma) oluşturmaktadır. Anlaşma doğrultusunda taraflar, OG üzerinde %(.....) pay sahibi olacaktır. Anlaşma'yı takiben OG'nin (.....) ilk aşamada KAWASAKI tarafından aday gösterilip atanacak; (.....) ise HITACHI tarafından atanacaktır. Ek olarak, KAWASAKI ve HITACHI (.....) yönetici ve (.....) denetçi atayacak ve toplamda OG'nin (.....) yöneticisi olacaktır. Ayrıca, (.....). Karar nisabı ile ilgili olarak, önemli hususların yönetim kurulunda (.....) ile onaylanması gerektiği ifade edilmektedir.
- (11) Söz konusu hususlar (.....).² Tüm bu hususlar birlikte ele alındığında, KAWASAKI ve HITACHI'nin OG üzerinde ortak kontrol hakkına sahip olduğu değerlendirilmiştir.
- (12) İktisadi bağımsızlık, ortak girişimin, stratejik kararların alınması bakımından taraflarından tamamen ayrı hareket etmesini değil, operasyonel anlamda bağımsız faaliyette bulunabilmesini ifade etmektedir. Zira ortak kontrol altındaki bir varlığın stratejik olarak ana teşebbüslerden tamamen bağımsız olması gerçekçi olmayacaktır. Bu sebeple ortak girişimin bağımsız iktisadi varlık olup olmadığı, pazarda aktif bir rol

² Bu kararların dışında genel olarak yönetim kurulu kararlarına ilişkin toplantı nisabı Japon Şirketler Kanununa göre, oylamaya katılma hakkı bulunan yöneticilerin çoğunluğunun (esas sözleşmede daha yüksek bir oran öngörülmüşse, bu oran veya fazlası uygulanır) toplantıda bulunduğu hallerde, toplantıda mevcut yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğu ile (esas sözleşmede daha yüksek bir oran öngörülmüşse, bu oran veya fazlası uygulanır) alınacağı ifade edilmektedir. Cevabi yazıda, ayrıca OG'nin yönetim kurulu toplantı ve karar nisaplarının henüz müzakere altında olduğu, mevcut plan uyarınca, oylamaya katılma hakkı bulunan yöneticilerin çoğunluğunun toplantı yeter sayısını oluşturmasının öngörüldüğü ifade edilmektedir. Ek olarak, Şirketler Kanunu uyarınca denetçilerin de yönetim kurulu toplantısına katılması gerektiği belirtilmektedir.

üstlenmeye hazır bir durumda olup olmadığıyla ve devamlılık (en azından pazarda kalıcı bir değişiklik meydana getirebilecek kadar devamlı) saikiyle kurulup kurulmadığı ile ilgilidir. Bunun dışında temel sözleşmelerde ana teşebbüslerin beklenmeyen durumlarla ilgili çekincelere/tebirlere yer vermiş olması ortak girişimin devamlılığına hanel getirmeyecek bir olgudur. Bağımsız bir iktisadi varlığın operasyonlarını gerçekleştirebilecek kaynağının bulunması gerekmektedir. Bu kaynaklar günlük işlerini yürütecek bir personel, yönetim, finansman kaynakları, maddi ve gayri-maddi varlıklar olabilir. Ayrıca ortak girişimin kısa sayılabilecek belli bir süre için ya da belli bir proje için kurulmamış olması; pazarda kalıcı olması gerekmektedir. Bu bağlamda temel sözleşmelerde, ortak girişimlerin yönetim ve genel kurullarının belirlenme ve çalışma yöntemlerine ilişkin düzenlemelerin olması, ayrıca finansmanının ve hisse devrinin usullerinin ve benzer mali durum unsurlarının tespit edilmiş olması, ortak girişimlerin bağımsız bir teşebbüs olarak faaliyet gösterip karar alabileceğini göstermektedir.

- (13) Bildirim Formu'nda, OG'nin ana şirketlerden bağımsız olarak işlerini yürütmesi için yeterli olduğu düşünülen (.....) sermayesinin olacağı planlandığı, OG'nin pazarda kendi varlığını sürdürmesi için yeterli mal varlığına sahip olacağı ve OG'nin kendi çalışanlarının olacağı ifade edilmiştir. Öte yandan tarafların faaliyetleri içerisinde sadece belirli bir işlevi yerine getirmekten ziyade OG'nin kendi faaliyetleri bulunacağı belirtilmiştir.³
- (14) Üretim departmanlarının OG'ye aktarılmayacak olması sebebiyle, taraflar TBM/kalkan makinesi üretimine alt yüklenici olarak devam edecek ancak nihai kullanıcılardan (örneğin, inşaat şirketleri) doğrudan sipariş almayacaktır. Dolayısıyla, taraflar OG ile rekabet içinde olmayacak, OG piyasa koşulları doğrultusunda hem üçüncü kişilerden hem de KAWASAKI ve HITACHI tarafından üretilen TBM/kalkan makinelerini tedarik edecektir. Ek olarak OG'nin pazarda kalıcı olarak faaliyet göstereceği de ifade edilmiştir. Bu doğrultuda OG'nin tam işlevsel olduğu ve dolayısıyla bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini yerine getireceği değerlendirilmiştir.
- (15) Bu itibarla bildirim konusu işlemin tam işlevsel bir ortak girişim olduğu ve söz konusu işlemin 2010/4 sayılı Tebliğ'in 5. maddesi çerçevesinde bir devralma niteliği taşıdığı anlaşılmaktadır. Diğer yandan tarafların ciroları 2010/4 sayılı Tebliğ'in 7. maddesinde öngörülen ciro eşiklerini aştığından, bildirim konu işlem izne tabidir.

