

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : D2/2/A.D.-4 (Menfi Tespit)

Karar Sayısı : 02-32/369-155

Karar Tarihi : 28.5.2002

A- TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU

Üyeler : Dr. Kemal EROL, İsmet CANTÜRK, Nejdet KARACEHENNEM, A. Ersan GÖKMEN, R. Müfit SONBAY, Kubilay ATASAYAR, Murat GENCER, Mustafa PARLAK, Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ, Rifki ÜNAL

B- RAPORTÖRLER: Ali DEMİRÖZ, Ferhat TOPKAYA

C- BAŞVURUDA BULUNAN: - İksir Uluslararası Elektronik Ticaret Bilgi ve Haberleşme Hizmetleri A.Ş.
Ortaklar Cad. Bahçeler Sok. No: 21/5
Mecidiyeköy/İstanbul
- Superonline Uluslararası Elektronik Bilgi ve Haberleşme Hizmetleri A.Ş.
Temsilcisi: Av. Orhan GEMİCİOĞLU
Halaskargazi Cad. No: 348/5 Şişli/İstanbul

D- TARAFLAR: - İksir Uluslararası Elektronik Ticaret Bilgi ve Haberleşme Hizmetleri A.Ş.
Ortaklar Cad. Bahçeler Sok. No: 21/5
Mecidiyeköy/İstanbul
- Superonline Uluslararası Elektronik Bilgi ve Haberleşme Hizmetleri A.Ş.
Yıldız Cad. No: 34 Polat İş Merkezi Beşiktaş/İstanbul

E- DOSYA KONUSU: **İksir Uluslararası Elektronik Ticaret Bilgi ve Haberleşme Hizmetleri A.Ş. (İksir) ile Superonline Uluslararası Elektronik Bilgi ve Haberleşme Hizmetleri A.Ş. (Superonline) arasında imzalanan sözleşmeye menfi tespit belgesi verilmesi veya muafiyet tanınması talebi.**

F- DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 6.12.2001 tarih, 5168 sayı ile giren başvuru üzerine, düzenlenen 2.5.2002 tarih, D2/2/A.D.-4 sayılı Menfi Tespit Ön İnceleme Raporu 24.5.2002 tarih, REK.0.06.00.00/46 sayılı Başkanlık önergesi ile 02-32 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G- RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili rapor'da;

- Başvuru konusu sözleşmenin 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlal etmediği, dolayısıyla Menfi Tespit Belgesi verilmesinde sakınca olmadığı,
- Öte yandan, sözleşme konusu abone bilgilerinin, abonelik modellerinin, bazı altyapı ve servislerin devredilmesi işleminin 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin

Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ anlamında devralma olduğu ve tarafların pazar payları toplamının %25'i geçmesi nedeniyle Rekabet Kurulu'ndan izin alınması gerektiği,

- Söz konusu devralma işlemine izin verilmesinde bir sakınca bulunmadığı,
- Bununla birlikte, devralma işleminin zamanında bildirilmemesi nedeniyle taraflara ve tarafların yönetim kurulu üyelerine Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrası (c) bendi ve aynı maddenin üçüncü fıkrası uyarınca ceza verilmesi gerektiği,

görüşlerine yer verilmiştir.

H- İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. İlgili Pazar

H.1.1. Ürün Pazarı

Başvuru konusu internet servis sağlayıcılığı sektöründe gerçekleşen bir devir işlemidir. Ancak bu sektörden hizmet alan tüketiciler açısından sunulan hizmetlerin çeşitlilik göstermesi, bu hizmetlerin tüketici gözünde birbirleri ile ikame edilebilirliği kısıtı dikkate alındığında "internet servis sağlayıcılığı"nın alt ürün pazarlarına ayrılabilirliği görülmektedir. Tüketiciler açısından bilgi transfer hızı, diğer bir deyişle internet hizmeti için talep edilen bant genişliği pazarın tanımlanması için önemli bir kriterdir.

