

BU SAYIDA...

Eldeki mevcut bilgilere göre tekelleşmeyi önlemeye yönelik düzenlemeler ilk defa yaklaşık 4000 yıl önce Eski Babil’de, Hammurabi Yasalarında görülmüştür. Modern anlamda ise temellerini Amerika’daki düzenlemelerden alan rekabet yasaları günümüze gelene kadar çeşitli aşamalardan geçmiştir. Bugün, dünyada rekabet hukuku ve iktisatına yönelik oldukça yüklü bir bilgi birikimi bulunmaktadır.

Türkiye’de 1994 yılından beri yürürlükte olan ve 1997 yılından itibaren de fiilen etkin bir şekilde uygulanan 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (Rekabet Kanunu), ülkemizin serbest piyasa ekonomisinin nimetlerinden faydalanmasını maksimum düzeye çıkarmayı hedeflemektedir. Ancak, kabul edilmelidir ki, Türkiye için henüz yeni olan Rekabet Kanunu, mevzuat külliyyatımızda yerini alırken hukuk sistemimizde daha önceden yer almayan yeni kavram ve düzenlemeleri de beraberinde getirmiştir. Bu yeniliklerin etkin bir şekilde uygulanabilmesi ve sağlam bir rekabet hukuku içtihadının oluşturulabilmesi için dünyadaki gerek uygulamalar gerekse akademik çalışmalar göz önüne alınarak Türkiye için en uygun politikaların ne olması gerektiği incelenmesi gereken konuların başında gelmektedir. Bu çerçevede, dergimizin bu sayısında hem literatür hem de değişik ülke uygulamaları değerlendirilerek Türkiye için bir politika önerisinde bulunan iki çalışma yer almaktadır.

İlk çalışma Rekabet Uzmanı Yaşar Tekdemir’e aittir. Tekdemir, makalesinde farklı tükenme rejimlerine bir göz atmakta ve marka hakkının tükenmesi ilkesi çerçevesinde paralel ithalatla ilgili ortaya çıkabilecek sorunlara Türkiye açısından bir çözüm aramaktadır. Tekdemir, elde ettiği sonuçlar yardımıyla, Türkiye için bir politika önerisinde bulunurken, benimsenecek olan tükenme ilkesinin korumacı mı yoksa liberal mi olması gerektiğini tespit etmek için ülkemizin farklı sektörleri ile ilgili bir takım ampirik çalışmalar yapılması gerektiğini belirtmektedir. Diğer taraftan seçilecek olan tükenme rejiminin bütün bir ülke ekonomisi için geçerli olmaktan ziyade belirli sektörleri kapsayacak şekilde olması gerektiği makalede ulaşılan sonuçlardan birisidir.

Tekdemir, ayrıca "... Türkiye için eğer bir tükenme ilkesi benimsenecekse, Türkiye'nin kendine özgü gerçekleri dikkate alındığında bunun uluslararası tükenme ilkesi ..." olması gerektiğini de belirtmektedir.

Bu sayımızda yer alan ikinci çalışma yine Kurumumuz Rekabet Uzmanlarından Murat Çetinkaya tarafından kaleme alınmıştır. Çetinkaya, çalışmasında batan teşebbüsün (failing firm) devralınmasını ve böyle bir devrin bir rekabet otoritesi tarafından nasıl değerlendirilmesi gerektiğini konuyla ilgili ekonomi literatüründen yararlanarak incelemektedir. Genel bir sonuç olarak batan bir teşebbüsün devralınmasına daha esnek bir birleşme politikası çerçevesinde yaklaşılması gerektiği sonucuna ulaşan Çetinkaya, elde ettiği sonuçları SEKA özelleştirmesine uygulamaktadır. Çetinkaya, örnek olay çalışmasında SEKA'nın batan bir teşebbüs olarak değerlendirilebileceği sonucuna ulaşmaktadır. Bu değerlendirmeler çerçevesinde SEKA'nın devrine izin verilmesinin hemen hemen her şart altında öncelikle sektörün sonra da ekonominin yapısı için olumsuz sonuçlar doğurmayacağını söylemek yanlış olmayacaktır.

Bu sayımızda, bu iki değerli çalışmanın yanısıra, her zaman olduğu gibi uluslararası gelişmelere de yer verilmiştir. "Seçilmiş Kararlar" bölümünde GSM sektöründeki önemli soruşturma kararlarından birisine yer verilmektedir.

Rekabet Dergisinin bu yeni sayısının ilgili çevrelerce beğeniyle karşılanacağı ümidiyle,

Saygılarımızla...

**MARKA HAKKININ TÜKENMESİ İLKESİ VE
PARALEL İTHALAT SORUNUNA İKTİSADİ BİR YAKLAŞIM**
1. FARKLI TÜKENME REJİMLERİ
2. TÜRKİYE İÇİN POLİTİKA ÖNERİSİ

Yaşar TEKDEMİR

1. GİRİŞ¹

Fikri Mülkiyet hakkını (FMH) düzenleyen hukuk kuralları hak sahibine, söz konusu hak üzerinde hakkın niteliğine göre değişmek üzere belirli bir süre münhasıran tasarrufta bulunma yetkisi tanımaktadır². Ancak bu tasarruf hakkı sonsuz veya sınırsız bir hak değildir. Uygulandığı ülkenin kabul ettiği hukuk sistemine bağlı olarak FMH'nın kullanımı üzerinde çeşitli sınırlamalar getirilebilmektedir. FMH'nın kullanımına getirilen sınırlandırmalardan birisi de, “Tükenme İlkesi (principle of exhaustion)”dir³. Bu ilkeye göre, hak sahibi veya onun yetkilendirdiği bir teşebbüs o hakka dayanarak ürettiği bir malı pazara sunduktan sonra, o mal üzerindeki hakları sona ermiş olur ve istisnai koşullar⁴ saklı kalmak kaydı ile o malların yeniden ticarete konu olmasına karışamazlar. Bu ilke bağlamında gündeme gelen ve uluslararası ticaret perspektifini içeren önemli bir konu “paralel ithalat (parallel import)”

¹ Bu Makale alanında iddialı olmaktan ziyade tükenme ilkesi ve paralel ithalat sorununa farklı bir perspektiften bakmayı teşvik etmeyi amaçlayan ve sadece başlangıç niteliğinde olan bir çalışmadır. Okuyucunun makaleyi bu gözle okumasında yarar olduğu düşünülmektedir. Bu makale için görüş veren sayın Hakeme, gerek konu seçiminde ve gerekse yazım aşamasında değerli katkılarda bulunan hocam Uğur Yalçınar' e ve makale taslağını okuyarak katkıda bulunan meslektaşlarım Yüksel Kaya, Murat Çetinkaya ve İlmutluhan Selçuk'a teşekkür etmek istiyorum. Bu Makalede yer verilen görüşler yazara ait olup Rekabet Kurumu'nun görüşlerini temsil etmez. Makale hakkında görüş ve eleştirilerinizi yetkdemir@rekabet.gov.tr elektronik posta adresine iletebilirsiniz.

² Örneğin bu süre Patentler için 20 yıl, Markalar için 10 yıl (her 10 yılda bir yenileme imkanı vardır), Telif Hakları için hak en çok sahibinin ölümünden itibaren 70 yıldır.

³ FMH yazınına uzak olanlar için ilk bakışta “tükenme” kavramı hakkın sona ermesi gibi anlaşılabilir. Burada tükenme hak sahibinin hak üzerindeki yetkilerinin sona ermesini değil, ancak o hakka dayanarak üretilen ve pazara sunulan mallar üzerindeki tasarruf hakkının sona ermesi anlamına gelmektedir.

⁴ Marka sahibinin, malın piyasaya sunulmasından sonra, üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçlı kullanmalarını önleme yetkisi vardır (Markalar Hakkında 556 Sayılı KHK Madde.13).

sorunudur. Paralel ithalat, bir FMH'na konu olan malın bir başka ülkede pazara sunulmasından sonra ithalatın yapıldığı ülkeye hak sahibinin rızası veya onayı olmadan ithal edilmesidir. Bu çerçevede, paralel ithalata ilişkin olarak bir ülkede takip edilecek politikalar o ülkede kabul edilen tükenme rejimi ile doğrudan ilgilidir.

Tükenme ilkesi ve paralel ithalat sorunu aslında iç içe geçmiş kavramlardır. Bu bağlamda birinden bahsedilirken dolaylı olarak diğeri de ele alınmış sayılabilir. Bu iki kavram FMH alanında gündeme gelen ve üzerinde önemli tartışmaların yapıldığı ilginç bir alanı oluşturmaktadır. Nitekim bu tartışmalara son yıllarda Avrupa Birliği Komisyonu yaptırdığı çalışmalarla katılmıştır. Komisyonun çalışmalarına hız veren esas unsur Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD)'nın tükenme ilkesine açıklık getiren kararlarıdır. Bu bağlamda, özellikle ATAD'ın *Silhouette*⁵ kararından sonra konuya olan ilgi daha da artmıştır.

Başka kararlarındaki yaklaşımlar ile birlikte *Silhouette* kararında ATAD Topluluk sınırları dışında pazara sunulan bir malın tükenme ilkesine dayanılarak Topluluğa ithal edilmesini marka hakkının tecavüzü olarak değerlendirerek uluslararası tükenme ilkesini reddetmiş ve bölgesel tükenme ilkesinin geçerli olduğunun altını çizmiştir⁶.

Son yıllarda özellikle Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) çerçevesinde, küresel olarak ticaretin serbestleşmesi yönünde önemli adımlar atılmakta ve mal ve hizmetlerin uluslararası alanda serbestçe ticarete konu olmasının önündeki bütün engellerin kaldırılması veya en aza indirilmesi amaçlanmaktadır. Bu eğilime paralel olarak DTÖ üyesi devletler gerekli düzenlemeleri yapmak üzere kayda değer bir çaba içerisinde. Ancak ticaretin serbestleşmesi konusunda atılan bu adımların, FHM alanında gündeme gelen tükenme ilkesi ve aynı markalı gerçek ürünlerin paralel ithalatı konusunda bir uzlaşmaya varılmasını sağlayamadığı görülmektedir. İlk bakışta söz konusu eğilime paralel olarak, eğer devletler farklı markalar arasındaki rekabete imkan veren bütün engelleri kaldırma konusunda önemli bir çaba içerisine girmişlerse, sadece bir marka içi rekabete sorunu olan paralel ithalat konusunda da liberal bir bakış açısını kabul etmeleri gerekir şeklinde bir beklenti içinde bulunmak hiç de mantıksız değildir. Ancak Devletler, bu konuda bir uzlaşmaya varmak yerine ilginç bir kıskançlık örneği göstererek hangi rejimi seçecekleri konusunda serbest kalmayı tercih etmişlerdir. Nitekim bu

⁵ Case C-355/96, *Silhouette Int'l Schmied GmbH & Co. v. Harlauer Handelsgesellschaft GmbH*, 1998 E.C.R. I-4799 (1998) 2 C.M.L.R. 953.

⁶ Avrupa Birliği sınırlarında uygulanan tükenme ilkesi ve *Silhouette* kararında ayrıntılı bilgi için bkz. Pınar, 2000, s.883 vd.

DTÖ çerçevesinde FMH konusunda en önemli belge olan Fikri Mülkiyet Haklarının Ticarete İlişkin Yönleri (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights-TRIPS) Anlaşmasına da girmiştir⁷. TRIPS'in 6'ncı maddesi bu sözleşmedeki hiçbir maddenin tükenme ilkesini düzenlemediğini ifade ederek üye devletlerin bu alanda serbest olduklarının altını çizmektedir (Arıkan, 1996; s.44). Konunun bu ilginç yönü kuşkusuz konuyu özellikle iktisadi bir bakış açısı içerisinde akademik bir çalışma yapmak için çekici hale getirmektedir.

Bu çalışmada, esas olarak farklı tükenme rejimleri bağlamında paralel ithalatın serbest bırakılmasının lehinde ve aleyhinde ileri sürülen ekonomik gerekçeler irdelenecek ve yapılan değerlendirmeler sonucunda bir rekabet hukuku uygulayıcısı perspektifi içerisinde Türkiye için model önerisinde bulunulmaya çalışılacaktır. Kolaylık olması bakımından çalışma marka hakkının tükenmesi sorunu ile sınırlı tutulacaktır. Ancak şu da vurgulanmalıdır ki, marka hakkının tükenmesi ilkesi bağlamında yapılacak olan açıklama ve değerlendirmeler diğer FMH'ları için de geçerli olarak kabul edilebilir. Diğer yandan, bu çalışma esas olarak ekonomik bir perspektif ortaya koymaya çalıştığı için, gerek Avrupa Birliği ve gerekse Türkiye'deki hukuki durumun ne olduğuna ilişkin olarak gündeme gelen tartışmalara ve davalara ayrıntılı olarak yer verilmeyecektir.

Bu çalışmanın amacına dönük olarak, ikinci bölümde bir FMH olarak Marka Hakkının kapsamı ve bu bağlamda tükenme ilkesi ile olan ilişkisi ele alınacaktır. Üçüncü bölümde bu çalışmanın özünü oluşturan paralel ithalat ve tükenme ilkesi kavramları ve farklı tükenme rejimleri açıklanacaktır. Dördüncü bölümde TRIPS çerçevesinde tükenme sorununun nasıl ele alındığı incelenecek ve pratik ülke örneklerine yer verilecektir. Beşinci bölümde farklı tükenme rejimleri ve bunların ekonomik gerekçeleri irdelenecek ve bir rekabet hukuku uygulayıcısı perspektifi içerisinde karşılaştırılacaktır. Altıncı bölümde rekabet hukuku ile tükenme ilkesi arasındaki ilişki incelenecektir. Son bölüm olan Yedinci bölümde ise tükenme ilkesine ilişkin yapılan açıklamalar ışığında Türkiye için bir politika önerisinde bulunulacaktır.

⁷ TRIPS anlaşması 1994 yılında GATT Uruguay Roundu sonucunda kabul edilen Genel Anlaşmanın bir parçası olarak kabul edilmiş ve 1995 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu anlaşmanın temel amacı DTÖ üyesi ülkelerin minimum düzeyde bir FMH sistemine sahip olmalarını sağlamaktır.

2. MARKANIN İŞLEVLERİ, MARKA HAKKININ KAPSAMI ve TÜKENME SORUNU

556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin⁸ (556 Sayılı KHK) 5'inci maddesine göre, marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajlarının gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir.

Genel olarak bir ticari markanın üç temel işlevi olduğu kabul edilmektedir. Bu işlevler, kaynağı gösterme (origin), kaliteyi garanti etme (quality guarantee) ve tanıtım (advertisement) işlevidir (Harrison, 2002; s.4).

Markanın kaynağı gösterme ve ayırtedici olma işlevi asıl olarak tüketicinin korunması amacını gütmektedir ve bir markanın en temel işlevi olarak kabul edilmektedir. Nitekim bu özellik, bir markanın tescil edilmesi için bir zorunluluktur.⁹ Bu çerçevede, tüketiciler pazarda aldıkları bir malın kaynağı hakkında kandırılma, yanıltma ve karıştırma gibi sorunlarla karşılaşmazlar. *Markanın kaliteyi garanti etmesi işlevi* hem tüketici hem de üretici bakımından oldukça önemlidir. Belirli bir süreden beri pazarda bulunan markaya ilişkin olarak tüketicinin sahip olduğu bilgi, tüketicinin o marka ürünlerin kalitesi hakkında belirli bir bilince ulaşmasına yardımcı olur. Bu çerçevede, tüketici kaliteli olduğu ürünlere marka yardımıyla ulaşip satın alabilir (Harrison, 2002; s.9). *Markanın tanıtım işlevi* de oldukça önemlidir. Bu işlev yukarıda açıklanan diğer işlevlerin yerine getirilmesi bakımından da oldukça önemlidir. Bu bağlamda bu üç işlevi birbirinden bağımsız düşünmek mümkün değildir. Tanıtım işlevi sayesinde, bir teşebbüs ürettiği mallar hakkında tüketiciyi bilgilendirebilir. Tanıtım yoluyla, pazarda belirli bir bilinirliğe ulaşan marka sahibi teşebbüs bu yolla malını tutundurabilir ve aynı zamanda markasının değerini artırabilir (Harrison, 2002; s.11).

Markaların gerek marka sahipleri ve gerekse tüketiciler bakımından bu işlevleri oldukça önemlidir. Bu işlevler olmaksızın bir markanın herhangi bir ticari değer taşıması mümkün değildir. Markaların

⁸ 27.06.1995 tarih ve 22326 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁹ 556 Sayılı KHK'nın "Marka Tescilinde Red İçin Mutlak Nedenler" başlıklı 7'nci maddesinin (b) bendine göre "Aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar aynı olan markaların tescil başvuruları red edilmektedir."

bu işlevleri ve özellikle *kaynağını gösterme ve ayırtedici olma işlevi*, markalara ilişkin yürütülen davalarda Mahkemeler tarafından bir markanın gerçek amaç ve kapsamının belirlenmesinde ve böylece marka hakkı sahibinin marka üzerindeki haklarının sınırlarının çizilmesinde önemli ölçüde göz önünde bulundurulmaktadır. Böylece, Mahkemeler marka hakkı sahibinin bir takım iddialarını ve taleplerini markaların gerçek işlevlerini aştığı gerekçesiyle reddedebilmektedir.

Diğer yandan, aynı KHK'nın "Marka Tescilinden Doğan Haklar" başlıklı 9'uncu maddesi tescilli bir marka hakkına sahip olan kişi ya da teşebbüsün söz konusu marka üzerindeki haklarının kapsamını belirlemektedir¹⁰. Bu maddede belirtilen hallerde, marka sahibinin izni alınmadan markasının kullanılmasının önlenmesini talep etme yetkisi vardır. Nitekim KHK'nın "Marka Hakkına Tecavüz Durumları" başlıklı 61'inci maddesinin (a) bendi "9 uncu maddenin ihlal"ni marka hakkına tecavüz durumu olarak düzenlemektedir. Marka hakkı sahibinin tecavüzlerin önlenmesini talep etme hakkı aslında marka hakkının esasını oluşturmaktadır. Bir başka deyişle marka hakkı özünde hak sahibine üçüncü kişilere karşı koruma imkanı sağlamaktadır¹¹.

¹⁰ a) Markanın tescil kapsamına giren aynı mal veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması,

b) Tescilli bir marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk üzerinde, işaret ile tescilli marka arasında bağlantı olduğu ihtimali de dahil, karıştırılma ihtimali olan herhangi bir işaretin kullanılması,

c) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal veya hizmetlerle benzer olmayan mal veya hizmetlerde kullanılması halinde, tescilli istenen işaretin kullanılmasıyla tescilli markanın itibarından dolayı haksız avantaj elde edecek veya tescilli markanın ayırt edici karakterine zarar verecek nitelikteki herhangi bir işaretin kullanılması.

Aşağıda belirtilen durumlar, birinci fıkra hükmüne göre, yasaklanabilir:

a) İşaretin mal veya ambalajı üzerine konulması,

b) İşareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi veya bu amaçla stoklanması, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi veya o işaret altında hizmetlerin sunulması veya sağlanması,

c) İşareti taşıyan malın ithali veya ihracı,

d) İşaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarda kullanılması.

Markanın sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayın tarihi itibarıyla hüküm ifade eder. Markanın tescili için yapılacak başvurunun yayınlanmasından sonra doğabilecek durumlarla ilgili olarak tazminat talebi yapılabilir. Ancak başvurunun yayını ile doğan haklar, tescilin yayınıyla birlikte tescilli markadan doğan hakların kapsamı içinde değerlendirilir. Mahkeme, öne sürülen iddiaların geçerliliğine ilişkin olarak tescilin yayınlanmasından önce karar veremez.

¹¹ Bir kişi veya teşebbüsün bir marka üzerinde hak ileri sürebilmesi için söz konusu markanın hakkın arandığı ülke hukukuna uygun olarak tescil edilmesi zorunludur. Dolayısıyla tescilsiz markalar için, Markalar Kanunu çerçevesinde herhangi bir hak iddiasında bulunulamaz. Ancak Haksız Rekabet hükümleri çerçevesinde dava açılması mümkündür.

Ancak daha önce de ifade edildiği üzere, bu marka hakkı sınırsız bir hak değildir. Marka hakkının sınırsız olmadığı savı esas olarak hakkın varlığı (existence) ve kullanımı (exploitation) ayrımı ile ilişkilendirilebilir. Bu ayrıma göre, hak sahibini hakkın varlığı üzerinde mutlak bir yetkiye sahip iken, bu mutlakiyet hakkın kullanımı bakımından geçerli değildir. Dolayısıyla, hakkın kullanımına bir takım sınırlandırmalar getirilebilir.

Markalar bakımından bu hakkın varlığı/hakkın kullanımı ayrımı ile birlikte ileri sürülen önemli bir sav da, yukarıda bahsedilen markanın asli işlevlerine ilişkindir. Bu yaklaşıma göre, markanın asli işlevi ayırt edici olmak ve tüketicilerin yanıltmasını önlemektir. Bu nedenle marka hakkının sınırsız kullanımı markanın bu asli işlevleri bağlamında sağlanan marka hakkı korumasının asıl amacını aşabilir. Marka hakkı koruması zaten hak sahibine belirli yararları elde etme imkanı tanımaktadır. Bu yararların ötesinde marka hakkı sahibinin hak üzerinde sınırsız bir yetkiye sahip olması o markanın korunmasından beklenen toplumsal yararların elde edilememesi sonucuna yol açmaktadır. Bu çerçevede, teşebbüslerin marka hakları üzerine getirilen önemli sınırlandırmalardan birisi aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek olan hakkın tükenmesi ilkesidir.

3. PARALEL İTHALAT VE TÜKENME İLKESİ KAVRAMLARI

Bu bölümde makalenin ana konusunu oluşturan paralel ithalat ve tükenme ilkesi kavramlarına ilişkin tanım ve açıklamalara yer verilecektir.

3.1. Paralel İthalat

OECD tarafından hazırlanan bir Raporda (OECD, 2002; s.4) paralel ithalat, hak sahibi tarafından veya onun yetkilendirdiği bir kişi tarafından ihraç ülkesinde pazara sunulan gerçek malların üçüncü kişiler tarafından ve hak sahibinin izni olmaksızın başka bir ülkeye ithal edilmesi olarak tanımlanmaktadır. Bir başka ifade ile, marka hakkı sahibi veya onun izni ile bir başkası tarafından bir ülkede piyasaya sunulan¹² bir malın aynısının üçüncü kişilerce bir başka kaynaktan sağlanmak suretiyle yasal prosedürüne uygun olarak o ülkeye ithal edilmesi işlemi olarak tanımlanabilir. ABD’de paralel ithalat yerine aynı anlama gelecek şekilde gri ithalat (grey import) kavramı da kullanılmaktadır.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere, paralel ithalatın gerçekleşebilmesi için ithal edilen mal ile o ülkede daha önce piyasaya sunulan mal arasında bir aynılık bulunması gerekmektedir. Mallar arasında farklılığın olması durumunda paralel ithalattan söz edilemez. Ancak burada hemen vurgulamak gerekir ki, bir markayı taşıyan mal ve

¹² “Piyasaya sunulma” kavramı ve unsurları hakkında bkz: Pınar, 2000, s.861 vd.

hizmetlerini ithalatının paralel ithalat olarak değerlendirilebilmesi için malların yasalara uygun olarak pazara sunulmuş olması ve/veya korsan mal olmaması gerekir. Paralel ithalat durumunda, ithalata konu olan mallar orijinal ürünler olup, ihraç ülkesinde marka hakkı sahibi veya onun yetkilendirdiği bir teşebbüs tarafından üretilerek pazara sunulmuştur.

Paralel ithalata imkan veren temel unsur, malın ihraç ülkesindeki fiyatı ile ithalatın gerçekleştirildiği ülkede fiyatı arasında önemli farklılıklar bulunmasıdır. Bu farklılığın nedeni ne olursa olsun¹³, eğer ulaştırma giderleri, gümrük vergileri ve tarife gibi unsurlar da dikkate alındığında arbitraja imkan veriyor ise, paralel ithalatçı teşebbüsler fiyatın daha yüksek olduğu ülkedeki yetkili lisans sahibi teşebbüsler ile rekabete girebilirler. Böylece, aslında paralel ithalat, aynı marka ürünleri satan farklı teşebbüsler arasında bir rekabet ortamı ya da bir başka ifade ile rekabet hukuku terimiyle marka içi rekabete yol açmaktadır¹⁴.

3.2. Tükenme İlkesi

FMH'nın korunmasının arkasındaki temel mantık, kişi ya da teşebbüslerin yenilik yaratma güdülerini teşvik ederek toplumsal refahı artıracak yeniliklerin ortaya çıkmasını sağlama fikrine dayanmaktadır. Tanınan koruma çerçevesinde, hakkın niteliğine bağlı olarak belirli bir süre hak sahibi olan kişi ya da teşebbüs o hak üzerinde münhasıran tasarrufta bulunma hakkına sahiptir. Hak sahibi, elindeki marka veya patenti doğrudan kendisi kullanabileceği gibi üçüncü kişileri belirli bir ödeme karşılığında bu hakkın kullanımına ilişkin olarak yetkilendirebilir.

Diğer yandan FMH sahipleri kendi yarattıkları haklar üzerinde maksimum korumayı sağlamak, bu malı hukuki yoldan elde etmiş üçüncü kişiler ise, malın yeni sahibi olarak onu istedikleri biçimde kullanmak isteyebilirler¹⁵. Ancak, genel olarak kabul edilen görüşe göre, FMH'dan toplum adına beklenen yararların tam olarak elde edilebilmesi için hak

¹³ Yüksek fiyatın nedeni o ülkedeki yetkili teşebbüsün ürünün tanıtım ve geliştirilmesi için yaptığı yatırımlardan kaynaklanabileceği gibi, özellikle markalar arası rekabetin sınırlı olması durumunda sahip olduğu pazar gücü nedeniyle, rekabet üstü bir kar elde etme güdüsünden de kaynaklanabilir. Aslında bu fiyat farkının arkasında yatabilecek bu iki temel gerekçe paralel ithalat ve tükenme ilkesine ilişkin olarak leyhte vey aleyhte görüşlerin de çıkış noktasını oluşturmaktadır.

¹⁴ SKOKO, H. "Theory and Practice of Parallel Imports"

Charles Stuart University www.athene.mit.csu.edu.au/~hskoko/parallel%20imports/pimptheory.pdf

¹⁵ 31.01.2003 tarih ve 25010 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 29.5.2001 tarih ve 01-25/238-61 sayılı Rekabet Kurulu Kararı (Armada Kararı) s.8-9 Rekabet Kurumu internet sayfası: www.rekabet.gov.tr

sahibine bu hakkın kullanımına ilişkin olarak bazı sınırlandırmalar getirilmesi gerekmektedir (ARKAN, 1998; s.131). Aksi takdirde, FMH alanındaki mutlak sınırsız bir koruma, bu hakka sahip olan kişi ya da teşebbüslerin kendileri veya yetkilendirdikleri kişiler tarafından piyasaya sunulmasından sonraki el değiştirmelerini, dağıtımını da kontrol altına almaları sonucunu doğurur. Bu durum, malların serbest dolaşımına ve rekabete aşırı kısıtlayıcı bir etki yaratabilir.¹⁶

Bu yaklaşım çerçevesinde, serbest ticaret ile FMH'nın korunması ve kamu yararı ile kişisel kullanım özgürlüğü arasında bir denge kurmaya çalışan bir ilke ortaya çıkmıştır. Bu ilke "hakkın tükenmesi" ilkesi veya ABD uygulamasında olduğu üzere ilk satım ilkesidir (first sale doctrine).

Arı'ya (2003; s.10-11) göre tükenme ilkesi aslında bir sözleşme konusu değildir. Ancak sözleşme aracılığıyla fikri hakların sınırlarını belirleyen bir doktrindir ve özündeki fikir kamu yararı ve fikri hak sahibinin yararı arasında bir denge çizmektir. Tükenme ilkesinin kökeni, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin 1873'te verdiği patent haklarını içeren Adams v. Burke kararına kadar gitmektedir. Avrupa'ya bakıldığında ise, Almanya'da 1902 yılında, Guajakol Karbonat davasında kavram için bir tanımlama getirilmiştir. Kavramın özü, hak sahibinin rızasıyla dolaşıma sürülen orijinal malların serbest dolaşımı anlayışına dayanmaktadır (Arı, 2003; s.11).

Bu ilkeye göre, ürün bir kez hukuki yoldan ve rıza ile hak sahibinin elinden çıktıktan sonra bu ürünü satın almış kişilerce malın tekrar ticarete konu olmasını engelleyemez. Diğer bir deyişle, markalı bir malın ilk iradi satışından sonra hak sahibinin o mal üzerindeki tekeli ilk satım hakkının tükendiği kabul edilir ve artık malın dolaşımına müdahale edemez. İlk satış gerçekleştiği zaman FMH'nın asıl amacını yerine getirdiği ve bu satışla hak sahibinin o haktan kaynaklanan yararları elde ettiği kabul edilmekte ve bunun ötesinde pazara sunulan mallar üzerinde hak ve yetki talep etmesinin amacı aşan bir durum olduğu ileri sürülmektedir. Bu bağlamda, marka hakkının sadece ilk satış gerçekleştiğinde mutlak bir hakkı olduğu ve bu satış gerçekleştiğinden sonra hakkın tükendiği kabul edilmektedir.

Tükenme ilkesi aynı markalı gerçek mallar arasında ortaya çıkan ve rekabet hukuku yazınında marka içi olarak kabul edilen bir rekabet ortamı ile ilgilidir. Takip edilecek olan tükenme rejimi bir markaya ilişkin

¹⁶ Ibid s.8-9-Bu görüş (Fahrettin Kayhan, Türk Marka Hukuku Açısından Paralel İthalat ve Marka Hakkının Tükenmesi, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, s.52)'dan alınmıştır.

marka içi rekabetin boyutunu önemli ölçüde değiştirebilir. Bir ülke sınırları içerisinde yasal olarak bir markanın kullanma hakkına sahip olan teşebbüs takip edilecek tükenme rejimine bağlı olarak aynı markalı ürünlerin uluslararası rekabetine maruz kalabileceği gibi, o marka bakımından söz konusu ülke sınırları içerisinde tekel konumuna da sahip olabilir.

Paralel ithalat üzerindeki etkileri tükenme ilkesinin tercihindeki görüşler korumacı ve liberal olmak üzere iki gruba ayrılır. Korumacı yaklaşım ulusal veya bölgesel tükenme ilkesini, liberal yaklaşım ise uluslararası tükenme ilkesini benimsemiştir¹⁷.

3.2.1. Korumacı Yaklaşım

Ulusal Tükenme İlkesi (national exhaustion): Ulusal tükenme ilkesine göre, hakka konu olan mal bir ülke sınırları içerisinde hak sahibi veya onun yetkilendirdiği bir başka kişi tarafından pazara sunulduktan sonra, hak sahibi o malların yeniden dağıtımını veya ticarete konu olmasına ilişkin olarak sahip olduğu FMH çerçevesinde herhangi bir sınırlama getiremez (Harwood, 1999; s.1). Bir başka ifade ile, söz konusu malların ülke içindeki yeniden satışına ve dolaşımına karışamaz. Bu ilke çerçevesinde, tescilli bir markayı taşıyan ürünler ülke içinde serbestçe dolaşabilir ve üçüncü kişiler yasaların çizdiği sınırlar içerisinde bu mallar üzerinde tasarrufta bulunma hakkına sahip olurlar.

Ancak bu ilkenin paralel ithalat bakımından en temel sonucu, paralel ithalatın yasaklanmasına imkan tanımasıdır. Bu ilke çerçevesinde, hak sahibi sadece o ülke sınırları içerisinde pazara sunulan mallar üzerinde hak iddiasında bulunamaz. Ancak başka ülkelerde pazara sunulan malların söz konusu ülkeye ithalini sahip olduğu FMH'nin verdiği yetkiler çerçevesinde engelleyebilir (Martinez, 2001; s.2).

Bu ilkenin söz konusu mallar bakımından yarattığı sonuç ise, hak sahibine uluslararası pazarı bölme keyfiyeti tanımasıdır. Bu keyfiyet çerçevesinde hak sahibi her ülkenin kendine has koşullarını da dikkate alarak farklı fiyat ve satış politikaları izleyebilir. Bu ilkeyi kabul eden ülkede FMH'na konu olan mallar için marka içi rekabet, paralel ithalatın olmaması nedeniyle sınırlandırılmış olur ve başka ülkelerdeki düşük fiyatın yarattığı arbitrajdan bu ülkenin vatandaşları mahrum kalırlar¹⁸.

¹⁷ Farklı tükenme ilkeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: *Perşembe Konferansları-17, s.113 vd.*

¹⁸ Burada özellikle markalar arası rekabetin yoğun olduğu pazarlarda, malı pazara sunan teşebbüsün rekabet koşullarında o malın tanıtımı ve geliştirilmesi için önemli yatırımlar

Bölgesel Tükenme İlkesi (Regional exhaustion): Korumacı tüketim ilkesi başlığı altında kabul edilen bir diğer ilke ise bölgesel tükenme ilkesidir. Arkasında yatan mantık itibarıyla ülkesel tükenme ilkesinden herhangi bir farkı yoktur. Bu ilke bütünleşme yolunu tercih etmiş ülkeler bakımından geçerlidir. Bu ilkeye göre, bölge içinde yer alan herhangi bir ülkede hakka konu olan malın pazara sunulması ile o malın yeniden ticarete konu olmasına ilişkin olarak hak sahibinin yetkileri bölgeye dahil bütün ülkeler bakımından tükenmiş sayılır. Bu çerçevede, bölge içinde malların serbest dolaşımına imkan verilir. Ancak ulusal tükenme ilkesinde olduğu gibi bölge dışı ülkelerden kaynaklanan paralel ithalat bakımından hak sahibinin yetkileri devam eder ve paralel ithalatı engelleyebilir. Böylelikle bölge içinde, ancak geçerli rekabet kurallarının çizdiği sınırlar dahilinde marka içi rekabet kısıtlanabilir (Aktif satışların engellenmesi gibi). Bu sınırlar dışında marka içi rekabetin kısıtlanması malların serbest dolaşımı ilkesine aykırı olarak kabul edilir ve izin verilmez. Ancak, bölge dışından kaynaklanan paralel ithalat yasaklanabildiği için, ülkesel tükenme ilkesinde olduğu gibi, bölge dışından kaynaklanan ve marka içi rekabeti artırıcı yollar ortadan kaldırılmış olur. Örneğin bugün AB üyesi ülkelerde bölgesel tükenme ilkesi uygulanmaktadır¹⁹ (Martinez, 2001, s.1-4).

3.2.2. Liberal Yaklaşım

Uluslararası Tükenme İlkesi (International exhaustion): Son ilke ise liberal bir bakış açısını yansıtan uluslararası tükenme ilkesidir. Bu ilkeye göre, hakkın tükenmesi için malın dünyanın herhangi bir yerinde pazara sunulmuş olması yeterlidir. Bu ilke diğer iki ilkenin tersine paralel ithalatı serbest bırakmaktadır. Böylelikle, FMH'na konu olan bir mal dünyanın herhangi bir yerinde pazara sunulduktan sonra, isteyen üçüncü kişiler o malı ithal edebilir ve ithal edilen ülkede faaliyet gösteren hak sahibi ve onun yetkilendirdiği kişiler FMH'na dayanarak bu ithalatı engelleyemezler. Bu prensip dayandığı temel felsefe itibarıyla uluslararası ticaretin serbestleşmesi eğilimine de uygundur. Bu bağlamda, paralel ithalatın gerçekleştiği ülkedeki o malın yer aldığı pazarda markalar arası rekabetin yanı sıra, yoğun bir marka içi rekabete imkan tanınmış olur (Martinez, 2001, s.3).

4. TRIPS ANLAŞMASI VE TÜKENME İLKESİ SORUNU

giderlerine katlanabileceği ve bu çerçevede, marka içi rekabetin paralel ithalatın engellenmesiyle sınırlandırılmasının makul görülebileceği ileri sürülebilir.

¹⁹ Aslında AB sınırlarında kabul edilen bölgesel tükenme ilkesi Avrupa Ekonomik Alanı olarak tanımlanan ve AB ile EFTA ülkelerini kapsayan tüm bölgede geçerlidir.

Bir ülke tarafından kabul edilen tükenme ilkesinin, o ülkenin paralel ithalata ilişkin takip edeceği politikayı doğrudan etkilediği yukarıda açıklamalardan anlaşılmaktadır. Ülkenin izleyeceği korumacı bir tükenme ilkesi paralel ithalatın engellenmesine imkan tanımaktadır. Paralel ithalat da uluslararası ticaretin bir parçası olduğuna göre, bu konuda neden bir uluslararası kural olmadığı dikkate değer bir tartışma konusudur. Giriş bölümünde de ifade edildiği üzere, bir ülkenin özellikle DTÖ çerçevesinde dış ticaretini serbestleştirmek için pek çok önlem alırken ve bu çerçevede markalar arası rekabetin önündeki dış ticaret engellerini kaldırırken, sadece bir marka içi rekabet sorunu olan paralel ithalata izin vermek üzere uluslararası bir uzlaşmadan kaçınması oldukça ilginçtir.

Paralel ithalat ve tükenme ilkesi, TRIPS anlaşmasının görüşüldüğü ve kabul edildiği GATT Uruguay Round müzakereleri devam ederken özellikle ABD'li uzmanlar tarafından bir uzlaşmaya varılmak üzere dile getirilmiştir. TRIPS bağlamında uluslararası ticaretin serbestleştirilmesinin doğal bir sonucu olarak uluslararası tükenme ilkesinin kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur. Ancak, bu konuda çıkan anlaşmazlıklar bir uzlaşmaya varmayı engelleyecek kadar büyük olunca, anlaşmanın tamamı kabul edilmeme riskiyle karşı karşıya kalınmıştır. Bu risk karşısında, TRIPS tükenme ilkesine ilişkin olarak doğrudan bir düzenleme öngörmemiştir.

Anlaşmanın 6'ncı maddesinde konu şu şekilde ele alınmıştır: *“Bu Anlaşma altında anlaşmazlıkların çözümü amacına dönük olarak, 3 ve 4'üncü maddelere tabi olmak kaydıyla, Anlaşmadaki hiçbir hüküm Fikri Mülkiyet Hakkının tükenmesi sorununa cevap bulmak için kullanılmayacaktır”*²⁰

TRIPS anlaşmasındaki bu madde aslında Uruguay Rounduna katılan taraflar arasında varılabilen uzlaşmayı (ya da uzlaşmamayı) temsil etmektedir. Abbott bu görüşmeler sırasında, farklı ülke gruplarının farklı tükenme ilkesinden yana olduğunu ileri sürmektedir. Bu çerçevede, gelişmekte olan ülkeler daha liberal bir rejim talep ederken, AB kendisi bakımından bölgesel tükenme ilkesinde ısrar etmiş ABD ise büyük ölçüde mevcut Amerikan yasa ve doktrinleri çerçevesinde paralel ithalatın sınırlandırılmasını öngören önerilerde bulunmuştur (Abbott, 1997; s.2).

Bu hüküm çerçevesinde, Anlaşmanın tarafları tükenme ilkesinin bu Anlaşma kapsamında düzenlenmediğini ve her ülkenin bu konuda

²⁰ Madde 3 ve 4 sırasıyla ulusal muamele ve en çok kayırlan ulus kaydına ilişkindir. Bir ülke takip edeceği tükenme ilkesinin uygulanması sırasında bu maddeleri dikkate almak zorundadır.

serbest olduğunu kabul etmişlerdir. Bu Anlaşmanın kabulünden sonra küresel anlamda bir tükenme ilkesinin kabul edilmesine ilişkin olarak Anlaşmanın gözden geçirilmesi ve değiştirilmesi için tartışmalar sürmüştür.

Tükenme ilkesi bağlamında özellikle DTÖ bünyesinde yapılan tartışmalarda, bazı uzmanlar FMH'nın bir uzantısı olarak, hak sahibinin paralel ithalatı yasaklama hakkının da olması gerektiğini savunarak küresel olarak korumacı tükenme ilkesinin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Diğer yandan bazı başka uzmanlar ise, paralel ithalat üzerine getirilen sınırlamanın hiçbir iktisadi rasyonallitesi olmadığını ve bunun ülkelerde toplumsal refahı azalttığını ve uluslararası ticaretin serbestleşmesinin getirebileceği yararları zarar verdiğini ileri sürerek küresel olarak bir uluslararası tükenme ilkesinin kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadırlar (Maskus ve Lahouel, 1999; s.26-27).

Bu serbestlik çerçevesinde, AB Topluluk sınırları içerisinde bölgesel tükenme ilkesini kabul etmekte ve Topluluk dışından kaynaklanan paralel ithalatın yasaklanmasına izin vermektedir. Diğer yandan ABD karmaşık bir sistem izlemektedir. ABD markalar bakımından bir " ortak kontrol istisnası" getirmektedir. Bu bağlamda markalar alanında paralel ithalata izin verilmekte ve uluslararası tükenme ilkesi izlenmektedir. Ancak patent ve telif hakları bakımından ulusal bir koruma sistemi uygulanmaktadır. Japonya ise uluslararası tükenme ilkesini kabul ederek paralel ithalata tamamen izin vermektedir. Türkiye'de ise, FMH'a ilişkin 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'nın 13'üncü maddesinde ülkesel tükenme ilkesine yer verilirken uygulamada konu oldukça tartışmalıdır²¹.

Aşağıda OECD ülkelerine uygulanan tükenme ilkeleri bir tablo olarak verilmektedir:

OECD Ülkelerinde Tükenme Rejimleri ²²				
Ulusal Tükenme	Ulusal Tükenme (Belirli İstisnalar İçeren)	Bölgesel Tükenme	Uluslararası Tükenme (Belirli İstisnalar İçeren)	Uluslararası Tükenme

²¹ Bu konu makalenin amaçları ve sınırları içerisinde Türkiye'ye ilişkin Bölümde ele alınacaktır.

²² Macaristan, Polonya, Çek Cumhuriyeti ve Slovakya 2004 yılında AB'ne üye olduktan sonra AB'nin kabul ettiği rejim olan bölgesel tükenme ilkesine tabi olacaklardır.

Macaristan Türkiye Polonya	ABD (bağlı şirketler için istisna)	Avrupa Birliği	Japonya (fiyat kontrolü olan sektörler için istisna) Güney Kore (ulusal markalar için istisna)	Avustralya, Kanada Çek Cumhuriyeti İzlanda, Meksika Yeni Zelanda, Norveç Slovakya, İsviçre
----------------------------------	--	-------------------	--	--

Kaynak: O'TOOLE ve TRENOR (2002)

5. FARKLI TÜKENME İLKELERİ VE EKONOMİK GEREKÇELERİ

Bir önceki bölümde paralel ithalat kavramı, tükenme ilkesi kavramı ve farklı tükenme ilkelerine yer verilmiştir. Bu bölümde ise, ana başlık olarak korumacı ve liberal tükenme ilkelerini savunan görüşlerin arkalarında yatan iktisadi gerekçelere yer verilecektir. Her iki grup bakımından ileri sürülebilecek önemli iktisadi argümanlar vardır ve bütün taraflar bunları toplumsal refah temelinde meşrulaştırmaya çalışmaktadır. Bu argümanlar kendi içinde tutarlı olduğu kadar her birinin diğer grubun görüşleri çerçevesinde eleştirebilecek yönleri de bulunmaktadır. Bu nedenle aslında, ileri sürülen argümanlar arasında ana başlıklar halinde korumacı ve liberal olmak üzere ayrıma gitmek kolay değildir. Buna karşın, bu makalede her bir yaklaşımın daha iyi anlaşılabilmesi için paralel ticaretin lehinde veya aleyhinde ileri sürülen ekonomik gerekçeler ilgili grup başlıkları halinde incelenecek ve gereken yerde eleştiren yaklaşımlara yer verilecektir.

5.1. Korumacı Yaklaşım

Korumacı tükenme ilkeleri olarak ulusal ve bölgesel tükenme ilkelerinden bahsedilmiştir. Bu ilkelerin uygulandığı ülkelerde paralel ithalat engellenebilmektedir. Korumacı yaklaşımı savunanlara baktığımızda karşımıza çoğunlukla FMH sahipleri çıkmaktadır. Makale konumuz çerçevesinde biraz daha spesifikleştirirsek, marka hakkı sahipleri veya ilgili ülkede söz konusu markaların yetkili lisansörü konumundaki kişi ya da teşebbüsler bu korumacı ilkelerin uygulanması gerektiğini ileri sürmektedirler. Bu görüşün arkasında yatan iktisadi gerekçelere ilişkin çok çeşitli nedenler ileri sürülmektedir. Bu çerçevede ileri sürülen en güçlü gerekçe, *bedavacılık sorunudur* (free-riding). Bedavacılık dışında, ileri sürülen önemli bir gerekçe ise, korumacı tükenme ilkesi koşullarında marka hakkı sahibinin tüm ülke koşullarını dikkate alarak her ülkede *farklı fiyat ve satış politikası izlemesinin refah artırıcı olduğu* iddiasıdır (price discrimination and international market segmentation). Bu özellikle gelişmekte olan ülkeler bakımından ileri

sürülen bir argümandır. Tüketiciler bakımından ileri sürülen bir önemli gerekçe paralel ithalata konu olan *malların tüketicileri yanılttığı ve tüketici gözünde markalı malların değerini düşürdüğü ve ayrıca korsan markaların denetlenmesini zorlaştırdığı* iddiasıdır. Diğer yandan marka hakkı sahiplerinin ileri sürdüğü önemli bir argüman paralel ithalata konu olan mallar üzerinde FMH'dan kaynaklanan hakların devam etmesi gerektiği iddiasıdır (Bock, 2002).

- ***Bedavacılık Sorunu (free-riding problem)***

Paralel ithalat karşıtlarının ileri sürdüğü ve en güçlü oldukları ekonomik gerekçe bedavacılık sorunudur. Bedavacılık sorunu bağlamında ileri sürülen gerekçeler oldukça kayda değerdir ve tükenme ilkesine ilişkin belirlenecek politikalar bakımından önemli bir belirleyiciliği olduğu ileri sürülebilir. Uygulamada marka hakkı sahibi her bir münhasır bölgede (çalışmanın niteliği bakımından bu bölge bir ülke olarak düşünülmelidir) bir veya birden fazla teşebbüsü markalı ürünlerini üretmek ve/veya satmak üzere yetkilendirebilir ve her bölgedeki yetkili lisansöründen markalı ürünlerin tanıtımı, geliştirilmesi ve satışlarının artırılması için bazı yatırımlarda bulunmasını talep edebilir. Bu çerçevede malın niteliğine bağlı olarak yetkili lisansör önemli yatırım giderlerini üstlenmek durumunda kalabilir. Nitekim bir münhasır bölgeye tek bir lisans alan teşebbüs tayin edilmesinin arkasında da bu teşebbüsü malın satışını artırmak için gerekli yatırımları yapmaya teşvik etmek güdüsü yatmaktadır. Özellikle markalar arası rekabetin yoğun olduğu pazarlar bakımından ürünün tanıtımı ve varsa ürüne ilişkin kaliteli hizmet sunulması önemli bir rekabet avantajıdır. Markalar arası rekabet gücünü korumak için teşebbüslerin bir takım yatırımlarda bulunması pazarın ortaya koyduğu bir zorunluluktur. Diğer yandan markalar arası rekabet olsun ya da olmasın fiyat esnekliği yüksek olan ürünler bakımından yetkili teşebbüsün bu yatırımları gerçekleştirilmesi kaçınılmaz olabilir

Eğer söz konusu teşebbüs münhasır bir bölge dahilinde marka içi rekabetten uzak koşullarda faaliyet göstermezse, başkalarının kendi yatırımları üzerinden bedavacılık yapacağını düşünerek bu yatırımları yapmaktan kaçınabilir (O'toole ve Treanor, 2002; s.281).

Böylece, bu yatırımların ortaya koyduğu maliyetlerin ise bir şekilde o malın fiyatına yansması doğal olarak karşılanabilir. İşte paralel ithalat karşıtlarının bedavacılık iddiaları tam bu noktada başlamaktadır. Bir ülkedeki yetkili olan teşebbüs ilgili malın tanıtımı ve pazarlanması için önemli yatırım maliyetleri ile karşı karşıya iken, paralel ithalatçıların bu yatırım maliyetlerine katlanmadan ancak bu yatırımların yarattığı

dışsallıktan yararlanarak paralel ithalat yoluyla getirdikleri malları pazara sunma imkanına sahip olabilmektedirler. Korumacı görüş sahiplerine göre bu ticari denge kabul edilebilir ve daha önemlisi sürdürülebilir değildir.

Paralel ithalata izin verilmesi durumunda, ithalatın yapıldığı ülkedeki yetkili lisansörlerin satış ve pazarlamasını yaptığı ürünlerin tanıtımı ve geliştirilmesi için yatırım yapma dürtüleri azalacaktır (Fink, 1999; s.16). Bu bağlamda, her ne kadar tüketiciler kısa vadede paralel ithalattan kaynaklanan düşük fiyatlardan yararlansa da, orta ve uzun vadede o ülkede kimse o ürünler bakımından yatırım yapmayacağı için tüketicilerin zarar göreceği ileri sürülmektedir.

Bedavacılık sorunu bağlamında Maskus ve Lahouel, paralel ithalatın özellikle marka sahibinin uluslararası dağıtım kanallarının etkin kontrolü bakımından önemli bir sorun teşkil ettiğini ileri sürmektedir. Bu çerçevede, münhasır bölge tayinleri paralel ithalatın olmadığı bir ortamda marka sahibinin kolaylıkla tüm yetkili lisansörlerinin faaliyetlerini kontrol imkanı vermektedir. Böylelikle, marka sahibi dağıtım sisteminin daha da etkin hale gelebilmesi için gerekli önlemleri alabilmektedir (Maskus ve Lahouel, 1999; s.19-20). Paralel ithalatın olması durumunda ortaya çıkacak bedavacılık sorunu yetkili dağıtıcıların o mala yatırım yapma güdülerini zayıflatacağı için marka hakkı sahibinin uluslararası dağıtım ağını etkin ve verimli bir şekilde kontrol edemeyeceği ileri sürülmektedir. Bu bağlamda, paralel ithalata getirilen bir yasaklama bedavacılık sorununu ortadan kaldıracığı için münhasır bölge tayininden beklenen bütün yararların da ortaya çıkacağı savunulmaktadır.

OECD tarafından konuya ilişkin yapılan çalışmada marka hakkı sahibinin bedavacılık sorununa dava bazında yaklaşılması gerektiği ileri sürülmektedir. Ancak bu şekilde bedavacılık sorununa etkin bir çözüm getirilebilir. Bu çerçevede, yapılması gereken bedavacılığın ortaya koyduğu yararlar ile markalar arası rekabete ilişkin olarak ortaya koyduğu zararların karşılaştırılmasıdır. Bu bağlamda, markalar arası rekabetin yoğun olduğu ve lisans alanların pazar gücünün olmadığı durumlarda, bedavacılık toplum adına negatif sonuçlar doğurabilir ve bu nedenle engellenmesinde yarar vardır. Bu ise marka içi rekabetin markalar arası rekabet lehine sınırlandırılması anlamına gelmektedir (OECD, 2002; s.12).

Genel olarak bakıldığında, bedavacılık sorununun paralel ithalata ilişkin olarak politikaların belirlenmesinde önemli ölçüde dikkate alınması gereken bir konu olduğu düşünülebilir. Ancak bu soruna *per se* bir

yaklaşım da yanlıştır. Bir başka ifade ile bedavacılık argümanı çerçevesinde bütün sektörleri kapsayacak global bir tükenme rejimi ve paralel ithalat politikası belirlemek doğru bir yaklaşım olmayabilir. Böylesine bir yaklaşım özellikle markalar arası rekabetin yoğun ve malın fiyat esnekliğinin yüksek olduğu pazarlar bakımından etkin sonuç doğururken tersi durumda, sadece ilgili teşebbüsün pazar gücüne destek olmaktan başka bir sonuç doğurmayabilir.

Bu noktada, Kenny ve McNutt marka hakkına dayanarak paralel ithalatın engellenmesinin uygulamada paralel ithalata ilişkin yapılan etkin sınırlandırmalarla ve rekabete aykırı sınırlandırmalar arasında gerçekçi bir ayrıma gitme konusunda başarısız olduğunu ileri sürmektedirler (Kenny ve McNutt, 1999; s.7-8). Bu bağlamda geldikleri sonuç ise, paralel ithalatın ortadan kaldırılması marka içi rekabeti sınırlandırdığı için bunun antitröst perspektifinde incelenmesi gerektiğidir. Böylece, söz konusu bu durumun, paralel ithalat konusunun bir FMH sorunu olmaktan ziyade bir rekabet hukuku sorunu olduğunun altını çizdiği düşünülebilir.

- ***Fiyat Ayrımcılığının Refahı Artırdığı İddiası***

Paralel ithalatın engellendiği koşullarda marka hakkı sahibi uluslararası pazarı ülke bazında bölme ve her ülkenin kendine has koşullarını (ülkenin gelir düzeyi, malların fiyat esnekliği, yerel özellikler, markalar arası rekabetin varlığı gibi) dikkate alarak farklı fiyat ve satış politikası belirleme imkanına kavuşmaktadır. Nitekim esas olarak paralel ithalata imkan veren husus marka sahipleri tarafından uygulanan farklı fiyatlardır. Korumacı yaklaşımı savunanlar, her ülkenin koşullarını dikkate alarak takip edilen farklı fiyat politikalarının iki önemli etkisi olduğunu ileri sürmektedirler. Bunlardan ilki gerek küresel bazda gerekse ülke bazında refah düzeyinin yükselmesi diğeri ise, etkin bir fiyat farklılaştırması izleyen marka sahibinin gelirlerinin artması ve artan gelirin bir kısmının yeni yatırımların yapılmasına imkan vermesidir.

İktisat yazınında üçüncü seviye fiyat ayrımcılığı olarak tanımlanan bu ayrımcılık heterojen talep koşullarına sahip farklı tüketici gruplarına farklı fiyatların uygulanması yoluyla refah artırıcı olabilir. Pazarı uluslararası pazar olarak kabul edersek, marka hakkı sahibinin farklı ülkelerde takip edebileceği farklı fiyatların refah üzerinde olumlu sonuçlar doğurabileceği kabul edilebilir. Örneğin biri fakir ve diğeri zengin iki ülkenin olduğu bir model çerçevesinde, marka sahibi zengin ülkede yüksek fiyat belirleyerek buradan elde ettiği gelir ile fakir ülkede daha düşük bir fiyat belirleme imkanına kavuşabilir. Bu bağlamda teşebbüs her

iki ülkede mal satma imkanına sahip olduğu için üretim bakımından ölçek ekonomisinden önemli ölçüde yararlanabilir. Eğer bu iki ülke arasında paralel ithalat imkanı olursa, bu durumda marka sahibi her iki ülkede aynı fiyatı takip etmek durumunda kalacağı için, bu paralel ithalattan fakir ülkenin zarar göreceği ileri sürülmektedir (Fink, 1999; s.12-13).

