

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2002-2-46 (Önaraştırma/Muafiyet)
Karar Sayısı : 02-56/697-281
Karar Tarihi : 19.9.2002

A- TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Tamer MÜFTÜOĞLU
Üyeler : Dr. Kemal EROL, İsmet CANTÜRK, A.Ersan GÖKMEN,
R. Müfit SONBAY, Kubilay ATASAYAR, Murat GENCER,
Mustafa PARLAK, Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ, Rıfki ÜNAL

B- RAPORTÖRLER: Ebru ÖZTÜRK, Ekrem KALKAN, Bayram Ali GEÇGİL,
Ayşe Özlem UZUN

C- BAŞVURUDA

BULUNAN : - Re'sen
- Netcell İletişim Hizmetleri A.Ş.

D- HAKKINDA ÖNARAŞTIRMA YAPILANLAR:

- Netcell İletişim Hizmetleri A.Ş.
Eğitim Mah. Poyraz Sok. Sadıkoğlu İş Merkezi No:9
Kadıköy-İstanbul
- Eko İletişim İnşaat Turizm ve Ticaret Ltd. Ş.
Kayışdağı Cad. No:285/1 Sahrayıcedid Erenköy-İstanbul
- Teleses Telekomünikasyon Pazarlama San. ve Tic. A.Ş.
Esat cad. No:39 Küçük Esat-Ankara
- Panatel Pazarlama A.Ş.
Büyükdere Cad. No:155 80310 Zincirlikuyu Levent-İstanbul
- Şengüller Ticaret-Yasin Fevzi ŞENGÜL
Zerrin Sok. No:11/A Acıbadem Üsküdar-İstanbul
- Teknoteks Elektronik Ticaret ve Sanayi Ltd. Ş.
Galleria Ofis Katı No:339 34710 Ataköy-İstanbul

- Denkel İletişim Hizmetleri Ltd. Ş.
Altunizade Mah. Mahir İz Cad. Kat:2 No:86 Üsküdar-İstanbul
- Baltürk Elektronik Ticaret ve Sanayi A.Ş.
Mimar Kemalettin Cad. Gençten İşmerkezi No:22/25-61 Sirkeci-İstanbul
- Siemens Sanayi ve Ticaret A.Ş.
Yakacık Yolu No:111 81430 Kartal-İstanbul

E- DOSYA KONUSU : Cep telefonu dağıtım pazarında faaliyet gösteren yedi dağıtıcı firmanın Netcell İletişim Hizmetleri Anonim Şirketi (Netcell A.Ş.)'ni kurmak suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u ihlal ettiğine yönelik re'sen başlatılan inceleme ile buna ilişkin menfi tespit /muafiyet başvurusu ve ayrıca Netcell A.Ş. ile Siemens Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Siemens A.Ş.) arasındaki Distribütörlük Sözleşmesi'ne ilişkin menfi tespit/ muafiyet başvurusu.

F- İDDİALARIN ÖZETİ : Cep telefonu dağıtım pazarında faaliyet gösteren bazı rakip firmaların 24.11.2000 tarihinde Netcell A.Ş.'yi kurduklarının basın ve internetteki bilgilerden anlaşılması üzerine ve anılan kuruluş işlemine ilişkin olarak bildirimde bulunmadığı dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un ihlal edildiği iddiası ile re'sen inceleme başlatılmıştır.

G- DOSYA EVRELERİ : Cep telefonu dağıtım pazarında faaliyet gösteren bazı rakip firmaların 24.11.2000 tarihinde Netcell A.Ş. adında bir şirket kurduklarının, basına yansıyan haberlerden ve çeşitli internet sitelerindeki bilgilerden anlaşılması üzerine re'sen inceleme başlatılmıştır. Bu karar çerçevesinde düzenlenen 17.7.2002 tarih ve 2002-2-46/BN-02-E.Ö. sayılı Bilgi Notu 22.7.2002 tarih ve REK.0.06.00.00/62 sayılı Başkanlık önergesi ile 25.7.2002 tarih ve 02-45 sayılı Kurul toplantısında görüşülmüş ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. ve 6. maddelerinin ihlaline ilişkin bir soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının belirlenmesi amacıyla, Kanun'un 40/1. maddesi uyarınca önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir.

Bu arada, Netcell A.Ş.'nin kuruluşuna ilişkin olarak adı geçen teşebbüs tarafından yapılan ve Kurum kayıtlarına 26.8.2002 tarih, 3764 sayı ile intikal eden menfi tespit ve muafiyet başvurusu ile Netcell A.Ş. ile Siemens A.Ş. arasındaki Distribütörlük Sözleşmesi'ne ilişkin olarak Netcell A.Ş. tarafından yapılan ve Kurum kayıtlarına 3.9.2002 tarih, 3882 sayı ile intikal eden menfi tespit ve muafiyet başvurusu sözü geçen önaraştırma kapsamında birlikte değerlendirilmiştir.

İlgili karar uyarınca yapılan inceleme sonucunda düzenlenen 5.9.2002 tarih, 2002-2-46/ÖA-02-E.Ö. sayılı Önaraştırma Raporu 16.9.2002 tarih,

02-56/697-281

REK.0.06.00.00/77 sayılı Başkanlık önergesi ile 19.9.2002 tarih ve 02-56 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

H- RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda;

- Netcell A.Ş.'nin işbirliği doğurucu bir ortak girişim ve "kuruluş ana sözleşmesi"nin de 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında bir anlaşma olduğu,
- bu anlaşmaya menfi tespit belgesi verilemeyeceği ancak bireysel muafiyet tanınabileceği, bununla birlikte süresi içinde bildirilmemiş olması sebebiyle Kanun'un 16. maddesi uyarınca para cezası verilmesi gerektiği,
- Netcell A.Ş.'nin kuruluşundan sonra önaraştırmaya kadar olan dönemde piyasadaki faaliyetlerinin ihlal teşkil etmemesi sebebiyle soruşturma açılmasına gerek olmadığı,
- Netcell A.Ş. ile Siemens A.Ş. arasındaki "Distribütörlük Sözleşmesi"ne menfi tespit belgesi verilemeyeceği, anlaşmanın süresi içinde bildirilmemesi sebebiyle Kanun'un 16. maddesi uyarınca para cezası verilmesi gerektiği,
- Sözleşme'nin 8.2. ve 9.4. maddelerinde distribütöre satış fiyatlarını belirlemede serbesti tanıyacak şekilde değişiklik yapılması ve "Rekabet Yasağı" başlığı altında yer alan 9.3. maddesinin sözleşme metninden çıkarılması koşullarıyla 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nden yararlanabileceği

ifade edilmektedir.

I- İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. İlgili Pazar

I.1.1 İlgili Ürün Pazarı

Bildirim konusu ortak girişimin tarafları olan şirketlerin GSM cep telefonu ile bu telefonlarda kullanılan kontör kartların dağıtımını ve satışını yapmaları, ortak girişim şirketi Netcell A.Ş.'nin de aynı ürün pazarına ilişkin dağıtım zincirinin bir üst aşamasında faaliyet göstermesi nedeniyle ilgili ürün pazarı "GSM cep telefonu dağıtım pazarı" olarak belirlenmiştir. Ayrıca, "kontör kart" satışlarıyla ilgili faaliyetler de GSM cep telefonu dağıtım pazarıyla bağlantılı ikinci bir pazar olarak tespit edilmiştir.

I.1.2. İlgili Coğrafi Pazar

Kontör kart ve cep telefonunun toptan ve perakende satışlarının Türkiye çapında gerçekleşmesi sebebiyle ilgili coğrafi pazar Türkiye Cumhuriyeti sınırları olarak belirlenmiştir.

I.2. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

I.2.1. Hakkında Öneraştırma Yapılan Teşebbüsler

I.2.1.1. Netcell İletişim Hizmetleri Ticaret Anonim Şirketi

24.11.2000'de kurulan ve Nisan 2001'de faaliyetlerine başlayan Netcell A.Ş.'nin ortakları cep telefonu dağıtımı alanında faaliyet gösteren bazı firmaların ortak ve yöneticileridir. Şirketin gerçek kişi ortakları, bu şahısların temsil ettikleri firmalar ile ortaklık payları aşağıdaki tabloda gösterilmiştir.

Tablo 1: Netcell A.Ş.'nin Ortaklık Yapısı

Ortaklar	Temsil ettikleri firmalar	Pay %
Yasin Fevzi Şengül	Şengüller Ticaret-Yasin Fevzi Şengül	20
Recep Uzelli	Teleses Telekomünikasyon Pazarlama San. ve Tic. A.Ş.	20
Sinan Ekşi	Eko İletişim İnşaat Turizm ve Tic. Ltd. Ş.	20
Panatel Pazarlama A.Ş.	Panatel Pazarlama A.Ş.	20
Ali Tanju Yılmaztürk	Baltürk Elektronik Ticaret ve Sanayi A.Ş.	8
Ahmet Hakan Yılmaztürk	Teknoteks Elektronik Tic. ve San. Ltd. Ş.	8
Cüneyd Taner Akşahin	Denkel İletişim Hizmetleri Ltd. Ş.	2
Ercüment Akşahin	Denkel İletişim Hizmetleri Ltd. Ş.	2
TOPLAM		100

Teknoteks Elektronik Ticaret ve Sanayi Ltd. Ş., Denkel İletişim Hizmetleri Ltd. Ş., Baltürk Elektronik Ticaret ve Sanayi A.Ş. aynı ekonomik birlik içinde bulunmaları sebebiyle Telecity Grubu olarak anılmaktadır. Dolayısıyla, Netcell A.Ş.'nin %20'şerlik paya sahip beş ortağı olduğu ve şirketin yönetim kurulunun Yasin Fevzi Şengül, Sinan Ekşi, Recep Uzelli, Ali Tanju Yılmaztürk ve Sinan Karagülle olmak üzere beş kişiden oluştuğu anlaşılmıştır.

Netcell A.Ş. yukarıda anılan firmalara ürün temin eden bir lojistik firma olarak faaliyet göstermektedir. Bu çerçevede, Netcell A.Ş. ile Mitsubishi, Nokia, Siemens, Motorola ve Sony-Ericsson markalarının temsilcisi olan firmalar arasında dağıtım sözleşmeleri imzalanmıştır.

Netcell A.Ş.'nin 2001 ve 2002 yıllarında cep telefonu satışındaki tahmini pazar payı sırasıyla %6,9 ve %.....; aktivasyon açısından ise %4 ve %.....'dir. Aşağıdaki tabloda Netcell A.Ş. ortaklarının perakende satış yaptıkları kendilerine ait mağaza sayısı gösterilmektedir. Bu teşebbüslerin ayrıca toptan satış faaliyetleri de bulunmaktadır.

Tablo 2: Netcell A.Ş. Ortaklarının Mağazaları

Firma Adı	Mağaza Sayısı ve Yeri
Eko İletişim İnşaat Turizm ve Tic. Ltd. Ş.	14 İstanbul, 5 Eskişehir
Şengüller Ticaret-Yasin Fevzi Şengül	15 İstanbul, 4 Van
Teleses Telekomünikasyon Pazarlama San. ve Tic. A.Ş.	14 Ankara
Telecity	15 İstanbul, 4 İzmir
Panatel Pazarlama A.Ş.	1 İstanbul

I.2.1.2. Şengüller Ticaret (Şengüller Tic.)

Yasin Fevzi Şengül'e ait olan Şengüller Tic., Van Ticaret ve Sanayi Odası'na kayıtlı şahıs firmasıdır. 1976 yılında kurulan ve 1994 yılından itibaren GSM sektöründe faaliyet göstermeye başlayan Şengüller Tic.'in 200'e yakın satış noktası bulunmaktadır. Şirketin 2001 yılı net satışları 78.428.036.000.000 TL.'dir.

