

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

(Danıştay Kararları Üzerine Verilen)
REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2009-2-172 (Önaraştırma)
Karar Sayısı : 09-45/1136-286
Karar Tarihi : 08.10.2009

10 **A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER**

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI (Başkan V.)
Üyeler : Mehmet Akif ERSİN, Doç. Dr. Mustafa ATEŞ, Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY, Murat ÇETİNKAYA, Reşit GÜRPINAR

B. RAPORTÖRLER : Adnan AKGÜN, Yalçın YALÇIN

C. ŞİKAYET EDEN : Vodafone Telekomünikasyon A.Ş.
Temsilcisi: Av. Dr. İ. Yılmaz ASLAN
Barbaros Bulvarı Tan Apt. No:60/5 Balmumcu
Beşiktaş/İstanbul

D. ŞİKAYET EDİLEN : Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.
Turkcell Plaza Meşrutiyet Cad. No:71
34730 Tepebaşı/İstanbul

E. DOSYA KONUSU : Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin ayrımcı uygulamalar ve seçici fiyatlandırma yoluyla 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği iddiası üzerine alınan 20.5.2008 tarih ve 08-34/453-159 sayılı Kurul kararına ilişkin Danıştay kararları ertesinde, dosya konusunun yeniden değerlendirilmesi.

F. İDDİALARIN ÖZETİ : Başvuruda;

- Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin (Turkcell), şebekeler arasındaki trafik verilerini işleyerek kendi müşterilerinin en fazla aradığı Vodafone müşterilerini tespit ettiği,
- Bu kişilere telefonda pazarlama (tele-sale, tele-marketing) yöntemiyle Turkcell GSM hattı pazarladığı,
- Turkcell'in bu pazarlama eyleminde Vodafone müşterilerine ücretsiz telefon verme, 532 ile başlayan SIM kart gönderme, ilgili yılın sonuna kadar geçerli olmak üzere maliyetlerin altında olmayan ancak düşük konuşma ücretleri teklif ettiği,

- GSM hizmetleri pazarında hakim durumda bulunan Turkcell'in Vodafone'u piyasa dışına çıkarmaya ve faaliyetlerini zorlaştırmaya yönelik eyleminin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (a) ve (b) bentlerine aykırı olduğu

ifade edilmekte ve olayda rekabete aykırılığın bariz olması sebebiyle, önaraştırma yapılmaksızın Turkcell hakkında doğrudan soruşturma açılması, Turkcell'in iddia edilen ihlale devam etmesi halinde telafisi mümkün olmayacak zararlarla karşılaşılacağı gerekçesiyle de acilen geçici tedbir kararı verilmesi, muhtemelen açılacak tazminat davalarında hak kaybına uğramamaları bakımından varsa rekabet ihlallerinin mutlaka tespit edilmesi ve incelemenin her safhasında taraf olarak kendilerinin bilgilendirilmesi talep edilmektedir.

G. DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 03.03.2008/1320, 29.04.2008/2575, 02.05.2008/2703 tarih ve sayılarla giren başvurularla ilgili olarak hakkında Rekabet Kurulunca verilen 20.05.2008 tarih ve 08-34/453-159 sayılı kararda, iddialara ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun çerçevesinde önaraştırma yapılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.

Rekabet Kurulunca verilen kararın iptali istemiyle Vodafone vekili tarafından açılan davada, Danıştay 13. Dairesince 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 27. maddesindeki koşulların birlikte olduğu belirtilerek dava sonuçlanıncaya kadar yürütmenin durdurulması kararı verilmiştir. Anılan Danıştay kararına karşı Hukuk Müşavirliğimizce yapılan itiraz Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 25.06.2009 tarih ve 2009/152 E. sayılı kararı ile reddedilmiştir.

Başvurulara ilişkin olarak hazırlanan 11.08.2009 tarih ve 2009-2-172/BN-09-AA sayılı bilgi notu üzerine Rekabet Kurulu tarafından 26.08.2009 tarih ve 09-39/928-M sayılı toplantıda başvuru hakkında 4054 sayılı Kanun'un 40. maddesinin 1. fıkrası ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in 55. maddesinin 1. fıkrası uyarınca önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ilgili hükümleri çerçevesinde düzenlenen 28.9.2009 tarih ve 2009-2-172/ÖA-09-AA sayılı Önaraştırma Raporu 01.10.2009 tarih ve REK.0.06.00.00-110/394 sayılı Başkanlık Önergesi ile 09-45 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

H. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda; şikayet dilekçesinde yer alan iddialar hakkında 4054 sayılı Kanun'un 40. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığı ifade edilmiştir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

Şikayet, GSM hizmetleri pazarında hakim durumda bulunan Turkcell'in bu alanda rakibi konumunda olan Vodafone'un müşterilerine telefonda pazarlama yöntemi kullanarak düşük tarife teklif etmek, ücretsiz telefon vermek suretiyle aboneleri arasında ayrımcılık yapmak ve seçici düşük fiyatlı uygulama uygulamak suretiyle hakim durumunu kötüye kullanması hakkındadır.

Şikayet ile ilgili olarak, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 7. maddesinin, "*Rekabet Kurulu, elektronik haberleşme sektörüne ilişkin olarak yapacağı inceleme ve tetkiklerde, birleşme ve devralmalara ilişkin olarak vereceği kararlar da dahil olmak üzere elektronik haberleşme sektörüne ilişkin olarak*

vereceği tüm kararlarda öncelikle Kurum'un görüşünü ve Kurum'un yapmış olduğu düzenleyici işlemleri dikkate alır" şeklindeki ikinci fıkrası gereğince Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'ndan (BTK) görüş talep edilmiştir.

