

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2010-2-222 (Devralma)
Karar Sayısı : 10-65/1388-514
Karar Tarihi : 14.10.2010

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

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

B. RAPORTÖRLER : Dr. Ekrem KALKAN, Evrim Özgül KAZAK

C. BİLDİRİMDE BULUNAN :- AirTies Kablosuz İletişim Sanayi ve Dış Ticaret A.Ş.
Temsilcisi: Av. Emel Esra CİNER
Atom Sok.No:18 King Plaza Kat:3 Esentepe 34394 İstanbul

20 **D. TARAFLAR** : - Finvus S.C.A.
40, Boulevard Joseph II L-1840 LÜKSEMBURG

- Bülent Mesut ÇELEBİ
Ortaköy Mah. Portakal Yokuşu Cad. No:55/A Beşiktaş-İstanbul

- AirTies Kablosuz İletişim Sanayi ve Dış Ticaret A.Ş. Grup A ve Grup C Hissedarları
Gülbahar Mah. Avni Diligil Sok. No.5 Çelik İş Merkezi Mecidiyeköy-İstanbul

30 **E. DOSYA KONUSU:** AirTies Kablosuz İletişim Sanayi ve Dış Ticaret A.Ş. hisselerinin bir kısmının sermaye artırım ve hisse devri yoluyla Finvus S.C.A tarafından devralınması işlemine izin verilmesi talebi.

40 **F. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 20.9.2010 tarih, 7275 sayı ile intikal eden ve eksiklikleri en son 6.10.2010 tarih ve 7705 sayı ile tamamlanan bildirim üzerine, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in ilgili hükümleri çerçevesinde yapılan değerlendirme sonucunda düzenlenen 07.10.2010 tarih ve 2010-2-222/Öİ-10-319.EK sayılı Devralma Ön İnceleme Raporu, 11.10.2010 tarih ve REK.0.06.00.00-120/493 sayılı Başkanlık Önergesi ile 10-65 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili Rapor'da; bildirim konusu devralma işleminin 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında olduğu, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesi anlamında, bir hâkim durum yaratmaya veya mevcut bir hâkim

durumu güçlendirmeye yönelik olarak rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucu doğurmayacağı, işleme izin verilmesinde bir sakınca bulunmadığı ifade edilmiştir.

H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

50 H.1. İşlemin Konusu

Başvuru konusu devralma işlemiyle Finvus S.C.A (Finvus), AirTies Kablosuz İletişim Sanayi ve Dış Ticaret A.Ş. (AirTies) hisselerinin bir kısmını sermaye artırımını ve hisse devri yoluyla satın almayı amaçlamaktadır. Şirketin devir işlemi öncesinde ve sonrasında B Grubu hissedarı sadece B Grubu imtiyazlı hisse sahibi olan Bülent Mesut Çelebi'dir. Devralma işlemi Finvus, Diğer Grup D Hissedarları, Bülent Mesut Çelebi ve AirTies Grup A ve Grup C Hissedarları arasında 4.9.2010 tarihinde imzalanan Hissedarlar Sözleşmesi ve Hisse İştirak Taahhüdü çerçevesinde gerçekleşmektedir. Buna göre Finvus kapanış tarihi itibarıyla yapılacak sermaye artırımını yoluyla çıkarılacak D Grubu imtiyazlı hisseler ve E Grubu hisseleri taahhüt etmek suretiyle AirTies'in artırılacak sermayesinin %27,0270'ini iktisap edecektir.

