

Rekabet Kurumu Başkanlığından,
(Danıştay'ın İptal Kararı Üzerine Verilen)
REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : D4/1/L.K.-01/2 (Soruşturma)
Karar Sayısı : 05-79/1082-309
Karar Tarihi : 24.11.2005
Dosya Konusu : Benkar Tüketici Finansmanı ve Kart Hizmetleri A.Ş.'nin 18.9.2001 tarih ve 01-44/433-111 sayılı Kurul kararına uymamak suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un 4. maddesini ihlal etmesi.

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Mustafa PARLAK
Üyeler : Tuncay SONGÖR, Rıfki ÜNAL,
Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI, M. Sıraç ASLAN,
Süreyya ÇAKIN, Mehmet Akif ERSİN

B. RAPORTÖRLER : Haluk Arı, K. Oğuz KARAKOÇ

C. ŞİKAYET EDEN : Re'sen

D. HAKKINDA SORUŞTURMA YAPILAN

HSBC Bank A.Ş. (Benkar Tüketici Finansmanı ve Kart Hizmetleri A.Ş.'yi devralmıştır)
Büyükdere Cd. No:2 Levent/İSTANBUL

Vekilleri:

Av. Mehtap YILDIRIM ÖZTÜRK
Av. Gamze ÇİĞDEMTEKİN UYSAL
Av. Zeynep İNCE

Piyade Sk. Portakal Çiçeği Apt. No:18 C Blok Kat:3 06550 Çankaya/ANKARA

E. İDDİALARIN ÖZETİ

18.9.2001 tarih ve 01-44/433-111 sayılı Kurul kararı ile menfi tespit belgesi geri alınmış olan "Advantage Card Üye İşyeri Sözleşmesi"nde yer alan ve üye işyerlerinin başka taksitli kartlarla çalışmasını engelleyen hükümleri, anılan Kurul Kararına aykırı olarak kaldırmayarak, anlaşmanın uygulanmasına devam etmesi karşısında Benkar Tüketici Finansmanı ve Kart Hizmetleri A.Ş. (Benkar) hakkında 4054 sayılı Kanun'un 40 ıncı maddesinin birinci fıkrası uyarınca soruşturma açılmasına karar verilmiştir.

F. DOSYA EVRELERİ

Benkar'ın 18.12.1998 tarihinde yapmış olduğu muafiyet/menfi tespit başvurusu üzerine Rekabet Kurulu, 28.4.1999 tarihli toplantısında, mağaza taksit ve indirim kartı hizmetleri pazarında Benkar ile üye işyerleri arasında imzalanan ve sözleşmenin ekinde yer alan protokolde üye işyerlerinin Advantage Card dışındaki taksitli kartlarla çalışmasını, Benkar'ın ise üye işyerlerinin rakibi konumundaki mağazalarla çalışmasını engelleyen karşılıklı münhasırlık hükümleri bulunan "Advantage Kredi Kartı Programı Advantage XXX Kredi Kartı ve Üye İşyeri Sözleşmesi"ne 4054 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca menfi tespit belgesi verilmesine 99-21/177-96 sayı ile karar vermiştir.

Boyner Holding A.Ş. ile Fiba Holding A.Ş. arasında, Benkar'ın Fiba Bank A.Ş.'ye devri yoluyla bir ortak girişim kurulması işlemine ilişkin olarak yapılan bildirim üzerine düzenlenen 13.9.2002 tarih ve D4/1/L.K.-01/2 sayılı Birleşme/Devralma Raporu, Kurul'un 18.9.2001 tarihli toplantısında görüşülmüş, ortak girişime izin verilirken, Benkar'ın 18.12.1998 tarihli bildirimine konu üye işyeri sözleşmelerine menfi tespit belgesi verilmesi sırasında mevcut olan şartların değişmiş olduğu ve söz konusu anlaşmalarda yer alan karşılıklı münhasırlık hükmünün Benkar lehine tek taraflı olarak uygulanması sonucu piyasaya girişleri engelleyici nitelik arz ettiği vurgulanarak, 01-44/433-111 sayılı Kurul kararı ile "Advantage Kredi Kartı Üye İşyeri Sözleşmeleri"ne tanınan menfi tespit gerisi alınmasına, anlaşmalarda yer alan ve üye işyerinin başka taksitli kartlarla çalışmasını engelleyen hükümlerin anlaşmalardan çıkarılması için Benkar'a 60 günlük süre tanınmasına ve düzeltmeler yapılmadan uygulamaya devam edilmesi halinde haklarında soruşturma açılacağı ve Kanun'un 16. ve 17. maddeleri uyarınca işlem yapılacağı bildirilmesine karar verilmiştir.

Benkar, menfi tespit gerisi alınması kararından (18.9.2001) sonra ancak gerekçeli kararın tebliğinden (21.12.2001) önce, izin alınması halinde üye işyerleri ile imzalanacağı ifade edilen ve Kurul'un anlaşmalardan çıkarılmasını istediği hükümleri de bünyesinde barındıran taslak halindeki üye işyeri sözleşmeleri için 13.11.2001 tarihinde menfi tespit/muafiyet başvurusunda bulunmuştur. Söz konusu başvuru, Kurul'un "daha önceden inceleme, önaraştırma ve soruşturmaları devam eden teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin muafiyet ve/veya menfi tespit taleplerinin, yürüyen mevcut dosyaları ile birleştirilerek değerlendirilmesine" ilişkin 72/559 sayı ve 2.7.1998 tarihli kararı göz önünde bulundurularak soruşturma ile birleştirilmiştir.

18.9.2001 tarihli Kurul kararına ilişkin gerekçeli karar, 21.12.2001 tarihinde Benkar'a tebliğ edilmiş ancak öngörülen değişikliklerin yapılması için tanınan 60 günlük sürenin bitiş günü olan 19.2.2002 tarihinden önce Benkar temsilcisi tarafından Rekabet Kurumu kayıtlarına 4.2.2002 tarih ve 6147 sayı ile giren yazı ile, Kurul kararı uyarınca sözleşmede yapılacak değişikliklerin Advantage Card üye işyeri sayısının çok olması sebebiyle belirlenmiş olan 60 gün zarfında tamamlanamayacağı anlaşılmasından ötürü, 60 gün ek süre talep edilmiştir.

Konuya ilişkin olarak 19.2.2002 tarih ve 02-09/94-M sayılı Kurul Kararı ile, 18.9.2001 tarih ve 01-44/433-111 sayılı Kurul Kararında öngörülen sürenin, bitiş tarihini takiben 60 gün uzatılmasına karar verilmiş ve böylece değişikliklerin yapılması için tanınan sürenin bitim tarihi 20.4.2002 olmuştur.

Benkar'dan gönderilen 21.3.2002 tarihli yazı ile ise 18.9.2001 tarih ve 01-44/433-111 sayılı Karar'da öngörülen değişikliklerin yapılmayacağı ve anılan karara karşı Danıştay'a başvurulduğu belirtilmiş, konu üzerine hazırlanan 25.3.2002 tarihli Bilgi Notu Kurul'a sunulmuş ve 8.5.2002 tarih ve 02-27 sayılı toplantıda Benkar hakkında soruşturma açılmasına karar verilmiştir.

4054 sayılı Kanun'un 43/2. maddesi uyarınca, Benkar'a hakkında soruşturma açıldığı ve ilk yazılı savunmalarının 30 gün içinde Kuruma gönderilmesi gerektiği bildirilmiştir. Benkar, 25.6.2002 tarihli yazısı ile ilk yazılı savunmasını süresi içinde bildirmiştir.

Benkar tarafından menfi tespitin geri alınması kararına karşı Danıştay'da 2002/693 esas numarası ile açılan davada, yürütmenin durdurulması talebi, Danıştay Onuncu Dairesinin 13.6.2002 tarihli kararıyla reddedilmiş, davacı tarafından Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'na yapılan itiraz üzerine ise Genel Kurul tarafından 4.10.2002 tarihinde itirazın reddine karar verilmiştir. Dava Danıştay Onuncu Dairesi tarafından 23.12.2003 tarih ve 2003/5295 K. Sayılı Karar ile Kurumumuz lehine sonuçlandırılmış ve bu karar Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu tarafından da 30.12.2004 tarihinde onanmıştır. Davacı tarafından Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun kararına karşı karar düzeltme yoluna gidilmiştir.

15.8.2002 tarihinde Boyner Holding A.Ş. ile HSBC Bank A.Ş. (HSBC) arasında Benkar'ın hisselerinin HSBC'ye devri konusunda imzalanan anlaşmaya izin verilmesi talebiyle Rekabet Kurumu'na başvuru yapılmış, konu Kurul'un 5.9.2002 tarih ve 02-52 sayılı toplantısında görüşülerek, devir işlemine izin verilmiştir. Söz konusu devir işlemi 19.9.2002 tarihinde gerçekleşmiş, 26.12.2002 tarihinde ise Benkar tasfiyesiz olarak infisah edilerek tüzel kişiliği sona ermiş, tüm malvarlığı ile birlikte HSBC'ye geçmiştir. Bu tarihten sonra soruşturmanın muhatabı Benkar'ın halefi olan HSBC olmuştur.

31.10.2002 tarih ve 02-66/818-M sayılı Kurul kararı ile soruşturma süresi 6 ay uzatılmıştır.

Soruşturma Heyetince tamamlanan 4.3.2003 tarih ve S.R./03-2 sayılı Soruşturma Raporu, Kanun'un 45/1. maddesi uyarınca Başkanlıkça tüm Kurul Üyeleri ve Benkar'ı devralan HSBC'ye 14.3.2003 tarihinde tebliğ edilmiş ve aynı maddenin ikinci fıkrası gereğince hakkında soruşturma yürütülen teşebbüsten 30 gün içinde yazılı savunmasını göndermesi istenmiştir. HSBC Bank A.Ş.'den alınan ve Rekabet Kurumu kayıtlarına 27.3.2003 tarih ve 1298 sayıyla giren yazıda, savunma süresinin 4054 sayılı Kanun'un 45/2. maddesi uyarınca 30 gün uzatılması talep edilmiş, bu talep Rekabet Kurulu tarafından 1.4.2003 tarihli toplantıda görüşülerek savunma süresi 30 gün uzatılmıştır.

HSBC'nin ikinci yazılı savunması Rekabet Kurumu kayıtlarına süresi içinde 14.5.2003 tarihinde girmiştir.

Soruşturma Heyeti'nin hazırladığı 29.5.2003 tarihli "Ek Yazılı Görüş", Kanun'un 45/2. maddesi uyarınca, tüm Kurul üyeleri ve hakkında soruşturma yürütülen teşebbüse tebliğ edilmiş, HSBC, 30.6.2003 tarihinde son yazılı savunmasını yasal süresi içinde Kurumumuza intikal ettirmiştir.

Hakkında soruşturma yürütülen HSBC,, Kanun'un 46. maddesi uyarınca sözlü savunma toplantısı yapılmasını talep etmiştir. Rekabet Kurulu'nun 3.7.2003 tarih ve 03-48 sayılı toplantısında, yürütülen soruşturma ile ilgili olarak 15.8.2003 tarihinde sözlü savunma toplantısı yapılmasına karar verilmiş ve sözlü savunma toplantısı davetiyeleri, Kanun'un 46/2. maddesi uyarınca ilgililere gönderilmiştir.

Rekabet Kurulu, 15.8.2003 tarihinde nihai kararını vermiştir.

HSBC hakkındaki söz konusu karar "Soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılarak oy kullanmasının hukuka aykırı olduğu" gerekçesiyle Danıştay 13. Dairesi'nin 27.9.2005 tarih ve 2005/4745 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Danıştay Kararı 7.11.2005 tarihinde Kurum tarafından tebellüğ edilmiştir.

Rekabet Kurulu'nun 24.11.2005 tarih, 05-79 sayılı toplantısında, ilk inceleme ve soruşturmaya ait savunma, ek savunma, sözlü savunma tutanakları, raporlar, Danıştay'ın iptal kararları, tün dosya münderecatında yer alan bütün bilgi ve belgelerin incelenmesi sonucunda dosya konusu karara bağlanmıştır.

13.7.2005 tarih, 25874 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5388 sayılı "Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun"un 5. maddesinde yer alan "...Soruşturma yapılmasına karar verildiği takdirde Kurul ilgili daire başkanının gözetiminde soruşturmayı yürütecek raportör veya raportörleri belirler." hükmü uyarınca alınan 13.7.2005 tarih, 05-46/667 sayılı Kurul kararı doğrultusunda, mevcut soruşturmanın Heyet Başkanlığını yürüten Kurul Üyesi Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ nihai karar toplantısına katılmamıştır.