Ancak şunu da kabul etmek gerekir ki, böyle bir modelin işleyebilmesi için en azından yüksek fiyat politikasının takip edildiği ülkenin paralel ithalatın engellenmesine imkan tanınması gerekir. Aksi takdirde, fakir ülkenin nasıl bir ilke belirlediğine bakılmaksızın modelin istenen sonucu vermesi mümkün değildir. Bu konuda ileri sürülebilecek bir diğer husus ise, marka sahibinin zengin ülkede karşı karşıya olduğu markalar arası rekabetin istediği fiyatı uygulamasını engellemesidir. Bu durumda da modelin beklenen yararı ortaya koyması mümkün değildir. Son bir nokta ise, yüksek fiyatın belirlendiği ülkede fiyatın talep esnekliğinin düşük olması gerekliliğidir (Fink, 1999; s.12). Sonuç olarak bu modelin işlemesi ve sonucunda fakir ülke ve marka sahibinin refahının artması fakir ülkeden ziyade zengin ülkenin nasıl bir tükenme rejimi izleyeceğine bağlıdır. Aslında, burada korumacı yaklaşım taraftarlarının esas olarak küresel anlamda paralel ithalata izin veren bir uzlaşmaya karşı çıktıkları düşünülebilir. Bu bağlamda gelişmekte olan ülkelere ziyade gelişmiş ülkelerin böylesine bir uzlaşma çerçevesinde uluslararası tükenme ilkesini kabul etmelerine karşı çıktığı ileri sürülebilir.

Bu kapsamda ileri sürülen bir diğer argüman ise, fiyat ayrımcılığı yoluyla marka hakkı sahibinin artan gelirlerinin tekrar yatırıma dönerek yeniliklerin ortaya çıkmasına imkan tanıdığıdır. Bu noktada, bir ülkede paralel ticaret üzerine getirilen sınırlandırmalar çerçevesinde, marka sahibi karlılığını artırabilecek ve elde ettiği geliri AR&GE harcamalarında kullanabilecektir. Bu ise hem firmanın hem de faaliyet gösterdiği pazarda endüstriyel yeniliklerin artması sonucunu doğuracaktır.

- ***Tüketicilerin Aldatıldığı ve Paralel İthalatın Korsan Markaları Teşvik Ettiği İddiası***

Korumacı yaklaşımı savunanların ileri sürdüğü bir diğer gerekçe ise, paralel ithalatın tüketicileri yanıltabileceği ve son tahlilde tüketici gözünde marka değerinin düşebileceği ve bunun markaya zarar verebileceği iddiasıdır (Kenny ve McNutt, 1999; s.8). Bu konuya ilişkin olarak OECD tarafından yapılan çalışmada şu değerlendirmeye yer verilmiştir (OECD, 2002; s.17):

“..Aynı ticari markayı taşıyan pek çok mal farklı özellikler dikkate alınarak farklı yerlerde üretilmektedir. Dolayısıyla bunların farklı ambalajları, farklı

kullanma talimatları ve güvenlik standartları olabilir (...) bu koşullarda paralel ithalat yoluyla yetkili olmayan kişiler bu malları bir başka ülkeye götürebilir ve bu farklı koşullarda üretilen ürünler aynı markayı taşısa bile tüketici nezdinde kafa karışıklığına ve yetkili lisansörlerin daha az yatırım yapmalarına yol açabilir. Bu nedenle pazar ayırımına gitmek bu olumsuzlukları ortadan kaldırmak için gereklidir...”

Bu bağlamda ileri sürülen önemli bir argüman ise, paralel ithalatın korsan ve sahte markalı malların önünü açacağı yönündedir. Bu noktada, paralel ithalatın sınırlandırılmasının gerçek anlamda korsan ve sahte marka işi yapan yasa dışı teşebbüslerin faaliyetlerinin ortadan kaldırılmasına yardımcı olabileceği ileri sürülmektedir. Diğer yandan, bu konuda paralel ithalatın yasaklanmasının korsan ve sahte markalı ürün sorununun çözümü için yeterli olmayacağı ileri sürülmektedir (OECD, 2002; s.16). Eğer böyle bir sorun varsa, bu paralel ithalatın yasaklanması yerine daha sıkı gümrük kontrolleri ile giderilebilir.

- ***FMH'nın Sağladığı Yetkilerin Sürdüğü İddiası***

Marka hakkı sahipleri esas olarak bir marka üzerindeki yetkilerin sadece pazara sunulan ve markanın yasal olarak tescil olduğu ülke bakımından tükendiğini bunun dışında başka ülkelerde pazara sunulan mallar üzerindeki haklarının devam ettiğini ileri sürmektedirler (BOCK, 2002; s.3). Bu bağlamda tescilli bir markayı taşıyan mallar üzerindeki hakkın ancak o tescilli yapan ülke bakımından sona erebileceği ve paralel ticarete konu olan mallar bakımından o ülke sınırları içerisinde FMH'dan kaynaklanan hak ve yetkilerin sona ermediği görüşü savunulmaktadır.

5.2. Liberal Yaklaşım

Yukarıda korumacı yaklaşımın arkasında yatan gerekçeler belirtildikten sonra, şimdi de liberal tükenme ilkesi olan uluslararası tükenme ilkesini savunanların dayandığı ekonomik gerekçelere yer vermeye çalışılacaktır. Liberal tükenme ilkesini savunanlara bakıldığında, kısaca uluslararası ticaretin serbestleşmesinden yarar gören her kesimi bu grup içinde görmek mümkündür. Bunlar arasında, paralel ithalatla uğraşan teşebbüsler²³, tüketici örgütlenmeleri örnek olarak gösterilebilir. Bu bağlamda mal ve hizmet piyasalarında rekabetin korunması ve geliştirilmesi amacıyla faaliyet gösteren Rekabet Otoritelerinin de liberal bir tükenme ilkesi taraftarı olduğu kabul edilebilir.

²³ AB'de paralel ithalat önemli bir yer tutmaktadır ve paralel ithalatçılar haklarını savunabilmek ve uluslararası tükenme ilkesini kabul ettirebilmek için önemli örgütlenmeler gerçekleştirmektedirler. Örneğin Avrupa Paralel İthalatçılar Koalisyonu (The European Parallel Importers Coalition-EPIC) güçlü bir örgütlenmedir.

Bu görüşü savunanların dayandıkları ekonomik gerekçelere bakıldığında en önde gelen savunma serbest ticaret anlayışı içerisinde paralel ithalata getirilen sınırlandırmanın aslında herhangi bir tarife dışı engelden farkı olmadığıdır. Paralel ithalatın olmadığı yerde söz konusu markalı ürünler bakımından yüksek fiyat uygulandığı ve bunun doğrudan tüketiciye zarar verdiği ileri sürülmektedir (Fink, 1999; s.9). Bu gerekçe ile bağlantılı bir diğer argüman ise paralel ithalatın bazı rekabeti kısıtlayıcı eylemleri zorlaştırdığı iddiasıdır. Marka hakkı sahiplerinin yukarıda ele alınan son gerekçelerinin aksine liberal yaklaşımı benimseyenler, paralel ithalata konu olan mallar üzerinde artık FMH dayanarak daha fazla hak ve yetki ileri sürmenin FMH'nın korunma amacıyla ters düştüğü ve aslında paralel ithalatın daha fazla bir FMH sorunu olmadığı yönündedir. Aşağıda bu görüşler ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır.

Serbest Ticaretin Önemi ve Pazarların Suni Olarak Münhasır Bazda Bölündüğü Argümanı

Uluslararası tükenme ilkesi lehine ileri sürülen en önemli gerekçe paralel ithalatın yasaklanması ile ortaya çıkan uluslararası pazar bölünmesinin serbest ticaret ilkesiyle ters düştüğüdür (FINK, 1999; s.10). Bu argüman çerçevesinde, paralel ithalatın yasaklanmasına yol açacak bir tükenme ilkesi takip edilmesinin aslında tarife dışı bir engel kullanmaktan farkı olmadığı ileri sürülmektedir (Maskus ve Yongmin, 2001; s.4). Yazarlardan Fink'e (1999; s.10) göre ticaret engellerinin ortadan kaldırılması kaynakların yeniden ve etkin bir şekilde dağılımına yol açtığı için paralel ithalata izin verilmesi buna katkıda bulunmaktadır. Nitekim AB üyesi ülkeler arasında bölgesel tükenme rejimi uygulanmasının arkasında bu yaklaşım yatmaktadır.

Genel olarak tarife dışı engellere bakıldığında, bu engellerin esas olarak ulusal sınırlar içerisindeki pazarlar için suni koruma duvarları sağladığı ve bunun sonucunda uluslararası rekabetten uzak koşullarda faaliyet gösteren teşebbüslerin rekabet üstü kar elde edebilmelerine imkan tanıdığı görülmektedir. Bu tür engellerin var olduğu yerde tüketiciler genellikle daha fazla fiyat ödemek durumundadırlar.

Paralel ithalatın yasaklanması özünde bir rekabet sınırlandırmasıdır. Bir başka deyişle, bu yolla aynı marka ürünler arasında gerçekleşebilecek bir marka içi rekabet engellenmektedir. Paralel ithalatın yasaklanması ile birlikte marka hakkı sahibi iki temel imkana kavuşmaktadır. Bunlardan ilki uluslararası pazarları ülke bazında bölerek farklı fiyat politikaları izleyebilmesi ve diğeri bir ülke sınırları

içerisinde özellikle markalar arası rekabetin sınırlı olması durumunda rekabet üstü kar elde edebilmesidir. Bu iki imkan aslında birbiriyle yakından ilgilidir. Korumacı görüşün aksine, serbest ticaret yaklaşımı içerisinde uluslararası pazar bölünmesi suni bir oluşum olarak değerlendirilebilir. Bu durumda marka içi rekabetten uzak bir şekilde marka hakkı sahibi bir rasyonel ve ekonomik gerekçelere dayanmayan fiyat ayrımcılığına gidebilir. Bu bağlamda, belirli bir ülke bakımından ise paralel ithalatın getirdiği baskıdan uzak kalan marka hakkı sahibinin marka içi rekabet koşulları olsaydı uygulayacağından daha yüksek bir fiyat belirleyebileceği ileri sürülebilir.

Söz konusu ülke, marka hakkı sahibinin uluslararası pazar bölümlenmesi kapsamında tek bir münhasır bölgeyi (exclusive territory) oluşturacaktır. Pratik uygulamaya bakıldığında marka hakkı sahibi olan kişi veya teşebbüs her bir ülkeyi ayrı münhasır bölgeler olarak belirlemekte ve bu bölgelerde belirli teşebbüsleri lisans vermek suretiyle yetkilendirmektedir. Bu lisans anlaşmalarında zaten her bir teşebbüs aktif olarak bir başka ülkede faaliyet göstermeme yükümlülüğünü kabul etmektedir. Bu anlamda farklı ülkeler arasında aynı marka mallar bakımından aktif ticaret engellenmektedir (O'toole ve Treanor, 2002; s.282). Aktif ticaretin engellenmesiyle sınırlanan marka içi rekabet paralel ithalatın yasaklanmasıyla daha da sınırlandırılmaktadır. Bunun doğal sonucu ise, o markalı ürünler bakımından her bir bölgedeki yetkili teşebbüsün tekel imkanına sahip olmasıdır.

Özellikle bir ülke sınırları içerisinde yüksek fiyat belirlenmesi ihtimalini güçlendiren en önemli husus ise markalar arası rekabetin sınırlı olduğu hallerdir. Markalar arası rekabetin sınırlı olduğu hallerde, tüketici bakımından alternatif arz kaynakları yeterli olmayacağı için ilgili marka hakkı sahibinin o pazar bakımından belirli bir güce sahip olduğu kabul edilebilir. Bu durumda ilgili teşebbüs hem markalar arası hem de marka içi rekabetten uzak koşullarda bir takım keyfi uygulamalar içine girebilir. Burada ortaya çıkan önemli bir sorun çifte mark-up durumudur. Marka hakkı sahibinin pazar gücüne sahip olduğu durumlarda, ona bağlı olarak bir ülkede faaliyet gösteren yetkili lisansörü de pazar gücüne sahip olacaktır. Bu durumda, hem lisans veren hem de lisans alan rekabet üstü bir kar belirlediği için malın fiyatı yükselebilir. Bu noktada, eğer o ülkede güçlü rekabet kuralları varsa bu denli kötüye kullanmalar giderilebileceği için paralel ithalat olmadan da bu olumsuzlukların önüne geçilebileceği argümanı ileri sürülebilir. Her ne kadar bu argüman kendi içinde tutarlı olsa bile, her zaman özellikle fiyatla ilgili kötüye kullanma eylemlerine karşı rekabet kurallarıyla etkin bir şekilde mücadele etmek mümkün

olmayabilir. Bu nedenle, bu tür eylemlerle mücadelede rekabet politikasının paralel ithalat gibi mekanizmalarla desteklenmesi gerekebilir.

Nitekim bu konuda O'Toole ve Treanor (2002; s.284) paralel bir görüş ileri sürmektedirler. Söz konusu yazarlar korumacı bir ilke olan bölgesel koruma ilkesi çerçevesinde Topluluk dışından kaynaklanan paralel ithalatın engellenmesine ilişkin olarak Abbott ve Verkade'den alıntı yaparak şu değerlendirmeye yer vermektedirler : “..Rekabet kuralları uluslararası tükenmeyi engelleyen bir yaklaşımın tüketici açısından ortaya koyduğu negatif etkilerle mücadelede zayıf bir araçtır. Bir AB vatandaşı için 81 ve 82'inci maddeler çerçevesinde bir rekabet ihlali iddiasında bulunmak ve bu maddelere dayanarak dava açmak hem zaman hem de ekonomik olarak maliyetli bir iştir...”

Paralel İthalatın Rekabeti Kısıtlayıcı Bazı Uygulamaları Zorlaştırdığı Argümanı

Bir önceki başlıkla da ilişkili olmak üzere, uluslararası tükenme rejimini savunanlar, paralel ithalatın ilgili ürün pazarında bazı rekabeti kısıtlayıcı eylemleri zorlaştıracaklarını ileri sürmektedirler. Bu bağlamda paralel ithalat rekabet politikası bakımından tamamlayıcı olarak görülmektedir (Maskus ve Yongmin, 2001; s.3). Bir ülkede marka hakkı sahibi veya onun yetkilendirdiği teşebbüsün pazar gücünü kötüye kullanması veya rakipleriyle rekabeti sınırlandırıcı anlaşma ve uyumlu eylemler içerisine girmesi paralel ithalatın imkan dahilinde olduğu koşullarda daha zorlaşacaktır. Paralel ithalatın engellenmesi halinde, teşebbüsler kolaylıkla ellerinde pazar gücünden daha fazla yararlanma veya rakipleriyle rekabeti kolaylıkla sınırlandırma yoluna gidebilirler. FMH'na konu olan mallara genel olarak bakıldığında, bu argümanın oldukça güçlü ve tutarlı olduğu kabul edilebilir. Özellikle yoğunlaşma oranının yüksek olduğu pazarlar bakımından, paralel ithalat imkanı bu yoğunlaşmış pazar yapısının yol açtığı aksaklıkların giderilmesinde rol oynayabilir. Diğer yandan, şu da unutulmamalıdır ki; paralel ithalat ilgili olduğu pazar bakımından ortaya çıkabilecek bütün aksaklıkları giderme potansiyeline sahip değildir. Ancak izlenen rekabet politikası bakımından tamamlayıcı nitelikte önemli bir destek kaynağıdır.

Paralel İthalata Konu Olan Malların Bir FMH Sorunu Olmadığı İddiası

Yukarıda da ifade edildiği üzere, marka hakkı sahipleri paralel ithalata konu olan mallar bakımından hak ve yetkilerinin devam etmesi gerektiğini ve bunun FMH korumasının doğal bir uzantısı olduğunu ileri

sürmektedirler. Buna karşın paralel ithalat ve uluslararası tükenme ilkesi taraftarları paralel ithalata konu olan mallar pazara sunulduğu andan itibaren artık FMH sorunu olmadığını savunmaktadır. Bu görüş çerçevesinde, hak sahibi dünyanın herhangi bir yerinde bir malı pazara sunduktan sonra artık o malın gerek sunulduğu ülke içinde gerekse uluslararası pazarlarda yeniden ticarete konu olmasına karışamazlar. Bu görüşün arkasında yatan mantık ise hak sahibinin malı pazara sunarak hakkın sağladığı korumayı kullandığı ve ve bu ilk satış karşılığında yeterli bir ekonomik kazanç elde ettiği savunmasıdır. Bu bağlamda, eğer hak sahibinin paralel ithalata konu olan mallar bakımından hak ve yetkilerinin devam ettiği kabul edilirse, hak sahibine ikinci bir ekonomik yarar sağlanmış olduğu ileri sürülmektedir (BOCK, 2002; s.3).

FMH'na sağlanan korumanın arkasında hak sahibi ile toplumun çıkarları arasında bir denge olduğu kabul edildiğinde, bu gerekçenin kabul edilebilir olduğunu ve bu bağlamda paralel ithalata konu olan malların bir FMH sorunu olmaktan ziyade ticaretin engellenmesi veya engellenmemesi sorunu olduğunu ve doğrudan rekabet politikası ile ilişkilendirilmesi gerektiğini savunmak yanlış olmayacaktır.

5.3. Değerlendirme

Bu bölümde paralel ithalatın lehinde ve aleyhinde ileri sürülen görüşler değerlendirildiğinde, her birisinin kendisi içinde tutarlı olduğu ve güçlü argümanlara dayandığı görülmektedir. Diğer yandan her iki görüşün karşılaştırılması neticesinde, bir ülkede nasıl bir paralel ithalat ve buna bağlı olarak tükenme rejiminin izlenmesi gerektiği sorusuna verilebilecek cevabın teorik bilgilerden ziyade o ülkenin koşullarına dayanan ampirik verilere bağlı olduğu düşünülebilir. Nitekim bu gerçek, bir anlamda neden küresel olarak bir tükenme rejimi benimsenemediği sorusuna da yanıt olmaktadır. Bu çerçevede, bir ülke bakımından paralel ithalatın yasaklanması veya serbest bırakılması konusunda verilecek olan karar doğrudan o ülkenin kendine has koşullarına bağlıdır.

Özellikle fiyat ayrımcılığı bağlamında yapılan açıklamalardan da görüleceği üzere, küresel bazda kabul edilebilecek liberal bir tükenme rejimi, gelişmekte olan ülkeler bakımından olumlu bir sonuç doğurmayacaktır. Bu bağlamda gelişmekte olan ülkelere ziyade gelişmiş ülkelerin nasıl bir rejim benimsediği önemlidir. Diğer taraftan her ülkenin kendi bireysel politikasını belirlediği düşünüldüğünde, gelişmekte olan ülkeler bakımından ulusal tükenme rejimini kabul ederek paralel ithalata sınırlandırma getirmenin bir yararı olmadığı değerlendirilebilir. Aksine paralel ithalata getirilen genel bir

yasaklama özellikle yoğunlaşmış sektörler bakımından olumsuz sonuçlar doğuracaktır. Bu nedenle, genel anlamda bir liberal politika benimsemek ve sektörlerin niteliğine göre istisna uygulamalarına gitmek yerinde olacaktır.

Diğer yandan paralel ithalata ilişkin olarak kabul edilebilecek korumacı bir politika fiyat ayrımcılığına imkan vermesinin yanı sıra bedavacılık sorununa da çözüm olacaktır. Ancak, paralel ithalatın sınırlandırılması ile bedavacılık sorununun giderilmesi bir ülkedeki tüm sektörler bakımından etkin sonuç doğurmayabilir.

Ancak teorik tartışmalar bağlamında her iki yaklaşım çerçevesinde varılabilecek olan sonuç ise, paralel ithalat sorununun aslında bir FMH sorunu olmaktan ziyade bir rekabet hukuku ve politikası sorunu olduğudur. Bu bağlamda soruna sadece FMH perspektifinden yaklaşmak tüm sektörleri içeren statik bir bakış açısı getirir. Oysa yukarıda yapılan açıklamalar ortaya koymaktadır ki, bir ülkedeki tüm sektörleri kapsayan statik bir uygulama yerine, olay bazında karar verilmesini mümkün kılan dinamik bir bakış açısına sahip olmak daha yerinde bir yaklaşımdır.

6. TÜKENME İLKESİ VE REKABET HUKUKU İLİŞKİSİ

FMH ile Rekabet Hukuku arasında bir çelişki olduğu kabul edilmektedir. FMH belirli bir pazarda belirli koşulların gerçekleşmesi durumunda bir buluş veya yenilik sahibine o buluş veya yeniliğe ilişkin olarak münhasıran tasarrufta bulunma hakkı tanımaktadır. Bu bir anlamda tekel hakkıdır. Üzerinde tekel yetkisi tanınan bu haklar patent, marka gibi farklı kurumlar çerçevesine korunmaktadırlar. Bu bağlamda, hak sahibi FMH hukukunun çizdiği sınırlar içerisinde bu tekel hakkını kullanma serbestisine sahiptir. Böylece prensip olarak FMH, dinamik rekabet koşullarında yatırımları teşvik etmek amacıyla statik rekabeti sınırlandırarak teşebbüslere pazar gücü vermektedir (Maskus ve Lahouel, 1999). Aksi takdirde, teşebbüsler bedavacılık sorunları nedeniyle bu denli yatırımlara girmek istemeyebilirler ve bu doğrudan toplumsal refahın düşmesi riskini ortaya çıkarabilir. Diğer yandan rekabet kuralları ise teşebbüslerin sahip oldukları tekel güçlerini sınırlandırma amacındadır. Böylece Rekabet Hukuku esas olarak tekel gücünün kullanılması ve yeni tekellerin ortaya çıkmasının denetlenmesi ile ilgilenmektedir.

Genel olarak bakıldığında, her iki hukuk sisteminin nihai amaçları aynıdır. Bir başka deyişle her iki hukuk sistemi de yeniliklerin, etkinliğin

ve toplumsal refahın ençoklanması amacını gütmektedir²⁴. Ancak takip edilen yollar farklıdır. Birinci durumda amaca ulaşmak için buluş yapana bir tekel hakkı tanınması yoluna gidilirken ikinci durumda tekel yerine rekabet koşullarında yeni buluşların yapılması ve etkinliğin artırılması amaçlanmaktadır.

İki hukuk sistemi arasında önemli çakışma alanlarından birisi de tükenme ilkesidir. Kabul edilen tükenme ilkesinin ne olduğuna bağlı olarak rekabet hukuku bağlamında özellikle lisans sözleşmelerinde getirilen bir takım yasaklayıcı hükümler ve bu çerçevede paralel ithalata ilişkin getirilen sınırlandırmalar rekabet hukuku kapsamına girmektedir. Ancak burada şu hemen vurgulanmalıdır ki, tükenme ilkesi bağlamında rekabet hukukunun ilgilendiği ve korumaya çalıştığı rekabet marka içi rekabettir. Bir başka deyişle, aynı marka ürünler arasında gerçekleşen rekabet üzerine getirilen ve herhangi bir rasyoneliteye dayanmayan sınırlandırmalar rekabet hukuku kapsamında denetlenmektedir.

Kabul edilen tükenme ilkesine paralel olarak marka içi rekabetin paralel ithalatın yasaklanması yoluyla kısıtlanması rekabet kuralları çerçevesinde değerlendirilmektedir. Korumacı bir tükenme ilkesinin kabul edildiği ülkelerde, marka hakkı sahibinin markalara ilişkin yasal düzenlemelerden kaynaklanan haklarına dayanarak paralel ithalatı engellemesi ve buna ilişkin düzenlediği sözleşmeler rekabet kurallarının uygulama alanı dışında olacaktır. Ancak liberal bir tükenme ilkesi kabul edilmişse, paralel ithalatı engellemek yapılan sözleşme hükümleri rekabet kuralları kapsamında değerlendirilebilecektir. Eğer bu denli sınırlandırıcı hükümler için herhangi bir haklı gerekçe ve makul açıklama söz konusu değil ise marka içi rekabeti sınırlandıran bu tür sözleşmelerin uygulanmasına izin verilmeyebilecektir.

7. SONUÇ VE TÜRKİYE İÇİN BİR POLİTİKA ÖNERİSİ

Bu çalışmanın son bölümü olan bu bölümde farklı tükenme ilkelerinin arkasında yatan iktisadi gerekçeler çerçevesinde, Türkiye için bir model önerisinde bulunulacaktır. Ancak buna geçmeden önce kısaca tükenme ilkesi ve paralel ithalat bakımından mevcut durumun incelenmesi yerinde olacaktır.

7.1. Mevcut Durum

Marka hakkının tükenmesine ilişkin ilke 556 Sayılı KHK 13'üncü maddesinde şu şekilde düzenlenmektedir:

²⁴ Teknolojik yeniliklerin teşviki için FMH ve Rekabet Hukuku ilişkisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz: Boztosun, 2002, s.171 vd.

“Tescilli bir markanın tescil kapsamındaki mal üzerine konularak, marka sahibi tarafından veya onun izni ile Türkiye’de piyasaya sunulmasından sonra, mallarla ilgili fiiller marka tescilinden doğan hakkın kapsamı dışında kalır.

Marka sahibinin, birinci fıkra hükmüne girmesine rağmen, malın piyasaya sunulmasından sonra, üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçlı kullanmalarını önleme yetkisi vardır.”

Bu madde hükmünden de anlaşılacağı üzere, tescilli bir markadan kaynaklanan haklar, o markanın kullanılarak üretilen malın Türkiye’de pazara sunulmasının ardından o mal bakımından sona ermektedir. Bu çerçevede marka hakkına dayanarak markalı gerçek ürünlerin yeniden ticarete konu olması engellenemez. Ancak söz konusu maddenin ikinci fıkrası bu tükenmeye bir istisna getirmektedir. Bu istisnaya göre, marka sahibinin, malın piyasaya sunulmasından sonra, üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçlı kullanmalarını önleme yetkisi vardır.

Mevcut durum incelendiğinde, 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK’nın 13’üncü maddesinin lafzından yasal olarak ülkesel tükenme ilkesinin benimsendiği kabul edilebilir. Nitekim Arıkan ve Kayhan da ilgili KHK çerçevesinde yasal olarak geçerli olan ilkenin ülkesel tükenme ilkesi olduğunu vurgulamaktadırlar. Ancak ilginç bir şekilde bu konuda akademik yazında farklı görüşler ileri sürülmektedir²⁵. İlgili madde hükmünde bir ulusal tükenmeden bahsedilmesine rağmen, uluslararası tükenmenin varlığından da bahseden görüşler en önemli desteği kuşkusuz Yargıtay’ın *Police* kararında²⁶ uluslararası tükenme ilkesini benimsemesinden kaynaklanmaktadır. Burada makalenin amacı ve sınırları gereği bu kararın detaylarına girilmeyecektir²⁷. Ancak bu kararın etkisiyle uluslararası tükenme ilkesinin olduğunu ileri süren görüşler güçlenmektedir. Nitekim Rekabet Kurulu da paralel ithalatın yasaklanmasına ilişkin olarak aldığı kararlarda²⁸, temel kuruluş amacının

²⁵ Bu farklı görüşler için bkz: Rekabet Kurulu Armada Kararı (31.01.2003 tarih ve 25010 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 29.5.2001 tarih ve 01-25/238-61 sayılı Rekabet Kurulu Kararı, Rekabet Kurumu internet sayfası: www.rekabet.gov.tr)

²⁶ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 12 Mart 1999, 1998/7996 E. Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 1999/3. (Bu bilgi Perşembe Konferansları-17 137’nci sayfadaki 15’inci dipnottan alınmıştır.)

²⁷ Yargıtay’ın “Police” kararına ilişkin olarak eleştirel bir yaklaşım için bkz: Perşembe Konferansları-17 (2002), s.137. vd.

²⁸ Rekabet Kurulu Sesa Kararı (06.08.2001 tarih ve 24485 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 11.06.2000 tarih ve 00-44/47257 sayılı Rekabet Kurulu Kararı, Rekabet Kurumu internet sayfası: www.rekabet.gov.tr) ve Armada Kararı (31.01.2003 tarih ve 25010 tarihli Resmi Gazete’de

ruhuna uygun olarak ve Yargıtay'ın görüşü doğrultusunda uluslararası tükenme ilkesini benimsemiş ve bu ilke çerçevesinde paralel ithalata getirilen engellemeleri 4054 Sayılı Kanun kapsamında değerlendirmiştir.

7.2. Politika Önerisi²⁹

Buraya kadar yapılan açıklamalar sonucunda, görülmektedir ki, gerek korumacı gerekse liberal bir tükenme ilkesinin izlenmesi gerektiği konusunda herbiri kendi içinde tutarlı farklı iktisadi gerekçeler mevcuttur. Bu bağlamda belirli bir ülke için hangi prensibin daha uygun olduğunun belirlenmesi son tahlilde bir takım ampirik çalışmaların yapılmasını gerektirebilir. Ancak böyle bir çalışma sonucunda sadece belirli sektörler bakımından bazı istisnaların kabul edilmesi gerektiği sonucu çıkabilir. Diğer yandan eğer tüm sektörleri kapsamaz ve belirli sektörler ile sınırlı kalırsa, böyle bir ampirik çalışmaya bağlı olarak genel bir tükenme ilkesinin kabul edilmesi ülkenin tümü bakımından yararlı olmayabilir.

Genel olarak bakıldığında, paralel ithalat sorununun özünde, bir FMH hukuku sorunu olmaktan ziyade rekabet hukuku ve politikası sorunu olduğu ileri sürülebilir. Özellikle hakkın varlığı ve kullanımı ayırımına gidilmesi ve hakkın sınırlandırılması gerektiği argümanı bu savı desteklemektedir. Paralel ithalat sorununun FMH hukuku çerçevesinde ele alınması çözüm için yeterli değildir. FMH esas olarak korsan ve taklit ürünlerin ithalatı bakımından bir koruma sağlayabilir. Bunun ötesinde tükenme ilkesi çerçevesinde marka hakkı sahibinin bir koruma ve hak talep etmesi kabul edilmemektedir. Bu nedenle, hak sahibine paralel ithalatın engellenmesi imkanını veren korumacı bir tükenme ilkesi kabul etmek hak üzerindeki tekel yetkilerinin uzatılması olarak görülebilir. Bu ise, FMH korumasının arkasında yatan felsefe ile örtüşmemektedir. Başka bir deyişle, bu hakkın varlığı üzerindeki tekel yetkilerinin hakkın kullanımını da kapsayacak şekilde genişletilmesi FMH korumasının toplum adına ortaya koyacağı yararları azaltacağı kabul edilmektedir.

Bu açıklamalar ışığında, paralel ithalata ilişkin olarak izlenecek politika bakımından kesin bir prensip yerine olay bazında müdahale

yayımlanan 29.5.2001 tarih ve 01-25/238-61 sayılı Rekabet Kurulu Kararı, Rekabet Kurumu internet sayfası: www.rekabet.gov.tr)

²⁹ Pınar konuya AB ile olan Gümrük Birliği çerçevesinde bakmaktadır. Bu bağlamda, Türkiye'nin gümrük birliğinde olması nedeniyle, uygulanması gereken ilkenin bölgesel tükenme olması gerektiğini ve bölgenin Türkiye AEA'nı kapsayan alan olduğunu ileri sürmektedir. Bu makale esas olarak iktisadi bir perspektif sunma amacıyla olduğu için Türkiye'nin AB ile olan ilişkileri çerçevesinde hukuki olarak uygulanması gereken tükenme ilkesi konusunda ayrıntılı bir tartışmaya girmek bu makalenin amacını aşmaktadır. Bu konuda Pınar'ın Perşembe Konferansı-17 s.119 ve devamında yer alan görüşleri incelenebilir.

etmekte yarar vardır. Dikkatli incelendiğinde paralel ithalatın lehinde ve aleyhinde ileri sürülen her iki görüşün de kendi içinde tutarlı ve yadsınamaz derecede önemli olduğu görülmektedir. Bu nedenle, gerçekten bir ülkenin bütün sektörleri için tek bir tükenme prensibi uygulanmasını önermek oldukça zordur. Korumacı bir tükenme ilkesi yoğunlaşmış sektörlerde tüketici refahını azaltma riskini barındırırken, liberal bir tükenme ilkesi özellikle markalar arası rekabetin yoğun olduğu sektörler bakımından bedavacılık sorununu gündeme getirecektir.

Güçlü ve uygulama yeteneği olan rekabet kurallarına dayalı bir rekabet politikası bu iki soruna yanıt verebilecek temel mekanizma olarak değerlendirilebilir. Tükenme ilkesi ve buna bağlı olarak paralel ithalatın yasaklanması veya yasaklanmaması aslında bir rekabet sorunudur. Bir başka deyişle, izlenecek olan politikaya bağlı olarak statik bir şekilde tüm mallar için paralel ithalattan kaynaklanabilecek daha fazla markalar arası rekabetin ortaya çıkmasına imkan tanınmakta veya bu engellenmektedir. Ancak statik bir bakış açısı içeren bu yaklaşım özellikle rekabet kurallarının etkin bir şekilde uygulandığı ülkeler bakımından kabul edilebilir değildir. Eğer piyasa ekonomisinin yararlarına inanılıyorsa bu durumda rekabeti kısıtlayıcı suni uygulamalara gitmek yerine, paralel ticaretin lehinde veya aleyhinde ileri sürülebilecek sorunların çözüm mekanizması olarak rekabet kurallarını görmek yanlış olmayacaktır. Bu bağlamda, Türkiye için nasıl bir tükenme ilkesinin takip edileceği konusu izlenecek rekabet politikası ile doğrudan ilgilidir. Bu noktada, Rekabet Kurumu hangi sektör bakımından nasıl bir tükenme rejimi takip edileceğinin belirlenmesi konusunda merkezi bir role sahip olacaktır. Ancak Rekabet Kurumu'nun bu işlevi yerine getirirken sağlıklı sonuçlar doğabilmesi için bir yandan Patent Enstitüsü ve diğer yandan iş çevreleriyle yakın temas içerisinde bulunması önemli bir zorunluluktur.

Diğer yandan, rekabet kurallarının uygulandığı gelişmekte olan bir ülke olarak Türkiye için eğer bir tükenme ilkesi benimsenecekse, Türkiye'nin kendine özgü gerçekleri dikkate alındığında bu uluslararası tükenme ilkesi olmalıdır. Bir yandan Türkiye'nin henüz gelişmekte olan bir ülke olması ve diğer yandan teknoloji ihraç eden değil fakat teknoloji ithal eden bir ülke olduğu hususları dikkate alındığında, uluslararası tükenme rejimi daha mantıklı görülmektedir. Böylelikle ulusal tükenme ilkesinin herhangi bir sektör ayırımına gitmeksizin yarattığı suni ticaret engeli de ortadan kalkmış olur. Diğer yandan bu ilkenin ülkenin tüm sektörleri bakımından sağlıklı bir şekilde işlemesi bakımından rekabet kurallarının uygulanması ile desteklenmesi şarttır. Özellikle, markalar arası rekabetin yoğun olduğu ve bedavacılık sorunun yaşanma

ihtimalinin yüksek olduğu sektörlerde marka hakkına sahip olan teşebbüslerin sözleşmeler yoluyla paralel ithalat üzerine getirdiği sınırlandırmalar, kabul edilebilir ve makul gerekçelerin ileri sürülmesi ile rekabet kurallarının uygulanması dışında tutulabilir. Böylelikle, doğrudan herhangi bir etkinlik gerekçesine dayanmayan ve sadece hak sahibinin FMH üzerindeki tekel yetkilerinin bir uzantısı olarak değerlendirilebilecek olan paralel ithalatın yasaklanmasının önüne, geçilmiş olur. Bu durumda şu kabul edilmelidir ki, hak sahibi olan teşebbüslere rekabet otoritesini inandırmak için önemli bir sorumluluk düşmektedir.

KAYNAKÇA³⁰

1. ABBOTT, F. M. (1997) "First Report (Final) to the Committee on International Trade Law of the International Law Association on the Subject of Parallel Importation"
www.ballchair.org/downdocs/ITLCpara.doc
2. ARI, H. (2003) "AB Rekabet Hukukunda Patent Lisansı Anlaşmalarında Münhasırlık Ve Bölgesel Sınırlamalar" Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:29.
3. ARIKAN, S. (1996) "Fikri-Sınai Haklarda "Hakkın Tüketilmesi Doktrini" Avrupa Birliği ve Türkiye", İktisadi Kalkınma Vakfı Dergisi, Mart-Nisan 1996, Sayı 129, s.33-52
4. ARKAN, S. (1998) *Marka Hukuku* Cilt II. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:533
5. BOCK, C. (2002) "Laissez faire too far? An analysis of united states and European union intellectual property exhaustion regimes and parallel trade restrictions"
www.law.wfu.edu/students/IPLA/2002winter/05.pdf
6. BOZTOSUN, O.A. (2002), "Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü" Perşembe Konferansları-17, Rekabet Kurumu, s.171-239.
7. The European Parallel Importers Coalition (EPIC), (2001) "The Case for re-introducing Global Trademark Exhaustion in EU legislation", Position Paper.
8. EU COMMISSION (2003), Commission Working Paper: Possible Abuses of trade mark rights within the EU in the context of Community Wide exhaustion
9. FINK, C. (1999) "Entering the Jungle of Intellectual Property Rights: Exhaustion and Parallel Imports"
www1.worldbank.org/wbiep/trade/c_papers/fink-parallel.pdf
10. HARRISON, A. M. (2002) "Do Trademarks Operate to the Benefit or Detriment of the Consumer?"
http://www.kent.ac.uk/law/undergraduate/modules/ip/handouts/ip_dissertations/Diss-Harrison.doc

³⁰ İnternet üzerinden elde edilen kaynaklara 16.05-25.06.2003 tarihleri arasında ulaşılmıştır.

11. HARWOOD, S. (1999) "Parallel imports and the exhaustion of rights: the world focus" Tibor Gold.
www.shlegal.com/docs/parallelimports.pdf
12. KAYHAN, F. (2001) "Türk Marka Hukuku Açısından Paralel İthalat ve Marka Hakkının Tükenmesi", Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Cilt:1, Sayı:1
13. KENNY, P ve Patrick McNUTT (1999), "Competition, Parallel Imports&Trademark Exhaustion:Two Wrongs from a Trademark Right" No:8 Irish Competition Authority, Dublin.
www.tca.ie/reports/1999.doc
14. MARTINEZ, F (2001), "Competition Policy And Trips Background Note"
www.ceps.be/Pubs/2001/Trips.pdf
15. MASKUS, K.E. ve LAHOUEL, M. (1999), "Competition Policy and Intellectual Property Rights in Developing Countries: Interests in Unilateral Initiatives and a WTO Agreement" Prepared for the World Bank Global Conference on Developing Countries and the Millenium Round, Geneva, September 20-21.
www.worldbank.org/research/abcde/washington_12/pdf_files/maskus.pdf
16. MASKUS, K.E. ve Yongmin CHEN (2001) "Parallel Imports In A Model of Vertical Distribution: Theory, Evidence, And Policy"
<http://spot.colorado.edu/~maskus/papers/Perpaper-May01.doc>
17. OECD, (2002) "Synthesis Report on Parallel Import" Joint Group on Trade and Competition
[www.oelis.oecd.org/.../43bb6130e5e86e5fc12569fa005d004c/9dc5047a2329c883c1256be400510e2f/\\$FILE/JT00128903.DOC](http://www.oelis.oecd.org/.../43bb6130e5e86e5fc12569fa005d004c/9dc5047a2329c883c1256be400510e2f/$FILE/JT00128903.DOC)
18. O'TOOLE, F. ve Colm TREANOR, (2002) "The European Union's Trade Mark Exhaustion Regime" *World Competition* 25 (3) s.279-302.
19. Perşembe Konferansları-17 (2002) "Fikri Mülkiyet Hakları ve Rekabet Hukuku-Hakkın Tüketilmesi", Rekabet Kurumu, s.105-168.
20. PINAR, H. (2000) Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi-EFTA-Mahkemesi'nin "Maglite", Avrupa Toplulukları Mahkemesi'nin "Silhoutte" ve Yargıtay'ın "Police" kararları çerçevesinde bir inceleme, Prof. Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul 2000, s.855-915.
21. SKOKO, H. "Theory and Practice of Parallel Imports " Charles Stuart University.

[www.athene.mit.csu.edu.au/~hskoko/parallel%20imports/
pimptheory.pdf](http://www.athene.mit.csu.edu.au/~hskoko/parallel%20imports/pimptheory.pdf)

BATMAKTA OLAN BİR TEŞEBBÜSÜN DEVRALINMASI:

Literatür Taraması ve Örnek Olay Çalışması³¹Murat ÇETİNKAYA³²

GİRİŞ

Literatürde birleşmelere³³ yönelik oldukça fazla sayıda çalışma bulunmaktadır. Bununla birlikte, ilk defa 1930'larda Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) kullanılmış olmasına rağmen, ekonomi literatüründe doğrudan doğruya batan³⁴ teşebbüslerin devralınmasını inceleyen çalışmalar oldukça kısıtlıdır.

Batan teşebbüs savunması³⁵ çerçevesinde değerlendirilen bir birleşme işlemi, normal şartlar altında uygulanan bir birleşme kontrolü çerçevesinde yasal olmayacağı düşünülen bir işlemdir. Ancak, batmakta olan bir teşebbüsün devralınması neticesinde elde edilecek belirli etkinlik kazanımları nedeniyle böyle bir birleşmeye, batan teşebbüs değerlendirmesi yapılarak izin verilmektedir. Antitröst politikasının bu yaklaşımına göre, birleşmenin yol açacağı olası anti-rekabetçi etkiler, batmakta olan teşebbüsün piyasadan ayrılmasının yaratacağı olumsuz etkiler göz önüne alındığında, kabul edilebilir görünmektedir. Bu durum bir anlamda Paredes'e (1996) göre bir çeşit "ehven-i şer" yaklaşımıdır.

ABD antitröst politikasında görece daha geniş bir uygulama alanı bulan bu doktrin, Avrupa Birliği (AB) rekabet hukuku ve iktisadi uygulamasında, bir kaç istisna dışında, şu ana kadar detaylı bir şekilde ele alınmamıştır. Bununla beraber, AB birleşme uygulamalarında yer bulan "kurtuluş birleşmesi"³⁶ kavramı, hemen hemen batan teşebbüs savunmasının pratikte uygulandığı şekle yakın bir yaklaşım ve yorum tarzıyla ele alınmıştır. Ancak, birleşmelerde batan teşebbüs

³¹ Bu çalışma Eylül 2002'de Essex Üniversitesi (İngiltere) ekonomi bölümüne sunulan yüksek lisans tezinden derlenmiştir. Ayrıca, bu çalışma, 7 Eylül 2003 tarihinde, ODTÜ Ekonomi Kongresinde sunulmuştur.

³² Rekabet Uzmanı. Bu çalışmadaki görüşler yazara ait olup, Rekabet Kurumunun resmi görüşünü yansıtmaz.

³³ "Birleşme" kavramı birleşme ve devralmaları kapsayacak şekilde kullanılmıştır.

³⁴ "failing firm" kavramı, "batmakta olan teşebbüs" veya "batan teşebbüs" şeklinde tercüme edilmiştir.

³⁵ Bu doktrinin bir "savunma" olarak adlandırılmasının nedeni, bir birleşme olayında şirketlerden birisinin batma riski olduğunun, birleşmeye izin vermekte isteksiz olan bir rekabet otoritesine, tarafların bir savunması şeklinde sunulmasıdır.

³⁶ "rescue merger"

değerlendirmesinin yapılması ile birleşmenin bir şirketi kurtarma amacıyla yapıldığının göz önüne alınarak işlemin değerlendirilmesi arasında, değerlendirmelerde aranan şartlar ve bu iki uygulamanın olası etkileri açısından farklılıklar bulunmaktadır. Dolayısıyla ABD ve AB'nin birleşmelerde batan teşebbüs değerlendirmesine ilişkin önceki tarihli yaklaşım tarzları birbirinden farklılık arz etmektedir.

Bu çerçevede, bu çalışmanın amacı, hem rekabet otoritelerinin uygulamadaki tecrübelerinden hem de daha geniş olarak literatürden faydalanarak, batan bir teşebbüsün yer aldığı birleşmelere yönelik etkin bir birleşme politikasının nasıl olması gerektiği ile ilgili bazı yol gösterici genel kurallara ulaşmaktır. Çalışmada, ulaşılan yol gösterici kurallar, aynı zamanda örnek bir olaya, SEKA'nın özelleştirilmesi işlemine de uygulanmaktadır.

Diğer taraftan, gerek ABD gerekse AB antiröst mevzuatında batan teşebbüs savunmasına yer verilip verilmediğine yönelik hukuki tartışmalar bu çalışmanın kapsamı dışındadır. Bundan başka belirtilmesi gereken bir diğer nokta da şudur; her ne kadar çalışmadaki analizler ve değerlendirmeler yatay birleşmeler göz önüne alınarak yapılmakta ise de çalışma sonunda elde edilen bulgular, varsayımlarda uygun düzenlemelerin yapılması kaydıyla, dikey ve ayırık birleşmelere de uygulanabilir niteliktedir.

Çalışmanın ilk bölümünde ABD, AB ve Türkiye'de birleşme politikasında batan bir teşebbüsü içeren birleşmelere ne şekilde yaklaşıldığı kısaca ele alınmaktadır. Bölüm içinde öncelikle, kabaca antitröst politikasının amaçlarına değinilmektedir. Bu konuya değinilmesinin altında, bir ülkedeki birleşme politikasının genel itibarıyla o ülkedeki rekabet politikasının amaçlarıyla uyumlu olacağı ve bu amaçların da ülkeler arasında önemli farklılıklar gösterebileceği düşüncesi yatmaktadır. Bunun ardından da, belirtilen yerlerde rekabet otoritelerinin batan teşebbüs savunmasına yaklaşım tarzı, belli başlı birleşme davalarından yararlanılarak ele alınmaktadır.

Çalışmanın ikinci kısmı, batan bir teşebbüsün yer aldığı birleşmelere yönelik yapılmış olan çalışmaların detaylı bir incelemesini içermektedir. Bu bölüm, konuyla ilgili önceden yapılmış olan çalışmaların metodlarını ve konuya yönelik temel katkılarını ele almakta, araştırmacıların bütün teorik analizlerini en baştan tekrar etmemektedir. Kısaca, literatür üç alt başlık halinde gözden geçirilmiştir: Teşebbüsün batma durumunun tespiti, batan bir teşebbüsü içeren birleşmelere yönelik politika ve tercih edilen alıcının belirlenmesi. Bu bölümün

sonunda da, yapılan literatür taraması sonucunda, batan bir teşebbüsü içeren birleşmelerin değerlendirilmesine yönelik yol gösterici nitelikte temel prensipler belirlenmektedir.

Çalışmanın son bölümünde ise, bir önceki bölümde elde edilen prensipler çerçevesinde SEKA'nın durumu analiz edilmektedir. Bu analizlerin odak noktası, özelleştirme sürecinde SEKA'nın batan bir firma olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Bu şekilde, bu çalışma ile SEKA'nın özelleştirme sürecinde yapılacak olan antitröst incelemelerine katkıda bulunulması ve politika önerilerine ulaşılması hedeflenmektedir.

1. BİRLEŞME POLİTİKASI ve UYGULAMADA BATAN TEŞEBBÜS SAVUNMASI

1.1. Genel Olarak

Şirketleri birleşmeye teşvik eden farklı faktörler bulunmaktadır. Bir birleşmedeki en temel dürtü, birleşen tarafların birleşme neticesinde elde etmeyi umdukları faydaların birleşmeme neticesinde katlanacakları maliyetlerden daha fazla olmasıdır. Ravenscraft ve Scherer (1987: 3) birleşmelere yol açan 3 temel dürtüden bahsetmektedirler:

- i. Gelecekte piyasa şartlarındaki belirsizlikler nedeniyle, devralınan teşebbüsle ilgili olarak alıcının satıcıdan daha iyimser olması,
- ii. Alıcının, devralınan teşebbüsü satıcıya göre daha etkin bir şekilde işleteceğini düşünmesi,
- iii. Birleşme kârlı bir şekilde sonuçlanmasa dahi, alıcı firma sahiplerinin daha büyük bir şirketi yönetmeden kaynaklanan prestij ve parasal faydalara ulaşmak istemeleri.

Ravenscraft ve Scherer'in belirttiği bu 3 temel dürtüden, özellikle birinci ve ikinci dürtünün batan bir teşebbüsün devralınması işlemi için geçerli olacağı söylenebilir. Tespit edilen bu 3 temel ve genel dürtünün yanı sıra, batan bir teşebbüsü devralmayı düşünen bir başka teşebbüsün yöneticileri aynı zamanda, muhtemelen, şu iki hususu da düşünmektedirler:

- i. Batan teşebbüsün elinde bulunan varlıkları daha etkin kullanmak ve batan firma tarafından elde edilemeyen faydaları sağlamak,
- ii. Fazla kapasitenin sağlayacağı pazar gücünü kullanmak, örneğin, potansiyel girişleri engellemek veya yıkıcı uygulamalar yoluyla mevcut rakipleri zorlamak.

Batan bir teşebbüsü içeren birleşmeler, yalnızca bahsedilen bu ekonomik etkiler göz önüne alınarak değil, aynı zamanda, içerdikleri sosyal etki ve sonuçlar da hesaba katılarak değerlendirilebilir. Bu tip bir birleşmeden yararlanacak en az 3 grup bulunmaktadır: Şirket ortakları, alacaklıları ve çalışanları. Zor durumda olan teşebbüsün birleşmesi sonucunda, bu grupların sağlayacağı faydalar, sırasıyla, yatırımlarını kaybetmemek, verilen borçları geri almak ve işlerini kaybetmemek olacaktır.

Bazı iktisatçılar bu endişelerin sosyal kaygılar olduğunu ve bu nedenle de bir rekabet otoritesi tarafından hesaba katılmaması gerektiğini belirtmektedirler. Shughart ve Tollison (1985: 359) da, bu şekilde, sosyal kayıp argümanının, rekabet otoritelerinin, batan teşebbüslerin kaynaklarını tahsis etme sürecine müdahale etmesi için meşru bir ekonomik neden olmadığını, çünkü bu sosyal grupların zaten, batan bir şirketten kaynaklanan maliyetleri içselleştirdiklerini ifade etmektedir.

Rekabet otoriteleri tarafından bir birleşme işlemi değerlendirilirken, genellikle, söz konusu birleşme sonucunda ilgili pazarlarda anti-rekabetçi bir olumsuzluğun yaratılıp yaratılmayacağına bakılmaktadır. Neticede böyle bir olumsuzluğun ortaya çıkma olasılığı kuvvetli ise, birleşmeye izin verilmemektedir. Kısaca, birleşmeler birleşme öncesi (ex-ante) ve birleşme sonrası (ex-post), pazar payları, yoğunlaşma oranı, giriş engelleri gibi ve bunlarla sınırlı olmayan diğer pazar koşulları karşılaştırılarak analiz edilirler.

Birleşme sonucunda sağlanacak olan etkinlikleri hesaba katarken de, birleşmenin getiri/maliyet dengesine bakılmaktadır.³⁷ Temelde, eğer bir birleşmenin sağlayacağı faydalar, o birleşmeden kaynaklanan maliyetlerden fazla ise, bu birleşmenin etkinlik doğurucu olduğu kabul edilir. Bundan dolayı da, rekabet otoriteleri tarafından böyle bir birleşme işlemine izin verilmektedir.

Bununla birlikte, ülkeler birleşmeleri kontrol ederken farklı mülahazalar taşımaktadır. Bu farklılıklar çoğunlukla, bu ülkelerdeki rekabet politikalarının amaçlarındaki farklılıklardan kaynaklanmaktadır. Aynı şekilde, bir birleşme incelemesinde batan teşebbüs savunmasının hesaba katılması da o ülkedeki rekabet politikasının amacıyla yakından ilgilidir. Örneğin, ABD'de rekabet kurallarının ana amacı etkin bir ekonomik yapı sağlamak iken, AB'de rekabet kurallarının en önemli

³⁷ Birleşmelerin ekonomik getiri ve maliyetleri için bkz. Williamson (1968).

amacı uygun bir şekilde işleyen bir birlik oluşturmak yani ekonomik bütünleşmeyi sağlamaktır.³⁸

Bu çerçevede, çalışmanın daha sonraki bölümlerinde kullanmak üzere, izleyen alt başlıklarda kısaca ABD’de, AB’de ve Türkiye’de batan teşebbüs savunmasının nasıl değerlendirildiğine bakılacaktır.

1.2. ABD Deneyimi

ABD’nin birleşmelere yönelik politikasını öğrenmek için Yatay Birleşme Rehberi’ne³⁹ (Birleşme Rehberi veya Rehber) bakılabilir. Rehberin 1.0 bölümüne göre;

“Şayet bir birleşme düzgün bir şekilde tanımlanmış ve ölçülmüş bir pazarda yoğunlaşmayı önemli miktarda artırmıyorsa ve yoğunlaşmış bir pazara yol açmıyorsa, bu birleşmenin pazar gücü oluşturması, [mevcut bir pazar gücünü] artırması veya bu pazar gücünün kullanılmasını kolaylaştırması olası değildir. Yoğunlaşmayı önemli oranda artırmayan ya da yoğunlaşmış bir pazara yol açmayan birleşmeler için çoğunlukla daha detaylı bir analize gerek yoktur.”

Yine Rehberde göre, pazar yapısı analiz edilirken, pazardaki yoğunlaşma oranını ölçmek için Herfindahl-Hirschman Endeksi (HHI) kullanılmaktadır.⁴⁰ HHI, 10000’e (bir tekelin pazar payının -100’ün- karesi) ne kadar yakınsa pazarın o derece yoğun olduğu kabul edilir. Aynı zamanda, birleşme sonrası HHI ve HHI’daki değişim miktarları için de Rehberde belli eşikler belirlenmiştir.⁴¹

ABD’de birleşme kontrolüne yönelik olan Rehberde batan teşebbüs savunması açıkça yer almaktadır. Bu savunma ABD’de mutlak bir savunma şeklinde uygulanmaktadır. Yani, birleşmeyi gerçekleştiren

³⁸ Komuyla ilgili daha ayrıntılı tartışmalar için bkz. Bouterse (1994), Kauper (2000) ve Wesseling (2000).

³⁹ 1992 Horizontal Merger Guidelines of the U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission (1997’de revize edilmiştir.)