H.2. Taraflar

H.2.1. AirTies

Dosya mevcudu bilgilere göre Airties aşağıda listelenmiş olan ürünlerin geliştirilmesi ve üretimi alanında faaliyet göstermektedir:

- Kablosuz DSL modem/ağ geçitleri, erişim noktası/ "router", "mesh" noktası, disk ve yazıcı sunucuları, USB adaptörler, dış ortam erişim noktaları ve antenlerden oluşan kablosuz ürünler,
- Kablolulu ve kablosuz modemler ile SHDSL modemlerden oluşan "DSL Modemler",
- 70 - Kablosuz USB adaptörler, "switch"ler ve antenlerden oluşan aksesuarlar,
- Voip ağ geçitleri,
- IPTV ürünlerden, IPTV destekli ağ geçitleri (router) ve multimedya ürünlerden oluşan "IPTV ve Çoklu Medya Ürünleri"

IPTV ürünleri geniş bant şebeke üzerinden televizyon yayını gerçekleştirilmesini sağlayan cihazlardır. Mevcut durumda bu ürünlerin henüz pazara sunulmadığı bilinmekle birlikte yakın zamanda sunulacağı bilgisine ulaşılmıştır.

H.2.2. Finvus

80 Finvus'un ana faaliyeti, hisse satın alınması, ortaklık kurulması ve devralmalar kanalıyla çeşitli sektörlerde faaliyet gösteren şirketlere yatırım yapılmasıdır. Bildirim formunda yer verilen bilgilere göre, Finvus'un veya Finvus'un herhangi bir bağlı ortaklığı veya iştirakinin Türkiye'de Airties ile aynı pazarda faaliyet gösteren bir teşebbüste tek başına veya ortak olarak bir kontrolü bulunmamaktadır.

H.3. İlgili Pazar

Mevcut dosya özelinde, Alıcı'nın devir konusu işlem öncesinde ilgili ürün pazarında faaliyetinin olmaması nedeniyle yapılabilecek herhangi bir ilgili ürün veya coğrafi pazar tanımının işbu başvuru değerlendirmesini etkilemeyeceği görülmektedir. Bu nedenle işbu dosya bakımından ilgili pazarların ayrıntılı biçimde tanımlanmasına gerek bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

90 **H.4. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme**

H.4.1. 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. Maddesi Açısından Yapılan Değerlendirme

1997/1 sayılı Tebliğ'in "Birleşme ve Devralma Sayılan Haller" başlıklı 2. maddesinin (b) bendine göre; *"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"* 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi çerçevesinde teşebbüsler arası birleşme ve devralma olarak kabul edilmektedir. Bir hisse devir işleminin rekabet hukuku anlamında birleşme/devralma olup olmadığının tespiti, söz konusu devir işlemi ile birlikte alıcının devre konu teşebbüsün kontrolü ile ilgili hakları elde edip etmediğine göre belirlenmektedir.

Devir işlemi öncesinde, AirTies'in idaresi ve işleri en az yedi üyeden oluşan bir Yönetim Kurulu tarafından yürütülmektedir. Yönetim Kurulu başkanı Bülent Mesut Çelebi de dâhil olmak üzere Yönetim Kurulu üyelerinin üçü B Grubu hissedarlar tarafından aday gösterilerek seçilmektedir. İki yönetim kurulu üyesi şirketin yönetim kurulu başkanı tarafından aday gösterilerek A Grubu hissedarların salt çoğunluğu ile seçilmektedir. Diğer iki yönetim kurulu üyesi ise şirket genel müdürü tarafından aday gösterilerek C Grubu hissedarların salt çoğunluğu ile seçilmektedir. Yönetim Kurulu kararları toplantıda en az beş üyenin hazır olması şartıyla mevcut üyelerin salt çoğunluğu ile karar alabilmektedir.

110 Bu çerçevede, Yönetim Kurulu'nun oluşumu ve karar nisabı dikkate alındığında, hissedarlardan hiçbirinin tek başına kontrol yetkisinin bulunmadığı görülmektedir. Diğer bir ifade ile Yönetim Kurulu kararları alınırken her bir karar için hissedarlar arasında değişik ittifakların oluşması mümkündür. Bu durum, şirketin yönetimiyle ilgili kararlarda karar nisabı olan salt çoğunluğa sadece "değişen ittifaklar"la ulaşılabileceğini göstermektedir.

