

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2008-2-151 (Soruşturma)
Karar Sayısı : 09-60/1490-379
Karar Tarihi : 23.12.2009

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

10

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI (Başkan V.)
Üyeler : Mehmet Akif ERSİN, Doç. Dr. Mustafa ATEŞ, Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY, Murat ÇETİNKAYA, Reşit GÜRPINAR

B. RAPORTÖRLER : Adnan AKGÜN, Ümit Nevruz ÖZDEMİR, Sinan ÇÖRÜŞ

C. ŞİKAYET EDEN : - Avea İletişim Hizmetleri A.Ş.
Temsilcisi:Av. Cem AKOYMAK
Abdi İpekçi Cad. No:75 34367 Maçka/İstanbul

20

D. HAKKINDA SORUŞTURMA YAPILANLAR:

- Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.
Temsilcisi: Dr. Metin KANMAZ
Rekabet Danışmanlık Merkezi Ltd. Şti.
Barbaros Mah. Dereboyu Cad. Fesleğen Sokak Uphill
Court Sitesi A1-B Blok Kat: 6 Daire 36
34746 Ataşehir/İstanbul

30

E. DOSYA KONUSU: Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş'nin 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği iddiası.

F. İDDİALARIN ÖZETİ: Avea İletişim Hizmetleri A.Ş. (Avea) tarafından Turkcell'in kampanya düzenlediği firmalarla münhasırlık ilişkilerini sona erdirdiğini beyan etmesine rağmen, kendi kontörlerinin hediye edildiği kampanyalarda, münhasırlık ilişkisini devam ettirdiği, bu kapsamda Pepsi ve Garanti Bankası'nın mobil pazarlama ajansları aracılığıyla düzenlediği kampanyalar çerçevesinde kendileriyle yapılan görüşmelerin Turkcell'in münhasırlık yorumu üzerine sonlandırıldığı, bu durumun Rekabet Kurulu'nun 27.12.2007 tarih ve 07-92/1191-461 sayılı kararı uyarınca bir hukuka aykırılık teşkil ettiği iddia edilmiştir.

40

G. DOSYA EVRELERİ:

Kurum kayıtlarına 6.6.2008 tarihli ve 3548 sayı ile intikal eden başvuru üzerine düzenlenen 29.7.2008 tarih ve 2008-2-151/İİ-08-AA sayılı ilk inceleme raporu 14.8.2008 tarih ve 08-50 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek, 08-50/756-M sayılı karar ile Turkcell hakkında önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir. 26.9.2008 tarih ve 2008-2-151/ÖA-08-AA sayılı Önaraştırma Raporu 6.10.2008 tarih ve REK.0.06.00.00-110/311 sayılı Başkanlık Önergisi ile Rekabet Kurulu'na sunulmuş, Kurul'un 9.10.2008 tarih ve 08-57/915-M sayılı kararı ile Turkcell'in 4054 sayılı

Kanun'un 6. maddesini ihlal edip etmediğinin tespit edilmesi amacıyla soruşturma açılmasına karar verilmiştir.

50 Turkcell hakkında soruşturma açıldığına ve 4054 sayılı Kanun'un 43/2. maddesi uyarınca ilk yazılı savunmanın gönderilmesine dair bildirim, 22.10.2008 tarih ve 3812 sayılı yazı ile yapılmış, Turkcell tarafından gönderilen "Birinci Yazılı Savunma" ise 24.11.2008 tarih ve 7745 sayı ile Rekabet Kurumu kayıtlarına girmiştir.

Rekabet Kurulu'nun 5.3.2009 tarih ve 09-09/190-M sayılı kararıyla 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesinin 1. fıkrası uyarınca soruşturma süresi, bitiminden itibaren 3 ay uzatılmıştır.

5809 Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 7. maddesi ikinci fıkrasında yer alan

60 *"Rekabet Kurulu, telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak yapacağı inceleme ve tetkiklerde ve birleşme ve devralmalara ilişkin olarak vereceği kararlar da dahil olmak üzere telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak vereceği tüm kararlarda, öncelikle Kurum'un görüşünü ve Kurum'un yapmış olduğu genel düzenleyici işlemleri dikkate alır."*

hükmü uyarınca 27.10.2008 tarih ve 3858 sayılı ve 20.8.2009 tarih ve 3548 sayılı yazı ile Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK)'ndan görüş talep edilmiştir. Söz konusu görüşler 12.1.2009 tarih ve 291 sayı ve 16.9.2009 tarih ve 6711 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.

Soruşturma heyeti tarafından hazırlanan 9.7.2009 tarih ve SR/09-04 sayılı soruşturma raporu Turkcell'e ve Kurul üyelerine tebliğ edilmiştir.

70 Turkcell tarafından Kurum kayıtlarına 31.7.2009 tarih ve 5469 sayı ile intikal eden yazı aracılığıyla ikinci yazılı savunmanın sunulması için 30 günlük ek süre talep edilmiştir. Rekabet Kurulu'nun 6.8.2009 tarih ve 09-35/886-M sayılı kararıyla bu talep kabul edilmiş, Kurul Kararı Turkcell'e 11.8.2009 tarih ve 3319 sayılı yazı ile tebliğ edilmiştir.

Turkcell'in ikinci yazılı savunması 11.9.2009 tarih ve 6628 sayı ile Kurum kayıtlarına girmiş, raportörlerce hazırlanan "Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin İkinci Yazılı Savunmasına Karşı Ek Görüş" 30.9.2008 tarihinde Turkcell'e tebliğ edilmiştir. Turkcell'in üçüncü yazılı savunması 30.10.2009 tarih ve 7784 sayı ile Kurum kayıtlarına girmiştir.

80 Turkcell'in yazılı savunmalarında yer alan sözlü savunma toplantısı yapılması yönündeki talep, Rekabet Kurulu tarafından değerlendirilmiş, Kurul'un 11.11.2009 tarih ve 09-54/1287-M sayılı kararı uyarınca sözlü savunma toplantısının 22.12.2009 tarihinde yapılması kararlaştırılmıştır. Sözlü savunma toplantısı davetiyeleri, Kanun'un 46. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca ilgililere gönderilmiştir. Belirtilen tarihte yapılan sözlü savunma toplantısının ardından, Rekabet Kurulu tarafından, 23.12.2009 tarihinde 09-60/1480-379 sayılı nihai karar alınmış, söz konusu karar 30.12.2009 tarihinde teahhüt edilmiştir.

H. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:

İlgili Rapor'da

90 1. Turkcell'in, GSM hizmetleri ve mobil pazarlama hizmetleri pazarlarında hakim durumda bulunduğu,

2. Turkcell'in, ilgili pazarlardaki hakim durumunu,

- a. Kontör/dakika hediye edilen kampanyalara diğer operatörlerin katılımının reddedilmesi,
- b. Kontör/dakika hediye edilen kampanyalarda rakip GSM operatörlerin başta kontör/dakika olmak üzere GSM faydası hediye etmesinin engellenmesi,
- c. Turkcell tarafından kontör/dakika hediye edilecek kampanyalarda alıcı firmalara münhasır çalışılmaması durumunda mecra ve barem indirimlerinin uygulanmaması

100 yollarıyla fiili münhasırlık yaratmak suretiyle mobil pazarlama hizmetleri pazarında;

- d. "Turkcell'liler Kazanır" logosunun tanıtım görsellerinde kullanılması karşılığında indirim sağlanması

yoluyla GSM hizmetleri pazarında kötüye kullandığı, dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ikinci fıkrasının (a) ve (e) bentlerini ihlal ettiği,

3. Turkcell'in rapor kapsamında ihlal oluşturduğu tespit edilen uygulamalarla aynı sonucu doğuran ya da doğurabilecek niteliğe sahip uygulamalardan kaçınarak ihlale son vermesi gerektiğine yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde karar alınması ve bu kararın ilgili teşebbüse bildirilmesi gerektiği,

110 4. 2. maddede belirtilen 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesine aykırı uygulamaları nedeniyle, aynı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası ve Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik uyarınca Turkcell'e idari para cezası verilmesi gerektiği

sonuç ve kanaatine ulaşıldığı ifade edilmektedir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. Hakkında Soruşturma Yürütülen Taraf – Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.

120 5 Ekim 1993 tarihinde İstanbul'da kurulan Turkcell'in faaliyet konuları, T.C. Ulaştırma Bakanlığı ile imzalanmış bulunan GSM (Global System for Mobile Communications) Pan Avrupa Mobil Telefon Sistemi ihalesinde öngörülen iş ve hizmetler ile PTT Kanunu'na aykırı olmamak üzere, her türlü telefon, telekomünikasyon ve benzeri hizmetler olarak belirlenmiştir.

1993'te Türk Telekomünikasyon A.Ş. ile gelir paylaşımı sözleşmesi imzalayan Turkcell, 27 Nisan 1998'den itibaren T.C. Ulaştırma Bakanlığı ile imzaladığı 25 yıllık GSM lisans anlaşması çerçevesinde hizmet sunmaktadır.

Halka açık bir şirket olan Turkcell'in hisseleri İstanbul Menkul Kıymetler Borsası (İMKB) ve New York Stock Exchange'de (NYSE) işlem görmektedir. Şirketin mevcut ortaklık yapısı şu şekildedir;

Tablo 1: Turkcell Ortaklık Yapısı

Hissedar	Pay (%)
Turkcell Holding A.Ş.	51,00
M. V. Holding A.Ş.	2,32

T. Genel Sigorta A.Ş.	0,07
Çukurova Holding A.Ş.	0,05
Sonera Holding B.V.	13,07
Müflis Bilka Bilgi Kaynak ve İletişim San. ve Tic. A.Ş.	0,01
Halka Açık	33,48
Toplam	100,00

130 Turkcell iştirakleri aracılığıyla Azerbaycan, Kazakistan, Gürcistan, Moldova ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde de faaliyette bulunmaktadır.

I.2. İlgili Pazar

I.2.1. Sektör Hakkında Genel Bilgiler

5.11.2008 tarih ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'na dayanılarak çıkarılan Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği'nin 4(ö). maddesinde katma değerli elektronik haberleşme hizmetleri;

140 *“İçeriği, kodu, protokolü veya benzer hususları üzerinde bilgisayar işlemleriyle veya başka surette işlem yaparak aboneye/kullanıcıya ek, farklı ya da yeniden yapılandırılmış bir ses veya veri ileten ya da eğlence, oylama, yarışma, katılım, bilgi verme veya benzeri amaçlı içeriklere erişimi sağlayan elektronik haberleşme hizmetlerini”*

kapsayacak şekilde tanımlanmıştır.

GSM üzerinden verilen katma değerli hizmetler, teknolojidenden ve kullanım amacından kaynaklanan farklılıklar barındırmakla beraber, bu hizmetlerin sunulduğu pazarın yapısı, görsel ve işitsel medya alanlarındaki pazar yapısına benzemektedir. Bilindiği üzere görsel ve işitsel medya hizmetleri için de “reklam (mecra) yeri pazarlama hizmetleri” ve “içerik hizmetleri” ayrı pazarlar olarak değerlendirilmektedir¹. Bu kapsamda değerlendirildiğinde katma değerli hizmetlerin de pazarın kendine has özellikleri de dikkate alınarak;

- 150 - Reklam/tanıtım amacıyla mobil telefonları mecra olarak değerlendirmek isteyen firmalara yönelik hizmet veren firmaların faaliyet gösterdiği mobil pazarlama hizmetleri,
- Oyun, logo, melodi gibi eğlence amaçlı servislerle, haberler, hava durumu gibi bilgilendirme amaçlı servislerin yer aldığı içerik hizmetleri,
- Araç/stok takip, müşteri hizmetleri gibi servisleri içeren kurumsal hizmetler olarak üç ayrı kategoriye ayrılması mümkündür.

160 Mobil pazarlama hizmetleri, firmaların, marka/ürün tanıtımlarını yapmak, marka/ürün hakkında bilgi vermek, satışlarını artırmak, tüketicilerin marka/ürün üzerindeki tutumları üzerinde etkili olmak vb. amaçlarla mobil/cep telefonları üzerinden son kullanıcılara ulaşmak yoluyla gerçekleştirdikleri bir pazarlama çeşididir. Gelişen teknoloji, mobil telefonların da TV, radyo, gazete vb. pazarlama mecraları arasında yerini almasını sağlamıştır. Mobil telefon mecrası, gelenekselleşen reklam mecraları olan TV, radyo vb. mecralara kıyasla;

¹ Teknolojinin gelişmesiyle birlikte, mobil telefonlar, verilen ses hizmetlerinin yanı sıra görsel ve işitsel medyanın sağladığı hemen hemen tüm avantajları da katma değerli hizmet olarak sunabilecek noktaya gelmiştir.

- Hedef kitleye doğrudan, garantili erişim sağlaması,
- Ölçülebilir olması,
- Mobilite özelliği sebebiyle istenilen her an hızlı bir şekilde tüketiciye ulaşılabiliyor olması,
- Katıl kazan türü uygulamalarda, ürün paketi üzerinde yer alan şifrenin gönderimi şeklinde tasarlanan pazarlama yöntemi ile ürünün satın alındığına yönelik ispat kabiliyeti sağlaması

170

gibi özellikleriyle gelecek dönemin en önemli pazarlama mecralarından birisi olmaya adaydır. Özellikle üçüncü nesil mobil telefon hizmetinin sunulmaya/yaygınlaşmaya başlamasıyla birlikte, hâlihazırda hızla büyümekte olan mobil pazarlama hizmetleri pazarının ivmesinin artması, bu pazarın altyapısını oluşturan GSM operatörlerinin pazara olan ilgisini de artırmaktadır.

Turkcell’de yapılan yerinde incelemede alınan “Mobil Pazarlama” başlıklı sunum, mobil pazarlama uygulamalarının gelişimini ve giderek artan önemini göstermesi bakımından önemlidir. Sunumda Turkcell’in 2002 yılında Lipton Ice Tea Kampanyası ile mobil pazarlama kampanyaları, 2004 yılında kontör/dakika içeren kampanyalarına, 2005 yılında anında kazan kampanyalarına, 2006 yılında izinli veri tabanı hedefli mesaj hizmeti uygulamalarına başladığı görülmektedir. Yine aynı sunumda Turkcell tarafından 2004’te (....) mobil pazarlama ajansı ile (....) kampanya düzenlenirken 2007’de (....) mobil pazarlama ajansı ile (....) kampanya düzenlendiği görülmektedir. Pazarın bu denli büyümesi ciroya da yansımış 2005’te (....) milyon ABD Doları olan pazarın büyüklüğü 2008’de (....) milyon ABD Doları’na yükselmiştir. Bunun arkasında yatan nedenler arasında “pazarın; yeni, alternatif, geri dönüşü yüksek, ölçülebilir, interaktif bir mecra sunması” sayılmaktadır.

180

Mobil pazarlama hizmetleri pazarının işleyişine bakıldığında; hizmetin içeriği ve/veya mobil şebekelerde kullanımı için gerekli yazılımın üçüncü kişiler olarak nitelenen hizmet sağlayıcı firmalardan alındığı, erişim altyapısının ise GSM operatörü tarafından sağlandığı ve bu ilişki sonucunda hizmetten elde edilen gelirlerin GSM işletmecisi ve hizmet sağlayıcısı teşebbüs ile belli oranlarda paylaşıldığı ya da hizmet sağlayıcısı teşebbüse prim ödendiği iş modellerinin uygulandığı görülmektedir.

190

Soruşturma kapsamında Turkcell’den mobil pazarlama ajanslarıyla çalışma yöntemi hakkında bilgi talep edilmiş, Turkcell’den gelen ve Kurum kayıtlarına 29.5.2009 tarih ve 3781 sayı ile giren cevap yazısında sistemin işleyişi hakkında aşağıdaki bilgilere yer verilmiştir;

“Şirketimizin birlikte çalıştığı mobil pazarlama ajanslarına,

i) Kampanyalardan elde edilen SMS² gelirleri,

200

ii) İzinli veri tabanı uygulamalarından elde edilen gelirler,

iii) Diğer uygulamalardan (tonla kazan, banner uygulamaları, sponsorluklar) elde edilen gelirler üzerinden şirketimizce prim ödemesi yapılmaktadır.

Kampanyalardan elde edilen SMS gelirleri üzerinden ödenecek primlerin hesabında, mobil pazarlama ajansları "yetkili" ve "yetkisiz" mobil pazarlama ajansı olarak ikiye

²

Short Message Service (Kısa Mesaj Servisi)

210 ayrılmaktadır. Yetkili mobil pazarlama ajansları, en az 3 yıldır şirketimizle mobil pazarlama alanında çalışmakta olan, çalışma süresince şirketimizle herhangi bir hukuki ihtilaf yaşamamış olan ve yıllık performans değerlendirme ölçümlerinde minimum 3,5 not ortalaması alan firmalardan; yetkisiz mobil pazarlama ajansları ise yetkili mobil pazarlama ajansları dışında kalan ajanslardan oluşmaktadır. Dolayısıyla yetkili ve yetkisiz mobil pazarlama ajansları, Rekabet mevzuatı çerçevesinde, ilgili pazardaki faaliyet süreleri, performansları ve şirketimizle hukuki ihtilaf yaşamış olup olmamaları bakımından şirketimiz nezdinde birbirinden farklı teşebbüsler konumundadır.

Yetkili-yetkisiz mobil pazarlama ajansı ayrımı sadece kampanyalardan elde edilen SMS gelirleri üzerinden ödenecek primlerin hesabında ve ajanslara verilecek eğitimlerin belirlenmesi esnasında dikkate alınmakta, ajansların iş modellerinde veya yaptıkları işin türünde bir farklılık yaratmamaktadır. Tüm ajanslar her türlü kampanya, izinli veri tabanı uygulaması ve diğer mobil pazarlama uygulamaları (tonla kazan, banner uygulamaları, sponsorluklar) konusunda şirketimizle çalışabilmektedir.”

220 Mobil telefonlar üzerinden tanıtım yapmak isteyen firmalar, değer zincirinin ortasında yer alan mobil pazarlama firmalarıyla ya da doğrudan GSM operatörleri ile çalışabilmektedirler. Mobil pazarlama hizmeti veren firmalar, müşterilerine yönelik olarak;

- Katıl kazan,
- Kampanya kurgulama,
- Tanıtım/reklam için toplu SMS, MMS³ gönderimi,
- Profilleme (veri tabanı sorgulama)

ve benzeri kampanyalar/uygulamalar hazırlamaktadırlar.

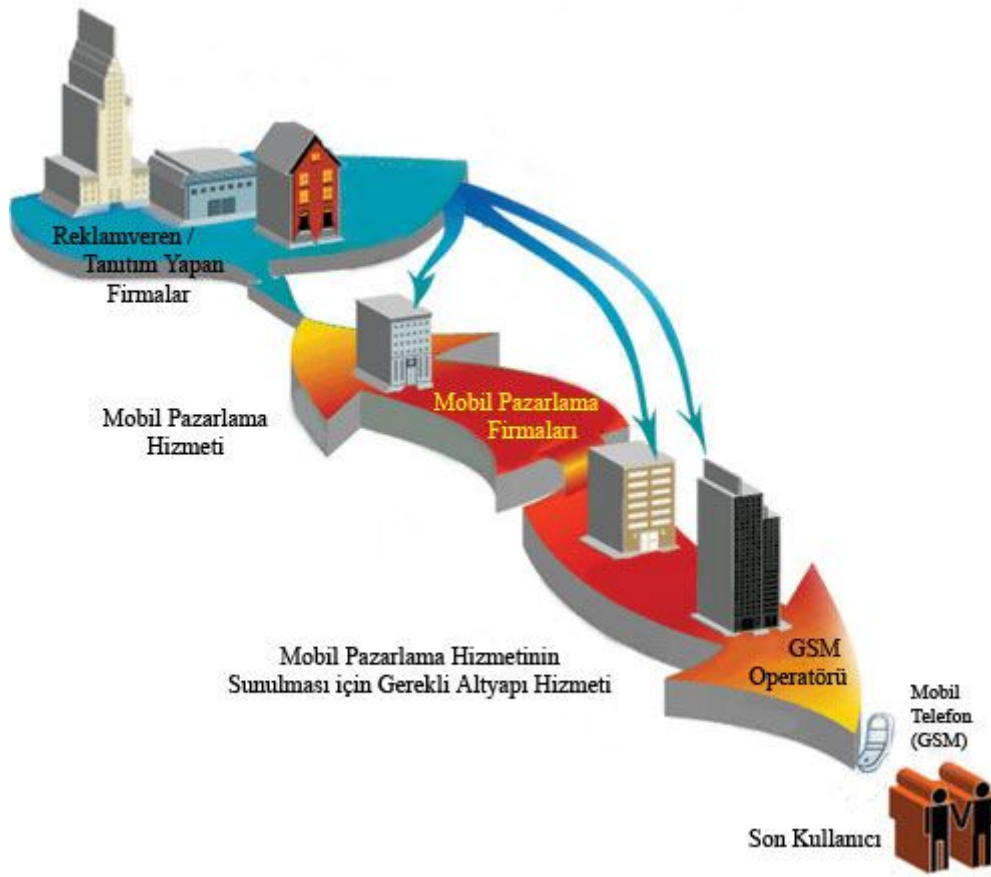
230 Ürünün tanıtım faaliyetleri için gerekli çalışmaları yapan mobil pazarlama firmaları, mecra olarak tanımladıkları GSM operatörlerinin altyapılarını kullanarak abonelere ulaşmakta ve yukarıda da ifade edildiği üzere hizmetten elde edilen gelirler GSM işletmecisi ve mobil pazarlama firmaları arasında belli oranlarda paylaşılmaktadır. Aşağıda yer verilen şekilde pazarların işleyişi ve ilişkileri grafik olarak görülebilmektedir⁴.

240 Mobil pazarlama hizmetleri genellikle SMS yoluyla kullanıcılara sunulmaktadır. Bu kapsamdaki hizmetlerden aboneler faydalanmak istediklerinde genellikle aboneleri bulunan GSM operatörü tarafından ilgili katma değerli hizmet için adanmış 4 haneli servis numarasına SMS göndermekte ve ilgili hizmetin niteliğine ve belirlenen hizmet tarifesine göre faturalandırılmaktadır. Mobil pazarlama hizmetleri genellikle abonelerin kısa mesaj yoluyla katılımını gerektirse de belirli bir veri tabanına kayıtlı kullanıcılara reklâm amaçlı toplu SMS gönderimi uygulamalarında olduğu üzere mutlaka bu şekilde gerçekleşmek zorunda değildir. Son belirtilen uygulama ve diğer benzeri uygulamalarda GSM aboneleri herhangi bir katılım gerçekleştirmediği için herhangi bir ücret de ödememekte, bunun yerine hizmetin sunulmasını talep eden teşebbüs tarafından GSM operatörlerine ya da mobil pazarlama şirketlerine ödeme yapılmaktadır.

³ Multimedia Messaging Service (Çoklu Ortam Mesaj Servisi)

⁴ Şekilde, <http://www.mmaglobal.com> adresinden faydalanılarak hazırlanmıştır.

Şekil 1: Mobil Pazarlama Faaliyetlerinin İşleyişi



I.2.2. İlgili Ürün Pazarı

260 Soruşturma kapsamında incelenmekte olan mobil pazarlama hizmetlerinin tüketicilere sunumu, teknik olarak altyapısı üzerinden hizmeti sunan GSM işletmecilerinin ve söz konusu hizmetlerin oluşturulmasını sağlayan mobil pazarlama firmalarının katılımını içeren bir süreç sonunda gerçekleşmektedir.

Mobil pazarlama hizmetlerinin niteliği/amacı itibarıyla diğer katma değerli hizmetlerden farklılaştığı görülmüş ve bu hizmetler ile diğer katma değerli hizmetler arasında herhangi bir ikame olanağının bulunmadığı anlaşılmıştır. Bu farklılaşma temel olarak mobil pazarlama hizmetinin tanımından/amacından ve bu hizmetin

270 içeriğini sunan teşebbüslerin niteliklerinden kaynaklanmaktadır. Mobil pazarlamanın, aslen bir reklam/tanıtım ve pazarlama faaliyeti olduğu ve gerçekleştirilebilmesi için bu alanda bir uzmanlık gerektiği açıktır. Yapılan pazar araştırmasında da mobil pazarlama faaliyetlerinde bulunan teşebbüslerin bu alanda uzmanlaşmış profesyonel teşebbüsler oldukları görülmüştür. Bu nedenle eğlence ve bilgi edinme gibi içerik hizmetleri sunan teşebbüsler (logo, melodi, haber, hava durumu servisleri) ile mobil pazarlama faaliyetlerinde bulunan teşebbüsler arasında arz ikamesi seviyesinin de düşük olduğu söylenebilecektir. Her ne kadar “Sektör Hakkında Genel Bilgiler” kısmında ifade edildiği üzere, müşterilere sunulan mobil pazarlama hizmetleri bakımından (Katıl kazan, tanıtım/reklam için toplu SMS, MMS gönderimi, profillemeye vb.) farklı uzmanlıklara sahip işletmeciler bulunsada dahi yürütülmekte olan incelemenin sonucunu değiştirmeyeceğinden bu aşamada bahsedilen ayrıma bağlı olarak daha dar bir pazar tanımına gidilmesi ihtiyacı görülmemiştir.

280 Bu açıklamalar ışığında ilgili ürün pazarlarından birinin, hem ürünlerin nitelik olarak farklılaşması hem de arz ikamesinin sınırlı olması nedeniyle katma değerli hizmetler pazarının bir alt pazarı olarak **mobil pazarlama hizmetleri** pazarı olduğu anlaşılmıştır.

Mobil pazarlama hizmetlerinin sunulması için gerekli olan altyapı GSM operatörleri tarafından sağlanmaktadır. Düzenleyici yapının izah edildiği bölümde değinildiği üzere ülkemizde henüz mobil pazarlama hizmetlerine yönelik bir yetkilendirme yapılmamıştır. Bu nedenle mobil pazarlama hizmetleri gelir paylaşımı iş modeli kullanılarak GSM lisans sözleşmeleri kapsamında sadece GSM operatörleri tarafından sunulmaktadır.

290 GSM firmalarının temel faaliyet alanı ise GSM hizmetleridir. Bu bağlamda, teşebbüslerin mobil pazarlama hizmetlerini sunarken elde edebileceği pazar gücü esas olarak GSM hizmetleri pazarındaki güçleriyle orantılı olacaktır. Diğer yandan, mobil pazarlama hizmetlerinin GSM kullanıcılarına sağlanan bir fayda olduğu düşünüldüğünde mobil pazarlama hizmetleriyle GSM hizmetlerinin yakın ilişkili pazarlar olduğu görülmektedir. Bu açıklama çerçevesinde Turkcell’in temel faaliyet konusunu teşkil eden **GSM hizmetleri pazarının** da ayrı bir pazar olarak belirlenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

I.2.3. İlgili Coğrafi Pazar

300 GSM hizmetlerinin ve dolayısıyla GSM şebekesi üzerinden sunulan mobil pazarlama hizmetlerinin tüm Türkiye’de sunuluyor olması nedeniyle ilgili coğrafi pazar **Türkiye** olarak alınmıştır.

I.3. Katma Değerli Hizmetlere İlişkin Düzenleyici Yapı ve BTK Görüşü

Bilindiği üzere soruşturma kapsamında olarak Turkcell’in kontör/dakika hediye edilen kampanyalarda reklam veren firmalarla fiilen münhasır çalışmaya yönelik geçmişe ilişkin çeşitli uygulamaları incelenmektedir. Bu inceleme döneminde 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle Turkcell’in ilgili faaliyetlerine ilişkin mevzuatta değişikliğe gidilmiştir. Bu bakımdan katma değerli hizmetlere ilişkin düzenleyici yapı önce 406 sayılı, sonrasında 5809 sayılı Kanun bakımından açıklanacaktır.

310 Katma değerli hizmetler 406 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (a) bendi uyarınca ancak bir görev sözleşmesi, imtiyaz sözleşmesi, telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin kapsamında yürütülebilir. 406 sayılı Kanun'un ilgili bendi aşağıda sunulmaktadır;

“Katma değerli telekomünikasyon hizmetleri, ek 18 inci madde kapsamında sayılan hizmetler ve 2 nci maddenin (c) fıkrasında belirtilen tekel süresinin sonundan itibaren olmak üzere tekel kapsamındaki telekomünikasyon hizmetleri de dâhil tüm telekomünikasyon hizmetleri, ilgili hizmetin türüne göre ancak bir görev sözleşmesi, imtiyaz sözleşmesi, telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin kapsamında yürütülebilir. Ek 18 inci madde kapsamında sayılan hizmetler, ancak bir imtiyaz sözleşmesi veya telekomünikasyon ruhsatı ile yürütülebilir.”

320 406 sayılı Kanun'un Ek 18. maddesi hükmü ise;

“Bakanlık, mobil telefon, çağrı cihazı, data şebekesi, akıllı şebeke, kablo TV, ankesörlü telefon, uydu sistemleri, rehber basım ve benzeri katma değerli hizmetler konularında sermaye şirketlerine tekel oluşturmayacak koşulları da dikkate almak suretiyle işletme lisans ve ruhsatı (sermaye şirketlerinin devralacakları ve bizzat kuracakları tesislerin işletilmesine yönelik olarak) verebilir.”

şeklinde. Bu doğrultuda BTK tarafından katma değerli telekomünikasyon hizmetlerinin sunumu, *“Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği”* ile bir yetki belgesine bağlanmıştır⁵.

330 Buna karşın 5809 sayılı Kanun'da katma değerli hizmetlere ilişkin spesifik bir tanımlamaya ya da düzenlemeye gidilmemiş; bunun yerine elektronik haberleşme hizmetleri kavramı katma değerli hizmetleri de kapsayacak şekilde tanımlanmıştır. Anılan Kanun'un 3(j). maddesinde elektronik haberleşme hizmeti *“Elektronik haberleşme tanımına giren faaliyetlerin bir kısmının veya tamamının hizmet olarak sunulması”* olarak tanımlanmıştır. Yine aynı Kanun'un 3(h). maddesinde ise elektronik haberleşme *“Elektriksel işaretlere dönüştürülebilen her türlü işaret, sembol, ses, görüntü ve verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesini, gönderilmesini ve alınmasını”* kapsayacak biçimde tarif edilmiştir.

340 5809 sayılı Kanun'un 8(1). maddesinde *“Bakanlığın strateji ve politikaları da dikkate alınarak Kurumca yapılacak yetkilendirmeyi müteakip, elektronik haberleşme hizmeti verilebilir ve/veya elektronik haberleşme şebekesi veya alt yapısı kurulup işletilebilir.”* hükmüne yer verilmiştir. Bu maddeye dayanılarak çıkarılan ve 28.05.2009 tarih ve 27241 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Elektronik Haberleşme Sektörüne Yönelik Yetkilendirme Yönetmeliği'nin 5(3). maddesinde;

“Şirketler, sunmak istedikleri elektronik haberleşme hizmeti ve/veya kurup işletmek istedikleri elektronik haberleşme şebekesi veya altyapısı için numara, frekans, uydu pozisyonu gibi kaynak tahsisine ihtiyaç duymuyorlar ise bu Yönetmelikte belirtilen usul ve esaslara uygun bildirim ile; kaynak tahsisine ihtiyaç duyuyorlar ise, bildirim müteakip Kurumdan kullanım hakkı alınması kaydıyla yetkilendirilirler.”

350 hükmü bulunmaktadır. Buna göre, bir kıt kaynak olarak numara tahsisi gerektiren katma değerli hizmetler BTK'ya yapılacak bildirim müteakip yine bu Kurum'dan

⁵ 28.05.2009 tarih ve 27241 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Elektronik Haberleşme Sektörüne Yönelik Yetkilendirme Yönetmeliği ile yürürlükten kaldırılmıştır.

kullanım hakkı alınması kaydıyla yetkilendirilecektir. Halihazırda katma değerli mobil hizmetler ancak GSM lisans ya da görev sözleşmesi sahibi işletmeciler tarafından sağlanabilmektedir⁶.