G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ

Soruşturma Heyeti'nde yer alan Raportörler tarafından;

1. Benkar ile üye işyerleri arasında düzenlenen 18.12.1998 ve 13.11.2001 tarihli bildirimlere konu olan sözleşmelerdeki üye işyerlerine yüklenen Advantage Card dışında başka taksitli alışveriş kartları ile işlem yapmama -münhasır çalışma- şeklindeki belirsiz süreli rekabet yasağına ilişkin olarak;
- a) Rekabet Kurulu'nun 18.9.2001 tarih ve 01-44/433-111 sayılı kararı ile münhasırlık hükmünün uygulanmamasına, gerekli düzenlemelerin 60 gün (Bu süre bilahare 120 güne çıkarılmıştır) içinde yapılmasına karar

verilmesi ve bu kararın taraflara tebliğ edilmesine rağmen öngörülen değişikliklerin yapılmadığı,

- b) Bilakis, soruşturma devam ederken değiştirilmesi istenen rekabeti kısıtlayıcı hükme dayanmak suretiyle bir üye işyerinin sözleşmesine son verilerek hükmün fiilen de uygulandığı tespit edildiğinden,

4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin özellikle (d) bendinde öngörülen şekilde ihlal edildiği,

2. Söz konusu anlaşmaların 14.7.2002 tarihinde yürürlüğe giren Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlandığı, ancak bu muafiyetin, sözleşmelerde yer alan süresiz rekabet yasağına uygulanamayacağı,
3. Tebliğ ile tanınan muafiyetin, sözleşmelerdeki süresiz rekabet yasağına uygulanmaması sonucu, sözleşmelerin grup muafiyetinden yararlandığı dönemde de 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edildiği,

bu ihlal nedeniyle Benkar'ı devralan HSBC'ye 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca para cezası verilmesi gerektiği,

4. 13.11.2001 tarihli bildirimde konu anlaşmaların bildirim tarihinden önce uygulanıyor olması nedeniyle 16. maddenin 1-c fıkrası hükmü uyarınca geç bildirimde bulunmadan dolayı ceza uygulanması gerektiği,
5. Yukarıda değinilen rekabet kısıtlamasının,

- a) İlgili ürün pazarının niteliği dikkate alınarak Üye İşyeri Sözleşmelerinin 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer alan muafiyet koşulları ile bağdaşmaz etkilere sahip olmasına yol açtığı ve 2002/2 sayılı Tebliğ'in 6. maddesi uyarınca muafiyetin geri alınması gerektiği,
- b) Bunun sonucu olarak üye işyerlerine yüklenen başka sağlayıcılara ait kartlarla taksitli satış yapma yasağının bu yükümlülüğü düzenleyen sözleşme veya protokollerden çıkarılması ve bu işlemin yapıldığının gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 30 gün içinde Rekabet Kurulu'na belgelendirilmesi gerektiği,
- c) HSBC tarafından yukarıda belirtilen işlemin yapılmaması halinde sürenin bitiş tarihinden itibaren 4054 sayılı Kanun'un 17. maddesinin (a) bendi ve içinde bulunulan yıl için Rekabet Kurulu tarafından yayımlanan para cezalarına ilişkin Tebliğ uyarınca süreli para cezası uygulanması gerektiği,

ifade edilmiştir.

H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. İlgili Pazar

H.1.1. İlgili Ürün Pazarı

Ülkemizde, tüketici veri tabanı ile üye işyeri sistemine sahip teşebbüsler, tüketicilere dağıttıkları kartlar aracılığıyla, bu kartların geçerli olduğu iş yerlerinin taksitli olarak mal ya da hizmet sunabilmelerine olanak sağlamaktadırlar. Taksitli alışveriş imkanı sağlayan benzer hizmetler, bazı bankalar tarafından piyasaya sürülen kartlar aracılığıyla da sunulmaktadır.

Kredi kartı sahibi bankalar ve finans kuruluşları Visa ve Mastercard'ları aracılığı ile de taksit yapabilme imkanına kavuşmuşlardır. Halihazırda Garanti Bankası Bonus Card, Akbank Axess kart, Finansbank Galaxy Card gibi kartlar vasıtasıyla taksit uygulaması yapan bankalar yanında, diğer bankalar da klasik kredi kartlarını kullanmak suretiyle ayrıca bir kart ihraç etmeye gerek kalmaksızın taksit programına başlamışlardır. Bu kartlar ile üye iş yerlerinden mal veya hizmet satın alan kart sahibi, alışveriş tutarının mağaza ve banka tarafından belirlenen bir oranı dahilinde para/ödül kazanarak bu para/ödülü belirlenen mağazalardan yapılacak alışverişlerde kullanabilmektedir.

Sonuç olarak ilgili ürün pazarı; bankalar ya da tüketici finansmanı şirketleri tarafından pazarlanan "ileriki bir tarihte ödeme ya da taksitle alışveriş ve tüketici finansmanı olanağı sağlayan ve belirli işyerlerinde geçerli olan tüketici finansmanına yönelik kredi kartı pazarı" (Bundan böyle "Taksitli Alışveriş Kartları Pazarı" olarak ifade edilecektir) olarak belirlenmiştir.

H.1.2. İlgili Coğrafi Pazar

Taksitli alışveriş imkanı sağlayan ilgili ürünün etkili olduğu coğrafi pazar, ilgili ürünün ülkemiz gereksinimlerinden ortaya çıkmış olması, sadece Türkiye sınırları dahilinde kullanılması, ülke içinde farklı homojen pazarlar bulunmaması ve uluslararası bir niteliğe sahip olmamasından dolayı, "Türkiye Cumhuriyeti sınırları" olarak belirlenmiştir.

H.2. Pazar Hakkında Bilgi

Yaklaşık dört yıllık geçmişli olan taksitli alışveriş kartları, ilk olarak mağaza kartları şeklinde ortaya çıkmıştır. Genellikle mağazaların kendisinin çıkardığı bu kartlar, müşterileri tanımak, tüketiciyle daha sıkı diyalog kurmak ve müşteri sadakatini sağlamak gibi amaçlarla müşterilere indirim ve taksit olanağı sunuyorlardı. Tek bir mağazada geçerli olan bu kartlar kısa süre içerisinde yerini birden çok mağazada geçerli olan kartlara bırakmış, bu arada bazı mağazalar bankalarla anlaşmak suretiyle aynı zamanda kredi kartı özelliği de taşıyan mağaza kartlarına yönelmişlerdir. Boyner Grubu'nun kendi mağazalarında kullandığı Çarşı kartı, Beymen Kart gibi kartları Advantage Card adı altında tek bir kart çatısı altında toplayarak, başka mağazaları da bu gruba dahil etmesiyle 20 kadar üye kuruluşu olan bir alışveriş kartı ortaya çıkmıştır. 1998 yılında piyasaya çıkarılan Advantage Card, bünyesinde bulunan güçlü markaların da etkisiyle kısa zamanda oldukça önemli bir

05-79/1082-309

büyüme kaydetmiş ve 2000 yılında 180 civarında marka, 2900 adet satış noktası ve 1.4 milyon kart hamili sayısına ulaşmıştır.

Yaşanan ekonomik krizlerin ve enflasyonist ortamın da etkisiyle, tüketicilerin taksitli alışverişe yönelmeleri sonucunda Advantage Card'ın kısa süre içerisinde göstermiş olduğu bu başarı, daha önce bu alana ilgi göstermeyen bankacılık sektörünün ilgisini çekmiş ve ekonomik konjonktür dolayısıyla kar marjları daralan bankaların, kaybettikleri karlılığı bireysel bankacılık hizmetleri ve özellikle kredi kartlarına yönelerek kapatma eğilimi ile birlikte, bankalar sahip oldukları kredi kartlarına taksit özelliğini eklemek suretiyle çok markalı kartlar pazarına giriş yapmaya başlamışlardır. Aşağıdaki tabloda pazarda faaliyet gösteren başlıca teşebbüslerin pazara giriş tarihleri yer almaktadır.

Kart Adı	Teşebbüs Adı	Pazara Giriş Tarihi (Ay/Yıl)
Taksit Kart	Yapı Kredi Bankası	6/1998
Advantage Card	Benkar	12/1998
Akıllı Kart	Koç Finans	6/1999
Galaxy Card ¹	Finansbank	12/1999
Bonus Card	Garanti Bankası	4/2000
Shop& Miles	Garanti Bankası	11/2000
Maximum Card	İş Bankası	6/2001
Axess	Akbank	11/2001
World Card	Yapı Kredi	2/2002

Bankaların pazara girmesi sonucunda, üye işyeri ve kullanıcı sayısı bakımından Advantage'in pazar payında önemli düşüşler olmakla birlikte, aşağıdaki 2002 yılı 12 aylık dönemine ilişkin verilerden görüldüğü üzere halen taksitli işlem hacmi bakımından pazar liderliğini koruduğu anlaşılmaktadır.

Taksitli Kart	2002 Yılı 12 aylık dönem	
	Taksitli İşlem Hacmi (Milyar TL)	Pazar Payı %
Advantage Card
Taksit Card + World Card
Bonus Card
Kart Finans (Galaxy Card)
Maksimum Kart
Axess
İdeal Kart
Vakıfbank
Akıllı Kart
Cankart
Toplam	2.035.050	100,00

¹ 2002 yılı içerisinde Card Finans'a dönüştürülmüştür.

H.3. Hakkında Soruşturma Yapılan Taraf

H.3.1. Benkar Tüketici Finansmanı ve Kart Hizmetleri A.Ş.

T.C. Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı'nın izni ile Türkiye'de Advantage markası ile taksitli ve ödüllü kart dahil, tüketici finansmanı işlemlerinde faaliyette bulunmaya yetkili olan Benkar'ın 2001 yılı toplam gelirleri² 69.483.438.000.000.TL'dir.

Benkar, esas itibariyle bir mağaza kartı olarak 1989 yılında kullanıma sunulmuş olmakla birlikte, 1998 yılının sonunda çok markalı olmasından dolayı çok satış noktasında kabul gören ve böylelikle satıcı firmalar arasında bir "ağ" oluşturacak kartını "Advantage" markası altında pazara çıkarmıştır.

1999 yılı Advantage ürününün ilk faaliyet yılıdır. Çeşitli teknik ve altyapıya ilişkin nedenlerle gerçek genişleme ve ilerleme 2000 yılında meydana gelmiştir. Bu yönde kapsamlı bir pazarlama kampanyası ile "ağ"a dahil olan satıcı firma sayısı ve çeşitliliği artırılırken, kart sahibi sayısının da artırılması gerçekleştirilmiştir.

Advantage Card 1999 yılı sonu itibariyle 30 ayrı marka tarafından kullanılıyor iken, 2000 yılında 180 civarında marka tarafından kullanılır hale gelmiştir. Nisan 2002 itibarıyla ise 285 üye kuruluşa ait 4869 satış noktasında geçerli hale gelmiştir.

Boyner Grubu 2000 yılından itibaren Benkar'ın satışı amacıyla çeşitli finans gruplarıyla görüşmeler yapmış, bunlardan Fiba Holding A.Ş. ile yapılan ortak girişim anlaşması ile ilgili olarak Rekabet Kurulu'ndan izin de alınmış olmasına karşın, satış işlemi gerçekleşmemiştir.

HSBC ile Boyner Holding A.Ş., 7.8.2002 tarihinde Benkar Tüketici Finansmanı ve Kart Hizmetleri A.Ş.'nin, Advantage markası ile birlikte HSBC'ye devrine ilişkin olarak bir satış anlaşması imzalamıştır. Söz konusu devir işlemine Rekabet Kurulu'nun 5.9.2002 tarih ve 02-52/683-277 sayılı Kararı ile izin verildikten sonra 19.9.2002 tarihinde devir işlemi gerçekleşmiştir.

26.12.2002 tarihinde ise tasfiyesiz infisah ile Benkar'ın tüzel kişiliği sona erdirilmiş ve tüm malvarlığı HSBC'ye geçmiştir.

H.3.2. HSBC Bank A.Ş.

HSBC, bankacılık ve finansal hizmetler kuruluşu olan Hong Kong Shanghai Banking Corporation Grubu'nun bir üyesidir. Merkezi Londra'da bulunan HSBC Grubu, bireysel, ticari, kurumsal ve yatırım bankacılığı ile sigortacılık alanlarında Asya-Pasifik Bölgesi, Avrupa, Kuzey ve Güney Amerika, Ortadoğu ve Afrika kıtalarında faaliyet göstermektedir.

² Kredilerden alınan faizler, menkul değerler cüzdanından alınan faizler, diğer faiz gelirleri, alınan ücret ve komisyonlar, kambiyo karları, olağanüstü gelirler ve diğer faiz dışı gelirler toplamı.

HSBC, Türkiye'deki faaliyetlerine 1990 yılında İstanbul'da Midland Bank A.Ş. adı altında başlamıştır. %100 yabancı sermayeli bir banka olan Midland Bank'ın ismi 1999 yılında HSBC Bank A.Ş. olarak değiştirilmiştir. Türkiye'de 1990 yılından itibaren kurumsal bankacılık alanında ve sermaye piyasalarında faaliyet gösteren HSBC, 1997 yılından bu yana bireysel bankacılık hizmetleri sunmaya başlamıştır.

HSBC, 20.9.2001'de Demirbank T.A.Ş.'nin satışıyla ilgili olarak Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu ile "Hisse Satış ve Devir Sözleşmesi" imzalayarak, Türkiye'de 1953 yılından bu yana bankacılık alanında faaliyet gösteren Demirbank T.A.Ş.'nin bilançosunun varlık ve yükümlülüklerini 30.10.2001 tarihi itibarıyla devralmıştır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere HSBC, 7.8.2002 tarihinde imzaladığı anlaşma ile Benkar Tüketici Finansmanı ve Kart Hizmetleri A.Ş.'yi, bünyesine dahil etmiştir. Söz konusu anlaşma ile Benkar hisselerinin % 100'ü ile birlikte tüm operasyon ve aktiflerinin HSBC'ye devri gerçekleşmiştir. Benkar'ın satın alınması ile HSBC taksitli alışveriş kartları piyasasında faaliyet göstermeye başlamıştır.

HSBC'nin ortaklık yapısı aşağıdaki gibidir:

<i>Hissedar</i>	<i>Hisse Adedi</i>	<i>Hisse Oranı</i>
HSBC Bank plc	277.289.511.038	% 99.99982366
Midcorp Ltd.	1	%~0
EMTT Ltd.	1	%~0
Griffin Int.Ltd.	1	%~0
HSBC Int. Financial	1	%~0
Hüseyin Özkaya	488.766	%0.00017627
Refii Berent	64	%~0
Burçin Arkan	64	%~0
Günsel Arkan	64	%~0
TOPLAM	277.290.000.000	%100

Yönetim Kurulu Üyeleri:

Piraye ANTİKA
Ahmet Derviş ERELÇİN
Hüseyin ÖZKAYA
Ayhan KALAYLIOĞLU
Demet Ülker CİMİLLİ
Öktem KALAYCIOĞLU

2001 yılında cirosu 3.137.208.000.000.000 TL olarak gerçekleşen HSBC'nin, Benkar'ın devralınmasından önce ilgili pazarda faaliyeti bulunmadığı için taksitli kart pazarında cirosu bulunmamaktadır.

