

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

(Danıştay Kararları Üzerine Verilen)
REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2008-2-253 (Soruşturma)
Karar Sayısı : 14-28/585-253
Karar Tarihi : 13.08.2014

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Üyeler : Kenan TÜRK, Dr. Murat ÇETİNKAYA, Reşit GÜRPINAR,
Fevzi ÖZKAN, Dr. Metin ARSLAN, Doç. Dr. Tahir SARAÇ

B. RAPORTÖRLER: Onur Yelda TOY, Ekrem SOLMAZ, Tuba YEŞİL

C. BAŞVURUDA

BULUNAN : - Avea İletişim Hizmetleri A.Ş.
Temsilcisi: Av. Şahin ARDIYOK
Büyükdere Cad. Bahadır Sok. No:13 River Plaza
34394 Levent/İstanbul

D. HAKKINDA SORUŞTURMA

YAPILAN : - Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.
Temsilcileri: Dr. K.Tahir SU, Dr. Aydın ÖZTUNALI, M. Haluk ARI
Turan Güneş Bulvarı No: 10/20 06550 Yıldız/Ankara

(1) **E. DOSYA KONUSU:** 22.04.2009 tarih 09-07/381-90 sayılı Kurul kararının Danıştay 13. Dairesinin 18.12.2012 tarih ve 2009/5862 E., 2012/3883 K. sayılı kararı ile iptal edilmesi üzerine dosyanın yeniden değerlendirilmesi kapsamında Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin, baz istasyonlarının/kulelerinin kurulmasına ilişkin doğrudan ya da dolaylı tarafı olduğu sözleşmelerde yer alan tek alıcıya sağlama yükümlülüğüne dair münhasırlık hükümleri ile ilgili piyasada rekabeti engelleyerek 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddesini ihlal edip etmediğinin tespiti.

(2) **F. İDDİALARIN ÖZETİ:** Avea İletişim Hizmetleri A.Ş. (Avea) tarafından yapılan başvurularda özetle;

- Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. (Turkcell) ve Turkcell'in %100 kontrolünde bulunan Kule Hizmet ve İşletmecilik A.Ş. (Kule A.Ş.)'nin GSM baz istasyonu ile ses, data ve görüntü aktarımına yarayan diğer cihazların kurulması ve işletilmesi için kullanılacak alanların kiralanmasını konu edinen kira sözleşmelerini, kiralayanın sözleşmeye konu taşınmazı benzer veya aynı maksatla faaliyet gösteren başka bir kişi veya kuruluşa kiraya vermemesi şartı ile imzaladığı,

- İlgili telekomünikasyon mevzuatı ve GSM işletmecileri ile Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) arasında imzalanan imtiyaz sözleşmeleri uyarınca, ilgili pazarda faaliyet gösteren GSM işletmecilerinin belirli kapsama ve hizmet kalitesi yükümlülüklerine tabi oldukları, söz konusu yükümlülüklerini yerine getirebilmelerinin ancak baz istasyonlarının kurulması ile mümkün olabileceği,

- Baz istasyonlarının kurulmasının iki şekilde sağlanabildiği, bunlardan birincisinin baz istasyonu kurulabilmesine elverişli alanların (örneğin bina çatıları) taşınmaz sahiplerinden kiralanması ve işletmecinin sahip olduğu baz istasyonlarını bu alanlara yerleştirilmesi şeklinde gerçekleştirildiği, ikinci yöntemin ise tesis paylaşımı olduğu, tesis paylaşımı hususunun "Ortak Yerleşim ve Tesis Paylaşımı Tebliği" çerçevesinde BTK tarafından düzenlendiği, Avea'nın ilgili mevzuat uyarınca tesis paylaşımı yükümlüsü olan

Turkcell'den 2006 yılından bu yana tesis paylaşımı taleplerinde bulunduğu, ancak Turkcell'in mülkiyetinde bulunan kulelerin Avea tarafından kullanımına izin vermediği,

- Kurulduğu alan için kapsama sağlayan baz istasyonlarının verimli olarak kurulup işletilebilmesinde hangi alana kuruldukları ve bu alanların konumunun büyük önem taşıdığı, çoğu zaman bir baz istasyonunun yapılan detaylı analiz ve hesaplamalar sonucu belirlenen tek bir noktaya kurulmasının hizmet sunumu için zorunluluk haline geldiği, alternatif alanların olduğu hallerde ise bu alanların kiralanmasının birçok bürokratik, çevresel ve prosedürel zorluklar sebebiyle çoğu zaman kolay olmayabildiği,

- Bütün bu zorluklara rağmen, Turkcell ve Kule A.Ş.'nin söz konusu alanların kiralanmasına ilişkin sözleşmelere, bu taşınmazların diğer GSM işletmecilerine kiralanmayacağına ilişkin hükümler koyduğu ve bu alanlara Avea'nın ekipmanlarını yerleştirmesini imkansızlaştırdığı,

- Turkcell tarafından getirilen münhasır tahsis hükmünün herhangi objektif ve rasyonel bir gerekçesinin de bulunmadığı, piyasada faaliyet gösteren her üç GSM operatörünün baz istasyonlarının farklı bantlardan servis vermeleri sebebiyle aynı lokasyonda bir arada olmasında bir sakınca bulunmadığı,

- Turkcell ve Kule A.Ş.'nin tek alıcıya sağlama yükümlülüğü içeren ve dikey nitelik taşıyan şikâyet konusu sözleşmelerinin, Turkcell'in mobil elektronik haberleşme pazarındaki %40'ı aşan pazar payı sebebiyle 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin sağladığı grup muafiyetinden yararlanamayacağı ve bu suretle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca hukuka aykırı olduğu,

- Gerek GSM altyapı hizmetleri pazarında gerekse GSM hizmetleri pazarında hakim durumda olan Turkcell'in şikâyete konu eylemleri aracılığıyla Kanun'un 6. maddesine aykırı olacak şekilde hakim durumunu kötüye kullandığı

iddia edilmektedir.

- (3) **G. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 30.07.2008 tarih, 4868 sayı ve 29.12.2008 tarih, 8425 sayı ile giren başvurular üzerine hazırlanan 10.04.2009 tarih ve 2008-2-253/ÖA-09-İA sayılı Öneri Raporu, 22.04.2009 tarihli Kurul toplantısında görüşülmüş ve 09-17/381-90 sayı ile Turkcell hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikâyetin reddine karar verilmiştir.
- (4) Danıştay 13. Dairesi 13.02.2012 tarih ve 2009/5862 E., 2012/3883 K. sayı ile dosya konusu iddialara ilişkin olarak "*öneri sürecinde şikâyetin reddine yönelik dava konusu Kurul kararında hukuka uyarlık görülmediği*" gerekçesiyle söz konusu Kurul kararının iptaline karar vermiştir. İptal kararı uyarınca 13.08.2013 tarih ve 13-47/628-M sayılı Kurul kararı ile Turkcell hakkında soruşturma açılmıştır.
- (5) 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesi ikinci fıkrası uyarınca, soruşturma kararı ve ileri sürülen iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilgi, 27.08.2013 tarih ve 9795 sayılı yazı ile Turkcell'e tebliğ edilerek 30 gün içinde ilk yazılı savunmasının iletilmesi talep edilmiştir. Teşebbüsün ilk yazılı savunması Kurum kayıtlarına 03.10.2013 tarih ve 6920 sayı ile süresi içinde intikal etmiştir.
- (6) Dosya kapsamında Bilgi ve İletişim Teknolojileri Kurumundan (BTK) talep edilen görüş 27.12.2013 tarih ve 8610 sayılı yazı ile Kurum kayıtlarına girmiştir.
- (7) 09.01.2014 tarih ve 2008-2-253/BN sayılı Bilgi Notu Kurulun 16.01.2014 tarihli toplantısında görüşülerek, soruşturmanın süresinin bitiminden itibaren iki ay uzatılmasına 14-02/47-M sayı ile karar verilmiştir.
- (8) Soruşturma Heyeti tarafından hazırlanan 14.04.2014 tarih ve 2008-2-253/SR sayılı Soruşturma Raporu ve ekleri, 4054 sayılı Kanun'un 45. maddesi birinci fıkrası uyarınca

Kurul üyeleri ile ilgili teşebbüse tebliğ edilmiş ve aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca Turkcell'den 30 gün içinde yazılı savunmasını yapması talep edilmiştir.

- (9) Yasal süresi içinde Kurum kayıtlarına giren yazılı savunmaya ilişkin Soruşturma Heyeti'nin görüşlerini içeren Ek Görüş, aynı Kanun'un 45. maddesi uyarınca Rekabet Kurulu üyeleri ile Turkcell'e gönderilmiştir. Turkcell tarafından Kuruma Ek Görüş'e karşı yazılı savunma gönderilmemiş ve sürece ilişkin yasal süre 10.07.2014 tarihinde sona ermiştir. Turkcell dosya kapsamında sözlü savunma toplantısı yapılması talebinde bulunmamıştır.
- (10) Kurulun 07.08.2014 tarihli toplantısında, 4054 sayılı Kanun'un 46. maddesine göre sözlü savunma toplantısı yapılmasına gerek olmadığına karar verilmiş, nihai karar toplantısı ise 13.08.2014 tarihinde yapılmıştır.
- (11) **H. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda; Turkcell'in 2006-2010 döneminde GSM hizmetleri pazarında hakim durumda bulunduğu; Turkcell'in baz istasyonlarının/kulelerinin kurulumuna ilişkin doğrudan ya da Kule A.Ş. üzerinden dolaylı olarak tarafı olduğu kira sözleşmelerine koyduğu münhasır tahsis düzenlemeleriyle 2006 yılından 2013 yılının 6. ayı sonuna kadar olan dönemde rakiplerinin faaliyetini zorlaştırmak suretiyle GSM hizmetleri pazarındaki rekabeti kısıtladığına, dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiğine yönelik olarak bilgi, belge ve bulgunun mevcut olmadığı ifade edilmiştir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. Avea'nın Ek Beyanlarını İçeren Yazı

- (12) Kurum kayıtlarına 24.01.2014 tarih ve 516 sayı ile giren ve Avea'nın dosya konusuna ilişkin ek beyanlarını içeren yazıda özetle;
- Rekabet Kurulunun Turkcell uygulamalarını sadece günümüz koşullarına göre değil, şikâyet konusu dönemin koşulları çerçevesinde de incelemesi gerektiği,
 - Dosya kapsamında ilgili ürün pazarlarının; üst pazar için "*baz istasyonu yeri kiralama hizmetleri pazarı*", alt pazar için ise "*mobil elektronik haberleşme hizmetleri pazarı*" olarak tanımlanması gerektiği,
 - Üst pazar açısından tesis paylaşımı suretiyle baz istasyonu kurmanın, taşınmaz kiralamak suretiyle baz istasyonu kurmak ile ikame kabul edilemeyeceği, zira uygulamada "Ortak Yerleşim ve Tesis Paylaşımına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ" in öngördüğü paylaşım modelinin her seferinde kulelerin paylaşımı olarak nitelendirildiği, bu noktada söz konusu Tebliğ'in bina ve çatı üstü baz istasyonlarının paylaşımını da öngördüğü veya bu paylaşım modelini de içine aldığı şeklinde bir değerlendirmenin gerçek durumu yansıtmayacağı, zira fiiliyatta söz konusu Tebliğ uyarınca yapılan paylaşım taleplerinin yalnızca kulelerin paylaşımı çerçevesinde değerlendirildiği, hiçbir şekilde bina ve çatı üstü baz istasyonlarının paylaşımı bakımından kullanılmadığı, dolayısıyla söz konusu Tebliğ'in bina ve çatı üstlerine kurulu baz istasyonlarının paylaşımı kapsamında da kullanılabilmesi yönündeki iddiaların fiili dayanaktan yoksun olduğu, Danıştay'ın iptal kararında Rekabet Kurulunun, BTK düzenlemelerinin olası etkilerini değil, uygulamasını göz önünde tutması gerektiğinin açıkça ifade edildiği,
 - Üst pazarın sınırlarının kapasite ve kapsamaya ilişkin kaygılar dolayısıyla son derece dar tutulması gerektiği, bir bölgede baz istasyonu kurulumuna müsait birden fazla taşınmaz bulursa bile, bu taşınmazlar arasında da sinyal kalitesi, haberleşme imkanı, mali koşullar vb. konularda bir eşdeğerliğin söz konusu olmadığı, Turkcell'in abone sayısı rakiplerinden fazla olduğu için baz istasyonu sayısını rakiplerinden daha önce artırdığı, bunun ise bir bölgede genel olarak ilk baz istasyonunun Turkcell tarafından kurulmasına ve baz istasyonu kurulumuna en uygun taşınmaza ilişkin münhasır anlaşma imkanının Turkcell tarafından kullanılabilmesine işaret ettiği,

14-28/585-253

- Bu noktada incelenmesi gereken konunun, Turkcell'in münhasır olarak baz istasyonu kurduğu taşınmazlar dışında alternatif taşınmazlar olup olmadığından ziyade, neden Turkcell'in münhasır anlaşma yapmayı tercih ettiği hususu olduğu,

- Turkcell tarafından sözleşmelere eklenen münhasırlığın üst pazarda yarattığı kapama etkisi neticesinde Avea'nın alt pazardaki faaliyetlerinin ciddi derecede zorlaştığı ve Avea'nın bu pazarda artan maliyetler ve düşen marka algısı nedeniyle zarar gördüğü,

belirtilerek, Kanun'un 4. maddesine aykırılık teşkil eden şikâyet konusu sözleşme ve uygulamaların aynı Kanun'un 5. maddesi uyarınca bireysel muafiyet koşullarını da taşımadığı iddia edilmektedir.

I.2. İlgili Pazar

- (13) Baz istasyonları, operatörlerin abonelerine hizmet verebilmeleri için gerekli olan temel altyapıyı oluşturmada ve yaygınlıkları sunulan hizmetin kalitesini etkilemektedir. Tüketicilerin tercihlerinde, fiyatlarla birlikte operatörlerin kapsama alanı ve hizmet kalitesi en etkili faktörler arasında olduğundan operatörlerin baz istasyonu yaygınlığı, operatörler arasındaki rekabetin bir unsurunu oluşturmaktadır.
- (14) Baz istasyonlarının üzerine kurulacağı taşınmazlar, operatörlerin sundukları GSM hizmetlerinin bir girdisi olarak değerlendirilebilecektir. Bu çerçevede, Turkcell'in kira sözleşmelerinde yer verdiği münhasır tahsis düzenlemelerinin rakiplerin bu girdiye (taşınmaza) ulaşmalarını zorlaştırmak ya da ilgili girdiye ulaşma maliyetlerini artırmak suretiyle hangi pazardaki rekabeti kısıtlamasının olası olduğunun dikkate alınması gerekmektedir. Dosya konusu iddialar temel alındığında, rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılarak, rekabetin kısıtlandığının ileri sürüldüğü pazarın temel olarak GSM hizmetleri pazarı olduğu anlaşılmaktadır.
- (15) Diğer yandan farklı dosyaların içerdiği iddialara göre çok daha dar pazar tanımları gündeme gelebilecek olmakla birlikte, baz istasyonlarının operatörlerin altyapısını oluşturduğu ve bu altyapı üzerinden operatörlerin abonelerine ses, veri, görüntü ve kısa mesaj iletimi ile katma değerli mobil telekomünikasyon hizmetleri gibi birçok farklı türde hizmeti sundukları dikkate alınarak, ilgili ürün pazarı bir bütün olarak "GSM hizmetleri pazarı"; ilgili coğrafi pazar ise "Türkiye" olarak belirlenmiştir.

I.3. İşletmecilerin Kira Sözleşmeleri

- (16) Turkcell'in baz istasyonu kurmak amacıyla 2006 yılından bu yana taşınmaz sahipleriyle imzaladığı sözleşmeler incelendiğinde, öncelikle taşınmazın hangi amaçla kiralandığına bağlı olarak farklı tip ve içerikteki sözleşmelerle karşılaşılmaktadır. Sözleşmeleri içerik ve tip olarak farklılaştıran ikinci bir unsur ise imzalandıkları dönemdir. Diğer yandan dönemler bazında çoğunlukla aynı tipte sözleşmeler kullanılsa da, uygulamada mülk sahipleriyle imzalanan sözleşmelerin tümü imzalandığı dönem itibarıyla Turkcell tarafından duyurulan güncel sözleşme metinleriyle aynı içerikte değildir. Kamu kurum ve kuruluşları (Orman Bakanlığı, Hazine vb.) ile belediyeler tarafından kiralanan alanlar için bu kurum ve kuruluşlarca kurgulanmış, Turkcell tarafından kurgulanmamış sözleşme tipleri kullanılmakta, ayrıca bazı durumlarda taşınmaz sahiplerinin farklı düzenlemeleri önermeleri de söz konusu olabilmektedir.
- (17) Turkcell'in münhasır tahsis düzenlemesi içeren kira sözleşmelerinde "münhasır tahsis"; *"Kiralayan işbu sözleşmeye konu olan mecuru aynı maksatla ve aynı amaçla faaliyet gösteren başka bir şirket, kişi kurum veya kuruluşa kiraya vermeyeceğini şimdiden kabul ve taahhüt eder..."* şeklinde ifade edilmektedir. Turkcell'in sözleşme örnekleri incelendiğinde ve hangi sözleşme tiplerinin hangi dönemde imzalandığına ilişkin bilgiler dikkate alındığında, 01.01.2006 tarihinden başlayıp 19.08.2011 tarihine kadar olan süreçte imzalanan matbu yeni kira sözleşmelerinde münhasır tahsis düzenlemesine

büyük ölçüde yer verildiği anlaşılmaktadır. Turkcell'in 19.08.2011 tarihinden sonra belli bir taşınmaz sahibiyle ilk defa imzalanan yeni kira sözleşmelerinde ise münhasır tahsis hükmünün büyük ölçüde bulunmadığı görülmektedir.

