

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : SR/02-13 (Soruşturma)

Karar Sayısı : 03 - 40 / 432-186

Karar Tarihi : 9.6.2003

10 Dosya Konusu : Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. ve Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. tarafından, İŞ-TIM Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.'nin "ulusal dolaşım" (roaming) talebinin reddedilmesi suretiyle 4054 sayılı Kanun'un ihlal edilip edilmediğinin tespiti.

A - TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Mustafa PARLAK (Başkan Y.)

Üyeler : A. Ersan GÖKMEN, R. Müfit SONBAY, Murat GENCER, Rıfki ÜNAL, Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI, Tuncay SONGÖR, Kublay ATASAYAR, Süreyya ÇAKIN

B - SORUŞTURMA HEYETİ:

Başkan : Murat GENCER

Raportörler : Özge İÇÖZ, Ferhat TOPKAYA, Hakan Suat ÖLMEZ, Şahin ARDIYOK, A. Ogün SARI, Ali ARIÖZ.

20 **C- ŞİKAYET EDEN:** - İŞ-TIM Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. (İŞ-TIM)
Abdi İpekçi Cad. No: 75 80200 Maçka - İstanbul

Temsilcisi: Metin KANMAZ

Bağdat Caddesi No:187

Kat: 3 Daire: 8 Selamiçeşme

34730 Kadıköy - İstanbul

D - HAKKINDA SORUŞTURMA YAPILANLAR:

30 - Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. (Telsim)
Mehmet Akif Mah. İnönü Cad. Star Sok. No:2
34540 İkitelli - İstanbul

Temsilcisi: Av.Yılmaz ASLAN

- Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. (Turkcell)
Turkcell Plaza Meşrutiyet Cad. No: 153
80050 Tepebaşı - İstanbul

Temsilcileri: Av.Orhan GEMİCİOĞLU, Av.Ümit AKIN

Halaskargazi Cad. Atamın Apt. No: 348

Kat:4 Daire:5 Şişli - İstanbul

40

E - İDDİALARIN ÖZETİ: İŞ-TIM'in şikayet dilekçesinde özetle;

Turkcell ve Telsim'in, İŞ-TIM'in ulusal dolaşım (roaming) talebini reddetmeleri suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 6. Maddesinin (a) ve (e) bendlerini ihlal ettikleri iddia edilerek,

03-40/432-186

- rekabeti bozucu uygulamaların tespitini sağlamak ve bu uygulamaların devamını önlemek için 4054 sayılı Kanunun öngördüğü tüm tedbirlerin alınması, Kanunun 9. maddesinin son hükmüne göre geçici tedbir olarak ulusal dolaşımı başlatma kararı verilmesi,
- 4054 sayılı Kanunun 57. ve 58. maddeleri uyarınca söz konusu iddialara konu olan uygulamaların bugüne kadar sebep olduğu ve ulusal dolaşım yürürlüğe girinceye kadar sebep olacağı, İŞ-TİM'in maruz kalacağı zararların tazmininin sağlanması için gerekli tespitlerin yapılması

talep edilmektedir.

F - DOSYA EVRELERİ:

1. İŞ-TİM ile Turkcell ve/veya İŞ-TİM ile Telsim arasında ulusal dolaşım anlaşması yapılamaması ve konunun yargıya intikal etmesi üzerine İŞ-TİM, 25.12.2001 tarih ve 5486 sayılı şikayet dilekçesi ile Rekabet Kurumuna başvurmuştur.
 2. Konu Rekabet Kurumunca incelemeye alınmış ve 2813 sayılı Telsiz Kanununun 7. maddesi gereğince 17.1.2002 tarih ve 132 sayılı yazı ile Telekomünikasyon Kurumundan konuya ilişkin görüşleri talep edilmiş, Kurum görüşlerini 8.2.2002 tarih ve 2485-6323 sayılı yazıları ile bildirmiştir.
 3. Yapılan inceleme sonucunda hazırlanan 24.1.2002 tarih ve D2/1/Ö.İ.-2/2 sayılı İlk İnceleme Raporu ile Telekomünikasyon Kurumundan gelen görüş ve diğer inceleme, tespit ve değerlendirmeler sonucunda hazırlanan 14.2.2002 tarih ve 2002-2-1/BN-02-Ö.İ. sayılı Bilgi Notu, Rekabet Kurulunun 4.3.2002 tarih ve 2.12/123-M sayılı toplantısında görüşülmüş ve
"ulusal dolaşımın piyasaya yeni giren teşebbüsler için zorunlu unsur olarak kabul edilmiş olduğu dikkate alınarak; Turkcell ve Telsim'in Telekomünikasyon Kurumunun belirlediği şartlar çerçevesinde ulusal dolaşım anlaşmasını yapmaktan imtina ettikleri ve bu şekilde 4054 sayılı Kanunun 6. maddesi çerçevesinde bir ihlal olduğu iddialarının soruşturma açmak için ciddi ve yeterli olduğu kanısına varılarak"
- Turkcell ve Telsim hakkında 4054 sayılı Kanunun 40. maddesinin birinci fıkrası uyarınca soruşturma açılmasına, geçici tedbir alınmasına yönelik talebin soruşturma aşamasında değerlendirilmesine karar verilmiştir.
4. 4054 sayılı Kanunun 43/2. maddesi uyarınca başlatılan soruşturma kararı, ileri sürülen iddiaların türü ve niteliği hakkında gerekli bilgileri de içerir şekilde 10.3.2002 tarih, 618 ve 619 sayılı yazılarla taraflara bildirilerek, ilk yazılı savunmalarını 30 gün içerisinde göndermeleri talep edilmiştir.
 5. Turkcell ve Telsim tarafından gönderilen ilk yazılı savunmalar, Kurum kayıtlarına 16.4.2002 tarih, 1788 sayı ve 17.4.2002 tarih, 1819 sayı ile süresi içinde intikal etmiştir.
 6. Soruşturma kapsamında Turkcell ve Telsim'e yerinde inceleme amacıyla gidilmiş, ancak Soruşturma Heyetinin Telsim'de yerinde inceleme yapmasına şirket yetkilileri tarafından izin verilmemiştir. Bu olay neticesinde Soruşturma Heyetinin konuya ilişkin olarak hazırladığı tutanak, Rekabet Kurulunun

03-40/432-186

10.4.2002 tarihli toplantısında görüşülmüş ve 02-22/239-M sayı ile söz konusu teşebbüse süreli para cezası verilmesine karar verilmiştir.

- 90 **7.** Telsim'in Soruşturma Heyetini yerinde inceleme için davet eden ve Kurum kayıtlarına 26.4.2002 tarih, 1975 sayı ile intikal eden yazısı üzerine Şirkette yerinde inceleme yapılmıştır.
- 8.** 29.8.2002 tarih, 02-51/659-M sayılı Kurul kararı ile soruşturmanın süresi 6 ay uzatılmıştır.
- 9.** 16.12.2002 tarih ve SR/02-13 sayılı Soruşturma Raporu, 4054 sayılı Kanunun 45. maddesinin birinci fıkrası ve "Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliği"nin 62. maddesi gereğince, haklarında soruşturma açılan Turkcell ve Telsim 'e tebliğ edilmiştir.
- 100 **10.** Turkcell'in Kurum kayıtlarına 7.1.2003 tarih ve 675 sayı ile giren yazısında savunma sürelerinin 30 gün uzatılması talep edilmiş, 9.1.2003 tarih ve 03-03/41-M sayılı Kurul kararı ile söz konusu teşebbüse ikinci yazılı savunma için 15 gün ek süre verilmiştir.
- 11.** Telsim'in Kurum kayıtlarına 14.1.2003 tarih ve 166 sayı ile giren yazısında savunma sürelerinin 30 gün uzatılması talep edilmiş, 17.1.2003 tarih ve 03-05/50-M sayılı Kurul kararı ile söz konusu teşebbüse ikinci yazılı savunma için 15 gün ek süre verilmiştir.
- 12.** Telsim'in ikinci yazılı savunması 6.2.2003 tarih ve 583 sayı, Turkcell'in ikinci yazılı savunması 6.2.2003 tarih ve 584 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- 110 **13.** Soruşturma Heyeti tarafından ikinci yazılı savunmalara ilişkin olarak hazırlanan ek yazılı görüşleri 21.3.2003 tarih ve sayılı yazılarla taraflara tebliğ edilmiştir.
- 14.** Telsim'in Kurum kayıtlarına 12.3.2003 tarih ve 1016 sayı ile intikal eden yazısında savunma sürelerinin 30 gün uzatılması talep edilmiş, 20.3.2003 tarih ve 03-18/218-M sayılı Kurul kararı ile söz konusu teşebbüse savunma için ek süre verilmemiştir.
- 15.** Turkcell'in üçüncü yazılı savunması 27.3.2003 tarih ve 1299 sayı, Telsim'in üçüncü yazılı savunması 27.3.2003 tarih ve 1297 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- 120 **16.** Telsim'in kendileri ile ilgili olarak düzenlenen tüm belgeleri görme talebi üzerine teşebbüsün yetkilileri Rekabet Kurumuna davet edilmiş ve düzenlenen tutanak ile bazı evrakın kopyası kendilerine teslim edilmiştir.
- 17.** Telsim'in bu evraka ilişkin beyanları 30.4.2003 tarih ve 1847 sayı ile Kuruma intikal etmiştir.
- 18.** Rekabet Kurulunun 17.4.2003 tarih ve 03-25 sayılı toplantısında, soruşturmaya ilişkin Sözlü Savunma Toplantısının 23.5.2003 tarihinde saat 10.30'da yapılmasına karar verilmiştir.
- 19.** Sözlü Savunma Toplantısı 23.5.2003 tarihinde yapılmış, toplantıya hakkında soruşturma yapılan teşebbüslerin temsilcileri ile şikayetçi tarafın temsilcileri
- 130 katılmıştır.

03-40/432-186

20.Rekabet Kurulu soruşturmaya ilişkin nihai kararını 9.6.2003 tarihinde vermiştir.

G- RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:

İlgili raporda;Turkcell ve Telsim'in İŞ-TIM ile ulusal dolaşım anlaşması yapmayı reddetmeleri konusunda;

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

ii) İŞ-TIM'in, GSM hizmetleri pazarına (aktif olarak) girebilmesi için yerleşik işletmecilerin altyapılarından yararlanmaya alternatif olan kendi altyapısını hemen tesis etmesinin mümkün olmadığı,

- Turkcell ve Telsim'in GSM telekomünikasyon altyapı hizmetleri pazarında birlikte hakim durumda olmaları, bu altyapıya alternatif altyapının bulunmaması nedeniyle yerleşik işletmecilerin altyapılarının "zorunlu unsur" olduğu,

- Turkcell ve Telsim'in sahip oldukları GSM telekomünikasyon altyapısından İŞ-TIM'in yararlanma talebini reddettikleri,

2- i) Ulusal dolaşım talebinin reddedilmesinin objektif gerekçelere dayanmadığı,

ii) Bu suretle Turkcell ve Telsim'in 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun 6. maddesinin (a) bendinde örnek olarak belirtildiği üzere, GSM hizmetleri pazarına rakiplerinin girmesine engel olmak ya da rakiplerinin piyasadaki faaliyetlerini zorlaştırmak suretiyle, aynı madde hükmüne aykırı olarak GSM telekomünikasyon altyapı hizmetleri pazarındaki hakim durumlarını, birlikte davranışlar ile kötüye kullandıkları,

Bu eylemleri nedeniyle Turkcell ve Telsim'in 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca para cezası ile cezalandırılmaları gerektiği,

Piyasada rekabetin tesisine yönelik tedbirler kapsamında,

1- Soruşturmanın gerekçeli kararının Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihten başlamak üzere "varsa" İŞ-TIM'in ulusal dolaşım ile ilgili talebini ayrıntılı bir şekilde Rekabet Kurumu ile Turkcell ve Telsim'e bir hafta içinde bildirmesi, Turkcell ve Telsim'e bildirimde bulunduğunu Rekabet Kurumuna belgelendirmesi. İŞ-TIM'in diğer işletmecilere bildireceği bu talebinde, anlaşma süresine ilişkin olarak süre bitim tarihinin (altyapı yükümlülüğüne ilişkin süre sonu olan) 27.10.2005 tarihinden daha sonraki bir tarih olmaması (bu süreden sonra ulusal dolaşım yapmak tarafların isteğine ve 406 sayılı Kanun hükümlerine tabi olacaktır),

2- i) Yukarıdaki madde gereği İŞ-TIM'in talebinin Turkcell ve Telsim'e tebliğ tarihinden itibaren en fazla 10 gün içinde, İŞ-TIM ile Turkcell ve İŞ-TIM ile Telsim arasında ulusal dolaşım anlaşması koşullarının müzakere edilmesi, mutabakata varılan işletme ile anlaşma yapılması,

03-40/432-186

ii) Belirtilen sürede iki işletme ile de mutabakata varılamaması halinde, takip eden 4 gün içinde yapılan görüşmeler ile mutabakata varılan ve varılmayan hususları belirlemek üzere her iki işletme için ayrı ayrı düzenlenecek raporun, İŞ-TİM tarafından Rekabet Kurumuna ve Telekomünikasyon Kurumuna bildirilmesi ve Telekomünikasyon Kurumuna yapılan bildirim Rekabet Kurumuna belgelendirilmesi,

180 iii) Telekomünikasyon Kurumu tarafından, o günkü koşullara göre belirlenecek ve taraflara bildirilecek hüküm ve şartlar dahilinde, bu hususun kendilerine tebliğ tarihinden itibaren 10 gün içinde, İŞ-TİM ile Turkcell veya İŞ-TİM ile Telsim arasında anlaşma yapılması,

iv) Belirtilen sürede anlaşma yapılamaması halinde İŞ-TİM tarafından Turkcell ve Telsim'in anlaşma yapmayı reddettiklerinin İŞ-TİM tarafından Rekabet Kurumuna bildirilmesi,

3- Yukarıda 2. madde hükmünün, Turkcell ve Telsim tarafından süresi içinde yerine getirilmemesi halinde, her iki işletmeci hakkında kendilerine B(iii) bendinde tanınan 10 günlük sürenin bittiği tarihten itibaren 4054 sayılı Kanunun 17. maddesinin (a) bendi ve içinde bulunulan yıl için Rekabet Kurulu tarafından para cezalarının yeniden değerlendirilmesinde artırılmasına ilişkin olarak yayımlanan Tebliğ uyarınca süreli para cezası uygulanması

190 gerektiği ifade edilmektedir.

H - İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. İlgili Pazar

H.1.1. Telekomünikasyon Sektörü ve GSM Hizmetleri

Soruşturmanın konusu telekomünikasyon sektörüyle ilgilidir. 4.2.1924 tarih ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun 1. maddesinde telekomünikasyonun tanımı, aşağıdaki gibi yapılmıştır:

200 *"Her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektro-manyetik, elektro-kimyasal, elektro-mekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınmasına telekomünikasyon adı verilir."*

210 Bu tanım özetlenirse; telekomünikasyon, bilgilerin teknolojiye dayalı çeşitli yöntemlerle alınması ve/veya gönderilmesi olarak anlaşılmalıdır. Telekomünikasyon hizmetlerinin ortaya çıkışına sebep olan ihtiyaç, insanlar arasındaki haberleşme ihtiyacıdır. Gönderici, haberleşme kanalı, mesaj ve alıcıdan oluşan haberleşme sürecinde gönderilmesi gereken bilginin boyutunun artması, bu süreçte teknolojinin kullanılmasına yönelik arayışları hızlandırmıştır. Yapılan çalışmalar, bilginin tek yönde aktarılmasına büyük hız kazandıran telgrafın icadıyla başarıya ulaşmıştır. Telgrafın icadından sonraki büyük gelişme ise, iki yönlü mesaj trafiğine imkan tanıyan telefonun icadıdır. Aynı anda iki haberleşme kanalının (çift bakır telin - "copper pair") kullanılması haberleşme sürecinin etkileşimli hale gelmesine olanak tanımış, haberleşme kanalının iki ucunda bulunanlar hem alıcı hem de gönderici olabilmıştır. Çift yönlü

03-40/432-186

haberleşmenin teknik olarak kullanılabilir hale gelmesinden sonraki gelişmeler daha çok haberleşme kanalının kapasitesi ve hızı üzerine yoğunlaşmıştır.

Telekomünikasyon hizmetlerine dayalı haberleşme sürecinde, mesajların taşınmasında kullanılan erişim hizmetlerini (haberleşme kanallarının) satın alan ve birbirinden farklı talep yapılarına sahip iki grup kullanıcı bulunmaktadır.

220 Bunlardan kurumsal kullanıcılar, büyük hacimde ve birbirinden değişik nitelikte telekomünikasyon hizmeti tüketmeleri nedeniyle erişim hizmetlerini toptan satın alırlar. Hacmin büyük ve hizmetin çeşitli olması, bu kullanıcılara özgü erişim hizmetlerinin arz edilmesini gerekli kılar.

İkinci grup kullanıcı ise yerel kullanıcılarıdır. Alıcı veya göndericiden en az birinin hane halkından birisi olduğu erişim hizmetleri, yerel kullanıcılara sunulan erişim hizmetleridir. Bu kullanıcı grubunun içine hane halkı ile aynı erişim talep yapısına sahip küçük işletmeler de dahil edilebilir. Her iki kesimin toplam hacmi dikkate alındığında, telekomünikasyon hizmeti kullanıcıları arasında önemli bir paya sahip oldukları anlaşılır. Yerel kullanıcılar birbirine benzer hizmetleri tüketmekte olup, hizmet gereksinimleri kurumsal kullanıcılara kıyasla daha düşüktür.

230 Telekomünikasyon hizmetlerinin sunulmasında kullanılan bileşenler; kullanıcı cihazları veya terminalleri, kullanıcıya erişim teknolojileri, anahtarlama veya yol verme ekipmanları ve uzak mesafe iletim sistemlerinden oluşmaktadır.

Terminaller gelen veriyi kullanıcının anlayabileceği şekle dönüştüren telefon, televizyon, radyo, bilgisayar, faks gibi cihazlardır. Santraller ses, video ve verinin şebeke üzerinde yönlendirilmesini sağlar. Uzak mesafe erişim sistemleri ise telli (bakır, koaksiyel ve fiber kablolar) veya telsiz (uydu, hücre radyo, mikro dalga) platformlar üzerinden, verinin toplu halde dağıtım noktalarına taşınmasını sağlayan sistemlerdir.

240 Kullanıcıya erişim teknolojileri veya son kilometre (yerel şebeke, "last mile"), telekomünikasyon hizmetlerinin, uzak mesafe erişim sistemi ile yerel santral vb. dağıtım noktaları arasında toplu olarak taşındıktan sonra, ilgili kullanıcılara dağıtılmasını sağlayan yerel şebekelerdir.

250 Yerel kullanıcılara sunulacak telekomünikasyon hizmetlerinde kullanılan erişim teknolojilerine (haberleşme kanallarına) yerel erişim altyapısı veya şebekesi denir. Bu altyapının en belirgin özelliği, yukarıda belirtildiği gibi kullanıcılarının yerleşim olarak dağınık ve sayılarının çok fazla olması nedeniyle, fiziksel şebeke biçimini almasıdır. Söz konusu yapı nedeniyle dağınık bir şekilde bulunan yerel kullanıcıların telekomünikasyon trafiğinin, kullanılan teknolojiye bağlı olarak sınırları belirlenen bölgelerde bir araya getirilerek, diğer bölgelere toplu halde taşınması en uygun çözüm olarak ortaya çıkmıştır. Buna göre, yerel kullanıcılara fiziki telekomünikasyon altyapıları ile erişilmesi ve bu altyapı vasıtasıyla toplanan trafiğin uzak mesafelere iletilebilmesi için yönlendirme görevini üstlenen santral (anahtarlama) merkezlerine ulaştırılması gerekir.

Bu şebeke yapısının bir sonucu olarak telekomünikasyon endüstrisi, elektrik, gaz, posta hizmetleri ve demiryolları gibi fiziki şebeke endüstrileri içinde sayılmaktadır. Yerel telekomünikasyon şebekeleri dahil tüm fiziksel şebekeler, ölçek ekonomileri ve yoğunluğun söz konusu olduğu, birbiriyle fiziksel bağlantılı aktif varlıklar olarak tanımlanabilirler.

03-40/432-186

260 Bu şebekelerin oluşturulmasında kullanılacak altyapılar ikiye ayrılabilir. Bunlar frekans bandı, uydu pozisyonu gibi miktarı belli ve kısıtlı, bir başka ifadeyle tükenebilir kaynaklara dayalı altyapılar ile kabloların kullanıldığı tükenmeyen kaynaklara dayalı altyapılardır.

Telefon ve kablo TV şebekeleri tükenmeyen kaynaklara dayalı altyapılara örnek olarak gösterilebilir. Bu şebekelerin kurulabilmesi için santraller ile kullanıcılar arasındaki irtibatın kablolar ile sağlanması ve döşeme işleminin teknik niteliğinden kaynaklanan batık başlangıç maliyetlerinin yüksekliği, söz konusu şebekelerin doğal tekel olmasına sebep olmaktadır.

270 Buna karşın frekans bandı gibi tükenebilir kaynaklara dayalı şebekelerde telekomünikasyon trafiği, kablo döşenmeksizin havadan frekans kaynağı kullanılarak santrallere ulaştırıldığından, şebeke kurma maliyeti açısından kablolu şebekeler karşısında önemli avantajları bulunmaktadır. Ancak kablosuz şebekelerin genel dezavantajı, taşınabilecek bilgi boyutunun kullanılan frekansın fiziki imkanları ile kısıtlı olmasıdır.

Halk arasında cep telefonu olarak adlandırılan GSM hizmetleri de tükenebilir frekans bandına dayalı (GSM 900 ve GSM 1800 bandları) kablosuz şebekeler aracılığıyla sunulan telekomünikasyon hizmetleridir.

280 GSM hizmetlerinin sunulmasında, kullanıcıların bulunduğu bölgedeki telekomünikasyon trafiğinin, GSM işletmecisine tahsis edilmiş frekans bandı kullanılarak baz istasyonlarında kablosuz bir altyapı sayesinde toplanması ve bu trafiğin uzak mesafelere kablolu veya kablosuz transmisyon altyapıları kullanılarak iletilmesi söz konusudur. GSM hizmetlerinde kullanılan şebekelerin başlıca bileşenlerini; baz istasyonları (BTS), baz istasyonu kontrol istasyonları (BSC) ve GSM santralleri (MSC) oluşturmaktadır. Alıcı ve göndericinin bulunduğu telekomünikasyon şebekesine bağlı olarak, haberleşme süreci, bir GSM şebekesi içinde veya iki GSM şebekesi arasında veya bir GSM şebekesi ile kablolu bir şebeke arasında gerçekleşebilmektedir. Şebekeler arasındaki irtibat ise arabağlantı devresi adı verilen transmisyon altyapıları ile sağlanmaktadır.

290 Herhangi bir yerel kullanıcıya telekomünikasyon hizmeti sunulabilmesi için, şebekenin o kullanıcıya kablolu veya kablosuz bir altyapı ile irtibatının sağlanması gerekir. Kablolu şebekelerde bu erişim kullanıcının bulunduğu yere kablo çekilmesi ile sağlanırken, GSM gibi kablosuz hizmetlerde ise erişim, kullanıcının bulunduğu bölgeye hizmet etmek üzere bir alıcı/verici (baz istasyonu) yerleştirilmesiyle sağlanır. Bu işlem telekomünikasyon sektöründe "kapsamaya alma" olarak tanımlanmaktadır.

H.1.2. GSM Hizmetleri ve Ulusal Dolaşım

300 Bilindiği gibi, piyasa ekonomisinin dayanağını rekabet düzeni oluşturmaktadır. Rekabet düzeninin bilimsel temelini oluşturan tam rekabet teorisinin varsayımlarından birisi piyasaya giriş ve çıkışın serbest olduğudur. Bir başka ifade ile, herhangi bir teşebbüsün piyasaya serbestçe girerek mal ve hizmet üretmeye başlayabilmesi için mevcut teşebbüslerin piyasaya yeni girecek teşebbüsleri haksız bir şekilde engelleyememesi gereklidir. Ayrıca piyasaya giriş ve çıkış serbestisini yasaklayan yasal önlemler bulunmamalıdır. Bu teoriye göre, yeni teşebbüslerin piyasaya girmek istemelerinin nedeni, piyasada var olduğuna

inanılan gelişim potansiyeli ve mevcut karların çekiciliğidir. Karların yüksekliği ve rekabet gücü ile bu karlardan pay alınabileceği inancı yeni sermayenin girişi için bir sinyal etkisi yapmaktadır. Teori gereğince uzun dönemde aşırı karlar sifıra ininceye kadar piyasaya giriş devam edecektir.

310 Ancak bu varsayımın, her piyasa için geçerli olamayacağı uygulamada görülmektedir. Her ne kadar piyasaya girişin yasal izne tabi olduğu pazarlarda üretilen çıktı miktarının daha az olduğu ve üretimin ortalama maliyetinin daha yüksek olduğu iddia edilebilecek olsa da ölçek ekonomileri gerçeği ve kaynak kısıdı piyasaya girişin sınırlandırılmasını haklı kılabilmektedir.

Bunun gibi, GSM hizmetleri piyasası için de ülke çapında faaliyet göstermek üzere kurulacak teşebbüslerin sayısı mevcut frekans kaynağıyla sınırlıdır. Diğer taraftan, faaliyet için Türkiye çapında bir şebeke kurulmasının gerekmesi ve başlangıç yatırım maliyetinin büyük olması nedeniyle ortaya çıkan dağılımda etkinlik endişesiyle, faaliyet izni verilen işletmeci sayısının frekans bandı olanaklarının da altında olduğu görülmektedir. Bunun nedeni, ülkedeki sermaye birikiminin, sermayenin toplumsal refah üzerindeki olumlu katkısını en fazla artıracak şekilde sektörler arasında dağıtılmak istenmesidir.

320 Ancak devlet tarafından GSM pazarındaki aktör sayısı yukarıdaki gerekçelerle sınırlandırılırken, pazara girmesine yasal açıdan izin verilen teşebbüslerin gerçek anlamda piyasaya girişlerinin sağlanamaması ve pazardaki aksaklıklar nedeniyle yeni giren teşebbüslerin rekabet güçleri olduğu halde, bunu devreye sokarak pazardan pay alamamaları halinde, pazardaki aktör sayısının toplumsal refahı artıracak şekilde belirlenmiş olmasının herhangi bir önemi kalmayacaktır.

330 GSM hizmetleri pazarı gibi şebeke ekonomilerinin geçerli olduğu piyasalarda sağlıklı rekabetin sağlanabilmesi için en önemli koşul, piyasada mevcut aktörlerin öncelikle bir şebeke kurabilmeleridir. Aktörlerin şebekelerinin birbirlerinden farklı kapsama büyüklüklerine sahip olduğu durumlarda, bu şebekelerin rekabeti öncelikle kapsama alanı açısından olmakta, fiyat, hizmet kalitesi, hizmet çeşitliliği gibi parametreler konusundaki rekabet ise, aktörlerin birbirine yakın kapsama alanına ulaşmalarına kadar kısıtlı düzeyde gerçekleşmektedir.

340 Hizmetin şebekeler aracılığıyla sunulduğu pazarlarda, kullanıcılar büyük şebekeyi kullanarak dışsallıktan faydalanmakta ve bunun sonucunda büyük şebekeye rakip şebekelerin rekabet edememesi neticesinde oluşan etkinsizlikler toplumsal refahı olumsuz etkileyebilmektedir. Kendine özgü şebeke ekonomilerinin ortaya çıkardığı bu kalıcı piyasa aksaklığının giderilmesi için gereken tedbirlerin alınmaması halinde, şebeke oluşturmanın yüksek başlangıç maliyetinin bir sonucu olarak piyasaya girişin sınırlı kalmasının da etkisiyle, piyasa tekelleşme tehlikesi ile karşı karşıya kalabilmektedir.

GSM hizmetleri, yerel kullanıcıya GSM şebekeleri kullanılarak ulaştırılmaktadır. Dolayısıyla bu hizmetler için de şebeke dışsallıkları söz konusudur. Şebeke dışsallıklarının olumsuz etkisi, piyasaya girişin yasal izne tabi olduğu ve bu iznin zamanında verilmediği durumlarda giderek artabilmektedir. Ancak daha önce piyasaya girişlerine izin verilen ve geçen süre içinde şebekelerini fiziki olarak tamamlamış teşebbüsler mevcutken, piyasaya girişine yeni izin verilen teşebbüslerin rekabet baskısı yaratarak iktisadi etkinliği artırabilmeleri için, piyasanın yapısından kaynaklanan şebeke dışsallıklarının olumsuz etkisinin

350 giderilmesi gerekebilir. Bu çerçevede ulusal dolaşım (roaming) aşağıda yer verilen diğer özelliklerinin yanı sıra, GSM hizmetlerinde rekabetin sağlanması için GSM şebekelerinin olumsuz dışsallıklarının giderilmesinde kullanılacak bir araç olma özelliğine sahiptir.

Dolaşım, bir GSM işletmecisinin abonelerinin, başka bir cep telefonu operatörünün altyapı hizmetlerinden, o operatörün kapsama alanında iken yararlanması olarak tanımlanabilir¹. Bir başka ifadeyle dolaşım, bir GSM işletmecisinin şebekesinin olmadığı alanlarda da kendi abonelerine erişebilmesini ve trafiklerini taşıyarak onlara telekomünikasyon hizmeti sunmasını olanaklı kılan bir yöntemdir.

360 GSM sistemi aslında GSM MoU² tarafından, uluslararası dolaşımı olanaklı kılmak için geliştirilen bir standarttır. Bu standarda uygun sistemlerin kullanıldığı ülkeler arasında dolaşım bir kaç basit mekanik süreç ile gerçekleştirilebilecek kadar kolay hale gelmiştir. GSM standardı ulusal dolaşımı da kolaylaştırmıştır. GSM santrallerinde gerçekleştirilecek basit işlemler sonrasında abonenin cep telefonu üzerinde herhangi bir ayar yapmaksızın dolaşım ile kapsanan alanda kendi operatörü üzerinden hizmet alması mümkündür. Dolaşım anlaşmalarının sayıca artmaya başlaması ile beraber GSM MoU tarafından standart anlaşmalar hazırlanmış ve faturalama, sinyalleşme protokolleri ve test aşamaları rutin işlemler haline gelmiştir. Bu çalışmalar sonucunda dolaşım ile ilgili anlaşmaların bir iki gün içinde bitirilmesi ve iki veya üç hafta içinde uygulamaya geçilebilmesi

370 olanağına kavuşulmuştur.

Şu anda dünyada kullanılmakta olan üç tür dolaşım sistemi bulunmaktadır.

1- Uluslararası dolaşım: Bir cep telefonu operatörüne ait abonelerin, yurtdışındaki başka bir cep telefonu operatörünün altyapı hizmetlerinden o operatörün kapsama alanı içindeyken yararlanmasıdır.

2- Bölgeler arası dolaşım: Bir cep telefonu operatörüne ait abonelerin, başka bir cep telefonu operatörünün altyapı hizmetlerinden o operatörün lisans aldığı bölge içindeyken yararlanmasıdır. Bu tür dolaşım anlaşmalarında, söz konusu iki operatör aynı ülke sınırları içinde faaliyet göstermekte ancak lisanslarının geçerli olduğu bölgeler çakışmamaktadır.

380 3- Ulusal dolaşım: Bir cep telefonu operatörüne ait abonelerin, başka bir cep telefonu operatörünün altyapı hizmetlerinden o operatörün kapsama alanı içindeyken yararlanmasıdır. Her iki operatör de aynı ülke içinde faaliyet göstermekte olup lisans bölgeleri de aynıdır.

Bölgesel dolaşım uygulaması, ABD gibi federal ülkelerde, cep telefonu operatörlüğüne ilişkin lisansların bölgesel bazda verildiği durumlarda

¹ Ulusal dolaşım herhangi bir operatörün kendi şebekesini başka bir operatörün kullanımına açması olarak da tanımlanabilir (network access). Ulusal dolaşım dışında şebeke erişimi olarak nitelendirilebilecek iki ayrı uygulama daha mevcuttur. Hizmet sunucu uygulamasında, bir firma lisansa sahip bir firmanın telekomünikasyon hizmetlerini yeniden satmak şeklinde bir faaliyet gösterir. Sanal mobil şebeke operatörlüğü (MVNO) uygulamasında ise, bir firma tamamen başka bir operatörün altyapısını kullanarak abonelerine hizmet sunmakta, baz istasyonları dışında server, gateway gibi merkezi teknik donanım yatırımını kendisi yapmaktadır.

² 105 üyeden oluşan GSM MoU(Memorandum of Understanding)'nin temel görevi GSM şebekelerinin uluslararası düzeyde uyumunu sağlayacak standartları belirlemektir.

03-40/432-186

kullanılmakta olup, herhangi bir bölgede faaliyet gösteren bir operatöre ait abonelerin o bölge dışına çıktıklarında görüşme yapabilmelerine olanak tanıyan bir sistemdir.

390 Uluslararası dolaşım ise benzer şekilde, ülke dışına çıkan cep telefonu abonelerinin buldukları ülkede dolaşım anlaşması yapmış olduğu operatörlerin altyapısını kullanarak görüşme yapabilmelerini sağlayan bir sistemdir. Teknik altyapısı uluslararası ve bölgesel dolaşıma benzemesine rağmen iktisadi niteliği açısından ulusal dolaşım diğer dolaşım türlerinden farklıdır.

400 Uluslararası dolaşımında abone kendi operatörünün lisanslı olduğu bölge dışında konuşma olanağına kavuşurken, ulusal dolaşımında abone kendi operatörünün lisanslı olduğu bir bölgede başka bir operatörün altyapısından faydalanarak konuşma yapabilmektedir. Bir başka ifade ile uluslararası ve bölgesel dolaşımında, anlaşmanın taraflarını oluşturan dolaşım hizmeti alan ve dolaşım hizmeti sunan operatörler farklı coğrafi pazarlar içinde yer alırken, ulusal dolaşımında aynı coğrafi pazar içinde yer almakta ve birbirinin rakibi konumunda bulunmaktadır.

Esas itibarıyla, ulusal dolaşım bir işletmecinin rakibinden ücreti karşılığında aldığı bir hizmet yoluyla, kapsama alanını hizmet aldığı bölge sınırlarına dek genişletmesi ve şebekesini büyütmesidir. Ulusal dolaşım hizmetini veren işletmeci açısından ise, bu hizmet söz konusu işletmecinin toptan satış yapması anlamına gelmektedir.

410 Uluslararası ve bölgesel dolaşımında kapsama alanı bakımından her iki operatör karşılıklı olarak fayda sağlamakta iken, ulusal dolaşımında bu fayda tek yönlüdür. Uluslararası veya bölgesel dolaşım için abonelerin ilave ödeme yapmaları söz konusu iken, ulusal dolaşım için abonelerden ek bir maliyete katlanmaları istenmemektedir.

Ulusal dolaşım hizmetinin ikamesi genel olarak, hizmet alınan bölgede altyapının bizzat kurulması iken, uluslararası veya bölgesel dolaşımın ikamesi ise yine o ülke veya bölgede başka bir operatörle uluslararası veya bölgesel başka bir dolaşım anlaşması yapılması olup, bizzat yatırım yapılması gibi bir tercih olanağı bulunmamaktadır.

420 Ulusal dolaşım hizmetini sunacak teşebbüsün rakip olduğu dikkate alındığında, dolaşım talep eden operatörün kapsama alanını genişletmesi, daha geniş kapsama alanına sahip olma şeklindeki rekabet avantajının kullanımını engelleyebilir. Bu çerçevede, kaybedilecek rekabet avantajı karşılığı olarak talep edilen yüksek ücretler nedeniyle, ulusal dolaşımın zorunlu tutulduğu ülkeler dışında ticari olarak yapılan dolaşım anlaşmalarının sayısı uluslararası dolaşım anlaşmalarına kıyasla oldukça az sayıdadır.

Ulusal dolaşım ile ilgili arz ve talebin ticari görüşmeler sonucu birbiriyle uyuşması halinde serbest piyasa ekonomisi ilkeleri gereğince piyasa dışından iktisadi müdahalede bulunulmaması gerekmektedir. Fakat arz ve talebin uyuşmaması, ulusal dolaşım hizmetini sunma potansiyeline sahip arz edicinin piyasadaki konumundan ve bu konumu rekabeti ortadan kaldırıcı eylemleri ile istismar etmesinden kaynaklanması halinde iktisadi müdahale zorunluluğu doğabilmektedir.

03-40/432-186

430 Bu zorunluluğun doğması halinde yapılması gereken işlemler şu şekilde sıralanabilir:

- Ulusal dolaşım talep etmeye hakkı olanların belirlenmesi,
- bu talebi karşılamakla yükümlü teşebbüsün belirlenmesi,
- ulusal dolaşım ile ilgili miktar, ücret, süre vb. koşulların belirlenmesi.

Sınırlı olmamakla beraber ulusal dolaşımın cep telefonu hizmetlerinde sağlayabileceği faydalar ise aşağıdaki şekilde sıralanabilir:

- Birbirine yakın büyüklükte kapsama alanlarına sahip işletmeciler yoluyla piyasada rekabetin artması,
- altyapının daha etkin kullanılması,
- 440 - çevrenin daha az kirletilmesi,
- kısıtlı kaynak niteliğindeki frekans bandının daha etkin kullanımı,
- frekans bandının daha değerli kılınması.

Ulusal dolaşım yoluyla doğabilecek sakıncalar ise şu şekilde sıralanabilir:

- Daha iyi altyapı sağlamaya yönelik rekabetin kısıtlanması,
- kapsama alanını genişletmek yönündeki motivasyonun azalması.

Bu çerçevede; ulusal dolaşım hizmetinden faydalanan operatörün elde edeceği avantajlar aşağıdaki şekilde sıralanabilir:

- Kendi altyapısı ile sağlanan kapsama alanı dışındaki elde edilecek abonelerden gelen gelirler,
- 450 - dolaşım ile sağlanan kapsama alanında bulunan abonelere doğru yapılacak aramalardan oluşacak ilave gelirler,
- daha fazla kapsama alanı ile ulaşılabilecek ölçek ekonomileri ve pazarlama gibi genel giderler konusunda sağlanacak verimlilik artışları,
- kapsama alanının artışı nedeniyle yeni abone edinmedeki kolaylık.

Bunun karşılığında, ulusal dolaşım hizmeti sunan operatörün sağlayacağı avantajlar ise aşağıda sunulmuştur:

- Dolaşım dolayısıyla oluşacak ilave trafik üzerinden sağlanacak gelirler,
- dolaşım hizmeti sunularak piyasadaki hizmet almaya başlayacak yeni abonelerin yaratacağı arabağlantı gelirleri.

460 Ulusal dolaşım, uluslararası ve bölgesel dolaşıma kıyasla daha az yapılmasına rağmen, pazarda rekabetin sağlanması açısından sonuçlarını çok çabuk gösteren bir mekanizmadır. Özellikle pazara ilk girenlerin elde ettiği avantajın, sonradan girenler aleyhine kullanılmasını ve bunun orta ve uzun vadede devam ettirilmesini engelleyen çok önemli bir sistemdir. Ulusal dolaşımdan rekabetin tesisine yönelik fayda elde edilebilmesi için, yukarıda belirtilen fayda ve sakıncaların, toplumsal refahı iktisadi etkinlik yoluyla maksimize edecek şekilde dengelenmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, ulusal dolaşım hizmeti sunacak teşebbüslerin

yatırım motivasyonlarının korunması ve rekabete aykırı iktisadi giriş engellerinin ortadan kaldırılması üzerinde önemle durulması gereken konulardır.

470 H.1.3. Ulusal Dolaşım ile İlgili Ülke Uygulamaları

Yurtdışındaki uygulamalar incelendiğinde, ülkelerin kendi şartlarına uygun olarak ulusal dolaşım rejimlerini belirledikleri görülmektedir. Yaygın olarak karşılaşılan ulusal dolaşım rejimleri aşağıda sıralanmıştır:

1. Ulusal dolaşım anlaşmalarının ticari esaslar dahilinde yürütülerek herhangi bir zorunluluk getirilmemesi. Bu rejimde, rekabet ihlalinin ortaya çıkması halinde müdahale söz konusu olmaktadır.
2. Pazara daha önce giren operatörlerin yeni giren operatörlere ulusal dolaşım hizmeti verme yükümlülüğü getirilmesi. Bu uygulama GSM 900 operatörlerinin GSM 1800 operatörlerine ve GSM 900 ve GSM 1800 operatörlerinin üçüncü nesil cep telefonu operatörlerine ulusal dolaşım hizmeti sunma zorunluluğunun getirilmesi şeklinde gerçekleştirilmektedir.
3. Etkin piyasa gücüne (Significant Market Power - SMP³) sahip operatör veya operatörlere ulusal dolaşım hizmeti verme yükümlülüğü getirilmesi.
4. Ulusal dolaşım hizmetinin talep halinde tüm operatörler tarafından verilmesi zorunluluğunun getirilmesi.