H.4. Yapılan İnceleme ve Tespitler

H.4.1. 18.12.1998 tarihli Bildirim

Benkar 18.12.1998 tarihinde yapmış olduğu bildirimle Benkar ile üye işyerleri arasında düzenlenen "Advantage Kredi Kartı Programı, Advantage XXX Kredi

Kartı ve Üye İşyeri Sözleşmeleri"ne menfi tespit/muafiyet talebinde bulunmuştur. Bildirime konu anlaşmalara ek olarak Benkar ile üye işyeri (Şirket) arasında düzenlenen Protokol'de;

"1.ADVANTAGE KREDİ KARTI PROGRAMI dahilindeki WEB ÜYELERİ münhasıran BENKAR tarafından tespit edilir. Ancak, SÖZLEŞME yürürlükte olduğu sürece, BENKAR, ŞİRKET'İN, yazılı ön izni olmaksızın, Ek-A'daki listede sınırlı olarak sayılan mevcut rakip işyeri/mağaza zincirlerini; gelecekte kurulacak rakipler bakımından ise, BENKAR ile mutabık kalınmak kaydı ile, ŞİRKET'in XXX Mağazaları ile aynı sektörde (aynı sektör deyiminden, ana iştigal konusunun münhasıran.....ticareti/hizmetleri olması anlaşılacaktır) doğrudan rekabet halinde olacak işyeri/mağaza zincirlerini, bunların markasını taşıyan ADVANTAGE KREDİ KARTLARI tanzim etmek sureti ile ADVANTAGE KREDİ KARTI PROGRAMI'na veya WEB'e dahil etmemeyi kabul ve taahhüt etmiştir. BENKAR'ın söz konusu yükümlülüğe riayet etmemesi halinde, ŞİRKET, SÖZLEŞME'yi, 11.2.(c)maddesi hükmüne göre sona erdirebilir.

Diğer taraftan, sözkonusu hak, ŞİRKET'e sadece XXX Mağazaları bakımından tanınmış olup, ŞİRKET'in, diğer mevcut WEB ÜYELERİ'nin İşyerleri ile rekabet halindeki bir sektörde faaliyet gösteren sair işyerleri/mağazaları, bu haktan istifade edemeyeceği gibi, WEB'e dahil olmak hakkına da sahip değildir, bu husus, BENKAR'ın takdir yetkisine tabidir.

Ancak, BENKAR'ın yukarıda yazılı yükümlülüğü, sadece ADVANTAGE KREDİ KARTLARI ve WEB ÜYELERİ ile sınırlı olup, BENKAR, söz konusu rakip firmalara sair her türlü kredi/mağaza/işyeri kartları tanzim etmek hakkını haizdir. Ayrıca, BENKAR'ın, WEB ÜYELERİ'nin İşyerlerinin yanısıra ADVANTAGE KREDİ KARTLARI'nın kullanılabileceği sair işyerlerini tespit etmek hakkı saklıdır.

2.SÖZLEŞME yürürlükte olduğu sürece, ŞİRKET, XXX Mağazaları için, BENKAR dışında herhangi bir banka, finans kurumu ve sair kuruluş ile mağaza kartı (store card), co-branded kart/kredi kartı (ortak markalı kart/kredi kartı), multi-branded kart/kredi kartı (çok markalı kart/kredi kartı) tanzim etmemeyi ve ettirmemeyi, taksitli ödeme veya hediye/ödül programları uygulamamayı/uygulattırmamayı kabul ve taahhüt etmiştir.

ŞİRKET'in sözkonusu yükümlülüğe riayet etmemesi halinde, BENKAR; (i) SÖZLEŞME'nin 8.2. maddesinde (EK 4) yazılı komisyon oranını, [ciro tutarlarını dikkate almaksızın), %100 oranında arttırmak sureti veya %5 oranında (hangisi daha büyükse)uygulayabilir,] ve/veya (ii) ŞİRKET'in yanısıra, yukarıda 1.maddede yazılı rakip firmaları ADVANTAGE KREDİ KARTI PROGRAMI'na ve WEB'e dahil edebilir, veya (iii) SÖZLEŞME'yi 11.2 (c) maddesi hükmüne göre sona erdirebilir.

hükümlerine yer verilmiştir.

Bu protokol hükümleri bilahare düzenlenen Advantage Kredi Kartı ve Üye İşyeri Sözleşmelerine 4.1 ve 4.2. maddeler olarak aktarılmıştır.

H.4.2. 13.11.2001 tarihli Bildirim

Benkar tarafından menfi tespitin geri alınması kararından sonra ancak gerekçeli kararın tebliğinden önce 13.11.2001 tarih ve 4830 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal eden bir bildirim yapılmıştır. Söz konusu bildirim, taslak olarak hazırlandığı menfi tespit verilmesi halinde üye işyerleri ile imzalanacağı belirtilen ve benzer hükümler içeren “Advantage Kredi Kartı Programı ve Üye İşyeri Sözleşmesi” ve “Advantage Kredi Kartı Programı Advantage XXX Kredi Kartı ve Üye İşyeri Sözleşmesi” olmak üzere iki ayrı anlaşmadan oluşmaktadır. Her iki anlaşma da temel olarak Advantage Card programına dayanmakta, aradaki farklılık ikinci anlaşmada kart hamillerine verilecek olan kredi kartlarının üye işyerinin isim ve logosunu taşımasından ve bu durumla ilgili bazı özel düzenlemelerden kaynaklanmaktadır.

Bildirime konu anlaşmalarda yer alan ve rekabet hukuku açısından değerlendirilebilecek hükümler aşağıdadır. Her iki sözleşmede de aynı ifadelerle yer alan Advantage Kredi Kartı Programı-WEB başlıklı 4. maddenin WEB Üyeleri alt başlıklı (A) fıkrası;

“4.1.ADVANTAGE KREDİ KARTI PROGRAMI dahilindeki WEB ÜYELERİ münhasıran BENKAR tarafından tespit edilir. Ayrıca, BENKAR’ın, WEB ÜYELERİ’nin İşyerlerinin yanısıra ADVANTAGE KREDİ KARTLARI’nın kullanılacağı sair işyerlerini tespit etmek hakkı saklıdır.

4.2.Bu sözleşme yürürlükte olduğu sürece, ŞİRKET, XXX Mağaza(lar)ı için, BENKAR dışında her hangi bir banka, finans kurumu ve sair kuruluş ile Mağaza kartı (store card), co-branded kart/kredi kartı (ortak markalı kart/kredi kartı), multi-branded kart/kredi kartı (çok markalı kart/kredi kartı) tanzim etmemeyi ve ettirmemeyi, taksitli ödeme veya hediye/ödül programları uygulamamayı/uygulattırmamayı kabul ve taahhüt etmiştir.

ŞİRKET’in sözkonusu yükümlülüğüne riayet etmemesi halinde, BENKAR; (i) aşağıda 8.2. Maddesinde (Ek 4) yazılı komisyon oranını, %100 oranında arttırmak sureti ile veya %-oranında (hangisi daha büyükse) uygulayabilir, ve/veya (ii) bu Sözleşme’yi 11.2(c) Maddesi hükmüne göre sona erdirebilir.” şeklindedir.

Süre ve sona ermeyi düzenleyen 11. madde ise:

“11.1.Bu sözleşme süresiz olarak akdedilmiştir.

11.2.(a) Taraflardan her biri, bu Sözleşme’yi dilediği zaman altı (6) ay öncesinden yazılı olarak diğer tarafa ihbar etmek kaydı ile feshetmek hakkını haizdir. Ancak sözkonusu feshe ilişkin ihbar, bu Sözleşme’nin birinci senesi içinde gönderilemez.”

hükmünü taşımaktadır.

Görüldüğü üzere, bu anlaşmalar ile daha önceki anlaşmalarda yer alan karşılıklı rekabet yasağı yerine, Benkar lehine tek taraflı rekabet yasağı getirilmiştir. Önceki anlaşmalarda yer alan Benkar’ın Advantage Card kullanan mağazaların rakiplerini aynı sisteme dahil etmeme (Benkar’a yüklenen rekabet yasağı) yükümlülüğüne, yeni anlaşmalarda yer verilmemiştir.

Kurul'un 72/559 sayı ve 2.7.1998 tarihli "daha önceden inceleme önaraştırma ve soruşturmaları devam eden teşebbüs birliklerinin muafiyet ve/veya menfi tespit taleplerinin, yürüyen mevcut dosyaları ile birleştirilerek değerlendirilmesine" ilişkin kararı göz önünde bulundurularak yapılan menfi tespit başvurusu, teşebbüs hakkında yürütülen soruşturma ile birlikte değerlendirilmiştir.

Soruşturma safhasında Raportörler tarafından yapılan incelemelerde taslak olduğu bildirilen anlaşmaların, bildirim tarihinden daha önceki bir tarihte (7.6.2000, 29.5.2001, 14.9.2001) üye işyerleri ile imzalanmış olduğu tespit edilmiştir.

H.4.3. Yerinde İncelemeler ve Yapılan Görüşmeler

Soruşturma safhasında, Raportörler tarafından yerinde incelemeler yapılarak, hakkında soruşturma yapılan teşebbüs, üye işyerleri ve rakip teşebbüslerle görüşmeler gerçekleştirilmiş ve tutanaklar tutulmuştur.

H.4.3.1. Soruşturma Tarafları ile Yapılan Görüşmeler

H.4.3.1.1. Benkar Tüketici Finansmanı ve Kart Hizmetleri A.Ş.

Benkar'ın HSBC'ye devrinden önce 26.8.2002 tarihinde gerçekleştirilen görüşmede Benkar yetkililerinden aşağıdaki bilgiler alınmıştır:

"Benkar olarak üye işyerlerine çok kapsamlı pazarlama danışmanlığı hizmeti vermekteyiz. ...pazarlama danışmanlığı hizmeti, kapsamlı tüketici eğilimi raporları, birebir pazarlama gibi güncel hizmetleri kapsamaktadır. Bu tür hizmetlerin verilebilmesi bakımından müşterilerin iyi bir şekilde takip edilebilmesi, bunun için ise üye iş yerinde tek bir alışveriş kartının kullanılabilmesi gerekmektedir. Üye mağazalarda başka taksitli kartların kullanımına izin verilmesi durumunda mağazada aynı kişinin farklı kartlarla alışveriş etmesi durumu ortaya çıkacak, ancak kişinin yalnızca Advantage kart ile yaptığı alışverişleri değerlendirme imkanımız olacaktır.

...Mağazalar, alışverişleri bu şekilde takip ederek, müşterilerini belirli gruplara (segment) ayırırlar, ve her segment için, o segmentteki müşterilerin mağaza için değerine göre, farklı kampanyalar düzenleyebilirler. Daha karlı müşteriler daha farklı uygulama ve hizmetlerden yararlanırken (örneğin özel satış danışmanı, randevulu alışveriş, otopark hizmeti, eve teslim, vs.), en az karlı müşteriler sadece standart uygulamalardan yararlanırlar. Bu tür pazarlama stratejisinin tüketicilere yararı esas olarak iki boyuttur:

Her hizmeti herkese aynı şekilde yapmayarak, satış için harcanan kaynaklardan tasarruf edilir. Başka bir bakış açısıyla da, daha sade tüketicinin daha fazla harcayan kişiler için yapılan bazı hizmetlerin de bedelini ödemek zorunda kalmamasına yardımcı olur.

Mağazaların iyi müşterileri ise, bu çok basit yöntemle, o mağazaların iyi müşterisi olduğunu kanıtlarlar ve bunun karşılığında hak ettikleri hizmetleri ve uygulamaları alırlar.

Benkar'ın üye işyerleriyle imzaladığı iki tip sözleşme bulunmaktadır. Bunlardan birincisi sadece taksitli alışveriş imkanı sağlamak amacıyla üye işyerleriyle imzalanan sözleşmemizdir. Bu sözleşme kapsamında çalıştığımız üye işyerleri Advantage dışındaki taksitli alışveriş kartlarıyla da çalışabilmektedirler. İkinci tip sözleşme ise hem taksitli alışveriş imkanı hem de pazarlama danışmanlığı hizmeti sağlanan üye işyerleriyle imzalanan sözleşmedir. Bu tip sözleşmelerimiz de ise üye işyerinin diğer taksitli alışveriş kartı pazarlayan teşebbüslerle anlaşması yasaklanmaktadır. Bizim asıl ilgi alanımız, katma değer yarattığımızı düşündüğümüz alan münhasır çalışarak pazarlama danışmanlığı hizmeti verdiğimiz alandır."

Raportörler Benkar yetkilileri tarafından iddia edilen iki ayrı tip anlaşmayı talep etmişler, ancak görüşme sırasında söz konusu anlaşmalar ibraz edilememiş, daha sonra gönderileceği bildirilmişse de gönderilmemiştir.

H.4.3.1.2. HSBC Bank A.Ş.

Benkar'ın HSBC'ye devrinden sonra yapılan 22.1.2003 tarihli görüşmede ise HSBC yetkilileri;

"Üye işyerlerine verilen pazarlama hizmetlerinin başında CRM hizmetleri gelmektedir. Anlaşmalı üye işyerlerimize verilen CRM hizmetleri çerçevesinde, üye işyerinde müşterilerin yaptığı alışverişler analiz edilir. Yapılan alışveriş miktarlarına göre müşteriler "pırlantalar", "gözden düşenler" gibi gruplara ayrılır. Bu tür hizmetlerin verilebilmesi bakımından üye işyerinin müşterilerinin alışverişlerinin iyi takip edilebilmesi ve mağazada yapılan alışverişlerin tek bir kartla yapılabilmesi gerekmektedir. Bu nedenle öncelikle CRM hizmeti verdiğimiz üye işyerlerimiz ile münhasır çalışmaktayız. Ayrıca birtakım üye işyerlerimizle reklam anlaşmaları gibi başka anlaşmalar da yapılabilmektedir ve bu tarz anlaşmaları yaptığımız üye işyerlerine de münhasırlığı şart koşabilmekteyiz.