Bant genişliğine göre erişim hizmetleri iki bölümden oluşmaktadır. Düşük hızlardaki erişim hizmetleri dar bant erişim hizmetleri, yüksek hızlardaki erişim hizmetleri ise geniş bant erişim hizmetleri olarak bilinmektedir. Dar ve geniş bant erişim hizmetlerine olan talep, bu erişim olanaklarıyla taşınacak içeriğin niteliğine (hacmine) göre değişmektedir. Örneğin, bakır kablolar üzerinden yapılan ses iletişimi, sınırlı veri transfer hızı gereksinimi nedeniyle, dar bant erişim ile sağlanabilir. Ayrıca, günümüzde halen evlerinden internete bağlananların büyük çoğunluğu sabit telefon şebekesi üzerinden çevirmeli (dial-up) modemleri kullanmaktadır. Bu tür internet bağlantısı, ses iletim tekniği kullanılarak gerçekleştirildiğinden dar bant erişimin kullanıldığı diğer bir hizmet türünü oluşturmaktadır.

Dar bant hizmetlerde iki abone arasında sadece iletişim sağlanması söz konusu olduğundan ilave katma değer yaratılması kısıtlı olup, rekabet fiyata ve şebekenin iyi planlamasında yoğunlaşır. Halbuki geniş bant hizmette, sunulabilecek içeriğin boyutunun büyümesiyle hizmet çeşitliliği ve içeriğe dayalı katma değer yaratılması söz konusudur. Bu sebeple içerik sağlayıcılarla geniş bant platform işleticileri arasında son dönemde birleşmelere varan işbirliği çabalarına rastlanmaktadır.

Geniş bant terimi tek bir fark dışında aynı hizmeti tarif etmek için kullanılmaktadır. Çok önemli olan bu farklılık, bilgi gönderme veya alma hızının dar banttan çok daha yüksek olmasıdır. İleri internet, isteğe bağlı video gibi yeni uygulamalar birim zamanda çok büyük boyutta verinin iletilmesini gerektirdiğinden "geniş bant"a ihtiyaç duyarlar.

Dar ve geniş bant hizmetleri (mesajları) ve bununla bağlantılı olarak bu hizmetlerin taşınmasında kullanılan erişim hizmetlerini (haberleşme kanallarını) satın alan ve birbirinden farklı talep yapılarına sahip üç grup kullanıcı bulunmaktadır.

Birinci grup kullanıcılar yerel kullanıcılardır. Alıcı veya göndericiden en az birinin hane halkından birisi olduğu erişim hizmetleri yerel kullanıcılara sunulan erişim hizmetleridir. Bu kullanıcı grubunun içine hane halkı ile aynı erişim talep yapısına sahip küçük ve orta boylu işletmeler (KOBİ) de dahil edilebilir. Ancak KOBİ'lerin telekomünikasyon hizmeti ihtiyacı bazı durumlarda hane halkından farklılık arz edebilir.

İkinci kullanıcı grubunu oluşturan kurumsal kullanıcılar büyük hacimde ve değişik nitelikte telekomünikasyon hizmeti tüketirler. Bu sebeple erişim hizmetlerini toptan satın alırlar. Hacmin büyük ve hizmetin çeşitli olması bu kullanıcılara özel erişim hizmetlerinin verilmesini gerekli kılar. Bu kullanıcılara örnek olarak bankalar ve diğer finans kurumları, uluslararası şirketler ve genel olarak yerel şebekenin kapasitesi üzerinde telekomünikasyon talebi olan tüm diğer kişi ve kurumlar verilebilir.

Kurumsal kullanıcıların telekomünikasyon hizmeti taleplerinin içeriği birbirinden hem nicelik hem de nitelik açısından çok farklı olduğundan bu kullanıcı grubunun talebine uygun yapıda bireysel özel arzın sunulması ihtiyacı vardır. Yukarıda belirtildiği gibi bu kullanıcılara yerel şebekeler ulaşmasına rağmen, bu şebekeler üzerinden sunulan hizmetlerin talebi karşılayabilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla kurumsal kullanıcılar için telekomünikasyon trafiğinin aktığı noktalar arasında özel devrelerin tahsis edilmesi zorunluluğu bulunur.