- (18) Münhasır tahsis hükmü içeren Turkcell kira sözleşmeleri incelendiğinde, farklılaşabilmekle birlikte, süresinin çoğunlukla (.....) yıl olduğu görülmektedir. Sürenin bitiminden (.....) ay evvel taraflardan herhangi biri sözleşmeyi feshettiğini diğer tarafa ihbar etmedikçe sözleşme aynı şartlar ve süre ile uzamış sayılmaktadır. Kiraya verenin münhasır tahsis hükmüne uymamasının sonucu ise çoğunlukla, doğabilecek tüm zarar ve ziyan ile birlikte kararlaştırılan yıllık kira bedelinin (.....) katını cezai şart olarak ödemesi şeklinde düzenlenmiştir.
- (19) Kule A.Ş.'nin ise 2013 yılı Nisan ayına kadar imzaladığı ve resmi kurum ve kuruluşlarla yapılanların dışındaki kira sözleşmelerinde münhasır tahsis düzenlemesinin büyük ölçüde yer aldığı anlaşılmaktadır. Kule A.Ş. sözleşme örneklerinden Nisan 2013 sonrasında belli bir taşınmaz sahibiyle ilk defa imzalanan yeni kira sözleşmelerinde münhasır tahsis hükmünün büyük ölçüde bulunmadığı görülmektedir. Ayrıca, Kule A.Ş.'nin 2013 yılı itibarıyla etkin olarak faaliyet göstermeye başladığı bina üstü kiralama işlemleri bakımından imzaladığı sözleşmelerinde de münhasırlık olarak yorumlanabilecek herhangi bir düzenlemeye yer verilmemektedir.
- (20) Vodafone'un baz istasyonu kurmak amacıyla imzaladığı kira sözleşmelerine ilişkin verdiği bilgiler ise münhasır tahsis maddesinin Telsim döneminden devralınan standart kira sözleşmelerinde bulunduğu ve 2006 yılından 04.02.2008 tarihine kadar yaklaşık iki yıl süre ile kira sözleşmelerinde yer aldığı yönündedir. Vodafone'un sözleşme örnekleri incelendiğinde, münhasır tahsis düzenlemesi içeren sözleşmelerde bu düzenlemeye aykırı davranışlar için öngörülen cezai bedelin sözleşme ile öngörülen kira süresine ilişkin toplam kira bedelinin (.....) katı olduğu, 04.02.2008 tarihinden sonra imzalanan sözleşmelerde münhasır tahsis düzenlemesinin bulunmadığı, genel olarak (.....) yıl ya da daha uzun süreli olarak bağitlanan sözleşmelerin sürenin bitiminde feshedilmediği takdirde aynı süre için uzadığı görülmektedir.
- (21) Avea'nın baz istasyonu kurmak amacıyla imzaladığı kira sözleşmelerine ilişkin verdiği bilgiler ve sözleşme örneklerinden, 2006 yılında kullanılan iki sözleşme tipinden birinde; 2007-2012 yılları arasında kullanılan iki sözleşme tipinden yine birinde ve 2013 yılında kullanılan sözleşme tipinde münhasır tahsis hükmünün yer aldığı görülmektedir. Avea'nın sunduğu sözleşme örnekleri çoğunlukla (.....) yıl ya da daha uzun süreler için imzalanmıştır. Avea sözleşmelerinde de, süresinin bitiminden önce feshedilmediği takdirde kendiliğinden aynı şartlarda ve aynı süre için uzayacağı düzenlenmiştir. 2007-2013 döneminde imzalanan sözleşmelerde kiralayanın sözleşmeden kaynaklı yükümlülüklerine uymamasının ya da münhasır tahsis düzenlemesine uymamasının cezai müeyyidesi ise doğmuş ya da doğabilecek tüm zarar ve ziyanın yanı sıra yıllık kira bedelinin (.....) katı oranındaki ceza bedelidir.

1.4. Hakim Durum Değerlendirmesi

- (22) Düzenlemeye tabi bir pazar olan GSM hizmetleri alanında faaliyet gösterebilmek için işletmecilere kıt kaynak tahsisi zorunlu bir unsurdur. Kıt kaynak tahsisi; işletmeci ile BTK arasında bir imtiyaz sözleşmesinin imzalanmasını gerektirmektedir. Bu kapsamda imtiyaz sözleşmesi imzalamış olan işletmeciler Turkcell, Avea ve Vodafone'dur.
- (23) Lisans bedelinin yanı sıra yüksek maliyetli altyapı yatırımlarının gerekliliği, bu alanda girişleri engelleyen bir diğer unsurdur. GSM operatörlerinin 2006-2013 yılları arasında yıllık yaklaşık 1,5-2,5 milyar TL civarında yatırım yaptığı, 2009 yılında bu rakamın yaklaşık 5,5 milyar TL seviyesine ulaştığı görülmektedir. Pazara girişleri zorlaştıran bir diğer unsur şebeke dışlılıklarıdır. Bu durum, şebeke dışı erişim maliyetlerinin büyük şebekeye sahip

operatör bakımından düşük, küçük şebekeye sahip operatör bakımından yüksek olması sonucunu doğurmaktadır. Ek olarak pazarda abone edinme ve reklam harcamaları da yüksektir.

- (24) Piyasanın bu özellikleri potansiyel oyuncuların yanı sıra mevcut oyuncular bakımından da etki doğurmaktadır. Piyasa yapısı pazar gücüne sahip oyuncu ile diğer oyuncular arasındaki asimetriyi artırıcı bir yapı sergilemektedir. Pazardaki oyuncuların karlılıkları incelendiğinde, Vodafone ve Avea'nın son yedi yıllık dönemde pozitif kar elde edemediği dikkat çekmektedir. Bu durum Turkcell ve rakipleri arasındaki asimetriyi ortaya koymaktadır.
- (25) Turkcell'in GSM hizmetleri pazarındaki ciro açısından pazar payı 2006-2012 yılları arasında %(.), 2013 yılında ise %(.)'dir. İlgili pazarda ikinci durumda bulunan Vodafone'un 2006-2012 yılları pazar payının, Turkcell'in ilgili yıllardaki pazar payının (.) olduğu görülmektedir.
- (26) GSM hizmetleri pazarına ilişkin yasal düzenlemeler, lisans elde etme maliyetleri, yüksek yatırım maliyetleri, ağ dışsallıkları, yüksek reklam, lansman ve abone tutundurma harcamaları ile Turkcell'in ilgili pazardaki pazar payı ile rakipleri karşısındaki bu açıdan görece konumu birlikte değerlendirildiğinde, Turkcell'in, 2006-2010 döneminde "GSM hizmetleri" pazarında hakim durumda olduğu sonucuna varılmıştır. Diğer yandan, Turkcell'in 4054 sayılı Kanun'u hangi dönemde ihlal ettiğine ilişkin Avea iddiaları da dikkate alınarak, 2011 ve sonrasındaki döneme ilişkin olarak Turkcell'in hakim durumda olduğuna ilişkin kesin bir tespit yapılmamış ve dosya konusu iddialar, teşebbüsün bu dönemde de hakim durumda olmaya devam ettiği varsayımı altında değerlendirilmiştir.

J. YAPILAN TESPİTLER, GEREKÇE VE HUKUKİ DAYANAK

- (27) 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde; belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerinin hukuka aykırı ve yasak olduğu hükmü yer almaktadır. Bu kapsamda dosya mevcudu bilgilerden; Turkcell ile söz konusu kira sözleşmelerini imzalayan tarafların teşebbüs statüsünü haiz olup olmadığının incelendiği ve ilgili hukuki varlığın çeşitli alanlardaki faaliyetlerinin ekonomik bir faaliyet teşkil edip etmediğinden ziyade, inceleme konusu eylemin ekonomik bir faaliyet çerçevesinde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin değerlendirilmesi gerekliliği bakımından, kiraya verenlerin söz konusu taşınmazları operatörlere kiralamak üzere edinmedikleri, bu amaçla herhangi bir yatırım ve harcama yapmadıkları, dolayısıyla herhangi bir finansal risk almadıkları, kiralama sonucunda elde edilen bedelin mal veya hizmet üretimi, satımı, pazarlaması sonucunda elde edilen bir gelirden ziyade gayrimenkul sermaye iradı niteliğinde olduğu ve kiralama işlemlerinin arızeli niteliği dikkate alınarak, baz istasyonlarının/kulelerinin kurulumu amacıyla bina ve arazilerin kiraya verilmesi eyleminin, ekonomik bir faaliyet olarak değerlendirilemeyeceği, dolayısıyla Turkcell/Kule A.Ş. ile kira sözleşmesi imzalayan tarafların salt söz konusu kiraya verme faaliyetlerinden dolayı teşebbüs olarak nitelendirilemeyecekleri kanaatine varılmıştır.
- (28) Bununla birlikte, kiraya verenlerin teşebbüs niteliğini haiz olup olmamaları dosya konusu iddialar bakımından 4054 sayılı Kanun çerçevesinde ulaşılan sonucu etkiler nitelikte değildir. Nitekim, hem hakim durumun kötüye kullanılmasının yasaklanmasına, hem de rekabeti kısıtlayıcı danışıklı ilişkilerin yasaklanmasına yönelik düzenlemeler aynı amacı; etkin rekabetin korunması amacını güttüklerinden, taraflarından biri hakim durumda bulunan teşebbüsler arası ilişkilere aynı anda hem 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin hem de 6. maddesinin uygulanması mümkündür. Bu nedenle dosya konusu iddialar 4054

14-28/585-253

sayılı Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde kötüye kullanma olup olmadığı açısından da ele alınmıştır.

- (29) Baz istasyonları mobil operatörlerin temel altyapı unsurlarıdır. Mobil operatörler GSM hizmetlerini bu altyapıyı kullanarak sunmaktadır. GSM operatörlerinin baz istasyonu yaygınlıkları bir taraftan imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan kapsama ve kalite yükümlülüklerini karşılayabilmeleri açısından önemliyken, bir taraftan da hizmet kaliteleri üzerindeki etkileriyle sundukları GSM hizmetleri bakımından operatörler arası rekabetin de bir unsurudur.
- (30) Operatörlerden alınan veriler doğrultusunda işletmecilerin yıllar bazında sahip oldukları baz istasyonu sayıları incelendiğinde; 2013 yılının ilk altı ayının sonu itibarıyla Turkcell'in rakiplerine göre yaklaşık (.....) daha fazla sahaya sahip olduğu ve her üç operatörün de saha sayılarının düzenli bir şekilde arttığı görülmektedir. Aşağıdaki tabloda ise operatörlerin ilgili yılın sonu itibarıyla sahip oldukları saha sayıları bakımından payları sunulmaktadır.

Tablo 1: Operatörlerin Baz İstasyonu Sayıları Bakımından Payları (%)

Dönem	Turkcell	Vodafone	Avea	Toplam
2006	(.....)	(.....)	(.....)	100
2007	(.....)	(.....)	(.....)	100
2008	(.....)	(.....)	(.....)	100
2009	(.....)	(.....)	(.....)	100
2010	(.....)	(.....)	(.....)	100
2011	(.....)	(.....)	(.....)	100
2012	(.....)	(.....)	(.....)	100
2013/ 6 ay	(.....)	(.....)	(.....)	100

- (31) Tablodan görüldüğü üzere incelenen dönemde Turkcell'in toplam sahalardan aldığı pay istikrarlı bir şekilde azalırken rakiplerinin payları artmıştır. 2006 yılından 2013 yılının ilk altı aylık dönemine kadar olan süreçte, Turkcell'in toplam sahalardan aldığı pay yaklaşık (.....) puan (.....) Vodafone ve Avea'nın payları sırasıyla (.....) ve (.....) puan artmıştır. Bu verilerden incelenen dönemde Avea ve Vodafone'un baz istasyonu sayılarını Turkcell'e göre daha (.....) anlaşılmaktadır.
- (32) Mobil operatörlerin altyapılarının temel unsurunu oluşturan baz istasyonlarının üzerine kurulacak taşınmazların (bina, arazi), operatörlerin sundukları GSM hizmetlerinin bir girdisi olarak değerlendirilmesi mümkündür. Dolayısıyla, Turkcell taşınmaz sahipleriyle yaptığı kira sözleşmelerine münhasır tahsis hükmü koyarak, aynı taşınmazın rakipleri tarafından kullanılmasını engellemiş ve ilgili taşınmazı, bir anlamda ilgili girdiyi (taşınmaz bazında) kendine ayırmış olmaktadır. Bu çerçevede Turkcell'in kira sözleşmelerinde yer verdiği münhasır tahsis düzenlemelerinin rakiplerinin bu girdiye (taşınmaza) ulaşmalarını zorlaştırmak ya da ilgili girdiye ulaşma maliyetlerini artırmak suretiyle alt pazardaki diğer bir deyişle GSM hizmetleri pazarındaki rekabeti kısıtlayıp kısıtlamadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.
- (33) Hakim durumdaki bir firmanın rakiplerinin girdi maliyetlerini, sınırlı miktardaki bir girdiyi ihtiyacından fazla satın alarak (aşırı alım) ya da önceden kendine ayırarak artırmaya teşebbüs etmesi olasıdır. Bu çerçevede, Turkcell'in incelenen bu uygulamasının rekabet üzerindeki etkilerinin belirlenmesi; baz istasyonu kurulacak taşınmazların sınırlı miktarda, kıt kaynak niteliğinde olup olmadığının, diğer bir deyişle rakip operatörlerin baz istasyonu kurmak üzere alternatif taşınmazlar bulmalarının ne ölçüde olanaklı olduğunun ve belli bir taşınmazın üzerine baz istasyonu kurmaya ilişkin alternatif yöntemlerin değerlendirilmesini gerektirmektedir.
- (34) Alternatiflerin varlığı ya da yokluğunun değerlendirilmesinde baz istasyonlarının kapsama mesafeleri ve bu mesafeyi etkileyen unsurlar önemlidir. Bir baz istasyonu ve bu baz

istasyonunun kapsadığı coğrafik alan bir hücreyi oluşturmaktadır. Operatörlerin hücre yapıları, her bir hücrenin altıgen kapsama sağladığı kabulü altında, altıgen şekilli hücrelerden oluşan bal peteği yapısıyla simgelenmektedir.