I.2.1.3. Eko İletişim İnşaat Turizm ve Ticaret Limited Şirketi (Eko Ltd. Ş.)

Eko Ltd. Ş.'nin ortakları Sinan Ekşi (%60) ve Tamer Aksu (%40) olup, şirket Nokia, Siemens, Ericsson, Panasonic, Motorola, Mitsubishi markalı cep telefonu ve aksesuarları ile kontör kartlarının satışını yapmaktadır. Şirketin 19 mağazasının yanı sıra 55 adet bayisi bulunmaktadır. Eko Ltd. Ş., Netcell A.Ş. dışındaki distribütörlerden de ürün temin etmektedir. Şirketin 2001 yılı net satışları 11.579.413.975.361 TL.'dir.

I.2.1.4. Panatel Pazarlama Anonim Şirketi (Panatel A.Ş.)

1996 yılında kurulan Panatel A.Ş.'nin ortaklık yapısı aşağıdaki gibidir.

Tablo 3: Panatel A.Ş.'nin Ortaklık Yapısı

Ortaklar	Pay (%)
Panatel Elektronik San. ve Tic. A.Ş.	60
Ayhan Bermek	20
M. Tülay Ağaoğlu	15
A. Yavuz Ağaoğlu	3
A. Tülin Olgaç	2

Panatel A.Ş., Tekofaks Komünikasyon A.Ş. ürünlerinin perakende bayisi olarak faaliyet göstermektedir. Şirketin 2001 yılı net satışları 1.428.723.405.329 TL.'dir.

I.2.1.5. Telecity Grubu

Telecity Grubu, Teknoteks Elektronik Ticaret ve Sanayi Ltd.Ş. (Teknoteks Ltd.Ş.), Baltürk Elektronik Ticaret ve Sanayi A.Ş. (Baltürk A.Ş.) ve Denkel İletişim Hizmetleri Ltd.Ş. (Denkel Ltd.Ş.)'den oluşmaktadır.

02-56/697-281

2001 yılı net satışları 19.291.796.236.160 TL. olan Baltürk A.Ş.'nin ortaklık yapısı aşağıdaki gibidir.

Tablo 4: Baltürk A.Ş.'nin Ortaklık Yapısı

Ortaklar	Pay (%)
Ali Tanju Yılmaztürk	25
Ahmet Hakan Yılmaztürk	25
Burhan Dinçbal	20
Salih Zeki Dinçbal	15
Hasan Dinçbal	15

2001 yılı net satışları 12.787.055.625 TL. olan Teknoteks Ltd.Ş.'nin hisselerinin %50'si Ali Tanju Yılmaztürk'e %50'si ise Ahmet Hakan Yılmaztürk'e aittir.

2001 yılı net satışları 19.182.234.352.017 TL. olan Denkel Ltd.Ş.'nin ortaklık yapısı aşağıdaki gibidir.

Tablo 5: Denkel Ltd.Ş.'nin Ortaklık Yapısı

Ortaklar	Pay (%)
Ahmet Hakan Yılmaztürk	26
Ali Tanju Yılmaztürk	24
Cüneyd Taner Akşahin	26
Ercüment Akşahin	24

Telecity Grubu, GSM cep telefonları, çağrı cihazları, DECT tipi ve kablolu PSTN telefonları ile bunlara bağlı aksesuarlarının toptan ve perakende satışı ile Turkcell hatları ve kontör kartlarının satışını yapmaktadır. Telecity Grubu'nun, Turkcell satışları içindeki pazar payı 2001 yılında %1,65; 2002 yılında Temmuz ayı sonu itibarıyla %0,85'tir.

I.2.1.6. Teleses Telekomünikasyon Pazarlama Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi (Teleses A.Ş.)

Teleses A.Ş., telefon santralleri, masa tipi telefon makinaları, Ericsson, Motorola, Nokia, Panasonic, Siemens, Alcatel, Sagem, Samsung, Trium, Sony, Audiovox ve Raks markalı GSM mobil telefonları, DECT tipi kablolu PSTN telefonları, çağrı cihazları ile bunlara bağlı aksesuarları ve kontör kart satışı yapmaktadır. 64 adet bayisi olan şirketin 2001 yılı cirosu 866.658.694.000 TL.'dir. Şirketin ortaklık yapısı aşağıdaki gibidir.

Tablo 6: Teleses A.Ş.'nin Ortaklık Yapısı

Ortaklar	Pay (%)
Recep Uzelli	69
Murat Yalçın	10
Birgöl Cevher	10
Abdullah Tüter	10
Serhat Bekdemir	1

Netcell A.Ş.'nin ortağı olan Recep Uzelli, Teleses A.Ş.'yi temsilen Netcell A.Ş.'de ortak olmasına ve bu husus önaraştırma raporu içerisinde aynı şekilde belirtilmesine rağmen, maddi hata sonucu karar tutanağında, söz konusu kişinin temsilcisi olduğu şirketin adı, aynı grup içerisinde yer alan Teleses Elektronik Haberleşme Ürünleri Ltd.Ş. olarak geçmekte olup, bu hata işbu gerekçeli kararda düzeltilmiştir.

I.3. Netcell A.Ş.'nin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

I.3.1. İşbirliği Doğurucu Ortak Girişim Olması Açısından

1997/1 sayılı Tebliğ'in "Birleşme ve Devralma Sayılan Haller" başlıklı 2. maddesi (c) bendinde belirtilen özellikleri haiz ortak girişimler, birleşme ve devralma olarak kabul edilmektedir. Buna göre; bir ortak girişimin birleşme veya devralma olarak değerlendirilmesi için;

- ortak kontrol altında bir teşebbüsün bulunması,
- bu ortak girişimin, amaçlarını gerçekleştirmek üzere işgücü ve mal varlığına sahip olacak şekilde bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkması,
- taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmaması

gerekmektedir.