Özellikle bizimle karşılıklı olarak münhasır çalışmak isteyen teşebbüsler ve tekstil, moda ve aksesuar sektöründeki üye işyerleri ile münhasırlık sistemi uygulanmaktadır. Bu sektördeki üye işyerlerine münhasır çalışmayan üye işyerlerine göre ilave hizmetler veriyoruz. Buna rağmen bu sektörlerdeki teşebbüslerden münhasır çalışmak istemeyen olursa, o teşebbüsle çalışıp çalışmama kararını da kendimiz veriyoruz. HSBC yönetiminden önceki dönemde imzalanmış bulunan yaklaşık 5000 adet sözleşmenin hemen hemen hepsinde münhasırlık maddesi bulunmaktadır. Pazarlama hizmeti verilmeyen üye işyerlerinin sözleşmelerinde bulunan münhasırlık hükümleri uygulamada önem taşımamaktadır ve söz konusu hükümlerin uygulanmaması halinde üye işyerlerine yönelik herhangi bir yaptırım uygulanmamaktadır. Örnek olarak pazarlama hizmeti verilmeyen 4 adet üye işyerinin sözleşmelerinde münhasırlık hükmü bulunmaktadır ama söz konusu hükümler uygulanmamaktadır."

şeklinde ifadede bulunmuştur.

Raportörlerce pazarlama danışmanlığı hizmeti almayan Dagi Giyim Sanayi ve Ticaret A.Ş., Güntay Elektrikli Ev Aletleri ve Dayanıklı Tüketim Malları Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi, Budun Design Company-Türkan Burcu Özbudun ve Ortakları, PDR Özel Eğitim ve Yönetim Danışmanlığı ve Hizmetleri A.Ş.ye ait sözleşmeler alınmıştır. Söz konusu sözleşmelerin hepsinde tek taraflı münhasırlık hükmü yer almaktadır. Buna göre, gerek HSBC yetkililerinin ifadeleri gerekse alınan üye işyeri anlaşmalarının incelenmesinden, önceki yönetim döneminde iddia olunduğu üzere münhasır çalışan ve çalışmayan üye işyerleri için iki ayrı tip anlaşmanın mevcut olmadığı anlaşılmıştır.

H.4.3.2. Üye işyerleri ile yapılan görüşmeler

Üye işyerlerinin Benkar tarafından verilen hizmetlerden ne ölçüde yararlandıkları, kendilerine herhangi bir baskı olup olmadığı ve münhasırlık ile pazarlama danışmanlığı hizmetleri arasında bir bağlantı olup olmadığının belirlenmesi amacıyla üye işyerleri ile görüşmeler gerçekleştirilmiştir.

H.4.3.2.1. Orka Tekstil San. ve Tur. Tic. A.Ş.

22.1.2003 tarihinde görüşülen Orka Tekstil San. ve Tur. Tic. A.Ş. yetkilileri konu ile ilgili olarak;

"Benkar'dan pazarlama danışmanlığı hizmeti adı altında ifade edilebilecek bir takım hizmetler alıyoruz. Bunlar arasında çeşitli dönemler için hazırlanan satış detayı ve müşteri analizi ve eğilimi raporları sayılabilir. Bunların içinde bizler için en çok önem teşkil eden satış detayı raporlarıdır.

Öncelikle bizim için en büyük öneme sahip olan satış detayı bilgilerine istediğimiz zamanda ulaşmakta dahi zorluk çekmekteyiz. Bahsi geçen hizmetler şu anda diğer teşebbüsler tarafından verilmesi de mümkün olan standart hizmetlerdir. Müşteri analizi raporları ise bizim açımızdan ikinci planda önem taşıyan hizmetlerdir. Ancak Benkar'dan pazarlama danışmanlığı adı altında çok özel bir hizmet aldığımızı söyleyemeyiz, diğer kartlarla çalışmamızın ise bu tür hizmetleri etkileyeceğini düşünmüyoruz. Aksine piyasada Yapı Kredi, Worldcard gibi bir takım diğer teşebbüslerin verdiği birtakım ekstra reklam hizmetlerini (firmamızın adının yer aldığı reklamlar v.b.) biz de Benkar'dan talep etmemize rağmen, bu taleplerimiz yerine getirilmemektedir."

ifadelerini kullanmışlar, Benkar ile çalışmalarının gerekçesini ise; *"Benkar'ın müşteri potansiyeli bizim için çok büyük önem teşkil ediyor. Biz müşterilerimizin bir çoğunun Advantage kart kullanıcısı olduğunu gözlemliyoruz, bu nedenle Benkar ile çalışmak bizler için büyük önem teşkil ediyor. Advantage özellikle taksitli alışverişler için kullanıldığı için, limit problemi yaşanabilen diğer taksitli kredi kartlarından daha farklı bir nitelik taşımaktadır."*

şeklinde belirtmişlerdir.

H.4.3.2.2. İpekyol Giyim Sanayi Pazarlama ve Tic. A.Ş.

23.1.2003 tarihinde görüşülen İpekyol Giyim Sanayi Pazarlama ve Tic. A.Ş. yetkilisi tarafından;

“Benkar’dan Advantage Kredi Kartı anlaşmalarımız çerçevesinde pazarlama danışmanlığı hizmeti almaktayız. Aldığımız hizmetlerin başında CRM hizmetleri gelmektedir. Söz konusu hizmetler çerçevesinde müşterilerimizin davranışları ve eğilimlerinden oluşan detaylı analizleri içeren raporlar sunulmaktadır. Söz konusu raporlar doğrultusunda Advantage Card ile yaptığımız ortak çalışmalar pazarlama stratejimizi belirlememizde önemli rol oynamaktadır. Bu hizmetler sayesinde kaybettiğimiz müşterilerimizi tespit etmek ve onlara yönelik kampanyalar yapabilmeye fırsatı buluyoruz. Bu anlamda özellikle Advantage Card yönetimi tarafından verilen CRM hizmetlerinin firmamız açısından oldukça yararlı hizmetlerdir.”

denilmek suretiyle bu hizmetlerden yararlandıkları belirtilmiştir.

H.4.3.2.3. Dagi Giyim Sanayi ve Ticaret A.Ş.

Pazarlama danışmanlığı hizmeti almayan Dagi ile 23.1.2003 tarihinde görüşülmüş ve aşağıdaki bilgiler alınmıştır:

"2000 yılının 6 ncı ayından itibaren biz Benkar ile çalışmaya başladık. Çalışmaya başladığımız ilk dönemden itibaren Benkar ile imzaladığımız üye işyeri sözleşmelerimizde başka kartlar ile çalışmamızı engelleyen hükümler bulunmaktaydı. Özellikle ilk yıllarda Advantage Card dışındaki kartlarla çalışmamamız konusunda Benkar'ın baskıları mevcut idi. İlk dönemlerde söz konusu nedenlerle başka kartlarla çalışamadık. Ancak özellikle taksitli kart pazarlayan başka bankalar vasıtasıyla Rekabet Kurulu'nun konuyla ilgili kararı gereği, başka kartlarla da çalışmamızın mümkün olduğunu öğrendik. Bundan sonraki dönemde, özellikle piyasadaki diğer taksitli kartların da iyice yaygınlaşması ve Rekabet Kurulu'nun kararının da etkisiyle diğer kartlarla çalışmaya başladık. Diğer kartlarla çalışmaya başlamamızın Advantage Card tarafından öğrenilmesiyle, duyuru malzemelerimizi kaldırmak, gazete reklamlarında "DAGI"nin ismini kaldırmak, taksit sayısı ile ilgili olarak bir takım taleplerimize cevap vermemek ve pos cihazlarımızın kaldırılacağı yönündeki ifadeler suretiyle Advantage Card yöneticileri tarafından bir takım yaptırımlar uygulanmıştır. Geçtiğimiz günlerde HSBC Bank yetkilileri, özellikle tekstil sektöründe Advantage Card'ın geçerli olduğu mağazalarda başka kartların geçerli olmasını istemediklerini, bu nedenle Advantage Card ile çalışmak istiyorsak diğer kartlarla çalışmamamız gerektiğini ifade ettiler..."

Biz Benkar'dan şimdiye kadar herhangi bir pazarlama danışmanlığı almadık. Bizlere şimdiye kadar münhasırlığın pazarlama danışmanlığı hizmetiyle ilişkili olduğu söylenmedi. Münhasırlığı tekstil sektöründe uygulamak istediklerini, bunun HSBC Bank'ın bir yönetim Kurulu kararı olduğunu ifade ettiler..."

H.4.3.2.4. Levi Strauss İstanbul Konfeksiyon San. ve Tic. A.Ş.

24.1.2003 tarihinde görüşme yapılan ve Benkar'dan pazarlama danışmanlığı hizmetleri alan teşebbüsler listesinde yer alan Levi's yetkililerince münhasırlık konusunda;

"Benkar'dan pazarlama danışmanlığı hizmeti adı altında bir takım müşteri analizi raporları almaktayız ancak söz konusu raporlardan ciddi anlamda faydalandığımızı söyleyemeyiz. Söz konusu hizmetlerin verilebilmesinin münhasırlık sistemiyle bağlantılı olduğunu düşünmüyoruz. Kaldı ki söz konusu hizmetler bakımından münhasırlık sistemi gerekli olsa bile bu konudaki kararın üye mağaza tarafından verilmesi gereklidir diye düşünüyoruz. Örneğin biz Levi's olarak pazarlama danışmanlığı hizmetlerinden yararlanmıyoruz ve söz konusu hizmetleri talep etmiyoruz. Söz konusu hizmetlerin bize talep etmememize rağmen verilmesi ve bunun karşılığında münhasırlık şartının getirilmesinin doğru olmadığını düşünüyoruz. Bizce pazarlama danışmanlığı hizmetleri münhasırlık sisteminin uygulanmasının bir nedeni değildir."

denilmiştir.

H.4.3.3. Rakip Teşebbüslerle Yapılan Görüşmeler

Taksitli alışveriş ve pazarlama danışmanlığı konusunda rakip teşebbüslerde de inceleme ve görüşmeler yapılmıştır.

H.4.3.3.1. Garanti Ödeme Sistemleri A.Ş. (Bonuscard)

27.8.2002 tarihinde yapılan görüşmede, Bonuscard yetkilileri görüşlerini,

"Münhasırlık sisteminin piyasanın yapısına uygun olmadığını düşünüyoruz. Öncelikle mağazaları münhasırlık sistemiyle uzun bir süre için kendine bağlayan bir teşebbüs, kısa vadede üzerinde diğer kartların rekabetçi baskısını hissetmeyeceğinden, yeni ürünler geliştirme, müşteriye daha iyi hizmet sunma konusunda istekli olmayacaktır. Münhasırlık sisteminin kısa süreli uygulanması halinde ise, yapılan yatırımların karşılığının alınması zorlaşacak, öte yandan mağazaların sık sık çalıştıkları kartları değiştirebilme durumu ortaya çıkacak ve kazanılan ödül, bonus gibi avantajların değerlendirilmesi güçleşeceğinden tüketicilerin bundan zarar görme ihtimali ortaya çıkacaktır."

...

"Kartlarımızda bulunan çipler ve sistemimiz sayesinde müşteri takibi gibi konularda en kapsamlı bilgiyi verebilecek bir altyapıya sahibiz. Ancak söz konusu müşteri bilgilerinin Bankalar Kanunu gereğince müşteri sırrı olması nedeniyle bu bilgiler verilmemektedir. Ancak müşteri alışveriş bilgilerinin toplanması ve yorumlanması yoluyla verilebilecek pazarlama hizmetlerinin Türkiye şartlarında son derece sınırlı olduğunu ve münhasırlık sisteminin bu tarz hizmetlerin verilmesi konusunda bir zorunluluk olmadığı kanaatindeyiz. Zira Bonus Kredi Kartı Programı böyle bir münhasırlığı talep etmeksizin işbirliği içerisine girdiği üye işyerlerinin müşteri sayısı ve cirolarında bir artış meydana getirmektedir."

şeklinde ifade etmişlerdir.

H.4.3.3.2. Akbank T.A.Ş. (Acess)

28.8.2002 tarihinde yapılan görüşmede, Akbank T.A.Ş. yetkililerince pazarlama danışmanlığı hizmetleri ile ilgili olarak;

“Sahip olduğumuz teknik altyapı sayesinde üye işyerlerimize her hangi bir ücret talep etmeksizin çok kapsamlı pazarlama danışmanlığı hizmeti verebilmekteyiz. Bu hizmetimiz çerçevesinde, MIS ve veritabanı sistemlerini kullanarak çeşitli raporlama ve üye işyeri sadakat kampanya uygulamalarını sunuyoruz. Müşteri takibi ve eğilimleri konularında düzenli olarak ayrıntılı raporlar sunmaktayız.

Bu tarz hizmetleri sunmak bakımından münhasırlık hiç bir şekilde zorunlu bir unsur değildir. Nitekim üye işyerlerimizde bizden başka taksitli kartlar da geçerli olmasına rağmen biz söz konusu hizmetleri verebilmekteyiz ve bu durum hizmetin kalitesini etkilememektedir. Bir mağazada ister tek kart ister çok kart kullanılsın her teşebbüs ancak kendi kartlarıyla yapılan alışverişleri takip edebilmektedir ve hizmetlerini bu doğrultuda verebilmektedir. Nitekim üye işyerlerine her kurumun kendi taksitli kartları üzerinden yapılan alışverişlere göre hazırladığı raporlar ayrı ayrı gönderilmektedir.”

denilmiştir.

H.4.4. HSBC'den gönderilen 19.12.2002 tarihli yazı

HSBC'den gönderilen 19.12.2002 tarihli yazıda, üye işyerlerine pazarlama danışmanlığı hizmetleri verildiği ve bu hizmetlerin anlamlı bir şekilde kullanılabilmesi için müşteri davranışlarının yakalanma oranının yani o işyerinin toplam cirosu içerisinde kart cirosunun %50'nin üzerinde olması gerektiği belirtilmektedir.