- (35) Baz istasyonlarının kapsama alanlarını etkileyen başlıca unsur, kapsanması hedeflenen alandaki abone sayısı ya da trafik miktarıdır. Her bir baz istasyonu ortalamada aynı anda ancak belli sayıda (ortalama 150 abone) abonenin konuşmasına olanak sağlayabildiğinden, abone sayısının ve trafiğin yoğun olduğu alanlarda kapsama mesafesi (hücre yarıçapı) dolayısıyla kapsama alanı küçülmektedir. Operatörlerin böylesi alanlarda baz istasyonu sıklıklarının artırmaları gerekmekte ve baz istasyonları arasındaki mesafeler, diğer bir deyişle sahalar arasındaki mesafeler azalmaktadır. Her bir baz istasyonu konuşturabileceği abone sayısı ile kısıtlı bir alana hizmet verdiğinden, hücre sayısı arttıkça aynı anda konuşabilen abone sayısı da artmaktadır.
- (36) BTK yazısında, bir baz istasyonunun kapsama mesafesini, dolayısıyla alanını etkileyen; kapsanması hedeflenen alanın nüfus yoğunluğu/abone yoğunluğu bakımından yapısı, frekans, baz istasyonu anten yüksekliği, mobil terminal anten yüksekliği, verici gücü, alıcı hassasiyeti, verici ve alıcı anten kazançları gibi değişkenlerin kapsama alanı/yarıçapı üzerindeki etkilerine ilişkin hata modeli kullanılarak yapılan hesaplamalara yer verilmektedir. Bu bilgilere göre, diğer değişkenler sabit tutulduğunda, frekansın ve alıcı hassasiyetinin artışına bağlı olarak kapsama mesafesi/yarıçapı azalmakta, anten yüksekliğinin, verici gücünün artmasıyla kapsama mesafesi/yarıçapı artmaktadır. BTK'nın verdiği bilgilere göre şehir ve kırsal alan ayırımında baz istasyonlarının ortalama kapsama yarıçapları sırasıyla 300-5000 m ile 5000-35000 m'dir. Avea tarafından sunulan bilgilere göre, baz istasyonlarının ortalama kapsama yarıçapları; yoğun şehirlerde (.....) m; şehirlerde (.....) m; şehir dışında (.....) m; kırsalda (.....) m'dir. Vodafone'un verdiği bilgilere göre, baz istasyonlarının kapsama mesafesini etkileyen unsurlar ise, BTK ve diğer operatörlerin verdiği bilgilere benzer şekilde, nüfus/abone yoğunluğu, coğrafik koşullar (dağ, deniz, vadi, göl, ova gibi coğrafik koşullar), bina yoğunluk ve yükseklik yapısı, kurulacak sahanın radyo yayılımını etkileyen özellikleri (anten yüksekliği, anten tipi, anten montaj tipi gibi) dir. Vodafone'un verdiği bilgiler dar sokaklı, sık binaların olduğu alanlarda sahalar arası mesafenin (.....) metreye kadar düşebildiği, bununla birlikte açık alanlarda, deniz, göl gibi etkilerin bulunması halinde sahaların kapsadığı mesafenin (.....) km'ye kadar çıkabildiği yönündedir.
- (37) BTK'nın verdiği bilgilere göre; *“...belli bir taşınmazın üzerinde kurulu bir baz istasyonu aktif durumda iken, söz konusu baz istasyonu ile benzer kapsama alanına sahip olabilecek farklı bir baz istasyonu için bulunabilecek alternatif taşınmazın mesafesi kapsanacak alanın büyüklüğü, (örneğin 5 km yarıçaplı bir alan kapsanacaksa, baz istasyonu kurulacak yerin önceden kurulu bulunan baz istasyonunun yakınlarındaki binalar olacak iken, sadece bir sokak boyunun veya dar bir ölü bölgenin kapsanmak istenmesi durumunda, alternatif o oranda azalmaktadır) söz konusu alandaki muhtemel kullanıcı sayısı, tahmini trafik miktarı ve kapsanması planlanan bölgedeki bina yoğunluğu/çevrenin coğrafi yapısına göre değişiklik göstermektedir.”*
- (38) Vodafone ise, mevcut baz istasyonu ile benzer kapsamayı sağlayabilecek alternatif lokasyonların bazı durumlarda mümkün olmadığını belirtmekte, bu durumlar için; i) sahanın kurulduğu binanın, bulunduğu alanda en yüksek, en alçak bina olması, ii) kapsanmak istenen özel alanlar olması ve bu alana görüşü olan tek bir binanın olması, iii) diğer alternatiflerin mera, sit/askeri alan gibi özel durumda bulunması iv) çevresel tepkiler nedeniyle başka alternatifin olmaması örneklerini vermektedir.
- (39) Avea'dan elde edilen bilgilere göre, belli bir taşınmazın üzerinde kurulu bir baz istasyonu mevcut iken, bu baz istasyonu ile benzer kapsama alanına sahip olabilecek şekilde ikinci bir taşınmaz bulmanın çoğu zaman bina yüksekliklerindeki farklılıklar, anten açılarının

açıklıklarındaki farklılıklar ve kapsamanın hedeflendiği alanı direk görüş farklılıkları gibi sebeplerden mümkün olmadığı, belediyeler ile sorun yaşanmayan, halk tepkisi/çevre tepkisi ile karşılaşılmayan ve fiziksel koşulların aynı olduğu (baz istasyonunun bulunduğu binanın yüksekliği alternatif bina ile aynı ise) şehir merkezlerinde (.....) m, şehir merkezi dışında düz alanda (.....) m, tepelik bir alanda (.....) m içerisinde alternatif aranabileceği yönündedir.

- (40) Avea'nın şikayetine ilişkin ek açıklamalarını içeren yazısında, Turkcell'in pazara ilk giren avantajları ve abone sayısının rakiplerinden daha fazla olması nedeniyle baz istasyonu sayısını rakiplerinden daha önce artırdığı, bunun ise bölgede genel olarak ilk baz istasyonunun Turkcell tarafından kurulması sonucunu doğurduğu, dolayısıyla en uygun (optimum) taşınmazla ilk Turkcell tarafından temas edilerek münhasır anlaşma imkanının kullanıldığı, Turkcell'in pazara ilk giren avantajını kullanmak suretiyle oldukça az sayıda bulunan baz istasyonu kurmaya elverişli yerleri münhasır olarak kiralarak rakiplerinin kritik noktalara girişini engellediği ya da bu noktalara alternatif sayılabilecek diğer az sayıda noktaya girişlerinin maliyetini mümkün olduğunca artırdığı belirtilmektedir.
- (41) Operatörlerden ve BTK'dan alınan yukarıdaki bilgiler çerçevesinde konu öncelikle, Turkcell'in hedeflenen kapsamayı sağlamak açısından "en optimum", "en elverişli", "en kritik" taşınmazları münhasıran kiraladığı ve bu taşınmazların alternatifinin olmadığı ya da çok az sayıda olduğu yönündeki Avea iddiaları doğrultusunda değerlendirildiğinde, bu iddialar Turkcell'in hücre planlaması çerçevesinde Turkcell için en optimum olan taşınmazın, aynı zamanda Avea'nın hücre planlaması çerçevesinde Avea için en optimum nokta olduğunun kabul edilmesini gerektirmektedir. Oysa kurulacak bir baz istasyonunun yerinin seçiminde bal peteği şeklindeki hücre yapısı çerçevesinde komşu hücrelerin ve kapsadıkları alanların öncelikle dikkate alınması gerektiği açıktır. Operatörler hücrelerini, hücreler arası geçişi sağlayacak; ancak birbirine komşu baz istasyonlarının kapsama alanlarının (komşu hücrelerin) bunun ötesinde çakışmasını engelleyecek şekilde planlamak durumundadır. Dolayısıyla bir operatörün, kuracağı baz istasyonunun lokasyonunu belirlerken komşu baz istasyonlarının konumunu ve kapsama/hizmet alanlarını (komşu hücreleri) göz ardı etmesi beklenmemektedir.
- (42) Salt hedeflenen kapsamayı sağlamak bakımından Turkcell'in kiraladığı taşınmazların Avea için de "en optimum", "en elverişli", "en kritik" noktalar olabilmeleri için, Turkcell ile Avea'nın hücre yapılarının neredeyse üst üste çakışması gerektiği, oysa gerek abone sayısı, kapsama ve kapasite gereksinimlerinin işletmecilerin hücre gelişimlerini farklılaştırması, gerekse 900 MHz frekansında faaliyet gösteren Turkcell ve Vodafone'un aksine Avea'nın 1800 MHz frekansında faaliyet göstermesi ve daha sonra değerlendirilecek olan operatörlerin birbirlerinden paylaşım talep ve paylaşım sayılarına ilişkin veriler doğrultusunda, Avea ve Turkcell'in hücre yapılarının bu derecede örtüşmesinin makul olmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla Turkcell'in kullanımında olan bir taşınmazın Avea için bir alternatif oluşturabileceği, ancak bu noktanın hedeflenen kapsamayı sağlama bakımından Avea için de "en optimum", "en kritik", "alternatifsiz" nokta olduğundan söz edilemeyeceği kanaatine ulaşılmıştır.
- (43) Nitekim Avea'nın Rekabet Kurumuna sunduğu, GSM'de şehir içlerindeki sahaların birbirine daha yakın olması zaruretinin kırsal alan kapsamasına göre şehirlerde uygun lokasyon teminindeki zorlukları gösterdiği ve teknik gereklilikleri saklı tutmak kaydıyla sahalar arası mesafenin 200 m'ye kadar düştüğü, şehir merkezlerinde kullanılmayan bir binanın alternatifinin çoğu zaman bir ya da iki elin parmaklarını geç(e)meyeceği, edinilemeyen 4-5 saha sonrasında komşu istasyonun servis alanına girileceği, bu durumda da ya verimliliği düşük bir sahaya sahip olunacağı ya da 2. veya 3. sahayı kurma ihtiyacının oluşacağı yönündeki bilgiler salt hedeflenen kapsamayı sağlamak bakımından alternatiflerin varlığıyla ilişkili olarak değerlendirilmektedir. Bu bilgilerin doğruluğunun

kabulü altında, alternatif lokasyonların bulunmasının daha güç olduğu şehir merkezlerinde dahi, kullanılmayan bir taşınmazın salt hedeflenen kapsamayı sağlamak bakımından en azından beş alternatifinin olduğu anlaşılmaktadır.

- (44) Ayrıca BTK'nın baz istasyonlarının kapsama alanlarını etkileyen teknik hususlara ilişkin verdiği bilgilerden anlaşıldığı üzere, işletmeciler anten tipi, anten yönü, anten yüksekliği, verici gücü, verici ve alıcı anten kazançları gibi değişkenler üzerinde oynayarak belli bir baz istasyonunun kapsama mesafesini dolayısıyla alanını farklılaştırılabilmektedir. Diğer bir deyişle, operatörlerin belli bir baz istasyonunun kapsayacağı alanı baz istasyonunun ve antenin bazı özelliklerini değiştirerek belli ölçüde etkileyebilme esnekliğine sahip oldukları anlaşılmaktadır.
- (45) Bununla birlikte konunun değerlendirilmesinde diğer etkenlerin etkisinin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Avea ve Vodafone'un konuya ilişkin ileri sürdükleri argümanlara göre, baz istasyonunun kurulu olduğu binanın en yüksek/en alçak bina olması, kapsamak istenen özel alana görüşü olan tek bir binanın bulunması, diğer alternatiflerin sit/askeri alan gibi özel durumda bulunması, coğrafi koşullar, kiralama zorlukları, halk tepkisi, belediye uygulamaları gibi etkenler kiralanaabilecek alternatif taşınmazların bulunamamasına ya da sayısının azalmasına yol açmaktadır.
- (46) Avea; planlama yapılırken sahalardan bir kısmının ya kiralama zorluğu ya da montaj aşamasındaki halk tepkisi nedeniyle kaybedilmesinden ötürü saha kurulum hedeflerinin en az (.....) kadar (.....) alternatif üzerinde çalışıldığını, kiralama ve kurulum aşamasındaki saha kayıp oranlarının bölgeden bölgeye, şehirden şehire değişebilmekle birlikte uzun yıllar ortalamasının %(.....) civarında olduğunu belirtmektedir.
- (47) Diğer yandan Avea'nın mevcut sahalardan kayıp oranlarına ilişkin verdiği bilgiler çerçevesinde, 2008 yılından 2013 yılının Kasım ayına kadar olan dönemde yıllık saha kayıp oranının (ilgili yılda kaybedilen sahalardan toplam saha sayısına oranının) en az %(.....), en fazla %(.....) olmak üzere genel olarak %(.....) düzeyinde olduğu görülmektedir. Bu oranlar işletmecinin ilgili sahaya artık ihtiyacının kalmaması ya da sahanın işlevini yitirmesi gibi nedenler de dahil tüm kayıp nedenleri sonucunda ortaya çıkan saha kayıp oranlarıdır. Avea'nın 2011-2013 Kasım dönemini kapsayan yaklaşık 3 yıllık süreçte kaybettiği toplam saha sayısı (.....)'dir. Bu sayı içinde halk tepkisi, yeniden kiralama zorlukları, belediye talebi, belediye davası, koruma kurulu talebi (sit, milli park), sağlık davası nedenleriyle ortaya çıkan saha kayıp sayıları ve oranları incelendiğinde, Avea'nın yaklaşık son 3 yıllık dönemde halk tepkisi nedeniyle ortalama yıllık saha kayıp oranının %(.....) olduğu görülmektedir. Sayılan saha kayıp nedenleri arasında yeniden kiralama zorlukları, %(.....) oranıyla en fazla saha kaybına yol açan nedendir. Belirtilen saha kayıp nedenleri dolayısıyla toplamda Avea bir yıllık süreçte her bir mevcut 1000 baz istasyonundan (.....) kaybetmektedir.
- (48) Kiralama zorlukları, halk/çevre tepkisi, belediye uygulamaları gibi unsurların etkilerinin değerlendirilmesinde, Turkcell'in de kurmak istediği ya da mevcutta kurulu bulunan baz istasyonları bakımından benzer zorluklara maruz kaldığının göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Ayrıca belli bir işletmecinin kullanımında olan belli bir taşınmazın üzerine ikinci bir anten tesisi kurulması ya da yerleşik işletmecinin anten tesisinin diğer bir işletmeciyi paylaşılması; belediye uygulamaları, halk/çevre tepkisi gibi etkenler bakımından operatörlerin karşılaştıkları zorlukları tamamen elimine edememektedir.
- (49) Diğer yandan, sayılan unsurların doğrudan ya da mevcut bir sahanın kaybedilmesi sonucu yeni bir taşınmaz bulma ihtiyacını artırarak dolaylı bir şekilde rakip operatörlerin alternatif taşınmaz sayıları üzerinde olumsuz bir etkiye sahip olabileceği anlaşılmaktadır. Ancak bu unsurların her birinin tek başına ya da birlikte, rakip operatörlerin her bir alternatif taşınmaz arayışlarında ortaya çıktığını ileri sürmek de mümkün görünmemektedir. Aynı durum

hedeflenen binanın çevredeki en yüksek/en alçak bina olması ya da belli bir bölgeye görüşü olan tek bir bina olması, coğrafi koşullar nedeniyle alternatiflerin azalması ya da alternatif taşınmazların sit alanı vb. özel alanlarda kalması gibi durumlar için de geçerlidir.

- (50) Avea ve Vodafone'un verdiği özellikle kiralama zorlukları, halk/çevre tepkisi, belediye uygulamaları gibi nedenlerle mevcut sahaların kaybedilme sayılarına/oranlarına bakıldığında sayılan unsurların ortaya çıkma sıklıklarının yüksek olmadığı görülmektedir. Avea'nın, planlama yapılırken sahaların bir kısmının ya kiralama zorluğu ya da montaj aşamasındaki halk tepkisi nedeniyle kaybedilmesinden ötürü saha kurulum hedeflerinin en az %(.....) alternatif üzerinde çalışıldığı, kiralama ve kurulum aşamasında kiralama zorlukları ve halk tepkisi nedeniyle oluşan ortalama saha kayıp oranının %(.....) olduğu yönündeki ifadelerinden, bir taraftan kiralama zorlukları ve halk tepkisi gibi unsurlar karşısında operatörlerin daha fazla alternatif üzerinden planlama yapma esnekliklerinin bulunduğu, diğer yandan Avea'nın şehir merkezlerinde kullanılmayan bir binanın en az beş alternatifinin olabileceği yönünde verdiği bilgilerle birlikte ele alındığında, kurulum aşamasında kiralama zorlukları ve halk tepkisi gibi etkenlere rağmen alternatiflerden bahsedilebileceği anlaşılmaktadır.
- (51) Ancak, Türk Telekomünikasyon A.Ş., 05.04.2010 tarih ve 2833 sayılı başvurusunda, uygulamada kimi bölgelerde farklı sonuçlar ortaya çıktığını ileri sürmekle birlikte, Rekabet Kurulunun 22.04.2009 tarih ve 09-17/381-90 sayılı kararında yaptığı *"baz istasyonlarının en kalabalık bölgelerde bile kurulması halinde birkaç yüz metrelik bir alandan bahsedilmektedir ki bu tür bölgelerde bu büyüklükteki bir alanda çok sayıda bina yer alır. Bu binalardan birini herhangi bir operatörün münhasır anlaşma yaparak diğer operatörlere kapatması halinde bile diğer operatörler için alternatifler olacaktır..."* ve alternatif taşınmaz miktarının çok sayıda olması nedeniyle Turkcell'in pazar payının oldukça düşük olacağı yönündeki değerlendirmelerin piyasanın geneli için geçerli olduğunu kabul etmektedir.
- (52) Yukarıda verilen bilgiler ve değerlendirmeler çerçevesinde, alternatif taşınmazların sayısının nüfus/abone yoğunluğunun az olduğu kırsal alanlardan, çok olduğu şehir merkezlerine doğru kayıldıkça, baz istasyonlarının sıklığının artmasına da paralel olarak azaldığı ancak baz istasyonu kurmak üzere alternatif taşınmazların genel olarak bulunabildiği kanaatine varılmıştır.
- (53) Diğer yandan işletmeciler arasındaki paylaşım uygulamaları, hem genel olarak hem de rakip operatörlerin alternatif bulmalarını engelleyen ya da zorlaştıran unsurlar için saydıkları etkenlerin var olduğu durumlarda, belli bir taşınmazın üzerine baz istasyonu kurmanın alternatif bir yöntemi olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla Turkcell'in kira sözleşmelerinde yer verdiği münhasır tahsis hükümlerinin etkilerinin değerlendirilmesi bakımından; paylaşım uygulamaları, bu uygulamaya ilişkin mevzuat, bu uygulama çerçevesinde operatörlerin birbirlerinden paylaşım talebi sayıları, paylaşım sayıları gibi veriler de dikkate alınmalıdır.
- (54) Tesis paylaşımı işletmecilerin özellikle sermaye giderlerinde olmak üzere sermaye ve işletim giderlerinde önemli tasarruflar yapmalarına imkan tanımaktadır. Bu nedenle tesis paylaşımı işletmeciler arasında gönüllü olarak da başvuru olan bir yöntemdir. Bazı ülkelerde ise ayrıca düzenlemelerle zorunlu kılınmıştır. İster düzenlemelerle zorunlu kılınmış isterse gönüllü olsun tesis paylaşımı uygulamaları mobil işletmecilerin alt yapılarını genişletmelerinin bir yöntemi olarak ortaya çıkmaktadır. Dosya konusu bakımından ise tesis paylaşımı, aynı zamanda operatörlerin belli bir taşınmazın üzerinde diğer operatörle/operatörlerle birlikte baz istasyonu sahibi olmalarına olanak veren bir uygulamadır. Rakip operatörlerin Turkcell'den olduğu kadar birbirlerinden de tesis paylaşımı talebinde bulunmaları olasılık dahilindedir. Dolayısıyla, aralarında tesis paylaşımı konusunda uzlaştıkları durumda rakip operatörlerin Turkcell'in kullanımında

olan taşınmazlar kadar birbirlerinin kullanımında olan taşınmazları da kullanmaları mümkündür.