Bu niteliklere sahip olan ortak girişim sözleşmeleri, yoğunlaşma doğurucu kabul edilmektedir. Bir ortak girişim, rekabeti kısıtlayıcı nitelikler taşıdığı durumlarda ise Kanun'un 4. maddesi kapsamında bir "anlaşma" olarak değerlendirilmektedir. Netcell A.Ş., sayılan bu üç unsur açısından incelenmiştir.

I.3.1.1.Ortak Kontrolün Varlığı

Şirket ana sözleşmesinin "Kuruluş" başlıklı 1. maddesinde, şirketin ortağı olan gerçek ve tüzel kişilerin isimleri yer almaktadır. Yukarıda yer verildiği üzere, gerçek kişi ortakların her biri pazarda aynı seviyede faaliyet gösteren rakip firmaların ortak ve yöneticileridir.

Ana sözleşmenin ilgili maddelerinde;

- yönetim kurulunun genel kurulca pay sahipleri arasından seçilecek en az üç en çok yedi üyeden oluşacağı (7.madde),
- şirketin idaresi ve dışarıya karşı temsili ve şirketin maksat ve mevzuuna giren tüm hususların ifası, her türlü ipotek, rehin ve her türlü teminat verilip alınması, gayrimenkul iktisap ve satışı ve kefaletle ilgili kararların ittihazı yetkisinin yönetim kuruluna ait olduğu (12.madde),
- murakıbın genel kurulca pay sahipleri arasından veya dışarıdan tayin edileceği (13.madde),
- sermayenin artırılması ve azaltılması, şirketin tasfiyesi, şirkete yeni ortak alınması, mevcut ortakların şirketten ihracı, yönetim kurulu üyeleri ve murakıbın

seçilmesi ile genel kurul toplantılarında esas sermayenin en az dörtte üçünü temsil eden pay sahiplerinin hazır bulunmasının şart olduğu ve bu toplantılarda alınacak kararların geçerli olabilmesi için esas sermayenin dörtte üçünü temsil eden pay sahiplerinin lehte oy vermelerinin şart olduğu,

- genel kurul toplantılarında hazır bulunan pay sahiplerinin veya vekillerinin her hisse için bir oyu olacağı (19.madde)

belirtilmektedir.

Bu bilgiler ışığında Netcell A.Ş.'nin, kurucularca ortaklaşa kontrol edildiği anlaşılmaktadır.

1.3.1.2. Bağımsız İktisadi Varlık Olması

Bir ortak girişimin Kanun'un 7. maddesi ve Tebliğ'in 2(c) maddesi kapsamında değerlendirilebilmesi için ikinci koşul, ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlık olması, bir başka deyişle fonksiyonel bağımsızlığa sahip olmasıdır. Ortak girişimin, bağımsız bir ekonomik birimin bütün işlevlerini sürekli olarak yerine getirebilmesi için kuruculardan ayrı muhasebe, personel, yönetim organı ve finansal kaynaklarının bulunması ve kendi ticari politikasının olması gerekmektedir. Bu nedenle, ortak girişimin başlıca tedarik kaynaklarının veya müşterilerinin kurucu teşebbüsler olup olmadığı ve faaliyetlerinin kurucu teşebbüslerin faaliyetleri ile bütünleşip bütünleşmediği önem taşımaktadır. Kurucu teşebbüslerin faaliyetlerinden sadece birine yönelik olarak kurulan örneğin, faaliyetleri araştırma-geliştirme veya üretim ile sınırlandırılan ortak girişimler ve ana teşebbüslerin ürünlerinin dağıtım faaliyetlerini sürdüren ortak girişimler fonksiyonel olarak bağımsız değildir. Zira bu kuruluşlar, ana şirketin davranışlarına ve politikalarına doğrudan bağımlıdır; bu şirketlerin politikalarından ayrı ve habersiz pazarlama veya satış politikaları sürdüremezler. Esasen ürünlere artı değer katmamaları sebebiyle bu nitelikte ortak girişimlerin bağımsız olduklarını söylemek mümkün görünmemektedir.

Netcell A.Ş.'nin oluşumu bu çerçevede değerlendirildiğinde, ortaklarının faaliyet gösterdiği pazarda ve tamamen ortaklarının faaliyetlerine bağımlı olarak çalıştığı anlaşılmaktadır. Netcell A.Ş.'nin kuruluşu öncesinde KVK ve Genpa gibi distribütörlerden ürün temin eden ortaklar, artık Netcell A.Ş.'den ürün temin etmeye başlamışlardır. Netcell A.Ş.'nin müşterileri bizatihi kurucu ortaklardır.

Ayrıca Netcell A.Ş.'nin faaliyet giderlerinde kullanılan finansman kaynakları kuruluş sermayesinin yanında "havuz sistemi" adındaki bir uygulama ile ortaklar tarafından karşılanmaktadır. Netcell A.Ş.'nin 100.000.000.000 (yüz milyar) TL.'lik kuruluş sermayesinin faaliyet giderlerini karşılamakta yetersiz kalması ve KDV ödemelerindeki vade uyuşmazlığını çözmek amacıyla yürütülen havuz sisteminde, ortaklar Netcell A.Ş.'ye cihaz alış fiyatlarının üzerinde ödeme yapmaktadır. Netcell A.Ş.'nin finansman ihtiyacı karşılandıktan sonra ortaklardan alınan kaynaklar iade edilmektedir.

Bu unsurlar birlikte değerlendirildiğinde, Netcell A.Ş.'nin ortaklarından bağımsız bir iktisadi varlık olma niteliği taşımadığı tespit edilmiştir.

I.3.1.3. Rekabeti Sınırlayıcı Amaç ve Etkinin Olmaması

Bir ortak girişimin Kanun'un 7. ve 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2(c) maddesi kapsamında değerlendirilebilmesi için taraflar arasında ve taraflarla ortak girişim arasında rekabeti sınırlayıcı amaç ve etki olmamalıdır.

