

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2009-2-172 (Önaraştırma)
Karar Sayısı : 15-41/677-239
Karar Tarihi : 20.11.2015

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Ömer TORLAK
Üyeler : Arslan NARİN, Fevzi ÖZKAN, Dr. Metin ARSLAN,
Doç. Dr. Tahir SARAÇ, Kenan TÜRK

B. RAPORTÖRLER: Özgür Can ÖZBEK, Beyza AĞVAZ

C. BAŞVURUDA

BULUNAN : Vodafone Telekomünikasyon A.Ş.
Temsilcisi: Av. Dr. İ. Yılmaz ASLAN
Barbaros Bulvarı Tan Apt. 60/5 Balmumcu Beşiktaş/İstanbul

D. HAKKINDA İNCELEME

YAPILAN : Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.
Aydınevler Mah. İnönü Cad. No:20 Küçükalyalı Ofispark Maltepe
İstanbul

- (1) **E. DOSYA KONUSU:** Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin ayrımcı uygulamalar ve seçici fiyatlandırma yoluyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiği iddiası üzerine alınan 09.09.2009 tarih ve 09-45/1136-286 sayılı Kurul kararının Danıştay 13. Dairesi'nin 2010/457 E., 2015/427 K. sayılı kararı ile iptal edilmesi üzerine konunun yeniden değerlendirilmesi.
- (2) **F. İDDİALARIN ÖZETİ:** Vodafone Telekomünikasyon A.Ş. (Vodafone) tarafından yapılan başvuruda özetle;
- Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin (Turkcell) şebekeler arası trafik verisini işleyerek abonelerinin en çok aradığı Vodafone müşterilerini tespit ettiği,
 - Bu kişilere telefonda pazarlama yöntemi ile Turkcell GSM hattı pazarlandığı,
 - Turkcell'in bu görüşmelerde Vodafone müşterilerine ücretsiz telefon, 532 ile başlayan Turkcell hattı, ilgili yılın sonuna kadar maliyetin altında olmayan ancak indirimli tarife teklif ettiği,
 - Olay bakımından ilgili ürün pazarının "GSM mobil telefon hizmetleri pazarı" olarak tanımlanabileceği ve Turkcell'in bu pazarda hâkim durumda bulunduğu,
 - Turkcell'in bu eyleminin ayrımcılık ve seçici düşük fiyatlandırma teşkil ettiği,
 - Turkcell'in Vodafone'u piyasa dışına çıkarmaya ve faaliyetlerini zorlaştırmaya yönelik yukarıda yer verilen eyleminin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 6. maddesinin (a) ve (b) bentlerine aykırı olduğu

iddia edilerek, rekabet ihlalinin tespit edilmesi talep edilmektedir.

