

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2007-2-34 (Devralma)
Karar Sayısı : 07-39/416-163
Karar Tarihi : 9.5.2007

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

10 Başkan : Mustafa PARLAK
Üyeler : Tuncay SONGÖR, Prof.Dr.Zühtü AYTAÇ,
Prof.Dr.Nurettin KALDIRIMCI, Süreyya ÇAKIN, Mehmet Akif ERSİN.

B. RAPORTÖRLER: Ekrem KALKAN, Evrim Özgül KAZAK

C. BİLDİRİMDE

20 **BULUNAN** : - Sonera Holding B.V.
Temsilcisi: Av. Ender ÖZEKE
Süleyman Seba Cad. Sıraevler 55-57 Akaretler 34357-İstanbul

D. TARAFLAR

: - Sonera Holding B.V.
Rodezand 34k, 3011 AN, Rotterdam-HOLLANDA
- Çukurova Holding A.Ş.
Büyükdere Cad. Yapı Kredi Plaza A Blok, Kat 15 1,
Levent, 34330-İstanbul

30 **E. DOSYA KONUSU:** Turkcell Holding A.Ş.'nin %52,91 oranındaki hisselerinin Sonera Holding B.V. tarafından devralınmasına ilişkin başvuruya izin verilmesi talebi.

40 **F. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 6.3.2007 tarih ve 1918 sayı ile intikal eden bildirim incelenmesi sonucunda dosyada eksikliği tespit edilen bazı bilgi ve belgeler 4.4.2007 tarih, 2514 sayı ve 16.4.2007 tarih, 2736 sayı ile Kuruma intikal etmiştir. Ayrıca, 7.3.2007 tarih, 864 sayılı yazı ile konu hakkındaki Telekomünikasyon Kurumu'nun görüşü talep edilmiş ancak ilgili cevap yazısı Kuruma ulaşmamıştır. Bunun üzerine 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in ilgili hükümleri uyarınca hazırlanan 27.4.2007 tarih ve 2007-2-34/ BN-07-EK sayılı Bilgi Notu 4.5.2007 tarih ve REK.0.06.00.00-110/143 sayılı Başkanlık önergesi ile 07-39 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

50 **G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:** İlgili Bilgi Notu'nda, söz konusu devralma işleminin mevcudiyetini ortaya koyabilecek hukuki araçların eksikliği karşısında, halihazırda değerlendirmeye konu bir devralma işlemi bulunmadığı ve bu sebeple başvurunun reddedilmesi gerektiği, "işlemin bir devralma olarak kabul edilmemesi halinde başvurunun menfi tespit/muafiyet talebi olarak değerlendirilmesi" ve "işlemin gelecekte tamamlanması ihtimaliyle bugünden bir güvence sağlanmasını teminen Kurulca bir değerlendirme yapılması" talepleri hakkında ise, ortada bir anlaşma ya da işlemin bulunmadığı, dolayısıyla bu yönde menfi tespit/muafiyet açısından bir değerlendirme yapılmasının yerinde olmadığı ifade edilmiştir.

H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. Tespitler

Başvuru dosyası ekinde; konuya ilişkin olarak hazırlanan bildirim formu, Sonera Holding B.V. (Sonera) ile Çukurova Holding A.Ş. (Çukurova) arasındaki “Hisse Alım Anlaşması”nın 19.4.2005 tarihli imzasız taslak metni, Turkcell Holding Hissedarlar Anlaşması ve Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Heyeti’nin konuyla ilgili kısmi kararı (Tahkim Kararı) yer almaktadır.

60 GSM hizmetleri piyasasında Turkcell markası ile faaliyet gösteren Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.’nin (Turkcell İletişim) %51 oranındaki hissesi Turkcell Holding A.Ş. (Turkcell Holding) adına kayıtlı bulunmaktadır. Yapılan inceleme sonucunda Turkcell İletişim üzerindeki kontrol hak ve yetkisinin Turkcell Holding’de olduğu tespit edilmiştir.