480

Birçok ülkede, cep telefonu sistemi nesillerinin arasındaki zamandan kaynaklanan ilk girme avantajlarının yaratacağı olası rekabeti bozucu etkilerin giderilmesine yönelik olarak, ulusal dolaşımın, pazarda istenen rekabet seviyesine ulaşmada yararlanılacak bir araç olarak kullanılmaya çalışıldığı görülmektedir.

490

Son dönemde telekomünikasyon sektöründe yaratılan katma değer yüksek lisans ücretleri ve vergiler dolayısıyla sektör dışına çıkmasının da etkisiyle, yeni yatırımların finansmanı için yeterli kaynak bulunması zorlaşmıştır. Şebeke dışsallıkları, yüksek başlangıç maliyeti gibi nedenlerden dolayı yatırımların geri dönüşü oldukça uzun zaman almakta, işletmecinin başa baş noktasına gelmesine kadar geçecek bu uzun dönem içinde, işletmecileri ayakta tutacak finansal desteğin yatırım bankaları gibi kaynaklardan sağlanması giderek güçleşmektedir. Ulusal dolaşım açısından bu durum, ticari anlaşmalar ve dolaşım dışında altyapının ve teçhizatın ortak kullanımına yönelik uygulamaları artırmış ve piyasada rekabet açısından yeni girenlerin zorunlu dolaşım uygulaması ile bir an önce pazara gerçek anlamda girişinin sağlanmasına yönelik çabaları yoğunlaştırmıştır.

500

Dolaşımın zorunlu tutulduğu durumlarda, *ex-ante* nitelik ağır bastığından, konu sektöre özel düzenleyici kurumlarca ele alınmıştır. Zorunluluk kanundan kaynaklanabileceği gibi, bu yükümlülüğü taşıyan operatörlerle imzalanan lisans

³ 4502 sayılı Kanun ve ona dayalı olarak çıkarılan Tarife Yönetmeliğinde "etkin piyasa gücü": "İlgili telekomünikasyon pazarında; bir veya birden fazla teşebbüsün diğer işletmeci ve kullanıcılara sunduğu hizmetlerin alım ya da satım fiyatını, arz ya da talep miktarını, piyasa şartlarını ve telekomünikasyon hizmetlerini vermek için kullanılan ana telekomünikasyon şebekesi unsurlarını ve kullanıcılara erişimi kontrol etme gibi ekonomik parametreleri etkileyebilme gücü" olarak tanımlanmıştır.

510 sözleşmelerine konulacak koşullar yoluyla da getirilebilmektedir. Bazı piyasalarda ulusal dolaşım anlaşması yapmaktan kaçınılması pazara giriş engeli yaratılmasına neden olabilmektedir. Bu gibi durumlarda, söz konusu engel mevcut operatör veya operatörlerin rekabet kurallarına aykırı davranışlarından kaynaklanıyorsa konunun rekabet otoriteleri tarafından ele alındığı görülmektedir.

Ülke uygulamalarıyla ilgili yapılan önemli bir tespit, ulusal dolaşımın zorunlu tutulduğu ülkelerde genellikle operatörlerin kendiliğinden ticari anlaşmaya vardıklarıdır. Bunun nedeni, uzlaşmaya varılamaması halinde düzenleyicinin yapacağı müdahalenin her iki tarafça da benimsenmeyebilecek koşulları ortaya koyacağı konusundaki endişedir.

H.1.4. İlgili Ürün Pazarı

520 Rekabet hukukunda pazar tanımının amacı rekabet ihlali iddialarına konu olayla ilgili pazarın sınırlarının belirlenmesidir. Pazarın sınırlarının belirlenmesi ve belirlendikten sonra da ilgili teşebbüslerin pazar güçlerinin tespit edilmesi rekabet analizlerinde merkezi bir öneme sahiptir.

530 Rekabet hukukunda, pazar gücünün ve pazar gücü ile ilgili kavramlar, pazar gücünün yaratılabildiği, artırılabilirliği ya da var olduğu durumların tespit edilmesini önemli bir analiz haline getirmektedir. Pazar gücü, bir şirketin karşı karşıya olduğu rekabetin şiddet ve yoğunluğunun doğrudan bir fonksiyonudur. Pazar gücünün değerlendirilmesi genellikle iki aşamada yapılır. İlk olarak, birbiriyle rekabet eden firmaların belirlenmesi, ikinci olarak birinci adımda tespit edilen rakipler arasındaki karşılıklı rekabetçi sınırlamaların ve başka teşebbüslerce daha sonra gerçekleştirilebilecek potansiyel girişlerin yaratacağı rekabetçi baskıların etkisinin değerlendirilmesi gerekir. Bu iki adımdan ilki esasında pazar tanımı işlemidir.

Rekabet hukuku anlamında bir ürün için "ilgili pazar", bu ürünün satışlarını sezilebilir derecede etkileyen ürün grubunu ifade eder. Bu ürün grubunun yaratacağı rekabetçi zorlamaların etkili olması bir çok faktöre bağlıdır. Bunlar, ilgili teşebbüsün pazar payı, rakiplerin sayısı, birbirleriyle rekabet eden ürünlerdeki farklılaşma derecesi ve varolan rakiplerin yanı sıra yeni bir ürün sunmanın kolaylığı olarak sıralanabilir. Bu sayılanların anlamlı olabilmesi için, pazarın doğru bir şekilde tanımlanması gerekmektedir.

540 Rekabet politikası etkin bir rekabet ortamının yaratılması ve sürdürülmesi ile ilgili olduğu için, iki ürünün aynı pazarda yer alıp almadıkları, ürünler arasındaki ikamenin derecesine bağlıdır. Bir başka ifade ile, ilgili pazar kavramı temelde ürünlerin birbirleri ile ikame edilemeyeceğine göre belirlenmektedir.

İlgili pazar tanımı, hem talep hem de arz yönlü değerlendirmeleri hesaba katar. Talep açısından, ürünler alıcıların gözünde ikame edilebilir olmalıdır. Arz açısından ise ilgili ürünü veya bu ürüne yakın ikame bir başka ürünü üreten ya da üretimini kolaylıkla bu ürünlere yönlendirebilen satıcılar değerlendirilir. Diğer taraftan ilgili pazarın ürün ve coğrafi olmak üzere iki boyutu bulunmaktadır.

550 4054 sayılı Kanununun 7. maddesine dayanarak çıkarılan "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" in (Birleşme Tebliği) 4. maddesinin "*İlgili ürün pazarının tespitinde, birleşme veya devralma konusu olan mal ve hizmetlerle, tüketici gözünde fiyatı, kullanım amaçları ve*

nitelikleri bakımından aynı sayılan mal veya hizmetlerden oluşan pazar dikkate alınır; tespit edilen pazarı etkileyebilecek diğer unsurlar da göz önüne alınır" şeklindeki ifadesi, ilgili pazar kavramını açıklayıcı niteliktedir.

Soruşturma konusu rekabet ihlallerinin varolup olmadığı tespitinde ilk aşamayı söz konusu ihlallerin gerçekleştiği pazarın sınırlarının belirlenmesi oluşturmaktadır. GSM hizmetlerinin diğer telekomünikasyon hizmetleri ile aynı pazarda olup olmadığı ve daha da önemlisi GSM hizmetlerinin sunulması için kullanılan altyapıların ayrı bir pazar oluşturup oluşturmadığı, konularının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

- 560 GSM hizmetleri sayesinde mekan sınırlaması olmaksızın her türlü kişisel iletişim olanağının 24 saat boyunca erişilebilir olduğu görülmekte, bu hizmetlerin sosyal ve profesyonel hayatta birçok kolaylık yarattığı, farklı teknolojileri bir platform üzerinde birleştirerek kişinin "yakınsama"nın avantajlarından faydalanmasını sağladığı anlaşılmaktadır. Özellikle mobil telefon penetrasyon oranı ve mobil operatörlerin sayısı arttıkça konuşma dışı katma değerli hizmetlerin kullanım oranının yükseleceği, operatörler arası rekabetin bu alanda yoğunlaşacağı bir çok ülke örneğinde gözlemlenmektedir. Bu hizmetlerin, sabit telefon hatları üzerinden sesli iletişim (PSTN veya "voice telephony") hizmetinden çok daha geniş kapsamlı olduğu ve çok farklı ve çok yönlü amaçları sağlamaya yönelik olduğu
- 570 anlaşılmaktadır. Bu iki şebekenin kesiştiği tek alan olan sesli iletişimde ise PSTN'in mekan ile sınırlı olduğu göz önüne alındığında söz konusu hizmetlerin birbirinin yerine geçebilmesi oldukça güç görülmektedir. Bu iki hizmet türünün daha çok birbirini tamamlaması söz konusu olabilir. Genelde her birey evinde bir sabit telefon sahibi iken, bunlardan ekonomik gücü yeterli olanlar ev dışında kullanmak üzere bir de mobil telefon sahibi olmaktadır. Aynı durum işyerlerinde, ofis içinde ve dışında işleri yürütebilmek amacıyla hem sabit telefon hem de mobil telefonun kullanılması şeklinde gerçekleşmektedir. Bunun dışında yaşanan ortamda (hanede) bulunan bir kablolu telefon ile orada yaşayanların iletişim ihtiyacı sağlanabilirken, cep telefonlarının ortamdaki (kablodan) bağımsızlığı
- 580 nedeniyle hane halkını oluşturan bireylerin tamamının cep telefonuna sahip olabildikleri görülmektedir.

Bu bilgiler ışığında, büyük oranda farklı nitelik taşıyan ve farklı amaç ve ihtiyaçlara yönelik olan sabit telefon hizmetleri ile mobil telefon hizmetlerinin ikame edilemeyeceği, dolayısıyla söz konusu hizmetlerin aynı pazar içinde yer almasının mümkün olmadığı anlaşılmıştır.

- Öte yandan, GSM-900 ile GSM-1800 şebekeleri üzerinden sunulan telekomünikasyon hizmetleri incelendiğinde, tüketici açısından bu hizmetlerin bir değişiklik yaratmadığı, aynı türde ve çeşitte hizmetlerin iki şebeke üzerinden de sağlanabildiği görülmektedir. Tek fark GSM-1800'de kullanılacak telefon cihazlarının "dual band" denilen ve her iki şebekeden gelen sinyalleri alabilen
- 590 teknolojiye sahip olmasıdır. Ancak, zaten piyasada bu telefonların bir süredir satılıyor olması nedeniyle tüketici açısından durum değişmemektedir. Dolayısıyla, GSM-900 ve GSM-1800'den sunulan hizmetler, uyumlu cihaza sahip olunması koşuluyla tam olarak aynı türde ihtiyaçları sağlamaya yönelik olduğundan birbirini tam olarak ikame edebilen hizmetlerdir.

Telekomünikasyon sektöründe hizmetlerin sağlanmasında fiziki şebekelerin kurulmasına gereksinim duyulduğundan bu sektörde pazarların tanımlanması kendine özgü nitelikler arz etmektedir. Bilhassa fiziki şebekelerin kurulmasının yüksek başlangıç maliyeti gerektirmesi ve bu maliyetlerin büyük bir kısmının batık olması, bir bölgeye hizmet etmek amacıyla kurulabilecek şebeke sayısını kısıtlamaktadır. Bu kısıtlılık ölçek ekonomilerinin en yüksek düzeye ulaştığı kablolu telefon şebekelerinde doğal tek el derecesine kadar varmaktadır. Ancak teknolojinin gelişmesi ile söz konusu şebekeler üzerinden kullanıcılara çok farklı ve katma değerli hizmetlerin verilebileceğinin ortaya çıkması ile bu taşıyıcı şebekeler üzerinden farklı teşebbüslerin hizmet sunmasının iktisadi etkinlik açısından gerekli olduğu ortaya çıkmıştır. Nitekim, 1984 yılını takiben dünya telekomünikasyon piyasalarında yasal giriş engellerinin ortadan kaldırılması olarak tanımlanan liberalizasyon süreci başlamıştır. Daha önce dikey bütünleşmiş yapıları ile telekomünikasyon hizmeti sunulması için gereken tüm bileşenleri bizzat bünyesinde bulunduran büyük yerleşik operatörlerin yanı sıra, bu bileşenlerin bir kısmını üreten, üretmeyi tercih etmediği veya üretmediği bileşenleri diğer teşebbüslerden sağlayan operatörler piyasaya girmiş ve son kullanıcılara sunulan hizmetlerde rekabet artırılmıştır. Bu gelişim sürecinde belirginleşen başlıca husus, ölçek ekonomileri nedeniyle sınırlı sayıda teşebbüs tarafından inşa edilebilen şebekelerden (veya altyapılardan) diğer teşebbüslerin yararlanma talepleridir.

Benzer şekilde sınırlı kaynak niteliğindeki frekans bandı kullanılarak inşa edilebilecek GSM altyapılarının sayıları da sınırlı olmaktadır. Bu altyapılar için gerekli yatırım miktarının büyüklüğü bu sayıyı daha da azaltmaktadır. Fakat gerek inşa edilmiş altyapılardaki atıl kapasitelerin ekonomiye geriye dönüşünün sağlanması ve gerekse bu altyapılar üzerinden sunulan hizmetlerde rekabetin sağlanması yoluyla özellikle dinamik etkinliğin tesis edilmesi, birçok ülkede altyapıların, altyapı inşa etmemiş olan teşebbüslere ücreti karşılığında kullandırılmasını gündeme getirmiştir. Çünkü, altyapıların sayısı konusunda iktisadi ve teknik engeller birbiriyle rekabet halindeki altyapı sahibi teşebbüslerin sayısını sınırlı tutmaktadır. Fakat, bu altyapılar üzerinden hizmet sunabilecek teşebbüs sayısı konusunda herhangi bir teknik veya iktisadi engel bulunmamaktadır.

Bir teşebbüsün herhangi bir pazarda faaliyet gösterebilmesi için müşterisine satacağı mal veya hizmeti oluşturan girdileri bir araya getirmesi zorunludur. Teşebbüs, bu girdileri bizzat üretebileceği gibi, bir kısmını veya tamamını dışarıdan temin edebilir. Yerel kullanıcıya GSM hizmeti sunmak isteyen bir teşebbüsün de bu hizmetin sunulması için gereken girdileri bir araya getirmesi söz konusudur. Hizmetin yerel kullanıcıya ancak bir şebeke aracılığıyla ulaştırılması gerektiğinden, GSM altyapı hizmetleri GSM işletmecileri için kullanımı mutlaka zorunlu olan girdiyi oluşturmaktadır. GSM altyapı hizmetleri bir anlamda GSM hizmetlerinin hammaddesi niteliğindedir. Bu durumda GSM altyapı hizmetlerinin, GSM hizmetlerinden ayrı bir pazarı ifade ettiği belirtilebilir. Kablolu telefon altyapısı, üzerinden sunulan hizmetin niteliği gereği GSM altyapı hizmetleri ile ikame edilememektedir.

Bir malın veya hizmetin diğer bir malla veya hizmetle aynı pazarda sayılabilmesi için, bu iki ürünün tüketici gözündeki nitelikleri, kullanım amaçları ve fiyatları

650 bakımından benzer olması gerekir. Bu tanımdan hareketle, altyapı pazarı ile GSM hizmetleri pazarı nitelik bakımından benzer durumda değildir. Zira altyapı tıpkı demiryolu şebekesi gibi baz istasyonları, iletim hatları gibi unsurlardan oluşan fiziki bir şebekeyi ifade etmektedir. Buna karşılık, GSM hizmetleri ise, demiryolunun üzerinde bir noktadan diğer bir noktaya yolcu taşıyan trenler gibi, varolan GSM şebekesi üzerinden bir aboneden diğer bir aboneye ses, veri, görüntü taşımaktadır. Bu açıdan nasıl bir trenle, trenin üzerinde hareket ettiği rayların kullanım amacının, niteliğinin ve fiyatının aynı veya benzer olarak kabul edilmesi mümkün değilse, aynı şekilde baz istasyonlarının da mobil telefon görüşmesi veya SMS mesajları ile aynı veya benzer olduğu ya da birbirinin yerine kullanılabileceği iddia edilemez.

Nitekim AB'nde "Telekomünikasyon Sektöründeki Erişim Anlaşmalarına Rekabet Kurallarının Nasıl Uygulanacağına Dair Tebliğ"⁴ (Erişim Tebliğinin) 45. maddesinde de şu ifadelere yer verilmektedir:

660 *"Bu nedenle, telekomünikasyon sektöründe düşünülmesi gereken iki ilgili pazarın bulunduğu açıktır. Birincisi son kullanıcılara verilecek olan hizmet pazarı, ikincisi ise son kullanıcılara bu hizmetin sağlanması için gerekli olan tesislere erişim pazarı (enformasyon, fiziki şebekeler vb.)"*

Erişim Tebliğinin aynı bölümünde ilgili pazar, hizmet pazarı ve tesislere erişim pazarı olarak ikiye ayrılmakta, 1.1. maddede hizmet pazarı tanımlandıktan sonra 1.2. maddede;

670 *"Tesislere erişim: Bir hizmet sağlayıcısının son kullanıcılara hizmet sağlayabilmesi için, genellikle bir ya da birden fazla (üst pazar veya alt pazar) tesise erişim sağlaması gerekecektir. Örneğin son kullanıcılara hizmeti fiziksel olarak ulaştırmak için, bu son kullanıcıların irtibatlı olduğu telekomünikasyon şebekesinin sonlandırma noktalarına erişim sağlanması gerekmektedir. Bu erişim, hizmet sağlayıcının kendi kurduğu bir tesisle veya yerel altyapı sağlayıcısından kiralayarak fiziksel düzeyde bir iş için tahsis edilmiş veya ortak bir yerel altyapı yoluyla sağlanabilir ..."* denilmektedir.

Diğer taraftan AB üyesi Finlandiya'da Rekabet Otoritesinin 2000 yılı raporunda *"Mobil iletişim pazarında, altyapı hizmetleri ile son kullanıcılara sunulan hizmetler ayrı iki pazar olarak kabul edilebilir. Bu Avrupa Birliği'nin Tebliğine de uygundur."* ifadesine yer verilmektedir.

Hiyerarşik açıdan GSM altyapı hizmetleri, GSM hizmetleri için kullanılan başlıca hammaddenin sağlandığı üst pazarı oluştururken; GSM hizmetleri, GSM altyapı hizmetlerinin dışındaki diğer pazarlardan sağlanan girdilerinde bir araya getirilerek oluşturulup son kullanıcıya sunulduğu alt pazarı teşkil etmektedir.

680 GSM hizmeti sunmayı düşünen bir teşebbüsün GSM altyapı hizmetleri konusunda teorik olarak üç tercihi bulunmaktadır:

1. Bizzat bu altyapıyı kurmak (üst pazarda da faaliyet göstermek).
2. Üst pazarda faaliyet gösterenlerden bu girdiyi satın almak.

⁴ Commission Notice on the application of the competition rules to access agreements in the telecommunications sector, OJ 22.8.1998 C 265/2.

3. Altyapıyı kurma aşamasında bu girdiyi satın almak.

Ulusal dolaşım hizmeti, GSM altyapı üzerinden sunulan bir hizmettir ve 2 ve 3. tercihlerin hayata geçirilmesinde kullanılmaktadır.

690 Yasal olarak GSM hizmetleri pazarında faaliyet göstermeye hak kazanan bir teşebbüsün 2. veya 3. seçeneklerden birisini tercih etmesi halinde, bu tercihini gerçekleştirebilmek için GSM altyapısına sahip bir teşebbüsten talepte bulunması gerekmektedir.

Dolayısıyla İŞ-TİM'in ulusal dolaşım hizmetini Turkcell ve Telsim'den talep etmiş olduğu da dikkate alınarak, ilgili ürün pazarları GSM altyapı hizmetleri ve GSM hizmetleri pazarları olarak belirlenmiştir.

H.1.5. İlgili Coğrafi Pazar

700 1997/1 sayılı Tebliğin 4. maddesinde ilgili coğrafi pazara ilişkin olarak; *"Ülkenin önemli bir bölümünden oluşan coğrafi pazar, teşebbüslerin, mal ve hizmetlerinin arz ve talebi konusunda faaliyet gösterdikleri, rekabet koşullarının yeterli derecede homojen ve özellikle de rekabet koşulları komşu bölgelerden hissedilir derecede farklı olduğu için bu bölgelerden kolayca ayrılabilen bölgelerdir. Coğrafi pazar değerlendirilmesi yapılırken, özellikle ilgili mal ve hizmetlerin özellikleri ile tüketici tercihleri bakımından giriş engellerinin, ilgili bölge ile komşu bölgeler arasında teşebbüslerin pazar payları veya mal ve hizmetlerin fiyatları bakımından hissedilir bir farklılığın varlığı gibi unsurlar dikkate alınır."* ifadeleri yer almaktadır.

710 GSM altyapı hizmetlerinin sunulmasında kullanılacak frekans bandı tahsisi Türkiye Cumhuriyeti sınırları gözetilerek yapılmıştır. Ayrıca GSM işletmecileri ile imzalanan imtiyaz sözleşmelerinde belirlenen süre sonunda tüm ülkeyi kapsama alanına alma zorunluluğu bulunmaktadır. Türkiye sınırları dışına çıkıldığında pazar koşulları tamamen değişmekte, sınırlar dışındaki bir GSM işletmecisinin rekabet baskısı söz konusu olamamaktadır. Türkiye sınırları içinde de ilgili pazar açısından rekabet koşullarının farklılık arz ettiği ayrı bölgeler söz konusu değildir. Yine imtiyaz sözleşmelerinde minimum sinyal kalite standardı tüm Türkiye için getirilmiştir. Bu nedenler çerçevesinde, ilgili coğrafi pazar Türkiye Cumhuriyeti olarak tespit edilmiştir.

H.2. Yapılan Tespitler ve Deliller

H.2.1. Türkiye'de GSM Hizmetleri ve Ulusal Dolaşım ile İlgili Süreç

720 Türkiye'de GSM hizmetleri ilk olarak 1994 yılında Türk Telekomünikasyon A.Ş. (TTAŞ) ile Telsim ve TTAŞ ile Turkcell arasında imzalanan gelir ortaklığı anlaşmaları ile sunulmaya başlanmış, ardından 1998 yılının Nisan ayında verilen lisanslarla bu iki operatör faaliyetlerini imtiyaz sözleşmeleri kapsamında yürütmeye devam etmişlerdir.

2000 yılı Nisan ayında GSM 1800 bandında üç yeni operatörün pazara girişine izin verilmesi amacıyla bir ihale düzenlenmiş ve ihale sonucunda İŞ-TİM ve TTAŞ piyasada faaliyet göstermeye hak kazanmışlardır. Bu iki operatörün her birinin ödediği lisans bedeli yaklaşık 3'er milyar ABD Dolarını bulmuştur. İŞ-TİM ile Ulaştırma Bakanlığı arasında imtiyaz sözleşmesi 27.10.2000 tarihinde, TTAŞ'ın bağlı ortaklığı Aycell ile Bakanlık arasındaki imtiyaz sözleşmesi ise 11.1.2001 tarihinde imzalanmıştır.

730 Bu sözleşmelerden sonra İŞ-TİM ve Aycell altyapı yatırımlarına başlamıştır. Nitekim, 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 imtiyaz sözleşmesiyle zorunlu tutulmuştur.

H.2.1.1. Ulusal Dolaşım ile İlgili Özel Mevzuat

H.2.1.1.1. 406 Sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu

Ulusal dolaşım terimi Türk mevzuatına ilk kez 29.1.2000 tarih ve 4502 sayılı Kanun ile girmiştir. Bu Kanunla değiştirilen 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun 1. maddesinde dolaşım;

“Bir işletmeciye ait hizmetlerin, teknik uyumluluk şartları saklı kalmak üzere, diğer bir işletmecinin müşterilerine ait ekipmanlar üzerinden çalışmasına veya bir diğer sisteme ara bağlantısına imkân sağlayan sistemler arası dolaşımı”

740 şeklinde tanımlanmaktadır. Aynı Kanununun 10. maddesinin son iki fıkrasında ise;

“Bu madde hükümleri dahilinde, mobil telekomünikasyon, data veya Kurumun belirleyeceği diğer hizmet veya altyapı işletmecileri, aynı alandaki diğer işletmecilerin müşterilerine ait ekipmanların kendi telekomünikasyon sistemleri üzerinden de çalışabilmesine izin verilmesine yönelik yapacakları makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkân dahilindeki roaming taleplerini karşılamakla yükümlüdürler.

750 *Kurum; ilgili işletmecilerin, uygun olduğu ölçüde kendi standart hüküm ve şartları içine dahil edebilecekleri, standart ara bağlantı referans ücret tarifeleri yayınlar ve gerektiğinde bunları değiştirir. Kurum; bu maddenin uygulanma esaslarını ve standart referans tarifeleri, ara bağlantı ve roaming anlaşmalarının tabi olduğu ayrıntıları gösteren yönetmelikler çıkarır ve standart referans tarifeleri, şebeke ara bağlantıları ve roaming ile ilgili anlaşmaların telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesinde ve altyapının işletiminde serbest rekabeti engelleyici sonuçlara yol açmayacak tedbirleri alır, gerektiğinde 7.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde Rekabet Kurumuna başvurabilir”*

ifadelerine yer verilmektedir.

H.2.1.1.2. Ulusal Roaming ile İlgili Anlaşmazlıklarda Uygulanacak Uzlaştırma İşlemine İlişkin Usul ve Esaslar (9.10.2000)

760 Ulusal dolaşım görüşmelerinin anlaşmazlıkla sonuçlanması halinde, arabuluculuk için Telekomünikasyon Kurumuna yapılacak başvurulara ilişkin olarak uygulanacak uzlaştırma işlemi belirlemek amacıyla, Telekomünikasyon Kurumu tarafından 406 sayılı Kanununun 10. maddesine dayalı olarak **“Ulusal Dolaşım ile İlgili Anlaşmazlıklarda Uygulanacak Uzlaştırma İşlemine İlişkin Usul ve Esaslar”** düzenlenmiştir. Bu belgenin dördüncü bölümü **Uzlaştırma İşlemine İlişkin Usul ve Esaslar** başlığını taşımaktadır. Bu bölümde:

- Kurum tarafından başvurunun alınmasını müteakip ulusal dolaşım yükümlüsü işletmecilerden yedi gün içinde konuya ilişkin görüşlerini bildirmelerinin isteneceği,
 - bu görüşlerin de göz önüne alınarak “anlaşmazlık hali”nin şartlarının
- 770 gerçekleştirilmesine karar verilmesi durumunda, taraflara kendi aralarında

anlaşmaya varmaları için dört hafta süre tanınacağı, bu sürenin talep halinde iki hafta daha uzatılabileceği,

- Kurumun gerek görmesi halinde tarafları bir araya getirerek toplantı yapabileceği,
- anlaşmaya varılamaması halinde, tarafların anlaştıkları ve anlaşamadıkları konuları detaylı olarak açıklayan beraberce hazırladıkları bir raporu Kuruma verecekleri ve Telekomünikasyon Kurulunun bu raporu dikkate alarak, ulusal dolaşım anlaşmasının tarafları bağlayıcı hüküm ve koşullarını belirleyeceği ve taraflara tebliğ edeceği,
- 780 - kendisine tebliğ edilen Kurul kararına uymayan taraflar hakkında 406 sayılı Kanunun yukarıda yer verilen 2. maddesinin (f) bendi hükümlerinin uygulanacağı,
- bu usul ve esasların, 11.4.2001 tarihinden itibaren Kurum tarafından konu hakkında bir yönetmelik yürürlüğe konuluncaya kadar geçerli olacağı

öngörülmüştür.

H.2.1.1.3. Ulusal Dolaşım (Roaming) Anlaşması Yapılması ile İlgili Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

Telekomünikasyon Kurumu tarafından, 406 sayılı Kanunun 10. maddesinde öngörülmüş olan ulusal dolaşım yükümlülüğünün yerine getirilmesi ile ilgili usul ve esasları belirlemek amacıyla, 406 ve 2813 sayılı Kanunlara dayalı olarak 790 çıkarılan bu yönetmelik, 8.3.2002 tarih ve 24689 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Bu Yönetmelikte yukarıdaki usul ve esaslara benzer hükümlere yer verilerek, daha detaylı düzenlemelere gidilmiştir. Örneğin, uyuşmazlık halinde taraflarca hazırlanacak raporun asgari hangi konu başlıklarını kapsayacağı 10 bent halinde sıralanmıştır. Ayrıca 12. maddede, ulusal dolaşım anlaşmasının tabi olacağı ilkelere yer verilmiştir. Bu ilkeler arasında “(d) *Telekomünikasyon hizmetlerinin sunulması ve altyapının işletilmesinde serbest rekabet ortamının sağlanması ve korunması*” da yer almaktadır. İlâveten, Yönetmeliğin "Rekabetin Tesisi" başlıklı 800 16. maddesi hükmü ise; “*Ulusal dolaşım ile ilgili olarak tarafların kendi aralarında yapacakları anlaşmaların telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesinde ve altyapısının işletilmesinde serbest rekabeti engelleyici sonuçlara yol açmayacak nitelikte olması esastır*” şeklindedir.

Anılan Yönetmeliğin 20. maddesi ile “Ulusal Roaming ile İlgili Anlaşmazlıklarda Uygulanacak Uzlaştırma İşlemine İlişkin Usul ve Esaslar” yürürlükten kaldırılmış, geçici 1. madde ile daha önce başlatılmış dolaşım süreçlerinin bu Yönetmeliğe tabi olacağı hükme bağlanmıştır. Yönetmelik hükümlerine uygun dolaşım hizmeti vermemenin yaptırımı olarak bir önceki yılın cirosunun %1 - %3’ü arasında para cezası öngörülmüştür.

- 810 Yukarıda özet bilgi verilen mevzuat dikkate alındığında, Türk hukuk sisteminin zorunlu ulusal dolaşım sistemini benimsediği belirtilmelidir. Nitekim, Danıştay 1’inci Dairesinin İŞ-TİM ile Ulaştırma Bakanlığı arasında paraf edilen imtiyaz sözleşmesi taslağı hakkında 27.9.2000 tarih ve 2000/142 E. ve 2000/133 K. sayılı kararında ve yine bu karar üzerine Danıştay İdari İşler Kurulunun 9.10.2000 ve

03-40/432-186

2000/107 E. ve 2000/76 K. sayılı kararında bu durum açık bir şekilde ifade edilmektedir.

Danıştay 1. Dairesinin 2000/142 E. ve 2000/133 K. sayılı kararında;

820 *"...Aradan geçen süre içinde mobil telefona olan talebin beklenmedik bir şekilde geliştiği ve bu sektörde rekabetin yaygınlaştırılmasının gerekli olduğu görülmüştür.*

Taslakta getirilmiş bulunan ilk iki yıllık süre içerisinde belirli bölgelerde roaming yapabilme yasağı, diğer GSM işletmecilerinin yasada öngörülen roaming yapma yükümlülüklerini ortadan kaldırmaktadır.

Sözleşme taslağında yer alan bu hüküm Yasaya açık bir aykırılık oluşturmasının yanı sıra, diğer GSM operatörlerinin piyasada hakim durum yaratmalarına da olanak sağlayacağına kuşku bulunmamaktadır."

ifadesine yer verilmiş, bu yargıya Danıştay İdari İşler Kurulu da iştirak etmiştir. Bu suretle imtiyaz sözleşmesi taslağında yer alan ulusal dolaşım yasağına ilişkin anılan hüküm sözleşme metninden çıkarılmıştır.

830 **H.2.1.2. Ulusal Dolaşım Konusunda Yapılan İşlemler ve Hukuki Uyuşmazlıklar**

H.2.1.2.1. Kasım 2000 - Mart 2001 Tarihleri Arasında Yapılan Ticari Müzakereler

İŞ-TİM, Turkcell ve Telsim ile ulusal dolaşım sözleşmesi yapma konusundaki görüşmelere Kasım 2000'de arabağlantı görüşmeleri ile birlikte başladığını, ancak, Mart 2001'e kadar geçen sürede her iki operatörle de anlaşmaya varamadığını bildirmektedir.

H.2.1.2.2. İŞ-TİM'in Mart 2001'de Ulaştırma Bakanlığına Başvurusu ve Telekomünikasyon Kurulunun Kararı

840 İŞ-TİM, görüşmeler sonucu ulusal dolaşım yapılması konusunda her iki operatörle de bir anlaşmaya varamayınca, görüşme safahatını da belirterek, 406 sayılı Kanunun 10. maddesi uyarınca, her üç işletmecinin bir araya getirilerek konunun ivedilikle çözümü için Ulaştırma Bakanlığına başvuruda bulunmuştur.

Telekomünikasyon Kurumu, taraflara gönderdiği 7.5.2001 tarih ve 7213-4546 sayılı yazısında; İŞ-TİM, Turkcell ve Telsim'in tutumlarının değerlendirildiğini ve Telekomünikasyon Kurulunun 4.5.2001 tarihli toplantısında,

"1- Taraflar arasında anlaşmazlık halinin sabit olduğuna,

850 *2- 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun 4502 sayılı Kanun ile değişik 10. maddesi çerçevesinde hazırlanan ve ekte bir sureti sunulan 'Ulusal Roaming ile İlgili Anlaşmazlıklarda Uygulanacak Uzlaştırma İşlemine İlişkin Usul ve Esaslar' gereğince, taraflar arasında ulusal roaming anlaşmasının dört (4) hafta (verilecek ek süre hariç) içerisinde gerçekleştirilmesine, aksi takdirde uluslararası uygulamalar göz önüne alınarak Kurumumuz tarafından belirlenecek hüküm ve koşullar çerçevesinde söz konusu anlaşmanın temin edilmesine"*

karar verildiği taraflara bildirilmiştir.

H.2.1.2.3. 18.10.2001 tarihinde Telekomünikasyon Kurumunun “Ulusal Roaming Anlaşması için Belirlediği Hüküm ve Şartlar”ı Taraflara Tebliğ Etmesi ve 15.11.2001 Tarihine Kadar Anlaşma Yapılmasını Talep Etmesi

860 Telekomünikasyon Kurulunun anlaşma yapılması için taraflara verdiği 4 haftalık süre 2001 yılı Haziran ayı başında sona ermesine rağmen taraflar arasındaki görüşmeler ve Telekomünikasyon Kurumunun tarafların anlaşmalarını sağlayıcı gayretleri bir süre daha devam etmiştir.

Bu çalışmalardan sonuç alınamaması üzerine, Telekomünikasyon Kurumu İŞ-TIM ve Turkcell'e gönderdiği 18.10.2001 tarih ve 14628-8442 sayılı yazısında özetle;

- tarafların anlaşamadıklarının görüldüğü, tarafların talepleri arasındaki büyük farklar nedeniyle bir anlaşma sağlayamayacakları kanaatine varıldığı,
- yapılan değerlendirmede, İŞ-TIM'in ulusal dolaşım ile ilgili talebinin fiyat haricinde kapasite ve süre açısından makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkan dahilinde olduğunun, buna karşılık Turkcell'in talebinin fiyat açısından kabul edilemez olduğunun tespit edildiği,
- 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun 4502 sayılı Kanun ile değişik 10. maddesine ve “Ulusal Roaming ile İlgili Anlaşmazlıklarda Uygulanacak Uzlaştırma İşlemine İlişkin Usul ve Esaslar”ın 8. maddesinde yer alan “Kurul...ulusal roaming anlaşmasının hüküm ve koşullarını belirler ve taraflara tebliğ eder” hükmüne dayalı olarak aldığı 12.10.2001 tarih ve 2001/332 karar ile belirlenen temel konulara (kapsam, kapasite, süre, fiyat, ödeme şekli) ait “makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkan dahilindeki”, “Ulusal Roaming Hüküm ve Koşulları”nın ekte verildiği,

880 belirtilerek,

“406 sayılı Kanunun 10. maddesinde öngörülen Ulusal Roaming talep hakkının söz konusu Kurul Kararında belirlenen ‘Ulusal Roaming Hüküm ve Koşulları’ çerçevesinde kullanılması halinde Turkcell bakımından yasal roaming yükümlülüğünün doğmuş sayılacağı”

tebliğ edilmiştir. Söz konusu yazı ekinde gönderilen “...Telekomünikasyon Kurumu tarafından Belirlenen Hüküm ve Şartlar”ı ihtiva eden belgenin 4. maddesi ile de “...Ulusal roaming anlaşmasının en geç 15.11.2001 tarihi itibarıyla imzalanması” öngörülmüştür. Ayrıca bu belgenin 22. maddesinde, uymayan tarafın 406 sayılı Kanunun 2. maddesinin (f) bendi uyarınca cezalandırılacağı ifade edilmiştir.

890

Telekomünikasyon Kurumu tarafından aynı yazı 18.10.2001 tarih ve 14628-8443 sayılı ile Telsim'e de gönderilmiştir.

İŞ-TIM, 24.10.2001 tarihli yazısı ile Telekomünikasyon Kurumunun belirlediği “Hüküm ve Şartları” kabul ettiğini ve bu çerçevede bir Ulusal Dolaşım Sözleşmesi imzalamaya hazır olduğunu bildirmiştir.

Daha sonra Turkcell ile 31 Ekim, 2 Kasım ve 7 Kasım tarihlerinde üç görüşme yapıldığı, Telsim ile Telekomünikasyon Kurumunun müdahalesi neticesinde 9.11.2001'de görüşüldüğü, fakat her iki şirketin de 12.11.2001 tarihinde şifahi

03-40/432-186

900 Telekomünikasyon Kurumunun belirlediği hüküm ve şartlarda İŞ-TİM ile ulusal dolaşım anlaşması imzalamayacaklarını bildirdiği, İŞ-TİM tarafından belirtilmektedir.

H.2.1.2.4. Turkcell ile İlgili Olarak Alınan İhtiyati Tedbir Kararı

910 Turkcell, imtiyaz sözleşmesinde, diğer GSM işletmecileri ile ulusal dolaşım sözleşmesi yapılmasının kendi inisiyatifinde bulunduğunu, Telekomünikasyon Kurumunun belirlediği koşullarda sözleşme yapılmasını istemesinin hukuka aykırı olduğunu, tahkim davası açacaklarını, tahkim yargılaması süresince Telekomünikasyon Kurumunun lisans anlaşmasını iptal edebileceğini, bu suretle önemli ve giderilemez zararlara maruz kalacağını belirterek ulusal dolaşım anlaşması yapılmasını ve buna ilişkin yaptırımların durdurulmasını mahkemeden talep etmiştir.

Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesinin 12.11.2001 gün ve 2001/373 D.İş, 2001/060 K. sayılı ihtiyati tedbir kararına aşağıda yer verilmiştir:

"1. 4686 sayılı Yasanın 3, 6 ve 10. maddeleri uyarınca ihtiyati tedbir isteminin kabulü ile, aleyhine tedbir talep edilen T.C. Ulaştırma Bakanlığı ve T.C. Telekomünikasyon Kurumu hakkında hüküm ifade etmek üzere,

(a) T.C. Telekomünikasyon Kurumunun 18.10.2001 gün ve 14628-8442 sayılı yazısına konu uygulamanın,

920 *(b) "Türkiye'de Faaliyet Gösteren GSM 900 ve GSM 1800 Şebekesi İşletmecileri Arasında Makul, Ekonomik Açıdan Oranlı ve Teknik Açıdan İmkan Dahilindeki Bir Ulusal Roaming Anlaşması İçin Hüküm ve Şartlar" başlıklı Telekomünikasyon Kurumuna ait yazıda öngörülen ve tedbir isteyen şirket ile İŞ-TİM Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. ya da diğer bir GSM işletmecisi ile aynı yazıda belirlenen hüküm ve şartlarda bir roaming anlaşması imzalanmasının,*

(c) b bendinde belirtilen başlıklı yazının 22. maddesinde öngörülen yaptırımların tedbir isteyen şirket hakkında uygulanmasının,

ihtiyati tedbir yoluyla durdurulmasına karar verilmiştir".

930 Yapılan itiraz üzerine 5.12.2001 tarihinde Mahkeme; *"... kararın 1-b,c maddelerinde öngörülen ihtiyati tedbire itirazların kabulü ile bu yönde verilen tedbir kararlarının kaldırılmasına, 1-a maddesinde öngörülen ihtiyati tedbir istemine itirazın reddine"* karar vermiştir.

H.2.1.2.5. Telsim ile İlgili Olarak Alınan İhtiyati Tedbir Kararı

Telsim'in benzer gerekçelerle ihtiyati tedbir talebi üzerine, Ankara 5. Asliye Hukuk Mahkemesinin 15.11.2001 tarih ve 2001/186 D.İş ve 2001/39 D. İş K. sayılı kararındaki hüküm,

940 *"Aleyhine tedbir talep edilen Telekomünikasyon Kurumunun 7.5.2001 tarih ve 7213-4586 sayılı 'Ulusal Roaming ile İlgili Anlaşmazlıklarda Uygulanacak Uzlaşma İşlemine İlişkin Usul ve Esaslar' isimli belge hükümleriyle yine aynı konudaki 18.10.2001 tarih ve 14629-8443 sayılı 'Türkiye'de Faaliyet Gösteren GSM 900 ve GSM 1800 Şebekesi İşletmecileri Arasında Makul, Ekonomik Açıdan Oranlı ve Teknik Açıdan İmkan Dahilindeki Bir Ulusal Roaming Anlaşması İçin Telekomünikasyon Kurumu Tarafından Belirlenen Hüküm ve Şartlar' isimli*

belge hükümlerinin ihtiyati tedbiri isteyen şirket yönünden uygulanmasının durdurulmasına karar verildi”,

şeklindedir.