- (3) **G. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 03.03.2008 tarih, 1320 sayı ile giren başvuru ve bu kapsamda gönderilen 29.04.2008 tarihli, 2575 sayılı ve 02.05.2008 tarihli, 2703 sayılı yazılar üzerine 4054 sayılı Kanun'un ilgili hükümleri çerçevesinde düzenlenen 15.05.2008 tarih, 2008-2-92/İİ-08-FGA sayılı İlk İnceleme Raporu 08-34 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek 20.05.2008 tarih ve 08-34/453-159 sayı ile iddialara ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun çerçevesinde önaraştırma yapılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.
- (4) Rekabet Kurulunca verilen kararın iptali istemiyle Vodafone tarafından açılan davada, Danıştay 13. Dairesince 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 27. maddesindeki koşulların birlikte olduğu belirtilerek dava sonuçlanıncaya kadar yürütmenin durdurulması kararı verilmiştir¹. Anılan Danıştay kararına karşı Hukuk Müşavirliğimizce yapılan itiraz Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 25.06.2009 tarih ve 2009/152 E. sayılı kararı ile reddedilmiştir. Başvurulara ilişkin olarak hazırlanan 11.08.2009 tarih ve 2009-2-172/BN-09-AA sayılı Bilgi Notu üzerine Rekabet Kurulu 26.08.2009 tarih ve 09-39/928- M sayı ile başvuru hakkında 4054 sayılı Kanun'un 40. maddesinin 1. fıkrası ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in 55. maddesinin 1. fıkrası uyarınca önaraştırma yapılmasına karar vermiştir. 4054 sayılı Kanun'un ilgili hükümleri çerçevesinde düzenlenen 28.09.2009 tarih ve 2009-2-172/ÖA-09-AA sayılı Önaraştırma Raporu 08.10.2009 tarihli 09-45 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek 09-45/1136-286 sayı ile, "BTK'nın Görüş Yazısı'nda, işletmecilerin telekomünikasyon mevzuatından kaynaklanan yükümlülükleri uyarınca bu eylemlerine son vermeleri gerektiğinin Turkcell ve Vodafone'a bildirildiği anlaşılmaktadır. Bu sebeple, bu aşamada, şikayete konu eylem hakkında 4054 sayılı Kanun kapsamında ayrıca bir işlem tesis edilmesine gerek bulunmadığı kanaatine varılmıştır." denilerek şikayet konusu iddialar ile ilgili olarak Turkcell hakkında aynı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına, şikayetin reddine karar verilmiştir.
- (5) Rekabet Kurulu'nun söz konusu 08.10.2009 tarihli ve 09-45/1136-286 sayılı kararı, Danıştay 13. Dairesi'nin 06.02.2015 tarihli ve 2010/457 E., 2015/427 K. sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Bahse konu Danıştay kararında;

"Rekabet Kurulu tarafından 5809 sayılı Kanun'un 7. maddesi uyarınca istenilen ve Bilgi Teknolojileri İletişim Kurumu'nca gönderilen görüş yazısında ise, tarafların uyarıldığı, ancak konu hakkında herhangi bir soruşturma açılmadığı ve yaptırım uygulanmadığı anlaşılmaktadır.

Bütün bu hususların birlikte değerlendirilmesinden, şikâyet konusu davranışlar ile ilgili olarak sektörel anlamda Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun düzenleme ve denetleme yetkisi bulunduğu açık olmakla birlikte, telekomünikasyon sektöründe gerçekleşebilecek rekabet ihlalleri konusunda, genel yetkili olan Rekabet Kurulu, anti-rekabetçi davranışlar sergileyen teşebbüslerin davranışlarını tespit ve yaptırım uygulama yetkisine sahip olduğundan bu teşebbüslerin 4054 sayılı Kanun uygulamasından bağışık tutulması, sektörde gerçekleştirilebilecek rekabet ihlallerinin yaptırımsız kalması sonucunu doğurabileceğinden şikâyete konu iddialarına ilişkin davranışların varlığı ve bu davranışların rekabet ihlali niteliğinde olduğunun saptanması veya bu duruma yönelik somut delillere ulaşılması halinde, konu hakkında soruşturma

¹ Danıştay 13. Dairesince yürütmesi durdurulan 20.05.2008 tarih ve 08-34/453-159 sayılı Rekabet Kurulu kararı daha sonra Danıştay 13. Dairesi'nin 23.11.2011 tarihli 2008/9448 E., 2011/5239 K. sayılı kararı ile "...Kurum tarafından Kanun'un 'Kurulun İnceleme ve Araştırmalarında Usul' başlıklı dördüncü kısımdaki, Rekabet Kurulu'nun inceleme ve araştırmalarında uyulması zorunlu usullerin uygulanması ve önaraştırma kararının verilmesi..." gerektiği ifade edilerek iptal edilmiştir.

zamanaşımı süresi içerisinde, Rekabet Kurulu'nca soruşturma açılması ve ihlalin kesin olarak tespiti halinde yaptırım uygulanmasını önünde bir engel bulunmamaktadır.

Bu durumda, Rekabet Kurulu'nca şikâyet konusu iddialar değerlendirmek suretiyle, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun görüşü ve konu hakkında idari yaptırım niteliğinde işlemler tesis edilmiş olması ihtimalinde, bu hususun da dikkate alınarak hareket edilmesi gerekmekte iken, şikâyete konu olan uygulamalar hakkında 4054 sayılı Kanun kapsamında herhangi bir işlem tesis edilemeyeceği gerekçesiyle konu hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığına ve şikâyetin reddine ilişkin Kurul kararında hukuka uygunluk bulunmamıştır.