Rekabet Kurulu'nun soruşturma açılmasına ilişkin kararını takiben BTK'dan görüş talep edilmiştir. BTK tarafından gönderilen görüşte;

360 *“Kurumumuz tarafından 28.12.2005 tarih ve 27037 sayılı Resmi Gazete ile ilan edildiği üzere Turkcell'in mobil şirketlere erişim, çağrı başlatma ve çağrı sonlandırma pazarlarında etkin piyasa gücüne (EPG) sahip olduğu göz önüne alındığında, Turkcell'in uygulamış olduğu kampanyalara sadece kendisinden katılım sağlanması şartını getirmiş olup olmadığının incelenmesinin önem arz ettiği değerlendirilmektedir. Zira AB rekabet hukuku kapsamında loyalty rebate başlığı altında incelenmekte olan sadakat indirimi uygulaması, komisyon, ilk derece mahkemesi (CFI), ve Avrupa Adalet Divanı (ECJ) tarafından detaylı bir analize tabi tutulmaksızın yasaklanmaktadır. Bununla birlikte kurumumuz tarafından hazırlanan konuya ilişkin rapordan anlaşıldığı üzere:*

1. Söz konusu kampanyaların rekabet açısından mobil haberleşme hizmetleri pazarında Turkcell'in konumunu güçlendirebileceği ve
2. Tüketici mağduriyetlerine yol açabileceği

370 *değerlendirilmektedir.”*

ifadeleri yer almaktadır. BTK tarafından gönderilen 16.9.2009 tarih ve 6711 sayılı ikinci görüşte ise aşağıdaki ifadeler kullanılmıştır:

“1. Şikayet kapsamında belirtilen kampanyaların rekabet açısından perakende seviyede mobil pazarlama hizmetleri piyasasında Turkcell'in konumunu güçlendirebileceği,

2. Tüketici mağduriyetine yol açabileceği ve

3. AB rekabet hukuku kapsamında “loyalty rebate” başlığı altında incelenmekte olan sadakat indirimi uygulamasının, Komisyon, ilk derece mahkemesi (CFI) ve Avrupa Adalet Divanı (ECJ) tarafından detaylı bir analize tabi tutulmaksızın yasaklandığı

380 *dikkate alınarak;*

Şikayet konusu kampanyaların rekabet açısından perakende seviyede mobil haberleşme hizmetleri piyasasında Turkcell'in konumunu güçlendirdiği ile tüketici mağduriyetlerine yol açtığıın anlaşılması durumunda Rekabet Kurumu tarafından hazırlanan 09.07.2009 tarih ve SR/09-04 sayılı Soruşturma raporu kapsamında ulaşılan ve yapılması düşünülen idari işlem ile mutabık kalındığına ilişkin görüşün tarafınıza iletilmesi gerektiğine karar verilmiştir.”

⁶ Elektronik Haberleşme Sektörüne Yönelik Yetkilendirme Yönetmeliği'nin Geçici 4(d)(5). maddesinde

“Kurumla imtiyaz sözleşmesi imzalamış olan GSM ve IMT-2000/UMTS hizmeti sunan işletmeciler, imtiyaz sözleşmelerine ek olarak, sunmakta oldukları hizmete ilişkin Elektronik Haberleşme Hizmet, Şebeke ve Altyapılarının Tanım, Kapsam ve Sürelerinin, Sayısı Sınırlanmış Kullanım Hakkı Kapsamında Kaynak Tahsisi İçeren Hizmetler bölümünde yer alan hak ve yükümlülüklerle tabidirler.”

hükmü yer almaktadır.

I.5. Turkcell'in İndirim Uygulaması

390 Turkcell tarafından Kurum kayıtlarına 25.9.2008 tarih ve 6415 sayı ile giren yazıda kontör ve dakika hediye edilen kampanyalarda 2 tür indirim bulundu; bunlardan ilkinin, firmaların satın almayı taahhüt ettikleri kontör miktarına göre yapılan indirim (Taahhüt/Barem İndirimi), ikincisinin ise, "Reklam Masrafı Katılım Payı" indirimi olduğu ifade edilmektedir.

Yazıda taahhüt indirimi aşağıdaki şekilde açıklanmaktadır;

"Şirketimizin kontör ve dakikalarının hediye edildiği kampanyalarda, firmalara uygulanan ilk indirim, Şirketimizden almayı taahhüt ettikleri kontör miktarına göre belirlenen indirimler olup, bu indirimler, kampanyanın bir başka operatörün katılımıyla yapıp yapılmadığına bakılmaksızın uygulanmaktadır. Bu kapsamda,

- 400 (i) firmanın kendi çalışanlarına ya da bayilerine uyguladığı kampanyalarda, ki bu kampanyalar B2B kampanyalar olarak adlandırılmaktadır, (örneğin Arçelik firmasının, bayilerine, yaptıkları satış miktarı doğrultusunda, yapılacak çekilişle kontör/dakika hediye etmesi) uygulanan kontör birim fiyatları aşağıdaki tabloda sunulmaktadır;

Kontör trafiği	Birim kontör fiyatı (tüm vergiler dahil)	Taahhüt Miktarı
(....)-(....)	(....) YTL	(....) kontör taahhüt verilmesi durumunda uygulanacak birim fiyat
(....)-(....)	(....)YTL	(....) kontör taahhüt verilmesi durumunda uygulanacak birim fiyat
(....)	(....)YTL	(....) kontör taahhüt verilmesi durumunda uygulanacak birim fiyat

(ii) Firmaların tüm Turkcell abonelerine yönelik olarak düzenledikleri kampanyalarda ise, ki bu kampanyalar B2C kampanya olarak adlandırılmaktadır, (örneğin, ürün ambalajındaki şifreyi belirlenen kısa numaraya kısa mesaj yoluyla gönderen abonelere 10 kontör hediye edilmesi) uygulanan kontör birim fiyatları aşağıdaki tabloda sunulmaktadır; "

Kontör trafiği	Birim kontör fiyatı (tüm vergiler dahil)	Taahhüt Miktarı
(....)-(....)	(....)YTL	(....) kontör taahhüt verilmesi durumunda uygulanacak birim fiyat
(....) – (....)	(....)YTL	(....) kontör taahhüt verilmesi durumunda uygulanacak birim fiyat

(....)	(....)YTL	(....) kontör taahhüt verilmesi durumunda uygulanacak birim fiyat
--------	-----------	---

410 Reklam masrafı katılım payı ile ilgili olarak ise aşağıdaki açıklamalar yapılmaktadır;

“Şirketimizin kontör ve dakikalarının hediye edildiği kampanyalarda, firmalara uygulanan ikinci tür indirim ise “Reklam Masrafı Katılım Payı” olarak adlandırılan, kampanya sahibi markanın “Turkcell’liler Kazanır” logosunu, ulusal bir televizyon kanalında yapılacak kampanya tanıtımlarında kullanması halinde, konuşma süresi ve kontör bedellerinin (vergiler hariç olmak üzere) %(....)’unun, söz konusu logonun televizyon dışındaki mecralardaki tanıtımlarda kullanılması halinde ise %(....)’inin firma tarafından “Reklam Masrafı Katılım Payı” adı altında Şirketimize fatura edilmesi şeklinde uygulanmaktadır.”

420 Yine aynı evrakta “yapılacak indirimlerde, Turkcell’liler kazanır logosunun dışında, diğer operatörlerin logolarının kullanılması halinde indirimlerin geçerli olup olmadığı hakkında istenen bilgi;

“...“Reklam Masrafı Katılım Payı” da yukarıda izah ettiğimiz gibi şimdiye kadar düzenlenen tüm kampanyalarda, başka bir operatörün katılımı olup olmamasına bakılmaksızın uygulanmış bir indirim olup, bu indirimin uygulanmasının tek şartı [daha önceki bir yazımızda] da belirttiğimiz gibi firmanın kampanya kapsamında yapacağı reklamlarda “Turkcell’liler Kazanır” veya “Turkcell” logosunu kullanmasıdır.”
cevabı verilmiştir.

430 Cevapta referans verilen ilgili belgede ise “Yalnızca Turkcell ile yapılan kampanyalarda markalara sağlanan indirimlerin içeriği ve gerekçeleri hakkında bilgi” talebine karşılık Turkcell tarafından;

“Yalnızca Turkcell’le yapılan kampanyalarda markalara sağlanan iki tür indirim bulunmaktadır. Birincisi, kampanya tanıtımlarında “Turkcell’liler Kazanır” logosu kullanılması halinde verilen ve “Reklam Masrafı Katılım Payı” olarak tanımlanan indirim, ikincisi kontör birim fiyatlarında yapılan indirimdir.”

açıklaması yapılmaktadır.

Benzer şekilde Turkcell tarafından gönderilen 25.9.2008 tarih ve 6415 sayılı yazıda konuyla ilgili aşağıdaki bilgilendirme yapılmaktadır;

440 *“Öncelikli olarak belirtmek isteriz ki, aşağıda belirtilen indirimler, kampanyanın başka bir operatörün katılımıyla yapıp yapılmadığına bakılmaksızın, sadece firmaların taahhüt ettikleri kontör miktarlarına ve/veya kampanya tanıtımlarında “Turkcell’liler Kazanır” logosunun kullanılmasına bağlı olarak uygulanmaktadır. İlgili (a)’da kayıtlı Şirketimiz yazısında yapılan açıklamaların ve aşağıda verilen indirimlerin, sadece Şirketimizle yapılan (ve Şirketimiz ürünlerinin hediye edildiği) kampanyalara ilişkin olmasının sebebi, Şirketimize son dönemlere kadar, diğer operatörlerin de katılımıyla bir kampanya yapılması talebinin gelmemiş ve bu nedenle tüm operatörlerin katılımıyla kontör/dakika hediye edilen bir kampanya düzenlenmemiş olmasıdır. İlgili (a) da kayıtlı yazımızda aşağıda detayları verilen indirimlerin sadece Turkcell’le yapılan kampanyalarda uygulandığının belirtilmiş olmasının nedeni de aynıdır.”*

450 8.5.2009 tarih ve 1883 sayılı bilgi isteme yazısına cevaben gönderilen ve Kurum kayıtlarına 29.5.2009 tarih ve 3781 sayı ile giren yazıda ise aynı konuyla ilgili olarak;

"Mecra indirim uygulaması" ifadesi birinci yazılı savunmamızda da bildirdiğimiz gibi, ilgili markaların kontör dakika hediye edilen kampanyalara ilişkin olarak yaptığı reklamlarda, tek ve standart, marka bakımından değişmeyen, başka bir operatörün aynı reklama katılımına bakılmaksızın ve sadece reklamlarda "Turkcell'liler kazanır" veya "Turkcell" logosunun bulunması şartıyla verilen "Reklam masraf katılım payı" isimli finansal katkıyı ifade etmektedir.

460 Bu uygulamanın tek amacı, Şirketimizin tanıtımının yapılmasıdır ve tek şartı markanın kampanya kapsamında yapacağı reklamlarda "Turkcell'liler kazanır" veya "Turkcell" logosuna yer vermesidir. Nitekim 24.09.2008 gün ve ÜAK/63277 sayılı yazımızda da belirttiğimiz gibi, kampanyalara ilişkin sözleşmelerde de, anılan indirim sadece Şirketimiz logosunun kullanıldığı kampanyalarda uygulanacağını düzenleyen bir hüküm de bulunmamaktadır. Görüleceği üzere bu uygulama markaların münhasıran Şirketimizle çalışmaları sonucunu doğuran bir nitelik taşımamaktadır. Üstelik Şirketimiz, kampanyası yapılan markalara, satın alınan kontör ve/veya dakika miktarına bağlı olarak değişen çeşitli indirimler de sağlamaktadır ve bu indirimlerin uygulanmasının, satın alınan kontörün veya dakikanın miktarı dışında bir ölçütü bulunmamakta; bu ölçüt de tüm markalara eşit olarak uygulanmaktadır.

470 "Mecra indirim uygulaması", 2007 yılının Ocak ayı ile 2009 yılının Ocak ayı arasındaki dönemde uygulanmıştır. Başka bir anlatımla 2009 yılının Ocak ayından sonra imzalanan sözleşmelerde mecra indirimine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Bununla birlikte, 2009 yılının Ocak ayından önce imzalanmış ve halen yürürlükte olan sözleşmeler kapsamında düzenlenen kampanyalarda mecra indirim uygulamasına devam edilmektedir."

hususları beyan edilmiştir. Turkcell'in 2009 yılı başına kadar taahhüt indirim ve reklam masrafı katılım payı olmak üzere iki ayrı indirim uygulaması bulunduğu fakat 2009 yılından itibaren reklam masrafı katılım payı yürürlükten kaldırılarak yalnızca taahhüt indiriminin uygulandığı görülmektedir.

480 **1.6. Avea ve Vodafone'un Kontör/Dakika Kampanyalarının Gerçekleştirilmesi Bakımından Teknik Kapasiteleri**

490 Rekabet Kurumu kayıtlarına Avea tarafından gönderilen 30.6.2009 tarih ve 4506 sayılı evrakta, Avea'nın 2001 yılından bu yana mobil pazarlama hizmetlerinin sunulması için gerekli olan teknik altyapıya sahip olduğu bilgisine ve bu teknik yeterliliğe ilişkin faturasız hatlar için halihazırda kullanılmakta olan iki adet promosyon sistemine ilişkin teknik bilgilere yer verilmektedir. Buna göre; ATOS Origin firmasının bir ürünü olan PPM'nin, Avea Aria'nın kurulduğu dönemde GSM altyapı sisteminde sorunsuzca kullanıldığı, bu sistemin fonksiyonlarının, "bonus basketlerine bonus yükleme", "ana baskete kontör yükleme" olduğu, bu teknik kapasite doğrultusunda Avea'nın faturasız hatlar ücretlendirme sistemi (OPSC-Orga Prepaid Service Center) üzerindeki sabit Bonus Kontör, Bedava SMS, Bedava Dakika, Bedava Data şeklinde tanımlanan basketlerin tümü üzerinden abone hattına doğru ücretsiz kontör/dakika/SMS vb. promosyonların Aria'nın faaliyet gösterdiği 2001 yılından beri abone hatlarına yüklenebildiği ifade edilmektedir. Buna ek olarak Avea'nın Ekim 2008 ayında gerçekleştirmiş olduğu ilave yatırımla ORGA Systems'in bir ürünü olan OBMS (orga Bonus Management Systems) sisteminin PPM sistemine ilaveten OPSC üzerinden devreye sokularak var olan sisteme entegre edilmiş olduğu, bu sistemin

500 temel özelliğinin daha esnek ve daha dinamik bir basket mantığı içinde çalışarak farklı tipte basket tanımlama olanağı olduğu, bu durumun abonelere daha zengin promosyonlu hizmetlerin sunulabilmesine olanak sağladığı, 5-10 dakika gibi uzunca süreler alan bonus/promosyon yükleme işlemlerinin bu sistem ile 5-10 saniye gibi kısa sürelerde abone hesabına yüklenmesinin sağlandığı belirtilmektedir. Evrakta verilen bu bilgileri tevsik etmek amacıyla 2001 yılından bu yana her iki sistem üzerinden sunulan promosyonların listesine yer verilmektedir. Buna ek olarak ilgili dokümanda Avea'nın bu faaliyetleri gerçekleştirebileceğinin ve gerçekleştirme isteğinin bir göstergesi olarak Mayıs 2008 tarihinde Pepsi'nin düzenlediği bir kampanyada kontör /dakika hediye talep edilmesi talebini içeren ve mobil pazarlama ajansı ile Avea arasında gerçekleştirilen bir yazışmaya yer verilmektedir.

510 Rekabet Kurumu kayıtlarına 18.5.2009 tarih ve 3501 sayı ile giren Vodafone tarafından gönderilen belgede, Vodafone tarafından mobil pazarlama aktivitelerine Nisan 2008 itibarıyla başlanmış bulunulduğu, bu tarihten sonra altyapı çalışmalarının devam ettiği ve ilk olarak Pepsi-Vodafone Ramazan Bereketi kampanyasının 15.8.2008 tarihinde gerçekleştirildiği ifade edilmektedir.

I.7. Turkcell'in Soruşturma Konusu Uygulamalarına İlişkin Değerlendirmeler

520 Bu bölümde Turkcell'in "*Yapılan Tespitler ve Elde Edilen Deliller*" başlıklı bölümde belirlenen ilgili pazardaki davranışlarının 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında bir ihlal oluşturup oluşturmadığı incelenmiştir. Bu bağlamda, öncelikle Turkcell'in ilgili pazarlarda hakim durumda olup olmadığı belirlenerek, inceleme konusu hakkında teorik bir çerçeve oluşturulmuş, devamında Turkcell'in tespit edilen uygulamalarının çizilen teorik çerçevedeki yeri tespit edilmiş ve son olarak Turkcell'in uygulamalarının pazardaki etkisi ortaya konulmuştur.

I.7.1. Hakim Durum Analizi

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un üçüncü maddesinde hakim durum, "*Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü*" olarak ifade edilmiştir.

530 Yukarıda da belirtildiği gibi, GSM operatörleri, nihai kullanıcılara erişim olanağı sağlayan erişim mecrası ya da altyapı sağlayıcısı olarak GSM hizmetleri ve *mobil pazarlama hizmetleri* pazarlarında rekabet halinde bulunmaktadır. Bu bilgi doğrultusunda 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında yapılacak değerlendirme açısından Turkcell'in bu pazarda hakim durumda bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

540 Bir GSM operatörünün yukarıda belirtilen ilgili pazarda faaliyette bulunabilmesi için öncelikle nihai kullanıcıya erişebilecek altyapıya sahip olması gerekmektedir. Bu gereklilik açısından değerlendirildiğinde her üç GSM operatörünün de birbirine benzer özelliklere sahip olduğu ortaya konabilir ancak, altyapıya sahip olmak rekabet gücü açısından tek başına yeterli değildir. Altyapı üzerinden sağlanan hizmetin rakiplere karşı bir üstünlük sağlayabilmesi için olabildiğince fazla nihai kullanıcıya ulaşması gerekmektedir. Bu bağlamda, *mobil pazarlama hizmetleri* pazarında da faaliyet gösteren GSM operatörlerinin *GSM hizmetleri* pazarındaki gücü önem kazanmaktadır.

Tek başına yeterli olmamakla birlikte, bir teşebbüsün hakim durumda bulunup bulunmadığının tespit edilmesinde en önemli unsurlarından biri pazar payıdır. Ancak, uygulamada hangi büyüklükteki pazar payının hakim durum oluşturabilecek bir pazar gücü olarak değerlendirileceğine ilişkin rekabet hukuku doktrini ve içtihadında yeknesaklık bulunmamaktadır. Örneğin, AB uygulamalarında, %40-50 oranındaki pazar payı hâkim durum tespitinde yeterli görülmekte, hatta %25-%40 aralığındaki bir pazar payında dahi, diğer pazar gücü koşullarının gerçekleşmesi halinde, hakim durum tespiti yapılabilmektedir⁷. Ayrıca pazar paylarına ilişkin değerlendirmelerde, pazar paylarının sürekliliği de önem kazanabilmektedir. Teşebbüslerin GSM sektöründeki pazar paylarının belirlenmesinde ciroları ve abone sayıları dikkate alınmış olup, elde edilen pazar payı verilerine aşağıda yer verilmektedir:

Tablo 2: GSM Hizmetleri Pazarında Ciro Üzerinden Hesaplanmış Pazar Payları

Teşebbüs	2007		2008		2009 (Ocak-Mart)	
	Ciro (TL)	Pazar Payı (%)	Ciro (TL)	Pazar Payı (%)	Ciro (TL)	Pazar Payı (%)
Turkcell	7.483.035.848,69	(....)	8.016.051.327,94	(....)	(.....)	(....)
Vodafone	(.....)	(....)	(.....)	(....)	(.....)	(....)
Avea	(.....)	(....)	(.....)	(....)	(.....)	(....)

Tablo 3: GSM Hizmetleri Pazarında Abone Sayısı Üzerinden Hesaplanmış Pazar Payları

Teşebbüs	2007		2008		2009 (Ocak-Mart)	
	Abone Sayısı	Pazar Payı (%)	Abone Sayısı	Pazar Payı (%)	Abone Sayısı	Pazar Payı (%)
Turkcell	(.....)	(....)	(.....)	(....)	(.....)	(....)
Vodafone	(.....)	(....)	(.....)	(....)	(.....)	(....)
Avea	(.....)	(....)	(.....)	(....)	(.....)	(....)

Tablolardan 2007 yılından itibaren Turkcell'in ciro bazında %(...), abone sayısı bazında ise %(...) seviyesinde yatay seyir izleyen bir pazar payına sahip olduğu görülmektedir. Turkcell ile pazardaki en yakın rakibi konumundaki Vodafone'un pazar payları arasındaki fark 2009 yılı verilerine göre %(...)-(....) civarındadır.

Hakim durum değerlendirmesinde, pazar payı dışında, yasal düzenlemeler ve fikri ve sınai mülkiyet hakları; üstün teknoloji ve etkinlik; dikey bütünleşme; ölçek ekonomileri; finansal kaynaklara erişim ve yatırım gereksinimi; reklâm, tanınırlık ve ürün farklılaştırması; firmanın büyüklüğü, gücü ve sunduğu ürünlerin çeşitliliği ve giriş engelleri⁸ gibi unsurlarda dikkate alınmaktadır. Sayılan unsurlar arasında GSM hizmetleri pazarı bakımından yasal düzenlemelerin, yatırım gereksiniminin ve giriş engellerinin ayırt edici özellik taşıdığı dikkat çekmektedir.

Bilindiği gibi GSM hizmetleri 5809 sayılı Kanun'a göre elektronik haberleşme hizmetleri kapsamında yer almaktadır. Aynı Kanun'un 6(a) maddesinde ise elektronik haberleşme sektöründe düzenlemeleri yapmak BTK'nın görevleri arasında sayılmaktadır. Dolayısıyla, GSM hizmetleri pazarının düzenlemeye tabi bir pazar olduğu görülmektedir. GSM hizmetleri pazarında faaliyet gösterebilmek için kit

⁷ DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 to Exclusionary Abuses Dec. 2005, para. 31.

⁸ Jones, A & Sufrin, B.: EC Competition Law, 2nd Edition, sayfa 355-363, Oxford University Press, 2004.

kaynak tahsisinin yapılması zorunlu olduğundan bu hizmetin sunulabilmesi için bir imtiyaz sözleşmesinin imzalanması gerekmektedir. Halihazırda, Turkcell, Vodafone ve Avea dışında imtiyaz sözleşmesi imzalamış bir işletmeci bulunmamaktadır.

580 Pazarın bir diğer özelliği de çok yüksek düzeyde lisans bedeli ve alt yapı yatırım gereksiniminin olmasıdır. Örneğin, 28.11.2008 tarihinde yapılan Üçüncü nesil (3G) mobil haberleşme sistemi kurulmasına ilişkin ihalede A tipi lisans kullanma hakkını Turkcell 358 milyon Avro karşılığında, B tipi lisans kullanma hakkını Vodafone 250 milyon Avro karşılığında, C tipi lisans kullanma hakkını da Avea 214 milyon Avro karşılığında elde etmiştir⁹. Bunun yanında, pazarda faaliyet gösterebilmek için çok yüksek maliyetli altyapı yatırımları ve müşteri edinme faaliyetlerinin¹⁰ de gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Pazara ilişkin bu özellikler pazarda yüksek giriş engellerine yol açmaktadır. Nitekim yukarıda bahsedilen 3G ihalesinde 4 lisans için ihaleye çıkılmasına rağmen mevcut GSM işletmecileri dışında herhangi bir katılım olmamış ve 4. lisans satılamamıştır.

Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde Turkcell'in GSM hizmetleri pazarında hakim durumda olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

GSM operatörlerinin mobil pazarlama hizmetleri pazarındaki ciro ve pazar payı rakamları aşağıdaki tabloda özetlenmektedir.¹¹

590 Tablo 4: Mobil Pazarlama Hizmetleri Pazarındaki Pazar Payları

Teşebbüs	2007		2008	
	Ciro (TL)	Pazar Payı (%)	Ciro (TL)	Pazar Payı (%)
Turkcell	(....)	(....)	(....)	(....)
Vodafone	(....)	(....)	(....)	(....)
Avea	(....)	(....)	(....)	(....)

600 Turkcell'in mobil pazarlama hizmetleri pazarındaki pazar payı tek başına Turkcell'in anılan pazarda hakim durumda olduğunu ortaya koyabilecek niteliktedir. Bununla birlikte, ilgili ürün pazarına ilişkin değerlendirmeler kısmında da ifade edildiği üzere GSM hizmetleri pazarı ve mobil pazarlama hizmetleri pazarları ilişkili pazarlardır. Mobil pazarlama hizmetleri pazarında elde edilecek pazar gücünün temel belirleyicilerinden birisi GSM hizmetleri pazarındaki pazar gücü olacaktır. Bu bağlamda, bu iki pazar arasındaki yakın ilişkinin Turkcell'in mobil pazarlama pazarında halihazırda sahip olduğu yüksek pazar payından kaynaklı gücünü kuvvetlendirici bir unsur olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu noktadan hareketle Turkcell'in mobil pazarlama hizmetleri pazarında da hakim durumda olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

⁹ Tutarlara KDV dahil değildir.

¹⁰ Telekomünikasyon endüstrisinde geçerli olan şebeke dışsallıkları müşteri edinme maliyetlerini diğer endüstrilere nazaran daha fazla artırmaktadır.

¹¹ Tablonun oluşturulmasında altyapının kullanılması neticesinde elde edilen kontör, dakika, SMS satışından elde edilen gelirler ve diğer gelirler dikkate alınmıştır.

I.7.2. Turkcell'in Uygulamalarına İlişkin Teorik Çerçeve

I.7.2.1. Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Kavramı

Hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin yasaklama Kanun'un 6. maddesiyle düzenlenmektedir.

610 Kanun'un 6. maddesinin 1. fıkrasında *"bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkalarıyla yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlarla kötüye kullanması"* yasaklanırken, devam eden fıkrada yine tahdidi olmayan bir şekilde, kötüye kullanma örnekleri verilmektedir.

4054 sayılı Kanun'un 6(a) maddesinde *"ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler"* hakim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilmiştir. Bu bağlamda madde metninde yer verilen "kötüye kullanma" kavramı üzerinde durulması, soruşturma konusu Turkcell uygulamalarının değerlendirilmesi bakımından önem arz etmektedir.

620 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinde, kötüye kullanma halleri sayılmakla birlikte, ilgili madde kötüye kullanmanın ne anlama geldiği konusunda bir açıklamaya gitmemiştir. Diğer yandan kötüye kullanma kavramı Karbogaz kararında aşağıdaki şekilde tanımlanmıştır¹²;

"... teşebbüsün varlığı ile doğrudan ilişkili olan ve piyasa yapısına normal rekabetin işleyişindeki şartlardan farklı metotlarla etkide bulunmak suretiyle rekabetin devamını veya büyümesini engelleyen ve bu nedenle rekabetin zayıflamasına yol açan her türlü davranış..."

Rekabet Kurulu'nun 06-24//304-71 sayılı Frito Lay kararında ise;

630 *"Rekabet, rakip teşebbüsleri zor durumda bıraktığı için onları yeni teknolojiler bulmaya, maliyetleri minimize etmeye ve böylece ilerlemeye ve rekabette avantajlar yakalamaya itecek olup rekabetin istenme ve korunma nedenleri arasında bu sayılan unsurlar gösterilebilecektir. Dolayısıyla anılan ifadenin **iktisadi gerçeklere uygun olarak** dar yorumlanması ve ancak rakiplerin fiilen rekabet edebilme imkanını büyük ölçüde azaltan veya tamamen ortadan kaldıran durumların bu çerçevede değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmiştir.*

(...)

640 *4054 sayılı Kanun tarafından yasaklanan; hakim durumda olmak değil, ancak bu hakim durumun kötüye kullanılmasıdır. Bu ayırımın temel amacı, teşebbüslerin kendi iç etkinlikleri sonucu başarılı bir şekilde pazar paylarını artırmalarına imkan tanınması ihtiyacıdır. Rekabet teşebbüsler arası bir yarış ise, teşebbüslere bu yarış ortamında kendi iç etkinlikleri ve dinamiklerinden kaynaklanan imkanlarını pazarda diğer rakiplerinin önüne geçmek üzere kullanma imkanı tanınmalıdır. Zaten hiçbir ayrıma gidilmeksizin teşebbüslerin hakim durumlarını sürdürmelerinin ve hatta güçlendirmelerinin "per se" bir yaklaşım içerisinde yasaklanması yerinde bir uygulama olmayacaktır. Aksi takdirde rekabetten beklenen yararların elde edilmesi*

¹² 23.8.2002 tarih ve 02-49/634-257 sayılı Karar, 24.4.2004 tarih ve 25442 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

mümkün değildir. Diğer yandan teşebbüs, eğer bu iç etkinliğini sürdüremezse, zaman içerisinde rekabet ortamında gerçek ya da potansiyel rakiplerin, pazar gücüne sahip olan teşebbüsün bu gücünü önemli ölçüde sınırlandırması beklenebilir. Bunun en temel ön koşulu ise pazara girişin önünde yapısal ya da davranışsal bir giriş engeli bulunmamasıdır.”

ifadelerine yer verilmektedir.

650 Hakim durumda bulunan teşebbüslerin diğer teşebbüslerle karşılaştırıldığında niyetlerinden bağımsız olarak rekabetin sınırlandırılması sonucunu doğuran eylemlerinin bilincinde olma ve bu davranışlardan kaçınma yükümlülüğü bulunmaktadır. Diğer bir ifade ile, hakim durumdaki bir teşebbüsün kötüye kullanma niyeti olmasa bile, eylemleri pazardaki rekabeti sınırlandırıyor, bu durumda söz konusu eylemlerin kötüye kullanma olarak kabul edilip rekabet kuralları çerçevesinde yasaklanması gerekmektedir.

Hakim durumdaki firmalarca gerçekleştirilebilecek kötüye kullanma davranışları genel olarak “dışlayıcı” ve “sömürücü” nitelikte davranışlar olarak iki başlık altında toplanmaktadır.

660 Dışlayıcı karakterdeki bir eylemin varlığından bahsedilmesi hakim durumdaki teşebbüsün incelemeye konu davranışının pazarda yaratacağı etkilerin değerlendirilmesini gerektirmektedir. Bu etki fiilen gerçekleşmiş olabileceği gibi, bu davranışın piyasada rekabeti engelleyici bir sonuç doğurmasının kuvvetle muhtemel olduğunun veya rekabetin engellenmesi riski yarattığının ortaya konulması da bu davranışın kötüye kullanma olarak nitelendirilmesi için yeterli görülebilmektedir. Nitekim ATAD, yıkıcı fiyatın piyasadaki etkisine ilişkin unsurlardan biri olan hasada yönelik görüşünü *Tetra Pak II* kararında¹³ açıklığa kavuşturarak, rakiplerin bertaraf edilmesi olasılığının bulunması durumunda dahi yıkıcı fiyatın cezalandırılması gerektiğini belirtmiş ve bu tutumuyla, rekabetin bozulmaması amacı doğrultusunda, rakibin gerçekten bertaraf edilmesine kadar beklemenin kabul edilemeyeceğini vurgulamıştır. Olası piyasa etkilerinin kanıtlanmasının gerekli olmadığı, İlk Derece Mahkemesi'nin (İDM) yakın zamanlı *Wanadoo* kararında¹⁴ da teyit edilmiştir. Aksi takdirde kanun tarafından yasaklanan fiillerin etkilerini doğurması, dolayısıyla kanunun amaçladığı rekabet düzeninin ortadan kalkması yapılan düzenlemenin özü ile bağdaşmayacaktır.

670 Bunlara ek olarak kötüye kullanma teşkil eden bir dışlayıcı davranışın ihlal olarak belirlenmesinde, bu davranışın salt bir hakkın kullanılması dolayısıyla rakiplerin engellenmesine yol açmasının değil ancak;

- Hakim durumun yaratılması ya da pazar gücünün korunmasına önemli ölçüde katkı sağlaması,
- 680 ➤ Rekabetin ortadan kaldırılması ya da sınırlandırılmasına yol açmaktan başka ekonomik bir anlamı ve diğer bir gerekçesi olmaması

hususlarının önem arz ettiğinin belirtilmesi gerekmektedir.

¹³ Tetra Pak International v. Commission [1996] ECR I-5951, para. 44.

