

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2004-2-45 (Menfi Tespit)
Karar Sayısı : 04-61/886-208
Karar Tarihi : 21.9.2004

10 **A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER**

Başkan : Mustafa PARLAK
Üyeler : Tuncay SONGÖR, A. Ersan GÖKMEN, R.Müfit SONBAY,
Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ, Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI,
M.Sıraç ASLAN, Süreyya ÇAKIN

B. RAPORTÖR : Özge İÇÖZ

20 **C. BİLDİRİMDE BULUNAN** : - Sabancı Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.
Sabancı Center Kule 2 Kat 15 34330 4.Levent-İstanbul

D. TARAFLAR : - Sabancı Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.
Sabancı Center Kule 2 Kat 15 34330 4.Levent-İstanbul
- Fidan İletişim Hizmetleri A.Ş.
Selanik Caddesi No:45 Kızılay-Ankara

30 **E. DOSYA KONUSU: Sabancı Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. ile Fidan İletişim Hizmetleri A.Ş.(Marketweb) arasındaki kurumsal hizmetlerin devri konusunda yapılan anlaşmaya ilişkin menfi tespit belgesi verilmesi veya muafiyet tanınması talebi**

40 **F. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 21.6.2004 tarih ve 3298 sayı ile giren başvuruda; Sabancı Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. (Sabancı Telekom) ile Fidan İletişim Hizmetleri A.Ş. (Marketweb) arasındaki kurumsal hizmetlerin devri konusunda yapılan anlaşmanın, ilgili ürün pazarında rekabeti kısıtlayıcı veya engelleyici bir yönü bulunmadığının menfi tespit ile teyit edilmesi ya da bunun olmadığı takdirde anlaşmaya 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde bireysel muafiyet tanınması talep edilmektedir.

50 İlgili başvuruya konu sözleşme incelendiğinde, Marketweb'in, kurumsal internet erişim hizmeti vermek suretiyle ve bu hizmete bağlı olarak elde ettiği mevcut müşteri portföyünün Sabancı Telekom'a devrini, Sabancı Telekom tarafından verilecek kurumsal internet erişim hizmetinin pazarlanması suretiyle, Marketweb tarafından sağlanacak müşterilerden elde edilecek gelirin taraflar arasında paylaşılmasına ilişkin olarak tarafların hak ve yükümlülüklerini düzenlediği görülmüştür. Başvuruda ayrıca Marketweb'in ilgili ürün pazarında diğer rakip teşebbüsler ile acentelik ya da benzeri herhangi bir faaliyeti bulunmadığı da belirtilmiştir.

Başvuruda, söz konusu sözleşmeye ilişkin menfi tespit veya bireysel muafiyet talebi bulunmasına rağmen, öncelikle Marketweb'in müşteri portföyünün Sabancı Telekom'a devri işlemi, her ne kadar acentelik sıfatında olmakla birlikte aynı zamanda kısmi mal varlığı devri olması nedeniyle 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 2 (b) maddesi uyarınca bir devralma niteliği taşıdığı tespit edilmiştir. Bu nedenle, öncelikle devralma incelemesi yapılmış ve Devralma işlemine ilişkin 16.7.2004 tarih ve 2004-2-45/Öİ-04-Öİ sayılı Ön İnceleme Raporu, Rekabet Kurulu'nun 22.7.2004 tarihli toplantısında görüşülmüş ve devralmanın 1997/1 sayılı Tebliğ çerçevesinde, tarafların ilgili ürün ve coğrafi pazardaki toplam ciro ve pazar paylarının 1997/1 sayılı Tebliğ'in değişik 4. maddesinde belirtilen toplam ciro ve pazar payı eşiklerini aşmaması nedeniyle, bu aşamada herhangi bir karar alınmasına gerek olmadığına ve 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi çerçevesinde devam eden inceleme tamamlandıktan sonra menfi tespit değerlendirmesinin yapılacağına karar verilmiştir.

Ayrıca konuya ilişkin olarak, 2813 sayılı Telsiz Kanununun 4502 sayılı Kanunla değişik 7. maddesinin üçüncü fıkrası hükmü uyarınca 16.7.2004 tarih ve 2708 sayılı yazı ile Telekomünikasyon Kurumu'nun konuyla ilgili görüşü talep edilmiştir. Telekomünikasyon Kurumu'nun görüşü 17.8.2004 tarihinde Kurumumuza intikal etmiştir.