⁴⁰ HHI, bir pazarda yer alan bütün firmaların pazar paylarının karelerinin toplanması suretiyle bulunur. Bir birleşme işleminde, birleşme öncesi varolan ve birleşme sonrası oluşacak HHI hesaplanır. Birleşme sonrasında oluşacak yapıya ait HHI ile HHI’daki değişime göre birleşmenin olası etkileri değerlendirilir. Örneğin; pazarda n tane firma olduğu kabul edilsin. S_i^b ve S_i^a , sırasıyla birleşme öncesi ve birleşme sonrası pazar paylarını gösterebilir. Bu durumda HHI’daki

değişim, $\Delta HHI = \sum_{i=1}^n (S_i^a)^2 - \sum_{i=1}^{n-1} (S_i^b)^2$ formülü ile bulunabilir.

⁴¹ ABD’de birleşmelere yönelik antitröst politikasının genel bir analizi için bkz. Scherer ve Ross (1990: 174-194)

teşebbüslerin rekabet otoritesine bu savunmayı kabul ettirebilmeleri için belirlenmiş katı koşullar bulunmaktadır.⁴² Rehberin 5.1 numaralı bölümüne göre bu savunmanın rekabet otoritesi tarafından uygun bulunması için aşağıdaki dört şartın sağlanması gerekmektedir:

- i. Batmakta olduğu iddia edilen teşebbüs, yakın gelecekte, mali yükümlülüklerini karşılayamayacak durumda olmalı,
- ii. İflas Yasasınının 11'inci bölümüne göre söz konusu teşebbüs başarılı bir şekilde yeniden yapılanamayacak olmalı,
- iii. Batmakta olan teşebbüs, elindeki maddi ve maddi olmayan varlıkların ilgili pazarda kalmasını sağlayacak ve mevcut birleşmeyle karşılaştırıldığında rekabete olumsuz etkileri daha az olacak nitelikteki alternatif teklifleri tüm çabalara rağmen olumlu bir şekilde sonuçlandıramamış olmalı,
- iv. Devralma işlemi gerçekleşmez ise batan teşebbüsün varlıkları ilgili pazarın dışına çıkmalı.

ABD'de bu şekilde katı kurallara bağlanan batan teşebbüs savunması ilk kez *International Shoe vs. US* (1930) davasında kullanılmıştır. Bu kavram daha sonra *Citizens Publishing Co. vs. US* (1969) ve 1974'teki *General Dynamics* davaları ile daha da geliştirilmiştir.

1.3. AB Deneyimi

Bu noktada, AB'deki birleşme politikasına da kısaca değinmekte fayda bulunmaktadır. AB'de de birleşmelerin kontrolü 4064/89 sayılı Tüzük (1310/97 sayılı Tüzük ile değişik) çerçevesinde yapılmaktadır.⁴³ Tüzüğün 2 (2)'nci maddesine göre:

“Ortak Pazar'da veya Ortak Pazar'ın önemli bir kısmında rekabetin önemli bir şekilde engellenmesine neden olacak biçimde bir hakim durum yaratılması veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesine yol açmayan bir yoğunlaşma”

işleminin Ortak Pazar ile uyumlu olduğu kabul edilmektedir.

⁴² Özellikle ABD'deki hukuksal yazında batan teşebbüs savunmasının mutlak bir savunma mı olması, yoksa bir “rule of reason” analizinin mi yapılması gerektiği konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Bu çalışmada, çalışmanın amacını aştığı için böyle bir tartışmaya yer verilmemektedir.

⁴³ Council Regulation, No: 4064/89, 1989 ve Council Regulation No: 1310/97, 1997.

Tüzüğe göre herhangi bir yoğunlaşma işleminin olası etkileri değerlendirilirken diğer unsurların yanı sıra, fiili ve potansiyel girişler, arz ve talep koşulları ve alıcı gücü gibi pazarın genel yapısını gösteren hususlar da dikkate alınmaktadır. Aynı zamanda, hakim durum yaratılması veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesi ile birleşme arasında da bir sebep-sonuç ilişkisi bulunmalıdır. Diğer bir deyişle, hakim durumdaki değişiklik yoğunlaşma sonucunda ortaya çıkmalıdır.

Bunların yanı sıra, ABD'deki Rehberin tersine, AB Tüzüğünde batan teşebbüs savunması açıkça yer almamaktadır. Yine de, Monti ve Rouseva'nın (1999: 38) da belirttiği gibi, Tüzük metninde yer almamasına rağmen Komisyon, Birleşme Tüzüğüne yönelik olarak çıkarmış olduğu Yeşil Kitapta batan teşebbüs savunmasından bahsetmektedir.⁴⁴

Ancak, durum böyle olsa da, AB'de batan teşebbüs savunmasının yer aldığı birleşme kararlarına nadiren rastlanmaktadır. Komisyon'un batan teşebbüs değerlendirmesi yaptığı birleşme davalarından en önemlilerinden birisi *Kali and Salz/MdK/Treuhand* (Kali&Salz)'dir.⁴⁵ Bu davada Komisyon batan teşebbüs kavramı yerine kurtuluş birleşmesi kavramını kullanmayı tercih etmiştir.

Söz konusu davada Komisyon, batan bir teşebbüsün yer aldığı bir birleşmenin olumsuz etkilerinin olmaması için 3 koşulun var olması gerektiğini belirtmiştir. Bu koşullar şunlardır:

- i. Devralınan teşebbüs, başka bir teşebbüs tarafından satın alınmadığı takdirde, yakın bir gelecekte pazar dışına çıkacak olmalıdır.
- ii. Rekabete daha az zararlı alternatif bir devir şansı olmamalıdır.
- iii. Eğer pazarı terketmiş olsaydı, devredilen teşebbüsün pazar payı devralan teşebbüse geçecek olmalıdır.

Kali&Salz davasında, AB otoriteleri hakim durum ile birleşme arasındaki sebep-sonuç ilişkisi üzerinde durmuştur. Eğer birleşme olmadan da devralan teşebbüs pazarda hakim duruma gelecek veya hakim durumunu güçlendirecekse, bu birleşme ile hakim durum arasında tam bir nedensellik ilişkisinin bulunmadığı kabul edilmektedir. Bu bakış açısıyla, Komisyon, birleşme olmasa bile Kali&Salz'ın ilgili pazarda bir monopol olacağını göz önünde bulundurarak birleşmeye izin vermiştir.

⁴⁴ *Green Paper on the review of the Merger Regulation, 1996.*

⁴⁵ *Official Journal, L186/38, 1994.*

Diğer yandan, yeni sayılabilecek bir birleşme kararı ile Komisyon, ABD'deki yaklaşıma benzer bir politika izlemiş ve yukarıda sayılan üçüncü koşulu şu şekilde değiştirmiştir:⁴⁶

- Eğer başka bir teşebbüs tarafından satın alınmazsa, devredilecek varlıklar ilgili pazarı kaçınılmaz olarak terkedecek olmalıdır.

1.4. Türkiye Deneyimi

ABD ve AB ile karşılaştırıldığında oldukça yeni sayılabilecek bir rekabet kültürüne sahip olan Türkiye'de birleşme ve devralmaların kontrolüne ilişkin en temel yasal düzenleme, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 7'nci maddesidir. AB'deki düzenlemeye oldukça benzeyen sözkonusu maddeye göre:

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

Yine AB'deki uygulamayla paralellik arzedecek şekilde Rekabet Kurumu tarafından yayımlanan 1997/1 sayılı Rekabet Kurumu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'de de batan teşebbüs değerlendirmesine yer verilmemiştir. Bununla birlikte, izin verilen bir birleşme dosyasında⁴⁷, Rekabet Kurulu, değerlendirmelerinde batan teşebbüs doktrininden açıkça bahsederek, devralınan teşebbüsün yakın bir gelecekte iflas edebilecek bir durumda bulunduğuna yer vermiştir. Uzel Holding A.Ş.'nin Efe Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş.'yi devralmasının incelendiği dosyada, Kurul bu işlemi değerlendirirken aşağıdaki ifadeleri kullanmıştır:

“Devralma işlemi neticesinde yaprak yay pazarında %... pazar payı olan Uzel Holding'in %... pazar payına sahip bir firmayı devralarak pazar payını arttıracığı düşünülse de, pazara girişin ve ithalatın çok kolay olduğu, dolayısıyla potansiyel rekabetin yoğun olduğu, firmaların müşterilerinden bağımsız hareket edemediği bir pazarda hakim

⁴⁶ Komisyon Kararı, 11.07.2001, Case COMP/M.2314 (BASF/Eurodiol/Pantochim), paragraf 142.

⁴⁷ Rekabet Kurulu'nun 05.03.2002 tarihli ve 24686 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, 20.07.2000 tarih ve 00-27/294-164 sayılı kararı.

durumun varlığından söz etmek zor olacaktır. **Bütün bunların ötesinde Efe Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş.’nin yakın bir gelecekte iflas edebilecek durumda olması, söz konusu teşebbüsün durumunun, rekabet hukukunun sosyal boyutunu ortaya koyan ve literatürde “batan teşebbüsün savunulması” şeklinde ifade eden düşünce çerçevesinde değerlendirilmesini gerektirmektedir. Buna göre, devralma işlemine izin verilmesi dahi Efe Otomotiv Sanayi ve Ticaret A.Ş.’nin sahip olduğu pazar payının Uzel Holding’e kayabileceği, bu devralma işlemi neticesinde atıl duruma düşebilecek hem makina hem de işgücünün atıl vaziyette kalmadan ve pazar dışına çıkmadan, pazar içinde değerlendirileceği, ayrıca rekabeti daha az kısıtlayabilecek başka bir alıcının varolmadığı gibi hususlar da değerlendirmede dikkate alınarak anılan devir işlemine izin verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.”⁴⁸**

Türkiye’de birleşmelerin kontrolünde batan teşebbüs savunmasının dikkate alınacağı ile ilgili olarak doğrudan bir yasal hüküm bulunmamasıyla birlikte, Rekabet Kurulu’nun yukarıdaki gibi bir değerlendirme yapmasını engelleyecek açık bir düzenleme de mevzuatta yer almamaktadır. Aynı zamanda, karardan alınan yukarıdaki cümlelere dikkat edildiğinde, Rekabet Kurulu’nun, batan teşebbüs doktrinini, AB makamlarının uyguladığı tarzda ele aldığını söylemek de yanlış olmayacaktır.

2. BATAN BİR TEŞEBBÜSÜN DEVRALINMASIYLA İLGİLİ LİTERATÜR

Bu bölümde, öncelikle, konuyla ilgili yapılmış olan çalışmalar genel bir şekilde sınıflandırılacak, ardından da bu çalışmalardaki argümanlardan ve sonuçlardan hareketle batan bir teşebbüsü içeren birleşmelerin analizi için uygulanabilir standartlar tespit edilmeye çalışılacaktır.

2.1. Genel olarak

İktisadi literatürde birleşmelere yönelik bir çok çalışma bulunmasına rağmen, bu çalışmalar içinde birleşmelerde batan teşebbüs analizine pek fazla değinilmemiştir. Bu konudaki araştırmalar iki gruba ayrılabilir:

- i. Özellikle ABD Birleşme Rehberindeki yaklaşımı inceleyen çalışmalar,

⁴⁸ *Vurgu yazara aittir.*

- ii. Genel olarak, batan teşebbüs değerlendirmesinin refah etkilerini analiz eden çalışmalar.

Campbell (1984), Shughart ve Tollison (1985), McChesney (1985), Friedman (1986), Kwoka ve Boulton (1986) ve Paredes'in (1996) çalışmaları birinci grupta yer almaktadır. Bu yazarlar çalışmalarında özellikle ABD'deki uygulamayı ve Birleşme Rehberinde sınırları çizilen çerçeveyi değerlendirmişler, mahkemelerin ve Rehberin batan teşebbüs savunmasına yaklaşımlarını sorgulamışlardır.

Persson'un (1998) ve Mason ve Weeds'in (2002) yeni sayılabilecek çalışmaları ise ikinci grupta yer almaktadır. Friedman da, makalesinde batan bir teşebbüsün devralınmasına izin verilmesinin veya verilmemesinin refah üzerindeki etkilerine değindiği için, bu gruba dahil edilebilir. Bu grupta sayılabilecek diğer bir çalışma ise Ghosh (2002) tarafından yapılmıştır. Ghosh, makalesinde batan teşebbüs savunmasını, farklı bir bakış açısıyla değerlendirmiş, bir firmanın pazara giriş ve çıkış kararlarını gerçek seçimler teorisini kullanarak incelemiştir.

İlk gruptaki çalışmalar, özel olarak ABD yaklaşımının eleştirisi üzerine kurulmuş olsa da, bu çalışmalardan da rekabet politikası açısından batan bir teşebbüsü içeren birleşmelerin etkin bir şekilde değerlendirilmesine yönelik yol gösterici nitelikte temel prensipler çıkarmak mümkündür. Örneğin, Campbell'in (1984) çalışmasında, temel iktisat teorileri kullanılarak, batan teşebbüs savunmasının ekonomik etkinliği artırıp artırmadığı incelenmiştir. Campbell, analizlerinde genel olarak, batan teşebbüse ait varlıkların ilgili pazardan ayrılmasının yaratacağı etkinlik kaybı ile bu teşebbüsün hakim durumdaki bir firma tarafından devralınmasının yaratacağı ekonomik etkileri karşılaştırmaktadır.

Bu grupta yer alan Paredes (1996) ise batan teşebbüs savunmasının, ABD antitröst uygulamasında, *rule of reason* doktrini çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini araştırmaktadır. Campbell'in esnek yaklaşımının aksine Paredes, hakim durumda bulunan bir firmanın rekabeti bozabilecek nitelikteki olası davranışlarından kaynaklanan endişeleri hep aklının bir köşesinde tutarak, her davanın, kendine özgü şartları göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi gerektiği yönünde bir düşünceye sahiptir. Ona göre, batan teşebbüsün hakim durumdaki bir firma tarafından devralınmasına ancak ve ancak bu devir sonucunda ortaya çıkabilecek zararların, batan teşebbüsün ilgili pazardan ayrılması sonucunda ortaya çıkabilecek kayıplardan daha az olması durumunda izin verilmelidir. Bununla birlikte,

genel antitröst kaygıların yanısıra, Paredes batan bir teşebbüsü içeren birleşmelerin yaratacağı olumlu ve olumsuz etkilerin nasıl değerlendirileceğine yönelik, daha kullanışlı olabilecek alternatif bir yöntem önermemektedir.

İkinci grupta yer alan Ghosh'un (2002) makalesindeki temel nokta ise endüstriye veya firmaya özgü gerileme (batma) dönemlerinde uygulanacak olan rekabet kurallarının esnetilmesidir. Yazar makalesindeki kurgusunu gerçek seçimler teorisi üzerine yapmaktadır. Yazar bu teoriyi, belirsizlik kısıtı altında bulunan bir firmanın yatırım kararlarını analiz etmek için kullanmakta, özellikle de bu teoriyi kullanarak bir endüstrideki giriş ve çıkış eşiklerini saptamaya çalışmaktadır. Ghosh, daha önceden bu konuyla ilgili yapılmış olan çalışmaların bir çoğunu -bu çalışmalarda izlenen neoklasik bakış açısı nedeniyle- bu bakış açısı bir firmanın pazara giriş ve pazardan çıkış kararlarında belirsizlikleri gözardı ettiği için eleştirmektedir.

Konuya önemli katkıları olan bir çalışma sunan Persson (1998) esas olarak batan teşebbüse ait varlıkların satılmasının yaratacağı etkinlikleri incelemekte, ulaştığı sonuçlar yardımıyla da ABD uygulaması ile AB uygulamasının olası refah etkilerini karşılaştırmaktadır. Persson, kurduğu modelde oligopolistik "içsel değerlemeli" bir ihale yöntemini uygulamaktadır. Bu modele göre, bir firmanın batan bir teşebbüsün varlıklarına ödemek istediği miktar diğer alıcıların özelliklerine bağlıdır. Persson, Friedman'dan sonra batan teşebbüs savunmasını oligopolistik bir pazar yapısı çerçevesinde inceleyen ilk araştırmacıdır. Daha önceki çalışmalardaki ekonomik modellerin hepsi tam rekabet piyasası göz önüne alınarak düzenlenmiştir. Ancak gerçek dünyada bu çalışmalarda belirtilen tam rekabet koşullarını görmek hemen hemen imkansızdır. Öte yandan, gerçekte, piyasalar genellikle aksak rekabet özelliklerine, yaygın olarak da oligopolistik bir yapıya sahiptir. Bu nedendir ki, daha önceden yapılmış olan çalışmaların batan teşebbüs savunmasına yönelik etkin bir birleşme politikası önermedeki başarıları zayıftır.

Bunun yanısıra, Persson'un da çalışmasında belirttiği gibi, önceki çalışmalar batan teşebbüse ait varlıkların nasıl satıldığı ile ilgilenmemektedirler. Halbuki, batan teşebbüsü devralacak firmanın kimliği bu varlıkların hangi yöntemle satıldığı ile sıkı bir şekilde ilişkilidir (Persson, 1998: 4). Bu nedenle, Persson çalışmasında farklı ihale (satış) yöntemlerini de incelemekte, bunların refah üzerinde ne gibi etkilerinin olacağını da analiz etmektedir. Elde ettiği bulgularla da, ABD'deki ve AB'deki yaklaşımları, bu iki yaklaşımdan hangisinde batan teşebbüsü

satın alan firmanın toplumsal olarak tercih edilen firma olduğu yönüyle karşılaştırmaktadır.

Yine ikinci grupta yer alan ve konuyla ilgili yeni sayılabilecek bir diğer çalışma da Mason ve Weeds (2002) tarafından yapılmıştır. Mason ve Weeds'in çalışmalarındaki yöntem, modellerini belirsizliği hesaba katarak dinamik bir kurgu üzerine inşa ettikleri için, Ghosh'un, gerçek seçimler teorisine dayalı analizlerini anımsatmaktadır. Ancak, Ghosh'tan farklı olarak Mason ve Weeds konuya daha geniş bir perspektiften yaklaşmış ve optimal bir birleşme politikasının nasıl olması gerektiği sorusuna da yanıt aramışlardır. Yazarlar diğer araştırmacılardan farklı olarak, rekabet kuralları içerisinde batan teşebbüs savunmasının yer almasının pazar dışında bulunan bir firmanın ilgili pazara girme kararı üzerindeki etkilerini incelemişlerdir. Bu savunmanın pazara giriş için bir dürtü olabileceği hususu daha önceki çalışmalarda da sözel olarak dile getirilmiştir. Örneğin, batan bir teşebbüsün piyasada bulunan bir rakip tarafından devralınmasının, iflas etmenin (yani batmanın) maliyetlerini düşüreceği ifade edilmiştir. Bu bağlamda, birleşmelerin kontrolünde böyle bir mekanizmanın yer almasının potansiyel girişlere yönelik yatırım riskini azaltacağı ve böylece rekabeti teşvik edeceği ileri sürülmüştür.⁴⁹

Mason ve Weeds'in modellerine göre, pazara girmek isteyen bir firma aynı zamanda o pazarı terketmenin kolaylığı ve zorluğunu da göz önünde bulundurur. Yazarlara göre, finansal yönden sıkıntılı olan dönemlerde bir firmanın pazarı terketmesini kolaylaştıracağı için batan teşebbüs savunması, o pazara girişleri teşvik etmek için bir araç olarak kullanılabilir. Böylece, genel olarak refah artışı sağlanmış olur. Mason ve Weeds'in çalışmalarındaki en genel sonuç şudur: Birleşmeler, daha yoğun bir pazar yapısına yol açarak refah kaybını⁵⁰ artırır ve tüketici fazlasını düşürürler. Diğer yandan ise finansal olarak sıkıntılı olan dönemlerde firmaların birleşmesi yoğunlaşmayı ve refah kaybını azaltır.

2.2.1. Batma Durumunun Tespiti

Yurtdışındaki yasal düzenlemelerde, rekabet otoriteleri ve mahkemelerin kararlarında batan teşebbüs savunmasına ilişkin belirli koşullar kabul edilmesine karşılık, konuyla ilgili akademik çalışmalar hangi durumda olan bir firmanın batan bir firma olarak kabul edilmesi gerektiğine yönelik daha esnek bir politika izlenmesi taraftarıdır. Yapılan çalışmalarda, daha esnek bir politika izlenmesi durumunda, mevcut uygulamaya göre daha etkin sonuçlara ulaşılabileceği tespit

⁴⁹ Bkz. Paredes (1996, dipnot 37).

⁵⁰ Bu kayba "dara kaybı" da denilmektedir.

edilmiştir. Örneğin, Kanada'da bir firmanın batmakta olup olmadığının belirlenmesinde firmanın muhasebe kayıtlarına göre iflas edip etmediğine bakılırken, Norveç'te hemen hemen batmakta olan bir teşebbüsün gelecekte önemli bir rakip olamayacağı kabulünden hareket edilir (OECD, 1996: 5). Bu iki yaklaşım benzermiş gibi görünse de, aslında ikisi arasında bir fark bulunmaktadır. O da şudur: Rakipleri üzerinde herhangi bir rekabetçi baskı oluşturamayan hemen hemen batmakta olan bir firma henüz finansal yönden gücünü kaybetmemiş olabilir.

Birinci bölümde de bahsedildiği gibi, ABD'de bu savunmanın hesaba katılabilmesi için, işletmenin faaliyetlerini yürütemeyeceğine yönelik oldukça kuvvetli bir kanaat olmalıdır. Bu katı koşula karşılık, Monti ve Rousseva (1999: 40), daha esnek bir yaklaşım önermektedirler. Bu yazarlar, batma halinin tespiti için aşağıdaki koşulları yeterli görmektedirler. Ancak, sayılan bu durumların sürekliliği de ekonomik ve finansal analizlerle tespit edilmelidir. Bu koşullar şunlardır:

- i. Teşebbüsün, üretim maliyetleri satış hasılatından fazla olmalı, ya da,
- ii. Diğer firmalar yenilikler yaparken, söz konusu teşebbüs [onlarla rekabet edebilecek şekilde] bu yeniliklere ayak uyduramamalı, ya da,
- iii. Eldeki varlıkların pazardan ayrılma riski olmalı.

Yazarlara göre, sayılan bu üç husustan bir tanesi önemli sayılabilecek bir zaman süresince devam ediyorsa, teşebbüsün batmakta olduğu kabul edilir. Bu görüşler çerçevesinde, bir firma iflas sürecine girmeden de batan bir teşebbüs olarak kabul edilebilecektir. Bu nedenle, batan bir firmanın elindeki varlıkların ilgili pazarda en uygun şekilde değerlendirilebilmesi için böyle esnek bir yaklaşım uygun olacaktır.

Böyle bir yaklaşımın yanısıra, batan teşebbüs savunmasında en önemli husus söz konusu teşebbüse ait varlıkların pazar dışına çıkmaması olduğuna göre, bu teşebbüsün pazarı terketme kararının bağlı olduğu unsurların da incelenmesi gereklidir. Bu noktada Ghosh'un (2002) gerçek seçimler teorisine dayanan analizleri yardımcı olabilir. Bir firma batma sürecine girmiş olsa bile, sıkıntılı durumunun düzeleceği beklentisiyle, pazardan ayrılmayı düşünmüyor olabilir. Dolayısıyla, batan teşebbüsün geleceğe yönelik beklentilerini hesaba katarak, teşebbüsün gerçekten pazarı terkedip terketmeyeceği tespit edilebilir.

Ghosh'un ifadeleri doğrultusunda, neoklasik yaklaşıma göre, kısa dönemde, bir firmanın endüstriden ayrılma kararının, piyasa fiyatı (F) ile firmanın ortalama değişken maliyetinin (ODM) karşılaştırılmasına bağlı

olduğu söylenebilir. Buna göre, neoklasik yaklaşımda, batan bir teşebbüsün izleyeceği strateji (S_{bt}) şu şekilde olacaktır:

$$(1) \quad S_{bt} = \begin{cases} \text{terket} & \Leftarrow F < ODM + x \\ \text{terketme} & \Leftarrow F \geq ODM + x \end{cases}$$

Burada S_{bt} batan teşebbüsün stratejisini, F piyasa fiyatını, ODM ortalama değişken maliyeti ve x de ortalama değişken maliyette bir artışı göstermektedir.

Neoklasik modele uyumlu bu yaklaşımın aksine, gerçek seçimler yaklaşımında, eğer pazarda bir belirsizlik varsa beklemenin de bir maliyeti olacaktır. Dolayısıyla, neoklasik teorinin fiyat seviyesi ve maliyet karşılaştırmasının yanısıra, bir de, gelecekte olması beklenen fiyat seviyesi ile maliyetler de firmanın pazardan ayrılma kararında önemli bir etken olacaktır. Bu durumda, r iskonto oranını, q gelecek dönemde daha büyük bir sıkıntının yaşanma olasılığını, $(1-q)$ düzelme (sıkıntılardan ortadan kalkma) olasılığını göstermek üzere, firmanın pazarı terketme kararı şu formülle gösterilebilir (Ghosh, 2002: 14):

$$F = ODM + x * \frac{r}{r + (1 - q)} \quad (2)$$

Burada, batan teşebbüsün piyasayı terketme kararı, ortalama değişken maliyete ve beklenen maliyetin iskonto edilmiş büyüklüğüne bağlıdır. Buna göre, bir firma, eğer firmanın gelecekte olmasını beklediği fiyat yeteri kadar yüksekse, endüstriden ayrılmayabilir. Böyle bir durumda da, şayet pazarı terketmeyi düşünmüyorsa, zor durumda olduğu ileri sürülen firmanın, batan bir teşebbüs olarak kabul edilmeyeceği düşünülebilir. Bu çerçevede de söz konusu firmanın devralınmasında normal bir birleşme değerlendirmesi yapılması uygun olacaktır.

Ghosh'un (2002: 4) ifadeleriyle, gelecekte güzel zamanların geleceğini düşünmenin ve beklemenin bir değeri olduğu gibi, eğer beklenen bu güzel zamanların gelmesi çok uzun sürerse, beklemenin de bir maliyeti vardır. İşte, Ghosh'a göre, neoklasik model oldukça önemli olan bu fayda ve maliyetleri hesaba katmamaktadır. Bu çerçevede, belli bir anda ODM mevcut fiyat seviyesinden yüksek olsa da, batmakta olan bir teşebbüs hala ilgili pazarda kalmaya devam edebilir.

Kısaca Ghosh, araştırmasının sonucunda, batan bir teşebbüsü içeren bir birleşmenin etkinlik etkileri üzerine odaklanan geleneksel analizlerin olayı anlamak için uygun ve yararlı olmadığını düşünmektedir. Buna alternatif olarak da yukarıda belirtildiği gibi Ghosh (2002: 9) batan bir teşebbüsün piyasadan çıkmasına ve devredilmesine yönelik dürtülerin gerçek seçimler teorisi ile anlaşılabilirliğini ileri sürmektedir. Ancak, bu noktada şunu da belirtmek gerekmektedir; bir firmanın geleceğe dönük beklentilerini hesaba katmak, bu beklentileri, ana hatları yukarıda belirtilen modele yerleştirmek her zaman o kadar da kolay olmayabilir. Bu nedenle, her ne kadar Ghosh'un argümanları mantıklı da olsa, önerilen yaklaşımı, kesin çözümler sunacak şekilde pratikte her zaman uygulamak mümkün görünmemektedir.

Dolayısıyla, bu argümanlar göz önüne alındığında, bir firmanın batmakta olup olmadığını tespit etmenin en uygun yolu, o firmanın ilgili pazardaki rekabetçi durumunu incelemek olacaktır. Bu yapılırken de rekabet otoriteleri, makul bir süreyi göz önünde bulundurarak, o firmaya ait kâr/zarar durumu, firmanın satışları ve pazar payındaki düşüşler, pazarın büyüklüğü ve gelişme trendi, firma tarafından gerekli yatırımların yapılıp yapılamayacağı gibi finansal ve ekonomik faktörleri göz önünde bulundurulabilirler. Bu ve benzeri unsurların bir bütün olarak değerlendirilmesi, söz konusu teşebbüsün gerçekten batmakta olup olmadığı hakkında doğru bilgiler sunabilecektir.

2.2.2. Batan Bir Teşebbüsün Yer Aldığı Birleşmelerin İncelenmesi ve Etkinlik

Batan bir teşebbüsün devredilmesi normal bir birleşme olayına göre farklı özelliklere sahiptir. Bu ikisi arasındaki en önemli fark, birleşme gerçekleşmezse batan teşebbüsün elinde bulunan varlıkların (aktiflerin) yakın bir gelecekte pazar dışına çıkma olasılığıdır. Bu nedenle normal bir birleşme değerlendirmesi yapmak bu gibi durumlarda etkinliği artırıcı olmayabilir.

Ancak, belirtmek gerekir ki; bir firmanın batıyor olması, bu firmanın rekabeti bozacak şekilde devredilmesine izin vermek için yeterli

bir şart değildir. Asıl önemli olan ve üzerinde durulması gereken nokta, batan teşebbüsün elinde bulunan varlıkların piyasa dışına çıkması hususudur. Bu noktadan hareketle, anti-rekabetçi sonuçlara yol açabilecek olan bir birleşmeye, batan teşebbüsün sahip olduğu varlıkların piyasa dışına çıkmasını önlemek için izin verilebilir.

Bu konuyla ilgili olan önemli diğer bir husus ise batan teşebbüse ait varlıkların piyasa dışına çıkması ile ilgili pazardaki arz miktarının düşeceği ve bunun da mevcut fiyat seviyesi ve kalite düzeyini olumsuz yönde etkileyeceği endişesidir.

O halde, batan bir teşebbüsün yer aldığı bir birleşmenin analiz edilmesinde iki önemli konu karşımıza çıkmaktadır: Batan teşebbüsün (yani bu teşebbüse ait varlıkların) ilgili pazarı terketmesi riski ve bu durumun pazarda yaratabileceği olumsuz etkiler. Şimdi bu iki konuda literatürde ileri sürülen düşünceleri irdeleyelim.

Monti ve Rousseva (1999: 38) batan teşebbüslerin devrinin kendine özgü şartlar dahilinde incelenmesini önermektedirler. Bunun gerekçesi olarak da iki ana neden ileri sürmektedirler. Bu yazarlara göre, öncelikle, bu tip birleşmeler etkindirler. İkinci olarak da, bu birleşmeler kendilerine özgü ekonomik ve sosyal faydalar sağlarlar. Bu nedenle, bu yazarlara göre, şayet bir birleşme bir firmanın pazar dışına çıkmasının bir alternatifi ise, bu birleşmenin ilgili pazar üzerinde olumlu etkileri olabilir.

Bunların yanısıra, batan bir teşebbüsün devredilmesinin genel refahı 3 yolla artırabileceği de ileri sürülmektedir (OECD, 1996: 18):

- Bu tip birleşmeler var olan kapasiteyi artırır.
- Söz konusu artan bu kapasite toplumsal olarak daha değerli bir şekilde kullanılır.
- Aynı zamanda bazı sosyal menfaatler de korunur (işler, ortaklık payları gibi).

Eğer, batan bir teşebbüsün devredilmesi neticesinde bu tip etkinlik kazanımları sağlanacaksa ya da böyle bir birleşme, batan firmanın varlıklarının piyasayı terketmesine nazaran daha rekabetçi bir yapı ortaya çıkaracaksa, birleşmelerin kontrolüne uygulanan normal kurallar yerine daha esnek kurallar uygulanmalıdır.

Bu tip birleşmelerin neden farklı bir şekilde değerlendirilmesi gerektiğinin altında yatan bir diğer sebep de şudur; bu birleşmelerde birleşme öncesi ve birleşme sonrası pazar yapılarının karşılaştırılması çok da anlamlı sonuçlar vermeyebilir. Çünkü, batan teşebbüsün zaten ilgili pazarda her hangi bir rekabetçi baskısı bulunmamaktadır.

Bunların yanısıra, bir teşebbüsün batmasına göz yummanın ve bu teşebbüsün varlıklarının pazar dışına çıkmasına yol açmanın, birleşmeye izin verilmesiyle karşılaştırıldığında, daha rekabetçi bir pazar yapısı sağlayacağına dair kesin bulgular yoktur. Bu sebeplerle, bu birleşmeleri engellemeden önce, mevcut olan bütün alternatif yöntemler değerlendirilmelidir.

Batan firmanın devredilmesine izin verilmesinin daha etkin bir sonuç yaratacağını savunan Campbell (1984), neoklasik yaklaşım tarzını kullanarak, basit bir modelle, batan bir firmanın hakim durumdaki bir teşebbüs tarafından devralınmasının, batan firmanın pazar dışına çıkmasına nispetle daha yüksek bir ekonomik fazla sağlayacağını göstermektedir. Campbell'in *yeterlilik koşuluna* göre, devralan teşebbüs hakim bir konuma gelse bile birleşme sonucunda etkinlik kazanımları sağlanacaktır. Campbell'in yaklaşık hesabına göre, S_a devralan teşebbüsün pazar payını ve S_b de batan teşebbüsün pazar payını göstermek üzere,

$$(S_a + S_b)^2 \leq S_a \quad (3)$$

koşulu sağlanıyorsa, birleşme etkindir. Campbell'e (1984: 268) göre bu yaklaşık hesap, en azından tek yönlü bir çözüm önerisi getirmektedir. Yani, bu testi sağlamayan birleşmelerin etkin olup olmadığı tartışmaya açık iken, bu testi sağlayan bir batan teşebbüs birleşmesi muhtemelen etkin olacaktır. Campbell'in, analizlerini yaparken kullandığı arz, talep, marjinal maliyet ve marjinal hasılat fonksiyonları doğrusal niteliktedir. Campbell, daha sonra bu varsayımları gevşeterek, firmanın üretim miktarının piyasadaki mevcut üretim seviyesini aşamayacağı varsayımını eklemiştir. Buna göre de batan teşebbüsün pazarı terketmesi sonucunda pazardaki üretim miktarı düşmüş olacaktır. Bu durum için Campbell farklı bir formül önermektedir. S_a devralan teşebbüsün pazar payını, S_b batan teşebbüsün pazar payını, E_d de talep esnekliğini göstermek şartıyla, Campbell bu durumu şöyle formüle etmektedir:

$$(S_a + S_b) < \frac{1}{2} + \frac{1}{2} E_d \quad (4)$$

Ancak, daha önce de Ghosh'a atfen belirtildiği gibi, bu çeşit bir yaklaşım tarzı batan bir teşebbüsün piyasadaki durumunu ve davranışlarını kavramaktan uzaktır. Diğer yandan, Friedman'ın (1986) da belirttiği üzere, Campbell'in kabul ettiği varsayımlar, genelde doğrusal

fonksiyonları göz önüne aldığı için, oldukça sınırlayıcıdır. Bu sakıncaları gidermek için Friedman, geleneksel Cournot modelini kullanarak, ne zaman bir teşebbüs -rakiplerin kapasitelerini azaltmamak varsayımıyla- batan bir firmayı devralarak mevcut kapasitesini artırırsa endüstrideki toplam arz miktarının artacağı ve bunun sonucunda da fiyat seviyesinin düşme eğiliminde olacağını göstermektedir. Campbell'in aksine, Friedman ayrıca, bulduğu bu sonucun piyasadaki firmaların sayısından ve pazar paylarından bağımsız olarak da geçerli olduğunu göstermektedir.

Shughart ve Tollison'a (1985: 363) göre, birleşmelerde batan teşebbüs savunmasının kabul edilmesine yönelik ileri sürülen genel sebepler ekonominin hukuka yanlış bir şekilde uygulandığını göstermektedir. Bu yazarlar, basit bir model kullanarak (bu modelde, iki komşu endüstrili bir ortamda batan bir teşebbüs bulunmaktadır ve alternatif bir alıcı da yoktur), batan teşebbüsün bir rakip tarafından devralınması durumunda, arz miktarındaki düşüşün ve refahtaki azalışın daha az olduğunu göstermektedirler. Sonuç olarak da, refah noktasından bakıldığında batan teşebbüs savunması mantıklı olduğu için, bu tip birleşmelere izin verilmesi gerektiği fikrini ileri sürmektedirler.

Daha önceki çalışmalarda izlenen yöntemlere karşı çıkmakla birlikte, bu çalışmalarla aynı yönde olacak şekilde, Ghosh da, batan teşebbüslerin devralınmasına daha esnek bir politika çerçevesinde bakılmasını savunmaktadır. Buna ek olarak, ABD ve AB'deki batan teşebbüs savunmasına yönelik koşulları yeniden düzenleyerek, Persson (1998: 38), sıkı bir birleşme politikasının esnek bir politikaya nispetle daha yoğun pazarlara yol açacağı sonucuna ulaşmaktadır. Ayrıca, Mason ve Weeds de (2002) yaptıkları modelleme neticesinde, pazara girişi kolaylaştırarak bazı sosyal faydalar sağlayacağı ve pazarın uzun dönemde daha rekabetçi olmasına yol açacağı için, batan teşebbüslerin devralınmasına daha yumuşak bir politika ile yaklaşılması gerektiği sonucuna ulaşmaktadırlar. Mason ve Weeds'in bulguları, batan teşebbüslere yönelik mevcut politikaların yanlış olduğunu göstermektedir. Bu bulgulardan en çarpıcı olanı, bu esnek politikayı asıl olarak gerçekten tüketiciyi düşünen bir rekabet otoritesinin uygulaması gerektiği sonucudur.

Teorik çalışmaların ulaştığı bu önerilerin yanısıra, literatürden çıkan bir diğer sonuç da batan teşebbüs birleşmelerine yönelik politikada ne ABD uygulamasının ne de AB uygulamasının tatminkar olduğudur. Belki de, rekabet otoritelerinin batan teşebbüs birleşmelerine karşı böyle katı kurallar ileriye sürmesi, söz konusu teşebbüsün piyasayı

terketmesiyle ortaya çıkacak gerçek fayda ve maliyetlerin tahmin edilmesindeki zorluklardır. Bununla birlikte, batan teşebbüse ait olan aktiflerin yalnızca o endüstride değerlendirilebilecek varlıklar olması durumunda incelemede asıl önemli olan husus da bu fayda ve maliyet değerlemesinin yapılmasıdır. Batan teşebbüs birleşmelerine karşı farklı bir politika izlenmesinin altında yatan bir başka neden de işte bu endüstriye-özgü aktifler bulunması durumudur. İktisadi açıdan düşünüldüğünde, şayet batan teşebbüs böyle endüstriye has varlıklara sahipse, birleşmenin engellenmesi sonucunda teşebbüsün pazarı terketmesi durumunda bu varlıklar endüstri dışına çıkmış olacaktır (OECD, 1996: 7). Söz konusu bu varlıklar, maddi kıymetler olabileceği gibi, maddi olmayan kıymetler de olabilir. Bu nokta şu açıdan önemlidir: Bir firmanın sahip olduğu, know-how, teknik bilgi ve diğer fikri ürünler gibi maddi olmayan varlıklar, ilgili pazar için diğer maddi varlıklardan daha değerli olabilir. Ancak bu, elbette ki, maddi olan varlıkların değersiz olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Örneğin, oldukça yüklü bir maddi yatırım gerektiren dağıtım ağı gazete yayıncılığı ve bira gibi, bazı endüstrilerde hayati bir öneme sahiptir. Böyle iyi kurulmuş bir ağa sahip olan, ancak ekonomik yönden sıkıntılar yaşayan bir firmanın, çeşitli birleşme alternatiflerine izin verilmemesi suretiyle batmasına neden olunması, hem endüstri için hem de toplam refah açısından bir etkinlik kaybına yol açabilecektir.

Yukarıda ayrıntılarıyla değinildiği üzere, her ne kadar rekabet otoriteleri batan teşebbüs savunmasını diğer birleşmelerden farklı bir şekilde değerlendiriyor olsalar da, konuyla ilgili yapılan çalışmalar bu değerlendirmelerde ileri sürülen şartların gereğinden fazla katı olduğunu ve bu şartların daha da esnetilmesi gerektiğini göstermektedir.

2.2.3. Batan Teşebbüsün Alıcısı Kim Olmalıdır?

Batma halinin nasıl tespit edileceği ve batan teşebbüslere karşı nasıl bir birleşme politikası takip edileceği açıklığa kavuşturulduktan sonra, geriye olası alıcılardan hangisinin en rekabetçi olduğunun belirlenmesi kalmaktadır.

Her ne kadar rekabet otoriteleri batan bir teşebbüsün hakim konumda bulunan başka bir teşebbüs tarafından devralınmasına oldukça şüpheli yaklaşıyorlar da, literatürde böyle bir işlemin her zaman için olumsuz etkileri olacağı düşüncesinin yanlış olduğu gösterilmektedir. Hatta, hakim durumdaki bir firmanın en çok etkinlik sağlayan bir alıcı olabileceği de gösterilmiştir.

Bir çok ülke uygulamasında, batan teşebbüs savunmasına, sözkonusu birleşmenin en rekabetçi alternatif olması durumunda, izin verilmektedir. Bunun yanısıra, daha önceki bölümlerde de belirtildiği gibi, bazı ülkelerde batan firmanın pazar dışına çıkması ve pazar payının devralan teşebbüse geçecek olması gibi ekstra koşullar da gerekmektedir. Ancak, bu katı koşul, batan bir teşebbüsün yer aldığı birleşmelerden beklenen faydaların sağlanmasına engel olabilmektedir. Bu düşünceden hareketle yapılan çalışmalarda, bu tip katı koşullar belirlenmesinin refah kayıplarına yol açacağı ifade edilmektedir.

Rekabeti en az bozabilecek nitelikteki alıcı teşebbüsün, batmakta olan teşebbüsü devralmak isteyip istemeyeceği kesin değildir. Örneğin, Avustralya'da, batan bir teşebbüsün yer aldığı birleşme işlemine, devralan teşebbüsün amacının pazara potansiyel girişleri engellemek olduğu gerekçesiyle izin verilmemiştir. Ayrıca, rekabeti daha az bozucu niteliklere sahip alternatif bir alıcının olduğuna da inanılmaktaydı. Ne var ki, birleşme işlemi engellendikten sonra, alternatif olduğu düşünülen alıcı, batan teşebbüsü devralmak istememiştir. Sonuç olarak da, batan teşebbüs pazar dışına çıkmak zorunda kalmıştır. (OECD, 1996: 6)

Alıcının kim olması gerektiğini araştıran yazarlardan birisi olan McChesney'e göre "batan bir teşebbüsün devralınması her zaman etkindir" (Monti ve Rouseva'dan naklen, 1999: 48). Monti ve Rouseva, McChesney'in argümanlarını, batan teşebbüsün muhtemel alıcılarını düşünerek, 5 farklı senaryo altında ele almaktadırlar:

- i. Birleşmeye izin verilmediği için batan teşebbüsün pazarı terketmesi,
- ii. Batan teşebbüsün bir tekel tarafından devralınması,
- iii. Batan teşebbüsün hakim durumdaki bir firma tarafından devralınması,
- iv. Bir firmanın batan bir teşebbüsü devralması ve hakim duruma geçmesi,
- v. Batan bir dağıtıcının dikey bir birleşme ile devralınması.

Çalışmada, bütün bu senaryolar altında, devralma işleminin etkinlik kazanımları sağlayıp sağlamayacağı ve birleşmeye izin verilmesi sonucunda elde edilecek faydaların, izin verilmemesi ve sözkonusu firmanın pazarı terketmesi sonucunda elde edilecek faydalardan fazla olup olmadığı tartışılmıştır. McChesney'in analizlerine göre, devralan teşebbüs hakim durumda olsa bile, pazar paylarında önemli oranlarda bir değişiklik ortaya çıkmaz. Bu nedenle, bu devralma işlemi yalnızca üretim maliyetlerini etkilediği için, birleşme ekonomik yönden etkindir.

Üçüncü senaryoda, Campbell'in analizleri de bize yardımcı olabilir. Campbell'e göre, birleşme sonrasında, marjinal üretim maliyeti muhtemelen düşecektir. Bu düşüş, arz miktarında artışa, fiyatlarda da bir düşüşe yol açacaktır. Campbell'in bu düşüncesi, McChesney'in önerileri ile de uyumlu görünmektedir.

McChesney'in analizlerinin ve Campbell ile Friedman'ın bu analizlere katkılarının bir sonucu olarak, Monti ve Rousseva (1999: 51), alıcının kim olduğundan bağımsız olarak, batan bir teşebbüsün devralınması sonucunda, birleşme gerçekleşmediği zaman ortaya çıkması zor olan bir refah artışının sağlanabileceğini belirtmektedir. Bununla birlikte, Parades'in (1996) görüşleri bu sonucun aksi yönündedir. Ona göre, "ek kapasiteye sahip bir hakim firma" ile "aynı firmanın daha az kapasiteye sahip olması" durumlarının karşılaştırılması yanlıştır. Parades bu karşılaştırmaya alternatif olarak:

- Hakim konumdaki bir teşebbüsün ek kapasiteye sahip olup olmamasına,
- Aynı firmanın daha az kapasiteye sahip olup olmamasına,
- Batan teşebbüsün kapasitesine ihtiyaç duyan rekabetçi bir pazarın varlığına ve
- İçsel bir genişlemeden ve rekabetten kaynaklanan ek kapasiteye sahip rekabetçi bir pazarın var olup olmamasına,

yönelik bir değerlendirme yapılmasının daha uygun olacağını ileri sürmektedir. Dolayısıyla, rekabeti en az bozabilecek niteliklere sahip olan alıcı teşebbüsün seçimi, bu farklı durumların rekabet ve pazar yapısı üzerindeki etkilerine bağlı olacaktır.

Yukarıda bahsedilen çalışmaların hepsi bir noktada eksik kalmaktadır. Bu çalışmaların hiçbirisinde en çok tercih edilen alıcının kim olabileceği hakkında herhangi bir şey söylenmemektedir. Bu noktada devreye Persson'un (1998) çalışması girmektedir. Persson, ABD yaklaşımında, batan teşebbüs savunmasının kabulü için ileri sürülen koşulların, batan teşebbüsün toplumsal olarak en çok tercih edilen firma tarafından alınmasını sağlayamadığını belirtmektedir. Persson'un bu sonuca ulaşmasını sağlayan iki sebep bulunmaktadır:

- i. Batan teşebbüse ait varlıkların dağıtımı alıcı firmaların ihale tekliflerine bağımlıdır ve oligopolistik bir pazarda, varlıklara atfedilen özel ve toplumsal değerler bir birinden farklı olabilir (Persson, 1998: 6).
- ii. ABD'deki, en az anti-rekabetçi alıcı koşulunun varlığı nedeniyle, alıcı olması beklenen firma muhtemelen küçük bir firma olacaktır. Çünkü, Persson'a göre, küçük firma, hakim konumdaki firmanın teklifini

aşmayacak şekilde, ancak yalnızca tasfiye değerini aşarak, batan firmanın varlıklarını eline geçirebilir (Persson, 1998: 6). Bunun tam tersi olacak şekilde, AB'deki, devralma gerçekleşmezse bile pazar payının alıcıya geçecek olması koşulu nedeniyle de, alıcı, muhtemelen hakim konumdaki firma olacaktır. Bu nedenle, hakim durumdaki teşebbüsün ve küçük bir teşebbüsün alıcı olmaları durumunda sağlanacak olan maliyet etkinlikleri de hesaba katılmalı ve karşılaştırılmalıdır.

Bu ikinci argümanla aynı yönde, pazar payı koşulu da, batan teşebbüsü sosyal yönden tercih edilen bir alıcının devralmasına yol açmayabilir. Belki de bu gerçek nedeniyle, AB Komisyonu daha sonraki kararlarında bu pazar payı koşulunu göz önünde bulundurmamıştır.

Persson'un analizlerinin sonucu olarak, hem küçük hem de büyük bir teşebbüsün batan teşebbüsü devralmasının sosyal yönden tercih edilebilir olduğu söylenebilir. Bunun yanısıra, tüketiciler üzerindeki pozitif dışsallıkların ve rakipler üzerindeki negatif dışsallıkların büyüklüğüne bağlı olarak ABD koşulları, olağan birleşme kontrolüne uygulanan kurallara nispetle daha iyi sonuçlara yol açabilir (Persson, 1998: 20). Böylece, ABD uygulamasının, AB'nin Kali&Salz davasındaki uygulamasına göre daha fazla bir refah sağlayıcı etkisinin olduğu kabul edilebilir. Diğer yandan, tüketici odaklı bir perspektiften bakıldığında, her iki yaklaşımda da en iyi alıcının yer alacağı ve standart birleşme kurallarına göre daha fazla bir artı değer sağlanacağı gibi bir zorunluluk yoktur.

Bunların yanısıra, Persson'un elde ettiği sonuçlara göre, uygulanan katı koşullar nedeniyle, ABD uygulamasında maliyet etkinlikleri ortaya çıkarken, AB uygulamasında üretken aktiflerin endüstriyi terketmesine yol açılmaktadır. Bu nedenle, batan teşebbüslerin devredilmesine yönelik yapılan incelemelerde etkinlik düşüncesinin göz önünde bulundurulması hayati bir öneme sahiptir.

Kısaca, uygulamadaki kabulün aksine, literatürde batan bir teşebbüsün alıcısının küçük bir firma olabileceği gibi hakim bir firmanın da olabileceği önerilmektedir. Her iki alıcı profilinin de kendine özgü fayda ve maliyetleri bulunmaktadır. Neticede, yapılacak olan seçim, bir ülkedeki rekabet yasalarının ve rekabet otoritelerinin amaçlarına ve daha da önemlisi teşebbüslerin yer aldığı pazarın özelliklerine bağlı olarak değişecektir.

Yukarıda üç temel başlık halinde belirtilen hususların yanı sıra, literatürde, batan bir teşebbüsün yer aldığı birleşmeler ile ilgili faydalı

çalışmalar olmakla birlikte bu çalışmaların bazı noktalarda eksik yönleri veya açıklamakta zorluk çektikleri hususların da bulunduğu dikkat çekmek yerinde olacaktır.

Öncelikle, batma durumunun nasıl tespit edileceğine yönelik net bilgiler bulunmamaktadır. Halbuki, sözkonusu teşebbüs gerçekten batma eşiğindeyse genel birleşme kuralları gevşetilerek uygulanacağı için, bu durum oldukça önemlidir. Ayrıca çalışmaların hiçbirinde, batmakta olan teşebbüsün rekabet gücü hakkında bir değerlendirme yapılmamaktadır. Genelde, batan bir teşebbüsün pazar payı ya çok düşük olacak ya da zamanla düşecektir. Diğer yandan, pazar payı oldukça yüksek olsa da, pazarda rekabet eden, pazar payları değil, teşebbüsün kendisidir. Bu ifadeyle paralel şekilde, batan teşebbüs birleşmelerinin analizinde önemli olan hususun, ilgili pazardaki rekabetçi yapının ve söz konusu teşebbüsün rekabet gücünün (rekabet edebilirliğinin) olduğu söylenebilir. Bu noktada, batan bir teşebbüsün rekabet gücünün yalnızca finansal tablolara bakılarak tespit edilemeyeceğini de belirtmek gerekmektedir. Bu nedenle, bir teşebbüsün finansal yönden sıkıntılar yaşaması o teşebbüsün rekabet gücü hakkında net bilgiler veremeyeceği için, yalnızca finansal göstergelere dayanarak birleşmeye izin verilebileceği hususu da zayıf bir iddia olacaktır. Kwoka ve Warren-Boulton'un (1986: 450) belirttiği gibi, bir firmanın finansal durumu, batan teşebbüs savunması için gerekli ve yeterli bir şart değildir. Bu nedenle, konuyla ilgili çalışmalar, firmaların pazarı terketme kararlarını etkileyebilecek ve bunları net olarak belirleyebilecek faktörler üzerinde yoğunlaşmalıdır. Özetle, her ne kadar ilgili bölümde batma durumunun tespiti için rekabet otoritelerinin hem finansal hem de ekonomik göstergeleri göz önüne alması gerektiği ileri sürülmüş olsa da, bu konuda daha ayrıntılı çalışmaların yapılması gerekmektedir.

İkinci bir husus olarak da, rekabeti bozucu nitelikte olmayan batan teşebbüs birleşmelerinin genellikle yatay oldukları ve bu tip birleşmelerde de giriş engellerinin göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmektedir (OECD, 1996: 24). Halbuki, incelenen çalışmaların hiçbirinde giriş engelleri olduğu varsayımı yapılmamıştır. Bu varsayım, uygulamada rastlanan durumların değerlendirilmesi için oldukça kısıtlayıcıdır.

Diğer yandan, pazar yapısını belirleyen unsurların tespit edilmesi, birleşmelerin analizi için gerekli olan bir ön çalışmadır. Ancak, literatürde farklı pazar yapılarına yönelik ayrıntılı değerlendirmeler bulunmamaktadır. Bunun da ötesinde, çalışmaların bir çoğu tipik Cournot modelini baz almaktadır. Her ne kadar, Persson, farklı birleşme kontrolü

kurallarının denge üzerindeki etkilerini incelemiş olsa da, kurduğu modelde, pazarda yer alan büyük firmaların yıkıcı faaliyetlerde bulunmayacağı gibi yeni varsayımlar da yapmakta ve yalnızca yoğunlaşma oranındaki değişimi ele almaktadır. Dahası, Persson'un çalışmasında da pazara girişlerin serbest olduğu varsayımı bulunmaktadır.

Ayrıca, literatürde, pazarda yer alan firmaların kapasite kısıtları da detaylı bir şekilde incelenmemiştir. Halbuki, kapasite sorunu birleşmelerin olası etkilerinin belirlenmesinde önemli bir faktördür. Ayrıca, kapasite kısıtı altında faaliyet gösteren rakiplerin bulunduğu bir pazarda yer alan devralan teşebbüs tarafından, olası bir yıkıcı fiyat uygulamasının pazara etkileri, rakiplerin kapasite kısıtı olmaması durumuyla karşılaştırıldığında rekabeti daha çok bozucu etkiler yaratabilir.

Yukarıda sayılan nedenlerle, batan teşebbüs birleşmelerinde, birleşmenin gerçek etkilerini belirleyebilmek için izlenebilecek en pratik yol, batan teşebbüse ait finansal zorlukların, pazar payındaki ve satışlardaki düşüşlerin tespit edilmesinden sonra, pazarın genel yapısının analiz edilmesidir. Pazar yapısına yönelik bu analizde, giriş engelleri, kapasite kısıtları, rekabetin yoğunluğu, ürünün özellikleri, maliyet yapısı, firmanın yaşam döngüsü ve endüstri arz-talebindeki değişiklikler incelenebilir.

Son olarak, batan teşebbüs birleşmelerinin incelenmesi esnasında, esnek bir yaklaşım sergilemek için, yukarıda belirtilen hususları şu şekilde genelleştirebiliriz:

- Birleşmenin olası anti-rekabetçi yönlerinin tespit edilmesi,
- Söz konusu teşebbüsün batmakta olduğunun tespit edilmesi,
- Pazarın genel yapısını göz önünde bulundurarak birleşmenin olası fayda ve maliyetlerinin tartışılması.