¹⁴ France Télécom SA v. Commission, T-340/03, para. 195-196. Karar, daha sonra temyiz için ATAD'a taşınmış, ATAD, 2.4.2009 tarihli France Télécom SA v. Commission C-202/07 kararıyla temyiz talebini reddetmiştir.

Bu bakımdan hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin yapılacak değerlendirmelerde göz önünde bulundurulması gerekli unsurlar, inceleme konusu eylem ya da sonuçların objektif ya da haklı ticari, ekonomik (etkinlik, üstün ürün) ve teknik (teknik imkansızlık) sonuçlara bağlı olup olmamasıdır. Bu bağlamda inceleme kapsamında soruşturma konusu Turkcell uygulamalarının objektif unsurlara dayanıp dayanmadığı da değerlendirilmiştir.

690 Rekabet hukuku doktrininde dışlayıcı bir eylem olarak pazar kapama (market foreclosure) “potansiyel ya da mevcut rakiplerin alt veya üst pazarlara girişinin bir veya birden fazla teşebbüs tarafından bir dizi eylemle engellendiği stratejik davranış¹⁵” olarak tanımlanmaktadır. Münhasır satın alma sözleşmelerinin ya da fiili olarak bu sonucu doğuracak uygulamaların pazarda rekabeti ortadan kaldıracak etkileri olabilmektedir. Tek elden satın alma yükümlülüğünün öngörüldüğü hallerde, bu yükümlülük altına giren alıcıların, başka teşebbüslerden de mal satın alabilme özgürlüğünün tamamen ortadan kaldırıldığı ve dolayısıyla pazardaki diğer teşebbüsler açısından da rekabetin ya tamamen ortadan kalktığı ya da önemli ölçüde azaldığı durumlarda, kötüye kullanmadan söz edilebilmektedir.¹⁶ Bunun ötesinde tek elden satın alma yükümlülüğünün öngörülmediği hallerde bağlılık (sadakat) indirimleri (loyalty rebates) veya işletmelerin münhasıran hakim durumda olan işletmeden alım yapmaları ve rakiplerin piyasaya girişinin zorlaştırılması amacına yönelik olan veya bu etkiyi gösteren uygulamaları da kötüye kullanma olarak nitelendirilebilmektedir.

700 Turkcell’in soruşturma konusu uygulamaları rekabet hukuku doktrini, AB mahkeme ve yüksek mahkeme içtihatları ile rekabet otoritelerinin kılavuz niteliğindeki ikincil mevzuatları ve Rekabet Kurulu’nun içtihatları çerçevesinde değerlendirilecektir. Bu bağlamda sonraki bölümlerde rekabet mevzuatı ve içtihadı bakımından soruşturma konusunu oluşturan münhasırlık ve indirim sistemleri kavramları hakkında detaylandırılmış açıklamalara yer verilecektir.

710 I.7.2.2. Tek Firma ile Çalışma Yükümlülükleri (Tek Marka Anlaşmaları) / İndirim Sistemleri

Fiyat dışı rekabet kısıtlamalarının konu olduğu anlaşmalardan biri olan tek marka anlaşmaları temel olarak, *alıcının alımlarını belirli bir üreticiden temin etmesini gerektiren yükümlülükler* olarak tanımlanabilir¹⁷. Anlaşmanın doğal sonucu, üst piyasadaki bir sağlayıcının, alt piyasada faaliyet gösteren alıcı için, mal ya da hizmet tedarik edilmesi konusunda tek yetkili kılınmasıdır.

Tek marka anlaşmasının yalnızca taraflar arasında akdedilen sözleşmede yer alan münhasır çalışma yükümlülüğü yükleyen bir maddenin ötesinde; fiili olarak teşebbüsleri bu şekilde davranmaya iten yükümlülükler bütünü olarak tanımlanması

¹⁵ Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 150.

http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/images/file/Ekonomi/REKABET_TERIMLERI_pdf.pdf

¹⁶ Turkcell’in münhasır ilişkiler yoluyla pazarı kapattığı ve 4054 sayılı Kanunu ihlal ettiğinin tespit edildiği 29.12.2005 tarih ve 05-88/1221-353 sayılı Rekabet Kurulu Kararı bu bağlamda bir örnek niteliği taşımaktadır. Kurul kararında, GSM hizmetleri piyasasında hakim durumda bulunan Turkcell’in, GSM cep telefonu distribütörleri ile münhasır çalışarak veya bunları kendisine bağımlı konuma getirerek, anılan distribütörlerin rakip operatörlerle kampanya yapmasını ve bu distribütörlere ait cihazların rakip operatör hattı ile satılmasını engellediği belirtilmektedir. Aynı zamanda distribütörlerin bayileri olan aktivasyon merkezleri ile de münhasır temelde iş yapılması, rakip operatörün piyasadaki faaliyetlerini zorlaştırıcı unsurlar olarak değerlendirilmiştir.

¹⁷ Elhaage & Geradin (2007) “Global Competition Law and Economics” s.494

720 gerekliliği AB Komisyonu (Komisyon) tarafından da belirtilmiştir. Komisyon tarafından yayınlanan “Dikey Sınırlamalara İlişkin Kılavuz¹⁸”da tek marka zorunluluğu sağlayıcı tarafından “*alıcıya yönelik tasarlanan ve belirli bir piyasada alımların tamamının kendisinden temin edilmesi sonucunu doğuran tüm yükümlülükler ve teşvik şemaları*¹⁹” olarak tanımlanmıştır. Komisyon tarafından da belirtildiği üzere bu gibi uygulamaların temel risklerinden birisi piyasanın rekabete kapatılmasıdır.

730 Tek marka anlaşmalarının belirleyici özelliği, alıcının ihtiyacının tamamını tek bir sağlayıcıdan temin etmesi sonucunu doğuran yükümlülük ve teşvik planlarını içermesidir. Bu yükümlülük, ihtiyacın tamamının tek bir sağlayıcıdan temin edilmesine yönelik olabileceği gibi, alıcının rakip sağlayıcılardan mal ve hizmet temin etmesini engellemek amacıyla da tasarlanmış olabilir. Anlaşma aracılığıyla alıcı üzerine getirilen bu türden bir sınırlama olmasa dahi, sağlayıcının uyguladığı sadakat indirimi, hedef indirimi gibi bir takım teşvik planları da alıcının ihtiyacını münhasıran tek bir sağlayıcıdan temin etmesi sonucunu doğuruyorsa, anlaşma bu kapsamda değerlendirilecektir²⁰. Bu bağlamda Turkcell’in pazardaki konumu ve soruşturma konusu bakımından fiyat indirimleri ve indirim sistemleri hakkında detaylı bilgi verilmesi gerekmektedir.

I.7.2.3. İndirim Sistemleri

740 Satışa sunulan mal veya hizmetlerin fiyatlarının, doğrudan ya da dolaylı yollarla düşürülmesine “fiyat indirimi” denilmektedir. Bu yolla, sağlayıcılar fiyat üzerinden rekabet ederek müşterilerinin rakipleri yerine kendilerini tercih etmesini sağlamaya çalışmaktadır.

Fiyat indirimleri, tüm müşteriler için geçerli olan liste fiyatlarının aşağı çekilmesi şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, alıcıların belirli özelliklerine bağlı olarak verilen “seçici fiyat indirimleri” ya da alıcıların belirli şekilde davranması karşılığında verilen “indirim sistemleri” şeklinde de ortaya çıkabilir.

İndirim uygulamaları; dikey bir üretim zincirinde, ya sağlayıcının tek taraflı iradesinin bir yansıması (tek taraflı davranış) olarak, ya da sağlayıcı ile alıcı arasındaki bir irade uyuşmasının (anlaşmanın) sonucu olarak ortaya çıkabilmektedir.

750 İndirim sistemlerinin belirgin özelliği, pazardaki müşterilerin bir kısmı indirimden faydalanırken diğer bir kısmının faydalanamıyor olmasıdır. İndirimler, genellikle sağlayıcının koyduğu bir yükümlülüğün alıcı tarafından yerine getirilmesine bağlı olarak verilmekte ve böylece alıcıların, belirli bir şekilde davranması amaçlanmaktadır. İndirim uygulamalarında alıcılara getirilen yükümlülük; herhangi bir ürüne ilişkin belirli bir miktarın satıcıdan alınması şeklinde objektif bir koşul olabileceği gibi, belirli bir referans dönem içerisinde alıcının ihtiyaçlarının önemli bir kısmını satıcıdan temin etmesini öngören bir miktar, ciro ya da pazar payı hedefi, alıcının, satıcı dışındaki hiçbir sağlayıcıdan ürün almamasını öngören bir münhasırlık şartı ya da alıcının satış faaliyetlerine veya satış sonrası faaliyetlere katkı sağlaması gibi başka koşullar da olabilmektedir.

I.7.2.3.1. İndirim Sistemlerinin Sınıflandırılması

¹⁸ Commission Notice “Guideline on vertical Restraints” 2000/C 291/01

¹⁹ Prg. 138

²⁰ Karakurt A. (2005) s. 36

760 Doktrinde,²¹ indirim sistemleri dört kategori altında sınıflandırılmaktadır: “miktar indirimleri”, “satış hedefi indirimleri”, “münhasırlık karşılığı verilen indirimler” ve “rakip sağlayıcıları hedef alan indirimler”.

Miktar indirimleri, indirim sistemleri içinde belki de en basit olanıdır. Bu indirim sisteminde, belirli orandaki bir indirim alım miktarı belirli bir eşiği geçen müşterilerin tamamına uygulanır.

Satış hedefi indirimleri de yaygın olarak karşılaşılan bir indirim sistemidir. Herhangi bir müşteriye bir önceki yıl alım miktarını belirli bir oranda aşması halinde verilen küçük bir indirim, satış hedefi indirimlerine örnek olarak gösterilebilir.

770 Sağlayıcının, alıcının tüm gereksinimlerini kendisinden sağlaması halinde alıcıya fazladan bir indirim sağlaması halinde münhasırlık karşılığı verilen indirimlerden söz edilebilir. Hakim durumdaki firmanın münhasırlık karşılığı verilen indiriminden yararlanan müşteri, tanım gereği, kendi alımlarını rakip sağlayıcılara kapatmaktadır. Komisyon tarafından yapılan incelemelerde münhasırlık karşılığı verilen indirimler sadakat indirimleri başlığı altında değerlendirilmektedir.

Son olarak, rakip sağlayıcıları hedef alan indirimlerde, hakim durumdaki firma, rakip sağlayıcılar üzerinden ürün temin etmeye başlama olasılığı bulunan müşteriler için özel indirimler önerebilmektedir.

Münhasırlık Karşılığı Verilen İndirimler

780 Yerleşik içtihatla, hakim durumdaki firmanın indirim politikalarının ciddi bir biçimde sınırlandırıldığı görülmektedir. Komisyon ve ATAD tarafından indirim sistemlerine ilişkin yapılan incelemelerde pazarın kapatılması ve küçük rakiplerin rekabet yeteneğinin kısıtlanması üzerinde özellikle durulmuştur.

790 AB rekabet hukuku uygulamasında, hakim durumdaki teşebbüs tarafından müşteriye bir ürüne yönelik tüm gereksinimlerinin kendisinden temin edilmesi yönünde bir yükümlülük getirilmesi uzun bir süre hakim durumun kötüye kullanılması bağlamında *per se* ihlal olarak kabul edilmiştir. Bu durum, Komisyon’un Dikey Sınırlamalara İlişkin Kılavuz’unda²² açıkça “82. madde, hakim durumdaki firmaların sadakat indirimleri uygulamasına özellikle izin vermez.” ifadeleriyle de ortaya konmuştur. Bu safhada, AB rekabet mevzuatı bakımından *per se* ihlal olarak değerlendirilmiş bu durumun gelişimi için önem arz eden çeşitli davalar hakkında bilgi verilmesi faydalı olacaktır.

Öncelikle belirtilmesi gereken husus, yapılan incelemelerde bir ayırım yapılmadan tüm müşterilere eşit koşullarda önerilen objektif miktarlara ilişkin indirimlerle, sadakat indirimleri arasında bir ayırma gidildiğidir.

Avrupa Şeker Karteli davasında²³, Komisyon tarafından temel olarak Avrupa şeker üreticileri arasındaki kartel ele alınmakla birlikte, bu dava kapsamında hakim durumdaki SZV’nin indirim sisteminin de bir ihlal oluşturduğu tespit edilmiştir. İhlal olduğu tespit edilen indirim sisteminde, yıllık gereksinimlerinin tamamını anılan firmadan sağlayan müşterilere “yıllık miktar indirimi” sağlanmıştır. Müşteri, başka bir

²¹ Ridyard, D. (2002), “Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses Under Article 82 - An Economic Analysis”, ECLR, Vol: 23, No:6, s. 286, 288-290.

²² Guidelines on Vertical Restraints, (2000/C 291/01)

²³ European Sugar Cartel (1973), OJ L 140/17.

800 firmadan alım gerçekleştirmesi halinde yıllık alımlarının tümü için elde edeceği indirim tamamen kaybetmektedir.

ATAD'ın Komisyonun aldığı bu kararı onadığı kararında²⁴ söz konusu indirim politikasının diğer kaynaklardan da şeker temin eden müşterileri meşrulaştırılması mümkün olmayan bir dezavantaj içerisinde bıraktığı ve SZV'ye yabancı üreticilerin kendi müşterilerine yönelik tedarik hacimlerini "kontrol etme" imkanı tanıdığı sonucuna varılmıştır.

Bu kararda ATAD tarafından ilk kez miktar indirimleriyle sadakat indirimleri arasında bir ayrıma gidildiği vurgulanmaktadır. Bu bağlamda, ilgili kararda ATAD tarafından sadakat indirimlerine ilişkin:

810 *"...söz konusu indirim yalnızca anılan üreticiden yapılan alımın miktarı ile bağlantılı bir miktar indirim olarak değerlendirilmemeli aksine Komisyon tarafından da doğru bir biçimde tanımlandığı gibi finansal bir avantaj sağlayarak müşterilerin alımlarını rakip üreticilerden gerçekleştirmesini engelleyen bir sadakat indirim olarak değerlendirilmelidir."*²⁵

değerlendirmesi yapılmaktadır

Sadakat indirimlerinin hem Komisyon hem de ATAD tarafından, alımlarını hakim durumdaki firmadan münhasıran gerçekleştirmeyen müşterilere karşı bir ayrımcılığa ve rakiplerin dışlanmasına neden olması nedenleriyle ihlal olarak değerlendirilmiş olduğu görülmektedir²⁶.

820 Bu açıklamalar ertesinde Turkcell'in savunmasında yer verdiği soruşturmaya konu uygulamaların önceki Rekabet Kurulu kararları (06-204/304-71 ve 05-38/487-116 sayılı) ışığında sadakat indirim olarak değerlendirilebilmesi için müşterinin ihtiyacının tamamının veya en azından önemli bir kısmının kendisinden karşılanması gerektiği, Turkcell'in soruşturmaya konu uygulamalarının bu şartı yerine getirmediği, zira bu tür bir uygulamanın müşteri bazında yapılması ve müşterinin toplam alım miktarı dikkate alınarak müşteriye özgü düzenlenmesi gerektiği yönündeki iddialar değerlendirmelidir.

830 Savunmada, Turkcell'in uyguladığı olduğu indirim politikasının sadakat indirim olmadığı, bu tür bir uygulamanın müşteri bazında yapılması ve müşterinin toplam alım miktarı dikkate alınarak müşteriye özgü düzenlenmesi gerektiği yönündeki standarda, Rekabet Kurulu'nun 05-38/487-116 sayılı kararında yer bulan;

"Atlas Pazarlama tarafından dağıtımı yapılan ürünlere ilişkin verilen indirim, tüm ÖSM'ler için aynı oranda tespit edilmiştir. Diğer bir ifade ile her bir ÖSM'nin ihtiyacına göre yapılandırılmış farklı farklı indirim sistemleri mevcut değildir. Bu yönüyle ilk bakışta söz konusu sistemin alıcıların ihtiyacının önemli bir kısmının Ülker'den temin edilmesine yönelik olarak düzenlendiğini söylemek zordur."

ifadeleri örnek gösterilmektedir. Yukarıda "İndirim Sistemlerinin Sınıflandırılması" başlığı altında yer verilen değerlendirmelerde görüleceği üzere indirim sistemleri

²⁴ Judgment of the Court of 16 December 1975. - Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA and others v Commission of the European Communities. - Joined cases 40 to 48, 50, 54 to 56, 111, 113 and 114-73.

²⁵ Para. 513.

²⁶ Karakurt, 2005, 115-6.

840 kendi içinde farklı alt başlıklar altında incelenebilmektedir. Savunmada öne sürülen ve Rekabet Kurulu kararında yer verilen indirim sistemi münhasırlık sonucu doğuran hedef indirimleri başlığı altında değerlendirilmesi gerekli bir indirim şeklidir. Bu husus savunma tarafından yer verilen aynı Rekabet Kurulu kararında aşağıdaki şekilde ifade edilmektedir;

“Bu çerçevede, Ülker Grubu’nun portföy gücü de dikkate alındığında, inceleme konusu ÖSM anlaşmalarında yer alan hedef indirim sisteminin hacim etkinliğine yönelik bir indirim olma niteliğini kaybederek ÖSM’leri ihtiyaçlarının önemli bir bölümünü Atlas’tan satın almaya zorlayacak bir sadakat indirimi haline dönüşme olasılığı son derece yüksektir.”

850 Soruşturma kapsamında incelenen Turkcell uygulamaları ise, savunmada bahsedilen münhasır etkiye sahip hedef indirimleri değil, bu indirim sistemine göre pazarın yapısal özelliklerine bağlı olarak, pazarın rakiplere kapatılması bakımından daha vahim ve etkili sonuçlar doğurabilecek münhasırlık karşılığı verilen indirimlerdir. Dolayısıyla savunmanın öne sürdüğü üzere indirim uygulamasının *“müşteri bazında yapılması ve müşterinin toplam alım miktarı dikkate alınarak müşteriye özgü düzenlenmesi gerektiği yönündeki”* iddianın geçerli olmadığı anlaşılmıştır.

I.7.3. Genel Değerlendirme

Bu aşamada Turkcell tarafından uygulandığı tespit edilen fiillerin yukarıda çizilen teorik çerçevede rakiplerin pazara girişini doğrudan ya da dolaylı olarak engelleyip engellemediği değerlendirilecektir. Bu bakımdan ihlal dört başlık altında sınıflandırılacaktır;

- 860
- Kontör/dakika hediye edilen kampanyalara diğer operatörlerin katılımının reddedilmesi yoluyla fiili münhasırlık yaratılması,
 - Kontör/dakika hediye edilen kampanyalarda rakip GSM operatörlerin başta kontör/dakika olmak üzere GSM faydası hediye etmesinin engellenmesi yoluyla fiili münhasırlık yaratılması,
 - Turkcell tarafından kontör/dakika hediye edilecek kampanyalarda alıcı firmalara uygulanan mecra ve barem indirimlerinin münhasır çalışılmaması durumunda uygulanmaması yoluyla fiili münhasırlık yaratılması,
 - “Turkcell’liler Kazanır” logosunun tanıtım görsellerinde kullanılması karşılığında indirim sağlanması.

870 Bu başlıklar altında temel olarak yukarıda yer verilen uygulamaların 4054 sayılı Kanun’un 6. maddesi kapsamında olup olmadığı belirlenecektir.

I.7.3.1. Kontör/Dakika Hediye Edilen Kampanyalara Diğer Operatörlerin Katılımının Reddedilmesi Yoluyla Fiili Münhasırlık Yaratılması

880 Turkcell tarafından, hem önaraştırma hem de soruşturma dönemlerinde, kendilerinin kontör/dakika hediye edilen kampanyalarda ya da bu kampanyalarda uygulanacak indirimlerin sağlanmasında rakiplerini dışlayıcı hiçbir uygulamalarının bulunmadığı belirtilmekle beraber yapılan yerinde incelemelerde, durumun Turkcell’in iddia ettiği gibi gerçekleşmediği yönünde ciddi emare, bilgi ve belgelere ulaşılmıştır. Aşağıda ilgili belgelerin içeriklerine değinilerek rekabetin ne şekilde sınırlandırıldığına ilişkin açıklamalara yer verilecektir.

Soruşturma raporunda 1. belge olarak yer alan 27.10-5.11.2004 tarihlerinde Turkcell çalışanları arasında gerçekleşen yazışma şu şekildedir:

Turkcell çalışanı 1:

“(...) Turkcell markasının önerilen kampanya içindeki sunumunun uygunluğu soru işaretim aslında burada çünkü daha önce belirttiğim gibi²⁷ **Avea ile de çalışmak istiyorlar. Ya senin daha önce önermiş olduğun yöntem ile, reklam ve duyurular sırasında Turkcell ismi ve OMO [Other Mobile Operators-Diğer GSM operatörleri] isimleri hiç geçmeyecek, ya da biz bunu kabul etmiyoruz deyip başka seçenek vermeyeceğiz.(...)**”

890 Turkcell çalışanı 1:

“Arkadaşlar merhaba,

Aşağıda ayrıntıları bulacağınız gibi bir projesi var Akbank'ın; bankacılık alanında **Akbank'ın öne çıkarmak istediği kanaldan işlem yapan müşterilere kontör/dakika hediye etmek isterler.** YKB [Yapı Kredi Bankası] gibi kredi kartı kullanımı için değil, uzun dönemli bir kampanya da değil, en azından şimdilik. Akbank hazırlık açısından 2004 yılında projeyi hayata geçirebilir gibi görünüyor. Diğer alternatif 2005'de hayata geçirmek.

Bizim açımızdan uygun, bir sektörde birden fazla marka ile işbirliği yapmakta sorun yok diye konuşmuştuk daha önce de.

900 **Tek sorun Akbank'ın Avea'yı da kampanyaya dahil etmek istemesi, buna yanıtımız olumsuz olacaktır.**

Ancak Avea'sız olması durumunda bizim görüşümüz olumludur.

Sizin de görüşlerinizi rica ederiz, toparlayıp müşteriye geri döneceğiz.”

Turkcell çalışanı 2:

“Akbank öne çıkarmak istediği kanaldan işlem yapan müşterilere kontör/dakika hediye etmek ister.

(YKB gibi Kredi Kartı ile değil) **Akbank Avea'yı da kampanyaya dahil etme istiyor, buna yanıtımız olumsuz olacaktır. Ancak Avea'sız olma durumunda görüşünüz ne olur?**”

910 Turkcell çalışanı 3:

“Kampanyanın boyutu, Akbank kaçınıcı banka vs. olduğunu bilmiyorum ancak YKB'ye **exclusivite [münhasırlık] sözümüz yoksa Avea'sız durumda bence satabiliriz.**”

Turkcell'in mobil pazarlama alanında faaliyet gösteren çalışanlarının Akbank'ın kontör/dakika hediye etmeyi planladığı bir kampanyası hakkında birbirlerini bilgilendirdikleri, bu bağlamda, kampanyaya Avea'nın da katılımının istendiği bilgisinin paylaşıldığı, Avea'nın katılımı konusundaki fikirlerin soruşturulduğu, Turkcell çalışanları tarafından Avea'nın katılımının olmaması durumunda kampanyaya yönelik olumlu görüş bildirileceğinin ifade edildiği görülmektedir.

920 Soruşturma raporunda 2. belge olarak yer alan 20.2.2006 tarihinde Ülker çalışanı, mobil pazarlama ajansı Mobilera çalışanı ve Turkcell çalışanları arasında gerçekleşen yazışma şu şekildedir:

Ülker çalışanı:

“Geçmiş Coca-Cola kampanyalarında Turkcell hattı olmayanlar internet sitesinden katılım yapabilmişler. **Biz de Turkcell hattı olmayanları dışlamamak ve onların tepkisini azaltmak için internetten katılımı seçenek olarak görüyoruz. Rica etsem konuyu araştırıp bize geri döner misiniz?**”

Mobilera çalışanı:

930 “...Cola Turka, mevcut Dikkat Ev Çıkabilir kampanyasında, bildiğin gibi kontör/dakika ücretlendirmesi yapıyor. Bu kampanyaya, web'den katılımı da entegre etmek istiyorlar ve burdan da AVEA ve TELSİM katılımları da almayı hedefliyorlar.

Ben kontör/dakika ödüllendirmesinde bunun mümkün olmadığını söyledim, onlar da diğer operatör abonelerini sadece büyük hediye çekilişine katılmaya hak kazanmalarını istediklerini söylediler. Ve alttaki mailde de göreceğin gibi, bu tarz bir uygulamayı Coca-Cola'nın, daha önce yaptığını iddia ettiler. Bu konudaki kararınızı bana bildirebilerseniz sevinirim.”

Turkcell çalışanı:

“**Kontör dakika hediyesi haricindeki hediyeler için, uzatılan süre için hazırlayacağımız ek protokolde de belirtilmesi koşullarıyla, Web'den katılım uygundur. Bilgine, kolay gelsin.”**

940 Yukarıdaki elektronik postaların içeriğinden, başlangıç noktasının 2004 yılı Kasım ayı olduğu tespit edilen, Ülker çalışanı tarafından da diğer GSM operatörlerinin abonelerini dışlayıcı olduğu ifade edilen uygulamanın 2006 yılında da devam ettiği görülmektedir. Ayrıca, yazışmalardan, benzer bir uygulamanın geçmişte Coca-Cola için de yapıldığı anlaşılmıştır.

950 Ülker çalışanı tarafından, Cola Turka markası için hazırlanacak promosyon kampanyasında Turkcell hattı olmayan tüketicileri dışlamanın önüne geçilmesi için diğer operatörlerin aboneleri için internetten katılımın²⁸ sağlanması talep edilmektedir. Belgenin devamında Mobilera çalışanı tarafından kontör/dakika ödülünün bu kapsamda verilemeyeceğinin Ülker çalışanına iletildiği anlaşılmaktadır. Mobilera uzun süredir Turkcell ile çalışan ve Turkcell'in iş ortağı konumunda bulunan, pazarlama ajanslarından biridir. Bu ajansın Turkcell ile olan uzun süreli iş ilişkisi dikkate alındığında Turkcell adına kontör/dakika verilemeyeceğini ifade etmesi büyük önem taşımaktadır.

Soruşturma raporunda 5. belge olarak yer alan, Avea tarafından gönderilen ve Kurum kayıtlarına 3.12.2008 tarih ve 7980 sayı ile giren yazının ekinde bulunan 30.1.2008 tarihinde mobil pazarlama ajansı Pharos çalışanı tarafından Avea mobil pazarlama bölümü çalışanına gönderilen elektronik posta şu şekildedir:

Pharos çalışanı:

²⁸ Web üzerinden katılımın söz konusu olduğu kampanyalarda Turkcell abonesi olmayan GSM aboneleri kampanyaya internetten gönderecekleri şifreler ile kampanya kapsamında bulunan çeşitli hediyeleri kazanabilmektedirler.

“(...)

960 *Bugün sizlerle toplantımız sonrasında Turkcell İş Ortaklığı programının detaylarının konuşulduğu toplantıda ‘Exclusivite’imizin [Münhasırlık] kalktığını öğrendik. **Sadece kontör/dakika kampanyalarında Turkcell ortak projelerde yer almayacak.***

Bu önemli gelişmeyi sizlerle de sıcaklığına paylaşmak istedik. (...)

Yukarıdaki yazışmadan, Pharos mobil pazarlama ajansı çalışanı tarafından Avea çalışanına, Turkcell tarafından münhasır çalışma yükümlülüklerinin kaldırıldığı ve fakat Turkcell’in kontör/dakika kampanyalarında diğer GSM operatörlerinin katıldığı ortak projelerde yer almayacağı bilgisinin verildiği görülmektedir.

970 Pharos, yine Mobilera gibi, Turkcell’in mobil pazarlama iş ortağı konumunda bulunan, Turkcell ile uzun süreli ve devamlı bir iş ilişkisi içinde olan ve bu teşebbüs tarafından sertifikalandırılmış bir mobil pazarlama ajansıdır. Bu nedenle, Pharos’un Avea çalışanlarına verdiği bilgi, bu şirketin konumu itibarıyla, Turkcell’in mobil pazarlama alanındaki yaklaşımını doğru bir şekilde yansıtması adına büyük önem teşkil etmektedir. Her ne kadar soruşturma konusu bakımından, Pharos yetkililerinin 3. kişilere vermiş oldukları beyanların Turkcell’i doğrudan bağlamayacağı kabul edilse dahi, destekleyici bir unsur olarak soruşturma muhatabı teşebbüsün mobil pazarlama ajansları nezdinde böyle bir bilgilendirmede bulunduğu ve rakipleri ile mobil pazarlama kampanyası düzenleyecek markaların kontör/dakika hediye edilecek kampanyaları düzenlemesinin önüne geçildiği kanaatine varılmaktadır.

980 Soruşturma raporunda 3. belge olarak yer alan, 25.1.2007 tarihinde mobil pazarlama ajansı Aerodeon çalışanı tarafından Turkcell çalışanına gönderilen elektronik posta şu şekildedir:

Aerodeon çalışanı:

“2) K/D talebi yapılacak numara Logizmo'nun 3131 numarası olabilir mi? Logo, melodi, oyun, vb için 3131'i kullanmayı düşünüyoruz. 3131 tüm operatörlere açık, ama k/dyi [kontör/dakikayı] sadece Turkcell'liler alacak, içerikleri herkes.”

Soruşturma raporunda 6. belge olarak yer alan, 3.4.2008 tarihinde Avea çalışanı ile Mobilera çalışanı arasında gerçekleşen yazışma şu şekildedir:

Avea çalışanı:

990 *“Markalara hala uzun numara veya sadece Turkcell alternatifleriyle sunduğunuz kampanyaları görüyoruz.*

Pazardaki münhasırlığın kalktığı bir ortamda, işbirliğimiz için de adım da attığımız bugünlerde bu kampanyaları kısa numara üzerinden hayata geçirmek istiyoruz.

Size bu konuda destek olmak için hazırız.”

Mobilera çalışanı:

1000 *“Uzun numarada şu anda devam eden 2 kampanyamız var ve izinleri ve hazırlıkları, 1 Mart miladından önce tamamlanmıştı. Dolayısıyla o milattan itibaren uzun numara önerisiyle hiçbir müşteriye yaklaşmıyoruz. (.....TİCARİ SIR.....), Turkcell only [sadece Turkcell] gördüğünüz tüm kurgular da ya yine milattan önce alınmıştır ya da kontör hediyesi barındıran kampanyalardır (Turkcell kontör ödüllendirmeli kampanyalarda 3 operatör kullanımına izin vermiyor bildiğiniz gibi).*

Yani müsterih olun, 3 operatör kampanya çıkmak için sabırsızlanıyoruz ve müjdeyi verelim çok yakında bir iki tane getiriyor olacağız.”

Bu yazışmada Turkcell'in kampanyalara 3 operatörün katılımına izin vermediğinin ve firmalar tarafından 3 operatörün katılımıyla düzenlenen kampanyalara talep olduğunun mobil pazarlama ajansı çalışanı tarafından Avea çalışanına ifade edildiği görülmektedir.

Her iki belgede de mobil pazarlama ajansı tarafından, kampanyanın sadece Turkcell tarafından GSM faydası verilecek şekilde kurgulandığı bilgisinin paylaşıldığı görülmektedir.

1010 Soruşturma raporunda 7. belge olarak yer alan 8.5.2008 tarihli belgede ise Turkcell'in kontör/dakika hediye edilen kampanyalara yönelik olarak kurumsal duruşunu ortaya koyan elektronik ortamda hazırlanmış "Kontör Dakika Kampanyaları Kriter Revizyonu" başlıklı bir sunum bulunmaktadır. Bu sunumda;

"Kontör ve Dakika kampanyaları yalnızca Faturalı/Hazır Kart aboneleri için kurgulanabilir. Diğer operatörlere açık kurgular içinde yer alınmaz"

ifadesine yer verilmektedir.

Yukarıda yer verilen sunumun ilgili maddesinden de anlaşılacağı üzere Turkcell'in kurumsal politikasının belirlenmesi bakımından açık ve net bir şekilde kontör/dakika hediye edilen mobil pazarlama kampanyalarında diğer operatörlere açık kurgular içinde yer alınmayacağı ifade edilmektedir.