İtiraz üzerine Mahkeme 13.11.2001 tarih ve 2001/186 D.İş sayı ile, “1- Ulaştırma Bakanlığı yönünden ihtiyati tedbirin kaldırılmasına, 2- Telekomünikasyon Kurumunun ihtiyati tedbire itirazının reddine” karar vermiştir.

H.2.1.2.6. Turkcell ve Telsim Tarafından Tahkim Davası Açılması

950 Turkcell tarafından 4686 sayılı Kanuna göre süresi içinde (30 gün) ICC Uluslararası Tahkim nezdinde tahkim davası açılmıştır. Davanın konusu, Telekomünikasyon Kurumunun 18.10.2001 tarihli yazısıyla başlattığı muarazanın giderilmesi ve Turkcell'in İŞ-TİM ya da diğer bir GSM operatörü ile “Türkiye’de Faaliyet Gösteren GSM 900 ve GSM 1800 Şebekesi İşletmecileri Arasında Makul, Ekonomik Açından Oranlı ve Teknik Açından İmkan Dahilindeki Bir Ulusal Roaming Anlaşması İçin Hüküm ve Şartlar”da belirlenen hüküm ve şartlarda bir dolaşım anlaşması imzalama yükümlülüğünün olmadığı tespiti ve 22. maddede öngörülen yaptırımların Telekomünikasyon Kurumu tarafından Turkcell’e uygulanamayacağı yönünde karar alınması taleplidir. ICC Uluslararası Tahkim Mahkemesi tarafından 11867/DK dosya numarası ile yürütülen bu dava 960 halen yargı aşamasındadır.

Aynı amaçla Telsim tarafından da tahkim davası açılmıştır. ICC Uluslararası Tahkim Mahkemesi tarafından 11871/DB/EC dosya numarası ile yürütülen bu davada taraflardan birisini Telsim diğerini ise Ulaştırma Bakanlığı veya Telekomünikasyon Kurumu (Tahkim kurulu ilk olarak buna karar verecektir) oluşturmaktadır. Bu dava da halen yargı aşamasındadır.

Tahkim davası ve ihtiyati tedbir talebinin hem Ulaştırma Bakanlığı hem de Telekomünikasyon Kurumu aleyhine yapılmasının sebebi, davaya konu 18.10.2001 tarihli işlemin yapıldığı sırada, daha önce Turkcell ile Ulaştırma Bakanlığı arasında imzalanmış olan; imtiyaz sözleşmesinin, 4673 sayılı Kanun gereğince Turkcell ile Telekomünikasyon Kurumu arasında yenilenmemiş (parafe edilmiş fakat imzalanmamış) olmasıdır. 970

H.2.1.2.7. Turkcell ve Telsim Tarafından Telekomünikasyon Kurumunun İdari İşlemleri Aleyhine Açılan Davalar

Telekomünikasyon Kurumu tarafından belirlenen hüküm ve şartlar aynı zamanda birer idari işlem olması nedeniyle, Turkcell tarafından bu işlemlerin iptali için Ankara İdare Mahkemesi nezdinde dava açılmıştır. Bu davada, Ankara 9. İdare Mahkemesi, işlemin genel bir düzenleme olması gerekçesiyle dosyanın Danıştay’a gönderilmesine karar vermiştir. Dosya 25.11.2002 tarihi itibarıyla esas sayısı almamıştır.

980 Aynı konuda Telsim tarafından Ankara 9. İdare Mahkemesinde açılan dava ise Danıştay 10. Dairede 2002/198 E. sayısı ile yürütülmektedir.

H.2.1.2.8. Diğer İşlemler ve Davalar

“Ulusal Dolaşım (Roaming) Anlaşması Yapılması ile İlgili Usul Esaslar Hakkında Yönetmelik”in 8.3.2002 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe girmesinin ardından,

Telekomünikasyon Kurumu tarafından 14.3.2002 tarihinde gönderilen bir yazı ile, İŞ-TİM'in talebinin "*fiyat dışında makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkan dahilinde*" bulunduğu beyan edilmiş ve Turkcell'e bir dolaşım sözleşmesi imzalanması için 30 gün süre tanınmıştır.

990 Bu gelişme üzerine Turkcell, ICC Uluslararası Tahkim Mahkemesi nezdinde tahkim davası açılmasına karar vermiş ve ilk tahkim davasında olduğu gibi, ikinci tahkim davasından önce, telafi edilemeyecek zararların ortaya çıkması ihtimaline karşı, Ankara Asliye Hukuk Mahkemelerine ihtiyati tedbir talebi ile müracaat etmiştir. Söz konusu müracaatı inceleyen Ankara 22. Asliye Hukuk Mahkemesi; "*1. Telekomünikasyon Kurumu Tarifeler Daire Başkanlığının 14.3.2002 tarih ve 4280/2279 sayılı yazısına konu uygulamanın 4686 sayılı Kanunun 3 üncü ve 6 ncı maddeleri gereğince tedbiren durdurulmasına,*" 8.4.2002 tarih ve 2002/58 D.İş, 2002/22 K. sayı ile karar vermiştir.

1000 Tahkim davasının konusu, Telekomünikasyon Kurumunun 14.3.2002 tarihli yazısıyla başlattığı muarazanın giderilmesi amacıyla, bu yazıda ifade edilenin tersine Turkcell'in, İŞ-TİM ya da diğer bir GSM operatörü ile bir dolaşım anlaşması imzalama yükümlülüğünün doğmamış olduğu, öngörülen süre içerisinde bir dolaşım sözleşmesi imzalamaması halinde Turkcell'e hiçbir yaptırım uygulanamayacağı yönünde karar verilmesi talebidir. Dava, ICC Uluslararası Tahkim Mahkemesi tarafından 12085/DK dosya sayısı ile yürütülmektedir.

Aynı konuda Telsim'in başvurusu üzerine, Ankara 18. Asliye Hukuk Mahkemesi 27.3.2002 tarih ve 2002/140 D.İş E., 2002/13 K. sayı ile ihtiyati tedbir kararı vermiş, takiben süresi içinde ICC Uluslararası Tahkim Mahkemesinde 12106/DB/EC dosya sayısı ile dava açılmıştır.

1010 Öte yandan söz konusu yazı ve ilgili Yönetmelik idari işlem niteliğinde olduğundan, Turkcell tarafından Danıştay nezdinde bir iptal davası açılmıştır. Yürütmenin durdurulması istemi, davayı 2002/2157 E. sayısı ile gören Danıştay 10. Dairesi tarafından reddedilmiş, Turkcell tarafından bu kararın kaldırılması talebiyle Danıştay İdari Davalar Genel Kuruluna itiraz edilmiştir. Esas hakkındaki dava 25.11.2002 tarihi itibarıyla devam etmektedir.

Telsim tarafından aynı konuda açılan dava ise Danıştay 10. Dairesi'nde 2002/1474 E. sayısı ile halen devam etmektedir. Bu dava kapsamında incelenen yürütmeyi durdurma talebi ise reddedilmiştir.

H.2.1.3. Mahkemelerden Alınan Tedbir Kararları Karşısında Rekabet Kurulunun Karar Alıp Alamayacağına İlişkin Değerlendirme

1020 Turkcell ve Telsim'in talepleri üzerine, Telekomünikasyon Kurumu'nun ulusal dolaşım ile ilgili olarak bu teşebbüsler aleyhine başlattıkları işlemlere yönelik olarak tedbir kararı alınmıştır.

Turkcell ve Telsim'in ayrı ayrı Telekomünikasyon Kurumu ile yaptıkları imtiyaz sözleşmelerinde, bu sözleşmelerle ilgili uyuşmazlıklarda tarafların uluslararası tahkim yargılamasına başvurabilecekleri ifade edilmektedir. Bu olanak hem Turkcell ve Telsim'e hem de Telekomünikasyon Kurumuna tanınmıştır. 21.6.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun "İhtiyati Tedbir veya İhtiyati Haciz" başlıklı 6. maddesi aşağıdaki şekildedir:

1030 *"Taraflardan birinin, tahkim yargılamasından önce veya tahkim yargılaması sırasında mahkemeden ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz istemesi ve mahkemenin böyle bir tedbire veya hacze karar vermesi, tahkim anlaşmasına aykırılık teşkil etmez.*

Aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin istemi üzerine, ihtiyatî tedbire veya ihtiyatî hacze karar verebilir. Hakem veya hakem kurulu, ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı vermeyi, uygun bir güvence verilmesine bağlı kılabilir. Hakem veya hakem kurulu, cebrî icra organları tarafından icrası ya da diğer resmî makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı veremeyeceği gibi, üçüncü kişileri bağlayan ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı da veremez.

1040 *Taraflardan biri, hakem veya hakem kurulunun verdiği ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararını yerine getirmese; karşı taraf, ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı verilmesi istemiyle yetkili mahkemenin yardımını isteyebilir. Yetkili mahkeme gerekirse başka bir mahkemeyi istinabe edebilir.*

Tarafların, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile İcra ve İflas Kanununa göre istemde bulunma hakları saklıdır.

Tahkim yargılaması öncesi veya tahkim yargılaması sırasında taraflardan birinin istemi üzerine mahkemece verilen ihtiyatî tedbir ya da ihtiyatî haciz kararı, hakem veya hakem kurulu kararının icra edilebilir hale gelmesiyle ya da davanın hakem veya hakem kurulu tarafından reddedilmesi halinde kendiliğinden ortadan kalkar."

1050 Görüldüğü üzere, tahkim yargılamasında hakem veya hakem kurulunun nihai kararına kadar ciddi ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu durumlarda, uyuşmazlık öncesi durumu koruyucu nitelikte ihtiyati tedbir alınabilmektedir. Bu tedbir, tahkim yargılamasından önce veya yargılama sırasında mahkemeden (aynı 4686 sayılı Kanunun 3. maddesine göre Asliye Hukuk Mahkemesinden) veya hakem ya da hakem kurulundan talep edilebilir.

Turkcell ve Telsim yukarıda yer verilen 6. maddeye göre Asliye Hukuk Mahkemelerinden tedbir kararı aldırılmışlardır. Bu noktada anılan tedbir kararlarının Rekabet Kurulunun karar almasını engelleyip engellemediği hususu önem kazanmaktadır.

1060 Genel olarak, adli yargıdan alınan ihtiyati tedbir kararları, geçici nitelikte olup esas hakkında karar verilmeden önce belirli nedenlerle kaldırılabilirliği gibi esas hakkında karar verilmesiyle (bu arada davanın reddiyle birlikte) de kaldırılabilir.

Turkcell ve Telsim'in başvuruları üzerine verilen ihtiyati tedbir kararlarında, bu kararların muhatabı olarak, doğal bir şekilde, hakkında tedbir kararı istenen Telekomünikasyon Kurumu gösterilmektedir. Dolayısıyla Turkcell ve Telsim ile Telekomünikasyon Kurumu arasındaki imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklandığı adli mahkemelerce kabul edilen uyuşmazlığa ilişkin bu ihtiyati tedbir kararlarının muhatabının Rekabet Kurulu değil, bu kararların dikkate aldığı uyuşmazlığın tarafı olan Telekomünikasyon Kurumu olduğu görülmektedir.

1070 Diğer taraftan yukarıda yapılan değerlendirme ve tespitler neticesinde, Telekomünikasyon Kurumunun 406 sayılı Kanunun 10/V. maddesine göre yaptığı işlemler ile Rekabet Kurumunun 4054 sayılı Kanunun 6. maddesine göre yapılan

işlemler birbirinden farklı olduğu ve bu maddelerin farklı menfaatleri koruduğu açıktır. Mahkemelerden alınan tedbir kararları Telekomünikasyon Kurumunun 406 sayılı Kanuna göre yapmış olduğu işlemlere yöneliktir. Tahkime konu uyuşmazlık ile Rekabet Kurulunun ulusal dolaşım ile ilgili soruşturma yaptığı konular farklıdır.

1080 Turkcell ve Telsim'in 1998 yılında Ulaştırma Bakanlığı ile imzalamış oldukları imtiyaz sözleşmeleri, daha sonra çıkarılan 4673 sayılı Kanun gereğince Telekomünikasyon Kurumu, Ulaştırma Bakanlığı yerine geçecek şekilde yenilenmiştir. Bu işlemten sonra Ulaştırma Bakanlığı imtiyaz sözleşmesinin tarafı olmaktan çıkmış ve aynı Rekabet Kurumu gibi söz konusu imtiyaz sözleşmeleri açısından üçüncü kişi sıfatını kazanmıştır. Dolayısıyla imtiyaz sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıklar açısından yapılacak işlemlerin Ulaştırma Bakanlığı ve Rekabet Kurumu gibi üçüncü taraflar nezdinde hak veya yükümlülük doğurması söz konusu değildir. Nitekim, yukarıda açıklandığı gibi Telsim'in talebi üzerine, Ankara 5. Asliye Hukuk Mahkemesi ilk önce hem Telekomünikasyon Kurumu hem de Ulaştırma Bakanlığı aleyhine tedbir kararı vermiş fakat yapılan itiraz üzerine, artık Telsim ile yapılan; imtiyaz sözleşmesinin bir tarafı olmayan

1090 Ulaştırma Bakanlığı bakımından tedbiri kaldırmıştır.

Ayrıca, uluslararası tahkim her ne kadar tarafların ulusal hukuka başvurmadan uyuşmazlıklara çözüm arayabilecekleri bir platform olarak gözükse de, uluslararası tahkim yargılaması sırasında tarafların milliyetlerine göre ulusal düzeyde bazı hukuki işlemlerin yapılması (en azından nihai kararın uygulanması bakımından) gereklidir. Bu ihtiyacın karşılanması açısından 4686 sayılı Kanunun geneline bakıldığında birçok hükmünde ulusal mahkemelere atıf yapıldığı görülecektir. Aynı Kanunun "Tahkimde Görevli ve Yetkili Mahkeme, Müdahalenin Sınırı" başlıklı 3. maddesinde;

1100 *"Bu Kanunda mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde, davalının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerinin bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesi; davalının Türkiye'de yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya işyeri yoksa İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi görevli ve yetkilidir.*

Milletlerarası tahkimden kaynaklanan sorunlar için mahkemeler, sadece bu Kanunun hükümlerine göre müdahalede bulunabilirler"

1110 hükmü yer almaktadır. Bu ifade uluslararası tahkim yargılamasında Asliye Hukuk Mahkemelerinin hakem veya hakem kurulunun, Türkiye'de yapılması gereken işlemler bakımından devamı niteliğinde olduğunu göstermektedir. Ancak Asliye Hukuk Mahkemelerinin yetkisi de 3/II. hükmüne göre sınırlandırılmıştır. Bu sebeple, Asliye Hukuk Mahkemelerinin uluslararası tahkim yargılaması konusunda alacakları tedbir kararlarının uyuşmazlık konusu ve taraflarıyla sınırlı olması olağandır.

Ayrıca, 4686 sayılı Kanunun 6. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi; *"Hakem veya hakem kurulu, cebrî icra organları tarafından icrası ya da diğer resmî makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı veremeyeceği gibi, üçüncü kişileri bağlayan ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı da veremez."* şeklindedir.

1120 Dolayısıyla söz konusu tedbir kararları, teşebbüslerin Telekomünikasyon Kurumu tarafından sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlık çerçevesinde, 406 sayılı Kanuna dayanılarak ulusal dolaşım sözleşmesi yapmaya zorlanmasının ve aksi halde bu Kurumun yaptırım uygulamasının durdurulmasına ilişkin olduğu; anılan uyuşmazlığa taraf olmayan Rekabet Kurulunun ise bu konuda 4054 sayılı Kanuna dayanarak açtığı bir soruşturmada bu Kanunun ihlali gerekçesiyle karar verilmesinin Anayasanın 138. maddesi ve Hukuk Usulü Muhakameleri Kanununun 113A. maddesine aykırı olamayacağı kanaatine varılmıştır.

H.2.2. Soruşturma Konusuyla İlgili Rekabet Kurumu ve Telekomünikasyon Kurumunun Yetkileri

H.2.2.1. Genel Olarak Rekabet Kurumunun Telekomünikasyon Sektöründeki Yetkileri

1130 27.1.2000 tarihinde yürürlüğe giren 4502 sayılı Kanunun (ve böylece 406 ve 2813 sayılı Kanunların bu Kanun ile değişen hükümlerinin), Rekabet Kurumuna 4054 sayılı Kanun ile tanınmış olan inceleme, araştırma, soruşturma ve karar verme yetkilerini, telekomünikasyon sektöründe meydana gelecek rekabet ihlalleri ve birleşme/devralmalar bakımından, bu Kurumdan alarak Telekomünikasyon Kurumuna devrettiği şeklinde genel bir yargıya varılması mümkün değildir. Bu tespit, *"özel ve sonraki tarihli kanunun önceki tarihli kanunla düzenlenen konuları da düzenlemesi halinde bu konular bakımından sonraki tarihli kanun esas alınır"* (lex posterior derogat priori) ilkesinin kabul edilmemesi olarak nitelendirilmemelidir.

1140 Şöyle ki, kanun koyucu, sonraki tarihli kanun olan 4502 sayılı Kanunun 16. maddesi hükmüyle 2813 sayılı Kanunun 7. maddesine eklediği son fıkrada, telekomünikasyon sektöründeki rekabet ihlalleri ve birleşme/devralmalar bakımından Rekabet Kurumunun inceleme, araştırma, soruşturma ve karar verme yetkilerini Telekomünikasyon Kurumuna devretmek gibi bir amaç taşımadığını bizzat ortaya koymaktadır. Bu hükümde, aynen,

"Rekabet Kurulu, telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak yapacağı inceleme ve tetkiklerde ve birleşme ve devralmalara ilişkin olarak vereceği kararlar da dahil olmak üzere telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak vereceği tüm kararlarda, öncelikle Kurumun görüşünü ve Kurumun yapmış olduğu genel düzenleyici işlemleri dikkate alır."

1150 denilmektedir. Böylece kanun koyucu, 4502 sayılı Kanunda yer alan ve -4054 sayılı Kanuna atıfta bulunarak veya bulunmayarak- rekabetin korunması gerekliliğini telekomünikasyon sektörü bakımından vurgulayan (lex posterior nitelikli) hükümlerin⁵, Rekabet Kurumuna 4054 sayılı Kanun ile tanınmış olan yetkileri bu sektör açısından Telekomünikasyon Kurumuna devretmediğini açıkça belirtmiş olmaktadır.

Ayrıca 4502 sayılı Kanunun 16. maddesinin gerekçesinde yer alan,

⁵ 406 sayılı Kanunun 4502 sayılı Kanunun 4. maddesi ile yeniden düzenlenen m/1 bendi ve 6. madde ile değişik 10. madde f. son hükmü; 2813 sayılı Kanun'un 4502 sayılı Kanun 16. maddesi ile değişik 7. madde (f) son hükmü.

1160 *"Rekabet Kurumunun görev alanına giren hususlarda bile, eğer telekomünikasyon sektörüne ilişkin bir inceleme söz konusu ise, Telekomünikasyon Kurumunun da bu konu ile ilgili görüşünün alınması hususu getirilmekte, bu sayede telekomünikasyon sektörüne özel bazı hususların rekabet hukukunda da göz önüne alınması sağlanmaktadır."*

ifadesi de bu görüşü desteklemektedir. Ayrıca, 406 sayılı Kanunun 10. maddesinin son bendinde yer alan;

"Kurum...telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesinde ve altyapının işletiminde rekabeti engelleyici sonuçlara yol açmayacak tedbirleri alır, gerektiğinde 7.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde Rekabet Kurumuna başvurabilir."

hükmünden de aynı tespitin yapılması mümkündür.

1170 Ayrıca, 406 sayılı Kanunun⁶ 2. maddesinin (f) bendinde Telekomünikasyon Kurumu'nun inceleme, izleme ve idari para cezası yaptırımını uygulama yetkisi düzenlenmektedir.

406 sayılı Kanununun 4. maddesinin (ı) bendi hükmü çerçevesinde, Telekomünikasyon Kurumu'nun telekomünikasyon sektöründe işletmeciler tarafından gerçekleştirilen rekabet ihlallerini soruşturma ve yaptırıma bağlama yetkisine sahip olduğunu ileri sürmek mümkün değildir.

1180 Ayrıca, 406 sayılı Kanunun 10. maddesinin son fıkrası da, Telekomünikasyon Kurumunun telekomünikasyon sektöründe işletmeciler tarafından gerçekleştirilen rekabet ihlallerini soruşturma ve yaptırıma bağlama yetkisine sahip olduğunu gösteren bir hüküm olarak değerlendirilemez. Bu çerçevede, arabağlantı ve dolaşım anlaşmalarının tabi olduğu ayrıntıları ve standart ücret tarifelerini düzenleme yetkisinin Telekomünikasyon Kurumuna tanındığını gösteren bu hükmün, Telekomünikasyon Kurumunun, standart referans tarifeleri, şebeke ara bağlantıları ve dolaşım ile ilgili anlaşmaların telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesinde ve altyapının işletiminde (kullanılması sırasında), serbest rekabeti engelleyici sonuçlara yol açmayacak tedbirleri alacağını ve gerektiğinde 7.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde Rekabet Kurumuna başvurabileceğini belirtmiş olmasının anlamı, Telekomünikasyon Kurumunun konuyla ilgili düzenlemeleri yaparken Rekabet Kurumundan görüş sorabileceği ve sonrasındaki uygulamalar yönünden işlem yapılmasını Rekabet Kurumundan isteyebileceğidir.

1190 Rekabet Kurumu ve Telekomünikasyon Kurumunun yetki sınırlarının belirlenmesi bakımından; 2813 sayılı Kanunun 7. maddesinin sondan bir önceki fıkrasında, Telekomünikasyon Kurumu'nun hem telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesinde ve altyapısının işletilmesinde hem de genel olarak telekomünikasyon sektöründe rekabete aykırı davranış, plan ve uygulamaları resen veya şikayet üzerine incelemeye ve görev alanına giren konularda bilgi ve dokümanların sağlanmasını talep etmeye yetkili olduğu belirtilmektedir. Telekomünikasyon sektöründe işletmeciler tarafından gerçekleştirilen rekabet ihlallerinin, bunlar 406 ve 2813 sayılı Kanunlarda yer alan özel hükümlere aykırılık teşkil etmeseler bile, Telekomünikasyon Kurumu tarafından

⁶ 4502 ve 4673 sayılı Kanunların 2. maddeleri ile değişik

soruşturularak yaptırma bağlanabileceğini ve bu konuda artık Rekabet Kurumunun bir yetkisinin kalmadığını göstermemektedir. Ayrıca, bu hüküm, Telekomünikasyon Kurumunun telekomünikasyon sektöründe gerçekleştirilen ve telekomünikasyon mevzuatının da herhangi bir özel hükmünü ayrıca ihlal etmeyen rekabete aykırı davranışların, bu özelliğini (yani 4054 sayılı Kanuna aykırı bir rekabet ihlali teşkil ettiklerini) münhasıran (veya Rekabet Kurumunun yanı sıra) tespit edebilme (bunun için de -idari para cezası yaptırımı ile de sonuçlanacak- bir soruşturma açabilme) yetkisiyle donatıldığı şeklinde değerlendirilmemelidir.

- 1210 2813 sayılı Kanunun aynı hükmünün Rekabet Kurulunun, telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak yapacağı inceleme ve tetkiklerde ve bu sektörle ilgili olarak vereceği tüm kararlarda, öncelikle Telekomünikasyon Kurumunun görüşünü alacağını belirten son fıkrası dikkate alındığında, telekomünikasyon sektöründe gerçekleştirilecek rekabet ihlalleri bakımından Rekabet Kurumunun yetkisinin devam ettiği bizzat "lex posterior" nitelikli Kanun tarafından teyit edilmektedir. Aksinin kabulü, Kanunun birbirini izleyen iki fıkrasının (yani 2813 sayılı Kanunun 7. maddesinin son iki fıkrasının) çelişmesine yol açacaktır.

- 1220 Bu açıklamalar çerçevesinde, Telekomünikasyon sektöründe gerçekleştirilmiş olmakla birlikte telekomünikasyon mevzuatının (örneğin 406 sayılı Kanunun dolaşım yükümlülüğünü içeren 10. maddesi gibi) özel hükümlerini değil, sadece 4054 sayılı Kanunu ihlal eden rekabete aykırı davranışların söz konusu olması halinde, bu konuda (soruşturma açma ve) idari para cezası uygulama yetkisi münhasıran Rekabet Kurumuna ait bulunmaktadır.

- 1230 İşletmecilerin sadece 4054 sayılı Kanuna aykırılık teşkil eden eylemlerinde, Rekabet Kurulu rekabet ihlalinin tespit ettikten sonra ve ağır kusur var ise, Telekomünikasyon Kurumunun ruhsat/imtiyaz/izin iptali yetkisinin bulunduğu kabul edilebilir. Bir başka ifade ile, 2813 sayılı Kanunun 7. maddesinin sondan bir önceki fıkra hükmü bu çerçevede dar bir yoruma tabi tutulmalıdır. Aksi takdirde, sadece 4054 sayılı Kanuna aykırılık teşkil eden ihlaller bakımından bile (2813 sayılı Kanun 7. maddesinin f. son hükmü Rekabet Kurumunun yetkisini teyit ettiğine göre) Rekabet Kurumunun yanı sıra Telekomünikasyon Kurumunun da yetkili olduğu kabul edilecektir ki, 4502 sayılı Kanunun böyle bir amaç taşımadığı açıktır.

Bu durumda, 406 sayılı Kanunun Telekomünikasyon Kurumunun inceleme, izleme ve idari para cezası yaptırımı uygulama yetkisini düzenleyen 2. maddesinin;

- 1240 *"Kurum; Türk Telekom dahil işletmecilerle imzaladığı sözleşmelerin ve verdiği genel izin ve telekomünikasyon ruhsatlarının şartlarına uymasının sağlanması için gereken tedbirleri almaya, faaliyetlerin mevzuat ile görev ve imtiyaz sözleşmesi, telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin şartlarına uygun yürütülmesini izleme ve denetlemeye, aykırılık halinde ilgili işletmecinin bir önceki takvim yılındaki cirosunun %3'üne kadar idari para cezası uygulamaya, milli güvenlik, kamu düzeni veya kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi amaçlarıyla gerekli tedbirleri almaya, gerektiğinde tesisleri tazminat karşılığında devralmaya ya da ağır kusur halinde imtiyaz sözleşmesini, telekomünikasyon ruhsatını ya da genel izni iptal etmeye yetkilidir"*

1250 ifadesini taşıyan (f) bendindeki "**mevzuata ... aykırılık**" ibaresinin de, %3'lük para cezası uygulama yaptırımı bakımından dar yorumlanması gerekmektedir. Buna göre, telekomünikasyon sektöründe gerçekleştirilmekle birlikte sadece 4054 sayılı Kanuna aykırılık teşkil edip telekomünikasyon sektörüne ilişkin kanunların herhangi bir hükmünün ihlalini oluşturmayan rekabete aykırı davranışlarla ilgili olarak, rekabet ihlali soruşturması yapma ve idari para cezası uygulama yetkisinin sadece Rekabet Kurumuna ait olduğu anlaşılmıştır.

H.2.2.2. Rekabet Kurumunun Ulusal Dolaşım ile İlgili Yetkileri

1260 406 sayılı Kanunun 10. maddesi, mobil telekomünikasyon, data veya Telekomünikasyon Kurumunun belirleyeceği diğer hizmet veya altyapı işletmecilerinin aynı alandaki diğer işletmecilerin yapacağı makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkan dahilindeki dolaşım taleplerini karşılamakla yükümlü olduklarını belirtmektedir. Aynı Kanunun 2. maddesinin (f) bendi ise, işletmecilerin faaliyetlerinin (imtiyaz sözleşmesi, ruhsat veya genel izin şartlarının yanı sıra) mevzuata uygunluğunun adı geçen Kurum tarafından izleneceğini ve aykırı davranış halinde ise söz konusu Kurumun ilgili işletmeciye bir önceki mali yıldaki cirosunun %3'üne kadar idari para cezası uygulayabileceğini hükme bağlamaktadır.

1270 Bu çerçevede, dolaşım talebinde bulunulan işletmecinin hakim durumda (ve/veya pazara daha önce giren) olması şartının, 4502 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemede aranmamış olması dolaşım anlaşması yapma zorunluluğunun kapsamının geniş tutulduğunu ifade etmektedir. Başka bir ifadeyle, yürürlükte bulunan mevzuata göre, pazarda hakim durumda bulunmayan (ve fakat anılan kanun hükmü gereğince Telekomünikasyon Kurumu tarafından belirlenen) bir GSM operatöründen başka bir GSM operatörünün dolaşım talebinde bulunması halinde, birinci operatörün bu talebi karşılamak yükümlülüğü bulunacaktır. Bu durumda, kanundan doğan bu yükümlülüğe aykırı davranan işletmecinin eylemi, 406 sayılı Kanunun 2/(f) maddesi anlamında "faaliyeti sırasında mevzuata aykırı davranmak" şeklinde değerlendirileceğinden, Telekomünikasyon Kurumu söz konusu işletmeciye (bu işletmeci hakim durumda olmadığı ve -piyasada bu talebin yöneltilebileceği başka operatörler de bulunduğu göre- piyasaya giriş engeli yaratmış sayılamayacağı için 4054 sayılı Kanunu ihlal etmediği halde) bir önceki mali yılda elde ettiği cironun %3'üne kadar idari para cezasıyla cezalandırabilecektir.

1280 Telekomünikasyon sektöründe faaliyet gösteren herhangi bir teşebbüs tek bir davranışıyla, hem Telekomünikasyon Mevzuatındaki hem de 4054 sayılı Kanundaki bir hükmü ihlal etmiş olabilir. Telekomünikasyon Mevzuatında yer alan ve ihlali (belli ek unsurlar gerçekleşmişse) aynı zamanda 4054 sayılı Kanunun 6. maddesinin de (ve/veya durumuna göre 4. maddesi) ihlali sonucu doğurabilecek olan en tipik hüküm, 406 sayılı Kanunun (4502 sayılı Kanunun 6. maddesi ile değişik) 10. maddesinin ulusal dolaşım yükümlülüğü getiren 5. fıkrasıdır. 406 sayılı Kanunun 4502 sayılı Kanun ile değişik 2. maddesinin (4673 sayılı Kanunun 2. maddesi ile değişik) (f) bendinde de, Telekomünikasyon Kurumuna yaptırım uygulama yetkisi verilmesi nedeniyle, piyasada hakim durumda bulunan yerleşik bir teşebbüsün (GSM işletmecisi) piyasaya yeni girmek isteyen bir başka teşebbüse ait makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkan dahilindeki

bir dolaşım talebini reddetmesi halinde söz konusu teşebbüsün aynı eyleminden dolayı iki farklı Kanuna göre cezalandırılması söz konusu olabilecektir. Bu durumda, sonraki tarihli kanunun önceki tarihli kanunla düzenlenen konuları da düzenlemesi halinde bu konular bakımından sonraki tarihli kanun esas alınır ilkesi göz ardı edilmiş olmayacaktır.

1300 Çünkü, telekomünikasyon sektöründe meydana gelen ulusal dolaşım ile ilgili davranışların hakim durumdaki teşebbüsler tarafından gerçekleştirilmesi ve bunun da hakim durumun kötüye kullanılmasını teşkil etmesi halinde, 4054 sayılı Kanunun 6. maddesinin, münhasır olarak 406 sayılı Kanunun 10/V. ve bağlantılı 2/(f). maddesiyle zımnen ilga edilmesi söz konusu değildir. Ayrıca, kanun koyucunun diğer sektörlerdeki rekabet ihlalleri bakımından İdare'ye %10'a kadar para cezası verme yetkisi tanırken, telekomünikasyon sektöründeki rekabet ihlalleri bakımından bu üst sınırı %3'e indirmeyi amaçlamış olamayacağı da açıktır.

1310 Öte yandan, hakim durumdaki bir teşebbüsün piyasaya yeni girmek isteyen bir başka teşebbüsün ulusal dolaşım talebini reddetmesi, hakim durumda bulunmayan bir operatöre yapılmış olan bir teklifin reddedilmesi halinden (ki bu durum 406 sayılı Kanunun 10/V. hükmüne aykırılık teşkil etmektedir) daha ciddi ve olumsuz iktisadi sonuçlara yol açacaktır. Bu durum, telekomünikasyon sektöründe mevcut olan piyasaya giriş engellerinden birinin hakim durumdaki yerleşik teşebbüs lehine muhafazası, dolayısıyla rekabetin oluşmasının engellenmesi sonucu ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla, Türkiye'deki telekomünikasyon sektörünün bugünküne nazaran (göreceli olarak) daha rekabetçi bir yapıya kavuştuğu, örneğin, her biri kendi şebekesine sahip beş veya altı GSM operatörünün faaliyete geçtiği ileri bir aşamada, bu iki normun uygulama koşullarının ve öngördükleri cezai yaptırımların nicel farklılıklarının işlevi daha da netleşecektir.

1320 406 sayılı Kanunun 10/V. hükmünün açık gerekçesi bulunmamaktadır. Ancak piyasada pazar gücüne sahip olmayan teşebbüslere de ulusal dolaşım talebini karşılama yükümlülüğünün getirildiği dikkate alınarak, kapsama alanının genişletilmesi için gerekli altyapı yatırım maliyetinin azaltılması, GSM altyapısı büyük oranda ithalat ile karşılandığından ithalat gereksiniminin azaltılması, baz istasyonlarının çevreye verdiği muhtemel zararların en aza indirilmesi, daha az enterferans ve frekans planlaması yoluyla frekans bandının daha etkin kullanılması gibi 4054 sayılı Kanunun 6. maddesinden farklı gerekçelere sahip olduğu anlaşılmaktadır.

1330 Buna karşılık 4054 sayılı Kanunun 6. maddesine göre ulusal dolaşım bağlamında, ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerinin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılması yasaklanmaktadır. Ulusal dolaşım hizmetinin verilmemesi halinde, bu davranışın bir rekabet ihlali teşkil edebilmesi için öncelikle hizmeti sağlamayanların tek başına veya birlikte hakim durumda olup olmadıklarının ve ardından da ulusal dolaşım anlaşması yapmamak suretiyle hakim durumlarını birlikte davranışları ile kötüye kullanıp kullanmadıklarının tespiti zorunludur. Oysa 406 sayılı kanunun 10/V. hükmünün ihlal edilip edilmediğinin tespiti için hakim

durumun varlığının ve kötüye kullanmanın gerçekleşip gerçekleşmediğinin ortaya konulmasına gerek bulunmamaktadır.

- 1340 Bu nedenle, 406 sayılı Kanunun 10/V. hükmünün telekomünikasyon hukuku alanında koruduğu menfaat, 4054 sayılı Kanunun 6. maddesinin rekabet hukuku alanında koruduğu menfaatten farklıdır.

Bir teşebbüsün aynı eyleminden dolayı iki farklı kanuna göre cezalandırılması ile ilgili olarak ceza hukukunda *Ne bis in idem* (bir fiile iki ayrı ceza verilemez) kuralı yer almaktadır. Bir fiilin ancak bir suç teşkil edebileceği kabulünden hareketle "*işlediği bir fiilden dolayı suçlunun yalnız bir kere ceza görmesinin Ceza Hukukunda kural*" olduğu kabul edilmektedir.

- 1350 Buna karşılık, Anayasal bir ilke teşkil etmediği tartışma dışı olması gereken (ve kanun koyucunun ceza hukuku anlamındaki cezalar bakımından dahi TCK 79. maddesindeki genel kuraldan ayrılmak suretiyle aksini düzenleyebildiği⁷) bu ilkenin İdare Hukuku alanındaki idari yaptırımlara da aynen veya sınırsız olarak uygulanması zorunluluğu bulunmamaktadır⁸.

- 1360 Diğer bir ifadeyle, aynı fiilin ayrı ayrı hukuk kurallarınca müeyyidelenirilmesi mümkündür. Örneğin, İmar mevzuatına aykırı bir inşaat hem belediyelerle ilgili kanuna göre hem de çevre mevzuatına göre para cezasına çarptırılabilir. Somut olayda aynı fiil hem telekomünikasyon hem de rekabet hukukuna aykırılık teşkil etmektedir. Bu fiil aynı zamanda iki ihlal, dolayısıyla iki sonuç meydana getirmektedir. İlgili otoritelerden hiçbirisi bu ihlaller karşısında kendi mevzuatından doğan yetkilerini kullanmayı, kendi mevzuatından doğan ödevleri yerine getirmeyi diğer bir otoritenin karar vermesine erteleyemez. Bunun nedeni, ilgili otoritelerin aynı fiili değişik açılardan değerlendirmesi ve farklı hukuk normlarına istinaden değerlendirmeye tabi tutması ve buna göre yetkilerini kullanmasıdır, Esasen sözü edilen fiil, her iki mevzuat yönünden tarafların niteliklerinin ve eylemin sonuçlarının farklı ele alınması ve değerlendirilmesi sonucu oluşmaktadır.

Dolayısıyla, ceza hukukundaki "ne bis in idem" genel kuralının idari yaptırımlar bakımından da aynen uygulanma olanağına sahip olduğunu söyleyebilmek mümkün görünmemektedir. Bu nedenle de, eğer idari yaptırım öngören bir kanun, kendisinin ihtiva ettiği hükümlerin ihlal edilmesi halinde, ihlal eden kişi

⁷ Buna bir örnek bizzat Telekomünikasyon Mevzuatından da verilebilir. Gerçekten, 2813 sayılı Telsiz Kanunu'nun 32. maddesine göre "Aşağıda belirtilen fiilleri işleyenler, bu fiilleri başka bir suç oluşturursa bile ayrıca bu madde hükümlerine göre cezalandırılırlar".

⁸ Bu konuda Prof. Dr. L. Duran'ın görüşü şöyledir: "*İdarenin bir şahsı değişik iki sıfatı ve durumu bakımından ele alıp, aynı fiilden dolayı, kendisine iki ayrı müeyyide uygulaması hukuken mümkün ve caizdir. Çünkü, idari müeyyidelerin tatbikinde, Ceza Hukukunun, aynı fiilden dolayı değişik esaslara dayanan birden fazla ceza verilemeyeceğine mütedair kaidesi cari değildir.*" (DURAN, L., İdare Hukuku Meseleleri, İstanbul, 1964, s.610.)

Keza Prof. Dr. İlhan Özalp ve Yrd. Doç. Dr. Yücel Oğurlu da aynı görüştedir. Oğur'a göre; "*idari yaptırımların İdarece kendi işlevine uygun olarak, değişik alanlarda değişik amaçlara yönelik olması, İdare'nin yine kendi işlev ve amaçlarına uygun yetkiye sahip olması gereğinden doğmuştur. Bu nedenle İdare bir kimseye, iki farklı niteliği ve durumunu göz önüne alarak aynı eylemden ötürü, iki ayrı yaptırım uygulayabilmektedir. Bu durumda, aynı kişiye biri idari biri yargısal iki ayrı yaptırım uygulanabileceği gibi birden çok idari yaptırım da uygulanabilmektedir.*" (Bkz. ÖZALP, İ. H., İdari Yaptırımlar, İstanbul, 1985, s.63-64; OĞURLU, Y., İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, Ankara, 2001, s.79 vd.)

1370 başka kanunlarda öngörülen idari yaptırımların (cezaların) yanı sıra bu kanunda öngörülen idari yaptırımlara (cezalara) da çarptırılabilir. Ayrıca, uygulanma koşulları ve öngördükleri yaptırımlar farklı iki kanunun getirdiği kuralların bir tek fiil ile ihlal edilmesi halinde bu fiile her iki kanunda da öngörülen idari yaptırımların (cezaların) uygulanabileceğinin, bu iki kanunun birlikte yorumu ve kanun koyucuya sonraki tarihli kanunu çıkarırken güttüğü hedef olarak (bu kanunda yer alan hükümlerden hareketle) izafe edilecek olan amaç temel alınarak kabul edilebilmesi de mümkündür.

1380 Yukarıda yer verilen değerlendirmeler ışığında, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde tüm mal ve hizmet piyasalarındaki rekabetin tesisi ve korunması amacını hedefleyen 4504 sayılı Kanunun kapsamı çerçevesinde, rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı eylemlere karşı her sektörde olduğu gibi telekomünikasyon sektörünün genelinde ve ulusal dolaşım ile ilgili konularda Rekabet Kurulunun görevli ve yetkili bulunduğu açıktır.

Ancak, rekabet ihlallerinin incelemesi açısından Rekabet Kurulu yetkili olmakla beraber, 2813 sayılı Kanunun 7. maddesine göre Telekomünikasyon Kurumunun görüşünün ve yapmış olduğu düzenleyici işlemlerin dikkate alınması ve bu Kurumun sektöre yönelik bilgi birikiminden faydalanılması büyük önem taşımaktadır.