Diğer yandan, bu karar üzerine doğrudan soruşturma açılmasına gerek olmadığı ve kararda belirtilen gerekçe doğrultusunda önaraştırma sürecinin tekrarlanması gerektiği, bu süreç sonrasında 4054 sayılı Kanun'un 40. ve ilgili diğer maddelerinde öngörülen idari usulün işletilerek gerekli görülmesi halinde soruşturma açılabileceği de kuşkusuzdur”

ifadelerine yer verilmiştir.

- (6) Mahkeme kararı üzerine hazırlanan 07.08.2015 tarihli ve 2009-2-172/BN sayılı Bilgi Notu Rekabet Kurulu'nun 01.09.2015 tarihli toplantısında görüşülmüş ve 15-34/499-M sayı ile Turkcell'in ayrımcı uygulamalar ve seçici fiyatlama yoluyla 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği iddiasına ilişkin olarak aynı Kanunun 40. maddesinin 1. fıkrası uyarınca önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir. İlgili karar uyarınca düzenlenen 04.11.2015 tarih ve 2009-2-172/ÖA2 sayılı Önaraştırma Raporu görüşülerek karara bağlanmıştır.

H. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ: İlgili raporda; başvuru konusu iddialarla ilgili olarak Turkcell hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığı sonucuna ulaşıldığı ifade edilmiştir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. İlgili Pazar

- (7) Elektronik haberleşmenin sağlanabilmesi için gerekli olan şebekeleri genel olarak sabit ve mobil olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür. İkinci nesil (2N) mobil şebekelere 2009 yılında 2N şebekelerden daha hızlı veri transferine imkan veren üçüncü nesil (3N) şebekeler eklenmiştir. Günümüzde mobil operatörler 2N ve 3N şebekeleri bir arada işletmektedir. Özellikle 3N şebekelerin devreye girmesinden sonra mobil şebekeler üzerinden sesli arama, kısa mesaj (SMS), çokluortam mesajı (MMS) gibi hizmetlerin yanı sıra görüntülü arama, genişbant internet erişim hizmetleri de verilmektedir. Bu hizmetlerden faydalanabilmek için abonenin uygun bir cihaz ile SIM kart edinmesi ve bir mobil şebeke işletmecisinin tarifesine kayıtlı olması gerekmektedir. Aboneler mobil hizmetlerden ön ödemeli veya faturalı olarak yararlanabilmektedir.
- (8) Ülkemizde mobil telefon hizmetleri alanında faaliyet gösteren ilk teşebbüs 1994 yılında faaliyete geçen Turkcell olmuştur. Özellikle 2000'li yılların başından itibaren mobil telefon hizmetleri hızla yaygınlaşmış, 2015 Haziran ayı itibarıyla abone sayısı 72.174.826'ya, 0-9 yaş arası hariç nüfusa göre penetrasyon oranı %112,4'e ulaşmıştır². Halen imtiyaz sözleşmesi kapsamında üç mobil şebeke işletmecisi (Turkcell, Vodafone, Avea) faaliyet göstermektedir.

² BTK Üç Aylık Pazar Verileri Raporu 2015 Yılı 2, Çeyrek.

- (9) İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz'un 20. paragrafında "...inceleme konusu işlem, gerek ürün gerekse coğrafi açıdan olası alternatif pazar tanımları çerçevesinde rekabet açısından endişeler yaratmıyor ya da alternatif tüm tanımlar açısından rekabeti bozucu bir etki söz konusu oluyorsa pazar tanımı yapılmayabilir" denmektedir. Dosya kapsamında da inceleme sonucunu değiştirmedeği gerekçesiyle pazar tanımı yapılmamıştır.