3. ÖRNEK OLAY: SEKA ÖZELLEŞTİRMESİ

3.1. SEKA ve Özelleştirme Süreci

Devlete ait bir teşebbüs olan ve kağıt-karton üretimi ile iştirak eden SEKA'nın özelleştirme işlemleri halen devam etmektedir. SEKA'ya ait işletmelerin birçoğu satılmış, bazıları ise hali hazırda özelleştirme aşamasındadır.⁵¹ SEKA genel olarak tüketici kağıtları olarak adlandırılan

⁵¹ SEKA'ya ait, sigara kağıdı üreten Kastamonu İşletmesi, gazete kağıdı üreten Balıkesir ve Aksu İşletmeleri ve kraft kağıtları üreten Çaycuma ve Akdeniz İşletmeleri bu yıl içinde (2003) özelleştirilmiştir. Bu çalışmanın ilk yapıldığı zamanda (Eylül 2002) bu işletmeler halen SEKA'nın elinde bulunmaktaydı.

kağıt havlu ve mendiller, tuvalet kağıtları ve kağıt peçetelerin üretimi ile uğraşmamaktadır. Yazı baskı kağıtları, sargılık kağıtlar ve kartonlarda ise SEKA özel teşebbüsler ile rekabet etmek durumundadır.

Özelleştirme işlemleri, Rekabet Kanununun 7'nci maddesi çerçevesinde birleşme ve devralma olarak kabul edilmekte ve bu işlemlerde, Rekabet Kurulu tarafından yayımlanan 1998/4 sayılı Tebliğe göre Rekabet Kurulu'nun onayı gerekmektedir.⁵² Diğer bütün özelleştirme işlemlerinde olduğu gibi SEKA'nın özelleştirilmesinde de iki aşama bulunmaktadır. Önce, özelleştirilecek olan teşebbüs (SEKA) özelleştirme kapsamına alınmakta, ardından da, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından özelleştirme prosedürü başlatılmaktadır.

Özelleştirme İdaresi, öncelikle Rekabet Kurulu'na, özelleştirilecek olan kamu teşebbüsünün devrine ilişkin bir ön bildirimde bulunmaktadır. Rekabet Kurumu da bu bildirimini 1998/4 sayılı Tebliğ çerçevesinde değerlendirmektedir. Ardından da, satılacak olan kamu teşebbüsünün muhtemel alıcıları belli olunca bu alıcılardan en yüksek ilk üç teklif sahibi tekrar Rekabet Kurumu'na bildirilmektedir. Bu aşamada da, Rekabet Kurulu değerlendirmesini genel olarak 1997/1 sayılı Birleşme Tebliği çerçevesinde yapmakta ve muhtemel alıcılar hakkındaki görüşünü oluşturmaktadır.

SEKA'ya ait işletmeler, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından varlık satışı yoluyla ayrı ayrı özelleştirilmektedir. SEKA'nın muhtemel alıcıları kağıt sektöründe faaliyet gösteren şirketler olabileceği gibi daha önce bu alanda herhangi bir faaliyeti olmayan şirketler de olabilir. Birleşmelerin pazara olası olumsuz etkileri, genellikle, batan teşebbüsün o pazarda yer alan güçlü bir firma tarafından devralınması durumunda yapıldığı için, bu çalışmada da özellikle muhtemel alıcının pazarda faaliyet gösterdiği durumlar değerlendirilecektir.

SEKA'nın ve daha bir çok kamu teşebbüsünün özelleştirilmesinin temel gerekçesinin bu işletmelerin etkin bir şekilde çalışmamış ya da çalıştırılmamış olduğu ifade edilmektedir. Bununla birlikte, SEKA'nın finansal yapısındaki bozukluklar ve işletmedeki etkinsizlikler özelleştirme karşıtları ve taraftarları arasında oldukça tartışma konusu olmuştur. Bir yandan, özelleştirme karşıtları SEKA'nın aslında etkin bir şekilde çalıştığını ve bu nedenle özelleştirilmemesi gerektiğini ileri sürerlerken, diğer yandan özelleştirme taraftarları etkin olmayan üretim, yönetim

⁵² 1998/4 sayılı *Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ*.

etkinsizliği ve finansal kayıplar nedeniyle SEKA'nın özelleştirilmesinin gerektiğini iddia etmektedirler. Aslında bu iki zıt görüşte sunulan argümanlar anitröst açısından önemlidir ve değerlendirilmesi uygun olacaktır. Çünkü, SEKA gerçekten ekonomik ve finansal yönden sıkıntılı bir durumdaysa, yani bir anlamda batmakta olan bir teşebbüs ise, gerektiği takdirde Rekabet Kurulu tarafından bu özelleştirme işlemine batan teşebbüs koşulları uygulanabilecektir.

Açıklanan nedenlerle, bu bölümde, yapılan bu tartışmalara bir anlamda ışık tutmak için, SEKA'nın pazardaki ve sektördeki ekonomik ve finansal durumu analiz edilecek, SEKA'yı batan bir teşebbüs olarak değerlendirmenin mümkün olup olmadığı araştırılacaktır.

3.2. Türkiye'de Kağıt Sektörünün Yapısı ve SEKA'nın Sektördeki Yeri

3.2.1. Sektörün Genel Özellikleri ve Pazarın Yapısı

Sermaye ve enerji yoğun bir sektör olan kağıt endüstrisinde teknolojik yenilik önemli bir yer tutmaktadır. Teknolojik yenilikler, üretkenliği artırıp, maliyetleri düşürerek ürün kalitesini artırmakta, üretimde etkinlik sağlamaktadır. Ne var ki, çeşitli nedenlerle, teknolojik yeniliklerin ve gerekli yatırımların tam anlamıyla gerçekleştirilememesi sebebiyle, özellikle kamu teşebbüslerinde olmak üzere, Türkiye kağıt endüstrisinde verimlilik ve maliyet yapıları istenilen düzeyde değildir. Bunun da ötesinde, kağıt sanayisi genellikle düşük kapasiteli ve küçük/orta boylu fabrikalardan oluştuğu için ölçek ekonomilerinden de yararlanamamaktadır. Sektörde, özel teşebbüsler genelde orta boylu fabrikalara sahiptir. Bu nedenle bir çok kağıt üreticisi küresel bazda rekabet edebilirlikten uzaktır. Bunu sağlamak için kağıt üreticisi teşebbüslerin kapasitelerini artırmaları, ürün kalitesini iyileştirmeleri ve ölçek ekonomilerinden faydalanmaları gerekmektedir.

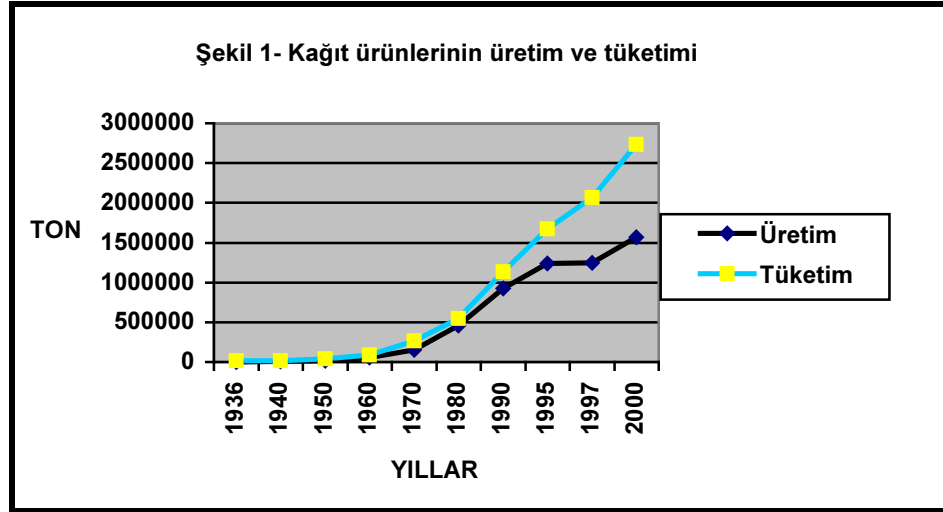
3.2.2. Stok Gereksinimi ve Pazara Giriş Koşulları

Diğer önemli bir nokta da, hammadde genellikle ithalatta sağlandığı için, teşebbüslerin en az 3 aylık bir stokla çalışmak zorunda olmalarıdır. Bu durum, pazarda yer alabilmek ve pazara girebilmek için ekstra bir sermaye yatırımı anlamına gelmektedir. Sermaye gereksiniminin yanısıra, yukarıda da belirtildiği gibi, bu sanayi dalı teknoloji yoğun bir özelliğe de sahiptir. Ayrıca, kağıt üretimi hata kabul etmez bir üretim anlayışı gerektiren faaliyetlerdir. Kağıttaki en ufak bir hata hem zaman hem de para kaybı anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, herhangi yasal veya doğal bir giriş engeli olmamakla birlikte, bu pazarda

etkili bir rakip olabilmek hem zaman ve sermaye hem de yetişmiş işgücü gerektirmektedir.

3.2.3. Pazarın Büyüklüğü ve SEKA'nın Pazar Payı

Sektörün sermaye yoğun bir özellik taşıması ve 1900'lü yılların başında Türkiye'de güçlü özel teşebbüslerin bulunmaması nedeniyle, SEKA, 10 bin ton/yıl gibi oldukça az sayılabilecek miktarda bir üretim kapasitesine sahip bir kamu teşebbüsü olarak 1936 yılında kurulmuştur. Yüksek gümrük duvarlarının koruması altında Türk kağıt sanayi, SEKA'nın en önemli yerli üretici olduğu 1963 ve 1979 yılları arasında kaydadeğer oranlarda bir büyüme gerçekleştirmiştir.⁵³ 1980'lerin başında gümrük duvarları düşürülünce, ithalat ve özel sektör yatırımları kağıt sanayisinde önemli bir yer tutmaya başlamış ve bu dönemden sonra SEKA'nın pazardaki gücü yavaş yavaş erimeye başlamıştır.

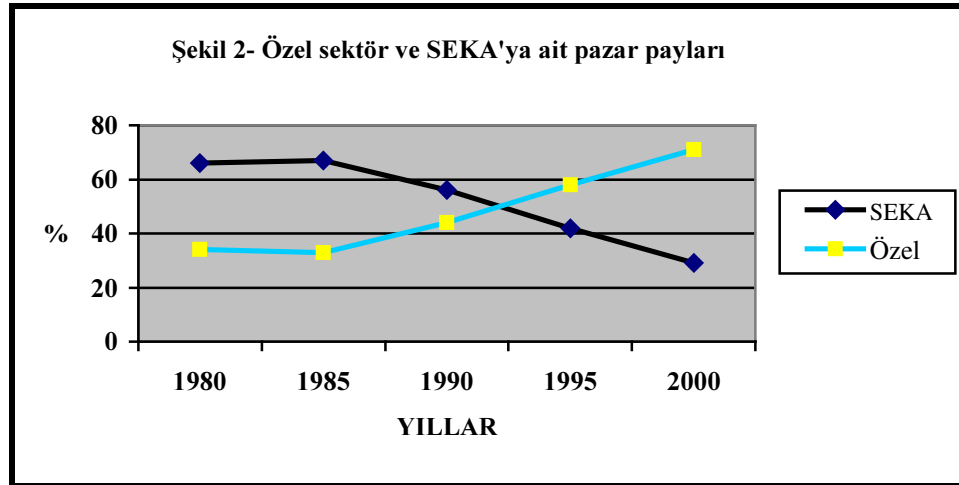


Kaynak: Sektör Raporu (1998), Yıllık Rapor (2000) ve Dönkasan (2002)

Bu durum, Türkiye'de yerli üretimdeki ve toplam kağıt tüketimindeki artışı gösteren Şekil 1'de açıkça görülmektedir. Üretimdeki ve tüketimdeki fark belirtilen yıllardaki ithalat miktarlarını göstermektedir. Bu şekilden anlaşılacağı üzere, Türkiye kağıt endüstrisi büyüyen bir sanayi dalıdır ve her geçen yıl pazar genişlediği gibi pazarda ithalatın ve özel üreticilerin rekabetçi baskısı giderek artmaktadır.

⁵³ Bu dönemde de, bazı kağıt türlerinde talep fazlası olduğu için, belli miktarlarda ithalat yapılmaktaydı. (Bkz. Şekil 1)

Bu tür bilgilerin yanı sıra, Şekil 2'de de gösterildiği gibi, özel üretimin ve ithalatın pazardan aldığı pay giderek artmakta iken, SEKA'nın pazar payı zamanla düşmektedir.⁵⁴ Pazar büyürken, SEKA'nın pazar payının düşmesinin temel nedeni gerekli olan kapasite artırıcı ve yenileşme yatırımlarının gerçekleştirilememiş olmasıdır. Bunu göz önünde bulundurarak, SEKA'nın pazardaki rekabet gücünü ve rekabetçi baskısını yavaş yavaş kaybetmekte olduğunu ve gerekli yatırımlar yapılmazsa kaçınılmaz olarak sektördeki gücünün tamamen silineceğini yani batan bir teşebbüs olacağını söylemek mümkündür. Sektöre ilişkin raporlarda yer alan, SEKA'nın 2000 yılında herhangi bir modernizasyon yatırımı gerçekleştirmediği bilgisi de yapılan bu değerlendirmeyi destekler niteliktedir. SEKA'nın durumu böyleyken, diğer yandan, özel teşebbüsler modernizasyon ve kapasite artırıcı yatırımlarına devam etmektedir.



Kaynak: Sektör Raporu (1998), Yıllık Rapor (2000)

Bunun bir sonucu olarak, 2000 yılında SEKA'nın kapasitesi sabit kalırken, özel firmaların kapasiteleri toplamda %29.2 oranında artış kaydetmiştir (Yıllık Rapor, 2000). Eğer bu şekilde gerekli yatırımları gerçekleştirmezse, yukarıda da belirtildiği gibi SEKA'nın pazardaki gücü iyice zayıflayacaktır.

3.2.4. SEKA'nın Finansal Sıkıntıları

Devlet tarafından herhangi bir fon ayrılmadığı için, SEKA özellikle 1989-1994 yılları arasında gerekli olan yatırımları gerçekleştirilememiştir

⁵⁴ Şekil 2'de, özel üreticilerin ve SEKA'nın pazar payları yurtiçi toplam üretimin yüzdesi olarak gösterilmiştir.

(Sektör Raporu, 1998: 30). Buradan çıkarılabilecek bir sonuç şu olabilir: Devlet hem kağıt sektöründe özel teşebbüslerin de artık faaliyet gösterdiği gerçeğinden hareketle bu sektörden çekilmek istemekte hem de nasıl olsa satılacak düşüncesiyle SEKA'ya ekstra kaynaklar ayırmamaktadır. Doğru olup olmadığı tartışılabilir olan bu politika nedeniyle, SEKA yalnızca pazardaki payını kaybetmekle kalmamış, aynı zamanda finansal zorluklar da çekmeye başlamıştır. Aşağıdaki tabloda SEKA'nın ve özel sektör kağıt üreticilerinin 1998 ve 1999 yıllarında sahip oldukları kâr/zarar durumu toplulaştırılmış bir şekilde gösterilmektedir.

Tablo 1- SEKA'ya ait zararlar ve özel üreticilerin karları (milyar TL)

	SEKA'nın net zararı (Toplam 8 işletme)	Özel teşebbüslerin net karı (Toplam 136 fabrika)
1998	(10.413,1)	30.029,1
1999	(31.030,6)	26.439,0

Kaynak: Şirket Bilançoları (TCMB, 2002)

Tablodan da anlaşılacağı üzere SEKA daha önceki kısımlarda belirtilen sıkıntılarının yanında ayrıca, finansal yönden de zorluklar çekmektedir. Belirtilen dönemlerde SEKA'nın elinde bulunun 8 işletmenin toplam zararı, hemen hemen, sektörde yer alan özel kağıt üreticilerinin toplam kârına denk düşmektedir.

3.2.5. Kapasite Kullanımı

Bu analizlerin ardından sektördeki fazla kapasitenin değerlendirilmesi de gerekmektedir. Bu nokta oldukça önemlidir. Çünkü, SEKA'ya ait aktiflerin pazarı terketmesi durumunda, şayet özel teşebbüsler, SEKA'nın üretim miktarının yerini tutacak miktarlarda bir fazla kapasiteye sahip değilse, toplam arz düşecek ve belirli kağıt ürünlerinin fiyatlarında bir yükselme beklenecektir.

Tablo 2- SEKA'nın ve özel teşebbüslerin kapasite kullanım oranları

Yıllar	KKO (%)	
	SEKA	Özel
1982	82.5	56
1985	81.4	62.3
1990	89.9	80.7
1991	69.8	76.5
1992	81.6	67.7
1993	65.2	84.9

1994	77.8	86.0
1995	80.3	93.4
1996	61.3	85.0

Kaynak: Sektör Raporu (1998)

Daha önceki kısımlarda belirtilen pazar payları ile birlikte düşünüldüğünde, Tablo 2'de gösterilen kapasite kullanım oranları, SEKA'ya ait üretim miktarının pazardan çekilmesi durumunda, özel sektör üreticilerinin sektördeki talebin tamamını karşılayamayacaklarını göstermektedir. Buradan hareketle, tüketici odaklı bir yaklaşımla düşünüldüğü zaman, fiyatlardaki olası bir yükselişin ve arz miktarındaki olası bir düşüşün önüne geçebilmek için SEKA'ya ait varlıkların sektör içinde faaliyet göstermesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

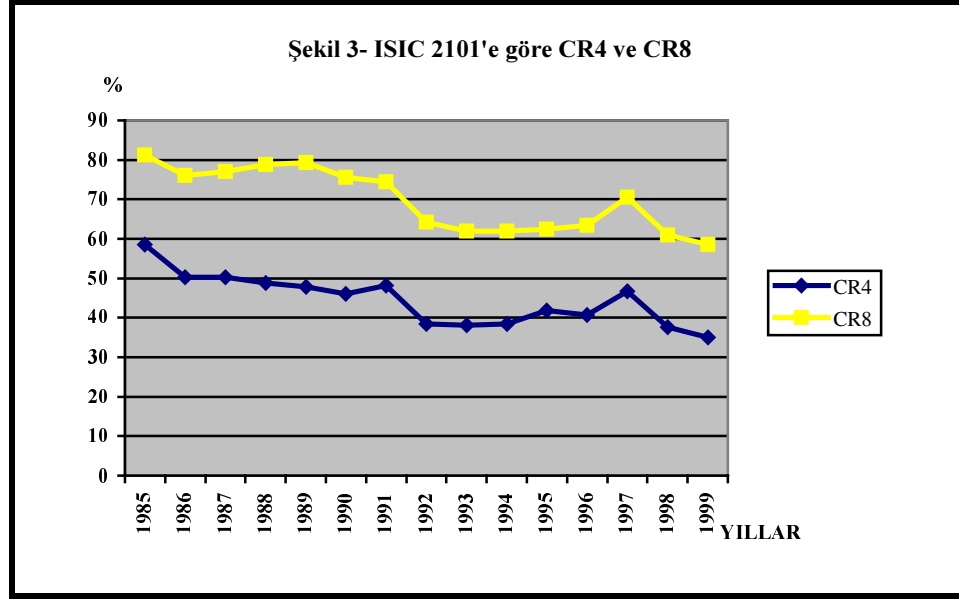
3.2.6. Yoğunlaşma Oranları

Bu değerlendirmelerin dışında, sektördeki yoğunlaşma oranlarını incelemek de faydalı olabilir.

Devlet İstatistik Enstitüsü'nün verileri kullanılarak hazırlanan selüloz, kağıt ve karton üretiminde (ISIC üçüncü revizyon 2101)⁵⁵, 4 firma (CR4) ve 8 firma (CR8) yoğunlaşma oranları Şekil 3'te gösterilmektedir.

Kağıt sektörü orta derecede yoğunlaşmış bir pazar olarak belirtilmekle birlikte, Şekil 3'te de görüldüğü gibi, yoğunlaşma oranları zamanla düşmektedir. Aynı zamanda, belirtilen zamanlarda HHI da düşme eğilimindedir. Bu durum, Türkiye kağıt sektöründe özel teşebbüslerin ağırlığının giderek arttığını göstermektedir.

⁵⁵ ISIC: International Standart Industrial Classification of all Economic Activities



Kaynak: 1985-1994 için Sektör Raporu (1998), 1995-1998 için DİE

Özel teşebbüslerin sektöre olan ilgisi nedeniyle yoğunlaşma oranları düşmektedir. Sektördeki yoğunlaşma oranlarının bu şekilde düşüş eğiliminde olması nedeniyle, birleşme veya devralma neticesinde oluşacak bir yoğunlaşma artışının etkisi de o kadar da çok antitröst sorunları ortaya çıkarmayabilecektir. Bunun da ötesinde, bu birleşmelerde, sektörde yer alan özel teşebbüslerde optimum üretim ölçeğine ulaşmak ve bu sayede ithalat ile rekabet edebilmek dürtüsünün etkili olduğunu söylemek de mümkündür. Dolayısıyla, SEKA'nın, bir kağıt üreticisi tarafından devralınması durumunda sektördeki yoğunlaşma oranının yükseleceği bir gerçektir. Ancak, yoğunlaşma oranındaki bu yükseliş her koşul altında rekabeti olumsuz yönde etkilemeyecektir.

Yukarıda yapılan analizler sonucunda, aşağıda sıralanan hususlar nedeniyle SEKA'nın batan bir firma olarak değerlendirilmesi mümkündür:

- SEKA finansal yönden sıkıntılarla karşı karşıyadır,
- Türkiye'de kağıt tüketimi artarken, yani pazar genişlerken, SEKA'nın pazar payı kaydadeğer oranlarda düşmektedir.
- SEKA'nın yeniden organize olması için gerekli olan yatırımların hemen hiçbirisi yapılmamaktadır,
- Teknolojik yeniliklerin gerçekleştirildiğine dair hiç bir iz bulunmamaktadır,

- Aynı şekilde, kapasite ve kalite artırıcı yatırımlar da yapılmamaktadır,
- SEKA, pazardaki rekabetçi gücünü zamanla kaybetmektedir,
- SEKA'nın elinde bulunan üretim faktörlerinin pazar dışına çıkması, pazardaki mevcut arz-talep yapısını ve fiyat seviyesini olumsuz bir şekilde etkileyebilecektir.

Öte yandan, pazarda yer alan teşebbüslerin kapasite analizleri ve sektördeki yoğunlaşma oranlarında izlenen eğilim, bu pazarda gerçekleşecek olan birleşme ve devralmaların anti-rekabetçi olmaktan ziyade rekabeti artırıcı nitelikte olabileceğini göstermektedir. SEKA özelleştirmesinde izlenebilecek bu esnek yöntem, aynı zamanda, özel sektör üreticilerinin etkin üretim ölçeklerine ulaşmalarına ve giderek artış eğiliminde olan ithalatla fiyat ve kalite yönünden rekabet edebilmelerine de olanak sağlayacaktır. Ulaşılan bu sonuçlar neticesinde, SEKA'nın özelleştirilmesinin incelenmesinde, normal birleşme kuralları yerine daha esnek bir yöntem izlenmesinin, refah açısından daha olumlu sonuçlar doğuracağı ileri sürülebilir.

SEKA'nın batan bir teşebbüs olarak değerlendirilebileceği sonucu, uygulanacak olan birleşme politikasının esnekliğine yön vermekle birlikte, ulaşılan sonuçların yanlış bir şekilde yorumlanmaması için açıklığa kavuşturulması gereken birkaç husus daha bulunmaktadır.

Rekabet uygulamalarında kullanılan "ilgili pazar" kavramı diğer disiplinlerde (ekonomi, işletme vd.) kullanılan pazar kavramlarından ve "endüstri-sektör" kavramlarından farklı olduğu için bu farkın yapılan her türlü antitröst analizinde göz önünde bulundurulması gerekmektedir.⁵⁶ Örneğin, antitröst perspektifinden, belki de her kağıt türü farklı bir pazar olarak tanımlanabilecektir. Bu düşüncenin altında yatan temel düşünce tüketici tercihleri (talep), rakiplerin davranışları (arz) ve potansiyel rekabettir. Örneğin, talep açısından bakıldığında, tuvalet kağıdının, yazı-baskı kağıdı talep eden bir tüketicinin ihtiyacını karşılaması mümkün değildir. Diğer yandan, arz açısından da, tuvalet kağıdı üretilen makinada yazı-baskı kağıdı üretmek o kadar da kolay değildir. Bu nedenlerle, bir önceki bölümde SEKA için toplulaştırılmış veriler üzerinden yapılan analizlerin, SEKA'ya ait her işletme için, bu işletmelerde üretilen kağıt türleri de göz önünde bulundurulularak ayrı ayrı yapılması daha anlamlı sonuçlar verecektir. Ancak bu durum, yukarıda yapılan analizlerin yanlış olduğu anlamına gelmemektedir. Aksine, yukarıda yapılan incelemelere ek olarak, işletme bazlı değerlendirmelerin yapılması, yukarıdaki

⁵⁶ *İlgili pazarın tanımlanmasına yönelik daha ayrıntılı bilgi için bkz. ABD Yatay Birleşmeler Rehberi (1997) ve AB Komisyonu Topluluk Rekabet Kurallarının Uygulanması için İlgili Pazarın Tanımlanmasına Yönelik Duyuru. Ayrıca bkz. Senyücel ve Aktaş (2000), Çetinkaya (2001).*

analizleri tamamlayıcı nitelikte olacaktır. Bununla birlikte, SEKA'ya ait işletmelerin özelleştirilmesinde Őu ana kadar Rekabet Kurulu batan teşebbüs değerlendirmesi yapmamıŐtır. Bunun nedeni, bu devralma işlemlerinin normal birleşme kuralları uygulansa dahi herhangi bir sorun yaratmayacak olmasıdır. Eğer normal birleşme kuralları uygulandığında rekabeti bozabilecek herhangi bir durumla karŐılaŐılsaydı, bu durumda batan teşebbüs değerlendirmesi yapmak uygun olabilirdi.

SONUÇ

Ekonomik hayatın kaçınılmaz bir gerçeği olan batan teşebbüsleri içeren birleşmeler belki de bir teşebbüsün veya endüstrinin yaşam döngüsünde yaşanması gereken bir olaydır. Diğer bütün ekonomik faaliyetlerde olduğu gibi bu işlemlerde de işlemi gerçekleştiren tarafların amaçları, kamu otoritesinin amaçları ile uyumlu olmayabilir. Bu nedenle, rekabet otoritelerinin politikalarına yön vermek amacıyla, bu ekonomik faaliyetlerin teorik bir incelemesi mutlaka yapılmalıdır. Ancak, batan teşebbüs birleşmeleri ile ilgili, yeterli sayılabilecek miktarda hukuki çalışma varken, iktisatçılar bu konuya şimdiye kadar o kadar da çok önem vermemişlerdir. Bununla birlikte, yapılan ekonomik çalışmalar, batan teşebbüslerin daha esnek bir şekilde kontrol edilmeleri gerektiğini önermektedirler.

Bu çalışmada, konuyla ilgili yapılmış olan çalışmalardan daha güncel olanların, eski çalışmalara göre daha farklı teorik yöntemler kullandıkları belirtilmiştir. Ancak, elbette ki, her çalışmanın kendine özgü bir özelliği ve konuya sağladığı bir katkısı vardır. Bu nedenlerle, bu çalışmada, konuyla ilgili yapılmış olan her çalışmadan belirli bir politika önerisi çıkarılmaya çalışılmıştır. Literatür taraması kısmında üzerinde durulan iki önemli konu bulunmaktadır:

- Finansal ve ekonomik verilere bakılarak tespit edilebilecek olan batma durumunun tespiti, analizlerin en önemli bölümüdür,
- Batan teşebbüse ait varlıkların devralınmasında, pazardaki tarihsel gelişim ve pazarın genel yapısı da hesaba katılmalıdır.

Çalışmanın son bölümünde, temelde bu iki husus göz önünde bulundurularak, SEKA'nın özelleştirilmesi işlemi incelenmiştir. Analizler neticesinde SEKA'nın batan bir teşebbüs olarak değerlendirilebileceği sonucuna ulaşılmıştır.

Batan teşebbüs değerlendirmesinin yapılması SEKA'nın özelleştirilmesi işleminde bir çok kolaylıklar sağlayacağı için, bu iddia, bu özelleştirme işlemine yönelik yapılacak incelemeler için önemli sonuçlar içermektedir. Ayrıca, bu sonuç, SEKA'nın Türkiye'deki tek üretici olduğu kağıt türlerini üreten fabrikalarının satışı aşamasında da geçerli olacaktır. Özelleştirmeye yönelik değerlendirmelerin bu sonuç çerçevesinde yapılması, aynı zamanda, yerli üreticilerin ölçek ekonomilerine ulaşmalarını ve ithalatla etkin bir şekilde rekabet edebilmelerini de

sağlayacaktır. Bununla birlikte, bu çalışmada yapılan analizleri tamamlayıcı olarak, SEKA'nın işletmeleri tek tek satılacağı için, işletme bazlı bir değerlendirme de yapmak gerekmektedir.

KAYNAKÇA

BOUTERSE, R.B. (1994), *Competition and Integration—What Goals Count? EEC Competition Law and Goals of Industrial, Monetary, and Cultural Policy*, The Netherlands: Kluwer

CAMPBELL T.J. (1984), "The Efficiency of the Failing Company Defense", *Texas Law Review*, C: 63, 251-283

ÇETİNKAYA, M. (2001), *İlgili Pazar Kavramı ve İlgili Pazar Tanımında Kullanılan Nicel Teknikler*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, (2003 yılında Rekabet Kurumu tarafından yayımlanmıştır. Uzmanlık Tezleri Serisi No: 4)

DİE (2002), Devlet İstatistik Enstitüsü, Yoğunlaşma Oranları (1995-1999) <www.die.gov.tr> (August 2002)

DÖNKASAN (2002), Dönüşen Kağıt Hammaddeleri Sanayi ve Ticaret A.Ş., <www.donkasan.com.tr> (Ağustos 2002)

EU COUNCIL (1997), Merger Regulation, No: 4064/89, 1989 (Regulation No: 1310/97, 1997 ile değişik)

FRIEDMAN, R.D. (1986), "Untangling the Failing Company Doctrine", *Texas Law Review*, C: 64, 1375-1426

GHOSH, S. (2002), "A Real Options Perspective on Crisis Cartels and the Failing Firm Defence", <<http://law.gsu.edu/sghosh/text.PDF>>, (Ocak 2002), (*Antitrust Law Journal*, 2000, C: 68'de "A relaxing antitrust during economic downturns: A real options analysis of Appalachian Coals and the failing firm defence" başlığı ile yayımlanmıştır.)

KAUPER, T.E. (2000), "Merger Control in the United States and the European Union: Some Observations", *St. John's Law Review*, C: 74, 305-359

KWOKA, J.E. ve F.R WARREN-BOULTON (1986), "Efficiencies, failing firms, and alternatives to merger: a policy synthesis", *The Antitrust Bulletin*, C: 31, 431-450

MASON R. ve H. WEEDS (2002) "The Failing Firm Defence: Merger Policy and Entry" <<http://www.soton.ac.uk/~ram2>> (Haziran 2002)

MONTI G. ve E. ROUSSEVA (1999), "Failing Firms in the Framework of the EC Merger Control Regulation", *European Law Review*, C: 24, 38-55

OECD (1996), "Failing Firm Defence", *Competition Policy Roundtables*, OECD/GD (96)23

PAREDES T. (1996), "Turning the Failing Firm Defense into a Success: A Proposal to Revise the Horizontal Merger Guidelines", *Yale Journal on Regulation*, C: 13, 347-390

PERSSON, L. (1998), "The auctioning of a failing firm", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Üçüncü Bölüm, The Institute for International Economic Studies, Stockholm University

RAVENSCHRAFT, D.J. ve F.M. SCHERER (1987), *Mergers, Sell-offs and Economic Efficiency*, Washington: The Brookings Institution

REKABET KURUMU (1998), *Kağıt Sektör Raporu*, İktisadi Araştırmalar Müdürlüğü, Yayın No: 11, "Sektör Raporu (1998)" şeklinde atıf yapılmıştır.

REKABET KURUMU (1997), *Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ*, Tebliğ No: 1997/1

SCHERER F.M. and D. ROSS (1990), *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Üçüncü Baskı, USA

SELÜLOZ VE KAĞIT SANAYİİ VAKFI (2000), Yıllık Rapor, "Yıllık Rapor (2000)" şeklinde atıf yapılmıştır.

SENYÜCEL, O. ve C. AKTAŞ (2000), "İlgili Pazar Kavramı", *Rekabet Bülteni*, No: 2, 40-59

SHUGHART II, W.F. ve R.D. TOLLISON (1985), "The welfare basis of the failing company doctrine", *The Antitrust Bulletin*, C: 30, 357-364

TCMB (2002), Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, Sektör Bilançoları, Süreli Yayınlar içinde, <www.tcmb.gov.tr> (Ağustos 2002), "Sektör Bilançoları (2002)" şeklinde atıf yapılmıştır.

US DEPARTMENT OF JUSTICE ve FEDERAL TRADE COMMISSION (1992), *Horizontal Merger Guidelines*, 1997 değişiklikleriyle, <www.usdoj.gov> (Ağustos 2002)

WESSELING, R. (2000), *The Modernisation of EC Antitrust Law*, Oxford: Hart Publishing

WILLIAMSON, O.E. (1968), "Economies as an Antitrust Defence: The Welfare Tradeoffs", *The American Economic Review*, C: 58, 18-36

ULUSLARARASI GELİŞMELER

- AB-DTÖ
- Microsoft
- AB Komisyonundan Haberler

▪ AB-DTÖ

Ticaretten sorumlu AB Komiseri Pascal Lamy, DTÖ ile Nisan ayında hizmet sektöründe serbestleşme konusunda yapılacak müzakerelerde, sağlık, enerji, su ve eğitim sektörlerinin, uluslararası

rekabeti arttırmayı hedefleyen görüşmelerin dışında tutulacağını, buna karşılık mali hizmetler, telekomünikasyon gibi önemli sektörlerle ilgili olarak değişik öneriler getirileceğini ifade etmiştir. Bununla beraber, AB Komisyonu, üçüncü ülkelerin AB hizmet pazarına girişini iyileştirmeye yönelik olarak DTÖ müzakereleri çerçevesinde yapmayı planladığı değişikliklerin örneklerle belirtildiği bir öneri taslağı açıklamıştır.⁵⁷

Taslak metin için:
http://europa.eu.int/comm/trade/services/pr050203b_en.htm

▪ **MİCROSOFT**

Sun Microsystems, Fujitsu, Nokia, Nortel gibi firmaların da üyesi olduğu Bilgisayar ve İletişim Endüstrisi Derneği (Computer & Communications Industry Association-CCIA), AB Komisyonu Rekabet Genel Müdürlüğü'ne Microsoft grubu hakkında piyasadaki hakim durumunu kötüye kullandığı gerekçesiyle, şikayette bulunmuştur.⁵⁸

▪ **AB KOMİSYONUNDAN HABERLER**

AB Komisyonu, hızlı İnternet erişimi sağlayan şirketlere tam rekabetçi pazara geçiş sürecinde daha adaletli rekabet ortamı yaratmayı amaçlayan yeni kurallar konusunda öneri hazırlamaktadır. Taslak öneri, kablolu erişim hizmeti veren şirketler ile büyük telekomünikasyon şirketlerinin pazarda eşit şartlarda rekabet etmesini hedeflemektedir. Ayrıca bu alanda bir şirketin pazara hakim olup olmadığı kararının ulusal idare tarafından verilmesi öngörülüyor. Halihazırda telekomünikasyon şirketleri hızlı internet erişimi pazarına ilk girmenin vermiş olduğu avantaj ile mevcut 10.8 milyon kullanıcıdan 6.34 milyonuna hizmet veriyorlar.⁵⁹

AB Komisyonu sigortacılık sektöründe bazı girişimleri rekabet kurallarından muaf tutacak olan bir yönetmelik hazırlamıştır. Özellikle AB Antlaşması 81. maddesinde yer alan girişimleri içeren yönetmelik, yürürlükteki 3932/92 sayılı yönetmeliğin yerine geçecek ve 31 Mart 2010 tarihine kadar geçerli olacak. Yeni yönetmelik sigorta şirketleri arasında risk hesapları için bilgi alışverişi, bağlayıcı olmayan standart poliçe koşulları ve istisnai riskler konusunda ortaklık girişimlerini kapsamaktadır.

⁵⁷ *Brüksel'de Bir Hafta, TÜSİAD AB Temsilciliği, Brüksel, 3 Şubat-10 Şubat 2003, no:2003/5, s.2,3.*

⁵⁸ *http://www.euractiv.com, 12 Şubat 2003.*

⁵⁹ *Brüksel'de Bir Hafta, TÜSİAD AB Temsilciliği, Brüksel, 27 Ocak-3 Şubat 2003, no:2003/4, s.2.*

AB Komisyonu, AB ile AB dışı havayolları arasında yapılan anlaşmalarda rekabet kurallarını etkin olarak uygulayabilmek amacıyla bir yönetmelik taslağı yayınlamıştır. Halihazırda AB Komisyonu, AB ülkeleri havayolları şirketleri arasında anlaşmalar konusunda yetkili olmakla birlikte birleşmeler dışında AB ile üçüncü ülkeler arasındaki anlaşmaları inceleyemiyor.⁶⁰

⁶⁰ Brüksel'de Bir Hafta, TÜSİAD AB Temsilciliği, Brüksel, 24 Şubat-3 Mart 2003, no:2003/8, s.1,2.

REKABET KURULU NİHAİ KARAR ÖZETLERİ**(01.01.2003 - 31.03.2003)****REKABET KURULU NİHAİ KARAR ÖZETLERİ****REKABET İHLALLERİ**

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
1	03-05/58-20	Ankara ve Konya başta olmak üzere un sektörü ile ilgili olarak Ankara Fırıncılar Odası tarafından yapılan şikayetin 4054 sayılı Kanun kapsamında bir ihlal oluşturmadığı, dolayısıyla bir önaraştırma yapılmasına veya soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı, şikayetin reddi.	17-01-2003

2	03-06/59-21	Coca-Cola Satış ve Dağıtım A.Ş.'nin satış noktalarına Coca-Cola markalı ürünün satın alınmasını Turkuaz markalı ürünün de satın alınması koşuluna bağladığı, yeniden satıcılarına sadakat indirimleri uygulamak suretiyle rakiplerini dışlayıcı bir davranış motifini benimsediği yönündeki iddialar hakkında soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı, şikayetin reddi.	23-01-2003
3	03-07/74-29	T.C. Posta ve Telgraf Teşkilatı (PTT)'nin tekol oluşturmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği iddiasına yönelik olarak bir önaraştırma yapılmasına veya soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı; şikayetin reddi.	30-01-2003
4	03-08/93-39	Philip Morris Sabancı Pazarlama ve Satış A.Ş.'nin 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği iddiasına yönelik olarak soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı, şikayetin reddi.	06-02-2003
5	03-09/112-51	Yabancı markalı gözlükleri ithal eden firmalar hakkında Gözlük İmalatçıları Derneği tarafından yapılan başvuru konusu iddialara yönelik olarak 4054 sayılı Kanun çerçevesinde bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığı, şikayetin reddi.	07-02-2003
6	03-10/114-52	Bayilik sözleşmelerinde yer alan bazı hükümler aracılığıyla Nobel Pazarlama Ltd. Şti. tarafından 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlâl edilip edilmediğinin tespiti amacıyla yürütülen soruşturma neticesinde; Nobel Pazarlama Ltd. Şti.'nin soruşturma konusu olan bayilik sözleşmelerinde yer verilen bayilik bölgesinin belirlenmesine yönelik hükmün pasif satışları engellemeye yönelik olmadığına tespit edilmiş olması dolayısıyla, bu hüküm bakımından bir rekabet ihlâlinin sözkonusu olmadığı; sözkonusu sözleşmenin fiyat tespitine yönelik 6. maddesinde yer alan hükmün 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında rekabet ihlâli oluşturduğu; bu ihlâl dolayısıyla Nobel Pazarlama Ltd. Şti.'ne idari para cezası verilmesi; soruşturmaya konu olan bayilik anlaşmasına ilişkin olarak Kurumumuza yapılmış olması gereken bildirim herhangi bir zamanda yapılmamış olması nedeniyle, Nobel Pazarlama Ltd. Şti.'ne ve bu teşebbüsün yönetim kurulunda görevli kişilere idari para cezası verilmesi.	18-02-2003

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
7	03-11/126-59	Pınarlı Belediyesi'nin yıkıcı fiyat uygulamak suretiyle 4504 sayılı Kanun'u ihlal ettiği iddiası ile ilgili olarak; belediyelerin 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesi anlamında bir "teşebbüs" olmaması nedeniyle, iddialara yönelik olarak bir önaraştırma yapılmasına veya soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı, konunun İçişleri Bakanlığı'na ve Antalya Valiliği'ne intikal ettirilmesi.	20-02-2003
8	03-12/135-63	Yonga ve lif levha üreticisi firmaların ürünlerine aynı tarihlerde aynı oranlarda zam yaparak satış fiyatını birlikte belirlemek suretiyle 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettikleri iddiası üzerine yürütülen soruşturma neticesinde; yonga levha ve/veya lif levha (MDF) piyasasında faaliyet gösteren teşebbüslerin ayda bir ya da bazen daha değişik aralıklarla	20-02-2003

		düzenlenen toplantılarda biraraya geldikleri ve bu toplantılarda yonga levha ve/veya MDF'nin satış ve vade koşullarını belirledikleri, dolayısıyla yonga levha ve/veya lif levha piyasasında rekabeti engellemeye yönelik davranışlar içinde buldukları; soruşturma kapsamında bulunan teşebbüslerin 1993'ten bu yana sürdürülen anlaşma düzenine dahil olmaları ve böylece 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal etmeleri nedeniyle Kanun'un 16. maddesinin 2. fıkrası gereğince cezalandırılmaları; 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini anlaşma yoluyla ihlâl ettikleri tespit olunan soruşturma kapsamındaki teşebbüslere bundan sonra rekabetin tesisi yönünde yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken uygulamalar bakımından, rekabete aykırı eylemleri tekrarlamamaları gereğinin, aynı Kanun'un 9. maddesinin 1. fıkrası uyarınca bildirilmesi ve aksi takdirde 4054 sayılı Kanun'un 17. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca her gün için süreli para cezası ile cezalandırılacaklarının hatırlatılması.	
9	03-13/140-67	Ere Elektrik Üretim ve Dağıtım Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin ürettiği elektrik fazlasını enerji piyasasındaki diğer katılımcılara piyasa koşullarında satışının Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından engellendiği ve bu durumun rekabet mevzuatına aykırı olduğu, fiilen tek alıcı konumundaki Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş.'nin söz konusu üretim miktarı için çok düşük alım fiyatları teklif ederek hakim durumunu kötüye kullandığı iddialarının 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilemeyeceği, şikayetin reddi.	27-02-2003

MENFİ TESPİT/MUAFİYET

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
1	03-08/87-37	Total Oil Türkiye A.Ş.'nin Tüp-Gaz Ticaret ve Sanayi A.Ş.'ni devralması işleminin tarafları olan Total Oil Türkiye A.Ş. ile Tüp-Gaz Ticaret ve Sanayi A.Ş.'nin, ekonomik bütünlük içinde yer almaları nedeniyle 4054 sayılı Kanun açısından tek bir teşebbüs niteliğinde olduğu; ayrıca bildirim konusu işlemin aynı Kanun'un 4, 6 ve 7. maddelerine aykırılık oluşturmaması nedeniyle talep edilen menfi tespit belgesinin 4504 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca verilmesi.	06-02-2003
2	03-08/92-38	Teba Isıtma Soğutma Klima Teknolojileri San. ve Tic. A.Ş., Daikin Industries Ltd. ve Daikin Europe N.V. firmalarının aralarında akdettikleri üçlü anlaşma ile TEBA ISK ve Daikin Europe arasında aynı tarihte imzalanan alt anlaşmaya menfi tespit belgesi verilemeyeceği; bildirim konusu anlaşmalara	06-02-2003

		imzalandıkları tarihten itibaren 5 yıl süre ile ve koşullu olarak bireysel muafiyet tanınması.	
3	03-08/96-42	Toyota Sabancı Pazarlama ve Satış A.Ş.'nin, Toyota Motor Corporation'dan ithal edeceği motorlu araçlar ve yedek parçaların dağıtım, pazarlama, satış ve servis işlerini düzenleyen Toyota Dağıtıcı Anlaşması'nın 4054 sayılı Kanun ve "1998/3 sayılı Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına ilişkin Grup Muafiyeti Tebliği" hükümlerine uygun olduğu, bildirime gerek bulunmadığı.	06-02-2003
4	03-13/138-65	Camtaş Düzcamlar Pazarlama A.Ş. ile bayileri arasında imzalanan Isıcam yetkili üreticilik sözleşmelerine grup muafiyeti tanınması.	27-02-2003

BİRLEŞME VE DEVRALMALAR

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
1	03-01/2-1	Stockhausen Kimya San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin Degussa Tic. Ltd. Şti. tarafından devralınması işlemine izin verilmesi.	03-01-2003
2	03-03/17-2	Swisslog Management AG tarafından kontrol edilen Corob S.p.A'nın, Industri Kapital şirketi tarafından kontrol edilen CPS Color Group Oy tarafından devralınması işlemine izin verilmesi	09-01-2003
3	03-03/18-3	SC Johnson and Son. Inc. tarafından Bayer AG'nin belirli mal varlığının devralınması işlemine izin verilmesi.	09-01-2003
4	03-03/19-4	OYSA Niğde Çimento San. ve Tic. A.Ş. tarafından OYSA İskenderun Çimento ve Tic. A.Ş.'nin devralınması işleminin izne tabi olmadığı.	09-01-2003
5	03-03/20-5	Standart Çimento Sanayi A.Ş. tarafından ESÇİM Eskişehir Çimento Fabrikası T.A.Ş.'nin cebri icra yoluyla devralınması işlemine izin verilmesi.	09-01-2003

6	03-04/42-15	OPET Petrolcülük A.Ş.'nin, ECT'ye ait olan %7,75 oranındaki hissenin, OPET'in ortaklarından Fikret ÖZTÜRK tarafından devralınması işlemine izin verilmesi.	16-01-2003
7	03-04/43-16	Isısan Isıtma ve Klima Sanayi A.Ş. ile Isısan Dış Ticaret ve Klima Sanayi A.Ş.'nin % 80 oranındaki hisselerinin Buderus Heiztechnik GmbH tarafından devralınması işlemine koşullu olarak izin verilmesi.	16-01-2003
8	03-05/48-16	Deniz Bank A.Ş.'nin, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun sahibi bulunduğu Milli Aydın Bankası T.A.Ş. Tarışbank hisselerinin %99,99'unu satınalması dolayısıyla Tarış Yatırım Menkul Değerler A.Ş.'nin Denizbank'ın iştirakine dönüşmesi işlemine izin verilmesi.	17-01-2003
9	03-07/71-28	Solutia Inc.'in reçine, katkı ve yapıştırıcı üretimi, imalatı ve satışı işlerinin UCB S.A. tarafından devralınması işlemine izin verilmesi.	30-01-2003
10	03-08/94-40	Northrop Grumman Corporation'a bağlı TRW Incorporated'ın otomotiv işkolunun The Blackstone Group L.P. tarafından devralınması işlemine izin verilmesi.	06-02-2003
11	03-08/95-41	Edeman Turizm Yatırımları A.Ş.'nin Detur Turizm ve Ticaret A.Ş. ile birleşmesi işleminin 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında bir birleşme veya devralma işlemi olmadığı.	06-02-2003
12	03-11/116-53	Hazer Yapı Malzemeleri İnşaat ve San. Tic. A.Ş.'ne ait mal varlığının bir kısmını oluşturan profil mamullerinin üretimine ilişkin fabrikanın Tepe Knauf İnşaat ve Yapı Elemanları San. ve Tic. A.Ş. tarafından devralınması işlemine ve Tepe Knauf Grubu (Tepe Knauf İnşaat ve Yapı Elemanları San. ve Tic. A.Ş., PFT Sıva Sistemleri Sanayi ve Ticaret A.Ş.) ile Hazer Grubu (Murat İnkılap HAZİNEDAROĞLU, Ümit Süleyman HAZİNEDAR-OĞLU, Hakan BEKİŞOĞLU) arasında Knauf Artfix Yapı Malzemeleri San. ve Tic. A.Ş. unvanlı bir ortak girişim şirketinin kurulması işlemine 3 yıl süre ile izin verilmesi.	20-02-2003
SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
13	03-11/117-54	Hydro Aluminium Deutschland GmbH'nin esnek ambalajlama bölümü olan FlexPac'ın Alcan Inc. tarafından devralınması işlemine izin verilmesi.	20-02-2003
14	03-11/118-55	Semavi YORGANCILAR, Ender YORGANCILAR, Ali Şükrü GÜLYURT, Özker GÜLYURT ve Solika YORGANCILAR'ın Orim Cam San. ve Tic. A.Ş.'nde sahip olduğu hisselerin Schott Glaverbel B.V. tarafından devralınması işlemine izin verilmesi.	20-02-2003
15	03-11/122-56	Rational Software Corporation'ın kontrolünün International Business Machines Corporation (IBM) tarafından devralınması işleminin izne tabi olmadığı.	20-02-2003
16	03-11/123-57	Doğuş Holding A.Ş.'ne ait Filiz Gıda San. ve Tic. A.Ş.'nin sermayesinin %44,99'unu temsil eden hisse senetlerinin tamamının Barilla Alimentare SpA tarafından devralınması işleminin izne tabi olmadığı.	20-02-2003
17	03-11/124-58	"Budget" markası altında gerçekleştirilen oto kiralama işi ile ilgili bazı maddi ve gayrimaddi malvarlıklarının, Avis	20-02-2003

		Europe plc tarafından bizzat ve/veya iştirakleri aracılığı ile devralınması işleminin izne tabi olmadığı.	
18	03-13/136-64	E.ON Grubu'nun çoğunluk hissesine sahip olduğu DEGUSSA Aktiengesellschaft'ın kontrolünün RAG Grubu tarafından devralınması işlemine izin verilmesi.	27-02-2003
19	03-13/139-66	Yazıcıoğlu Metal Endüstri ve Ticaret A.Ş. ile Yazıcıoğlu Madencilik Sanayi ve Ticaret Ltd.Ş.'nin bazı aktiflerinin, Omya Madencilik Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından devralınması işleminin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında bildirim tabi bir devralma işlemi olmadığı.	27-02-2003
20	03-13/141-68	Alice BBDO Reklam ve İlet. Hiz. Tic. A.Ş., TBWA Reklam Hiz. A.Ş. ve Medina/Turgul DDB Reklam Hiz. Tic. ve San. A.Ş. tarafından Optimum Media Direction Medya Hizmetleri A.Ş. unvanlı bir ortak girişim kurulması işleminin izne tabi olmadığı.	27-02-2003
21	03-13/142-69	Murat TOPOĞLU, Hülya TOPOĞLU ve Ahmet ÖZTÜRK'ün Mavi-Yeşil Kozmetik ve Gıda Ürünleri San. ve Tic. Ltd. Şti.'ndeki %51 oranındaki hisselerinin Yıldız Holding A.Ş. tarafından devralınması işlemine koşullu olarak izin verilmesi.	27-02-2003
22	03-21/237-102	Türkiye Selüloz ve Kağıt Fabrikaları A.Ş. (SEKA)'ne ait Kastamonu İşletmesi'nin varlık satışı yoluyla özelleştirilmesine ilişkin devir işleminin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ hükümlerine aykırılık içermediği.	31-03-2003

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
23	03-21/238-103	Türkiye Selüloz ve Kağıt Fabrikaları A.Ş. (SEKA)'ne ait Afyon İşletmesi'nin varlık satışı yoluyla özelleştirilmesine ilişkin devir işleminin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ hükümlerine aykırılık içermediği.	31-03-2003

SEÇİLMİŞ KARARLAR

	<u>Karar Tarihi</u>	<u>Karar No</u>
• TURKCELL	20.07.2001	01-35/347-95

Dosya Konusu: Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlal edip etmediğinin tespiti.

Dosya Sayısı : S.R. -01/1 (Soruşturma)

Karar Sayısı: 01-35/347-95

Karar Tarihi : 20.7.2001

Konu : Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlal edip etmediğinin tespiti

A - TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU

Üyeler : Dr. Kemal EROL (İkinci Başkan), Nejdet KARACEHENNEM, A. Ersan GÖKMEN, R. Müfit SONBAY, Murat GENCER, Mustafa PARLAK,
Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ, Rıfki ÜNAL.

B - SORUŞTURMA HEYETİ

Başkan : Nejdet KARACEHENNEM

Raportörler : Derya YENİŞEN, E. Ebru ÖZTÜRK, A. Ogün SARI,
Şahin ARDIYOK

C - ŞİKAYET EDENLER

Başarı Elektronik Sanayi ve Ticaret A.Ş.

Çetin Emeç Bulvarı, No: 117 06520 Balgat/Ankara

Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.

Mehmet Akif Mah. İnönü Cad. Star Sokak No: 2 34540
İkitelli/İstanbul

D - HAKKINDA SORUŞTURMA YAPILAN

Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.

Meşrutiyet Cad. No:153 80050 Tepebaşı/İSTANBUL

Temsilcisi: Prof. Dr. Arif ESİN

Akaretler Sıraevleri Spor Caddesi No:67 80680
Beşiktaş/İSTANBUL

E - İDDİALARIN ÖZETİ

Başarı Elektronik Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin şikayet dilekçesinde,

- Türkiye'de cep telefonu şebekelerinin işletilmesinin Turkcell ve Telsim olmak üzere iki şirkete verildiği ve bu şirketlerden Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş'nin (Turkcell) %70 pazar payı ile hakim durumda olduğu,
- Başarı Elektronik'in Nokia cep telefonlarının Türkiye distribütörü olduğu ve bu marka cep telefonlarının pazardaki belli başlı rakiplerinin Ericsson, Panasonic vb. markalardan oluştuğu,
- Turkcell'in ortaklarından olan büyük bir grubun aynı zamanda Ericsson cep telefonlarının Türkiye distribütörlüğünü yapan KVK şirketinin de en büyük hissedarı olduğu,
- Turkcell'in diğer cep telefonu satıcılarına uyguladığı distribütör satış destek primini, önceleri Başarı Elektronik'e de uyguladığı,
- Bu uygulamanın diğer büyük distribütörlere uygulanan orandan daha düşük olmasına rağmen Başarı Elektronik'in Turkcell hatlı satışlarındaki pazar payının önemli ölçüde arttığı,

- Başarı Elektronik'in, piyasadaki gücünü artırması üzerine Turkcell'in adı geçen şirkete uyguladığı satış destek primini kaldırdığı ve ayrımcı bir davranışla şirketten hat ve sim kart ücreti talep ettiği, bunun sonucunda Başarı Elektronik'in satışını yaptığı cep telefonlarının bedelinde rakiplerine nazaran 100 - 200 Alman Markı (DM) arasında bir artış meydana geldiği

belirtilerek 4054 Sayılı Kanun'un gereklerinin yerine getirilmesi talep edilmiştir.

Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.'nin şikayet dilekçesinde ise;

- İki ayrı ürün piyasası olarak ele alınması gereken GSM operatörlüğü piyasası ile GSM cihazları piyasasının Çukurova Holding tarafından tek bir piyasa gibi algılandığı ve ekonomik faaliyetlerde ayrı ayrı ürün piyasalarında elde edilen hakim durumun getirdiği avantajların beraberce kullanıldığı,

- GSM cihazları piyasasında %50'den fazla pazar payına sahip olan Ericsson cihazlarının GSM operasyonu piyasasında %70 oranında pazar payına sahip Turkcell hatlarıyla kullanılması zorunlu tutularak her iki piyasadaki hakim durumlarının daha da güçlendirildiği,

- Hem hat piyasasının hem de cihaz piyasasının dağıtım sisteminde Türkiye genelinde yaygın olan aynı distribütör ve bayi ağının kullanılması ve sadakat indirimleri ile Telsim'in ilgili piyasaya sokulmasının engellenmesiyle yüksek pazar payının muhafaza edilebildiği,

- Kullanıcıların genel olarak, sahip oldukları GSM telefon numarasını değiştirmeme yönündeki eğilimlerinin, bir malın satışının diğer hizmetin de alımı şartına bağlanması gibi bir uygulamaya gidilmesini kolaylaştırdığı,

- Ericsson ya da öngörülen belirli markalı cihazların Turkcell hattı ile satıldığı ve başka GSM hattı veya cihaz satılmaması koşulu ile Turkcell bayilerine bağlılık indirimi yapıldığı ve bu kurala riayet etmeyenlerin performans primlerinde kesinti uygulandığı veya primlerin tamamen kaldırıldığı,

- Turkcell'in ikinci GSM hattı satın alanlara önemli oranlarda iskonto uyguladığı, ilk başta promosyon gibi görülen bu uygulamanın Turkcell'in %70'lik pazar payı da gözönünde bulundurulduğunda Telsim'i piyasanın dışına itmek amacını taşıdığı ve Turkcell ile Ericsson'un ayrı ürün piyasalarında elde etmiş oldukları hakimiyeti ortak davranışlar sergileyerek Telsim'in faaliyetlerini zorlaştır- rmak yönünde kullandıkları,

- Türkiye'de Ericsson dışındaki alıcı cihaz satan teşebbüslerin de pazar aradığı, örneğin Alcatel'in fiyat rekabetine girebilecek bir ürün olduğu,

ancak Telsim hattı satan ihtisas mağazalarından gelen talebin, Alcatel tarafından Turkcell'in engelleyici tutumu nedeniyle reddedildiği ve bu şekilde, Alcatel'in Telsim hatlı telefonlar da satarak Ericsson satışlarına karşı yapacağı rekabetin Ericsson ve Turkcell tarafından ortaklaşa bertaraf edildiği

belirtilmiş, Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. hakkında 4054 Sayılı Kanun uyarınca gerekli işlemlerin yapılması talep edilmiştir.

F - DOSYA EVRELERİ

Başarı Elektronik Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin şikayet dilekçesi 31.8.1999 tarihinde 4190 sayı ile, Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.'nin şikayet dilekçesi ise 27.9.1999 tarih ve 1145 sayı ile Rekabet Kurumu kayıtlarına intikal etmiştir.

Bu başvurular üzerine hazırlanan 06.10.1999 tarih, D2/1/E.Ö.-99/2 sayılı İlk İnceleme Raporu 28.10.1999 tarihli Kurul toplantısında görüşülmüş ve bir soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının belirlenmesi amacıyla, Kanun'un 40/1. maddesi uyarınca önaraştırma yapılmasına 99-49/539-340 sayı ile karar verilmiştir.

İlgili karar uyarınca düzenlenen 06.12.1999 tarih, D2/2/E.Ö.-99/3 sayılı Önaraştırma Raporu 13.1.2000 tarihli Kurul toplantısında görüşülerek 4054 Sayılı Kanun'un 41. ve 43/1. maddeleri uyarınca Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. hakkında aynı Kanun'un 4 ve 6. maddelerini ihlal edip etmediğinin açıklığa kavuşturulması amacıyla soruşturma açılmasına 00-2/13-6 sayı ile karar verilmiştir.

Aynı Kanun'un 43/2. maddesi uyarınca soruşturma kararı ve teşebbüs ile ilgili olarak ileri sürülen iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilgi 28.1.2000 tarihinde ilgili tarafa tebliğ edilerek 30 gün içinde ilk yazılı savunmaları talep edilmiştir.

Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. tarafından yasal süresi içinde gönderilen ilk yazılı savunma 29.2.2000 tarih ve 5506 sayı ile Rekabet Kurumu kayıtlarına intikal etmiştir.

Rekabet Kurulu'nun 13.6.2000 tarihli toplantısında Kanun'un 43. maddesi hükmü uyarınca soruşturmanın süresi 6 ay uzatılmıştır.

Soruşturma Heyeti'nce düzenlenen 12.1.2001 tarih ve S.R./01-1 sayılı Soruşturma Raporu, Kanun'un 45/1. maddesi uyarınca Kurul Üyeleri ile ilgili taraflara tebliğ olunmuş ve aynı maddenin ikinci fıkrası gereğince

hakkında soruşturma yürütülen teşebbüsten 30 gün içinde ikinci yazılı savunmasını göndermesi istenmiştir.

Soruşturma Raporu'nun tebliğini takiben, hakkında soruşturma yürütülen teşebbüs, Kanun'un 45. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca savunma süresinin 30 gün uzatılmasını talep etmiştir. Tarafların bu taleplerinin gerekçesi Kurul tarafından haklı görülmüş ve talep kabul edilmiştir.

Turkcell'in ikinci yazılı savunması 16.3.2001 tarih ve 1056 sayı ile Rekabet Kurumu kayıtlarına intikal etmiştir.

Soruşturma Heyeti'nin hazırladığı 2.4.2001 tarihli "Ek Yazılı Görüş", Kanun'un 45/2. maddesi uyarınca tüm Kurul Üyeleri ve ilgili tarafa gönderilmiştir.

Turkcell'in, 4054 sayılı Kanun'un 45. maddesinin 2. fıkrası çerçevesinde Soruşturma Heyeti Ek Yazılı Görüşüne karşılık oluşturacağı cevaba ilişkin olarak 30 günlük ek süre talebi, Rekabet Kurulu'nun 25.4.2001 tarihli toplantısında görüşülerek 01-20/190-M sayılı karar ile uygun bulunmuştur.

Turkcell'in ek görüşe karşı cevap yazısı Kurumumuz kayıtlarına 7.6.2001 tarihinde intikal etmiştir. İlgili teşebbüsün söz konusu cevap yazısındaki talebi üzerine, Rekabet Kurulu'nun 12.6.2001 tarih ve 01-27/272-M sayılı Kararı ile 19.7.2001 günü saat 10.30'da sözlü savunma toplantısı yapılmasına ve toplantıya şikayetçi ile soruşturma kapsamında bulunan tüm teşebbüslerin davet edilmesine karar vermiştir. Sözlü savunma toplantısı davetiyeleri, Kanun'un 46/2. maddesi uyarınca ilgililere gönderilmiştir.

19.7.2001 tarihinde yapılan sözlü savunma toplantısına şikayetçi Başarı Elektronik Sanayi ve Ticaret A.Ş. ile Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. (Telsim) de katılmış ve ilgili taraf savunmasını yapmıştır.

Rekabet Kurulu 20.7.2001 tarihinde 01-35/347-95 sayı ile nihai kararını vermiş ve karar Kanun'un 49. maddesi uyarınca 1.8.2001 tarihinde tefhim edilmiştir.

G- RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ

Dosyanın raportörleri;

1. GSM hizmetleri piyasasında Turkcell'in hakim durumda olduğu,
2. a) Turkcell'in, GSM cep telefonu distribütörleri ile münhasır çalışması veya bunları kendisine bağımlı konuma getirmesi suretiyle, bu distribütörlerin rakip operatörlerle benzer kampanyalar yapmasını ve

sonuç olarak bu distribütörlere ait cihazların rakip operatör hattı ile satılmasını kısıtlayarak;

Aktivasyon merkezleri ile münhasır çalışmak suretiyle, aktivasyon merkezlerinin aynı zamanda distribütörlerin bayileri olmaları ve bu distribütörlerin tamamına yakınının yukarıda açıklanan münhasır ve bağımlı distribütörler olmalarının birlikte sonucu olarak rakip operatörün piyasadaki faaliyetlerini zorlaştırarak;

4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinin (a) bendinde;

b) Turkcell'in GSM hizmetleri piyasasındaki hakim durumuna dayalı olarak, cep telefonu piyasasında faaliyet gösteren distribütörler arasında gerçekleştirdiği ayrımcı uygulamalar sonucunda kendisi ile münhasır çalışan distribütörler karşısında, münhasır çalışmayan distribütörlerin rekabette dezavantajlı konuma gelmesine neden olarak,

GSM operatörleri piyasasındaki hakim durumunu, kendisi ile ekonomik birlik içinde olan KVK Mobil Telefon Sistemleri A.Ş.'nin (KVK) cep telefonu piyasasındaki durumunu güçlendirmek için kullanarak ve cep telefonu piyasasında KVK'nın rakibi durumunda olan distribütörler aleyhine rekabeti kısıtlayarak,

4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinin (b) ve (d) bendlerinde;

c) Turkcell'in buraya kadar belirtilen uygulamalar sonucu, tüketicinin istediği marka cep telefonunu istediği şebeke hattı ile kullanmasını engelleyerek,

4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinin (e) bendinde örneklenen kötüye kullanma hallerini gerçekleştirmek suretiyle 4054 Sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında ihlale yol açtığı;

Bu nedenle aynı kanunun 16. maddesinin 2. fıkrası gereğince idari para cezası ile cezalandırılması gerektiği;

Turkcell'in anılan Kanun'un 6. maddesi kapsamındaki eylemlerine son vermesi ve bu çerçevede diğer distribütör ve ithalatçıların talebi halinde onlarla da, halen yoğun olarak çalıştığı distribütörlere uyguladığı koşullarda çalışılması ve distribütörleri ve bunların bayilerini münhasır çalışmak zorunda bırakan uygulamaları sona erdirmesi gerektiği;

3. Turkcell'in dağıtım ağındaki teşebbüsler (TAM - Turkcell Aktivasyon Merkezi, TAN - Turkcell Abone Noktası) ile yaptığı sözleşmelerde yer

alan fiyat tespitine ve münhasırlığa ilişkin hükümler nedeniyle bu sözleşmelerin 4054 Sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında ihlal teşkil ettiği,

Bu sözleşmelerin, fiyat tespitine ilişkin hüküm nedeniyle 1997/4 Sayılı "Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği"nden yararlanamayacağı ve 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesindeki muafiyet koşullarını karşılamadığı için bireysel muafiyet alamayacağı,

Aralık 1999 tarihine dek yürürlükte olan sözleşmelerin ve bu tarihten sonra yürürlüğe giren yeni sözleşmelerin ve bu sözleşmelere dayalı eylemlerin yukarıda izah edilen nedenlerden dolayı 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesi kapsamında ihlale yol açtığı ve bu nedenle Turkcell'in aynı Kanun'un 16. maddesinin 2. fıkrası gereğince idari para cezası ile cezalandırılması gerektiği,

4. İhlalin sona erdirilmesi bakımından;

a) Fiyatların belirlenmesine ilişkin olarak,

- Turkcell bayilerinin (TAM'ların doğrudan veya TAN'lar vasıtasıyla) Turkcell'in bir yardımcısı gibi ve Turkcell abone hizmetlerinin devamı niteliğinde yaptığı aktivasyon hizmetlerinin satış bedellerinin Turkcell tarafından belirlenebileceği,
- Ancak mülkiyetleri Turkcell dikey yapılanması içindeki teşebbüslere geçen ve yeniden satıcı sıfatıyla devredilen sim kart ve kontör kart, vb'nin yeniden satış fiyatının Turkcell tarafından belirlenemeyeceği,

b) Bayilerin münhasır çalışmasına ilişkin olarak,

- TAM ve TAN'ların aynı zamanda cep telefonu distribütörü bayileri olmaması durumunda rakip operatörlerin aynı nitelikte bayi edinmelerine engel bulunmadığından münhasır çalışma şartının rekabet kuralları bakımından herhangi bir sakıncasının olmadığı,
- TAM ve TAN'ların aynı zamanda cep telefonu distribütörü olmaları halinde rakip operatörlerin aynı nitelikte bayi edinmeleri mümkün olmadığından ve bu surette ilgili pazarda rekabet önemli ölçüde kısıtlanacağından münhasır çalışma şartının getirilemeyeceği, tespitlerinden hareketle,
- Fiyata ilişkin hükmün yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda düzeltilmesi,
- Aynı zamanda cep telefonu distribütörlerinin bayisi olan TAM'lar ile yaptığı sözleşmelerdeki münhasırlığa ilişkin hükümlerin çıkarılması,

- Uygulamada da fiyat tespiti anlamına gelen ve münhasır çalışmaya zorlayan eylemlere son verilmesi

yolunda Turkcell'e talimat verilmesi gerektiği,

5. Sim kilit uygulamasına ilişkin olarak;

- Satış esnasında tüketiciye sim kilitli bir cihaz satıldığının bildirilmesi,
- Uygulamanın belirli bir süreye tabi olması, yani süre bitiminden itibaren cihaz sahibinin isterse kilidi kaldırtabilmesi,
- Cihaz sahibinin süresinden önce de kilidi kaldırtmakta serbest olması ve süresinden önce kilit kaldırılması halinde tüketicinin hangi süre için ne kadar ücret ödeyeceği konusunda bilgilendirilmesi,
- Sim kilidin sübvansiyon kapsamında olmayan cihazlara uygulanmaması,

hususlarına ilişkin olarak Telekomünikasyon Kurumu'na görüş bildirilmesinin uygun olacağı

şeklinde görüş ve tekliflerini belirtmişlerdir.

H - İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. İLGİLİ PAZAR

İlgili pazar, sayısal hücreli mobil telekomünikasyon hizmetlerinin belirli karakteristik özellikleri itibarıyla, fiyat, kullanım amaçları, tüketici tercihleri açısından önce PSTN denilen sabit kablolu telefon hizmetleri ile, daha sonra analog mobil telekomünikasyon hizmetleri (NMT-450) ile, son olarak da kullanılan farklı frekanslara göre kendi aralarında ikame edilebilir olup olmadığına ve bunun yanısıra sürekli bir ihtiyacı karşılamaya uygun olup olmadığına⁶¹ bağlı olarak tespit edilmiştir.

Türkiye'de sayısal (dijital) hücreli mobil telekomünikasyon hizmetleri, halihazırda iki operatör tarafından GSM-900 şebekelerinden verilmektedir. GSM, dijital taşıyıcılar için Avrupa'da en yaygın şekilde kullanılan standarttır. Bu standardın içinde de GSM-900 ve GSM-1800 Avrupa'nın birçok ülkesinde ve uzakdoğuda yüksek bir kullanım oranına sahiptir. Zaman içinde sağlanan teknolojik gelişmeler ile birlikte verilen hizmet türleri çok çeşitlenmiş, bir sim kart ile birçok hizmetten faydalanmak mümkün hale gelmiştir. Bugün en yaygın kullanılan hizmetler konuşma ve daha sonra kısa mesaj gönderme olarak devam

⁶¹ "Telekomünikasyon sektöründe Avrupa Topluluğu rekabet kurallarının uygulanmasına yönelik rehber"de (Guidelines on the application of EEC competition rules in the telecommunications sector) yer alan ilgili pazar tanımına ilişkin önerilen kriterler dikkate alınmıştır.

etse de bunların yanısıra kısa mesaj bazlı data hizmetleri, faks, e-posta gönderme, mobil bankacılık, WAP, GPRS gibi daha birçok hizmet de tüketiciler tarafından kullanılmaktadır.

Bütün bu hizmet türleri göz önüne alındığında, GSM sistemi kullanılarak mekan sınırlaması olmaksızın her türlü kişisel iletişim olanağının 24 saat boyunca erişilebilir olduğu görülmekte, bu hizmetlerin sosyal hayatta ve profesyonel hayatta bir çok kolaylık yarattığı, farklı teknolojileri bir platform üzerinde birleştirerek kişinin "yakınsama"nın avantajlarından faydalanmasını sağladığı anlaşılmaktadır. Özellikle de mobil telefon penetrasyon oranı ve mobil operatörlerin sayısı arttıkça konuşma dışı katma değerli hizmetlerin kullanım oranının yükseleceği, operatörler arası rekabetin bu alanda yoğunlaşacağı bir çok ülke örneğinde gözlemlenmektedir. Bu hizmetlerin, sabit telefon hatları üzerinden sesli iletişim (PSTN) hizmetinden çok daha geniş kapsamlı olduğu ve çok farklı ve çok yönlü amaçları sağlamaya yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Bu iki şebekenin kesiştiği tek alan olan sesli iletişimde ise PSTN'in mekan ile sınırlı olduğu göz önüne alındığında söz konusu hizmetlerin birbirinin yerine geçebilmesinden bahsetmek güç görünmektedir. Bu iki hizmet türünün daha çok birbirini tamamlaması söz konusu olabilir. Evinde sabit telefonu olan bir kişi ayrıca mobil telefon sahibi de olmaktadır. Aynı durum işyerlerinde, ofis içinde ve ofis dışında işleri yürütebilmek amacıyla hem sabit telefon hem de mobil telefonun kullanılması şeklinde gerçekleşmektedir. Evrensel hizmet niteliğine bağlı olarak sabit telefon konuşma tarifeleri, şimdilik ağırlıklı olarak özel hizmet niteliği taşıyan mobil iletişime ilişkin konuşma tarifelerinden daha düşüktür. Bu bilgiler ışığında, büyük oranda farklı nitelik taşıyan ve farklı amaç ve ihtiyaçlara yönelik olan sabit telefon hizmetleri ile mobil telefon hizmetlerinin ikame edilebilirliğinden söz edilemeyeceği, buna dayalı olarak da söz konusu hizmetlerin aynı pazar içinde yer almasının mümkün olmadığı görülmektedir.

GSM hizmetlerinin analog hizmetler kategorisinde yer alan NMT-450 standardından verilen mobil hizmetler karşısında teknik olarak üstünlükler taşıması ve hizmet çeşitlendirmesine çok daha elverişli olması, bu nedenle dünyada analog mobil hizmetlerin çok sınırlı bir gelişme gösterebilmiş olması, Türkiye'ye özgü olarak bu standarda uygun araçların özel olarak üretiminin maliyetinin fazla olması ve sadece karayollarında bazı kapsama avantajlarına da paralel olarak daha çok araç telefonu fonksiyonu ile sınırlı kalmasından ötürü, GSM hizmetleri ile aynı hizmet kategorisi içinde algılanamayacağı, dolayısıyla bu hizmetlerin tüketici tercihleri açısından ortak bir talebe konu olmadığı, ortak bir

ihtiyacı karşılamadığı, tüm bunların sonucunda da aynı pazar içinde ele alınamayacağı anlaşılmaktadır.

Son olarak, GSM-900 ile GSM-1800 şebekeleri üzerinden sunulan telekomünikasyon hizmetleri incelendiğinde, tüketici açısından bu hizmetlerin bir değişiklik yaratmadığı, aynı türde ve çeşitte hizmetlerin iki şebeke üzerinden de sağlanabildiği görülmektedir. Dolayısıyla GSM-900 ve GSM-1800'den sunulan hizmetler, dual-band cihazları kullanmak koşuluyla tam olarak aynı türde ihtiyaçları sağlamaya yönelik olduğundan birbirini tam olarak ikame edebilen hizmetlerdir. Bu bakımdan ilgili ürünün bu iki standardı da kapsayacak şekilde "GSM hizmetleri" olarak, ilgili ürün pazarının da "GSM hizmetleri pazarı" olarak belirlenmesi gerekmektedir.

İlgili coğrafi pazar ise, GSM hücresel mobil telefon sistemi kurulması, geliştirilmesi ve işletilmesine ilişkin lisansların "*Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde ve tüm yurt sathını kapsayacak şekilde*" verilmiş olmasından ötürü "Türkiye Cumhuriyeti"dir. Bu değerlendirmeler sonucunda ilgili pazar, "Türkiye GSM hizmetleri pazarı" olarak belirlenmiştir.

GSM hizmetlerinin tüketiciye ulaşması, başka bir deyişle bir abonenin kendisine tahsis edilen GSM hattını kullanabilmesi, tüketicinin bu sisteme uyumlu bir cihaza sahip olması ile olanaklıdır. Bu durumda "GSM cep telefonu pazarı" bağlantılı pazar olarak tespit edilmiştir.

H.2. HAKİM DURUM TESPİTİ

Turkcell'in hakim durumuna ilişkin tespitler aşağıda açıklanmıştır.

H.2.1. Pazar Gücünün Tespiti

H.2.1.1. Pazar Payı

Pazar payı, hakim durumun tespitinde tek başına yeterli olmayan ancak diğer faktörlere göre her zaman öncelikli öneme sahip olan bir

göstergedir⁶². Çok yüksek pazar payı ise hakim durumun varlığına ilişkin güçlü bir emaredir⁶³.

Belirli ve uzunca bir süre boyunca sabit bir şekilde seyreden pazar payları, genelde bir pazarda faaliyet gösteren firmaların, o pazarda sahip oldukları pazar gücünün bir ifadesidir. Dolayısıyla uzunca bir süre yüksek bir pazar payını koruyabilmiş olan teşebbüsün hakim durumda olduğu veri kabul edilebilir⁶⁴.

Bir teşebbüsün pazar payının, en yakın rakiplerinin pazar payı ile karşılaştırılması sonucu ortaya çıkacak tablo da hakim durum tespitinde rol oynayabilmektedir. Hakim durumda olduğu iddia edilen firmanın pazar payı, yakın rakiplerinden açık farkla fazla ise bu, hakim durumun tespitinde önemli bir gösterge olarak değerlendirilebilir⁶⁵.

Turkcell ve Telsim'in 1994'ten 2000 Temmuz'a kadar geçen altı yıllık sürede edindikleri abone sayısına dayalı olarak belirlenen pazar paylarının seyri aşağıdaki gibidir.

⁶² Nitekim 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un hazırlanmasında yararlanılan Avrupa Birliği rekabet mevzuatında ve uygulamasında aynı doğrultuda değerlendirmeler yapılmıştır. Örneğin Hoffmann-La Roche v. Commission Davasında Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, hakim durumun tespitinde hiçbiri tek başına belirleyici olmayan faktörler arasında en büyük öneme sahip olanın yüksek pazar payları olduğunu belirtmiştir. Michelin v Commission Davasında ise %57 ve %65 pazar payları, karşıt herhangi bir göstergenin yokluğunda, hakim durum için yeterli kanıt sayılmıştır.

⁶³ Yine Hoffmann-La Roche v. Commission Davasında Adalet Divanı bu değerlendirmeyi yapmıştır.

⁶⁴ Hoffmann-La Roche Kararında Adalet Divanı, bir teşebbüs tarafından "bir süre" boyunca korunan yüksek pazar payının, söz konusu teşebbüsün ilgili pazarda "kaçınılmaz ticari taraf" olmasına imkan verdiği, bunun ise hakim durum tespitinde önemli bir kriter olan "teşebbüsün davranışlarında bağımsız olması"na yol açtığını belirtmiştir. AKZO Chemie BV v Commission Davasında ise en az üç yıl boyunca süregelen %50'lik pazar payı, hakim durumun varlığına ilişkin güçlü bir kanıt olarak kabul edilmiştir.

⁶⁵ Adalet Divanı Hoffmann-La Roche Kararında, A vitamini pazarında %47 pazar payına sahip firmanın, rakiplerinin %27, %18 ve %7'lik pazar payları karşısında hakim durumda olduğunu kabul etmiştir. (Burada pazar "dar oligopolistik pazar" olarak tanımlanmıştır.)

Tablo - 1: Turkcell ve Telsim Pazar Payları (1994-2000 Temmuz)

Yıllar	TURKCELL		TELSİM	
	Yıllık %	Toplam %	Yıllık %	Toplam %
1994	78	78	22	22
1995	64	68	36	32
1996	90	80	10	20
1997	74	77	26	23
1998	64	69	36	31
1999	68	69	32	31
2000	67	69	33	31

Temmuz 2000 itibarıyla, Turkcell'in toplam 8.037.000 [6.176.500'i sonradan ödemeli (postpaid-faturalı), 1.860.500'i ön ödemeli (prepaid-faturasız)], Telsim'in ise toplam 3.633.398 (2.970.419'u sonradan ödemeli, 662.979'u ön ödemeli) abonesi olduğu bilinmektedir.

Turkcell'in hem pazar payının piyasaya girişten itibaren rakibinden açık farkla fazla olması, hem de bu durumun altı yıl boyunca korunmuş olması Turkcell'in pazardaki gücünün yüksekliğine ilişkin önemli bir gösterge teşkil etmektedir. Ancak GSM hizmetleri pazarında faaliyet gelirlerinin abonelerin hizmetleri kullanmalarından oluştuğu, operatörlerin aboneleri sunulan hizmetleri kullanmaya teşvik etmek için yeni hizmetler geliştirerek ve kullanım avantajları sağlayarak rekabet ettikleri dikkate alındığında, ses ve veri iletişimi için toplam kullanım miktarlarına ve bu kullanımlardan elde edilen gelirlere ilişkin rakamlar, şirketlerin pazardaki konumları ve pazar payına dayalı olarak hakim durumun tespiti açısından oldukça önemlidir.

Bu çerçevede, operatörlerin hizmetlerinin aboneler tarafından ne oranda kullanıldığına ilişkin en önemli gösterge, "sesli telefon" hizmetinin en çok kullanılan hizmet olması ve gelirin en büyük kısmını oluşturması itibarıyla, konuşma süreleri olmaktadır. 1998 - 2000 yıllarında Turkcell ve Telsim'in abone başına aylık ortalama kullanım süreleri aşağıda yer almaktadır.

Tablo - 2: Turkcell Abone Başına Aylık Ortalama Kullanım Süreleri

Yıl	Kullanım
1998	164 dk.
1999	132,9 dk.
2000	125 dk.

Tablo - 3: Telsim Abone Başına Aylık Ortalama Kullanım Süreleri

Yıl	Kullanım
1998	69,03 dk.
1999	59,14 dk.
2000	45,57 dk.

Kullanım sürelerinin abone sayılarına dayalı pazar payları çarpımı sonucu ortaya çıkan rakamlara göre, Turkcell'in pazar payı yaklaşık %83 civarında belirlenebilmektedir.

Kullanım sürelerine ilişkin son üç yılın verilerinin karşılaştırılması, Turkcell abonelerinin kullanım oranlarının Telsim'inkilere göre daha fazla (iki katından fazla) olduğunu ortaya koymaktadır. Bu açıklamalar göstermektedir ki, Turkcell hizmetlerinin aboneler tarafından daha fazla oranda kullanılıyor olması nedeniyle Turkcell'in pazardan aldığı pay, rakibine kıyasla abone sayısına dayalı olarak belirlenen paydan daha da yüksek olarak ortaya çıkmaktadır.

H.2.1.2. Talebin Yapısı

Telsim'in cihaz distribütörlerine çoğunlukla Turkcell'den daha fazla destek verdiği, bu sayede de aynı markada ve modelde telefonların çoğu zaman Telsim hatlı satış fiyatlarının Turkcell hatlı satış fiyatlarından daha ucuz olduğu bilinmektedir. Örneğin Mart 2000'de Ericsson A 1018 model telefonun Turkcell hatlı satış fiyatı ortalama 70.000.000 TL iken Telsim hatlı ortalama satış fiyatı 50.000.000 TL olarak gerçekleşmiştir. Nokia 3210'un Turkcell hatlı fiyatı 146.500.000 TL iken Telsim hatlı fiyatı 120.000.000 TL olmuştur. Aynı döneme ait Telsim ve Turkcell'in abonelik rakamları, bu rakamların söz konusu markalara dağılımı ve abonelik iptal rakamları ise bu tablo ile ters bir ilişki sergilemekte, Telsim hatlı cihazların fiyatlarındaki söz konusu ucuzluğa rağmen Turkcell hatlı cihaz satışlarının daha fazla gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Mart 2000'de Turkcell'in toplam abonelik rakamı 276.246 olarak, Telsim'in toplam abonelik rakamı ise 105.615 olarak gerçekleşmiş, bu rakamların markalara dağılımına bakıldığında ise toplam %28 olan Ericsson satışlarının %89'unun Turkcell hatlı satışlardan, %11'inin Telsim hatlı satışlardan kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Toplam cihaz satışları içinde Mart ayında %32 paya sahip Nokia satışlarının %72'sinin Turkcell, %28'inin Telsim hatlı satışlardan oluştuğu anlaşılmaktadır. Bu aya ilişkin şebeke değiştirme rakamlarına bakıldığında ise, diğer şebekeden Turkcell'e geçişlerin 1162 adet olduğu, Turkcell'den diğer şebekeye geçişin ise sadece 89 olduğu görülmektedir. Mart ayına ilişkin yapılan bu tespitlerin büyük ölçüde piyasanın genel durumunu yansıtıyor olduğu,

diğer aylara ve kümülatif olarak yıllara ilişkin verilerle de desteklenmektedir. Şebekeler arası geçiş rakamlarının 1998 Nisan-2000 Nisan arası seyri ise aşağıdaki gibidir.

Tablo - 4: Şebekeler Arası Geçiş Rakamları (1998-2000 Nisan)

	1998	1999	2000
Telsim'den Turkcell'e	5.507	41.133	5.871
Turkcell'den Telsim'e	676	451	342

Yukarıda yer verilen bu veriler rakip operatör hattı ile satılan cep telefonlarının daha ucuz olmasına rağmen Turkcell hatlarına olan talebin azalmadığını göstermektedir. Turkcell hatlarına olan talebin bu yapısı ise Turkcell'in rekabetçi bir piyasada geçerli olmayacak uygulamalarda bulunma olanağına sahip olmasına neden olmaktadır.

H.2.1.3. Pazara Giriş Engelleri

Bir teşebbüsün bir pazarda pazar gücüne dayalı olarak rekabetçi olmayan uygulamalarda bulunabilmesi, potansiyel rakiplerin pazara kolaylıkla girememelerine de bağlıdır. Dolayısıyla hakim durum tespitinde bir pazara girişte karşılaşılan zorlukların düzeyi ve çeşidi önem kazanmaktadır.

H.2.1.3.1. Yasal Giriş Engelleri

Bir pazarda faaliyet gösterebilmek için bir kamu otoritesi tarafından tahsis edilen herhangi bir münhasır hak, o pazarda giriş engeli yaratmaktadır. Bu çerçevede kamusal otorite kullanan bir kurum bir imtiyaz, bir işletme lisansı, faaliyette bulunabilmek için bir izin, ruhsat alma mecburiyeti söz konusu pazara girmek isteyen yeni teşebbüsler için "yasal veya idari giriş engeli" oluşturmaktadır.

Türkiye'de GSM-900 standardında hücreli mobil iletişim hizmetleri, 1994 yılında Türk Telekom'un Turkcell ve Telsim ile düzenlediği "gelir ortaklığı" sözleşmeleri ile başlamıştır. 01.08.1996 tarih ve 4161 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle sözkonusu gelir ortaklığı sözleşmelerinin, lisans sözleşmelerine dönüştürülmesine yönelik çalışmalar hız kazanmış ve lisans anlaşmaları 27 Nisan 1998'de imzalanmıştır.

Yukarıda özetlenen süreçten anlaşılacağı üzere soruşturma dönemini kapsayan süre içinde GSM-900 bandında, lisans sözleşmeleri uyarınca faaliyet gösteren iki operatör şirket bulunmaktadır. 13.3.2000 tarihli ilk GSM 1800 ihalesini kazanan İş Bankası - Telekom Italia Konsorsiyumu (İş-Tim) "Aria" adıyla 2001 Mart'ta faaliyete başlamıştır.

Türk Telekomünikasyon A.Ş. (TTAŞ)'in GSM operatörü "Ay-cell" ise yakın zamanda faaliyete başlayacaktır. Dolayısıyla 2001 yılı içinde (sunulan hizmetler açısından bir farklılık taşımaması yönüyle aynı pazar içinde değerlendirilmesi gereken 900 ve 1800 MHz frekans bantları üzerinden yürütülecek olan) mobil iletişim hizmetlerine ilişkin pazar, mevcut durumda üç aktörlü hale gelmiş olmakla beraber, yakın zamanda dört aktörlü konuma gelecektir.

Yukarıdaki açıklamalardan Ulaştırma Bakanlığı⁶⁶ tarafından verilen lisans olmaksızın herhangi bir aktörün pazara girişinin söz konusu olmadığı, yani ortada yasal bir giriş engeli bulunduğu anlaşılmaktadır. Teşebbüs sayısının devlet tarafından belirlendiği bu pazarda faaliyet gösteren az sayıda operatör, diğer rekabetçi sektörlerde olduğu gibi bir potansiyel rekabet tehdidi ile karşı karşıya değildir.

H.2.1.3.2. Diğer Giriş Engelleri

Devletten imtiyaz alınarak GSM hizmetleri piyasasında faaliyet göstermeye hak kazanan bir teşebbüsün söz konusu piyasadaki varlığına "hukuken" izin verilse dahi, o teşebbüsün "fiili" olarak piyasaya girebilmesi ve piyasada kaydadeğer bir güce ulaşabilmesi belirli bir süreci gerektirmektedir. Daha önceden piyasada var olan operatörlerin konumları ise yeni girişten sonradan girenlerin etkinlik kazanabilecekleri sürecin zorluk seviyesi ve uzunluğu ile ters orantılı bir şekilde etkilenecektir. Başka bir deyişle, bu süreci uzatan ve zorlaştıran engellerden bahsedilebildiği ölçüde, mevcut operatörlerin pazardaki konumları ve güçleri garanti altında olacak, rekabetçi olmayan davranışlarda bulunma olasılıkları o kadar artacak, hakim durumun varlığından bahsetmek de bu durumda o kadar kolaylaşacaktır. Bu engeller aşağıda açıklanmıştır.

H.2.1.3.2.1. Batık Maliyetler

Pazara girişin başarılı olamaması halinde telafi edilemeyecek olan maliyetlerin tümü batık maliyetlerdir. Bu kapsamdaki maliyetler üretim, araştırma ve geliştirme, dağıtım ve pazarlama gibi ilgili teşebbüsün faaliyet gösterdiği alana göre farklılıklar göstermektedir. Fabrika ve diğer üretim faktörlerine yapılan ve girişin başarılı olmaması durumunda telafi edilemeyecek olan tüm üretim harcamaları pazara giriş engeli yaratmakta olup, konu GSM hizmetleri piyasasına ilişkin olarak aşağıda değerlendirilmiştir.

⁶⁶ 4673 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi sonrasında işletmecilere yetki belgesi verilmesi görevini Telekomünikasyon Kurumu üstlenmiştir.

H.2.1.3.2.1.1. Altyapı Yatırım Maliyetleri

GSM hizmetleri pazarında büyük çoğunluğu batık maliyetler kapsamına giren altyapı yatırım maliyetleri, teşebbüslerin harcamalarının en büyük kısmını oluşturmaktadır. Bu maliyetlerin batık maliyet olarak nitelendirilmesinde asıl etken operatörlerle imzalanan lisans sözleşmelerinin "Sözleşme, uzatılmadığı takdirde lisans süresinin bitiminde kendiliğinden sona erer. Bu durumda işletmeci, GSM sistemine ait merkezi işletme birimleri olan network management center, gateway santrallerini ve merkezi abone işleri sistemi (her türlü teknik donanımı dahil) ile sistemin işleyişini etkileyici tüm teçhizatı ve bu teçhizatın kurulu bulunduğu işletmecinin kullanımında olan taşınmazları Bakanlığa veya Bakanlığın göstereceği kuruluşa bedelsiz olarak devredebilir" şeklindeki 47. maddesidir.

Altyapı maliyet kaleminin büyüklüğü, pazarda faaliyet gösteren aktörlerin kendilerine talep yaratabilme süreçlerini uzatabileceği gibi, bir çok aktör üzerinde de piyasaya girme konusunda caydırıcı etki yaratabilecektir.

GSM operatörleri, imzalamış oldukları lisans sözleşmelerinde yer alan altyapı yükümlülüklerinin yerine getirilmesi, bunun yanısıra abone sayısındaki artışa paralel olarak teknik kapasitelerinin artırılabilmesi ve sunulan hizmetlerin çeşitlendirilebilmesi için sürekli olarak altyapılarının geliştirilmesi zorunluluğu ile karşı karşıyadırlar. Operatörlerin hızla değişen koşullar çerçevesinde sık sık teknolojilerini güncellemeleri ve diğer teknoloji pazarları ile gerekli bağlantıları kurmaları gereklidir. 1999 yılında Turkcell abonelerinin sayısındaki patlamaya paralel olarak ek şebeke yatırımları yapılmış, bu şekilde maddi ve gayri-maddi varlıklar %80 artırılmıştır:

Tablo - 5: Turkcell Yatırım Harcamaları (000 ABD \$) (1997-1999)

	%Artış (1999- 1998)	1997	1998	1999
<i>Operasyonel Duran Varlıklar</i>	%140	269.210	457.723	1.099.202
<i>Operasyonel Olmayan Duran Varlıklar</i>	%192	19.846	59.926	174.768
<i>Maddi Olmayan Varlıklar</i>	%169	54.726	102.457	275.981
<i>Lisans</i>	%1	-	500.000	504.800
<i>Devam Eden İnşaatlar</i>	%65	76.436	227.392	375.878
TOPLAM	%80	420.218	1.347.498	2.430.62

				9
--	--	--	--	---

Turkcell'in yeni abone başına yapılan yeni yatırım oranlarına bakıldığında da şebeke yatırımlarının önemi anlaşılmaktadır:

Tablo - 6 : Turkcell Abone Başına Yeni Yatırım (1997-1999)

	1997	1998	1999
Yeni Yatırım/Yeni Abone (ABD \$/abone)	235	356	345
Yeni Abone Sayısı	582.025	1.199.640	3.124.588
Yeni Yatırım (000 ABD \$) (lisans bedeli dışındaki)	136.633	427.280	1.078.331

GSM hizmetlerinin temel hizmetler ile sınırlı kalmayarak, bankacılık hizmetleri, fatura bilgi hattı, flaş haber gibi SMS (kısa mesaj servisi) bazlı uygulamaları ile WAP, GPRS ve benzer data uygulamalarının geliştirilmesi, tüketicilerin bu hizmetleri kullanmaya yönlendirilmesi, hizmet çeşitliliği üzerinden rekabetin yaşandığı bir ortam yaratmaktadır. Temel ve yukarıda örnekleri verilen katma değerli hizmetlerin etkin ve hızlı yürütülmesi, teknik arızaların en aza indirilmesi de kalite rekabetini oluşturmaktadır. Hizmet çeşitliliği ve kalitesi üzerinden yürütülecek rekabet özellikle de operatör ve GSM abonelerinin sayısının artması ile önem kazanmaktadır. Bu durumda gerekli teknoloji yatırımlarını yapmakta geciken veya zorluklar yaşayan operatörlerin rekabet etme gücü azalacaktır. Bu açıdan altyapı için yapılan harcamaların büyüklüğü pazara fiili giriş engeli yaratmaktadır.

H.2.1.3.2.1.2. Pazarlama, Satış ve Dağıtım Harcamaları

GSM hizmetlerinin operatörler tarafından kullanıcıya ulaştırılması pazarlama, satış ve dağıtım için yüksek miktarda harcamayı gerektirmektedir. Bu harcamalar içinde dağıtım ağının kurulması ve işletilmesi, ürün yönetimi, pazar araştırmaları, direkt pazarlama, tanıtım ve reklam harcamaları vb. kalemler yer almaktadır. Bu kalemlerin büyüklüğü, yeni operatörlerin pazarda etkinlik göstermelerini kısıtlayabilmektedir.

GSM hizmetleri yüksek teknoloji içerdiğinden ve kullanıcı için yabancı ve karmaşık olduğundan, bu servislerin pazarlanması, operatörler için yüksek tanıtım harcamalarını gerektirmektedir. GSM hizmetlerinin uygulamada cihazlar ile birlikte satılması, çoğu zaman operatör tarafından, distribütörlerle düzenlenen kampanyalarda cihazların tanıtımını içeren reklam harcamalarının bir kısmının üstlenilmesini de beraberinde getirmektedir. Yazılı ve görsel medyada

yayınlanan reklamlar ve pazarlamaya ilişkin diğer harcamalar, mevcut operatörlerin maliyetlerinde önemli bir kalemi oluşturmaktadır.

Bu konuda Turkcell'in rakamlarına bakıldığında toplam pazarlama, satış ve dağıtım harcamalarının 31.12.1999 tarihi itibarıyla 96,5 trilyon TL olduğu, bu harcamalardan 9,7 trilyon TL'sinin yazılı ve görsel medyada yer alan reklamların karşılığı olduğu anlaşılmaktadır.

Telsim'in 31.12.1999 tarihi itibarıyla pazarlama, satış ve dağıtım harcamalarına bakıldığında ise Turkcell'in aynı döneme ilişkin harcama rakamlarıyla neredeyse aynı olmak üzere 95,3 trilyon TL olduğu görülmektedir. Ancak Turkcell'e göre bunun daha büyük bir kısmı, 1999 yılı için 11,9 trilyon TL'si reklam harcamalarından oluşmaktadır.

Başlangıçta yaşadığı bir takım dezavantajlar ve çeşitli yönetsel ve operasyonel nedenlerle Turkcell'e göre daha sınırlı bir büyüme kaydeden Telsim'in, pazardaki varlığını koruyabilmek için özellikle de son zamanlarda Turkcell'in harcamalarını aşan reklam ve tanıtım harcamalarına girdiği görülmektedir. Telsim, 1999 yılında Turkcell'in reklam harcamalarından 2,2 trilyon TL daha fazla, 2000 yılında ise Turkcell'in reklam harcamalarının iki katı maliyet altına girmiştir.

H.2.1.3.2.2. Ürün Bağımlılığı ve Şebeke Dışsallıkları

Ürünlerinin ayırt edilebilir bir kalitede olduğunun algılanmasını sağlayabilen bir üretici, ürününe karşı bir tür marka bağımlılığı yaratacağından belirli bir miktar pazar gücünü garanti edebilecek ve ayrıca müşterilerinin tümünü kaybetme riski olmaksızın fiyatlandırma dahil olmak üzere çeşitli satış stratejilerini uygulayabilme olanağına sahip olacaktır. Bu bağımlılık, potansiyel üreticilerin "*henüz bilinmeyen*" ürünlerini piyasaya sunmalarını güçleştirecektir.

Tüketiciler ürünleri kalitelerindeki veya performanslarındaki farklılıklar gibi nedenlerle birbirinin tam ikamesi olarak görmeyebilirler. Bunların yanısıra bir markadan diğerine geçmek bir takım maliyetleri beraberinde getirebilir. Dolayısıyla tüketici bir kere böyle bir ürünü satın aldıktan sonra o ürüne bağımlı hale gelmektedir.

Reklamlar sayesinde üreticiler tüketicinin, ürünlerin kalitesine ilişkin kanılarını etkilemek ve benzer veya aynı ürünler arasında doğal olmayan farklılıklar algılamalarına yol açmak suretiyle sosyal maliyetler yaratabilirler. Ancak çoğu zaman farklılaşma algılanan değil de gerçek nedenlere de dayanabilir. Satış sonrası servisler, garanti servisleri, ürüne ilişkin alışkanlıklar, geçiş maliyetleri gibi nedenler müşterinin belirli bir ürüne bağlılığını sağlayabilmektedir. Bir kere bu bağımlılık

gerçekleştikten sonra müşterinin diğer bir markaya geçmesi zorlaşacağından, ürün farklılaşması üreticiye belirli bir düzeyde davranış serbestisi sağlamaktadır. Ancak bu noktada farklılaşma ile ikame edilebilirliğin ayrı kavramlar olduğu unutulmamalıdır.

Turkcell örneğinde ise aşağıda yer verilen çeşitli nedenlerden bu firmanın GSM hizmetlerinde bir farklılaşma yaratabildiği ve hizmetlerine karşı bir marka bağlılığı oluşturabildiği görülmektedir.

Lisanslı döneme daha fazla abone ile başlanması, altyapı çalışmalarının kesintisiz ve etkin bir şekilde sürdürülmesi ve kapsama alanında gerekli büyüklüklere rakibinden daha önce ulaşabilmesi, etkin ve münhasır çalışan bir dağıtım ağının kurulması ve ileride de değinilecek olan bu gibi operasyonel hususlar ve Türk telekomünikasyon mevzuatında numara taşınabilirliğinin düzenlenmemiş olmasının aboneler açısından yaratacağı geçiş maliyetleri nedenleriyle Turkcell sadık bir tüketici kitlesi kazanmıştır.

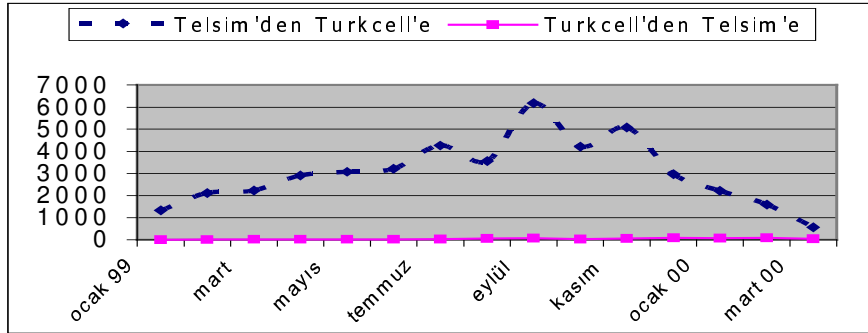
GSM hizmetleri pazarında Turkcell'in pazar gücü üzerinde büyük ölçüde belirleyici bir role sahip olması nedeniyle üzerinde durulması gereken bir konu da, bu piyasada "*şebeke dışsallıkları*"nın varlığıdır. Şebeke dışsallıkları, şebeke pazarlarında (kablolu-kablosuz telefon, faks, e-posta şebekeleri, vb) her bir tüketicinin diğer tüketicilerin şebekeye katılmalarından fayda sağlaması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla GSM hizmetleri pazarında GSM abonesi olmak isteyen bir kişi olabildiğince çok fayda sağlayabilmek için en fazla sayıda aboneyi bünyesinde bulunduran, yani en yaygın olan GSM şebekesinin parçası olmak isteyecektir.

Turkcell'in, ilk olmanın sağladığı avantajla beliren liderliği, ilerleyen dönem-lerde gittikçe artan abone sayısı ile devam etmiştir. Tüketicilerin bu piyasada yaygın olan şebekeyi tercih etmeleri büyük ölçüde şebeke içi tarife indirimlerinden fayda sağlamak istemelerine bağlıdır. Diğer bir neden ise tüketicilerin aynı şebeke içinde iletişimin teknik olarak daha sorunsuz olacağına dair kanıdır. Ancak Turkcell'in tercih edilmesine neden olan ve bu pazarın bir şebeke pazarı olmasından kaynaklanan doğal (operatörlerin uygulamaları sonucu oluşmayan) bir etken, şebekelerin gelecekteki durumu hakkındaki tüketici beklentileridir. Turkcell'in rakibine kıyasla çok daha fazla sayıda aboneye sahip olması, bu şebekenin gelecekteki büyüklüğü hakkında tüketicilerin olumlu beklentiler içine girmelerine yol açmaktadır. Bu durumda şebekenin bugünkü konumu büyük ölçüde gelecekteki konumunun da belirleyicisi haline gelmektedir. Tüketiciler büyük bir

şebekenin parçası olmayı daha güvenli bulmakta, hizmetlere ve altyapıya ilişkin teknik gelişmelerden daha fazla yararlanabileceklerini düşünmektedirler. Yeni giriş yapan bir operatörün de, kritik sayıda bir kullanıcı kitlesi elde etmeksizin, söz konusu dışsallıkları yaratma kabiliyeti olmayacak; bu durumda pazarda köklü bir değişim yaratacak bir yenilikle pazara girmesi olasılığı dışında, pazarda yerleşik şebeke olan Turkcell karşısında yeterli derecede rekabet gücü olmayacaktır.

Sonuç olarak Turkcell, yaygın kullanımın yarattığı dışsallıklar nedeniyle çok etkin bir şekilde abone sayısını korumakta ve arttırmakta; bu durum doğal olarak rakibi Telsim'in pazar payını koruyabilmesini güçleştirmektedir.

Dolayısıyla ürün bağımlılığı, açıklanan bu dışsallıklar ile, normal ürün pazarlarına oranla daha da bağlayıcı etkiler doğurmakta, Turkcell'i seçen bir tüketici "*kuvvetle muhtemel*" bu seçimiyle bağlı kalacağı gibi, iletişim halinde olduğu başka tüketicilerin de aynı tercihi yapmalarına neden olabilecektir. Bu durum ise pazara girişi zorlaştırmaktadır.



Yukarıda yer verilen şebekeler arası geçiş rakamlarının seyrini gösteren şekil de bu sonucu destekler niteliktedir.

H.2.1.3.2.3. Dikey Bütünlük

Bir pazarda bir firmanın rakiplerine göre daha etkin pazarlama ve dağıtım olanaklarına sahip olması, firmanın diğerleri karşısında belli bir maliyet avantajı elde etmesine neden olabilir. Bu da o firmanın rakiplerinin pazara fiili girişini geciktirebilir. Bu durumda bir giriş engelinden bahsedilebilir.

Çeşitli pazarlama ve dağıtım kanallarından faydalanma olanaklarını, bu kaynakları kendine bağımlı hale getirerek kısıtlayan firma, faaliyette bulunduğu pazara yeni girişleri zorlaştırmaktadır.

Turkcell'in, uyguladığı çeşitli yöntemler ile pazarda dağıtım avantajını ele geçirdiği anlaşılmaktadır. Turkcell sim kartlarını cihaz ithalatçılarına (marka distribütörleri ve paralel ithalatçılar) satmakta, bu ithalatçılar kartları cihazlar ile eşleştirerek bayilerine göndermekte, buradan da nihai tüketiciye satış yapılmaktadır. Ancak bu bayiler çoğu zaman ikili bir yapı sergilemekte, aynı zamanda operatör adına hat aktivasyon işlemlerini de yürütmektedir. Hat aktivasyonu yapmaya yetki kazanan bayilere aktivasyon merkezi denmektedir. Bugün Turkcell'in yaklaşık 610 aktivasyon merkezi (TAM) bulunmaktadır. Bağımsız çalışan alt bayiler de (6500 civarında) Turkcell hatlı cihazların satışını yapmaktadır. Bu alt bayilerden 4381'i bir aktivasyon merkezine bağlı olarak çalışan abone noktaları (TAN) olarak 2000 yılı yazı itibarıyla yeni bir statü kazanmıştır. Bu merkezler dışında sadece ön ödemeli kart ve bunların kontör yükleme kartlarının pazarlama, satış ve dağıtımını yapmak üzere kurulan A-Tel Pazarlama ve Servis Hizmetleri A.Ş. (A-TEL) aracılığıyla 3700 gazete bayisinde söz konusu kartların satışı yapılmaktadır. Dolayısıyla ön ödemeli kart satışları yukarıda bahse konu olan bayilerin yanısıra gazete bayileri üzerinden de yapılmaktadır.

Yukarıda genel hatları çizilen dağıtım ağı içerisinde bazı distribütörler (KVK, Genpa, Tekofaks ve Ertel) ve TAM'lar ile münhasır koşullarla çalışılmakta, TAN'larla da pratikte bu münhasırlık sağlanmaktadır (Bu konuda H.3 bölümünde ayrıntılı açıklamalar yer almaktadır). Bu durumun diğer bir açıklaması, yukarıda adı geçen dört distribütör ile aktivasyon işlemlerinin yapıldığı merkezlere rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmiş olmasıdır. Ayrıca Turkcell tarafından uygulanan çeşitli destek ve bağlılık programlarının da pratikte Turkcell lehine bu ağın genişlemesinde etkisi olduğu ve Turkcell'e ilişkin bir marka bağımlılığı yarattığı söylenebilir.

Buraya kadar bahsedilenler, Turkcell'in gerçek kişilere satış yapan satıcılara yönelik politikalarını yansıtmaktadır. Bunların yanısıra Turkcell'in iştiraklerinden olan Corbuss adlı şirket, Turkcell'in kurumlara yönelik satış politikalarını belirlemektedir. Corbuss, özellikle büyük şirketlere çeşitli kurumsal çözümler yaratmakta, bu şirketlere özelleştirilmiş hizmetler sunmaktadır. Dolayısıyla kurumsal çözümler sunan bir satış kanalından da bahsedilmesi gerekmektedir.

Görüldüğü üzere Turkcell'in geniş, etkin ve büyük ölçüde bağımlı bir dağıtım ağı bulunmaktadır. Bu durumun pratikte yarattığı sonuçlara bakacak olduğumuzda;

4381 alt bayi TAN kimliği altında Turkcell ile çalışmaktadır. TAN sözleşmesinde münhasır çalışmaya ilişkin bir hüküm bulunmasa dahi, pratikte (ileride ayrıntılarına yer verilecek olan TAM'lar ile TAN'lar arasında imzalanan sözleşmelerle de sağlandığı üzere) buraların rakip teşebbüs ile çalışmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla yeni oluşturulan TAN sisteminin de esasında bayi bağımlılığını artırmanın bir yolu olarak tercih edildiği görülmektedir.

610 olan TAM sayısının, rakip Telsim'in 220 Telsim Shop'u karşısında oldukça yüksek olduğu açıktır. TAM'lar sadece Turkcell hatlarının aktivasyonunu yapmaktadırlar. A-Tel aracılığıyla Turkcell hazır kartlarının satışını yapan 3700 gazete kiosku da sadece Turkcell kartları satmaktadır. Hazır kartlar için kullanılan kiosklar gerek yaygınlığı, gerek kolay ulaşılabilirliği ile etkin satış yerleridir.

Turkcell'in münhasır olarak çalıştığı KVK, Genpa, Tekofaks ve Ertel Turkcell satışlarının %81'ini gerçekleştirmektedir. Turkcell de GSM hizmetleri piyasasının %70 abonesini elinde bulundurduğuna göre, bu dört distribütör Türkiye'de yapılan toplam aktivasyonların yaklaşık %60'ını gerçekleştirmektedir.