H.2.3. Birlikte Hakim Durum

1390 Soruşturmanın konusu, Turkcell ve Telsim'in ulusal dolaşım anlaşması yapmayı reddetmek suretiyle, GSM altyapılarını İŞ-TİM'in kullanımına açmayarak, 4054 sayılı Kanunun 6. maddesi kapsamında, birlikte hakim durumlarını ortak davranışları ile kötüye kullanıp kullanmadıklarının tespit edilmesidir. 4054 sayılı Kanunun 6. maddesi, "*Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanmasını*" yasaklamaktadır. Bu madde çerçevesinde, bazı piyasalarda, tek başına hakim durumda bulunmayan teşebbüslerin, birlikte hakim durumda olmaları ve bu durumlarını 6. maddeye aykırı bir şekilde kötüye kullanabilmeleri 1400 mümkündür. Başka teşebbüslerin piyasaya girmelerine engel olmak veya piyasada faaliyet gösteren diğer teşebbüslerin rekabet gücünü azaltmak gibi amaçlar, teşebbüsleri bazı durumlarda bir anlaşmanın mevcudiyeti aranmaksızın bir araya getirebilmektedir.

Soruşturma çerçevesinde incelenen birlikte hakimiyet kavramı, pazarda faaliyet gösteren az sayıdaki firmanın davranışlarını koordine ederek, tek bir teşebbüs gibi davranma yeteneğine sahip olmalarıdır.

1410 4054 sayılı Kanunun 6. maddesinde yer alan "*anlaşmalar ya da birlikte davranışlar*", Kanunun 4. maddesinde yasaklanan anlaşmalar ve uyumlu eylem niteliğindeki birlikte davranışlardan farklı yönlerde sahiptir. 6. maddede adı geçen anlaşmalar 4. maddede yasaklanmış veya yasaklanmamış anlaşmalar olabilir. Bu anlaşmaların taraf teşebbüslere Kanunun "*Tanımlar*" başlıklı 3. maddesinde ifade edilen "*...rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü*" sağlayarak birlikte hakim duruma gelmelerine ve iktisadi açıdan birlikte pazar gücü teşkil etmelerine olanak tanımaktadır. Birlikte davranışlar ile, 4. maddeye göre rekabet

03-40/432-186

1420 ihlali olarak kabul edilen "uyumlu eylem"ler arasındaki asıl farklılık, 4. maddede anlaşma ve uyumlu eylemler rekabetin kısıtlanması durumunda doğrudan yasaklanırken, 6. maddede anlaşma ve birlikte davranışların birlikte hakim duruma yol açabileceği ve ancak bu durumun kötüye kullanılması halinde ihlal tespitinin yapılabileceğidir. Başka bir ifadeyle, birlikte hakim durumda bulunmak tek başına 4054 sayılı Kanunun ihlali için yeterli değildir.

Az sayıda aktör ile karakterize edilen oligopol pazarların yol açabileceği iktisadi aksaklıklara müdahale amacıyla, birlikte hakim durum kavramı⁹, piyasa yapısı ve aktörlerin davranışlarının incelenmesini gerektirmektedir. Çünkü bunlar oligopol piyasalardaki aktörler arasındaki etkileşimin birlikte harekete mi yoksa oligopolistik rekabete mi yol açacağına belirleyicisidirler.

Öte yandan, aktörlerin davranışları ve stratejileri bazı durumlarda hem birlikte hakim durumun varlığı için önemli bulguları oluştururken, hem de bu davranışlar kötüye kullanma olarak değerlendirilebilmektedir.

1430 Serbest piyasa ekonomisinde teşebbüsler kar maksimizasyonu amacıyla hareket etmekte ve denge üretim miktarı teşebbüsün faaliyet gösterdiği piyasaya göre değişiklik göstermektedir. Teşebbüslerin üretim miktarları ve satış fiyatı gibi parametrelerinin hangi seviyede olacağını belirleyebilmek için faaliyet gösterdikleri piyasaların sınıflandırılarak analiz edilmeleri yoluna gidilmektedir. Bu sınıflandırma içinde, tam rekabet ve aksak rekabet ayırımından sonra, soruşturma konusuyla bağlantılı olarak aksak rekabet piyasalarının bir türü olan oligopol piyasalarının özelliklerine değinmek yerinde olacaktır.

1440 Soruşturma konusu ile bağlantılı olan oligopol pazarlarda, aktör sayısının az olması nedeniyle, bu teşebbüslerden her biri, koşullar uygunsa, atacağı en iyi adımın rakiplerince yapılmış olan seçimlere dayanmakta olduğunu bilir. Başka bir ifadeyle, teşebbüsler karşılıklı bağımlılıklarının farkındadır. Bu nedenle, teşebbüslerin alacakları kararlar, rakiplerin kararlarına ve kendilerince alınan kararların yaratacağı reaksiyonlara ilişkin tahminlerine dayanmaktadır.

1450 İlgili pazarı oluşturan GSM altyapı hizmetleri pazarında %90'ın üzerinde kapsama alanına ulaşmış Turkcell ve Telsim olmak üzere iki teşebbüs faaliyet göstermektedir. Lisans alarak GSM hizmetleri piyasasına yeni giren iki teşebbüsün (İŞ-TİM ve Aycell) Türkiye'nin tamamını kapsayan bir şebekeleri olmadığı¹⁰ için, iktisadi açıdan GSM altyapı hizmetleri piyasasına girmedikleri ortadadır. Oligopolistik piyasalarda birbirine etki edebilecek kadar az sayıda teşebbüsün bulunmasından hareketle, GSM altyapı hizmetleri piyasasının bir duopol olduğu anlaşılmıştır¹¹.

Bağlantılı piyasa olan GSM hizmetleri pazarı incelendiğinde ise, bu piyasanın dört operatörün faaliyet gösterdiği oligopolistik bir yapısının bulunduğu görülmektedir.

⁹ Birlikte hakim durumun kötüye kullanılması kavramı, anlaşma veya uyumlu eylem olmaksızın oligopolistik pazarlarda gözlenen zayıf ekonomik performansla müdahale etmek için kullanılmaktadır.

¹⁰ Dört işletmecinin de imtiyaz sözleşmelerinde 5 yıl içinde nüfusu 10.000'den büyük yerleşim yerlerinin %90'ını kapsama alanına almaları öngörülmüştür. Bu nedenle tüm Türkiye çapında kapsamanın sağlanmış olup olmadığına bu rakamlara bakarak karar verilebilir.

¹¹ İki aktörün bulunduğu oligopol pazarlara duopol adı verilir.

Oligopolistik karşılıklı bağımlılığın oluşabilmesi için, birbirini çeşitli oranlarda etkileyen iki grup koşulun bulunması gerekmektedir. Bunlar piyasa koşulları ve aktörlerin davranışlarıdır. Piyasa koşullarının oligopolistik karşılıklı bağımlılığı tam olarak gerektirmediği bazı durumlarda, aktörlerin "kolaylaştırıcı eylemler" ile bunu sağlamaya çalıştıkları görülebilmektedir.

- 1460 Piyasa koşullarının öneminden hareketle, birlikte hakim durum değerlendirmesinin dava bazında yapılması gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Özellikle telekomünikasyon gibi kendine özgü nitelikleri (üretim ve tüketimde ölçek ekonomileri, evrensel hizmet yükümlülüğü vb.) ön plana çıkan sektörlerde söz konusu analizin *sui generis* niteliği ağır basmaktadır. Telekomünikasyon sektörünün altyapı hizmetleriyle ilgili pazarlarında oligopolistik karşılıklı bağımlılık sonucu ortaya çıkan erişim sağlamayı reddetme gibi piyasa aksaklıkları, sadece altyapı değil bunlarla bağlantılı hizmet piyasalarında da rekabetin kısıtlanmasına yol açabilmektedir. Bir başka ifade ile altyapı hizmetleri piyasalarındaki karşılıklı bağımlılık, üretilen hizmetin fiyatının rekabetçi piyasalardakine kıyasla yüksek
- 1470 olmasına değil, bağlantılı piyasalardaki rekabetin kısıtlanmasına sebep olabilmektedir.

Telekomünikasyon sektöründe, doğal tekel gibi rekabetin söz konusu olmadığı kalıcı piyasa aksaklıklarına müdahale için sektöre özel düzenleyici otoritelerin kurulmuş olması, piyasada oluşan fiyatların oligopolistik karşılıklı bağımlılığın bir sonucu olup olmadığının tespitini kolaylaştırmakta ve birlikte hakim durumun varlığı açısından karar verilmesine yardımcı olmaktadır.

- 1480 GSM hizmetleri de dahil bu sektörde fiziki şebeke altyapısının kurulmasının zorunluluğu ve bu altyapıların inşası için gereken batık maliyetler, altyapı hizmetleri pazarlarında tekel veya oligopol yapılarını kaçınılmaz hale getirmektedir. Tekellerin ortaya çıkaracağı etkisizlikler regülasyonlar ile giderilmeye çalışılırken, GSM altyapı hizmetleri gibi oligopol piyasalardaki etkisizliklerin giderilmesinde birlikte hakimiyet kavramı ön plana çıkmaktadır. Altyapıların iktisaden az sayıda olması nedeniyle, bu altyapılar üzerinden sunulan hizmetlerde rekabetin sağlanması amacıyla, söz konusu altyapılara erişim önem kazanmaktadır. Altyapı hizmetleri piyasalarının oligopol olması durumunda karşılıklı bağımlılık sonucu erişim hizmetlerinin sağlanamaması halinde, rekabet koşulları diğer piyasalarda görülemeyecek düzeyde bozulabilmektedir. Çünkü erişimin sağlanmaması üst pazar olan hizmetler pazarına girişi engelleyebilmekte ve o pazarda da rekabetin tesisi imkansız hale gelmektedir. Bu olumsuzluklara
- 1490 tüketimde ölçek ekonomilerinin negatif etkisi¹² eklendiğinde piyasaya giriş daha da zorlaşacaktır. Bu nedenler çerçevesinde, telekomünikasyon sektöründeki erişim sorunlarında oligopolistik karşılıklı bağımlılıkla ilişkili birlikte hakim durum kavramı büyük önem taşımaktadır.

İki veya daha fazla teşebbüsün birlikte hakim durumda olmaları için aralarında etkin rekabetin bulunmaması, ayrıca bu teşebbüslerin sağlayıcıları, müşteri ve

¹² Kullanıcının bir ürüne verdiği değer, aynı ürünü alan diğer kullanıcıların sayısına bağlı olarak artması halinde şebeke dışsallığı adı da verilen tüketimde ölçek ekonomisi söz konusu olur. Bu etki özellikle ürün, kullanıcıların birbiri ile iletişim kurmasını veya birbiri ile etkileşim içinde olmasını sağlıyorsa en dolaysız şekilde ortaya çıkmaktadır. Sabit ve mobil telefon şebekelerinde durum böyledir ve kullanıcının şebeke aracılığıyla ulaşabileceği kişilerin sayısı arttıkça ürüne bahsettikleri değer de yükselmektedir.

03-40/432-186

rakiplerine göre tek başına hakim durumdaki bir teşebbüs ile aynı konumda bulunmaları gerekmektedir.

1500 Diğer bir ifadeyle, bahse konu teşebbüsler arasında ilgili piyasada (GSM altyapı hizmetleri) etkin rekabetin olmaması ve bu teşebbüslerin ilgili piyasada düzenli ortak bir davranış modeli veya ortak bir politika benimsemiş olmaları aranan unsurlardır.

Bundan başka, telekomünikasyon sektöründeki hizmetlerin (GSM hizmetleri dahil) büyük bir kısmı fiziki altyapı şebekeleri üzerinden sunulmakta ve söz konusu altyapıların sayısının yüksek ölçek ekonomileri nedeniyle sınırlı olması sonucu birlikte hakim durumun ortaya çıkışı kaçınılmaz hale gelmektedir. Bu nedenle, aynı coğrafi pazarı kapsayan iki telekomünikasyon altyapı işletmecisinin birlikte hakim durumda oldukları görüşü genel olarak kabul edilmektedir.

1510 Esas itibariyle rekabet hukukunda, birlikte hakimiyet kavramının yapısal bağlantılar olmaksızın, az sayıda aktörden oluşan oligopolistik piyasaya uygulanıp uygulanamayacağı tartışılmakla birlikte, "ekonomik bağlantı" kavramının ilgili teşebbüsler arasındaki yapısal bağlantılar ile sınırlı tutulamayacağı, her bir teşebbüsün ortak çıkarının farkında olabileceği ve bir anlaşmaya varılmadan veya uyumlu eylem gösterilmeden de özellikle fiyatların artışına neden olunabileceği hususları kabul görmüştür.

Bu genel bilgiler çerçevesinde soruşturma konusu değerlendirildiğinde, GSM altyapı hizmetleri pazarında faaliyet gösteren Turkcell ve Telsim arasında, ulusal dolaşım hizmeti satın almak isteyen İŞ-TİM'e bu ürünü satarak gelir elde etmek için rekabetin söz konusu olmadığı dosya mevcudu bilgilerden anlaşılmıştır.

1520 Turkcell ve Telsim ulusal dolaşım hizmeti sağlamama yönündeki iradelerini ticari görüşmelerin başladığı 2000 yılı Kasım ayından Telekomünikasyon Kurumu'nun doğrudan müdahalede bulunduğu 2001 yılı Ekim ayına kadar geçen 11 aylık sürede sürdürmüşlerdir. 2001 yılı Ekim ayından soruşturmaya ilişkin nihai kararın verildiği 2003 yılı Temmuz ayına kadar geçen 22 aylık sürede de davranış biçimlerinde herhangi bir değişiklik olmamıştır.

1530 Turkcell ve Telsim'in birlikte hakim durumda kabul edilebilmeleri için Kanunun 4. maddesinde yasaklanan bir anlaşma veya uyumlu eylem içinde bulunmalarına gerek yoktur. Ayrıca, Turkcell ve Telsim'in birlikte hakimiyeti tespitinin, lisans anlaşması, ortak girişim vb. yapısal bağlantılarla sınırlı tutulması, özellikle şebeke ekonomilerinin geçerli olduğu bu piyasada oligopolistik yapıların getirdiği etkisizliklerle mücadele açısından, 4054 sayılı Kanunun gereklerinin yerine getirilememesine yol açabilir. Bunun önüne geçilebilmesi için piyasa koşulları ve teşebbüslerin davranışları sonucu ortaya çıkan zımnî koordinasyona dayalı davranışların birlikte hakimiyet tespitinde kullanılması gerekir.

Öte yandan diğer bir koşul olan, ilgili teşebbüsler arasındaki ekonomik bağlantıların bu teşebbüslerin rakipleri, müşterileri ve tüketicilerinden bağımsız hareket etmelerine olanak tanıyıp tanıyamadığı hususu incelenmelidir. Birlikte hakimiyet tespiti için diğer bağlantı sağlayıcı faktörlerin ve başta ilgili pazarın yapısına yönelik olmak üzere ekonomik değerlendirmelerin yapılması gerekmektedir. Bağlantı sağlayıcı bazı faktörlere aşağıda yer verilmiştir:

1540 - Az sayıda pazar oyuncusu

03-40/432-186

- Olgunlaşmış bir pazar yapısı
- Talepte durgun ve ılımlı büyüme
- Düşük talep esnekliği
- Homojen ürünler
- Benzer maliyet yapıları
- Benzer pazar payları
- Saydam pazar koşulları
- Düşük teknolojik yenilik (inovasyon)

1550

- Fazla kapasitenin bulunmaması
- Pazara giriş engellerinin yüksekliği
- Alıcıların gücünün bulunmaması
- Potansiyel rekabetin bulunmaması
- İlgili teşebbüsler arasında çeşitli gayri resmi ve diğer bağlantıların varlığı
- Misilleme mekanizmalarının varlığı
- Fiyat rekabetinin bulunmaması veya azlığı

Ekonomik bağlantıyı kolaylaştırıcı faktörler yukarıdakilerle sınırlı değildir. Bu faktörler değerlendirilirken; birlikte hakim durumu oluşturan her bir teşebbüsün bir diğerinin davranışlarını gözlemleyip gözlemleyemediği, bu birliktelikten bir teşebbüsün sapması halinde diğer teşebbüslerin misillemede bulunma olanağının söz konusu olup olmadığı ve birlikte hakim durumun üyelerinin benimsediği ortak politikaları etkileyebilecek gerçek ve potansiyel rakiplerin bulunup bulunmadığına bakılmalıdır.

1560

Az sayıdaki teşebbüs pazarın büyük bir kısmına sahipse, bu teşebbüsler arasında bilinçli paralellik oluşması mümkün olabilmektedir. Türkiye'de GSM altyapı hizmetleri pazarında rekabete açık bir piyasada olabilecek en az sayıda (Turkcell ve Telsim olmak üzere iki adet) teşebbüs bulunmaktadır.

Pazarda talebin fiyat esnekliği düşük ise, koordineli davranış içine girmeleri halinde teşebbüslerin kazançları artacaktır. Daha sonra açıklanacak olan zorunlu unsur niteliği nedeniyle GSM altyapı hizmetinin talep esnekliği düşüktür.

1570

Talep edenler açısından GSM altyapı hizmetleri homojen ürünlerdir. %90 kapsama alanına sahip iki işletmeci olduğundan GSM altyapı hizmetleri pazarında Turkcell ve Telsim'in pazar payları birbirine eşittir.

Oligopolistik pazarlarda görülen bilinçli paralelliklerin sürdürülebilir olabilmesi için, öncelikle teşebbüslerin gerçekleştirecekleri aldatmacaların tespit edilebilmesi gerekmektedir. Bu da ancak teşebbüslerin, faaliyet gösterdikleri pazardaki diğer teşebbüslerin davranışlarını gözlemleyebilmesi, başka bir ifadeyle pazarın saydamlığı ile mümkün olabilmektedir. Ulusal dolaşım ile ilgili yaşanan süreç Türkiye'de oldukça popülerlik kazanmış ve basının büyük ilgisini çekmiştir. Ayrıca ulusal dolaşım konusuyla ilgili; ticari görüşmeler, uzlaştırma ve Telekomünikasyon Kurumu'nun müdahalesi gibi aşamalı bir sistemin

1580

uygulanması, pazar aktörleri açısından rakiplerin stratejilerinin anlaşılmasını kolaylaştıracak bir saydamlık sağlamıştır.

Frekans bandının kısıtlı kaynak olması, piyasaya giriş için lisans alma zorunluluğu yasal giriş engellerini oluştururken, lisans ücretlerinin yüksekliği ve GSM şebekesi kurmak için gereken yüksek yatırım bedelleri iktisadi piyasaya giriş engellerini teşkil etmektedir.

1590 Müşterilerin pazarlık gücüne sahip olması teşebbüslerin karşı karşıya oldukları talebi esnek hale getirecektir. Dolayısıyla, müşterilerin satıcı teşebbüsleri rekabet etmeye sevk ettiği bu tür pazarlarda bilinçli paralellik oluşma ihtimali düşüktür. Ulusal dolaşım yoluyla GSM altyapı hizmeti satın almak isteyen İŞ-TİM'in talep ettiği miktarın düşük olması ve bu hizmetin alternatifini kısa dürede inşa etmesinin mümkün olmaması, ilgili piyasada alıcı gücünün ortaya çıkmasını engellemektedir.

1600 Oligopolistik pazarlara girişin önemli ölçüde engellenmiş olması durumunda, pazardaki mevcut teşebbüslerin bilinçli paralellik içerisine girme ihtimalleri oldukça yüksektir. Nitekim, teşebbüsler, fiyatlarını paralel davranışlar neticesinde rekabet üstü kazançların elde edilebildiği seviyeye çıkarsalar dahi pazara yeni girişler olamayacaktır. GSM altyapı hizmetleri piyasasına girişin izne tabi olması ve yüksek iktisadi giriş engelleri, GSM altyapı hizmetleri piyasasında fiyatların yükselmesi halinde potansiyel rakiplerin harekete geçmesini engellemektedir.

İlgili piyasadaki işletmeciler arasında “Şebekeler Arası Arabağlantı ve İşbirliği Anlaşması” da bulunmaktadır. Bu anlaşmalara ilişkin olarak teşebbüsler bir araya geldikleri gibi, telekomünikasyon sektörüne yönelik hemen hemen tüm toplantılara bu teşebbüslerin temsilcileri katılmaktadır.

1610 Misilleme mekanizmaları açısından bakıldığında; GSM altyapı hizmetleri piyasasında ulusal dolaşım hizmeti sağlamaya yönelik süreç, herhangi bir ihale gibi, tek hamleli bir oyun şeklinde gerçekleşmemiştir. Tek hamleli oyunlarda her teşebbüs bir kere karşı karşıya gelmekte ve rekabet etmek ya da iş birliği yapmak yönündeki kararını bir kerede vermektedir. Ancak ulusal dolaşım sürecinin tek hamleli oyunlardan çok, tekrarlanan, diğer bir deyişle teşebbüslerin birçok kez karşı karşıya geldikleri oyun modellerine daha uygun olduğu görülmektedir. Nitekim teşebbüsler dosya mevcudu bilgilerden de anlaşıldığı üzere rakipleriyle birçok kez karşı karşıya geleceklerini bilmektedirler. Bu nedenle kararlarını rakiplerinin geçmişte nasıl davrandıklarını dikkate alarak vereceklerdir. Ayrıca şu anda verecekleri kararların ileride rakiplerinin davranışlarını etkileyeceğinin farkındadırlar. Bu durum misilleme olanağının bulunduğunu göstermektedir.

Ulusal dolaşım hizmeti sağlamak üzere Turkcell ve Telsim arasında herhangi bir rekabet söz konusu değildir.

1620 Dolayısıyla Türkiye'de GSM altyapı hizmetleri piyasasında, birlikte hakim durumdaki teşebbüslerden her biri, bir diğerinin davranışlarını gözlemleyebilmekte, bu birliktelikten bir teşebbüsün sapması halinde diğer teşebbüsün misillemede bulunma olanağı bulunmakta ve bu teşebbüslerin benimsediği ortak politikaları etkileyebilecek gerçek ve potansiyel rakipleri bulunmamaktadır.

1630 Bir oligopolistik pazarda yukarıdaki faktörlerin tamamının veya büyük bir kısmının¹³ sağlanması halinde, bu piyasadaki aktörlerin pazar parametrelerini koordineli bir biçimde belirlemekten ve bu parametrelerin rekabetçi bir yapıda tespitinden kaçınıp kaçınmadıklarına bakılması gerekmektedir. Birlikte hakim durumun oluşmasına uygun pazar koşullarının varlığı halinde, uzun dönemde oligopolistik karşılıklı bağımlılıktan kaynaklanan rekabeti kısıtlayıcı koordineli davranışların getirisi, kısa dönemde girişilecek rekabetçi davranışların getirisinden daha fazla olacaktır. Ancak bir pazarın oligopolistik özellikler göstermesi, o pazarda rekabetçi olmayan paralel davranışların kendiliğinden ortaya çıkacağı anlamına gelmemektedir. Bu durum, "hakim durumun" değil, "hakim durumun kötüye kullanılmasının" yasaklanması ilkesiyle örtüşmektedir.

1640 Soruşturmanın ilgili olduğu pazar olan GSM altyapı hizmetleri pazarının GSM hizmetleri pazarı ile bağlantılı olduğu ve alt pazar üst pazar ilişkisinin bulunduğu birlikte hakim durum değerlendirmesinde dikkate alınan diğer bir kriterdir. Turkcell ve Telsim'in her ikisinin de üst pazarı oluşturan GSM altyapı hizmetleri pazarında ulusal dolaşım yapmayı reddetmeleri, bu teşebbüslerin de faaliyet yürüttüğü GSM hizmetleri piyasasına İŞ-TİM'in girememesine yol açmaktadır. Başka bir ifade ile, Turkcell ve Telsim'in İŞ-TİM'e altyapı sağlamak için rekabet halinde olmaları gerekirken (ki bu işlem hizmeti sağlayacak teşebbüse \$'ın üzerinde bir gelir getirecektir), altyapı sağlamaktan kaçınmaları, İŞ-TİM'in GSM hizmetleri piyasasına girememesi sonucuna yol açmaktadır. Bu nedenle, bu iki teşebbüs için rakibi piyasaya sokmamak, rasyonel bir amaç olarak ortaya çıkmaktadır.

1650 Turkcell ve Telsim'in birlikte hakim durum yaratılmasına müsait olan ilgili pazarda birlikte davranışlar sergilediklerini gösteren bazı tespitler ise şu şekildedir: İŞ-TİM'in faaliyete başlamasının hemen ardından şebeke içi görüşme ücretlerinde indirim gitmek; bireysel olarak yararlarına olan ulusal dolaşım anlaşması yapmaya yanaşmamak; ulusal dolaşım için maliyetlerin üzerinde çok yüksek fiyat talep etmek; ticari müzakereleri mümkün olduğunca uzatmak; yargıya başvurmak için tanınan sürelerin sonunu beklemek.

1660 Turkcell ve Telsim'in, İŞ-TİM'e ulusal dolaşım hizmeti vererek gelir elde etmek yerine birlikte davranışlarıyla bu talebi reddetmelerinin nedeni, her birinin ulusal dolaşım sağlama yoluyla kısa vadede elde edecekleri gelirin, birlikte hareket etmeleri durumunda uzun vadede elde etmeyi tahmin ettikleri gelirin çok altında kalmasından kaynaklanmaktadır. Birlikte davranış yoluyla uzun vadede yüksek gelirin elde edilmesi, ancak birlikte davranışın piyasaya giriş engeli yaratmaya yöneltmesiyle mümkün olabilecektir. Bu eylem ise zorunlu unsur ile birlikte değerlendirildiğinde ağır bir rekabet ihlaline sebep olmaktadır.

Ulusal dolaşım hizmetinin sağlanmasının ardından piyasaya yeni giriş olması, varolan dengede atıl olarak elde tutulan kapasitenin kısmen de olsa piyasaya girmesini sağlayabilecek ve ortalama fiyatın düşmesine yol açabilecektir. Piyasaya yeni giriş sonrasında duopol yapıdan 3 aktörlü oligopole geçiş olacağından, Turkcell ve Telsim'in koordineli davranışları zorlaşacaktır. Ayrıca, yeni girecek teşebbüsün pazarda tutunabilmek için başvurması kuvvetle muhtemel olan rekabetçi davranışları Turkcell ve Telsim'in karlılığını

¹³ Birçok ekonomik delilin aynı sonucu göstermesi halinde bunların ifade ettikleri sonucun doğruluğu ihtimalinin yükseleceği genel olarak kabul edilmektedir.

1670 düşürebilecektir. Turkcell ve Telsim'in ilk girişi İŞ-TİM'i zarara uğratması sırada bekleyen Aycell'i ve bu pazara yatırımı düşünen diğer potansiyel rakipleri caydırabilecektir. Turkcell ve Telsim'in şebekelerini genişleterek ortalama maliyetlerini düşürmüş olmaları karşısında, birlikte ret eylemi İŞ-TİM'in maliyetlerinin yüksek seviyede kalmasına yol açacaktır.

1680 Birlikte davranış neticesinde uzun dönemde elde edilecek gelirler, kısa dönemde İŞ-TİM'in 3 yıl içinde satın almayı talep ettiği dakikalık altyapı hizmetinin satışından elde edilebilecek gelirden oldukça yüksektir. Kısa ve uzun dönemde elde edilecek gelirler arasındaki farkın yüksekliği Turkcell ve Telsim'i uygun olan pazar koşullarının da etkisiyle birlikte davranmaya sürüklemektedir. Nitekim Turkcell'in bir çalışanın ajandasında yer alan: *"Ulusal roaming: Eylül/Ekim'e ertelemek başarı. Bu da bizi tatmin etmeyecek. Yasanın UR ile ilgili maddelerine itiraz edebiliriz"* şeklindeki not, söz konusu teşebbüsün kısa dönemde ulusal dolaşım hizmeti sağlayarak gelir elde etmeyi hiç düşünmediğini, uzun dönemde İŞ-TİM'in piyasaya sokulmamasının asıl amaç olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Ayrıca Telekomünikasyon Kurumunun 8.2.2002 tarihli görüşünde; *"Hizmet talep edilen tarafların süreci mümkün olduğunca yavaşlatarak anlaşma yapılmasını ve hizmeti talep eden işletmecinin piyasaya girişini engellemek eğiliminde olduğu kesinlik kazandığından..."* ifadesine yer verilmektedir. Bu nedenlerle, Turkcell ve Telsim'in eş zamanlı olarak dolaşım sağlamayı reddetmeleri, sadece bireysel motivasyonlarının sonucu olarak açıklanamaz.

1690 Başka bir deyişle, ulusal dolaşımdan kısa dönemde elde edilen gelirin, doğuracağı maliyetleri aştığı (Telekomünikasyon Kurumu tarafından tespit edilmiştir) ancak örneğin, Telsim'in ulusal dolaşım sağlamayacağı veri alındığında Turkcell'in çıkarının da ulusal dolaşım sağlamama yönünde olacağı ifade edilebilir. Ayrıca, örneğin Telsim'in ulusal dolaşım sağlamadığı durumda Turkcell'in ulusal dolaşım sağlamasının kısa dönemde gelir getirmekle beraber, İŞ-TİM'in pazara girişine ve arzı artırmasına olanak tanıyacağı ve fiyatlarda düşmeye yol açarak veya Turkcell ve/veya Telsim'in pazar payını düşürerek, bu teşebbüslerin uzun dönemde karlarını azaltacağı belirtilebilir. Bu durumda İŞ-TİM'in ulusal dolaşım için ödeyeceği fiyat kısa dönemde Turkcell ve/veya

1700 Telsim'e gelir getirmekle beraber, aynı kapasitenin atıl kaldığı duruma oranla, Turkcell ve Telsim'in uzun dönemde gelirlerindeki kaybı karşılayacak düzeyin altında kalmaktadır.

Yukarıda verilen değerlendirmeler çerçevesinde, Turkcell ve Telsim'in GSM telekomünikasyon altyapı hizmetleri pazarında rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek ekonomik parametreleri belirleyebilecek pazar gücüne sahip oldukları ve bu nedenle birlikte hakim durumda buldukları kanaatine varılmıştır.

H.2.4. Hakim Durumun Kötüye Kullanılması (Zorunlu Unsur)

1710 Serbest piyasa ekonomisinin, teşebbüslerin piyasalarda özgürce ve en az müdahaleyle hareket ederek piyasaların rekabetçi bir yapıya kavuşması ve böylece kaynakların etkin kullanımı, yeniliklerin teşviki, maliyetlerin dolayısıyla fiyatların düşerek tüketici refahının artırılması gibi birçok amacı vardır.

Serbest piyasa ekonomisinin dayanağını ise Anayasanın 35. ve 48. maddeleri oluşturmaktadır. 48. maddenin ilk fıkrası *"Herkes, dilediği alanda çalışma ve*

1720 *sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir" ve yine 35. maddenin ilk cümlesi "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir" şeklindedir. Bu ifadeleri iktisadi hayata taşırsak, herkesin piyasalara girmeye, faaliyet göstermeye, faaliyeti sırasında mülkiyet hakkına dayalı olarak ürünü üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunmaya (dilediği kişiye, dilediği miktarda, dilediği fiyattan satmaya) hakkı bulunmaktadır. Sözleşme hürriyetinin getirdiği özgürlük sayesinde başkaları ile rekabet edilmesi sonucu, elde edilecek bireysel çıkarlar mülkiyet hakkı korunduğundan, müteşebbisler daha iyi malı, en az maliyetle, kaynaklardan en fazla faydanın sağlandığı pazarlarda üretmeye ve rakipleri ile yarışmaya çalışacaklardır. Ekonominin tamamında bu sistemin geçerli olması sonucu toplumsal refah artışı elde edilebilecektir.*

1730 *Ancak bu sistemin hassas noktası, tanınan bu hürriyetlerin sınırsız kullanımının serbestiyi tanıyan sistemi tehlikeye düşürebilme olasılığıdır. Dolayısıyla bu hürriyetlerin güvence altına alınması için diğer bir anayasal ilke devreye girmekte ve bu hürriyetlerin diğer kişilerin haklarını ortadan kaldıracak şekilde kullanılması yasaklanabilmektedir. Bu tür yasaklamanın gerekçesi, yasağa tabi kılınan kişinin de içinde bulunduğu toplumun söz konusu sistemin devamı sonucunda elde edeceği toplam faydadır.*

1740 *Teşebbüs hürriyetinin sınırları Anayasanın 167. maddesinde devlete verilen görev ile somutlaştırılmıştır. Bu görev şu şekilde ifade edilmektedir: "Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeleri önler." Ayrıca 172. maddenin gerekçesinde; "Tüketicinin korunması ancak serbest piyasa ekonomisinde mümkün olabileceğinden, bu piyasanın gereklerine uygun olarak serbest rekabet şartlarının sağlanması ve tekel ve kartellerin önlenmesi gerekmektedir." denilmektedir. Benzer ifade 137. maddenin gerekçesinde: "Devletin tüketiciyi korumak için getireceği tedbirlerin tüketiciyi koruyucu niteliği olduğu kadar, rekabeti teşvik edici ve koruyucu yönünün de bulunması gerekir. Ayrıca tekeller ve tekel benzeri gruplaşmaları hem tüketim hem de hizmet sektöründe önlemek, hakimiyetlerini dağıtmak, sağlıklı bir toplum ve sağlıklı bir demokrasi için vazgeçilmezdir." şeklinde yer almaktadır.*

1750 *Bu çerçevede, serbest piyasa ekonomisinde teşebbüs hürriyetinin mülkiyet hakkı ile beraber sistemin çatısını oluşturduğu, bu hakların kötüye kullanılarak sistemin özüne zarar verilmemesi için devlete tekelleşme ve kartelleşmeyi önleme görevi verildiği görülmektedir. Bu görevin yerine getirilmesi rekabet kurallarının uygulanması şeklinde olacaktır. Dolayısıyla rekabet kuralları ile korunan menfaat bireysel menfaat değil kamu menfaatidir.*

4054 sayılı Kanununun 1. maddesinde belirtilen amaca ulaşılabilmesi için teşebbüslere piyasa içindeki konumlarına ve pazar güçlerine göre birbirinden farklı yükümlülükler getirilebilmektedir. Bu anlamda ilgili piyasada hakim durumda olan ile olmayan teşebbüslerin faaliyetlerinde önemle dikkat edecekleri rekabet hukuku hükümleri birbirinden çok farklı nitelikler taşıyabilmektedir. Çünkü piyasa içinde hakim durumda olan bir teşebbüsün gerçekleştirdiği bir eylemin ilgili piyasadaki rekabet koşullarına etkisi olumsuz olabileceken, aynı eylemi hakim

1760 durumda olmayan bir teşebbüsün gerçekleştirdiği durumlarda böyle bir etki söz konusu olmayabilecektir.

Bu nedenle hakim durumda bulunan teşebbüsün sorumluluğu bu durumda olmayan teşebbüslere göre daha fazladır. Bu durum tamamıyla rekabet kurallarının Anayasanın 167. maddesinde belirtilen toplumun genel çıkarını, bir başka ifade ile rakipleri değil rekabeti koruyucu niteliğinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla yasal olarak veya kendi başarısıyla hakim duruma gelen bir teşebbüsün eylemlerine bazı sınırlamalar getirilmesi rekabet hukukunun kamusal niteliğinden kaynaklanmaktadır.

1770 Herhangi bir nedenle pazar gücü elde ederek hakim duruma gelen teşebbüs (veya teşebbüsler), esas itibarıyla etkin rekabetin varolduğu bir pazarda söz konusu olacak baskılardan uzak ve bağımsız hareket edebileceğinden hakim durumunu kötüye kullanabilir. Kanunun 6. maddesine göre; "*Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılması*" kötüye kullanma olarak nitelendirilebilecek davranışlardandır. İŞ-TİM'in şikayetinde iddia edilen eylemler bu kapsamda değerlendirilecektir. Bu eylemler eğer rakibin piyasaya girişi için zorunlu olan mal ve hizmetin sağlanmasının reddedilmesi şeklinde ise, rekabet hukukunda "zorunlu unsur doktrini" adı verilen kavram çerçevesinde incelenmelidir.

1780 Zorunlu unsur doktrini, hakim durumdaki teşebbüslere getirilen anlaşma yapma yükümlülüğü bağlamında ortaya çıkan özel bir uygulama alanıdır. Bu doktrin serbest piyasa ekonomisinin temelini teşkil eden sözleşme hürriyetine rekabet kurallarının koruduğu kamu menfaatine dayalı bir istisna getirmektedir. Doktrin ilk bakışta serbest piyasa modelinin özüne aykırı gibi görünmekle birlikte, rekabet politikalarının bir gereği olarak piyasaların daha rekabetçi bir yapıya kavuşturulmasında önemli bir rol üstlenmektedir.

1790 Zorunlu unsur doktrini¹⁴ genellikle dikey olarak bütünleşmiş piyasalarda söz konusu olmaktadır. Bu doktrinle, birbirleriyle bağlantılı olan pazarlardan birisinde hakim durumda olan bir teşebbüsün sahip olduğu bir imkan/tesis/altyapı gibi unsurların bağlantılı pazardaki rekabetçi yapı için vazgeçilmez olduğu ve bu unsurun alternatifinin oluşturulmasının hukuki, teknik veya ekonomik olarak mümkün olmadığı durumlarda, teşebbüse sahip olduğu bu unsuru alt piyasalardaki rakip teşebbüslerin kullanımına açma zorunluluğu getirilmektedir.

Bir unsurun zorunlu unsur olarak kabul edilmesi için temel olarak, unsura sahip firmanın ilgili pazarda hakim durumda olması; bu unsurun benzerinin 'makul şartlarda' yapılamaması koşullarının gerçekleşmesi gerekmektedir. Zorunlu unsur tespit edildikten sonra rekabet hukuku açısından ihlal teşkil etmesi için ise; bir

¹⁴ Türk Rekabet Hukukunda zorunlu unsur tanımı ve bu unsuru elinde tutan teşebbüsün mükellefiyeti Rekabet Kurulunun 21.12.2000 tarih ve 00-50/533-295 sayılı Eti Holding Kararında RKHK'nın 6/a. maddesine atıf yapılarak şu şekilde izah edilmiştir: "*Zorunlu unsur, bir faaliyette bulunabilmek için mutlaka yararlanılması gereken ve hakim durumda bulunan teşebbüs dışında, söz konusu kaynak faaliyetin başka bir alternatifinin bulunmaması veya ekonomik ve rasyonel olarak yeni bir alternatif kaynağın oluşturulamaması anlamına gelmektedir. Bu şekilde bir temel kaynak faaliyetine sahip olan bir teşebbüs, imkanları nispetinde ve makul şartlarla her isteyene bu mal veya hizmeti satmak zorundadır.*"

03-40/432-186

reddetme eyleminin bulunması ve bu reddetme eyleminin haklı gerekçelere dayanmaması hususları incelenmelidir.

1800 Ayrıca rekabet hukukunda, altyapı sahiplerinin anlaşma yapma yükümlülüğü altında olup olmadığının belirlenmesi için, beş koşulun karşılanması gerektiği ifade edilmektedir. Bu koşullar aşağıda sunulmuştur:

1. Erişimin ilgili pazarda rekabet eden teşebbüsler için zorunlu olduğunun ve bu anlamda hizmetin mevcut şebekeye giriş yapmadan sunulmasının ekonomik olarak imkansız olduğunun belirtilmesi.
2. Talebi karşılayacak yeterli kapasitenin olması.
3. Zorunlu unsur kontrol eden teşebbüsün mevcut hizmet ve ürün piyasasındaki talebi karşılamada yetersiz kalması, potansiyel yeni bir ürün ya da hizmetin sunulmasını engellemesi veya mevcut ya da potansiyel hizmet ve ürünler üzerindeki rekabeti kısıtlaması.
4. Erişim talep eden teşebbüs makul ve ayrımcı olmayan bir giriş fiyatı ödemeye hazır olması.
5. Reddetme eylemi için objektif haklı bir gerekçe olmaması.

1810

Mehaz mevzuat olan AB rekabet hukukunda ise zorunlu unsur doktrini, B&I v. Sealink Davasında Komisyon tarafından;

"...Rakiplerin ondan faydalanmaksızın müşterilerine hizmet sağlayamayacakları bir zorunlu unsur hem kontrol eden hem de kullanan hakim durumdaki bir teşebbüsün, rakiplerinin bu unsurdan faydalanmalarını reddetmesi, ya da onlara kendi faaliyetlerine göre daha olumsuz koşullarda giriş imkanı tanıması ve onları rekabetçi açıdan zor durumda bırakması, eğer 82. maddenin diğer koşulları da sağlanmışsa, bu maddeyi ihlal etmiş sayılır. ... Bir zorunlu unsur hem kontrol eden hem de kullanan bir teşebbüs bu unsurdan kaynaklanan gücünü ilgili başka bir pazarda pazar gücü kazanmak ya da güçlendirmek için, kullanır ve özellikle rakiplerine daha az olumlu koşullarda hizmet sunarsa, bu bir kötüye kullanmadır (para.66)."

1820

şeklinde ifade edilerek; hem zorunlu unsur tarif edilmiş, hem de bir zorunlu unsura sahip firmanın rakiplerinin bu unsurdan faydalanmasını engelleyemeyeceği ve aynı zamanda onları rekabetçi açıdan olumsuz etkileyecek ayrımcı uygulama yapamayacağı belirtilmiştir¹⁵.