Buna göre; ortak girişimin kendisini oluşturan teşebbüslerin daha önceki faaliyetlerini devralıp devralmadığının, onların adına yeni faaliyetlere girişim girişmediğinin, şirketlerin ilgili pazarlarda veya ilgili ürün pazarının üst veya alt pazarlarında ya da komşu pazarlarda faaliyet gösterip göstermediğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Bu unsurlar çerçevesinde değerlendirildiğinde, Netcell A.Ş.'nin, daha önce ortakların faaliyet göstermediği yeni bir alanda faaliyette bulunmadığı, şirket ana sözleşmesinin "maksat ve mevzuu" bölümünde tanımlanan faaliyet alanının ortakların faaliyet gösterdiği ilgili ürün pazarıyla çakıştığı tespit edilmiştir.

Dolayısıyla beş rakip firmanın aynı ilgili ürün pazarında faaliyet gösterecek Netcell A.Ş.'yi kurmuş olmaları hususunun, bu firmaların aralarında olası bir koordinasyonu kolaylaştırıcı unsur olması sebebiyle "ortak girişimin taraflar arasında rekabeti sınırlayıcı amaç ve etkisinin olmaması" koşulunun yerine getirilmediği kanaatine ulaşılmıştır.

Bu çerçevede, ortak girişimin, Kanun'un 7. ve 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2(c) maddesi kapsamında değerlendirilebilmesi için gereken "ortak kontrolün varlığı, bağımsız iktisadi varlık olma, rekabeti kısıtlayıcı amaç ya da etkinin olmaması" koşullarından sadece ilkinin haiz olduğu görülmektedir. Bu şartlar altında Netcell A.Ş.'ye ilişkin kuruluş sözleşmesinin Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gereken bir ortak girişim anlaşması olduğu anlaşılmıştır.

I.3.2. Rekabet İhlali Açısından

Dosya mevcudu bilgi ve belgelerden, haklarında önaraştırma yürütülen şirketlerin Netcell A.Ş.'den temin ettikleri ürünleri yeniden satma aşamasında rekabet ihlali yaratan davranışlarda bulunup bulunmadıklarının tespiti amacıyla, tarafların fiyat listeleri, fatura örnekleri ve diğer belgeleri incelenmiş ve ortakların temsil ettikleri firmaların yeniden satış fiyatlarını belirlemede birlikte hareket etmedikleri, müşterileri paylaşma yoluna gitmedikleri anlaşılmıştır. Dolayısıyla yeniden satış aşamasında, önaraştırmada konu edilen dönem itibarıyla, rekabet ihlali yaratan bir durum tespit edilememesi sebebiyle bu konuda soruşturma açılmasına gerek olmadığı kanaatine varılmıştır.

I.4. Netcell A.Ş.'nin Kuruluş Sözleşmesi Hakkında Menfi Tespit/Muafiyet Başvurusunun Değerlendirmesi

I.4.1. Menfi Tespit Değerlendirmesi

Netcell A.Ş.'nin kurucu ortaklarının aynı piyasada faaliyet gösteren rakip teşebbüslerin ortak ve yöneticileri olması, faaliyet alanının bu pazardaki dağıtım ve pazarlama faaliyetleriyle doğrudan ilgili olması sebebiyle kuruluş ana

sözleşmesi, Kanun'un 4. maddesinde belirtilen "rekabeti kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan" bir anlaşma olarak değerlendirilmiştir. Önaraştırma çerçevesinde yapılan incelemede, Netcell A.Ş.'nin ve ortaklarının rekabeti ihlal edici fiili davranışlar içinde olmadıkları tespit edilmekle birlikte, mevcut ortaklık yapısı ve faaliyet alanı itibarıyla rekabeti kısıtlama potansiyelini içinde barındıran bir oluşum olduğu görülmektedir. Dolayısıyla bu anlaşmaya menfi tespit verilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.

I.4.2. Bildirim Tarihi

4054 sayılı Kanun'un 10. maddesinde, 4. madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararların yapıldıkları tarihten itibaren bir ay içinde Kurul'a bildirilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır.

24.11.2000 tarihinde kurulan Netcell A.Ş.'nin kuruluşuna ilişkin menfi tespit/muafiyet başvurusu, önaraştırma sürecinde, 26.8.2002 tarih ve 3764 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir. Kanuni süresi içinde bildirilmediği anlaşılan bu anlaşma hakkında Kanun'un 16. maddesi birinci fıkrası (c) bendi ve üçüncü fıkrası hükmünün 2002/1 sayılı "4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16 ve 17. Maddelerinde Düzenlenmiş Olan İdari Para Cezalarının 31/12/2002 Tarihine Kadar Geçerli Olmak Üzere Artırıldığına Duyurulmasına İlişkin Tebliğ" hükümleriyle birlikte uygulanmasının gerektiği kanaatine ulaşılmıştır.

I.4.3. Bireysel Muafiyet Değerlendirmesi

Netcell A.Ş., menfi tespit başvurusunun reddi halinde başvurunun muafiyet bildirimini olarak değerlendirilmesini talep etmektedir. 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan şartların tamamının varlığı halinde ve ilgililerin talebi üzerine teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4. madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulabileceği hükümü yer almaktadır. Bu şartlar;

- malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,
- tüketicinin bundan yarar sağlaması,
- ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,
- rekabetin birinci ve ikinci bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması

şeklindedir.

Bu koşulların tümünü içeren başvurulara en çok 5 yıl süre ile muafiyet verilebilmektedir.