Bu çerçevede, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4, 6, 7 ve 8. maddeleri uyarınca yapılan inceleme sonucunda düzenlenen 19.8.2004 tarih, 2004-2-45/MM-04-Öİ sayılı Menfi Tespit Raporu, 3.9.2004 tarih ve REK.0.06.00.00/132 sayılı Başkanlık önergesi ile, 04-61 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G. RAPORTÖRÜN GÖRÜŞÜ: Devralma işleminin değerlendirildiği öninceleme raporunda, Sabancı Telekomünikasyon A.Ş.'nin Marketweb'in müşteri portföyünü devralması işlemi sonucunda, tarafların ilgili ürün ve coğrafi pazardaki toplam ciro ve pazar paylarının 1997/1 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in değişik 4. maddesinde belirtilen toplam ciro ve pazar payı eşiklerini aşmadığı ve bu sebeple bildirim konusu devralma işleminin izne tabi bir devralma olmadığı, ardından menfi tespit talebinin değerlendirildiği ilgili raporda ise; başvuru konusu olan ve Sabancı Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. ile Fidan İletişim Hizmetleri A.Ş.(Marketweb) arasında imzalanan "Müşteri Devri ve İşbirliği Sözleşmesi"nin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal etmediği, dolayısıyla sözleşmeye menfi tespit belgesi verilmesinde sakınca bulunmadığı ifade edilmiştir.

H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. Taraflar

Sabancı Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş., telekomünikasyon hizmetleri, yurtiçi,yurtdışı veri haberleşmesini sağlayacak şebekeleri kurma, işletme, uydu kanalları kullanma, kiralama, kiraya verme, yurt içi ve yurt dışı

100 enformasyon sistemlerine erişim hizmeti sağlama, internet servisleri sağlamak gibi konularda faaliyet gösteren bir şirkettir.

Fidan İletişim Hizmetleri A.Ş. ise, internet servisleri, dial up, bilişim, web hizmetleri sağlamak alanlarında faaliyet göstermektedir.

H.2. İlgili Pazar

H.2.1. İlgili Ürün Pazarı

Dosya mevcudu bilgilerden, bildirim tarafları olan teşebbüslerin internet servis sağlayıcılığı hizmeti verdikleri anlaşılmıştır.

110 İnternet kullanıcılarının internet uygulamalarını kullanmaları ve internete ulaşmaları ancak bir İnternet Servis Sağlayıcı (İSS) vasıtasıyla mümkün olabilmektedir. Bir İSS'nin müşterilerine hizmet sağlayabilmesi için İSS'in öncelikle yerel telefon şebekesine veya kablo altyapısı gibi, internet erişim hizmetlerinin sunulmasına olanak tanıyan bir altyapıya erişmesi ve ardından ise bu şebeke vasıtasıyla kurumsal ve yerel kullanıcılara hizmet götürmesi gerekmektedir.

Uygulamada, İSS'lerce talep edilen hizmetlere şebeke erişim hizmetleri, bu hizmetler vasıtasıyla İSS'lerin son kullanıcılara sundukları katma değerli hizmetlere ise internet erişim hizmetleri adı verilmektedir.

120 Bu çerçevede, internet hizmetlerinde arz ve talebin bulunduğu iki tür pazar bulunmaktadır:

- Kullanıcıya sunulan dar ve geniş bant erişim hizmetleri pazarları.
- Kullanıcıya bu hizmetin sunulması için gerekli unsurların alınıp satıldığı pazarlar.

Bu pazarlar da kendi içlerinde, kurumsal ve yerel kullanıcıya sunulan dar ve geniş bant erişim pazarları ile bu pazarlar için gerekli unsurların (altyapı) sağlandığı pazarlar olarak ayrılırlar.

130 406 sayılı Kanun'un 4502 sayılı Kanun'la değişik 2. maddesinin (a) bendi, hiç kimsenin Kurumla bir görev, imtiyaz sözleşmesi yapılmış veya Kurum tarafından bir telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin verilmiş olmadıkça telekomünikasyon hizmeti yürütemeyeceği ve/veya altyapısı kuramayacağı ve işletmeyeceği hükmünü içermektedir. Bu çerçevede Genel İzin, "bir telekomünikasyon hizmetinin yürütülmesi için, Kurum tarafından işletmecileri belli genel şartlara ve Kurum nezdinde kayıt yaptırılmasına tabi olarak yetkilendiren genel düzenleyici işlem" olarak tanımlanmıştır. Genel İzin ile yetkilendirilecek telekomünikasyon hizmetleri, ilgili Kurul Kararlarına göre sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesine gerek olmayan ve 406 sayılı Kanun'un Ek 18. maddesinde sayılan hizmetlerin dışında kalan hizmetler olarak belirtilmektedir. Genel olarak internet servis sağlayıcılığı hizmeti verilebilmesi için Telekomünikasyon Kurumu'ndan Genel İzin yetkilendirmesi 140 almak gerekmektedir. Bunun dışında pazara giriş konusunda herhangi bir engel bulunmamaktadır. Telekomünikasyon Kurumu'ndan alınan bilgiler çerçevesinde, şu anda 99 adet İSS, sahip oldukları Genel İzin çerçevesinde ilgili pazarlarda faaliyet göstermektedirler.