Devir işlemi sonrasında ise, şirket yedi üyeden oluşan bir Yönetim Kurulu tarafından yönetilecektir. Yönetim Kurulu üyelerinden üçü Yönetim Kurulu başkanı olarak Bülent Mesut Çelebi dâhil B Grubu hissedarlar tarafından aday gösterilerek atanacaktır. Yönetim Kurulu'nun iki üyesi D Grubu hissedarları tarafından aday gösterilecek ve atanacaktır. Kurulun diğer iki üyesi ise şirketin CEO'su tarafından aday gösterilecek ve bunlardan biri A Grubu hissedarların diğeri ise C Grubu hissedarların salt çoğunluğu ile atanacaktır. Hissedarların A, B, C ve D Grubu hissedarları tarafından belirlenmiş Yönetim Kurulu üyelerinin seçiminde veto hakkı bulunmamaktadır.

120 Yönetim Kurulu nisabı, nitelikli çoğunluk Kurul kararlarına ilişkin toplantı nisabı saklı kalmak kaydıyla, B Grubu hissedarlar ile D Grubu hissedarların en az bir üye ile temsil edilmeleri şartıyla en az beş üyenin katılımıyla gerçekleşecektir. Karar nisabı ise toplantıda hazır bulunan üyelerin salt çoğunluğudur. Bu itibarla, yönetim kurulu kararlarının herhangi bir grubun hissedarları tarafından tek taraflı olarak alınamayacağı görülmektedir.

130 Bununla birlikte, Hissedarlar Sözleşmesi'nin 5.1.11. maddesinde düzenlenen "Nitelikli Çoğunluk Kararları"nda her halükarda Yönetim Kurulu başkanı Bülent Mesut Çelebi ve Finvus tarafından temsil edilen D Grubu Yönetim Kurulu üyelerinin katılımı ve olumlu oylarının alınması gerekmektedir. Nitelikli çoğunluk kararı gerektiren söz konusu işlemler arasında:

- 140
- Kurumsal finansal ve yıllık işletme planının onaylanması (Plan),
 - Planın yürütülmesinde ve Planın işleyişinde şirkete destek olmak ve stratejik tavsiyelerde bulunma,
 - Herhangi bir genel kurul toplantısı gündeminde kurumsal kararların onaylanması,
 - Finansal sonuçların denetlenmesi için bir denetleme komitesinin atanması,
 - Herhangi bir diğer kurumun hisselerinin veya malvarlıklarının devranılması,
 - 1.000.000 TL değerini aşan herhangi bir borç verilmesi veya borç senedinin alınması, şirket tarafından 1.000.000 TL değerini aşan borçlanma

işlemleri yer almaktadır.

150 Buna ek olarak, Hissedarlar Sözleşmesi'nin 5.2. maddesine göre Genel Kurul toplantı nisabı Finvus ve B Grubu hissedarlarının her zaman mevcut bulunması şartıyla mevcut hissedarların şirketin en az %60'ını temsil etmesi ile sağlanacaktır. Birtakım konuların Genel Kurul toplantısında karara bağlanması ise her durumda Finvus ve B Grubu hissedarların olumlu oy kullanmasını gerektirmektedir. Hissedarlar Sözleşmesi'nin 5.2.2. maddesinde düzenlenen söz konusu "Nitelikli Çoğunluk Genel Kurul Kararları" arasında:

- Şirketin Ana Sözleşmesinin tadili,
- Şirketin tasfiyesi, devranılması, birleşmesi, listelemesi,
- Şirket faaliyetlerinde değişiklik,
- Yönetim Kurulundaki değişiklikler,
- Denetçilerin atanması ve değiştirilmesi,
- Hissedarlara ya da şirketin yönetim kurulu üyelerine temettü dağıtılması veya herhangi bir nitelikte dağıtımın yapılması

160 yer almaktadır.