1020 Soruşturma raporunda 15. belge olarak yer alan 15.06.2008 tarihinde Turkcell çalışanları arasında gerçekleştirilen yazışmalar şu şekildedir:

Turkcell çalışanı 1:

TV'de abone cep yaz 5151'e gönder tüm operatörler'den 100 kontör kazan şeklinde bir kampanya yayınlanıyor. Bu Kampanya ile ilgili bilginiz var mı acaba?"

Turkcell çalışanı 2:

"Bizim bilgimiz dahilinde olan bir kampanya değil. Emptor'dan baktık, Cep Master Logomelodi'nin numarasıymış. Şimdi sorumlu PM ile konuştum: (.....TİCARİ SIR.....). Kontör kartları alıp kampanya yapıyormuş taşıyıcılar. Sizin taşıyıcı k&d [kontör/dakika] kampanyalarına istinaden müdahaleniz oluyor muydu şu ana kadar?"

1030 Turkcell çalışanı 1:

"Bilgilendirme için teşekkür ederiz, bizim taşıyıcıların kampanyaları ile ilgili bir müdahalemiz olmadı hiç.

Ancak; daha önce TV'de bu tür bir kampanyaya da rastlamamıştım. Fiziksel kart alıp kontör dağıttıkları için, herhangi bir müdahale durumumuz yok."

Turkcell çalışanı 3:

"Daha önce bir iki ajanstan all [tüm] operatör kontör dakika için "kontör kart" vermeli çözümüne "hayır" demiştik Burcu ile de teyitleşerek, bu durumda bu kapıyı açıyor muyuz artık?"

1040 Turkcell çalışanı 3:

“3 operatör kampanyalar bizim için tabu, Turkcell 3rd partisinin tv’de bu şekilde duyuru yapması bizi kurumsal müşterilerimize karşı zor durumda bırakabilir, hiç kontrolümüz olmayan bu alternatifte yöneltebilir.

KKK [kazı konuş kartı] ile yaptıkları için engelleme imkanımız yok ancak en azından duyuru öncesi bunu yapacaklarını bilmemizde fayda olurdu. **TV + çok dikkat çekici.** Kaldı ki Esen’in bir çalışması var bu işi formal yoldan yapabilmek için **onda da 3 operatör değil sadece Turkcell olacak.”**

1050 Bu ifadelerden birkaç mobil pazarlama ajansı yoluyla diğer operatörlerin katılımının olduğu kurgularda normal kanallardan normal süreçler takip edilerek yapılan kampanyalar bir yana üçüncü kişiler tarafından düzenlenen kampanyaların dahi önüne geçilmeye çalışıldığı görülmektedir. 3 operatör kampanyaların Turkcell için tabu olarak nitelendirilecek şekilde önem arz etmekte olduğu ve Turkcell çalışanlarının 3 operatörün de katılımının gerçekleşeceği kampanyaları engelleme yönünde çaba sarf ettikleri anlaşılmaktadır.

Soruşturma raporunda 21. belge olarak yer alan bir mobil pazarlama ajansı ile Avea çalışanı arasında geçen yazışmalar sırasında mobil pazarlama ajansı çalışanı tarafından kullanılan ifadeler şu şekildedir:

“Henüz Turkcell’den kontör dakika konusunda net bir dönüş alamadığımız için veremiyoruz”

1060 Bu ifadeden, mobil pazarlama ajanslarının kendilerini Turkcell’den onay alma ihtiyacı içinde hissettikleri ve yazışmada yer alan mobil pazarlama ajansının, Turkcell ile olan ilişkisinden kaynaklanan bilgisi doğrultusunda, kontör/dakika hediye edilen kampanyalara diğer GSM operatörlerinin katılmayacağı bilgisini paylaştığı anlaşılmaktadır.

Soruşturma raporunda 22. belge olarak yer alan mobil pazarlama ajansı Aerodeon çalışanı ile Turkcell çalışanı arasında geçen yazışmalar sırasında kullanılan ifadeler şu şekildedir:

Aerodeon çalışanı:

1070 **“Kritik bir sorum var, istersen telefonda cevap ver. Turkcell ne zaman 3 operatör kontör dakika kampanyalarına izin vermeyi planlıyor, yol haritanızda var mı?”**

Turkcell çalışanı:

“Tarih olarak belirlenmiş bir başlangıç tarihimiz bulunmuyor, ama durum değerlendirmesi yapmamız için en azından önümüzdeki haftayı beklememiz gerekiyor. Değerlendirme sorumlusu bizim ekip olduğundan eş zamanlı diğer kontaklarla şu an bir değerlendirme yapmana gerek yok”

1080 Bu ifadeden de, Turkcell’in kendisini kontör/dakika hediye edilen kampanyalarda kampanyaların diğer operatörlere açılması için bir onay makamı olarak gördüğü, mobil pazarlama ajanslarının ise kendilerini Turkcell’den onay alma ihtiyacı içinde hissettikleri anlaşılmaktadır. Bu duruma ek olarak Turkcell çalışanının **“Tarih olarak belirlenmiş bir başlangıç tarihimiz bulunmuyor”** ifadesinin e-postanın gönderildiği tarih itibarıyla Turkcell’in 3 operatör kampanyalara izin vermediği yönünde kuvvetli bir emare olarak yorumlanması gerekmektedir.

Yukarıda yer verilen belgeler ışığında, Turkcell'in kontör/dakika hediye edilen kampanyalara rakiplerinin dahil olmasını engellemesinin pazarda doğurduğu etkiler bakımından rekabet hukuku mevzuat ve içtihadı çerçevesinde değerlendirmesine aşağıda yer verilmektedir.

1090 Bilindiği üzere 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (a) bendinde "...rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler..." kötüye kullanma olarak değerlendirilmekte ve hakim durumdaki teşebbüslerin bu türde eylemlerde bulunması yasaklanmaktadır. Bu maddede yer alan "*faaliyetlerin zorlaştırılması*" ihlal olarak değerlendirilen fiili ifade etmesi nedeniyle üzerinde önemle durulması gerekli bir kavram olarak ortaya çıkmaktadır. Hakim durumun kötüye kullanılması fiilinin genel değerlendirmesinin yapıldığı bölümde de açıklandığı üzere literatürde bir uygulamanın ihlal olarak değerlendirilebilmesi için söz konusu uygulamanın rekabetin ortadan kaldırılması ya da sınırlandırılmasına yol açmaktan başka ekonomik bir anlamının ve başkaca haklı bir gerekçesinin olmaması aranabilmektedir. Bu durum, davranışın ardında haklı bir ticari gerekçe bulunmadığının veya varsa bu gerekçe ve eylemin sonuçları mukayese edildiğinde gerekçenin eylemi haklı kılacak ağırlığının olmadığına ortaya konmasını gerektirmektedir. Bu gereklilik, rakip faaliyetlerinin 1100 pazarda olması beklenen olağan ve adil rekabetten kaynaklanan şekilde zorlaşması ile hakim durumdaki teşebbüsün rekabetçi olmayan bir takım eylemlerinden kaynaklanan şekilde zorlaşması arasında bir ayrıma gidilmesi zorunluluğunu da beraberinde getirmektedir.

Zorlaştırma fiilen gerçekleşmiş olabileceği gibi, davranışın piyasada rekabeti engelleyici bir etki doğurmasının kuvvetle muhtemel olduğu veya rekabetin engellenmesi riski yarattığı ortaya konulduğu takdirde de bu davranış bir kötüye kullanma olarak da nitelendirilebilmektedir.

1110 Bu açıklama doğrultusunda Turkcell'in kurumsal bir politika olarak benimsediği anlaşılan, rakiplerin var olduğu kontör/dakika kampanyaları içinde yer almama şeklinde gerçekleşen eyleminin ihlalin gerçekleştiğinin tespiti bakımından, ilgili tarih ve öncesi itibarıyla rakipler tarafından bu hizmetin teknik olarak sunulabiliyor ya da sunulamıyor olmasından bağımsız olarak da değerlendirilmesi gerekmektedir.

Her ne kadar kararda Turkcell dışındaki GSM operatörlerinin teknik kapasiteleri hakkında tespitlere yer veriliyor olsa da, bu tespitlerden bağımsız olarak, Turkcell tarafından uygulanan protestonun rakiplerinin potansiyel müşterileri dolayısıyla pazardaki talep doğrultusunda bu teşebbüslerin yatırım yapma güdülerini, iş planı oluşturma, yeni hizmetler sunma imkanlarını ortadan kaldırdığı görülmektedir.

1120 Hakim durumdaki bir teşebbüsün sahip olduğu markanın ya da sunduğu mal ve hizmetlerin tüketicilerin çoğunluğu tarafından "olmazsa olmaz ürün"²⁹ olarak değerlendirilmesi, alıcının alımlarının çoğunluğunu hatta tamamına yakın bir bölümünü, sadakati artırıcı önlemler olmadan da, hakim durumdaki sağlayıcıdan tedarik etmesi ile sonuçlanabilmektedir.

Bilindiği üzere soruşturma kapsamında belirlenen ilgili ürün pazarlarından biri **mobil pazarlama hizmetleri** pazarıdır. Bu pazarda GSM operatörleri tarafından sunulan hizmetler kontör/dakika hediye etmek isteyen işletmeciler için rakip değil fakat

1130 tamamlayıcı nitelikte ürünlerdir³⁰. Kontör/dakika hediye etmek isteyen bir marka için bu pazarlama kanalıyla mümkün olduğu kadar çok tüketiciye erişim temel amaç olduğundan abone bazında %(....)'lık pazar payına sahip olan Turkcell şebekesinin durumu özellikli bir nitelik sergilemektedir. Adrese dayalı nüfus kayıt sistemi 2008 yılı verilerine göre ülkemizde potansiyel olarak cep telefonu kullanıcısı olabileceği öngörülen 15 yaş üstü nüfus sayısı (.....)'tür. Turkcell 2008 yılı itibarıyla (.....) abonesiyle bu nüfusun kabaca %70'ine erişim sağlayabilmektedir³¹. Pazar payı ve buna bağlı olarak Turkcell'in markalara sağladığı erişim olanağı nedeniyle, yürütülen kampanyalarda Turkcell'in bulunması kampanyanın başarısı açısından son derece önemlidir. Zira Turkcell'in abone sayısının diğer operatörlerin toplamından fazla olduğu göz önüne alındığında, Turkcell'in dahil olmadığı bir kampanyada kampanyanın ulaşabileceği tüketici sayısı sınırlı kalacak ve ilgili kampanya marjinal bir nitelik sergileyecektir. Bu durumu kampanya geri dönüş ölçümleri de onaylamaktadır. 16.3.2009 tarihinde Aerodeon çalışanı tarafından Turkcell 1140 çalışanlarına gönderilen e-postada POAŞ tarafından üç operatörün de katılımıyla düzenlenen kontör/dakika kampanyasının dağılımına yer verilmektedir. Buna göre kampanyaya katılanların %(....)'sını Turkcell aboneleri, %(....)'ini Vodafone aboneleri ve %(....)'unu da Avea aboneleri oluşturmaktadır. Bu bağlamda Turkcell alt yapısının "olmazsa olmaz ürün" niteliğine sahip olduğu görülmektedir.

1150 Yukarıda yer verilen belgelerden de anlaşıldığı üzere hem mobil pazarlama ajansları hem de kampanya düzenleyen firmalar nezdinde Turkcell'in kendi hedef ve istekleri doğrultusunda kampanya kurgularına müdahale etmesi, bu kampanyalara kimlerin katılabileceğine karar vermesi piyasa aktörleri bakımından kanıksanmış bir davranış şekli olarak ortaya çıkmaktadır. Varoluş sebebi gelir elde etme olan ekonomik bir birimin hizmetlerine talip olan müşterilerine rakiplerinden hizmet alınmaması koşulunu getirmesinin objektif bir gerekçesi görülememektedir. Buna karşın bu uygulamanın ticari hayatın teamüllerine uymayan sıra dışı, haksız ve rakipleri pazar dışına iten bir uygulama olduğu kanaatine varılmıştır. Dolayısıyla, Turkcell'in anılan uygulamalarının 4054 sayılı Kanun'un 6 (a) maddesi olduğu anlaşılmıştır.

1.7.3.2. Kontör/Dakika Hediye Edilen Kampanyalarda Rakip GSM Operatörlerin Başta Kontör/Dakika Olmak Üzere GSM Faydası Hediye Etmesini Engellemek Yoluyla Fiili Münhasırlık Yaratılması

1160 Soruşturma kapsamında Turkcell'in, kontör/dakika hediye edilen kampanyalarda fiili olarak münhasır çalışılmasıyla sonuçlanan diğer bir uygulamasının, rakip GSM operatörlerin başta kontör/dakika olmak üzere GSM faydası hediye etmesini engellemek olduğu tespit edilmiştir. Bu kapsamda aşağıda ilgili belgelerin içerikleri dikkate alınarak rekabetin ne şekilde sınırlandırıldığına ilişkin açıklamalara yer verilmektedir.

Soruşturma raporunda 3. belge olarak yer alan yazışmada şu ifadelerin kullanıldığı görülmektedir:

³⁰ Ülkemizde farklı tarife seçeneklerinden yararlanmak amacıyla tüketicilerin birden fazla GSM operatörünün aboneliğinin olabildiği bilinen bir gerçektir. GSM operatörlerinin sunmuş oldukları mobil pazarlama hizmetlerine yönelik altyapı hizmetlerinin birbirinin ikamesi olabilmesi ancak kritik büyüklükteki kullanıcıların birden fazla GSM operatörünün abonesi olması ile mümkündür. Ancak bu halde, kontör/dakika hediye etmek isteyen markalar ya da mobil pazarlama ajansları kampanya düzenlerken rakip operatörler arasında tercih yapabileceklerdir.

³¹ Her bir kişinin tek bir aboneliği olduğu varsayımı bulunmaktadır.

“K/D [kontör/dakika] talebi yapılacak numara Logizmo'nun 3131 numarası olabilir mi? Logo, melodi, oyun, vb için 3131'i kullanmayı düşünüyoruz. 3131 tüm operatörlere açık, ama k/dyi sadece Turkcell'liler alacak, içerikleri herkes.”

1170 Esas olarak düzenlenecek bir kampanya için numara tahsisini konu alan yukarıdaki yazışmadan, mobil pazarlama ajansı yetkilisinin Turkcell çalışanlarını tüm operatörlerin katılımının talep edildiği bir kampanyada kontör/dakikanın sadece Turkcell tarafından diğer içeriklerin ise tüm operatörler tarafından verileceği konusunda bilgilendirdiği görülmektedir.

1180 Öncelikle belirtmek gerekir ki, belgenin oluşturulduğu tarih olan 25.1.2007 tarihinde diğer operatörlerin GSM faydası verdiği bir kampanyaya rastlanamamıştır. Yukarıda yer verilen belgenin soruşturma bakımından önemli olarak değerlendirilmesinin iki sebebi vardır. İlk olarak, belge ile kontör/dakika hediye edilen kampanyalarda ilgili dönemde 3 operatörün katılımının talep edildiği ortaya konmaktadır. Bunun dışında, belgeden kontör/ dakika faydasının yalnızca Turkcell tarafından sağlanabileceği, rakip GSM operatörleri tarafından ise ancak diğer faydaların verilebileceği anlaşılmaktadır. Bu belge tek başına Turkcell'in rekabeti ihlal ettiğini ortaya koyan bir belge olarak değerlendirilmemekle birlikte belgenin aşağıda yer verilecek diğer unsurlarla birlikte değerlendirilmesi halinde, Turkcell'in ilgili ürün pazarlarında uyguladığı stratejinin anlaşılması bakımından anlamlı bir bütünü tamamlayıcı nitelikte olduğu anlaşılmıştır.

Soruşturma raporunda 8. belge olarak yer alan 14.5.2008 tarihinde mobil pazarlama ajansı Aerodeon çalışanı ile Turkcell çalışanları arasında geçen yazışmalar sırasında kullanılan ifadeler şu şekildedir:

Aerodeon çalışanı:

1190 “(...)

3 operatör kontör problemi Eti'de de karşımıza çıktı.

Yeni bir portal üzerinde çalışıyorlar, (.....TİCARİ SIR.....)

Onlar 3 operatörden de yapabileceklerini düşünüyorlar, SMS göndermek yok, TV iletişimde kontör/dakika yok sadece bize MSISDN gelecek ve biz de yükleme yapacağız.

(.....TİCARİ SIR.....) Kontöre çok inanıyorlar ve denemek istiyorlar.

Yorumlarınızı bekliyoruz.”

Turkcell çalışanı 1:

1200 **“3 operatör kontör dakika kampanya isteği sayısı hızlıca artış gösteriyor. Şu anda elimizde bekleyen case'ler**

1. Pepsi: 3 operatör kampanya çıkmak istiyor; K&d [kontör/dakika] sadece Turkcell, diğer operatörlerde non-kontör ürün - Aerodeon-

2. Eti: 3 operatör kontör&dakika kampanyası çıkmak istiyor. - Aerodeon-

3. Ülker: 3 operatör kontör&dakika kampanyası çıkmak istiyor. - Mobilera-

Pepsi modeline ok vereceğiz diye düşünüyorum? Bu durumda diğer firmalara da aynı modeli sunacak mıyız? Nasıl aksiyon alalım?

Acil geri dönüşünüzü rica ediyoruz.”

Turkcell çalışanı 2:

1210 *“Çok tercih etmesek de Pepsi'nin istediği tüm operatörler olsun ama sadece Tcell'liler hem kd [kontör/dakika] hem diğer hediyeleri kazanabilsin, OMO [Other Mobile Operators-Diğer GSM operatörleri] aboneleri sadece diğer hediyeleri kazanabilsin daha önce de müşteri talebi üzerine yapılmış bir kampanya kurgusudur...”*

Turkcell çalışanı 3:

“Sadece Turkcell kontör verildiği ve diğer operatörlere verilen hediyelerin Turkcell'lilere de verildiği sürece ok'dir. TURKCELL her zaman bir çita yukarıda olur böylece.”

1220 Yukarıdaki yazışmalardan, üç operatör katılımının istendiği mobil pazarlama kampanyalarının sayısının artmakta olduğu, tarih itibarıyla gelinen aşamada Pepsi, Eti ve Ülker markaları tarafından somutlaşmış taleplerin ve projelerin var olduğu ve Turkcell çalışanları tarafından bu projeler ile ilgili olarak çalışma modelinin ancak Turkcell abonelerinin hem kontör/dakika hem de diğer hediyeleri, rakip operatör kullanıcılarının ise sadece diğer hediyeleri kazanabilecekleri şekilde tasarlanması konusunda görüş paylaşıldığı görülmektedir. Böylelikle, Turkcell tarafından tüketicinin gözünde Turkcell markasının her zaman “bir çita yukarıda” olması amaçlanmaktadır. Nitekim ilgili dönemde Pepsi tarafından gerçekleştirilen kampanyalarda yalnızca Turkcell aboneleri kontör/dakika faydası kazanabilmiştir.

Soruşturma raporunda 9. belge olarak yer alan 15.5.2008 tarihinde Turkcell çalışanları arasında geçen yazışmalar sırasında kullanılan bazı ifadeler şu şekildedir

1230 Turkcell çalışanı 1:

“Pepsi'ye ek olarak Eti'ye de konuyla ilgili bilgilendirme yapmak gerekiyor.

1 Haziran'da all-operator [tüm operatörler] k&d [kontör/dakika] çıkmak istiyorlarmış.”

(...)

Turkcell çalışanı 1:

“Eti ile Aerodeon konuşmuş; 3 operatör kampanyalarına yaklaşımımızı geçmiş ılımlı yaklaşmışlar.”

1240 Bu ifadelerden ise Turkcell'in diğer operatörlerin kontör/dakika hediye etmesini engellemek için oluşturduğu iş modeli hakkında kampanya düzenleyen firmaları mobil pazarlama ajansı kanalıyla bilgilendirdiği görülmektedir. Turkcell'in pazardaki konumu ve mobil pazarlama ajanslarıyla yukarıda örneklenen iş ilişkisi göz önünde bulundurularak 3. belgede yer alan yazışmanın içeriğinin birlikte değerlendirilmesi konunun doğru anlaşılması bakımından önemlidir. Bu bağlamda önceki başlık altında yer verildiği üzere, dosya kapsamında yer alan birçok belgede (soruşturma raporu 10, 11, 12, 13, 14, 18, 21 ve 22 numaralı belgeler) Turkcell'in kontör/dakika hediye edilecek kampanyalarda mobil pazarlama ajanslarıyla ve kendi içinde yaptığı yazışmalardan diğer operatörlerin kampanyaya katılımı konusundaki onay ilişkisinin görülmesi mümkündür.

1250 Üç operatör katılımının istendiği kampanya konusuyla ilişkili olarak ihlalin ne şekilde gerçekleştiğini gösteren unsurları içeren ve tespitler kısmında tamamına yer verilen belgelerin önemli kısımlarına aşağıda yer verilmektedir.

Soruşturma raporu 10. belgede yer alan 21.5.2008 tarihinde Turkcell çalışanları arasında gerçekleştirilen yazışmalarda şu ifadeler kullanılmıştır:

Turkcell çalışanı 1:

*"Bu kurguya **ok** dedik mi?"*

"Mobil oyun, duvar kağıdı, melodi, Avea'dan Gole Kontrollü Futbol Paketleri, Turkcell'den milyonlarca kontör ve Vodafone'dan milyonlarca bedava SMS ""

Soruşturma raporu 11. belgede yer alan 22.5.2008 tarihinde Turkcell çalışanları arasında gerçekleştirilen yazışmalarda şu ifadeler kullanılmıştır:

1260 Turkcell çalışanı 1:

*"...Bu durumda rakibe içerik vermesini **onaylıyoruz**, sizlerin nihai görüşleri nedir?"*

Turkcell çalışanı 2:

"Rakibe mobil içerik verilmesi ise bir dönüm noktası olacak, şu ana kadar direndiğimiz tüm tabuları yıkmış oluyoruz. Sektörde talepler zaten mevcuttu

...

*Ancak bu kurguyla birlikte bireyselin **"Turkcell aboneleri her durumda daha avantajlı"** söylemi geçerliliğini yitiriyor gibi görünüyor."*

Turkcell çalışanı 3:

"Rakibe içerik vermek ne demek?"

1270 *Logo-melodi mi? Onun gibi bir hediye mi?"*

Turkcell çalışanı 2:

"Mobil oyun, duvar kağıdı, melodi, Avea'dan Gole Kontrollü Futbol Paketleri, Turkcell'den milyonlarca kontör ve Vodafone'dan milyonlarca bedava SMS"

Yazışmalar incelendiğinde, Turkcell'in kendisini, onayladığı ya da onaylamadığı kurgular aracılığıyla piyasayı yönlendirecek güce sahip bir konumda gördüğü anlaşılmaktadır. Bunun yanı sıra, piyasada bir süredir 3 operatörün kontör/dakikalarının hediye edildiği kampanyaların düzenlenmesi yönünde talepler olduğu, bu tip kampanyaların Turkcell nezdinde tabu olarak değerlendirildiği ve bir süredir var olan bu yöndeki taleplere Turkcell tarafından direnildiği görülmektedir.

1280 Bunlara ek olarak, piyasadaki mevcut talep yönünde kampanyalar hazırlanması halinde Turkcell'in yaratmaya çalıştığı "Turkcell müşterilerinin daha avantajlı olduğu" imajının zedeleneceği ifadesine yer verilmektedir.

Soruşturma raporu 12. belgede yer alan 22.5.2008 tarihinde Turkcell çalışanları arasında gerçekleştirilen yazışmalarda şu ifadeler kullanılmıştır:

Turkcell çalışanı 1:

*Diğer op [operatör] abonelerine KD [kontör/dakika] verilmese de Pepsi'nin **onaylanan** bu kurgusunda Tcell'li olmanın pek de bir ayrıcalığı ya da avantajı kalmış gibi görünmüyor.*

...

1290 *Pepsi kampanyasını duyan gören diğer müşteriler de benzer kurguları isteyeceklerdir, bu da istemediğimiz bir yolun başlangıcındayız demektir.*

Turkcell çalışanı 2:

*“Concernlerinize [Kaygılarınıza] biz de katılıyoruz, bizim Bireysel Pazarlama ile el sıkıştığımız ve müşteriye ilettiği[miz] kurgu tüm operatörlere aynı kurgu sunulacağı ve ek olarak Turkcell kontör verileceği idi, **ancak Pepsi bizim belirttiğimiz kurgunun dışına çıkmış”***

Turkcell çalışanı 3:

1300 *“**Biraz önce yaptığımız toplantı neticesinde; müşterilerin kampanyalarında diğer operatörlerden GSM faydası verdiği durumda Tcell olarak o kampanya içinde yer almamayı tercih edeceğiz.**”*

Soruşturma raporu 13. belgede yer alan 27.5.2008 tarihinde Turkcell çalışanları arasında gerçekleştirilen yazışmalarda şu ifadeler kullanılmıştır:

Turkcell çalışanı 1:

*Biraz önce (...) konuştuğumuz üzere aşağıda toplantı notlarımızı görebilirsiniz, eklemeniz, yorumunuz varsa acil iletmenizi rica ederiz, **bu şekilde (...)** (genel müdür yardımcıları) **ile iletişime geçilecektir.***

1310 ***Pepsi, Garanti, Eti ve Ülker kısa numara üzerinden 3 operatör GSM faydalı (kontör&dakika, SMS paketi, bilgilendirme paketi, mobil oyun vb dijital içerikler) kampanya çıkmak istemektedirler. Turkcell olarak Mart 2008 itibari ile kısa numara kampanyaları tüm operatörlere açılmış ve şu ana kadar farklı markalar için çekilişli/instant win [anında kazan] kurgular düzenlenmiştir.***

Turkcell'in 3 operatör k&d vb kampanyalara katılmayı tercih etmemesine istinaden regülasyondan gelen yorum; herhangi bir kişi ya da kurumdan şikayet olması durumunda soruşturma açılacağı yönündedir.

Turkcell'in rekabetten dolayı mercek altında olmasının da etkisi ile ceza alınması durumunda (.....)\$ ile (.....) \$'lık (gelirin %3 ile %0,5) ceza ödenmesi riski doğmaktadır.

Özellikle Pepsi tarafında çok kısa zamanda kampanya çıkılması istendiğinden Turkcell tarafından acil geri dönüş beklenmektedir.

1320 *Konuştuğumuz üzere aşağıda 3 senaryoyu görebilirsiniz.*

1. Senaryo: Turkcell çekilişli kurgular haricinde 3 operatör kampanyalarda kontör&dakika, SMS paketi, MMS paketi vb içerik kurgularında yer almaz.

Fayda: Turkcell'liler kazanır kurgusu, ve rekabet avantajını Turkcell saklı tutar.

Çekince: Şikayetin onaylanması durumunda ceza

2. Senaryo: Kontör&dakika haricindeki kurgular için Turkcell özelinde değerlendirme yapılabilir. Turkcell only [sadece Turkcell] kontör uygulamaları, diğer operatörlerden de farklı GSM faydaları değerlendirilebilir.

Fayda: Pepsi case'inin hızını kesmiş oluruz, kontör&dakika tarafını belirli bir dönem daha Turkcell özelinde konumlandırabiliriz.

1330 *Çekince: Hibrid model, case bazında değerlendirme gerekecektir. Şikayet olması durumunda ceza*

3. senaryo: 3 operatör tam kurgular açılır.

Fayda: Rekabet / Hukuki risk ortadan kalkıyor.

Çekince: Turkcell'liler kazanır söyleminin azalması, ortak kurallar belirlenmesi, yeni fiyat modellere çalışılması”

Turkcell çalışanı 2:

“Budur gibi görünüyor.

Zaten toplantıda daha ayrıntılı konuşulacaktır.”

Turkcell çalışanı 1:

1340 *“Bizim yazdığımızın aksine kimseden yorum gelmedi, sadece Serap şu anda Rekabet Kurulu tarafından daha önce incelemeye alınan 2 case’i de muhakkak belirtmek gerektiğinin altını çiziyor: 1. Mobil Pazarlama 2. Araç Takip Burada generate edilen [yaratılan] gelirler yüksek olmadığından göze batmadık, ancak kontör & dakika ve SMS gibi geliri yüksek ürünlerde daha fazla risk altında olacağız.*

Bu şekilde (...) (genel müdür yardımcısına) iletmen rica olunur.”

Yukarıdaki belgede yer alan 3 farklı stratejinin ve bu stratejilerin uygulanması sonucunda beklenen fayda ve zararların değerlendirildiği, bu değerlendirme sonucunda 2. senaryoda yer alan **“Kontör&dakika haricindeki kurgular için Turkcell özelinde değerlendirme yapılabilir. Turkcell only kontör uygulamaları, diğer operatörlerden de farklı GSM faydaları değerlendirilebilir.”** şeklindeki stratejinin benimsendiği ve bu uygulama sonucunda **“Pepsi case’inin hızını kesmiş oluruz, kontör&dakika tarafını belirli bir dönem daha Turkcell özelinde konumlandırabiliriz.”** şeklinde ifade edilen faydanın beklendiği, buna karşın **“Hibrid model, case bazında değerlendirme gerekecektir. Şikayet olması durumunda ceza”** şeklinde ifade edilen çekincelerin bulunduğu anlaşılmaktadır.

1350

Soruşturma raporu 14. belgede yer alan 2.6.2008 tarihinde Turkcell çalışanları arasında gerçekleştirilen yazışmalarda şu ifadeler kullanılmıştır:

Turkcell çalışanı 1:

1360 *“Bugün Pepsi ile değişen görselleri üzerinde bir conflict [çatışma/anlaşmazlık] yaşadık. Resmi metinler içinde Avea’dan verilecek futbol paketi ürünü adının önüne kontörlü ifadesi eklenmiş.*

Bu paket lig paketi döneminde, takımın gol atmasına bağlı olarak kişiye kontör hediye eden bir modelde çalışıyor. Ancak kampanya döneminde bu tip bir hediye bulunmuyor.

Bulunan ifadeye bağlı olarak, metin yazılması bizim tarafımızdan uygun değildir, gereken düzenlemenin yapılması için Pepsi’nin Avea ile görüşmesi ve talebimizi ok etmesi gerekmektedir.

Bu durumu Pepsi ile görüşebilirsen çok sevinirim.”

1370 Turkcell çalışanı 2:

“Pepsi ile görüştüm. Paketin adı kontrollü XXX müş dolayısıyla bu ismi korumak istiyorlarmış. Ben bizdeki duruma istinaden ifadenin kaldırılmasını rica ettim.

Görüşüp elinden geleceğini yapacağını ilettiler. Paralelde konu, bu itirazlarımızın yazılı dönüşüne geldi. Yani hafif yollu tehdit yine devam ediyor

Bana bilgi verecek, eğer kalacak derlerse ne aksiyon alacağımızı paralelde belirlemede fayda var.”

Turkcell çalışanı 2:

“İki alternatif oluştu:

1380 *1. Mevcut bize gönderilen etiketle çıkacaklar - yalan beyan olayına girmediklerini düşünüyorlar, ürünün adı "Avea'dan Gole Kontrollü" olduğu için, yalan reklama girmediklerine inanıyorlar, söylem: Lig TV aboneliği veriyoruz, orada da o dönemde maç yok diyorlar.*

2. Tüm paket isimlerini kaldırarak, 3 operatörden hediyeler diyecekler. Bu durumda logo ve Turkcell kontör söylemi olmayacak-standartta onay vermediğimiz durum.”

Turkcell çalışanı 1:

“Pepsi'nin Mass Medya'da ve can üzerinden yapacağı kampanya tanıtımlarında hiçbir operatörün hediyeleri net olarak belirtilmeyecek, operatörlerden hediyeler şeklinde ifade edilecek.

1390 *Detaylar için web sitesine yönlendirme yapıldığında, Turkcell kontör/dakikasından bahsedilmesi durumunda "Turkcell'liler Kazanır" logosu spesifikasyonuna uygun olarak görülmeyecek.*

Bu şekilde 2. maddenin yürürlüğe girmesi konusunda hem fikir oluyoruz.”