Anlaşmanın konusunu, sadece alt pazarlardan biri durumundaki kurumsal internet erişim hizmetinin oluşturması nedeniyle, ilgili ürün pazarı “*kurumsal internet erişim hizmeti*” olarak tespit edilmiştir.

H.2.2. İlgili Coğrafi Pazar

150

Taraflar arasındaki sözleşmenin, ülkenin bütününe kapsadığının belirtilmesi nedeniyle ilgili coğrafi pazar “*Türkiye Cumhuriyeti sınırları*” olarak belirlenmiştir.

H.3. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

160

4054 sayılı Kanun’un 8. maddesinin birinci fıkrasında, “*İlgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin başvurusu üzerine Kurul, elinde bulunan bilgiler çerçevesinde bir anlaşmanın, kararın, eylemin veya birleşme ve devralmanın bu Kanun’un 4, 6 ve 7. maddelerine aykırı olmadığını gösteren bir menfi tespit belgesi verebilir.*” hükmü yer almaktadır.

Sabancı Telekom tarafından yapılan başvuruda, taraflar arasında imzalanan “Müşteri Devri ve İşbirliği Sözleşmesi” çerçevesinde kurumsal hizmetlerin devri konusunda varılan anlaşmaya menfi tespit belgesi verilmesi, bunun olmadığı takdirde anlaşmaya 5. madde uyarınca bireysel muafiyet tanınması talep edilmektedir. Bu amaçla, söz konusu anlaşma hükümleri 4054 sayılı Kanun’un öncelikle 4. maddesi çerçevesinde incelenmiştir.

170

Başvuru konusu sözleşme ve sözleşmenin özellikle 5.7. maddesinde yer alan “Sabancı Telekom’un güncel liste fiyatı haricinde yapılacak satışlarda Sabancı Telekom’un yazılı onayı gerektiği” şeklindeki hüküm nedeniyle, tarafların ilişkilerinin “acentelik” çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Acentelik sözleşmeleri 4054 sayılı Kanun kapsamında dikey anlaşmalar çerçevesinde incelenmektedir. “2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğinin Açıklanmasına Dair Kılavuz”da acentelik sözleşmelerinin nasıl ele alınacağına dair açıklamalar yapılmıştır.

180

Kılavuzda, müvekkil teşebbüs hesabına aracılık ettiği ya da akdettiği sözleşmelere ilişkin olarak acenteye getirilen sınırlamaların genellikle Kanun’un 4. maddesi kapsamında olmadıkları için, prensip olarak muafiyet rejiminin de konusu olmadığı, ancak akdedilen anlaşmanın adının acentelik anlaşması olmasının da bu anlaşmanın kendiliğinden Kanun’un 4. maddesi kapsamı dışında kaldığı anlamına gelmediği ifade edilmektedir.

190

Buna göre, teşebbüsler arasındaki ilişkinin Kanun’un 4. maddesi kapsamında olup olmadığını belirleyen faktör, acentenin, müvekkili tarafından atandığı faaliyetlerle ilgili olarak ticari veya mali bir risk alıp almadığıdır. Acentenin müvekkili adına yapmış olduğu ya da aracılık ettiği sözleşmeden dolayı herhangi bir mali veya ticari risk almadığı durumlarda, acente ile müvekkil arasındaki ilişki Kanun’un 4. maddesi kapsamı dışında kalmaktadır. Böyle bir durumda, acentenin alış veya satış faaliyeti müvekkilin faaliyetlerinin bir parçası olarak değerlendirilir. Müvekkil teşebbüs, kendisine ilişkin acentelik hizmeti nedeniyle, mali ve ticari riskleri taşımasının karşılığında, acentenin bu alandaki ekonomik faaliyetlerini belirleyebilme hakkını elde edecektir.

Aksi durumda ise, acente tüm bu risklere kendisi katlanmaktadır ve dolayısıyla yapmış olduğu yatırımların geri dönüşünü sağlayabilmesi için kendi pazarlama stratejisini özgürce belirleyebilmesi gerekmektedir. Böyle bir durumda, söz konusu sözleşme Kanun'un 4. maddesi kapsamına girebilecek ve Tebliğ kapsamında bir değerlendirmeye tabi tutulabilecektir.