- (55) Ülkemizde tesis paylaşımına yönelik düzenlemelere ilişkin açıklamalara, 2003 tarihli “Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği”ndeki (2003 tarihli Yönetmelik) düzenlemelerle başlanması mümkündür. Bu Yönetmelik’e dayanılarak çıkarılan 2003 tarihli “Ortak Yerleşim ve Tesis Paylaşımı Usul ve Esaslarına İlişkin Tebliğ” (2003 tarihli Tebliğ) tesis paylaşımını, telekomünikasyon hizmeti sunumunda kullanılan tesis ve cihazların diğer işletmeciler tarafından da kullanılması ya da paylaşılması olarak tanımlamış, “*Tesislerini kamuya veya üçüncü şahıslara ait bir arazinin üzerine veya altına yerleştirebilen veya bu tür arazileri kullanabilen veya kamulaştırma müessesinden yararlanabilen işletmeciler*” tesis paylaşımı yükümlüsü sayılmıştır. Dolayısıyla bu Tebliğ ile her üç işletmeci de tesis paylaşımı yükümlüsü olmuştur. Tebliğ’de kuleler¹, direkler, boru ve kanalların paylaşımı için özel hükümler yer almıştır. Tesis paylaşımı taleplerinin gerekçeleri kanıtlanmak şartıyla teknik olanaksızlık veya kapasite yetersizliği nedeniyle reddedilebileceği hükme bağlanmış, işletmeciler arasında tesis paylaşımına ilişkin olarak çıkan uyuşmazlıklarda uzlaştırma sürecinin işletileceği düzenlenmiştir.
- (56) 10.11.2008 tarihli, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ile 2009 tarihli “Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği”nin (2009 tarihli Yönetmelik) ilgili hükümlerine dayalı olarak çıkarılan ve 2003 tarihli Tebliğ’i yürürlükten kaldıran 2010 tarihli “Ortak Yerleşim ve Tesis Paylaşımına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ” (2010 tarihli Tebliğ) söz konusu kanun ve yönetmeliğin tesis paylaşımı konusundaki düzenlemelerine paralel olarak, 2003 tarihli Tebliğ ile benzer düzenlemelere sahiptir. Bu Tebliğ’de tesis paylaşımı elektronik haberleşme hizmeti sunumunda kullanılan boru, kanal, direk ve kuleler dahil ilgili tesis ve cihazların diğer işletmeciler tarafından da kullanılması ya da paylaşılması olarak tanımlanmış, önceki Tebliğ’dekiyle aynı şekilde kimlerin tesis paylaşımı yükümlüsü olduğu düzenlenmiş, önceki Tebliğ’den biraz daha farklı olarak tesis paylaşımı talebine ilişkin teknik imkansızlığın mevcut olduğu, ya da kapasite yetersizliğinin bulunduğu ve kapasite artırımı imkanının olmadığı hususlarından birinin tesis paylaşımı yükümlüsü tarafından objektif kriterlerle kanıtlanması halinde BTK’nın söz konusu talebe özgü olarak tesis paylaşımı yükümlülüğünü kısmen kaldırabileceği düzenlenmiş, uyuşmazlıkların çözümü, yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda uygulanacak yaptırımlarla ilgili olarak 2009 tarihli Yönetmelik’in hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Tesis paylaşımına ilişkin düzenlemeler ayrıca işletmecilerin imtiyaz sözleşmelerinde de yerini almıştır.
- (57) 2008 tarihli “Anten ve Ortak Anten Sistem ve Tesislerinin Kurulmasına ve Kullanımına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik” (Ortak Anten Yönetmeliği) ise hücresele sistemlere ait yayınların, işletmeciler tarafından etüt ve inceleme yapılarak Kurumun onayına sunulmuş ve onaylanmış emisyon noktalarından gerçekleştirileceği düzenlenmiş, hücresele bir sistem kuracak olan işletmeci hedeflenen kapsama alanını karşılayacak şekilde Yönetmelik’in yayımı tarihinden önce kurulmuş anten sistem ve tesisi olması durumunda ve teknik kapasite olarak imkan dahilinde olmak kaydıyla yeni kurulacak anten sistemini, mevcut anten sistem ve tesisine kurmakla, mevcut işletmeci de sistemini yeni işletmeciye açmakla yükümlü kılınmıştır.
- (58) Hücresele sistemlere ait anten tesisinin birden fazla işletmeci tarafından kullanımına imkan tanıyacak şekilde tasarımı, kurulumu ve paylaşımının sağlanmasını düzenleyen ve 18.03.2011 tarihinde yürürlüğe giren “Hücresele Sistem Anten Tesislerinin Tasarımı, Kurulumu ve Paylaşımına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik” (HSAT Yönetmeliği) ise bir taraftan Ortak Anten Yönetmeliği’ni yürürlükten kaldırırken, diğer taraftan bu Yönetmelik’ten farklı olarak sadece hücresele sistem anten tesislerine

¹ Üzerine kablosuz iletişim için kullanılan anten ve diğer cihazların kurulduğu tesisler şeklinde tanımlanmıştır.

özgülenmiştir. Hücresel sistem anten tesisi kurma yetkisine sahip GSM/3N işletmecilerinin diğer bir deyişle Turkcell, Avea ve Vodafone'un tabii olduğu Yönetmelik'te, elektronik haberleşme hizmeti sunumu için kullanılan arazi ve bina gibi yerler dahil, oda/konteyner, kabinet kule, direk, kanal ve borular, anten ve anten elemanları iletim hat ve ekipmanı, iklimlendirme ve enerji kaynakları gibi bileşenlerden oluşan tesis olarak tanımlanan anten tesisinin paylaşım şekilleri; 1) Arazi ve/veya bina paylaşımı (Tip 1), 2) Kule veya direk paylaşımı (Tip 2), 3) Kanal ve/veya boruların paylaşımı (Tip 3), 4) Oda/konteyner ve iklimlendirme sistemlerinin paylaşımı (Tip 4), 5) Anten ve anten elemanlarının paylaşımı (Tip 5), 6) Ses/veri iletim hat ve ekipmanının paylaşımı (Tip 6) olarak belirlenmiştir.

- (59) İşletmeciler, ilgili mevzuat ve imtiyaz sözleşmeleri hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla; fiziki, teknik, idari veya hukuki kısıtlar bulunmadığı durumlarda anten tesisi paylaşım çeşitlerinden azamisini uygulamakla yükümlü tutulmuştur. Kurulmuş bir anten tesisi olan işletmeci kapsama alanı, hizmet kalitesi gibi kriterleri karşıladığı takdirde farklı teknolojideki yeni sistemini mevcut anten tesisine kurmakla; kurulmuş bir anten tesisi olan işletmeci, bu tesisini yeni anten tesisi kuracak diğer işletmecilerle paylaşmakla ve kuracağı anten tesisini yukarıda sıralanan birinci, ikinci ve üçüncü tip paylaşımına imkan verecek şekilde en az bir işletmecinin daha faydalanabileceği kapasitede tasarlanmasını, üretilmesini ve kurulmasını sağlamakla; işletmeci kuracağı anten tesisi için kapsama alanı ve hizmet kalitesi gibi kriterleri karşılayacak mevcut bir anten tesisi var ise bu tesisi kullanmakla yükümlü kılınmıştır.
- (60) Ayrıca ilgili HSAT Yönetmeliği'nde "*İşletmeciler tarafından üçüncü taraflarla yapılacak anlaşma veya sözleşmelerde paylaşım engel teşkil edecek hususlara yer verilmemesi ve mevcut anlaşma veya sözleşmelerde bu tip hükümlerin bulunması durumunda, paylaşım talebinde bulunan işletmeci tarafından talep edilmesi halinde, söz konusu hükümlerin çıkarılması için sözleşmeyi yapan işletmeci tarafından muvafakat verilmesi*" hükmü yer almıştır.
- (61) Yönetmelik'te, işletmeci tarafından yapılan bir paylaşım talebinin fiziki, teknik, idari ya da hukuki kısıtlar nedeniyle karşılanamaması ya da katılım sözleşmesi kapsamında bir ihtilafın vuku bulması durumunda ihtilafın giderilmesi amacıyla BTK'ya başvurulabileceği, BTK tarafından geçici ücretlerin belirlenmesi de dahil anlaşmazlık noktalarının giderilmesine yönelik olarak uzlaştırma sürecinin işletilebileceği düzenlenmiştir.
- (62) HSAT Yönetmeliği anten tesisinin üzerinde kurulu olduğu bina ve/veya araziye de paylaşım yükümlülüğünün kapsamında saymıştır. Yönetmelik maddelerinin lafzına paralel olarak BTK'dan alınan bilgilere göre de; "*GSM/3N işletmecilerinin, HSAT Yönetmeliği'nin 8. maddesinde belirtilen fiziki, teknik, idari veya hukuki kısıtlar bulunmadığı durumlarda anten tesisi paylaşım tiplerinden azamisini uygulamakla yükümlü olduklarından, kendi anten tesisinin kurulu olduğu taşınmaz üzerinde başka bir GSM/3N işletmecisinin anten tesisini kurmasına izin vermesi gerekmektedir.*"
- (63) Ayrıca işletmeciler tarafından üçüncü kişilerle yapılacak anlaşmalarda paylaşım engel teşkil edecek hususlara yer verilmemesi, anlaşma ya da sözleşmelerde bu tip hükümler var ise paylaşım talebinde bulunanın talebiyle söz konusu hükümlerin çıkarılması için sözleşmeyi yapan işletmeci tarafından muvafakat verilmesi gerekliliğinin düzenlenmesi sayesinde, işletmecilerin 3. kişilerle yaptıkları sözleşmelerde, örneğin kira sözleşmelerinde yer verdikleri hükümlerle, bina ve arazi de dahil anten tesislerinin paylaşımını engellemelerinin önü kapatılmış olmaktadır.
- (64) Bu bilgiler çerçevesinde, 2011 yılının Mart ayında yürürlüğe giren HSAT Yönetmeliği ile Turkcell'in, baz istasyonu kurmak üzere yaptığı kira sözleşmelerinde yer alan münhasır tahsis düzenlemelerine dayanarak, kullanımında olan bir taşınmazın rakip operatörler tarafından kullanımını engelleme olanağı bulunmamaktadır. Bu durum, Turkcell'in 2011

14-28/585-253

yılıının Mart ayından sonra baz istasyonu kurmak amacıyla kiraladığı taşınmazlar için geçerli olduğu kadar, kira sözleşmesi bu tarihten önce imzalanmış tüm taşınmazlar için de geçerlidir. Diğer bir deyişle, Turkcell'in baz istasyonunu kurmak üzere kiraladığı mevcut tüm taşınmazlar aynı zamanda rakip operatörlerin de kullanımına açıktır. Aynı durum tip sözleşmelerinin bazılarında münhasır tahsis düzenlemeleri yer almış/almakta olan Avea için de geçerlidir.

- (65) Avea ve Vodafone'dan alınan bilgiler çerçevesinde, 2006-2013 6. ay döneminde yıllar itibarıyla işletmecilerin paylaşım sayıları incelendiğinde, 2013 yılının 6. ayının sonu itibarıyla Turkcell'in Avea ile toplamda (.....) noktada; Vodafone ile (.....) noktada paylaşım yaptığı görülmektedir.
- (66) Avea ve Vodafone'un Turkcell'den bulunduğu paylaşım talebi sayıları ve bu taleplere Turkcell tarafından verilen olumlu ve olumsuz yanıtların ağırlıkları incelendiğinde, Turkcell'in Vodafone'un paylaşım taleplerini 2011, 2012 yılları ile 2013 yılının Kasım ayına kadar olan dönemde sırasıyla %(.....), %(.....) ve %(.....) oranında; Avea'nın taleplerini ise sırasıyla %(.....), %(.....) ve %(.....) (2013/6.ay) oranında olumlu yanıtladığı görülmektedir. 2011 yılı öncesinde Avea ve Turkcell arasında ihtilafa neden olan ve ilişkili bilgileri BTK nezdinde yapılan toplantıda belirlenen süre içinde bildirilmemesi gerekçesiyle Turkcell'in dikkate almadığı, uzlaştırma sürecinin² ilerleyen aşamalarında BTK tarafından da değerlendirme dışı bırakılan (.....) paylaşım talebi nedeniyle bu dönemde Avea taleplerinin Turkcell tarafından olumlu karşılama oranı son derece (.....) bir seviyede (%(.....)) kalırken, 2011 yılı ve sonrasındaki dönemde giderek bu oranın (.....) görülmektedir.
- (67) Aşağıdaki tablolarda Avea ve Vodafone'un Turkcell'den bulunduğu paylaşım taleplerinin ve bu taleplere verilen ret yanıtlarının, ilgili yılda Avea ve Vodafone'un yeni saha kurulum sayısı içindeki payına yer verilmektedir:

Tablo 2: Vodafone'un Turkcell'den Talep Sayısı ve Yeni Saha Kurulumu İçindeki Payı

	2011	2012	2013 Kasım
Yeni Saha Kurulum Sayısı	(.....)	(.....)	(.....)
Turkcell'den Talep Sayısı	(.....)	(.....)	(.....)
Talep/Yeni Saha Oranı	(.....)	(.....)	(.....)
Ret/Yeni Saha Oranı	(.....)	(.....)	(.....)

Tablo 3: Avea'nın Turkcell'den Talep Sayısı ve Yeni Saha Kurulumu İçindeki Payı

	2011 Öncesi	2011	2012	2013/6 ay
Yeni Saha Kurulum Sayısı	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Turkcell'den Talep Sayısı	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Talep/Yeni Saha Oranı	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Ret/Yeni Saha Oranı	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)

- (68) Tablolarda sunulan verilere göre, 2011 ve 2012 yılları ile 2013 yılı Kasım ayı sonuna kadar olan dönemde Vodafone'un her kurduğu 100 yeni baz istasyonu için sırasıyla yaklaşık (.....),(.....) ve (.....) baz istasyonu için Turkcell'den talepte bulunduğu görülmektedir. Bu sayının Avea'nın kurduğu her 100 baz istasyonu için sırasıyla ve yaklaşık olarak (.....),(.....) ve (.....) olduğu anlaşılmaktadır. Rakip operatörlere Turkcell tarafından verilen ret yanıtları ise, her iki operatör bakımından da dikkate alındığında, 100 baz istasyonu kurulumu içinde (.....)'i geçmemektedir.
- (69) 2011 yılının Mart ayında yürürlüğe giren HSAT Yönetmeliği çerçevesinde işletmeciler kuracakları anten tesisi için kapsama alanı ve hizmet kalitesi gibi kriterleri karşılayacak mevcut bir anten tesisi var ise bu tesisi kullanmakla ve paylaşım tiplerinin azamisini

² 2006 yılından bu yana Turkcell ile rakipleri arasında anten tesislerinin paylaşımı konusunda yaşanan tek uzlaştırma süreci olan bu süreç 2006 yılının Haziran ayında Avea'nın BTK'ya yaptığı başvuruya başlamıştır.

uygulamakla yükümlü kılınmışlardır. Dolayısıyla Avea ya da Vodafone'un, yeni bir anten tesisi kurmak istediklerinde, kapsama alanı, hizmet kalitesi gibi kriterler bakımından alternatif oluşturacak bir Turkcell anten tesisi mevcut ise öncelikle bu anten tesisini paylaşmayı talep etmeleri gerekmektedir.

