

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2005-2-22 (İlk İnceleme)
Karar Sayısı : 05-24/281-76
Karar Tarihi : 14.4.2005

A.TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

10

Başkan : Mustafa PARLAK
Üyeler : Tuncay SONGÖR, A. Ersan GÖKMEN,
Prof. Dr. Zühtü Aytaç, Rıfki ÜNAL,
Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI,
M. Sıraç ASLAN, Süreyya ÇAKIN

B. RAPORTÖR : Ali DEMİRÖZ

20

C. ŞİKAYET EDEN : Avea İletişim Hizmetleri A.Ş.
Abdi İpekçi Caddesi No:75
80200 Maçka – İstanbul
Temsilcisi: Dr. Metin Kanmaz
R.D.M. Rekabet Danışmanlık Ltd. Şti.
Bağdat Cad. No.187/8 Selamiçeşme
34730 Kadıköy- İstanbul

30

D. HAKKINDA İNCELEME YAPILAN : Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.
Turkcell Plaza Meşrutiyet Cad. No:153
Tepebaşı - İstanbul

E. DOSYA KONUSU : Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin kapsama alanı ile ilgili yaptığı yoğun reklamlar yoluyla Avea İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin pazara girişini engellediği, faaliyetlerini zorlaştırdığı ve dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiği iddiası.

40

F. İDDİALARIN ÖZETİ : Avea İletişim Hizmetleri A.Ş. (Avea)'nin şikayet dilekçesinde;

“Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. (Turkcell) yaklaşık 4 aydır “Orada, burada, her yerde Turkcell” sloganıyla fixboard, megalights, raket, otobüs durakları ve otobüsler üzerinde ve ayrıca “Sınırdan geçen Turkcell Tırları” ile hemen hemen tüm televizyon kanallarında Ulusal Dolaşım anlaşması yapmaması nedeniyle gerçekleştirdiği rekabet ihlalinin kendisine verdiği göreceli üstünlüğün reklamını yaparak Avea İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin (AVEA) pazara girişini engellemekte ve faaliyetlerini zorlaştırmakta ve böylece 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (RKHK) 6. maddesini ihlal etmektedir.”

denilerek, bu iddiaya yönelik olarak;

- 50 - Rekabet Kurulu'nun 9.6.2003 tarih ve 03.40/432-186 sayılı Ulusal Dolaşım Kararı'yla GSM operatörleri Turkcell ve Telsim'in ulusal dolaşım anlaşması yapmayarak rakiplerinin pazara girmesine engel olduklarını ve 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiklerini tespit ettiğinden bahisle, söz konusu Karar'da rekabetin yeniden tesisinin öngörölmüş olmasına rağmen Turkcell'in bunu gerçekleştirmediği aksine Karar konusu rekabet ihlalinin kendisine verdiği üstünlüğün yoğun reklamını yaptığı ve bu reklamların Avea'nın pazara girişine engel olma amaç ve etkisini taşıdığı,
- 60 - Avea'nın hala pazara giriş sürecinde olduğu, (Ulusal Dolaşım Kararı'nda yapılan tespitlere de atıfta bulunularak) bu süreçte pazara girişin yeni müşteri edinebilme ile mümkün olacağı, müşteri edinebilmenin ana şartlarından birisinin yerleşik operatörler seviyesinde kapsama alanına sahip olunması olduğu,
- Ancak İş-Tim/Aycell birleşmesinden sonra bile ortaya çıkan yeni operatör olan Avea'nın Turkcell seviyesinde kapsamaya sahip olmadığı, Turkcell seviyesinde kapsamaya sahip olması için (.....) baz istasyonuna sahip olunması gerektiği ancak Avea'nın baz istasyonu sayısının (.....) olduğu ve Turkcell'in kapsama seviyesinin sadece %(...)ünü gerçekleştirmiş durumda olduğu,
- 70 - Avea'nın yeterli seviyede kapsama alanına sahip olmamasının yeni müşteri edinebilmek için Avea'nın katlandığı maliyetleri artırdığı, dolayısıyla önemli bir giriş engeli oluşturduğu,
- İlk bakışta rekabetçi üstünlüğün tanıtılması olarak görülebilecek şikayet konusu yoğun reklam kampanyası yoluyla Turkcell'in, Avea'nın yeterli kapsama alanına sahip olmadığını ima ederek yeni müşteri edinmesini ve pazara girişini engellemeyi ve faaliyetlerini zorlaştırmayı amaçladığı,
- Şikayet konusu yoğun reklamların yapılmasından sonra, Avea'nın yeni abone sayısında azalma meydana geldiği ve mevcut abonelerden bir kısmının Avea'yı bıraktığı, bunun sonucunda 2004'te toplam (.....) olan toplam abone sayısının Aralık 2004'te (.....)'e gerilediği,
- 80 - Şikayetin reklamların içeriğine yönelik olmadığı, pazara girişini engellemeye ve rakip teşebbüsün faaliyetlerini zorlaştırmaya yönelik reklam eyleminin şikayet edildiği, Rekabet Kurulu'nun Puis/Tabgis ve Benkar kararlarında reklam ve basın açıklamaları yoluyla gerçekleştirilen uygulamaları rekabet ihlali olarak tespit ettiğinden bahisle söz konusu reklam eyleminin 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi gerektiği