Münhasırlık uygulamasının özellikle tekstil, moda ve aksesuar, kozmetik, oyuncak, eğlence, kültür aktiviteleri sektörlerinde faaliyet gösteren teşebbüsler tarafından uygulandığı, bir işyerinin münhasır çalışmak istememesi durumunda kendilerinin de ticari tercihleri doğrultusunda bu üye işyerlerinden bazıları ile sözleşmeyi feshederken bazıları ile çalışmaya devam ettikleri, bugüne kadar herhangi bir üye işyeri ile münhasırlık nedeniyle hukuki ihtilaf içerisinde olmadıkları ifade edilmiştir.

Yazıda, sözleşmesinde münhasırlık maddesi bulunan 1872 üye işyeri mağazasında yaptırıldıkları bir araştırmanın sonuçları da bir tablo halinde yer almaktadır. Tabloda yer alan mağazalardan 487 adedinde toplam 856 adet başka taksitli alışveriş kartının kabul edildiği görülmektedir.

H.4.5. HSBC'den Gönderilen 6.1.2003 tarihli yazı

HSBC'den gönderilen 6.1.2003 tarihli yazıda Benkar'ın 2001 yılı cirosu içerisinde sektörler bazında dağılımı gösteren tablo, pazarlama danışmanlığı hizmeti verilen 39 üye işyerinin listesi, devir işlemi öncesinde ve sonrasında imzalanıp uygulanan tip sözleşmeler yer almaktadır. Ek olarak verilen sözleşmelerin 13.11.2001 tarihli bildirim konu olan ve Raportörlerce bildirimden daha önceki bir tarihte uygulandığı tespit edilen sözleşmelerle aynı nitelikte tek taraflı münhasırlık içerdiği görülmüştür.

H.4.6. Dagi Giyim Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin Dilekçesi

Soruşturma safhasında Raportörlerce görüşülen Dagi, 29.5.2003 tarihinde Kurumumuza bir başvuruda bulunmuştur. Söz konusu yazıda, Rekabet Kurulu kararı ile sözleşmelerden çıkarılması istenilen hükümler gerekçe gösterilmek suretiyle HSBC ile mevcut olan üye işyeri sözleşmelerinin feshedildiği belirtilerek, fesih süreci ile ilgili yazışmalar verilmiştir.

HSBC tarafından 20.2.2003 tarihinde Beşiktaş 11. Noterliği'nden 07429 sıra numarası ile Dagi Giyim Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'ye (Dagi) gönderilen "Advantage Kredi Kartı Üye İşyeri Sözleşmesi şartlarına uyulması konulu" ihtarnamede aynen;

"1.Bankamız (devir olan şirketin unvanı Benkar Tüketici Finansmanı ve Kart Hizmetleri A.Ş.) ile akdetmiş olduğunuz "ADVANTAGE KREDİ KARTI ÜYE İŞYERİ SÖZLEŞMESİ"nin 4.2. maddesi şartlarını sözleşme kapsamındaki Dagi mağazalarında yerine getirmediğiniz tespit edilmiş olup, bu aykırılığın ilgili madde kapsamında işbu ihtarnamenin tebliğ edilmesini takiben 15 gün içinde tarafımıza yazılı olarak cevap verilmesini, verilen süre sonuna kadar sözleşmeye aykırılığın giderilmemiş olması halinde yine aynı sözleşmenin 11.2.c bendi uyarınca bu süre sonunda herhangi bir merasime gerek kalmadan tek taraflı olarak ve derhal hüküm doğurmak üzere sözleşmenin fesh edileceğini veya yine aynı sözleşmenin 4.2. maddesinin 2. paragrafında belirtildiği üzere komisyon oranının tek taraflı olarak artırılacağını ihtaren bildiririz.

2.Bankamızın, sözleşmeye aykırı davranmanız sonucunda 'ADVANTAGE KREDİ KARTI ÜYE İŞYERİ SÖZLEŞMESİ'ni fesh etmesi durumunda, sözleşmeden kaynaklanan doğmuş ve doğabilecek olan her türlü alacağı ve/veya bütün zarar ve zıyanını talep ve tahsil hakkı saklıdır."

denilmektedir.

Dagi'nin söz konusu ihtarnameye Beyoğlu 16. Noterliği'nin 27.2.2003 tarih ve 4985 no'lu ihtarnamesi ile verdiği cevaptaki;

"...

3) Konuyla ilgili olarak Rekabet Kurulu Başkanlığı tarafından alınan 18.09.2001 tarih ve 01-44/433-111 sayılı Karar ile, taraflar arasındaki geçerli sözleşmenin 4.2 maddesi geçersiz olarak kabul edilmiş, muhatap banka tarafından devralınan Benkar Tüketici Finansmanı ve Kredi Kart Hizmetleri A.Ş. ile Üye İş Yeri sözleşmesi imzalayan firmaların benzer türden sözleşmeleri istedikleri sayıda teşebbüs ile serbestçe yapabilme olanağının sağlanmasına karar verilmiştir.

...

5) Taraflar arasındaki sözleşme geçerliliğini korumakta, buna karşın sözleşmenin 4.2 maddesi ile bu maddeyle bağlantılı olan hükümleri Rekabet Kurumu Başkanlığının kararı ile geçersiz hale gelmiştir. Söz konusu Rekabet Kurulu Kararı karşısında muhatap banka tarafından geçersiz sözleşme hükmü dayanak alınarak keşide edilen ihtarname yasal dayanaktan uzaktır."

denilmiştir.

Bu ihtarnameye HSBC tarafından 28.3.2003 tarihli yazı ile cevap verilerek *“Rekabet Kurulu’nun konuya ilişkin incelemesi devam etmekte olup, inceleme henüz sonuçlanmamıştır. Bu nedenle 15 gün içinde sözleşmenin feshi için gereğini yapmanızı, POS cihazlarını iade etmenizi rica ederiz ve bu süre sonunda her halükarda POS cihazlarını işleme kapatmak zorunda kalacağımızı bilgilerinize sunarız.”* denilmiştir.

I. Savunmalar

I.1. Usule İlişkin Savunmalar

I.1.1. İddiaların Türü ve Niteliği Hakkında Yeterli Bilgi Gönderilmemiştir

Benkar'ın usule ilişkin savunmasında ilk olarak 4054 sayılı Kanun'un 43/2. maddesinin amir hükmüne karşın, soruşturmanın açılmasına ilişkin bildirimde iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilgi gönderilmediği ve bu nedenle savunma haklarının kısıtlandığı ileri sürülmektedir.

18.9.2001 tarih ve 01-44/433-111 sayılı Kurul kararında menfi tespitin hangi gerekçelerle geri alındığı açıkça belirtilmiş, söz konusu anlaşmaların muafiyet koşullarını karşılamadığına yönelik de değerlendirme yapılmıştır. Anılan Kurul kararı Benkar'a bildirilirken, öngörülen değişikliklerin verilen süre içerisinde yapılarak tevsik edilmesi, aksi takdirde haklarında soruşturma açılarak 4054 sayılı Kanun'un 16 ve 17. maddelerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Yapılan bu bildirimde yukarıda değinilen hususlar açıkça yer almıştır. Takip eden süreçte Benkar temsilcisi tarafından gönderilen yazıların içeriğinden neler yapılması gerektiğinin anlaşıldığı görülmektedir. Zira yazılardan birincisinde değişiklikler için süre istenmesine karşın ikincisinde öne sürülen gerekçelerle değişiklik yapılmayacağı belirtilmektedir. Bu aşamalarda gereken bilgiler verilmiş ve Benkar'a değişikliklerin yapılmamasının sonuçlarının da bildirilmiş olması nedeniyle, soruşturma açılmasına ilişkin kararda iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilgi verilmediği yönündeki savunma gerçeği yansıtmamaktadır.

I.1.2. Menfi Tespitin Kaldırılması Konusunda Usul Hatası Yapılmıştır

Menfi tespitin geri alınmasının, kararın muhatabı olan işletmelerin aleyhine sonuç doğurması nedeniyle, önce ilgili sözleşme taraflarının bilgilendirilerek görüşlerinin alınmasının gerektiği,

2002/2 sayılı Tebliğ'in 6. maddesinde yer alan grup muafiyetinin geri alınmasına ilişkin öngörülen yöntemin, bildirimi ve incelenmesi muafiyet ile aynı esas ve usullere bağlanmış olan menfi tespit için de geçerli olması ve kıyasen uygulanabileceği,

menfi tespit geri alındıktan sonra ise söz konusu bildirimde talepte bulunulduğu üzere bireysel muafiyet değerlendirmesi yapılması gerektiği,

buna karşın 18.9.2001 tarihli Kurul kararı ile hem ortak girişim işlemine izin verildiği, hem de önceki Kurul kararına konu olan menfi tespitın geri alınmasına karar verilmesinin usulen hatalı olduğu ileri sürülmektedir.

4054 sayılı Kanun'un 13. maddesi muafiyet ve menfi tespit kararlarının geri alınmasını düzenlemekte, söz konusu maddenin (a) bendi, kararın alınmasına esas teşkil eden herhangi bir olayda değışiklik olmasını geri alma halleri arasında saymaktadır. Muafiyet/menfi tespitın geri alınması bir kararla olmakla birlikte şekle ilişkin herhangi bir düzenleme getirilmediği görülmektedir. Bu nedenle, Benkar ile üye işyerleri arasında imzalanan sözleşmelere verilmiş olan menfi tespitın 18.9.2001 tarih ve 01-44/433-111 sayılı Kurul kararı ile kaldırılması usul açısından bir aykırılık teşkil etmemektedir. Öte yandan gerekçeli kararda bireysel muafiyet inceleme ve değerlendirmesi de yapılmış ve ilgili pazarın niteliği gereği söz konusu anlaşmaların muafiyet alamayacağı vurgulanmıştır.

HSBC tarafından ileri sürülen 2002/2 sayılı Tebliğ'de grup muafiyetinin geri alınması için öngörülen usulün kıyasen uygulanması görüşüne ise katılmak mümkün değildir. Zira her ne kadar savunmada bildirim ve incelenmesi aynı usullere bağlı olduğu iddia olursa da, grup muafiyetine tabi anlaşmalar herhangi bir bildirim tabi olmaksızın otomatik olarak muafiyet şemsiyesinden yararlanmaları nedeniyle, daha önce Kurul gündemine gelmemektedir. Menfi tespit ve bireysel muafiyete konu anlaşmalarsa, tarafların anlaşmaya ilişkin görüşlerini ve menfi tespit/muafiyet tanınmasının gerekçelerini ifade ettikleri bir bildirim forumunun eşliğinde Kurul'un bilgisine sunulmaktadır. Dolayısıyla, söz konusu düzenleme ile, Kurul'un herhangi bir vesile ile haberdar olduğu ve muafiyet ile ulaşılmak istenen amaçları taşımadığı için grup muafiyetini geri almaya karar verdiği anlaşmaların taraflarına, bildirim formu doldurmamaları nedeniyle ifade edemedikleri görüşlerini sunma imkanı tanınmaktadır.

I.1.3. Menfi Tespitin Geri Alınmasına Dair Kurul Kararı Henüz Kesinleşmemiştir

Rekabet Kurulu'nun menfi tespitın geri alınmasına dair 18.9.2001 tarihli kararına karşın Danıştay'a iptal davası açıldığı, bu nedenle Soruşturma açılması yerine bu davanın sonucunun beklenmesi gerektiği iddia edilmiştir.

Türk idare hukuku sisteminde idari kararların uygulanma prensibi hakimdir. Buna göre, bir idari karar aleyhine başvuru olan yargı mercii yürütmeyi durdurma kararı vermediği sürece, idari işlemler uygulanma kabiliyetini haizdir. Bu nedenle, teşebbüsten beklenen, Kurul kararı doğrultusunda anlaşmalarını düzeltmesi iken, teşebbüsün bu karara uyulmayacağını bildirmesi, Kanun'da öngörülen diğer hükümlerin uygulanmasını gerekli kılmıştır. Kaldı ki, Benkar tarafından menfi tespitın geri alınması kararına karşın Danıştay'da 2002/693 esas numarası ile açılan davada, telafisi mümkün olmayan zararlara uğranabileceği belirtilerek yürütmenin durdurulması talebinde bulunulmuş, ancak bu talep Danıştay Onuncu Dairesinin 13.6.2002 tarihli kararıyla reddedilmiş, bu defa davacı tarafından Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'na yapılan itiraz üzerine ise, Genel Kurulca 4.10.2002 tarihinde itirazın reddine karar verilmiştir. Bu durumda dahi soruşturmaya

konu teşebbüs söz konusu kararın gereklerini yerine getirmemeyi ısrarlı bir şekilde sürdürmüştür.

I.1.4. Soruşturmanın HSBC'ye Yöneltilmesi İçin Ayrı Bir Kurul Kararı Gereklidir

Soruşturma açmak veya yürütülmekte olan bir soruşturmayı başka bir işletmeye yöneltmek yetkisinin Kurul'a ait olduğu, görev ve yetkileri Kanun'da açıkça belirtilen Soruşturma Heyeti'nin böyle bir karar olmaksızın işlem yapmasının Kanun'a aykırılık taşıdığı ileri sürülmektedir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 151. maddesi gereğince birleşme ve devir işlemi sonrasında, devralan teşebbüs devralınan teşebbüsün hak ve borçlarından külli halefiyet prensibi gereğince sorumlu olmaktadır. Söz konusu sorumluluk sadece sözleşmelerden olan sorumluluğu değil aynı zamanda haksız fiil sorumluluğunu kapsamaktadır. Devralma sonucunda takip ve dava hakkı ve soruşturma prosedürü devralan ortaklığa karşı devam ettirilir. Bir başka ifadeyle, devralan ortaklık doğrudan ortadan kalkan ortaklığın yerine geçer. Külli halefiyet (kendiliğinden geçiş) prensibinin anlamı budur. Nitekim bu durum HSBC tarafından da bilindiği için Benkar'ın devralınmasından sonra HSBC tarafından eski temsilciler azledilmiş, yeni vekiller tayin edilerek Benkar ile ilgili olarak yapılacak tebligatların söz konusu vekillere yapılması gerektiği 9.12.2002 tarihli bir yazı ile Kurum'a bildirilmiş ve bu tarihten sonra hazırlanan soruşturma raporu da bu talep doğrultusunda ilgili adrese tebliğ edilmiştir. Dolayısıyla yürüyen soruşturmanın HSBC'ye yöneltilmesi için ayrı bir Kurul kararı alınmamış olması usul yönünden bir eksiklik teşkil etmemektedir.