- (70) Bu noktada dikkate alınması gereken husus, rakip operatörlerin Turkcell'in mevcut anten tesisine, dolayısıyla kurulu bulunduğu taşınmaza alternatif bulmalarının mümkün olmadığını ya da ilgili taşınmazın kullanılmaması halinde hedeflenen kapsamı sağlamanın daha maliyetli olduğunu iddia ettikleri durumların çok daha ötesinde, mevzuatın, rakiplerin kuracakları anten tesisi için Turkcell'in anten tesisinin kapsama ve kalite bakımından alternatif oluşturduğu her durumda rakip işletmecilerin öncelikle bu tesisi paylaşmayı talep etmelerini gerektirmesidir. Ayrıca ilgili Yönetmelik ile arazi ve bina da paylaşım yükümlülüğünün kapsamına alınmış ve işletmecilerin 3. kişilerle yaptıkları sözleşmelerde paylaşım engel teşkil eden hükümlerin bulunması halinde bu hükümlerin sözleşmelerden çıkarılması için sözleşmeyi yapan işletmeci tarafından muvafakat verilmesi düzenlenmiştir. Bu unsurlara rağmen, rakip operatörlerin Turkcell'den paylaşım taleplerinin ilgili dönemde kurdukları baz istasyonu sayısına oranla sınırlı düzeyde kaldığı görülmektedir. Avea'nın 2006-2010 döneminde kurduğu baz istasyonu sayısına göre, Turkcell'e talepte bulunma oranı ortalama %4,01 iken, bu oran 2011-2013 ilk 6 aylık dönemde % (.....)'dir. Vodafone'un ise 2011-2013 Kasım döneminde kurduğu her 100 baz istasyonu için Turkcell'den talepte bulunma sıklığı (.....)'dir.
- (71) Avea ve Vodafone'un HSAT Yönetmeliği'nin yürürlükte olduğu 2011 yılı ve sonrasındaki davranışları üzerinden yapılan yukarıdaki değerlendirmeler, 2006-2010 dönemi için de değerlendirme yapmaya olanak vermektedir. Zira 2011 yılından itibaren mevzuat çerçevesinde Turkcell'in mevcut tesisinin alternatif oluşturduğu durumda öncelikle bu tesisin paylaşılmasının talep edilmesinin gerekmesine ve Turkcell'in münhasır tahsis düzenlemelerinin etkisiz hale gelmiş olmasına rağmen, ilgili mevzuatın geçerli olduğu dönemde rakiplerin Turkcell anten tesislerine dolayısıyla Turkcell kullanımında olan taşınmazlara sınırlı bir şekilde talep göstermeleri, mevzuatın yürürlüğe girdiği 2011 yılı öncesinde de rakiplerin Turkcell anten tesislerine, dolayısıyla kullanımında bulunan taşınmazlara çok daha sınırlı düzeyde ihtiyaç duyduklarına işaret etmektedir.
- (72) Rakip operatörlerin Kule A.Ş.'ye buldukları talepler bakımından ise öncelikle tesis paylaşımı yükümlüsü olmayan Kule A.Ş.'den paylaşım talebinde değil; tasarrufundaki ya da işletmesindeki tesislerin bir bölümünü kiralama talebinde buldukları belirtilmelidir. Ayrıca Kule A.Ş. HSAT Yönetmeliği'ne de tabi bulunmamaktadır. Rakip operatörlerin Kule A.Ş.'den kiralama talebinde bulunma sayıları incelendiğinde; taleplerin 2011 ve 2012 yıllarında sınırlı düzeyde kaldığı, ancak 2013 yılında her iki operatör için de önceki yıllara göre yüksek oranda arttığı görülmektedir. Yukarıda yapılan değerlendirme rakip operatörlerin Kule A.Ş.'den buldukları kiralama talepleri de dahil edilerek genişletildiğinde, Avea'nın 2011-2013 ilk 6 aylık dönemde kurduğu her 100 baz istasyonu için Turkcell ve/veya Kule A.Ş.'den talepte bulunma sıklığı % (.....) iken bu sayı 2011-2013 Kasım döneminde Vodafone için % (.....)³'dir. Rakip operatörlerin Turkcell'in yanı sıra Kule A.Ş.'den talepleri de dahil edildiğinde, Turkcell ve/veya Kule A.Ş.'den talepte bulunma sıklığının sınırlı düzeyde kaldığı anlaşılmaktadır.
- (73) HSAT Yönetmeliği çerçevesinde, Turkcell'in münhasır tahsis düzenlemelerine dayanarak, kullanımında olan bir taşınmazın rakip operatörler tarafından kullanımını engelleme olanağı bulunmamakta, diğer bir deyişle, Turkcell'in baz istasyonu kurmak üzere münhasır tahsis kaydıyla kiraladığı taşınmazlar rakip operatörlerin de kullanımına açık

³ İlgili orandaki bu yükseliş Vodafone'un 2013 yılında Kule A.Ş.'den kiralama taleplerinin yüksek oranda artmasından kaynaklanmaktadır. Vodafone'un Kule A.Ş.'den kiralama talebi 2011 yılında yokken, talep sayısı 2012 yılında (.....), 2013 yılında (.....)'dir.

hale gelmektedir. Bu durum karşısında ister paylaşım talebi şeklinde olsun ister münhasır tahsis kaydının kaldırılması için muvafakat talebi şeklinde olsun rakip operatörlerin Turkcell'e yönelik taleplerini artırmaları beklenirken Avea bakımından (Vodafone 2011 öncesi için bilgi sunmamıştır) durumun böyle olmadığı anlaşılmaktadır.

- (74) Avea ve Vodafone'dan 2006 yılından bu yana, kira sözleşmesi uyarınca Turkcell'in kullanımında olan bir taşınmaza baz istasyonu kurmak üzere ilgili taşınmazın sahibine ya da Turkcell'e talepte bulunup bulunmadıklarına ve sürecin nasıl sonuçlandığına ilişkin bilgi talep edilmiştir. Vodafone, kayıtlarının 2011 yılından itibaren tutulduğunu ve talep sayısının yukarıda yer verilenlerle sınırlı olduğunu belirtmiştir. Avea ise taşınmaz sahiplerine yöneltilen talepler bakımından kiralama sürecinin tedarikçi ve taşeronlar vasıtasıyla yürütülmesi nedeniyle bu konuda veri sunmadığını, ancak bina içi sistemler bakımından sorun yaşadığını, aşağıda ele alınacak (.....) taşınmazın bu kapsamda değerlendirilebileceğini belirtmiş; bina dışı saha kurulumu bakımından ise Turkcell tarafından reddedilen (.....) paylaşım talebine (2011 yılından önce reddedilen (.....) paylaşım talebiyle birlikte) tekrar değinmiştir. Sonuç olarak rakip operatörler, Turkcell'in kullanımında olan bir taşınmaza ikinci bir baz istasyonu kurmak üzere taşınmaz sahiplerine yönelttikleri taleplere ilişkin herhangi bir veri; Turkcell'e yöneltilen talepler bakımından ise yukarıda yer verilen bilgiler dışında herhangi bir kayıt sunmamışlardır.
- (75) HSAT Yönetmeliği özellikle bina ve araziyi de paylaşım yükümlülüğünün kapsamına alıp, işletmecilere paylaşım tiplerinin azamisini uygulama yükümlülüğü getirerek ve bina/arazi paylaşımı önünde işletmecilerin üçüncü kişilerle yaptıkları sözleşmelerden kaynaklı engelleri ortadan kaldırarak, Turkcell'in inceleme konusu münhasır tahsis hükümlerinin etkileri bakımından önemli değişiklikler meydana getirmiştir. Buna rağmen, Avea'nın Turkcell'in kullanımında olan bina/arazilere ya da Turkcell'in anten tesislerine olan talepkarlığında belirgin bir değişiklik olmadığı görülmektedir. Bu durum, Turkcell'in kira sözleşmelerine koyduğu münhasır tahsis düzenlemelerinin, alternatif taşınmazların bulunmasının zorluğu ya da alternatiflerin daha yüksek maliyetli olması nedeniyle rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırdığı iddiasını desteklemektedir.
- (76) Kule A.Ş.'den bulunduğu talepler de dikkate alındığında, Avea'nın 2011 yılı sonrasında Turkcell ve/veya Kule A.Ş.'den talepte bulunma oranı %(.....) çıkmaktadır. Ancak 2011 yılı öncesi ve sonrası karşılaştırmasında Kule A.Ş.'nin pozisyonunda mevzuat değişikliğinden kaynaklı bir farklılaşma söz konusu değildir. Diğer bir deyişle, Turkcell üzerinde etkili olan mevzuat değişiminin rakiplerin davranışlarını ne şekilde değiştirdiği değerlendirmesinde Kule A.Ş.'nin bir rolü bulunmamaktadır. Ayrıca rakip operatörler Kule A.Ş.'den paylaşım değil, kiralama talebinde bulunmaktadır. Diğer yandan, Avea'nın Kule A.Ş.'den talepte bulunma sayıları incelendiğinde; 2011 ve 2012 yıllarında toplam (.....) olan talep sayısının 2013'ün sadece ilk altı ayında (.....)'e çıktığı, dolayısıyla Avea'nın Turkcell ve/veya Kule A.Ş.'den talepte bulunma sıklığının bu 6 aylık dönemdeki talep artışı nedeniyle önemli ölçüde yükseldiği anlaşılmaktadır. Başka bir ifadeyle, yukarıdaki değerlendirmeler 2013 yılının ilk 6 aylık dönemi dışarıda bırakılarak yapıldığında, Avea'nın 2011 yılı öncesine göre Turkcell ve/veya Kule A.Ş.'den talepte bulunma sıklığının 2011 ve 2012 yıllarında etkilenmediği (%(.....)) görülmektedir. Kaldı ki, 2013'ün ilk altı ayı dahil edilse dahi sonuç olarak Avea'nın Turkcell ve/veya Kule A.Ş.'den talep oranı %(.....) kalmaktadır.
- (77) Alışveriş merkezi, hastane, havaalanı ve otel gibi büyük yapılarda bina içi kapsama sağlanmasında ve yoğun mobil iletişim kullanımının karşılanmasında dış ortamdan (outdoor baz istasyonlarından) gelen sinyaller yeterli olmamaktadır. Söz konusu yapılarda kapsamanın sağlanması için bina içine kurulacak sistemlere (bina içi çözümler) ihtiyaç duyulmakta, böylelikle bina içi kapsama sağlanmaktadır. Bu nedenlerle Avea ve Vodafone tarafından söz konusu yapılarda bina içi kapsama için alternatif alan seçeneğinin bulunmadığı ileri sürülmektedir.

- (78) Avea ve Vodafone'dan, Turkcell'in münhasırlık içeren sözleşmeleri nedeniyle bina içi kapsama konusunda sorun yaşadıkları binalara ilişkin bilgi talep edilmiştir. Ancak Vodafone, bu soru altında bina içi kurulum bakımından sorun yaşadığı herhangi bir lokasyon bilgisi vermemiş; (.....) bina tipi, (.....) kule tipi olmak üzere (.....) lokasyonda istasyon kurulumu bakımından yaşadığı sorunları örnek olarak sunmuştur.
- (79) Avea ise, Turkcell'in taşınmaz sahipleri ile imzaladığı münhasır sözleşmeler nedeniyle (.....) binada bina içi sistemin kurulmadığını belirtmiştir. Söz konusu taşınmazlara ilişkin olarak Turkcell'den alınan bilgiler, Avea tarafından Turkcell'e yapılan taleplerin, ilgili taşınmazlarda Avea'nın kendi ikinci bina içi sistemlerini kurmak üzere Turkcell'den onay alınmasına yönelik olmadığı; taleplerin Turkcell tarafından kurulan bina içi sistemlerin ortak kullanılması amacıyla yapılan katılım talepleri olduğu, Avea tarafından belirtilen taşınmazlardan (.....)de Turkcell'in herhangi bir baz istasyonu bulunmadığı ve bu nedenle taşınmaz sahipleri ile Turkcell arasında herhangi bir sözleşme imzalanmadığı yönündedir. Söz konusu taşınmazlara ilişkin Turkcell kira sözleşmelerinin incelenmesi sonucunda, kalan (.....) taşınmaza yönelik olarak Turkcell ile taşınmaz sahipleri/işletmecileri arasında imzalanan sözleşmelerde diğer operatörler tarafından söz konusu taşınmazlarda baz istasyonu/bina içi sistem kurulmasını engelleyen herhangi bir hüküm bulunmadığı anlaşılmıştır.
- (80) Söz konusu binalar için Vodafone tarafından yapılan açıklamalarda, söz konusu (.....) taşınmazda Vodafone'un Turkcell'in kira sözleşmelerinden kaynaklı herhangi bir sorun yaşamadığı, Vodafone'un sistemlerinin, (.....) dışında, ilgili taşınmazlarda kurulu olduğu, (.....) taşınmazda ise Vodafone'un talebinin Turkcell tarafından onaylanmasına karşın mal sahibinin bir başka operatör istememesi nedeniyle katılım yapılamadığı belirtilmiştir. Dolayısıyla Turkcell'in münhasır tahsis hükmü içeren sözleşmeleri nedeniyle Avea'nın bina içi sistemlerini kurmak bakımından sorun yaşadığını iddia ettiği (.....) taşınmazın hiçbirinde münhasır tahsis kaydıyla ilişkilendirilebilecek bir engellemeden bahsedilememektedir. Bu çerçevede, alternatif taşınmazların söz konusu olmadığı kabul edilebileceği bina içi sistemler bakımından bile Turkcell'in münhasır tahsis hükümlerinden dolayı rakip operatörlerin sorun yaşadığı örnek ya da bu yönde bilgi veya bulgunun mevcut olmadığı anlaşılmaktadır.
- (81) Diğer yandan, Vodafone'un sorun yaşadığı yerler için örnek verdiği (.....) taşınmazdan (.....)nin sözleşmelerinde münhasır tahsis kaydı bulunmaktadır. Bu (.....) yerden (.....)de Vodafone farklı bir taşınmaza kurulum yapmış, diğerinde ise Kule A.Ş.'den kiralama yoluna gitmiştir. Kalan bir örnek içinse Turkcell böyle bir sahasının dolayısıyla ilgili taşınmaza ilişkin herhangi bir sözleşmesinin bulunmadığını belirtmektedir.
- (82) Kule A.Ş., yetkilendirildiği altyapı hizmetleri işletmeciliği çerçevesinde hizmetlerini sadece Turkcell'e değil, talep eden tüm işletmecilere sunmaktadır. Kule A.Ş.'nin yetkilendirmesi çerçevesinde tasarrufunda baz istasyonu anteni ve ekipmanı gibi anten tesislerinin aktif elemanları bulunmamakta, anten tesisinin pasif elemanları olan kule, direk, kulübe, konteyner ve buna benzer tesisleri kurmakta ve işletmektedir. Kule A.Ş. kule, direk gibi yüksek yatırım gerektiren saha kurulumlarını sipariş üzerine oluşturmaktadır. Kule A.Ş. örneğin, sadece tek bir işletmecinin siparişi üzerine ve belirttiği lokasyonda kule kurulumunu gerçekleştirmekte ve bu kulenin baz istasyonu ekipmanı kurulumu için yeterli olan bir kısmını, siparişi veren işletmeci lehine kiraya vermektedir. Daha sonra, yapmış olduğu bu yatırımın geri dönüşünü almak üzere, aynı kuleyi -teknik ve hukuki imkanlar ölçüsünde- mümkün olduğunca fazla işletmecinin faydasına (kiralamasına) sunmaktadır. Dolayısıyla Kule A.Ş., kendisine herhangi bir ön sipariş gelmeden, herhangi bir lokasyonda kurulum yapmamakta ve taşınmaz kiralayarak elinde bulundurmamaktadır. 2013 yılından itibaren bina üstü anten tesisleri bakımından etkin bir şekilde faaliyet göstermeye başlayan Kule A.Ş. bina kiralamalarında ve 2013 yılının Nisan ayından

itibaren araziler için yeni imzaladığı matbu kira sözleşmelerinde münhasır tahsis hükmüne yer vermemektedir.

- (83) Turkcell ile Kule A.Ş. arasındaki ilişkiye yönelik olarak aldığı geçmiş tarihli kararlarda BTK, Turkcell tarafından kurulan anten tesislerinin önce mülkiyetinin daha sonra işletme hakkının Kule A.Ş.'ye devrine karşı çıkmış, sonraki tarihli kararında ise işletmecilerin kurulu kulelerinin mülkiyetinin aynı hak işlemlerine konu edilebilecek şekilde devrinin mümkün olduğuna karar vermiştir.
- (84) Turkcell'in verdiği bilgiler ve Kule A.Ş.'nin faaliyet konusu ile amacı dikkate alındığında, 2011 tarihli HSAT Yönetmeliği'ne tabi olmayan Kule A.Ş.'nin tesis paylaşımı yükümlülüğünün de bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu durum Kule A.Ş.'nin tasarrufunda ve/veya işletmesinde olan anten tesisleri için geçerlidir. 2013 yılının 6. ayı sonu itibarıyla Kule A.Ş. tasarrufunda bulunup Turkcell ve diğer operatörlere kiralanan sahaların sayısı (.....) olup, Turkcell tasarrufunda bulunup Kule A.Ş. tarafından işletilen sahaların sayısı (.....)'tür. Kule A.Ş.'nin tasarrufunda ya da işletmesinde olan sahaların sayısı yıllar bazında operatörlerin toplam saha sayılarının %(.....) civarındadır. Ancak, Kule A.Ş.'nin bina üstü anten tesisleri bakımından 2013 yılında etkin bir şekilde faaliyet göstermeye başladığı dikkate alındığında, sahalarının büyük oranda kuleli saha olduğu anlaşılmaktadır. Firmanın toplam saha sayısının yıllar itibarıyla operatörlerin sahip olduğu toplam kuleli sahalar oranı ise yaklaşık %(.....) düzeyindedir.
- (85) 2013 yılının ilk altı ayının sonu itibarıyla Kule A.Ş. tasarrufunda ya da işletmesinde olan aynı zamanda Turkcell'in sahalarına da dahil olan toplam (.....)sahanın (.....)'i aynı zamanda rakip operatörler tarafından kiralınmış olmakla birlikte, kalan (.....) saha sadece Turkcell tarafından kullanılmakta ve Turkcell'in toplam saha sayısı içinde yer almaktadır. Aşağıdaki tabloda 2011-2013 Kasım döneminde Vodafone'un Kule A.Ş.'den anten tesisi kiralama talepleri ve bu taleplere Kule A.Ş. tarafından verilen yanıtlar sunulmuştur.