1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesinde kontrol kavramı ile ilgili olarak "...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" ifadelerine yer verilmektedir. Bu bağlamda yukarıda yer verilen nitelikli çoğunluk kararlarının AirTies üzerinde Bülent Mesut Çelebi ve Finvus arasında ortak kontrol yaratıp yaratmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

170 Azınlık hisse sahiplerine tanınan veto hakları ancak söz konusu haklar teşebbüsün stratejik ticari davranışlarına etki edebilme gücü sağlayabildiği ölçüde ortak kontrolün varlığına işaret etmektedir. Söz konusu hakların varlığının tespiti ise özellikle azınlık hisse sahibinin teşebbüsün yönetiminin atanması, bütçesinin ve iş planının oluşturulması ile yatırım kararları üzerindeki yetkisinin mevcudiyeti ile değerlendirilmektedir.

- 180 Hissedarlar Sözleşmesi incelendiğinde, şirketin kurumsal finansal ve yıllık faaliyet planının onaylanması, kurumsal finansal ve yıllık faaliyet planında yer almayan ve 1.000.000 TL'yi aşan tüm finansal işlemler gibi konularda karar alınabilmesi için Bülent Mesut Çelebi ile Finvus'a tahsis edilmiş D grubuna dahil iki üyenin katılımı ve olumlu oyları gerekmektedir. Yedi kişilik yönetim kurulunda karar nisabının dört olduğu düşünüldüğünde, Bülent Mesut Çelebi ile 2 D grubu üyesinin ortak hareket etmeleri halinde bile karar nisabını sağlayamadıkları anlaşılmaktadır. Ancak diğer yandan, Bülent Mesut Çelebi'nin de içinde bulunduğu B grubuna diğer iki üyenin de yüksek ihtimalle Bülent Mesut Çelebi ile ortak hareket edeceği düşünülmektedir. Bu durumda nitelikli kararlar için karar nisabının B ve D grubuna dahil üyelerce sürekli biçimde sağlanabileceği, dolayısıyla devir işlemi sonrasında şirketin B ve D grubu hissedarlar tarafından ortak kontrol edileceği sonucuna ulaşılmıştır.
- 190 Tüm bu bilgiler ışığında, ilgili devralma işleminin, AirTies'in kontrolünde değişiklik yaratması nedeniyle 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesinin (b) bendi kapsamında ortak kontrol tesis eden bir devralma işlemi olduğu kanaatine varılmıştır.

H.4.2. İşlemin 1997/1 sayılı Tebliğ Kapsamında Bildirime Tabi Olması

- 200 1997/1 sayılı Tebliğ'in 1998/2 sayılı Tebliğ ile değişik 4. maddesinde ; *"Bu Tebliğin 2. maddesinde belirtilen bir birleşme veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin, ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasında, toplam pazar paylarının, piyasanın %25'ini aşması halinde veya bu oranı aşmasa bile toplam cirolarının yirmi beş trilyon Türk Lirası'nı [yirmibeş milyon Türk Lirası] aşması halinde Rekabet Kurulu'ndan izin almaları zorunludur."* ifadeleri yer almaktadır. Bildirim formunda yer verilen bilgilere göre devre konu AirTies 2009 yılında Türkiye'de (.....) TL ciro elde etmiştir. İşbu dosya bakımından sonucu etkilememesi sebebiyle ilgili pazarların ayrıntılı biçimde tanımlanmasına ihtiyaç duyulmamaktadır. Diğer yandan, tanımlanabilecek olası ilgili pazarlar bakımından şirketin ilgili cirosunun Tebliğ'in 4. maddesinde belirtilen eşiği aşabileceği ve bu nedenle söz konusu işlemin Rekabet Kurulu'nun iznine tabi bir işlem olduğu sonucuna varılmıştır.

210 H.4.3. İşlemin 4054 sayılı Kanun'un 7. Maddesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi

- 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi uyarınca *"Bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır."*

- 220 Bu maddeye dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ'in 6. maddesinde *"...hakim durum yaratmayan veya bir hakim durumu güçlendirmeyen ve bunun sonucu olarak ülkede veya bir bölümünde etkin rekabeti önemli ölçüde engellemeyen birleşme veya devralmalara izin verilir..."* ifadeleri yer almaktadır. Buna göre, izin verilmesi talebinde bulunan devralma işleminin ilgili pazarda hâkim durum yaratıp yaratmayacağı veya hâkim durumu daha da güçlendirip güçlendirmeyeceğinin incelenmesi gerekmektedir.