ileri sürölmüş ve

- 90 - Turkcell'in şikayet konusu eyleminin 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi,
- Şikayet konusu reklam eyleminin, Avea'ya verdiği zararların ciddi ve telafi olunamayacak özellikler taşıması nedeniyle, 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesi çerçevesinde geçici olarak durdurulması

talep edilmiştir.

100 **G. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 18.2.2005 tarih ve 1079 sayı ile intikal eden şikayet üzerine incelemelere başlanmış; 2813 sayılı Telsiz Kanunu'nun 7. maddesi gereğince, 25.2.2005 tarih ve 545 sayılı yazı ile Telekomünikasyon Kurumu'nun şikayet ile ilgili görüşü istenmiştir. Ancak, söz konusu görüş isteme yazısına ilişkin olarak Telekomünikasyon Kurumu'ndan herhangi bir cevap gelmemiş, dolayısıyla şikayetle ilgili olarak Telekomünikasyon Kurumu görüşü alınamamıştır.

Yapılan inceleme sonucunda düzenlenen 6.4.2005 tarih, 2005-2-22/İİ-05-AD sayılı İlk İnceleme Raporu, 11.4.2005 tarih, REK.0.06.00.00/43 sayılı Başkanlık önergesi ile 05-24 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

110 **H. RAPORTÖRÜN GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda; dosya konusu başvuru hakkında önaraştırma yapılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı ifade edilmiştir.

I. YAPILAN İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

120 Avea tarafından Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. (Turkcell)'nin reklam faaliyetleri yoluyla 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiğine yönelik olarak yapılan ve yukarıda özetlenen şikayetin değerlendirilmesi için öncelikle, söz konusu şikayet dilekçesinde zaman zaman atıfta bulunulması ve Kurul'un tespitlerine yer verilmesi nedeniyle, Rekabet Kurulu'nun 9.6.2004 tarih ve 03-40/432-186 sayılı Ulusal Dolaşım (*Roaming*) Kararı'na aşağıda kısaca yer verilmiştir.

I.1.Ulusal Dolaşım Kararı

130 Söz konusu Karar'ın alınmasına neden olan gelişmeler, Türkiye'de GSM hizmetleri pazarında faaliyet gösteren iki şirkete (Turkcell ve Telsim) ek olarak GSM 1800 lisansı için yapılan ihalenin sonucunda 27.10.2000 tarihinde İŞ-TİM Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. (İş-Tim) ve 11.1.2001 tarihinde de AYCELL Haberleşme ve Pazarlama Hizmetleri A.Ş. (Aycell) ile imtiyaz sözleşmeleri imzalanmasıyla başlamıştır.

Söz konusu sözleşmelerle her iki işletmecinin 2 yıl içinde nüfusu 10.000'den fazla olan yerleşim birimlerinin %50'sini, 5 yıl içinde ise %90'ını kapsama alanına almaları zorunlu tutulmuştur.