I.4.3.1. Malların Üretim veya Dağıtımı ile Hizmetlerin Sunulmasında Yeni Gelişme ve İyileşmelerin ya da Ekonomik veya Teknik Gelişmenin Sağlanması

Netcell A.Ş.'nin kurulmasıyla KVK ve Genpa gibi güçlü distribütörlerden ürün temin eden kurucu ortaklar bu distribütörlerden yaptıkları alımları Netcell A.Ş. vasıtasıyla doğrudan üretici firmalardan almaya başlamışlardır. Bu haliyle Netcell A.Ş., KVK ve Genpa gibi distribütörlere bir rakip olarak ortaya çıkmış ve pazardan %15-20 arası bir pay almıştır. Öneri çerçevesinde, ortakların satış yaptığı toptancı bayilerle yapılan görüşmelerde, Netcell A.Ş.'nin kurulmasıyla KVK ve Genpa'ya karşı bir rakibin ortaya çıkmasının olumlu karşılandığı anlaşılmıştır.

Ayrıca Netcell A.Ş.'nin lojistik bir firma olarak stok bulundurmadan çalışma yöntemini benimsemesi neticesinde dağıtım faaliyetinde hız ve etkinlik sağladığı görülmektedir. Dağıtımdaki bu iyileşmenin sayısı yaklaşık 1800 olan Netcell A.Ş. bayilerine de yansıdığı ve dağıtımın bu aşamasında da etkinliğin arttığı kanaatine varılmıştır.

Netcell A.Ş., Nokia, Motorola, Trium, Sony-Ericsson, Siemens olmak üzere beş farklı marka cep telefonunun distribütörlüğünü yaparak, bu ürünleri sağladığı bayilerin ürün portföyünün genişlemesine katkıda bulunmaktadır.

Bu bilgiler ışığında dağıtım aşamasında iyileşmelerin sağlanmasına yönelik bir ortamın tesis edilmesiyle ilk koşulun yerine getirildiği anlaşılmıştır.

I.4.3.2. Tüketicinin Bundan Yarar Sağlaması

Netcell A.Ş.'nin asıl kuruluş amacı Trium markasının distribütörlüğünü yapmaktır. Trium, Netcell A.Ş.'nin kuruluşuna kadar Türkiye pazarında yer almayan bir markadır. Netcell A.Ş. böylece pazara yeni bir markayı getirerek tüketicinin seçim imkanını genişletmiştir.

Daha önce distribütörlerden ürün temin eden firmalar, Netcell A.Ş.'yi kurarak üreticilerden doğrudan alım yapmaya başlamış, bu distribütörlerin uyguladığı kar marjlarından daha düşük bir marj uygulayarak piyasadaki distribütör kar marjını aşağı çekmişlerdir. Bu gelişmenin dağıtımın her aşamasına yansıdığı ve sonuçta tüketicinin bundan fayda sağladığı görülmektedir.

Bu tespitler ışığında ikinci koşulun da sağlandığı kanaatine varılmıştır.

I.4.3.3. İlgili Piyasanın Önemli Bir Bölümünde Rekabetin Ortadan Kalkmaması

Netcell A.Ş.'nin kurulmasıyla KVK ve Genpa gibi güçlü distribütörlere karşı piyasada %15-20 gibi bir payı elinde bulunduran bir rakip ortaya çıkmıştır. Böylece piyasanın bu seviyesindeki rekabetin arttığı görülmektedir.

Ayrıca, Netcell A.Ş.'nin kurucu ortaklarının sahibi ve yöneticisi oldukları rakip teşebbüslerin yeniden satış seviyesinde aralarındaki rekabeti kısıtlayıcı davranışlarda bulunmadıkları tespit edilmiştir.

Bu değerlendirmeler neticesinde üçüncü koşulun da yerine getirildiği kanaatine varılmıştır.

I.4.3.4. Rekabetin Birinci ve İkinci Bentlerindeki Amaçların Elde Edilmesi İçin Zorunlu Olandan Fazla Sınırlanmaması

Önaraştırma çerçevesinde yapılan incelemede, Netcell A.Ş.'yi oluşturan ortakların hem Netcell A.Ş. çatısı altındaki, hem de yeniden satıcı sıfatıyla yürüttüğü bağımsız faaliyetlerinin ilk iki bentde belirtilen muafiyet koşullarına halel getirecek nitelikte olmadığı tespit edilmiştir. Dolayısıyla Netcell A.Ş.'nin son koşulu da sağladığı görülmektedir.

Sonuç olarak Netcell A.Ş.'nin Kanun'un 5. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirdiği, dolayısıyla şirket kuruluş sözleşmesine bireysel muafiyet verilmesinin uygun olacağı kanaatine ulaşılmıştır.

4054 sayılı Kanun'un 10. maddesi birinci fıkrası uyarınca zamanında yapılmamış bildirimlere muafiyet verilmesi halinde muafiyet bildirim tarihinden itibaren geçerli olacaktır.

I.5. Netcell A.Ş.'nin Siemens A.Ş. ile Yaptığı Distribütörlük Sözleşmesi'ne İlişkin Menfi Tespit/Muafiyet Başvurusunun Değerlendirilmesi

Siemens A.Ş. ile Netcell A.Ş. arasında 13.9.2001 tarihinde imzalanan Distribütörlük Sözleşmesi'nde, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde sözleşme konusu mal ve hizmetlerin pazarlanması için Netcell A.Ş.'ye münhasır olmayan bir satış hakkı verilmesi konu edilmektedir.

I.5.1. Menfi Tespit Değerlendirmesi

Distribütörlük Sözleşmesi hükümleri incelendiğinde, distribütörün yeniden satış fiyatlarını belirlemedeki serbestliğini engelleyici ve ayrıca muhtelif rekabet yasaklarını içeren hükümler bulunması nedeniyle söz konusu anlaşmaya menfi tespit belgesi verilmesinin mümkün olmadığı görülmüştür.