1830

Soruşturma konusu olayda ulusal dolaşımın yapılmaması yoluyla zorunlu unsura erişimin reddedilmesi, hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmektedir. Bu çerçevede, zorunlu unsur doktrinin genel kriterleri, dosya konusu olay açısından incelenmiştir.

H.2.4.1. Unsurun Zorunlu Olması

Zorunlu unsur doktrininin bir olayda uygulanabilmesi için öncelikle unsurun zorunlu olup olmadığı tespit edilmelidir. Zorunluluğun belirlenmesi için, varlığın hem alt (bağlantılı) pazardaki rekabet için hayati bir önem taşıdığı, hem de

¹⁵ Bunun yanı sıra AB Erişim Tebliğinde, teknik buluş/yenilik konusuna değinilmiş ve yeni bir ürün veya hizmeti piyasaya sunan bir teşebbüsün yeni olan bu ürün veya hizmetinin piyasada tutunmasını ve yer edinmesini sağlamak konusunda belli bir süreye ihtiyacı olacağı belirtilmiştir.

1840 benzerinin kurulmasının pratikte ve makul ölçütler çerçevesinde imkansız olduğunun gösterilmesi gerekmektedir. Ayrıca zorunlu unsur doktrininin rakipleri korumak için değil tüm bir piyasanın rekabetçi yapısını korumak için kullanılması ve reddetme eyleminin mevcut veya potansiyel rakiplerin pazara girişi önünde ağır bir engele neden olduğunun gösterilmesinin gerektiği kabul edilmektedir¹⁶.

GSM altyapı hizmetleri olmaksızın GSM hizmetleri pazarında bir teşebbüsün faaliyette bulunması imkansızdır. Diğer bir deyişle, bu pazarda faaliyet göstermek isteyen bir teşebbüsün ya kendi GSM altyapısı olması ya da başkasının altyapısından faydalanmasının kaçınılmazlığı ortadadır. Bu nedenle, GSM piyasasının kilit unsuru bu altyapı sistemidir.

1850 GSM altyapı hizmetlerinin üretilmesi için gereken GSM altyapısının kurulması çok yüklü yatırımlar gerektirmektedir. Yatırım miktarının yüksekliği piyasaya yeni girecek olan teşebbüslerin girişlerini oldukça güçleştirmektedir. Normal şartlarda herhangi bir piyasaya giriş yapan bir teşebbüsün giriş yaptığı andan itibaren faaliyetine başlaması gerekmektedir.

Ancak, GSM hizmetleri piyasasında bir teşebbüsün piyasaya girebilmesi abone kazanımlarıyla mümkündür. Abone kazanımı ise GSM firmasının kapsama alanı ile çok yakından ilgili bir husustur. Tüm Türkiye'yi kapsama alanına alamayan bir GSM firması piyasaya girişi tam olarak gerçekleştirmiş sayılmayacaktır. İlgili coğrafi pazar tüm Türkiye olarak kabul edildiğinde, bir abonenin Türkiye'nin her tarafıyla irtibata geçebiliyor olması gerekmektedir.

1860 GSM hizmeti sunmak için yasal izin alan İŞ-TİM'in, kendisinden yaklaşık 6 yıl önce faaliyete başlamış ve kapsama alanlarını %95'in üzerine çıkarmış Turkcell ve Telsim ile eşit koşullarda rekabet edebilmesi için kapsama alanı konusundaki dezavantajlarını gidermesi öncelik teşkil etmektedir. Çünkü İŞ-TİM 2001 yılı Mart ayında faaliyetine başladığında, tüketici gözünde GSM hizmetinin Türkiye'nin her yerinde verilmesi, minimum standart ve zorunluluk olarak görülmekteydi.

1870 GSM hattı olmayan potansiyel müşterilerin tercihinde değişik faktörlerin önemi konulu ankette, "Türkiye'nin her yerinde kapsama" faktörünün %40 ile ilk sırayı aldığı tespit edilmiştir. Ayrıca, yaklaşık 24 milyon kullanıcının %100 kapsama alanında hizmet alması, bu abonelerin veya ilk kez GSM abonesi olacakların fiyatları daha uygun olsa bile kapsama alanı kısıdı nedeniyle İŞ-TİM'i tercih etmemelerine sebep olmaktadır.

Özellikle kurumsal kullanıcı olarak tabir edilen şirketler GSM hizmetleri için seçim yaparken tüm Türkiye çapında hizmet verebilen operatörleri tercih etmektedirler. Bu nedenle İŞ-TİM'in bu alanda müşteri kazanması oldukça zordur. Nitekim aşağıdaki tespitlerden, kurumsal kullanıcıların bu nedenden dolayı İŞ-TİM'i tercih etmedikleri anlaşılmaktadır.

1880 *"Aria Kurumsal Satış Bölümü olarak pek çok yeniliği bünyesinde barındıran kurumsal servislerimizin Türkiye çapında tanıtımına 2002 yılı itibari ile başladık ve devam ediyoruz. Bu süreç boyunca bazı şirketler Aria kurumsal abonesi olurken , bazıları Aria kurumsal servislerini çok beğenmelerine ve ciddi olarak abone olmayı istemelerine rağmen; ağırlıklı olarak Aria kapsama alanı dışında yer alan ekipleri ve çalışmaları sebebi ile bu taleplerini ertelemek zorunda*

¹⁶ Case C-7/97, Oscar Bronner v. Mediaprint, [1998] E.C.R.I-s.779, para.65-66.

kaldılar . Bu konu ile ilgili olarak bazı firmalar ile ilgili yaşadığımız süreçler aşağıda bilgilerinize sunulmuştur:

1890 tarihinde dershaneleri ile yapılan görüşmede, şirkete tüm kurumsal servislerimiz sunulmuştur. Genel olarak tüm servislerimizi çok başarılı bulan firma Kurumsal SMS servisini tüm Türkiye'de kullanmaya başlamış ve halen yoğun biçimde kullanmaktadır. Aria Nokta Kurum tarifesini çok uygun bulan firma, öğretmenlerin ve dershanenin şubelerinin Aria kapsama alanı dışında yer alan il ve ilçelerde de bulunmasından dolayı bu teklifi daha sonraki bir dönemde kullanmayı düşündüklerini belirtmişlerdir.

..... tarihinde Ankara'da firmalarını temsilen A.Ş. ile görüşülmüştür. Firmaya tüm kurumsal servislerimiz detaylı biçimde açıklanmış ve bir teklif sunulmuştur. Bu teklifi çok olumlu bulan firma değerlendirmeye almış ve üst yönetim kadroları ile yapılan görüşmeler sonunda bize olumsuz olarak dönmüştür. Firma teklifin çok başarılı olduğunu ama tüm Türkiye'de yer alan şantiye ve çalışma ekiplerinin Aria Kapsama alanı içinde olmaması sebebiyle grup için problem olacağını belirtmiştir. Firma bu teklifi daha sonra değerlendireceklerini iletmiştir.

1900 tarihinde Ankara'da ile yapılan görüşmede tüm Kurumsal servislerimiz firma yetkililerine tanıtılmıştır. Firma yetkilileri tüm servisleri ve fiyatları olumlu bulmalarına rağmen Aria'nın yurt çapında var olan yaygınlığının henüz yeterli olmadığını ve daha sonraki süreçte değerlendireceklerini belirtmişlerdir.

..... tarihinde ilk görüşmeyi yapmış olduğumuz Belediyesini ... Ocak, ...-...-... Şubat ve Mart tarihlerinde ziyaret etmiş ve servislerimizi tanıtmıştık. Kurumsal sms ve Aria Nokta Kurum aboneliği olan kuruluş; sms servisimizi başarılı biçimde yoğun olarak kullanmasına rağmen konuşma ile ilgili servisimizde kapsama alanı ile ilgili yaşamış olduğu problemlerden dolayı çok sıkıntı çektiğini belirtmiştir.

1910 'de Ankara da ziyaret edilen şirketi tüm kurumsal servislerimizi çok uygun ve farklı olduğunu belirtmiş ve teklifimizi değerlendirmeye almıştır. Daha sonra yapılan görüşmelerde firma yetkilisi, şirketçe alınacak olan hatların firmaya ait kara nakil araçlarında kullanılacağını ve yapılan gözlemlerle sunmuş olduğumuz servisin kesintilere uğrayacağını belirtmişlerdir. Servisimiz ile ilgili olarak teklifimizi daha sonra tekrar değerlendirmeye çalışacaklarını eklemişlerdir.

1920 tarihinde firmasından Sn ile ARIA tarafından kurumlara sunulan özel abonelik paketimiz ARIA NOKTA-KURUM ile ilgili toplantı yapılmıştır. Toplantı neticesinde ARIA tarafından sunulan abonelik paketine ait tarife ve diğer avantajlar cazip karşılanmıştır firmasına ait mobil telefonlar Türkiye içersinde tüm coğrafi bölgelerde yayılı personeller tarafından kullanılmaktadır. Firma için en önemli olan konu, avantajlı tarifemiz yanında tüm bölgelerde kapsamanın tam olarak sağlanmasıdır. Ulusal roaming anlaşmasının yapılmaması nedeni ile şu an için sunmakta olduğumuz cazip tarifeye rağmen ARIA ile çalışamayacaklarını, ancak ulusal roaming yapılması durumunda hali hazırda kullanmakta oldukları adet mobil hat için tekrar görüşebileceklerini tarafıma belirtmişlerdir.

1930 San. ve Tic. A.Ş. firmasını kendi talepleri üzerine tarihinde ziyaret ettim. Şirket yetkilisi, firma çalışanları tarafından kullanılan mevcut hatlar ile ilgili Kurumsal Çözümü başka bir operatörden aldıklarını, ancak mevcut servisin kalitesi ile ilgili problem yaşamaları üzerine alternatif operatör arayışına girdiklerini iletmiştir. Firmaya, Aria Kurumsal Çözümleri, Servisleri, ve Tarifeleri hakkında gerekli bilgiler verilmiştir. Firma Aria tarafından sunulan çözümlere olumlu yaklaşmış ancak firmanın çalışanlarının tüm Türkiye içerisinde seyahat etmeleri ve otoyollar dahil tüm Türkiye içerisinde haberleşme ihtiyacı içerisinde olmaları, bu ihtiyaçlarının Aria tarafından karşılanmasına engel teşkil etmiştir. Firma, Ulusal Dolaşım problemimizi çözmemiz akabinde, Kurumsal Çözüm önerilerimiz ile ilgili teklifimizi yeniden değerlendirebileceğini iletmiştir.”

1940 Bunlara ilaveten kurumsal kullanıcıların kapsama alanına ne denli duyarlı olduklarının tespitine katkı sağlayan bir tabloya aşağıda yer verilmektedir:

Tablo 1: İŞ-TİM'in kurumsal kullanıcılardan aldığı cevaplar

FİRMA İSMİ	HAT SAYISI		AÇIKLAMA
	Turkcell	Telsim	
.....		Kapsama problemimiz nedeni ile red edildi. Roaming yapılması sonrası tekrar görüşebileceğimiz belirtildi.
.....		Kapsama problemimiz nedeni ile red edildi. Roaming yapılması sonrası tekrar görüşebileceğimiz belirtildi.
.....		Kapsama problemimiz nedeni ile red edildi. Roaming yapılması sonrası tekrar görüşebileceğimiz belirtildi.
.....		Kapsama problemimiz nedeni ile red edildi. Roaming yapılması sonrası tekrar görüşebileceğimiz belirtildi.
.....		Kapsama problemimiz nedeni ile red edildi. Roaming yapılması sonrası tekrar görüşebileceğimiz belirtildi.
.....		Kapsama problemimiz nedeni ile red edildi. Roaming yapılması sonrası tekrar görüşebileceğimiz belirtildi.
.....		Kapsama problemimiz nedeni ile red edildi. Roaming yapılması sonrası tekrar görüşebileceğimiz belirtildi.
.....		Kapsama problemimiz nedeni ile red edildi. Roaming yapılması sonrası tekrar görüşebileceğimiz belirtildi.
.....		Kapsama problemimiz nedeni ile red edildi. TCELL ile yeni 2 yıllık sözleşme yapıldı.
.....		Kapsama problemimiz nedeni ile red edildi. Roaming yapılması sonrası tekrar görüşebileceğimiz belirtildi.
.....		Kapsama problemimiz nedeni ile red edildi. Roaming yapılması sonrası tekrar görüşebileceğimiz belirtildi.
.....		Kapsama problemimiz nedeni ile red edildi. Roaming yapılması sonrası tekrar görüşebileceğimiz belirtildi.
.....		Kapsama problemimiz nedeni ile red edildi. Roaming yapılması sonrası tekrar görüşebileceğimiz belirtildi.
.....		Kapsama problemimiz nedeni ile red edildi. Roaming yapılması sonrası tekrar görüşebileceğimiz belirtildi.

.....	Kapsama problemimiz nedeni ile red edildi. Roaming yapılması sonrası tekrar görüşebileceğimiz belirtildi.
.....	Kapsama problemimiz nedeni ile red edildi. Roaming yapılması sonrası tekrar görüşebileceğimiz belirtildi.
.....	Kapsama problemimiz nedeni ile red edildi. Roaming yapılması sonrası tekrar görüşebileceğimiz belirtildi.
.....	Kapsama problemimiz nedeni ile red edildi. Roaming yapılması sonrası tekrar görüşebileceğimiz belirtildi.
.....	Kapsama problemimiz nedeni ile red edildi. Roaming yapılması sonrası tekrar görüşebileceğimiz belirtildi.

1950 İŞ-TİM'in altyapısını tesis ediyor olması ve belirli sayıda aboneye ulaşması Türkiye pazarına girebildiğini göstermemekte, sadece bölgesel olarak faaliyette bulunabildiği anlamına gelmektedir. Nitekim İŞ-TİM'in 2001 yılı Mart - Eylül ayları arasındaki dönemde 1400 gibi rekor sayıda adet baz istasyonu kurmuş olmasına ve tarifelerinin düşük olmasına rağmen, %100 kapsama alanına sahip Turkcell ve Telsim kadar abone kaydı gerçekleştirememiştir. Örneğin, İŞ-TİM 2001 yılını abone ile kapatmıştır. Aynı yıl içinde Telsim yeni abone kaydı yapmıştır. 2003 yılı başı itibarıyla İŞ-TİM aboneye, Telsim ise aboneye ulaşmıştır. Faaliyete başlamasından itibaren İŞ-TİM aboneye ulaşırken aynı dönemde Telsim yeni abone (İŞ-TİM'in abone sayısının iki katından fazla) elde etmiştir.

1960 Bir başka ifade ile kullanıcıların kapsama alanına duyarlı olmaları sebebiyle, İŞ-TİM'in pazara fiilen girişi (benzer fiyat düzeyinde rakipleri ile aynı oranda abone kazanmaları) zordur. Çünkü, yerleşik operatörler Turkcell ve Telsim'in sahip olduğu abone sayısı göz önüne alındığında, piyasaya ilk giren olmanın avantajlarını ellerinde bulundurmaktadırlar. Yeni girenlerin abone tabanı kapsama alanı önkoşulu nedeniyle küçük kaldığı sürece, ortalama sabit maliyetleri yerleşiklere göre yüksek olacaktır. Ayrıca, girişçilerin piyasada tutunması şüpheli olduğu müddetçe, finansman maliyetleri de ortaya çıkan risk nedeniyle yüksek olacaktır.

1970 Turkcell ve Telsim'in piyasaya girdikleri ve kapsama alanını bugünkü seviyelerine ulaştırdıkları dönem ile İŞ-TİM'in piyasaya girişi ve kapsama yatırımlarını yaptığı dönem arasında çok büyük bir farklılık bulunmaktadır. İlk olarak ifade edilen dönemde Türkiye geneline hizmet sunan daha önce kurulmuş bir altyapı olmadığı ve sonucunda %100 kapsama duyarlı kullanıcı kitlesi bulunmadığından "%100 kapsama" piyasaya giriş için bir zorunlu unsur olarak kabul edilmemekteydi. Bu dönemde Turkcell ve Telsim hem abone kazanarak nakit girişi elde etmişler hem de bu nakit girişinin sağladığı finansman gücüyle yatırımlarını gerçekleştirmişlerdir. Fakat, İŞ-TİM'in piyasaya girdiği dönemde Turkcell ve Telsim'in Türkiye'nin genelini kapsamaları nedeniyle abone elde etmeleri ve bu abonelerden gelecek nakit girişiyle yatırımlarını gerçekleştirmeleri söz konusu değildir.

1980 İŞ-TİM'in 5 yıl içinde Türkiye'nin genelini kapsama alanına almasının imtiyaz sözleşmesi ile öngörülmesi, piyasaya giriş sırasında %90'ın üzerinde kapsama alanına sahip olunmasının bir zorunlu unsur olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Çünkü tanınan bu 5 yıllık süre içinde piyasada rekabet edebilmesi (piyasaya girebilmesi) için abone kazanması ancak zorunlu unsura erişebilmesi ile mümkündür. İŞ-TİM'in 5 yıllık süre içinde altyapısını tamamlaması yükümlülüğü

getirilirken, bu süre içinde zorunlu unsurdan faydalanmasını engelleyecek bir hüküm bulunmamaktadır¹⁷.

Piyananın şebeke niteliği, şebeke dışsallıkları, yerleşik operatörlerin pazar payları gibi hususlar dikkate alındığında, piyasadaki rekabetin İŞ-TİM ve Aycell'in kapsama alanlarını diğer operatörlerin büyüklüğüne ulaştıracakları zamana kadar ertelenmesinin, piyasa üzerinde istenilen etkiyi yapmayacağı, aksine bu sürenin sadece yerleşik operatörlerin hakim durumlarını daha da güçlendirmelerine neden olacağı açıktır. Bu nedenle, ulusal dolaşım piyasaya giriş açısından bir zorunluluktur.

1990

Ayrıca zorunlu unsur niteliğindeki hizmetin birlikte hakim durumda olan iki teşebbüs tarafından sunulabilmesi hizmetin zorunlu unsur niteliğini ortadan kaldırmamaktadır. Örneğin iki adet havaalanının mevcut olduğu bir şehirde, bir havayolu şirketinin o şehre ulaşım yapmak istediği iki havaalanının da bu şirkete havaalanı hizmeti vermemesi halinde, ilgili şirketin bu şehre ulaşımı imkansız olacaktır. Bu durumda aynı unsurdan iki adet olmasına rağmen piyasaya giriş için her iki havaalanı da zorunlu olmaktadır. Bu örnekte her iki havaalanı işletmecisinin birlikte hakim durumda olduğu kabul edilerek, bu işletmecilerin her birine unsurlarından faydalandırma zorunluluğu getirilebileceği ortadadır.

2000

Yukarıda da açıklandığı üzere İŞ-TİM'in GSM hizmetleri pazarında faaliyet göstermesi (abone sayısını artırabilmesi) için; ya yeterli büyüklükte kapsama alanına ulaşması ya da diğer işletmecilerin altyapılarından yararlanması gerekmektedir.

Yukarıda yer verilen değerlendirmeler sonucunda, soruşturma döneminde İŞ-TİM'in GSM hizmetleri pazarında rekabet edebilecek kapsama alanına ulaşamamış olduğu, bu bakımdan İŞ-TİM'in yeterli kapsama alanına ulaşmaya kadar diğer işletmecilerin altyapılarının "zorunlu unsur" niteliğinde olduğu kanaatine varılmıştır.

2010

H.2.4.2. Alternatif Unsurun Kurulmasının İmkansızlığı veya Rasyonel Olmaması

GSM hizmeti sunmayı planlayan bir teşebbüsün GSM altyapı hizmetleri konusunda teorik olarak kullanabileceği üç yöntem bulunmaktadır: Bizzat bu altyapıyı kurmak, üst pazarda faaliyet gösterenlerden bu girdiyi satın almak veya altyapıyı kurma aşamasında bu girdiyi satın almak.

2020

Esas itibarıyla İŞ-TİM açısından birinci yöntemin imkansız olduğu veya rasyonel olmadığı tespitini takiben, ikinci ve üçüncü yöntemlerin kullanılmasının kaçınılmazlığı üzerinde durulmalıdır. İkinci yöntem imtiyaz sözleşmeleri ile altyapı kurulmasına dair yükümlülük getirilmesi nedeniyle İŞ-TİM tarafından kullanılmayacaktır. Altyapı için gereken yüksek yatırım maliyeti ve diğer pazar koşulları ilgili pazarda üçüncü yöntemi ön plana çıkarmaktadır. Ancak, üçüncü yöntemin altyapı kurma yükümlülüğü nedeniyle zamanın bir fonksiyonu olduğu unutulmamalıdır.

¹⁷ İlk iki yıl için getirilen ulusal dolaşım yasağı, Danıştay'ın piyasada rekabetin sağlanması için bu yasağın kaldırılması gerektiğine dair görüşü üzerine imtiyaz sözleşmesinden çıkarılmıştır.

Bir varlığın zorunlu unsur olabilmesi için benzerinin yapılmasının tamamen imkansız olması gerekmemektedir. Bir unsurun benzerinin yapılması için yoğun bir sermaye gerektirmesi, teknik bazı gereksinmelere ihtiyaç duyulması veya uzun bir zaman süreci gerektirmesi gibi kriterler de ilgili sektörün dinamikleri çerçevesinde zorunlu unsurun varlığına delil olabilmektedir.

2030 İŞ-TİM'in rakipleri Turkcell ve Telsim gibi Türkiye'nin genelini kapsayabilmesi, %90 kapsama alanına ulaşabilmesi için, çok sayıda baz istasyonu inşa etmesi ve diğer altyapı bileşenlerini kurması gerekmektedir. Fakat, imkansızlığın ortaya konulmasında, unsurun hangi maliyetlerle dublike edileceğinin yanı sıra, dublikasyonun ne kadar zaman alacağı (özellikle şebeke dışsallığı olan endüstrilerde) önem kazanmaktadır. Şebeke dışsallıkları geçiş maliyetlerini yükseltirken, pazar zaman içinde doygunluğa eriştikçe, İŞ-TİM gibi yeni girişçilerin geciktirilmesi bunların ilave geçiş maliyetlerine katlanmalarına yol açacaktır. Bu çerçevede, İŞ-TİM'in yatırım için kendisine tanınan 5 yıllık süreyi sonuna kadar kullanması halinde piyasaya girmesinin oldukça zorlaşacağı ve hatta imkansız hale geleceği ortadadır.

2040 Bu yatırımın kısa vadede (örneğin, 1 yıl içinde) kurulmasının, dolayısıyla zorunlu unsurun alternatifinin kurulmasının önünde engeller bulunmaktadır. Bu engellere örnek olarak; coğrafi ve topografik güçlükler, hukuki sınırlamalar, doğal tekel durumu, darboğaz oluşumu, unsurun kurulması için kamu desteğinin gerekliliği, teknolojik kısıtlamalar ve ekonomik kısıtlamalar verilebilir. Diğer taraftan söz konusu engeller; teknik zorluklar, hukuki zorluklar ve ekonomik zorluklar ana başlıkları altında toparlanabilir.

H.2.4.2.1. Teknik Zorluklar

2050 İŞ-TİM' tahsis edilen GSM 1800 frekans bandının genel olarak GSM 900'e göre maliyet yönünden bazı dezavantajları bulunmaktadır. GSM 900 bandını kullanan işletmecilerin baz istasyonlarından yayılan dalgalar yaklaşık 20 km'ye kadar ulaşabilirken, GSM 1800 operatörlerinin dalgaları 6-7 km içerisinde sonlanabilmektedir. Bunun sonucu olarak GSM 900 operatörlerinin bir istasyon ile kapsadığı alanı GSM 1800 operatörlerinin daha fazla sayıda istasyon ile kapsamaları gerekebilmektedir. Bu durum, özellikle nüfusun yoğun olmadığı alanlarda kapsama alanlarının genişletilmesini ve lisans sözleşmesinde yer alan kapsama alanı yükümlülüklerinin yerine getirilmesini maliyetli bir hale getirmektedir.

2060 Diğer taraftan, Turkcell ve Telsim'in 1994 yılında başlattıkları ve yaklaşık 7 yılda oluşturduğu altyapının kısa dönemde (örneğin, 1 yıl içinde) teknik olarak gerçekleştirilmesi mümkün görülmemektedir. Nitekim İŞ-TİM, 2001 yılı Mart - Eylül ayları arasındaki dönemde 1400 gibi rekor sayıda adet baz istasyonu kurmuş olmasına rağmen Türkiye genelini kapsayamamıştır. Çünkü Türkiye Dünyanın 36. büyük, Avrupa'nın ise en büyük coğrafyasına sahiptir.

Ayrıca, Turkcell ve Telsim dahil tüm GSM işletmecilerine imtiyaz sözleşmesi ile %90 kapsama alanı yükümlülüğünün yerine getirilmesi için 5 yıl süre tanınması bu yatırımın kısa sürede yapılmasının olanaksız olduğunu ortaya koyan bir başka tespittir.

2070 GSM altyapı unsurları arasında bağlantıların sağlanmasında kullanılan hatlar Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nden (TTAŞ) kiralanmaktadır. Fakat TTAŞ'ın kapasite yetersizliği nedeniyle zaman ihtiyacı söz konusu olabilmektedir. Kurulan istasyonların testi, kabulü ve ilgili verilerin santrale girilmesi de uzun zaman alabilmektedir.

H.2.4.2.2. Hukuki Zorluklar

Bu zorluklara genel olarak; baz istasyonlarının kurulacağı yerlerin kiralanması, enerji temin edilmesi ve alınması gereken yapı ruhsatları örnek gösterilebilir.

2080 Ayrıca, İŞTİM baz istasyonlarının insan sağlığına zarar verdiğine yönelik tartışmaların yoğun olduğu bir dönemde pazara girmeye çalışmaktadır. Bu olumsuz yaklaşımın oluşması, baz istasyonları için yer bulunamamasına ve bulunan yerlerin de maliyetlerinin yüksek olmasına yol açmaktadır. İnsanların yaşadıkları yerlere ilk kez GSM hizmetinin götürülmesinin gündeme geldiği dönemlerde (Turkcell ve Telsim'in yoğun yatırım yaptığı ve kurulu altyapının bulunmadığı dönemler) o bölgelerde yaşayanlar altyapı kurulması için çok istekli iken, mevcut altyapıların olduğu bölgelere İŞTİM tarafından yeni altyapıların kurulmasına yönelik çalışmalarda çeşitli engellerle karşılaşmıştır. Konuya ilişkin olarak Turkcell'den alınan ve aşağıda yer verilen bilgiler de söz konusu tespiti doğrulamaktadır. Turkcell'in ifadeleri şu şekildedir:

2090 *"Kira rayiçlerinde özellikle 3. operatörün belirlenmesinden önce aday altyapı firmalarınınca yapılan ön çalışmalar esnasında başlayan, 3. ve 4. operatörlerin belirlenmesi ile birlikte devam eden bir artış trendi baş göstermiştir. Bina sahiplerinin bu konularda almış olduğu duyumlar ile hareket etmeleri sonucu eski kira bedelleri üzerinden US\$ bazında minimum %50-60 zam talepleri olmaya başlamıştır. Bu sadece özel şahıslar nezdinde değil, kamu kurum ve kuruluşları nezdinde de uygulanmıştır. Örnek vermek gerekirse 2000 yılında İDO Bostancı Deniz Otobüsü İskelesiUS\$'dan kiralanmasına rağmen bundan sadece 1 yıl sonra Kınalıada Deniz Otobüsü İskelesi US\$'dan kiralanabilmiştir.*

2100 *...Nedeni ise yeni gelen operatörlerin yüksek bedelden kiralama yapmaları ve bunun örnek teşkil etmesidir. Diğer bir kamu örneği ise PTT olarak verilebilir. 2001 yılı öncesi dönemindeki kira bedelleri TL. cinsinden ve her ilin rayiçlerine göre "makul" seviyelerde olmasına rağmen, 2001 yılında zaruriyetten PTT ile yeni bir protokol yapılmış ve hangi il olursa olsun bedelin US\$ (ve belirli bir konfigürasyonda) olmasına karar verilmiştir. Bu tür noktaların çoğunlukla alternatifsiz olmaları olayın çözümünü zorlaştırmaktadır. Kamu kesiminde durum bu şekilde iken, özel şahıslarda da durum farksızdır. Yeni bedelleri duyan pek çok mal sahibi Turkcell'e müracaat ederek kira bedellerinde artışlar talep etmişlerdir.*

2110 *Bunun yanı sıra, özellikle Nisan 2000 tarihinden itibaren pek çok Belediye ile sorunlar yaşanmış, bazı Belediyeler "halk sağlığı"nı öne sürerek, bazıları ise "yapı ruhsatı" alınmamasını neden göstererek; almış oldukları encümen kararlarına istinaden, istasyonlarımız hakkında yıkım ve ağır para cezaları uygulamaya başlamışlardır. Pek çok Belediye ile yapılan yüz yüze görüşmelerde "mutlaka bir nokta bulunup ceza kesilebileceğini, gelirlerinin düşük olduğunu" ve pek çoğunun ifade ettiği üzere "yeni bir gelir kaynağı" olduğumuzu öne sürmüşlerdir. Bazı Belediyeler (İzmit Saraybahçe, İstanbul Kadıköy, vb)*

2120 *istasyonlarımıza para cezalarının haricinde fiili müdahalede de bulunarak sökmüşler, enerjilerini kesmişler ve servisimizi engellemişlerdir. Bazıları ise (Çanakkale Belediyesi, Ankara Çankaya Belediyesi, Ankara Yenimahalle Belediyesi,vb.) sadece para cezalarını uygulamışlar, fiili müdahalede bulunmamışlardır. Hukuki olarak tüm bu cezalara itiraz edilmiştir ve pek çoğunun davası sürmektedir. Belediyeler ile olan sorunlarımızda "sağlık" endişesi ile olanlar Telekomünikasyon Kurumuna ait Yönetmelik ve gereğini yerine getirdiğimizi belgeleyen Güvenlik Sertifikaları ile çözülmüş, ancak "yapı ruhsatı" konusunda çözüme ulaşılamamıştır. Bizim iddiamız baz istasyonlarının bir kamu hizmeti olduğu ve 3194 sayılı İmar Kanununun "yapı" tanımına dahil olmadığıdır. Ancak Belediyelerin iddiası ise bunların yapı kapsamına alınabileceğidir. Halen pek çok ilde Belediyeler ile sorun yaşanmakta, kimi yüksek bedeller talep etmekte, kimi ise montajımıza veya çalışan sistemimize müdahale etmektedir.*

2130 *Genellikle enerji temininde yaşanan sorunlar illere göre farklılıklar arz etmektedir. Bazı illerde Belediye veya Valilik emri ile aboneliğimize izin verilmemektedir. (Örnek: Çanakkale, Kayseri illeri). Bazı illerde ise 12 Temmuz 2001 tarihinde Resmi gazetede yayınlanan Telekomünikasyon Kurumu Yönetmeliği'nde belirtilen Geçici 1. maddeye istinaden 31.12.2001 sonrasında TK Güvenlik Sertifikası olmayan yerlere abonelikler verilmemektedir (İstanbul Avrupa Yakası-Bedaş). Oysa bu madde TK'nın 15 Şubat 2002 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanan "Değişiklikleri içeren Yönetmelik" ile 30.06.2002 tarihine kadar uzatılmıştır."*

Telsim tarafından da benzer sıkıntılar dile getirilmiştir. Yukarıda belirtilen sıkıntılardan en çok, piyasaya girmek için GSM altyapı hizmetlerine gereksinim duyan ve bunun için çok sayıda altyapı çalışmasını aynı anda ve kısa sürede (ulusal dolaşım sağlanamamasının ve kapsama alanı yükümlülüğünün de etkisiyle) yürütmek durumunda olan İŞTİM etkilenmektedir. İŞ-TİM tarafından yaşanan sıkıntılara örnek aşağıdaki hususlar belirtilmektedir:

2140 *"Kapsama alanının genişletilmesinin önünde bulunan bir diğer teknik sorun ise baz istasyonları kurulumu için geçen sürenin Telekomünikasyon Kurumunun denetim mekanizmaları nedeniyle uzamış olmasıdır. Şu anki prosedüre göre baz istasyonu kurulumu için yer bulunduktan sonra Mahalli Çevre Kurullarından izin alınması ve sonrasında istasyonun işler hale getirilmesi 2 ay gibi uzun süreleri bulabilmektedir. Kira ücretlerinin yüksek olmasının ve bu prosedürün uzun sürmesinin tüm GSM operatörleri için bir sorun teşkil ettiği açıktır. Ancak unutulmamalıdır ki pazara ilk girmiş olan operatörlerin kira kontratlarının çoğu eski tarihli olup uzun dönemli sözleşmelerdir. Bu nedenle bu tip artışlardan yeni girenler kadar etkilenmemektedirler. Baz istasyonların kurulumu konusunda da kendi ağlarının %80'lik kısmının bu prosedür ortaya çıkmadan önce kurulmuş olması dolayısıyla bu yavaşlamadan yine diğer operatörler kadar etkilenmemişlerdir".*

H.2.4.2.3. Ekonomik Sorunlar

Esas itibarıyla, İŞTİM tarafından GSM 1800 frekans bandının kullanılmasının, rakiplerine kıyasla getirdiği önemli bir maliyet dezavantajı bulunmaktadır.

Ayrıca Turkcell ve Telsim'in 500'er milyon ABD Doları lisans bedeline karşılık İŞ-TİM'in yapılan ihale sonucu oluşan 3 milyar ABD Dolarlık lisans bedelini ödemesi de ayrı bir dezavantajdır. Diğer taraftan, piyasaya yeni giren bir işletmecinin

2160 lisans ve altyapı için büyük kaynaklar sarf etmesinin piyasaya girdikten sonra yüksek teknoloji, fiyat, hizmet ve ürün kalitesi gibi alanlarda kaynak yetersizliğinden rekabet edememesine yol açabileceği de dikkate alınmalıdır.

İŞ-TIM'in kapsama alanına duyarlı müşteri kitlesini kendisine çekebilmesi için Turkcell ve Telsim'e kıyasla daha fazla satış ve pazarlama giderlerine katlanması gerekmektedir.

2170 İŞ-TIM'e imtiyaz sözleşmesi ile tanınan 5 yıl içinde, pazara girmesi ve nakit girişi elde edebilmesi için GSM altyapı hizmetlerine gereksinimi vardır. Fakat ulusal dolaşım talebinin reddi nedeniyle bu hizmetlerin elde edilememesi sonucu yatırım riski ve dolayısıyla finansman maliyetlerinde artış olağandır. Bir başka deyişle, İŞ-TIM'in zorunlu unsuru bizzat inşa etmesi sonucu elde edeceği gelir, hem sunmak istediği GSM hizmetlerine hem de bunu gerçekleştirmek için gereken altyapıya yaptığı yatırımı karşılayacak düzeyde değildir. Ancak Turkcell ve Telsim yatırımlarını yaparken sürekli abone kaydetmiş ve bu abonelerden elde edilen nakit girişi yatırımların finansmanına destek olmuştur. Bunun sebebi, o dönemde Türkiye genelini kapsayan bir şebekenin ve bu şebekeyi işleten bir operatörün rekabet baskısının olmaması dolayısıyla kapsama alanına duyarlı bir müşteri kitlesinin bulunmamasıdır. Nitekim, Telsim ikinci yazılı savunmasında söz konusu dönemin niteliğini, *"Evet, ilk iki operatör piyasaya girdiğinde, kurulu GSM operatörü olmadığı için rekabetçi baskı yoktu"* şeklinde ortaya koymuştur.

2180 İlgili piyasada potansiyel girişçi olan İŞ-TIM'in GSM hizmeti sağlayabilmesi için Turkcell ve/veya Telsim'in GSM altyapı hizmetlerini "bypass" etmesinin iktisadi açıdan mümkün olmaması, bu unsurun zorunlu olup olmadığının teşhisinde esas oluşturmaktadır. Bu çerçevede, GSM altyapısının hangi maliyetlerle bizzat inşa edilebileceğinin yanı sıra, inşanın ne kadar zaman alacağı (özellikle şebeke dışsallıklarının söz konusu olduğu GSM hizmetleri gibi endüstrilerde) önem kazanmaktadır. Çünkü, şebeke dışsallıkları geçiş maliyetlerini yükseltirken, pazar zaman içinde doygunluğa ulaşacağından yeni girişçilerin geciktirilmesi bunların ilave geçiş maliyetlerine katlanmalarını da beraberinde getirir. İŞ-TIM'in ulusal dolaşım hizmeti alamadan yatırımlarına devam etmesi ve kapsama alanına duyarlı müşteri kitlesi nedeniyle ancak 5 yıl sonunda piyasaya girmesi halinde

2190 GSM hizmetleri piyasasında, Turkcell ve Telsim'in duopol yapısı toplam 9 yıldır devam etmiş olacak ve şebeke dışsallıklarının olumsuz etkilerini gidermek o derecede güçleşecektir. Kaldı ki, İŞ-TIM'in piyasaya girmeden (aynı kalitede hizmeti daha ucuz fiyattan sunduğu halde Türkiye genelini kapsamadığı için abone edinmeden) 5 yıl içinde yatırımlara devam etmesinin önünde açıklandığı üzere teknik, hukuki ve iktisadi engeller bulunmaktadır.

2200 Zorunlu unsurun varlığının 5 yıl ile sınırlandırılmasının zorunlu unsur doktrine uygun olmadığı ifade edilebilir. Fakat bunun sebebi zorunlu unsurun niteliğinden ve rekabet hukukunun ortaya koyduğu gereksinimlerden bağımsız olarak iktisaden günün koşullarına göre gerekli olsun veya olmasın işletmecilerin imtiyaz sözleşmelerinde böyle bir koşulun varolmasıdır. Aslında bu koşulun varlığı soruşturmada zorunlu unsur doktrininin uygulanmasını da kolaylaştırmaktadır. Çünkü bu doktrine yönelik yapılan eleştirilerin ağırlığını, doktrinin sınırsız bir şekilde uygulanmasının unsurdan yararlananları bedavacılığa alıştıracağı ve hem unsuru sağlayanların hem de yararlananların yatırım motivasyonlarını düşüreceği

fikri oluşturmaktadır. Ancak, Türkiye'de GSM işletmecileri için getirilen yatırım yükümlülüğü ve ulusal dolaşım için benimsenen ücret rejimi¹⁸ bu eleştirileri giderecek etkinliğe sahiptir.

2210 Ayrıca, İŞ-TİM'in kendi altyapısını bir taraftan kuruyor olması, dolaşımın zorunluluk vasfını ortadan kaldırmamaktadır. Çünkü, İŞ-TİM imtiyaz sözleşmesinde, altyapısını belirli oranda gerçekleştirme konusunda taahhütte bulunmuştur. Bu taahhüdün gereklerinin yerine getirilmemesi halinde doğacak hukuki yükümlülüklerin yanı sıra, İŞ-TİM'e piyasada faaliyet gösterme hakkı tanıyan imtiyaz sözleşmesinin iptali halinde lisans ücreti ve yapılan yatırımlardan kaynaklanan yüksek batık maliyetler, iktisaden rasyonel olmasa bile İŞ-TİM'i yatırım yapmaya zorlamaktadır.

2220 Bunlara ilaveten ulusal dolaşım hizmeti sağlanmış olması halinde de İŞ-TİM'in yatırımlarına devam etmesi kendi çıkarına olacaktır. Çünkü, ulusal dolaşım ile yapılan görüşmelerden sağlanan gelir büyük oranda altyapı sahibi işletmeciye ait olacağından, kendi altyapısını süratle tamamlamak ve maliyetlerini rakipleriyle rekabet edebilecek düzeye indirmek zorundadır. Ancak, İŞ-TİM'in abone edinebilmesi için gerekli büyüklükte altyapıya hukuki, teknik ve ekonomik nedenlerle belirli bir zaman içerisinde ulaşabilmesi mümkün olmamaktadır. O halde, İŞ-TİM'in alternatif unsura ancak "gerekli olan zaman" içinde de sahip olabileceği, öncesinde sahip olmadığı ortadadır.

2230 Zorunlu unsurun kullanılma talebinin reddedilmesinin söz konusu olabilmesi için, unsurun benzerinin kurulmasının sadece giriş yapmak isteyen teşebbüs için değil aynı zamanda, diğer teşebbüsler içinde de zor olması gerekmektedir (objektiflik). Yukarıda yer verilen tespit ve değerlendirmelerin objektif olduğu, İŞ-TİM'in kendine has niteliklerine özgü subjektif varsayımlardan hareket etmediği, GSM hizmetleri piyasasında yer alan 4. aktör olan Aycell'in soruşturma döneminde pazar içindeki konumunun incelenmesiyle anlaşılmaktadır. Çünkü Aycell'in de bu dönemde yatırımlarına devam etmesine ve özellikle tarifelerinin daha ucuz olmasına rağmen, Türkiye genelini kapsayan GSM altyapısına sahip olmaması ve ulusal dolaşımdan yararlanmaması nedeniyle Turkcell ve Telsim kadar abone kazanamadığı görülmüştür.