I.1.5. Grup Muafiyetinin Geri Alınması İçin HSBC'nin Savunmasının Alınması Gereklidir

Menfi tespitin geri alınması konusunda yapılan hatanın soruşturma heyeti tarafından ileri sürülen grup muafiyetinin geri alınması konusunda tekrarlanmaması gerektiği, özellikle 2002/2 sayılı Tebliğ'in 6. maddesinde yer alan "...Bu durumda Rekabet Kurulu, nihai kararını vermeden önce tarafların yazılı ve/veya sözlü görüşlerini ister..." hükmü uyarınca savunma alınmasının bir zorunluluk olduğu iddia edilmektedir.

HSBC'nin savunmasında da belirtildiği üzere, 2002/2 sayılı Tebliğ'in 6. maddesi, Kurul tarafından grup muafiyetinin geri alınmasına karar verilmesi durumunda nihai karar verilmeden önce tarafların yazılı ve/veya sözlü savunmasının alınması hükmünü getirmektedir. Söz konusu hükmün gerekçesine yukarıda menfi tespit ile ilgili savunmalar değerlendirilirken yer verilmiştir. Somut olay bakımından ise durumun farklı olduğu açıktır. Burada daha önce Kurul gündemine gelmemiş bir anlaşma değil, verilen menfi tespit belgesi geri alınmış, bireysel muafiyet alamayacağı değerlendirilerek yapılarak soruşturmaya konu olmuş bir anlaşma söz konusudur. Grup muafiyetinin geri alınması Soruşturma Heyeti tarafından ileri sürülmüş olmakla birlikte, taraflara en geniş savunma imkanlarının tanındığı bir soruşturma süreci içerisinde bu konudaki görüşlerini ifade etme olanağına sahip oldukları kuşkusuzdur. Bu nedenle Tebliğ'in yukarıda ifade edilen amacı doğrultusunda, grup

muafiyetinin geri alınması için tarafların görüşlerinin alınması imkanının sağlanmış olduğu kabul edilmelidir.

I.2. Esasa İlişkin Savunmalar

I.2.1. Menfi Tespit Kararı ve Geri Alınmasına Yönelik Savunmalar

Rekabet Kurulu'nun 18.12.1998 tarihli başvuru üzerine, Advantage Card'ın pazar payının en güçlü olduğu dönemde bildirim konu anlaşmalara menfi tespit belgesi verdiği, bugün itibariyle Advantage Card'ın pazarda hiçbir şekilde hakim durumda olmadığı gibi, pazar payının ciddi ölçüde azalmasına karşın Kanun'un ihlali olarak değerlendirilmesinin çelişki olduğu ileri sürülmüştür.

4054 sayılı Kanun'da hakim durum, belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü olarak tanımlanmıştır. Buna göre hakim durumun unsurlarını ekonomik güç, bağımsızlık ve bu gücün sürekliliği olarak belirlemek mümkündür. Bu çerçevede bir hakim durum tespiti yapılabilmesi için pazar payı, pazar gücünün süresi, piyasanın özellikleri, piyasanın geçmişi, yoğunlaşma derecesi, piyasaya giriş engelleri gibi kriterler dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

İncelemeye konu taksitli alışveriş kartları pazarı menfi tespit kararının verildiği dönemde Türkiye için oldukça yeni bir pazardır. Nitekim Advantage Card dahi 1998 yılının Aralık ayında yani bildirim yapıldığı dönemde piyasaya sürülmüştür ve pazarda çok az sayıda teşebbüs faaliyet göstermektedir. Dolayısıyla henüz oluşum aşamasında olan ve bir hakim durum tespiti yapılabilmesi için yeterli verilerin henüz olmadığı bir pazar söz konusudur. Doğaldır ki, böyle bir yapı içerisinde teknik anlamda bir hakim durum tespiti yapılması mümkün değildir. Nitekim Kurul kararında da Benkar'ın hakim durumda kabul edilemeyeceği belirtilmiştir.

Asıl altı çizilmesi gereken nokta ise Kurul kararında vurgulanan "*Hakim durumda kabul edilse idi bile, "Advantage Card" hizmetini her sektörden bir teşebbüse sunuyor olmakla birlikte benzeri bir hizmet olan mağaza kartları hizmetini bunların rakibi olan/olabilecek teşebbüslere sunması, Benkar'ın bu durumunu kötüye kullanmadığını ortaya koymaktadır.*" şeklindeki tespittir. Zira menfi tespit geri alınması kararına, menfi tespit verilen anlaşmanın uygulamasının değiştirilerek üye işyerlerinin rakiplerinin sisteme dahil edilmiş olması sonucunda pazarda elde ettiği konum tespit edilerek ulaşılmıştır. Nitekim menfi tespit geri alınırken "*...münhasırlık sisteminin, hakim durumun bulunmadığı bir ortamda dahi 4054 sayılı Kanun'un 4. Maddesine de aykırılık teşkil ettiği, ilgili ürün pazarının özellikleri de göz önünde bulundurulduğunda ise sisteme muafiyet verilmesinin yerinde olmayacağı kanaatine varılmıştır.*" denilmek suretiyle hakim durumdan bağımsız olarak pazarın yapısı nedeniyle söz konusu anlaşmaların Kanun'a aykırılığı vurgulanmıştır.

Bir anlaşmanın 4. madde açısından ihlal niteliği taşımasında, anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin pazar payı önem arz etmemektedir. Zira 4. madde

açısından aranan kriter, anlaşmanın amacının veya etkisinin rekabeti sınırlayıcı, kısıtlayıcı veya bozucu olmasıdır. Tarafların pazar paylarının düşük olması ancak 16. maddenin son fıkrası anlamında cezanın takdirinde dikkate alınacak unsurlardan biridir.

I.2.2. Sözleşmelerdeki Münhasırlık Hükmünün Grup Muafiyetinden Yararlandırılmamasına İlişkin Savunmalar

Hakim durumda olmayan bir işletmenin taraf olduğu sözleşmelerde yer alan münhasırlık koşulunun rekabeti bozduğu gerekçesiyle muafiyetten yararlandırılmamasının geniş bir esneklik getirmeyi amaçlayan dikey anlaşmalar rejimine ve rekabet hukuku mantığına ters düştüğü, sözleşmelerin belirli koşullarla 2002/2 sayılı Tebliğ'e uygun hale getirilerek grup muafiyetinden yararlanmasının mümkün olduğu, esasen Rekabet Kurulu'nun ilgili tebliğlere uygun hale getirmek koşuluyla grup muafiyetinden yararlandığı veya menfi tespit belgesi verdiği çok sayıda kararının mevcut olduğu, bu soruşturma bakımından da Rekabet Kurulu'nun bu yönde bir karar vermesi gerektiği ileri sürülmüştür.

2002/2 sayılı Tebliğin, yerini aldığı düzenlemelere göre daha esnek koşullar getirdiği doğrudur. Ancak bu durum, muafiyetten beklenen faydaları sağlamayan anlaşmaların her halde Tebliğ'den yararlanması sonucunu ortaya çıkarmamaktadır. Nitekim Tebliğ'in 6. maddesinde öngörülen muafiyetin geri alınması, teşebbüsün hakim durumda bulunmasından bağımsız olarak uygulanabilecek niteliktedir.

I.2.3. Münhasırlığın Kurul Kararı ile Kaldırılmasının İlgili Piyasaya Olası Etkileri

Uygulamada HSBC tarafından kaldırılan münhasırlığın Rekabet Kurulu kararı ile sadece Advantage Card sözleşmelerinden kaldırılmasının pazarda rekabetin Advantage Card aleyhine bizzat Rekabet Kurulu tarafından bozulması sonucunu doğuracağı,

Sözleşmelerde yer almasa bile, Soruşturma Heyetinin de tespit ve kabul ettiği üzere, pazarda halen diğer bazı işletmeler tarafından münhasırlık koşulu uygulandığı,

Soruşturma Heyetinin bu konuda üye işyerinin sözleşme olmadan kendi iradesiyle tek kartla çalışmayı tercih etmesi ve sözleşme ile üye işyerinin tek kartla çalışması şeklinde suni bir ayırım yaptığı, oysa 4054 sayılı Kanun'un yazılı olsun olmasın rekabete aykırı her türlü anlaşmayı yasakladığı,

Münhasırlığın tarafların ticari tercih ve stratejilerine bağlı bir sözleşme koşulu olduğu ve taraflar hakim durumda olmadıkça rekabet hukuku aracılığı ile bu konudaki sözleşme özgürlüğüne müdahale edilmemesi gerektiği,

ileri sürülmüştür.

Soruşturma sürecinde Raportörler tarafından gerekli pazar incelemeleri yapılmış ve elde edilen bulgulara soruşturma raporunda yer verilmiştir. Yapılan incelemeler sonucu benzin istasyonu, süpermarket gibi kar marjlarının düşük olduğu sektörlerde tek kartla çalışma eğiliminin mevcut olduğu, bazı üye işyerlerinin tek kartla çalıştığı Raportörlerce tespit edilmiştir. Herhangi bir sözlü ya da yazılı anlaşmaya dayanmaksızın, üye işyerinin sadece kendi iradesi ile tek bir taksitli kart sağlayıcısı ile anlaşma yolunu seçmesi halinde, ortada 4054 sayılı Kanun anlamında değerlendirilecek bir sınırlama olmadığına şüphe bulunmamaktadır. Bu nedenle, söz konusu tespit ve değerlendirmelerden savunmada iddia olunduğu gibi suni bir ayırım yapıldığı sonucu çıkmamaktadır.

Münhasırlığın sadece Advantage Card sözleşmelerinden çıkarılması ve böylece Advantage Card aleyhine bir durum yaratıldığı iddiası da yapılan tespitler ışığında gerçeği yansıtmamaktadır. Bilakis bu uygulamaya izin verilmesi durumunda aynı veya benzer hizmetleri münhasırlık koşulu olmaksızın sunabilen diğer teşebbüsler aleyhine bir sonuç ortaya çıkacak ve Advantage Card üye işyerlerine suni bir koruma duvarı yaratılacaktır. Zira halihazırda pazarda münhasırlık uygulamasını sürdüren tek teşebbüs HSBC'dir. Yukarıda da belirtildiği gibi, soruşturma sürecinde Kanun kapsamında değerlendirilebilecek başka bir uygulama tespit edilememiştir. Esasen Kurul bu konudaki tavrını menfi tespitinin geri alınması sırasında göstermiş ve pazarda faaliyet gösteren diğer teşebbüslere münhasırlık uygulamaları konusunda yazılı bildirim yapmıştır. Bu soruşturma neticesinde ise bu durum bir kez daha teyit edilmektedir.

J. GEREKÇE VE HUKUKİ DAYANAK

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesi, amacı veya etkisi rekabeti engelleme, sınırlama veya bozma olan teşebbüsler arası anlaşmalara, uyumlu eylemlere ve işletme birliklerinin kararlarına karşı genel bir yasaklama getirmektedir. Bu hüküm, bütün işletmeler arası anlaşma, karar ve uyumlu eylemlere geniş bir şekilde uygulanmakta olup temel amacı, her bir işletmenin kendi ticari politikalarını ve piyasadaki faaliyetlerini tek başına, diğerlerinden bağımsız olarak belirlemesidir.

4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde yasaklanan karar ve eylemlere verilen örnekler arasında, (d) bendinde "Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi" sayılmaktadır. Hakkında soruşturma yürütülen teşebbüsün üye işyeri sözleşmeleri ya da uygulamaları Kanun'un 4. maddesinin özellikle (d) bendini ihlal etmektedir.

Advantage Kredi Kartı Programı ve Üye İşyeri Sözleşmeleri 18.12.1998 tarihinde Rekabet Kurulu'na bildirilmiş ve Kurul'un 28.4.1999 tarihli toplantısında söz konusu sözleşmelere menfi tespit belgesi verilmiştir.

Kurul kararından sonra Raportörlerce de tespit edildiği üzere, bildirim konu anlaşmalar değiştirilmiş ve menfi tespit tanınan karşılıklı münhasırlık içeren

sözleşmeler tek taraflı münhasırlık içerecek şekilde imzalanmaya başlamıştır. Benkar ile Fiba Holding arasında kurulması düşünülen ortak girişim anlaşmasına ilişkin olarak yapılan başvurunun değerlendirilmesi sırasında söz konusu tek taraflı uygulamanın piyasaya etkileri tespit edilmiş ve menfi tespit belgesi Kurul'un 18.9.2001 tarih ve 01-44/433-111 sayılı Kararı ile geri alınarak münhasırlık içeren hükümlerin sözleşmelerden kaldırılması gerektiği Benkar'a bildirilmiştir. Kurul kararına uyulmaması üzerine ise Kurul'un 8.5.2002 tarihli toplantısında anılan teşebbüs hakkında soruşturma açılmıştır.

J.1. Grup Muafiyetinin Geri Alınması

Soruşturma safhasında, 14.7.2002 tarihinde 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği yürürlüğe konulmuş, Kurul'un mutlak uygulamaları doğrultusunda anlaşmaların bu açıdan da değerlendirilmesi gereği hasıl olmuştur.