Turkcell'in kendisini, onayladığı ya da onaylamadığı kurgular aracılığıyla piyasayı yönlendirecek güce sahip bir konumda gördüğü bu e-posta içeriğinden de anlaşılmaktadır.

1400 *Soruşturma kapsamında elde edilen belgelerden Turkcell ile Pepsi arasında "Turkcell'liler Kazanır" logosunun kullanılması ve bu logonun kullanılması karşılığında faydalanılacak indirimler konusunda anlaşmazlık yaşandığı anlaşılmaktadır. Yukarıdaki e-postaların içeriğinden, Turkcell'in bu anlaşmazlığın üstesinden gelmek amacıyla "Turkcell'liler Kazanır" logosunun yarattığı marka imajının korunması için çeşitli girişimlerde bulunduğu, bu bağlamda, Avea tarafından verilecek kampanya hediyesinin tüketiciler tarafından GSM faydası olarak görülmesinin önüne geçmeye çalıştığı anlaşılmaktadır.*

1410 *Yukarıda yer verilen e-postalarda 3 operatörün katılımının talep edildiği belirtilen Eti, Ülker ve Garanti Bankası tarafından hazırlanacak kampanyalarda ilgili dönemde sadece Turkcell'in katılımıyla gerçekleştirilen kampanyaların kurgulandığı görülmüştür. Adı geçen markaların tüm operatörlerin katılımını talep etmelerine rağmen sadece Turkcell ile kampanya hazırlamaları hususunu değerlendirirken "Kontör/Dakika Hediye Edilen Kampanyalara Diğer Operatörlerin Katılımının Reddedilmesi Yoluyla Fiili Münhasırlık Yaratılması" ve "Caydırıcı Fiyatlandırma/Münhasırlık Karşılığı İndirim" başlıkları altında yer verilen açıklamaların göz önünde bulundurulması gerekmektedir.*

Diğer yandan yapılan incelemelerde ilgili dönemde, her ne kadar Pepsi tüm operatörlerden kontör/dakika hediye etmek istese de fiiliyatta “Pepsi Futbol Keyfi” kampanyasında diğer operatörlerden kontör/dakika hediye edilmesinin mümkün olmadığı görülmüştür. Bu kapsamda Turkcell tarafından 13. Belgede yer alan “**2. Senaryo: Kontör&dakika haricindeki kurgular için Turkcell özelinde değerlendirme yapılabilir. “Turkcell only (sadece Turkcell) kontör uygulamaları, diğer operatörlerden de farklı GSM faydaları değerlendirilebilir.”** şeklinde ifade edilen stratejinin hayata geçirildiği tespit edilmiştir.

1420

Turkcell tarafından gerçekleştirildiği tespit edilen fiillerin, teorik açıklamaların yapıldığı bölümde yer verilen genel değerlendirmeler ışığında öncelikle dışlayıcı niteliklerine değinilmesi gerekmektedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırma olarak nitelendirilebilecek Turkcell uygulamaları, kontör/dakika hediye edilen kampanyalarda Turkcell kullanıcıları kontör hediyesinden ve buna ek olarak kampanya kurgusu içinde yer alan ilave hediyelerden yararlanabiliyorken, rakip GSM operatörü kullanıcılarının sadece kontör/dakika dışındaki hediyelerden yararlanması sonucunu doğuracak şekilde Turkcell’in markalar ve mobil pazarlama ajansları nezdinde pazar gücüne dayanarak gerçekleştirdiği eylemleridir.

1430

Bu bağlamda bütün teşebbüslerin, rakipleriyle eşit koşullarda faaliyet gösterme hakkının korunması gerekmektedir. Yukarıdaki belgelerde yer alan “**Biraz önce yaptığımız toplantı neticesinde; müşterilerin kampanyalarında diğer operatörlerden GSM faydası verdiği durumda Tcell olarak o kampanya içinde yer almamayı tercih edeceğiz**” ifadesinde somutlaşan ve rakiplerin pazara giriş çabalarını protesto niteliği taşıyan bu haksız uygulamaların, “Turkcell’liler Kazanır” logosunun etkilerinin değerlendirildiği başlık altında detaylı olarak açıklandığı üzere, Turkcell hizmet ve ürünlerinin tüketici gözünde daha üstün görülmesinin sağlanması amacıyla gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, Turkcell’in anılan uygulamalarının da 4054 sayılı Kanun’un 6 (a) maddesi kapsamında “**Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler**” ihlal olarak değerlendirilmektedir.

1440

Konuya ilişkin değinilmesi gereken diğer bir husus, her ne kadar hakim durum ihlallerinde kastın varlığı gerekli bir unsur olarak değerlendirilmese de, Turkcell uygulamalarının soruşturma konusu fiillerinin rakibi dışlayıcı niteliğinin farkında ve bilincinde olarak ve bu sonucu doğurmak üzere gerçekleştirildiğinin vurgulanması gerekliliğidir. 13. belgede yer verilen yazışmalardaki;

1450

“**2. Senaryo: Kontör&dakika haricindeki kurgular için Turkcell özelinde değerlendirme yapılabilir. Turkcell only kontör uygulamaları, diğer operatörlerden de farklı GSM faydaları değerlendirilebilir.**

Fayda: Pepsi case’inin hızını kesmiş oluruz, kontör&dakika tarafını belirli bir dönem daha Turkcell özelinde konumlandırabiliriz.

Çekince: Hibrid model, case bazında değerlendirme gerekecektir. Şikayet olması durumunda ceza”

ifadelerden katma değerli hizmetlerden sorumlu genel müdür yardımcısı, pazarlamadan sorumlu genel müdür yardımcısı ve diğer üst yöneticiler de dahil olmak üzere mobil pazarlama faaliyetlerini yürüten hemen hemen tüm Turkcell

1460 çalışanlarının, uygulamakta oldukları ticari stratejinin pazarın tekelleşmesi bakımından etkilerinin, doğuracağı sonuçlar bakımından ise rekabeti sınırlandıran bir eylem olduğunun ayırımında oldukları anlaşılmaktadır.

Bilindiği üzere 4054 sayılı Kanun hakim durumu değil, bu durumun kötüye kullanılmasını yasaklamaktadır. Kanun'da ihlal olarak değerlendirilen uygulamalar bakımından, *"tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin"* kısıtlanmaması yükümlülüğünün soruşturma konusu eylemler açısından da değerlendirilmesi gerekmektedir.

4054 sayılı Kanunda yer verilen tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanmaması ilkesi teşebbüsler üzerine üretimi, pazarlamayı ya da teknik gelişmeyi *"artırma"* gibi müspet bir yükümlülük getirmemektedir.

1470 Buna karşın Kanun'un, *hakim durumdaki teşebbüslerce gerçekleştirilebilecek bu davranışları ancak söz konusu davranışlar teşebbüslerin hakim konumlarını sürdürmelerine veya geleceğe taşımalarına yol açıyorsa yasakladığı* söylenebilecektir.

Turkcell tarafından hayata geçirildiği anlaşılan bu uygulamanın amacının, Turkcell'in tüketiciler gözünde verdiği hizmetler ve sağladığı faydalar yoluyla rakiplerine göre daha üstün olduğu izleniminin sağlanması olduğu sonucuna varılmıştır. 9. belgede yer alan **"TURKCELL her zaman bir çita yukarıda olur böylece"** ifadesi bu durumu açıkça ortaya koymaktadır.

1480 Turkcell'in hedeflediği bu amaca ulaşmak için benimsemiş olduğu yöntem ise, etkinlik, ticari yetenek ya da akıl vb. haklı bir gerekçeye dayanmamaktadır. Turkcell markalara ve mobil pazarlama ajanslarına uyguladığı baskı yoluyla rakiplerinin iş yapmalarını engellemektedir. Böylelikle, diğer GSM operatörlerinin abonelerine erişimini engelleyerek mobil pazarlama kampanyası düzenleyecek firmaların bu erişimden, GSM operatörlerinin tüketicilere hizmet götürmekten ve de tüketicilerin bu hizmetleri edinmekten sağlayacağı faydanın önüne geçilmektedir. Turkcell'in bu engelleme fiili ile hedeflediği temel amacın, GSM hizmetleri pazarında sahip olunan hakim durumun korunması ve geleceğe taşınması olduğu ve bu uygulamanın 4054 sayılı Kanun'un 6(e) maddesi kapsamında haklı herhangi bir gerekçeye dayanmayan *"tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin engellenmesi"* kapsamında değerlendirilmesi kanaatine varılmıştır.

1490 **I.7.3.3. Caydırıcı Fiyatlandırma/Münhasırlık Karşılığı İndirim**

13 numaralı belgeden anlaşıldığı üzere Pepsi, Garanti, Eti ve Ülker gibi şirketlerin 3 operatör GSM faydalı (kontör&dakika, SMS paketi, bilgilendirme paketi, mobil oyun vb dijital içerikler) kampanya düzenlemek istediği Turkcell çalışanları tarafından da ifade edilmektedir. Bu isteğin bu firmalarla sınırlı olmadığı 8 numaralı belgede yer alan *"3 operatör kontör dakika kampanya isteği sayısı hızlıca artış gösteriyor."* ifadesinden anlaşılmaktadır. Mobil pazarlama kampanyası düzenlemek isteyen şirketlerin bu isteklerine karşı Turkcell tarafından uygulamaya konulan bir diğer strateji de şirketlere sağlanan barem ve mecra indirimlerinin üç operatörün de katılacağı kampanyalarda sağlanmamasıdır. Bu fikrin ortaya çıkışı soruşturma raporu 17. belgede yer alan 25.6.2008 tarihli yazışmalarda görülebilmektedir.:

1500 *"Hem sözleşmesel/hukuki açıdan hem de rekabet ve regülasyon açısından aşağıdaki durum Tcell'e bir sorun/risk yaratır mı?"*

Sözleşmeye 3 operatör kampanya yapmak isteyen firma 100 kontör perakende satış fiyatı üzerinden ücretlendirilir maddesini eklese?

Bunu yapan firma Turkcell'ler Kazanır logosu yerine Turkcell logosunu kullanacak.

Eğer firma sadece Tcell ile kampanya yaparsa da bugün mevcut olan indirimli fiyat baremlerinden ve eğer iletişimde istenen kriterlere de uyarsa ekstra mecra indirimine hak kazanır? (...)"

1510

3 operatör kampanyalarda indirim sağlanmaması fikrinin daha sonra olgulaştırıldığı ve bunun düzenlenecek çerçeve sözleşmelere eklenmesinin 17.07.2008 tarihinde düzenlenen toplantı sonucunda kararlaştırıldığı soruşturma raporunda yer alan 20 numaralı belgeden anlaşılmaktadır. Anılan e-postada bu durum şöyle açıklanmaktadır:

"Genel Çerçeve Sözleşmesi ve Ek Protokol Yapısında:

- "Eğer diğer operatörlerin de kontör/dakikalarının hediye edildiği bir kampanya kurgusu oluşturulmak istenirse, söz konusu kampanya süresince yüklenecek kontör/dakikaların, çerçeve sözleşmede belirtilen indirimli birim fiyat yerine, o tarihteki güncel perakende 100 kontör kazı konuş kartı birim kontör fiyatı üzerinden ücretlendirilecektir" maddesinin Çerçeve sözleşmeye eklemesi.

1520

Dikkat: Standart Çerçeve Sözleşmede anlaşma sağlanan birim kontör fiyatları belirtilmiyor.

Mecra indiriminin söz konusu olduğu kampanyalarda, "eğer diğer operatörlerin de kontör/dakikalarının hediye edildiği bir kampanya kurgusu oluşturulmak istenirse, mecra indirimi verilmeyecektir" maddesi ilgili kampanyaya ilişkin ek protokoldeki mecra indirimi maddesine eklenecektir."

Belgenin devamında 24.7.2008 tarihinde Coca-Cola'dan gelen üç operatörlü bir kampanya düzenleme isteği karşısında bu tür kampanyalarda indirim sağlanmaması stratejisinin uygulanmaya konulduğu görülmektedir. Belgenin içeriğinde yer alan yazışmalardan, üç operatörün de katıldığı kampanyalarda kontör fiyatının 100 kontörlük kazı konuş kartı birim fiyatı üzerinden belirleneceği ve 3 operatörün katıldığı kampanyalarda hem barem hem de mecra indiriminin uygulanmayacağı görülmektedir.

1530

Daha sonra soruşturma raporunda yer alan 23 numaralı belgede 3 operatör kampanyalarda indirim sağlanmaması kararının benimsenmesine rağmen henüz ana mobil pazarlama ajanslarının bilgilendirilmediği ve bu konuda harekete geçilmek istendiği anlaşılmaktadır. Belgede yer alan Turkcell çalışanının ifadeleri gerek Turkcell'in üç operatör kampanyalara bakış açısını ortaya koyması gerekse planlanan düzenlemenin hedefini yansıtmaması açısından dikkat çekicidir:

1540

"Caydırıcı şartlara rağmen yapılacak 3 op [operatör] kampanyalar gelir de getirse SMS trafiği de yaratsa henüz çok da yaygınlaşmasını hatta pratiğe dökülmesini istediğimiz kurgular değil."

Bir teşebbüsün temel amacı ve varlık sebebi kâr elde etmektir. Bu bağlamda, bir teşebbüsün makul davranıp davranmadığının değerlendirilmesinde davranışın bir kâr sağlayıp sağlamadığı ya da bir zararı önleyip önlemediği dikkate alınmalıdır. Yukarıdaki ifadeden "gelir getirse" bile 3 operatör kampanyaların istenmediği ve

bunun için şirketlere “caydırıcı şartlar” uygulandığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, Turkcell’in uygulamayı gerçekleştirmekteki amacının kâr sağlamak değil rakiplerini dışlamak olduğu ortaya çıkmaktadır.

1550

“Caydırıcı fiyatlandırma” stratejisinin Coca-Cola’ya (soruşturma raporu 25 numaralı belge), Frito-Lay’e (soruşturma raporu 26 numaralı belge), Finansbank’a (soruşturma raporu 27 numaralı belge), Akbank’a (soruşturma raporu 29 numaralı belge), Hacı Şakir’e (soruşturma raporu 33 numaralı belge) karşı uygulandığı, uygulanacağı ya da uygulama niyetinin bulunduğu ortaya çıkmaktadır. Nitekim anılan uygulamanın içeriği konuyla ilgili olan tüm Turkcell çalışanları (soruşturma raporu 34 ve 35 numaralı belge) ve bazı mobil pazarlama ajansı çalışanları (soruşturma raporu 36 numaralı belge) ile de paylaşılmış, böylece ortak bir uygulama sağlanmaya çalışılmıştır. Dolayısıyla, Turkcell çalışanları arasındaki yazışmanın plan aşamasında kalmayarak uygulamaya da geçirildiği ortaya çıkmaktadır.

1560

Soruşturma raporunda yer alan 28 numaralı belgeden ise “caydırıcı fiyatlandırma” stratejisinin Coca-Cola’ya karşı başarılı olmayacağına düşünülmesi üzerine Turkcell çalışanlarının tepkileri gözlemlenebilmektedir. Belgeden Coca-Cola’nın üç operatör kampanya düzenlememesi için başka faydalar da sağlanması gibi seçeneklerin değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Bu da Turkcell için asıl önemli olanın rakiplerin piyasaya girmemesini sağlamak olduğunu göstermektedir. Belgeden ortaya çıkan bir diğer husus da Turkcell’in Finansbank, Eti, Ülker, Garanti gibi firmaları üç operatör kampanyalar konusunda beklediğidir.

1570

Yukarıda yer verilen belgelerden Turkcell’in Haziran 2008’de oluşturmaya başladığı, 17.7.2008 tarihli toplantı sonucunda kurumsal bir nitelik kazandığı ve hemen akabinde 24.7.2008 tarihinde uygulamaya konulduğu anlaşılan ve “caydırıcı” olduğu Turkcell tarafından da kabul edilen fiyatlandırma stratejisi, taşıdığı sonuçlar bakımından önem arz etmektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi kârını maksimize etmeye çalışan makul bir firma kendisine en çok kârı sağlayacak davranışı sergileyecektir. Halbuki, Turkcell 3 operatör kampanyalara “gelir getirirse bile” karşı çıkmakta ve bunu “caydırıcı” bir fiyatlandırma stratejisiyle gerçekleştirmektedir. Bu strateji dahilinde, şirketlere sağlanan barem ve mecra indirimleri münhasıran Turkcell’le çalışma şartına bağlanmakta, diğer operatörlerin de kampanyalara katılması halinde indirim sağlanmamaktadır.

1580

Bu tür bir uygulamanın başarılı olup olamayacağı Turkcell’in uyguladığı indirimlere ilişkin yer verilen bilgilerle birlikte değerlendirildiğinde, görülmektedir. Öncelikle, Turkcell tarafından taahhüt edilen miktara göre %(...) ile % (...) arasında değişen indirimler sağlanmaktadır. Yine “Turkcell’liler kazanır logosunun kampanya tanıtımlarında kullanılması halinde de tanıtım mecrasına göre %(...) ya da %(...) indirim elde edilebilmektedir. Bu şartlar altında, bir firma gerekli koşulları sağlaması halinde %(...)’a yakın bir indirimden yararlanabilecektir. Ancak, yukarıda ortaya konan fiyatlandırma stratejisinde firmalar üç operatörün de katılımıyla düzenlenecek kampanyalarda %(...)’a varabilecek indirimden yararlanamayacakları bilgisiyle hareket etmek zorunda kalmaktadır. Sonuç olarak, firmalar %(...)’a varabilecek bir indirimden yararlanmakla üç operatör kampanya düzenlememek (münhasıran Turkcell’le çalışmak) arasında bir tercihe zorlanmaktadır. Firmaların, çoğu durumda Turkcell gibi “olmazsa olmaz ürün”ü sağlayan bir firmayla münhasır çalışmayı ve bunun karşılığında vaat edilen indirimden yararlanmayı tercih etmesini beklemek son derece doğaldır.

1590

1600 Rekabet Kurumu kayıtlarına 07.07.2009 tarih ve 4732 sayı ile giren Turkcell yazısında kontör/dakika hediye edilen kampanyalar kapsamında Turkcell tarafından firmalara uygulanan kontör satış ücretinin kampanyaya diğer operatörlerin katılıp katılmadığına bakılmaksızın belirlendiği, bu kapsamda diğer GSM operatörlerinin kampanyalara dahil edilmesi durumunda kontör/dakika fiyatının 100 kontör kazı konuş kart birim kontör fiyatı olarak belirlendiği herhangi bir kampanyanın bulunmadığı, bu hususun gerektiğinde Turkcell'in mali defter ve kayıtları ile kampanyalar kapsamında firmalara düzenlenen faturaların incelenmesinden de anlaşılacağı ifade edilmektedir.

1610 Yukarıda yer verilen bilgi ve belgelerden, caydırıcı eylemlerin değerlendirildiği ilgili bölümde de açıklandığı üzere, Turkcell'in kontör/dakika hediye edilen kampanyalarda rakiplerini pazar dışına çıkarma amacı güderek, sistematik olarak diğer operatörlerin bu kampanyalara katılması halinde uygulanacak fiyatı 100 kontör kazı konuş kart birim fiyatı olarak belirlediği, bu fiyatları Hacı Şakir ve Coca-Cola firmalarına yazılı olarak bildirdiği Finansbank'a ise bildirmek amacıyla karar aldığı, Pepsi ile yaptığı sözleşmede ise bu fiyatları uygulamak üzere imzalı bir sözleşme aldığı ve bu fiyatlama politikası hakkında mobil pazarlama ajanslarını bilgilendirdiği anlaşılmaktadır. Bu bakımdan zorlaştırma eyleminin bu politikanın kamuya açılması ile birlikte dışlayıcı etkiyi doğurabilecek olması ya da doğurması nedenleriyle fiilen gerçekleştiği sonucuna varılmaktadır. Her ne kadar Turkcell tarafından GSM operatörlerinin kampanyalara dahil edilmesi durumunda kontör/dakika fiyatının 100 kontör kazı konuş kart birim kontör fiyatı olarak belirlendiği herhangi bir kampanyanın bulunmadığı, bu hususun gerektiğinde Turkcell'in mali defter ve kayıtları ile kampanyalar kapsamında firmalara düzenlenen faturaların incelenmesinden de anlaşılacağı ifade edilmekte ise de verilen tekliflerin yürütülmekte olan soruşturmanın etkisiyle revize edildiği anlaşılmaktadır. Coca Cola ve Hacı Şakir markaları bakımından bu teşebbüslerin basiretli bir davranış göstererek Turkcell'in caydırıcı fiyat politikasının kabul etmemesi ya da fiyatların uygulamanın rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırma etkisini doğurduktan sonra, sonradan edinilen bilinç ile revize edilmesi ihlalin gerçekleşmediği anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla, Turkcell'in bu caydırıcı fiyatlamalar yoluyla dışlayıcı davranışlarının sona erdiği tarihin, fiyatların revize edildiği tarih değil, bu fiyat politikasının geçmişte uygulandığını teyit eden fakat durdurulması gerektiğini açık olarak belirten 26.9.2008 tarihinde Turkcell çalışanlarına gönderilen e-posta olarak belirlenmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.

1630 Bu açıklamalar neticesinde "caydırıcı fiyatlama" olarak nitelendirilen diğer GSM operatörlerinin kontör/dakika hediye edilen kampanyalara katılması halinde uygulanacak fiyatın mobil pazarlama ajanslarına ve kampanya yapmak isteyen teşebbüslere açıklanması ile uygulamanın hayata geçirildiği, bu fiyatlama stratejisinin temel amacının rakiplerin pazara girmesine engel olmak olduğu, bu uygulama neticesinde Turkcell tarafından, ticari olarak makul bir davranış olan kârın artırılmasının beklenmediği açıkça görülmektedir. Dolayısıyla, Turkcell'in anılan uygulamalarının 4054 sayılı Kanun'un 6 (a) maddesi kapsamında "Ticarî faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler" olarak değerlendirilmesi gerektiği tespit edilmiştir.

1640 **I.7.3.4. Turkcell'liler Kazanır Logosunun Kullanılmasının Değerlendirilmesi**

Dosya kapsamında "Turkcell'liler Kazanır" sloganının kullanılmasıyla ilgili olarak çeşitli belgeler elde edilmiştir;

Soruşturma raporunda yer alan 7. belge içeriğindeki "Kontör Dakika Kampanyaları Kriter Revizyonu" başlıklı sunumda;

"Görsel iletişimde Turkcell logosu kullanılmalı ve görseller pazarlama iletişiminden onaylanmalıdır."

Soruşturma raporunda yer alan 11. belgede diğer operatörlerin kampanyalara katılması konusunun Turkcell çalışanları arasında tartışıldığı e-postalarda;

1650 **"Rakibe mobil içerik verilmesi ise bir dönüm noktası olacak, şu ana kadar direndiğimiz tüm tabuları yıkılmış oluyoruz. Sektörde talepler zaten mevcuttu"**

(...)

"Turkcell aboneleri her durumda daha avantajlı" söylemi geçerliliğini yitiriyor gibi görünüyor.",

Soruşturma raporunda yer alan 12. belgede, yine aynı konuda yapılan yazışmaları içeren e-postalarda;

"Bu, **ana strateji** değişikliği ve 'Turkcell'liler kazanır' söyleminden vazgeçmek anlamına geliyor; bence doğru değil."

...

1660 *Ancak yapılan mobil pazarlama kampanyalarından **öğretimiz** kontör dakika muadili içerik olmadığı sms paketi, bilgilendirme paketi, mms gibi dijital içerikler algı olarak kontörün çok altında olduğundan, içerikleri ve kampanya geri dönüşlerini karşılaştırdığımızda **kontörün rekabet avantajı bizi güvende tutuyor.**"*

Soruşturma raporunda yer alan 15. belgede geçen yazışmalarda;

"3 operatör kampanyalar bizim için tabu, Turkcell 3rd partisinin tv'de bu şekilde duyuru yapması bizi kurumsal müşterilerimize karşı zor durumda bırakabilir, hiç kontrolümüz olmayan bu alternatiflere yöneltebilir."

Soruşturma raporunda yer alan 16. belgede geçen yazışmalarda;

1670 *"3 operatörün de logolarını hem posterde hem de TV filminde kullanacağız. Ancak sizden gelen bilgide diğerlerinin logolarını kullanırsanız bizimkini kullanamazsınız derler,*

...

*3 operatör logo kullanımını **engellemek için nasıl bir excuseumuz [mazeretimiz] var?***

...

Biz diyoruz ki; 3 op logosu olursa benim logomu ister kullan ister kullanma ama ben sana mecra indirim vermeyeceğim

...

*Biz diyelim ki bu protokole (ve bundan sonra tüm kampanyalar için ek protokollere) desek ki **3 op logosu olursa mecra indirimi vermeyiz, bu rekabete aykırı mı,***

1680 *başımıza iş açılır mı? Eğer sorun yoksa ve diyebiliyorsak bu ifadeyi zülf-ü yare dokunmayacak şekilde nasıl ifade ederiz?*

...

Bundan sonra 3 op kampanyaların çıkması ihtimali yüksek ve şimdiden önlemimizi almamız gerekli."

ifadelerine yer verildiği görülmektedir.

1690 Bu bilgi ve belgelerden ve dosya kapsamında bulunan diğer delillerden kontör/dakika hediye edilen kampanyalarda diğer operatör abonelerine de kontör/dakika hediye edilmesinin tabu olarak değerlendirildiği, bu kapsamda, "Turkcell'liler Kazanır" görsel işaretinin içeriği itibarıyla Turkcell'in ana stratejisinin bir parçası olduğu, bu doğrultuda diğer operatörlerin logo ya da tanıtıcı işaretlerinin kampanya hazırlayan firmaların çeşitli görsel mecralarda yayınlanan ya da yayımlanan reklamlarında kullanılmasının önüne geçilebilmesi için çeşitli girişimlerde bulunulduğu, bu amaca yönelik olarak Turkcell tarafından hazırlanarak imzalanması amacıyla Pepsi'ye gönderilen ek protokol metninde münhasırlık hükmüne yer verildiği ve bu anlaşmanın Pepsi tarafından imzalanarak Turkcell'e gönderildiği anlaşılmıştır.

1700 Yapılan incelemelerde mobil pazarlama kampanyalarını düzenleyen firmaların çok büyük bir oranda FMCG "fast moving consumer goods", "dayanıksız tüketim malları" ya da "hızlı tüketim malları" üreten ve sunan firmalar oldukları görülmüştür. Bu ürünler gündelik ihtiyaçları karşılamaya yönelik genellikle temel ihtiyaç maddesi niteliği gösteren (hijyen, gıda, akaryakıt ve giyim) ve kısa zaman aralıklarında sıkça kullanılan genellikle kısa raf ömrüne sahip ve göreceli olarak düşük fiyatlı hizmet ve ürünlerdir.

1710 Hızlı tüketim malları kategorisindeki ürünlerin tek bir ürün özelinde getirdiği gelir genellikle düşük olmakla beraber, tüm tüketicilerin hemen hemen her gün satın aldığı mallardan oluşmaları nedeniyle bu ürünler toplamda büyük miktarlarda satılmakta, firmaların esas kârları bu şekilde oluşmaktadır. Sektördeki firmalar için kârlarını artırabilmelerinin yolu, fiyatlarda yapılacak bir değişiklikten çok satılan ürün miktarının artırılmasından geçmektedir. Bu nedenle hızlı tüketim malları sektöründe faaliyet gösteren firmalar için asıl önemli olan parametre, satılan ürün miktarıdır. Bu çerçevede, raf ömrü kısa olan hızlı tüketim mallarının tüketiciyle buluştuğu perakende noktalarında, söz konusu ürünlerin sürekli bulunmasının temini sektördeki firmalar için büyük önem arz etmektedir. Satılan ürün miktarının ve buna bağlı olarak mal arzının sürekliliğinin büyük önem taşıdığı bir sektörde faaliyet gösteren firmalar için başlıca önemli hususlar pazarlama faaliyetleri, etkin bir dağıtım sisteminin varlığı ve hızla değişen tüketici talebini karşılayabilecek bir üretim planlamasının oluşturulmasıdır.

1720 Dolayısıyla yoğun rekabetin yaşandığı bu alanlarda geleneksel firma yaklaşımı, dağıtım ve pazarlama kanallarını en etkin biçimde kullanarak tüketimi artırmak ve rakip ürünler karşısında kendi ürünlerinin tercih edilmesini sağlamaktır. Birbirlerine yakın ikame edilebilirliğe sahip ve neredeyse homojen ürünlerin yer aldığı bir sektörde, tüketici gözünde farklılaşmanın yolu yoğun reklam harcamasından geçmektedir. Ürünlerin tüketiciler tarafından kısa aralıklarla ve kısa süreli karar süreçlerinin ardından satın alınması, tüketici tercihlerini etkilemek adına firmaların değişik reklam ve pazarlama tekniklerini yoğun bir biçimde kullanmasına yol

açmaktadır. Bu nedenlerle hızlı tüketim malları sektöründe faaliyet gösteren firmaların harcamalarının önemli bir bölümünü reklam ve pazarlama faaliyetlerine yönelik harcamalar oluşturmaktadır. Ayrıca tüketici tercihlerindeki ve bunun sonucunda talepteki değişiklikleri takip etmek ve hızlı bir şekilde bu değişikliklere cevap verebilmek için firmaların tüketici tercihlerindeki değişim ve yaklaşımları ölçebilmeleri önem arz etmektedir. Bu nedenle özellikle bu alanda faaliyet gösteren firmaların kitle iletişim mecralarında marka bilincinin oluşması ve ürün tanıtımının gerçekleştirilmesi için yoğun bir reklam faaliyeti içerisinde oldukları ve mobil pazarlama mecrasının niteliksel özellikleri dolayısıyla FMCG markalarının bu ortamı sıklıkla kullandıkları görülmektedir.

1730

Bu açıklamalar çerçevesinde "Turkcell'liler Kazanır" sloganının içerdiği anlam itibarıyla Turkcell markasının ve buna bağlı olarak rakip operatör markalarının tüketici algısı üzerindeki etkisinin özellikle vurgulanması gerekmektedir. Kontör/dakika hediyesi, bu ürünün maliyetleri, iletişimin tüketiciler için önemi ile FMCG ürünlerinin nitelikleri itibarıyla sık sık kullanılan fakat diğer ihtiyaçlara (beyaz eşya, sağlık, konut, araba) görece düşük fiyatlı ürünler olması dikkate alındığında, mobil pazarlama kampanyalarına katılımı motive eden ve bu kampanyaların düzenlenmesini olanaklı kılan uygun bir araçtır.

1740

Turkcell'in mobil pazarlama alanının bir alt segmenti olan kontör/dakika hediye edilen kampanyalara diğer GSM operatörlerinin giriş yapmasını engellemesinin ya da bu hedef doğrultusunda haksız çabalar içinde bulunmasının iki amacı bulunmaktadır. İlk amaç mobil pazarlama faaliyetleri içerisinde kontör/dakika kampanyaları aracılığıyla yaratılan gelirin elde edilmesidir. İkine nazaran daha stratejik olan ikinci amaç, tüketicilerin sürekli etkileşim içinde oldukları hızlı tüketim malzemeleri yoluyla, FMCG sektörünün karakteristik özelliği olan yoğun reklamlar ve tüketim alışkanlıkları sonucu Turkcell markasının diğer GSM operatörleri ürün ve hizmetlerinden üstün olduğu imajının tüketiciler nezdinde yaratılmasıdır.

1750

Kararın önceki kısımlarında da yer verildiği üzere, teşebbüslerin ticari akıl, etkinlik, yenilikçilik vb. objektif gerekçelere dayanarak menfaatlerini korumaları, ürün ve hizmet ve varlıklarına değer kazandırmaları doğal haklarıdır. Soruşturma kapsamında ihlal olarak değerlendirilen husus ise bu hakkın kullanılmasında benimsenen yöntemin objektif ve haklı gerekçelere dayanmamasıdır.