140 İmtiyaz sözleşmeleri sonucunda faaliyete ve altyapı yatırımlarına başlayan bu iki işletmeciden İş-Tim, 406 sayılı Kanun'un 4502 sayılı Kanun ile değişik 10. maddesi ile getirilen *roaming* yükümlülüğü çerçevesinde yerleşik işletmecilerden *roaming* talebinde bulunmuş ancak telekomünikasyon mevzuatı çerçevesinde Telekomünikasyon Kurumu tarafından yapılan düzenlemeler uygulamaya konulamamıştır. Bu süreçte İş-Tim tarafından 4054 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde Rekabet Kurumu'na konuyla ilgili şikayette bulunulmuştur. Yapılan soruşturma sonucunda Rekabet Kurulu 9.6.2003 tarihinde aldığı Karar'da;

- Turkcell ve Telsim'in GSM telekomünikasyon altyapı hizmetleri pazarında birlikte hakim durumda buldukları,

- Turkcell ve Telsim'e ait altyapıların GSM hizmetleri piyasasında faaliyet gösteren teşebbüslerin piyasaya girişleri aşamasında "zorunlu unsur" niteliğinde olduğu,

150 - Turkcel ve Telsim'in sahip oldukları GSM altyapısından, İş-Tim'in ulusal dolaşım yoluyla yararlanma talebini reddettikleri ve dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettikleri

sonucuna ulaşarak, Turkcell ve Telsim'i idari para cezasına hükmetmiş ve Telekomünikasyon Kurumu'nun belirleyeceği şartlar çerçevesinde ihlale son verilmesini istemiştir.

Rekabet Kurulu'nun anılan Kararı'na ilişkin temyiz süreci devam etmektedir. Bu arada, Aycell ve İş-Tim'in 19.2.2004 tarihinde Avea çatısı altında birleştikleri de belirtilmelidir.

160

Bu noktada GSM hizmetleri pazarında yaşanan gelişmeler ve yukarıda özetlenen Ulusal Dolaşım Kararı göz önünde bulundurularak, şikayet konusu iddialar 4054 sayılı Kanun kapsamında aşağıda değerlendirilmiştir.

I.2.Şikayet Konusu Yoğun Reklam Faaliyetinin 4054 Sayılı Kanun'un 6. Maddesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi

170

İddiaların özeti bölümünde açıklandığı gibi, Avea, Turkcell'in yukarıda değinilen Ulusal Dolaşım Kararı'nda da tespit edilen rekabet ihlalini ortaya çıkaran *roaming* yapmama eylemi ve söz konusu ihlali devam ettirmesi yoluyla sahip olduğu avantajı kullandığını, Avea'nın yeterli kapsama alanına sahip olmadığını ima eden reklamlar yoluyla GSM hizmetleri pazarına girişi engelleme ve zorlaştırmayı amaçladığını ve bu eylemin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiğini iddia etmektedir.

180

4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde bir ihlalin gerçekleşmesi için öncelikle ilgili pazarda bulunan bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durumda olması gerekmektedir. Anlaşma yapmayı reddetme eyleminin söz konusu olduğu Ulusal Dolaşım Kararı'nda GSM altyapı hizmetleri ve GSM hizmetleri olmak üzere iki ayrı pazar tanımlanmıştır. Bir başka ifadeyle, ilgili dosya konusu ihlal iddiası nedeniyle, hiçbir ticari faaliyetin gerçekleşmediği GSM hizmetlerinin sunulması için gerekli olan GSM altyapısı potansiyel bir pazar olarak ele alınmış ve GSM altyapısına sahip iki teşebbüsün bu pazarda birlikte hakim durumda oldukları kabul edilmiştir.

190

Ulusal Dolaşım Kararı'nda anlaşma yapmayı reddetme açısından iki ayrı pazar belirlenmiş olmakla birlikte, bu dosya konusu iddiaların değerlendirilmesi açısından, Ulusal Dolaşım Kararı'nda benimsenen iki ayrı pazar tanımına gerek bulunmamakta, GSM hizmetleri pazarının bir bütün olarak ele alınması gerekmektedir.

İlgili ürün pazarında Turkcell güçlü bir konumda bulunmaktadır. Rekabet Kurulu önceki bazı kararlarında Turkcell'in ilgili pazarda hakim durumda bulunduğu karar vermiştir.¹ Ancak, aşağıda açıklanacağı üzere şikayet

¹ Örn. 20.7.2001 tarih ve 01-35/347-95 sayılı Karar.

konusu eylemin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi anlamında bir kötüye kullanma olmadığından, bu dosya çerçevesinde Turkcell'in ilgili pazarda halihazırda hakim durumda olup olmadığının analizine gerek görülmemiştir.