70 Turkcell Holding’in hisseleri ise Mart 2005 tarihinde %47,03 oranında Sonera’nın ve %52,91 oranında Çukurova’nın elinde bulunmakta iken bu tarihlerde Sonera ile Çukurova arasında Çukurova’nın elindeki %52,91 oranındaki hisselerin Sonera’ya devredilmesi konusunda görüşmeler, yazışmalar ve ön anlaşmalar gerçekleştirilmiş ancak nihai olarak hisse alım sözleşmesi imzalanmamış ve söz konusu hisseler Sonera’ya devredilmemiştir. Daha sonra Çukurova’nın elinde bulunan %52,91 oranındaki Turkcell Holding hisseleri Rusya kökenli Alfa Telecoms Holding ile ortak kontrol ettikleri Cukurova Telecom Holdings Ltd.’ye devredilmiştir. Bu hisse devrine Rekabet Kurulu’nun 8.9.2005 tarih ve 05-55/831-224 sayılı kararı ile izin verilmiştir. Mevcut durumda Turkcell Holding’in ortaklık yapısı aşağıdaki gibidir:

Tablo 1 : Turkcell Holding’in ortaklık yapısı

Hissedarlar	Hisse Oranı %
Sonera Holding B.V.	47.09
Cukurova Telecom Holdings Ltd.	52,91
Diğer Ortaklar	Yaklaşık 0.00
Toplam	100

Hisselerin Cukurova Telecoms Holding’e devredilmesi üzerine Sonera tarafından Çukurova aleyhine Cenevre’de Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Heyeti önünde bir dava açılmıştır. Tahkim Heyeti’nin “Kısmi Kararı” 15.1.2007 tarihinde açıklanmıştır. “Kısmi Karar”ın hüküm bölümünün tercümesi aşağıdaki gibidir:

“ ...

80 2. Nihai Hisse Alım Sözleşmesi, 19 Nisan 2005 tarihinde Davalılara sunulan şekliyle Davacı [Sonera] ve ilk Davalı [Çukurova] arasında 9 Mayıs 2005 tarihinde geçerli olarak akdedilmiştir;

3. İlk Davalı, iyi niyet çerçevesinde Davacı ile işbirliği içerisinde Nihai Hisse Alım Sözleşmesi’nde belirtilen kapanışı gerçekleştirmekle yükümlüdür;

4. Tahkim Heyeti’nin yetkisi tarafların Nihai Hisse Alım Sözleşmesi’nde belirtilen kapanışı gerçekleştirmek yönündeki çabalarının sonuçlarını Tahkim Heyeti’ne sunmalarına ve bunun sonrasında Tahkim Heyetine sunulacak taleplerin çözümüne kadar sürecektir,

90 5. Hisse Satım Sözleşmesi’nin akdedilmesi İlk Davalı’yı Nihai Hisse Satım Sözleşmesi’ni imzalamamasından ve kapanış işlemlerini yerine getirmemiş olmasından dolayı doğmuş olabilecek sorumluluktan kurtarmaz ...”

Bu tahkim kararına ek olarak Turkcell Holding A.Ş. Hissedarlık Sözleşmesi hükümlerinin ihlal edildiği iddiası ile yine Sonera tarafından Çukurova aleyhine olmak üzere Viyana'da görülmekte olan bir başka tahkim yargılaması başlatılmıştır. Bu süreç devam etmektedir.

100 Sonera tarafından Kuruma -Çukurova'nın iradesi dışında- yapılan izin başvurusunda, yukarıda yer verilen Tahkim Kararı ve bu Karar'da taraflarca imzalanmamasına rağmen geçerli bir hisse alım anlaşmasının yerine geçebileceği belirtilen "19 Nisan 2005 tarihli Hisse Alım Sözleşmesi Taslağı" devir işleminin gerçekleşeceğine ilişkin ispat vasıtaları ve dayanaklar olarak yer almaktadır.