Turkcell ön ödemeli kart satışlarında sadece A-Tel, KVK, Genpa ve Tekofaks ile (A-Tel, KVK ve Genpa ağırlıklı olmak üzere) çalışmaktadır. Bunlar dışındaki cihaz ithalatçısına ön ödemeli kart satışı yapılmamaktadır. En yüksek gelişme potansiyeli gösteren pazar segmentini oluşturan ön ödemeli kart sisteminde yeni abone kayıtlarının %69'unu Turkcell'in gerçekleştirdiği göz önüne alındığında, yukarıda sayılan firmalar dışında bütün cihaz ithalatçılarının bu gelişmenin dışında kaldığı anlaşılmaktadır.

Turkcell'in GSM cihazları piyasasının yaklaşık %60'ını elinde bulunduran dört distribütör ile münhasırlık şartı ile kampanya düzenlemesi, yapılan cep telefonu satışlarının ise tamamına yakınının kampanyalar dahilinde gerçekleşmesi sonucu, mevcut ve potansiyel rakiplerin Turkcell'in birlikte kampanya düzenlediği distribütörler ile çalışması zor görünmektedir. Özellikle de bu distribütörlerden KVK'nın Turkcell ile aynı grubun bünyesinde olması, Genpa ile bir takım stratejik ortaklıklara girilmiş olması (Mobicom'da), A-tel'de de KVK'nın %50 ortaklık payının bulunması Turkcell'in birlikte çalıştığı dağıtıcı firmaların büyük ölçüde kendine bağımlı olması sonucunu doğurmaktadır.

Telsim, Turkcell'in münhasır distribütörlerinin dağıtımını üstlendiği Ericsson, Alcatel, Panasonic gibi önemli markaları ise ancak paralel ithalat yoluyla getiren, çeşitli dezavantajları olan ithalatçılar yoluyla kendi

hattıyla açtırabilmektedir. Bu yolla satılan cihazların dezavantajına rağmen müşteri tarafından tercih edilebilmesi için çoğu zaman Turkcell'e oranla daha büyük oranda sübvansiyon yapmak zorunda kalmaktadır. Telsim'in Unitel'i kurması da, Turkcell kanadındaki KVK oluşumuna karşı bir gelişme olmuştur.

Görüldüğü üzere, Turkcell'in cihaz ithalatçıları ile bir çeşit dikey entegrasyona girmiş olması, rakibi Telsim'in pazarda tutunmak için katlanmak zorunda olduğu maliyetleri artırmaktadır. Abone sayısına dayalı olarak belirlenen %70 ve %30'luk farklı pazar paylarına rağmen dağıtım ağı oluşturma, cihaz sübvansiyonu gibi maliyetleri de içeren pazarlama, satış, dağıtım harcamalarının 96,5 trilyon TL ve 95,3 trilyon TL olmak üzere neredeyse aynı olduğu, daha az sayıda distribütör ve bayi ile çalışan Telsim'in Turkcell kadar harcama yapmak durumunda kaldığı anlaşılmaktadır. Bu da Turkcell'e dikey entegrasyonunun kazandırdığı avan-tajların rakipleri için maliyet artırıcı etkiler doğurduğunun göstergesi olarak değer-lendirilebilir.

H.2.2. Grup Avantajları

Turkcell'de Çukurova Grubu'nun %48, Sonera'nın %41 ortaklık payı bulunmaktadır. Turkcell'in ortaklarının oldukça geniş bir spektruma yayılan diğer alanlardaki faaliyetlerinin, Turkcell'in GSM hizmetleri piyasasındaki konumunu nasıl etkilediği, Turkcell'in pazar gücü konusunda önemli bir kriter teşkil etmektedir.

1972 yılında kurulan Çukurova Holding Türkiye'nin belli başlı holdinglerindedir. Holdingin iştirakleri bankacılık ve finansal hizmetler, telekomünikasyon, medya, turizm, demir-çelik, kağıt mamulleri, tekstil, ticari araç üretimi ve inşaat sektörlerinde faaliyet yürütmektedir. Holdingin bilişim sektöründe faaliyet gösteren iştirakleri ise; Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş., Verinet Uydu Haberleşme San. ve Tic. A.Ş. (uydu yer istasyonu hizmetleri), Topaz Telekomünikasyon Yayıncılık Reklamcılık Sanayi ve Ticaret A.Ş. (kablo-TV hizmetleri), Superonline Uluslararası Elektronik Bilgilendirme ve Haberleşme Hizmetleri A.Ş. (internet erişim ve içerik hizmetleri), Mobicom Bilgi İletişim Hizmetleri A.Ş. (kablosuz telekomünikasyon hizmetleri), Hobim Bilgi İşlem Hizmetleri, Bilpa-Bilgi İşlem Pazarlama A.Ş., KVK Mobil Telefon Sistemleri Ticaret A.Ş. (cep telefonu distribütörlüğü) ve Digital Platform İletişim Hizmetleri A.Ş. (sayısal uydu platform hizmetleri)'dir. Turkcell, ayrıca Avrupa'da en hızlı büyüyen GSM operatörlerindedir.

Görüldüğü gibi holding bilgi teknolojileri alanında önemli şirketlere sahip olup bu alanda kazandığı sinerjii sürdürmeyi ve holding olarak

özellikle teleko-münikasyon, medya ve teknolojiye büyümeyi, yeni ekonomi konsepti çerçevesinde bir strateji izlemeyi düşünmektedir. Nitekim bu stratejinin bir uzantısı olarak medya sektöründe Akşam Gazetesi ve Show TV satın alınmıştır. Sayısal yayın platformu Digiturk de bu anlamda önemli bir katkıyı ifade etmektedir.

Çukurova Holding'in yukarıda özetlenen faaliyet alanlarının birbiri ile ilişkisi "*convergence*" denen ve telekomünikasyon, medya ve enformasyon teknolojileri sektörlerinin aynı teknolojileri artan oranlarda kullanması olarak açıklanabilecek olan "yakınsama" kavramı çerçevesinde önem kazanmaktadır. Birbiri ile ilk bakışta ilgisiz görünen faaliyet alanları, sayısal tekniklerdeki gelişmeler sonucunda günümüzde içiçe geçmiş durumdadır. İnternet üzerinden ses iletişiminin gerçekleştirilmesi, bankacılık hizmetleri verilmesi, sayısal yayın platformu üzerinden veri iletimi, e-posta, kablosuz telefon şebekeleri üzerinden internet erişimi gibi daha birçok hizmet yakınsamanın somut örneklerini oluşturmaktadır. Bu kapsamda, kablosuz telekomünikasyon hizmetlerinin internet servis sağlayıcılığı, sayısal yayın, bankacılık gibi sektörlerden bağımsız olmadığı açıktır. Özellikle kablosuz telekomünikasyon hizmetlerindeki rekabetin zaman geçtikçe hizmet kalitesi ve çeşitliliği üzerinden yaşanacağı, bu bağlamda da internet tabanlı hizmetlerin (mobil çoklu ortam) öneminin artacağı gözönüne alındığında, Çukurova Grubu'nun avantajlı konumu ortaya çıkmaktadır. Sonera'nın telekomünikasyon alanındaki tecrübeleri de bu konumu desteklemektedir.

Yakınsamanın yarattığı yukarıda özetlenen avantajların yanısıra, Çukurova Grubu'nun farklı sektörlerde faaliyet göstermesinin başka avantajlar yarattığı da açıktır. Türkiye'de henüz gelişme aşamasında olan GSM hizmetleri pazarında operatörler tüketiciye ulaşmak için çok çeşitli yöntemler kullanmak durumundadır. Bu yöntemler tüketicilerin ilgisini farklı yönlerden çekmeyi amaçlayan satış kampanyalarından oluşmaktadır. Turkcell'in Yapı Kredi Bankası ve Pamukbank ile düzenlediği kampanyalar bu durumun örneklerini oluşturmaktadır. Turkcell abonelerinden bir kısmının bedelsiz Digiturk aboneliği yapılması da grup avantajının bir örneğidir.

Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'ne ait bağlı ortaklık ve iştirakler incelendiğinde de, Turkcell'in pazardaki konumunu destekleyecek oluşumlar dikkati çekmektedir. Telekomünikasyon, medya ve internet alanlarında verilen hizmetlerin kalite ve çeşitliliğini artırmak amacıyla Hollanda'da kurulmuş bir holding olan Fintur Holdings B.V.'nde Turkcell %25 paya sahiptir (Çukurova Holding'in %40 ve Sonera'nın da %35 payı

vardır). Turkcell ayrıca bu holdingin yönetim haklarına sahiptir. Bu haklar Turkcell'e Fintur üzerinde operasyonel kontrol kurma ve Fintur'un faaliyetlerinin özellikle de mobil portal, mobil internet içeriği ve mobil ticaret gibi kritik alanlarda Turkcell ile paralel yürütülmesini sağlama olanağı vermektedir.

Turkcell Fintur'un yanısıra, Kıbrıs Mobil Telekomünikasyon Limited'de %99,99; Global Bilgi Pazarlama, Danışma ve Çağrı Servisi Hizmetleri A.Ş.'nde %99,99; Bilişim ve Eğitim Teknolojileri Yapım ve Yayın Hizmetleri A.Ş.'nde %40; Turkcell Bilişim Servisleri A.Ş.'nde %99,95; Corbuss Kurumsal Telekom Servis Hizmetleri A.Ş.'nde %99; Hayat Boyu Eğitim ve İletişim Hizmetleri A.Ş.'nde % 60; Digikids İnteraktif Çocuk Programları Yapımcılığı ve Yayıncılığı A.Ş.'nde %25 ortaklık payına sahiptir. Bu iştirakler içinde özellikle Turkcell Bilişim Servisleri A.Ş. ve Corbuss Kurumsal Telekom Servis Hizmetleri A.Ş. Turkcell'in GSM hizmetleri pazarındaki faaliyetlerine destek olmaktadır.

Yukarıda yer verilen bilgiler çerçevesinde Turkcell'in, hem ortaklarının çeşitli piyasalardaki konumu ve gücü, hem de ortak olduğu şirketler vasıtasıyla faaliyetlerini genişletmiş olması sonucunda, büyüklük ve yaygınlığın sağladığı sinerjiden faydalandığı, pazardaki gücünü pekiştirdiği anlaşılmaktadır. Pazara yeni girecek operatörler için aynı derecede grup avantajına sahip olunmaması bir giriş engeli olarak değerlendirilebilecektir.

H.2.3. Hakim Durum İncelemesinin Sonucu

Hakim durum tespitine yönelik olarak yukarıda yer verilen değerlendirmeler sonucunda;

Turkcell'in sadece yüksek pazar payı nedeniyle değil, ona pazarda belli bir davranış serbestisi sağlayan giriş engelleri, dikey bütünlük avantajları ve büyüklük ve yaygınlık avantajları nedenleriyle de piyasadaki konumunu uzunca bir süre muhafaza edebildiği ve GSM hizmetleri pazarında altı yıllık süre içindeki pazar davranışlarında, rekabetçi koşullarda gerçekleşmeyecek bir serbestiye sahip olduğu,

Tüm bu göstergeler ışığında, Turkcell'in, 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesinde yer verilen hakim durum tanımına uygun olarak, "*rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek*" GSM hizmetleri piyasasında talep üzerinde belirleyici rol oynayan değişkenleri (sübvansiyon miktarları, hat arz miktarı vb) büyük ölçüde kendi stratejileri doğrultusunda belirleme gücüne sahip olduğu, dolayısıyla 4054 sayılı Kanun çerçevesinde hakim durumda bulunduğu tespit edilmiştir.

H.2.4. Savunmalar ve Değerlendirilmesi

Hakim durum tespitine yönelik olarak Turkcell yazılı ve sözlü savunmalarında ilk olarak,

- *Turkcell ile imzalanan lisans sözleşmesinin 12. maddesi uyarınca tarifelerde azami fiyatı belirleme yetkisinin Ulaştırma Bakanlığı'na ait olduğunu ve Turkcell'in bu fiyatın üstüne çıkmasının mümkün olmadığını, devletin arz ve talep miktarı ile fiyat gibi parametrelere müdahalede bulunma yetkisinin, tarifelerde uygulanacak fiyatların olurunun Bakanlık'tan alınması ile sınırlı olmadığını, Turkcell faturaları marifeti ile tahsilatı yapılan vergilerin uygulaması ve oranları, kullanılması zorunlu altyapı unsurlarının bedelleri ve bunların kullanım koşullarının devletin kontrolünde bulunduğunu, 3.4.2000 tarihinde açılan ihale ile pazarın düopol yapısının değiştirildiğini,*

Dolayısıyla, piyasadaki arz ve talep miktarları ile her türlü ekonomik parametreleri belirleme yetkisinin kamusal yetkilerle donatılan kuruluşlara ait olduğunu, bu nedenle Turkcell'in herhangi bir piyasada azımsanacak pazar payı ile faaliyet gösteren teşebbüslerin dahi sahip olduğu bağımsız olarak ekonomik parametreleri belirleyebilme yeteneğine sahip bulunmadığını; pazarın tüm koşullarının bu şekilde devlet eliyle belirlendiği durumda Turkcell'in 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesi anlamında hakim durumda bulunmadığı belirtilmektedir.

Ulaştırma Bakanlığı tarafından azami fiyat belirlenmesi, tarifelerin oldukça yüksek tutulan bu sınır altında operatörler tarafından serbestçe belirlenmesi hususunda bir engel teşkil etmemektedir. Özellikle de soruşturma döneminin son zamanlarında Turkcell daha önceki uygulamalarından oldukça farklı birtakım tarife çeşitlendirmesi ve indirimlerine gitmiş, bu konuda ne derece büyük bir serbestiye sahip olduğunu bu stratejik uygulamalarla ortaya koymuştur. Kaldı ki tarifeler, GSM hizmetleri piyasasında talep üzerinde etki eden faktörlerden sadece biridir. Azami fiyat tespiti şeklinde gerçekleşen devlet müdahalesi, teşebbüslerin bağımsız davranışlarını ortadan kaldırmamakta ve onların pazar güçlerinin saptanmasına engel oluşturmamaktadır. Aksi halde regülasyon kuruluşlarının düzenlemelerde bulunduğu piyasalarda bir teşebbüsün hakim durumda olamayacağı gibi yanlış bir sonuca ulaşılacaktır.

Devlet tarafından GSM işletme imtiyazları verilerek piyasada faaliyet gösterecek operatör sayısının belirlenmesi sonucunda piyasa yapısının genel çerçevesinin belirlendiği doğru olmakla birlikte, bu durumun rekabetçi bir yapı arz etmesi büyük ölçüde aktörlerin tutum ve

eylemlerine bağlıdır. Devletin belirli konulardaki (roaming, arabağlantı, tarifeler vb) hukuksal düzenlemelerle sınırlı olan regülasyon faaliyetlerinin teşebbüslerin iktisadi bağımsızlıkları önünde bir engel olarak görülmesi ve piyasadaki her türlü oluşumdan devletin sorumlu tutulması ise yine piyasa gerçeklerinin gözardı edilmesi anlamına gelmektedir.

- Turkcell tarafından öne sürülen diğer bir savunma, *pazarın doygunluğa çok uzak bir noktada bulunduğu, pazarın 30 milyon abone derinliğine erişmesinin beklendiği, pazara yeni giriş yapma hazırlığında bulunan iki teşebbüsün toplam 6 milyon ABD Doları lisans ücreti ödemelerinin ise bu kararı desteklediğidir.*

Yeni operatörlerle pazarın yapısı değişse dahi, bu durum 1994-2001 yılları arasında iki aktörlü piyasada Turkcell'in konumuna ve bu konuma dayalı davranışlarına ilişkin tespitlerin değişmesi için gerekçe teşkil etmemektedir.

- *Piyasaya yeni giren aktörlerden birinin, önümüzdeki yıllarda da tekel hakkını sürdüreceği ve bu dönemden sonra da tekel hakkının ne şekilde son bulacağı henüz belli olmayan Türk Telekom olduğu, geleneksel kablolu telefon hatlarına ve 20 milyona yakın aboneye sahip olan Türk Telekom'un potansiyel ve fiili rakip olduğu bir piyasada, Turkcell'in rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız olarak hareket edebilmesinin mümkün olmadığı da Turkcell'in savunmaları arasındadır.*

Soruşturma döneminde Türk Telekom henüz bir GSM operatörü olarak faaliyete başlamamıştır. Türk Telekom'un GSM hizmetleri pazarında faaliyeti başlaması ile birlikte, telekom altyapısı üzerinde sahip olduğu tekel konumuna dayalı olarak, piyasanın rekabetçi yapısı üzerinde baş gösterebileceği Turkcell tarafından öne sürülen muhtemel olumsuz etkilerin Turkcell'in pazar gücüne ilişkin tespitlerle ilgisi bulunmamaktadır. İleride bundan kaynaklanan olumsuzlukların ortaya çıkması halinde Türk Telekom'un ilgili davranışları kuşkusuz rekabet kurallarının uygulama alanına girecektir.

- *Türkiye'de bugüne kadar oluşan GSM hizmetleri piyasasında pazar payı kriterinin, hakim durum tespitinde kullanılmaya elverişli bir faktör olmadığı, hakim durum tespitinde pazarın, lisans anlaşmaları ile piyasaya girişe olanak tanınması, yüksek teknoloji kullanımı, yatırım maliyetlerinin büyüklüğü gibi özelliklerinin dikkate alınması gerektiği getirilen savunmalar arasındadır.*

Pazar payının tek başına yeterli bir ölçüt olmadığı bilinmekle birlikte, uzunca bir süre korunan ve rakiplerden açık farkla fazla olan

yüksek pazar paylarının hakim durum tespitinde önemli bir gösterge olduğu açıktır. Turkcell'e ilişkin olarak ise, 1994 yılından bu yana %70'ler civarında korunmuş olan pazar payının Telsim'in %30'luk pazar payı karşısında önemli bir gösterge olduğu, abone sayısına bağlı olarak belirlenen bu pazar payının yanısıra hizmetlerin kullanımından ya da başka bir deyişle hizmet satışından kaynaklanan gelirler bazında yapılan bir karşılaştırmanın ise Turkcell'in gerçek pazar payının daha da yüksek olarak belirlenmesine olanak tanıdığı tespit edilmiştir. Hakim durum tespiti yapılırken pazar payının yanısıra, talep esnekliği, yasal giriş engelleri, batık maliyetler, ürün bağımlılığı ve dikey ilişkilerden oluşan diğer giriş engelleri, stratejik davranışlar ve grup avantajları değerlendirilmiş; bu değerlendirmelerde pazarın yüksek teknoloji pazarı olması, yasal giriş engelleri bulunması, altyapı yatırım harcamalarının büyük olması gibi özellikleri ayrıntılı bir şekilde incelenmiş; pazarın özellikle de sergilediği şebeke etkileri sonucunda bir operatör lehine gelişme kaydettiği ortaya konmuştur. Sonuç olarak Turkcell'in pazar davranışlarında normal rekabet tehdidi altındaki bir teşebbüsün sahip olmadığı bir davranış serbestisine sahip olduğu belirlenmiştir.

- Pazara girişte lisans sözleşmesinin imzalanması zorunluluğunun piyasayı göreceli olarak rekabete kapattığı ve GSM operatörlerinin bu kuralı değiştirmelerinin mümkün olmadığı, ayrıca yüksek teknoloji kullanılan bir pazar olması nedeniyle kullanılan teknolojideki değişikliklerin sahip olunan pazar payını bir anda değiştirebileceği, dolayısıyla bu ve benzer sebeplerle, yasal olarak sadece iki operatörün çalışma lisansına sahip olduğu bir pazarda, sadece diğerine nispetle daha fazla pazar payına sahip olduğu için bir operatörü hakim durumda kabul etmenin, pazarın kendine özgü koşullarının göz ardı edilmesi sonucunu doğurduğu, yeni GSM operatörlerinin pazara katılmaları ve yeni teknolojinin aşamalı olarak yerleşmesi ile pazar paylarında önemli değişiklikler yaşanacağı, dolayısıyla Turkcell'in halihazırdaki pazar payının pazarın özelliklerinden kaynaklanan bir durum olduğu Turkcell'in öne sürdüğü savunmalardan bir diğeridir.

GSM hizmetleri piyasasında lisans alınması zorunluluğu olarak beliren yasal giriş engelini piyasayı potansiyel rekabete kapattığı bilinmekle birlikte piyasada Turkcell'e diğer operatörden ve müşterilerinden büyük ölçüde bağımsız davranabilme serbestisi sağlayan birçok unsura hakim durum tespitinde yer verilmiştir. Yeni GSM operatörlerinin pazara katılmaları ve yeni teknolojinin aşamalı olarak yerleşmesi ile pazar paylarında önemli değişiklikler yaşanacağı iddiası bir

varsayımı ortaya koymakla birlikte bunun soruşturulan döneme ilişkin tespitleri geçersiz kılması mümkün değildir.

- Savunmada belirtilen diğer bir husus, *Telsim'in raporda da belirtilen nedenlerle pazarda göreceli olarak düşük bir paya sahip olduğu, bu durumun sektörün doğasından kaynaklandığı ve geçici bir durum olduğu, bunun Turkcell'in rekabeti sınırlayıcı müdahalelerinden kaynaklanmadığı; dolayısıyla Telsim'in kendi hatalarından kaynaklanan sonuçlardan ötürü 4054 sayılı Kanun anlamında Turkcell'e nazaran dezavantajlı konuma gelmesinin veya Turkcell'in hakim durumda bulunduğu iddiasına muhatap edilmesinin, kusurun kusur sahibine hak oluşturması anlamını taşıyacağı ve bunun da hukukun temel bir prensibine aykırılık doğuracağıdır.*

Pazara girişte Telsim'in yaşadığı zorlukların, Turkcell tarafından çeşitli nedenlerle yaşanmamış olması, Turkcell'e piyasada öncelikli bir konuma sahip olmasına neden olan bazı avantajlar sağlamış; şebeke dışsallıklarının da etkisi ile bu avantajlar, abone sayısında artışa neden olmuştur. Burada Turkcell'in hakim durumda olduğuna dair objektif gerekçelere dayanan bir tespit yapılmaktadır.

- *Turkcell'in, Telsim'in başlangıçta kendi kusuru sayılabilecek bir süre kapalı kalmış olmasından ötürü %70 seviyesine yaklaşan bir paya ulaştığı; ancak 2000 yılının ilk yarısında Telsim'in düzenlediği bir reklam kampanyası ile o dönemde kaydedilen abone sayılarında Turkcell ile başabaş paylara ulaştığı, aynı dönemde Telsim'in 30 milyon doları aşkın bütçeyle gerçekleştirdiği reklam kampanyası ile büyük bir çıkış yakalamış olduğu ve talebi önemli ölçüde çektiği göz önünde bulundurulduğunda, Turkcell'in rakibinden bağımsız olarak arz ve talep miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücüne sahip olmadığına görüleceği de Turkcell'in savunmalarından biridir.*

Savunmada bahsi geçen döneme ilişkin (2000 Ocak-Temmuz arası) abonelik rakamları, Telsim lehine geçen yıla oranla sadece %1'lik bir artışı sergilemekte; bu durum da 30 milyon doları aşan reklam harcamalarına rağmen (Turkcell'in aynı dönemde reklam harcamaları bunun yarısı kadardır), istenilen satış rakamlarına Telsim tarafından ulaşamadığını, böylesine büyük kampanyalara karşın Turkcell'in pazardaki konumunun sarsılmadığını ortaya koymaktadır. Dolayısıyla bu durum Turkcell'in savunmada iddia ettiği üzere Telsim'in Turkcell karşısında etkin bir rekabet tehdidi oluşturabildiğinin değil, çok yoğun çabalarına rağmen Turkcell'in pazar gücünü aşındıramadığının kanıtıdır.

- Turkcell'in diğ er bir savunması da, *hakim durum tespiti için Kanun'un ö ngördü ğ ü ölçüt kullanılmazken, AB rekabet hukuku uygulamalarından verilen örneklerle mü ccerret hakim durum iddiasının desteklenmeye çalışıldı ğ ı; metod olarak pazara giriş engelleri, altyapı maliyetleri, pazarlama, satış ve dağı tım harcamaları, ürün farklılaştırması, teknoloji avantajları, dikey bütünlük gibi konuların incelendiğ i ve soyut bir biçimde Turkcell'in hakim durumda bulunduğ u sonucuna varıldı ğ ıdır.*

Hakim durum analizinde, 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesindeki tanımın lafzi yorumu yanısı ra bu madde hükmünün fonksiyonel yorumu da yapılmış , madde hükmünün ardında yatan temel prensipler ve gerekçeler ortaya konulmaya çalışılmış tır. Hakim durumda olduğ u ö ne sürülen teşebbüsün bütü n pazar davranışlarının ve pazarın yapısal özelliklerinin detaylı bir değ erlendirmesi yapılarak, bu değ erlendirmeler çeşitli verilerle (satış rakamları, istatistikler, mali tablolar, fiyat listeleri vb) desteklenerek, 3. maddede yer alan "Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağı tım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü" tanımının ardında yatan iktisadi gerekçeler gösterilmeye çalışılmış tır. Dolayısıyla Turkcell'in hakim durumda bulunduğ u, yapılan iktisadi ve somut olgulara dayalı analizler sonucunda Kanun'un amacına uygun bir şekilde belirlenmiştir.

- Savunmalar arasında son olarak, *dikey bütünlük konusunda, Turkcell abone merkezlerinin raporda 610 olarak belirtilen sayısının Telsim'in 220 Telsim Shop'u karşısında yüksek bir sayıyı ifade etmesinin son derece ekonomik ve rasyonel bir oluşumu işaret ettiğ i, Telsim'in de hizmet kalitesini artırması halinde kısa sürede artacak talep karşısında Telsim Shop'ların sayısının da artış göstereceğ i, diğ er yandan Turkcell'in TAN olarak adlandırılan teşebbüslerle münhasır çalışmadı ğ ı, A-Tel aracılığ ıyla Turkcell'in hazır kartlarının satışını yapan 3700 kioska ilişkin Turkcell'in herhangi bir münhasırlık talebinin bulunmadı ğ ı, eğ er bu durum bir olumsuzluk doğ uruyorsa bundan Turkcell'in sorumlu tutulamayacağı, A-Tel'in kartları dağı tı ğ ı dağı tım kanalı dışında daha güçlü dağı tım kanallarının bulunduğ u iddiaları yer almaktadır.*

Hakim durum analizinde dikey bütünlük konusunda Kurul'un görüşleri bir durum tespiti şeklindedir ve Turkcell'in dağı tım ağı nın profili çıkarılmaya çalışılmaktadır. Bunun sonucunda Turkcell'in Türkiye'deki pazar yapısı içinde son derece yaygın ve etkin bir dağı tım ağı oluşturmuş olduğ u ve bunun da pazardaki konumunu sağlamlaştırdı ğ ı ö ne sürülmektedir. Bu kaniya varılırken Turkcell'den elde edilen bilgi ve belgelerden ve bunlarda yer alan ifade ve rakamlardan yararlanılmış tır.

Tabii olarak bunun yanısıra yerinde gözlemler de yapılmış, belgelerde yer alan hususların pratikte geçerli olup olmadığı araştırılmıştır. Bu noktada sayısı 4381 olduğu Turkcell raporlarından öğrenilen TAN'ların (Turkcell Abone Noktası), sözleşmelerinde münhasırlık şartı yer almasa dahi pratikte büyük oranda münhasır çalıştıkları, bu noktaların birer TAM'ne (Turkcell Abone Merkezi) bağlı çalışmalarının da bu münhasırlığı sağlamanın bir yolu olduğu görülmüştür. Kurul'un A-Tel aracılığıyla Turkcell'in hazır kartlarının satışını yapan 3700 kioskun münhasır çalıştığına ilişkin herhangi bir iddiası ise zaten bulunmamaktadır.

Sonuç olarak savunmalar "Turkcell'in GSM hizmetleri pazarında hakim durumda olduğu"na ilişkin görüşün değişmesi sonucunu doğurmamıştır.

H.3. TURKCELL'İN 4054 SAYILI KANUN'UN 4. MADDESİ KAPSAMINDAKİ EYLEMLERİ

H.3.1. Yapılan Tespitler ve Elde Edilen Deliller

Hakkında soruşturma yürütülen teşebbüsün 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamındaki eylemleri münhasırlık ve fiyat tespiti başlıkları altında toplanmaktadır.

"Münhasırlık" kavramı rekabet kuralları açısından "sağlayıcı-alıcı" ilişkileri çerçevesinde birden fazla anlama gelebilen geniş kapsamlı bir kavramdır. Bu soruşturmada söz konusu kavram, Turkcell'in dağıtım ağı içinde yer alan çeşitli nitelikte teşebbüslere, imzaladığı sözleşmeler kapsamında ve bu sözleşmelerden kaynaklanan uygulamalar sonucunda, "rakip ürünleri satmama" veya başka bir deyişle "rekabet etmeme yükümlülüğü" getirmesi olarak ele alınmıştır.

4054 Sayılı Kanun'un "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar" başlıklı 4. maddesi "Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır" şeklindedir.

Önaraştırma döneminde yapılan incelemelerde Turkcell'in bayileri ile yaptığı sözleşmelerin münhasırlık ve fiyat tespiti içerdiği ve bu hükümleri nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un yukarıda belirtilen 4. maddesi kapsamında bir anlaşma olduğu ve aynı Kanun'un geçici 2. maddesi ve 1997/2 Sayılı Anlaşmaların, Uyumlu Eylemlerin ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Kanununun 10. Maddesine Göre Bildiriminin Usul ve Esasları

Hakkında Rekabet Kurulu Tebliği'nin 4. maddesi uyarınca 5.5.1998 tarihine kadar muafiyet veya menfi tespit talebiyle Rekabet Kurumu'na bildirilmesi gereken anlaşmalar kapsamında olduğu halde, süresi içinde bildirilmediği tespit edilmiş, Turkcell Kanun'un 16. maddesinin (c) bendine göre Kurul kararı ile idari para cezasına çaptırılmış ve 4. maddeye aykırılık iddiasıyla soruşturma açılmasına karar verilmiştir.

Soruşturma kararının tebliği sonrasında, Turkcell tarafından gönderilen ilk yazılı savunmayla beraber, anılan anlaşmaların tümünün yürürlükten kaldırılarak, yerlerine yeni anlaşmaların Türkiye sathında Aralık 1999 tarihinden itibaren yürürlüğe konulduğu ifade edilmiş ve söz konusu anlaşmaların bir örneği Rekabet Kurumu'na gönderilmiştir.

Gerek ilk yazılı savunmada ve gerekse verilen idari cezaya yönelik yapılan itirazda, önaraştırma döneminde tespit edilen anlaşmanın acentelik anlaşması olduğu ve bu nedenle Rekabet Kurulu tarafından daha önce verilmiş bir karar dayanak gösterilerek 4054 Sayılı Kanun kapsamında olmadığı savunulmuştur. Ayrıca aynı savunmanın, yenilenen sözleşme için de geçerli olduğu belirtilmiştir. Kurul, savunan tarafın idari para cezasına yönelik itirazını haklı bulmamıştır.

H.3.1.1. Münhasırlık

H.3.1.1.1. Dikey anlaşmalar

Turkcell'in soruşturmaya başladığı zamanda mevcut dikey anlaşmaları soruşturma döneminde değiştirilmiştir.

a) Soruşturma Başladığında Mevcut Olan Dikey Anlaşmalar

Bu sözleşmelerde;

Bayi: "GSM işletmecisi olan Turkcell ile yaptığı özel anlaşma uyarınca, Turkcell'in abonelik işlemleri ile GSM işletmesi kapsamındaki iş ve hizmetlerden belirleyeceklerini yürüten işletmelerdir."

Turkcell Abone Merkezi (TAM): "Turkcell'in abonelerine sunmuş olduğu ve sunacağı tüm servislerde ve hizmetlerde, abonelik işlemleri ve depozito tahsilatları, abone isteği ile açma-kapama, sim kart değişikliği, vesaire konularda Turkcell'in abone yönetmeliğine uygun olarak faaliyet gösteren Turkcell ve/veya Bayi tarafından kurulan birimlerden her biridir" şeklinde tanımlanmıştır.

Soruşturma konularından birisini teşkil eden münhasırlığa ilişkin olarak sözleşmenin 4.2.2. maddesinde;

“Bayi bu sözleşmeyi imzalamakla, operatör hizmeti olarak sadece Turkcell’in servis ve hizmetlerini satmak zorundadır. Rakip durumda olan diğer operatör firmaların kartlarını satamaz, hatlarını açamaz, hizmet ve servislerini kendi şirketinde ve bağlı şirket kuruluşlarında veremez” denilmektedir.

Aynı sözleşmenin 4.2.13. maddesinde ise;

“Bayi, rakip durumda olan mobil telefon şebekelerinin hat açma işlemini yapamaz ve yaptıramaz, rakip şirketlerin kartlarını diğer şirket ve kuruluşlarında satamaz” hükmü yer almaktadır.

b) Değiştirilen Dikey Anlaşmalar

Aralık 1999’da yürürlüğe girdiği bildirilen dikey anlaşmalarda ise;

Turkcell Abone Merkezi (TAM): *“Turkcell’in abonelerine sunmuş olduğu ve sunacağı tüm ürün, servis ve hizmetlerde, Turkcell’in belirleyerek duyurduğu konularda Turkcell’in kurallarına ve/veya duyurularına uygun olarak aracılık faaliyetleri gösteren ve Turkcell ile yaptığı işbu anlaşma uyarınca, sözleşme konusu iş ve hizmetleri Turkcell Abone Merkezi olarak anılan mekanlarda yürüten işletmedir.”*

Bayi *“Cep telefonu satan ve Turkcell’in pazarladığı ürün ve hizmetleri abonelere sunmak için TAM'lara müracaat eden her türlü perakende satış birimleridir”* şeklinde tanımlanmıştır.

29.2.2000 tarih ve 5506 sayılı ilk yazılı savunmada değiştirildiği bildirilen Turkcell Abone Merkezi sözleşmelerinin 4.A.2. maddesinde;

“Turkcell Abone Merkezi (TAM) Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.’nin sunduğu mal ve hizmetlere rakip durumda olan diğer operatör firmaların kartlarını ve sair ürünlerini hiçbir surette satamaz, hatlarını açamaz, hizmet ve servislerini kendi şirketlerinde ve bağlı kuruluşlarında veremez. TAM veya ortaklarından biri (ya da birinci dereceden akrabaları) Turkcell’in rakibi durumunda olan mobil telefon firmalarının hat açma işlemini yapan ve satan bir firmaya ya da merkeze kısmen ya da tamamen ortak olamaz, çalışan, danışman, yönetici ve sair sıfatla çalışamaz” hükmü yer almaktadır.

Bu suretle, Turkcell’in TAM’lar ile yaptığı yeni sözleşmelerde de münhasır çalışma şartı bulunmakta, TAM’ların TAN’lar ile yaptığı sözleşmelerde ise bu şart bulunmamaktadır.

H.3.1.1.2. İlgililerin Beyanları ve Diğer Maddi Deliller

Yerinde incelemeler sırasında elde edilen belgelerde dağıtım zinciri içinde Turkcell abone merkezlerinin münhasır çalıştığına ilişkin ifadelere ve bu durumu gösterir tablolara yer verilmektedir;

- "Dağıtım Kanalı" (Distribution Channel) adlı raporda Turkcell abone merkezlerinin beş yıllık sözleşmeler uyarınca münhasır çalıştığı ifadesi bulunmaktadır.

- Yine "Satışlar ve Pazarlama" (Sales and Marketing) başlıklı raporda münhasır 532 aktivasyon merkezinin (bu sayı Ağustos 2000 itibarıyla 610'a ulaşmıştır.) Turkcell'in abonelik hizmetleri departmanına doğrudan bilgisayar bağlantısı olduğu, bunların dışında münhasır olmayan 6500 alt bayi ile de çalışıldığı ifade edilmektedir. Bu raporda TAM'lara "münhasır satıcı" denilmektedir.

Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. Genel Müdürü ile yapılan 09.11.1999 tarihli görüşmede; 350 kadar bayi ile münhasır çalışıldığı, bunların bölge müdürlüklerine "online" bağlı oldukları 2000'e yakın alt bayi olduğu, bunlarla münhasır çalışılmadığı fakat tabela ve benzeri desteğin yapıldığı, diğer operatörle çalışılırsa bu desteğin kesildiği belirtilmiştir.

Yeni sözleşme ile oluşturulan mevcut durumda, yukarıdaki TAM tanımından da anlaşılacağı gibi, ifade tutanağında belirtilen 350 kadar münhasır bayiye TAM adı verilmiş, alt bayiler ise her biri bir TAM'la sözleşme yapmak suretiyle TAN tanımına dahil edilmiştir. Soruşturma sırasında elde edilen belgelerden TAM'ların sayısının 610'a, TAN'ların sayısının ise 4381'e ulaştığı anlaşılmıştır.

Yetkililerin ifadelerinde TAM'lar ile münhasır çalışıldığı, TAN'lar ile münhasır çalışılmadığı belirtilse de yerinde incelemeler sırasındaki gözlem ve tespitler sonucunda TAN'lara reklam ve tabela desteğinin verildiği ve bunlarla da münhasır çalışıldığı anlaşılmıştır.

Konu bakımından üzerinde durulması gereken nokta, Turkcell ile kampanya yapan cep telefonu distribütörü şirketlerin kampanya koşullarıdır. Turkcell Türkiye'de en çok satılan cep telefonu markalarının (Ericsson, Nokia, Panasonic, Alcatel, Siemens) distribütörleri olan KVK, Ertel, Gen-Pa ve Tekofaks ile sürekli olarak kampanyalar düzenlemektedir. Bu kampanya protokolleri incelendiğinde, kampanya süresince benzer bir kampanyanın diğer operatörlerle düzenlenmesine izin verilmediği görülmektedir. Kampanyalı satışların toplam satışların

ortalama olarak %98'ini oluşturduğu gözönüne alınırsa münhasır çalışma şartının süreklilik arz ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Distribütörlerin ve bayilerinin Turkcell ile münhasır çalışmalarının genel olarak kendi çıkarlarına uygun olmadığı kabul edilebilir. Cep telefonu satanların, telefonlarını müşterinin istediği GSM operatörünün hattıyla satabilmeyi istemeleri doğaldır. Ancak Turkcell'in rakip operatörle çalışan cep telefonu distribütörleriyle kampanya düzenlememesi, cep telefonu distribütörlerini mevcut GSM operatörlerinden birini tercih etmek zorunda bırakmaktadır. Bu nedenle piyasada öncelikle yer alan distribütörler, doğal olarak pazar payı yüksek olan Turkcell'i tercih etmek zorunda kalmış, Telsim ise Turkcell'in çalışmayı tercih etmediği ve piyasa talebi düşük distribütörlerle çalışmak durumunda bırakılmıştır.

Belirtilmesi gerekli bir diğer husus Turkcell'in bayileri olan TAN ve TAM'ların aynı zamanda cep telefonu distribütörlerinin de bayileri olmalarıdır. Fiili uygulamada Turkcell cep telefonu sim kartlarını distribütörlere ithal edilen telefon adedi kadar vermekte ve kartlar cep telefonları ile birleştirilerek distribütörlerin bayilerine ulaştırılmaktadır.

Burada cep telefonu ile sim kartı eşleştirme işlemine yol açan yeni hat tesisi ile cep telefonunun birlikte satılmasına ilişkin uygulamadan da söz etmek gerekmektedir. Turkcell ve Telsim ile Ulaştırma Bakanlığı arasında akdedilen GSM Pan Avrupa Mobil Telefon Sisteminin Kurulması Ve İşletilmesi İle İlgili Lisans Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmelerinin "Terminal Cihazları" başlıklı 18.i. maddesinde "*İşletmeci abonelik sözleşmelerine, müşterilerinin GSM sistemine bağlanabilmek için sadece GSM MoU'nun ve bakanlığın usulünce onayladığı ve belgelendirdiği terminal cihazlarını kullanabilmelerini öngören bir hüküm koyacak ve abone kaydında da bu hükmün gereğini yerine getirecektir*" ifadesine yer verilmektedir. Bu hükümle bağlantılı olarak Turkcell, Abonelik Sözleşmesi'nin 4.6. maddesinde "*Abone Turkcell GSM sistemine bağlanabilmek için sadece GSM MoU⁶⁷ ve Bakanlığın usulünce onayladığı ve belgelendirdiği terminal cihazlarını kullanabilir*" ifadesi yer almaktadır. Özellikle usulüne uygun olarak ithal edilmeyen ve GSM sistemine uygun olmayan cihazların satışının engellenmesi amacıyla en pratik yöntem olarak abone kayıt işlemi ile cep telefonu satışının birlikte yapılması şeklinde bir uygulama oluşmuştur. Konuyla ilgili olarak görüşülen Teleses Telekomünikasyon Pazarlama A.Ş. Genel

⁶⁷ GSM MoU, dünyadaki GSM operatörlerinin biraraya gelerek oluşturduğu ve bu sistemin kullanıldığı şebekelerde uyulmasını kararlaştırdıkları standartları belirleyen anlaşma metnidir.

Müdürü telefonsuz hat satışının mümkün olmadığını, abone formunda yer alan cihaz bilgilerinin doldurulmaksızın hattın açılmadığını belirtmiştir.

Tüm bu hususlar dikkate alındığında, sim kart satışı ile cep telefonu satış işlemlerinin birlikte yapılmasının da etkisiyle,

- Cep telefonu distribütörlerinin bayilerinin aynı zamanda Turkcell'in münhasır bayileri (TAM ve TAN'lar) olmaları, bu bayilerde belirli markalı cep telefonlarının sadece Turkcell hattı ile satılmasına ve rakip konumdaki operatör hattıyla satılmamasına,
- Cep telefonu distribütörü şirketlerin pazar payı büyük olan Turkcell ile çalışmayı tercih etmek zorunda kalmaları sonucu rakip operatörün faaliyetlerinin zorlaşmasına,
- Tüketicinin istediği marka cep telefonunu istediği operatörün hattıyla kullanabilme olanağının ortadan kalkmasına,
- Hakim durumda olan bir teşebbüsün son satış noktalarında bu şekilde münhasır çalışmasının mevcut rakip Telsim'in faaliyetlerini ve potansiyel rakiplerin pazara girişini zorlaştırmasına

yol açmak suretiyle, yukarıda bahsi geçen ve münhasırlık hakkı içeren anlaşmaların ilgili pazarda rekabeti önemli ölçüde sınırlandırdığı ve bu nedenle 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğu tespit edilmiştir. Bununla beraber, hakim durumda olduğu tespit edilen Turkcell'in, bayileriyle bu nitelikte anlaşmalar yapması, hakim durumun kötüye kullanılması eyleminin unsurları olarak değerlendirilmiş olduğundan ayrıca 4. maddeye göre ceza uygulanmamıştır.

H.3.1.2. Fiyat Tespiti

Turkcell ile bayileri arasında yapılan eski sözleşmelerin 4.2.13. maddesinde;

"Bayi aksine bir bildirim Turkcell tarafından yapılmadığı sürece, her türlü hizmetlerle ilgili olarak Turkcell'in bildirmiş olduğu fiyatları uygulamak zorundadır. Bayinin herhangi bir şekilde farklı fiyat uygulama yetkisi bulunmamaktadır. Turkcell fiyat değişikliklerini bayiye bildirecektir" ifadesi yer almaktadır.

29.2.2000 tarih ve 5506 sayılı ilk yazılı savunmayla beraber gönderilen ve Aralık 1999 tarihinde uygulamaya konulan yeni TAM sözleşmesinin 4.A.1.C maddesinde;

"Aksine bir bildirim Turkcell tarafından yapılmadığı sürece işbu sözleşme kapsamında belirlenen her türlü hizmetle ilgili olarak Turkcell'in bildirmiş"

olduğu fiyatları uygulamak zorundadır. TAM'ın herhangi bir şekilde farklı fiyat uygulama yetkisi bulunmamaktadır" ifadesi yer almaktadır.

Turkcell'in dikey yapılanmasında TAM'ların ve onların altında her biri bir TAM'a bağlı bulunan TAN'ların yer aldığı yukarıda belirtilmişti. TAM ile TAN arasında akdedilen sözleşmelerde TAN şu şekilde tanımlanmıştır: *"Cep telefonu satan ve Turkcell'in pazarladığı ürün ve hizmetleri abonelere sunmak için Turkcell Abone Merkezleri'ne müracaat eden ve Turkcell Abone Merkezi ile Turkcell Abone Noktası sözleşmesi imzalamış olan her türlü perakende satış birimleridir."* Turkcell Aktivasyon Merkezleri ve Turkcell Abone Noktası arasında imzalanan sözleşmelerde TAM'lar kendi yetkileri çerçevesinde TAN'ları yetkilendirmektedir. Sözleşmenin 4.A-a. maddesinde *"TAN, TAM vasıtası ile bilgi sahibi olduğu Turkcell'in tebliğlerine, talimatlarına, duyurularına, bildirmiş olduğu standart ve yönetmeliklere aynen riayet edecek ve herhangi bir sebeple bunlara aykırı hareket etmeyecektir"* denmektedir. Daha önce de belirtildiği gibi Turkcell tarafından TAM'lara sözleşmede bahsedilen işlemler ve hizmetlerle ilgili olarak fiyat belirleme serbestisi verilmemiştir. TAM ile TAN arasında akdedilmiş olan sözleşmenin yukarıdaki hükümlerinden TAM'ların talimatlarına tabi olan TAN'ların da Turkcell'den ayrı olarak fiyat belirleme serbestisinin olmadığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Bu anlatılanlar ışığında tüm fiyatların, Turkcell tarafından belirlendiği ortaya çıkmaktadır. Bu noktada, hangi mal ve hizmetlerin fiyatlarının Turkcell tarafından belirlenmesinin 4054 Sayılı Kanun'a aykırı olduğu konusu önem kazanmaktadır.

Turkcell ile TAM'lar arasında akdedilen sözleşmenin 3. maddesinde ve sözleşme ekinde belirtilen aktivasyon hizmetleri;

1. *Yeni hat tesisi*
2. *Faks data tesisi*
3. *Şebekeler arası geçiş*
4. *Diğer abonelik işlemleri*
5. *Abonelik dosyalarının düzenlenmesi, korunması ve zamanında Turkcell Bölge Ofislerine ulaştırılması*
6. *Turkcell tarafından belirlenecek yukarıdaki iş ve işlemler dışındaki iş ve işlemler"* olarak belirtilmiştir.

6. madde kapsamında TAM'ların Turkcell adına yaptığı işlemler;

- Cep telefonu distribütörlerince verilen sim kartlar dışında Turkcell tarafından doğrudan TAM'lara verilen ön ödemeli ve sonradan ödemeli sim kartların,

- Kontör kartların satışlarından oluşmaktadır.

Görüldüğü gibi TAM'ların doğrudan veya TAN'lar vasıtası ile yaptığı işlemler iki grupta toplanmaktadır.

Birinci grupta aktivasyon adı altında yukarıda ilk beş maddede açıklanan hizmetler yer almakta ve bu hizmetler Turkcell'in satış departmanının devamı niteliğinde, Turkcell adına belirli bir komisyon karşılığında yapılan hizmetler olup bu hizmetlerin bedelinin Turkcell tarafından tespit edilmesinde rekabet kuralları bakımından herhangi bir sakınca olmadığı görülmektedir.

İkinci grupta mülkiyeti TAM'lara geçen kontör kart gibi TAM'ların yeniden satıcı sıfatıyla gerçekleştirdikleri işlemler yer almakta olup, bunların yeniden satış fiyatının Turkcell tarafından belirlenmesinin 4054 Sayılı Kanun uyarınca mümkün olmadığı açıktır.

Yukarıda anlatılanlar ışığında Turkcell'in bayileri ile imzalamış olduğu eski ve yeni sözleşmelerin fiyat tespiti içermesi nedeniyle 4054 Sayılı Kanununun 4. maddesine aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

H.3.2. Savunmalar ve Değerlendirilmesi

Turkcell'in bu konudaki savunmaları önce "Genel Savunmalar ve Değerlendirilmesi" başlığı altında incelendikten sonra, Turkcell'in bayileriyle olan ilişkilerinin acentelik ilişkisi olduğu hususundaki savunma ayrıca değerlendirilmiştir.

H.3.2.1. Genel Savunmalar ve Değerlendirilmesi

- Turkcell tüm savunmalarında TAN'lar ile münhasır çalışmadığını iddia etmektedir.

Turkcell ile TAM'lar arasında düzenlenen sözleşmenin 4.2.13. maddesinde TAM'ların rakip operatör ile çalışamayacağı, TAM'lar ile TAN'lar arasında yapılan sözleşmelerin 4.A.a. maddesinde TAM'ların TAM'ların talimatlarına göre işlem yapacağı hükme bağlanmıştır. Turkcell Genel Müdürü, münhasır çalışmayan TAN'lara reklam ve tabela desteği verilmediğini beyan etmiştir ki bu da TAN'ların münhasır çalıştığını göstermektedir.

- İlk yazılı savunmada TAM sözleşmelerinde "münhasıran Turkcell'e hizmet verilmesini" öngören hükmün TAM'ın faaliyetlerini sürdürebilmesi için gereksinim duyacağı bilgisayar sisteminin, yazılımın, Turkcell'e ait olan ve Turkcell bilgi merkezinin güvenliği ile doğrudan ilgili olan

şifrelerin, TAM dekorasyonunun Turkcell tarafından tahsis edilmesi ve bedellerinin ödenmesinden kaynaklandığının göz önünde bulundurulmasının gerektiği belirtilmektedir.

Bilgi teknolojilerinin bu denli gelişmiş olduğu günümüzde münhasır çalışmayacak TAM'ların Turkcell'in ticari sırlarına ulaşmalarını engellemek üzere gerekli bilgisayar yazılımı düzenlemelerinin yapılması oldukça kolaydır. Bayilerin dekorasyonunun yapılması ve Turkcell kimliğine büründürülmesi, söz konusu dağıtım aşında münhasır çalışma biçiminin rekabet kurallarına uygun olup olmadığının tespitinin ardından ele alınacak bir konu olması gerekir. Bayi dekorasyonuna katkı sağlanmasının, rekabeti sınırlayan münhasır çalışmanın gerekçesi olamayacağı doğaldır.

- Yine ilk yazılı savunmada; *"Münhasırlık hükmünün değerlendirilmesinde dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, fiili ve potansiyel rekabet ile ilgilidir. Mevcut durumda lisans altında GSM operasyonları sürdüren iki teşebbüs bulunmaktadır. Bu teşebbüslerin herhangi birinin abone kayıt işlemlerini, yaptırmak üzere aracı teşebbüs bulamaması gibi bir teşebbüs kaynağı kısıtı bulunmamaktadır. Turkcell'in abone kayıtlarında aracılık hizmeti veren TAM'ların Türkiye sathında sayısının 200'ler seviyesinde olduğu, Turkcell'in fiili rakibi olan Telsim'in abone kayıtlarını yaptırdığı aracılarının sayılarının da aynı seviyelerde olduğunun göz önünde bulundurulması gerektiği, ayrıca üçüncü ve sonraki GSM lisansları sahiplerinin (potansiyel rakiplerinin) aynı biçimde abone kayıt faaliyetlerini sürdürebilecekleri, muhatapları bulabilmeleri için, yalnızca beyaz eşya yeniden satışı ile işigal eden 5 bini aşkın bayinin Türkiye sathında bulunduğu ve makul yatırımlar ile gereksinim duyulacağı sayıda abone işlemi aracılığı gerçekleştirilebilecek türden potansiyel muhatabın oluşturulabileceği göz önünde bulundurulmalıdır"* denmektedir. İkinci yazılı savunmada ise, piyasaya yeni giren İş-Tim'in sözleşme imzaladığı birçok bayinin Turkcell ile TAM anlaşmasını sona erdirerek İş-Tim ile çalışmaya başlaması, İş-Tim'in henüz faaliyete bile başlamamış olduğu halde 300 bayi ile anlaşmış olması ileri sürülerek Turkcell'in münhasır bayilik yapısıyla piyasada rekabeti engellemediği belirtilmiştir.

Bu konuda önem taşıyan husus daha önce de değinildiği gibi Turkcell'in münhasır bayilerinin aynı zamanda Turkcell ile münhasır çalışan cep telefonu distribütörlerinin bayileri olması ve Turkcell'in rakibi operatörün bu distribütörlere ait cep telefonları ile birlikte hat satışı yapamamasıdır. İş-Tim'in bayiler elde ettiği yönündeki savunmalar bu kapsamda değerlendirildiğinde, bu bayilerin ancak Turkcell TAM veya TAN'lığını muhafaza ettiğine yönelik maddi delillerin sunulması halinde

kabul edilebilir olacaktır. Fakat ne Telsim'in ne de İş-Tim'in herhangi bir TAM veya TAN ile Turkcell'in bayilik vasıflarını korudukları sürece çalıştıklarına yönelik herhangi bir maddi delil sunulmamıştır. Nitekim İş-Tim bayileri nezdinde yapılan araştırmada, İş-Tim'in bayi seçerken GSM sektörü içinden olanları tercih ettiği ancak bayilerin taraf olduğu münhasır sözleşmeler nedeniyle zorluklar çıktığı ifade edilmiş, savunmada belirtilen beyanın aksine 300 değil sadece 154 bayi ile anlaşıldığı ve bunların da 100 adedinin bir operatörün bayisi veya daha önce sadece cep telefonu satışı ile uğraşan kuruluşlar olduğu belirtilerek, bayilik yapısında sorunlar yaşandığı ortaya konulmuştur. Burada önemli olan husus önemli markaların Türkiye distribütörlerinin (KVK, Gen-pa, Tekofaks) dağıtım ağlarından, Turkcell ile münhasır çalışmaları sonucu Telsim veya yeni gelecek operatörlerin faydalanamamalarıdır.

Münhasır çalışma şartının rakip operatörün kendi münhasır bayileri ile hat akivasyonu yaptırmasına engel olmadığı savunmada vurgulanmaktadır. Bu durum Kurul'ca da kabul edilmektedir. Ancak Kurul'un rekabet hukuku açısından kabul edilemez gördüğü, cep telefonu distribütörlerinin bayilerinin aynı zamanda Turkcell'in münhasır bayileri olması, belirli marka cep telefonlarının sadece Turkcell hattı ile satılması ve rakip operatörün faaliyetlerinin kısıtlanması sonucunu doğuran münhasırlıktır. Hakkında soruşturma yürütülen taraf tüm savunmalarında, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında Kurul'un özellikle üzerinde durduğu TAM ve TAN'ların aynı zamanda cep telefonu bayisi olduğu gerçeğini göz ardı etmekte ve bu konuya ilişkin bir savunma getirmemektedir. Cep telefonu hizmetlerinin dağıtım aşamasıyla ilgili piyasa aksaklığına yol açan en önemli sorun, Turkcell'in aynı zamanda cep telefonu distribütörlerinin bayisi olan kuruluşlardan oluşan kendi dağıtım ağında iki aşamalı sözleşmeler yoluyla münhasır çalışma zorunluluğu getirerek rakiplerinin bu distribütör bayileriyle çalışmalarını engellemesidir. Çünkü bu bayiler aynı zamanda sayıları 5000'e ulaşan alt bayilere buldukları bölgelerde mal sağlamaktadırlar. Turkcell ile münhasır çalışan TAM ve TAN'ların bu alt bayilere diğer operatörün hattıyla çalışan telefonları sağlamaları güçleşmektedir. Çünkü soruşturmanın ilgili olduğu dönemde bir operatör hattının aktive edilmesi için mutlaka Türkiye'de yasal olarak satın alınmış ve başka bir operatör hattıyla kullanılmayan bir cep telefonunun abonede mevcut olması şartı aranmıştır⁶⁸. Bu uygulama cep telefonu ve hattın bir paket halinde

⁶⁸ Bu uygulama, 2813 sayılı Telsiz Kanunu'nun 13. maddesine dayalı olarak kaçak telefon girişinin engellenmesi amacıyla Telsiz Genel Müdürlüğü tarafından bir protokolle zorunlu tutulmuştur.

satışını gerektirmiş ve operatörlerden alınan hatlar cep telefonları ile eşleştirilerek bayi ağına paket halinde gönderilerek satışa sunulmuştur.