Kılavuzda acentelik sözleşmelerine Kanun'un 4. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağına belirleyici faktör olan riskin kimde olduğunun tespitinde, teşebbüsler arasındaki hukuki ilişkinin yanı sıra pazarın ekonomik durumunun da dikkate alınması gerektiği vurgulanmaktadır. Bu çerçevede örneğin,

- 200 – Taşıma masrafları da dahil olmak üzere mal veya hizmetlerin alım veya satımına ilişkin masraflara acentenin katkıda bulunması,
– Acentenin satış artırma faaliyetlerine doğrudan veya dolaylı olarak katkıda bulunmaya zorunlu tutulması,
– Stokta tutulan sözleşme konusu malların finansmanı ya da kayıp malların maliyeti gibi riskleri acentenin taşınması ve satılmayan ürünleri acentenin müvekkile iade edememesi,
– Acentenin satış sonrası hizmet, tamir veya garanti hizmeti vermekle yükümlü tutulması,
210 – Acentenin, söz konusu pazarda faaliyet gösterebilmek bakımından gerekli olabilecek ve sadece bu pazarda kullanılabilecek yatırımlar yapmak zorunda bırakılması,
– Satılan ürünün sebep olduğu zararlardan dolayı üçüncü kişilere karşı acentenin sorumlu olması,
– Müşterilerin sözleşmenin şartlarını yerine getirmemesinden dolayı, acentenin, komisyonunu alamamasının dışında başka bir sorumluluk taşınması

şeklinde sayılan hallerden bir ya da daha fazlası söz konusu olduğunda, taraflar arasındaki ilişkinin Kanun'un 4. maddesi kapsamında ele alınacağı da ifade edilmiştir.

- 220 Ancak, yukarıda sayılanlar ve benzeri mali veya ticari risklere müvekkilin katlanması durumunda dahi, acentelik anlaşmasının rekabeti sınırlayıcı işbirliği yapılmasına yardımcı olduğu haller bulunabilmektedir. Bu durum, özellikle, birkaç müvekkilin aynı acenteyi kullandığı ve acente aracılığı ile önemli bilgileri birbirlerine aktardıkları zaman ortaya çıkabilmektedir. Bu şekilde bir bilgi aktarımı veya rekabeti engelleyici herhangi bir eylem söz konusu olduğunda, acentelik anlaşmaları da Kanun'un 4. maddesi kapsamına girebilmektedir.

- 230 Başvuruda, Marketweb'in ilgili ürün pazarındaki mevcut müşteri portföyünü Sabancı Telekom'a devredeceği ve kurumsal internet erişim hizmeti pazarından tamamen çekileceği, ancak diğer alt sınıflardaki faaliyetlerine devam edeceği belirtilmektedir. Bu şekilde Marketweb'in, bundan böyle acente olarak davranarak Sabancı Telekom tarafından verilecek kurumsal internet erişim hizmetini pazarlayacağı, bundan sonra gelecek olan müşterilere yapmış olduğu kurumsal paket pazarlaması sonucunda bir komisyon almaya hak kazanacağı ifade edilmiştir. Bu doğrultuda, yapılacak işteki ticari riskin tamamen Sabancı Telekom üzerinde kalacak olduğu, ürünün faturasının da Sabancı Telekom tarafından düzenleneceği, dolayısıyla

240 Marketweb'in herhangi bir ticari yük taşımayacağı belirtilmiştir. Ayrıca Marketweb'in ilgili ürün pazarında diğer rakip teşebbüsler ile acentelik ya da benzeri herhangi bir faaliyeti bulunmadığı da verilen bilgiler arasındadır.

Bu çerçevede, tarafların verdiği bilgilerden, Sabancı Telekom'la imzaladığı sözleşme sonucunda Marketweb'in bundan böyle acente olarak Sabancı Telekom tarafından verilecek kurumsal internet hizmetini pazarlayacağı, dolayısıyla herhangi bir ticari risk üstlenmeyeceği anlaşılmıştır. Ayrıca, Telekomünikasyon Kurumu'nun konuya ilişkin olarak bildirmiş olduğu olumlu görüş de dikkate alındığında, söz konusu sözleşmenin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında bulunmadığı, bu nedenle de sözleşmeye menfi tespit belgesi verilmesine gerek olmadığı kanaatine varılmıştır.

250 **I. SONUÇ**

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre;

Sabancı Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. ile Fidan İletişim Hizmetleri A.Ş.(Marketweb) arasında imzalanan "Müşteri Devri ve İşbirliği Sözleşmesi" ile kurulan ilişkinin rekabet hukuku bağlamında acentelik ilişkisi olduğuna, dolayısıyla Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceğine, bu nedenle talep edilen menfi tespit belgesinin verilmesine gerek bulunmadığına OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

260