I.2.Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) Görüşü

- (10) Dosya kapsamında Kurum kayıtlarına 09.05.2008 tarih ve 2877 sayı ile giren BTK görüşünde özetle;
- Vodafone'un 13.03.2008 tarihinde Turkcell'in Vodafone abonelerine doğru başlatılan çağrıları inceleyerek Vodafone abonelerinin numaralarına ulaştığı, bu abonelere izinsiz olarak ulaşarak Turkcell hizmetlerini pazarladığı şikayetini BTK'ya da iletildiği,
 - Şikayet üzerine Turkcell'den telefonda pazarlama faaliyetinin Vodafone tarafından da yürütüldüğü, bu durumun 28 Mayıs 2007 tarihli ihtarname ile Vodafone'a bildirildiği bilgisinin alındığı,
 - Bir ürünün satılması ya da pazarlanması sırasında abone tarafından verilmesi halinde aboneye ait iletişim bilgilerinin kullanılabilirdiği,
 - Diğer taraftan Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmeliğin 8. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde trafik verilerinin işletmecisi tarafından hizmet amaçları dışında kaydedilmesi, saklanması ve gözetiminin yasak olduğu, söz konusu yasağın ihlal edildiğine dair tüketici şikayetlerinin gelmesi veya BTK tarafından yapılan inceleme ve denetimlerde bu yönde verilerin elde edilmesi halinde idari para cezası uygulanacağı yönünde Turkcell ve Vodafone'un ikaz edildiği

ifade edilmektedir.

I.3. Değerlendirme

I.3.1. Seçici Fiyatlama İddiasına İlişkin Değerlendirme

- (11) Seçici fiyatlamanın bir ihlal türü teşkil edip etmediği rekabet hukukunun en tartışmalı konularından biridir. Amerika Birleşik Devletleri uygulamasında hâkim durumdaki teşebbüslerin seçici fiyatlama davranışı ihlal kabul edilmezken, Avrupa Birliği uygulamasında diğer ihlallerin varlığı halinde seçici fiyat uygulamasının kötüye kullanma olarak değerlendirilebildiği görülmektedir. Dosya kapsamında yapılan değerlendirmede seçici fiyatlamanın ihlale sebebiyet vermeyeceği gibi bir ön kabul tercih edilmemiş, mevcut olayın özelliklerinin ele alınması tercih edilmiştir. Bununla birlikte somut olayın incelenmesinden önce arka plandaki teorik temellere yer verilecektir.
- (12) Literatürde seçici fiyatlama olarak tanımlanan davranış, aynı mal veya hizmet için müşterilerin bir kısmından maliyetin üzerinde ancak diğer müşterilere nazaran düşük fiyat talep edilmesi durumudur. Bu davranışın ihlal kabul edilerek yasaklanmasının rekabetten beklenen temel faydalardan olan tüketiciye düşük fiyatla sunum yapılmasına engel olacağı açıktır. Şu halde bu temel faydadan feragat edilmesini makul ve gerekli kılan koşulların varlığının aranması ve yaptırım uygulamasının her hâlükârda istisnai nitelikte olması rekabet kanunlarından beklenen amaçlar bakımından daha uygun olacaktır.