Diğer kullanıcı grubunu ise, telekomünikasyon hizmetini üreten teşebbüsten satın aldıktan sonra, bu hizmetlere katma değer katarak veya doğrudan yerel kullanıcı, başka bir yeniden satıcı veya kurumsal kullanıcıya satan teşebbüsler (yeniden satıcı) oluşturmaktadır.

Bu kullanıcı grubunun en önemli niteliği telekomünikasyon hizmetlerini toptan yüksek miktarlarda satın almalarıdır. Bunun doğal neticesi, telekomünikasyon hizmeti sağlayıcılarının toptan satış yaparak perakende satışın gerektirdiği pazarlama ve satış giderlerini karşılamak zorunda kalmamalarıdır. Ayrıca sabit maliyetlerin yüksek olduğu telekomünikasyon sektöründe yeniden satıcılara yapılacak uzun vadeli toptan satışlar sağlayıcının perakende satışta yüz yüze kalacağı dönemsel dalgalanmalara bağlı talep değişikliği risklerinden korunmasını sağlayabilir. Böylece yatırımların geriye dönüşü konusunda öngörülebilir tahminler yapılabilir.

Devir işlemine ilişkin bildirimde, İksir firmasının, bireysel internet erişim hizmeti faaliyetine son vermesi nedeniyle gerçekleştirildiği ifade edilmektedir. Bu çerçevede, yukarıdaki açıklamalar ışığında ilgili ürün pazarı "*yerel kullanıcılara sunulan dar bant internet erişimi sağlama pazarı*" olarak tespit edilmiştir.

H.1.2. Coğrafi Pazar

Bildirim konusu işlemde etkilenen ürünlerin ülke genelinde arz ve talep ediliyor olması ve farklı homojen pazarlar bulunmaması nedeniyle coğrafi pazar, "*Türkiye Cumhuriyeti sınırları*" olarak belirlenmiştir.

H.2. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

Bildirim konusu işlem, İksir'in ilgili ürün pazarındaki faaliyetlerini sona erdirmeye kararını çerçevesinde Superonline ile İksir arasında yapılan abone bilgilerinin tamamının, bazı donanım ve yazılımın ve bazı hizmetlerin Superonline'a devredilmesine ilişkin sözleşmeye Menfi Tespit Belgesi verilmesi talebidir.

Başvuru konusu sözleşme 4054 sayılı Kanun'un 4., 6. ve 7. maddeleri kapsamında değerlendirilmiştir.

4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacı taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerini yasaklamaktadır.

Anlaşma bu çerçevede değerlendirildiğinde, İksir'in ilgili pazardan çekilme kararı ertesinde Superonline ve İksir'in artık rakip teşebbüsler olmadıkları, dolayısıyla sözleşmenin anılan madde kapsamında herhangi bir ihlal oluşturmadığı kanaatine varılmıştır. İksir üzerine getirilen yegane kısıtlama Superonline'a devredilen bilgilerin tamamının ya da bir kısmının pazardan çekilen İksir'in kontrolünü elinde bulunduran Doğuş Grubu şirketleri de dahil olmak üzere hiçbir üçüncü şahsa kullandırılmaması, satılmaması, kiralanmaması veya ifşa edilmemesi ile ilgilidir. Bu kısıtlamaların yapılan devir işleminin doğal bir sonucu olduğu ve Kanun'un 4. maddesi kapsamına girmeyeceği açıktır. Öte yandan, İksir aboneleri Superonline abonesi olup olmamaya karar vermekte serbest bırakılmışlardır.

Ayrıca, söz konusu sözleşmede 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde ihlal oluşturabilecek bir hükme de rastlanmamıştır. Dolayısıyla başvuru konusu sözleşmeye anılan Kanun'un 8. maddesi uyarınca Menfi Tespit Belgesi verilmesinde sakınca olmadığı anlaşılmıştır.

Bununla birlikte, söz konusu sözleşme Kanun'un 7. maddesi çerçevesinde bir devralma işlemine ilişkindir.