I.5.2. Grup Muafiyeti Değerlendirmesi

2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 4. maddesinde, bazı istisnalarla birlikte esas olarak; "*Alicının kendi satış fiyatını belirlemede serbestisinin engellenmesi*" şeklindeki rekabet kısıtlaması içeren bir anlaşmanın grup muafiyetinden yararlanamayacağı ifade edilmektedir. Bu hüküm karşısında,

yeniden satış fiyatının belirlenmesine ilişkin 8.2. ve 9.4. maddelerinin anlaşmanın grup muafiyeti kapsamında değerlendirilmesini engellediği görülmektedir. Anlaşmanın rekabet mevzuatı ile uyumlu hale getirilmesi amacıyla öncelikle, menfi tespit belgesi verilmemesinin gerekçelerini de oluşturan bu hükümlerin distribütöre satış fiyatlarını belirlemede serbesti tanıyacak şekilde değiştirilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.

2002/2 sayılı Tebliğ'in 4. maddesinin (b) bendinde; " . . *alıcının sözleşme konusu mal veya hizmetleri satacağı bölge veya müşterilere ilişkin kısıtlamalar getirilmesi*", anlaşmayı grup muafiyeti kapsamına çıkaran diğer bir sınırlama olarak kabul edilmektedir.

Ancak, "*Alıcının müşterilerince yapılacak satışları kapsamaması kaydıyla, sağlayıcı tarafından kendisine veya bir alıcıya tahsis edilmiş münhasır bir bölgeye ya da münhasır müşteri grubuna yapılacak aktif satışların kısıtlanması*" şeklindeki ifadeyle Tebliğ'in 4(b) maddesindeki genel yasaklamaya istisna getirilmektedir.

Distribütörlük Sözleşmesi'nin 1.2. maddesinde sözleşme bölgesi "Türkiye Cumhuriyeti" olarak belirlenmiştir. Sözleşme'nin yukarıda anılan 9.2. maddesindeki ifadeler, bölgeye ilişkin kısıtlamanın aktif veya pasif olup olmadığı konusunda açıklık taşımamaktadır. Dolayısıyla, anlaşmanın grup muafiyetinden yararlanabilmesi amacıyla 9.2. maddesinin sadece aktif satışlara yönelik olarak anlaşılmasını sağlayacak şekilde değiştirilmesi gerekmektedir.

Sözleşme'nin 9.3. maddesi hükmü ile 9. maddede yer alan tüm hükümlerin anlaşmanın sona ermesinden itibaren bir yıl süre ile geçerli olacağı kabul edilmektedir.

Ancak, anılan Tebliğ'in "Rekabet Etmeme Yükümlülüğü" başlıklı 5. maddesinin (b) bendinde; "*Anlaşmanın sona ermesinden sonraki döneme ilişkin olarak, alıcıya getirilen, mal ya da hizmet üretmesini, satın almasını, satmasını ya da yeniden satmasını yasaklayan doğrudan ya da dolaylı herhangi bir yükümlülüğün*" varlığı halinde grup muafiyetinin bu yükümlülüğe uygulanmayacağı belirtilmektedir. Bununla birlikte, bu maddeye "*yasaklamanın anlaşma konusu mal ya da hizmetlerle rekabet halindeki mal ya da hizmetlere ilişkin olması, anlaşma süresince alıcının faaliyette bulunduğu tesis ya da arazi ile sınırlı olması ve sağlayıcı tarafından alıcıya devredilen know-how'ı korumak için zorunlu olması koşullarıyla, alıcıya, anlaşmanın sona ermesinden itibaren bir yılı aşmamak kaydıyla rekabet etmeme yükümlülüğü getirilebilir*" koşullarıyla istisna getirilmektedir.

Görüldüğü üzere, sağlayıcı alıcıya sözleşmenin bitiminden sonra bir yıl mal satmama yasağını, başta söz konusu malın rakip mal olması şeklindeki birinci şartın yanında diğer iki şartın da aynı anda sağlandığı bir durum için getirebilir. Ancak Distribütörlük Sözleşmesi'nin 9.3. maddesi özellikle 9.1.2. maddesindeki

üretim ve satış yasağı ile birlikte değerlendirildiğinde, yukarıda yer verilen şartlar mevcut olmamasına rağmen, sağlayıcı tarafından alıcıya yükümlülük getirildiği anlaşılmıştır. Bu çerçevede, Sözleşme'nin 9.3. maddesinin 2002/2 sayılı Tebliğ'in 5. maddesi ile uyumlu hale getirilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.

Ancak Netcell A.Ş. ile Siemens A.Ş. arasında 13.9.2001 tarihinde yapılan işbu anlaşma, 4054 sayılı Kanun'un 10. maddesinde belirtilen bir aylık süre içerisinde Kurul'a bildirilmediğinden Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi ve üçüncü fıkrası uyarınca ilgililere para cezası verilmesi gerekmektedir.