- (13) Yukarıda değinildiği üzere AB Komisyonu seçici fiyatlamayı ilave belirli koşulların varlığı halinde kötüye kullanma olarak değerlendirebilmektedir. Komisyon'un bu konuyla ilgili emsal nitelikteki kararları *AKZO*³, *Hilti*⁴, *Compagnie Maritime Belge*⁵ (*CMB*) ve *Irish Sugar*⁶ kararlarıdır. Bu kararlar incelendiğinde öne çıkan ilk unsur, davranışları incelenen teşebbüslerin pazar güçlerinin hâkim durum olarak nitelenebilecek durumun ötesinde bir nokta olan "süper hâkim duruma" işaret etmesidir. Örneğin *CMB*'de hâkim durumdaki teşebbüs olan gemi birliğinin pazar payı %90'ın üzerindedir. Bu türden teşebbüslerin hâkim durumdan doğan özel sorumluluklarının sınırlarının diğer hâkim durumdaki teşebbüslere kıyasla daha geniş olduğunu, bir başka deyişle davranışları bakımından daha az özgür olduklarını söylemek mümkündür⁷.
- (14) Bahse konu kararlardaki bir diğer ortak nokta dışlama niyetinin her bir vakada ortaya konabilmiş olmasıdır. Ancak buradaki kritik husus dışlama niyetinin olmadığı durumda ihlal niteliği taşımayan eylemin niyetin ortaya konabilmesi neticesinde doğrudan kötüye kullanma niteliği kazanıp kazanmadığıdır. Kararlardaki ortak üçüncü unsur birden fazla dışlayıcı uygulamanın varlığı ve bundan doğan kümülatif etkinin ihlal sonucuna ulaşmadaki etkisidir. *Hilti* kararında bağlama, *Irish Sugar* kararında ise sadakat ve hedef indirimleri gibi başka uygulamalara eklenen seçici fiyat uygulaması ihlalin bir parçası olmuştur.
- (15) Sayılan kararlar incelendiğinde, rekabet kanunlarıyla faydaları gözetilmesi gereken başlıca ekonomik karar vericiler olan tüketicilerin doğrudan faydalarını artırıcı maliyet üstü fiyat indirimlerinin ihlal olarak değerlendirilebilmesi için, süper hâkim durumda olma (tek el gücüne yaklaşan bir hâkim durumda bulunma), dışlayıcı niyetin açıkça ortaya konması ve seçici fiyatlamamanın birden fazla dışlayıcı uygulamayla birlikte varlığı koşullarının arandığı görülmektedir. Nitekim Kurulun 08.02.2010 tarih ve 10-14/175-66 sayılı *İzocam* kararında da yukarıda sayılan koşullar seçici fiyatlamaya uygulamalarına müdahale edilmesi için gerekli kriterler olarak sayılmıştır.
- (16) Dosya konusu olayda Kuruma yapılan 03.03.2008 tarihli ilk başvuruda Vodafone temsilcisi tarafından ticari sır niteliği taşımak kaydıyla üç abonenin ismi ve kendilerine yaptıkları başvuru belgelendirilerek, Turkcell'in maliyetin altında olmayan düşük fiyatlar sunmak suretiyle abone kazanmaya çalıştığı iddia edilmektedir. Şikâyetin kapsadığı düşünülebilecek 2007-2009 arası dönemde (başvuru tarihinden bir yıl öncesi ve sonrası bir gösterge olarak kullanılmıştır) Vodafone'un abone sayısı asgari 13.900.000 olmuştur. Bu aşamada gönderilen isimlerin şikâyetlerin bir örnekleme olduğu düşünülebilirse de, şikâyetçi teşebbüs tarafından daha sonra 29.04.2008 tarihinde yeni bir dilekçeyle yalnızca bir abonenin ismi verilerek ek delil sunulması bu görüşü desteklememektedir. Dolayısıyla Vodafone tarafından yapılan başvurularda Türkiye gibi mobil penetrasyon oranının son derece yüksek olduğu bir pazar için çok az sayıda tüketici şikâyetinin yer aldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu durum, seçici fiyatlamamanın ihlal olarak kabul edilebilmesi için önemli hususlardan biri olan davranışın sistematikliği hususunu desteklememektedir.

³ AKZO Chemie BV v. Commission [1991] ECR I-3359.

⁴ Eurofix-Bauco v. Hilti, OJ 1988 L 65/19.

⁵ C-395/96 P ve C-395/96 P, Compagnie Maritime Belge Transports SA and others ve Komisyon [2000] ECR I-1365.

⁶ Case 97/624, Irish Sugar plc., OJ (1997) L 258.

⁷ Şüphesiz süper hâkim durumdaki teşebbüslerin diğerlerinden ayrı standartlara tabi tutulmaları söz konusu ise süper hâkim durumun ne kadarlık bir pazar payı gerektirdiği gibi hususlar açıklığa kavuşturulmalıdır. Bununla birlikte yukarıda yer verilen kararlarda olduğu gibi pazar payının %90'ı geçtiği vakaların her durumda hâkim durumun nitelikli bir haline işaret ettiği muhakkaktır.