2240 Yukarıda yer verilen tespit ve değerlendirmeler neticesinde, İŞ-TİM'in zorunlu unsur niteliğindeki GSM altyapı hizmetlerini GSM hizmetleri pazarında kullanabilmek için, Turkcell ve Telsim'in Türkiye genelini kapsayan GSM altyapısına alternatif kendi altyapısını kısa sürede kurmasının teknik, hukuki ve iktisadi engeller nedeniyle imkansız olduğu sonucuna varılmıştır.

H.2.4.3. Reddetme Eyleminin Varlığı ve Objektif Gerekçelerin Olmaması İlkesi

Bir imkan/tesis/altyapının zorunlu unsur olarak kabul edilmesinden sonra, zorunlu unsur doktrininin uygulanmasında hakim durumun kötüye kullanılması kapsamında rekabetin kısıtlandığının iddia edilebilmesi için bir reddetme eyleminin varlığı ve bu reddetme eyleminin haklı gerekçelere dayanmaması gerekmektedir.

¹⁸ Ulusal dolaşım hizmeti karşılığı alınacak ücretlerin, yatırım ve işletme maliyetlerini ve genel masraflardan ilgili payını, amortismanı ve makul ölçüde karı mümkün olduğu ölçüde yansıtması.

2250 Reddetme eylemi açıkça olabileceği gibi, bazı durumlarda unsurdan faydalandırmamak için rakiplere çok ağır şartlar ileri sürmek şeklinde de yapılabilmektedir. Reddetme eylemi olarak kabul edilen ağır şartların başında, yüksek fiyatlandırma, dayanaksız teknik kısıtların bulunduğunu ileri sürme ve mal ve hizmet sunmayı geciktirme uygulamaları gelmektedir.

H.2.4.3.1. Yüksek Fiyatlandırma

2260 Reddetme eylemi ile aynı şekilde değerlendirilecek hususların başında yüksek fiyatlandırma gelmektedir. Talep edilen unsurun fiyatı her iki taraf için de çok önemlidir. Fiyatın yüksek belirlenmesi piyasaya giriş yapacak firmaları zor durumda bırakacak hatta piyasa dışında tutabilecektir. Fiyatın düşük tespit edilmesi ise zorunlu unsur olarak kabul edilen unsura yatırım yapan teşebbüsün yatırım yapma güdüsünü yok edebilecek, aynı zamanda bu unsuru kullanması sağlanan teşebbüslerin hiçbir riske ve maliyete katlanmadan bu unsurdan faydalanmalarına yol açabilecek, dolayısıyla "bedavacılık" problemi gündeme gelebilecektir.

Soruşturma konusuyla ilgili olarak, taraflar arasındaki ticari görüşmelerde anlaşmazlık noktası en çok fiyat konusunda ortaya çıkmış, tarafların talep ettikleri fiyatlarla İŞ-TİM'in ödemeyi önerdiği fiyat arasında çok ciddi fark olduğu Telekomünikasyon Kurumu tarafından da tespit edilmiştir.

Telekomünikasyon Kurumu, taraflardan anlaşılıp anlaşamadıkları hususların bir tablo halinde bildirilmesini istemiş ve tabloların değerlendirilmesi sonucu taraflara gönderdiği 18.10.2001 tarih ve 14628-8442 sayılı yazısı ile de,

- 2270
- İŞ-TİM'in teklifinin fiyat dışında makul ve yerinde,
 - Turkcell ve Telsim'in tekliflerinin kabul edilemez

olduğunu bildirerek, tarafların tekliflerini ve kendisi tarafından belirlenen koşulları aşağıda tabloda belirtilen şekilde açıklamış ve buna göre anlaşma yapılmasını talep etmiştir:

Tablo 2: Ulusal Dolaşım ile ilgili tarafların teklifleri ve Telekomünikasyon Kurumunun belirlediği koşullar

	İŞ-TİM	Turkcell	Telsim	Telekomünikasyon Kurumu
Süre ay veya ay ay	... + ... ay
Konuşma süresi dk. dk. dk. dk.
Konuşma süresi şartı
Birim ücretcent/d k-Trk. dk.yı aşan ayrıca ücretlendirilecek cent/dk – konuşmacent/SMS cent/dk – Konuşma cent/SMS
Trafikten bağımsız aylık sabit ücret \$ \$
Ön ödeme \$ + Milyon \$
Toplam anlaşma bedeli \$-Trk. \$-Tls. \$-....ay \$-.... ay\$ + Milyon \$ ve SMS ücreti

2280

Tablo incelendiğinde, öngörülen sürelerin farklı olduğu anlaşılmış, fiyat karşılaştırması yapılabilmesi için Telekomünikasyon Kurumu tarafından öngörülen 32 aylık süre esas alınmıştır. Buna göre tarafların önerdikleri ve anılan Kurumun tespit ettiği fiyatlar aşağıda açıklanmıştır:

İŞ-TİM'in teklifi

..... dk x Dolar/dk = Dolar
 Ön ödeme (..... ay için Dolar) ... ay için = Dolar
 Toplam = Dolar
 Fiyat = Dolar/dk

Turkcell'in teklifi

Aylık sabit ücret (..... ay x Dolar = Dolar
 Toplam (..... aylık sabit ücret çıkarıldığında) = Dolar

2290

Telsim'in teklifi

..... dk x Dolar/dk =Dolar
 ay x ... milyon Dolar (aylık sabit ücret) = Dolar
 Toplam (..... aylık sabit ücret çıkarıldığında) =Dolar
 Dakika başına ücret =Dolar/dk

Telekomünikasyon Kurumunun Tespiti

..... dk x Dolar/dk =Dolar
 Ön ödeme ay için =Dolar
 Toplam = Dolar

03-40/432-186

Dakika başına ücret =Dolar/dk

2300 Görüldüğü üzere;

- İŞ-TİM'in dakika başına Dolar ve toplam Dolar teklifine karşılık;
- Turkcell toplam Dolar,
- Telsim dakika başına Dolar ve toplam Dolar,

teklif etmişler ve buna karşılık Telekomünikasyon Kurumu dakika başına Dolar ve toplam Doları "makul ve oranlı" fiyat olarak belirlemiştir.

Telekomünikasyon Kurumu tarafından öngörülen toplam bedel olan Dolara karşılık, Turkcell tarafından bu teklifin 5,6 katı, Telsim tarafından ise 13,2 katı talep edilmiştir.

2310 Telekomünikasyon Kurumu tarafından ulusal dolaşım hizmeti için tespit edilen koşullar aynı zamanda Avrupa'da düzenleyici kurumlar nezdinde yapılmış olan düzenlemelere paralellik taşımaktadır.

Diğer taraftan, Finlandiya'da ulusal dolaşım konusunda Türkiye'dekine çok benzer bir durum yaşanmıştır. Telia Finland, Finlandiya'da GSM hizmeti vermek isteyen bir teşebbüs olarak Sonera ve Radiolinja'dan ulusal dolaşım talep etmiş, ancak bu iki teşebbüsün çok yüksek fiyatlar isteyerek ulusal dolaşım anlaşması yapılmasına engel olmaları üzerine Telia, Finlandiya Rekabet Otoritesine başvurmuştur. Söz konusu başvuru üzerine Rekabet Otoritesi de Sonera ve Radiolinja'nın fiyatlarını çok yüksek bularak konuyla ilgili soruşturma başlatmış ancak bu sırada Radiolinja ile Telia arasında "hizmet sunucu" ("service provider") anlaşması imzalanması üzerine Rekabet Otoritesi, yapmakta olduğu incelemeyi durdurmuştur. Telia, Rekabet Otoritesince yapılan bazı değerlendirmelere iştirak etmeyerek kararı bir üst derece mahkemesi olan Rekabet Konseyine taşımıştır.

2320

Rekabet Konseyi, Otorite tarafından verilen kararın bazı kısımlarına katılmakla beraber Rekabet Otoritesinin pazardaki rekabet koşullarına verilen zarar saptanmadan soruşturmayı kapatması kararını hatalı bulmuş ve ihlalin pazar üzerindeki etkilerinin daha iyi araştırılması için dosyayı tekrar rekabet otoritesine göndermiştir.

2330

Türkiye'de ulusal dolaşım ile ilgili uyuşmazlık incelendiği zaman Finlandiya'daki durumun benzeri bir durumun söz konusu olduğu anlaşılmaktadır.

Önerilen rakamların her iki operatörün de şebeke içi tarifelerinin oldukça üzerinde olduğu ortadadır. Bu konuda, Telekomünikasyon Kurumunun görüşünde de yer verilen;

"12.10.2001 tarih ve 2001/332 sayılı Telekomünikasyon Kurulu kararıyla belirlenen temel konulara ait "Makul, Ekonomik Açıdan Oranlı ve Teknik Açıdan İmkân Dahilindeki Ulusal Roaming Hüküm Ve Şartları"nın 18.10.2001 tarihinde taraflara tebliğ edildiği, Telekomünikasyon Kurumunun sözleşmenin gerçekleştirilmesi için öngördüğü 15 Kasım 2001 tarihine kadar ulusal dolaşım anlaşmasının taraflarca akdedilmemiş olduğu, ulusal dolaşım anlaşmasının yapılmamasının, tüketicilerin mobil telefon hizmetini daha rahat ve ekonomik şartlarda almasını engelleme sonucunu doğuracak nitelikte olduğu ve İŞ-TİM'in

2340

bu yolla pazara girmesinin engellendiğini, ulusal dolaşım talep edilen tarafların 406 sayılı Kanunda öngörülen şartları haiz olduğu ve bu nedenle yükümlüsü oldukları ulusal dolaşım anlaşmasını gerçekleştirmekten kaçındıkları”

şeklindeki ifadeler de bu tespiti doğrulamaktadır.

2350 Tüm bu unsurlar göz önüne alındığında, gerek Turkcell'in gerekse de Telsim'in talep etmiş olduğu dolaşım hizmeti fiyatlarının, maliyetlerinin ve makul ölçüdeki karın çok üstünde olduğu tespit edilmiş ve bu nedenle rekabet hukuku kapsamında zorunlu unsur doktrininden hareketle İŞ-TİM'in ulusal dolaşım talebini reddetmiş oldukları sonucuna ulaşılmıştır.

H.2.4.3.2. Teknik Kısıtların Bulunduğunu İleri Sürme

Zorunlu unsura erişimin reddedilmesi eylemi, daha önce de ifade edildiği üzere doğrudan reddetme şeklinde olabileceği gibi, teknik bazı kısıtların bulunduğunu ileri sürmek yoluyla da olabilmektedir. Bir başka ifade ile reddetme eyleminin ancak ve ancak objektif gerekçelere dayanması halinde rekabet hukukuna göre sorumluluk ortadan kalkmaktadır.

2360 Soruşturma konusu olayda, taraflar ulusal dolaşım hizmetinin verilmesinin önünde bazı teknik engeller bulunduğunu iddia etmişlerdir. Tartışma yaratan konular özellikle “Şebekeler Arası Handover” ve “CAMEL Roaming” hizmetlerinin verilmesinin teknik olarak yapılmasının olanaklı olup olmadığı hususlarında yoğunlaşmıştır.

“Handover” işlemi, konuşma halindeki hareketli cep telefonlarının hizmet aldıkları baz istasyonlarını değiştirmeleri olarak tanımlanmaktadır. Handover fonksiyonu başlıca üç kısımda ele alınabilir.

1. Intracell (hücreler arası)
2. Intra BSC (BSC'ler arası)
3. Intra MSC (MSC'ler arası)

2370 Yukarıda sayılan handover fonksiyonları, mevcut GSM hizmetlerinin verilmesinde bütün şebekelerde halihazırda kullanılan yöntemlerdir. Ulusal dolaşım kapsamında ele alınması gereken handover türü, MSC'ler arasında, diğer bir deyişle farklı operatörlerin santralleri arasında yapılacak olan “handover”dir.

2380 Yerleşik operatörler, şebekeler arası handover işleminin oldukça maliyetli bir işlem olduğunu ve getireceği ek maliyetlerin tek bir işletmecinin altından kalkamayacağı kadar yüksek olduğunu ifade etmektedirler. Telekomünikasyon Kurumu ise gönderdiği görüş yazısında; işletmecilerin kullanacakları sistemlerde bazı küçük değişiklikler yapılmak suretiyle bu işlemin gerçekleştirilebileceğini, bunun için gereken yatırım tutarının Telekomünikasyon Kurumunca belirlenmiş olan ulusal dolaşıma ilişkin “Hüküm ve Şartlar”da öngörülen sabit ödemelerle kıyaslandığında çok düşük seviyelerde ve ihmal edilebilir nitelikte olduğunu belirtmiştir.

Tartışmalı bir diğer konu, CAMEL Roaming (Customized Applications for Mobile Network Enhanced Logic) hizmetidir. Bu dolaşım hizmeti türünde, abonenin kendi şebekesi tarafından sunulan hizmetlere, dolaşım hizmeti veren operatör üzerinden de ulaşılabilmesi sağlanmaktadır. Bu hizmet, özellikle önödeme

olarak ifade edilen abonelerin kontör bilgilerini, diğer şebekenin baz istasyonlarına gönderilmesine olanak tanımak suretiyle bu abonelerin de ulusal dolaşım hizmetinden yararlanabilmeleri açısından önemlidir.

2390 Turkcell ve Telsim ulusal dolaşım anlaşmasının CAMEL Roaming ve şebekeler arası handover fonksiyonlarını da içerecek biçimde akdedilmesinin şu an teknik olarak mümkün olmadığını ve bu hizmetlerin verilmesini sağlamak için yapılması gerekli yatırım tutarlarının çok yüksek olduğunu ifade etmektedir. Ancak, Telekomünikasyon Kurumunun görüş yazısında, CAMEL Roaming hizmetine ilişkin olarak, hizmetin handover'a göre daha maliyetli olduğu ancak bu ilave yatırım miktarının da sabit ödemelerle rahatlıkla karşılanabilecek düzeyde olduğu ifade edilmektedir.

2400 Ayrıca belirtilmelidir ki, CAMEL Roaming için yapılacak yatırımdan sadece ulusal dolaşım hizmeti satın alacak olan İŞTİM yararlanmayacaktır. Çünkü CAMEL Roaming özelliğinin Turkcell ve Telsim altyapısına kazandırılması, bu işletmecilerin abonelerinin de söz konusu özelliğın sağladığı ilave hizmetlerden faydalanmasını olanaklı kılacaktır. İŞ-TİM'in 5 yıl içinde ulusal dolaşım hizmetine olan ihtiyacı ortadan kalkacağından, yapılan CAMEL Roaming yatırımları Turkcell ve Telsim tarafından bu süreden sonra da kullanılabilir.

Yerleşik operatörler tarafından talep edilen fiyatların makul olmadığı ve ayrıca "handover" ve "CAMEL Roaming" hizmetlerinin verilmesinin teknik olarak mümkün olmadığı iddiasının, Telekomünikasyon Kurumunun değerlendirme ve tespitleri de dikkate alınarak objektif bir gerekçe oluşturmadığı, bu davranışların bir reddetme eylemi olduğu kanaatine varılmıştır.

H.2.4.3.3. Mal ve Hizmet Sunmayı Geciktirme - Zorunlu Unsurun Zaman Boyutu

2410 Reddetme eylemi değerlendirilirken dikkate alınması gereken hususlardan birisi de zaman konusudur. Bir unsurun zorunlu olarak nitelendirilip rakiplerin bu unsurdan faydalanması gerektiğine hükmetmek, bu faydalandırma işleminin zamanında yapılması şartıyla ancak rasyonel olabilecektir.

Zorunlu unsurun kullanılması, GSM hizmetleri piyasasında rekabeti sağlamaya hizmet ederken, GSM altyapı hizmetleri piyasasında rekabeti de kısıtlamamalıdır. Bunun için örneğin İtalya'da; ulusal dolaşımdan yararlanacak teşebbüse altyapısının %40'ını tamamladıktan sonra diğerinin altyapısından yararlanma hakkı verilmiş, diğerinin altyapısından yararlanmanın kendi altyapısını kurmasına engel olmaması için de yararlanma süresi 2 yıl olarak belirlenmiştir.

2420 Nitekim, şikayet konusu olayda da benzer şekilde, İŞ-TİM'in imtiyaz sözleşmesine konulan iki yıl sonunda %50 ve beş yıl sonunda %90 oranında kapsama alanına ulaşma zorunluluğu çerçevesinde, piyasaya yeni giren teşebbüslerin kendi altyapılarını da kurma zorunluluğunun getirilmesinde aynı amaçlar gözetilmiştir.

Ancak bu süre içinde İŞ-TİM'in ulusal dolaşım ihtiyacı devam edecektir. Takip eden dönemde ise İŞ-TİM'in kapsama alanının yerleşik işletmecilerin kapsama alanına yaklaşması oranında, yerleşiklerin altyapısına olan ihtiyacının şiddeti azalacaktır.

2430 Turkcell ve Telsim, "belirtilen sürede" altyapılarından İŞ-TİM'i faydalandırmayarak piyasaya girişini geciktirmişlerdir. Bunun sonucunda ise, daha sonra altyapılarından faydalandırmaları gerçekleşse veya İŞ-TİM kendi altyapısını tesis etse dahi, piyasaya etkin giriş yapamamasından yararlanarak Turkcell ve Telsim pazar paylarını artırmak suretiyle birlikte hakim durumlarını daha da güçlendirmiş ve rekabette daha da avantajlı konuma gelmiş olacaklardır.

Turkcell ve Telsim'in GSM 900 lisanslarını aynı tarihlerde aldıkları halde, Telsim'in yaklaşık 6 aylık bir gecikme ile piyasaya giriş yapabilmesi nedeniyle Turkcell'in halihazırda Telsim'in yaklaşık iki katı aboneye sahip olması, bu piyasaya geç girişlerin ne derece rekabet dezavantajları yarattığının da göstergesidir.

2440 Ayrıca, Turkcell'in genel merkezinde yapılan yerinde inceleme sırasında elde edilen belgede yer alan; "*Ulusal roaming: Eylül/Ekim'e ertelemek başarı. Bu da bizi tatmin etmeyecek. Yasanın UR ile ilgili maddelerine itiraz edebiliriz.*" ifadeleri teşebbüslerin amacının ulusal dolaşım anlaşmasını mümkün olduğunda erteleme niyet ve çabalarını açıkça ortaya koymaktadır.

2450 Ulusal dolaşım anlaşması yapılırken esas olan, fiyat ve diğer koşulların anlaşmayı yapacak taraflar arasında belirlenmesidir. Daha önce de açıklandığı üzere GSM piyasasında belli bir zaman dilimi için altyapıdan yararlanma, zorunlu unsur teşkil edebilmektedir. Bu durumda yararlanılabilecek teşebbüsün yüksek fiyat talep etmesi veya karşılanamaz koşullar ileri sürmesi halinde sorunun çözümü için mahkemelerin veya rekabet otoritelerinin devreye girmesi sonucu kaybedilecek zaman, zorunlu unsurdan yararlanmayı geciktirenin yararına çalışmakta ve sorun bilahare çözülsün bile bu çözümden beklenen yarar elde edilememektedir.

Sonuç olarak, İŞ-TİM'in talebine karşılık Turkcell ve Telsim'in objektif gerekçelere dayanmayan karşılanamayacak fiyat ve koşullar ileri sürerek, anlaşma yapmayı reddettikleri, İŞ-TİM için erişimin sağlanması açısından zorunluluk arz eden zaman dilimini aşmaya çalıştıkları tespit edilmiştir.

I - SAVUNMALAR VE HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I.1. Mahkemelerden Alınan Tedbir Kararları Karşısında Rekabet Kurulunun Karar Alma Yetkisi

2460 Telsim savunmalarında, Anayasanın 138. maddesi ve HUMK'un 113. maddesinin (A) bendi çerçevesinde mahkeme kararlarına ve tedbir kararlarına herkesin uyması gerektiğini, mahkeme kararları ile ulusal dolaşım anlaşmasının yapılması durdurulmuş iken Rekabet Kurulu veya başka bir kurulun ulusal dolaşım verilmesi emri içeren ve böylece mahkeme kararını etkisiz kılan bir idari işlem yapamayacağını, konuya ilişkin idari işlemin 406 sayılı Kanununun 10. maddesine göre yetkili makam tarafından alınmış bir karar olması nedeniyle başka hiçbir idari makamın bu konuda tekrar bir karar vermesinin söz konusu olamayacağını, Rekabet Kurulu'nun kendini mahkeme kararlarının üzerinde gördüğünü, bu tutumun hem Anayasanın 138. maddesinin hem de tedbir kararlarına uyulması ile ilgili olarak düzenlenen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 113. maddesinin (A) bendinin ihlali anlamına geldiğini, mahkeme kararının hangi kanuna

2470

dayandığının bir önemi olmadığını, bu durumda mahkeme kararlarını etkisiz kılabacak bir idari işlem tesis edilemeyeceğini, nitekim Rekabet Kurulu'nun şimdiye kadar ki kararlarının da bu yönde olduğunu (örneğin 04.07.2000 tarih ve 00-25/258-140 sayılı karar, 25.02.1999 tarih ve 1999/10 sayılı karar ve CINE5 kararı), dolayısıyla Heyetin bu konudaki görüşlerinin sadece Anayasanın 138. maddesi, HUMK 113/A maddesi ile değil, aynı zamanda Rekabet Kurulu'nun müstakar kararları ile de çeliştiğini, Telsim'in Anayasal bir hak olan dava hakkını kullandığı için suçlandığını iddia etmektedir.

2480 Benzer şekilde Turkcell de; ulusal dolaşım sözleşmesi imzalamasının önündeki en büyük engelin, Ankara 4. ve 22. Asliye Hukuk Mahkemelerince verilen ihtiyati tedbir kararları ve dolayısıyla Anayasanın 138. maddesinin son fıkrası ile, HUMK'un 113. maddesinin (A) bendi olduğu, yargı kararlarına uymanın, sadece Turkcell yönünden değil, gerek Telekomünikasyon Kurumu ve İŞ-TİM, gerekse Rekabet Kurumu yönünden de Anayasal bir zorunluluk olduğu için, Telekomünikasyon Kurumunun 14.3.2002 gün ve 4280-2279 sayılı işlemi tesis etmesinin dahi başlı başına bir ihlal niteliği taşıdığı, aynı nedenle, Rekabet Kurumu tarafından da ulusal dolaşım konusunda açılan soruşturmanın yürütülmesinin de hukuka aykırı olduğu iddiasında bulunmuştur.

2490 **Değerlendirme:** Konuya ilişkin değerlendirme kararın H.2.1.3. maddesinde yer almaktadır.

I.2. Genel Olarak Rekabet Kurumunun Telekomünikasyon Sektöründeki Yetkileri

2500 Telsim savunmalarında; telekomünikasyon sektörünün regülasyona tabi bir sektör olduğunu, bu sektörün 4502 sayılı Kanun çerçevesinde Telekomünikasyon Kurumu tarafından düzenlendiğini, bu nedenle 4054 sayılı Kanunun bu sektörde uygulanamayacağını, her iki kurumun aynı anda yetkili görülmesi halinde ilgili işletmeye tek bir fiili nedeniyle iki ayrı ceza uygulanmış olacağını, ancak bir işletmenin tek bir davranışı ile iki ayrı kanunu ihlal etmesi durumunda ceza hukukuna göre iki ayrı ceza uygulanmasının mümkün olmadığını, idari ceza hukuku konusunda da ceza hukukunun genel ilkelerinden yararlanılması gerektiğini, bu soruşturmada söz konusu olanın, tek bir kişiye, tek bir fiili nedeniyle, iki ayrı kurum tarafından, iki ayrı ceza uygulanması olduğu, bu son durumun ise idare hukuku ilkeleri ile bağdaşmadığını iddia etmektedir.

Değerlendirme: Konuya ilişkin değerlendirme kararın H.2.2.1. maddesinde yer almaktadır.

I.3. Rekabet Kurumunun Ulusal Dolaşım ile ilgili Yetkileri

2510 Telsim savunmalarında, 406 sayılı Kanunun 10. maddesinde "*Telekomünikasyon Kurumu ... roaming ile ilgili anlaşmaların telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesinde ve altyapının işletiminde serbest rekabeti engelleyici sonuçlara yol açmayacak tedbirleri alır*" ifadesinin yer alması nedeniyle telekomünikasyon sektöründe Rekabet Kurulu'nun soruşturma yapma yetkisi olmadığını, ayrıca ulusal dolaşım zorunluluğunun sadece hakim durumda olan işletmeye değil, Telekomünikasyon Kurumunun belirleyeceği tüm işletmelere verilmiş bir yükümlülük olması nedeniyle 4054 sayılı Kanunun 6. maddesinin hükmünü etkisiz kılan ve daha geniş bir düzenleme getiren bir hükmün söz konusu

2520 olduğunu, ancak eğer Soruşturma Heyetinin Telekomünikasyon Kurumu'nun kararının uygulanmasını sağlamaya çalışması söz konusu ise, bu kararın yürütülmesinin mahkeme kararıyla durdurulduğunu, dolayısıyla mahkemenin verdiği kararların Rekabet Kurulu tarafından kaldırılması söz konusu olamayacağından, Telekomünikasyon Kurulu kararlarının yürütülmesini sağlama ve uymayanlara yaptırım uygulama konusunda Rekabet Kurumunun yetkisinin bulunmadığını iddia etmektedir.

2530 Telsim savunmalarında ayrıca, 406 sayılı Kanun uyarınca soruşturma açılması kararının alınması öncesinde Telekomünikasyon Kurumunun görüşünün alındığına dair bir kayıt bulunmadığını, ayrıca yine soruşturma açılması kararından önce; Kurumun yapmış olduğu genel düzenleyici işlemlerin dikkate alınması gerektiğini ancak Telekomünikasyon Kurulu'nun yaptığı düzenleyici işlemlerin kanuna aykırı görülerek mahkeme kararı ile uygulanmasının durdurulduğunu, bu durumda Rekabet Kurulunun, Telekomünikasyon Kurumunun genel düzenleyici işlemi olmaksızın karar vermesinin mümkün olmadığını, bu nedenle doğrudan soruşturma açılması kararının anılan yasa hükmüne aykırı olduğunu iddia etmektedir.

2540 Aynı konuda Turkcell savunmalarında; GSM işletmeciliğinin 406 sayılı Kanun tarafından düzenlendiğini, 406 sayılı Kanunun 10. maddesiyle bu konuda yetkili kılınmış olan Telekomünikasyon Kurumu tarafından yapılan düzenlemelerin aynı açıdan incelenmesi yapılmadan 4054 sayılı Kanuna aykırılık yönünden denetim yapılamayacağını, yürütülecek soruşturmada öncelikle incelenmesi gereken konuların dahi Rekabet Kurulunun görev ve yetki alanı dışında kaldığını, GSM işletmecileri arasında ulusal dolaşım konusunda çıkan uyuşmazlıkların yargısal evresi tamamlanmadan Rekabet Kurulunun doğrudan soruşturma açmasının hukuksal dayanaktan yoksun olduğunu iddia etmektedir.

Değerlendirme: Rekabet Kurulu'nun 406 sayılı Kanunla özel olarak düzenlenmiş bir alan olan ulusal dolaşım konusunda soruşturma yapması hususu kararın H.2.2.2. maddesinde detaylı olarak incelenmiştir.

2550 Ayrıca, Rekabet Kurulunun soruşturma açmadan önce Telekomünikasyon Kurumu'ndan 17.1.2002 tarih ve 132 sayı ile talep ettiği görüş, 12.2.2002 tarih ve 736 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir. Ancak alınan bu görüşün soruşturma açıldığının bildirilmesi ile birlikte Telsim'e gönderilmesi zorunluluğunun bulunmadığı ortadadır. Çünkü, bu işlem soruşturma konusu iddiaların türü ve niteliği ile ilgili değildir. Buna rağmen, 4054 sayılı Kanun'a göre tarafların üç yazılı, bir sözlü olmak üzere dört kez savunma yapma hakları ve kendileri ile ilgili belgeleri talep etme hakları bulunmaktadır. Görüldüğü üzere, tarafların savunma hakları oldukça geniş olup, Telsim de bu haklarını kullanmıştır. Ayrıca söz konusu görüş, Soruşturma Raporu ile birlikte kendilerine gönderilmiştir.

1.4. Telekomünikasyon Sektöründe Hakim Durumu Belirleme Yetkisi

2560 Telsim savunmasında; telekomünikasyon sektöründe bir işletmecinin hakim durumda olduğunun belirlenmesi yetkisinin Telekomünikasyon Kurumuna ait olduğunu, Rekabet Kurulu'nun doğrudan soruşturma açılması kararı öncesi, böyle bir belirleme yapılıp yapılmadığının yetkili kuruma sorulması ve alınacak

cevaptan sonra karar verilmesinin gerekli olduğunu, bu nedenle aksine yapılan bu işlemin yasaya uygun olmadığını iddia etmiştir.

Değerlendirme: Telekomünikasyon Kurumu'nun hakim durumu belirleme yetkisi, 406 sayılı Kanun'un yine 10. maddesindeki "hat ve devre kiralari da dahil olmak üzere ücretlerin hesaplanma yöntemlerini ve üst sınırları" belirlenecek piyasa aktörlerinin tespit edilmesinde kullanılmakta olup, rekabet kurallari değil fiyat regülasyonu amaçlıdır. Ayrıca bu aktörlerin her zaman rekabet hukuku anlamındaki piyasalarda faaliyet göstermesi zorunluluğu da bulunmamaktadır. 2570 "Ex-ante" olarak regülasyon uygulanacak piyasalarla "ex-post" olarak rekabet ihlali tespiti yapılacak piyasalar birbirinden farklı analizlerle ortaya konmaktadır. Anılan soruşturma konusu olayda, ortaya çıkan rekabet ihlalinin değerlendirilmesi, dolayısıyla hakim durum analizi 406 sayılı Kanuna göre değil, 4054 sayılı Kanun çerçevesinde yapılmaktadır.

Ayrıca 406 sayılı Kanunun 10 maddesinin devamında; "...Telekomünikasyon Kurumu gerektiğinde 7.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde Rekabet Kurumuna başvurabilir" denilmektedir. Bu hükümler karşısında, (kararın H.2.2.1. maddesinde de açıklandığı üzere) Rekabet Kurulunun –hakim durum tespiti de dahil– görevlerini yapamayacağını iddia etmek mümkün bulunmamaktadır. Kaldı ki, soruşturma açılmadan önce alınan Telekomünikasyon Kurumunun yazısında yer alan "... şikayet konusu olayda, RKHK'nın 6(a) maddesi uyarınca GSM pazarına İŞ-TİM'in girmesini dolaylı olarak zorlaştıracak mahiyette hakim durumun kötüye kullanılmasının söz konusu olduğu düşünülmektedir" ifadesi de bu görüşü desteklemektedir. 2580

1.5. İlgili Pazar Tespitinin Doğru Olup Olmadığı

Turkcell'in savunmasında; "GSM altyapı işletmeciliği"nin serbest rekabet ilkelerinin geçerli olduğu bir pazar olarak mevcut olmadığı, çünkü GSM altyapısının; imtiyaz sözleşmelerinin bir gereği olarak verilecek hizmetin sunulması için kurulması zorunlu tutulan, bundan da öte her bir işletmecinin bizzat kurması gereken tesisler olduğu, nitekim GSM piyasasında faaliyette bulunan işletmecilerce imzalanan imtiyaz sözleşmelerinde, işletmecileri sözleşmenin yürürlük tarihinden itibaren iki yıl içinde Türkiye nüfusunun en az %50'sini ve sözleşmenin yürürlük tarihinden itibaren beş yıl içinde ise en az %90'ını kapsama alanı içine alma yükümlülüğü getirildiği, GSM altyapısının bizzat işletmeciler tarafından kurularak işletilmesinin hukuksal bir zorunluluk oluşunun, serbest rekabet ilkelerinin geçerli olduğu bir "GSM altyapı işletmeciliği pazarı"nın oluşumunu da imkansız kıldığı, her bir işletmecinin kendi sisteminin işlemesi için gereken GSM altyapısını bizzat kurmakla yükümlü olduğu için, esasen ne Turkcell ve ne de bir başka GSM işletmecisinin, GSM altyapısının "arz, üretim ve dağıtım miktarı"na ya da "fiyatı" belirleme olanağının mevcut olmadığı ifade edilerek, böyle bir pazar mevcut olmadığına göre o pazarda hakim durumdan da bahsedilemeyeceği iddia edilmektedir. 2590 2600

Değerlendirme: GSM hizmetleri pazarında faaliyet göstermek isteyen bir teşebbüsün ya kendi GSM altyapısının olması ya da başkasının altyapısından faydalanması veya her ikisinin birlikte olması gerekmektedir. 406 sayılı Kanun GSM işletmecilerinin bedel mukabilinde altyapılarını kullandırmalarını, yani ulusal dolaşım anlaşması yapmalarını öngörmektedir. Bu da ticarete konu olan bir

2610 altyapı pazarının varlığını ortaya koymaktadır. Savunmada ifade edilen ihale şartnamesi taslağında ulusal dolaşım yapılmasına dair kısıtlayıcı hüküm, böyle bir pazarın oluşmadığına dair değil, ancak bu pazarda rekabeti kısıtlamaya yönelik taslak olarak değerlendirilebilir. Nitekim, söz konusu hükmün rekabeti kısıtlaması açısından Kanuna aykırı olacağı düşüncesiyle Danıştay tarafından sözleşme metnine konulması uygun görülmemiştir. Bu bakımından yapılan savunmanın haklı bir yönü bulunmamaktadır.

I.6. Birlikte Hakim Durum Tespitinin Doğru Olup Olmadığı

2620 Telsim savunmasında; AB Erişim Tebliğinin 78. paragrafına atıf yaparak iki işletmenin birlikte hakim durumda olduklarını söyleyebilmek için rekabet halinde olmamaları gerektiğini, Turkcell ile Telsim'in kuruldukları günden bugüne kadar kıyasıya bir rekabet içinde bulduklarını, bu durumda Tebliğin 79. paragrafında yer alan açıklama karşısında, birlikte hakimliğin gerçekleşmediğini, Turkcell ile Telsim'in müşterileri ve rakipleri gözünde aynı olduğunu ifade eden yaklaşımın doğru olmadığını, zira hiçbir müşteri yada rakibin hatta Türkiye'de yaşayan herhangi bir kişinin, Telsim ile Turkcell'i aynı olarak algılamasının mümkün olmadığını, kendilerinin ulusal dolaşım talep eden şirketten bağımsız hareket etmesinin mümkün olmadığını, çünkü aynı altyapı hizmetlerini talep eden iki ayrı müşteri bulunduğunu, bu işletmecilerin kendilerinden hizmet temin edemediklerinde Turkcell'den temin edebileceklerini, ayrıca 4054 sayılı Kanunun 3. maddesindeki tanım çerçevesinde regüle edilmiş piyasaların hiç birisinde hiçbir firmanın "fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü"ne sahip olmadığını, tüm bu ekonomik parametreleri tespit etme yetkisinin regülasyon kurullarına verildiğini, soruşturma konusu olayda da regülasyon kurulu olarak Telekomünikasyon Kurumu'nun ulusal dolaşım sağlama koşullarını 406 sayılı Kanun'un 10. maddesi çerçevesinde tespit edeceğini ve herkesin buna uymakla yükümlü olduğunu, bu nedenle ulusal dolaşım alt yapısı pazarında, 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesi anlamında, "fiyat arz, üretim ve dağıtım miktarını" kendisinin belirleyemediğini, aksine Telekomünikasyon Kurumu tarafından belirlendiği için de, hakim durumda kabul edilemeyeceğini, düzenlenmiş bir pazarın söz konusu olduğu bir durumda düzenlemeye tabi olan firmaların davranışlarının 4054 sayılı Kanun'un 3. ve 6. maddeleri anlamında hakim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilemeyeceğini, dolayısıyla bu şekilde özel olarak düzenlenen konularda 4054 sayılı Kanun'un uygulanamayacağını iddia etmektedir.

Değerlendirme: Telsim'in, Turkcell ve diğer teşebbüsler ile rekabet halinde olduğu pazar GSM hizmetleri pazarıyla ilgilidir. Ancak bu pazarda Telsim'in hakim durumda olduğu iddia edilmemektedir. Rekabetin ihlal edildiği pazar ise "GSM telekomünikasyon altyapı hizmetleri pazarı"dır.

I.7. Zorunlu Unsura Erişimin Birlikte Reddedilmesi

2650 Telsim savunmasında; ulusal dolaşım anlaşmalarını Turkcell ile birlikte reddetmeleri iddiasının hiçbir ciddi tarafının bulunmadığını, "birlikte red" anlamına gelecek ve bu iddiayı ispat edecek bir delil olmadığını beyan etmiştir.

Turkcell ise savunmasında; kendilerinin Telsim'in ulusal dolaşım konusundaki karar ve faaliyetlerinden herkes gibi basın aracılığıyla bilgi sahibi olduğunu, Turkcell ile Telsim'in ulusal dolaşım konusunda birlikte hareket ettiğini gösteren

hiçbir somut delilin mevcut olmadığını, bu nedenle Telsim ile birlikte hareket ettikleri iddiasını kabul etmediklerini belirtmiştir.

Değerlendirme: 4054 sayılı Kanunun 6. maddesi bir veya birden fazla teşebbüsünhakim durumu “tek başına” yahut “başkaları ile yapacağı anlaşmalar” ya da “birlikte davranışlar” ile kötüye kullanmasını düzenlemektedir.

2660 Turkcell ve Telsim arasında bir anlaşma yapıldığı ve uyumlu eylemde bulunduğu iddia edilmemektedir. (Kararın H.2.4. maddesinde de açıklandığı üzere) Her birinin bağımsız olarak anlaşma yapmayı reddetmeleri de aynı yönde davranış -birlikte davranış- olarak nitelendirilmiştir. Bu çerçevede, birlikte hakim durumun ortaya konulması için pazar koşulları, teşebbüslerin stratejik davranışları incelenmiş, “ortak irade ve zımni işbirliği”nin olduğu tespit edilmiştir.

2670 Ayrıca, AB Erişim Tebliği'nin 69. maddesine göre; gerekli bir altyapıya erişimin kontrolünü elinde bulunduran bir şirketin 82. madde kapsamında hakim durumda bulunduğu kabul edilmekte, 78. madde çerçevesinde ise iki ya da daha fazla şirketin birlikte hakimiyetinin söz konusu olması için, müşterilerinin ve rakiplerinin karşısında birlikteyken sahip oldukları konumun, tek bir şirketin hakim durumdayken sahip olduğu konumla aynı olması gerekmektedir. Telekomünikasyon sektörünün özel alanı içerisinde, birlikte hakimiyet aynı coğrafi pazarda çalışan iki telekomünikasyon altyapı operatörü tarafından oluşturulabilir. Sonuç olarak, ilgili piyasanın duopolistik yapısı, aynı coğrafi alanı kapsayan iki operatör olmaları ve “rakibi piyasaya sokmama” şeklindeki ortak iradenin neden olduğu zımni koordinasyon yoluyla, tarafların birlikte hakim durumlarını İŞ-TİM'i piyasaya sokmama amacı çerçevesinde ulusal dolaşım anlaşması yapmayı birlikte reddetmeleri suretiyle kötüye kullandıkları kabul edilmiştir.

1.8. Unsurun Zorunlu Olması ve Alternatifinin Kurulmasının Rasyonel Olmaması

2680 Telsim savunmalarında, ulusal dolaşımın şikayetçi açısından zorunlu olmadığını, İŞ-TİM ve Aycell için ulusal bazda dolaşım sağlamak için gerekli olan yatırımın ciddi bir rakam olmadığını, ulusal dolaşımın iki işletmeciden de temin edilememesi durumunda birisi (İŞ-TİM) dünyanın en büyük GSM operatörlerinden biri ile Türkiye'nin en büyük bankalarından birinin ortaklığı olması nedeniyle; diğeri (Aycell) ise Türkiye'nin en büyük telekomünikasyon şirketi olması nedeniyle bu yatırımları kolayca kendilerinin yapabileceklerini, Aycell'in kendi yapmayı tercih ettiği altyapının İŞ-TİM için zorunlu unsur sayılamayacağını, iki yıllık ulusal dolaşım yapmanın alternatifinin beş yıl içinde yapmak zorunda olduğu yatırımları bir iki yıl öne almak olduğunu, kendilerinin ve Aycell'in bu yolu tercih ettiğini, bu şekilde imkan dahilinde alternatifi olan bir unsurun rekabet hukuku anlamında zorunlu unsur olarak kabul edilemeyeceğini, İŞ-TİM'in kendi beyanlarına göre Türkiye'nin %70'ini kapsama alanına aldığını, geriye kalan %30'un kapsama alanına alınması için mevcut altyapı tesislerinin zorunlu unsur olarak kabul edilemeyeceğini, zorunlu unsurun, belirli bir işin yapılabilmesi için kaçınılmaz olan, aksi halde işin yapılmasını önleyecek olan unsur olması nedeniyle işin %70'i bu unsur olmadan yapılabilirse, bu unsurun o işin yapılması için zorunlu olduğunun ileri sürülemeyeceğini, kendilerinin kuruldukları yıldan itibaren üçüncü yılın sonunda Türkiye'nin %95'ini kapsama alanına aldıklarını, bunu Turkcell'in altyapısını kullanmadan tamamen kendi kaynakları ile yaptıklarını, bunu rekabet

2700 baskısı ile yaptıklarını, rakiplerin zaten piyasaya girdiklerini, ulusal dolaşım hizmetinin piyasada faaliyet göstermek için tek unsur olmadığını, alternatifin gerekli yatırımları yapmak olduğunu, gerekli yatırımların yapılmasının yeni girenler için giriş engeli olarak kabul edilemeyeceğini ve yeni GSM operatörü piyasaya girdikten sonra yerleşik operatörlerin pazar paylarının düştüğünü, abone kazanımlarının ulusal dolaşım olmadan sağlandığını iddia etmektedir.