J- SONUÇ

1. GSM cep telefonu dağıtım piyasasında faaliyet gösteren Eko İletişim İnşaat Turizm ve Tic. Ltd.Ş., Teleses Telekomünikasyon Pazarlama San. ve Tic. A.Ş., Teknoteks Elektronik Tic. ve San. Ltd.Ş., Denkel İletişim Hizmetleri Ltd.Ş., Baltürk Elektronik Ticaret ve Sanayi A.Ş. ve Şengüller Ticaret-Yasin Fevzi Şengül'ün ortak ve yöneticilerinin şahsen, Panatel Pazarlama A.Ş.'nin tüzel kişi olarak 24.11.2000 tarihinde kurdukları Netcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin rekabet hukuku anlamında işbirliği doğurucu bir ortak girişim ve şirket kuruluş ana sözleşmesinin de 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında bir anlaşma olduğuna,
2. Bu ortak girişimin kuruluş sözleşmesinin Kanun'un 10. maddesinin birinci fıkrası hükmü gereğince kurulduğu tarihten itibaren bir ay içinde Kurul'a bildirilmesi gerektiği halde bu yükümlülüğün süresi içinde yerine getirilmemesinden dolayı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi ve 2002/1 sayılı Tebliğ gereğince Eko İletişim İnşaat Turizm ve Tic. Ltd.Ş., Teleses Telekomünikasyon Pazarlama San. ve Tic. A.Ş., Teknoteks Elektronik Tic. ve San. Ltd.Ş., Denkel İletişim Hizmetleri Ltd.Ş., Baltürk Elektronik Ticaret ve Sanayi A.Ş., Panatel Pazarlama A.Ş. ve Şengüller Ticaret-Yasin Fevzi Şengül'ün her birine ayrı ayrı (1.454.027.000)'er TL idari para cezası uygulanmasına,
3. 16. maddenin üçüncü fıkrası uyarınca ayrıca, anılan bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesi gereken dönemde yukarıda sayılan teşebbüslerden; Eko İletişim İnşaat Turizm ve Tic. Ltd.Ş.'nin yönetim organlarında yer alan Sinan Ekşi ve Tamer Aksu'ya, Teleses Telekomünikasyon Pazarlama San. ve Tic. A.Ş.'nin yönetim organlarında yer alan Recep Uzelli, Burhan Sütlü, Birgül Cevher, Burak Özdemir ve Serhat Bekdemir'e, Teknoteks Elektronik Tic. ve San. Ltd.Ş.'nin yönetim organlarında yer alan Ali Tanju Yılmaztürk ve Ahmet Hakan Yılmaztürk'e, Denkel İletişim Hizmetleri Ltd.Ş.'nin yönetim organlarında yer alan Cüneyd Taner Akşahin'e, Baltürk Elektronik Ticaret ve Sanayi A.Ş.'nin yönetim organlarında yer alan Burhan Dinçbal, Ali Tanju Yılmaztürk, Ahmet Hakan Yılmaztürk, Salih Zeki Dinçbal, Hasan Dinçbal'a, Şengüller Ticaret-Yasin Fevzi Şengül'e, Panatel Pazarlama A.Ş.'nin yönetim organlarında yer alan

Ayhan Bermek, Meliha Tülay Ağaoğlu, Ahmet Yavuz Ağaoğlu, Ayşe Tülin Olgaç ve Sinan Karagülle'ye söz konusu cezanın %5'i oranında olmak üzere ayrı ayrı (72.701.350) TL. idari para cezası uygulanmasına,

4. Netcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin kuruluş sözleşmesine ilişkin menfi tespit/muafiyet başvurusunun değerlendirilmesi sonucunda söz konusu anlaşmaya menfi tespit belgesi verilemeyeceğine, ancak anlaşmanın Kanun'un 5. maddesinde sayılan koşulları yerine getirmesi nedeniyle bu anlaşmaya başvuru tarihi olan 26.8.2002 tarihinden itibaren 5 yıl süre ile bireysel muafiyet tanınmasına,
5. Netcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin ve şirketi oluşturan teşebbüslerin anılan şirketin kuruluşundan önaraştırma süresine kadar olan dönemde ilgili ürün pazarındaki davranışlarının rekabeti kısıtlayıcı nitelikte olmaması nedeniyle bu teşebbüsler hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığına,
6. Netcell İletişim Hizmetleri A.Ş. ile Siemens Sanayi ve Ticaret A.Ş. arasındaki Distribütörlük Sözleşmesi'ne ilişkin menfi tespit/muafiyet başvurusunun değerlendirilmesi sonucunda, Sözleşme'ye menfi tespit belgesi verilemeyeceğine ve dolayısıyla Sözleşme'nin bildirim tabi bir anlaşma olmasına rağmen süresi içinde bildirilmemesi sebebiyle Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi ve 2002/1 sayılı Tebliğ gereğince, anlaşmanın tarafları olan Netcell İletişim Hizmetleri A.Ş. ile Siemens Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ye ayrı ayrı (1.454.027.000)'er TL. para cezası verilmesine ve aynı maddenin üçüncü fıkrası gereğince ayrıca, anılan bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesi gereken dönemde yukarıda sayılan teşebbüslerden Netcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin yönetim organlarında yer alan Yasin Fevzi Şengül, Recep Uzelli, Sinan Ekşi, Ali Tanju Yılmaztürk, Sinan Karagülle'ye, Siemens Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin yönetim organlarında yer alan Ali Zafer İncecik, Jurgen Radomski, Mustafa V. Koç, Johannes Feldmayer, Johann Peter Baudrexl'e söz konusu cezanın %5'i oranında olmak üzere ayrı ayrı (72.701.350)'er TL. idari para cezası uygulanmasına,
7. Netcell İletişim Hizmetleri A.Ş. ile Siemens Sanayi ve Ticaret A.Ş. arasındaki Distribütörlük Sözleşmesi'nin 8.2. ve 9.4. maddelerindeki hükümlerin distribütöre satış fiyatlarını belirlemede serbesti tanıyacak şekilde değiştirilmesi, "Rekabet Yasağı" başlığı altında yer alan 9.2. madde hükmünün, sadece aktif satışlara yönelik olarak anlaşılmasını sağlayacak şekilde değiştirilmesi ve 9.3. maddesinin ise 2002/2 sayılı Tebliğ'in 5. maddesi ile uyumlu hale getirilmesi koşullarıyla, ilgili sözleşmenin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlanabileceğine,

02-56/697-281

8. a) Bu koşulların yerine getirilmesi için kararın tebliğinden itibaren ilgili taraflara 60 gün süre verilmesine ve bu süre içerisinde öngörülen düzeltmelerin yapıldığına dair belgelerin Kurum'a sunulmasına,

b) Aksi takdirde 4054 sayılı Kanun'un 56. maddesi uyarınca Sözleşme'nin geçersiz olacağının, öngörülen düzeltmeler yapılmadan uygulamaya devam edilmesi halinde haklarında soruşturma aılacağının ve aynı Kanun'un 16 ve 17. maddeleri uyarınca işlem yapılacağının taraflara bildirilmesine

OY BİRLİĞİ ile karar verilmiştir.