Şöyle ki Avea tarafından "Turkcell'liler Kazanır" logosunun bulunduğu kampanyalara katılımlarının ne olacağı sorusuna yönelik verilen ve Kurum kayıtlarına 25.5.2009 tarih ve 3627 sayı ile giren cevapta aşağıdaki kaygılar ifade edilmiştir:

1760

"Yukarıda açıklandığı üzere "Turkcell'liler Kazanır" tek başına bir logo olarak algılanmamalıdır. Bu uygulama gerek bu logonun yer aldığı uygulamaların içeriği ve etkisi gerekse ortaya sermiş olduğu irade/niyet bakımından Turkcell'in bugüne değin sürdürmekte olduğu tüm münhasır (tekelci) tutumun en bariz yansımasıdır.

Daha fazla tüketici kitlesine kucak açmak arzusu içinde olan Avea'nın, sunmakta olduğu hizmetlerin çeşitlenmesine yönelik motivasyonu ilgili pazarın serbestleşmesine, yani ilgili pazar faaliyetlerinin etkin bir biçimde sürdürülmesine bağlı olduğu açıktır. Bu halde, yerleşik işletmecinin neden olduğu/olabileceği anti rekabetçi uygulamaların her türünün - en başta tüketicilerin aleyhine olacağından - önlenmesini savunan Avea'nın, bu gibi anti rekabetçi uygulamaları desteklemeyeceği tabiidir.

1770

Turkcell'iler Kazanır" logosunun yer aldığı/alacağı bir kampanyanın esasen Turkcell'in münhasır uygulamalarının bir yenisini olarak şirketimizin bu tip kampanyalarda zaten yer alamayacağı göz önünde bulundurulduğunda; Şirketimizin bu tekelci uygulamalar karşısında ortaya koyduğu (ve savunduğu) en keskin tutum Turkcell hakkında Kurumunuza intikal ettirilen yasal başvurudur."

Vodafone tarafından gönderilen ve Kurum kayıtlarına 8.7.2009 tarih ve 4754 sayı ile giren evrakta yer alan başlıca hususlara aşağıda yer verilmektedir:

1780 *"Vodafone olarak multi [çok sayıda] operatör katılımlı kampanyalarda, operatör aboneleri arasında herhangi bir ayrımcılık yapılmadığı takdirde her zaman yer almak isteriz ve bu yönde çalışmaktayız.*

Bu doğrultuda, "Turkcell'liler Kazanır" logolu kampanyalarda da Turkcell ve Turkcell abonelerine sağlanan faydalarla eşit koşullarda yer almak ve logomuzu da eşit koşullarda kullanmak şartıyla yer almak isteriz."

1790 Vodafone'un yazısından "ayrımcılık yapılmadığı takdirde" ifadesinden, sadece Turkcell kullanıcılarına değil Vodafone kullanıcılarına da kontör/dakika hediyesi verilebilmesinin talep edildiğini anlaşılmaktadır. Bu bağlamda GSM faydasının sadece Turkcell tarafından verilmesinin sağlanmasına yönelik Turkcell uygulamaları rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılması olarak değerlendirilmiştir. Buna ek olarak yine Vodafone'un ifadelerinde yer alan "ve logomuzu da eşit koşullarda kullanmak şartıyla yer almak isteriz" ifadesinden Vodafone'un, Turkcell'in yürütmekte olduğu, "Turkcell'liler Kazanır" ifadesinde somutlaşan stratejisi ile bağdaşmaz bir durum içersinde bırakıldığı anlaşılmaktadır.

Şöyle ki, ilk yazılı savunmasında Turkcell'in markanın korunması hakkı ile ilgili olarak, "Turkcell'in başka operatörlerin logolarının bulunduğu bir reklamda kendi logosunun bulunmasında sakınca görmesinin haklı bir yaklaşım olduğu, bu yaklaşımın markasını korumaktan başka hiçbir amaç taşımayacağına açık ve net olduğu"

açıklaması yapılmaktadır. Yukarıda Avea ve Vodafone tarafından yapılan açıklamaların, Turkcell'in açıklamaları da göz önüne alındığında makul olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.

1800 Dosya kapsamında Turkcell'in sunmuş olduğu hizmetlerin "olmazsa olmaz ürün" niteliğine değinilmiştir. Dolayısıyla mobil pazarlama kampanyası hazırlamak isteyecek bir teşebbüsün öncelikle Turkcell'den bu hizmeti temin etmesi gerekliliği açıktır. Böyle bir kampanyada "Turkcell'liler Kazanır" logosunun kullanılması karşılığı verilecek indirim teşebbüslerin kontör maliyetlerini %(....) azaltmaktadır. Dolayısıyla markalar, kontör maliyetlerini %(....) azaltmak ya da daha çok kullanıcıya ulaşmak konusunda bir tercihe zorlanmaktadırlar. Böyle bir zorlama ise kullanılan motto ya da sloganın ifade ettiği anlam ve rakip operatörler nezdinde doğurduğu etkiler nedeniyle haksız bir uygulama olarak değerlendirilmektedir.

1810 Varılan sonuç itibarıyla, "Turkcell'liler Kazanır" logosu ve sadece "Turkcell" yalın logosunun kullanılmasının ve bu kapsamda verilecek indirimlerin yarattığı etkiler bakımından bir ayırım görüldüğünün daha açık bir şekilde anlaşılması için, Turkcell'in sadece yalın logosunun ya da "Turkcell'liler Kazanır" mottosunun yarattığı haksız etki benzeri etki doğurmayacak herhangi bir işaretin kullanılması halinde verilecek indirimlerin soruşturma kapsamında değerlendirilen hususlar içinde yer almadığını,

böyle bir davranışın teşebbüsün markasını tanıtmaya amacını aşmadığı ve münhasırlık karşılığı olmadığı sürece verilecek indirimlerin dışlayıcı bir nitelik sergilemeyebileceğinin belirtilmesi gerekmektedir.

1820 Bu nedenlerle, Turkcell tarafından uygulanan ve tüketiciler gözünde Turkcell'in rakiplerine nazaran daha iyi bir ürün olduğu izlenimini oluşturmaya yönelik stratejinin bir parçası olduğu anlaşılan, "Turkcell'liler Kazanır" logosunun kampanyalarda kullanılması karşılığı kampanya sahibi firmalara fayda sağlanması uygulamasının, Turkcell'in konuya ilişkin açıklamaları ve niyeti gösterir belgeler de göz önünde bulundurularak 4054 sayılı Kanun'un 6 (a) maddesi kapsamında "Ticarî faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler" kapsamında ihlal olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.

1.7.3.5. Uygulamaların Pazardaki Etkisi

1830 Yapılan incelemeler neticesinde Turkcell tarafından mobil pazarlama kampanyası düzenlemek isteyen firmalara önce doğrudan münhasırlık koşulu getirildiği, bunun ardından yaşanan süreçte üç operatörün katılımıyla düzenlenen kampanyalarda kontör/dakika dışında GSM faydasının sadece Turkcell'den verilmesi koşulu getirildiği son olarak ise caydırıcı bir fiyatlandırma stratejisi çerçevesinde münhasırlık karşılığı indirim sağlandığı tespit edilmiştir.

Bu uygulamaların pazarda ne tür bir etki yarattığı Turkcell'in ilgili pazarlardaki pazar payları ve bugüne kadar düzenlenen kampanyaların hangi operatörler üzerinden düzenlendiği bilgisi üzerinden ortaya konulmaktadır.

1840 Turkcell'in dosya kapsamında ihlal olarak değerlendirilen uygulamalarının gerçekleştirilebilmesi ancak bu teşebbüsün GSM hizmetleri pazarındaki konumundan ve sunmuş olduğu hizmetlerin olmazsa olmaz ürün niteliğinde olmasından kaynaklanmaktadır. Bu bakımdan, pazardaki kapama etkisinin boyutlarının anlaşılması için öncelikle Turkcell'in GSM pazarındaki payının değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

GSM pazarında faaliyet gösteren her üç operatör birbirine benzer büyüklükteki kapsama alanına sahiptir. Örneğin Turkcell, 31.12.2008 itibarı ile toplam nüfusun % 98,78'ini kapsamaktadır. Buna karşın pazarda en az paya sahip olan Avea'nın Türkiye nüfusunun kapsama oranı ise %95'tir. Bu bağlamda, mobil pazarlama hizmetleri pazarı bakımından asıl önemli olan pazarın ne kadarının kapsandığından ziyade pazarda ne kadar kişiye erişim sağlandığıdır. Dolayısıyla analiz bakımından öne çıkan etken erişilen abone sayısı ve bu aboneler üzerinden kazanılan cirodur.

1850 Aşağıdaki tablodan da görüldüğü üzere Turkcell'in ciro üzerinde pazar payı %(....)-(....), abone sayısı üzerinden pazar payı ise %(....)-(....) seviyesinde yatay bir seyir izlemektedir.

Tablo 5: Ciro ve Abone Sayısı Üzerinden Hesaplanmış Pazar Payları (%)

Teşebbüs	2007		2008		2009 (Ocak-Mart)	
	Ciro Üzerinden	Abone Sayısı Üzerinden	Ciro Üzerinden	Abone Sayısı Üzerinden	Ciro Üzerinden	Abone Sayısı Üzerinden
Turkcell	(....)	(....)	(....)	(....)	(....)	(....)
Vodafone	(....)	(....)	(....)	(....)	(....)	(....)
Avea	(....)	(....)	(....)	(....)	(....)	(....)

Dosya bakımından Turkcell'in GSM hizmetleri pazarındaki pazar payının mobil pazarlama hizmetleri pazarındaki pazar payına ne şekilde yansıdığı büyük önem taşımaktadır. Zira bu pazardaki pay yukarıda da belirtildiği üzere, doğrudan Turkcell'in GSM pazarındaki payından kaynaklanmaktadır.

Tablo 6: Mobil Pazarlama Hizmetlerinin Sunumu İçin Gerekli Olan Altyapı Hizmetleri Pazarında Pazar Payları (%)

	2007	2008
Teşebbüs	Pazar Payı	Pazar Payı
Turkcell	(...)	(...)
Vodafone	(...)	(...)
Avea	(...)	(...)

1860 Tablodaki pazar payı verileri GSM pazarındaki sonuçlardan çok farklı sonuçlar ortaya koymaktadır. Örneğin 2007 yılında³² GSM pazarında toplam %40 civarında pazar payı elde eden Vodafone ve Avea mobil pazarlama hizmetleri pazarında ciro elde edememiştir. 2007 yılında (ve öncesinde) tüm mobil pazarlama kampanyaları Turkcell üzerinden düzenlenmiştir. 2008 yılında Vodafone ve Avea pazara girmeyi başarabilseler de teşebbüslerin elde ettikleri pazar payları GSM pazarındaki paylarını yansıtmayan bir biçimde %(...) olarak gerçekleşmiştir. Nitekim gerek Vodafone gerekse Avea tarafından gönderilen veriler incelendiğinde pazara girişin ancak Rekabet Kurulu'nun 27.12.2007 tarih ve 07-92/1191-461 sayılı kararının ardından gerçekleşmeye başladığı anlaşılmaktadır.

1870 Mobil pazarlama hizmetleri pazarına ilişkin olarak ortaya konan durum kontör/dakika hediye edilen kampanyalar üzerinden değerlendirildiğinde daha da çarpıcı hale gelmektedir:

Tablo 7: Kontör/Dakika Faydası İçeren Kampanyalar Bakımdan Pazar Payları

	2007		2008	
Teşebbüs	Ciro (TL)	Pazar Payı (%)	Ciro (TL)	Pazar Payı (%)
Turkcell	(...)	(...)	(...)	(...)
Vodafone	(...)	(...)	(...)	(...)
Avea	(...)	(...)	(...)	(...)

Kontör/ dakika faydası içeren kampanyalara bakıldığında 2007 yılında yine Vodafone ve Avea'nın ciro elde edemediği görülmektedir. Benzer şekilde, 2008 yılında da Turkcell'in pazar payının %(...)'un üzerinde gerçekleştiği görülmektedir. Vodafone ve Avea tarafından gönderilen veriler incelendiğinde, bu gelirlerin temel olarak Eylül 2008'den sonra düzenlenen dört³³ adet üç operatörlü kampanyadan kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Vodafone ile Avea arasındaki ciro farkının ise Pepsi ve Vodafone tarafından ortak düzenlenen "Ramazan Kampanyası"ndan kaynaklandığı görülmektedir.

1880 Bu noktada GSM pazarındaki pazar payları ile mobil pazarlama ve kontör/dakika faydası içeren kampanyalardaki pazar payları arasındaki uçurumun neden kaynaklandığı ihlalin tespiti bakımından önem kazanmaktadır. Akla gelen makul

³² Tablo 2007 ve 2008 verilerinden oluşmakla birlikte gerek Avea'nın gerekse Vodafone'un 2007 öncesinde de belirtilen pazarda herhangi bir ciro elde etmediği belirtilmelidir.

³³ Turkcell'e göre 2008 yılında (...) adet üç operatörün katıldığı kampanya düzenlenmiştir.

cevaplar arasında Turkcell dışındaki operatörlerin bu hizmeti sağlayamadıkları, bu konuda bir istekleri olmadığı, istekleri olsa bile mobil pazarlama kampanyası düzenlemek isteyen firmaların Turkcell dışındaki operatörlerle çalışmayı tercih etmedikleri yer almaktadır. Vodafone ve Avea'nın bu hizmeti sağlayabildiği ve sağlamak istediği, bu hizmeti sağlayabilecek altyapıya sahip olduğu, mobil pazarlama kampanyası düzenlemek isteyen firmaların bu yönde bir isteği olduğu tespitlere ilişkin bölümde ortaya konmuştur. Dolayısıyla, pazar paylarındaki farklılığın anılan nedenlerden kaynaklanmayabileceği görülmektedir. Bu bağlamda, söz konusu pazar payları arasında bu tür bir bağın aranmasının doğru olmadığı öne sürülebilecektir. Bu konuda da 16.3.2009 tarihinde Aerodeon çalışanı tarafından Turkcell çalışanlarına gönderilen e-posta dikkat çekicidir. E-postada POAŞ tarafından üç operatörün de katılımıyla düzenlenen kontör/dakika kampanyasının katılım dağılımına yer verilmektedir. Buna göre kampanyaya katılanların %(....)'sı Turkcell aboneleri, %(....)'i Vodafone aboneleri ve %(....)'u da Avea aboneleridir. Kampanyadaki katılım oranlarının teşebbüslerin pazardaki konumlarını yaklaşık olarak yansıttığı görülmektedir. Bu veriden yola çıkarak, herhangi bir engelleme olmadığına, GSM pazarındaki durumun mobil pazarlama hizmetleri pazarındaki ve kontör/dakika faydası içeren kampanyalardaki pazar paylarına yansıtacağı görülmektedir.

25.9.2008 tarih ve 6415 sayılı evrakta, 2007 Aralık ayı itibarıyla kontör/dakika hediye edilen kampanyalarda "Reklam Masrafı Katılım Payı" indirimi elde eden firmaların listesine yer verilmektedir. Söz konusu listede (....) kampanyaya yer verilmeyle birlikte bu kampanyaların hiçbirisinde diğer GSM operatörlerinden kontör/dakika hediye verilmemektedir.

Kurum kayıtlarına 29.5.2009 tarih ve 3781 sayı ile giren yazıda da 25.9.2008 tarih ve 6415 sayılı yazıda belirtilen kampanyalardan sonra düzenlenen ya da yakın bir tarihte düzenlenmesi konusunda anlaşmaya varılmış kampanyalara yer verilmektedir.

Anılan belgelere göre yalnızca (....) tanesi 2008 yılında, (....) tanesi ise 2009 yılında olmak üzere toplam (....) adet kontör/dakika hediye edilen mobil pazarlama kampanyası üç operatörün katılımıyla düzenlenmiştir. 2009 yılına ilişkin sonucun, yürütülen soruşturmanın etkisiyle Turkcell'in baskıcı uygulamalarının gevşemesinden kaynaklandığı kanaati oluşmuştur.

Gerek pazar payı karşılaştırmasından gerekse düzenlenen kampanyaların operatörler arasındaki dağılımından elde edilen veriler Turkcell'in yukarıda yer verilen uygulamaları ile birlikte değerlendirildiğinde, uygulamanın pazarda Vodafone ve Avea'yı dışlayıcı bir etki doğurduğu ortaya çıkmaktadır.

I.8. Hakkında Soruşturma Yürütülen Tarafın Savunmalarının Değerlendirilmesi

I.8.1. Usule İlişkin Savunmalar

I.8.1.1. Rekabet Kurulu'nun Elektronik Haberleşme Sektöründe Yetkili Olmadığı İddiası

Turkcell tarafından gönderilen yazılı savunmada yer alan iddialardan ilki, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun (EHK) 7. maddesine göre, elektronik haberleşme sektöründe rekabete aykırı davranış ve uygulamaları inceleme, soruşturma ve gerekli tedbirleri alma yetkisi ve görevinin Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na (BTK) verildiğidir. Buna göre 5809 sayılı Kanun'un gerek 4054 sayılı Kanun'dan daha sonra yürürlüğe girmiş olması, gerekse 4054 sayılı Kanun'a göre özel kanun niteliği

1930 taşıması gerekçeleriyle Rekabet Kurumu'nun, elektronik haberleşme sektöründe, rekabete aykırı davranıldığı iddiasıyla soruşturma açma ve idari para cezası da dahil olmak üzere herhangi bir idari yaptırım uygulama yetkisi bulunmadığı öne sürülmektedir.

Sektörel düzenleme bulunan pazarlarda Rekabet Kurulu'nun yetkilerinin sınırı, haklarında soruşturma yürütülen teşebbüslerce sıklıkla tartışma konusu yapılmaktadır.

4054 sayılı Kanun ekonominin tüm sektörlerine uygulanmakta ve herhangi bir sektörü açık ya da örtülü biçimde 4054 sayılı Kanun uygulaması dışına çıkaran yasal bir düzenleme bulunmamaktadır³⁴.

1940 Bu durumun elektronik haberleşme sektörü açısından da geçerli olduğu, soruşturma sürecinde yürürlüğe giren ve elektronik haberleşme mevzuatının temelini oluşturan 5809 sayılı Kanun hükümlerinden de açıkça görülmektedir. Teşebbüsün Rekabet Kurulu'nun yetkisiz olduğu iddiasının dayanağını oluşturan "Rekabetin Sağlanması" kenar başlığını taşıyan, 5809 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 1. fıkrası şu şekildedir:

"[BTK], 7/12/1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, elektronik haberleşme sektöründe rekabete aykırı davranış ve uygulamaları re'sen veya şikâyet üzerine incelemeye, soruşturmaya ve rekabetin tesisine yönelik gerekli gördüğü tedbirleri almaya, görev alanına giren konularda bilgi ve belgelerin sağlanmasını talep etmeye yetkilidir."

1950 Bu bağlamda kanun koyucunun BTK'ya 5809 sayılı Kanun kapsamında yetki ve görev verirken 4054 sayılı Kanun'un hükümlerini saklı tuttuğu görülmüştür.

Bu aşamada 5809 sayılı Kanun'un Kurum'un Görev ve Yetkileri başlıklı 6. maddesinde yer verilen "*Bu Kanun ve bu Kanuna dayanılarak yapılan düzenlemelere aykırı olarak, elektronik haberleşme sektöründe ortaya çıkan rekabet ihlallerini denetlemek, yaptırım uygulamak, mevzuatın öngördüğü hallerde elektronik haberleşme sektöründe rekabet ihlallerine ilişkin konularda Rekabet Kurumundan görüş almak*" hükmünden hareketle hem Rekabet Kurulu'nun hem de BTK'nın rekabet ihlalleri ile ilgili soruşturma yapma yetkisi olduğu görülmektedir.

1960 Bu bağlamda 5809 sayılı Kanun'un yukarıda yer verilen hükmü dikkat ile değerlendirilmelidir. Kanun koyucu 5809 sayılı "**Kanun ve bu Kanuna dayanılarak yapılan düzenlemelere aykırı**" olarak ortaya çıkan rekabet ihlalleriyle, tasvir edilen şekilde ortaya çıkmayan ama yine de rekabet ihlali olan davranış ve fiiller arasında ayırım yapmaktadır. Dolayısıyla farklı iki kurumun aynı fiil ve davranışları denetleme yetkisi olduğu iddiasının gerçeklerle bağdaşır olmadığı kanaatine varılmıştır.

Yine aynı Kanun'un 7. maddesinin 2. fıkrasında ise: "*Rekabet Kurulu, elektronik haberleşme sektörüne ilişkin olarak yapacağı inceleme ve tetkiklerde, birleşme ve devralmalara ilişkin olarak vereceği kararlar da dahil olmak üzere elektronik*

³⁴ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun bankalar arası birleşme ve devralma işlemlerini düzenleyen 19. maddesinin bu kapsamda bir istisna teşkil ettiği öne sürülebilir. İlgili madde hükmüne göre;

"Bankaların bu Kanun hükümlerine göre birleşme, bölünme ve devirlerinde 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile devir veya birleşmeye konu bankaların toplam aktiflerinin sektör içindeki paylarının yüzde yirmiyi geçmemesi kaydıyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 7, 10 ve 11 inci maddeleri hükümleri uygulanmaz."

1970 *haberleşme sektörüne ilişkin olarak vereceği tüm kararlarda, öncelikle Kurumun görüşünü ve Kurumun yapmış olduğu düzenleyici işlemleri dikkate alır.” hükmü yer almaktadır.*

Bu hüküm göz önünde bulundurularak, kanun koyucunun elektronik haberleşme sektöründe, 5809 sayılı Kanun’da öngörülen haller hariç, Rekabet Kurulu’nun karar verebileceği konusunda herhangi sınırlamaya gitmediği sonucuna varılmıştır. Nitekim anılan düzenleme yürürlüğe girmeden önce yürürlükte bulunan 2813 sayılı Kanun’un 7. maddesinin son fıkrası gereğince Telekomünikasyon Kurumu’ndan 27.10.2008 tarih ve 3858 sayı ile görüş talep edilmiş, talep edilen görüş 12.01.2009 tarih ve 375 sayı ile Kurum kayıtlarına girmiştir. Turkcell tarafından elektronik haberleşme sektöründe tek yetkili olduğu öne sürülen BTK’nın görüşü bu anlamda önem kazanmaktadır. Anılan görüşte:

1980 *“Kurumumuz tarafından 28.12.2005 tarih ve 27037 sayılı Resmi Gazete ile ilan edildiği üzere Turkcell’in mobil şirketlere erişim, çağrı başlatma ve çağrı sonlandırma pazarlarında etkin piyasa gücüne (EPG) sahip olduğu göz önüne alındığında, Turkcell’in uygulamış olduğu kampanyalara sadece kendisinden katılım sağlanması şartı getirmiş olup olmadığının incelenmesinin önem arz ettiği değerlendirilmektedir. Zira AB rekabet hukuku kapsamında loyalty rebate başlığı altında incelenmekte olan sadakat indirimi uygulaması, komisyon, ilk derece mahkemesi (CFI), ve Avrupa Adalet Divanı (ECJ) tarafından detaylı bir analize tabi tutulmaksızın yasaklanmaktadır. Bununla birlikte kurumumuz tarafından hazırlanan konuya ilişkin rapordan anlaşıldığı üzere:*

1990 *1.Söz konusu kampanyaların rekabet açısından mobil haberleşme hizmetleri pazarında Turkcell’in konumunu güçlendirebileceği ve*
2.Tüketici mağduriyetlerine yol açabileceği
değerlendirilmektedir.”

ifadelerine yer verilmekte, bir başka deyişle Rekabet Kurulu’nun yürüttüğü soruşturma ve yetki bakımından ulaşılmış olduğu sonuç desteklenmektedir.

Öte yandan, EHK’nun 7. maddesi 2. fıkrası gereğince soruşturma raporunun tebliğini takiben BTK’dan tekrar görüş istenmiş, Kurumuz kayıtlarına 16.9.2009 tarih ve 6711 sayı ile giren görüşte

2000 *“Şikayet konusu kampanyaların rekabet açısından perakende seviyede mobil haberleşme hizmetleri piyasasında Turkcell’in konumunu güçlendirdiği ile tüketici mağduriyetlerine yol açtığıının anlaşılması durumunda Rekabet Kurumu tarafından hazırlanan 09.07.2009 tarih ve SR/09-04 sayılı Soruşturma Raporu kapsamında ulaşılan ve yapılması düşünülen idari işlem ile mutabık kalındığına ilişkin görüşün tarafınıza iletilmesi gerektiğine karar verilmiştir.”*

ifadeleri kullanılmış, her iki kurumun faaliyet alanları arasında işlemi sakatlayıcı bir örtüşme olduğuna dair bir yorum getirilmemiştir.

2010 *Benzer şekilde, Danıştay tarafından alınmış kararlarda da Rekabet Kurulu’nun yetkisi tanınmıştır. Örneğin, Danıştay 13. Dairesi, 2006/1219 esas nolu, 2008/4195 sayılı Kararı’nda, “...telekomünikasyon sektöründe yaşanacak rekabet ihlalini belirleme ve bu konuda yaptırım uygulama görevi Rekabet Kurumu’na verilmiştir” ifadeleriyle Turkcell’in yaptığı savunma ile benzer içeriğe sahip savunmaları kabul etmemiştir.*

Yukarıdaki yer verilen değerlendirmeler ışığında, anılan hükmün herhangi bir surette Rekabet Kurulu'nun elektronik haberleşme sektöründe 4054 sayılı Kanunu uygulama konusundaki yetkisini dışlamadığı görülmektedir. Dolayısıyla, Turkcell'in ilk yazılı savunmasında belirtilen, kanun koyucunun elektronik haberleşme sektöründe kamunun müdahale yetkisinin münhasıran BTK tarafından uygulanmasını tercih ettiği iddiasının bir dayanağı bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

I.8.1.2. Soruşturma Açılması Hakkındaki Kararın 4054 Sayılı Kanun'a Aykırı Olduğu İddiası

2020 Turkcell tarafından, Rekabet Kurulu'nun 14.8.2008 tarihli önaraştırma ve 9.10.2008 tarih ve 08-57/915-M sayılı soruşturma kararının 4054 sayılı Kanun'un 55/1 maddesine aykırı olduğu ifade edilmektedir. Turkcell, savunmasında, Rekabet Kurulu'nun 14.8.2008 tarihli önaraştırma ve 9.10.2008 tarih ve 08-57/915-M sayılı soruşturma kararlarının mobil pazarlama kampanyalarında

- Kontör dakika hediye edilmesi ve
- Bu konudaki reklamlar için yapılan finansal katkılar

ile ilgili olarak alındığını ifade etmekte ancak Rekabet Kurulu'nun, aynı konuda aynı şikayetçi teşebbüs olan Avea'nın 2.4.2008 tarihli şikayet başvurusunu incelemiş olduğu 12.08.2008 tarih ve 08-39/507-184 sayılı kararı ile işbu yürütülmekte olan soruşturmaya ilgili kesin kararını vermiş olduğu iddia edilmektedir.

2030

Rekabet Kurulu'nun anılan kararının 120 ila 140. satırlarında aşağıdaki ifadelere yer verilmektedir;

"Turkcell'in göndermiş olduğu bilgilendirme yazısı kapsamında 07-92/1191-461 sayılı Rekabet Kurulu kararının gereğini yerine getirdiği sonucuna varılmaktadır. Dolayısıyla başvuru sahibinin;

- Turkcell'in kontör hediye edilen kampanya sözleşmeleri kapsamında münhasır çalışmaya devam ettiği ve
- 1.7.2007 tarihinden bu yana geçen sürede, ilgili pazarda imzaladığı anlaşmalar ya da protokoller yoluyla Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlal ettiği

2040 *iddialarına yönelik olarak 4054 sayılı Kanun kapsamında herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmadığı sonucuna varılmaktadır."*

2.4.2008 tarihli başvuruda, diğer hususlara ek olarak, Rekabet Kurulu'nun 27.12.2007 tarih ve 07-92/1191-461 sayılı kararında Turkcell'in şikayet konusu uygulamalarının Kanun'un yalnızca 4. maddesi kapsamında değerlendirildiği, aynı uygulamaların Kanun'un 6. maddesi kapsamında da değerlendirilmesinin ve adı geçen şirket hakkında soruşturma açılarak gerekli yaptırımların uygulanmasının talep edildiği görülmektedir.

4054 sayılı Kanun'un 55. maddesinin 1. fıkrasında, "Kurulun nihaî kararlarına, tedbir kararlarına, para cezalarına ve süreli para cezalarına karşı kararın taraflara tebliğinden itibaren süresi içinde Danıştay'a başvurulabilir. Bu süre içinde yargı yoluna başvurulmazsa karar kesinleşir." hükmüne yer verilmiştir.

2050

Turkcell savunmasında Rekabet Kurulu'nun yukarıdaki tespitleriyle;

- Kontör hediye edilen sözleşmeler kapsamında Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. ve 6. maddelerine göre inceleme yapıldığı,
- Bu incelemenin sonucuna göre Turkcell'in Kanun'un 4. ve 6. maddesini ihlal etmediği ve bu nedenle bir işlem yapılmasına gerek olmadığı,
- Şikayetçi teşebbüsün itiraz mercii olarak Danıştay'a başvurması gerektiği

sonucuna ulaşmış olduğu çıkarımını yapmaktadır.

2060 Bu çıkarım sonucunda Turkcell tarafından, Avea'nın kontör hediye edilen sözleşmeler kapsamındaki iddiaları ile ilgili olarak itirazını Danıştay'a yapmak yerine Kurul'a şikayetini yenilemiş olduğu ve aynı konudaki bu şikayet üzerine Rekabet Kurulu yukarıda yer verilen kararına ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 55/1 maddesine aykırı olarak, 14.8.2008 tarihinde önaraştırma ve 9.10.2008 tarihinde soruşturma kararı alındığı ifade edilmekte ve dolayısıyla Rekabet Kurulu'nun almış olduğu soruşturma kararıyla 08-39/507-184 sayılı ve 4054 sayılı Kanun'un 55/1. maddesine aykırı karar almış olduğu iddia edilmektedir.

Avea tarafından yapılan 27.08.2007 tarih ve 5686 sayılı başvuru üzerine alınan 07-86/1087-M sayılı Rekabet Kurulu kararı ile Turkcell hakkında önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir. Avea başvurusunda özetle;

- 2070
- Turkcell firmasının, bağlantılı çalıştığı reklam ajansları yoluyla hizmet tedarikini tek elden satın alma şartına bağladığı,
 - Bu nedenle firmaların, pazarda %60 paya sahip olan bir teşebbüsü dışarıda bırakarak başarılı bir kampanya gerçekleştiremeyeceği düşüncesiyle münhasıran Turkcell ile çalışmak zorunda kaldıkları,
 - Hizmet tedariki teklifi ile gidilen firmaların, Turkcell'in bahse konu şartı nedeniyle Avea ile çalışmayacaklarını ifade ettikleri

2080 iddialarına yer verilerek; 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesi kapsamında Turkcell'e Katıl Kazan türü kampanyalarda, firmalara tek elden satın alma yükümlülüğü içeren münhasırlık uygulamasına son vermesinin bildirilmesi ve Turkcell firmasının 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlal ettiğinin tespit edilmesi ve bu firmanın idari para cezası ile cezalandırılması talep edilmiştir

Bu başvuruya istinaden yapılan önaraştırma kapsamında Turkcell'de yapılan yerinde inceleme esnasında 26.11.2007 tarihinde düzenlenen Bilgi Tutanağı ile "*Mobil pazarlama ajansları ve/veya kampanya düzenleyen firmalarla yapılan anlaşmaların matbu (tip) sözleşmeye bağlı olması durumunda bu sözleşmenin, matbu sözleşmenin yokluğu halinde tüm sözleşmelerin onaylı örneği*" talep edilmiş, bu talep yazısına cevaben Turkcell tarafından gönderilen evrak 05.12.2007 tarih ve 8032 sayı ile Rekabet Kurumu kayıtlarına girmiş ve bu bilgiler dosya kapsamında Rekabet Kurulu'nca değerlendirilmiştir.

2090 Yürütülen önaraştırma kapsamında Turkcell'den elde edilen sözleşmeler incelenmiş ve Rekabet Kurulu tarafından, Turkcell'in sözleşmelerde bulunan münhasırlık hükmü dolayısıyla pazarı kapattığı iddia olunan şikayet konusu ile ilgili olarak, yalnızca, "*İçerik Temin, Reklâm & Pazarlama, Sunucu Barındırma, Uygulama Geliştirme & İşletme Hizmet Çerçeve Sözleşmesi*"nin 10.12 no.lu maddesinde münhasırlık hükmünün yer aldığı tespit edilmiştir.