Değerlendirme: Pazara yeni giren iki operatörün altyapı yatırımlarını yapabilecekleri doğrudur. Ancak H.2.4. maddesinde de açıklandığı üzere, abone kaydı ve nakit girişi olmadan finansal kaynak temininin çok güç olması, finansal kaynak bulunsa bile teknik ve hukuki engellerin söz konusu olması altyapı yatırımlarının hızlandırılmasını mümkün kılmamaktadır. Zira, aynı Turkcell ve Telsim gibi İŞ-TIM ve Aycell'e de 5 yıllık bir zaman tanınmıştır. Bu nedenle sorun, piyasadaki rekabetin, iki yeni operatörün altyapılarını tamamlayıncaya kadar ertelenmesi ve ancak bu süre sonunda "şebeke dışsallıkları" ile büyük şebekelerin avantajları sayesinde yerleşik operatörlerin piyasadaki durumlarını daha da sağlamlaştırmış olmaları nedeniyle yeni operatörlerin rekabet gücünün azalmasından kaynaklanmaktadır.

2720 Sektörün özelliği nedeniyle tüm Türkiye'nin kapsama alanına dahil edilmemesi halinde abone kazanmak zorlaşmaktadır. İŞ-TIM veya Aycell'in çok düşük fiyatlarına rağmen abone sayısını arttıramamaları bu iddiaları doğrulamaktadır. İddia edilen abone sayılarının büyük bir oranının operatörlerinin faaliyetlerini başlattıkları anda promosyon amaçlı dağıtılan abonelikler olduğu, çoğunun daha sonradan kullanılmadığı da dikkate alınmalıdır. Burada rekabet hukukunun gözettiği, pazara yeni girenlerin altyapıdan "bir süre için" yararlandırılması suretiyle fiyat, kalite ve hizmet çeşitliliği gibi konularda rekabeti sağlamaktır. Aksi halde, bu konulardaki rekabet yeni operatörlerin kapsama alanlarını mevcut iki operatör seviyesine getirinceye kadar gecikecektir.

2730 Ayrıca, Aycell'in kendi altyapısını kurmayı tercih etmesinin zorunlu unsuru ortadan kaldırdığı iddiası, ancak Aycell'in kapsama alanının bu iki yıl içinde tüm Türkiye'yi kapsama altına almış olması halinde geçerli olabilir. Ancak kurulan baz istasyonları ve kapsama alanı büyüklükleri karşılaştırıldığında, iki operatörün de kapsama alanının birbirine çok yakın olduğu görülmüştür. Bu nedenle, söz konusu iddiayı kabul etmek mümkün görünmemektedir.

Telsim'in rakibi Turkcell'den ulusal dolaşım talep etmeyerek kendi altyapısını gerçekleştirdiği hususu açısından, Telsim Turkcell'den birkaç ay sonra piyasaya girdiği için iki operatörün aynı süreçte altyapılarını gerçekleştirmeleri için tabiatı gereğidir.

2740 İŞ-TIM, ulusal dolaşım anlaşması yapmış olsa dahi, dolaşım üzerinden sağlayacağı bedeli altyapı sahibi kuruluşa intikal ettirerek bu görüşmelerden gelir sağlamayacağı için gene de altyapısını süratle tamamlamak zorundadır. Ancak İŞ-TIM'in altyapısını Turkcell veya Telsim seviyesine getirinceye kadar fiyat, ürün çeşitliliği ve hizmet kalitesi gibi konularda rekabet edebilmesi için rakiplerinin altyapısından yararlanması gerekmektedir. Daha düşük tarifeler uygulamalarına rağmen sonradan giren iki operatörün müşteri elde edememeleri bu kanaati doğrulamaktadır.

I.9. Ekonomik Zorluklar - Maliyetlerin Giriş Engeli Oluşturması

2750 Telsim savunmasında; mevcut iki GSM işletmecisinin bir ihale sonucu belirlendiğini, Vodafone ve benzeri diğer büyük işletmecilerin 500 Milyon ABD Doları bedeli ekonomik olmadığı gerekçesiyle kabul etmediklerini, o dönemde GSM pazarının büyüklüğünün 1.5 milyon aboneyi aşmayacağı yönünde danışman raporlarının bulunduğunu, İŞ-TİM'in 3. GSM lisansı için vermeyi kabul ettiği bedelin en yakın teklifi verenin 1.175 milyon Dolar üzerinde olduğunu, İŞ-TİM konsorsiyumunun böylece sadece 5. işletmecinin girişini engellemekle kalmayıp, aynı zamanda Türk Telekom'un kuracağı GSM şebekesini de zora soktuğunu, Soruşturma Heyeti'nin görüşlerinden ise, İŞ-TİM konsorsiyumunun Türkiye'nin en büyük bankalarından biri olan İş Bankası ve dünyanın sayılı işletmecilerinden biri olan TİM'in bir iş planı yapmadan ihaleye katıldığını ve tüm kaynaklarını sadece ihaleyi almak için kullandıklarını, dolayısıyla da "rekabet edebilmeleri için ellerinde yeterli kaynak kalmamasına dahi sebep olabileceği" gibi bir anlam çıktığını, diğer taraftan; 2886 sayılı Devlet İhale Kanuna göre, 2760 çıkarılan ihalenin ekinde yer alan GSM 1800 İmtiyaz Sözleşmesi Taslağının 33. maddesinde; "Şu kadar ki, işbu Sözleşmenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl süre ile nüfusu 10.000'den yukarı olan yerleşim birimlerinde roaming yapılamaz" hükmünün açıkça ulusal dolaşımı yasaklamasına rağmen, aynı yasanın; Şartname ve eklerinde değişiklik halinde 19. madde hükmü olan "İlan yapıldıktan sonra şartname ve eklerinde değişiklik yapılamaz. Değişiklik yapılması zorunlu olursa, bunu gerektiren sebep ve zorunluluklar bir tutanakla tespit edilerek önceki ilanlar geçersiz sayılır ve iş yeniden aynı şekilde ilan olunur." ifadesine uygun olmadığını, 20. maddeye göre de 17 ve 18. maddelerdeki hükümlere uygun olmayan ilanların geçersiz olduğunu, bu durumda 2770 ilan yenilenmedikçe ihale yapılamayacağını, ilanların geçersizliği ihale yapıldıktan sonra anlaşılırsa, ihale veya sözleşmenin feshedileceğini, ancak bu sayılan hükümlere aykırı olarak, ihale ve ihalenin bedeli açısından oldukça hayati önem taşıyan bu koşulun zeyilname düzenlenmeksizin değiştirilerek İŞ-TİM'e ek bir avantaj sağlandığını, bu değişikliğin ardından, yine 2886 sayılı Kanun'a aykırı olarak, zeyilname düzenlenmeden yapılan bu değişiklikten dolayı, ihalenin veya sözleşmenin feshini emreden hükümlere aykırı davranıldığını ve kanunun gereklerinin yerine getirilmediğini, sonuç olarak İŞ-TİM'in ulusal dolaşım hizmetleri ile ilgili hükümlerin mağduru olmayıp, yegane fırsatçısı ve menfaat sağlayıcısı olduğunu, ayrıca GSM pazarında maliyetle ilgili hususların giriş engeli 2780 oluşturmadığını, asıl giriş engelinin bu pazara girişlerin imtiyaz sözleşmesine bağlanmış olması olduğunu iddia etmektedir.

Değerlendirme: Aksi ispatlanıncaya dek yapılan kapalı zarf usulü ihalenin, lisansın gerçek değerini yansıttığı kabul edilmekte ve ihalenin hukuka aykırı olduğuna dair herhangi bir hukuki karar bulunmamaktadır. Ayrıca Rekabet Kurulu tarafından yürütülen soruşturmanın konusu GSM 1800 ihale süreci ile ilgili olmadığından, bu hususa ilişkin savunmaları kabul etmek mümkün değildir.

I.10. İŞ-TİM Tarafından Turkcell'den Ulusal Dolaşım Talep Edilmediği

2790 Turkcell'in savunmasında; 406 sayılı Kanun uyarınca ulusal dolaşım zorunluluğunun oluşması için öncelikle bir talep ve bu talebin de makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkan dahilinde olması gerektiği, İŞ-TİM'in kendisine ulusal dolaşım hizmeti sağlanmasını istediğinin şirketlerince bilindiği, fakat teknik ve mali açıdan karmaşık bir konuda sadece bilgi sahibi olmanın

yeterli olmadığı, ne İŞ-TİM ne de başka bir GSM işleticisi firma tarafından şirketlerine 406 sayılı Kanun ve "Ulusal Dolaşım Anlaşması Yapılması ile ilgili Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin" 8. maddesinde varlığı zorunlu tutulan koşulları içeren bir talep iletilmediği, Telekomünikasyon Kurumunun 14.3.2002 tarih ve 4280-2279 sayılı yazısında da İŞ-TİM'in talebinin fiyat haricinde makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkan dahilinde olduğunun ifade edildiği, dolayısıyla dolaşım talebinin bizzat Telekomünikasyon Kurumu tarafından 406 sayılı Kanununun 10. maddesinde öngörülen koşulları taşımadığının ikrar edildiği, bugüne kadar işin teknik ve finansal gerekliliklere, hukuki ve ticari teamüllere uygun bir suretle bir ulusal dolaşım talebinde bulunulmadığı için, Turkcell'in ulusal dolaşım yükümlüsü olarak kabul edilmesinin ve ulusal dolaşım sağlamamasının 4054 sayılı Kanununun 6. maddesini ihlal eden bir davranış olarak nitelendirilmesinin de hukuka aykırı olduğu iddia edilmektedir.

2800

Değerlendirme: İŞ-TİM'in teklifinin aynen Telekomünikasyon Kurumu tarafından kabul edilmemesinin talepte bulunulmadığı anlamına geldiğini kabul etmek olanaklı bulunmamaktadır.

Kararın H.2.1.2. maddesinde de açıklandığı üzere;

2810

- Kasım 2000-Mart 2001 döneminde taraflar arası yapılan görüşmelerden sonuç alınamaması üzerine,

- Telekomünikasyon Kurumu, ulusal dolaşım hizmeti talep eden İŞ-TİM ile bu hizmeti sunması talep edilen Turkcell ve Telsim firmaları arasında mezkur konu hakkında anlaşmazlık halinin sabit olduğunu, taraflar arasında ulusal dolaşım anlaşmasının belirledikleri süre (verilebilecek ek süreler hariç) 4 hafta içinde yapılmasını, aksi halde Telekomünikasyon Kurumu tarafından belirlenen şartlar çerçevesinde anlaşma yapılmasının isteneceğini taraflara 7.5.2001 tarihli yazısında bildirmiş,

2820

- Taraflar arası anlaşmazlık halinin devamı neticesinde Telekomünikasyon Kurumu, 406 sayılı Kanununun 10. maddesine ve 4.5.2001 tarihli "Ulusal Dolaşım ile İlgili Anlaşmazlıklarda Uygulanacak Uzlaştırma İşlemine İlişkin Usul ve Esaslar"ın 8. maddesine istinaden 12.10.2001 tarih ve 2001/332 sayılı Telekomünikasyon Kurulu kararıyla belirlenen temel konulara ait makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkan dahilindeki ulusal dolaşım hüküm ve koşullarını 18.10.2001 tarihinde taraflara bildirerek, anlaşmanın en geç 15.11.2001 tarihine kadar imzalanmasını istemiş,

- İŞ-TİM 24.10.2001 tarihli yazısı ile Telekomünikasyon Kurumunun belirlediği şartları kabul ettiğini ve bu çerçevede bir ulusal dolaşım sözleşmesi imzalamaya hazır olduğunu bildirmiştir.

2830

Bu duruma göre İŞ-TİM'in Turkcell'den ulusal dolaşım talep etmediğini kabul etmek mümkün değildir.

I.11. Reddetme Eylemi – Yüksek Fiyat Talep Etme

Telsim savunmasında; İŞ-TİM'in kendilerinin mevcut altyapı hizmetlerinden yararlanarak gelir elde etmek istediğini, bu tesisleri adeta bedava olarak kullanmak istediklerini, anlaşmazlığın bu husustan kaynaklandığını ve tamamen ticari olduğunu, ulusal dolaşım için kendileri tarafından belirlenen ücretin;

2840 yapılacak yatırım bedelleri, hizmetten dolayı oluşacak altyapı ve işletme giderleri, finans tedarikinde karşılaşılabilecek ciddi riskler ile büyük maliyet artışları, olası ulusal dolaşım ortamında, kendi vereceği bu hizmetten dolayı karşılaşılabileceği doğrudan gelir kayıpları ve kısa/orta dönemde artacak pazarlama ve satış maliyetlerinin, günün koşulları da göz önüne alınarak hazırlandığını ve tekliflerinin böylesine büyük ölçekli bir hizmet sunumunda makul fiyat olduğunu, ancak Rekabet Kurulu'nun bu ücreti makul bulmadığını iddia ederken makulün ne olması gerektiğini ifade etmediğini iddia etmektedir.

2850 **Değerlendirme:** Soruşturma çerçevesinde, Turkcell ve Telsim tarafından ulusal dolaşım için talep edilen miktarın, anlaşma yapmayı reddetme anlamına gelecek kadar yüksek olduğu tespit edilmiştir. Ayrıca, makul fiyatın ne olması gerektiği ihlal sonrasında rekabetin tesisi için söz konusudur. Rekabet Otoriteleri bu konularda varsa düzenleyici kurumlardan, düzenleyici kurumların bulunmadığı durumlarda da danışmanlık şirketlerinden faydalanmaktadır. Bu çerçevede, Rekabet Kurumu ile Telekomünikasyon Kurumu arasındaki "Protokol" buna imkan tanımakta, ayrıca 406 sayılı Kanunun 10. maddesi Telekomünikasyon Kurumu'na ulusal dolaşım ile ilgili "ex-ante" müdahale yetkisi vermektedir. Bu yetki, makul fiyatın ve ücretin hesaplama yönteminin ne olması gerektiğini kapsamaktadır.

2860 Ulusal dolaşım konusunda Telekomünikasyon Kurumu'nun hakemliği talep edilmeden önce, Telsim ile İŞ-TİM arasındaki görüşmeler sonucu; İŞ-TİM'in (fiyatlandırmanın maliyet esaslı ve ön ödemenin ABD Dolar, dakika başına ücretin de cent olması çerçevesinde) ABD Dolarlık önerisine karşılık, Telsim'in ABD Doları talep ettiği anlaşılmıştır.

Daha sonra İŞ-TİM'in talebi üzerine, 406 sayılı Kanun'la verilen yetki çerçevesinde Telekomünikasyon Kurumunun anlaşma sağlamaya çalıştığı, başarı sağlayamayınca anlaşma şartlarını belirleme yoluna gittiği ve bunu yaparken tespit ettiği hususların (örneğin yapılacak ödemenin İŞ-TİM'in piyasa dışına itilmeyeceği makul bir bedel olması, İŞ-TİM'in oluşturduğu ulusal dolaşım teklifi nedeniyle kar etmemesi, gelirin hizmet veren işletmeciye aktarılması gibi) rekabet hukuku prensiplerine uygun olduğu görülmüştür.

2870 Sonuçta, bu prensipler dahilinde Telekomünikasyon Kurumu, dakika ücretinin cent olmasını öngörerek toplamda ABD Dolarlık bir fiyatta anlaşma yapılmasını uygun görmüş, bunu İŞ-TİM de kabul etmiştir.

Bu nedenlerle İŞ-TİM'in Telsim'e ait tesisleri bedava kullanmak istediği savunmasını kabul etmek mümkün görülmemektedir. Aksine Telsim'in önerisinin kabul edilemeyecek düzeyde yüksek olduğu ortadadır. Telsim ve Turkcell tarafından talep edilen bedelin caydırıcı derecede yüksek olduğunun tespiti, ihlalin tespiti için yeterlidir.

I.12. Reddetme Eyleminin Varlığı ve Objektif Gerekçelerin Olmaması

2880 Telsim savunmalarında; Telekomünikasyon Kurumunun belirlediği şartlar çerçevesinde ulusal dolaşım anlaşması yapmaktan imtina ettiği tespitinin doğru olmadığını, kendilerinin gerek İŞ-TİM ve gerekse Aycell ile ulusal dolaşım anlaşması yapılabilmesi için gerekli tüm atılımlarda bulunduğunu, ancak Telekomünikasyon Kurumunun 14.3.2002 tarih ve 4279-2278 sayılı yazısında da

2890 açıkça belirtildiği gibi İŞ-TİM'in ulusal dolaşım hizmetleri karşılığı teklif ettiği fiyatın makul bulunmadığını, İŞ-TİM'in bu iddiası nedeniyle yeni fiyat teklifinde bulunacağı yerde, uzlaşmaz tavrını devam ettirerek konuyu Telekomünikasyon Kurumuna intikal ettirdiğini ve kendileri ile Şirketimizin anlaşamadığını bildirdiğini, 4502 sayılı Kanunun verdiği görevi yaptığını iddia eden Telekomünikasyon Kurumu'nun bu konuda bazı düzenlemeler yaptığını ve bu düzenlemeler ışığında tarafları 15.11.2001 tarihinde sözleşme imzalamaya davet ettiğini, ancak, Telekomünikasyon Kurumunun yapmış bulunduğu düzenlemelerin Türk Mahkemelerince yasalara uygun bulunmadığını ve bu düzenlemelerin uygulamalarının durdurulması için ihtiyati tedbir kararı verildiğini, dolayısıyla mahkeme kararına karşın Şirketimizin belirlenen şartları uygulamasının ve sözleşme imzalamasının söz konusu olamayacağını, bu itibarla mahkeme kararına uygun davranmak sözleşme yapmaktan imtina etmek anlamını taşımayacağını belirtmiştir.

Değerlendirme: Telsim'in bu konudaki savunması iki bölümden oluşmaktadır. Birincisi, ulusal dolaşım sözleşmesi yapmaktan kaçınmadığı, ikincisi ise mahkeme kararları sonucuna uygun davrandığı hususlarıdır.

2900 Bu noktada H.2.1. ve H.2.2. maddelerinde de açıklandığı üzere, öncelikle telekomünikasyon mevzuatında öngörülen ulusal dolaşım yapma zorunluluğu ile 4054 sayılı Kanun uyarınca ulusal dolaşım yapma zorunluluğu arasında fark bulunduğunu ifade etmek gerekmektedir. 406 sayılı Kanunun öngördüğü zorunluluk pazarda faaliyet gösteren altyapıya sahip tüm GSM operatörleri içindir. 4054 sayılı Kanuna göre ise, ancak piyasadaki rekabet için zorunlu olması halinde hakim durumda olan teşebbüslerin yerine getirmesi gereken bir yükümlülüktür.

2910 İŞ-TİM'in 27.10.2000 tarihinde lisans sözleşmesi imzalaması ve iki yılda %50, beş yılda da %90 kapsama alanı tesis edeceğini taahhüt etmesi nedeniyle, piyasada rekabet edebilmesi için 27.10.2000 tarihinden itibaren birkaç yıllık bir süre (imtiyaz sözleşmesindeki kapsama alanı yükümlülükleri gereğince en fazla 2005 yılı sonuna kadar) ulusal dolaşımdan yararlanması gerekmektedir.

Daha önce de açıklandığı üzere:

- Kasım 2000 – Mart 2001 tarihleri arasında yapılan müzakerelerde anlaşmaya varılmadığı,
- Telekomünikasyon Kurumunun belirlediği hüküm ve şartlar dahilinde 15.11.2001 tarihine kadar anlaşma yapılması talimatına, İŞ-TİM'in kabul ettiğini belirtmesine rağmen Telsim ve Turkcell'in uymadığı, bu konuya ilişkin Telekomünikasyon Kurumunun 18.10.2001 tarih ve 1468-8442 sayılı yazısında Turkcell ve Telsim'in teklifinin fiyat açısından kabul edilemez olduğunun tespit edildiği ve bu nedenle anlaşma hüküm ve şartlarının kendileri tarafından belirlendiğinin açıklandığı,
- Konunun yargıya intikal ettiği, yargı aşamasında da Telekomünikasyon Kurumunun vaki taleplerinin yerine getirilmediği,
- Özetle (İŞ-TİM'in en fazla ihtiyaç duyduğu) Aralık 2002 tarihine kadar ulusal dolaşım sözleşmesi yapılmadığı

anlaşılmasıdır. Rekabet hukukuna göre, anlaşmayı doğrudan reddetmek de, aşırı şartlar ileri sürerek anlaşma yapılmamasını sağlamak da "reddetme" sayılmaktadır.

2930 Mahkeme kararlarına uygun olarak sözleşme yapılmadığı savunması, 406 sayılı Kanun uyarınca gerçekleştirilen uygulamalarla ilgilidir. Turkcell ve Telsim imtiyaz sözleşmelerinde ulusal dolaşım yapma konusunda kendilerine bir zorunluluk yüklenmediği halde, Telekomünikasyon Kurumunca anlaşma yapmaya zorlanmaları nedeniyle tahkim davası açacaklarından bahisle ihtiyati tedbir kararı aldıklarıdır. Bu soruşturmanın konusu ise, Turkcell ve Telsim'in imtiyaz sözleşmelerinde hüküm olsun veya olmasın bağımsız birer teşebbüs olarak ulusal dolaşım anlaşması yapmamak suretiyle 4054 sayılı Kanunun 6. maddesi uyarınca hakim durumlarını kötüye kullanıp kullanmadıklarının tespiti olduğundan, söz konusu mahkeme kararlarının bu tespitin yapılmasını engellemeyeceği kanaatine varılmıştır.

2940 **I.13. Reddetme Eylemi –Teknik Kısıtların Bulunduğunu İleri Sürme**

2950 Telsim savunmalarında; İŞ-TİM'in Telekomünikasyon Kurumu tarafından, uzlaştırma aşamasında tespit ettiği şartları, yani makul bir ücret ödemeyi reddettiğini ve Telekomünikasyon Kurumunun tespit ettiği ücreti pazarlığa açtığını, oysa kendilerinin 24.2.2002 tarihinde Telekomünikasyon Kurumunun şartlarını (teknik uyumsuzluklar hariç, yani CAMEL ve Handover özellikleri hariç) kabul ettiğini bu Kuruma bir mektupla bildirdiğini, bunun üzerine 25.4.2002 tarihinde Telekomünikasyon Kurumu gözetiminde bir toplantı düzenlendiğini, söz konusu toplantıda, Telekomünikasyon Kurumu yetkilileri nezdinde bu teklifin yeniden iletildiğini, İŞ-TİM yetkililerinin ise söz konusu şartlar ile bir sözleşme imzalamayı reddettiklerini, bağımsız Türk Mahkemelerinin verdiği kararı bir talihsizlik olarak nitelendirdiklerini, kendilerinin yasal zeminde sürdürdüğü haklı girişimlerini de kötü niyet olarak nitelendirdiklerini, Telsim'in ulusal dolaşım anlaşması imzalandığında hukuksal sürecin kendiliğinden sona ereceğini ifade etmesine rağmen, Telsim'in yasal girişimlerinin tümünden vazgeçmeden ve daha sonra başka yasal girişimlerde bulunulmayacağı taahhüt edilmeden herhangi bir sözleşme imzalanmayacağını açıkça beyan ettiklerini, konuya ilişkin olarak İŞ-TİM tarafından Rekabet Kurumu'na gönderilen yazıda; toplantı sırasında, ulusal dolaşımın hızla uygulamaya başlanması için İŞ-TİM tarafından "CAMEL" ve "handover" özelliklerinin anlaşmadan çıkarılmasının önerildiğini, ayrıca, ulusal dolaşım anlaşmasının uygulanması için yasal garanti olmamasının basiretli tüccar olarak hareket eden İŞ-TİM açısından kabul edilemez bir husus olduğunun belirtildiğini, bu şekilde kendi açıklamaları ile de Telsim'le bir ulusal dolaşım anlaşması yapmayı reddettiklerini beyan ve itiraf ettiklerini, bu durumda, İŞ-TİM'in makul bir ücret ödemeye ve erişim koşullarını kabul etmeye hazır sayılmasının mümkün olmadığını, mevcut tesisler dışında, erişim sağlanması istenen işletmelerden yeni yatırımlar yapılmasının talep edildiğini, bu durumun, kapasite ve teknik uyumluluk sorunlarını tartışmaya açık hale getirdiğini, bu hususlar tartışılmadan, sadece Telekomünikasyon Kurumu tarafından belirlenen şartlara atıf yapılarak konunun geçiştirilemeyeceğini, 4054 sayılı Kanunun 6. Maddesinin gerektirdiği tüm analizlerin yapılması gerektiğini ve bu analizlerin yapılmadığını iddia etmektedir.

Değerlendirme: Bilindiği gibi, İŞ-TİM, Kasım 2000 – Ekim 2001 tarihleri arasında yaklaşık 1 yıl boyunca Telsim ve Turkcell ile müzakereler yapmış ve sonuca ulaşamamış, ardından İŞ-TİM'in Telekomünikasyon Kurumuna hakemlik için başvurması ile inisiyatif Telekomünikasyon Kurumuna geçmiş ve anlaşma hüküm ve koşulları Kurum tarafından belirlenmiş, ancak buna rağmen 25.4.2003 tarihli tutanağın düzenlendiği toplantı tarihine kadar geçen 6 ayda da anlaşma yapılmamıştır. İŞ-TİM'in kendisini geçen 17 ay süresince oyalamış olan Telsim ile anlaşmayı, Telekomünikasyon Kurumu gözetiminde ve bu Kurumun yaptırımlarına dayalı olarak gerçekleştirmek istediği anlaşılmaktadır. Ancak bu tutanakta Telsim tarafından ileri sürüldüğü iddia edilen teklifin anlamlı ve uygulanabilir olabilmesi için, Telekomünikasyon Kurumunun işlemleri üzerindeki tedbirin kaldırılması bunu sağlamak üzere Telsim'in davaları geri çekmesi gerekmektedir. Telsim'in anlaşmanın imzalanması halinde açılmış davaların ve alınan tedbir kararlarının düşeceği şeklindeki düşüncesi ise hukuka uygun değildir. Çünkü açılmış davalar ve alınan tedbir kararlarının konusu ile Telsim'in yapmayı kabul ettiğini ileri sürdüğü ulusal dolaşım anlaşmasının içeriği CAMEL ve Handover özelliklerini içermemesi nedeniyle oldukça farklıdır. Dolayısıyla, Telsim'in davaları geri çekmeyi kabul etmemesi nedeniyle, söz konusu tutanak reddetme eylemini ortadan kaldıran bir durum yaratmamaktadır.

I.14. Teknik Kısıtlar- Yeterli Boş Kapasite Olmadığı İddiası

Telsim'in savunmasında; talebi karşılayacak kadar boş kapasitesinin olup olmadığına hiçbir zaman sorulmadığı, bu konuda genellikle Telekomünikasyon Kurumu düzenlemelerine atıf yapıldığı, gerekli incelemelerin Rekabet Kurulu tarafından yapılmadığı, 406 sayılı Kanuna dayanacak ise, o Kanunun ilgili maddesini uygulayacak makamın Rekabet Kurumu olmadığı, Rekabet Kurulunun 4054 sayılı Kanunun 6. maddesinin gerektirdiği tüm analizleri tamamen yapması gerektiği, ancak bu yapılmadığı için, soruşturmanın yasal dayanağının olmadığı, talep esnasında talebi karşılayacak yeterli kapasite olmadığı, ayrıca Telekomünikasyon Kurumunun yapmış olduğu düzenlemenin, özellikle Handover ve CAMEL özellikleri bakımından, sistemleri ile teknik olarak uyumlu bulunmadığı iddia edilmiştir.

Turkcell de savunmalarında benzer hususları öne sürerek, teknik uyumsuzluk nedeniyle 406 sayılı Kanunun 10. maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmediğini, Telekomünikasyon Kurumunun getirdiği bu yükümlülüklerin, hiçbir işletmecinin altından kalkamayacağı büyüklükte ek yatırım maliyeti getirdiğini, bu nedenle anılan düzenlemenin makul olmayan ekonomik koşullar öngördüğünü, veri ve faks iletimi dahil ön ödemeli CAMEL roaming hizmeti ile GSM 900 ve GSM 1800 şebekeleri arasında Handover fonksiyonu bir araya geldiğinde, talepkar şirket aboneleri tarafından yapılan aramaların Turkcell tarafından kontrolünün de, kendi aboneleri olmayan aramaları yapanlara fatura edilmesinin de imkansız olduğunu iddia etmektedir.

Değerlendirme: Konuya ilişkin değerlendirmeye kararın H.2.4.2 maddesinde yer verilmiştir. Ayrıca, Telsim tarafından İŞ-TİM ile yürütülen hiçbir toplantıda kapasitenin olmadığından söz edilmemiş ve Telsim tarafından ulusal dolaşım ücretinin nasıl hesaplandığına ilişkin gönderilen bilgilerde ilave kapasite

yatırımına yönelik bir maliyet ortaya konulmamıştır. Bu nedenle, teşebbüsün savunmasını kabul etmek mümkün değildir.

3020 **I.15. Mal veya Hizmet Sunmayı Geciktirme – Zorunlu Unsurun Zaman Boyutu**

Telsim savunmalarında; zorunlu unsurun geçici bir süre için zorunlu olduğunun ileri sürülemeyeceği, zorunlu unsurun, geçici bir süre için değil, o iş yapılmak istendiği sürece zorunlu unsur olduğunu, bir unsurun geçici bir süre için zorunlu olduğuna dair bir örnek bulunmadığını iddia etmektedir.

Değerlendirme: Zorunlu unsurun zaman boyutuna ilişkin detaylı açıklamalara Kararın H.2.4.3. başlıklı maddesinde yer verilmiştir.

I.16. Diğer Savunmalar

I.16.1. Usule İlişkin Savunmalar

3030 Telsim usule ilişkin savunmasında; ilk yazılı cevap süresinin başlayabilmesi için kendilerine soruşturma açıldığına dair bildirim yazısından başka hiçbir belge bilgi ve doküman gönderilmediğini ve iddiaların türü ve niteliği hakkında Şirkete yeterli bilgi verilmediğini iddia etmiştir.

3040 **Değerlendirme:** 4054 sayılı Kanun'un 40/1. maddesi uyarınca, Kurul kendisine intikal eden bilgileri ciddi ve önemli bulduğu takdirde soruşturma açma yetkisine sahiptir. Kurul, 43/2. madde uyarınca başlattığı soruşturmaları, soruşturmaya başlama kararından itibaren 15 gün içinde taraflara bildirerek ilk yazılı savunmalarını 30 gün içinde göndermelerini ister. Aynı Kanun'un 43/2. maddesi uyarınca Kurulun, bu bildirim yaparken iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilgiyi ilgili taraflara göndermesi gerekmektedir. Rekabet Kurumu, Telsim'e hakkında soruşturma açıldığını bildiren 18.3.2002 tarih ve 619 sayılı yazısıyla, iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli derecede bilgi vermiştir. 4054 sayılı Kanun'un 43/2. maddesi ile ilgili olarak ise, ilgili teşebbüse hakkında soruşturmaya başlama aşamasında düzenlenmiş bir belge olmaması nedeniyle herhangi bir belge veya evrak nüshası gönderilmemiştir. Diğer taraftan, aynı Kanun'un 44/2. maddesi uyarınca, taraflar, sözlü savunma haklarını kullanma taleplerine kadar Kurum bünyesinde kendileri ile ilgili her türlü evrak ve delilin bir nüshasının kendilerine verilmesini isteyebilecek ve ilk yazılı savunma dışında aynı Kanunun 45/2. maddesi uyarınca ikinci yazılı savunma ve 46. maddesi uyarınca sözlü savunma yaparak savunma haklarını kullanabileceklerdir.

3050 Dolayısıyla, teşebbüsün savunma hakkının kısıtlanması ve ilgili teşebbüsün iddia ettiği gibi 4054 sayılı Kanun hükümlerinin yerine getirilmemesinden kaynaklanan bir usul noksanlığı bulunmamaktadır.

I.16.2. Rekabet Kurulu'nun Görüş Değişikliği

Telsim savunmasında; Rekabet Kurulu'nun 1998 yılında T.C. Ulaştırma Bakanlığı'na verdiği görüşte önce ulusal dolaşımın yasaklanmasını istemiş iken, Soruşturma Heyetinin bugün ulusal dolaşımı zorunlu unsur olarak değerlendirmeye çalıştığını, dolayısıyla Heyetin görüşleri ile Rekabet Kurulu kararlarının birbirine zıt olduğunu, Heyetin şimdiki tutumunun bu pazardaki ekonomik ve teknik gelişmenin engellenmesi sonucunu doğurduğunu ve altyapı

3060 hizmetleri pazarındaki rekabeti sınırladığını, zira İŞ-TİM'in yatırımlarını durdurduğunu iddia etmektedir.

Değerlendirme: Prensip olarak, ulusal dolaşımın "ex-ante" olarak düzenlenmesinin yerinde olmadığı gerekçesiyle, 4502 sayılı Kanunun çıkarılması sırasında ulusal dolaşımın yer almaması yönünde görüş hazırlanmıştır. Bu görüş telekomünikasyon sektörünün dinamik bir sektör olması ve pazar koşullarının sürekli değişmesine dayanmaktadır.

3070 Rekabet Kurumunun görüşünde kastedilen; ulusal dolaşımın bir otorite tarafından öncelikle zorunlu tutulmaması, sürecin tarafların müzakerelerine bırakılması, şayet bir rekabet ihlali ortaya çıkar ise devreye "ex-post" olarak girilmesinin gerektiği yönündedir.

3080 Öte yandan, GSM işletmecilerinin iki yıl için ulusal dolaşım yapmamalarına dair hüküm, işletmecilerin kendi altyapılarını kurma konusundaki motivasyonlarının azalmasını engellemek üzere konulmuş olup, "Zorunlu Unsur Doktrini" ile uyumludur. Ancak, Rekabet Kurumu, GSM Hizmetleri pazarında altyapı tesislerinden yararlanma konusunda altyapı hizmetleri pazarındaki kısıtlamaların GSM hizmetleri pazarında rekabeti kısıtlamaması ve altyapı hizmetleri pazarında teknik ve ekonomik gelişmenin engellenmemesi amacıyla, hem altyapı tesislerinden yararlanılmasını hem de bu yararlanmanın belirli bir süreyle kısıtlı olmasını öngörmüştür. Bu öngörülerde yukarıda ifade edilen iki amacın da gerçekleşmesini engelleyecek bir durum söz konusu değildir (benzer bir eşik %40 olarak İtalya'da benimsenmiştir).

Ancak Rekabet Kurulunun kararlarını da temyizen inceleyen Danıştay ulusal dolaşımı yasaklayan sözleşme hükümlerini yasaya aykırı bulmuş ve değiştirilmesi yönünde görüş bildirmiş, ayrıca Kasım 2000 ve Şubat 2001 krizleri Türkiye'de GSM altyapısı kurulmasıyla ilgili koşulları büyük ölçüde değiştirmiştir.

3090 Avrupa Birliği'nde de rekabet otoriteleri, tüm dünyada telekomünikasyon sektörünün yaşadığı kriz nedeniyle benzer bir fikir değişikliği yaşamış, örneğin, önceleri 3. nesil için ayrı şebeke inşa edilmesi zorunlu tutulmuşken, bugün yüksek maliyetler nedeniyle altyapıda ortaklık anlaşmalarına muafiyet verilmeye başlanmıştır. Ayrıca piyasaya 2. ve 3. aşamada giren operatörlere kapsama alanı yükümlülüğü getirilmemektedir.

Dolayısıyla 1998 ve 2000 yılından sonra hem Türkiye'de hem de dünyada GSM altyapı hizmetleri pazarındaki koşullar büyük değişikliğe uğramış ve dağıtımda etkinlik ön plana çıkmıştır. Sonuç olarak, telekomünikasyon sektörünün dinamik ve değişken yapısı çerçevesinde Rekabet Kurumu konuyu günün koşullarına göre ele alarak görüşünü oluşturduğundan, verilen karar piyasanın bugünkü şartlarına uygundur.

I.16.3. Telekomünikasyon Kurumu Düzenlemelerinin Amaca Uygun Olmadığı

3100 Turkcell savunmasında;

"Bir işletmecinin diğer bir işletmeciye ulusal dolaşım sağlamasından beklenen amaç, piyasaya sonradan giren işletmecinin henüz altyapısını kurmadığı yerlerde kendisine altyapı olanağı sağlanmasıdır. Bu nedenle bu işletmecinin altyapısını

3110 kurduğu yerlerde ulusal dolaşım sağlanması ulusal dolaşımdan beklenen amacı karşılamaya yönelik olmadığı gibi, aynı amaç nedeniyle kendisine ulusal dolaşım sağlanan işletmecinin altyapısını kurduğu yerlerde de artık ulusal dolaşımdan yararlandırılmaması gerekir. Telekomünikasyon Kurumu ise, anılan düzenlemeleriyle Turkcell'e, talepkar işletmecinin altyapı tesislerinin mevcut olduğu yerlerde de ulusal dolaşım talebini karşılama yükümlülüğü öngörmektedir.

3120 Hiçbir ayırım yapılmaksızın, koşulsuz ve şartsız ulusal dolaşım sağlama mükellefiyeti öngörülmesi, talepkar işletmecinin pek çok yerde kendi tesislerinin yanı sıra Turkcell'in tesislerini kullanma; böylece aynı piyasada faaliyet gösteren Turkcell'e nazaran çok daha kaliteli hizmet sunma imkanına da sahip olması sonucunu doğurmaktadır. Nitekim, İŞ-TİM'in bütün ülkede 71 il merkezinde altyapısını kurduğu, medyada yaptığı reklamlar ve Telekomünikasyon Kurumuna sunduğu plan ve projeler içeriğinden bilinmektedir. Böylece Telekomünikasyon Kurumu, düzenlemeleriyle ulusal dolaşımdan beklenen amacın dışına çıktığı gibi, talepkar işletmeci bakımından yaratılan bu sonuç 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun telekomünikasyon piyasasında işletmeciler arasında mevcut olmasını istediği serbest rekabetin, bizzat serbest rekabeti korumakla görevlendirilen Telekomünikasyon Kurumu eliyle bozulması anlamına gelmektedir”

ifadeleri yer almaktadır.

Değerlendirme: Daha önce de açıklandığı üzere, İŞ-TİM'in belli bölgelerde altyapısını kurmuş olması, piyasaya girmiş olduğu ve rekabet ederek piyasadan pay alabildiği anlamına gelmemektedir. Tam tersine, İŞ-TİM ve Aycell'in ulusal dolaşımdan faydalanamamaları nedeniyle piyasaya girememeleri, bu operatörlerin kapsama alanlarının diğer yerleşik operatörlerin kapsama alanı büyüklüğüne ulaşacağı zamana kadar piyasada rekabetin ertelenmesine ve sadece yerleşik operatörlerin hakim durumlarını daha da güçlendirmelerine neden olmakta, piyasaya girmeye çalışan İŞ-TİM ve Aycell'in yaratacağı rekabet baskısı sonucu oluşacak fiyat düşüşlerinin veya diğer faydaların tüketiciye yansımaya engel olmaktadır.

3130 Ayrıca; imtiyaz sözleşmesindeki altyapı kurma yükümlülüğü de göz önüne alındığında, İŞ-TİM'in halen ulusal dolaşım talep ediyor olması, şirketin piyasaya yeterince giremediğini ve ulusal dolaşımın İŞ-TİM için bir zorunlu unsur olmaya devam ettiğini göstermektedir. Zira, İŞ-TİM'in hem başlangıç maliyeti çok yüksek olan altyapı yatırımı yapmasının hem de altyapısı olmasına rağmen ulusal dolaşım ücreti ödemek istemesinin başka bir rasyonel gerekçesinin olmayacağı açıktır.

3140 J - GEREKÇE VE HUKUKİ DAYANAK

J.1. Turkcell ve Telsim'in Hakim Durumlarını Birlikte Davranışlar ile Kötüye Kullanmalarının Değerlendirilmesi

Rekabet hukuku bakımından ulusal dolaşım hizmeti; pazara yeni giren operatörlerin başlangıç için oldukça yüksek olan yatırım maliyetlerine destek sağlanması ve faaliyete başlanılan ilk dönemlerde Turkcell ve Telsim gibi yerleşik işletmecilerin sunduğu kapsama alanı olanaklarının yeni giren işletmecilere de sunulması ile bu teşebbüslerin de abone kaydetmeye başlamalarının sağlanması

ve tıpkı yerleşik operatörlerin yaptığı gibi yatırımlarını abonelerden elde ettikleri gelirlerle finanse etmelerine olanak tanınmasını sağlamaktadır.