Bildirim dosyasının incelenmesi neticesinde bildirim Sonera tarafından tek taraflı olarak yapıldığı, Çukurova tarafının söz konusu bildirimde iştirak etmediği, bildirim hazırlamak ve Kuruma iletmek üzere Sonera'ya yetki vermediği anlaşılmıştır. Konuyla ilgili olarak Çukurova'dan Kurumumuza gönderilen yazılı açıklamada;

- 110 - "%52,91 oranındaki Turkcell Holding hisselerinin tamamına yakının güncel olarak Cukurova Telecom Holdings'in elinde bulunduğu, (bir başka deyişle Çukurova Holding'in elinde bulunmadığı),
- Çukurova aleyhine Cenevre'de ve Viyana'da başlatılan tahkim süreçlerinin halen devam ettiği,
- Söz konusu hisselerin Turkcell Holding pay defterine Cukurova Telecom Holding lehine kaydedilmesi işlemi konu eden ve İstanbul 2. Asliye Ticaret Mahkemesi'nde yürütülen davanın tüm yasal süreçlerden geçerek henüz kesinleşmediği,
- Söz konusu hisselerin Sonera'ya devredilmesi konusunda 2005 yılında yürütülen görüşme ve çalışmalar sonucunda herhangi bir nihai satış sözleşmesinin Sonera tarafından imzalanmadığı,
- 120 - bulunulan aşamada söz konusu hisselerin Sonera'ya devri konusunda bir iradenin oluşmadığı, bu konudaki bir irade oluşumunun yukarıda yer verilen yargı süreçlerinin tamamlanmasından sonra değerlendirilebileceği"

ifade edilmektedir.

H.2. Devralma İşleminin Mevcudiyeti Açısından Değerlendirme

Bir "devralma" işlemi 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesinde; "Herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları devralması veya kontrol etmesi" olarak tanımlanmaktadır.

130 Aynı Tebliğ'de "kontrol kavramı" ise; "Bu Tebliğ bakımından kontrol, ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde **belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan haklar**, sözleşmeler veya başka araçlarla ve özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tamamı veya bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkıyla veya bir teşebbüsün organlarının oluşumunda veya kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmelerle meydana getirilebilir.

Kontrol hak sahipleri ya da bir sözleşmeye göre hakları kullanmaya yetkili kılınmış olan veya böyle bir hak ve yetkisi olmamakla birlikte fiilen bu hakları kullanma gücüne

140 *sahip olan kişiler veya teşebbüsler tarafından elde edilmiş kabul edilir.” şeklinde ifade edilmektedir.*

Dolayısıyla 4054 sayılı Kanun ve 1997/1 sayılı Tebliğ anlamında bir devralma işleminin söz konusu olup olmadığının tespit edilmesi için devralmaya konu olan teşebbüsün yönetiminde hak sahibi olma yetkisi veren araçların alıcı tarafından devralınacağını veya kontrol edileceğini gösteren dayanak ve ispat vasıtalarının mevcut olması gerekmektedir.

150 Dosya konusu olayda %52,91 oranındaki Turkcell Holding hisselerinin Çukurova’dan Sonera’ya devri hususunda 19.4.2005 tarihli “Nihai Hisse Alım Sözleşmesi Taslağının” taraflarca imzalanmadığı anlaşılmıştır. Ayrıca, Çukurova tarafından Kurumumuza anılan sözleşmeyi imzalamaya ya da anılan hisse devrini fiilen gerçekleştirilmeye yönelik güncel ve somut girişimler sunulmamıştır.

Milletlerarası Tahkim Heyeti’nin Kısmi Kararı’nın sadece dava taraflarını bağlayacak nitelikte olduğu ve Rekabet Kurumu’nun konuyla ilgili bir işlem tesis edebilmesini sağlamaya yeterli bir hüküm olarak kabul edilemeyeceği sonucuna varılmıştır.