90 BTK tarafından gönderilen cevap yazısında, Vodafone'nun 13.03.2008 tarih ve 476 sayılı yazı ile kendilerine başvurduğu, Turkcell tarafından, arabağlantı kapsamında Vodafone abonelerine doğru başlatılan çağrılarının incelenerek Vodafone abonelerinin numaralarına bu abonelerden izinsiz olarak ulaşmak suretiyle Turkcell hizmetlerinin pazarlandığı iddiasında bulunduğu belirtilmektedir. Konu ile ilgili olarak Turkcell'e 31.03.2008 tarihinde yazı yazıldığı, Turkcell'in cevap yazısında tele-pazarlama faaliyetinin Vodafone tarafından da gerçekleştirildiği ve bu durumun ihtarname ile Vodafone'a bildirildiği bilgisine yer verildiği ifade edilmiştir.

100 BTK'nın cevap yazısında ayrıca, mevcut durumda herhangi bir gerçek veya tüzel kişi tarafından bir ürünün satılması ya da bir hizmetin sağlanması sırasında aboneye ait iletişim bilgilerinin abone tarafından verilmesi halinde, bu kişilerin kendi ürünlerinin ya da hizmetlerinin doğrudan pazarlanması amacıyla söz konusu iletişim bilgilerini kullanabilmeleri mümkün olmakla birlikte, abone tarafından bu tarz bir iletişimin istenmemesi halinde basit ve ücretsiz bir işlemle reddedilebilir olmasına işletmeci tarafından imkan sağlanması gerektiği bilgisine yer verilmiştir. İlgili görüşte tüm bu açıklamalara ek olarak, inceleme konusu eylemlere son verilmesini sağlamak amacıyla BTK'nın almış olduğu önlemler hakkında da aşağıdaki ifadelere yer verildiği görülmektedir;

110 "Konuya ilişkin olarak işletmeciler, 29.04.2008 tarih ve 35384-22791 sayılı yazımız ile Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğin Korunması Hakkında Yönetmelik'in 8. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "İlgili trafik verilerinin ise işletmeci tarafından hizmet amaçları dışında kaydedilmesi, saklanması ve gözetimi yasaktır." hükmüne aykırı olduğuna ilişkin iddialarını destekleyen tüketici şikayetlerinin gelmesi ve/veya Kurumumuz tarafından yapılan inceleme ve denetimlerde trafik verilerinin hizmet amaçları dışında kullanıldığına ilişkin veriler edinilmesi halinde idari para cezasına maruz kalabilecekleri hususunda ikaz edilmişlerdir."

120 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun "Abone ve Cihaz Kimlik Bilgilerinin Güvenliği" başlıklı 56. maddesinde "Abone kimlik ve iletişim bilgilerini taşıyan özel bilgiler ile cihazların elektronik kimlik bilgilerini taşıyan her türlü yazılım, kart, araç veya gereç yetkisiz ve izinsiz olarak kopyalanamaz, muhafaza edilemez, dağıtılamaz, kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla kullanılamaz." hükmü yer almaktadır. Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğin Korunması Hakkında Yönetmelik'in 8. maddesinde ise, "Yasaların ve yargı kararlarının öngördüğü durumlar haricinde, haberleşmeye taraf olanların tamamının izni olmaksızın, telekomünikasyonun üçüncü şahıs tarafından dinlenmesi, kaydedilmesi, saklanması, kesilmesi veya gözetimi yasaktır. İlgili trafik verilerinin ise işletmeci tarafından hizmet amaçları dışında kaydedilmesi, saklanması ve gözetimi yasaktır." düzenlemesine yer verilmektedir.

130 BTK'nın yukarıda yer verilen görüş yazısındaki bilgilerden gerek Vodafone'un gerekse Turkcell'in bahsi geçen hükümlere aykırı olarak, haberleşme sırasında elde ettikleri trafik bilgilerini hizmet amaçları dışında işleyerek tele-pazarlama uygulamasında kullandıkları ve bu uygulamaları sebebiyle karşılıklı olarak birbirlerini BTK'ya şikayet ettikleri görülmektedir. Yine aynı yazıdan, BTK tarafından ilgili teşebbüslere uyarıcı nitelikte bir yazı yazıldığı, trafik verilerinin hizmet amaçları dışında kullanılmasının durdurulmasının istendiği, aksi bir davranışın tespit edilmesi durumunda idari para cezası uygulanmasının söz konusu olabileceğinin taraflara iletildiği anlaşılmaktadır.

140 Şikayete konu eylem, Turkcell tarafından Vodafone müşterilerine ilişkin olarak elde edilen ve trafik verilerinin işlenmesiyle sağlanan bilgilerin tele-pazarlama yönteminde kullanılarak, Turkcell aboneleri olmaları karşılığında Vodafone müşterilerine belirli bir süre için düşük fiyat tarifesi teklif edilmesi, ücretsiz cep telefonu verilmesi gibi uygulamalarla aboneler arasında ayrımcılık ve seçici fiyatlandırma yapılmasından oluşmaktadır. BTK'nın Görüş Yazısı'nda, işletmecilerin telekomünikasyon mevzuatından kaynaklanan yükümlülükleri uyarınca bu eylemlerine son vermeleri gerektiğinin Turkcell ve Vodafone'a bildirildiği anlaşılmaktadır. Bu sebeple, bu aşamada, şikayete konu eylem hakkında 4054 sayılı Kanun kapsamında ayrıca bir işlem tesis edilmesine gerek bulunmadığı kanaatine varılmıştır

J. SONUÇ

150 Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, şikayet konusu iddialar ile ilgili olarak Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına, şikayetin reddine OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.