Mezkur Tebliğin kapsam maddesine göre, üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki ya da daha fazla teşebbüs arasında belirli mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılan anlaşmalar -dikey anlaşmalar- Tebliğde belirtilen koşulları taşıması kaydıyla grup muafiyeti kapsamına alınmıştır. Soruşturma konusu anlaşmalar açısından da üye işyerlerine taksitli alışveriş, pazarlama ve reklam hizmetleri gibi bir takım hizmetler sağlayan Benkar ile üye işyerleri, üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet göstermektedirler ve taraflar arasındaki anlaşma, sayılan hizmetlerin üye işyerleri tarafından alınmasını konu edinmektedir. Dolayısıyla taraflar arasında anılan Tebliğ kapsamında değerlendirilebilecek nitelikte bir dikey anlaşma mevcuttur.

Tebliğ'in 5. maddesinde; Tebliğ ile tanınan muafiyetin anlaşmalarda yer alan "alıcıya getirilen belirsiz süreli veya süresi beş yılı aşan rekabet etmeme yükümlülüğü"ne uygulanmayacağı hükmü yer almaktadır. Rekabet etmeme yükümlülüğü ise, 3. maddede "Alıcının anlaşma konusu mal veya hizmetlerle rekabet eden mal veya hizmetleri üretmesini, satın almasını, satmasını ya da yeniden satmasını engelleyen doğrudan veya dolaylı her türlü yükümlülük" olarak tanımlanmıştır. Buna göre, Benkar ile üye işyerleri arasında imzalanan Advantage Kredi Kartı Programı ve Üye İşyeri Sözleşmesi'nde yer alan ve üye işyerlerinin başka kartlarla çalışmasını engelleyen hükmün bu anlamda rekabet etmeme yükümlülüğü niteliği taşıdığına şüphe bulunmamaktadır. Ancak söz konusu rekabet etmeme yükümlülüğü, sözleşmenin belirsiz süreli olması nedeniyle Tebliğ'in 5. maddesine aykırılık taşımaktadır. Bu duruma bağlanan hukuki sonuç ise muafiyetin rekabet yasağına uygulanmamasıdır. Yani anlaşma grup muafiyetinden yararlanmakla birlikte rekabet etmeme yükümlülüğü muafiyet kapsamı dışında kalmakta ve ihlal niteliği taşımaktadır.

Bu durumda, 18.12.1998 ve 13.11.2001 tarihli bildirimlere esas olan anlaşmaların üye işyerlerine getirilen rekabet yasağına ait hüküm hariç diğer hükümleri Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamına girmiştir.

Durum böyle olunca konunun iki yönden incelenmesi gerekmiştir.

Birinci husus, süresiz rekabet yasağına bireysel muafiyet verilir verilemeyeceğidir ki, bu konu 18.9.2001 tarih ve 01-44/433-111 sayılı Kurul kararında menfi olarak karara bağlanmıştır.

İkinci husus ise rekabet etmeme yükümlülüğünün maksimum beş yıl ile sınırlandırılması koşulu ile grup muafiyetinden yararlanma imkanının mevcut olup olmadığının değerlendirilmesidir. Bu değerlendirme ise anlaşmanın grup muafiyeti ile ulaşılmak istenen hedefleri sağlamaya elverişli olup olmadığının incelenmesini gerektirmiştir. Bu inceleme bakımından referans noktası Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin "Muafiyetin Geri Alınması" başlığını taşıyan 6. maddesidir. Bu nedenle özeldir soruşturmaya konu sözleşmelere ve genelde ise bu sektörde yapılan tüm sözleşmelere ilişkin olarak, rekabet etmeme yükümlülüğünün Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ne uygun bir biçimde beş yıl ile sınırlandırılmış olması durumunda dahi anlaşmanın Kanun'un 5. maddesinde belirtilen şartlarla bağdaşmaz etkilere sahip olması açısından Tebliğ'in 6. maddesi çerçevesinde değerlendirme yapılmasını gerekli kılmaktadır.

Söz konusu Tebliğ'in "Muafiyetin Geri Alınması" başlığını taşıyan 6. maddesinde:

"Madde:6- Bu Tebliğ ile muafiyet tanınmış bir anlaşmanın, Kanunun 5 inci maddesinde düzenlenen koşullarla bağdaşmaz etkilere sahip olduğunun tespit edilmesi halinde, Rekabet Kurulu, Kanunun 13 üncü maddesine dayanarak, anlaşmaya bu Tebliğ ile tanınan muafiyeti geri alabilir. Bu durumda Rekabet Kurulu, nihai kararını vermeden önce tarafların yazılı ve/veya sözlü görüşlerini ister.

denilmektedir.

Bu bakımdan sözleşmelerin Kanun'un 5. maddesindeki koşulları taşıyıp taşımadığı hususunun değerlendirilmesi gerekmektedir.

a) Malların Üretim ve Dağıtımını ile Hizmetlerin Sunulmasında Yeni Gelişme ve İyileşmelerin ya da Ekonomik veya Teknik Gelişmenin Sağlanması

Soruşturmaya konu teşebbüs tarafından üye işyerlerine taksitli alışveriş ve pazarlama danışmanlığı hizmetleri verildiği belirtilmekle birlikte rekabet etmeme yasağının gerekçesi pazarlama danışmanlığı hizmetleri olarak gösterilmiştir. Pazarlama danışmanlığı hizmetlerinin bir anlam ifade etmesi için o işyerinin müşterilerinin en az %50'sinin tek kart kullanmasının gerekli olması rekabet yasağının dayanak noktası olarak ileri sürülmüştür.

Raportörler tarafından yapılan incelemelerde gerek taksitli alışveriş hizmetinin, gerekse pazarlama danışmanlığı hizmetlerinin, pazarda faaliyet gösteren rakip teşebbüsler tarafından rekabet yasağı getirilmeksizin verildiği tespit edilmiştir. Bu konuda özellikle taksitli alışveriş bakımından herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Pazarlama danışmanlığı hizmetinin en önemli kısmını oluşturduğu ileri sürülen "Müşteri İlişkileri Yönetimi-CRM" hizmetleri

ise aynı veya benzerleri diğer teşebbüsler tarafından da isteyen üye işyerlerine sunulmaktadır.

Diğer taraftan bir üye işyerinin tek kart kabul etmesi, yapılan harcamaların çoğunluğunun o kart üzerinden yapılacağı anlamına gelmemektedir. Özellikle tüketici alışkanlıkları ve mağazalar tarafından uygulanan çeşitli kampanyalar sonucunda nakit veya tek ödemeler dönemsel olarak önemli oranlara ulaşabilmekte ve bu durum kart sağlayıcısının müşteri takibini güçleştirerek toplanan verilerde dalgalanmaya neden olabilmektedir.

Öte yandan pazarlama danışmanlığı hizmetlerini alsın almasın, tüm üye işyerinin sözleşmelerinde rekabet yasağının yer alması, Advantage Card dışındaki kartlarla işlem yapmama taahhüdünün asıl amacının şebeke dışsallıklarının da etkisiyle Advantage Card'ın pazar payını korumak ve geliştirmek, diğer taksitli alışveriş kartlarının piyasaya girişini zorlaştırmak olduğunu açıkça göstermektedir.

Dolayısıyla Benkar tarafından sunulan hizmetlerin münhasırlık uygulamasını haklı kılacak yeni gelişme ve iyileşme ya da ekonomik veya teknik gelişme sağladığını kabul etmek mümkün görünmemektedir.

b) Tüketicinin Bundan Yarar Sağlaması

4. madde anlamında rekabeti sınırlayıcı etkileri olan bir anlaşmanın muafiyet alabilmesi için, yukarıda değinilen malların dağıtımı veya hizmetlerin sunulmasından elde edilen iyileşmenin tüketiciye yansıtılması gerekmektedir. Kanun'da tüketicinin ekonomik gelişmeden yarar sağlaması gerektiği belirtilmekle birlikte, yararlanmanın ölçüsü ve kapsamı hususunda herhangi bir ifade yer almamaktadır. Söz konusu koşul, mehzaz Roma Antlaşması'nda tüketicinin ortaya çıkan yararlardan adil bir pay alması şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre ortaya çıkan ekonomik fayda ile tüketicinin elde edeceği menfaat arasında makul bir denge olması gerekmektedir. Uygulamada tüketicinin pay alması açısından beklenen genellikle fiyatlar seviyesindeki düşüş olmakla birlikte, satış sonrası etkin hizmetler, ürün çeşitliliğinin artması, tüketicinin ürüne daha kolay ulaşabilmesi, malın arzında devamlılığın sağlanması gibi koşullar da tüketicinin elde edeceği menfaat kapsamında değerlendirilebilmektedir.

Önceki dönemlerde mevcut olan her mağaza için ayrı kart çıkartma külfeti Advantage Card sistemiyle, yani üye işyerlerinin tamamında tek kart ile taksitli alışveriş imkanı sağlanmasıyla sona ermiştir. Bu aşamada Advantage Card'ın tüketicilere yarar sağladığı kuşkusuzdur. Ancak günümüzde, taksitli alışveriş kartı hizmeti giderek tüm bankalar tarafından sunulma aşamasına gelmiştir. Bir mağazanın bir kart ile münhasır çalışması halinde, diğer kartlara sahip tüketiciler bu mağazadan taksitli alım yapamayacaklardır. O mağazadan alım yapılabilmesi için, mağazanın öngördüğü karta da sahip olmaları gerekecektir. Münhasır uygulamaların yaygınlaşması durumunda tüketiciler birçok değişik alışveriş kartını kullanmak ve her kart için ayrı ayrı üyelik ödemesi yapmak zorunda kalacaklardır. Bu durumun tüketicilere yarar sağlamadığı gibi zararına olduğu kuşkusuzdur.

Esasen münhasırlık uygulamasına gerekçe olarak pazarlama danışmanlığı hizmetlerinin gösterilmesi nedeniyle, tüketici yararının bu açıdan değerlendirilmesi daha doğru olacaktır. Pazarlama danışmanlığı ile güdülen amacın üye işyerlerinin satışlarını artırmak ve bu suretle Advantage Card ile yapılacak işlem hacmini yükseltmek ve sonuçta üye işyerlerinin ve sağlayıcının karını yükseltmek olduğu açıktır. Pazarlama danışmanlığı hizmetinin en önemli unsurunu oluşturan CRM hizmetleri çerçevesinde hazırlanan kampanyalar asıl olarak üye işyerlerinin satışlarını artırmaya yöneliktir. Bu hizmetlerden tüketicinin ancak dolaylı olarak bir fayda sağlayabileceği söylenebilir. Zira değinilen hizmetlerin mağazaların müşterilerine alternatif yollardan ulaşmasını, değişik kampanyalar düzenleyebilmesini, tüm müşterileri kapsayacak reklamlar yerine müşteri endeksli reklam yaparak tasarruf elde etmesini sağladığı ve bunun da fiyatlara yansıtılabileceği iddia edilmektedir. Soruşturma safhasında yapılan incelemelerde ileri sürülen bu hizmetler açısından tüketici adına somut bir fayda tespit edilememiştir. Kaldı ki, soruşturma safhasında yapılan tespitler diğer kart sağlayıcısı teşebbüslerin benzer hizmetleri böyle bir sınırlama olmaksızın verebildiğini göstermiştir.

HSBC'nin marka bazında 300'den fazla ve mağaza bazında 5000'e yakın üye işyeri ile sözleşmesi bulunmakta, buna karşın sadece 39 üye işyeri pazarlama danışmanlığı hizmeti almaktadır. Ancak söz konusu sınırlama anılan hizmeti alsın almasın tüm üye işyerlerinin sözleşmelerinde yer almaktadır. Bu durum dikkate alındığında pazarlama danışmanlığı hizmetinden sisteme dahil tüketicinin dolaylı da olsa yararlandığı kabul edilse bile, anılan sınırlamanın pazarlama danışmanlığı almayan çoğunluktaki üye işyerlerinde de uygulanması amacı aşan bir biçimde tüketicinin aleyhine sonuç doğurmaktadır.

c) İlgili Piyasanın Önemli Bir Bölümünde Rekabetin Ortadan Kalkmaması

Muafiyet tanınabilmesi için aranan üçüncü ve ilk olumsuz şarta göre, rekabeti sınırlayıcı anlaşma, ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kaldırılmasına yol açmamalıdır. Benkar 2000 yılında %72.9 ve 2001 yılında ise %64.4 gibi önemli pazar paylarına ulaşmıştır. Ancak sonraki dönemlerde pazar payında azalma olmuş ve 2002 yılı sonu itibarıyla pazar payı %....'a düşmüştür. Bu düşüşte iki etken oldukça önemlidir. Birincisi bankaların pazara gösterdikleri ilginin artmasıdır. İkincisi ise Rekabet Kurulu tarafından menfi tespit belgesinin geri alınması ve pazarda faaliyet gösteren diğer teşebbüslere de münhasırlık uygulamaları konusunda yazı gönderilmesidir. Böylece diğer teşebbüsler Kurul kararına dayanarak Benkar'a ait üye işyerleriyle anlaşma yapma imkanına kavuşmuşlardır.

Bugün için pazarda çok sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği görülmekle birlikte, pazarda bir yoğunlaşmanın olduğu dikkat çekmektedir. Nitekim ilk üç teşebbüsün pazar payı %86 olarak hesaplanmaktadır. Bu pazar yapısı içerisinde Advantage Card'ın pazar payı ise %....'dur. Bu nedenle teşebbüsün pazar payında geçmiş yıllara kıyasla görülen düşüşe rağmen, muafiyetin bu

koşulu açısından halen piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalktığı sonucuna ulaşılmıştır.

d) Rekabetin (a) ve (b) Bentlerindeki Amaçların Elde Edilmesi İçin Zorunlu Olandan Fazla Sınırlanmaması

Teşebbüsler kural olarak anlaşma ile amaçladıkları ekonomik yararların gerçekleştirilmesinde rekabeti en az sınırlayıcı yöntemi tercih etmekle yükümlüdürler. Bu nedenle muafiyet değerlendirmesine esas olan bu son koşula aykırılık ya izlenen amacın elde edilmesi için rekabetin gereğinden fazla sınırlanması ya da rekabetin sınırlanması gereğinin dahi bulunmaması hallerinde söz konusu olabilir. Özellikle muafiyetin bundan önceki koşullarında anlaşma ile belirgin bir gelişmenin ve tüketici faydasının tespit edilemediği somut olay bakımından bu koşul belirleyici olmuştur.