Bu tespit ertesinde yapılan değerlendirmeler sonucunda Rekabet Kurulu tarafından;

2100 *“Katma değerli hizmetlerin sunumuna yönelik olarak taraflarca imzalanmış olan anlaşmaların Rekabet Kurulu’nun 10.2.2005 tarih ve 05-10/86-33 sayılı kararı ile grup muafiyeti kapsamında olduğu anlaşılmakla birlikte, Turkcell’in pazar payı göz önüne alındığında, söz konusu anlaşmaların, Kurul’un kararından sonra yürürlüğe giren 2007/2 sayılı Tebliğ ile değişik 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği’nin 2. maddesi uyarınca Tebliğ kapsamı dışında kaldığına; ayrıca yapılan değerlendirmeler sonucunda mobil pazarlama hizmetleri pazarında faaliyet gösteren firmalarla yapılan anlaşmalarda yer alan münhasırlık şartının, 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesinin (c) bendi kapsamında ilgili pazardaki rekabeti önemli ölçüde ortadan kaldırdığı yönünde ciddi ve yeterli deliller bulunması nedeniyle bireysel muafiyetten yararlanamayacağına, dolayısıyla 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi kapsamında olduğuna,*

2110 *Bu çerçevede, 2007/2 sayılı Tebliğ ile değişik 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği’nin 2. maddesi uyarınca Tebliğ kapsamı dışında kalan anlaşmaların, derhal 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesinde düzenlenen şartlara uygunluğunun sağlanmasının gerektiği hususunda teşebbüse görüş yazısı gönderilmesine”*

oybirliği ile karar verilmiştir.

Yukarıda da yer verildiği üzere, Rekabet Kurulu’nun 12.08.2008 tarih ve 08-39/507-184 sayılı kararında değerlendirilen;

- Turkcell’in kontör hediye edilen kampanya sözleşmeleri kapsamında münhasır çalışmaya devam ettiği ve
- 1.7.2007 tarihinden bu yana geçen sürede, ilgili pazarda imzaladığı anlaşmalar ya da protokoller yoluyla Kanun’un 4. maddesi ve 6. maddelerini ihlal ettiği

2120 iddialarının tekrarlandığı görülmüştür. Yukarıda da değinildiği üzere Avea’nın başvurusuna istinaden ve Turkcell’in münhasır sözleşmeler yoluyla markaların Avea ile çalışmasını engelleyerek pazarı kapattığı iddiaları çerçevesinde yürütölen önaraştırma kapsamında Turkcell’den istenen bilgiler değerlendirilmiş ve Rekabet Kurulu tarafından, yalnızca İçerik Temin, Reklâm & Pazarlama, Sunucu Barındırma, Uygulama Geliştirme & İşletme Hizmet Çerçeve Sözleşmesi’nin 10.12 no.lu maddesinde münhasırlık hükmünün yer aldığı tespit edilebilmiş, dolayısıyla kampanya sözleşmeleri kapsamında münhasır çalışılmaya devam edildiği iddiaları 2130 reddedilmiştir.

14.8.2008 tarih ve 08-50/756-M sayılı önaraştırma yapılmasına dair karar kapsamında Turkcell’de yapılan yerinde incelemede Pepsi tarafından imzalanarak Turkcell’e gönderildiği anlaşılan ve münhasırlık hükmü içeren 8.8.2008 tarihli sözleşmenin bulunması üzerine yine anılan önaraştırma kapsamında Turkcell tarafından gönderilen bilgilendirme yazısı içeriğinde yer alan;

“02.09.2008 tarihinde yapılan yerinde incelemede Kurumunuzun uzmanları tarafından bir örneği alınan ve Şirketimiz ile Pepsi arasında 08.08.2008 tarihinde imzalanmış olan “Kampanya Çerçeve Sözleşmesi ek Protokol”ün matbu bir sözleşme olmadığını, bu protokolün bugüne kadar sadece Pepsi ile imzalanmış

2140 *olduğunu ve söz konusu protokol çerçevesinde düzenlenmiş bir kampanya bulunmadığını bilgilerinize sunarız.”*

ifadeleriyle Turkcell'in kampanya düzenleyen firmalarla sözleşmeler yoluyla münhasır çalışmadığı hususu Turkcell tarafından da teyit edilmektedir.

2150 Yürütülmekte olan işbu soruşturmaya dayanak olan önaraştırma kapsamında Avea'nın Rekabet Kurumu kayıtlarına 9.5.2008 tarih ve 2915 sayı ile giren başvurusunda yer alan, diğer iddiaların yanı sıra *“Turkcell'in Kurul kararında yer alan sözleşmelerden münhasırlık şartını çıkardığı, fakat mobil pazarlama ajanslarına bu defa da kendisinin yer almadığı hiçbir proje ve kampanya için rakip operatörlere bağımsız olarak hizmet sunmayacağı ve bu firmaların öncelikli olarak kendi hizmetlerini pazarlayacağı yönünde şartlar sürdüğü”* iddiaları değerlendirilmiştir.

Yapılan önaraştırma kapsamında Turkcell'de yapılan yerinde incelemede, soruşturma bildiriminde de yer verildiği üzere Turkcell'in çeşitli firmalar ile imzaladığı sözleşmelerde var olduğu iddia edilen münhasırlık hükümleri yoluyla değil ancak fiili bir takım uygulamaları ile pazarı rakiplerine kapattığı ve 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği yönünde ciddi belgeler elde edilmiştir.

2160 Yukarıda ifade edilen iddia ve delillerin yer aldığı 26.9.2008 tarih ve 2008-2-151/ÖA-08-AA sayılı Önaraştırma Raporu Rekabet Kurulu tarafından değerlendirilerek, yine Avea'nın yukarıda tarih ve sayısına yer verilen başvurusu reddedilmiş: *“Turkcell'in kontör ve dakika hediye edilen kampanyalarda çeşitli uygulamalarıyla reklam veren firmalarla fiilen münhasır çalışmaya devam ederek mobil pazarlama hizmetlerinin sunumu için gerekli olan alt yapı hizmetleri pazarında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinin ihlal edilip edilmediğinin tespiti için, aynı Kanun'un 41. maddesi uyarınca adı geçen teşebbüs hakkında soruşturma açılmasına”* karar verilmiştir.

2170 Yürütülmekte olan soruşturmaya ilgili süreçlerin yukarıda yer verilen özetinden de anlaşılacağı üzere, teşebbüsün savunmasında yer verdiğinin aksine, Rekabet Kurulu 12.8.2008 tarih ve 08-39/507-184 sayılı kararı ile yürütülmekte olan soruşturmaya ilgili kesin kararını vermiş değildir. Rekabet Kurulu'nun bu kararında, Avea'nın, bir önceki başvurusunda yer alan, Turkcell'in üçüncü şirketlerle imzaladığı sözleşmelerde yer verdiği münhasırlık hükmü yoluyla pazarı rakiplerine kapattığı iddialarının yenilenmiş olduğu görülmüş ve bu şikayet reddedilmiştir.

2180 Karara esas soruşturmaya dayanak teşkil eden önaraştırma kapsamında ise Turkcell'in mobil pazarlama mecralarını kullanacak markalara yönelik fiili uygulamaları yoluyla pazarı rakiplerine kapamaya çalıştığına dair çeşitli deliller değerlendirilmektedir. Dolayısı ile Avea'nın şikayetinin reddedildiği 12.8.2008 tarih ve 08-39/507-184 sayılı Rekabet Kurulu kararı ile Turkcell hakkında soruşturma açılmasına karar verilen 9.10.2008 tarih ve 08-57/915-M sayılı Rekabet Kurulu kararlarının konuları, benzer pazarları ilgilendirmekle birlikte, tamamen farklıdır. Bu açıklamalar neticesinde Turkcell'in yukarıda yer verilen savunmasının geçerli olmadığı kanaatine varılmıştır.

1.8.1.3. 4054 Sayılı Kanun'un 44. Maddesinin 2. Bendine Aykırı Davranıldığı İddiası

Usule ilişkin üçüncü iddia ise soruşturma heyetinin Kanun'un 44. maddesinin 2. bendine aykırı davrandığına ilişkindir. Mobil pazarlama ajansları ve müşterilerinin

soruşturma konusuna ilişkin verdikleri bilgiler ve görüşlerin gerçekleri yansıtmama bakımından hayati önem taşıdığı düşüncesiyle, ajanslardan ve müşterilerden elde edilen bilgi ve görüşleri yansıtan tüm belgelerin Turkcell'e temin edilmesinin talep edildiği, ancak, bu talebin reddedildiği ve bu durumun Kanun'un 44. maddesinin 2. bendine ve hukuka aykırılık teşkil ettiği öne sürülmektedir.

2190 Turkcell tarafından ortaya konulan bu iddialara dayanak olarak Danıştay 13. Daire Başkanlığı'nın 2006/891 esas numaralı ve 2007/2812 sayılı kararı gösterilmektedir.

Turkcell tarafından atıf yapılan Kanun'un 44. maddesine aşağıda yer verilmektedir:

“Kurul adına hareket eden ve Kurul tarafından belirlenip görevlendirilen raportörlerden oluşan bir heyet, soruşturma safhasında bu Kanununun 14 üncü maddesinde düzenlenen bilgi isteme ve 15 inci maddesinde düzenlenen yerinde inceleme yetkilerini kullanabilir. Belirlenen bu süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilginin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilir. Kurulun soruşturma safhasında, bu Kanunu ihlal ettiği iddia edilen kişi veya kişiler, kararı etkileyebilecek her türlü bilgi ve delili her zaman Kurula sunabilirler.

2200

Haklarında soruşturmaya başlandığı bildirilen taraflar sözlü savunma hakkını kullanma taleplerine kadar Kurum bünyesinde kendileri ile ilgili düzenlenmiş her türlü evrakın ve mümkünse elde edilmiş olan her türlü delilin bir nüshasının kendilerine verilmesini isteyebilir.

Kurul, tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği konuları kararlarına dayanak yapamaz.”

Turkcell tarafından yöneltilen iddiaların, Danıştay 13. Daire Başkanlığı'nın 2006/1456 esas numaralı ve 2008/4211 sayılı kararı ile de benzerlik gösterdiği dikkat çekmektedir. Söz konusu dosyada, İçdaş Çelik Enerji Tersane ve Ulaşım Sanayi A.Ş. (İçdaş) tarafından 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, birinci yazılı savunmanın yapılabilmesi amacıyla iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilginin verilmesi gerektiği, ancak bunun yerine getirilmediği, bu nedenle Kanun'un 44. maddesinin ikinci fıkrasının ihlâl edildiği iddia edilmiştir.

2210

Mahkeme tarafından:

“Kanun'un 43. maddesi gereğince, Kurul'un başlattığı soruşturmalara ilgili olarak, tarafların ilk yazılı savunmalarını kullanabilmeleri açısından, iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilgiyi ilgili taraflara göndermesi gerektiği düzenlendiği halde, Kanun'un 44. maddesinde, haklarında soruşturmaya başlandığı bildirilen tarafların, sözlü savunma hakkını kullanma taleplerine kadar Kurum bünyesinde kendileri ile ilgili düzenlenmiş her türlü evrakın ve mümkünse elde edilmiş olan her türlü delilin bir nüshasının kendilerine verilmesini isteyebilecekleri belirtilmek suretiyle bu şekilde istenen her türlü evrakın ve delilin taraflara verileceği zorunluluğunun düzenlenmediği görülmektedir. Nitekim Kurul'un bu yönde takdirini kullanmasının işlemin hukukiliğine etkisi, Kanun'un 44. maddesinin son fıkrasında öngörüldüğü üzere, tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği konuları kararlarına dayanak yapamayacağı çerçevesinde değerlendirilmesi mümkündür.”

2220

2230 ifadeleri kullanılmıştır. Danıştay'ın ilgili kararında da yer bulduğu üzere, Kurul, tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği konuları kararlarına dayanak yapmamak ile yükümlü olup, incelemeler sırasında elde edilmiş her türlü delilin taraflara sunulması gibi bir zorunluluk altında da bulunmamaktadır. Soruşturma heyeti tarafından soruşturma raporunda yer verilen her türlü bilgi ve belgenin ticari sırlardan arındırılmış bir hali taraflara sunulmuş olduğundan, tarafların, hukuka aykırılık iddiasının geçerli olmadığı sonucuna varılmıştır.

I.8.2. Esasa İlişkin Savunmalar ve Söz Konusu Savunmaların Değerlendirilmesi

I.8.2.1. İlgili Pazara İlişkin Savunmalar

2240 Savunmada yer alan bir diğer husus ilgili ürün pazarlarının "GSM hizmetleri pazarı" ve "GSM hizmetleri pazarında yapılan reklamlar pazarı" olduğudur. Yürütülmekte olan soruşturma kapsamında incelenen konunun Turkcell müşterilerinin kampanyalarında hediye ettikleri kontör/dakikaların satışı ve bu satışlara ilişkin reklamlarda müşterilere finansal katkı yapılması olduğu, bu nedenle, söz konusu hizmetin GSM hizmetleri pazarında gerçekleşen bir satış olarak, bu alanda yapılan finansal katkıların da, Turkcell açısından kontör/dakika satışını artırıcı bir işlem olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu kapsamda, Turkcell'in gerçekleştirdiği faaliyetin basit bir kontör satışı olduğu, bu kanaldan satılan kontör/dakikaların da GSM hizmetleri alanında satılan kontör/dakikaların da aynı amaçlar doğrultusunda kullanıldığı, aynı teknikle yüklendiği, yani bu ürünler arasında bir ikame bulunduğu, bu nedenle ilgili ürün pazarı olarak GSM hizmetleri pazarının benimsenmesi gerektiği iddia edilmektedir.

2250 Kurul, aşağıda yer verilen gerekçelerle Turkcell'in gerçekleştirilen faaliyetlerin basit bir kontör satışı olduğu yönündeki değerlendirmelerine katılmamaktadır.

2260 Kararda detaylı bir şekilde değerlendirmeye yer verilmiş olan mobil pazarlama hizmetlerinin, alışlagelmiş GSM hizmetleri kanalı üzerinden gerçekleşen satışlardan büyük farklılık gösterdiği anlaşılmıştır. Mobil pazarlama faaliyetlerinin diğer reklam kanallarına yeni ve alternatif bir kanal teşkil ettiği, diğer kanallara nazaran daha ölçülebilir ve interaktif bir nitelik taşıdığı, bu kanal aracılığıyla yapılan pazarlama faaliyetlerinin geri dönüşünün çok yüksek olduğu, bunun yanı sıra düzenlenen mobil pazarlama kampanyalarının, reklam veren markaların, reklam ve medya ajanslarının, mobil pazarlama ajanslarının, içerik sağlayıcı konumunda firmaların ve GSM operatörlerinin parçası olduğu bir değer zincirinin ürünü olarak ortaya çıktığı Turkcell çalışanları tarafından da kendilerince hazırlanan ve bu kararda da 7 numaralı belge olarak kendisine atıf yapılan "*Mobil Pazarlama*" başlıklı sunumda ortaya konmaktadır.

Bu noktada belirleyici olan unsurun, mobil pazarlama kampanyası çerçevesinde kontör satın alan markaların bu kontör/dakikaları doğrudan kendi iletişim ihtiyaçları doğrultusunda değil, markaları/ürünleri hakkında bilgi vermek, marka/ürün tanıtımlarını yapmak, satışlarını artırmak, tüketicilerin marka/ürüne yönelik tutumları üzerinde etkili olmak gibi amaçlar uyarınca son kullanıcılara ulaştırmaları olduğu görülmüştür.

2270 Özetle, mobil pazarlamanın sektörel uzmanlık gerektiren bir tanıtım, pazarlama ve reklamcılık faaliyeti olması ve bu alanda GSM hizmetleri geneline kıyasla oldukça farklı bir iş modeli uyarınca faaliyet gösterilmesi gibi farklar göz önünde alındığında GSM hizmetleri pazarında gerçekleşen bir kontör/dakika satış işlemi ile mobil

pazarlama mecrası aracılığıyla gerçekleşen bir kontör dakika satışı arasında hiçbir nitelik farkı bulunmadığı ve her iki faaliyetin aynı ilgili ürün pazarında tanımlanması gerektiği iddiası geçerli bir iddia olarak görülmemiştir.

2280 İlgili pazar tanımına ilişkin savunmada ifade edilen ikinci husus, soruşturma raporunda yer verilen ilgili ürün pazarı tanımının, Rekabet Kurulu'nun soruşturma açıldığına ilişkin olarak Turkcell'e yaptığı 22.10.2008 tarihli bildirimde ve Rekabet Kurulu'nun Turkcell'in mobil pazarlama ajanslarıyla münhasır çalışmasını yasaklayan 27.12.2007 tarih ve 07-92/1191-461 sayılı kararlarında yer verilen pazar tanımlarından farklılık gösterdiği.

Bu konuya ilişkin olarak Turkcell tarafından öncelikle, soruşturma bildiriminde mobil pazarlama hizmetleri, mobil pazarlama hizmetlerinin sunumu için gerekli olan altyapı pazarı ve GSM hizmetleri pazarı olmak üzere üç farklı pazar tanımına gidildiği ve bildirim sonuç kısmında "*altyapı hizmetleri pazarında hakim durumda bulunan Turkcell uygulamalarının*" incelendiğinin bildirildiği, buna karşın mobil pazarlama hizmetlerinin sunumu için gerekli olan altyapı pazarının soruşturma raporunda ilgili pazar olarak belirlenmediği öne sürülmektedir.

2290 Mobil pazarlama hizmetlerinin sunulması için gerekli olan altyapı GSM operatörleri tarafından sağlanmaktadır. Düzenleyici yapının izah edildiği bölümde değinildiği üzere henüz ülkemizde mobil pazarlama hizmetlerine yönelik bir yetkilendirme yapılmamıştır. Bu nedenle mobil pazarlama hizmetleri gelir paylaşımı iş modeli kullanılarak GSM lisans sözleşmeleri kapsamında sadece GSM operatörleri tarafından sunulmaktadır. Bu alanda yasal olarak mobil pazarlama ajanslarının bu hizmetleri sunarken kendi nam ve hesaplarına çalışmıyor olmalarından ötürü GSM altyapı hizmetlerine yönelik bir talepten, dolayısıyla fiili olarak var olan bir altyapı pazarından bahsetmek mümkün değildir. Bu nedenle mobil pazarlama hizmetlerinin sunumu için gerekli olan altyapı pazarının GSM hizmetleri pazarının bir parçası olarak değerlendirilmesinin daha uygun olduğu kanaatine varılmıştır.

2300 **I.8.2.2. Kontör/Dakika Hediye Edilen ve GSM Faydaları Verilen Kampanyalarda Turkcell'in Tek Marka Zorunluluğu Getirmediğine İlişkin İddialar**

2310 Savunmada yer alan bir başka iddia, soruşturma raporunda yer verilen delil ve belgelerin Turkcell'in tek marka zorunluluğu getirildiğini ispatlamadığıdır. Savunmada, sözleşmeler aracılığıyla düzenlenen ve fiili uygulamalarla mobil pazarlama firmalarıyla Turkcell arasında tesis edilen münhasırlık ilişkisinin söz konusu olduğu Ocak 2008 öncesi ve sonrası olmak üzere iki farklı dönemden bahsetmenin mümkün olduğu, Rekabet Kurulu'nun 27.12.2007 tarih ve 07-92/1192-461 sayılı kararıyla Turkcell'e yüklenen, Turkcell'in sözleşmelerinin Kanun'un 5. maddesine uygun hale getirilmesi yükümlüğü uyarınca mobil pazarlama ajansları ve tüm katma değerli hizmetler veren tedarikçileriyle fiili ya da hukuki münhasırlık ilişkisine son verildiği ifade edilmektedir. Buradan hareketle 27.12.2007 tarih ve 07-92/1192-461 sayılı karardan önceye dayanan hiçbir delilin yürütülmekte olan soruşturmada değerlendirilemeyeceği öne sürülmektedir.

Yapılan değerlendirmeler sonucunda soruşturma konusu ihlalin bütüncül bir nitelik sergilediği ve soruşturma konusu Turkcell davranışlarının farklı dönemler altında değerlendirilmesini gerekli kılacak herhangi bir hukuki gerekçenin var olmadığı kanaatine varılmıştır. Bir önceki başlık altında değerlendirildiği üzere soruşturma konusu Turkcell fiillerini ya da ihlalin konusunu, mobil pazarlama ajansları ile var olan

2320 münhasırlık ilişkisinden kaynaklanan davranışlar değil, fakat markalar nezdinde ister mobil pazarlama ajansları kanalıyla olsun ister markalara yönelik doğrudan bildirimler yoluyla olsun Turkcell'in dışlayıcı davranışları oluşturmaktadır. Bu bakımdan Turkcell'in yukarıda yer verilen savunması haklı bir savunma olarak kabul edilmemiştir.

Turkcell tarafından öne sürülen bir diğer iddia ise, şikayetin yapıldığı tarih itibarıyla Avea'nın şikayete konu hizmetleri sunması ile ilgili altyapısının henüz hazır olmadığı, bu nedenle pazarda bir belirsizliğin mevcut olduğu, bu belirsiz dönemde yazılmış her türlü ifadenin gerçeğe dayanmayan ifadeler olduğu, dolayısıyla yapılan tespitlerin fiili duruma yönelik tespitler olmasının söz konusu olamayacağıdır.

2330 Turkcell'in kurumsal bir politika olarak benimsediği anlaşılan, rakiplerin var olduğu kontör/dakika kampanyaları içinde yer almama şeklinde gerçekleşen eylemi, ihlalin gerçekleştiğinin tespiti bakımından, ilgili tarih ve öncesi itibarıyla rakipler tarafından bu hizmetin teknik olarak sunulabiliyor ya da sunulamıyor olmasından bağımsız olarak değerlendirilmektedir. Turkcell tarafından uygulanan protestonun rakiplerinin potansiyel müşterileri dolayısıyla pazardaki talep doğrultusunda bu teşebbüslerin yatırım yapma güdülerini, iş planı oluşturma, yeni hizmetler sunma imkanlarını ortadan kaldıracabilecek nitelikte olduğu sonucuna varılmıştır.

2340 Yukarıdaki açıklamalar ve Kararda yer verilen tespitler göz önüne alınarak, yeni doğmuş bir rekabet ortamından bahsedebilmesi mümkün olmamakta, ancak doğmakta olan bir rekabet ortamından bahsedilebilmektedir. Yerinde incelemelerde elde edilen belgelerle ortaya konulduğu gibi yeni doğmakta olan bu rekabet ortamının gelişiminin de Turkcell'in uygulamaları tarafından engellendiği görülmüştür. Buna ek olarak, rakip operatörlerin teknik olarak soruşturma konusu hizmetleri sunabilir olduğu döneme ilişkin olarak Turkcell'in dışlayıcı davranışlarını ortaya koyan birçok belge de kararda yer almaktadır. Dolayısıyla, soruşturma konusu eylemler bakımından Turkcell'in hem potansiyel hem de fiili rekabeti sınırlandırdığı ve ortadan kaldırdığı tespit edilmiştir.

2350 Öte yandan, yeni bir rekabetçi ortamda Turkcell'in nasıl davranacağına ilişkin bir belirsizlik yaşadığı kabul edilse bile, münhasırlık sonucunda piyasada rakiplerini dışlayıcı uygulamaların rekabet karşıtı etkiler doğurduğu tartışılmaz bir gerçektir. Nitekim, Turkcell uygulamaları sonucunda GSM hizmetleri pazarında anlamlı rakipler olan Vodafone ve Avea'nın mobil pazarlama hizmetleri pazarında marjinal oyuncular haline geldiği Kararda açıkça görülmektedir.

Mevcut belgelerden Turkcell çalışanlarının rakip GSM operatörlerinin teknik olarak bu hizmeti sunabileceği bilgisine vakıf oldukları anlaşılmaktadır. Bu nedenle bu konuda belirsizliğin hakim olduğunu öne sürerek bu süreç içerisinde yazılmış her türlü ifadenin gerçeğe dayanmayan ifadeler olduğu ileri sürülemeyecektir.

2360 Tüm bunlara ek olarak, rakip operatörlerin bu hizmeti teknik olarak sunmaya hazır olup olmadıkları bilgisi, hizmetten faydalananların kampanya düzenleyen firmalar olduğu göz önünde bulundurulduğunda, Turkcell'in delil olarak değerlendirilen yazışmaları yapmasını zorunlu kılacak bir bilgi değildir. Bu bakımdan ilgili belgelerin, değerlendirme kısmında ayrıntısına yer verildiği üzere, Turkcell'in rakiplerini dışlamayı amaçlayan soruşturma konusu davranışlarını ortaya koyan ve anlamlı bir bütünü oluşturan unsurlar olduğu kanaatine varılmıştır.

Bir diğer savunma, içerikleri ne olursa olsun Turkcell'in kendisi adına görüş beyan etmeye, karar almaya, temsil ve imzaya yetkili olmayan personel tarafından ve resmi olmayan yollarla beyan edilen görüşlerin Turkcell'in gerçek iradesini göstermek bakımından delil gücünde kabul edilemeyeceği yönündedir.

2370 7.7.2009 tarih ve 4744 sayı ile Kurum kayıtlarına giren belgeden de görüleceği üzere soruşturma kapsamındaki yazışmaların tamamı Turkcell'in mobil pazarlama biriminde çalışan ve aralarında üst düzey yöneticilerin de bulunduğu kişiler arasında gerçekleştirilmektedir.

Soruşturma raporu 22. belgede yer alan, Turkcell'in üç operatörün kampanyalara ne zaman izin vereceğinin değerlendirildiği yazışmalarda Turkcell çalışanı tarafından kullanılan "Değerlendirme sorumlusu bizim ekip olduğundan eş zamanlı diğer kontaklarla şu an bir değerlendirme yapmana gerek yok" ifadesinden adı geçen kişilerin Turkcell'in politikalarının belirlenmesinde yetkili kişiler olarak değerlendirilebileceği sonucu çıkmaktadır.

2380 Soruşturma raporu 13. Belgede yer alan yazışmalardan mobil pazarlama alanında çalışan personelin belirlenecek kurum stratejisini oluştururken regülasyon bölümünden görüş aldıkları, bu görüş çerçevesinde oluşturulan kurumsal politikanın teşebbüsün üst düzey yöneticileri konumunda bulunan kişiler ile paylaşıldığı görülmektedir. Dolayısıyla alınan politika kararlarının şirketin üst düzey yöneticileri ve hukuk departmanlarının gözetiminde gerçekleştiği söylenebilecektir.

2390 Bu konu hakkında belirtilmesi gerekli son husus, ihlal kanıtı olarak değerlendirilen belgelerin içeriklerinin fiiliyata geçen olaylarla paralellik sergilemekte ve bu olaylara açıklık getirmekte olduğudur. Yapılan incelemede belgelerde adı geçen şahısların sözleşmelerin oluşturulmasında, fiyatların belirlenmesinde, kampanyaların kurgulanmasında, onaylanmasında ve mobil pazarlama işine ilişkin diğer gerekliliklerin yerine getirilmesinde, diğer bir ifade ile fiilen bu işin yürütülmesinde sorumlu kişiler oldukları anlaşılmıştır. Dolayısıyla Turkcell'in, kendisi adına görüş beyan etmeye, karar almaya, temsil ve imzaya yetkili olmayan personel tarafından yapılan yazışmalardan ötürü sorumlu tutulamayacağı iddiası olağan çalışma koşullarının gerçekleriyle bağdaşmamaktadır. Ayrıca, sistematik olarak hayata geçirildiği anlaşılan uygulamaların her ne şekilde olursa olsun Turkcell personeli tarafından yürürlüğe konulması ya da bu davranışların engellenmesi Turkcell'in kendi sorumluluğu altında bulunmaktadır. Sonuç olarak, elde edilen belgelerin Turkcell'in kurumsal politikasının hayata geçirildiğini açıkça ortaya koyan ve dosya kapsamında değerlendirilen diğer bilgi ve belgelerle uyumlu bir şekilde bağdaşan unsurlar olduğu kanaatine varılmış, teşebbüsün söz konusu belgelerin delil olarak kabul edilemeyeceği savunması haklı bir savunma olarak değerlendirilmemiştir.

2400 Bu başlık altında öne sürülen bir diğer iddia Turkcell'in başka operatörlerin logolarının bulunduğu bir reklamda kendi logosunun bulunmasında sakınca görmesinin haklı bir yaklaşım olduğu, bu yaklaşımın markasını korumaktan başka hiçbir amaç taşımayacağının açık ve net olduğudur.

Karar kapsamında Rekabet Kurulu'nun, Turkcell'in logosunun nasıl kullanılması gerektiği konusunda bir değerlendirmesi bulunmamaktadır. Yürütülen soruşturma ile değerlendirilen husus, Turkcell tarafından uygulanan fiillerin münhasır çalışılması sonucunu doğurup doğurmadığı ve rakiplere pazarın kapanıp kapanmadığıdır. Teşebbüslerin markalarını ve dolayısıyla markayı belirten her türlü işareti korumaları

2410 en doğal haklarıdır. Bu hak sadece Turkcell için değil tüm GSM operatörleri için geçerli bir haktır. Bu bağlamda ilgili bölümde yer verilen açıklamalardan da görüleceği üzere dosya kapsamında Turkcell logosunun kullanılmasına ya da korunmasına ilişkin değil “Turkcell’liler Kazanır” logosunun kullanılmasının şartları ve yarattığı duruma ilişkin değerlendirmelere yer verilmektedir.

Diğer yandan savunmada kastedilen husus, Turkcell logosunun bulunduğu yerde diğer GSM operatörlerin logosunun bulunmasının Turkcell açısından sakınca doğurduğu ise, rakip GSM operatörleri kampanyalara dahil olduğu sürece Turkcell’in kendi logosunu kampanyalara ilişkin tanıtım ve görsellerde kullanmama hakkı her zaman mevcuttur. Buna karşın, ticari tanıtıcı işaretlerin, şirket politikaları gözetilerek onaylanması yoluyla markanın korunmasını sağlamak hakkının, rekabetin sınırlandırılması sonucunu doğuracak şekilde, başkalarının zararına kullanılıyor olmasını hukuk sistemimizin korumayacağı kanaatine varılmıştır.

Savunmada yer verilen ve bu başlık altında değerlendirilebilecek son husus, mevcut dosya ile Rekabet Kurulu tarafından alınan 4.5.2009 tarih ve 04-32/377-95 sayılı Frito-Lay Kararı arasında bir karşılaştırmaya gidilmesidir. Frito-Lay kararında tek marka zorunluluğu getirildiğine dair yürütülmekte olan soruşturmaya kıyasla çok daha açık deliller bulunmasına rağmen, Rekabet Kurulu’nun şikayet konusu uygulamaların etkilerin sınırlı olması ve kapsamlı bir alanda uygulanmaması gerekçeleriyle bu uygulamaların Kanun’un 6. maddesi kapsamında kötüye kullanma teşkil edemeyeceğine karar verilmiş olduğu, dolayısıyla Turkcell davranışlarının da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği öne sürülmektedir. Ayrıca, AB Komisyonu tarafından da benimsenen yeni yaklaşıma göre de münhasırlık karşılığı sunulan indirimlerin per se yasaklanması yerine, uygulamaların pazardaki etkisinin değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir.

Kararda “Uygulamaların Pazardaki Etkisi” başlığı altında daha önceki bölümlerde belgeleriyle ortaya konulan Turkcell uygulamalarının ilgili pazarda ne gibi sonuçlar doğurduğu değerlendirilmiştir. Bu kısımda yapılan değerlendirmelerde de belirtildiği üzere iki pazar arasındaki yakın ilişki göz önüne alındığında mobil pazarlama piyasasının rekabetçi yapısıyla, bu pazar hakkında anlamlı bir gösterge olarak değerlendirilebilecek GSM hizmetleri piyasasının rekabetçi yapısı arasında büyük bir fark olduğu görülmektedir. GSM hizmetleri alanında Turkcell açısından anlamlı rakipler konumundaki Avea ve Vodafone’un bu pazarla yakın ilişkili mobil pazarlama alanında neden marjinal rakipler konumunda olduğu aydınlatılması gereken bir durum olarak ortaya çıkmaktadır.