- (17) Başvurularda görülebilecek bir diğer eksiklik, Vodafone tarafından şikâyet konusu edilen tarifelerin ne olduğu konusunun açıklığa kavuşturulmamasıdır. Vodafone tarafından sunulan abone başvurularında ise Turkcell müşteri hizmetleri tarafından yapılan aramalarda “kendi tarifeleri hakkında bilgi verildiği”, “çok avantajlı görüşme sağlanacağı”, “532 ile başlayan prestij kartı gönderileceği ve bu kartın vergisinin de ödeneceği gibi hususlar”ın yer aldığı görülmektedir. Dosya kapsamındaki bilgilerden şikâyetin kapsamı konusuna ışık tutabilecek bir diğer belge ise tarafların birbirlerine çektikleri ihtarnamelerdir. Vodafone tarafından Turkcell’e çekilen 16.03.2007 tarihli ihtarnameye cevaben Turkcell tarafından 28.05.2007 tarihinde tanzim ettirilen ihtarnamede, ilk kez faturalı hat tesisi ve/veya ön ödemeli abonelikten faturalı aboneliğe geçiş için dönemsel bir kampanya yürütüldüğü, bu kampanya kapsamında tele-satış faaliyetlerinin yapıldığı, ancak tele pazarlama faaliyetlerinin yalnızca Vodafone abonelerine yönelik olmadığı ve mevcut Turkcell abonelerine sunulan imkânların ötesinde avantajlar sunulmadığı ifade edilmiştir. Ayrıca aynı ihtarnamede yapılan ticari değerlendirme sonucunda tele-pazarlama faaliyetinin sona erdiği de belirtilmektedir.
- (18) Turkcell tarafından en geç 2007 yılı Mayıs ayı sonunda bitirildiği iddia edilen kampanyanın pazarda doğurduğu etkinin değerlendirilmesi de şüphesiz son derece önemlidir. Bu çerçevede 2007 yılından başlayan dönemde Turkcell lehine olmak üzere Vodafone abone sayısında önemli bir düşüş yaşanması dosya konusu davranışın dışlayıcı bir nitelik taşıdığına işaret edebilecektir. Bu analizde Turkcell’in kampanyanın bitirildiği iddiası ihmal edilmiş ve şikâyetçinin daha lehine olacak şekilde 2007-2009 yılları arasındaki pazar payları dikkate alınmıştır. Kampanyanın amacının düşük gelir getirirse de abone kazanımı olduğu göz önünde tutularak abone sayıları bazında pazar payları değerlendirilmiştir.

Şekil 1: Mobil Şebeke İşletmecilerinin 2007-2009 Yılları Arasında Abone Sayısına Göre Pazar Payları (%)

	2007 1. Ç	2007 2. Ç	2007 3. Ç	2007 4. Ç	GRAFİK
TURKCELL	58,9	58,2	57,3	57,1	
VODAFONE	25,4	25,7	25,9	26	
AVEA	15,7	16,1	16,8	16,9	
	2008 1. Ç	2008 2. Ç	2008 3. Ç	2008 4. Ç	GRAFİK
TURKCELL	55,9	55,6	55,6	56,2	
VODAFONE	27,4	27,2	26,5	25,3	
AVEA	16,7	17,2	17,9	18,6	
	2009 1. Ç	2009 2. Ç	2009 3. Ç	2009 4. Ç	GRAFİK
TURKCELL	56,5	57,1	56,6	56,3	
VODAFONE	23,9	23,4	24,5	24,8	
AVEA	19,6	19,5	18,9	18,8	