200 Bilindiği gibi, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ihlali için bir hakim durumun yanı sıra kötüye kullanma eyleminin varlığı gerekmektedir. 4054 sayılı Kanun'da "kötüye kullanma" kavramının tanımı bulunmamakla birlikte, ilgili maddenin ikinci fıkrasında kötüye kullanma halleri tüketici olmayan bir şekilde sayılmıştır.

210 Bu çerçevede, hakim durumda olan bir teşebbüsün hangi davranışlarının kötüye kullanma olduğunun değerlendirilmesi için "kötüye kullanma" kavramının irdelenmesi gerekmektedir. Mevzuat olan AB rekabet hukuku uygulamalarında benimsenen kötüye kullanma tanımına göre, mal ve hizmet ticaretinde teşebbüslerin performansına dayanan normal rekabet dışındaki değişik yöntemlere başvurmak yoluyla pazardaki mevcut rekabet seviyesinin korunmasını ve geliştirilmesini engelleyecek nitelikteki uygulamalar 82. madde kapsamında bulunmaktadır. Bu tanımdan hareketle, bir davranışın kötüye kullanma olup olmadığının değerlendirilmesinde, hakim durumda olan teşebbüslerin eylemlerinin ilgili teşebbüslerin performanslarından kaynaklanan normal bir rekabet mi yoksa piyasadaki rekabet seviyesini azaltmaya dönük bir davranış mı olduğuna karar verilmelidir. Bir başka ifadeyle, hakim durumda olan teşebbüslere getirilen özel yükümlülükler (hakim durumunu kötüye kullanmama) ile bu teşebbüslerin normal rekabetçi davranışları arasına bir çizgi çekilmelidir.

220 Bu kapsamda konuya reklam faaliyetleri açısından bakıldığında, hakim durumda olan bir teşebbüsün yaptığı reklamların pazara girişi engellemeye ya da pazara girmekte olan rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırmaya yönelik dışlayıcı eylemler olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ele alınmalıdır.

230 Rekabet hukuku doktrinde, özellikle ABD'de, "stratejik eylemlerle girişi caydırma (*strategic entry deterrence*)" ya da "rakiplerin maliyetlerini yükseltme (*raising rivals' costs*)" kavramları çerçevesinde aşırı ya da yıkıcı reklam, aşırı kapasite yatırımı, aşırı ürün farklılaştırması ve yıkıcı ürün inovasyonu gibi rekabete aykırı davranışların ortaya çıkabileceği belirtilse de, bu konuda özellikle AB'de spesifik bir uygulama bulunmamaktadır.² Ayrıca bu tür uygulamaların normal rekabetçi davranışlar mı yoksa kötüye kullanma mı olduğunun ayırımının çok zor olduğu da kabul edilmektedir.³

240 Bu açıklamalar ışığında, Turkcell tarafından yapılan reklamların Avea'nın şikayetinde iddia edildiği üzere 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal edecek nitelikte bir kötüye kullanma eylemi mi yoksa normal rekabetçi bir uygulama mı olduğu değerlendirilmelidir.

² Bkz, JONES, A. and Sufrin, B., *EC Competition Law*, OUP, 2001, shf:426 ve HOVENKAMP, H., *Federal Antitrust Policy The Law of Competition and Its Practice, Second Edition*, 1999, shf:314-317.

³ JONES, A. and Sufrin, B., *Supra* n.3, shf:426.

Bilindiği gibi, Turkcell (Telsim gibi) bu pazara erken girmenin verdiği avantajla altyapısını ve dolayısıyla kapsama alanını genişletmiştir. Şikayet konusu reklamlarda, Turkcell'in tüm Türkiye'yi kapsama alanına aldığı belirtilerek söz konusu üstünlüğe vurgu yapılmaktadır. Bunun yanı sıra aynı reklamlarda, Turkcell'in uluslararası dolaşım anlaşmaları yoluyla dünyanın birçok bölgesinde abonelerine hizmet verdiği de ifade edilmektedir. Ayrıca Turkcell'in bir çok değişik hizmetinin tanıtıldığı reklamlar sürekli olarak değişik mecralarda yayınlanmaktadır.