4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi "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 ve 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"nı yasaklayarak, Rekabet Kurul'undan izin alınması gereken birleşme ve devralmalara ilişkin düzenleme yapma yetkisini Kurul'a vermiştir.

Bu çerçevede, 1997/1 sayılı Tebliğ ile Kurul'dan izin alınması gereken birleşme ve devralmalar ve bildirim usulleri belirlenmiştir. Bu Tebliğ'in 2. maddesinde birleşme veya devralma sayılan haller sayılmış ve aynı Tebliğ'in 4. maddesinde belirlenen pazar payı ve ciro eşiklerini geçmesi halinde bu işlemlerin Kurul'a bildirilerek izin alınması gerektiği belirtilmiştir.

Bu Tebliğ'in 2. maddesinin (b) bendine göre "herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer teşebbüsün malvarlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir

kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları devralması veya kontrol etmesi” birleşme ya da devralma sayılan hallerden birisi olarak belirlenmiştir. Bu nedenle, bildirim konusu sözleşme ile devredilen abone bilgileri, altyapı ve hizmetlerin “malvarlığı” olarak kabul edilip edilmeyeceği değerlendirilmiştir.

Bu noktada, ilgili ürün pazarının özelliklerinin dikkate alınması gerekmektedir. İnternet servis sağlayıcılığı gibi yüksek teknoloji sektörlerinde bilginin özellikle müşteri bilgilerinin önemli bir değeri bulunmaktadır. Bu değer, teşebbüslerin bu tür bilgileri elde etmek için belirli bir bedel ödemeyi kabul etmelerinden de anlaşılmaktadır. Bu tür pazarlarda, teşebbüsler bazen birleşme ya da diğer teşebbüsü devralma yerine o teşebbüslerin sahip olduğu bilgileri ya da daha genel bir ifadeyle fikri mülkiyet haklarını satın alarak o teşebbüsün müşterilerine ürün satma ya da hizmet verme yoluna gitmektedir. Bu nedenle bir teşebbüsün sahip olduğu müşteri bilgileri önemli bir varlık haline gelmektedir.

Dosya konusu olayda da Superonline, İksir’in pazardan çekilmesiyle İksir abonelerini elde etmek amacıyla anılan sözleşmeyi imzalamaktadır. Başka bir ifadeyle Superonline için verdiği hizmeti genişletmenin yolu yeni aboneye sahip olmaktır ve sözleşme bu amaca hizmet etmektedir. Dolayısıyla, İksir tarafından devredilen abone bilgileri, bazı altyapı ürünleri ve "chat" ve mesaj servisinin devrinin 1997/1 sayılı Tebliğ’in 2. maddesinin (b) bendinde yer verilen malvarlığı devri olarak, bir başka ifadeyle “devralma” olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Söz konusu Tebliğ’in 1998/2 sayılı Tebliğ ile değişik “İzne Tabi Birleşme veya Devralmalar” başlıklı 4. maddesinde, “birleşme veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasında, toplam pazar paylarının, piyasanın % 25’ini aşması halinde veya bu oranı aşmasa bile toplam cirolarının yirmibeş trilyon Türk Lirası’nı aşması halinde Rekabet Kurulu’ndan izin almaları zorunludur.” hükmü getirilmiştir.

İşlem taraflarının ilgili ürün pazarındaki ciroları toplamı yaklaşık 22.500.000.000.000 TL’dir. Öte yandan, pazarın yapısı nedeniyle faaliyet gösteren teşebbüslerin pazar payını belirlemekte güçlüklerle karşılaşılmasıyla birlikte, dosya mevcudu bilgilere göre, tarafların toplam pazar payları %30-%40 arasındadır.

Yukarıdaki bilgiler doğrultusunda, bildirim konu devralma işleminin Rekabet Kurulu’nun iznine tabi olduğu anlaşılmıştır.