Kaynak: BTK Üç Aylık Pazar Verileri Raporları

- (19) Şekilde yer alan veriler değerlendirildiğinde şikâyet konusu tele-pazarlama faaliyetinin başladığı 2007 yılında Turkcell’in yaklaşık %2’lik pazar payı kaybı yaşadığı ve takip eden iki yılda pazar payının dar bir bantta yatay seyrettiği görülmektedir. Öte yandan Vodafone’un pazar payı 2007 ile 2008’in ilk çeyreği arasında %2’ye varan bir artış kaydettikten sonra 2009 sonuna kadar düşüş trendine girmiştir. Bununla birlikte Vodafone’un 2008 yılında kayıp yaşadığı çeyreklerde Avea’nın aynı oranda pazar payı kazandığı da yine verilerden görülebilmektedir. 2009 yılında Turkcell pazar payında görülen hafif artışın hem Vodafone hem Avea cephesindeki pazar payı kayıplarına denk düştüğü de tespit edilebilmektedir. Bu veriler ışığında 2007-2009 arasında Turkcell’in pazar payı kazanırken Vodafone’un kaybettiği bir başka deyişle seçici fiyatlandırma yoluyla rakibini dışladığı bir döneme rastlanmamaktadır.

- (20) Yapılan şikâyetle çok detaylandırılmamakla birlikte maliyet üstü uygun fiyatların yanında sunulan bir diğer fayda da Turkcell'e geçmeyi kabul eden abonelere "prestijli numara" verilmesidir. Ülkemizde bir dönem bazı numaraların daha itibarlı oldukları kabul edilmiş ve hatta bu numaralar belli bir ekonomik değer taşımış olsa da numara taşınabilirliğinin hayata geçirilmesiyle beraber kullandığı operatörü değiştiren abonenin numarasını değiştirmesine gerek kalmamasıyla birlikte bu tip numaraların önerilmesinin de önü kapanmıştır. Mobil hatlarda numara taşıyabilme imkanının 9 Kasım 2008'de başladığı göz önüne alındığında kampanyanın bu tarihten sonra uygulanmasının anlamlı olmadığı ortaya çıkmaktadır.
- (21) Yukarıda sunulan bilgiler ışığında şikâyet konusu dönemde Turkcell'in yüksek bir pazar payına sahip olmakla beraber pazarda süper hâkim durumda olmaktan uzak olduğu, Vodafone'u dışlamaya yönelik bir niyetin mevcut dosya kapsamında belgelendirilemediği, iddia konusu eyleme eşlik eden başkaca bir kötüye kullanmanın varlığından söz edilemediği, bu eyleme ilişkin az sayıda tüketici başvurusuna yer verildiği ve iddia konusu davranışın pazardaki etkisinin tespit edilemediği söylenebilecektir. Dolayısıyla doğrudan tüketici faydasını artırması beklenen iddia konusu seçici fiyatlama uygulamasını, dosya kapsamındaki bilgi, belge ve bulgular çerçevesinde ihlal olarak nitelemenin rekabet hukukunun amaçlarıyla bağdaşmayacağı değerlendirilmektedir.