- 250 Öncelikle belirtilmelidir ki, Avea'nın şikayetinde atıfta bulunulan ve GSM hizmetleri piyasasında pazara giriş için kapsama alanının önemine ilişkin Ulusal Dolaşım Kararı'ndaki tespitler soruşturulan dönemin koşulları göz önüne alınarak yapılmıştır. Günümüze gelindiğinde, Avea'yı oluşturan iki işletmecinin imtiyaz sözleşmelerini imzalamalarının üzerinden 4 yıldan fazla bir sürenin geçtiği görülmektedir. Buna ek olarak, 2004 yılı başında gerçekleşen birleşme ile pazara girmeye çalışan bu iki işletmeci birleşmiş ve bu birleşme sonucunda yapılacak saha kaydırmalarıyla kapsama alanı sorununun aşılacağı ifade edilmiştir.⁴ Ayrıca, şikayet dilekçesinde yer alan bilgilerden, Avea'nın yaklaşık (.....) aboneye sahip olduğu, pazara girişin
- 260 önemli bir aşamasını kaydettiği gözlenmekte ve bir düşüş trendi olmakla birlikte yeni abone kazanmaya devam ettiği (2004 yılının son dört ayında ortalama (.....) yeni abone) görülmektedir. Bu açıdan Avea'nın pazara giriş aşamasında olup olmadığı tartışmalı bir hale gelmektedir. Bunun yanında, imtiyaz sözleşmelerinde yer alan nüfusu 10.000'den fazla olan yerleşim alanlarının %90'nın kapsanması yükümlülüğünün yerine getirilmesi için Avea'ya verilen 5 yıllık sürenin dolmasına az bir süre kalmıştır.

- 270 Belirtilen bu nedenlerle, pazara girişin ilk yıllarında önemli olan kapsama alanı sorununun halihazırda pazarda faaliyet göstermek için kritik olmaktan çıktığı, şikayet edilen reklamlarda Turkcell'in yurtiçi ve dışında sahip olduğu kapsama seviyesinden kaynaklanan üstünlüğünü tanıtmasının normal bir rekabet yöntemi olduğu düşünülmektedir. Ayrıca daha önce değinildiği gibi, aşırı reklam yoluyla hakim durumun kötüye kullanılması konusunda doktrinde ve uygulamada örnek alınabilecek bir uygulama da bulunmamaktadır.

- 280 Bu çerçevede, şikayette yer verilen Rekabet Kurulu'nun Püis/Tabgis⁵ ve Benkar⁶ kararları da bu anlamda örnek olabilecek nitelikte değildir. Püis/Tabgis Kararı, Püis ve Tabgis'in akaryakıt istasyonlarının uyguladığı kredi kartı komisyonlarına ve promosyonlara yönelik karar ve eylemleriyle ilgilidir ve söz konusu olayda bu karar ve eylemler basın yoluyla kamuoyuna ve üyelere duyurulmuştur. Bu nedenle, ihlal kararının verilmesinde karar ve eylemlerle ilgili basın duyurularının rolü bulunmamaktadır. Benkar Kararı'nda ise Benkar'ın kendisiyle münhasır çalışmayan işyerlerini reklamlarından çıkarttığı yönünde ifadelere yer verilmiş ancak reklamlarla ilgili konular ihlale karar verilmesinde temel bir unsur olarak yer almamıştır. Dolayısıyla şikayette

⁴ Aycell/İŞ-TİM, 18.12.2003 tarih ve 03-81/970-399 sayılı Rekabet Kurulu Kararı.

⁵ 18.09.2000 tarih ve 00-35/392-219 sayılı Karar.

⁶ 15.8.2003 tarih ve 03-57/671-304 sayılı Karar.

iddia edildiğinin aksine, Rekabet Kurulu tarafından sadece reklam eyleminden dolayı verilmiş bir ihlal kararı bulunmamaktadır.

290 Yapılan bu değerlendirmeler ışığında, ilgili piyasada Turkcell'in hakim durumda olduğu kabul edilse bile, Turkcell tarafından yapılan reklamların 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde kötüye kullanma olmadığı, dolayısıyla Avea tarafından yapılan şikayet hakkında önaraştırma yapılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı kanaatine varılmıştır.

J. SONUÇ

Düzenlenen rapora, toplanan delillere ve incelenen dosya kapsamına göre;

300 Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin kapsama alanı ile ilgili yaptığı yoğun reklamlar yoluyla Avea İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin pazara girişini engellediği, faaliyetlerini zorlaştırdığı ve dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiği iddiasına yönelik olarak önaraştırma yapılmasına veya soruşturma başlatılmasına gerek bulunmadığına, şikayetin reddine OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.