Tablo 4: Vodafone'un Kule A.Ş.'den Talepleri

Sonuç	2011	2012	2013 Kasım
Olumlu	(.....)	(.....)	(.....)
Olumsuz	(.....)	(.....)	(.....)
Toplam	(.....)	(.....)	(.....)

- (86) Tablodan görüldüğü üzere, 2011 yılında Vodafone Kule A.Ş.'den hiçbir talepte bulunmaz iken, 2012 yılında taleplerinin (.....) Kule A.Ş. tarafından olumlu karşılanmıştır. 2013 yılının Kasım ayına kadar olan dönemde ise Vodafone'un Kule A.Ş.'ye yaptığı taleplerin (.....) (.....) ve bu taleplerin yaklaşık %(.....) oranı ile olumlu karşılandığı görülmektedir. Aşağıdaki tabloda ise Avea'nın Kule A.Ş.'den anten tesisi kiralama taleplerine ve bu taleplerin nasıl karşılandığına ilişkin bilgiler sunulmuştur.

Tablo 5: Avea'nın Kule A.Ş.'den Talepleri

Sonuç	2011		2012		2013	
	Bina	Kule	Bina	Kule	Bina	Kule
Olumlu	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Olumsuz	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Toplam	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)

- (87) Tablodan Avea'nın kule taleplerinin Kule A.Ş. tarafından büyük oranda (.....) karşılandığı, ancak Avea'nın ilk olarak 2013 yılında kiralama talebinde bulunduğu bina üstü tesisler bakımından aynı durumun geçerli olmadığı görülmektedir.
- (88) Bina üstü tesisler bakımından Kule A.Ş.'nin 2013 yılında etkin olarak faaliyet göstermeye başladığı ve bu tesislere ilişkin imzaladığı kiralama sözleşmelerinin münhasır tahsis hükmü içermediği dikkate alındığında, Avea'nın ya da Vodafone'un Kule A.Ş.'den bina üstü anten tesisleri için taleplerinin olumsuz karşılandığı durumlarda, ilgili teşebbüslerin

aynı binanın üzerine ikinci bir anten tesisi kurmaları önünde münhasır tahsis hükümlerinden kaynaklı herhangi bir engel bulunmadığı anlaşılmaktadır.

- (89) Kule A.Ş.'nin münhasır tahsis hükümleri içeren sözleşmeleri daha çok kırsal alanlarda kurulan kulelerin kurulumu amacıyla arazi sahipleriyle yapılan sözleşmelerdir. Nüfus yoğunluğunun görece düşük olduğu böylesi alanlarda belli bir taşınmaz münhasır tahsis hükümleriyle sadece tek bir operatörün kullanımına ayrılmış olsa da bu alanlarda alternatif taşınmazların bulunması çok daha kolaydır.
- (90) Diğer yandan Avea, iddialarının esas olarak 2006-2008 dönemine ilişkin olduğunu, ancak iddia konusu faaliyetlerin 2011 yılı HSAT Yönetmeliği'nin yayınlanmasına kadar devam ettiğini belirtmektedir. Buna karşın bu dönemde Avea'nın Kule A.Ş.'den herhangi bir talepte bulunmadığı anlaşılmaktadır. Diğer bir husus ise, ne Avea'nın ne de Vodafone'un Kule A.Ş.'den yaptıkları kiralamalarda benzer durumlarda karşılaşılabilecekleri maliyetlerden daha yüksek maliyetlerle karşı karşıya geldikleri yönünde bir iddiayı dile getirmiş olmalarıdır. Rakip operatörlerin Kule A.Ş. özelinde ileri sürdükleri başka bir iddia da bulunmamaktadır.
- (91) Yukarıda sayılan unsurlarla birlikte Kule A.Ş.'nin tasarrufunda ya da işletmesinde olan sahaların toplam sahalar ile toplam kuleli sahalar içindeki mevcut payı da dikkate alındığında, Kule A.Ş.'nin münhasır tahsis hükmü içeren kira sözleşmelerinin 2006-2013 ilk 6 ay döneminde rekabet üzerindeki etkisini, genel olarak Turkcell'in münhasır tahsis hükmü içeren sözleşmelerinin incelenen dönemdeki etkilerinden ayırtırmanın gerekli olmadığı kanaatine varılmıştır.
- (92) Avea'nın, Turkcell'in hiçbir ekonomik veya teknik rasyoneli olmaksızın kira sözleşmelerine münhasırlık kaydı eklemesinin tek amacının rakiplerini dezavantajlı konuma sokmak ve onların rekabet gücünü azaltmak olduğu yönündeki iddiaları bakımından öncelikle Avea'nın münhasır tahsis hükümlerine 2006-2012 döneminde kullanılan iki farklı sözleşme tipinden birinde ve 2013 yılında kullandığı tek sözleşme tipinde yer vermiş olduğu belirtilmelidir.
- (93) Turkcell münhasır tahsis hükümlerine yer vermesinin gerekçesi olarak, bir bina üzerinde birden daha çok sayıda baz istasyonu kurulu bulunması durumunda halkın tepkisinin arttığını ve bu durumlarda saha kayıp riskiyle karşı karşıya kalındığını belirtmektedir. Turkcell'in dikkat çektiği bir başka husus ise baz istasyonlarının giydirilmesine ilişkindir. Buna göre Turkcell ilave masraflara katlanarak giydirmeli baz istasyonu sahaları kurabilmekte, böylelikle mülk sahiplerinin ve genel olarak kamunun ilgili baz istasyonuna gösterebilecekleri tepkiyi azaltmayı amaçlamaktadır. Ancak Turkcell rakip operatörün aynı hassasiyeti göstermemesi durumunda ciddi yatırımlar yaparak kurduğu sahaları kaybetme riskinin ortaya çıktığını belirtmektedir.
- (94) BTK'nın verdiği bilgilere göre, HSAT Yönetmeliği çerçevesinde GSM/3N işletmecileri fiziki, teknik, idari veya hukuki kısıtlar bulunmadığı durumlarda anten tesisi paylaşım tiplerinden azamisini uygulamakla yükümlüdürler. Bununla birlikte, anten tesisinin kurulu bulunduğu taşınmaz üzerinde fiziki (alan yetersizliği gibi), teknik (direk yetersizlikleri gibi), idari veya hukuki olarak yeni bir anten tesisine imkan vermeyen bir durum söz konusu olabilmektedir. Ayrıca mevcut bir anten tesisi nedeniyle halk tepkisi oluşmuş ise yeni bir anten tesisi kurulmasında ciddi zorluklarla karşılaşılabilir olduğundan, bu durumda diğer işletmeci anten tesisi kurulması talebinde bulunmayabilmektedir. Nitekim HSAT Yönetmeliği bir taraftan işletmecilere bina ve/veya arazi bakımından da paylaşım yükümlülüğü getirirken diğer taraftan fiziki, teknik, idari ya da hukuki açılardan makul gerekçelerinin varlığı halinde bu zorunluluğa istisna getirmiştir.
- (95) BTK'nın verdiği bilgilere göre, aynı taşınmazın üzerine ikinci bir baz istasyonu kurulması ve aynı çevrede iki farklı taşınmaz üzerine iki farklı baz istasyonu kurulması durumlarında

halk tepkisi artabilmektedir. Benzer bir şekilde Avea, belli bir taşınmazın üzerindeki baz istasyonunun paylaşılması (özellikle aynı konteyner ve anten direğinin kullanılması halinde), belli bir taşınmazın üzerine iki ayrı baz istasyonu kurulması ve birbirlerine yakın iki ayrı taşınmaz üzerine iki ayrı baz istasyonu kurulması durumları arasında halk tepkisi riskini sırasıyla “minimum”, “düşük” ve “yüksek” olarak tanımlamaktadır.

(96) Turkcell'in halk tepkisinin artışıyla birlikte saha kayıp riskinin oluşabildiği yönündeki argümanının değerlendirilmesi bakımından Vodafone tarafından sunulan ve Vodafone'un 2011-2013 döneminde diğer operatörlerden bulunduğu paylaşım talepleri ile bu taleplerin hangi gerekçelerle reddedildiği ya da hangi koşullarla kabul edildiğine ilişkin bilgileri içeren liste incelendiğinde, Turkcell ve Avea'nın Vodafone'un taleplerini reddettikleri ya da şartlı kabul ettikleri hallerde teknik birtakım unsurların ya da teknik anlamda ileri sürülen koşulların sıklıkla yer aldığı görülmektedir. Diğer yandan, sınırlı sayıda bazı durumlarda ise yerleşik operatörün ilgili tesise ek ya da yeni ekipman yerleştirecek olması ret gerekçesi olarak yer alırken, yine sınırlı sayıda bazı durumlarda ise yerleşik operatörün, rakip operatör tarafından yapılacak montaj esnasında sistemlerine zarar verilmesi kaygısı taşıdığı, hatta kimi durumlarda montajın kendi ekiplerince yapılması koşulunu ileri sürdüğü görülmektedir.

(97) Yukarıda sayılan gerekçelerin yanı sıra rakip operatörlerin Vodafone'un taleplerini reddettikleri bazı durumlarda reddin gerekçesini halk tepkisi, belediye müdahale riski gibi hususlar oluşturmakta, paylaşımın şartlı kabul edildiği bazı durumlarda ise ileri sürülen şart, Vodafone'un giydirme/gizleme yapması olarak ortaya çıkmaktadır. Bu ret gerekçeleri ya da şartların en az Turkcell kadar Avea tarafından da ileri sürüldüğü görülmektedir. Vodafone'un sunduğu liste çerçevesinde Avea'nın sayılan bu unsurlara ilişkin ret gerekçelerine ya da şartlı kabul için ileri sürdüğü şartlara ilişkin örneklerden bazılarında aşağıda yer verilmektedir:

“-Halk tepkisi nedeni ile mevcut sahayı da kaybetme riski olduğu için idari açıdan, paylaşım talebi uygun bulunmamıştır.

-Sahada yoğun halk tepkisi olması nedeni ile talep olumsuz karşılanmıştır.

-Muhtemel belediye müdahalesi ve halk tepkisine mukabil sahanın kaybedilme riski gerekçe gösterilerek paylaşım talebi reddedilmiştir.

-Halk tepkisi ve belediye müdahalesi sonucu sahanın kaybedilme riski bulunduğundan talep olumsuz karşılanmıştır.

-Vodafone tarafından Avea kamuflaj ile birebir aynı kamuflajın (renk, biçim, doku) Avea kamuflajı engellemeyecek biçimde montajının yapılması, kamuflajın üretim aşamasında sahaya götürülmeden önce Avea bölge tarafından kontrol edilmesi, alt kira protokolü imzalanması şartı ile uygun bulunmuştur.

-Vodafone'un kendi baca gizlemesini yapması şartı ile alt kiralama yapılmasının mümkün olduğu belirtilmiştir.

-Vodafone'un antenler için ayrıca gizleme yapması ve montaj işlemlerinin Avea Bakım Çözüm Ortağı ekipleri tarafından yapılması halinde paylaşım şartlı uygundur.

-Vodafone'un, kendi antenleri için Avea antenlerini engellenmeyecek biçimde ayrı gizleme montajı yapması şartı ile talep olumlu karşılanmıştır.”

(98) Bu çerçevede, Turkcell'in kira sözleşmelerinde münhasır tahsis düzenlemelerine yer vermesinin gerekçesi olarak ileri sürdüğü halk tepkisi ya da gizleme kaygılarının Avea tarafından da taşındığı, Avea'nın bu kaygılarla Vodafone'un paylaşım taleplerini reddedebildiği ya da paylaşım için koşullar ileri sürebildiği görülmektedir. Dolayısıyla

Turkcell'in kira sözleşmelerine münhasır tahsis hükmü koymasının tek gerekçesinin rekabeti kısıtlamak olduğu iddiasının kabulü mümkün görünmemektedir.

- (99) Yukarıda yer verilen tespit ve açıklamalar doğrultusunda; Turkcell'in doğrudan ya da Kule A.Ş. üzerinden dolaylı olarak tarafı olduğu kira sözleşmelerine koyduğu münhasır tahsis düzenlemeleriyle 2006 yılından 2013 yılının 6. ayı sonuna kadar olan dönemde rakiplerinin faaliyetini zorlaştırmak suretiyle GSM hizmetleri pazarındaki rekabeti kısıtladığına, dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiğine yönelik olarak bilgi, belge veya bulgunun mevcut olmadığı, dolayısıyla aynı Kanun'un 16. maddesi uyarınca idari para cezası uygulanmasına gerek bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

K. SAVUNMALAR VE DEĞERLENDİRİLMESİ

Turkcell'in savunmalarında ileri sürdüğü hususlar ve bunlara ilişkin değerlendirmeler aşağıda sunulmaktadır.

- (100) - *Soruşturma konusunu oluşturan kiralama sözleşmeleri herhangi bir mal veya hizmetin alımı, satımı veya yeniden satımını konu edinmediğinden, ayrıca kiralama sözleşmelerinin tarafı olan mülk sahibi gerçek kişilerin rekabet hukuku anlamında teşebbüs statüsü bulunmadığından, anılan sözleşmelerin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin konusunu oluşturmadığı iddiası.*

Konuya ilişkin değerlendirme, kararın 27 ve 28. paragraflarında yapılmıştır.

- (101) -*Soruşturma konusu sözleşmeler nedeniyle ortaya çıkan kiralama işlemlerinin iktisadi bir faaliyet oluşturulmaması nedeniyle soruşturma kapsamında tanımı yapılacak bir pazar bulunmadığı, buna karşın dosya bakımından bir pazar tanımı yapılmasına ihtiyaç duyulması halinde inceleme konusu kira sözleşmelerinin amacı da göz önünde bulundurularak ilgili pazarın "baz istasyonu kiralama yeri pazarı" olarak belirlenmesinin uygun olacağı iddiası.*

Dosya kapsamında kiralama işlemlerine yönelik herhangi bir pazar tanımı yapılmamıştır.

- (102) -*Baz istasyonu kurulumuna elverişli alanların sayıca sınırsız olduğu ve uygulamada işletmecilerin, başka bir işletmecinin baz istasyonu kurduğu bir alanın hemen yakınındaki alternatif bir alana ((.....)/(.....)metre) baz istasyonu kurduğu birçok örneğin mevcut bulunduğu iddiası.*

Baz istasyonlarının kurulumuna elverişli taşınmazlara ilişkin alternatifler ve söz konusu alternatiflere erişim imkanı kararın 33. paragrafından itibaren ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

- (103) -*Pazarın "baz istasyonu kiralama yeri pazarı" olarak tanımlanması halinde ilgili pazarda gerek mülk sahipleri gerekse işletmeciler arasında hakim durum yaratabilecek bir pazar payından bahsedilemeyeceği, buna ilişkin ilk somut tespit "her üç GSM operatörünün de birbirine benzer özelliklere sahip olduğu ortaya konabilir, ancak altyapıya sahip olmak rekabet gücü açısından tek başına yeterli değildir..." ifadesiyle Rekabet Kurulu'nun 23.12.2009 tarih ve 09-60/1490-379 sayılı kararına yansıdığı iddiası.*

Dosya kapsamında kiralama işlemlerine yönelik herhangi bir pazar tanımı yapılmadığından söz konusu pazara ilişkin hakim durum değerlendirmesine de yer verilmemiştir.

- (104) -*Rekabet Kurulunun çağrı başlatma pazarının analizine yönelik Turkcell'e gönderdiği görüşte⁴, işletmecilerin şebeke gücü anlamında eşdeğer seviyede olduğunun tespit edildiği iddiası.*

⁴ 23.11.2012 tarihli Mobil Şebekelere Erişim ve Çağrı Başlatma Piyasa Analizi Hakkında Görüş.

Dosya kapsamında, operatörlerin sahip oldukları baz istasyonları sayısının esas alındığı bir hakim durum analizine yer verilmemiştir.

- (105) - *Danıştay hükmüyle iptal edilen 22.04.2009 tarihli Rekabet Kurulu kararı sonrasında Avea ile iştirak ilişkisi bulunan Türk Telekomünikasyon A.Ş. tarafından Rekabet Kurumu'na yapılan şikayet başvurusunda "Turkcell'in baz istasyonlarını kurduğu taşınmaz sahipleriyle yaptığı münhasır sözleşmeleri piyasanın geneli için risk oluşturmaya da örneğin Bozcaada'da Avea'nın baz istasyonu kurmasını engellediği" iddiasına yer verildiği, anılan başvuruya dair Kurul'un aldığı 27.01.2011 tarih ve 11-60/90-32 sayılı kararda ise Avea'nın baz istasyonu kurmak konusunda Turkcell kaynaklı bir sıkıntı yaşamadığının ortaya koyulduğu iddiası.*

Bu iddiaya ilişkin değerlendirmeye kararın 51. paragrafında yer verilmiştir.