Kararda mobil pazarlama hizmetleri pazarındaki fiili durumun, yetkililerin kendi aralarında yaptıkları yazışmalar sonucu belirlenen Turkcell politikalarından kaynaklandığı ortaya konmaktadır.

Dolayısıyla, Kararda Turkcell tarafından da etki bazlı bir analiz içermesi nedeniyle büyük önem atfedilen Frito-Lay kararına uyumlu olarak Turkcell uygulamalarının pazarda nasıl bir etki doğurduğu kapsamlı bir biçimde incelenmiştir. Dolayısıyla, Turkcell uygulamalarının sadece yerinde incelemede elde edilen belgeler kapsamında katı bir per se yaklaşımı çerçevesinde değerlendirildiğini söylemek mümkün değildir. Bu Kararda Turkcell’in stratejisini ve fiili uygulamalarını ortaya koyan belgelerin değerlendirilmesinin ötesinde, aynı zamanda bu strateji ve

uygulamalarının piyasadaki sonuçları da pazar payı analizleri ve karşılaştırmalar yoluyla ortaya konarak *rule of reason* yaklaşımı benimsenmiştir.

2460 Kararda Turkcell uygulamaları miktar indirimi kapsamında değerlendirilmemiştir. “*Turkcell’in Uygulamalarına İlişkin Teorik Çerçeve*” başlıklı bölümde Turkcell uygulamalarının gerek teorik bağlamda gerekse AB uygulaması çerçevesinde nasıl değerlendirilmesi gerektiği ortaya konmuştur. Turkcell’in incelenen uygulamalarının ilgili pazarda münhasırlığa yol açması (dolayısıyla piyasayı rakiplerine kapatması) sebebiyle miktar indirimleri olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Zira piyasanın rakiplere kapatılması ya da dışlayıcılık sonucunu doğuran Turkcell uygulamaları miktar indirimleri kapsamında değil caydırıcı fiyatlama/münhasırlık karşılığı indirim başlığı altında değerlendirilmiştir.

2470 Ayrıca savunmada söz konusu uygulamanın ne olduğu ve pazarda nasıl bir etki yapabileceğinin en iyi pazardaki oyuncuların alınacak bilgi ve görüşler ile anlaşabileceği düşüncesinden hareketle ve soruşturma heyetinin tüm müşteri ve pazarlama ajanslarından gelen bilgi ve görüşlere soruşturma raporunda yer vermemesi ve vakıf olduğu bilgi ve görüşleri Turkcell’e temin etmemesi nedeniyle özel bir şirkete bir araştırma yaptırıldığı belirtilmiştir. Buna göre araştırmanın sonuçlarının özetle:

- Uygulamada Turkcell’in tek marka zorunluluğunu doğrudan veya dolaylı olarak getirmediği ve fiilen Turkcell ile münhasır olarak çalışmayı tercih eden müşteri firmaların bu tercihlerini Turkcell’in, soruşturma raporunda iddia edildiği gibi caydırıcı fiyat sistemi ve diğer uygulamaları nedeniyle yapmadıkları,
- Fiiliyatta bu durumun ortaya çıkmasında, diğer operatörlerin yeterince hazır olmamaları ve Turkcell’in teknik alt yapısı, marka imajı gibi yapısal faktörlerin etkili olduğu

2480 hususlarını ortaya koyduğu ifade edilmiş, soruşturma heyetinin sadece rapordaki belirsizlik içindeki ifadeleri içeren delillere dayanarak öne sürdüğü Turkcell’in tek markalılığı dayattığı iddiasının uygulamada bir dayanaktan yoksun olduğu iddia edilmiştir.

2490 Bununla birlikte, Turkcell’in pazardaki konumu, sağladığı hizmetin “olmazsa olmaz” niteliği ve araştırma kapsamında bilgi alınan mobil pazarlama firmaları ile müşterilerin sürekli ve yakın iş-menfaat ilişkisinde olmaları nedeniyle Turkcell’e sundukları bilgilerin nesnelliği konusunda şüpheler doğmuş ve bu verilerin sıhhatli veriler olmadığı sonucuna varılmıştır. Bu nedenle soruşturma kapsamında yer alan tarafların herhangi bir baskı altında oluşmayan iradelerini yansıtır belgelere itimat edilmiştir.

Bu bağlamda 34. belgede yer alan aşağıdaki ifadelerin:

“Rekabet Kurulu mobil pazarlama ajanslarını da gezmeye başlamış: 3 operatör K&d [kontör/dakika] ile ilgili Turkcell’in duruşunu sorguluyorlar. Biz telefonla ajanslara gerekli bilgilendirmeyi yaptık. Hali hazırda modellendiği üzere ajanslara da konuyla ilgili yazılı bilgilendirme yapmamız gerekmektedir. Biz bizim tarafta MMA'lere [Mobile Marketing Agency – Mobil Pazarlama Ajansı] bilgilendirme yapacağız, aynı şekilde Esen siz de sizin tarafa bilgilendirme yapabilirsiniz.”

Turkcell'in ve bilgi topladığı birimlerle ilişkisinin ortaya konması ve savunmada anılan bilgilerin değerlendirilmesi bakımından önemli olduğu kanaatine ulaşılmıştır.

2500

I.8.2.3. Mobil Pazarlama Pazarının Yapısı İtibarıyla Rakiplere Kapatılmayacağına ve Anılan Pazarda Rakip Faaliyetlerinin Zorlaştırılmayacağına İlişkin İddialar

Turkcell tarafından yapılan savunmanın bu kısmında ürün pazarının niteliklerinden yola çıkılarak bu pazarın rakiplere kapatılmasının mümkün olamayacağı hususuna dikkat çekilmektedir. Buna göre:

- Pazarın yeni bir pazar olması,
- Pazarın, özellikle 3G teknolojinin kullanılmaya başlanmasından sonra daha da artması beklenen yüksek bir gelişme potansiyeline sahip olması,
- Turkcell'in rakiplerinin, pazarda etkin bir şekilde faaliyet gösterebilmeleri için gereken imkanlara 2008 yılının ortalarına doğru sahip olabilmeleri, bu alana önemle eğilmelerinin ise daha da sonraya rastlaması,
- Pazarda çok sayıda mobil pazarlama ajansı ve kampanya düzenleme potansiyeli olan müşteri olması

2510

hususları dikkate alındığında, pazarın olası rakiplere kapatılması yönünde bir çabanın başarılı olamayacağına görülebileceği iddia edilmektedir.

Aşağıda, ilgili pazara Turkcell tarafından atfedilen özelliklerin doğru olduğu varsayımı altında her bir özellik bazında bu iddialara ilişkin cevaplar gereçlendirilmektedir.

2520

Pazarın yeni ve gelişmekte olan bir pazar olması ve ilk giren avantajı (first mover's advantage) nedeniyle Turkcell'in rakiplerine karşı bir avantaj sağlaması mümkündür. Ancak, Turkcell'in ilgili pazardaki rakiplerine karşı olan üstünlüğü tek başına pazarda ilk olmasına bağlanamayacaktır. Turkcell bazı uygulamalarıyla müşterilerini münhasıran kendisiyle çalışmaya zorlamakta ve hem Turkcell'in GSM pazarında ulaştığı kitle hem de Turkcell tarafından sağlanan hizmetin olmazsa olmaz ürün niteliği sebebiyle başarılı olmaktadır.

2530

Öte yandan, uygulanmasına yeni başlanan 3G teknolojisinin varlığı, soruşturma kapsamında dikkate alınamayacaktır. Zira soruşturma kapsamında, Turkcell'in **geçmiş** uygulamaları incelenmekte olup inceleme döneminde 3G teknolojisi uygulamada bulunmamaktadır.

Her ne kadar Vodafone'un Nisan 2009 itibarıyla mobil pazarlama aktivitelerini gerçekleştirmeye başlayabildiği tespit edilse de Avea tarafından 2001 yılından itibaren gerekli teknik altyapıya sahip olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca, 1 ve 2 numaralı belgelerden Turkcell'in bu durumu en geç 2004 yılı sonu itibarıyla engellemeye çalıştığı anlaşılmaktadır. Öte yandan, Turkcell tarafından uygulanan protesto, rakiplerinin potansiyel müşterileri dolayısıyla pazardaki talep doğrultusunda yatırım yapma güdülerini, iş planı oluşturma, yeni hizmetler sunma imkanlarını ortadan kaldırmaktadır.

2540 Son olarak, pazarda çok sayıda mobil pazarlama ajansı ve kampanya düzenleme potansiyeli olan müşteri olmasının, Turkcell tarafından sunulmakta olan hizmetin olmazsa olmaz niteliği ve Turkcell'in bahse konu uygulamaları sonucunda, müşterilerin hemen hemen tamamının Turkcell ile münhasıran çalışması sebebiyle geçerli bir savunma zemini sağlayamadığı kanaatine varılmıştır.

I.8.2.4. Uygulamaların Pazardaki Etkisine İlişkin Savunmaların Değerlendirilmesi

2550 Savunmalarda yer alan bir diğer iddia, Turkcell'in bu alandaki uygulamalarının pazardaki etkisine ilişkindir. Savunmanın bu kısmında ilk yazılı savunmada soruşturmaya ilişkin ilgili ürün pazarlarının "GSM Hizmetleri" ve "GSM hizmetleri pazarında yapılan reklamlar" olduğu, bu şekilde bir pazar tanımlanmasına gidildiğinde Turkcell'in soruşturma konusu faaliyetler aracılığıyla yaptığı satışın toplam GSM hizmetleri pazarı içindeki payının %(....), Turkcell'in müşteri firmalara kontör/dakika satışı için yaptığı toplam finansal katkının GSM hizmetleri toplam reklam harcamalarına oranının ise %(....) olacağı, bu nedenle Turkcell'in her iki alandaki faaliyetlerinin de ihmal edilebilir olarak değerlendirilebileceği ifade edilmiştir. Bu noktadan hareketle, Turkcell'in müşteri firmalara satış kanalında gerçekleştirdiği herhangi bir eylemin toplam GSM hizmetleri pazarına veya bu pazarda yapılan reklamlara etkisinin rekabeti bozucu, azaltıcı ve engelleyici olamayacağı sonucuna varılmaktadır.

2560 Mobil pazarlama hizmetlerinin GSM hizmetleri pazarının küçük bir bölümünü oluşturması, uygulamanın ihlal niteliğini değiştirmemektedir. Bu durum, ceza takdirinde dikkate alınmış bir husustur.

I.9. Verilecek İdari Para Cezasına İlişkin Değerlendirmeler

Yukarıdaki değerlendirmeler neticesinde Turkcell'in mobil pazarlama hizmetleri pazarındaki hakim durumunu kötüye kullandığı sonucuna ulaşılmış ve bu nedenle, Turkcell'e uygulanacak idari para cezasının takdir edilmesi gerekmiştir.

İdari para cezaları 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinde düzenlenmektedir. Anılan maddenin üçüncü fıkrasında;

2570 *"Bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası"*

verileceği hükme bağlanmıştır. Aynı Kanun'un 27. maddesiyle

"Bu Kanunda yasaklanan faaliyetler ve hukukî işlemler hakkında, başvuru üzerine veya resen inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak; bu Kanunda düzenlenen hükümlerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp bundan sorumlu olanlara idarî para cezaları uygulamak"

görev ve yetkisi Rekabet Kurulu'na verilmiştir.

2580 4054 sayılı Kanun'un yukarıda yer verilen maddelerine dayanılarak "4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 4 üncü ve 6 ncı maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyeleri ile bunların yönetici ve çalışanlarına, aynı kanunun 16 ncı maddesi gereğince verilecek

para cezasının tespitine ilişkin usul ve esasları düzenlemek” amacıyla hazırlanan “Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik” 15.2.2009 tarih ve 27142 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

2590 Anılan Yönetmeliğin Geçici 1. maddesinde Yönetmelik hükümlerinin yürürlüğe girmesinden önce başlatılan ancak soruşturma raporu tebliğ edilmemiş olan soruşturmalar hakkında da uygulanacağı hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla, anılan Yönetmelik hükümlerinin yürütülen soruşturma kapsamında Turkcell’e uygulanacağı anlaşılmaktadır.

Yönetmeliğin 4. maddesine göre, para cezası belirlenirken;

- Öncelikle Yönetmeliğin 5. maddesi çerçevesinde temel para cezasının hesaplanması,
- Daha sonra, Yönetmeliğin 6 ncı ve 7 nci maddeleri çerçevesinde, ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurlar göz önünde bulundurularak artırma ve/veya eksiltme yapılması

gerekmektedir.

2600 Yönetmeliğin 5. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde; kartel harici ihlallerde temel para cezasının belirlenmesinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin, nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin binde beşi ile yüzde üçü arasında bir oranın esas alınması gerektiği ifade edilmektedir. Yönetmeliğin 5. maddesinin 2. fıkrasında ise oranlar belirlenirken ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücünün, ihlal neticesinde gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususların dikkate alınacağı belirtilmektedir. Bu bağlamda, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı dikkate alındığında temel para cezasının yıllık gayri safi gelirlerinin binde beşi oranında olması gerektiği sonucuna varılmıştır.

2610

Yönetmeliğin 5. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendinde ihlalin bir yıldan uzun, beş yıldan kısa sürmesi halinde temel para cezasının yarısı oranında artırılması gerektiği düzenlenmektedir. Yukarıda yapılan değerlendirmeler sonucunda dosya kapsamında ihlal olduğu kanaatine ulaşılan uygulamaların “bir yıldan uzun, beş yıldan kısa” sürdüğü anlaşıldığından temel para cezasının yarısı oranında artırılması gerektiği sonucuna varılmıştır.

2620 Öte yandan, Yönetmeliğin altıncı maddesi birinci fıkrasında ağırlaştırıcı unsurlar arasında temel para cezasının ihlalin tekerrürü halinde her bir tekrar için yarısından bir katına kadar arttırılacağı düzenlenmektedir.

Rekabet Kurulu’nun 29.12.2005 tarih ve 05-88/1221-353 sayılı, Turkcell’in Kanun’un 4 ve 6. maddelerinin ihlal edip etmediğinin tespit edilmesi konulu soruşturma kararı ile Turkcell’in 4054 sayılı Kanun’un 6. maddesi kapsamında hakim durumunu kötüye kullandığına hükmedilmiştir. Söz konusu karar dikkate alındığında, mevcut kararın Yönetmeliğin 6. maddesi 1. bendi kapsamında ihlalin tekerrürü olarak değerlendirilmesi gerektiği ve temel para cezasının yarısı oranında arttırılması gerektiği sonucuna varılmıştır.

2630 Yönetmeliğin 7. maddesinde “hafifletici unsurlar” arasında “*ihlal konusu faaliyetlerin yıllık gayri safi gelirler içerisindeki payının çok düşük olması*”na yer verilerek hafifletici unsurların var olması durumunda temel para cezasının dörtte bir ile beşte üç arasında indirilebileceği belirtilmiştir. Turkcell’in 2007 ve 2008 yıllarına ait ciroları sırasıyla 7.483.035.848,69 ve 8.016.051.327,94 TL olarak gerçekleşmiştir. Ancak, mobil pazarlama hizmetleri pazarında Turkcell’in 2007 ve 2008 yıllarına ait yaklaşık ciroları sırasıyla (...) TL ve (...) TL’dir. Bu bağlamda, Turkcell’in mobil pazarlama alanında elde ettiği cironun yıllık gayri safi gelirler içerisindeki payının %(....)’den küçük olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, temel para cezasının beşte üçü oranında düşürülmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

2640 Her ne kadar Turkcell tarafından yürütülen inceleme sırasında kendileri tarafından sergilenen yaklaşımın Yönetmeliğin 7. maddesi 1. bendi kapsamında “*yasal yükümlülüklerin yerine getirilmesi haricinde incelemeye yardımcı olunması*” kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilse de, Turkcell’e Yönetmeliğin 7. maddesi kapsamında öngörülen indirim halihazırda bu maddeyle getirilebilecek indirimin üst sınırı olarak belirlenmesinden ötürü Yönetmelik kapsamında temel para cezasına getirilebilecek bunun ötesinde bir indirim bulunmamaktadır. Diğer yandan Turkcell tarafından belirtilen hususların yasal yükümlülüklerin yerine getirilmesinin ötesinde bir durum olarak değerlendirilemeyeceği kanaatine varılmıştır.

2650 Yukarıda yer verilen inceleme, tespit ve değerlendirmeler sonucunda 4054 sayılı Kanun’un 6. maddesini ihlal ettiği tespit edilen Turkcell’e nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan 2008 yıllı gayri safi gelirlerinin binde dört buçuğu (% 4,5) oranında idari para cezası verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

J. SONUÇ

Rekabet Kurulu’nun 9.10.2008 tarih ve 08-57/915-M sayılı Kurul kararı uyarınca yürütülen soruşturma ile ilgili olarak düzenlenen soruşturma raporuna, ek yazılı görüşe, toplanan delillere, yazılı savunmalara, sözlü savunma toplantısındaki açıklamalara ve incelenen dosya kapsamına göre;

1. Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.’nin, GSM hizmetleri ve mobil pazarlama hizmetleri pazarlarında hakim durumda bulunduğuna OYBİRLİĞİ ile,
2. Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.’nin, ilgili pazarlardaki hakim durumunu,
 - 2660 a. Kontör/dakika hediye edilen kampanyalara diğer operatörlerin katılımının reddedilmesi,
 - b. Kontör/dakika hediye edilen kampanyalarda rakip GSM operatörlerin başta kontör/dakika olmak üzere GSM faydası hediye etmesinin engellenmesi,
 - c. Turkcell tarafından kontör/dakika hediye edilecek kampanyalarda alıcı firmalara münhasır çalışılmaması durumunda mecra ve barem indirimlerinin uygulanmaması,
 - d. “Turkcell’liler Kazanır” logosunun tanıtım görsellerinde kullanılması karşılığında indirim sağlanması

2670 yollarıyla fiili münhasırlık yaratmak suretiyle GSM hizmetleri ve mobil pazarlama hizmetleri pazarlarında kötüye kullandığına, dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiğine OYBİRLİĞİ ile,

3. Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin ihlal oluşturduğu tespit edilen uygulamalarla aynı sonucu doğuran ya da doğurabilecek niteliğe sahip uygulamalardan kaçınarak ihlale son vermesi gerektiğinin 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin birinci fıkrası uyarınca ilgili teşebbüse bildirilmesine OYBİRLİĞİ ile,

2680 4. 2. maddede belirtilen 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesine aykırı uygulamaları nedeniyle, aynı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası ve Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik uyarınca Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'ye 2008 mali yılı sonunda oluşan 8.016.051.327,94 TL (sekizmilyaronaltımilyonellibirbinüçyüzyirmiyedi Lira doksandört Kuruş) tutarındaki gayri safi gelirinin ‰ 4,5 (binde dörtbuçuk)'u oranında olmak üzere 36.072.230,98 TL (otuzaltımilyonyetmişikibinikiyüzotuz Lira, doksanseviz Kuruş) idari para cezası verilmesine Başkan Vekili Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI ve Kurul Üyesi Reşit GÜRPINAR'ın farklı gerekçesi ve OYBİRLİĞİ ile

Danıştay yolu açık olmak üzere karar verilmiştir.

2690

**23.12.2009 Tarih ve 09-60/1490-379 Sayılı
Rekabet Kurulunun Kararına İlişkin**

FARKLI GEREKÇE

2700

2008 yılından önce Avea İletişim Hizmetleri A.Ş. ve Vodafone Telekomünikasyon A.Ş.'nin mobil pazarlama hizmetlerine yönelik faaliyetinin bulunmadığı, soruşturmanın 9.10.2008 tarihinde açıldığı ve 2009 yılında üç operatörün katılımıyla düzenlenen kampanyaların bulunduğu dikkate alındığında; verilen ceza miktarının uygun olduğu ve fakat ihlalin bir yıldan uzun sürdüğünden bahsedilemeyeceği, dolayısıyla bu hususun ağırlaştırıcı unsur olarak değerlendirilemeyeceği görüşünde olduğumdan, Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'ne idari para cezası verilmesi yönündeki karara bu gerekçe ile katılıyorum.

2710

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Başkan V.

2720

2730

Rekabet Kurulu'nun 23.12.2009 Tarih ve 09-60/1490-379 Sayılı Kararına

2740

FARKLI GEREKÇE

2750

Kurulumuz mezkur kararıyla , kararın 2. maddesinde belirtilen 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesine aykırı uygulamaları nedeniyle, aynı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası ve Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik uyarınca Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'ye 2008 mali yılı sonunda oluşan 8.016.051.327,94 TL (sekizmilyaronaltımilyonellibirbinüçyüzyirmiyedi Lira doksandört Kuruş) tutarındaki gayri safi gelirin % 4,5 (binde dörtbuçuk)'u oranında olmak üzere 36.072.230,98 TL (otuzaltımilyonyetmişikibinikiyüzotuz Lira,

doksansekiz Kuruş) idari para cezası verilmesine karar vermiş bulunmaktadır. Anılan bu para cezası belirlenirken 4054 sayılı yasa ile birlikte , yukarıda anılan ve Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma , Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına ilişkin Yönetmelik'in ilgili hükümlerinin uygulanarak verilen ceza miktarının hesaplanması ile ilgili bölümünü içeren sonuç cezaya aşağıda belirteceğim gerekçelerle katılmıyorum.

2760 4054 Sayılı "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16.maddesinin 4.fıkrasında ; 'Bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir. " denilmiş , son fıkrasında da ; " Bu maddeye göre verilecek idarî para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususlar, işbirliği halinde para cezasından bağışıklık veya indirim şartları, işbirliğine ilişkin usul ve esaslar Kurulca çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenir." hükmü bulunmaktadır.

2770 Bu hükümleri yorumlarsak ; Yasa Koyucu , maddenin 4.fıkrası ile verilecek cezalarda alt sınır koymayıp, sadece üst sınırı belirleyerek cezaların yüzde ona kadar verileceğini hükme bağlamış , son fıkrasında ise sadece " cezanın tespitinde dikkate alınan hususlar " kavramını getirmiş ve Rekabet Kurulu'na sadece cezanın tespitinde dikkate alınacak hususların belirlenmesine ilişkin yönetmelik çıkarma konusunda sınırlı yetki vermiştir.Cezanın tespitinde dikkate alınacak hususlar derken yasa koyucu neyi kastetmektedir? Burada kastedilen hangi fiillere , ne miktarda ceza vereceğini tespit et demek anlamında değil, 16.madde ile verilen ceza sınırları içerisinde (% 10 'a kadar) ceza takdir ederken hangi unsurlara göre veya hangi şartların varlığı halinde cezayı ağırlaştıracağını veya hafifleteceğini , bir başka deyişle yasada öngörülen sınırlar içerisinde ceza tayin ederken , takdir yetkini kullanma adına hangi unsurları dikkate alarak ceza tesis edeceğini anlamındadır.Yasa koyucu Rekabet Kurulu'na , Yönetmelik yaparken hangi fiillere ne ceza verileceğini tespit etme yolunda bir yetki verseydi o zaman yasaya ; "Bu maddeye göre verilecek idarî para cezalarının tespiti ve maddeye göre verilecek idarî para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususlar " kavramını birlikte getirirdi.

2790 " Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma , Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in ; "Temel Para Cezası" başlığı altındaki 5.maddesinde ; " Temel para cezası hesaplanırken, Kanunun 4 üncü ve 6 ncı maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin, nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin;
a) Karteller için, yüzde ikisi ile yüzde dördü,
b) Diğer ihlaller için, binde beşi ile yüzde üçü,
arasında bir oran esas alınır.

(2) Birinci fıkrada yazılı oranların belirlenmesinde, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlal neticesinde gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususlar dikkate alınır.

2800 (3) Birinci fıkraya göre belirlenen para cezası miktarı;

a) Bir yıldan uzun, beş yıldan kısa süren ihlallerde yarısı oranında,

b) Beş yıldan uzun süren ihlallerde bir katı oranında,

arttırılır.” denilmiş , yine 6.maddesinde Ağırlaştırıcı Unsurlar ve 7.maddesinde de Hafifletici Unsurlar ayrı , ayrı sayılmıştır.

Yukarıda açıkça görüleceği üzere Yasa Koyucu 16.maddeye göre verilecek cezalarda; alt sınır koymayıp, sadece üst sınırı belirleyerek cezaların yüzde ona kadar verileceğini hükme bağlamasına ve Rekabet Kurulu’na yukarıda geniş olarak açıkladığımız gibi , Yönetmelikle düzenlenmesi yetki aşımı nedeniyle mümkün olmayan bir konuda , Yönetmelikle düzenleme yapılarak belli suçlar için , belirli cezalar getirilmiş , Yine Yönetmelikte , Kanunda olmayan bir kural getirilerek alt sınır ve yasa da öngörülme yen üst sınır belirlenmiş ve Karteller için yüzde iki ile dört arası , diğer ihlaller içinse binde beş ile yüzde üçü şeklinde ceza verilmesi öngörülmüştür.

2810

Yönetmelikler , Kamu Kuruluşlarının kendi görev alanlarına giren konularda yasa ve tüzük uygulanmasına yönelik yönetsel anlamdaki hukuk kurallarıdır. Anayasanın 124.maddesine göre Başbakanlık, Bakanlıklar ve Kamu Kuruluşları görev alanları ile ilgili yasa ve tüzüklerin uygulanmasını belirleyen yönetmelik çıkarabilir. Anayasa’mızın 11.maddesinin 2.fıkrasına göre Kanunlar Anayasa’ya aykırı olamayacağı gibi , bu kuraldan hareketle hukukun genel ilkelerine göre; Yönetmelikler de yasa ve tüzüklere aykırı olamayacağı gibi üst hukuk kurallarına da aykırı olamaz. Yönetmelikler yasanın açıkça yetki vermediği bir konuda yeni bir düzenleme yapamayacağı gibi , Yasa ile öngörülen kuralı sınırlayamaz.Yeni bir hüküm koyamaz.

2820

Olayımızda 4054 sayılı yasanın 16.maddesi ile konulan kural , anılan yönetmelikle bir anlamda değiştirilmekte ve Kurulun hareket alanı daraltılmaktadır.Yasa ile getirilmeyen ve Yönetmelik Koyucuya ceza miktarlarını ve ceza sınırlarını saptama konusunda verilmiş bir yetki olmamasına rağmen , belirli suçlara verilecek cezaların saptanması , para cezasına alt sınır konulması ve yeni, bir üst sınır konulması 4054 sayılı yasanın 16.maddesine aykırıdır. Öte yandan 5/1-b bendinde; karteller dışında kalan diğer ihlaller için, binde beşi ile yüzde üçü, oranında bir ceza öngörülmesi, Yasanın 16/son maddesinde Kurulca çıkarılması için verilen yönetmelik yetkisini aşmaktadır. Zira yönetmelik ile temel ceza tespiti mümkün değildir. Bu nedenle yasaya aykırı bulunan Yönetmelik hükümlerine göre ceza belirlenmesinin olanaklı olmadığı , hukuken sakat olduğu açıktır.

2830

Bu görüşe karşı bir sav getirilebilir.”Yönetmelik Danıştay’ca iptal edilmediğine göre hukuken geçerlidir ve zaten verilen cezada yönetmeliğin 6. ve 7. maddeleri uygulanarak sonuç olarak cezanın, yasanın öngördüğü alt ve üst sınırlara ulaşmaktadır.” Hukukun genel ilkeleri , hafifletici ve ağırlaştırıcı unsurların bulunmadığı olayda Rekabet Kurulu’nun anılan yönetmeliğe göre alt ve üst sınır belirleme yönünden bağlı olması karşısında bu savın bir geçerliliği olamaz.

2840

Öte yandan , yukarıda belirtilenlerin dışında anılan Yönetmeliğin hukukun genel ilkelerine ve kanuna aykırılıkları bulunmaktadır.Bunlar ;

2850 1-Türk hukukunda , 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte para cezası kalmamıştır.Bu yani rekabet otoritesinin verdiği " İdari Para Cezası" dır.Bu nedenle yönetmelikte geçen para cezası kavramı ceza kanununa aykırıdır.

2860 2-Bir başka aykırılıkta şudur; Kurulumuz kararının 96 .sayfasında aynen " 4054 sayılı Kanun'un yukarıda yer verilen maddelerine dayanılarak "4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 4 üncü ve 6 ncı maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyeleri ile bunların yönetici ve çalışanlarına, aynı kanunun 16 ncı maddesi gereğince verilecek para cezasının tespitine ilişkin usul ve esasları düzenlemek" amacıyla hazırlanan "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" 15.2.2009 tarih ve 27142 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Anılan Yönetmeliğin Geçici 1. maddesinde Yönetmelik hükümlerinin yürürlüğe girmesinden önce başlatılan ancak soruşturma raporu tebliğ edilmemiş olan soruşturmalar hakkında da uygulanacağı hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla, anılan Yönetmelik hükümlerinin yürütülen soruşturma kapsamında Turkcell'e uygulanacağı anlaşılmaktadır".denmiştir.

2870 Ceza Hukukunun önemli konularından biriside , ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanmasıdır.Zaman bakımından uygulama konusunda baz alınan husus suçun işlendiği tarihtir.Nitekim Türk Ceza Kanununun " ZAMAN BAKIMINDAN UYGULAMA" başlıklı 7.maddesinin 2.fıkrasında " Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur." hükmü getirilmiştir.Bu nedenlerle ,bir ceza uygulamasında , soruşturma tarihini , kararın verildiği tarihi veya bir başka tarihi ceza uygulamasında esas almak mümkün değildir.Ceza miktar ve oranlarını belirleyen bu yönetmeliğin geçici birinci maddesi ile daha önce işlenen ve soruşturma aşamasında bulunan suçlara teşmil edilmesi de yasaya ve hukukun genel ilkelerine aykırıdır. Böyle bir uygulamanın benimsenmesi, halinde aynı tarihte suç işleyenler yönünden soruşturma tarihinin farklı olması halinde farklı cezalar uygulanabilecektir. Bu durum da eşitsizliğe yol açacaktır.

2890 İdare hukuku kurallarına göre Yönetmelik gibi düzenleyici işlemlere karşı iptal davaları iki halde açılabilir.Yönetmeliklerin yayımlanması üzerine ilgililer tarafından iptali için dava açılacağı gibi , Yönetmeliklerin bir idari işleme dayanak olarak alınıp uygulanması ile menfaatleri haleldar olan kişiler tarafından da işleme birlikte , yönetmeliğin ilgili hükümlerinin de iptali yolunda dava açılacağı bilinmektedir.Bu nedenlerle ve yukarıda açıklamaya çalıştığım gerekçelerle , ' Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma , Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in ; 4054 sayılı yasaya aykırı bulunan ilgili hükümlerinin iptal davasına konu olması halinde iptal edilebileceği kanısını taşımaktayım.

2900

Yukarıda açıklanan nedenlerle, Kurulun yasaya aykırı yönetmeliğin 5.maddesini uygulamaksızın, 16.maddeye göre ve yönetmeliğin 6 ve 7.maddesinde öngörülen olaydaki ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurları da göz önüne alıp , takdir yetkisini kullanarak , ihlalin gerçekleştiği pazardaki cirolarında düşük oluşu ve ihlalin bir yıldan az sürmüş olması da göz ardı edilmeksizin % 10 sınırı içinde kalmak koşuluyla sonuç ceza miktarını 2008 mali yılında oluşan gayri safi gelirlerinin binde biri olarak tayin etmesi gerekirken aksi yönde , Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma , Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde verilecek Para Cezalarına ilişkin Yönetmelik'in 5.maddesinin (b) fıkrasına göre kartel dışında kalan ihlaller için öngörülen binde beş oranını temel ceza olarak ve aynı yönetmeliğin 7.maddesinde öngörülen hafifletici unsurlarda göz önüne alarak ; sonuçta 2008 mali yılında oluşan gayri safi gelirlerinin binde 4,5 oranında idari para cezası tesis edilmesi yolunda verdiği kararın 4.maddesine katılmıyorum.

2910

Reşit Gürpınar
Kurul Üyesi