İşlem sonucunda Superonline önemli bir abone kapasitesine ve internet erişim altyapısına sahip olarak pazarın lideri haline gelmesine rağmen, rakiplerinin pazardaki varlığı ve pazar payları dikkate alındığında, 4054 sayılı Kanun’un 7. maddesinin birinci fıkrası uyarınca yasaklanması gereken bir durumun ortaya çıkmayacağı kanaatine varılmıştır. Ayrıca söz konusu işlemin Doğuş Grubu’nun yukarıda belirtilen şartlar neticesinde İksir’in zor duruma düşmesi nedeniyle ilgili ürün pazarındaki faaliyetlerini sona erdirmesiyle ortaya çıktığı da dikkate alınmalıdır. Bu nedenlerle söz konusu işleme 4054 sayılı Kanun’un 7. maddesi çerçevesinde izin verilmesinde bir sakınca görülmemektedir.

Öte yandan, bildirim konusu işlem esas itibarıyla bir devralma işlemi olduğundan ve ilgili taraflarca Kurul'a bildirimde bulunulduğundan, bildirmeme cezası verilmesine gerek olmadığı kanaatine varılmıştır.

İ- SONUÇ

Yukarıda yer verilen tespit ve değerlendirmeler doğrultusunda;

- 1) İksir Uluslararası Elektronik Ticaret Bilgi ve Haberleşme Hizmetleri A.Ş. ile Superonline Uluslararası Elektronik Bilgi ve Haberleşme Hizmetleri A.Ş. arasında imzalanan başvuru konusu sözleşmenin 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlal etmediğine, dolayısıyla Menfi Tespit Belgesi verilmesine OY ÇOKLUĞU ile,
- 2) Ancak sözleşme konusu abone bilgilerinin, abonelik modellerinin, bazı altyapı ve servislerin devredilmesinin 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ anlamında "devralma" olduğuna ve tarafların pazar payları toplamının %25'i geçmesi nedeniyle hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Rekabet Kurulu'na bildirilmesi ve izin alınması gereken bir işlem olduğuna, söz konusu devralma işlemine izin verilmesine OY BİRLİĞİ ile,
- 3) Devralma işleminin zamanında bildirilmemesi nedeniyle taraflara ve tarafların yönetim kurullarına Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrası (c) bendi ve aynı maddenin üçüncü fıkrası uyarınca ceza verilmesine gerek olmadığına OY ÇOKLUĞU ile,

karar verilmiştir.

(28.5.2002 tarihli ve 02-32 / 369-155 sayılı Kurul Kararı) Karşı Oy Gerekçesi

4054 sayılı Kanun'un 10. ve 11. maddeleri uyarınca, bildirilmesi zorunlu olan birleşme ve devralma işlemlerinin Kurul'a bildirilmemiş olduğu hallerde, Kurul'un bildirimde bulunulmamasından dolayı ceza vermeme yetkisine sahip olmadığı görüşü ile çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Dr. Kemal EROL
İkinci Başkan

KARŞI OY GEREKÇESİ

Bildirim konusu işlemin, niteliği itibarıyla 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesinde ve 1997/1 sayılı Tebliğ'de düzenlenen bir devralma olduğu tespit ve kabul edildiğine ve işlem bu şekilde tavsif olunduğuna göre sadece devralma işlemine izin verilmesi gerekirken, devralmaya izin ile birlikte ayrıca sözleşmeye de menfi tespit belgesi verilmesinin usuli açıdan doğru olmadığı düşüncesiyle Rekabet Kurulu'nun 28.5.2002 tarih ve 02-32/369-155 sayılı kararının 1. bendine karşı oy kullanılmıştır.

Nejdet KARACEHENNEM
Kurul Üyesi

R. Müfit SONBAY
Kurul Üyesi

KARŞI OY
(28.5.2002 tarihli ve 02-32 / 369-155 sayılı Kurul Kararı)

4054 sayılı Kanun'un 10. ve 11. Maddeleri uyarınca, bildirilmesi zorunlu olan birleşme ve devralma işlemlerinin Kurul'a bildirilmemiş olduğu hallerde, Kurul'un bildirimde bulunulmamasından dolayı ceza vermeme yetkisine sahip olmadığı görüşü ile çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ
Kurul Üyesi