- (106) -*Kira sözleşmelerindeki münhasırlık olduğu iddia edilen hükümlerin rekabete engel olmaktan başka bir amaç taşımadığını ileri süren Avea'nın, geçmişte olduğu gibi bugün dahi (Avea'nın tabiriyle) münhasır çalışma koşulu ileri sürülmekte olduğu ayrıca Avea gibi, Vodafone'un sözleşmelerinde de benzer hükümlerin bulunduğu, Avea'nın iddia ettiğinin aksine kiralama sözleşmelerinde benzer hükümlere yer verilmesinin sadece Turkcell'e özgülenen bir durum olmayıp; piyasanın tümüne yaygın bir uygulama niteliği taşıdığı iddiası.*

Avea ve Vodafone'un kira sözleşmelerinde münhasır tahsis kaydına yer verilip verilmediğine ilişkin bilgiler "İşletmecilerin Kira Sözleşmeleri" başlığı altında sunulmuştur.

- (107) -*Turkcell'in kiralama sözleşmeleri nedeniyle Avea'nın baz istasyonu yeri kiralama ve kurulumu faaliyetlerinde olumsuz bir etkiye maruz kalmadığı, Avea'nın 2006-2012 yılları arasında, baz istasyonu sayısı ve artış oranına ilişkin yaptığı açıklamaların da bunu gösterdiği, ayrıca Avea'nın baz istasyonu sayısının en yüksek artış gösterdiği (%14) dönem olan 2008 yılının, Avea'nın Turkcell'in sözleşmelerde münhasırlık olduğunu ileri sürdüğünü iddia ettiği döneme tekabül ettiği iddiası.*

Rakip operatörlerin 2006-2013 ilk 6 aylık döneminde baz istasyonu sayılarını Turkcell'e göre daha hızlı arttırdıklarına ilişkin bilgi 30. paragraftan itibaren sunulmuştur.

L. SONUÇ

- (108) 13.08.2013 tarih ve 13-47/628-M sayılı Kurul kararı uyarınca yürütülen soruşturma ile ilgili olarak düzenlenen Rapor'a, Ek Görüş'e, yazılı savunmalara ve incelenen dosya kapsamına göre;

- 1- Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin 2006-2010 döneminde GSM hizmetleri pazarında hakim durumda bulunduğu OYBİRLİĞİ ile;
- 2- Bununla birlikte, Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin, baz istasyonlarının/kulelerinin kurulumuna ilişkin doğrudan ya da Kule Hizmet ve İşletmecilik A.Ş. üzerinden dolaylı olarak tarafı olduğu kira sözleşmelerine koyduğu münhasır tahsis düzenlemeleriyle 2006 yılından 2013 yılının 6. ayı sonuna kadar olan dönemde rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırarak GSM hizmetleri pazarındaki rekabeti kısıtlamak suretiyle 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiğine dair bilgi, belge veya bulguya rastlanmadığına; dolayısıyla adı geçen teşebbüs hakkında aynı Kanun'un 16. maddesi uyarınca idari para cezası uygulanmasına gerek olmadığına Kurul Üyesi Reşit GÜRPINAR'ın farklı gerekçesi ve OYÇOKLUĞU ile

Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere karar verilmiştir.

Rekabet Kurulu'nun 13.08.2014 tarih ve 14-28/585-253 Sayılı Kararına;

FARKLI GEREKÇE

Avea İletişim Hizmetleri A.Ş. tarafından Turkcell İletişim A.Ş'nin baz istasyonlarının/kulelerin kurulmasına ilişkin doğrudan ya da Kule Hizmet ve İşletmecilik A.Ş üzerinden dolaylı olarak tarafı olduğu kira sözleşmelerine koyduğu münhasır tahsis düzenlemeleriyle 2006 yılından 2013 yılının 6.ayı sonuna kadar olan dönemde rakiplerin faaliyetini zorlaştırarak GSM hizmetleri pazarındaki rekabeti kısıtlamak suretiyle hâkim durumunu kötüye kullandığı iddiası ile yapılan şikayet üzerine açılan soruşturma sonucunda Kurulumuz, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında ihlal ettiğine dair hiçbir bilgi ve bulguya ulaşamadığı gerekçesiyle anılan yasanın 16.maddesine göre idari para cezası uygulanmasına gerek olmadığına karar vermiş olup, teşebbüslerden gelen ve dosya içeriğinde bulunan belge ve bilgilere göre verilen bu karara, iddia edilen ihlalin olup, olmadığına tespit edebilmesi için dosyadaki belge ve bilgilerin, yapılan analizlerin yeterli olmadığı, bu nedenle delillerin yeterince değerlendirilmediği gerekçesiyle ihlal olmadığı yolundaki çoğunluk görüşü yönünde oy kullanıldığı, karar sonucuna aşağıda açıklayacağımız farklı gerekçe ile katılma gereği doğmuş bulunmaktadır.

Dosyamızda İhlalin olup, olmadığına sağlıklı bir şekilde karar verebilmek için; Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. (Turkcell) ve Turkcell'in %100 kontrolünde bulunan Kule Hizmet ve İşletmecilik A.Ş. (Kule A.Ş.)'nin GSM baz istasyonu ile ses, data ve görüntü aktarımına yarayan diğer cihazların kurulması ve işletilmesi için kullanılacak alanların kiralanmasını konu edinen kira sözleşmelerini, kiralayanın sözleşmeye konu taşınmazı benzer veya aynı maksatla faaliyet gösteren başka bir kişi veya kuruluşa kiraya vermemesi şartı ile imzaladığı hususlarının şikayet edilen dönem esas alınarak bir gerekli bir inceleme yapılmadığı, öte yandan belli alan ve bölgelerdeki cihazların kurulumu konusunda soruşturma heyetinin yaptığı incelemede sadece sayısal verilerin alındığı oysa bu cihazların kullanım yoğunluğunun başka bir deyişle nüfus yoğunluğunun fazla olduğu bölgeler dikkate alınarak yapılacak bir analizle sonuca ulaşılması gerektiği, mevzuat uyarınca tesis paylaşımı yükümlüsü olan Turkcell'den 2006 yılından bu yana tesis paylaşımı taleplerinin ne ölçüde karşılandığı ve Turkcell'in mülkiyetinde bulunan kulelerin diğer operatörlerin kullanımına izin verilip verilmediği, izin verilmişse bu izinlerin her noktada olup olmadığı, nüfus yoğunluğunun olduğu bölgelerde eşit ve adil olup olmadığı hususlarının da araştırılması ve değerlendirilmesi ve hatta bu hususları gerek teşebbüs kayıtlarında incelemek üzere yerinde inceleme yapılması gerekirdi.

Soruşturma heyetince, yukarıda yapılması gerekli araştırmaların yapılmaması ve sorduğumuz sorulara yanıt bulunmaması nedeniyle tarafıma ihlalin olup olmadığı konusunda tam bir kanaat gelmediği için, ceza hukukunun "şüphe sanık lehine yorumlanır" (in dubio pro reo) ilkesinden hareketle, 4054 sayılı Yasanın 49.maddesine göre de çekimser oy kullanmanın mümkün olmaması karşısında karar sonucuna katılmak zorunda kalınmıştır. Kısaca bu farklı gerekçe oyu sahibi olarak ihlal olmadığı tespiti kararına delil yetersizliğinden değil, mevcut delillerin yeterince test ve analizlere tabi tutularak değerlendirilmediği ve bu nedenle ihlalin var olup olmadığına sağlıklı olarak ortaya konulamadığı görüşü ile bu yönde oy kullandığımızı belirtmek istiyoruz. Ancak,

Kurulumuzun 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri karşısında, dosyanın bulunduğu bu aşamada tarafımızdan eksiklikleri belirtilen hususların tamamlanması adına kullanacağı bir usulün ve yetkinin bulunmamasının da anılan Kanunun bir eksikliği olarak işaret edilmesinde yarar olduğu kanısındayız.

İdare Hukukunda yetki; kişileri, eşitlik kuralını, Temel Hak ve Hürriyetleri, kamusal para ve malları doğrudan ilgilendiren ve kamu gücü kullanım aracı olan idari işlemin idare içindeki herkes tarafından değil de, yalnızca kanunda belirlenmiş makamlar tarafından, yine yasada belirlenen konu ve sınırlar içerisinde yapılabilmesini ifade eder. Bir başka deyişle yetki, idari makamı işgal eden kişi veya kişilerin kamu tüzel kişisi adına hukuki işlemler yapabilme ehliyetidir.

Birinci anlamda yetki; idarenin görev alanını, hukuki olanağını, tesis edebileceği işlemlerin konu ve sınırını ifade eder.

İkinci ve dar anlamda yetki ise; Anayasa ve Kanunların idareye bıraktığı alanlarda alınacak idari kararların veya yapılacak işlemlerin hangi idari makam ve organlarca yapılabileceğini veya alınabileceğini ifade eder.

Bu açıklamalarımızın ışığında belirtmek gerekirse, Rekabet Kurulunun 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun tarafından kendisine verilen ihlal iddialarını inceleme ve karar verme görevini yerine getirirken, yine aynı kanunla verilen hukuki olanaklar ve sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla, aşağıda özetle açıklanan tüm usulü yetkilerini kullanarak, sonuca ulaştırması (nihai karar) zorunludur. Başka bir deyişle Kurul kanunda öngörülen usulü süreci takip ederek nihai kararını verecektir.

4054 sayılı Kanunda Rekabet Kurulunun resen veya kendisine ihbar, şikayet, Bakanlık talebi yoluyla gelen başvurular üzerine, soruşturma açılıp açılmayacağına karar verebilmesi için öncelikle önaraştırma yapılmasına karar vereceği, önaraştırmanın 30 gün içinde tekemmül ettirilerek rapora bağlanarak Kurula sunulacağı (Md.40), önaraştırma raporunun Kurula verilmesinden sonra 10 gün içerisinde Kurulun, tüm bilgi ve belgeleri değerlendirerek soruşturma açılıp açılmayacağına karar vereceğini (Md.41), verilen kararların başvuru sahiplerine bildirileceği (Md.42), soruşturma kararı verilmesi halinde Kurulun soruşturmayı yürütecek raportör veya raportörleri belirleyeceği, soruşturmaya başlanmasından itibaren 15 gün içinde iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilgiyi göndermek koşuluyla ilgili taraflara bildireceği ve 30 gün içerisinde savunmalarını göndermesini isteyeceği (Md.43), Kurulca görevlendirilen soruşturma heyetinin, soruşturma safhasında 4054 sayılı yasada öngörülen 14 ve 15.maddelerde düzenlenen bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerini de kullanarak delilleri toplayacağı (Md.44), soruşturma safhası sonucunda hazırlanan soruşturma raporunun tüm kurul üyelerine ve ilgili taraflara tebliğ olacağı, gerekli savunmanın taraflarca verilmesinden sonra ek görüşünde aynı şekilde tüm kurul üyeleri ve taraflara tebliğ edileceği, taraflarca 30 gün içerisinde bu ek görüşe cevap verilebileceği (Md.45), Kurulca resen veya Tarafların cevap ve savunma dilekçelerinde sözlü savunma toplantısı yapılması talebi halinde sözlü savunma toplantısı yapılmasına karar verebileceği, sözlü savunmanın soruşturma safhasının bitiminden en az 30, en çok 60 gün içinde yapılacağı (md.46-47), sözlü savunma toplantısı yapıldıktan sonra aynı gün, bu mümkün olmazsa gerekçesi ile birlikte 15 gün içinde nihai kararın verileceği, yine sözlü savunma toplantısı yapılma kararı verilmesine rağmen taraflar gelmezse bir hafta içinde nihai kararın verileceği (Md.48) hükme bağlanmıştır. Burada Rekabet Kurulunun resen veya kendisine gelen başvuruları

sonuçlandırana kadar takip edeceği süreçte yapacağı tüm usulü işlemler başka bir deyişle kullanacağı yetkiler özetle gösterilmiştir.

Bu bölümle ilgili sonuç olarak; Rekabet Kurulunun resen veya kendisine gelen diğer tüm başvuruları sonuçlandırırken yukarıda belirtilen yapacağı işler, takip edeceği süreç ve kullanacağı argümanlar kanunda gösterilmiştir. Rekabet Kurulu bu kanunun verdiği tüm hukuki olanakları kullanarak nihai kararını verir. Bu işlemleri yaparken kanunen kendisine verilmeyen bir yetkiyi kullanamayacağı gibi, verilen bir yetkiyi de (konunun çözümünde gerekli olmaması hali hariç-örneğin bilgi isteme yeterli ise yerinde inceleme yapmadan) kullanmaması söz konusu olamaz. 4054 sayılı yasa Rekabet Kurulu için birtakım usul hükümleri ihtiva ettiği bir anlamda rekabet usul hukukunu da içinde barındırdığı için, bu usul hükümlerine uyması, yasada öngörülen süreci takip ederek bunun dışına çıkmaması gerektiği açıktır. Ayrıca kendisine yasayla verilmeyen bir yetkiyi de aksine hüküm yok savıyla hareket ederek kullanamayacağı gibi, yine açıkça yetki devri öngörülmediği hallerde de bu yetkisini asla bir başka makam veya organa da devredemez.

Yukarıdaki yasal açıklamalarımızı dikkate alarak somut olayı irdelediğimizde, Rekabet Kurulu kendisine gelen başvuru üzerine önaraştırma kararı alarak, raportörlerce önaraştırma yapılmış, önaraştırma sonucunda elde edilen bilgi ve belgelere göre soruşturma açılmasına karar verilmiştir. önaraştırma ve soruşturma safhasında raportörlerce yukarıda anılan Kanunun 14.maddesine göre bilgi isteme yetkileri kullanılmış, konu ile ilgili tüm bilgi ve belgeler toplanmıştır. Toplanan bu ham bilgiler soruşturma heyetince değerlendirilerek soruşturma raporu tarafımıza tebliğ edilmiştir. Daha sonra da nihai karar günü belirlenerek karar verilmiştir.

Yukarıda belirtilen hukuki açıklamalara göre, nihai karar verilene dek tesis edilen tüm işlemlerin yasaya uygun ve eksiksiz yapıldığı görülmektedir. Bu durumda, kurul üyeleri soruşturma heyetinin yaptığı ekonomik analizler ve tüm değerlendirmeleri dikkate alarak adeta bunlarla yetinerek karar verme durumu ile karşı karşıyadır. Bir başka deyişle Yasanın bu düzenlemesi karşısında Kurul üyeleri bu değerlendirmelere ve yapılan analizlere göre karar vermeye adeta mahkumdur. Oysa yukarıda açıkladığımız analiz, test ve değerlendirmeler yapılsa idi konu bütün çıplaklığı ile en az bizim ve bizim gibi düşünen üyeler açısından ortaya çıkacaktı. Nihai karar verilirken bu eksikliklerin verilecek bir ara kararı ile giderilmesi veya daha önceki aşamada, soruşturma raporu ve ek görüşün tamamlanmasını müteakip, bir başka deyişle dosyanın tekemmülünden sonra ve sözlü savunma toplantısı yapılmadan önce, dosyanın kurul gündemine getirilerek, eksikliklerin giderilmesinin konunun çözümü için en sağlıklı yol olduğunu düşünüyorum. Kanımca burada hiçbir kimsenin kusuru olmayıp, yasanın bir boşluğu olduğu inancındayım. Çünkü Kurul adına bağımsız olarak hareket eden bir soruşturma heyetinin, kendilerince yapılan mevcut analiz ve değerlendirmelerin, sonuca ulaşma adına yeterli olduğunu düşünmesinin mümkün olması ve yine aynı şekilde çoğunluk oyu kullanan üyelerin de bu analiz ve değerlendirmeleri yeterli bulması gibi bir durumun doğması doğal hatta 4054 sayılı yasa hükümlerine göre de yasalıdır.

Ancak, bizim gibi düşünerek karşı oy kullanan üyelerin, elde edilen mevcut bilgi ve belgelere göre yapılan değerlendirme ve ekonomik analizlerin yeterli olmadığı kanaatinde olması halinde yapılacak işlemler 4054 sayılı yasada öngörülmediği için sonuca sağlıklı bir şekilde ulaşmakta zorluk çekilmektedir. Kanımızca, bu yasal boşluğun kanunda süratle yeni bir düzenleme yapılarak veya Danıştay'ın bu yasal boşluğu içtihadı ile doldurması gerektiğine inanıyoruz. Bu konuda yasal bir örnek vermek gerekirse; 2577 sayılı İ.Y.U.K

da; idare mahkemelerine ve Danıştay'a böyle durumlar karşısında kalınması halinde yapılacak işlemler 19.madde de gösterilmiştir. "Duruşmalı işlerde karar verilmesi" başlıklı bu maddede, yasa koyucu aynen "Duruşma yapıldıktan sonra en geç onbeş gün içinde karar verilir. Ara kararı verilen hallerde, bu kararın yerine getirilmesi üzerine, dosyalar öncelikle incelenir." hükmünü getirerek idare mahkemesi ve Danıştay'a dosyanın tekemmülünden sonra dosyadaki eksikliğin ara kararı ile giderilmesi yolunu öngörmüştür. Bu hükme göre, Danıştay veya idare mahkemesinde tekemmül etmiş ve duruşması yapılmış bir dosyada eksiklik tespit edilirse, bu eksikliğin ara kararı ile giderilerek dosyanın daha sağlıklı karar verilebilecek bir duruma getirilip, karar verilmesi olanağı tanınmıştır. Yine ceza hukukunda tevsi-i tahkikat müessesesi de aynı sorunlara çözüm üreten bir müessese olarak CMK'da düzenlenmiştir. Bu nedenle sonuç olarak, mevcut 4054 sayılı Yasa Hükümlerine göre yargı yeri olmamakla birlikte yargı benzeri fonksiyon icra eden ve karar veren Rekabet Kurulunun karşılaşılabileceği böyle durumlarda yapabileceği usulü işlemler hükme bağlanmadığı için, yasada bu yolda düzenleme yapılması gerektiği kanaatindeyim.