1.3.2. Fiyat Ayrımcılığı İddiasına İlişkin Değerlendirme

- (22) 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (b) bendinde hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinden biri olarak "[..]eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması" sayılmaktadır. Fiyat ayrımcılığı, bir teşebbüsün maliyet farklılığı gibi haklı bir gerekçe olmaksızın bir ürün veya hizmeti farklı alıcılara farklı fiyatlarla temin etmesidir. Söz konusu uygulama, refahi artırarak rekabetçi etkiler doğurabileceği gibi fiyat ayrımcılığına giden hâkim durumdaki teşebbüsün faaliyette bulunduğu piyasada veya hâkim durumdaki teşebbüsün müşterisi konumundaki teşebbüslerin rekabet ettiği piyasada rekabeti olumsuz etkileyebilmektedir. Uygulamanın hâkim durumdaki teşebbüsün rakipleri açısından dışlayıcı etkiler doğurması birinci seviye zarar olarak adlandırılmaktadır. Fiyat ayrımcılığının alıcıların faaliyet gösterdiği alt pazardaki rekabet koşullarını olumsuz etkilemesi ise ikinci seviyede zarar oluşturan fiyat ayrımcılığı olarak ifade edilmektedir. Başvuruda Turkcell'in mevcut ve diğer operatör abonelerine sunmadığı şartlarla Vodafone abonelerine avantajlı teklifler sunmasının ayrımcılık teşkil ettiği iddia edilmektedir. Söz konusu iddianın birinci seviye zarar oluşturan fiyat ayrımcılığına ilişkin olduğu anlaşılmaktadır.
- (23) Öncelikle belirtmelidir ki fiyat ayrımcılığı *per se* rekabet ihlali anlamına gelmemektedir. Diğer bir ifadeyle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ihlal edilip edilmediğinin tespiti için sadece ayrımcılık eyleminin var olup olmadığının değil, aynı zamanda bu eylemin rakipleri dışlayıcı bir etkisinin bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekmektedir. Rekabet Kurulu'nun 08.07.2010 tarihli ve 10-49/919-323 sayılı kararında da "... şeklen gerçekleşen bir ayrımcılığa değil ayrımcılık vasıtası ile rekabetin kısıtlanması ya da bozulmasına müdahale edilmesi gerekmektedir" ifadesi yer almaktadır.
- (24) Bu bağlamda fiyat ayrımcılığının rekabet hukuku uygulamasında hâkim durumun kötüye kullanılması halleri içinde bir unsur olarak karşımıza çıktığını söylemek mümkündür. Bu durumlarda ayrımcılık, ihlale yol açan eyleme ve hâkim durumdaki teşebbüsün bu eyleminden fayda sağlamasına imkân sunmakta veya söz konusu eylemin dışlayıcı etkilerini güçlendirmektedir.

- (25) Dosya konusu olay incelenirken öncelikle fiyat ayrımcılığının varlığı tespit edilmelidir. 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (b) bendinin lafzından fiyat ayrımcılığından bahsedebilmek için (1) alıcıların eşit konumda olmaları, (2) ilgili ürün veya hizmetin aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimlerden oluşması ve (3) bu ürün veya hizmet için farklı koşullar ileri sürülmesi gerekmektedir. Vodafone başvurusunda sadece kendi müşterilerine sunulan bir tekliften bahsederken, Turkcell 28.05.2007 tarihinde Vodafone'a gönderdiği ihtarnamede ve 31.03.2008 tarihinde BTK'ya gönderdiği yazıda söz konusu teklifin ilk kez faturalı hat abonelik tesisini veya ön ödemeli abonelikten faturalı aboneliğe geçişi teşvik için yürütülen dönemsel bir kampanya olduğunu, Turkcell bayileri ve internet sitesinde de duyurulan kampanyanın hem Turkcell hem de tesadüfi örnekleme yöntemi ile seçilen diğer operatörlerin abonelerine sunulan genel bir teklif olduğunu ifade etmektedir. Bu çerçevede Turkcell'in aynı hizmetin temini için eşit konumdaki alıcılara birbirinden farklı teklifler sunduğunun tespit edilemeyeceği kanaatine varılmıştır.
- (26) Turkcell tarafından sunulan teklifin fiyat ayrımcılığı teşkil ettiği kabul edilse dahi söz konusu uygulamanın olası ilgili ürün pazarında dışlayıcı bir etki doğurduğunun tespit edilemediği "I.4.1. Seçici Fiyatlandırma İddiasına İlişkin Değerlendirme" başlıklı bölümde yer alan değerlendirmeden de görülmektedir. Fiyat ayrımcılığı ile rakiplerin piyasadan dışlandığı iddia edilen dönemde Turkcell'in önemli bir pazar payı artışı kaydedememiş hatta 2008 yılında az da olsa pazar payı kaybetmiş olması ile uygulamanın sistematik, geniş kapsamlı ve uzun süreli olduğunun da söylenememesi göz önünde bulundurularak, fiyat ayrımcılığının bulunduğu varsayımı altında dahi hâkim durumun kötüye kullanılmasından bahsedilemeyeceği değerlendirilmiştir.
- (27) Yapılan tespit ve değerlendirmeler ışığında, şikâyete konu davranışın 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında bir kötüye kullanma teşkil etmediği sonucuna ulaşılmıştır.

J. SONUÇ

- (28) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca şikâyetin reddi ile soruşturma açılmamasına OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.