- 3150 Ancak ulusal dolaşım hizmeti karşılığında Turkcell ve Telsim tarafından talep edilen ücretlerin İŞ-TİM'in maliyetlerini aşırı derecede arttıracak kadar yüksek olduğu, bu denli yüksek fiyatların hizmetin sağlanmasının reddi anlamına geldiği açıktır.

İŞ-TİM ve Aycell'in lisans sözleşmelerinde, kendi altyapıları ile sağlamak zorunda oldukları kapsama alanı yükümlülüğü 2 yıl içerisinde nüfusu 10.000'den fazla olan yerleşim yerlerinin %50'si, 5 yıl içerisinde de %90'ı olarak öngörülmüştür. Bu nedenle pazara yeni giren firmaların ulusal dolaşım hizmeti yoluyla yatırım yapmaktan kaçınmaları gibi bir durum söz konusu değildir.

- 3160 Ancak yerleşik operatörler olan Turkcell ve Telsim tarafından erişim fiyatlarının, maliyetlerin çok üstünde belirlenmesi, pazara yeni giren operatörler İŞ-TİM ve Aycell'in pazara girişlerinin önünde ciddi bir engel yaratmakta ve pazara ilk giren operatörler Turkcell ve Telsim'in abone kazandıkça yatırım yapma olanağının yeni operatörlere tanınmamasına yol açılmaktadır. Bunun sonucunda, bu yeni operatörlerin yatırım maliyetleri fazlasıyla yükselmekte, yatırım planlamasında önceliği altyapının kurulması almaktadır. Ayrıca, Dünya ekonomisi ile birlikte telekomünikasyon sektörünün de içinde bulunduğu ekonomik sıkıntılar nedeniyle yeni operatörler ciddi bir finansman sıkıntısı ile karşı karşıya bulunmaktadır.

- 3170 Turkcell ve Telsim'in GSM altyapı hizmetleri pazarında birlikte hakim durumda oldukları belirlenmiştir. Ayrıca, İŞ-TİM'in imtiyaz sözleşmesi hükümleri gereğince kendi altyapısını inşa ederek kapsama alanını GSM hizmetleri pazarında, Turkcell ve Telsim ile rekabet edebileceği seviyeye getirinceye kadar geçecek süre içinde yararlanmak zorunda olduğu, Turkcell ve/veya Telsim'in altyapısına alternatif başka bir unsurun bulunmadığı tespit edilmiştir. Bu nedenle İŞ-TİM için, Turkcell ve/veya Telsim'in altyapısından yararlanmak üzere ulusal dolaşım hizmeti almak zorunlu bir unsurdur. Turkcell ve Telsim'in objektif gerekçeler olmadan İŞ-TİM'in bu unsura erişimini reddederek, 4054 sayılı Kanunun 6. maddesinin (a) paragrafında örnek olarak belirtilen; *"Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler"*
- 3180 gerçekleştirilmesi, hakim durumlarını "birlikte davranışları" ile kötüye kullanma olarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla Turkcell ve Telsim'in bu davranışları, 4054 sayılı Kanunun 6. maddesini ihlal etmektedir.

J.2. Rekabetin Tesisi

4054 sayılı Kanunun "İhlale Son Verme" başlıklı 9. maddesine göre, Rekabet Kurulunun, Kanunun 4, 6 ve 7. maddelerinin ihlal edildiğinin tespit edilmesi halinde, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir bildirimde bulunması gerekmektedir.

- 3190 Yukarıda açıklandığı üzere Turkcell ve Telsim Kanunun 6. maddesini ihlal etmişlerdir. Ayrıca, bu kararın alınmış olduğu tarih itibarıyla, Turkcell ve Telsim henüz İŞ-TİM'in ulusal dolaşım talebini karşılamamışlardır. Dolayısıyla rekabet ihlali halen devam etmektedir. Bu nedenle, Rekabet Kurulu tarafından Turkcell ve

Telsim'e rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi gereken davranışların bildirilmesi gerekmektedir.

Diğer taraftan, piyasanın koşullarının ve İŞTİM'in ulusal dolaşım hizmetine olan ihtiyacının soruşturmanın açıldığı tarihten nihai kararın alınmasına kadar değişmiş olması kuvvetle muhtemeldir. Bu sebeple, Turkcell ve Telsim tarafından rekabetin tesisi için yerine getirilmesi gereken davranışların içeriğinin günün koşullarına göre tekrar belirlenmesi kaçınılmazdır.

3200 Bu belirleme işleminin gerçekleştirilmesi açısından, soruşturmanın telekomünikasyon sektöründe açılmış olması ve bu sektörde görev yapmak üzere Telekomünikasyon Kurumu gibi bir sektöre özel düzenleyici kurumun kurulmuş olması birçok kolaylığı da beraberinde getirmektedir. Sektöre özgü bilgi birikimi ve 406 sayılı Kanunun 10/V. maddesinde kendisine verilen telekomünikasyon hukuku ile ilgili yetkiler, ulusal dolaşım hizmetinin güncel olarak hangi koşullarda sağlanmasına yönelik olarak yapılacak işlemlerde Telekomünikasyon Kurumunun işbirliğini gerekli kılmaktadır.

3210 Ancak Rekabet Kurulu tarafından ulusal dolaşım ile ilgili soruşturma açılmasından önce Telekomünikasyon Kurumunun kendi mevzuatına göre yapmış olduğu işlemlere ilişkin yargı sürecinin başlamış olduğu, bu işlemlerden bazılarının tedbir kararları ile durdurulduğu ve imtiyaz sözleşmelerinin bir tarafını oluşturan bu Kurum aleyhine uluslararası tahkim davalarının açıldığı bilinmektedir. Dolayısıyla, günün koşullarına göre Telekomünikasyon Kurumu tarafından belirlenerek Rekabet Kurumuna gönderilecek ulusal dolaşım ile ilgili koşulların, bahsedilen yargı sürecinin varlığı dikkate alınarak gözden geçirilmesi, Rekabet Kurulunun bildireceği koşulların hukuka uygunluğunun teminat altına alınması açısından faydalıdır.

3220 Bu nedenle, tespit edilen rekabet ihlaline nasıl son verileceğinin ve ilgili pazarlarda rekabetin yeniden tesisi için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışların, telekomünikasyon sektöründe ilgili düzenlemeleri yapmakla görevli Telekomünikasyon Kurumu tarafından saptanmasının yerinde olacağı ve anılan Kurum tarafından belirlenecek koşulların Rekabet Kurumuna iletilmesinin ardından, Rekabet Kurulu'nca da benimsenmesi koşuluyla 4054 sayılı Kanun'un 9/1. maddesi doğrultusunda ilgili taraflara bildirilmesinin yerinde olacağı kanaatine ulaşılmıştır.

J.3. Ceza Takdirinde Esas Alınan Hususlar

3230 Turkcell ve Telsim'in GSM altyapı hizmetleri pazarında sahip oldukları birlikte hakim durumlarının, İŞ-TİM'in piyasaya sokmama amacı çerçevesinde birlikte hareketleri ile kötüye kullanılması, 4054 sayılı Kanunun 6. maddesi çerçevesinde ağır bir ihlal oluşturmaktadır. Turkcell ve Telsim'in iki yıl süre ile İŞ-TİM ile ulusal dolaşım yapmaya yanaşmaması, daha sonra rekabet ihlali nedeniyle Rekabet Kurumu tarafından açılan soruşturmaya rağmen herhangi bir işbirliğine yanaşmayarak ihlali devam ettirmeleri bu ihlalin ağırlığını ortaya koyan unsurlar olarak kabul edilmiştir. Ayrıca, her iki teşebbüsün GSM piyasasında sahip oldukları ekonomik büyüklükleri bu ihlali ağırlaştırıcı unsurlar olmuş ve ihlal dolayısıyla GSM hizmetleri piyasasında yüksek fiyat oluşmuştur.

03-40/432-186

3240 Tarafların 4054 sayılı Kanunun kapsamı hakkında bilgileri olduğu muhakkaktır. Nitekim, Turkcell 2001 yılında Rekabet Kurulu tarafından rekabet ihlali nedeniyle cezalandırılmıştır. Buna rağmen, ulusal dolaşım ile ilgili rekabet soruşturması başladıktan sonra özellikle Turkcell'in davranışlarında değişiklik olmamıştır.

Telsim ise yerinde incelemeye engel olmuş ve bu nedenle süreli para cezası ile cezalandırılmıştır.

Ulusal dolaşım yapılamaması sonucunda çok ciddi kaynak israfı yaşanmış, piyasaya yeni girmeye çalışan İŞ-TİM zor durumda kalmıştır.

Bu çerçevede, 4054 sayılı Kanunun 16. maddesi uyarınca Turkcell ve Telsim hakkında 2001 yılı cirolarının takdiren %1'i oranında para cezası uygulanmasına karar verilmiştir.

K - SONUÇ

Yukarıda yer verilen tespitler ve yapılan değerlendirmeler doğrultusunda;

3250 **1.** Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde tüm mal ve hizmet piyasalarındaki rekabetin tesisi ve korunması amacını hedefleyen 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un kapsamı çerçevesinde, rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı eylemlere karşı her piyasada olduğu gibi telekomünikasyon pazarında da Rekabet Kurulu'nun görevli ve yetkili bulunduğu,

2. Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. ve Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.'nin GSM telekomünikasyon altyapı hizmetleri pazarında birlikte hakim durumda buldukları,

3260 **3. (a)** GSM altyapı hizmetleri pazarında birlikte hakim durumda bulunan Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. ve Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.'ne ait altyapıların, GSM hizmetleri piyasasında faaliyet gösteren teşebbüslerin piyasaya girişleri aşamasında "zorunlu unsur" niteliğinde olduğu,

(b) Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. ve Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.'nin sahip oldukları GSM telekomünikasyon altyapısından, İŞ-TİM Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.'nin ulusal dolaşım yoluyla yararlanma talebini reddettikleri ve bunun objektif gerekçelere dayanmadığı,

tesbit edilmiştir.

3270 **4.** Bu tespitler ışığında, Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. ve Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.'nin, GSM telekomünikasyon altyapı hizmetleri pazarında hakim durumlarını birlikte davranışları ile kötüye kullanarak, GSM hizmetleri pazarına rakiplerinin girmesine engel olan eylemleriyle, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiklerine,

5. Bu ihlalleri nedeniyle aynı Kanunun 16/II. maddesi uyarınca kastın varlığı, kusurun ağırlığı, Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. ve Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.'nin pazar içindeki güçleri ve muhtemel zararın ağırlığı gibi unsurlar dikkate alınarak takdiren;

(a) Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'ye 2001 yılı net satışlarının yüzdebiri oranında 21.822.150.300.000-TL.

(Yirmibirtrilyonsekizyüzyirmiiki milyaryüzellimilyonüçyüzbin),

03-40/432-186

3280 **(b)** Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.'ye 2001 yılı net satışlarının yüzdebiri oranında 8.580.807.700.000-TL.
(Sekiztrilyonbeşyüzseksenmilyarsekizyüzyedimilyonyediyüzbin)
para cezası verilmesine¹⁹;

6. Rekabet Kurulu tarafından tespit edilen bu ihlale nasıl son verileceğinin ve ilgili pazarlarda rekabetin yeniden tesisi için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışların, telekomünikasyon sektöründe ilgili düzenlemeleri yapmakla görevli Telekomünikasyon Kurumu tarafından saptanmasının yerinde olacağına ve anılan Kurum tarafından belirlenecek koşulların Rekabet Kurumu'na iletilmesinin ardından, Rekabet Kurulu'nca da benimsenmesi koşuluyla 4054 sayılı Kanun'un 9/1. maddesi doğrultusunda ilgili taraflara bildirilmesine,

3290 OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.

3300

3310

¹⁹ Bu maddenin oylanmasında karar için gerekli nisabın sağlanamaması nedeniyle Kanunun 51/II. maddesine göre ikinci bir toplantı yapılmış ve toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar alınmıştır.

KARŞI OY AÇIKLAMASI

(09.06.2003 tarih, 03-40/432-186 sayılı Kurul kararına karşı oy gerekçesi)

3320 Soruşturma kapsamında tespit edilen rekabet ihlalleri dolayısıyla, haklarında soruşturma yürütülen teşebbüslerin, 4054 sayılı Kanun'un para cezalarını düzenleyen 16. maddesinin 4. fıkrasında öngörülen ağırlaştırıcı unsurların var olmadığı kanaati ile, daha düşük bir ceza miktarı ile cezalandırılmalarının uygun ve yeterli olacağı görüşü ile çoğunluğun ceza takdirine katılmıyorum.

Mustafa PARLAK
Başkan Y.

Rekabet Kurulu'nun 09.06.2003 gün ve 03-40/432-186 sayılı Karar'ına KARŞI OY GEREKÇESİ

3330 Şikayetçi (Aria), lisansı satın alırken, kendi ulusal dolaşım sistemini belirli bir süre içinde kurma taahhüdünde bulunmuştur. Telsim ve/veya Turkcell tarafından kurulan GSM altyapılarının başka bir şirket tarafından yararlanabilmesi tamamen ekonomik bir olay olup, bir bedel ödenmesi suretiyle mümkün olabilir. İmtiyaz sözleşmelerinde her teşebbüse alt yapıyı kurma hükmü getirildiğine göre pazarın bölünemez olma gerçeği göz ardı edilmemelidir.

GSM pazarında birbirleriyle kıyasıya rekabet içinde bulunan iki teşebbüsün (Turkcell ve Telsim) altyapı pazarının üçüncü bir teşebbüse kiralanmaması konusunda nasıl bir işbirliğinde oldukları ve nasıl birlikte davrandıkları ispat edilememiştir. Kaldı ki, Aria'nın teklifini birlikte reddetmemişlerdir. Aynı ayrı reddedilmesi ise teşebbüslerin bağımsız kararı olup, aralarında bir anlaşmanın varlığı da iddia edilmediğine göre ekonomik ve ticari açıdan doğal bir davranış özelliğini yansıtmaktadır.

3340 406 sayılı yasa Telekomünikasyon Kurumu(TK)na bu gibi sorunları çözme yetkisi vermiştir. 406 sayılı yasa, ayrıca rekabet ihlalini de önleyecek şekilde bir prosedürü esasen öngörmüştür. Rekabeti sağlamak ve ulusal dolaşımdan yararlanmak için TK'nın sahip olduğu yetki, rekabet ihlalinin olmaması için yasa koyucu tarafından açıkça ve geniş şekilde düzenlenerek tanımlanmıştır. Dolayısıyla 406 sayılı yasadaki belirtilen bu saha ile ilgili düzenlemelerin TK tarafından yapılması, bu yapılan düzenlemelerle ilgili bir rekabet ihlali olması halinde konunun Rekabet kurumuna gelmesi gerektiği görüşümdedir.

3350 İmtiyaz sözleşmeleri ile tanınan ve her teşebbüse kendi alt yapısını kurma zorunluluğu getiren hükümlere rağmen, böyle bir taahhütün altına girmiş fakat yapmamış bir teşebbüsün, yapmış olanın alt yapısından yararlanma isteğini zorunlu unsur kavramı ile izah etmek mümkün değildir. Zorunlu unsur, herkes için zorunlu olmalıdır, oysa olayımızda bazı teşebbüsler için zorunlu değildir. Zorunlu unsur devamlı olmalıdır. Kendi alt yapısını kuruncaya kadar zorunlu unsur olamaz. Kendi taahhüdü gereği 3 yıl sonra ortadan kalkacak bir durum için zorunluluk söz konusu değildir.

Yukarıda açıklamaya çalıştığım görüşlerim nedeniyle, Rekabet Kurulu'nun anılan Kararı'nın 3. ve 4. maddelerini oluşturan bölümlerine katılmıyorum. Ayrıca, soruşturma kapsamında tesbit edildiği öngörülen rekabet ihlalleri nedeniyle haklarında soruşturma yürütülen teşebbüslerin, 4054 sayılı Kanun'un para cezalarını düzenleyen 16. maddesinin 4. fıkrasında belirtilen ağırlaştırıcı unsurların hiç bulunmadığı kanaati ile, daha düşük bir ceza miktarı ile cezalandırılmalarının uygun ve yeterli olacağı görüşü ile anılan Karar'ın 5. maddesinde çoğunluğun ceza takdirine katılmıyorum.

A. Ersan GÖKMEN
Kurul Üyesi

3360

KARŞI OY GEREKÇESİ

3370 Haklarında soruşturma yürütülen teşebbüslerin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu ihlal ettikleri kabul edilerek idari para cezası verildiğine göre Kanunun 9/1. maddesi uyarınca, rekabetin tesisi için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan kararın ilgililere doğrudan bildirilmesi gerekirken, bu davranışların Telekomünikasyon Kurumu tarafından belirlenmesine ve daha sonra Rekabet Kurumunca benimsenmesi halinde ilgililere bildirilmesi şeklindeki kararın yasaya uygun olmadığı, Telekomünikasyon Kurumunun bu konuda işlem yapmaya zorlanamayacağı, yaptığı işlemin Rekabet Kurumunca benimsenmesinin yasal bir dayanağı olmadığı, benimsenmemesi halinde ne yapılacağına belirsiz olduğu düşünceleriyle Rekabet Kurulunun 9.6.2003 tarih, 03-40/432-186 sayılı kararının 6. bendinde çoğunluğun görüşüne katılmıyorum.

R. Müfit SONBAY
Kurul Üyesi

3380

Rekabet Kurulu'nun 9.6.2003 gün ve 03-40/432-186 sayılı Karar'ına KARŞI OY GEREKÇESİ

3390 Başlıkta anılan Karar'ın Sonuç bölümünde yeralan 3. Madde'nin (a) ve (b) bentlerinde ortaya konan hükümler, tamamıyla Telsim ve/veya Turkcell'in GSM altyapılarının Aria için zorunlu unsur oluşturduğu kabulüne dayanmaktadır. Oysa rekabet hukukunda "zorunlu unsur" kısaca, bir ikincisinin gerçekleştirilmesi mümkün olmayan ve bu nedenle aynı sektörde faaliyette bulunmak isteyen rakip teşebbüslerin de yararlandırılmasının tek çözüm olduğu bazı olanakları kastetmek için kullanılır. Bir pazarda faaliyet gösteren teşebbüsler bunun dışında herhangi bir gerekçeyle rakiplerinin işini kolaylaştırmak zorunda tutulamazlar, tutulmamalıdır, zira aksine bir tutum ticaretin temelinde yatan, iyi ve başarılı olanın üstünlüğü kuralının çiğnenmesine kadar varan anlamlar taşıyabilir ki rekabet otoritesinin görevi bu olmasa gerekir.

3400 Soruşturma konusu olayda karar piyasaya önce giriş yapmış bulunan iki GSM operatörünün, sonra gireceklerden daha büyük belirsizlikler içinde, daha büyük riskleri göze alıp yatırım kararı vererek gerçekleştirdikleri altyapıları pazara yeni giriş yapacak bir rakibe kullandırma ya da kullandırmama kararını ve gerekli izni kendi çıkarlarına uygun olduğu takdirde vermek haklarını yok edici biçimde, rakibin para ve çaba harcayıp kendi altyapısını gerçekleştirmek zorunda olmasının daha hakça ve eşitlikçi bir durum olduğu gözardı edilerek ve sonuçta yalnızca GSM pazarında rekabetin artmasına tamah etmekten kaynaklanan bir heyecan içinde verilmiştir. Bu ise Kurul'un "zorunlu unsur" kavramını yanlış yorumlamasıyla mümkün olmuştur. Başka bir deyişle, soruşturmaya muhatap olan iki GSM operatörünün ulusal dolaşım talebini reddetmek için kararda kabul edildiği üzere objektif gerekçelere dayanma yükümlülüğü yoktur ve fiyatta anlaşamadıkları takdirde yani salt kendi yararlarını gözeterek bu konudaki önerileri reddedebilirler. Bu durumda da pazara yeni girecek operatöre, gerekli zahmet ve maliyete katlanarak kendi altyapısını gerçekleştirmek düşer.

3410 Ayrıca Karar'da ifadesini bulan "birlikte hakim durum"un saptanması da iki teşebbüsün pazar paylarının toplamının yüksek olmasından daha başka sonuçlar ifade etmeli; bir birlikte davranışa hükmetmek için ise sözkonusu iki teşebbüsün rakibi pazar dışına itmek amacıyla bilinçli bir beraberlik içinde bulunmaları ve bir ortak karar almış olmaları koşulları aranmalıdır ki Karar'a dayanak oluşturan Soruşturma Raporu'nda bu arayışın izlerine yeterli biçimde rastlanmamaktadır.

03-40/432-186

Yukarıda açıklamaya çalıştığım görüşlerim nedeniyle, Rekabet Kurulu'nun başlıkta anılan Karar'ının 3. ve 4. Maddelerini oluşturan bölümlerine katılma olanağı bulamadım.

3420

Murat Gencer
Kurul Üyesi

KARŞI OY AÇIKLAMASI

Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. ile Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. hakkında verilen 09.06.2003 tarih ve 03-40/432-186 sayılı Kurul kararının katılmadığım bölümleriyle ilgili gerekçeler aşağıdadır.

3430

4054 sayılı yasanın 6.maddesine aykırılık nedeniyle ve oyçokluğu ile ihlalin varlığı sonucuna ulaşılmıştır.Ancak bu sonuç, yeterli, inandırıcı ve objektif delillerden yoksundur.

Hakim durumun kötüye kullanıldığını ispat külfeti Kurula aittir. Mevcut delillerle böyle bir durumun varlığının ispatı sağlanamadığı gibi, hukuki açıdan mümkün de olmamıştır. Şöyleki;

3440

6.madde uyarınca, hakim durumun kötüye kullanıldığının ispatı için, hakim durumun hangi pazarda söz konusu olduğunun, bu pazardaki hakim durumun kötüye kullanıldığının neye göre belirlendiğinin, iki teşebbüsün bulunduğu pazarda birlikte hakim durumun anlaşarak mı yoksa anlaşma olmadan mı ortaya çıktığının objektif delillerle ispatı gereklidir.

Rekabet hukuku uygulamalarında, uygulamanın en uç konularını ve tartışmalarını içeren "birlikte hakim durum" "zorunlu unsur" gibi kavramlar, değil ülkemiz için, AB ülkeleri açısından bile net şekilde çözümlenebilmiş ve uygulama alanı bulmuş konular değildir. Batı ülkelerinde bile benzer bir uygulamaya rastlanması güçtür. Bu nedenle, konuların yorumunda hassas ve dikkatli davranmak zarureti vardır.

3450

Çoğunluk kararında öngörülen kabuller, ihlal sonucuna götürecektir fakat objektif olmayan delillerle ve temel unsurlar yanlış değerlendirilerek yapılmıştır.

3460

İlk olarak, "pazar" tanımı, gerçekte mevcut olmayan ve ne ekonomik anlamda ne de Rekabet Hukuku anlamında pazar sayılabilecek olan "alt yapı pazarı" olarak gerçek pazar bölünmek suretiyle yapılmıştır.Böyle bir pazar yoktur.Alt yapı pazarı, GSM hizmetleri pazarının vazgeçilmez ve bölünmez bir parçası niteliğindedir. GSM hizmeti veren veya verecek olan teşebbüsler, böyle bir alt yapıyı da kurmak zorunda kalmışlardır.Kaldı ki, Türk Telekom da GSM hizmeti verecek teşebbüslerin tümüne, (Turkcell, Telsim, Aycell ve Aria) bu hakkı devrederken sözleşme ile alt yapılarını kurma imkanı tanımış hatta zorunluluğunu getirmiştir. Başka bir deyişle, alt yapı pazarı olarak tanımlanan, iletişim hizmetlerinin ulusal dolaşım hakkı, hiçbir şekilde ayrıca alınmış ve satılmış değildir. Hakkında soruşturma yapılan iki kuruluş (Turkcell ve Telsim) gibi, şikayetçi (Aria) da aynı şartlara tabi olmuş, o da kendi ulusal dolaşım sistemini belirli bir süre içinde kurma taahhüdünde bulunmuştur. Başkalarının kurduğu sistemlerden yararlanmanın da, ekonomik olarak bir bedelinin olması gerekir. Bir pazarda, hizmetin biri olmadan diğeri tek başına olmuyorsa ve yapılamıyorsa, bu pazar bütünlük arzeder ve sanal olarak bölünemez. İmtiyaz sözleşmelerinde bile her teşebbüse bu alt yapıyı kurma hükmü getirildiğine göre, pazarın bölünemez olma gerçeği göz ardı edilmemelidir.

3470 İkinci olarak; pazar daraltılınca, fiilen bu dar pazarda faaliyet gösteren iki teşebbüsün “birlikte hakim durumda” oldukları sonucuna varılması da kolay olmuştur. Hemen belirtmek gerekir ki, yasa gereği, hakim durumda olmak rekabet ihlali değildir. Ancak bu hakim durumun “kötüye kullanılması” ihlal sayılmıştır. Bir pazarda birlikte hakim durumun varlığı, birlikte hareketi gerektirir. Birlikte hareket, rekabet hukuku açısından ya bir anlaşma ile veya uyumlu eylemle mümkün olabilir. Kurum tarafından da ne böyle bir iddiada bulunulmuş ne de bu konuda ilgililerden bir savunma istenmiştir. Diğer bir deyişle, bu dosyada anlaşma veya uyumlu eylemin varlığı hakkında bir iddia yer almamıştır. Bu iki davranış ortaklığı olmadıkça, birlikte hakim durum yarattıklarının isbatı neye göre olabilir ? Soruşturma raporundaki kabule göre, “Ortak irade ve zimni işbirliği içinde oldukları” yolundaki sonuç ise, objektiflikten uzak bir yargı olmuştur. GSM pazarında birbirleriyle kıyasıya rekabet içinde bulunan iki teşebbüsün(Turkcell ve Telsim) 3480 alt yapı pazarının (Ulusal dolaşımın) üçüncü bir teşebbüse kiralananmaması konusunda nasıl bir işbirliği içinde olabildikleri ve nasıl “birlikte davrandıkları” isbat edilememiştir. Kendi fiyatını ve arz üretim miktarını ve diğer parametreleri, aralarındaki rekabet dolayısıyla bağımsız belirleme gücüne sahip olmadıkları açıktır. Yani, birbirlerini izleme durumundadırlar. Bu pazar, oligopol pazarların karakteristik tüm özelliklerini ve uygulamalarını yansıtmaktadır. Kaldı ki, Aria'nın teklifini, birlikte reddetmemişlerdir. Aynı ayrı reddedilmesi ise teşebbüslerin bağımsız kararı olup, aralarında bir anlaşmanın varlığı da iddia edilmediğine göre ekonomik ve ticari açıdan doğal bir davranış özelliğini yansıtmaktadır.

3490

Burada önemli olan nokta, Aria'nın hem Turkcell ile hem de Telsim ile bu konudaki görüşmeleri aylarca sürdürmüş olmasıdır. 406 sayılı Yasa, Telekomünikasyon Kurumu (TK) na bu halde sorunu çözme yetkisini vermiştir. Buna göre TK, tarafların anlaşamadığı hususta, hizmet karşılığı ödeyecekleri bedeli tesbit edecektir. Bu konuda taraflardan birinin TK'ya başvurma hakkı varken, görüşmelerin uzatıldığından söz ederek şikayete hakları yoktur. TK'nın kararı karşısında hukuki yolların geç işlemesi ise, Rekabet Hukuku açısından önem taşıyamaz ve bu ihlal için bir gerekçe teşkil edemez. Bu konuda, 406 sayılı kanun, rekabet ihlalinin de önleyecek şekilde bir prosedürü esasen öngörmüştür. Rekabeti sağlamak ve ulusal dolaşımdan yararlanmak için TK'nın 3500 sahip olduğu yetki, rekabet ihlalinin olmaması için, yasa koyucu tarafından açıkça ve geniş şekilde düzenlenerek tanınmıştır. 406 sayılı yasadaki düzenlemelerin hemen sonuç vermeyişi ise, Rekabet Kurumunun inceleme alanına giren bir husus değildir.

Üçüncü olarak; birlikte hakim durumda oldukları kabul edilen teşebbüslerin TK tarafından yapılan düzenlemeye karşı yasal yollara başvurmaları, “talebin reddi” anlamında yorumlanmış ve ihlalin varlığının gerekçesi olmuştur. Bu sonuç da, olayların gelişimine aykırı düşmüştür. Böyle bir sonuca götüren temel yorum, rekabet hukukunda, nadir de olsa “Zorunlu unsur” un varlığının kabulü olmuştur. İmtiyaz sözleşmeleri ile tanınan ve her teşebbüse kendi alt yapısını kurma zorunluluğu getiren hükümlere rağmen, böyle bir taahhütün altına girmiş fakat yapmamış bir teşebbüsün, yapmış olanın 3510 alt yapısından yararlanma isteğini zorunlu unsur kavramı ile izah etmek mümkün değildir. Zorunlu unsur, herkes için zorunlu olmalıdır, oysa olayımızda bazı teşebbüsler için zorunlu değildir. Zorunlu unsur devamlı olmalıdır. Kendi alt yapısını kuruncaya kadar zorunlu unsur olamaz. Kendi taahhüdü gereği 3 yıl sonra ortadan kalkacak bir durum için zorunluluk söz konusu değildir.

Dördüncü olarak; temel kabul çerçevesinde, birlikte hakim durumda olan iki teşebbüsün, talebi reddettikleri için, hakim durumlarını kötüye kullandıkları sonucuna varılmıştır. Oysa, talep her iki teşebbüs tarafından da reddedilmiş değildir. 3520 Anlaşamadıkları noktada, TK'nın devreye girmesi ve taraflar adına bir irade ortaya koyarak sorunu çözümlenmesi mümkündür. Diğer bir deyişle 406 sayılı yasa, hem böyle

03-40/432-186

bir talebin reddini önlemiş, hem de tarafların iradesi yerine geçecek bir kararı alma yetkisini TK ya vermiştir. Bu durumda da, hakim durumun kötüye kullanıldığından söz etmek imkanı yoktur.

3530 Beşinci olarak, ihlalin varlığına karar verilerek, ilgili teşebbüslere para cezası hükmedilmesini öngören sonucu da, objektif kriterlerden uzak buluyorum. Rekabet hukuku bir ceza hukuku olmamakla beraber, verilen bir "ceza" olduğu için, genel ilkelerden soyutlanamaz. Hangi ölçülerle ağırlaştırıldığı, hangi ölçülerle hafifletildiği belli olmayan bir ceza öngörülmüştür.

3540 Son olarak; 4054 sayılı yasanın 9/1 fıkrası gereğince nihai kararda yer alması gerekli olan ve ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağını gösteren hüküm, ciddi bir hukuki çelişki yaratmaktadır. Yasa gereği, ihlali tesbit eden Kurul'un, buna nasıl son verileceğini de göstermesi zorunludur. Rekabetçi bir ortam ve rekabet kültürü ancak bu şekilde oluşur. Oysa, kararda "ilgili düzenlemeleri yapmakla görevli T.K. tarafından" koşulların belirlenmesinin öngörülmesi, tam bir çelişkidir. İlave olarak, TK'nın saptayacağı koşulların ". . . Rekabet Kurulunca benimsenmesi koşuluyla" uygulanabilmesini öngören hüküm, TK kararlarının Rekabet Kurulu tarafından denetlenebileceği şeklinde anlaşılacağından, kamu kurumlarının yetki ayrımını zedeleyeceği görüşündeyim. Böyle bir "onaylı tedbir" 4054 sayılı yasada yoktur. Başka bir deyişle, Rekabet Kurulunun TK ya görev verme yetkisi olmadığı gibi TK'nın kararlarını da uygunluk açısından denetleme yetkisi de yoktur. İhlale nasıl son verileceğini gösterme yetkisi T.K.ya ait ise, o zaman Rekabet Kurulu'nun yetkisinden söz edilemez. İhlali Rekabet Kurulu belirlemişse, sona erdirmeye yollarını önermek de onun görevi olmak gerekir. Bu sonuç bile, ihlalin varlığı yolundaki tesbitin objektif bulgu ve verilere dayandırılmadan yapıldığını göstermektedir.

3550 **Kublay ATASAYAR**
Kurul Üyesi

(Rekabet Kurulu'nun 09.06.2003 tarih ve 03-40/432-186 sayılı Kararı) KARŞI OY GEREKÇESİ

Türkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.(Türkcell) ve Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.(Telsim) tarafından,İŞ-TİM Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.'nin(İŞ-TİM) ulusal dolaşım (roaming) talebinin reddedilmesi suretiyle 4054 sayılı Kanun'un ihlal edilip edilmediğinin tespitine dair Karar'a aşağıda belirttiğim gerekçelerle katılmamaktayım.

3560 Söz konusu Kurul Kararı'nın 1.maddesinde "Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde tüm mal ve hizmet piyasalarındaki rekabetin tesisi ve korunması amacını hedefleyen 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un kapsamı çerçevesinde rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı eylemlere karşı her piyasada olduğu gibi telekomünikasyon pazarında da Rekabet Kurulu'nun görevli ve yetkili bulunduğu ifade edilmiştir.

3570 Görüldüğü üzere, genelleyici bir usul ile ifade edilenden anlaşılmalı; kapsamı ne olursa olsun bütün sektörlerdeki her tür düzenleme ve faaliyetlerde Rekabet Kurulu'nun karar istihsal edilebileceğidir. Halbuki, bugüne kadar görülen; ihtilaf haline gelmiş, ihlal niteliğine erişmiş bir çok konunun, yasalarındaki hükümlerinden dolayı birden fazla kurum ve kuruluşun görev alanında olabileceği, bu görev örtüşmesinden dolayı ara kesitte bulunan konuların idarenin bütünlüğü ilkesine uygun olarak bir koordinasyon içinde, beraber mütalaa edilerek beraber çözümünü veya diğer kurumların tasarruf ve

03-40/432-186

görüşleri göz önüne alınarak konuda yetkinliği daha belirgin olan idarece çözümünün akılcı bir yol olduğudur.

3580 Bu akılcı yolun bulunamadığı, kurumların sadece kendi cephesinden olaylara baktığı, kendi yasalarındaki hükümlere bakarak, konularla olan tali ilişkiye rağmen asli karar oluşturma yoluna gittiği hallerde, Rekabet Kurumu ve Telekomünikasyon Kurumu arasında Telekomünikasyon sektörüyle ilgili dosyalarda kısmen yaşanan yetki kargaşası gibi durumlar ortaya çıkmaktadır. Yetki kargaşasının giderilmediği hallerde, aynı konudaki dosyalarda çifte düzenleme yapılması tehlikesi ortadadır ve sonuçta, birbiri ile aynı mahiyette olmayan, farklı önermelere sahip kararlar hatta, ceza ile ilgili konularda aynı ve tek suç/eylem için mükerrer veya birbiriyle oransız cezalar oluşturulma riski var olabilmektedir.

3590 Belirtilen sakıncaların giderilmesi için önemli ve öncelikle yapılması gereken, olay/dosya bazında yapılacak görev ve yetkili kurumun belirlenmesidir. Bu belirlemenin yapılması ve konuların koordinasyon içinde beraberce çözülmesi için, 16.09.2002 tarihinde imzalanan fakat bugüne kadar çalıştırılmayan "Rekabet Kurumu ile Telekomünikasyon Kurumu Arasındaki İşbirliği Hakkında Protokol" itina ile işletilmelidir.

Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, söz konusu soruşturma Kararı'nın 1.maddesinin hükmüne; genelleyici anlayış içermekte olması, olay ve konu ile ilgili değerlendirmeler yapılmadan anılan sakıncalara yol açabilecek niteliği sebebiyle tarafımca katılmamıştır. Bu çerçevede, Telekomünikasyon Kurumu'nun söz konusu dosya (ulusal dolaşım) bazında, görev ve yetkilerini aşağıdaki gibi tanımlayabiliriz.

3600 406 Sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 4502 sayılı Kanun'la değişik 10 uncu maddesi; *"Bu madde hükümleri dahilinde, mobil telekomünikasyon...işletmecileri...makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkan dahilindeki roaming taleplerini karşılamakla yükümlüdürler... Kurum; ...roaming anlaşmalarının tabi olduğu ayrıntıları gösteren yönetmelikler çıkarır ve ... roaming ile ilgili anlaşmaların telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesinde ve altyapının işletiminde serbest rekabeti engelleyici sonuçlara yol açmayacak tedbirleri alır, gerektiğinde 07.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde Rekabet Kurumu'na başvurabilir..."* hükmünü amir olup, ulusal dolaşım konusundaki düzenleme yetkisini Telekomünikasyon Kurumu'na vermiş ve Rekabet Kurumu'ndan görüş alınabileceğini belirtmiştir.

3610 Buna karşılık, 2813 sayılı Telsiz Kanunu'nun 7 inci maddesi son fıkrasında "Rekabet Kurulu, telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak yapacağı inceleme ve tetkiklerde ve birleşme ve devralmalara ilişkin olarak vereceği kararlar da dahil olmak üzere telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak vereceği kararlarda, öncelikle Kurum'un görüşünü ve Kurum'un yapmış olduğu genel düzenleyici işlemleri dikkate alır." hükmü yer almaktadır.

3620 Bu çerçevede, 11.04.2000 tarih ve 143 sayılı Kurul Kararı ile "Ulusal Roaming ile ilgili Anlaşmazlıklarda Uygulanacak Uzlaştırma İşlemine İlişkin Usul ve Esaslar" 12.10.2001 tarih ve 2001/332 sayılı Kurul Kararı ile "Türkiye'de Faaliyet Gösteren GSM 900 ve GSM 1800 İşletmecileri Arasında Makul, Ekonomik Açıdan Oranlı ve Teknik Açıdan İmkan Dahilindeki Bir Ulusal Dolaşım Anlaşması için Telekomünikasyon Kurumu Tarafından Belirlenen Hüküm ve Şartlar" ve 19.02.2002 tarih ve 2002/84 sayılı Kurul Kararı gereğince 08.03.2002 tarih ve 24689 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren "Ulusal Dolaşım (Roaming) Anlaşması Yapılması ile İlgili Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" ile gerekli düzenlemeler Telekomünikasyon Kurum'nca yapılmıştır.

03-40/432-186

3630 Rekabet Kurulu'muz söz konusu Karar'ının 3-a maddesinde, GSM alt yapı hizmetleri pazarında hakim durumda bulunan Türkcell ve Telsim'e ait alt yapıların "Zorunlu Unsur" niteliğinde olduğunun belirlenmesinin esas itibarıyla, ulusal dolaşım konusunda yukarıda verilen yasal yetkiler, mevcut mevzuat ve ilgili sözleşmeler çerçevesinde Telekomünikasyon Kurumu'nca yapılması uygun mütalaa edilmektedir. Diğer taraftan, teorik olarak alternatif unsurun (altyapının) kurulmasının imkansızlığı veya rasyonel olmaması zorunlu unsurun tanımının gereği olması sebebiyle, gerekçe olarak gösterilen; teknik, hukuki ve ekonomik zorlukların mevcut haliyle sabit olup olmadığı tartışmaya açıktır. Başka bir deyişle, dosyada verilen asgari süreden daha kısa bir süreçte, daha büyük ekonomik imkanlar yatırımlara tahsis edilerek benzer altyapının kurulabilirliği tekrar değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme yapılırken "geçici bir süre için "zorunlu unsur" olabilecek roaming altyapısının gerçekten zorunlu unsur olup olmadığı da ayrıca göz önünde tutulmalıdır.

3640 Diğer taraftan, Karar'ın 6.maddesi ile, "ihlale nasıl son verileceğinin ve ilgili pazarlarda rekabetin yeniden tesisi için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışların, telekomünikasyon sektöründe ilgili düzenlemeleri yapmakla görevli Telekomünikasyon Kurumu tarafından saptanmasının yerinde olacağına va anılan Kurum tarafından belirlenecek koşulların Rekabet Kurumu'na iletilmesinin ardından Rekabet Kurulu'nca da benimsenmesi koşuluyla 4054 sayılı Kanun'un 9/1 maddesi doğrultusunda ilgili taraflara bildirilmesi"nin hüküm altına alınması, yukarıda Karar'ın 1.maddesine katılmama gerekçesinde ifade edilen görüşleri kanıtlayıcı niteliktedir.

3650 Yukarıda ifadeden açıkça görüldüğü gibi, sektörde ilgili düzenlemeleri yapmakla görevli olduğu tarafımızca kabul edilen Telekomünikasyon Kurumu'nun yapacağı düzenlemeler hususunda Rekabet Kurumu'nca talimatlandırılması ve hazırlanacak muhtevanın Rekabet Kurumu'nca benimsenmesi halinde (koşuluyla) taraflara uygulanması olarak tarif edilen prosedürden sağlıklı sonuç alınmasının mümkün olmadığı ortadadır. Diğer idarelerin tasarruflarına güvenmeyen, bir mantıkla ifadesini bulan Karar'ın bu maddesi izah edildiği gibi yetki kargaşasının en açık delili olduğu gibi konunun Telekomünikasyon sektöründeki düzenlemeleri yapmakla görevli Telekomünikasyon Kurumu'nca sonuçlandırılması gerektiğini de göstermektedir.

3660

Rıfki ÜNAL
Kurul Üyesi