- İkinci yazılı savunmada, *Başarı'nın şikayet dilekçesinde çalışacak bayi bulmak konusunda herhangi bir zorlukla karşılaşıldığı yönünde bir iddia bulunmadığı, Telsim'in şikayet dilekçesinde de Turkcell'in dağıtım yapısının Telsim'in bayilik piyasasına girişini zorlaştırdığına yönelik bir iddiaya yer verilmediği* belirtilmiştir.

Rekabet Kurulu bir başvuru üzerine incelemeye başladıktan sonra şikayetin kapsamı ile bağlı değildir ve tespit ettiği tüm ihlalleri kanun çerçevesinde soruşturmak yetkisine sahiptir. Ayrıca Başarı Elektronik'in Turkcell'in eylemleri neticesinde bayi bulamadığı yönünde Rekabet Kurulu'nun herhangi bir iddiası ve tespiti bulunmamaktadır.

- İkinci yazılı savunmada yeniden satış fiyatının tespitine ilişkin öne sürülen görüşlerden birisi, *"ön ödemeli kart satışlarına ilişkin mülkiyet devri söz konusu olan işlemlerde Ulaştırma Bakanlığı'nın onay verdiği satış fiyatlarının Turkcell tarafından önerildiği ve öneri mahiyetini aşan nitelikte herhangi bir müdahalenin yapılmadığı"* şeklindedir.

Ancak soruşturma raporunun bir eki olarak sunulan Turkcell tarafından yayınlanmış 466 sayılı Sinyal adlı duyuruda "28 Eylül 2000 tarihinden itibaren uygulanacak kontör fiyatları aşağıda belirtilmiştir" ifadesinden bunun bir talimat olduğu ve öneri olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Ulaştırma Bakanlığı'nın tarifeleri onaylamasının nedeni operatörlerin belirlenen tavan fiyat üzerinde işlem yapmasını engellemektir. Bu yüzden Turkcell tarafından belirlenen tavan fiyata ilişkin bayilere talimat verilmesi marka içi rekabeti kısıtlayan bir ihlal oluşturmaktadır.

- Turkcell ikinci yazılı savunmasında, *Telsim'in kendi kusurlarından kaynaklanan nedenlerle çalışacak bayi bulamamasının ve başarısızlığının getirdiği faturanın Telsim ile eşit seviyede ve koşullarla rekabet yarışı yapan Turkcell'e ödetilmek istenmesinin 4054 sayılı Kanun'un ruhuna aykırı olduğu* ifade edilmiştir.

Bu soruşturma ile elde edilmek istenen sonuç GSM hizmetleri ve GSM cep telefonu piyasalarında sağlıklı rekabet ortamının sağlanması yoluyla iktisadi etkinliğe katkıda bulunmaktır. Bu açıdan soruşturma konusu ihlal ile şikayet edilen şirketin başarısı arasında herhangi bir illiyet bağı kurulması sözkonusu değildir.

- Üçüncü yazılı savunmada *bayilerin aktivasyon primi ödemelerinde zorluk çıkaran GSM operatörleriyle çalışmak istemedikleri* belirtilmiştir.

Öncelikle incelenen dikey anlaşmalardan TAM ve TAN'ların isteseler bile Turkcell dışındaki operatörlerle çalışmalarının mümkün olmadığı görülmektedir. Ayrıca, Turkcell'in başarısız olduğu ve bayilerle ilişkilerinin düzgün olmadığını iddia ettiği mevcut operatör dışında piyasaya yeni giren İş-Tim'in dağıtım ağı konusunda zorluklar çekmesi Turkcell'in bu savunmasını desteksiz kılmaktadır.

- Turkcell'in üçüncü yazılı savunmasında, *hat ve cihaz satışının birlikte yapılması şeklindeki uygulamaya sebep olan GSM MoU ve Ulaştırma Bakanlığı'nın yasal olarak satışa sunulmuş cep telefonlarının hatlar ile kullanılması koşulunun sorumluluğunun Turkcell'e ait olmadığı* belirtilmektedir.

Rekabet Kurulu'nun bu uygulamanın hukuki dayanağı ve sorumluları hakkında bir iddiası bulunmayıp, Turkcell'in bu uygulamadan faydalanarak stratejik bir davranışta bulunması ve piyasada rekabeti kısıtlaması soruşturulmuştur.

- Turkcell tarafından yapılan üçüncü yazılı savunmada, *"distribütör bayi faaliyetlerinin Turkcell haricinde cereyan eden süreçler olması nedeniyle, var olabilecek aksaklıkların Turkcell tarafından savunulmasının üstlenilmesinin olanaklı olmadığı"* ifade edilmektedir. Ayrıca, sözlü savunma toplantısında *"Turkcell'in, cihaz distribütörlerinin TAM ve TAN adı altındaki bayilerle münhasır çalışmalarına ilişkin anlaşmaların hukuki muhatabı olmadığı, bu konuda bir aykırılık varsa bunun giderilmesi için kendi hukuki haklarından feragat etmesinin istenmesinin hiçbir hukuki normda yeri bulunmadığını"* belirtmiştir.

Soruşturma konusu anlaşmalar, Turkcell ile bayileri arasında münhasır çalışma koşulu içeren anlaşmalar olup, cep telefonu distribütörlerinin bu bayilerle münhasır çalışıp çalışmadığı ve münhasır çalışıyorlarsa bunun rekabet kurallarına aykırı olup olmadığı konusu soruşturma kapsamı dışındadır. Bu nedenle yürütülen soruşturma cep telefonu distribütörleri ile bayileri arasındaki anlaşmalardaki değil Turkcell ile bu bayiler arasındaki anlaşmalardaki münhasır çalışma koşullarıyla ilgilidir. Dolayısıyla bu savunmanın soruşturma konusu ile bir bağlantısı bulunmamaktadır.

- Turkcell'in üçüncü yazılı savunmasında *kendisinin TAM ve TAN'lar ile münhasır çalışmasının rekabet kuralları gereğince yasaklanabilmesi için zorunlu unsur anlamında bu dağıtım ağının rakip operatörler tarafından kullanılmasının kaçınılmaz olması gerektiği* belirtilmektedir.

Münhasırlık koşulu içeren dikey anlaşmalar 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında yasaklanmaktadır. Ancak Rekabet Kurulu 5.

maddede belirtilen şartların varlığı halinde bu anlaşmaları 4. madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutabilir. TAM ve TAN'ların aynı zamanda cep telefonu distribütörlerinin bayileri olmaları nedeniyle, Turkcell'in bunlarla münhasır olarak çalışmasının ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabeti ortadan kaldırması sebebiyle bu anlaşmalar 4. maddede öngörülen yasak kapsamı dışına tutulamaz.

- Sözlü savunmada, "Halihazırda piyasada beş bini aşkın birden fazla sayıda operatöre hizmet vermesi önünde hukuki ve fiili bir engel bulunmayan aracı teşebbüs mevcut olduğu" ifade edilmiş ve Soruşturma Heyetince Turkcell'in münhasır olduğu iddia edilen abone noktalarının aslında birden çok markaya hizmet verdiğini gösteren fotoğraflar sunulmuştur.

Öncelikle sözlü savunmada Kurul'a verilen fotoğrafların TAN'lara ait olduğuna ve soruşturmanın ilgili olduğu zaman diliminin tamamını yansıtan bir yapıyı sergilediğine ilişkin herhangi bir maddi delil sunulmamıştır. İkincisi Kurul Turkcell'in aynı zamanda cep telefonu distribütörü bayisi olan bayilerle münhasır çalışmasını rekabeti ihlal eder nitelikte bulmuştur. Söz konusu fotoğraflardan bu bayilerin aynı zamanda cep telefonu distribütörü bayisi olduğunu gösterir tabela vb. görülmemektedir. Dolayısıyla fotoğraftaki bayilerin TAN sözleşmeleri olup olmadığı ve aynı zamanda cep telefonu distribütörü bayisi olup olmadıkları anlaşılammamaktadır. Birden çok markaya hizmet veren satış noktaları herhangi bir operatörün ya da distribütörün bayisi olmayan serbest satıcı niteliğindedir. Bunların TAM ve TAN'lardan cihaz ve hat sağlayarak satış yapmaları mümkündür. Ancak bu, olayın niteliğini değiştirmemektedir. Şöyle ki işlem yaptıkları TAM veya TAN hangi cep telefonu distribütörünün bayisi ise o distribütörün cihazlarının Turkcell hattı ile aktive edilmesi işlemine aracılık etmektedir. Sonuç olarak Turkcell ile münhasır olarak çalışan distribütörlerin cihazlarının rakip operatör hattıyla aktive edilmesi mümkün olamamaktadır.

H.3.2.2. TAM'ların Turkcell'in Acentesi Olduğuna İlişkin Savunma ve Değerlendirilmesi

Turkcell'in ilk yazılı savunmasında, *bayinin yalnızca sağlayıcının mal ve hizmetlerini nihai tüketiciye satmasında aracılık hizmeti vermesiyle sınırlı olan ve bayinin ticari risk üstlenmediği tür dikey anlaşmaların rekabet hukukunda acentelik anlaşmaları olarak değerlendirildiği ve AB Anlaşması'nın 81/1 maddesi kapsamına girmediği; Avrupa Birliği rekabet hukukunun acentecilik faaliyetlerine ilişkin 1962 yılından bu yana süregelen bu düzenlemesinin (Ticari*

Acentelerle Akdedilen Münhasır Acentelik Sözleşmelerine İlişkin Komisyon Duyurusu, ATRG, 139, 1962, s.2921) Türk Rekabet Otoritesi'nce de kabul gördüğü ve Rekabet Kurulunun 13.7.1999 tarih ve 99-35/341-212 sayılı toplantısında THY'nin acenteleriyle yaptığı sözleşmelerin 4054 Sayılı Kanun kapsamı dışında olduğuna karar verdiği belirtilmektedir. İlk yazılı savunmada ayrıca, Turkcell'in TAM olarak adlandırılan Turkcell Abone Merkezleri ile bir sözleşme akdettiği, işbu sözleşme mucibince bayinin Turkcell nam ve hesabına olarak, mülkiyeti kendisine ait olmayan GSM hatlarının satışlarına aracılık hizmeti verdiği ve bu aracılık hizmeti karşılığında belli bir hizmet bedeli aldığı ve bu nedenle Turkcell'in "bayileriyle" akdettiği anlaşmaların 4054 Sayılı Kanun kapsamında olmadığı ileri sürülmektedir.

Turkcell'in savunmasının ağırlık merkezini TAM'ların ve TAN'ların Turkcell'in acentesi olduğu ve bu nedenle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında bulunmadığı oluşturmaktadır. Bu savunma değerlendirilirken önce acentenin kısaca tanımı yapılacak, acentelik sözleşmelerinin 4054 sayılı Kanun kapsamına girip girmediği değerlendirilecektir.

a) Acente

Türk Ticaret Kanunu'nun 116. maddesine göre: *"Ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya müstahdem gibi tabi bir sıfatı olmaksızın bir mukaveleye dayanarak muayyen bir yer veya bölge içinde daimi bir surette ticari bir işletmeyi ilgilendiren akitlere aracılık etmeyi veya bunları o işletme adına yapmayı meslek edinen kimseye acente denir."*

Bu tanımdan anlaşılacağı üzere acentenin unsurları genel olarak şöyle sıralanabilir:

- Acente, bir ticari işletmeyi ilgilendiren sözleşmelere aracılık etme veya bunları o işletme adına yapma şeklinde faaliyet gösterir.
- Acentenin aracılıkta bulunma veya sözleşme yapma faaliyeti süreklilik arz eder.
- Acente bu işi meslek edinmiş bir kimsedir.

Aksi yazılı olarak kararlaştırılmış olmadıkça bir teşebbüs aynı zamanda ve aynı yer ve bölge içinde aynı ticaret dalı için birden fazla acente tayin edemeyeceği gibi; acente dahi aynı yer ve bölge içinde birbirleriyle rekabette bulunan müteaddit teşebbüsler hesabına aracılık yapamaz (TTK m. 118).

Hususi ve yazılı bir izin olmadan acente müvekkili namına sözleşme yapmaya yetkili değildir (TTK m. 121).

b) Acentelik Kavramının Rekabet Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi

Rekabet hukukunda acentelik tanımının yapılması için aranan koşullar, bir işletmenin yürüttüğü işlerle ilgili ticari risk üstlenmiyor olmasına dayanmaktadır. Sözleşme çerçevesinde alım ya da satım konu olan malların mülkiyeti acentenin üzerinde değilse ya da acente, kendisi sözleşmeye konu hizmetlerin sağlayıcısı değilse ve aşağıda sayılı faaliyetleri ve bunların benzerlerini üstlenmiyorsa, söz konusu acente ile ana şirket arasındaki sözleşme rekabet kurallarının uygulama alanı dışında kalacaktır. Bu faaliyetler; hizmetlerin sağlanması veya malların alımına ilişkin maliyetlere katılımda bulunmak; reklam bütçelerine katkı ya da benzer şekillerde satış promosyonuna ilişkin yatırım yapmak; sözleşme konusu mal stoklarına ilişkin risk taşımak; satış, satış sonrası ve garanti servisi oluşturmak ve yürütmek; tesis, malzeme ve personel yatırımı yapılarak bir dağıtım ağı organize etmek; satılan ürüne dayalı bir hasara ilişkin olarak üçüncü kişilere karşı sorumluluk taşımak ve müşterinin ödemesini yapmaması karşısında sorumluluk taşımak şeklinde sınırlayıcı olmamak üzere sıralanabilir.⁶⁹

⁶⁹ AB Komisyonu'nun 1999 yılında yayınladığı "Dikey Sınırlamalara İlişkin Rehber"de (Guidelines On Vertical Restraints) Roma Anlaşması'nun 81. maddesinin uygulanmayacağı acenteler aynı nitelikte belirlenmiştir.

VVR v. Sociale Dienst davasında ATAD, çok sayıdaki seyahat acentesinin pazarladıkları seyahatleri yine çok sayıdaki tur operatörleri adına satmalarına ve acentelerin müşterileri ile yapmış oldukları kontratların tur operatörleri adına olmasına rağmen, seyahat acentelerinin verdiği hizmetin tamamıyla bağımsız bir esası olduğunu belirtmektedir (Bellamy&Child, Common Market Law Of Competition, 1993, s.389).

Pittsburgh Corning davasında ise Komisyon acentenin gerçek anlamda bir yardımcı olması yani müvekkilin dağıtım sistemine tam anlamıyla entegre olması halinde, acentelik sözleşmesinin 81(1) maddenin dışında kalacağını belirtmektedir. Eğer acente, acentelik konusunun dışındaki ürünlerin bağımsız üreticisi veya dağıtıcısı durumunda ise yukarıdaki koşullar sağlanmamış olacaktır. Söz konusu davada Komisyon, Formica Belgium'un Corning'in bir acentesi olmadığını, başka firmalar için de önemli fonksiyonlar üstlendiğini ve kendi mallarını da ürettiğinden yola çıkarak, Pittsburgh Corning'e ekonomik bir bağlılığın bulunmadığını belirtmiştir (Richard Whish& Brenda Sufirin, Competition Law, 1993, s.554).

Acentenin müvekkili lehine yaptığı satışlar haricinde, bağımsız bir tacir olarak başka üreticilerin aynı veya benzer ürünlerini de satması durumunda, acentenin bağımsız ticari faaliyetlerine getirilen her türlü kısıtlama da 81. maddenin konusuna girmektedir (Ritter&Braun&Rawlison, EEC Competition Law, 1991, s.208). ATAD, Suiker Unie davasında Komisyon'un şeker üreticileri ile acenteler arasındaki anlaşmalarının acentelik anlaşması olmadığını, çünkü üreticilerin atadığı acentelerin üçüncü şahısların aynı nitelikteki işlerini de yaptıklarını ve güçlü birer komisyoncu oldukları yönündeki kararlarını onaylamıştır. Söz konusu davada ayrıca acentelerin müvekkillerinin rakipleri için de faaliyette bulunmalarının veya üçüncü şahıslar adına da ilgili veya ilgisiz bir piyasada bazı ticari işler yapmalarının, acenteleri 81. madde kapsamına alacağı belirtilmektedir (Richard Whish& Brenda Sufirin, a.g.e., 1993, s.554).

Yukarıda sayılı faaliyetleri veya bunların benzerlerini üstlenmemek suretiyle işini başka birinin nam ve hesabına yürüttüğü kabul edilen, dolayısıyla acente olarak adlandırılan ve 4054 sayılı Kanun kapsamında bağımsız bir teşebbüs sayılamayacak olan bir işletme ile adına ve namına işlerini yürüttüğü ana şirket arasındaki acentelik sözleşmesi aynı Kanun'un 4. maddesinin kapsamı dışında kalmaktadır. Sonuç olarak, iki bağımsız teşebbüsün arasındaki anlaşmalar 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamına girebilmekte, bağımsız teşebbüs niteliğinde olmayan acentelerle ana şirket arasındaki sözleşmeler ise 4. madde kapsamı dışında kalmaktadır.

Rekabet Kanunu kapsamı dışında olduğu kabul edilen acentelik sözleşmelerinde, başka sözleşmelerde rekabeti kısıtlayıcı olarak yorumlanan bazı sınırlamaların bulunması makul sayılmaktadır. Bu nitelikte hükümler, sözleşme kapsamındaki mal ve hizmetler, acentenin faaliyet göstereceği bölge (münhasır bölge), acentenin satış yapabileceği müşteriler ve mal veya hizmetlerin alım-satım fiyatları üzerinde sınırlamalar getiren düzenlemeler olmak üzere sayılabilir. Acentenin faaliyetleri üzerine sınırlama getiren tüm bu hükümler, sözleşme konusu işlere ilişkin finansal ve ticari riskleri üzerine almış olan ana şirketin, ticari stratejisini belirleme hakkının bir parçası olarak kabul edilmektedir. Burada söz konusu olan finansal ve ticari riskler, belirli olan ve acentenin ana şirket adına/hesabına sonuçlandırdığı akitlemlerle doğrudan ilgili olan risklerdir. Acentelik servisinin sağlanması faaliyetine yönelik riskler genellikle değerlendirme dışında kalmaktadır.

Acentenin ana şirket hesabına alım veya satımını gerçekleştirdiği mal veya hizmetlere ilişkin yukarıda sayılı sınırlamaların yanı sıra, acentelik anlaşmalarında, ana şirketin belirli bir işlem, belirli bir müşteri ya da belirli bir bölge için herhangi başka bir acenteyi görevlendirmesini (münhasır acentelik hükümleri) ya da acentenin ana şirketin rakibi teşebbüslerin bayisi ya da acentesi olmasını engelleyen hükümler (rekabet etmeme hükümleri) yer alabilir. Eğer bu türde hükümler acentelik hizmetlerinden ana şirketin rakiplerinin faydalanmasını zorlaştırıyorsa ya da başka bir deyişle acentelik hizmetleri pazarını rakipler aleyhine kapatıyorsa, söz konusu hükümler 4. madde kapsamında değerlendirilebilir.⁷⁰

⁷⁰ AB Komisyonu tarafından yayınlanan rehberde, acentelik sözleşmelerinde yer verilen "rekabet etmeme yükümlülüğü (ya da rakip ile çalışmama şartı)" acentelik hizmetleri pazarına rakiplerin erişimini sınırlıyorsa, söz konusu acentelik sözleşmesinin Roma Anlaşması'nın 81. maddesi kapsamına girdiği ifade edilmektedir.

c) Turkcell'in Bayilerle Yaptığı Sözleşmelerin Rekabet Hukuku Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Sözleşmenin "Bayinin Yükümlülükleri" başlıklı 4.2.1. maddesi "*Bayi, Turkcell adına abone kayıt işlemleri ile ileride Turkcell tarafından bildirilecek iş ve işlemleri Turkcell adına yapar ve bu iş ve işlemlerde Turkcell'e aracılık hizmeti verir*" şeklindedir. Bu sözleşme çerçevesinde, bayiler Turkcell adına müşteri ile "*abonelik sözleşmesi*"ni akdetmekte, daha sonra da müşterinin abonelik bilgilerini kaydederek Turkcell veri merkezine ulaştırmaktadır. Bu hizmetler esas olarak Turkcell'in sunduğu GSM servisinin bir devamı niteliğindedir. Ancak bayilerin yapmış olduğu sim kart ve kontör kartı satma ve bunun gibi hizmetler bayilerin yeniden satıcı sıfatıyla yaptığı işlemlerdir.

Prosedürlere ve standartlara uygunluk başlıklı 4.2.13. maddeye göre, "*Bayi, faaliyetlerinde Turkcell'in tebliğlerine, talimatlarına ve emirlerine, bildirmiş olduğu yönetmeliklerine riayet edecek ve herhangi bir sebeple bunlara aykırı hareket etmeyecektir. ... Bayi, sadece Turkcell tarafından kabul edilen ve onaylanmış hizmet ve servisleri sunabilir. Bayi aksine bir bildirim Turkcell tarafından yapılmadığı sürece, her türlü hizmetle ilgili olarak Turkcell'in bildirmiş olduğu fiyatları uygulamak zorundadır. Bayinin herhangi bir şekilde farklı bir fiyat uygulama yetkisi bulunmamaktadır. Turkcell fiyat değişikliklerini bayiye bildirecektir.*" Bu maddeden, bayinin sözleşme dahilindeki ve Turkcell'in uzantısı niteliğinde (acente gibi) yaptığı hizmetleri Turkcell'in belirleyeceği standart prosedürler çerçevesinde yürütmekle yükümlü olduğu, hizmetlerin yürütülme şekli ve hizmetlerin bedellerini belirleme yetkisi bulunmadığı anlaşılmaktadır. Ancak bayilerin yeniden satıcı sıfatıyla sattıkları sim kart ve kontör kartların satış fiyatlarının Turkcell tarafından belirlenmesi bir rekabet kısıtlamasıdır.

Ön ödemeli kartlarda abone belli bir konuşma ücretini önceden peşin olarak ödemekte ve ödediği kontör ücreti kadar konuşma yapabilmektedir. Turkcell'den alınan fatura örnekleri incelendiğinde, ön ödemeli kartların mülkiyetinin distribütörlere ve onlardan bayilere geçtiği ve kart ücretlerinin Turkcell tarafından gelir olarak tahakkuk ettirildiği gözlenmektedir. Dolayısıyla ön ödemeli kartların dağıtımını ve satımını yapan bayilerin bu işlemlerde sadece aracılık ettiği ve herhangi bir ticari risk üstlenmediği şeklindeki iddiaların geçerliliği kalmamaktadır. Çünkü ön ödemeli kartların dağıtımını yapan bayilerin kartı mülkiyetine aldığı ve bu kartların bedeli ölçüsünde ticari risk altına girdiği yukarıda da belirtildiği gibi faturalardan görülmektedir.

Sonradan ödemeli kartlarda da sim kartların mülkiyetinin bayiye aynı şekilde geçtiği; dolayısıyla aynı derecede olmasa da yine bir ticari risk üstlenildiği görülmektedir.

Sonuç olarak Turkcell abone merkezlerinin faaliyetleri iki gruba ayrılmaktadır. Birinci grupta acentelik hizmeti niteliğinde olan aktivasyon hizmetleri; ikinci grupta ise bayilik hizmeti niteliğinde olan ve yeniden satıcı sıfatıyla yapılan hizmetler yer almaktadır. Bu nedenle Turkcell'in TAM'larla yaptığı sözleşmeler 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamındadır.

H.3.3. Gerekçe ve Hukuki Dayanak

Önceki bölümde de açıklandığı üzere Turkcell ile TAM'lar arasındaki ilişki aktivasyon hizmetleri bakımından acentelik ilişkisini, mülkiyeti TAM'lara geçen sim kart ve kontör kartların satışı bakımından da yeniden satıcılık şeklinde bir bayilik ilişkisini ifade etmektedir. Bu çerçevede;

- Sim kart ve kontör kart gibi mülkiyeti yeniden satıcılara geçen malların satış fiyatlarının Turkcell tarafından belirlenmesi Rekabet Kanunu'nun 4. maddesi kapsamında yasaktır.
- Acentelik anlaşmalarına konulan rekabet etmeme hükümleri rakiplerin pazara girişini engelleyecek bir etki doğurmakta ise, bu tür anlaşmaları Rekabet Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca 4. maddenin uygulamasının dışına çıkarmak mümkün değildir.

Bu bakımdan ve savunmalarda belirtilen hususlar da dikkate alınarak;

a) Fiyatların belirlenmesine ilişkin olarak,

- Turkcell bayilerinin (TAM'ların doğrudan veya TAN'lar vasıtasıyla) Turkcell'in bir yardımcısı gibi ve Turkcell abone hizmetlerinin devamı niteliğinde yaptığı aktivasyon hizmetlerinin satış bedellerinin Turkcell tarafından belirlenmesinin rekabet kuralları bakımından bir sakınca oluşturmadığı,
- Ancak mülkiyetlerinin Turkcell dikey yapılanması içindeki teşebbüslere geçtiği ve yeniden satıcı sıfatıyla devralındığı sim kart, kontör kartların yeniden satış fiyatlarının Turkcell tarafından belirlenemeyeceği,

b) Bayilerin münhasır çalışmasına ilişkin olarak,

- TAM ve TAN'ların aynı zamanda cep telefonu distribütörü bayileri olmaması durumunda savunmalarda da belirtildiği gibi rakip operatörlerin

aynı nitelikte bayi edinmelerine engel bulunmadığından münhasır çalışma şartının herhangi bir sakıncasının olmadığı,
- TAM ve TAN'ların aynı zamanda Turkcell ile münhasır çalışan cep telefonu distribütörlerinin bayileri olmaları halinde rakip operatörlerin söz konusu distribütörlerin markalarını satan bayi edinmeleri mümkün olmadığından ve bu suretle rekabet önemli ölçüde kısıtlanacağından münhasır çalışma şartının getirilemeyeceği,

c) Aralık 1999 tarihine dek yürürlükte olan anlaşmanın ve bu tarihten sonra yürürlüğe giren yeni anlaşmanın yukarıda izah edilen nedenlerden dolayı 4054 Sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı olduğu,

d) Turkcell'in TAM'ları ile yaptığı sözleşmelerle ilgili olarak,

- Fiyata ilişkin hükmün yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda düzeltilmesi,
- TAM'ların aynı zamanda cep telefonu distribütörlerinin bayileri olması halinde münhasırlığa ilişkin hükümlerin çıkarılması,
- Uygulamada da fiyat tespiti ve münhasır çalışmaya zorlayan eylemlere son verilmesi

gerektiği sonuçlarına ulaşılmıştır.

H.4. TURKCELL'İN 4054 SAYILI KANUN'UN 6. MADDESİ KAPSAMINDAKİ EYLEMLERİ

H.4.1. Distribütörlerle Münhasır Çalışma Şartı

H.4.1.1. Yapılan Tespitler ve Elde Edilen Deliller

Telsim'in Rekabet Kurumu kayıtlarına 27.9.1999 tarih ve 1145 sayı ile intikal eden dilekçesinde, *"Hem hat piyasasında hem de cihaz piyasasının dağıtım sisteminde aynı distribütör ve bayi ağının kullanılması, bu ağın Türkiye genelinde yaygın oluşu ve sadakat indirimleri ile Telsim'in ilgili piyasaya sokulmasının engellenmesiyle yüksek pazar payının muhafaza edilebildiği..."* iddia edilmektedir.

GSM cep telefonu pazarında faaliyet gösteren belli başlı distribütörlerin yetkili dağıtıcılığını ve paralel ithalatını yaptıkları cihazların bu distribütörler arasındaki dağılımına bakıldığında;

KVK Mobil Telefon Sistemleri A.Ş.'nin (KVK) Ericsson, Nokia ve Alcatel,

Gen-Pa Genel Pazarlama San. ve Tic. A.Ş.'nin (Gen-Pa) Ericsson, Siemens ve Nokia,

Tekofaks Ofis ve Haberleşme Ürünleri A.Ş.'nin (Tekofaks) Panasonic, Ertel Erdem Telekomünikasyon A.Ş.'nin (Ertel) Alcatel,

Başarı Elektronik Tic. ve San. A.Ş.'nin (Başarı) Nokia, Kenwood ve Samsung,
Unitel Telefon Pazarlama A.Ş.'nin (Unitel) Motorola,
Interline Telekomünikasyon San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin (Interline) Bosch,
Maxon, Swatch ve Telit,
STS Sakarya Telekomünikasyon Ltd. Şti.'nin (STS) Sagem,
Gipaş'ın NEC marka mobil telefonların yetkili distribütörlüğünü yaptığı,
Interline'in Ericsson ve Samsung,
Simpeks ve Telsis'in Ericsson,
Başarı'nın Alcatel,
Unitel'in Panasonic marka mobil telefonların **paralel ithalatını** yaptığı
görülmektedir.

Operatörler, bu distribütörlere yukarıda da bahsedildiği üzere çeşitli yazılı veya sözlü kampanya protokolleri çerçevesinde sim kart satışı yapmakta, bu kartlarla eşleştirilen cihazlar için çeşitli desteklerde bulunmaktadır. Bu destekler çoğu zaman hat ve kart bedelinin distribütörden tahsil edilmemesini de içermektedir. Cihazlara verilen destekler cihaz marka ve modellerine göre belirlenmektedir. Aboneliğe açılan hat sayısına göre hesaplanan toplam destek operatör tarafından belli bir dönemin sonunda distribütöre ödenmektedir. Operatörler tarafından cihazların bu şekilde sübvansede edilmesi, dünyada çok yaygın, hatta operatörler açısından kaçınılmaz olan bir uygulamadır. Bu uygulama özellikle de rekabetçi pazarlarda önemli bir pazarlama aracı işlevi görmektedir.

Turkcell'in distribütörlerle imzaladığı kampanya sözleşmelerinin çoğunda "*Firma kampanya süresince başka bir sim kart operatörü ile kampanya düzenleyemez, satış ve pazarlama anlaşması yapamaz*" şeklinde bir hüküm bulunmaktadır. Kampanyalı satışlar bütün satışların tamamına yakınına oluşturduğundan, distribütörlere getirilen bu rekabet etmeme yükümlülüğü piyasada belirleyici bir hal almaktadır.

Turkcell; KVK, Genpa, Tekofaks ve Ertel olmak üzere dört distribütörü münhasır distribütör olarak nitelendirmekte, bu firmaları kendi dağıtım zincirinin parçaları olarak kabul etmektedir. Bunlardan KVK zaten Turkcell ile ekonomik birlik içindedir; Erdem Holding'e bağlı olan Genpa ve Ertel de faaliyete başlamalarından itibaren sadece Turkcell hatlı satış yapmıştır. Tekofaks ise önceleri her iki operatör ile çalışırken lisanslı dönemden itibaren sadece Turkcell ile çalışma kararı almıştır.

Yerinde incelemede elde edilen 15.6.2000 tarihli "Turkcell Sunumu" adlı belgede Güçlü Satış Ağı başlığı altında anlaşmalı

distribütörler olarak KVK, Genpa (Ertel, Genpa ile aynı holding bünyesinde olduğundan ayrıca belirtilmemiş) ve Tekofaks gösterilmiştir. Yine Turkcell'e ait 6.3.2000 tarihli "Sales and Marketing" (Satış ve Pazarlama) adlı belgede "*mevcut durumda KVK, Genpa, Tekofaks ve Ertel olmak üzere dört ithalatçı sadece Turkcell sim kartlarını dağıtmaktadır*" ifadesi yer almakta; "Distribution Channel" (Dağıtım Kanalı) adlı raporda da dağıtım şebekesinde yer alan cihaz distribütörleri KVK, Genpa, Tekofaks ve Ertel olarak sayılmakta, bunların münhasır olduğu belirtilmektedir. Aynı raporda Telsim'in dağıtım şebekesinde yer alan cihaz distribütörleri Unitel, STS, Interline ve Başarı olarak gösterilmiş, bu distribütörlerin "*yetkili distribütör*" olduğu belirtilmiştir.

Gelir ortaklığı sözleşmesinin imzalandığı yıl olan 1994'ten, 2000'in Temmuz ayına kadar Turkcell sim kart satışlarının distribütörlere dağılımı aşağıdaki gibidir:

Tablo - 7: Turkcell Sonradan Ödemeli Sim Kart Satışlarının Distribütörlere Dağılımı (1994-2000 Temmuz)

Distribütör	Payı (%)
KVK	41
GENPA	22
TEKOFAKS	16
BAŞARI	6
ERTEL	2
DİĞER	13
TOPLAM	100

Tablo - 8: Turkcell Ön Ödemeli Sim Kart Satışlarının Distribütörlere Dağılımı

Distribütör	Payı (%)
KVK	18
GENPA	34
TEKOFAKS	3
A-TEL*	45
TOPLAM	100

(*A-TEL, ön ödemeli sim kartların ve bunların kontör kartlarının pazarlama, satış ve dağıtımını için %50-%50 KVK- Medya Holding ortaklığı olarak kurulmuş olan ve Birleşik Basın Dağıtım'ın gazete bayilerini satış yeri olarak kullanan şirketin adıdır.)

1994'ten 1999 Aralık'a kadar Telsim'in aktivasyon rakamlarının (sonradan ödemeli ve ön ödemeli) distribütör ve paralel ithalatçılar arasındaki dağılımı da aşağıdaki gibidir.

Tablo - 9: Telsim Aktivasyonlarının Dağılımı

Distribütör	Payı (%)
BAŞARI	36
UNİTEL	25
İNTERLINE	13
TESLİS	6
NETAŞ	3
TELSİM	3
SİMPEKS	4
SAKARYA	3
GİPAŞ	1
DİĞER	6
TOPLAM	100

Yukarıda yer verilen tablolardan operatörlerin hangi distribütörlerle yoğun olarak çalıştığı açık biçimde görülmektedir. Operatörlerin hatlarının cep telefonu markalarına dağılımı ise aşağıdaki gibidir:

Tablo - 10: 1994-Temmuz 2000 Arasında Satılan Turkcell Hatlarının

Cep Telefonu Markalarına Dağılımı	Turkcell satışları içindeki pay (%)	Toplam hatlı cihaz satışları içindeki pay*(%)
ERICSSON	52	36,4
NOKIA	18	12,6
PANASONIC	16	11,2
SIEMENS	6	4,2
ALCATEL	4	2,8
DİĞER	4	2,8
TOPLAM	100	70

(* Turkcell satışları içindeki oranların Turkcell'in pazar payı ile çarpımı sonucu çıkan yaklaşık değerler. Bu değerler, tüketicilerin abone olurken satın aldıkları cihazların dağılımını göstermektedir.)

Tablo - 11: 1994-Aralık 1999 Arasında Satılan Telsim Hatlarının Cep Telefonu Markalarına Dağılımı

	Telsim satışları içindeki pay (%)	Toplam hatlı cihaz satışları içindeki pay (%)
NOKIA	34,80	10,44
MOTOROLA	26,68	8,004
ERICSSON	16,06	4,818
BOSCH	4,19	1,257
PANASONIC	3,22	0,966
DİĞER	9,78	2,934
PHILIPS	3,18	0,954
SAMSUNG	2,10	0,63
TOPLAM	100	30

Bu rakamların başka bir ifadesi olan hangi marka cep telefonunun hangi operatör tarafından yaklaşık olarak hangi oranda satıldığı -en çok satılan üç telefon markasına ilişkin olarak- aşağıdaki tabloda gösterilmiştir.

Tablo - 12: En Yüksek Pazar Payına Sahip Üç Marka Satışları İçinde Operatör Hat Dağılımı

	Turkcell	Telsim
Ericsson	%88,32	%11,68
Nokia	%54,65	%45,35
Panasonic	%92,06	%7,94

Bu tablodan görüleceği üzere, Turkcell'in münhasır çalıştığı distribütörlerden KVK, Gen-Pa, Tekofaks tarafından dağıtımı yapılan markalarda, Turkcell hatlı satışlar bu markalara ilişkin toplam satışların çok büyük bir kısmını oluşturmakta; Başarı'nın da dağıtımını yaptığı ve Telsim'le de kampanyalı satılan Nokia'da ise toplam satışların hatlara dağılımı iki operatör için birbirine yakın oranlarda gerçekleşmektedir. Bu durum Turkcell tarafından distribütörlere uygulanan münhasırlığın rakipler için doğurduğu dezavantajın önemli bir göstergesini oluşturmaktadır.

Telsim hatlı Ericsson marka telefonların hepsi paralel ithalat yoluyla getirilmiş olan telefonlardır. Bu ithalatı yapan firmalar Interline, Telsis ve Simpeks'dir. Telsim hat aktivasyonlarının en çok Başarı ile yürütüldüğü, bunun yansıması olarak da Nokia markası ile satılan hatların Telsim hatlı satışlar içinde büyük bir oran teşkil ettiği gözlemlenmektedir.

Telsim ve Turkcell'in distribütörlere cihaz markaları bazında verdiği destekler incelendiğinde aynı dönemlerde aynı marka cihazlar için Telsim'in daha fazla destek verdiği anlaşılmaktadır. Turkcell Ocak, Şubat ve Mart 2000 döneminde Ericsson marka cihazlar için Genpa ve KVK'ya model bazında 80 veya 90 DM destek vermiştir. Ocak 2000'de Telsim'in Interline, Telsis ve Simpeks'e Ericsson marka cihazlar için verdiği destek ise 150 DM'dir. Yine Ocak, Şubat, Mart 2000 döneminde Turkcell'in Nokia marka cihazlar için uyguladığı destek miktarı 80 veya 90 DM olarak belirlenmiş iken, Ocak 2000'de Telsim aynı marka cihazlar için Başarı'ya 130 DM destek uygulamıştır. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. Bu destekler sonucunda aynı markada Telsim hatlı cihazlar çoğu zaman Turkcell hatlı cihazlardan daha ucuza bulunabilmektedir. Her iki operatörün distribütörlere destek politikaları göstermektedir ki, Telsim, hatlarının Turkcell'in münhasır distribütörlerinin satışını yaptığı cihazlarla rekabet edebilecek cihazlarla satılmasını sağlayabilmek için oldukça yüksek pazarlama harcamaları altına girmek zorunda kalmaktadır. Zira, GSM operatörlerinin hat satışı yapabilmesinde ve pazar payını artırabilmesinde en önemli şartlardan biri hatlarını tüketici

gözünde tanınmış, bilinen cihaz markaları ile satışa sunmasıdır. Soruşturma dönemi itibarıyla Ericsson'un, pazara ilk giriş avantajına da bağlı olarak Türkiye cihaz pazarında en bilinen marka konumunda olduğu gözlenmiştir. Nokia da tüketici tarafından büyük oranda tercih edilen bir markadır. Tüketicilerin tercih ettikleri cep telefonu markası abone olacakları GSM şebekesini seçmeleri üzerinde önemli bir etken olmaktadır.

KVK ve Genpa'nın Ericsson markasının yetkili distribütörü olmaları ve sadece Turkcell ile çalışmaları sonucunda Telsim bu markanın paralel ithalatını özendirilebilmek için yüksek distribütör destek ödemelerine katlanmak zorunda kalmaktadır. Öte yandan Telsim ile çalışan paralel ithalatçılar, Ericsson ile teknik servis anlaşması olan firmalardan (KVK, Genpa, Denba ve Asya) teknik servis sağlayamamaktadır. Bu da doğal olarak Telsim açısından dezavantaj yaratmaktadır. Paralel ithalatçı firmalarla çalışmanın beraberinde getirdiği sorunlardan biri de belirli bir kaynaktan düzenli bir mal akışı olmamasıdır. Ani taleplerin karşılanmasında ve yeni modellerin piyasaya sunulmasında özellikle yetersizlikler ve gecikmeler yaşanmaktadır.

Paralel ithalat yoluyla getirilen Ericsson markalı cihazlara ilişkin yukarıda sayılan zorluklar büyük oranda yine bu yolla getirilen Panasonic, Alcatel ve Siemens marka cihazlara ilişkin olarak da geçerlidir.

Nokia ve Motorola dışında yetkili distribütörlerden temin edilerek Telsim hatlı satılan markaların Bosch, Philips, Samsung, Kenwood, Telit ve Sagem olduğu görülmektedir. Ancak bu markaların Türkiye cep telefonu piyasasında henüz bilinirlik kazanmamış, yeterli yaygınlığa ulaşmamış markalar olduğu görülmektedir.

Bu konuda son olarak belirtilmesi gereken konu, Turkcell'in uyguladığı münhasırlık koşuluna karşın Telsim'in birlikte çalıştığı distribütörlere böyle bir kısıtlama getirmediğidir. Bunun en açık örneklerini Telsim ile yoğun olarak çalışan Başarı ve Interline'in önceleri Turkcell ile de kampanya düzenlemesi ve bilahare kampanya düzenleyebilmek için vaki talepleri oluşturmaktadır.

H.4.1.2. Savunmalar ve Değerlendirilmesi

- Turkcell'in ilk yazılı savunmasında, *cihaz piyasasında faaliyet göstermedikleri ancak hat - cihaz birlikte satışını zorunlu kılan uygulamalar çerçevesinde, tüketiciler açısından cihaz maliyetlerini düşürerek pazara yatırım yapmak anlamında, abone kazanmak amacıyla*

cihaz distribütörleri ile kampanyalar düzenledikleri; yine bunlarla bağlantılı olarak cihaz distribütörlerinin faaliyet gösterdikleri piyasanın, GSM operatörlerinin faaliyet gösterdiği piyasaya göre, elde edilen gelirler bazında çok daha küçük çaplı bir piyasa olduğu ve operatörlerin bu piyasayla tek ilgisinin abone kayıtları ile ilgili cihaz satışlarının artırılması yönünde olduğu, cihaz piyasasına verilen destekler karşılığında, operatörlerin faaliyet gösterdiği piyasada verilen desteğin birkaç katı bir gelir (ciro) elde edildiği ve Telsim'in de kendi hattı ile çalışacak cihaz satışlarını desteklediği, Turkcell'in düzenlediği kampanyalar marifetiyle Telsim'in faaliyetlerinin zorlaştığı iddiasının ise ancak Telsim'in kampanya düzenleyecek mali kaynaklara sahip olmaması halinde ileri sürülebilecek bir iddia olduğu, oysa Telsim'in bağlı bulunduğu Uzan Grubu'nun yeterli finansal kaynaklara sahip güçlü bir grup olduğu ve operatörler arası girilen rekabet ile tüketicilerin daha ucuza cihaz alma olanağını elde ettikleri, Turkcell hatlı satışların Telsim hatlı satışlardan daha fazla olmasının sebebinin, bu iki operatörün sundukları hizmetlere piyasanın verdiği cevaptan kaynaklandığı ifade edilmektedir.

Bu bölümdeki savunmalarda cihaz piyasasına operatör desteklerinin hangi nedenlerle ve nasıl yapıldığı açıklanmış olup, bu tür desteklerin bu piyasanın doğal bir işleyişi olduğu bilinmektedir. Kurul tarafından ihlal oluşturduğu tespit edilen husus ise, hakim konumdaki operatör olan Turkcell'in verdiği desteklerin "rakip ile çalışmama" esasına dayandırılması, başka bir deyişle münhasır çalışma koşuluna bağlanmasıdır. Turkcell'in münhasır olarak çalıştığı distribütörlerin soruşturulan dönemde operatörler açısından, Türkiye piyasasının kendine has koşulları dikkate alındığında, vazgeçilemeyecek cihaz markalarının pazarlama ve satışını yapıyor olmaları dolayısıyla Telsim'in bu distribütörlerle çalışmaması piyasanın büyük bir bölümünden mahrum kalması sonucunu doğurmuştur. Uzan Grubu'nun sahip olduğu finansal kaynakların konuyla bağlantısı bulunmamaktadır. Bu piyasanın rekabetçi işleyebilmesi için ideal olan, bağımsız distribütörlerin sattıkları cep telefonlarının tüm operatörler açısından erişilebilir olmasıdır. Kaldı ki, söz konusu distribütörler başlangıçta her iki operatör ile de çalışabilmişken sonradan bu durum Turkcell tarafından münhasır çalışma koşulunun empoze edilmesi ile değişmiş, yani piyasanın rekabetçi işleyişi bozulmuştur.

- İkinci ve üçüncü yazılı savunmalarında ise Turkcell, *Telsim'in abone başına yeni yatırımlarının Turkcell'e nazaran önemli ölçüde düşük olduğunu tahmin ettiklerini, bunun nedeninin santral ve baz istasyonu yatırımlarını artırarak abone memnuniyetine yönelik bir yatırım programı*

uygulamak yerine, fonların kampanya desteklerini artırarak pazara yönelik kullanılması şeklinde bir yönetim stratejisine dayandığını düşündüklerini; Telsim'in, Turkcell'e oranla daha yüksek oranda kampanya destek primi uygulamasının Telsim'in yönetsel tercihlerinden kaynaklandığını, ayrıca aboneleri kalite rekabetine girerek artırma yöntemini benimsememelerinin sonuçlarının ağır olduğunu gösterdiğini ifade etmektedir.

Telsim lisans anlaşmalarından kaynaklanan yatırım yükümlülüklerini yerine getirmiş ve özellikle de son zamanlarda birçok yeni hizmeti piyasaya Turkcell ile eş zamanlı sunabilmiştir. Telsim'in Turkcell'e nazaran daha yüksek kampanya destek primi uygulamasına rağmen pazarda aynı etkinliği sağlayamamasının pazarın rekabetçi olmayan yapısından kaynaklandığı iddiası bu savunmayla giderilememiştir.

- Turkcell'in öne sürdüğü diğer bir husus, *paralel ticaret başta olmak üzere Türkiye'ye üçüncü kişiler tarafından her marka cihazın getirilerek satılabildiği ve bu cihazlar için de kampanya düzenlenerek aktivasyonun artırılabilirdiği, hal böyle iken distribütörler üzerindeki münhasırlığın piyasaları olumsuz etkilemediğidir.*

Paralel ithalat yoluyla cihaz sağlanması savunmanın iddia ettiği üzere yetkili distribütörlerin yaptığı cihaz ithalatı ile eş avantajlar yaratmamakta, yetkili distribütörlüğe alternatif bir yöntem haline gelmemektedir. Bu durumun temel nedenleri paralel ithalatta sürekli ve düzenli bir mal arzının olmaması, yetkili servis hizmeti sunulmasında sorunlar yaşanması ve daha yüksek maliyetlerle karşılaşılmasıdır.

- Savunmanın *cihaz üreticileri tarafından Türkiye'de yeni distribütörlükler ihdas edilebileceği ve bu şekilde her operatörün istediği marka ile çalışabileceği ve gerek cihaz gerekse GSM hizmetleri pazarının daha rekabetçi hale gelebileceği* iddiasının ise, soruşturulan dönemdeki mevcut ve mümkün koşulları yansıtmadığı açıktır. 1994'den 2001'e kadar cihaz piyasasının yapısı incelenmiş ve bu mevcut yapı çerçevesinde etkinliğin sağlanmasının yolları aranmış, Turkcell'in, distribütörleri ve dolayısıyla markaları kendine bağlayıcı politikalarına son verilmesi ve piyasanın bağımsız bir yapıya kavuşturulması en etkin çözüm olarak görülmektedir.

- Savunmanın, *Başarı'nın münhasıran Telsim ile çalışması halinde yüksek kampanya desteklerinden yararlandığı, İnterline açısından durumun farklı olmadığı, dolayısıyla bunların Telsim ile münhasır çalışma şartı ile faaliyet göstermediklerinin doğru olmadığı* şeklindeki

iddiası ise, soruşturma döneminde elde edilen kampanya protokolleri ve satış istatistikleri karşısında geçersiz kalmaktadır. Söz konusu teşebbüslerden elde edilen bilgi ve belgeler de Telsim'in münhasır çalışma koşulu empoze etmediğini göstermektedir.

Sözlü savunmada ise Turkcell tarafından yukarıda yer verilen yazılı savunmalardan farklı ve Kurul'un bu savunmalara ilişkin görüşlerini değiştirebilecek herhangi yeni bir husus ortaya konulmamıştır.

H.4.1.3. Gereke ve Hukuki Dayanak

Daha önce de değinildiği üzere, Türkiye GSM hizmetleri pazarında faaliyet gösteren GSM operatörlerinin sundukları mobil iletişim hizmetlerini tüketicilere ulaştırabilmeleri, GSM cep telefonu pazarında sağlayıcı olarak faaliyet gösteren cihaz distribütörleri ile anlaşmalar yaparak, hatlarının bu distribütörlerin dağıtımını yaptıkları cihazlar ile satışa sunulmasını sağlayabilmelerine bağlıdır. Bu anlaşmalar çerçevesinde cihazların sübvans edilmesi veya hat ve kart bedelinin distribütörden alınmamasına yönelik operatör destekleri düzenlenmektedir. Dolayısıyla operatörler için distribütörler ticari ilişkide bulunması kaçınılmaz taraflar olmaktadır. Bu distribütörlerin GSM hizmetleri pazarında hakim durumda olan teşebbüs tarafından kendine bağlanması ve diğer operatörlerle ticari ilişkiye kapatılması, GSM hizmetleri pazarında rekabet koşullarını bozucu etkiler doğurmaktadır.

Hakim konumdaki bir operatörün, sunulan hizmetin tamamlayıcısı niteliğinde olan cep telefonlarının sağlayıcısı distribütörlere "rakip operatör ile çalışmama" koşulunu dayatması ve vereceği subvansiyonları bu koşula bağlaması, yeni gelişen bir şebekenin tüketiciler için cazip olabilmesi ve varlığını sürdürebilmesi için gerekli sayıda aboneyi elde edebilmesinin önünde engel oluşturabilmektedir. Söz konusu münhasırlık uygulaması, şebeke piyasalarında zaten yeni girenler aleyhine olan pazar koşullarını iyice zorlaştırmaktadır.

Turkcell'in kendisiyle münhasır çalışılması koşuluna dayalı olarak distribütörlerle çalışması yönündeki davranışı, Turkcell'in hakim durumunu gözardı edemeyerek tercihlerini bu yönde kullanan distribütörlerin, Turkcell ile zorunlu bir bağımlılık sergilemelerine neden olmaktadır. Bu durum sadece Telsim için değil, yeni giriş yapacak operatörler için de pazarda tutunmayı zorlaştıran, bu operatörleri pazardan dışlayıcı bir oluşuma neden olacaktır. Telsim'in bu firmaların distribütörlüğünü yaptığı cihazlara ancak bu firmalara göre daha küçük çaplı işletmeler olan paralel ithalatçılar kanalıyla ulaşabilmesi, bu cihazlar için Telsim'in gereğinden fazla harcama yapmasını zorunlu kılmakta,

KVK, Gen-Pa, Tekofaks gibi büyük işletmelerin işbirliğinden de Telsim'i mahrum bırakmaktadır.

Bu açıklamalar göstermektedir ki, Turkcell fiilen cep telefonu distribütörlerinin önemli bir bölümünün rakipleri ile çalışmamasını sağlamıştır. Distribütörler ise bu piyasanın yapısı itibarıyla sergilediği "şebeke dışsallıkları"nın etkisiyle, hakim durumda olan Turkcell ile çalışmamayı veya Turkcell'den destek almamayı göze alamadıklarından, normal koşullarda ticari çıkarlarına ters bir durumu kabullenmek zorunda kalmışlardır. Münhasırlığın rakipleri açısından yarattığı olumsuzlukların fiili olarak Telsim aleyhine gerçekleştiği net bir şekilde ortada olmakla birlikte, yeni operatörler için de pazara giriş engeli yaratıldığı, yeni teşebbüslerin mevcut kanallardan faydalanmak yerine kendi kanallarını yaratmak zorunda kalacakları anlaşılmaktadır.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, Turkcell'in cihaz distribütörleri ile "rakip operatör ile kampanya düzenlememe" koşuluna dayalı olarak düzenlediği kampanyalar çerçevesinde cep telefonu distribütörleri ile münhasır çalışması veya bunları kendisine bağımlı konuma getirmesi suretiyle, bu distribütörlerin rakip operatörle benzer kampanyalar yapmasını ve sonuç olarak bu distribütörlere ait cihazların rakip operatör hattı ile satılmasını engelleyerek rakip operatörün piyasadaki faaliyetlerini zorlaştırdığı, böylece 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinin (a) bendinde örneklendiği üzere ihlale yol açtığı tespit edilmiştir.

H.4.2. Bayilerle Münhasır Çalışma Şartı

H.4.2.1. Yapılan Tespitler ve Elde Edilen Deliller

Rekabet Kurumu kayıtlarına 27.9.1999 tarih ve 1145 sayı ile intikal eden başvuruda Telsim tarafından, *"hem hat piyasasında hem de cihaz piyasasının dağıtım sisteminde aynı distribütör ve bayi ağının kullanılması, bu ağın Türkiye genelinde yaygın oluşu ve sadakat indirimleri ile Telsim'in ilgili piyasaya sokulmasının engellenmesiyle yüksek pazar payının muhafaza edilebildiği"* şikayet edilmektedir.

Turkcell'in bayileri ile münhasır çalıştığına ilişkin yapılan tespitler ve elde edilen deliller H.3.1.1. maddede açıklandığı için burada ayrıca tekrarlanmayacak, söz konusu bölümdeki açıklamalara ek nitelikte açıklamalar vermekle yetinilecektir.

Turkcell'in bayi dağıtım ağı karşısında Telsim'in dağıtım ağına bakıldığında, Telsim'in soruşturma döneminde toplam 220 Telsim Shop

ile çalıştığı, bu merkezlerle ilişkilerin yazılı sözleşme kapsamında değil, şifahen ve duyurular yoluyla yürütüldüğü görülmektedir.

Ağustos 2000 itibarıyla sayısı 610'a ulaşmış olan Turkcell abone merkezleri, çoğunlukla KVK ve GENPA bayisidir. (TAM'lar arasında az sayıda olmak üzere Tekofaks ve diğer distribütörlerin de bayileri bulunmaktadır.)

H.4.2.2. Savunmalar ve Değerlendirilmesi

Turkcell'in bu konudaki savunmaları ve bu savunmaların değerlendirilmesine H.3.2. maddede yer verilmiştir.