230 Dosya mevcudu bilgilere göre Finvus'un, AirTies'in faaliyet alanı olan elektronik cihazları birbirine ve internete kablosuz olarak bağlayan ürünlerin geliştirilmesi ve üretilmesi alanında bizzat veya herhangi bir iştiraki aracılığıyla faaliyeti ve ciro su bulunmamaktadır. Bu nedenle dosya konusu devralma işlemiyle AirTies'in mevcut pazar payı değişmeyecek, yalnızca AirTies üzerindeki kontrol değişikliğe uğrayacaktır. Bu bakımdan, başvuru konusu devralma işleminin, ilgili pazarda bir hâkim durum yaratması veya mevcut bir hâkim durumu güçlendirmesinin ve böylece ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

H.4.4. Rekabet Etmeme Yükümlülüğü Bakımından Yapılan Değerlendirme

240 Hissedarlar Sözleşmesi'nin 9. maddesinde rekabet etmeme yükümlülüğü düzenlenmekte ve "*B Grubu hissedarı ve Metin İsmail Taşkın hangi kapasite altında olursa olsun, doğrudan veya dolaylı olarak şirket ile rekabet edemez veya diğer bir şekilde Türkiye'de veya Türkiye dışında herhangi bir yerde, kablosuz ağ geliştirme ve VoIP ve IPTV ürünlerinin tesis edilmesi faaliyetlerini kapsayan, Şirketin faaliyetleri ile benzer veya aynı faaliyetlerde bulunan herhangi bir kuruluş ile faaliyette bulunamaz ya da böyle bir kuruluşta hisse sahibi olamaz. Bu madde 9, bu sözleşmenin sonlandırılmasından ve herhangi bir zamanda Grup B hissedarları ve/veya Metin İsmail Taşkın tarafından şirket hisselerinin herhangi bir şekilde şirket hisselerinin satılmasını takiben 2 yıl boyunca geçerliliğini korumaya devam edecektir.*" hükmünü

250 öngörmektedir.

Bilindiği gibi rekabet yasakları, alıcıların yaptıkları yatırımların karşılıklarını tam olarak almalarının bir aracı olarak görülmektedir. Genel olarak rekabet yasaklarının yan sınırlama olarak değerlendirilebilmesi için "yoğunlaşma ile doğrudan ilgili ve gerekli olma", "sadece taraflar açısından kısıtlayıcı olma" ve "orantılılık" kriterlerini sağlaması gerekmektedir. Bildirim formunda yer verilen bilgilere göre B Grubu hissedarı Bülent Mesut Çelebi'nin AirTies kurucusu ve CEO'su, C Grubu hissedarlarından Metin İsmail Taşkın'ın da AirTies kurucusu ve teknoloji direktörü olması ve bu nedenle AirTies'in en kıdemli yöneticileri ve uzun süredir işi yürüten ortakları olmaları, bu şahısların AirTies işine yönelik yoğun bir know-how'a sahip olmaları nedeniyle AirTies ile

260 rekabet etmemelerinin AirTies'in mevcut ve gelecekteki başarısı için gerekli görülmektedir.

Bu çerçevede bildirim konusu işlemde yer alan rekabet yasağının, yoğunlaşma işlemi ile doğrudan ilgili olduğu, devir tarihinden itibaren AirTies'in faaliyet alanı ile sınırlı olduğu ve sadece satıcılara getirildiği, üçüncü kişilerin ticari faaliyetlerini sınırlayıcı bir yönü bulunmadığı görülmektedir. Orantılılık kriterine süre yönünden bakıldığında da, bildirim konusu devralma işlemi bakımından 2 yıllık rekabet yasağı süresinin makul olduğu kanaatine ulaşılmıştır.

I. SONUÇ

270 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 hakim durum yaratılmasının veya mevcut hakim durumun

10-65/1388-514

güçlendirilmesinin ve böylece rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmaması nedeniyle işleme izin verilmesine OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.