Rekabet etmeme yükümlülüğünün temel gerekçesi pazarlama danışmanlığı hizmetleri olmasına karşın uygulamanın bu yönde olmadığı, soruşturma sonucu elde edilen bilgi ve belgelerden anlaşılmıştır. Bu iddia karşısında teşebbüsten beklenen, söz konusu hükümlerin sadece 6.1.2003 tarihinde bizzat teşebbüs tarafından gönderilen pazarlama danışmanlığı hizmeti aldığı ifade edilen 39 markaya ait üye işyerleri ile ilgili anlaşmalarda yer almasıdır. Ancak 22.1.2003 tarihinde HSBC yetkilileri ile Raportörler arasında yapılan görüşmeden ve HSBC tarafından gönderilen yazılardan tüm üye işyeri anlaşmalarında münhasırlık hükmünün yer aldığı anlaşılmıştır.

HSBC tarafından gönderilen 19.12.2002 tarihli yazıda yer verilen başka kart kabul edilip edilmediğine yönelik olarak 1872 üye işyerinde gerçekleştirilen çalışmanın sonuçlarına bakıldığında ise, üye işyeri sözleşmesine aykırı olarak başka taksitli kartlarla da çalıştığı tespit edilen üye işyerleri arasında yukarıda belirtilen 39 markaya ait işyerlerinin de mevcut olduğu görülmüştür. Teşebbüslerin söz konusu hizmetten yararlanmalarının ileri sürüldüğü ölçüde olmasının doğal sonucu, üye işyerlerinin başka kart kabul etme yoluna gitmemeleridir. Oysa mevcut tablo bu durumu doğrulamamaktadır.

Soruşturma safhasında Raportörler tarafından yapılan inceleme ve tespitler göstermektedir ki, aynı veya benzer hizmetler, pazarda faaliyet gösteren diğer taksitli kart sağlayıcısı teşebbüsler tarafından münhasırlık uygulanmaksızın verilebilmektedir. Özellikle HSBC'nin en büyük rakibi konumunda bulunan Yapı Kredi Bankası tarafından hazırlanan raporlar, HSBC tarafından hazırlanan raporlarla büyük ölçüde benzerlik göstermektedir.

Diğer taraftan HSBC'nin savunmalarında münhasırlık uygulamasının pazarlama danışmanlığı hizmeti alan teşebbüslere yönelik olduğu, söz konusu hizmeti almayan teşebbüslere herhangi bir baskı veya yaptırım uygulanmadığı defaatle ifade edilmesine karşın Dagi Giyim Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından yapılan başvuru bu iddianın gerçek olmadığını göstermiştir. Zira pazarlama danışmanlığı hizmetleri verilmeyen söz konusu üye işyerinin sözleşmesi, henüz soruşturmanın devam ettiği bir süreçte 18.9.2001 tarihli Kurulu kararı ile yasaklanan hükme dayanarak feshedilmiştir ki, bu durum pazarlama

danışmanlığı hizmeti ile münhasırlık uygulaması arasında herhangi bir ilinti olmadığının en açık göstergesidir.

Sonuç olarak pazarlama danışmanlığı hizmetleri için üye işyerlerine başka kartla çalışma yasağı getirilmesinin, söz konusu sınırlamanın tüm üye işyerlerine uygulanması ve aynı veya benzer hizmetlerin rakip teşebbüsler tarafından böyle bir sınırlama olmaksızın verilmesi karşısında rekabeti gereğinden fazla sınırladığı açıktır.

Yukarıda yapılan değerlendirmeler sonucunda soruşturmaya konu anlaşmaların 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesindeki koşullarla bağdaşmaz etkilere sahip olduğu tespit edilmiş olup, bu nedenle 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 6. maddesi uyarınca grup muafiyetinin geri alınması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

J.2. İhlale devam edilmesi

Rekabet Kurulu kararları, diğer tüm idari kararlar gibi, uygulanma kabiliyetini haiz kararlardır ve ilgili yargı mercileri tarafından yürütmeyi durdurma kararı verilmediği sürece muhatapları tarafından uygulanması gerekmektedir. Bu nedenle herhangi bir uygulamaya konu olmasa dahi, Kurul kararının gereğinin yerine getirilmemesi ihlale devam edilmesi anlamına gelmektedir. Hal böyleyken HSBC soruşturmanın devam ettiği bir dönemde yasaklanan hükme dayanarak bir üye işyerinin sözleşmesini feshetmiş ve keyfiyet üye işyeri tarafından Kurul'a şikayet yolu ile bildirilmiştir. Bu nedenle yalnız selef olan Benkar döneminde değil, HSBC döneminde de ihlalin devam ettiği anlaşılmıştır.

J.3. 13.11.2001 Tarihli Bildirime Konu Olan Anlaşmaların Geç Bildirilmesi

Benkar tarafından menfi tespitinin geri alınmasından sonra ancak gerekçeli kararın tebliğinden önceki bir dönemde yapılan bildirim ekinde yer alan, Benkar lehine tek taraflı münhasırlık hükmü içeren ve taslak olduğu belirtilen anlaşmaların 7.6.2000 tarihinde imzalanmış olduğu soruşturma safhasında bulunan belgelerden tespit edilmiştir. Benkar lehine tek taraflı münhasırlık hükmü içeren söz konusu anlaşmalar, menfi tespit belgesi verilen ve münhasırlığın karşılıklı olarak yer aldığı anlaşmalardan nitelik itibarıyla farklıdır ve menfi tespit verilen kararda değinilen gerekçeleri karşılamamaktadır. Bu nedenle 13.11.2001 tarihli bildirim konu anlaşmaların 4054 sayılı Kanun'un 10. maddesi hilafına olarak bir aylık süre içerisinde bildirilmemiş olduğu açıktır. Bu durum 16. maddenin 1-c fıkrasında öngörülen cezanın uygulanmasını gerektirmektedir.

Yukarıda değinildiği üzere Benkar soruşturma devam ederken HSBC tarafından devralınmış ve 26.12.2002 tarihi itibarıyla da tüzel kişiliği sona ermiştir. Tüzel kişiliği ortadan kalkan teşebbüs aleyhine ceza uygulanması mümkün değildir. Buna karşın, geç bildirim nedeniyle uygulanacak cezanın, TTK'nın 151. maddesinde ifadesini bulan külli halefiyet prensibi gereğince Benkar'ı bütün hak ve borçlarıyla devralan HSBC'ye uygulanması gerekmektedir. Diğer taraftan 16. maddenin üçüncü fıkrası hükmü uyarınca, tüzel kişiliği olan teşebbüs ve teşebbüs birliklerine söz konusu cezanın

uygulanması durumunda, tüzel kişiliğin yönetim organlarında görev alanlara da şahsen verilen cezanın %10'una kadar ayrıca para cezası uygulanması gerekmektedir. Maddenin lafzında yer alan "bu teşebbüsün" ifadesi nedeniyle, cezanın HSBC Bank A.Ş. yönetim organlarında bulunanlara uygulanması düşünülebilirse de, maddenin amacı geç bildirimde bulunanların cezalandırılmasıdır. Burada tüzel kişilikten farklı olarak gerçek kişilerin söz konusu olması nedeniyle halefiyet prensibinin uygulanamayacağı ve cezanın Benkar'ın o tarihteki yönetim organlarında görev alan şahıslara ceza uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

K. SONUÇ

İlk İnceleme ve soruşturmaya ait tüm savunma, ek savunma, sözlü savunma tutanakları, raporlar, Danıştay'ın iptal kararları, tüm dosya münderecatında yer alan bütün bilgi ve belgelerin incelenmesi sonucunda;

1-) 03-55/645-296 sayılı Rekabet Kurulu kararının iptaline ilişkin Danıştay 13. Dairesi'nin 2005/4939 K. ve 2005/5186 K. sayılı kararları ertesinde,

"soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılarak oy kullanmasının hukuka aykırı olduğu gerekçesine dayanan ve Kurumumuzca tebellüğ edilen ve Danıştay 13. Dairesi ve İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun değişik kararlarıyla yerleşik hale gelen mahkeme kararlarının bugünkü tarihten itibaren temyiz edilmemesine ve yürütmenin durdurulması kararı verilenler açısından itiraz edilmemesine; gelecekte de bu nitelikteki bir gerekçeyle Kurumumuza tebliğ edilecek tüm kararların temyiz edilmemesine ve yürütmenin durdurulması kararı verilenler açısından itiraz edilmemesine"

ilişkin 15.8.2005 tarihli ve 05-51/785-M sayılı Kurul kararı uyarınca ilgili Danıştay kararı temyiz edilmeksizin dosyanın yeniden değerlendirilebileceğine OYÇOKLUĞU ile,

2-) Benkar ile üye işyerleri arasında düzenlenen 18.12.1998 ve 13.11.2001 tarihli bildirimlere konu olan sözleşmelerdeki üye işyerlerine yüklenen Advantage Card dışında başka taksitli alışveriş kartları ile işlem yapmama -münhasır çalışma- şeklindeki belirsiz süreli rekabet yasağına ilişkin olarak,

- a) Yapılan muafiyet ve menfi tespit değerlendirmesi sonucu Rekabet Kurulu'nun 18.9.2001 tarih ve 01-44/433-111 sayılı kararı ile münhasırlık hükmünün uygulanmamasına, gerekli düzenlemelerin 60 gün (bu süre bilahare 120 güne çıkarılmıştır) içinde yapılmasına karar verilmesi ve bu kararın taraflara tebliğ edilmesine rağmen Benkar'ın münhasırlık uygulamasına devam etmesi,
- b) Söz konusu anlaşmaların 14.7.2002 tarihinde yürürlüğe giren 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlandığı, ancak bu muafiyetin, sözleşmelerin belirsiz süreli olmasına bağlı olarak süresiz rekabet yasağına uygulanamayacağı,
- c) Tebliğ ile tanınan muafiyetin, süresiz rekabet yasağına uygulanmaması sonucu, sözleşmelerde süresiz rekabet yasağına yer verilmesi,

dikkate alınarak 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edildiğine OYBİRLİĞİ ile,

3-) Halefiyet dolayısıyla ve ihlale devam edilmesi nedeniyle, Benkar'ı devralan HSBC Bank A.Ş.'ye, teşebbüsün cirosu dikkate alınarak ve 18.9.2001 tarihli Kurul kararına uymamakla başlayan ihlalin devam ettiği süre ve soruşturma devam ederken yasaklanan hükmün uygulanması ağırlaştırıcı neden olarak ve dikey anlaşmaların yatay anlaşmalara göre daha hafif ihlaller olarak kabul edilmesi ve teşebbüsün Ek Görüş'ten sonra da olsa Kurul kararının gereğini yerine getirmeyi taahhüt etmesi hafifletici neden olarak gözönünde bulundurulurken, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca 5.000.000.000.000 (beştrilyon) TL para cezası verilmesine OYBİRLİĞİ ile,

4-) 5388 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile 4054 sayılı Kanun kapsamında bulunan anlaşmaların bildirilmesi yükümlülüğü kaldırıldığından, bu konuda karar verilmesine gerek olmadığına OYBİRLİĞİ ile,

5-) 18.9.2001 tarihli Kurul kararı ve Soruşturma sürecinde tespit olunan rekabet kısıtlaması nedeniyle, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde muafiyet alabilmek için öngörülen koşullar sağlanamadığından, 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 6. maddesi uyarınca muafiyetin geri alınmasına OYBİRLİĞİ ile,

karar verilmiştir.

(24.11.2005 tarih, 05-79/1082-309 sayılı Kurul Kararı'na)
KARŞI OY GEREKÇESİ

Danıştay 13. Dairesinin "soruşturmayı yürüten Kurul Üyesi'nin nihai karar toplantısına katılarak oy kullanmasının hukuka aykırı olduğu" gerekçesiyle ortaya çıkan iptal kararlarının ve Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun değişik kararlarıyla yerleşik hale gelen mahkeme kararlarının temyiz edilmemesine ve yürütmenin durdurulması kararı verilenler yönünden itiraz edilmemesine, gelecekte de bu tür tüm kararların temyiz edilmemesine ve yürütmenin durdurulması kararı verilenler açısından itiraz edilmemesine dair çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Gidilecek yargı yolu yönünden itiraz veya temyiz imkanı bulunan dosya ya da davalar hakkında sahip olunan tüm yargı yollarının ve hakkının süresinde kullanılmak suretiyle tüketilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Rekabet Kurulu kararlarının ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay ilgili dairesinde görülüyor olması nedeniyle verilen kararlar, bir başka dosya için emsal karar olması niteliğini taşıması gerekir. İdari Dava Daireleri Genel Kurulu tarafından verilen kararlar, Rekabet Kurulu kararları yönünden temyiz niteliğinde olduğundan, Danıştay'ın ilgili dairesi tarafından emsal olarak kabul edilmelidir. O halde itiraz ya da temyiz imkanı bulunan dosyalar

yönünden ve hatta geleceğede yönelik olarak bu yargı yolunu kapatırcasına alınan kararın uygun olmadığı görüşüdeyiz. Kaldı ki, Rekabet Kurulu kararlarının, 4054 sayılı Kanun'un 56 vd. maddelerinde yer verilen "Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları" nedeniyle tarafların bu yöndeki haklarını mahkemelerde kullanabileceği göz önüne alındığında, sahip olunan yasal yolları kullanmaktan vazgeçmenin sorumluluğu ve önemi daha da açığa çıkmaktadır. Bu nedenle, bu dosya yönünden henüz temyiz süresi dolmadığından öncelikle temyiz başvurusunun yapılması gerektiğini düşündüğümüzden, çoğunluk kararına karşıyız.

Tuncay SONGÖR
İkinci Başkan

Rıfki ÜNAL
Kurul Üyesi