³ Bildirim Formu'nda başlangıç döneminde KAWASAKI ve HITACHI'ni OG'den söz konusu işlemde önce kabul ettikleri siparişlerin tamamlanmasına kadar tasarıma ilişkin hizmet alacağı ve başlangıç döneminde, OG'nin tarafların projelerine (İşlem'den önce aldığı siparişler ile ilgili işler) alt yüklenici olarak devam edeceği ayrıca bu süre içinde taraflara yapılan hizmet satışları OG'nin toplam satışının %(.....)'den fazlasını oluştursa da OG'nin doğrudan üçüncü kişi müşterilerden yeni siparişler almasını amaçlandığı ifade edilmektedir. Kontrol Kılavuzu'nun 85. paragrafı "*Ortak girişimin sadece bir başlangıç süresi için faaliyetlerinde neredeyse tamamen ana şirketlerine yaptığı satışlara veya onlardan yaptığı alımlara bağlı olması normalde tam işlevsellik niteliğini etkilemez. Bu tür bir ilişki ortak girişimin pazarda yer edinmesi için gerekli olabilir*" ifadesine yer vermektedir. Buna istinaden, taraflara yapılan hizmet satışlarının başlangıç aşamasında OG'nin toplam satışının %(.....)'den fazlasını oluşturmasının tam işlevselliği zedelediği düşünülmektedir. Zira Kurulun 28.11.2017 tarihli ve 17-39/623-270 sayılı *Celanese/Blackstone* kararında kurulacak OG ile ana şirketlerden bir tanesi arasında 5 yıl süreyle satın almanın devam edeceği belirtilmiştir. Değerlendirme sonucunda bunun OG'nin tam işlevselliğini zedelemeyeceğine karar verilmiştir. Cevabi yazıda, başlangıç döneminin kabul edilen bu projelerin süresine bağlı olacağı bu kapsamda en uzun süreli projenin (.....)'e kadar sürmesinin planlandığı dolayısıyla başlangıç döneminin (.....)'te sona ermesinin beklendiği ifade edilmektedir.

- (16) 2010/4 sayılı Tebliğ uyarınca, bildirim konusu işlemde etkilenme ihtimali olan ve taraflardan iki veya daha fazlasının aynı ürün pazarında faaliyette bulunduğu ya da taraflardan en az bir tanesinin bir diğerinin faaliyet gösterdiği herhangi bir ürün pazarının alt veya üst pazarında ticari faaliyette bulunduğu ilgili ürün pazarları etkilenen pazarları oluşturmaktadır.
- (17) Bu kapsamda OG taraflarından KAWASAKI'nin Türkiye'de herhangi bir iştiraki bulunmamakta olup yabancı iştirakleri aracılığıyla gaz motoru parçaları ve gaz motoru için bakım hizmetleri, deniz kullanımı için tahrik sistemleri, deniz kullanımı için dizel motor parçaları, endüstriyel robot, hidrolik pompa ve hidrolik kapakçık, motosiklet, genel amaçlı motor, çelik yapı ekipmanı parçaları ve dişli pompası alanlarında faaliyet göstermektedir.
- (18) HITACHI'nin de Türkiye'de iştiraki veya bağlı şirketi bulunmamakta olup Türkiye'deki faaliyetlerini yabancı iştirakleri aracılığıyla yürütmektedir. Söz konusu faaliyetler; deniz motorları için satış sonrası hizmetler, enerji formunda atık tesisleri iş kolu, elektro-klorlama (elektrik yardımıyla klorlama) sistemleri için yedek parça ve hizmetler, pres makineleri için satış sonrası hizmetleridir.
- (19) OG ise yeni kurulan, fabrikası bulunmayan bir kalkan makinesi ve TBM şirketi olarak esas olarak Japonya'da olmak üzere, Doğu Asya (Japonya, Çin, Tayvan, Kore) ve Güneydoğu Asya'da da satış ve tasarım alanlarında faaliyet gösterecektir. Tarafların OG'ye aktaracağı işlerin Türkiye'den ciro elde etmediği görülmüştür. Bildirim Formu'nda, OG'nin yakın gelecekte Türkiye'de herhangi bir faaliyeti, müşterisi, mal varlığı, iştiraki veya bağlı şirketi olmayacağını ve tarafların OG'nin faaliyetlerini yakın gelecekte Türkiye'ye genişletme niyetinin bulunmadığı ifade edilmiştir. Ayrıca, OG'nin Türkiye'deki herhangi bir pazardan kaynak sağlamayacak ve Türkiye'deki herhangi bir pazara ürün tedarik etmeyecek olması, aynı zamanda bu durumun gelecekte değişeceğine ilişkin bir gösterge de bulunmaması sebebiyle, ilgili işlemin Türkiye'de herhangi bir üst veya alt pazarda etkisi söz konusu olmayacağı ve bu kapsamda Türkiye'de herhangi bir pazarda yatay veya dikey bir örtüşme bulunmadığı değerlendirilmiştir.
- (20) Tarafların ve OG'nin TBM/kalkan makinesi pazarındaki küresel ölçekteki faaliyetlerine bakıldığında TBM/Kalkan makinelerinin üretimi ve dağıtımını pazarına yönelik olarak söz konusu işlemde önce kabul edilen ve an itibarıyla devam eden projelerin tamamlanmasını takiben, satış ve tasarım gibi OG'ye aktarılacak TBM/kalkan makinesi işlerine ilişkin tüm faaliyetlerine son vereceği ifade edilmiştir. Öte yandan KAWASAKI'nin 2019 yılı pazar payının (.....) ve HITACHI'nin 2019 yılı pazar payının ise (.....) gibi oldukça düşük seviyede olduğu görülmüş; söz konusu pazarda China Railway Construction Heavy Industry Co., Ltd., China Railway Engineering Equipment Group Co., Ltd., Herrenknecht AG, JIM Technology Corporation, Liaoning Censcience Industry Co., Ltd., Northern Heavy Industries Group Co., Ltd. ve Tianhe Mechanical Equipment Manufacturing Co., Ltd. gibi çok sayıda oyuncu olduğu da tespit edilmiştir.
- (21) Yatay Olmayan Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz'da (Dikey Kılavuz) birleşme devralma işleminin pazarı kapama etkisi yaratması, birleşme nedeniyle mevcut ve potansiyel rakiplerin tedarik kaynaklarına ya da pazarlara erişiminin engellenmesi ve bu yolla söz konusu rakiplerin rekabet edebilme imkânı ya da güdüsünün azaltılması olarak ifade edilmiştir. Birleşen teşebbüslerin ve muhtemelen bazı rakiplerinin işlem sonrasında fiyatlarını kârlı bir şekilde yükseltebilme imkânı elde etmeleri durumunda pazarı kapamanın etkilerinin rekabeti engelleyici nitelikte olacağı kabul edilmektedir.

- (22) Bu kapsamda TBM/kalkan makinesi pazarında güçlü rakiplerin varlığı ve diğer tedarikçilere geçmenin kolaylığı göz önüne alındığında herhangi bir pazar kapama (girdi veya müşteri kısıtı) endişesinin olmayacağı; her ne kadar OG'nin Türkiye'de faaliyet göstermeyeceği ifade edilse de OG'nin faaliyetlerini Türkiye'ye genişletmesi varsayımında dahi JIM Technology Corporation, Herrenknecht Lovsuns, CRCHI ve NHI gibi güçlü küresel rakiplerin küresel çapta ve Türkiye'de TBM/kalkan makineleri pazarında rekabet etmeye devam edecek olması sebebiyle söz konusu işlemin Türkiye'de herhangi bir rekabetçi endişeye yol açmayacağı değerlendirilmiştir.
- (23) Tarafların faaliyetleri arasındaki dikey ilişkiye bakıldığında ise KAWASAKI'nin TBM/kalkan makinesi parçası olarak kullanılan motor, pompa ve kapakçıklar dâhil olmak üzere hidrolik makineler alanında faaliyet gösterdiği dolayısıyla, küresel ölçekte KAWASAKI ve HITACHI'nin faaliyetleri arasında dikey bir örtüşme bulunduğu ancak, KAWASAKI'nin temel olarak sadece Japonya'da ve küçük ölçekte Çin'de faaliyet yürüttüğü ayrıca tarafların düşük küresel pazar payları, müşterilerin küresel düzeyde TBM/kalkan makinesi pazarında faaliyet gösteren birden fazla rakip tedarikçi arasında geçiş yapabilme kabiliyeti ve pazarda çok sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği göz önüne alındığında işlemin taraflar arasında rekabete aykırı herhangi bir koordinasyona yol açmayacağı ve küresel anlamda da herhangi bir yoğunlaşma riskinin bulunmayacağı değerlendirilmiştir.
- (24) Yapılan tespit ve değerlendirmeler doğrultusunda, bildirim konu işlem sonucunda 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesi kapsamında etkin rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmayacağı kanaatine varılmıştır.

H. SONUÇ

- (25) 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 etkin rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmaması nedeniyle işleme izin verilmesine, gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.