Olaya bir başka açıdan da bakılabilir. Denilebilir ki, Rekabet Kurulu Üyeleri konularında yetkin kişilerdir. Soruşturma heyetince maddi bilgi ve bulgular ile tüm belgeler bilgi isteme ve yerinde inceleme sonucu elde edilerek dosya içeriğinde bulunduğu göre, Kurul Üyeleri bu bilgi ve belgeleri kendileri değerlendirerek, soruşturma heyetinin değerlendirme ve analizlerinden ayrı değerlendirme ve analizler yaparak karar verebilirler. Rekabet Hukuku hakkında yeterli bilgisi olmayan bir hukukçu veya ekonomist bu konuya evet yapsınlar, yapmaları da görevleridir diyebilir. Ama Rekabet Hukukunun hem hukuki, hem de ekonomik boyutunu iyi bilen bir rekabet hukukçusu ise, bazı ekonomik analizlerin kurum dışında da yapılabildiği gerçeğinden hareketle bu konuda yapılması gerekli analizlerin çoğunun üyelerce yapılması olanağı bulunmadığı gibi, böyle bir görevlerinin bulunmadığını da işaret ederek bunun mümkün olmadığını söyleyecektir. Kaldı ki, Kurum bünyesinde, belirtilen bu ekonomik test, analiz ve değerlendirmeleri yapmak üzere görevlendirilen Ekonomik Analiz ve Araştırma Dairesi Başkanlığı bulunmaktadır. Soruşturma heyetince, soruşturma aşamasında gerektiğinde test, analiz ve değerlendirmeler konusunda adı geçen daireden teknik yardım alınmasının gerekliliğini de söylemeden geçmek mümkün değildir.

Burada belirtilmesi gereken bir hususta, yasa gereği soruşturma raporu ve ek görüş kendisine tebliğ edilen Rekabet Kurulu Üyelerinin, rapor ve ek görüş üzerinde gerekli incelemeleri yaparak soruşturma heyetini, dosyada gördüğü eksiklikler yönünde çalışma yapılması için uyarması gerektiği düşünülebilir. Ancak, 4054 sayılı yasanın değişmeden önceki 43.maddesinde; Kurulun Soruşturma kararı ile birlikte, görevli raportörlerle birlikte kurul üyesi veya üyelerini belirleyerek, soruşturma heyetinin bu şekilde oluşması öngörülmüş, 5388 sayılı yasanın 5.maddesi ile, 43.madde de değişiklik yapılarak Kurul Üyeleri soruşturma heyetinden çıkarılmıştır. Gerek Kanundaki bu yeni düzenleme ve gerekse 43.maddenin eski haline göre soruşturma kararı verilip, soruşturma heyetinde yer alan kurul üyelerinin aynı dosya ile ilgili nihai karar oturumuna katılarak karar vermesinin tarafsızlık ilkesine aykırı olduğundan bahisle Danıştay Dava Daireleri Kurulu'nun ve yine Danıştay 13.Dairesinin verdiği iptal kararlarının yerleşik içtihat haline gelmesi karşısında, Kurul Üyelerinin soruşturma raporlarının kendilerine tebliğinden sonra bireysel olarak soruşturma heyetine müdahale etmesi tarafsızlık ilkesinin çiğnenmesi sonucunu getirebilir. Burada ancak, yasa koyucu tarafından gerekli yasal düzenlemenin

14-28/585-253

yapılarak konulacak bir usul işlemi ile, dosyanın bu aşamada Başkanlıkça kurul gündemine getirilmesi ve eksikliklerin Kurulun alacağı kararla tamamlanmasının uygun olacağı ve bu uygulamanın da yukarıda belirtilen tarafsızlık ilkesine aykırı düşmeyeceği düşünülmektedir. 4054 sayılı Yasa'nın 43.maddesinde öngörülen soruşturma raporunun ve ek görüşün kurul üyelerine tebliği yolundaki hükmün, maddenin gerekçesinde de bu konuda bir açıklamanın yer almaması da dikkate alındığında, sadece Kurul Üyelerinin dosyadan bilgi sahibi olması ve dosyayı önceden incelemesi gerekliliğinden dolayı sevk edildiği kanısındayız.

Yukarıda geniş olarak açıklanan nedenlerle, Kurulumuzun mezkur kararının 2.maddelerine farklı gerekçe ile katılıyorum.

Reşit GÜRPINAR

Kurul Üyesi

KARŞI OY GEREKÇESİ

(13.08.2014 tarihli ve 14-28/585-253 sayılı Kurul Kararı)

Kurulun 13/08/2014 Tarih ve 14-28 Sayılı Toplantısında görüşülen Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. hakkında verilen 22.04.2009 tarih, 09-07/381-90 sayılı Kurul kararının Danıştay 13. Dairesi'nin 18.12.2012 tarih ve 2009/5862 E., 2012/3883 K. Sayılı kararı ile iptal edilmesi üzerine şikayet konusu iddialar bakımından 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddesinin ihlal edilip edilmediğinin tespitine yönelik olarak 13.08.2013 tarih ve 13-47/628-M sayılı Kurul kararı uyarınca yürütülen soruşturma ile ilgili olarak düzenlenen rapora, ek görüşe, yazılı savunmalara ve incelenen dosya kapsamına göre

“ ...

- 1- Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin 2006-2010 döneminde GSM hizmetleri pazarında hakim durumda bulunduğu OYBİRLİĞİ ile;
- 2- Bununla birlikte, Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin, baz istasyonlarının/kulelerinin kurulumuna ilişkin doğrudan ya da Kule Hizmet ve İşletmecilik A.Ş. üzerinden dolaylı olarak tarafı olduğu kira sözleşmelerine koyduğu münhasır tahsis düzenlemeleriyle 2006 yılından 2013 yılının 6. ayı sonuna kadar olan dönemde rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırarak GSM hizmetleri pazarındaki rekabeti kısıtlamak suretiyle 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiğine dair bilgi, belge veya bulguya rastlanmadığına; dolayısıyla adı geçen teşebbüs hakkında aynı Kanun'un 16. maddesi uyarınca idari para cezası uygulanmasına gerek olmadığı ...”

kararının 2. maddesine aşağıdaki gerekçelerim nedeniyle karşıyım.

Bilindiği üzere Danıştay 13. Dairesi bahse konu uyuşmazlıkla alakalı olarak kararda aynen;

“...BTK tarafımdan çıkarılan Tebliğ hükümlerinde, söz konusu alanlarda daha önceden tesis kurmuş olan Turkcell'in, tesis paylaşımı yükümlüsü olduğu, davacı şirketin bu alanlarda ki tesislerin paylaşımını Turkcell'den talep etme hakkı ile Turkcell'in bu talebi reddetmesi durumunda uzlaşma süreci için BTK'ya başvurmak hakkı bulunduğu konusunda ki tespit tek başına yeterli olmadığı gibi, Tebliğ maddelerinin şikayet konusu münhasırlık içeren kira sözleşmelerinin rekabet hukuku açısından doğuracağı etkiyi doğrudan doğruya ortadan kaldırmadığı görülmektedir.

Nitekim, Tebliğ'le tesis kullanma yükümlülüğü getirilse bile, bu yükümlülüğün fiilen hayata geçmemesi ve uyuşmazlık halinde uzlaşma sürelerinin uzaması halinde hem tesis kullanımının engellenmesi, hem de münhasırlık içeren kira sözleşmeleri nedeniyle pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması söz konusu olacağından münhasırlık hükümlerinin bu yönüyle mevcut pazara etkilerinin araştırılmasının zorunlu olduğu anlaşılmaktadır”

Danıştay kararında belirtildiği gibi BTK Tarafından tesis Paylaşım yükümlülüğü getirilmiş olsa bile bunun uygulamaya geçip geçmediğinin önemli olduğu, uyuşmazlık halinde Uzlaşma sürelerinin uzaması ile hem tesis kullanımının engelleneceği ve hem de pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin münhasır sözleşmeler nedeniyle faaliyetlerin zorlaştırılacağından münhasırlık hükümlerinin mevcut pazara etkisinin araştırılmasının zorunlu olduğu ifade edilmiştir.

Nitekim kararda zikredildiği gibi 2011 Öncesinde şikayetçi teşebbüsün Paylaşım yükümlülüğüne yönelik (.....) dan fazla başvurusu değişik gerekçelerle sonuçlandırılmamıştır.

18.03.2011 tarihinde yürürlüğe giren “Hücresel Sistem Anten Tesislerinin Tasarımı, Kurulumu ve Paylaşımına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik” (HSAT Yönetmeliği) ise bir taraftan Ortak Anten Yönetmeliği’ni yürürlükten kaldırırken, diğer taraftan bu Yönetmelik’ten farklı olarak sadece hücresel sistem anten tesislerine özgülenmiştir. Hücresel sistem anten tesisi kurma yetkisine sahip GSM/3N işletmecilerinin diğer bir deyişle Turkcell, Avea ve Vodafone’un tabi olduğu Yönetmelik’te, elektronik haberleşme hizmeti sunumu için kullanılan arazi ve bina gibi yerler dahil, oda/konteyner, kabinet kule, direk, kanal ve borular, anten ve anten elemanları iletim hat ve ekipmanı, iklimlendirme ve enerji kaynakları gibi bileşenlerden oluşan tesis olarak tanımlanan anten tesisinin paylaşım esaslarına yer verilmiştir

İşletmeciler, ilgili mevzuat ve imtiyaz sözleşmeleri hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla; fiziki, teknik, idari veya hukuki kısıtlar bulunmadığı durumlarda anten tesisi paylaşım çeşitlerinden azamisini uygulamakla yükümlü tutulmuştur. Kurulmuş bir anten tesisi olan işletmeci kapsama alanı, hizmet kalitesi gibi kriterleri karşıladığı takdirde farklı teknolojideki yeni sistemini mevcut anten tesisine kurmakla; kurulmuş bir anten tesisi olan işletmeci, bu tesisini yeni anten tesisi kuracak diğer işletmecilerle paylaşmakla ve kuracağı anten tesisini yukarıda sıralanan birinci, ikinci ve üçüncü tip paylaşımına imkan verecek şekilde en az bir işletmecinin daha faydalanabileceği kapasitede tasarlanmasını, üretilmesini ve kurulmasını sağlamakla; işletmeci kuracağı anten tesisi için kapsama alanı ve hizmet kalitesi gibi kriterleri karşılayacak mevcut bir anten tesisi var ise bu tesisini kullanmakla yükümlü kılınmıştır.

Ayrıca ilgili HSAT Yönetmeliği’nde “İşletmeciler tarafından üçüncü taraflarla yapılacak anlaşma veya sözleşmelerde paylaşım engel teşkil edecek hususlara yer verilmemesi ve mevcut anlaşma veya sözleşmelerde bu tip hükümlerin bulunması durumunda, paylaşım talebinde bulunan işletmeci tarafından talep edilmesi halinde, söz konusu hükümlerin çıkarılması için sözleşmeyi yapan işletmeci tarafından muvafakat verilmesi” hükmü yer almıştır.

Yönetmelik’te, işletmeci tarafından yapılan bir paylaşım talebinin fiziki, teknik, idari ya da hukuki kısıtlar nedeniyle karşılanamaması ya da katılım sözleşmesi kapsamında bir ihtilafın vuku bulması durumunda ihtilafın giderilmesi amacıyla BTK’ya başvurulabileceği, BTK tarafından geçici ücretlerin belirlenmesi de dahil anlaşmazlık noktalarının giderilmesine yönelik olarak uzlaştırma sürecinin işletilebileceği düzenlenmiştir.

HSAT Yönetmeliği anten tesisinin üzerinde kurulu olduğu bina ve/veya araziye de paylaşım yükümlülüğünün kapsamında saymıştır. Yönetmelik maddelerinin lafzına paralel olarak BTK’dan alınan bilgilere göre de; “GSM/3N işletmecilerinin, HSAT Yönetmeliği’nin 8. maddesinde belirtilen fiziki, teknik, idari veya hukuki kısıtlar bulunmadığı durumlarda anten tesisi paylaşım tiplerinden azamisini uygulamakla yükümlü olduklarından, kendi anten tesisinin kurulu olduğu taşınmaz üzerinde başka bir GSM/3N işletmecisinin anten tesisini kurmasına izin vermesi gerekmektedir.”

Paylaşım konusunda operatörlere önemli kolaylıklar getirmiş olmasına rağmen Turkcell’in Vodafone’un paylaşım taleplerini 2011, 2012 yılları ile 2013 yılının Kasım ayına kadar olan dönemde sırasıyla %(.....), %(.....) ve %(.....) oranında; Avea’nın taleplerini ise sırasıyla %(.....), %(.....) ve %(.....) (2013/6.ay) oranında olumlu yanıtladığı görülmektedir. Paylaşım taleplerinin karşılanmama gerekçelerinin ne derece haklı olduğu, bunların ne kadarının uzlaşmaya gittiği bilgisi karara esas raporda yer almamaktadır. Bu oranlara esas

14-28/585-253

rakamların teşebbüslerin sahip oldukları baz istasyonu ve alanlara göre oransal olarak düşük olduğu belirtilse de karşılanmayan taleplerin işletmeciler açısından değeri bunların teşebbüse katacağı katma değer ya da teşebbüse sağlayacağı rekabet gücü açısından değerlendirmek gerekir. Turkcell'in paylaşımına izin vermediği bu taleplerin yerleri ve değerleri konusunda karara konu raporda herhangi bir tespit bulunmamaktadır Diğer bir ifade ile Danıştay kararında belirtilen Türkcell uygulamalarının pazara etkisi yeterince ortaya konulamamıştır.

Diğer taraftan dile getirilmesi gereken bir hususta işbu soruşturma konusu ile ilgili olarak hakkında iddialar ileri sürülen teşebbüste yerinde inceleme yapılmamıştır. Kuşkusuz Kurulca yapılması kararlaştırılan her önaraştırma ve soruşturmada yerinde inceleme yapılması gerektiği konusunda kesin bir kural olmamakla birlikte teşebbüslerle alakalı olarak iler sürülen hakim durumun kötüye kullanıldığına yönelik iddialarla ilgili olarak teşebbüslerin kayıtları üzerinde yapılacak tespitler özellikle anılan eylemlerin amacının belirlenmesinde yararlı olabilmektedir.

BTK'ca yürürlüğe konulan HSAT Yönetmeliğinde yer alan hükümlere rağmen pazarda varlığı ve etkisi devam eden Turkcell'in münhasır kiralama uygulamalarının rakipleri pazarda rekabet edemez hale getirdiği, bunun sonucu olarak da Turkcell'in faaliyet sonuçları sürekli olarak yüksek tutarlı kârlarla sonuçlanırken rakiplerinin sürekli olarak zarar eden bir yapı ile devam etmek mecburiyetinde kaldıkları görülmektedir. Bu durum rakipler açısından sürdürülebilir değildir.

Anılan nedenlerle yargı kararı gereği Turkcell'in münhasır uygulamalarının pazardaki etkisi yeterince ortaya konulmadan ve dolayısıyla kanaat oluşturabilecek nitelikte yeterli tespitler yapılmadan karar oluşturulması yönündeki çoğunluk görüşüne karşıyım.

Fevzi ÖZKAN
Kurul Üyesi

KARŞI OY

(13.08.2014 tarihli 14-28/585-253 Sayılı Kurul Kararı)

Şikayete konu olan iddiaların test edilebilmesi için birkaç örnekleme saha araştırılması yapılması dosya çözümü için zorunluydu. Böylece katma değer üretilen nüfus yoğun bölgelerde optimizasyonun nasıl etkilendiği ortaya konulması gerekirken bu haliyle masa başında kurgulandığı intibainı uyandıran bir dosya görünümündedir.

Öte yandan, Kurulumuzun bir üyesinin sürekli olarak kullandığı karşı oyda belirtildiği gibi, 4054 sayılı yasanın ilgili hükümlerine göre dosya raportörlerinin ön araştırmalar da Başkan tarafından, Soruşturmalarda ise kurul kararı ile oluşturulacağı zorunludur. Bu dosyada da kanuna aykırı şekilde raportörler başkanca seçilmiştir. (.....)

(.....)

Kararların ve eki olan karşı oyların yayımlanmasının bir nedeni kamuoyunun ve ilgililerin bilgi sahibi olması amacını gütmesinin yanı sıra aksi bir eylem karşı oy kullanan üyelerin özgür iradelerine ipotek koyma anlamına gelmektedir. Bu ise; Kurum yönetiminin kendisini kanun koyucu yerine koyma girişimidir.

Özetle; yukarıda belirtilen nedenlerle karara katılmıyorum.

Dr. Metin ARSLAN
Kurul Üyesi