Ayrıca devralınacağı ifade edilen hisselerin güncel olarak Cukurova Telecom Holding adlı teşebbüsün elinde bulunduğu da göz önüne alındığında, devir işlemlerinin Sonera lehine gerçekleşmesi yönünde Sonera, Çukurova ve Alfa arasındaki mali ve hukuki süreçlerin belirsizliğini koruduğu görülmektedir.

160 Sonuç olarak 1997/1 sayılı Tebliğ’in 2. maddesi anlamında Turkcell Holding’in yönetiminde hak sahibi olma yetkisi veren araçların Sonera tarafından devralınmasını sağlamaya yönelik işlem ve uygulamaların ortada olmadığı gerekçesiyle dosya konusu olayda 4054 sayılı Kanun ve 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında bir işlem tesis edilebilecek bir “devralma işleminin” bulunmadığı ve bu sebeple başvurunun reddedilmesi gerektiği kanaatine ulaşılmıştır.

H.3. Menfi Tespit- Muafiyet Talebinin Değerlendirilmesi

Bildirim formunun 6.1. no’lu maddesinde, “*bildirime konu olan birleşme veya devralmaya Kurul’un izin vermemesi halinde bildirim menfi tespit veya muafiyet talebi olarak değerlendirilmesi*” talep edilmektedir.

170 Ayrıca Sonera vekilinin 4.4.2007 tarihli dilekçesinde teşebbüslerin planladıkları bir devralmanın gelecekte tamamlanması halinde Kanun kapsamında herhangi bir sakınca doğmayacağını güvencesini alabilmek için Kurul’a başvuru yapabilecekleri ileri sürülerek konuyla ilgili menfi tespit talebinin bu çerçevede de değerlendirilmesi talep edilmektedir.

4054 sayılı Kanun’un “Menfi Tespit” başlıklı 8. maddesinin gerekçesinde, “*Teşebbüsler ve teşebbüs birlikleri yaptıkları anlaşma, karar, uyumlu eylem veya yoğunlaşmaların yasal belirliliğini ve güvenliğini sağlamak amacıyla Rekabet Kuruluna başvurarak yaptıkları işlemlerin rekabet kurallarına aykırılık teşkil etmediğine dair bir belgenin kendilerine verilmesini isteyebilmelidir. Bu, ticari hayatın belirsizlikten kurtulması açısından bir zorunluluktur.*” ifadelerine yer verilmektedir.

180 Yine Kanun’un “Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar” başlıklı 4. maddesinin gerekçesinde “anlaşma” kavramı, tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma veya uyuşma olarak tanımlanmaktadır.

Yukarıda yer verilen değerlendirmelere paralel olarak, bildirim içeriğinde tarafların iradelerinin uyuşması sonucu oluşmuş bir anlaşmanın ortada olmadığı görülmektedir. 8. madde gerekçesinin lafzından da anlaşıldığı üzere, bir konuda menfi tespit-

muafiyet değerlendirmesi yapılabilmesi için öncelikle taraflarca yapılan bir anlaşmanın ya da irade uyuşmasının mevcut olması gerekmektedir. Bu doğrultuda dosya içeriğinde üzerinde menfi tespit-muafiyet değerlendirmesi yapılacak bir anlaşma bulunmadığı kanaatine varılmıştır.

190 **I. SONUÇ**

Düzenlenen bilgi notu ve incelenen dosya kapsamına göre;

1. Başvuru konusuna yönelik hali hazırda değerlendirmeye konu bir devralma işlemi bulunmadığından başvurunun reddine,
2. "İşlemin bir devralma olarak kabul edilmemesi halinde menfi tespit/muafiyet talebi olarak değerlendirilmesi" ve "işlemin gelecekte tamamlanması ihtimaliyle bugünden bir güvence sağlanmasını teminen Kurulca bir değerlendirme yapılması" taleplerine ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun kapsamında bir anlaşma bulunmadığından, menfi tespit/muafiyet açısından herhangi bir değerlendirme yapılamayacağına

200

OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.