H.4.2.3. Gerekçe ve Hukuki Dayanak

Hakim durumdaki bir teşebbüsün alıcı veya sağlayıcılarına münhasır çalışma yükümlülüğü getirmesi, bunları hakim durumdaki teşebbüs dışında herhangi başka bir teşebbüs ile çalışmayı reddetmek zorunda bırakmaktadır. Bu tip bir münhasırlık, hakim durumdaki teşebbüsün rakipleri açısından pazarda bir "kapatılma" veya "pazardan dışlanma"ya neden oluyorsa kötüye kullanma olarak nitelendirilebilecektir.⁷¹

Münhasırlığın hukuki veya fiili olması arasında bir fark bulunmamaktadır. Münhasırlığın tesisine ilişkin hüküm yazılı bir sözleşme maddesi olabileceği gibi, bazı uygulamalar da dolaylı olarak aynı sonucu doğurabilmektedir. Ancak bu münhasırlığın kötüye kullanma olarak kabul edilmesi, münhasırlık koşulunun pazarın kayda değer bir kısmının rakiplere kapanmasına, dolayısıyla pazarda rekabetin zayıflatılmasına neden olmasına bağlıdır.

Bağımsız bayilerin, esasında kendi ticari çıkarlarına da aykırı olabilecek şekilde Turkcell'e mahkum hale gelmesine yol açan münhasırlığın yukarıda açıklanan nedenlerle sadece Telsim'in faaliyetlerini zorlaştırmakla kalmadığı, pazara yeni girecek operatörler için de pazara giriş engeli yarattığı açıktır. Turkcell'in kendine bağladığı dağıtım kanallarından faydalanamayacak yeni operatörlerin, normal koşullar altında oluşmayacak olan maliyetler altına gireceklerini beklemek yanlış olmayacaktır. Nitekim, İş Bankası ile yapılan

⁷¹ Hoffmann-La Roche Davasında Adalet Divanı, hakim durumdaki teşebbüs tarafından müşterilerine dayatılan veya hakim durumdaki teşebbüs ile müşterileri tarafından üzerinde uzlaşılabilir münhasırlık koşullarının 86.ı maddeyi ihlal ettiğini belirtmiştir. Adalet Divanı, bir pazarda hakim durumda olan teşebbüsün, alıcıları, ihtiyaçlarının tümünü veya tamamını kendisinden temin etmeleri yönünde bir zorunluluk veya bir söz ile bağlamasını, 86. madde çerçevesinde ihlal kabul etmiştir.

görüşmelerde, yetkililer tarafından mevcut dağıtım kanallarının pazara giriş için yeterli olmadığı, yeni bir dağıtım sisteminin kurulmasının zorunlu görüldüğü ifade edilmiştir. Dolayısıyla söz konusu münhasırlığın yeni giriş yapan rakiplerin pazarda etkinlik göstermesini güçleştireceği de beklenen bir sonuçtur.

Gerek distribütörler, gerekse bunların bayileri, operatörlerden bağımsız teşebbüslerdir. Kuşkusuz telekomünikasyon sektörünün yapısı itibarıyla operatörler ile işbirliği içinde çalışma zorunlulukları bulunmaktadır. Hakim durumdaki operatör olan Turkcell ile iş yapamama kaygısıyla distribütörler ve bunların uzantısı olan bayilerin bu operatör ile münhasır çalışmayı kabul etmesi, aynı pazar gücüne sahip olmayan mevcut ve potansiyel rakiplerin bu bağımsız kanallardan faydalanmasını imkansız hale getirmektedir. Dolayısıyla bayilere uygulanan münhasırlık koşulu, distribütörlere uygulanan münhasırlık koşuluyla birlikte, Turkcell'in hakim durumunu güçlendirmekte, bu konumu garanti altına almaktadır.

Bu değerlendirmeler ışığında;

- Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin, cihaz distribütörlerini ve bayileri, gerek sözleşmeler kapsamında, gerekse bu teşebbüsleri kendine bağlayan fiili uygulamalarla münhasır çalışma koşuluna tabi tutmak suretiyle, rakiplerin hizmetlerini sunması için gerekli olan kanalları büyük ölçüde kapatarak, bugüne kadarki fiili durumda rakip teşebbüs Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.'nin Türkiye pazarı için önem arz eden bazı markalarla satış yapma olanaklarını kısıtladığı, bu uygulamalarla Telsim'in maliyetlerinde normal koşullarda gerçekleşmeyecek artışlara neden olduğu ve söz konusu rakibin GSM hizmetleri piyasasında faaliyetlerinin zorlaşmasına neden olduğu,
- Aynı zorlaşmanın bu uygulamalar devam ettiği sürece yeni operatörler için de geçerli olacağı, bu teşebbüslerin pazara girişleri önünde ciddi engeller oluşacağı,
- Dolayısıyla Turkcell'in GSM hizmetleri piyasasındaki hakim durumuna dayalı olarak gerçekleştirdiği söz konusu münhasırlık uygulamalarının, yukarıda yer verilen nedenlerle 4054 Sayılı Kanun'un 4054 Sayılı Kanun'un 6. Maddesinin (a) bendinde örneklenen yasak eylemlerde bulunduğu,
- Bu uygulamalarla suni olarak yaratılan distribütör-operatör bağımlılığının giderilerek piyasanın bundan sonra rekabetçi bir yapıya kavuşturulması gerektiği

sonucuna ulaşılmıştır.

H.4.3. Eşit Durumdaki Cep Telefonu Distribütörlerine Karşı Ayrımcı Uygulamalar

H.4.3.1. Yapılan Tespitler ve Elde Edilen Deliller

Turkcell'in cihaz distribütörleri ile ilişkileri, kampanya protokolleri çerçevesinde yürütülmektedir. Bu protokol veya sözleşmelerde, "*Turkcell sim kartlı cep telefonu satışlarını destekleyerek arttırmak, mevcut pazar şartlarındaki satışlara ilave katkı sağlamak*" amaçlanmaktadır. Kampanyaların içeriği, "*firma bayilerinde satılan ve son kullanıcıya ulaştırılan perakende satışların desteklenmesi*" olarak ifade edilmektedir. Toplam satışların %98'ini oluşturan kampanyalı satışlarda, ürünler sim kilitli olarak satılmaktadır. Kampanya kapsamındaki satışlarda distribütörlerden hat ve sim kart ücreti talep edilmemektedir.

1994-2000 (Temmuz'a kadar) döneminde distribütörlerin Turkcell satışları içindeki pazar payları incelendiğinde KVK'nın %41, Genpa'nın %22, Tekofaks'ın %16, Ertel'in %2 ve diğer distribütörlerin %13'lük paya sahip oldukları görülmektedir. Aşağıdaki tablo incelendiğinde, Turkcell'in belli birkaç distribütör ile yoğun olarak çalışma eğilimi belirginleşmektedir. Bu tablodan, satışların büyük kısmının KVK, Gen-pa ve Tekofaks kanalıyla yapıldığı görülmektedir.

Başarı'nın satışları Nisan 1999'da 42.216 iken Mayıs 1999'da 3.664'e gerilemiş ve yıl sonuna kadar da buna yakın miktarlarda sürmüştür. (Mayıs 1999 Turkcell'in Başarı Elektronik'e verdiği desteği kaldırdığı dönemdir.) 1999'un ilk dört ayında Turkcell satışları içinde %20,4'lük paya sahip olan Başarı Elektronik'in kalan sekiz aydaki payı %1,68'dir.

Turkcell'in "*Aylık Bazda Distribütörlerin Kampanyalı Aktivasyon Takip Raporu*" incelendiğinde, distribütörlerle yürütülen kampanyalarda verilecek birim desteğin cep telefonu modelleri bazında belirlendiği ve distribütörlere aynı model cihazlar için aynı desteklerin verilmiş olduğu anlaşılmaktadır.

Tablo-13: 1994-2000 (Temmuz'a kadar) Döneminde Toplam Turkcell Hat Satışları (sonradan ödemeli)

	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000
KVK	17.42 ₁	73.172	97.300	169.20 ₀	489.135	1.197.45 ₂	626.683
GENPA	0	37.129	67.068	151.36 ₆	372.282	573.338	242.184
TEKOFAKS	5.794	10.179	42.200	50.350	134.900	431.025	384.000
BAŞARI	7.267	3.096	35.112	66.456	85.717	214.054	4.250
ERTEL	0	0	0	0	21.500	94.331	4.621
DİĞER	40.12 ₇	46.196	116.25 ₆	154.06 ₁	200.612	236.019	42.783
TOPLAM	70.60₉	169.772	357.93₆	591.43₃	1.304.14₆	2.746.21₉	1.304.52₁

Daha önce de belirtildiği üzere Turkcell, kampanya sözleşmelerinde distribütörlere "münhasır çalışma yükümlülüğü" getirmektedir. Bu yükümlülüğe uymayan, yani rakip operatörle de çalışan distribütörlerle çalışmamaktadır. Turkcell KVK, Gen-Pa, Tekofaks ve Ertel'i "münhasır distribütör" olarak nitelendirdiğini çeşitli raporlarda ifade etmiştir. (Dağıtım Kanalı ve Dağıtım Stratejileri Raporları) 2000 yılında münhasır distribütörlerin Turkcell satışlarının %98'ini gerçekleştirdiği görülmektedir. Turkcell 1999'da az miktarda da olsa satış yaptığı Simpeks ve Interline ile 2000 yılında çalışmamıştır. Başarı Elektronik'in 2000 yılındaki payı ise %1'in altındadır.

Başarı Elektronik'in şikayet dilekçesinde; Turkcell'in diğer cep telefonu satıcılarına uyguladığı distribütör satış destek primini önceleri kendilerine de uyguladığı, bu uygulamanın diğer distribütörlere uygulanan orandan daha düşük olmasına rağmen Başarı Elektronik'in Turkcell hatlı satışlarındaki pazar payının önemli ölçüde arttığı, Başarı Elektronik'in, piyasadaki gücünü artırması üzerine Turkcell'in adı geçen şirkete uyguladığı satış destek primini kaldırdığı ve ayrımcı bir davranışla şirketten hat ve sim kart ücreti talep ettiği, bunun sonucunda Başarı Elektronik'in satışını yaptığı cep telefonlarının bedelinde rakiplerine nazaran 100 - 200 DM arasında bir artış meydana geldiği belirtilmektedir. Başarı Elektronik yetkilileriyle yapılan görüşmelerde de; Turkcell'le kampanya yürütülen 26 Ocak - 30 Nisan döneminde 50 bin adetlik kampanya hedefine çok kısa sürede ulaşılmasına ve süre sonunda 110 bin adet satış rakamına erişilmesine rağmen, kampanyanın ilave miktar ile devamı yolundaki talebin Turkcell tarafından kabul edilmediği ifade edilmiştir. Ayrıca diğer distribütörlerden talep edilmeyen hat ve kart bedeli bu dönemden sonra Başarı Elektronik'ten talep edilmeye

başlanmıştır. Desteğin kaldırıldığı Mayıs 1999'dan sonra Başarı Elektronik'in pazar payında belirgin bir düşüş olmuştur.

Turkcell'den destek alamayan diğer bir distribütör Interline'dır. Interline yetkilileri, Turkcell'in ortaklık yapısında bulunan kişi ve kuruluşların aynı zamanda cihaz ithalatı yaptıklarını ve satış politikalarının bu firmalara yönelik olduğunu, bu nedenle Turkcell'le çalışmadıklarını ifade etmişlerdir. Interline Telsim'in ön ödemeli sistemi olan Pratik Kart'ı satabiliyorken, Turkcell'in ön ödemeli kartını yaptığı sözlü başvurulara rağmen satamamaktadır.

H.4.3.2. Savunmalar ve Değerlendirilmesi

- Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin ilk yazılı savunmasında, *Turkcell hattı ile açılacak cep telefonu satışı gerçekleştiren distribütörlere ekonomik ve rasyonel ölçütler içerisinde objektif olarak destek sağlandığı, bu ölçütlerin hangi miktarda abone kaydedildiği ile doğrudan bağlantılı olduğu* ifade edilmektedir.

Burada Turkcell'in kampanya kapsamında çalıştığı distribütörlere eşit destekler vererek ayrımcılık yapmadığı savunma konusu yapılmaktadır. Turkcell'in münhasır veya bağımlı distribütörleri arasında ayrımcı davrandığına ilişkin bir iddia söz konusu değildir. Soruşturmaya konu olan husus, bu distribütörler lehine ve rakip operatörle çalışan distribütörler aleyhine gerçekleştirilen ayrımcı uygulamalara ilişkindir.

- Turkcell, *Başarı Elektronik ile ticari ilişkilerinde sürekliliğin bulunmadığını, Başarı Elektronik'in 1997-1998 yıllarının pek çok ayında Turkcell'den kampanya desteği almamış olduğunu, Başarı Elektronik'in Turkcell'den kampanya desteği almadığı yıllarda da satış adetlerini artırdığı halde 1999 Mayıs dönemi sonrasında görülen satış düşüşlerinin yalnızca Turkcell tarafından verilen maddi desteklerin sona erdirilmesi ile açıklanamayacağını, Başarı Elektronik ile sadece bir kampanya düzenlemelerine karşılık KVK, Gen-pa ve Tekofaks ile ise sürekli olarak kampanya düzenlediklerini, dolayısıyla ticari ilişkileri devamlılık arz eden distribütörler olarak bunları gördüklerini, sim kart talebinde bulunan diğer distribütörlere de zaman zaman olumsuz yanıt verebildiklerini* ifade etmiştir.

Aşağıdaki tabloda Başarı Elektronik'in Turkcell hat aktivasyonları içindeki payının yıllara göre değişimi gösterilmektedir.

Tablo-14: Başarı Elektronik'in Turkcell Satışları İçindeki Payı

1994	% 10,29
1995	% 1,82
1996	% 9,8
1997	% 11,2
1998	% 6,57
1999	% 7,79
2000	% 0,32

Başarı Elektronik yetkilileri 1994-1999 Mayıs döneminde her yıl destek alındığını ifade etmiştir. 12.02.2001 tarihinde Başarı Elektronik tarafından Rekabet Kurumu'na gönderilen belgelerden 1998 yılında Turkcell'in Başarı Elektronik ile kampanya düzenlediği anlaşılmaktadır. 1 Ekim 1998 tarihinde Başarı Elektronik tarafından bayilerine gönderilen yazıda Nokia-Turkcell işbirliği ile hazırlanan "Türkiye Ayağa Kalktı, Milli Mutabakat Sağlandı" kampanyasından söz edilmektedir.

Tablonun tetkikinden de görüleceği üzere Turkcell'in Başarı ile kampanya yapmadığı dönem olan 2000 yılında Başarı Elektronik'in Turkcell satışları içindeki payı asgari seviyeye düşmüştür.

Bu suretle, Turkcell'in Başarı Elektronik ile çalışmalarının süreklilik arz etmediği ve Başarı Elektronik'in faaliyetlerindeki azalmanın Turkcell'den kaynaklanmadığı şeklindeki iddiaların yerinde olmadığı anlaşılmıştır.

- Turkcell'in savunmalarında *cihaz yenileme pazarının toplam satışlar içinde %35-40 oranına eriştiği ve bu satışların önünde herhangi bir engel olmadığı* ifade edilmektedir.

Başarı Elektronik yetkilileri toplam satışları içinde cihaz yenileme satışlarının %10'dan daha az bir oran teşkil ettiğini ifade etmiştir. Ayrıca cihaz yenileme pazarında gerçekleştirilen satışların Turkcell'in iddia ettiği oranın çok altında kaldığı bilinmektedir. Diğer yandan, Başarı Elektronik'in sadece cihaz yenileme pazarında faaliyet göstermek zorunda bırakılması önemli rekabet sınırlaması olarak düşünülmektedir.

Sözlü savunma toplantısında yazılı savunmalarda yer verilen hususlardan farklı bir savunma yapılmamıştır.

H.4.3.3. Gerekçe ve Hukuki Dayanak

Turkcell'in kötüye kullanma kapsamındaki eylemlerinden ilki, ayrımcılığın bağımlılık yönü denilen alıcıların rakip teşebbüslerle ticari ilişkiye girme isteklerinin kırılması karşılığında hakim durumda bulunan teşebbüsle ticari ilişkiye girme isteklerinin artırılmasıdır. Turkcell, %70'lik pazar payına sahip olmanın verdiği güçle, Telsim ile satış yapan distribütör ve bayilerle çalışmamak suretiyle onları piyasanın önemli bölümünden mahrum kalma riski ile karşı karşıya bırakmakta ve bu riski göze alamayan distribütör ve bayileri kendisine bağımlı hale getirmektedir.

Piyasada Turkcell belirleyici aktör konumundadır. Turkcell'in desteğini kestiği distribütörün pazar payı belirgin biçimde düşmekte (Başarı Elektronik); Turkcell'in portföyüne giren bir telefon markasının (Nokia) pazar payında birkaç ay içinde sıçrama olmakta; dünya pazar payı %10 olan bir markanın (Ericsson) Türkiye piyasasındaki payı Turkcell desteği ile %40-50'lere ulaşmaktadır. Turkcell'in dört münhasır distribütörünün pazar payları toplamı yaklaşık %60'dır. Turkcell ile münhasır çalışmayan distribütörler daha başından pazarın %70'inden mahrum kalmaktadır. Turkcell'in yarattığı bağımlılık esas olarak pazardaki bu gücünün münhasır çalışma sistemiyle birleşmesinden kaynaklanmaktadır.

Ayrımcılığın rekabete etkisi iki yönlü olmaktadır. Birincisi satıcılar (GSM operatörleri) arasındaki (birinci basamak) rekabete etkisidir. Bunda hakim durumdaki teşebbüs alıcıları (distribütörler) arasında ayrımcılık yaparak diğer satıcıların alıcılara mal satmasını zorlaştırabilir. Bu etki önceki ana başlık altında incelenmiştir. Ayrımcılığın ikinci etkisi ise alıcılar arasındaki (ikinci basamak) rekabete etkisidir. Böylece hakim durumda bulunan teşebbüs alıcılarına ayrımcılık yaparak alıcılardan bazılarını diğer alıcılara göre avantaj sağlayabilir. Ayrımcılığın kabulü için hakim durumdaki teşebbüsün alıcılarına farklı davranmasının alıcıları etkilemesi yeterlidir. Turkcell'in ayrımcı davranışları sonucu münhasır distribütörleri, diğer distribütörlere karşı rekabet avantajı elde etmektedirler. Bu avantaj, münhasır distribütörlerin pazar paylarından da gözlemlenebilmektedir.

Turkcell'in kötüye kullanma kapsamındaki diğer eylemi mal vermeyi reddetme ve mal vermeyi kesme olarak ortaya çıkmaktadır. (Sektör yapısı ve özellikleri nedeniyle, bu piyasada mal vermeyi reddetme veya kesme distribütör satış destek primini kaldırma şeklinde olmaktadır.) Herhangi bir teşebbüsün sağladığı imkanlardan

yararlanamamak etkin rekabet yapısına sahip bir pazarda alıcıların önemli zararlara uğramasına neden olmayabilir. Ancak pazarda hakim durumda bir teşebbüsün bulunması durumunda alıcıların bu zararları çok büyür. Bu nedenle pazarda hakim durumda olan bir işletme tarafından satış yapmanın reddedilmesi halinde satış yapmanın reddedilmesi ya da satıştan kaçınılmasının ardında yatan nedenlerin incelenmesi gerekir. Satışı reddetme objektif olarak haklı ve makul gerekçelere dayanıyorsa, kötüye kullanmadan söz etmek mümkün olmayabilir. Rekabet hukuku bakımından satış yapmanın reddedilmesine ilişkin olaylarda, "objektif gerekçeler" kavramı önem taşımaktadır. Buna göre, satış yapmayı reddeden bir işletme, olayın şartları çerçevesinde, objektif nedenlerle bu şekilde davranmış olduğunu kanıtladığı takdirde, bu davranış kötüye kullanma sayılmayabilecektir. Mal vermeyi kesmenin kötüye kullanma olabilmesi için mal talebinde bulunan işletmeye uzun süreden beri mal veriliyor olması, müşterinin talebinin her zamankinden farklı olmaması ve mal vermeyi kesmek için başka bir haklı sebebin olmaması gerekmektedir.⁷²

Başarı Elektronik'in durumuna bakıldığında 1994 yılından itibaren Turkcell'den kampanyalar çerçevesinde düzenli olarak hat sağladığı, talepte herhangi bir azalma olmadığı, aksine Başarı'nın Turkcell hatlı aktivasyonlarının, desteğin kesildiği dönemde oldukça yüksek olduğu, dolayısıyla mal vermeyi kesmek için haklı bir sebebin olmadığı görülmektedir. Turkcell yetkilileri ile yapılan görüşmede "*Başarı Elektronik ile dönem dönem birlikte çalışıldığı, ancak Başarı'nın Telsim ile çeşitli kampanyalar yürüttüğü, içinde bulunulan dönemde Başarı ile çalışıl-mamasının tamamen ticari bir tercih olduğu*" ifade edilmiştir.

Başarı Elektronik'in şikayeti ve yukarıda yer verilen delil ve analizler sonucu, Turkcell'in, kendisi ile münhasır çalışan distribütörlerin lehine ve münhasır çalışmayan distribütörlerin aleyhine ayrımcı uygulamalarda bulunduğu ve bu suretle 4054 Sayılı Kanun'un 6. maddesinin (b) bendinde örneklenen yasak eylemlerde bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır.

⁷² ATAD'ın 27/76 sayılı *United Brands Kararı*'nda, "*müşterinin talebi her zamankinden farklı değilse hakim durumdaki işletme, uzun süreden beri düzenli olarak ticari faaliyetini sürdüren müşterisine mal vermeyi reddedemez*" değerlendirmesi yer almaktadır.

H.4.4. Turkcell'in GSM Hizmetleri Pazarındaki Hakim Durumunu KVK Mobil Telefon Sistemleri A.Ş. (KVK)'nin GSM Cep Telefonu Pazarındaki Durumunu Güçlendirmek Amacıyla Kullanması

H.4.4.1. Yapılan Tespitler ve Elde Edilen Deliller

Başarı Elektronik'in şikayet dilekçesinde Turkcell'in ortaklarından olan büyük bir grubun aynı zamanda Ericsson cep telefonlarının Türkiye distribütörlüğünü yapan KVK'nın da en büyük hissedarı olduğu, Turkcell'in KVK'ya uyguladığı destek primini kendisine uygulamadığı, desteği tamamen kaldırdığı, bunun sonucunda Başarı'nın güç durumda kaldığı; Telsim'in şikayet dilekçesinde de iki ayrı ürün piyasası olarak ele alınması gereken GSM hizmetleri pazarı ile GSM cep telefonu pazarının Çukurova Holding tarafından tek bir piyasa gibi algılandığı ve ekonomik faaliyetlerde ayrı ayrı ürün piyasalarında elde edilen hakim durumun getirdiği avantajların beraberce kullanıldığı; GSM hizmetleri pazarında Turkcell'in %70 oranında, GSM cep telefonu pazarında da Ericsson'un %50'den fazla pazar payına sahip olması ve Ericsson cihazlarının Turkcell hatlarıyla birlikte kullanılmasının zorunlu tutularak her iki piyasadaki hakim durumlarının daha da güçlendirildiği; hem hat piyasasında hem de cihaz piyasasının dağıtım sisteminde aynı distribütör ve bayi ağının kullanıldığı iddiaları yer almaktadır.

1994 yılında kurulan ve Ericsson, Alcatel, Nokia ve Aselsan'ın yetkili distribütörü olan KVK'nın 1999 yılı cirosu 116.860.975.000.000 TL'dir. Pazar payı en yüksek (yaklaşık %31) distribütör olan şirketin ortaklık yapısı aşağıda gösterilmiştir.

Tablo - 15: KVK Ortaklık Yapısı

PAY SAHİBİ	PAY ORANI (%)
Türkiye Genel Sigorta A.Ş.	57,98
Bilka Bilgi Kaynak ve İletişim Sanayi ve Ticaret A.Ş.	3,38
Suadiye Haberleşme Cihazları Bilgisayar Sistemleri İletişim San.Tic A.Ş.	29,15
M... E... K...	0,48
H... M... V...	0,48
O... B...	0,48
M... M... A...	2,58
K... İmalat Ziraat End. Ve Tic. A.Ş.	5,49

KVK'nın ortaklık yapısı incelendiğinde, Çukurova Holding şirketlerinden olan Türkiye Genel Sigorta A.Ş., Karamko İmalat Ziraat Endüstri ve Ticaret A.Ş. ve Mehmet Emin Karamehmet'in payları toplamının %64'e ulaştığı görülmektedir. Turkcell'de ortaklığı bulunan Murat Vargı ve yine MV Holding şirketlerinden olan Suadiye Haberleşme Cihazları Bilgisayar Sistemleri Sanayi Ticaret A.Ş.'nin toplam payı ise yaklaşık %30'dur. Turkcell'de %4 ortaklık payı bulunan Bilka'nın payı da eklenince, KVK hisselerinin %97'sinin Turkcell'de ortaklığı bulunan kişilere, şirketlere ya da bu şirketlerin bağlı olduğu holdinglere ait olduğu; dolayısıyla KVK'nın Turkcell ile ekonomik birlik içinde olduğu anlaşılmaktadır.

Satışını yaptığı tüm cep telefonlarını Turkcell hattıyla aktive eden KVK'nın Turkcell'in toplam satışları içindeki payı 1994-2000 (Temmuza kadar) döneminde %41; 1999'da %43,37; 2000'de (Temmuz'a kadar) ise %48,90'dır.

Turkcell'in 2000 yılının Ocak ve Şubat aylarına ait "Aylık Bazda Distribütörlerin Kampanyalı Aktivasyon Takip Raporu" incelendiğinde (EK-32), bu dönemde Genpa ile üç; Ertel ile iki; Tekofaks ile bir kampanya yapılırken, KVK ile beş ayrı kampanya yürütüldüğü görülmektedir.

Tablo - 16: Turkcell Sim Kart Alışlarına Göre İlk On Distribütör

Distribütör adı	HAZ 98		HAZ 99	
	Sim kart adedi	Sıra	Sim kart adedi	Sıra
KVK	32.000	1	124.680	1
GENPA	29.607	2	61.143	2
TEKOFAKS	4.200	4	50.000	3
BOSCH			18.314	4
ERTEL	900	9	12.921	5
BAŞARI	4.960	3	7.920	6
ŞEMİSTAN	1.650	8	7.500	7
SİMPEKS	200	11	6.506	8
TEKNOTEKS			5.250	9
ASELSAN			4.000	10

610 Turkcell Abone Merkezinin 313'ü KVK bayisidir. KVK kuruluşundan bu yana pazarda sahip olduğu gücünü ve yüksek pazar payını çok büyük ölçüde Ericsson'daki satışıyla sağlamıştır. Tüketicinin en çok tercih ettiği markalardan biri olan Ericsson satışlarının %55 - %60'ını KVK gerçekleştirmektedir.

Tablo - 17: Ericsson Satışları

Distribütör	1998	1999	2000 (Temmuza kadar)
Genpa	347.900	645.381	506.063
KVK	505.475	843.356	585.901

KVK'da yapılan yerinde incelemede Genel Müdür Yardımcısı H... G...'nin odasında bulunan "KVK Gölge Müşteri Araştırması- Yönetici Özeti" başlıklı KVK Shoplar'ın çalışmalarını denetlemeye yönelik bir piyasa araştırmasının sonuçlarını içeren belgeye göre 25 Nisan- 12 Mayıs 2000 tarihleri arasında gerçekleştirilen araştırmada satış temsilcilerinin %89'unun müşterileri Ericsson markasına yönlendirdiği ve %87'sinin Turkcell kullanmanın daha avantajlı olduğunu belirttiği ifade edilmektedir. 1996'dan 2000'e kadar KVK Shop'ların iç dizaynlarını ve KVK ve Turkcell tabela örneklerini gösteren tanıtım broşürü de "1996'dan 2000'e kadar KVK Shoplar (Süregelen Bütünlük)" başlığını taşımaktadır.

3700 gazete bayi aracılığıyla Turkcell'in ön ödemeli kartlarından biri olan "Muhabbet Kart"ın (diğeri Hazır Kart) ve kontör yükleme kartlarının pazarlama, satış ve dağıtımını yapmak üzere kurulan A-

TEL'de de KVK'nın %50 ortaklık payı bulunmaktadır. A-Tel'in ortaklık yapısı aşağıda gösterilmektedir:

Tablo - 18: A-Tel'in Ortaklık Yapısı

ORTAK	PAYI (%)
KVK Mobil Telefon Sistemleri A.Ş.	50
Medya Holding A.Ş.	25
Bilgin Holding A.Ş.	19,5
Bilgin Yayıncılık A.Ş.	5
Önay Şevket Bilgin	0,5

Aşağıdaki tabloda Mart 1999 - Temmuz 2000 arasında Turkcell'in toplam ön ödemeli kart satış yüzdeleri gösterilmektedir. Tablodan görüldüğü gibi ön ödemeli satışların üçte ikisine yakını KVK ve A-Tel kanalıyla gerçekleştirilmektedir.

Tablo - 19: Turkcell'in Ön Ödemeli Kart Satışlarının Distribütörlere Dağılımı

DİSTRİBÜTÖR	PAYI (%)
A-Tel	45
Genpa	34
KVK	18
Tekofaks	3

19.01.2000 tarihinde Genpa bayisi olan Şengüller GSM Center adına F... Ş... tarafından Mobisad Başkanı K... K...'e yazılan mektupta 15.12.1999-31.12.1999 tarihleri arasında TAM'lar tarafından yapılacak Nokia aktivasyonlarına Turkcell tarafından distribütörler aracılığıyla 5.000.000 TL iade edileceği ve bunun da 'deprem verginiz bize ait' sloganıyla tüketiciye yansıtılacağı; ancak Genpa bayileri olan TAM'ların Nokia aktivasyonlarına KVK bayisi olmadıkları ve bu konuda Turkcell ile birebir muhatap olmadıkları için 5.000.000 TL deprem iadesi alma hakkından mahrum kaldıkları belirtilmektedir. Bu durum hakim konumda olan Turkcell'in ekonomik bütünlük içinde olduğu KVK lehine ayrımcılık yaptığını göstermektedir.

Erdem Holding A.Ş. Yönetim Kurulu Başkanı Z... A... E... tarafından Çukurova Holding A.Ş. Yönetim Kurulu Başkanı M... E... K...'e gönderilen mektupta ise Genpa'nın 1999 yılında Turkcell ön ödemeli kart satışlarında %45'lik, 2000 yılının ilk altı ayında ise %40'lık

pazar payına sahip olmasına rağmen 2000 yılının Temmuz ayından itibaren pazar payının gerektirdiği miktarda hazır kart temin edemediği; A-TEL'in Temmuz ayında yaklaşık 400 bin adet hazır kart sattığı, 1999 ve 2000 yılının ilk altı ayında oluşan pazar payı (%40-%45) göz önüne alındığında Genpa'ya da yaklaşık olarak 300 bin adet hazır kart tahsis edilmesi gerektiği ancak Temmuz ayı için Turkcell'in Genpa'ya tahsis edilen hazır kart adedinin 37 bin olduğu ve bu sayının ay sonunda 63 bine çıkacağına Turkcell tarafından ifade edildiği belirtilmektedir.

Yukarıda belirttiğimiz tespitlere ek olarak, bu kararın önceki maddesinde açıklandığı üzere Turkcell Nokia marka cep telefonlarına ilişkin olarak Başarı ile çalışırken KVK'nın Nokia distribütörlüğünü almasından sonra Başarı ile kampanya yapmayarak Nokia satışlarını da KVK'ya yönlendirmiştir. Turkcell'in bunu gerçekleştirmek için uyguladığı yöntem Başarı'ya verdiği desteği kesmek olmuştur. Bunun üzerine Başarı'nın Turkcell içindeki pazar payı %25'lerden %4'lere düşmüş; sonuçta Nokia Finlandiya bir başka ithalatçı firmaya da distribütörlük vermek durumunda kalmıştır. Turkcell'in desteğini kestiği döneme kadar Başarı Elektronik'in Turkcell hatlı aktivasyonları oldukça yüksektir ve talepte herhangi bir azalma sözkonusu değildir.

Turkcell'in yukarıda belirtilen eylemleri 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (d) bendinde örneklenen yasak eylemler kapsamındadır.

H.4.4.2. Savunmalar ve Değerlendirilmesi

- Turkcell'in ilk yazılı savunmasında KVK ile Turkcell'in aynı piyasada faaliyet göstermedikleri, dolayısıyla sözkonusu ihlalin gerçekleşmeyeceği iddia edil-mektedir.

Turkcell ve KVK'nın aynı pazarda faaliyet gösterdiklerine dair bir iddia sözkonusu değildir. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesi "Belirli bir piyasadaki hakimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler"i yasaklamaktadır. Turkcell'in soruş-turmaya konu olan eylemi GSM operatörlüğü piyasasındaki hakim durumun, GSM cep telefonları piyasasında KVK'nın durumunu güçlendirmek amacıyla kullanılmalıdır. Dolayısıyla ihlalin oluşması için Turkcell'in cihaz piyasasında doğrudan bir faaliyetinin bulunması gerekmemekte; GSM operatörlüğü piyasasında sahip olduğu gücü cihaz piyasasında KVK'yı güçlendirmek yönünde kullanması yeterli olmaktadır.

- İlk yazılı savunmada ayrıca Turkcell'in bundan hiçbir ekonomik çıkarının bulunmadığı, Turkcell'in ekonomik hedefinin abone sayısını artırmak olduğu, cihaz piyasasında hangi distribütörle çalışıldığı, ticari mutabakatlara uyulması ve başarılı olunması kaydıyla, Turkcell açısından önem arz etmediği; Turkcell'in GSM aboneleri içindeki payının, kendi başarıları ve rakibinin başarısızlıkları karşısında tüketicinin şekillendirdiği oranda bulunduğu, Unitel isimli bir firmanın da Uzan Grubu'na bağlı olduğu, ayrıca bunun dışında da Telsim'in kendisine aktif olarak faaliyet gösterebilecek birçok ticari muhatap bulmasının mümkün olduğu ve kampanyaların birkaç aylık kısa süreli anlaşmalar olduğu, bunun distribütörlerin Telsim'le de kampanya düzenlemelerine engel olmadığı iddia edilmektedir.

Turkcell'in ekonomik hedefinin abone sayısını artırmak olması gerektiği muhakkaktır. Bunu kendisine hedef olarak belirleyen bir operatörün kendisiyle kampanya kapsamında çalışmak isteyen distribütörlerin taleplerini geri çevirmemesi beklenir. Ancak önceki bölümlerde açıklandığı gibi Turkcell'in distribütörler arasında ayrımcı uygulamalarda bulunarak, toplam abone sayısını artırmaktan çok, münhasır distribütörleri kanalıyla kazandığı abone sayısını artırmayı hedeflediği anlaşılmaktadır. Kaldı ki KVK ile ekonomik birlik içinde bulunması nedeniyle bundan ekonomik çıkarı bulunduğu açıktır. Piyasada rekabet koşullarının tesisi için piyasanın operatör-distribütör arasındaki bağımlılık ilişkilerinden kurtarılması gerekmektedir.

- İkinci yazılı savunmada ise KVK'nın Turkcell ile ekonomik birlik içinde olduğu iddiasının doğru olmadığı, Turkcell ile KVK'nın ayrı yönetim organlarına, personele ve mali kaynaklara sahip oldukları, KVK ile Turkcell'in iki ayrı teşebbüs olduğu gerçeği kabul edilirken, bunların aynı grup tarafından kontrol edildiği görüşünün çelişki oluşturduğu iddia edilmektedir.

Turkcell GSM hizmetleri piyasasında, KVK ise cep telefonu piyasasında faaliyet gösteren ayrı teşebbüslerdir. Turkcell'in kendi piyasasındaki hakim durumunu cep telefonu piyasasında KVK lehine kötüye kullanması mümkündür.

Sözlü savunma toplantısında yazılı savunmalarda yer verilen hususlardan farklı bir savunma yapılmamıştır.

H.4.4.3. Gerekeçe ve Hukuki Dayanak

Telsim'in, GSM hizmetleri pazarında hakim durumda olan Turkcell'in bu hakim durumunu GSM cep telefonu pazarında da

güçlenme yönünde kullandığına; Başarı'nın da Turkcell'in KVK'nın en büyük ortağı olduğuna ve Turkcell'in ayrımcı bir uygulama ile kendilerine yapılan desteği kestiğine dair iddiaları incelenmiş;

- KVK hisselerinin %97'sinin Turkcell'de ortaklığı bulunanlara ait olduğu,
- KVK aracılığıyla gerçekleştirilen aktivasyonlar için deprem vergisi tüketiciden alınmazken, Genpa bayilerine aynı olanağın sağlanmadığı ve kendisine yeteri kadar hazır kart tahsis edilmediği hususunda Genpa'nın şikayetçi olduğu,
- Turkcell'in Nokia marka cep telefonları için Başarı ile kampanya düzenlerken KVK'nın Nokia distribütörlüğünü almasından sonra ayrımcı uygulamada bulunarak Başarı'ya desteğini kesmiş olduğu anlaşılmıştır.

Bir piyasada hakim durumda bulunan teşebbüsün ekonomik birlik içinde olduğu başka bir piyasadaki teşebbüse yapacağı destek, o piyasadaki teşebbüsler arasında rekabeti bozmamalıdır. Yukarıda yer verilen Başarı Elektronik örneğine dönecek olursak; Turkcell, KVK'nın Nokia distribütörlüğünü almasını müteakip Başarı'ya verdiği desteği kaldırmış; tüm Turkcell hatlı Nokia satışları KVK kanalıyla yapılmaya başlanmış ve bu eylemler sonucunda cep telefonu piyasasında rekabet kısıtlanmıştır. Dolayısıyla Turkcell'in KVK'ya yaptığı desteklerin ihlal oluşturup oluşturmadığı hususunda belirleyici unsur, cep telefonu piyasasında rekabet kuralları bakımından doğurduğu sonuçlar olmaktadır.

Yukarıda belirtilen uygulamaları ile Turkcell'in, GSM hizmetleri pazarındaki hakim durumunu, kendisi ile ekonomik birlik içinde olan KVK Mobil Telefon Sistemleri A.Ş.'nin cep telefonu piyasasındaki durumunu güçlendirmek için kullanarak ve bu pazarda KVK'nın rakibi durumunda olan distribütörler aleyhine rekabeti kısıtlayarak 4054 Sayılı Kanun'un 6. maddesinin (d) bendinde örneklenen yasak eylemlerde bulunduğu sonucuna ulaşmıştır.

I- SONUÇ

Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin GSM hizmetleri pazarında hakim durumda olduğuna OYÇOKLUĞU ile;

2. a) Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin,

- i) Düzenlediği kampanyalar çerçevesinde cep telefonu distribütörleri ile münhasır çalışması veya bunları kendisine bağımlı konuma getirmesi suretiyle, bu distribütörlerin rakip operatörlerle benzer kampanyalar yapmasını ve sonuç olarak bu distribütörlere ait cihazların rakip operatör hattı ile satılmasını engellediğine;

ii) Aralık 1999 öncesinde bayileri, Aralık 1999 sonrasında ise abone merkezleri ve abone noktaları ile münhasır çalışması suretiyle, abone merkezleri ve abone noktalarının aynı zamanda distribütörlerin bayileri olmaları ve bu distribütörlerin tamamına yakınının yukarıda açıklandığı üzere münhasır ve bağımlı kılınmış distribütörler olmalarının birlikte sonucu olarak rakip operatörün piyasadaki faaliyetlerini zorlaştırdığına;

ve böylece 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinin (a) bendinde örnek olarak belirtilen yasak eylemlerde bulunduğuna OYÇOKLUĞU ile;

b) Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin,

i) GSM hizmetleri pazarındaki hakim durumuna dayalı olarak, GSM cep telefonu pazarında faaliyet gösteren distribütörler arasında gerçekleştirdiği ayrımcı uygulamalar sonucunda kendisi ile münhasır ve bağımlı çalışan distribütörler karşısında, bu tür ilişkiye girmeyen distribütörlerin rekabette dezavantajlı konuma gelmelerine neden olarak, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinin (b) bendinde örneklenen yasak eylemlerde bulunduğuna OYÇOKLUĞU ile;

ii) GSM hizmetleri pazarındaki hakim durumunu, kendisi ile ekonomik birlik içinde olan KVK Mobil Telefon Sistemleri A.Ş.'nin GSM cep telefonu pazarındaki durumunu güçlendirmek için kullanarak ve bu pazarda KVK'nın rakibi durumunda olan distribütörler aleyhine rekabeti kısıtlayarak, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinin (d) bendinde örneklenen yasak eylemlerde bulunduğuna OYÇOKLUĞU ile;

Sonuç olarak,

Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin yukarıda (a) ve (b) paragraflarında belirtilen eylemleri gerçekleştirmek suretiyle 4054 Sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında ihlale yol açtığına ve bu nedenle aynı Kanun'un 16. maddesinin 2. fıkrası gereğince idari para cezası ile cezalandırılması gerektiğine OYÇOKLUĞU ile;

3- Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin dağıtım ağındaki teşebbüsler ile yaptığı Aralık 1999 tarihine dek yürürlükte olan sözleşmeler ile bu tarihten sonra yürürlüğe giren yeni sözleşmelerde yer alan fiyat tespitine ilişkin hükümler ve bu sözleşmelere dayalı eylemlerinin aşağıda 5-b-i maddesinde açıklandığı üzere 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesi kapsamında ihlale yol açtığına;

Bu nedenle aynı Kanun'un 16. maddesinin 2. fıkrası gereğince idari para cezası ile cezalandırılması gerektiğine OYBİRLİĞİ ile;

4- Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin yukarıda;

a) 2. maddede belirtilen 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal eden eylemlerinden dolayı, soruşturmanın yürütülmesi sırasında gösterdiği olumlu tutum ve soruşturma heyetine sağladığı kolaylıklar azaltma sebebi olarak dikkate alınarak, 1999 yılı sonunda oluşan yıllık gayrisafi gelirinin (net satışlar) % 0,9'u oranında takdiren 6.275.816.100.000.- (Altı trilyon iki yüz yetmiş beş milyar sekiz yüz on altı milyon yüz bin) TL.;

b) 3. maddede belirtilen 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal eden eylemlerinden dolayı, bu eylemler sonucu doğan zararın azlığı azaltma sebebi olarak dikkate alınarak, 1999 yılı sonunda oluşan yıllık gayrisafi gelirinin (net satışlar) % 0,1'i oranında takdiren 697.312.900.000.- (Altı yüz doksan yedi milyar üç yüz on iki milyon dokuz yüzbin) TL.; olmak üzere toplam 6.973.129.000.000. - (altı trilyon dokuz yüz yetmiş üç milyar yüz yirmi dokuz milyon) TL. para cezası ile cezalandırılmasına OYBİRLİĞİ ile;

5- a) Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin yukarıda 2. maddede belirtilen 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamındaki eylemlerine son vermesine ve bu çerçevede cep telefonu distribütörleri ve ithalatçıları arasında haklı bir neden olmaması halinde ayrımcı uygulamalarda bulunmamasına,

b) i) Fiyatların belirlenmesine ilişkin olarak,

- Turkcell bayilerinin (TAM'ların doğrudan veya TAN'lar vasıtasıyla) Turkcell abone hizmetlerinin devamı niteliğinde ticari ve finansal risk üstlenmeksizin yaptıkları aktivasyon hizmetlerinin satış bedellerinin Turkcell tarafından belirlenebileceğine;

- Ancak mülkiyetleri Turkcell dikey yapılanması içindeki teşebbüslere geçen ve yeniden satıcı sıfatıyla devredilen sim kart ve kontör kartların yeniden satış fiyatlarının Turkcell tarafından belirlenemeyeceğine;

ii) Bayilerin münhasır çalışmasına ilişkin olarak,

- TAM ve TAN'ların aynı zamanda cep telefonu distribütörü bayileri olmaması durumunda, rakip operatörlerin aynı nitelikte bayi edinmelerine engel bulunmadığından münhasır çalışma şartının rekabet kuralları bakımından bir sakıncasının olmadığına;

- TAM ve TAN'ların aynı zamanda Turkcell ile münhasır çalışan cep telefonu distribütörlerinin bayileri olmaları halinde rakip operatörlerin söz

konusu distribütörlerin markalarını satan bayi edinmeleri mümkün olmadığından ve bu surette ilgili pazarda rekabet önemli ölçüde kısıtlanacağından münhasır çalışma şartının getirilemeyeceğine;

Bu bakımdan, Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin TAM'lar ile yaptığı sözleşmelerdeki;

- Fiyata ilişkin hükmün yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda düzeltilmesi,
- Aynı zamanda cep telefonu distribütörlerinin bayisi olan TAM'lar ile münhasırlığa ilişkin hükümlerin çıkarılması,
- Sözleşmelerde bu değişikliklerin yapılarak Rekabet Kurulu'na gerekçeli kararın tebliğini takip eden 60 gün içinde bildirilmesi,
- Uygulamada da fiyat tespiti anlamına gelen ve münhasır çalışmaya zorlayan eylemlerde bulunmaması,

gerektiği hususlarının ilgili teşebbüse bildirilmesine OYBİRLİĞİ ile;

6- Sim kilit uygulamasına ilişkin olarak;

- Sim kilidin promosyon kapsamında olmayan, yani bedelinin bir bölümü, belirli süre için abonelik şartına bağlı olarak bir GSM operatörü tarafından karşılanmayan cihazlara uygulanmaması,
- Promosyon kapsamında olup da sim kilitli cihaz satılması/verilmesi halinde,
- Tüketicie sim kilitli cihaz satıldığı/verildiğinin, sim kilit zorunluluğunun bitim tarihinin ve süre bitiminden itibaren cihaz sahibinin talebi halinde sim kilidin ücretsiz olarak kaldırılacağı ya da bu sürenin bitiminden sonra abone kalınması halinde tüketiciye sağlanacak avantajların bildirilmesi,
- Cihaz sahibinin sim kilit süresinden önce de kilidi kaldırmakta serbest olması, süresinden önce kilit kaldırılması halinde cihaz sahibinin promosyonu yapan operatöre kalan sürenin ne kadar olması halinde ne kadar promosyon iadesinde bulunacağı hususunda bilgilendirilmesi,

gerektiği hususlarına ilişkin olarak Telekomünikasyon Kurumu'na görüş bildiril-mesine OYBİRLİĞİ ile;

Danıştay yolu açık olmak üzere karar verilmiştir.

Rekabet Kurulu'nun 20.7.2001 Gün ve 01-35/347-95 Sayılı Kararı'na KARŞI OY GEREKÇESİ

Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin Türkiye GSM hizmetleri pazarında hakim durumda bulunduğu kabul edilmiş de olsa, rakip kuruluş Telsim Mobil Telekomünikasyon A.Ş.'nin %30 dolaylarında belirlenen

pazar payı ile hatırısayılır bir güç olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Nitekim, konu ile ilgili soruşturma dosyasında, Turkcell'in öndegelen GSM cihaz distribütörleri ile münhasır anlaşmalar içinde bulunduğu saptanmakla birlikte, Telsim'in kendi kartlarıyla satılacak telefon bulamadığı somut biçimde ortaya konulamamıştır. Ayrıca, Turkcell'in münhasıran kendine bağlamış olduğu belirtilen belli başlı markalarda GSM cihazlarının dahi Telsim kartı ile temin edilmesinin mümkün olduğu da görülmektedir.

Öte yandan serbest piyasalarda rakip operatör ya da genel bir ifade ile rakiplerin işini zorlaştırmanın ticari hayatın doğal bir gereği ve gerçeği olduğunun da rekabet otoritelerince kabule dilmesi ve dolayısıyla bu nitelikteki her politika, strateji ve eylemin hakim durumun kötüye kullanılması olarak adlandırılmasından kaçırılması gerektiğini düşünüyorum.

Soruşturma Raporu ve Karar'ın ilgili bölümlerinde belirgin olarak ortaya konan ayırıcı uygulama örneği, Turkcell'in belirli markaların distribütörleriyle GSM cihazının fiyatının bir kısmını sübvansiyonla karşılamak biçiminde "kampanya"lar yapması, diğer bazı marka distribütörleriyle ise yapmamasıdır. Oysa, Turkcell'in GSM hizmetleri piyasasında hakim durumda olduğu kabul edilmiş de olsa, bu durumun adıgeçen teşebbüsün kimle ticari işbirliği yapacağına ilişkin karar verme hakkını elinden aldığı söylemek mümkün değildir. Turkcell, karşılıklı şartların pazarlığını yaparak anlaşmaya vardığı herhangi bir GSM cihaz ithalatçısı veya distribütörü ile kampanya yapmakta özgürdür ve doğal olarak bunun tersi de geçerlidir. Turkcell'in bu özgürlüğünü kullanması, 4054 sayılı yasanın 6.maddesinde tanımlandığı üzere hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilemez.

Yukarıda açıklamaya çalıştığım düşüncelerle başlıkta anılan Kurul Kararı'nın 2(a) ve 2(b-i) bentlerine katılmadım.

Murat GENCER
Kurul Üyesi

KARŞI OY GEREKÇESİ

Rekabet Kurulunun **01-35/347-95** sayılı **Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.** hakkındaki nihai kararın **1., 2(a) ve 2(b-i,ii)** maddelerine muhalefet gerekçem şu hususları içermektedir.

1. kararın tamamını; Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin GSM hizmetleri piyasasında hakim durumda olduğuna dayanmaktadır.

Bilindiği gibi Hakim Durum: Bir teşebbüsün belirli bir piyasada, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametrelerini belirleyebilme gücüdür.

GSM Hizmetleri piyasasında halihazırda Turkcell ve Telsim olmak üzere iki teşebbüs faaliyet göstermektedir. İş-Tim ve Telekomda lisans meselelerini halletmiş, piyasada faaliyet için hazırlık yapmaktadırlar.

İki aktörün faaliyet gösterdiği diopol bir piyasada, pazarın tam ortadan eşit şekilde bölünmesi söz konusu olamaz. Bir takım davranışlardan dolayı birinin diğerinden farklı pazar payına sahip olması hakim durumda olduğunu göstermez. Hernekadar pazar paylaşımı %70 - %30 biçiminde isede bu pazar paylaşımı tek başına hakim durumun varlığı için yeterli değildir.

Yine bilindiği gibi piyasaya girişin yasal izne bağlı oluşu, bir giriş engeli gibi gözükabilir. Ama unutulmamalıdır ki, piyasaya giriş izne tabi olduğu gibi, bu piyasadaki bir çok düzenlemeler de kamu otoritesinin denetimi altındadır.

Esasen kamusal müdahalesinin bu denli çok olduğu bir piyasada hakim durumdan bahsetmek mümkün değildir.

Kaldı ki iki operatörün daha piyasaya giriş hazırlığı içinde oluşu, var olan operatörleri de potansiyel rekabete daha duyarlı hale getirmektedir. Bu durumda pazar payı %70 olan bir operatörün bırakınız mevcut operatörden bağımsız, piyasaya henüz girmemiş olan ve girme hazırlığı yapan operatörleri bile dikkate almadan herhangi bir ekonomik parametre (fiyat gibi) belirleyebilmesi mümkün değildir.

Mamafih Nisan 2001'de İş-Tim'in piyasaya giriş hazırlığı içinde olduğu dönemde henüz pazarpayı %0 ve pazarda faaliyeti olmamasına rağmen; fiyat ve abonelik koşullarıyla ilgili yaptığı düzenlemeye Turkcell kayıtsız kalamamış, fiyatlarını indirmek zorunda kalmıştır.

Sonuç olarak, pazara girişin izne tabi oluşu, altyapı harcamalarının yüklü, satış ve dağıtım harcamalarının büyüklüğü giriş engeli teşkil ediyor olmasına rağmen, operatörlerin ekonomik parametrelerini de bağımsız belirleyemediği ve kamusal denetime tabi olduğu bir piyasada sadece pazar payı ile hakim durumda olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır.

2. kararın 2(a) ve 2 (b-i,ii) maddelerindeki hükümler, Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin, GSM hizmetleri piyasasında hakim durumda olduğu kararına dayandırılarak alınmıştır.

Turkcell'in; düzenlediği kampanyalar çerçevesinde cep telefonu distribütörleri ile münhasır çalışması veya bunları kendisine bağımlı konuma getirmesi suretiyle, bu distribütörlerin rakip operatörlerle benzer kampanyalar yapmasını ve bu distribütörlere ait cihazların rakip operatör hattı ile satılmasının engellenmesi ile, bayileri aktivasyon merkezleri ve abone noktaları ile münhasır çalışması suretiyle, Aktivasyon merkezleri ve Abone noktalarının aynı zamanda distribütörlerin bayileri olmaları ve bu distribütörlerin tamamına yakınının münhasır ve bağımlı kılınmış distribütörler olmalarının birlikte sonucu olarak, rakip operatörün piyasadaki faaliyetleri zorlaştırması eylemleri, ancak Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin hakim durumda bir ihlal sayılabileceği, aksi halde; hakim durumun bulunmaması durumunda bu eylemlerin de ihlal sayılması gerekir.

Keza Distribütörler arasındaki ayrımcı uygulama sayesinde kendisi ile çalışanları avantajlı, Rakip distribütörleri aleyhine rekabeti kısıtlama eylemi de hakim durumuna dayalı olarak değerlendirilebilecek olan bir ihlal olup, Turkcell'in hakim durumda olduğu hususu kabul edilmediği takdirde bu eylemler de ihlal teşkil etmeyeceğinden, Kurulun nihai kararının yukarıda bahsi geçen hükümlerine katılmıyorum.

Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU
Başkan

Mustafa PARLAK
Kurul Üyesi

DUYURU

1. Dergiye gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Metinler bilgisayar ortamında bir disket ile beraber A4 kağıdının bir yüzüne çift aralıkla yazılmış üç kopya halinde teslim edilmelidir. Disket ile birlikte kullanılan yazılım programı, bilgisayar ismi ve dosya ismi gönderilmelidir. Teknik nedenlerden ötürü, daktilo ile yazılmış metinler kabul edilmez. Yayın Komisyonunca kabul edilmeyen yazılar iade edilmez.
2. Yazıyla birlikte, İngilizce başlık ve en çok 15 satırlık İngilizce bir özet teslim edilmelidir.
3. Tablo ve şekillere numara verilmeli, başlıklar tablo ve şekillerin üzerinde yer almalı kaynaklar ise tablonun altına yazılmalıdır. Denklemlerin sıra numarası parantez içinde, sayfanın sağ tarafında gösterilmelidir.
4. Kaynaklara yapılan göndermeler dipnotlar yerine, metin içinde açılan ayrıçlarla belirtilmelidir. Ayrıca içindeki bilgiler sırasıyla şöyle olmalıdır: Yazar(lar)ın soyadı, kaynağın yılı, sayfa numaraları: Örneğin:

