

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2005-2-81 (Soruşturma)
Karar Sayısı : 14-35/697-309
Karar Tarihi : 24.09.2014

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

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

B. RAPORTÖRLER: Nur Seda KÖKTÜRK, Necla SÜMER ÖZDEMİR

C. BAŞVURUDA

BULUNAN : Eser Telekomünikasyon Sanayi ve Ticaret. A.Ş.
Temsilcisi: Av. Gökhan CANDOĞAN
Ulusoy Plaza Kızılırmak Mahallesi 53. Cadde 1450.
Sokak No:9/52, 06510 Çukurambar/ Ankara

D. HAKKINDA SORUŞTURMA

YAPILAN : Türk Telekomünikasyon A.Ş.
Turgut Özal Bulvarı 06103 Aydınlikevler/Ankara

- (1) **E. DOSYA KONUSU:** 16.02.2006 tarih ve 06-13/155-39 sayılı Kurul kararının Danıştay 13. Dairesinin 20.03.2013 tarih ve 2008/3070 E., 2013/982 K. sayılı kararı ile iptal edilmesi üzerine, Türk Telekomünikasyon A.Ş. tarafından Eser Telekomünikasyon San. ve Tic. A.Ş.'nin uluslararası kiralık devre hizmeti tarife bilgisine yönelik talebinin karşılanmaması ve aynı ihale için aynı hizmeti sağlamak isteyen teşebbüsler arasında Eser Telekomünikasyon San. ve Tic. A.Ş. aleyhine ayrımcılık yapılması suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ihlal edilip edilmediğinin tespiti.

F. İDDİALARIN ÖZETİ:

- (2) Başvuruda özetle;
- Avrupa Birliği (AB) fonları ile desteklenen “Delivery of Advanced Network Technology to Europe (DANTE)” adlı kuruluş tarafından, AB ve AB'nin yakın işbirliği içerisinde olduğu ülkelerdeki araştırma ve eğitim alanlarında çalışan kurumların ortak bir ağ üzerinde birleştirilmesi amacıyla uluslararası bir ağ oluşturulmasına yönelik “GÉANT PAN European Research and Education Network” adında dönemsel olarak ihale düzenlendiği,
 - Avrupa üzerindeki uluslararası ağa bağlantı sağlanması için düzenlenen söz konusu ihaleler sonucunda, ihaleyi alan teşebbüs tarafından denizaltı/karasal fiber optik kablolar veya uydu bağlantısı yoluyla DANTE'nin ihtiyaç duyduğu kapasite ve hızda veri iletişimi taahhüdü altına girildiği,
 - EUMED Connect Projesi çerçevesinde Türkiye bakımından Ocak 2004'ten itibaren Eser Telekomünikasyon San. ve Tic. A.Ş.'nin (Eser Telekom) hizmet sağladığı,

- Eser Telekom'un Türkiye ve diğer ülkeler için AB çapındaki ağa bağlantı sağlanması amacıyla DANTE tarafından 2003 yılında açılan ve GN2 olarak anılan ihaleye de katılmak istediği,
- bu kapsamda, Eser Telekom tarafından bu ihaleye teklif vermek için gerekli olan denizaltı ve karasal fiber optik kablolar üzerinden 622 Mbps ve 1.2 Gbps hızlarında kiralık devre hizmeti için Türk Telekomünikasyon A.Ş.'den (Türk Telekom) fiyat talep edildiği,
- Eser Telekom'un birçok sefer yinelenen taleplerine ve gecikmeye bağlı olarak söz konusu ihalede sonlanma tarihi açısından hak kaybına uğrama olasılığının belirtilmesine karşın, Türk Telekom'un uluslararası nitelikteki GN2 ihalesine verilecek teklif bakımından temel bileşen durumundaki uluslararası kiralık devreler için ilgili tarife bilgilerini sağlamakta gecikmesi,
- bu bilgilerin ancak ihalenin sonuca bağlanacağı tarihte sağlandığı,
- bununla birlikte Türk Telekom'un söz konusu tarife bilgilerini aynı ihale kapsamında aynı hizmeti sağlamak amacıyla talep eden bir başka şirket olan Yunanistan uyruklu OTEGLOBE S.A.'ya (OTEGLOBE) daha önceden sağladığına yönelik bilgi edinildiği,
- ayrıca gerek Eser Telekom, gerek OTEGLOBE tarafından aynı hizmetin sağlanmasına yönelik talep edilen hizmetler için Eser Telekom'a verilen teklifin OTEGLOBE'ye sunulan teklife göre çok yüksek düzeylerde olduğu,
- Türk Telekom'un, Eser Telekom'un tarife bilgilerine yönelik talebini uzunca bir süre karşılamayarak Eser Telekom'u oyalamak suretiyle DANTE projesi kapsamında yapılan GN2 ihalesinde rekabetçi bir yapının oluşmasını engellediği,
- Türk Telekom'un aynı ihale için aynı hizmeti sağlama çabasındaki Eser Telekom ve OTEGLOBE arasında, Eser Telekom aleyhine ayrımcılık yaptığı ve kendisine telekomünikasyon sektöründe değişik alanlarda sahip olduğu dört lisansla rakip olan Eser Telekom'u, denizaltı ve karasal fiber optik kablolardaki hâkim durumunu ve telekomünikasyon sektöründeki finansal gücünü kullanarak pazar dışına çıkarmayı amaçladığı

ifade edilmiştir.

- (3) **G. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurumu kayıtlarına 21.07.2005 tarihinde, Eser Telekom tarafından gönderilen başvuru üzerine düzenlenen 05.09.2005 tarih ve 2005-02-81/İİ-05-AD sayılı İlk İnceleme Raporu, Rekabet Kurulunun 08.09.2005 tarihli toplantısında görüşülerek 05-55/844-M sayı ile başvuru konusu iddialara yönelik olarak Türk Telekom hakkında önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir. Başvuru kapsamında, Bilgi ve İletişim Teknolojileri Kurumu'ndan (BTK), ilk inceleme aşamasında 28.07.2005 tarihinde 2859 sayılı yazı ile talep edilen görüşe yönelik cevap 26.08.2005 tarih ve 6020 sayılı yazı ile; 14.11.2005 tarih ve 578 sayılı yazı ile önaraştırma aşamasında talep edilen görüşe yönelik cevap ise 29.12.2005 tarih ve 2018 sayılı yazı ile Kurum kayıtlarına girmiştir.
- (4) Önaraştırma sonunda hazırlanan 31.10.2005 tarih 2005-2-81/ÖA-05-Öİ sayılı rapor, Rekabet Kurulunun 16.02.2006 tarihli toplantısında görüşülmüş ve 06-13/155-39 sayı ile Türk Telekom hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikâyetin reddine karar verilmiştir.
- (5) Bahse konu Kurul kararının iptalinin istemi üzerine Danıştay 13. Dairesinin 31.03.2008 tarihli, E:2006/2308, K:2008/3417 sayılı kararı ile Kurul kararında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Takiben Eser Telekom tarafından temyiz isteminde bulunulmuş, söz konusu başvuru üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (İDDK), 20.03.2013 tarihinde 2008/3070 E., 2013/982 K. sayı ile Danıştay 13. Dairesinin bahse konu kararının bozulmasına karar vermiştir.

- (6) İlgili karar üzerine Rekabet Kurulunun 28.11.2013 tarihli toplantısında 13-66/914-M sayılı ile denizaltı ve karasal fiber optik kablolardaki hâkim durumunu kötüye kullanım kullanmadığının tespitine yönelik olarak Türk Telekom hakkında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına karar verilmiştir.
- (7) 4054 sayılı Kanun'un 43/2. maddesi uyarınca, soruşturma açılmasına yönelik karar ve ileri sürülen iddiaların türü ve niteliği hakkında bilgi, 10.12.2013 tarih ve 13936 sayılı yazı ile Türk Telekom'a tebliğ edilerek 30 gün içinde ilk yazılı savunmasının iletilmesi talep edilmiştir. Teşebbüsün ilk yazılı savunması Kurum kayıtlarına 16.01.2014 tarih ve 369 sayılı ile intikal etmiştir.
- (8) Söz konusu dosyaya ilişkin olarak düzenlenen 05.05.2014 tarih ve 2005-2-81/BN sayılı Bilgi Notu Kurulun 08.05.2014 tarihli toplantısında görüşülerek, 14-17/332-M sayılı soruşturmanın süresinin bitiminden itibaren iki ay uzatılmasına karar verilmiştir. Süre uzatımı bildiri Türk Telekom'a 09.05.2014 tarih ve 5006 sayılı ile tebliğ edilmiştir. Soruşturma çerçevesinde ayrıca, 24.06.2014 tarih ve 6908 sayılı ile BTK'dan görüş talep edilmiştir.
- (9) Dosyaya ilişkin olarak düzenlenen 31.07.2014 tarih ve 2005-2-81/SR sayılı Soruşturma Raporu, aynı Kanun'un 45. maddesi uyarınca Rekabet Kurulunun tüm üyeleri ile ilgili tarafa tebliğ edilmiş ve hakkında soruşturma yürütülen teşebbüsten 30 gün içerisinde yazılı savunmasını göndermesi talep edilmiştir. Bunun üzerine teşebbüs tarafından gönderilen 29.08.2014 tarih ve 4913 sayılı yazı ile Soruşturma Raporunda Türk Telekom'un iddia konusu eylemlerinin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında hakim durumun kötüye kullanılması olarak nitelendirilemeyeceği hususuna yer verilmiş olduğundan ikinci yazılı savunma yapılmayacağı ve sözlü savunma yapılmasına yönelik taleplerinden vazgeçtikleri ifade edilmiştir. Bu sebeple soruşturma safhası 29.08.2014 tarihi itibarıyla sona ermiştir. Rekabet Kurulu soruşturmaya ilişkin nihai kararını 24.10.2014 tarihinde 14-35/697-309 sayılı ile vermiştir.
- (10) **H. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** Soruşturma Raporu'nda, Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin ilgili dönemde Türkiye ve Türkiye sınır bağlantılarında denizaltı ve karasal fiber optik kablolar üzerinden uluslararası veri iletimine yönelik altyapı hizmetleri pazarında fiili tekel olduğu, OTEGLOBE ve Eser Telekom arasında ayrımcılık yaparak 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (b) bendini ihlal ettiği sonucuna varılamayacağı, Eser Telekom'un talebine yönelik vereceği fiyat teklifini geciktirmesine rağmen, söz konusu eylemin fiili veya muhtemel rekabet karşıtı piyasa kapama etkisinin bulunmamasından dolayı, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (a) bendini ihlal ettiği sonucuna da varılamayacağı, bu çerçevede Türk Telekom'un iddia konusu eylemlerinin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında hâkim durumun kötüye kullanılması olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna ulaşıldığı ifade edilmiştir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. Dosya Kapsamındaki Geçmiş Kararlar

I.1.1. 16.02.2006 tarih ve 06-13/155-39 sayılı Rekabet Kurulu Kararı

- (11) İDDK tarafından bozulan Danıştay 13. Dairesi kararına ilişkin Rekabet Kurulu kararında şikâyete konu uygulamalar açısından özetle,
- ilgili pazar "*Türkiye Cumhuriyeti sınırları dahilindeki denizaltı ve karasal fiber optik kablolar üzerinden veri iletim hizmetleri pazarı*" olarak ele alınmış,
 - henüz altyapı işletmeciliğine ilişkin olarak herhangi bir lisans verilmemiş olması nedeniyle Türk Telekom'un denizaltı ve karasal kiralık fiber optik kablolar yoluyla sunulan kapasite hizmetleri pazarında fiili tekel niteliği taşıdığı değerlendirilmiştir.

(12) Daha sonra kararda,

- Eser Telekom’un 26.2.2003 tarihli ilk başvurusunun, Türk Telekom’un ilgili tarifelerine Türk Telekom’un web adresinden ulaşılabileceği bilgisine yer verilerek cevaplandırıldığı,
- Eser Telekom’un Atina-Yunanistan, Sofya-Bulgaristan, Brüksel-Belçika, Londra-İngiltere veya Milan-İtalya istikametlerine 155 Mbps, 622 Mbps ve 1.2 Gbps kapasitelerinde fiber optik kablo üzerinden uluslararası devre kiralama talebine ilişkin 30.01.2004 tarihli Türk Telekom’a yaptığı başvuruya ise Türk Telekom tarafından yaklaşık bir ay sonra yanıt verildiği,
- verilen yanıtta talep edilen hızlardaki data devrelerinin tesisinin, Mayıs ayını takip eden aylarda mümkün olabileceğinin ve uluslararası kiralık data devre tarifelerine Türk Telekom web adresinden erişilebileceğinin belirtildiği,
- Eser Telekom’un daha sonra 13.09.2004, 29.09.2004, 11.11.2004, 07.12.2004 ve 30.12.2004 tarihli yazıları ile uluslararası data devre taleplerini yinelediği, ancak tüm bu yazışmalar süresince, uluslararası data devre taleplerinin içeriğinde esasa özgü önemli değişikliklere ve yeni eklemelere gittiği, bu değişiklikler sonucunda yenilenen her bir talebin, bu taleplere verilecek yanıtlarda da önemli değişiklikler gerektirmek suretiyle taraflar arasındaki yazışma sürecini doğal olarak uzattığı,
- Ayrıca Eser Telekom’un 30.12.2004 tarihli ihtarnamesine, Türk Telekom tarafından verilen yanıtta yer alan,

“...622 Mbps ve 1,2 Gbps kapasitelerle ilgili fiyat tekliflerinin oluşturulabilmesi için Eser Telekom tarafından bu devrelerin Türkiye ile karşı ülkelerde sonlanacağı açık adreslerin yazılı olarak bildirilmesi gerektiği ve yazılı alınacak talepler üzerine ilgili operatör/idarelerle irtibata geçilerek Türk Telekom tarafından hazırlanacak fiyat teklifinin Eser Telekom’a bildirileceği”

ifadesinden ve

“yapılan bu başvurularda belirtilen taleplerin belirli bir sonlanma noktası içermediği ve paragrafta yer verilen diğer başvuruların belirsiz kapasite talepleri olduğu”

açıklamasından anlaşılacağı üzere, Eser Telekom’un taleplerinin içeriğinde, bu taleplere verilecek yanıt için gerekli olan unsurlarda ifade edilen eksikliklerin yazışma sürecinin uzamasına neden olan bir diğer önemli etken olduğu,

- Eser Telekom’un 30.12.2004 tarihli ihtarnamesinde yer alan,

“uluslararası devrenin yurt dışından Türkiye hududuna kadar kısmının Eser Telekom tarafından yurt dışı operatöründen temin edilmesi durumunda, devrenin Türkiye Denizaltı Fiber Optik Sistemi Kara Terminali veya sınırındaki ilk karasal fiber optik terminaline bağlantısı bakımından alınacak ücret ile söz konusu devrenin yurt içi kesimine ait şehirlerarası/şehir içi lokal kiralık devre tesis aylık kira ücretleri ve devre tesis süresinin bildirilmesi”

talebinin,

“uluslararası kapasiteler bakımından Türk Telekom tarafından sadece yurt içi transmisyonunun sağlanmadığı, uluslararası kapasite taleplerinin yurt içi ve yurt dışı bir bütün olarak temin edilebildiği”

şeklinde yanıtlandığı,

- Eser Telekom’un 11.01.2005 tarihli ihtarnamesi ile söz konusu yüksek kapasiteler için istenen açık adres bilgilerini Türk Telekom’a göndermesinden sonra ise Türk

Telekom'un, OTEGLOBE ve Telecom Italia Sparkle firmalarına Eser Telekom'un talebi ile ilgili olarak başvurduğu, ancak söz konusu firmalardan talebin karşılanmasına yönelik herhangi bir olumlu yanıt alınmadığı,

- ayrıca, Rekabet Kurumuna daha önce de intikal eden şikâyetlerden taraflar arasında süregelen uyuşmazlıkların bulunduğu

değerlendirmeleri yapılmıştır. Dolayısıyla ilgili kararda, Türk Telekom'un kapasite sınırı ve elinde bulunan imkânlar dâhilinde Eser Telekom'un taleplerini reddettiğini kabul etmenin mümkün olmadığı, dosya konusu şikâyetin daha çok taraflar arasındaki ticari ilişkiden kaynaklandığı sonucuna ulaşılarak soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.

I.1.2. 31.03.2008 tarih ve E:2006/2308, K:2008/3417 sayılı Danıştay 13. Dairesinin Kararı

- (13) Eser Telekom tarafından, yukarıda özetine yer verilen Rekabet Kurulu kararının iptali istemiyle dava açılmış, bu kapsamda Danıştay savcısı Türk Telekom'un anılan piyasadaki hâkim durumunu kötüye kullandığına dair herhangi bir objektif bilgi ve belgenin saptanamadığı, iddia konusu hususun Türk Telekom'un kusurlu veya kasıtlı tutum ve davranışından kaynaklanmadığı, bu nedenle tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı görüşünü savunmuştur.
- (14) Diğer yandan, tetkik hâkimi tarafından 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinde sıralanan hallerin sınırlayıcı olmadığı, Türk Telekom'un kendisinden mal ve hizmet talep eden bir müşterisine, talepleri konusunda herhangi bir yanıt verilmemesinin ya da müşterinin talepleri konusunda bilgilendirilmemesinin, sunduğu hizmet satışları ile gelir elde eden rasyonel bir teşebbüs tavrı olmadığı, Eser Telekom'un taleplerindeki açık adreslere ilişkin eksikliklerin, Türk Telekom'un Eser Telekom tarafından yapılan ve pekçok kez yinelenen başvurulara sessiz kalmasının gerekçesi olamayacağı, bu eksikliğin karşılıklı iş yapma ve gelir elde etme güdüsü ile hareket eden teşebbüslerin sessiz kalmak yerine iletişim kurma yoluyla sergileyecekleri çabalar aracılığıyla kolayca giderilebilecek nitelikte olduğu savunularak, dava konusu kararın iptal edilmesinin gerektiği belirtilmiştir.
- (15) Söz konusu açıklamalar karşısında alınan Danıştay 13. Dairesinin tarafından 31.03.2008 tarih ve E:2006/2308, K:2008/3417 sayılı kararı ile;
 - 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi uyarınca hâkim durumun kötüye kullanılıp kullanılmadığının tespit edilebilmesi için, şikâyetin maddede sayılan kötüye kullanma halleri arasında bulunmasının gerektiği,
 - denizaltı ve karasal kiralık fiber optik kablolar yoluyla sunulan kapasite hizmetleri pazarındaki Türk Telekom ve davacının durumu dikkate alındığında, dava konusu olaya uygulanabilecek hükmün de, maddenin (b) bendindeki *"eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması"* davranışı olması gerektiğinin anlaşıldığı,
 - dava konusu olayda, Türk Telekom'un davacı dışında başka bir alıcıya farklı davrandığı yönünde davacı tarafından bir iddiada bulunulmaması ve dava dosyasındaki bilgilerden de böyle bir sonuca varılmaması neticesinde, davacı şikâyetinin reddine ilişkin Kurul kararında hukuka aykırılık görülmediği

değerlendirilmiş, açıklanan nedenlerle dava reddilmiştir.

I.1.3. 20.03.2013 tarih ve 2008/3070 E., 2013/982 K. sayılı İDDK Kararı

(16) Eser Telekom tarafından, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinde sayılan hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin hallerin tahdidi olmadığı ve Türk Telekom'un aynı durumdaki alıcılar arasında ayırım yaptığı ileri sürülerek temyiz isteminde bulunulmuş ve Danıştay 13. Dairesinin ilgili kararının bozulması talep edilmiştir. Söz konusu başvuru üzerine İDDK tarafından,

- 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin metni ve gerekçesinden, ikinci fıkrada sayılan hallerin dışında kalan bir eylem ile de hâkim durumun kötüye kullanılmasının mümkün olduğunun açıkça anlaşıldığı, bu bağlamda Daire kararında belirtilenin aksine, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi uyarınca hâkim durumun kötüye kullanılıp kullanılmadığının incelenebilmesi için, şikâyetin maddede sayılan kötüye kullanma halleri arasında bulunması yönünde zorunluluğun olmadığı,
- ancak, davacı şirketin arka arkaya yaptığı dört başvuruya Türk Telekom tarafından hiçbir suretle cevap verilmemesi ve ihtarname söz konusu olunca detaylı bilgi istenilmesi suretiyle cevap verilmesi durumunun; sürecin uzamasında, Türk Telekom'un başvurulara gerektiği gibi, zamanında cevap vermemesinin etkili olduğunu gösterdiğinin açık olduğu,
- bununla birlikte şirketin başvurularında var olduğu ileri sürülen eksikliklerin ve taleplerinde yaptığı değişikliklerin, fiyat teklifi ve gerekli bilginin verilmesinin gecikmesinde ne derece etkili olduğunun bu konuya ilişkin olarak yapılacak detaylı ve teknik bir inceleme ile ortaya konulacağı,
- diğer taraftan, söz konusu süreçte davacı şirket tarafından uluslararası devrenin yurt dışından sağlanması durumunda, devrenin Türkiye hududunda ilk optik terminale bağlanması halinde talep edilecek ücret ile yurt içi kiralık devre tesisi ücreti konusunda bilgi istenildiği, ancak Türk Telekom'un bu istemi; istenilen nitelikte bir hizmetin sunulmadığı, uluslararası kapasite taleplerinin yurt içi ve yurt dışı bir bütün olarak sağlandığını belirterek cevapladığının görüldüğü,
- ancak Türk Telekom'un anılan hizmeti yurt dışı kaynaklı bir şirkete (OTEGLOBE), davacı şirketin de katılmak istediği ihale kapsamında sağlayıp sağlamadığı konusunda bilgi edinilmesi için Türk Telekom'dan ilgili firma ile yapılan anlaşmanın detaylarının istenilmesine rağmen Türk Telekom tarafından bu konuya ilişkin bilginin sunulmadığı,
- konuyla ilgili olarak BTK görüşüne başvurulması gerektiğinin önaraştırma raporunda açıklıkla belirtildiği, buna karşılık dava konusu Kurul kararında bu konuya ilişkin bir açıklamaya yer verilmediği, bu bağlamda, Türk Telekom'un bir başka şirkete, davacı şirketten farklı muamelede bulunup bulunmadığı ve ayrımcılık yapıp yapmadığı hususunun açıklıkla ortaya konulamadığının görüldüğü,
- önaraştırma sırasında elde edilen deliller çerçevesinde dosya konusu eylemlerin rekabet ihlali içerip içermediğinin, elde edilecek yeni bilgi, belge ve deliller ışığında her türlü şüpheden uzak bir şekilde değerlendirilmesine imkân vermek adına soruşturma açılması gerektiği

belirtilerek soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı yolunda verilen dava konusu Kurul kararında ve bu kararın iptali istemiyle açılan davayı reddeden temyize konu daire kararında hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

I.2. İlgili Pazar

I.2.1. İlgili Ürün Pazarları

- (17) İlgili ürün pazarları “denizaltı ve karasal fiber optik kablolar üzerinden uluslararası veri iletimine yönelik altyapı hizmetleri” ile “uluslararası veri iletim hizmetleri” pazarları olarak belirlenmiştir.

I.2.2. İlgili Coğrafi Pazar

- (18) İlgili coğrafi pazarlar, “Türkiye ve Türkiye sınır bağlantıları dahilinde denizaltı ve karasal fiber optik kablolar üzerinden sunulan uluslararası veri iletimine yönelik altyapı hizmetleri” ve “ULAKBİM ile GEANT PoP noktaları arasında sunulan uluslararası veri hizmetleri” olarak belirlenmiştir.

I.3. Hakim Durum Değerlendirmesi

- (19) Dosya mevcudundan anlaşıldığı üzere, Türk Telekom’un telekomünikasyon şebekeleri üzerinden sunulan ulusal ve uluslararası ses iletimini ihtiva eden telefon hizmetleri ve kişisel telekomünikasyon tesisleri ile telekomünikasyon hizmetlerine ilişkin imtiyaz sözleşmeleri veya telekomünikasyon ruhsatları veya genel izinlerinde ilgili işletmeci tarafından kurulması öngörülen telekomünikasyon altyapısı hariç olmak üzere, tüm telekomünikasyon altyapısının kurulması ve işletilmesinde sahip olduğu hukuki tekeli 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu’nun 2. maddesinin (c) bendi uyarınca 31.12.2003 tarihine kadar devam etmiş olup, bu tarihten sonra Türk Telekom’un tekeli hukuki olarak sona ermiştir. Bununla birlikte, Eser Telekom’un Türk Telekom’a yaptığı talepler süresince ve önaraştırma döneminde hiçbir işletmeci altyapı hizmeti vermek üzere yetkilendirilmemiştir.
- (20) Türk Telekom’un sahip olduğu uluslararası fiber optik terminal istasyonları ve bağlantıları kullanılmadan yurt içi yerel ağın uluslararası bağlantısının gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla ilgili dönemde, denizaltı ve karasal fiber optik kablolar üzerinden uluslararası veri iletimine yönelik altyapı hizmetleri bakımından Türkiye ve Türkiye sınır bağlantıları dâhilinde Türk Telekom’un fiilen tekel konumunda olduğu tespit edilmiştir. Başka bir ifadeyle, ilgili dönemde söz konusu hizmetlerin Türk Telekom dışında başka bir işletmeciden temini mümkün değildir.
- (21) Diğer taraftan, Türk Telekom’un ilgili ürün pazarının "uluslararası denizaltı ve karasal fiber optik kablolar üzerinden veri iletim hizmetleri pazarı" şeklinde tanımlanması halinde ilgili coğrafi pazarın da buna bağlı olarak "Türkiye Cumhuriyeti sınırları" olarak değil, "tüm dünya" şeklinde tanımlanmasının söz konusu olacağı, tüm dünyada uluslararası denizaltı ve karasal fiber optik kablolar üzerinden veri iletim hizmetleri pazarında faaliyet gösteren yüzlerce uluslararası firmanın bulunduğu, dolayısıyla Türk Telekom’un hakim durumda olmadığı ileri sürülmüştür. Söz konusu iddialara karşı, belirtilmesi gerek ki, her ne kadar ihale konusu kiralık devre hizmetinin satışı için Türk Telekom tek alternatif olmasa da, diğer deyişle Eser Telekom kiralık devre talebini yurt dışındaki operatörlerden de alabilse de, söz konusu talebin karşılanması için gerekli olan Türkiye sınırına uzanan altyapı ilgili dönemde yalnız Türk Telekom tarafından sağlanabilmektedir. Dolayısıyla Türk Telekom, Türkiye ile GEANT PoP noktaları arasındaki uluslararası veri iletim hizmetleri için tek alternatif niteliği taşımamakla birlikte, Türkiye ve Türkiye sınır bağlantılarında denizaltı ve karasal fiber optik kablolar üzerinden uluslararası veri iletimine yönelik altyapı hizmetleri pazarında tekel niteliğini haizdir.

I.4. Şikayet Konusu Olayın Süreci

- (22) Dosya mevcudundan anlaşıldığı üzere, DANTE tarafından, AB ve AB'nin yakın işbirliği içerisinde olduğu ülkelerdeki araştırma ve eğitim alanlarında çalışan kurumların ortak bir ağ üzerinde birleştirilmesi amacıyla uluslararası bir ağ oluşturulmasına yönelik "GÉANT Pan-European Research and Education Network (GEANT)" kapsamında dönemsel olarak ihale düzenlenmektedir. DANTE, 1993 yılında Avrupa ülkelerinin ulusal eğitim ve araştırma ağlarının (National Research and Education Networks-NREN) bir araya gelerek kurduğu kar amacı gütmeyen bir organizasyondur. DANTE'nin kurulma amacı pan-Avrupa eğitim ve araştırma ağlarının NREN'ler adına koordinasyonunu ve operasyonunu yapmaktır. Bu kapsamda DANTE'nin öncül projesi olan GEANT, NREN'leri birbirine bağlayan bir ağ olarak Kasım 2000 tarihinde oluşturulmuştur. Bu tarihten sonra DANTE, GEANT çerçevesinde ağ öğelerinin ve ilişkili hizmetlerin sağlanması amacıyla dönemlik ihaleler açmıştır.
- (23) DANTE tarafından açılan dönemsel ihalelerden biri de başvuruya konu GN2 ihalesidir. GN2 projesi, GEANT ağının ortalama hızını 155 Mbps seviyelerinden yukarıya taşımak amacıyla ağ mimarisinin geliştirilmesini, diğer bir deyişle "yeni nesil GEANT ağı" oluşturmayı amaçlayan bir projedir. Bu kapsamda GN2 ihalesi, Türkiye ve diğer ülkeler için AB çapındaki ağa bağlantı yapılması amacıyla hizmet sağlanmasına yönelik olarak açılmıştır. Ocak 2004 itibarıyla EUMED Connect Project çerçevesinde Türkiye bakımından söz konusu servisi sağlayan ve 1998-2005 yılları arasında ULAKNET'in Avrupa akademik ağına uydu üzerinden bağlantısını sağladığı öğrenilen Eser Telekom da söz konusu ihaleye katılmak istemiştir.
- (24) Söz konusu ihale Eser Telekom'un şikayetinin temelini oluşturmaktadır. Nitekim şikayet esas olarak, ihaleye konu hizmetin sağlanması için gerekli olan kiralık devre talebine yönelik tarife bilgilerinin temin edilmesinin geciktirildiği, ayrıca, Türk Telekom'un Eser Telekom'la aynı hizmeti sağlayan OTEGLOBE adlı teşebüse göre Eser Telekom'dan yüksek ücret talep ederek ayrımcılık yaptığı iddialarını ihtiva etmektedir.
- (25) Dosyada yer alan bilgilere göre; nihai teklif verme tarihi olarak 04.03.2004 günü belirtilmiştir. Ancak, ihaleye teklif verme yeterliğine sahip firmalara kapasite ve fiyat tekliflerini ihale sonuçlandırılıncaya kadar değiştirme/düzeltilme imkanı tanınmıştır. Dolayısıyla, belirtilen süreç Mart-Nisan 2005 tarihine (bir yıl) kadar devam etmiştir.
- (26) Bu süreçte Eser Telekom, uluslararası devre kiralama talebine ilişkin ilk başvurusunu 26.02.2003 tarihinde yaptığını iddia etmektedir. Bu yazıda Brüksel-Belçika, Londra-İngiltere ve Atina-Yunanistan'da bulunan erişim noktalarının açık adresleri verilerek Türk Telekom'dan, Eser Telekom'un ofisinden bu adreslere 2 Mbps, 34 Mbps ve 155 Mbps kapasiteler için bağlantı süre ve fiyatlarının bildirilmesi istenmiştir. Türk Telekom, söz konusu yazıyla talep edilen bilgilere ilişkin yanıtını 03.03.2003 tarihli faks mesajında Eser Telekom'a ilgili tarifelerin yayımlandığı web sitesini ve kapasitenin mevcut olması halinde 2 ayda temin edilebileceği bilgisini belirtmek suretiyle vermiştir¹.
- (27) Yapılan incelemede GN2 ihalesine ilişkin ihale duyurusunun 11.12.2003 tarihli AB Resmi Gazetesi'nde yayınlandığı, bu duyuruya ilişkin bilginin ise GEANT internet sitesinde 19.12.2003 tarihinde yer aldığı anlaşılmıştır. İhaleye davet metninin tarihi ise 08.01.2004'tür. Dolayısıyla Eser Telekom şikayet konusu ihale kapsamında Türk Telekom'dan ilk talebini 26.02.2003 tarihinde yaptığını belirtmekle birlikte, bahse konu talep DANTE'nin bir önceki ihalesine katılım amaçlı olabilecektir
- (28) Sürecin esas başlangıcı olan Eser Telekom'un 30.01.2004 tarihli yazısıyla ise Eser Telekom'un Ankara veya İstanbul ofislerinden Atina-Yunanistan, Sofya-Bulgaristan,

¹ Burada talep edilen en yüksek hız 155 Mbps olup, talep açık adresleri içermekte ve bu halde Türk Telekom Eser Telekom'un talebini karşılamak üzere beş gün içinde cevap vermektedir.

Brüksel-Belçika, Londra-İngiltere veya Milan-İtalya istikametlerine 155 Mbps, 622 Mbps veya 1.2 Gbps kapasitesinde, fiber optik kablo üzerinden uluslararası devre kiralanmak istendiği belirtilmiş, söz konusu devreler hakkında tarife bilgileri ve bağlantı süreleri hakkında tekliflerin, ayrıca söz konusu ülkelere ek olarak, istenilen kapasitelerde bağlantı sağlanabilecek diğer Avrupa ülkelerinin kendilerine bildirilmesi istenmiştir. Bu sırada OTEGLOBE de 11.02.2004 tarihli e-posta ile Türk Telekom'a aynı ihale kapsamında başvuru yapmıştır². Başvuruda bağlantı noktalarının "açık adresleri"nin verildiği DANTE ihalesi kapsamında SMW3 ve Mednautilus hatları aracılığıyla 1xSTM-1, 2xSTM-1s ve 1xSTM-4 kapasitesinde tam devre bağlantı talebinde bulunulmuştur.

- (29) Eser Telekom'un yazısına cevap olarak Türk Telekom tarafından otuz gün sonra gönderilen 01.03.2004 tarihli faks mesajında, talep edilen hızlardaki uluslararası kiralık data devrelerinin tesisinin, Mayıs ayını takip eden aylarda mümkün olabileceği belirtilmiş ve uluslararası kiralık data devre tarifelerine Türk Telekom web adresinden erişilebileceği belirtilmiştir. Ancak, Eser Telekom tarafından söz konusu web sitesinde yalnız 155 Mbps hıza yönelik tarifelerin bulunduğu, 622 Mbps hızında hizmet talep edilmesi durumunda nasıl fiyatlandırma yapılacağı sözlü olarak sorulduğunda, Türk Telekom tarafından 155 Mbps hıza yönelik ücretlerin 4 katının alınarak fiyat belirlenebileceği şeklinde cevap verildiği belirtilmiştir. Bunun üzerine Eser Telekom, GN2 ihalesine ilişkin olarak tekliflerin son verilme tarihi olan 04.03.2004'te 01.08.2002 tarihinden beri geçerli olan tarifeyle dayanarak tam devre fiyat teklifinde bulunmuştur³.
- (30) Türk Telekom'un savunmasında yüksek hızdaki devre taleplerinin Mayıs ayı sonrasında mümkün olabileceğini belirtmesinin sebebi olarak, o tarihlerde Türk Telekom'un yurt dışı çıkış kapasitesinin düşük olup, günümüzde terabite seviyesinde ölçülen internet yurt dışı çıkış kapasitesi anlamında sıkıntılar ve kesintiler yaşanması, kendi yurt dışı çıkışları için bile kapasite sıkıntısı çeken Türk Telekom'un bu kapasiteyi artırmak için çalışmalarda bulunması gösterilmiştir.
- (31) Ayrıca, Eser Telekom'un uluslararası kiralık devre talep ettiği dönemde, talep edilen kapasiteyi teknik imkanlar dahilinde karşılayabilecek durumda bulunmadığı, nitekim Eser Telekom'un 30.01.2004 tarihli talebi dışında teşebbüse yüksek hızlarda kapasite talebi gelmediği, teşebbüsün o güne kadar sağladığı en yüksek kapasitenin 34 Mbps olarak gerçekleştiği savunulmuştur.
- (32) Teşebbüsün savunmasına göre, o güne kadar çok uluslu yatırım ve inisiyatifle öncelikle ses trafiğine göre dizayn edilmiş ve Türk Telekom'un da ortak olduğu uluslararası kablo sistemleri, dünya genelinde teknolojik olarak öngörülerini aşan data ve internet trafik ihtiyacına cevap veremeyecek duruma düşmüştür. Bu nedenle, Eser Telekom'un talep ettiği yüksek hızlardaki kapasitelerin, teşebbüsün ses ve data devrelerini sağladığı konvansiyonel kablo sistemleri üzerinden sağlanmasının mümkün olmadığı göz önüne alınarak, Mayıs 2004'ten sonra devreye alınması planlanan İstanbul-Katanya (İtalya) arasında kurulan Medtürk denizaltı fiber optik kablo sistemi ve Katanya ötesinde Avrupa ve Amerika PoP noktalarına kadar temin edilmesi planlanan 10 Gbps hızındaki kapasiteler üzerinden sağlanabileceği düşünülmüştür.
- (33) Bahsi geçen yüksek hızlardaki uluslararası tam kapasite taleplerinin karşılanabileceği Medtürk denizaltı fiber optik kablo sistemi 17.06.2004 tarihinde geçici kabulü yapılarak İstanbul-Katanya arasında servise alınmış ve (Medtürk denizaltı fiber optik kablo sisteminin İstanbul-Katanya hattından sonraki kısmı için) Türk Telekom tarafından

² Söz konusu tarihten önce iki taraf arasında konuya ilişkin telefon görüşmesi yapıldığı anlaşılmaktadır.

³ Türk Telekom'un ilgili tarih itibarıyla 01.08.2002 tarihinden beri geçerli olan tarifesi esas alınarak 622 Mbps deniz altı fiber optik kablo bağlantısı için (.....) Avro teklifte bulunulmuştur. Ayrıca uydu bağlantısı aracılığıyla da dahil olmak üzere daha düşük hızlarda da alternatif teklifler iletilmiştir.

Katanya ötesinde Avrupa ve Amerika PoP noktalarına 10 Gbps kapasite ile erişim için 06.05.2004 tarihinde ihaleye çıkılmıştır. Kamu İhale Kurumu (KİK) hükümlerine tabi olarak gerçekleştirilen kapasite temin ihalesi 29.11.2004 tarihinde sonuçlandırılarak sözleşme imzalanmıştır.

- (34) Eser Telekom'a verilen cevap sonrasında, Dante tarafından 02.09.2004'te Eser Telekom'a gönderilen yazı ile ilk değerlendirme çalışması sonucu kendilerinin başarılı bulunduğu ve ihalede bir sonraki adım için hareket edebileceği bildirilmiştir. Bunun üzerine, Türk Telekom tarafından 01.08.2004 tarihinden itibaren geçerli olan yeni bir tarife belirlenmesi ve söz konusu tarifede yeterli bilgi bulamaması sebebiyle, teşebbüs 13.09.2004 tarihli başvurusu ile daha önceki taleplerini ilgi tutarak 155 Mbps, 622 Mbps, 1,2 Gbps uluslararası devre kiralama talebini tekrarlamıştır. Tekrarlanan taleplerin yanı sıra aynı yazıyla; uluslararası devrenin yurt dışından Türkiye sınırlarına (Türkiye denizaltı fiber optik sistemi kara terminali veya sınırındaki ilk karasal fiber optik terminaline) kadar olan kısmının Eser Telekom tarafından yurt dışı operatöründen temin edilmesi halinde, devrenin Türkiye denizaltı fiber optik sistemi kara terminali veya sınırındaki ilk karasal fiber optik terminaline bağlantısı için alınacak ücret ile söz konusu devrenin yurt içi kesimine ait şehirlerarası/şehir içi kiralık devre tesis aylık kira ücretleri ve devre tesis süresinin taraflarına bildirilmesi talep edilmiştir. Bu başvuruya ilişkin Türk Telekom tarafından Eser Telekom'a herhangi bir cevap verilmemiştir.
- (35) Bunun üzerine Eser Telekom, 29.09.2004 tarihli yazısı ile 30.01.2004 ve 13.09.2004 tarihli yazılarını ilgi tutarak Türk Telekom'dan herhangi bir cevap alınamadığını belirtmiş ve ilgi yazılarındaki taleplerini yinelemiştir. Bu yazıya da Türk Telekom tarafından herhangi bir cevap verilmemiştir.
- (36) Daha sonra Eser Telekom tarafından 11.11.2004 tarihinde yukarıda yer verilen yazılar ilgi tutularak tenkiten yapılan başvuruda, Türk Telekom'dan herhangi bir cevap alınamadığı, fakat Eser Telekom'un uluslararası bir ihaleye yeterli alan tek Türk firması olduğu, söz konusu ihale kapsamında temin edilecek fiber optik uluslararası data devresinin tesisinin ancak Türk Telekom'dan kiralanacak devre ile mümkün olduğu, yapılan başvuruya yönelik cevabın zamanında verilmemesi halinde, teşebbüsün uluslararası bir ihaleyi kaybetme riskinin bulunduğu, bu sebeple en kısa zamanda cevap beklendiği belirtilmiştir. Bu yazıya da Türk Telekom tarafından herhangi bir cevap verilmemiştir.
- (37) Bunun üzerine, 07.12.2004 tarihinde Eser Telekom tarafından bir önceki yazısıyla yapılan taleplere karşılık bir cevap beklendiğinin tekrarlandığı bir başvuru daha yapılmıştır. Bu yazıya da herhangi bir cevap alınamamıştır.
- (38) Ardından, Eser Telekom Türk Telekom'a Ankara 24. Noterliği'nden keşide edilen 30.12.2004 tarihli⁴ bir ihtarname göndermiştir. Söz konusu ihtarnamede Eser Telekom 26.02.2003, 30.01.2004, 13.09.2004, 11.11.2004 tarihli yazılarına atıf yaparak; 13.09.2004 tarihli talebini yinelemiştir. Bu yazı karşısında Türk Telekom tarafından 06.01.2005'te verilen cevabi yazıda;
- fiber optik kablolar üzerinden verilen uluslararası kiralık devrelere ilişkin tarifelerde en yüksek hız olarak 155 Mbps ücretinin yer aldığı, yürürlükteki tarifelerine göre talep edilen her bir 155 Mbps kapasite için tesis ücreti olarak 16.000 SDR (KDV Dahil) ve aylık kira ücreti olarak 280.000 SDR (KDV Dahil) ücret uygulandığı;
 - yurt dışındaki telekomünikasyon idareleri/şirketleri tarafından yüksek hızlı kapasiteler için belirli bir tarife uygulanmadığı, alınan talep doğrultusunda müşteri bazlı fiyat teklifleri verildiği, Eser Telekom'un talep ettiği 622 Mbps ve 1.2 Gbps kapasitelerle ilgili fiyat tekliflerinin oluşturulabilmesi için Eser Telekom tarafından bu devrelerin Türkiye

⁴ 31.12.2004'te tebellüğ edilmiştir.

ile karşı ülkelerde sonlanacağı açık adreslerinin yazılı olarak bildirilmesi gerektiği, yazılı olarak alınacak talepler üzerine ilgili operatör/idarelerle irtibata geçilerek Türk Telekom tarafından hazırlanacak fiyat teklifinin Eser Telekom'a bildirileceği⁵,

- uluslararası kapasiteler bakımından Türk Telekom tarafından sadece yurt içi transmisionunun sağlanmadığı, uluslararası kapasite taleplerinin yurt içi ve yurt dışı bir bütün olarak temin edildiği

açıklamaları yer almaktadır.

- (39) Türk Telekom'un bu yazısına istinaden Eser Telekom tarafından, 11.01.2005 tarihli ihtarname ile söz konusu yüksek kapasiteler için istenen açık adres bilgileri Türk Telekom'a gönderilmiş ve adresler bakımından tekliflerin derlenerek en geç 10 gün içerisinde kendilerine gönderilmesi ve ayrıca bu bağlantı noktalarından daha ekonomik olabilecek bağlantı noktalarının da taraflarına bildirilmesi talep edilmiştir. Türk Telekom tarafından 26.01.2005 tarihli yazıyla yurt dışı operatörlerden fiyat teklifi talebinde bulunduğu, söz konusu operatörlerden cevap alınması halinde Eser Telekom'a bildirim yapılacağı ifade edilmiştir.
- (40) Bu süreçte Türk Telekom tarafından Eser Telekom'un taleplerinin NATO (karasal) fiber optik kablo sistemlerinden sağlanabilmesi için 25.01.2005 tarihinde OTEGLOBE'ye, 31.01.2005 tarihinde ise Mednautilus (denizaltı) fiber optik kablo sistemi üzerinden sağlanabilmesi için Telecom Italia Sparkle firmasına faks çekilmiştir. İlgili Türk Telekom faksına OTEGLOBE'den gelen 27.01.2005 tarihli cevabi faksta, hâlihazırda Yunanistan telekomünikasyon operatörü OTEGLOBE ile Türk Telekom arasında bulunan toplam kapasitenin 4xSTM4s'lik (622 Mbps) kısmının Türk Telekom'un internet erişimi için kullanıldığı ve geriye kalan kapasiteyi ise OTEGLOBE'nin üçüncü kişilere sunduğu teklifler için rezerve ettiği ifade edilmektedir. Telecom Italia Sparkle firmasına çekilen faks mesajı ile ilgili olarak ise, Türk Telekom'a gönderilen 14.10.2005 tarihli bilgi isteme yazısına Türk Telekom tarafından verilen 21.10.2005 tarihli cevapta, bu faks mesajına Telecom Italia Sparkle'nin herhangi bir şekilde cevap vermediği ifade edilmektedir. Teşebbüsün birinci yazılı savunmasında yer alan bilgilere göre, yapılan şifahi görüşmelerde, Telecom Italia Sparkle yetkilileri DANTE ihalesine kendilerinin de katıldıklarını ve bu sebeple (Eser Telekom için) Türk Telekom'a fiyat teklifi sunulmasının ticari olmadığını belirtmişlerdir.
- (41) Türk Telekom'un iki ayı aşan bir süre geçmesine rağmen Eser Telekom'a teklifleri ulaştırmaması nedeniyle, 25.03.2005 tarihli ihtarname ile söz konusu gecikme sonucu uluslararası ihalelerde hak kaybına yol açılacağı, on gün içerisinde istenilen tüm tekliflerin sağlanması talep edilmiştir. Türk Telekom, 21.04.2005 tarihli yazısıyla söz konusu yazıya cevap vermiş, Belçika ve Yunanistan'daki PoP noktalarına yönelik talepleriyle ilgili çalışmaların yapılmış olduğunu belirtmiş, yurt dışındaki operatörlerle yapılan görüşmeleri aktarmak üzere toplantı gerçekleştirmeyi teklif etmiştir. İki teşebbüs arasında 27.04.2005 ve 04.05.2005 tarihlerinde yapılan toplantılar sonrasında, 10.05.2005 tarihli yazı ile Yunanistan ve Belçika PoP noktalarından başlamak üzere Türkiye'de sonlanacak şekilde Eser Telekom'un talep ettiği hızlara yönelik aşağıdaki tabloda yer alan fiyat teklifleri sunulmuştur. Söz konusu teklifin Türk Telekom'un Katanya ötesinde Avrupa'daki PoP noktalarına ulaşım için daha düşük kapasiteler için aldığı fiyat tekliflerini baz alarak hazırladığı ifade edilmektedir.

⁵ Türk Telekom'un savunmasına göre yüksek hızlarda kapasite taleplerinde, operatörlerin lokal ve uluslararası sistemlerinin ötesinde, bağlantı kurulacak telekom operatör/şirketlerinin networkünün talep edilen kapasiteyi karşılayacak durumda olup olmadığı önem arz etmektedir. Bu nedenle, dünyada hiçbir telekom operatör/şirketi yüksek hızlar için tarife yayımlamamaktadır.

Tablo 1: Türk Telekom'un Eser Telekom'a Sunduğu Fiyat Teklifi

Kapasite	Kurulum (Avro)	Aylık Fiyat (Avro)
622 Mbps	(.....)	(.....)
1.2 Mbps	(.....)	(.....)
Kaynak: Başvuru		

- (42) Bununla birlikte, Eser Telekom tarafından DANTE'ye gönderilen 14.03.2005 tarihli e-postaya istinaden 12.05.2005'te verilen cevabi e-postada DANTE tarafından, ihale için tercih ettikleri bir sağlayıcının bulunduğu, söz konusu sağlayıcı ile birkaç hafta içerisinde sözleşme imzalanacağı belirtilmiştir. Bu tarihten sonra Türk Telekom ile OTEGLOBE arasında iki sözleşme imzalanmıştır. Bunlardan 17.06.2005⁶ tarihli ilkinde OTEGLOBE Türk Telekom'a "Atina ve Selanik'deki MSP PoP'undan "Tam internet Yönlendirme Tabloları" sağlayarak, [16xSTM1 bantgenişliğinde] transit internet servisi" sağlamayı taahhüt etmiştir. 31.08.2005⁷ tarihli ikinci sözleşme ile ise "Türk Telekom, [OTEGLOBE'ye] Türk/Yunan sınırından İstanbul'daki Dante PoP'una 1xSTM-4c kiralık devre (tam devre)" hizmeti sunmayı taahhüt etmiştir.

1.5. Soruşturma Kapsamında Yer Alan İddialar, Savunmalar ve Bunlara İlişkin Değerlendirme

1.5.1. OTEGLOBE ile Eser Telekom'a Farklı Davranıldığına İlişkin İddiaların ve Savunmaların Değerlendirilmesi

- (43) Dosya mevcudundan anlaşıldığı üzere, Eser Telekom, Dante projesi ihalesine teklif sunmak üzere gerekli hizmetin sağlanmasına yönelik Türk Telekom'a yaptığı teklifin aynısını OTEGLOBE'nin de yaptığını, ancak aynı özellikteki talepler için Türk Telekom'un OTEGLOBE'ye, kendisine sunulan teklife göre çok düşük bir teklif sunduğunu iddia etmektedir. Bu şekilde OTEGLOBE'nin ihalede avantajlı konumda tutularak hizmetin OTEGLOBE firmasına sunulduğu belirtilmiştir.
- (44) Dosya mevcudundan, yapılan incelemelerde, DANTE projesi kapsamında yapılan ihaleyi OTEGLOBE firmasının kazandığı ve bu firmanın ilk etapta Mednautilus bağlantısı üzerinden, sonrasında ise Türkiye-Yunanistan arasındaki karasal fiber optik kablo altyapısı üzerinden (NATO hattı) hizmet sunmak üzere Türk Telekom'dan kiralık devre hizmeti aldığı anlaşılmıştır. OTEGLOBE ile Türk Telekom 2005 yılında Uluslararası Bağlantı Servis Teminine İlişkin Servis Sözleşmesi'ni imzalamışlardır. Sözleşmeye göre Türk Telekom, OTEGLOBE'ye Dante Projesi için Ankara veya İstanbul'da tam kapasiteli transmisyon servisi sağlamıştır. Söz konusu servisin trafik/bant genişliği 622 Mbps (1xSTM-4c) olmuştur. Diğer bir deyişle "Türk Telekom, Türk/Yunan sınırından İstanbul'daki Dante PoP'una 622 Mbps kiralık devre (tam devre)" hizmeti sunmuştur.
- (45) Sözleşmeden, hizmete ilişkin bedelin aylık (.....) Avro, 12 aylık toplam (.....) Avro olduğu anlaşılmıştır. Öte yandan, Türk Telekom tarafından Eser Telekom'a gönderilen 10.05.2005 tarihli yazıda Yunanistan ve Belçika'daki PoP noktalarından başlamak üzere Türkiye'de sonlanacak uluslararası kapasiteler ile ilgili fiyat teklifi 622 Mbps kapasite için (.....) Avro kurulum bedeli ve aylık (.....) Avro; 1.2 Gbps kapasite içinse (.....) Avro kurulum

⁶ OTEGLOBE tarafından 17.06.2005 tarihinde, Türk Telekom tarafından 05.07.2005 tarihinde imzalanmıştır.

⁷ OTEGLOBE tarafından 31.08.2005 tarihinde, Türk Telekom tarafından 05.10.2005 tarihinde imzalanmıştır.

bedeli ve aylık (.....) Avro şeklindedir. Diğer bir deyişle, 622 Mbps bant genişliği için Eser Telekom'dan yıllık toplam (.....) Avro talep edilmiştir.

- (46) Böylece, uluslararası kiralık devre hizmetinin OTEGLOBE'ye sağlandığı ve bu süreçte Eser Telekom'a ve OTEGLOBE'ye uygulanan tarifelerin birbirinden farklı olduğu, bu şekilde Türk Telekom'un bahse konu iki müşterisine farklı şartlar ileri sürdüğü/farklı uygulamalarda bulunduğu anlaşılmıştır.
- (47) Türk Telekom birinci yazılı savunmasında, Eser Telekom ile OTEGLOBE'nin eşit durumda alıcılar olmadığını, OTEGLOBE'nin Yunanistan'ın yerleşik işletmecisi konumunda olan uluslararası bir operatör olduğunu, firmanın DANTE projesi çerçevesinde ihaleye girerken Türk Telekom'dan herhangi bir kapasite almadığını, ihaleyi Mednautilus firmasından kapasite kiralayarak farklı bir güzergahtan kapasite temin etmek suretiyle kazandığını belirterek bu anlamda Eser Telekom aleyhine bir ayrımcılık yapılmadığını belirtmiştir. OTEGLOBE ile Türk Telekom arasında imzalanan Türk Telekom'un yurt dışı çıkış kapasitesinin artırımına yönelik sözleşmenin ihale tekliflerinin verilmesi ve ihalenin kazanılması tarihinden çok sonra, Haziran-Temmuz 2005 tarihinde imzalandığı ve OTEGLOBE'nin Türk Telekom'dan kapasite almaya Yunanistan-Türkiye arasındaki kablonun iyileştirme çalışmaları tamamlandıktan sonra başlayabildiği ifade edilmiştir.
- (48) Dosya mevcudundan, OTEGLOBE'nin, Türk Telekom'un belirttiği gibi, DANTE projesi kapsamında ilk aşamada Türkiye-Yunanistan sınırında yer alan NATO hattı üzerinden kapasite almadığı, onun yerine yurt dışı noktası-Katanya-İstanbul güzergâhını yani Mednautilus (ve Medtürk) denizaltı fiber optik kablo sistemini kullandığı, bu kapsamda OTEGLOBE'nin yurt dışında bir PoP noktasından Katanya'ya kadar olan devre için Mednautilus firması ile anlaşmış olduğu anlaşılmıştır. Ancak, Medtürk hattı Haziran 2004 tarihinde kullanıma açılmış olup, OTEGLOBE Katanya'dan Türkiye'ye (Medtürk) ve ayrıca Türkiye içinde Türk Telekom ile anlaşmıştır. Dolayısıyla, OTEGLOBE ilk aşamada her ne kadar Türkiye-Yunanistan sınır hattı bağlantısı üzerinden hizmet almamışsa da Türk Telekom'dan kapasite almıştır. Zira daha önce de vurgulandığı üzere Türkiye ile yurt dışı bir noktanın bağlantısının yapıldığı her türlü uluslararası veri iletiminde Türk Telekom'dan hizmet almak zorunludur. Dolayısıyla, Türk Telekom'un OTEGLOBE'nin DANTE Projesi çerçevesinde ihaleye girerken Türk Telekom'dan herhangi bir kapasite almadığı iddiasının gerçeği yansıtmadığı değerlendirilmiştir.

1.5.2. Hizmetin Ayrıştırılabilirliğine İlişkin İddiaların ve Savunmaların Değerlendirilmesi

- (49) Dosya mevcudundan anlaşıldığı üzere, Eser Telekom tarafından yapılan 13.09.2004 tarihli ikinci başvuru ve sonraki başvurularda, Türk Telekom'dan

“uluslararası devrenin yurt dışından Türkiye sınırlarına (Türkiye denizaltı fiber optik sistemi kara terminali veya sınırdaki ilk karasal fiber optik terminaline) kadar olan kısmının Eser Telekom tarafından yurt dışı operatöründen temin edilmesi halinde, devrenin Türkiye denizaltı fiber optik sistemi kara terminali veya sınırdaki ilk karasal fiber optik terminaline bağlantısı için alınacak ücret ile söz konusu devrenin yurt içi kesimine ait şehirlerarası/şehir içi kiralık devre tesis aylık kira ücretleri ve devre tesis süresinin bildirilmesi”

talep edilmiştir. Bu talep karşısında Türk Telekom tarafından 06.01.2005'te verilen cevabi yazıda;

“uluslararası kapasiteler bakımından Türk Telekom tarafından sadece yurt içi transmisyununun sağlanmadığı, uluslararası kapasite taleplerinin yurt içi ve yurt dışı bir bütün olarak temin edildiği”

açıklaması yapılmıştır. Hizmetin ayrıştırılabilirliğine yönelik söz konusu husus Eser Telekom'un ihale kapsamında ihtiyaç duyduğu hizmetin kendisine sağlanılmayarak pazardan dışlandığı yönündeki iddialarının da bir parçasını oluşturmaktadır. Bu sebeble soruşturma sürecinde uluslararası veri iletiminin parçalı şekilde farklı operatörlerden temin edilip edilemeyeceğinin araştırıldığı görülmüştür.

- (50) Dosya mevcudunda yer alan bilgilere göre, Türk Telekom tarafından yapılan birinci yazılı savunmada uluslararası kiralık devre hizmetinin Türk Telekom'un uluslararası devrelerin lokal ağ ile irtibatı için inşaa ettiği ve işlettiği karasal veya denizaltı uluslararası fiber optik kablo sistemleri terminal istasyonları üzerinden gerçekleştirilen uluslararası bağlantılar ile sağlanabildiği, teşebbüsün uluslararası terminal istasyonlarını ve bağlantılarını kullanmadan yurt içi lokal ağın uluslararası bağlantısının gerçekleştirilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Teşebbüs ayrıca BTK tarafından onaylı uluslararası kiralık devre tarifesinin yapısının da parçalı değil bir bütün olduğunu, dolayısıyla Türk Telekom'un BTK tarafından onaylı uluslararası kiralık devre tarifesi dışında parçalı bir hizmet sunmasının mümkün olmadığını belirtmiştir.

- (51) Ancak söz konusu durumun neden yurt içi ve yurt dışı transmisyunun bir bütün olarak sunulmasını zorunlu kıldığını açıklığa kavuşturmak adına teşebbüs tarafından ilk olarak,

“Yurt dışı devre bir ucu yurt içinde diğer ucu yurt dışında olan devre demektir. Bütünlük ancak bu şekilde sağlanır. Türk Telekom'dan bağımsız olarak bir başka operatörün yurt dışından devreyi Türk Telekom altyapısı üzerinden yurt içine sokup daha sonra yurt içinde istediği yere sonlandırma imkânı mümkün olmadığından (Türkiye'de yetkilendirmesi olup, Türkiye'de altyapısı olmadığı sürece, bu durumun tersi Türk Telekom açısından da geçerlidir. Nitekim Türk Telekom'un da yurt dışı kapasite sağlayabilmesi için uluslararası bir operatör ile işbirliği anlaşması yapıp bağlantı sağlaması gerekmektedir) bir bütün olarak Türk Telekom'dan alması gerekmektedir. Nitekim OTEGLOBE firması ile imzalanan anlaşma da bu kapsamda imzalanan bir anlaşmadır.”

şeklinde açıklama yapılmıştır.

- (52) Daha sonra teşebbüse OTEGLOBE ile Türk Telekom arasında yapılan sözleşmede, OTEGLOBE'ye *Türk/Yunan sınırından İstanbul'daki Dante PoP'una kadar 622 Mbps hızda* sayısal kiralık devre sağlanmasının taahhüt edildiği, söz konusu durumun uluslararası kiralık devre hizmetinin yurt içi ve yurt dışı şeklinde parçalı değil bir bütün olarak sunulduğu iddiası dikkate alındığında, ne şekilde mümkün olduğu sorulmuş; buna karşılık teşebbüs tarafından

“Türk Telekom'un tek başına uluslararası kapasite sağlaması mümkün bulunmamaktadır. Türk Telekom ancak uluslararası operatörler ile anlaşması durumunda uluslararası kapasite sağlayabilmektedir. Eğer OTEGLOBE kendi tarafındaki kapasiteyi sağlayamazsa Türk Telekom'un kendi tarafındaki kapasiteyi sağlaması mümkün bulunmamaktadır. Uluslararası kapasitenin bir bütün halinde sunulması başka bir deyişle bütünlüğün sağlanmasından kasıt budur... Yunanistan ülke dışında olduğundan, devre yurt dışında sonlanmış olup, yurt dışı ve yurt içi şeklinde parçalı bir yapı söz konusu değildir.”

açıklamaları yapılmıştır.

- (53) Türk Telekom'un yukarıda yer verilen açıklamalarından, Türk Telekom'un altyapısı üzerinden hizmet verebilmesi için öncelikle altyapısının sonlandığı sınır bağlantısı

kısımında yurt içinden iletilen veriyi aktaracak ülkenin/muhatapın belirli olması gerektiği ve söz konusu muhatap ile Eser Telekom'un anlaşmasının yeterli olmayacağı, hizmetin verilebilmesi için Türk Telekom'un kendisinin karşı operatörle veya karşı operatörün Türk Telekomla anlaşması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Nitekim Türk Telekom'la yapılan görüşmelerde de uluslararası bağlantının sağlanmasında muhatap alınacak tarafın altyapı sağlayıcısı operatörler olduğu, karşı operatörle anlaşmak açısından müşterilerin muhatap olamayacağı ifade edildiği, ayrıca bağlantının yurt dışına çıkmış olması sebebiyle (Keşan-Alexandroupolis) OTEGLOBE'ye sağlanan hizmetin de uluslararası nitelikte olduğu görülmüştür.

- (54) Soruşturma tarafı teşebbüse Eser Telekom'un yurt dışı operatöründen Marmaris'e kadar devre kiralaması örnek verilerek, bunun sonrasında yurt içi-yurt dışı bağlantısının ve Türkiye içi hattın Türk Telekom'dan sağlanmasının neden mümkün olmadığı, bu durumda Eser Telekom'un Türkiye sınırından Türkiye içine olan hattı kiralaması için doğrudan Türk Telekom'la iletişime geçmesi halinde söz konusu firmaya neden hizmet sağlanamayacağı sorulması üzerine teşebbüsün;

“Uluslararası kiralık devre hizmeti için yurt dışı operatörü ile anlaşılması halinde, ilgili operatörün Türkiye sınırından Türkiye içine kadarki kısmı için Türk Telekom ile irtibata geçmesi ve anlaşması gerekmektedir... [Bu halde] Türk Telekom'un uluslararası devre fiyatları geçerli olacaktır. Çünkü devrenin bir ucu yurt dışında diğer ucu da yurt içindedir. Uygulamada tarife ve hizmet olarak bu tarz bir devre için [örneğin] Marmaris istasyonunda denizaltı sistemleri ile yurt içi karasal sistemler arasında arabağlantı ve sonrasında şehirlerarası kiralık devre alma söz konusu değildir. Böyle bir müşteri talebi, sınır bağlantısına ilişkin tarife ve hizmet tanımı olmadığından karşılanamamaktadır.

Ayrıca, O tarih itibariyle altyapı işletmecilerinin sınır bağlantısı yapabilmelerine izin veren bir düzenleme bulunmamakta idi. Nitekim altyapı işletmecileri sınır bağlantısı yapabilme hakkına 07.09.2005 tarihinde yürürlüğe giren “Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği'nin “EK-A12 ALTYAPI İŞLETMECİLİĞİ HİZMET” başlıklı ekinde yapılan düzenlemelerle birlikte kavuşmuşlardır. Bu tarihten önce Eser Telekom'un Altyapı İşletmeciliği Yetkilendirmesi olsa bile sınır bağlantısı yapabilme hakkı bulunmamaktadır. Dolayısıyla yukarıda belirtilen şekilde bir tarife olsa dahi Eser Telekom'un sınır bağlantısı yapma hakkı düzenlenmemiştir.”

şeklinde cevap verdiği, Teşebbüsün OTEGLOBE ile Eser Telekom tarafından talep edilen hizmetlere ilişkin olarak;

“Eser Telekom data kiralama hattını ikiye ayırarak talebini oluşturmaktadır. Eser Telekom'un uluslararası data kiralama hattını ikiye ayırıştırmaya yönelik yaptığı talebi, OTEGLOBE'nin yukarıda açıklanan talebi ile aynı değildir. Eser Telekom'un talebi incelendiğinde sınırdaki arabağlantı ücreti ile yurt içi bağlantı ücretinin talep edildiği görülmektedir. Oysa bu şekilde bir ürün ve tarifemiz bulunmamaktadır. Ürün ve tarife bulunsaydı bile o tarih itibariyle Eser Telekom'un sınır bağlantısı yapma hakkı düzenlenmemiştir.

Türk Telekom incelemeye konu talep tarihinde de ve bugün de sınır bağlantılarını “açık istasyon” prensibi ile gerçekleştirilmemektedir. Yani sınırdaki farklı işletmecilerden, işletmecilere ait fiberler üzerinden gelen devreleri kendi sistemlerine bağlayarak sınır noktası ile yurt içi arasında devre sağlamamaktadır. Bu uygulama uluslararası uygulamalarla da uyumludur. Yerleşik işletmeciler bu yöntemle parçalı servis vermemektedir.”

açıklamalarında bulunduğu, teşebbüs tarafından belirtilen bu hususlar hakkında Vodafone Net ile yapılan telefon görüşmesinde ilgili dönemde soruşturma konusu hizmetin ayrıştırılarak sağlanmadığı, gerek Vodafone Net gerekse ilgili dönemde Türk Telekom'un müşterisi olan Borusan veya Koçnet gibi firmaların da teşebbüsten bu yönde bir ürün alamadıkları, teşebbüsün bu yönde bir hizmetinin bulunmadığının ifade edildiği anlaşılmıştır.

- (55) Bunun yanında, Eser Telekom'a bağlantının parçalı şekilde sunulmasına benzer uygulamaların yurt dışı operatörler tarafından sağlanıp sağlanmadığına yönelik örneklerin sorulması üzerine, bu kapsamda başvuru sahibi tarafından ihalenin yapıldığı tarihte Türkiye'de sonlandırma noktası bulunan uluslararası fiber optik kabloların Marmaris ve İstanbul'da sonlandığı, bu sonlanma noktalarının Türk Telekom'un Türkiye'deki karasal veri şebekesine bağlantısının mevcut olduğu, dolayısıyla, uluslararası fiber kablodan sağlanacak bir veri devresinin Türkiye'de Türk Telekom şebeke bağlantı noktası olan herhangi bir yere bağlantısının yapılmasının mümkün olduğu, soruşturmaya konu olan DANTE ihalesi süreci sonucunda Türkiye/ULAKNET bağlantısının Yunan Telekom Operatörü OTEGLOBE tarafından aynı şekilde sağlandığının öne sürüldüğü, bununla birlikte, Türk Telekom ve Vodafone Net'in beyanları paralelinde, OTEGLOBE'nin yerleşik operatör olduğu göz önüne alınırsa, Eser Telekom gibi uluslararası bağlantılara yönelik altyapısı olmayan firmalara/müşterilere bu yönde bir hizmet sağlandığını gösteren somut bir örnek/delil sunulmadığı görülmüştür.
- (56) Sonuç olarak, dosya mevcudundan Türkiye ile yurt dışı bağlantısının sağlanacağı karşı operatör arasındaki bağlantının bir bütün olarak verildiği, dolayısıyla Türk Telekom'un doğrudan karşı operatörle iletişime geçerek kapasite ve fiyat talep etmesi gerektiği, karşı operatörden bağımsız olarak o operatörle yapılan arabağlantı üzerinden hizmet veremeyeceği, Türk Telekom'un Eser Telekom'un yurt içi ve yurt dışı operatörden ayrı ayrı bağlantı alması halinde bu iki kapasiteyi birleştirme şeklinde bir hizmetinin bulunmadığı kanaatine varılmıştır.

I.5.3. Eser Telekom'un Talep Ettiği Fiyat Teklifinin Geciktirildiği Yönündeki İddiaların ve savunmaların Değerlendirilmesi

- (57) Dosya mevcudunda yer alan bilgilere göre, Eser Telekom'un talep ettiği fiyat teklifinin geciktirildiği, gönderdiği e-posta, faks ve dilekçelere geç yanıt verildiği veya hiç yanıt verilmediği vb. yönündeki iddialar kapsamında ilgili dönemde aktif ve ihale konusu hizmeti karşılayabilecek durumda olan alternatif hatlara yönelik Türk Telekom ve Eser Telekom'dan bilgi istendiği, Eser Telekom tarafından söz konusu hatların SMW3, Mednautilus, ITUR ve KAFOS olarak sıralandığı, Türk Telekom'un ise, 2004 yılında Eser Telekom'un talebi olan 622 Mbps'nin sağlanabileceği SMW3 ve Medtürk (Mednautilus) olmak üzere iki denizaltı güzergahının bulunduğunu (ancak 2004 yılında Mednautilus ile kablonun kullanımı konusundaki ticari görüşmelerin devam ettiğini) belirttiği, ayrıca Türk Telekom tarafından, SMW-2, ITUR, EMOS ve KAFOS gibi diğer hatların yalnız ses iletimi için uygun olmaları, internet erişimi için yeterli olmayan düşük hız/kapasite sunmaları gibi sebeplerle ihale konusu bağlantıyı sağlayabilecek nitelikte olmadığını belirtildiği anlaşılmıştır.
- (58) Türk Telekom'un, denizaltı fiber optik kablolardan ilgili dönemde Türkiye açısından en önemli hattın dünya çapındaki kapsamı ve %96 seviyelerindeki kullanım oranıyla SMW-3 olduğu yönündeki açıklamasından, soruşturma konusu dönemde bu hatta Eser Telekom'un talebini karşılayacak bir serbest kapasite bulunmadığı anlaşılmıştır. İtalya, Yunanistan, İsrail ve Türkiye'yi birbirine bağlayan Mednautilus fiber optik sistemi ise 6 fiber peri ve 92 repeater'dan oluşmakta ve her bir perdeki 10 Gbps kapasiteyi 64 katına çıkarma imkânı sağlayan DWDM teknolojisine dayanmaktadır. Bu altı tane fiber perinden,

başlangıç noktasından sonlanma noktasına kadar bütünüyle Türk Telekom'a ait olan ve Medtürk olarak adlandırılan 2 fiber perinden biri Girit üzerinden diğeri ise İsrail üzerinden İstanbul-Katanya bağlantısını sağlamaktadır. Sistem 1,2 Tbps'ye kadar geliştirilebilecek şekilde tasarlanmış olmakla birlikte, sistemin başlangıç kapasitesi 20 Gbps'dir. Medtürk kablo hattı Haziran 2004 tarihinden itibaren kullanılmaya başlamıştır.

- (59) Buradan, tek alternatif hat gözüken, İstanbul-Katanya bağlantısı Medtürk üzerinden yapılan, Katanya ötesinde de Avrupa ve Amerika'daki PoP noktalarına erişim sağlanabilen Mednautilus hattının, Eser Telekom'un ilk başvuru tarihi itibarıyla aktif bulunmadığı, zira o dönemde Türkiye'yi Katanya'ya bağlayan Medtürk hattının henüz kullanılmadığı anlaşılmıştır.
- (60) Karasal fiber optik kablo sistemleri hakkında Türk Telekom'un açıklamalarından ilgili dönemde;
- Bulgar Telekom'un altyapı ağının talep edilen kapasiteyi karşılayacak durumda olmadığı,
 - İran hattının mesafenin uzaması, gecikme vs. sorunlar (İran üzerinde böyle bir talebin karşılanabilmesi için, İran'dan sonra Ermenistan, Rusya, Azerbaycan Gürcistan vb. ülkelerin de geçilmesi gerekecektir) sebebiyle uygun olmadığı ve İran'ın da talep edilen kapasiteyi Belçika ve Yunanistan'a ulaştıracak uluslararası kapasitesinin bulunmadığı,
 - O dönemde İran sınırı gibi alternatifler açısından sadece ses hizmetlerinin sunulabilmesine yetecek kadar hız/kapasiteli bağlantı bulunduğu,
 - Yunanistan OTEGLOBE bağlantısının o dönem için talep edilen kapasiteyi karşılayacak tek rasyonel güzergah olduğu

görülmüştür. Dolayısıyla, ilgili dönemde karasal fiber optik kablo sistemleri açısından incelenebilecek tek alternatif hattın, finansmanını NATO üstlendiği için NATO kablosu olarak da bilinen, Türkiye-Yunanistan arasında yer alan, başlangıç noktası İstanbul/Keşan sonlanma noktası Alexandroupolis olan, 622 Mbps toplam kapasiteye sahip uluslararası data devresi olduğu değerlendirilmiştir.

- (61) İlgili dönemde geçerli olabilecek alternatif hatlar arasında NATO kablosu ile Mednautilus'un bulunduğu, söz konusu hatların Türk Telekom tarafından Eser Telekom'a teklif sunmak için değerlendirilip değerlendirilmediği, ne şekilde değerlendirildiği ve Eser Telekom'a verilen yanıt sürelerinin makul olup olmadığı hususlarına aşağıda yer verilmiştir.
- (62) Dosyada yer alan bilgilere göre; Eser Telekom, 11.12.2003 tarihinde ilan edilen GN2 ihalesi kapsamında Türk Telekom'dan ilk talebini 30.01.2004 tarihinde yapmıştır. Türk Telekom söz konusu talebe otuz gün sonra, talep edilen hızlardaki uluslararası kiralık data devrelerinin tesisinin Mayıs ayını takip eden aylarda mümkün olabileceği, uluslararası kiralık data devre tarifelerine Türk Telekom web adresinden erişilebileceği şeklinde cevap vermiştir. Eser Telekom, Türk Telekom internet sitesinde 155 Mbps'nin üzerindeki hızlara ilişkin bir tarife bulunmadığını belirterek 622 Mbps hızında hizmet talebi durumunda nasıl bir fiyatlama yapılacağını Türk Telekom'a sorduklarını, onların da kendilerine 155 Mbps fiyatının 4 katı baz alınarak fiyat belirlemesi yapılabileceği şeklinde cevap verdiklerini ifade etmiş olup, teşebbüsün, nihai teklif tarihi olan 04.03.2004'te, bu bilgileri esas alarak fiyat teklifinde bulunduğu belirtilmiştir.
- (63) Söz konusu teklifte, 7 farklı hat ve/veya hız alternatifi sunulduğu, bunlardan iki tanesinin uydu vasıtasıyla (155 Mbps ve 2x155 Mbps şeklinde), geri kalanlarının da denizaltı fiber optik kablolar aracılığıyla sunulacağını belirtildiği, denizaltı fiber hatlar üzerinden ise 155 Mbps hızda üç farklı teklif yapıldığı ve bu tekliflerde Türk Telekom'un BTK tarafından onaylanmış tarifelerinin baz alındığının vurgulandığı, 622 Mbps hıza ilişkin ise iki farklı

sonlanma noktası için iki farklı teklif yapıldığı, Brüksel'de yer alan NREN PoP'unun açık adresine kadar sunulacak hizmet için (.....) Avro, Sofya'daki adrese kadar sunulacak hizmet içinse (.....) Avro teklif edildiği görülmüştür.

- (64) Yüksek hızlardaki uluslararası tam kapasite taleplerinin karşılanabileceği ve Mayıs ayı sonrasında açılmasının planlandığı Mednautilus hattının İstanbul-Katanya arası bölümü olan Medtürk denizaltı fiber optik kablo sistemi 17.06.2004 tarihinde geçici kabulü yapılarak servise alınmıştır. Bağlantının Katanya'dan sonraki kısmı için ise Türk Telekom tarafından Katanya ötesinde Avrupa ve Amerika PoP noktalarına 10 Gbps kapasite ile erişim amacıyla 06.05.2004 tarihinde ihaleye çıkılmış, söz konusu kapasite temin ihalesi 29.11.2004 tarihinde sonuçlandırılmıştır.
- (65) Eser Telekom'un 13.09.2004 tarihinde kapasite teminine ilişkin talebini yinelediği, Dante tarafından 02.09.2004'te gönderilen yazı ile ilk değerlendirme çalışması sonucu kendilerinin başarılı bulunduğu ve ihalede bir sonraki adım için hareket edebileceğinin bildirildiği, bu bilgilendirmenin hemen akabinde Türk Telekom'a tekrar başvurarak taleplerini yineledikleri, ancak Eser Telekom'un belirtilen ikinci talebine Türk Telekom tarafından herhangi bir yanıt verilmediği, bunun üzerine, Eser Telekom'un yirmi gün sonra talebini tekrarladığı, Türk Telekom'dan yanıt alamadığı, bu kez ikinci talebinden yaklaşık iki ay sonra (11.11.2004) başvuruya yönelik cevabın zamanında verilmemesi halinde, teşebbüsün uluslararası bir ihaleyi kaybetme riskinin bulunduğunu açıkladığı, ancak bu yazıya da cevap alamadığı anlaşılmıştır.
- (66) Bu noktada Eser Telekom'un 11.11.2004 tarihli ihaleyi alamama riskini açıkladığı yazıdan on sekiz gün sonra, yani 29.11.2004'te Katanya ötesinde Avrupa ve Amerika PoP noktalarına kadar kapasite temin üzere çıkılan ihalenin sonuçlandırıldığı, söz konusu tarihte ihaleyi kazanan İtalya'nın alternatif operatörü Tiscali International Networks SAS (Tiscali) ile sözleşme imzalandığı dikkate alındığında, bu aşamada Türk Telekom tarafından Eser Telekom'un talep ettiği uçtan uca uluslararası veri iletim hizmetinin Mednautilus üzerinden sağlanmasının olanak dâhiline girdiği düşünülmüştür. Şöyle ki, Mednautilus sisteminin İstanbul-Katanya hattına kadar olan kısmı 17.06.2004 itibarıyla kullanıma açık hale geldiğinden, Katanya ötesi için ise kapasite temini ihale sonucunda mümkün hale gelmiştir.
- (67) Öte yandan, ihale sonuçlanmasına rağmen kapasite temininin kısa süre içerisinde mümkün olamadığı, Telecom Italia Sparkle tarafından Tiscali'ye Katanya'da arabağlantı sağlanmaması nedeniyle, Tiscali'nin ihale ile aldığı işi yapamaz hale geldiği ve Katanya'dan sonraki Avrupa PoP noktalarına erişimi sağlayamadığı, daha sonra Telecom Italia Sparkle'nin, Tiscali'yi 01.11.2005 itibarıyla satın aldığı ve dolayısıyla da 29.11.2004 tarihinde sözleşmesi imzalanan Katanya ötesi ihalesinin Telecom Italia firmasına geçmiş olduğu, bu sürecin sonunda, Katanya ötesi ihalesi kapsamında Avrupa PoP noktalarına ilk kapasitenin 23.04.2005 tarihinde devreye verildiği, daha sonra da peyder pey diğer kapasitelerin devreye alındığı anlaşılmıştır.
- (68) Bu ihaleden ayrı olarak, Türk Telekom'un 10.11.2004 tarihli bir iç yazışmasında teşebbüsün 23.09.2004 tarihinde Katanya ötesi için kapasite temini çerçevesinde Telecom Italia Sparkle ile toplantı yaptığı, bunun sonucunda söz konusu teşebbüsle Türkiye-Katanya arasında Türk Telekom'un tam kapasite sağlaması (Medtürk), Katanya ötesinde Avrupa ve Amerika'ya kadar olan kapasitelerinse Telecom Italia Sparkle tarafından temin edilmesi konusunda ön mutabakata varıldığı hususlarının yer aldığı, yukarıda anılan ihaleden bağımsız olduğu anlaşılan bahse konu yazışmada hizmetin Medtürk ayağına ilişkin Türk Telekom tarafından uygulanacak tarifelere yer verildiği (ki buna 622 Mbps hıza kadar olan kapasiteler de dâhildir) ve Telecom Italia Sparkle'nin bu ücretler doğrultusunda Türk Telekom'a o dönemki mevcut müşterilerine ek olarak (.....) Avro tutarından gelir getirebilecek müşteri bulunduğunun ifade edildiği, söz konusu

önmutabakat ile Türk Telekom tarafından Katanya ötesinde kapasite temini olanağına ilişkin olarak ise Türk Telekom'un bu mutabakatın Telecom Italia Sparkle ile Türk Telekom/Tiscali arasındaki ticari ilişkilerde yaşanan gerilim sonucu bozulduğu açıklamasını getirdiği görülmüştür.

- (69) Sonuç olarak önmutabakat ile olmasa da, Katanya ötesi için açılan ihale ile 23.04.2005 itibarıyla Türk Telekom'un uçtan uca uluslararası veri iletim hizmeti verebilecek duruma geldiği anlaşılmaktadır. Ancak Eser Telekom'a bu çerçevede bir teklif yapılmamış, teşebbüs, yazılarında alternatif güzergâhlara ilişkin bilgi istemesine karşın, bu gelişmelerle ilgili bilgilendirilmemiştir. Türk Telekom tarafından o dönemde gerek uluslararası devrelerde görülen arızalar gerekse ADSL ürününün devreye verilmesi ve bu ürüne yönelik artan talep sonucu, kendi kapasite ihtiyacını bile karşılayamaz durumda olduğu, dolayısıyla bu ihale kapsamında devreye alınan kapasite hakkının kendi ihtiyacı için olan kapasite gereksiniminde kullanıldığı, Eser Telekom'a verilecek teklif için Telecom Italia firmasından ayrıca Katanya ötesi için teklif alındığı belirtilmiştir.
- (70) Buna karşın, yukarıda süreç anlatılırken de değinildiği gibi, teşebbüsün savunmasında, Eser Telekom'a yüksek hızdaki kapasitelerin Mayıs ayı sonrasında sağlanabileceğinin belirtilmesine gerekçe olarak söz konusu kapasitelerin bu tarihten sonra devreye alınması planlanan Medtürk ve Katanya ötesi için açılan ihale ile temin edilmesinin planlanması sunulmuştur. Bu noktada, Türk Telekom'un öncelikle kendi kapasitesini karşılamak için Medtürk ve Katanya üzerinden teklif vermemesi ifadeleri çelişki uyandırmaktadır. Bu yöndeki yukarıda yer verilen savunma haklı görülebilecekse de, Mednautilus hattının kullanılabilirliğine ilişkin olarak (Medtürk'ün devreye alınması, ihalenin sonuçlanması, olası devreye alınma tarihi vs.) Eser Telekom'u bilgilendirmemesinin gerekçesi olamayacağı değerlendirilmiştir. Eser Telekom'un 11.11.2004 tarihli son yazısından yirmi altı gün sonra (07.12.2004) Türk Telekom'a gönderdiği yazıya da cevap alınmamış, bunun üzerine 30.12.2004 tarihinde ihtarname çekilmesi yoluna gidilmiştir. İhtarnameye Türk Telekom tarafından bir hafta sonra (06.01.2005) cevap verilmiştir. Verilen cevapta 622 Mbps ve 1.2 Gbps kapasitelerle ilgili fiyat tekliflerinin oluşturulabilmesi için bu devrelerin Türkiye ile karşı ülkelerde sonlanacağı açık adreslerinin bildirilmesi gerektiği, bunun üzerine ilgili operatör/idarelerle irtibata geçilerek Türk Telekom tarafından hazırlanacak fiyat teklifinin Eser Telekom'a bildirileceği belirtilmiştir. Eser Telekom'un beş gün sonra (11.01.2005) verdiği açık adres bilgilerinden iki hafta sonra OTEGLOBE'den kapasite talep edilmiş, OTEGLOBE'nin olumsuz yanıt vermesi sonrasında (31.01.2005'te) Telecom Italia Sparkle'ye teklif iletilmiştir.
- (71) Dosyanın önaraştırma safhasında Telecom Italia Sparkle'den herhangi bir şekilde cevap gelmediği ileri sürülse de, Türk Telekom'un savunmasına göre, Telecom Italia Sparkle tarafından sözlü olarak DANTE ihalesine kendilerinin de katılması gerekçesiyle Türk Telekom'un teklifine cevap vermelerinin uygun olmayacağını belirttikleri ifade edilmiştir. Eser Telekom'un açık adres bilgilerini vermesinin üzerinden iki ay iki hafta geçmesine karşın Türk Telekom tarafından Eser Telekom'a olumsuz olarak dahi bir cevap verilmemiş ve Eser Telekom tarafından 25.03.2005 tarihinde ikinci bir ihtarname gönderilmiştir.
- (72) Nihayetinde, Türk Telekom 21.04.2005 tarihli yazısıyla söz konusu ihtarnameye cevap vermiş, bunun sonrasında yapılan toplantılar sonucunda, 10.05.2005 tarihli yazı ile Yunanistan ve Belçika PoP noktalarından başlamak üzere Türkiye'de sonlanacak şekilde Eser Telekom'un talep ettiği hızlara fiyat teklifleri sunulmuştur. Bu tarihten iki gün sonra DANTE tarafından ihale için bir sağlayıcı belirlendiği bilgisi edinilmiş olup, bir anlamda Türk Telekom'un verdiği fiyat teklifinin fiilen hükmü kalmamıştır.
- (73) Yukarıda yer verilen bilgiler ışığında, dışlama iddialarının değerlendirilmesi açısından Türk Telekom'un iki davranışı önem taşımaktadır: Öncelikle, Eser Telekom'un ilk başvurusunda belirttiği ülkelere ek olarak istenilen kapasitelerde bağlantı sağlanabilecek

diğer Avrupa ülkelerinin de kendilerine bildirilmesi istendiği ve bu talebin daha sonra yapılan başvurularla da yinelendiği dikkate alındığında, Mednautilus (İstanbul-Katanya arası ve Katanya ötesi) hattının kullanılabilir durumda olmasına rağmen Eser Telekom'a sunulmadığı, bu hatta ilişkin gelişmelerin teşebbüsle paylaşılmadığı görülmüştür.

- (74) Bunun yanında, Eser Telekom'un talebine verilen cevap süreleri de dışlama iddialarını destekler niteliktedir. Eser Telekom'un ilk talebi (30.01.2004) ile bu teklife verilen Türk Telekom'un son ve tam teklifi (10.05.2005) arasında bir yıl üç ay on gün bulunmaktadır. Bu arada geçen sürece bakıldığında ise, Eser Telekom'un ilk talebindeki yüksek hızlı bağlantıların Mayıs ayından sonra karşılanabileceği yönünde cevaplandırılmasının ardından yaptığı 13.09.2004 tarihli ikinci talep sonrasında Türk Telekom'dan geri dönüş aldığı ilk tarih olan 06.01.2005 arasında üç ay yirmi üç günlük bir süre Eser Telekom'a yanıt verilmediği görülmektedir.
- (75) Bu açıdan, Türk Telekom'un öncelikle kendi kapasite ihtiyacını karşıladığı, sonrasında Eser Telekom'un talebine yönelik alternatif aradığı savunması haklı görülebilecektir. Teşebbüs, ilk verilen tekliflerde GN2 ihalesini OTEGLOBE yerine Eser Telekom almış olsaydı, Haziran-Temmuz 2005 tarihinde OTEGLOBE ile kapasite artırımına yönelik sözleşmenin imzalanmasının, dolayısıyla yurt dışı çıkış kapasitesinin artırılmasının ardından, Eser Telekom'un talebinin karşılanabileceğini belirtmiştir. Bununla birlikte, Eser Telekom'un yazılarına sürece yönelik bilgilendirmeye cevap verilebileceği, söz konusu savunmanın Eser Telekom'un yanıtsız bırakılmasının bir gerekçesi olarak kabul edilemeyeceği değerlendirilmiştir.
- (76) Türk Telekom birinci yazılı savunmasında cevap sürelerine ilişkin, Eser Telekom'un 26.02.2003 tarihli daha önceki ihaleler kapsamında yaptığı başvuruyu örnek göstermiş, talep edilen hızların BTK tarafından onaylı tarifede yer alması dolayısıyla bu yazıya 03.03.2003 tarihinde (3-4 gün) içerisinde dönüş yaptığını ifade etmiştir. Yine Eser Telekom'a 30 gün sonra cevap verilmesinin veya OTEGLOBE'ye 13 gün sonra, Telecom Italia Sparkle'ye 19 gün sonra faks gönderilmesinin Türk Telekom büyüklüğünde işlem kapasitesi olan, sadece Eser Telekom'a değil bütün işletmecilere hizmet sunan, dünya çapında uluslararası bağlantıları olan yerleşik bir işletmecinin iş süreçlerinde makul olduğunu öne sürmüştür. Öncelikle, Türk Telekom'un yanıtlarını geciktirdiği haller savunmada belirtilenden ibaret olmayıp, yukarıda belirtildiği gibi Eser Telekom'un yazıları defaten cevapsız bırakılmıştır. Ancak yine de, salt 30 günlük cevap süresinin makul olup olmadığı iddiası gibi münferit uygulamalardan ziyade, Eser Telekom'un taleplerini yanıtlama sürecinin genel olarak geciktirilip geciktirilmediği ve bunun haklı gerekçelerinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi daha uygun bulunmuştur.
- (77) Türk Telekom'un bir diğer savunması, Eser Telekom'un yazışmalarında taleplerinin içeriğinde esasa özgü önemli değişikliklere gitmesi, bu taleplere verilecek yanıt için gerekli olan açık adresler gibi unsurlara yer vermemesinin yazışma sürecinin uzamasına yol açtığı şeklindedir. Bununla birlikte, Türk Telekom'un açık adreslere ilişkin bilgiyi ancak 06.01.2005 tarihinde istediği, Eser Telekom'un bundan önceki 07.12.2004, 11.11.2004, 29.09.2004 ve 13.09.2004 tarihli yazılarında bu hususa değinmediği görülmüştür.
- (78) Türk Telekom, fiyat teklifi sağlayabilmesi için talep edilen hattın başlangıç ve sonlanma adreslerine yönelik ülke ve şehir bilgilerinin verilmesinin yeterli bulunmamasının gerekçeleri hususunda, devrenin hangi adresler/lokasyonlar arasında tesis edileceğinin net bir şekilde belirlenmesinin gerektiğini; çünkü müşteriye verilecek taahhüdü ve maliyeti belirlemek için bu adreslerde istenen servisi vermeye yeterli altyapının olup olmadığının, altyapı yok veya yetersizse altyapıyı arttırmanın mümkün olup olmadığının, bu işlemler için gerekli sürenin ve maliyetin belirlenmesinin şart olduğunu belirtmiştir. Vodafone Net ile yapılan görüşmede de açık adres verilmesinin gerekli olduğu teyit edilmiştir.

- (79) Türk Telekom, bütün tarifelerinin ilgili dönem itibariyle 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanun ve Tarife Yönetmeliği gereğince Telekomünikasyon Kurumu'nun onayına tabi olması sebebiyle, onaylı tarifesinin dışındaki hızlarda bir teklif vermesinin mümkün bulunmadığını belirtmiştir. BTK tarafından alınan görüşte konunun serbest piyasada oluşan mal ve hizmet alımına ilişkin ihale süreci ile ilgili olduğuna yönelik açıklama yapılmıştır. Dahası, Türk Telekom'un zaten OTEGLOBE'ye 622 Mbps kapasite sağladığı ve Eser Telekom'a nihayetinde 622 ve 1.2 Mbps kapasite teklifi sunduğu görülmüştür. Anılan gerekçelerden söz konusu savunmanın aksine, belirtilen hızdaki kapasitelerin sağlanmasına engel bulunmadığı anlaşılmıştır.
- (80) Türk Telekom, soruşturma raporunun kendilerine tebliğinden sonra, raporda Türk Telekom'un iddia konusu eylemlerinin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında hakim durumun kötüye kullanılması olarak nitelendirilemeyeceği hususuna yer verilmiş olduğundan ikinci yazılı savunma yapılmayacağını ve sözlü savunma yapılmasına yönelik taleplerinden vazgeçtiklerini belirtmiştir.

I.6. Türk Telekom'un 4054 Sayılı Kanun'un 6. maddesini İhlal Edip Etmediğinin Değerlendirilmesi

I.6.1. Ayrımcılık

- (81) 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (b) bendi "*eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması*"nı ihlal olarak nitelendirmektedir.
- (82) Literatürde yöneltildiği taraflara göre ayrımcılığın, birincil seviye zarar doğuran ayrımcılık ve ikincil seviye zarar doğuran ayrımcılık olarak ikiye ayrıldığı görülmektedir. Birincil seviye zarar doğuran ayrımcılık, hâkim durumdaki teşebbüsün rakiplerine karşı olan ayrımcı davranışlarını kapsamakta ve genelde dışlayıcı etkileri bağlamında anti-rekabetçi olarak değerlendirilmektedir. Nitekim hâkim durumdaki teşebbüsün alt pazarda rakibi olan müşterilerine yönelik olarak yaptığı ayrımcılığın, rakiplerinin maliyetlerini yükselterek onları pazar dışına çıkarma amaç, etki ve/veya potansiyeli olmasının ihtimali daha yüksektir. Öte yandan, ikincil seviye zarar doğuran ayrımcılık, hâkim durumdaki teşebbüsle arasında rakiplik ilişkisi bulunmayan müşterilere karşı yapılan davranışları içermektedir.
- (83) Dosya kapsamında, Türk Telekom'un kendisinin katılmadığı (katılıma yönelik yeterlilik belgesi bulunmayan) GN2 ihalesi kapsamında talep edilen uluslararası veri iletim hizmetini Eser Telekom'a sağlamaktan imtina ederken aynı hizmeti Yunanistan Telekom operatörü OTEGLOBE'ye sağladığı ve bahse konu alıcılara farklı fiyat teklifleri sunarak ayrımcılık yaptığı iddiası incelenmiştir. Başvuru bu yönü ile Türk Telekom'un kendisine rakip olmayan müşterileri arasında ayrımcılık yapıldığı iddiasını içerdiğinden, ikincil seviye doğuran ayrımcılık kapsamında değerlendirilmiştir. İkincil seviye zarar doğuran ayrımcılığın hâkim durumun kötüye kullanılması kapsamında ihlal olarak kabul edilmesi için, genel anlamda i) farklı uygulamada bulunan alıcıların/işlemlerin/edimlerin eşit durumda olması, ii) uygulamanın rekabetçi dezavantaj yaratması ve iii) hâkim durumdaki teşebbüsün iddia konusu davranışlarının haklı bir gerekçesinin bulunmaması koşulları aranmaktadır.
- (84) Türk Telekom'un Eser Telekom ve OTEGLOBE firmalarına farklı uygulamalarda bulunduğu daha önce ele alınmıştır. Bir sonraki aşamada farklı uygulamalarda bulunan tarafların/işlemlerin/edimlerin eşitliği değerlendirilmelidir. Bu bağlamda farklı uygulamaya konu edilen mal veya hizmetler arasında fiziksel ya da işlevsel benzerliklerin bulunması, işlemlerin benzer ticari içerikte olması gibi unsurlar önem kazanmaktadır. Ayrıca tarafların yani müşterilerin de eşit olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmiştir.

- (85) Dosyada yer alan bilgilere göre; Türk Telekom aralarındaki sözleşme gereği OTEGLOBE'ye Türk/Yunan sınırından İstanbul'daki Dante PoP'una 622 Mbps kapasiteli kiralık devre hizmeti sunmuştur. Türk Telekom'dan talep edilen bilgiler ve konuya ilişkin yapılan inceleme neticesinde OTEGLOBE'ye verilen hizmetin bir ucunun Türkiye diğer ucunun da Yunanistan-Türkiye sınır bağlantısı (Keşan-Alexandroupolis sınır bağlantısı) olduğu görülmektedir. Bu kapsamda Türk Telekom kendi imkânları (altyapısı ve bu altyapı üzerinden sunduğu ürün ve hizmetler) dâhilinde hizmet vermiş ve ilave başka bir yabancı operatörden hizmet alıp ödeme yapmamıştır. Nitekim OTEGLOBE'nin Yunan yerleşik işletmecisi olmasından dolayı Türkiye-Yunanistan sınır bağlantısından itibaren kendi altyapısı bulunmaktadır. Ayrıca Türk Telekom ile OTEGLOBE arasında mevcut bir karasal fiber optik sınır bağlantısı mevcuttur. Dolayısıyla bir ucun Türkiye diğer ucun sınır bağlantısı olduğu bir hizmeti Türk Telekom'dan alması durumunda OTEGLOBE, GN2 kapsamında ihtiyaç duyulan hizmeti sağlayacak durumdadır.
- (86) Türk Telekom'dan Eser Telekom'a yapılan teklif ise Yunanistan ve/veya Belçika'daki PoP noktalarından Türkiye'ye uluslararası kapasite/kiralık devre hizmetine ilişkindir. Bu sebeple, nihai adreslere (PoP noktalarına) erişim için bağlantının yurt dışı kısmına kapasite temin etmek gerekmektedir. Bunun için de bir başka (yabancı) operatör ile bağlantı yapmak ve/veya böyle bir operatörden kapasite sağlamak gerekmektedir. Dolayısıyla Eser Telekom'a verilen teklifte yabancı operatörlerin Türk Telekom'a uyguladığı tarifelerin veya Türk Telekom'un bu operatörlerden temin ettiği kapasite karşılığında ödediği bedellerin de maliyet olarak hesaba katılması gerekmektedir.
- (87) OTEGLOBE'nin Yunanistan'ın yerleşik operatörü olduğu ve inceleme konusu dönemde Türkiye-Yunanistan sınırında bulunan fiziksel bağlantıların OTEGLOBE ve Türk Telekom arasında mevcut olduğu daha önce ifade edilmiştir. Yine aynı dönemde Türkiye'nin yurt dışı internet çıkışlarının SMW-3 ve (17.06.2004 tarihinden itibaren) Medtürk kabloları üzerinden sağlandığı Türk Telekom tarafından belirtilmiştir. Bulgaristan, İran gibi kara sınır bağlantıları ile SMW-2, KAFOS sistemi gibi denizaltı bağlantıları ise yalnızca ses iletimi için kullanılan ve kapasite olarak internet iletişimi için yetersiz olan hatlardır. Mayıs 2003 tarihinde Akdeniz'de (Cezayir) meydana gelen depremin SMW-3 denizaltı kablo sisteminde yarattığı tahribat nedeniyle Türkiye'nin internet yurt dışı çıkışlarında arıza meydana gelmiş ve internet bağlantısında kesintiler ve çok ciddi kapasite düşüşleri olmuştur. Bunun ardından 2004 yılında Türk Telekom ile Mednautilus firması arasında kablo kullanımı konusunda görüşmeler başlamış ve 17.06.2004 yılında Türkiye-Katanya arasında kurulan Medtürk denizaltı fiber optik kablo sisteminin (Mednautilus'un Türkiye bağlantısı) geçici kabulü yapılmıştır. Ocak 2005 tarihinde ise Medtürk sisteminde bir arıza meydana gelmiş, denizaltı kabloların arıza tespit ve giderme süreçlerinin uzunluğundan dolayı sıkıntılar yaşanmıştır. Bu dönemde SMW-3 kablo sisteminin kapasitesi de ihtiyaç duyulan internet trafiğini taşıyamayacak duruma gelmiştir.
- (88) Tüm bu gelişmeler üzerine Türkiye'de yaşanan yurt dışı internet çıkış problemlerini çözmek ve olası sıkıntıları önlemek amacıyla Türk Telekom, özellikle karasal olmak üzere alternatif güzergâh arayışlarına girmiştir. Türk Telekom'dan alınan bilgiye göre bu amaçla OTEGLOBE firması ile anlaşılmıştır. Bu anlaşmaya göre OTEGLOBE firması, Atina'ya 2,5 Gbps kapasite ve ilave olarak IP port kapasitesini sağlaması karşılığında Türk Telekom'dan Yunanistan sınırından İstanbul'daki DANTE PoP'una 622 Mbps kapasite talep etmiş ve bunun sonucunda taraflar arası karşılıklı kapasite teminine yönelik bir *barter* sözleşmesi yapmıştır. Elde edilen belgeler incelendiğinde taraflar arasında Uluslararası Bağlantı Teminine İlişkin Servis Sözleşmesi başlıklı iki farklı sözleşme imzalanmıştır.
- (89) Tüm bu bilgiler ışığında Türk Telekom'un OTEGLOBE'ye ve Eser Telekom'a sunacağı uluslararası kiralık devre hizmetinin, her ne kadar ismen aynı gibi görünse de, farklı

hizmetler ve işlemler olduğu, çünkü Eser Telekom'a sağlanacak hizmet için Türk Telekom'un ek maliyetlere katlanması gerektiği anlaşılmaktadır. OTEGLOBE ile Eser Telekom'un da eşit durumda alıcılar olmadığı zira OTEGLOBE'nin Yunanistan'ın yerleşik operatörü olmasından dolayı Türkiye sınırında Türk Telekom ile fiziksel kablo bağlantısı ve sınır bağlantısının ardında (yurt dışı kısım) da kendi altyapısı bulunduğu görülmüştür. Ayrıca GN2 ihalesi kapsamında Türk Telekom tarafından sunulan kiralık devre hizmetine karşılık olarak OTEGLOBE'nin de Türk Telekom'a hizmet sağlayacak olması alıcıların eşit durumda olmadıklarını göstermektedir. Dolayısıyla, Türk Telekom'un OTEGLOBE ve Eser Telekom arasında ayrımcılık yaparak Kanun'un 6. maddesi (b) bendini ihlal ettiği kanaatine varılmamıştır.

I.6.2. Rekabet Karşıtı Piyasa Kapama Etkisi

- (90) Eser Telekom, kendisinin talep ettiği fiyat teklifini Türk Telekom'un kasıtlı olarak geciktirdiğini ve bu sebeple GN2 ihalesinde rekabetçi bir fiyat teklifi veremeyerek ihaleyi kaybettiğini iddia etmiştir. Zira Türk Telekom'un fiyat teklifi vermesiyle Eser Telekom, 155 Mbps hızındaki hizmetin fiyatının 4 katını baz alarak yaptığı ilk GN2 ihalesi teklifini revize edebileceğini belirtmiştir. Eser Telekom'un Brüksel'de yer alan NREN PoP'una kadar sunulacak 622 Mbps hizmet için (.....) Avro, Sofya'daki NREN PoP'una kadar sunulacak aynı hızdaki hizmet içinse (.....) Avro fiyat teklifi yapıldığı anlaşılmaktadır. Teklifin, Türk Telekom'un son güne değin 622 Mbps hız için kendilerine resmi bir fiyat teklifi yapmaması ancak fiyatın 155 Mbps'nin 4 katı olacağını söylemesi sebebiyle bu şekilde oluşturulduğu iddia edilmiştir.
- (91) 10.05.2005 tarihinde Türk Telekom'un Eser Telekom'a sunduğu Yunanistan ve Belçika'daki PoP noktalarından başlamak üzere Türkiye'de sonlanacak uluslararası kapasiteler ile ilgili fiyat teklifi ise yıllık toplam (.....) Avro şeklinde olmuştur. Ancak Eser Telekom, DANTE'nin ihale için bir sağlayıcı belirlediği bilgisini yalnızca bu tarihten iki gün sonra edinmiştir. Diğer bir deyişle Türk Telekom'un verdiği teklifin fiilen bir anlamı kalmamıştır.
- (92) Bunun yanında, yukarıda, dışlama iddialarının değerlendirilmesi açısından Türk Telekom tarafından (i) Mednautilus hattının kullanılabilir durumda olmasına rağmen Eser Telekom'a hizmet sunulmadığı/bu hatta ilişkin gelişmelerin teşebbüsle paylaşılmadığı, (ii) Eser Telekom'un talebine verilen cevap sürelerinin de dışlama iddialarını destekler nitelikte olduğu değerlendirilmiştir.
- (93) 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (a) bendi "*ticarî faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler*"i ihlal olarak nitelendirmektedir. Bu noktada, Türk Telekom'un tespit edilen eylemlerinin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (a) bendi kapsamında ihlal teşkil edip etmediğinin tespiti için, söz konusu eylemlerin fiili veya muhtemel rekabet karşıtı piyasa kapamaya yol açıp açmadığının incelenmesi gerekmektedir. Rekabet karşıtı piyasa kapama, hâkim durumdaki teşebbüsün davranışları sonucunda tüketicilerin zararına olacak şekilde mevcut ya da potansiyel rakiplerin arz kaynaklarına veya pazarlara ulaşımının zorlaştırılması ya da engellenmesidir. Tüketici zararı, fiyat artışı, ürün kalitesindeki ve yenilik düzeyindeki düşüşler, mal ve hizmet çeşitliliğinde azalışlar şeklinde gerçekleşebilir.
- (94) İddia konusu eylemlerin rekabet karşıtı piyasa kapamaya yol açıp açmadığını anlamak için sorulacak sorulardan bir tanesi "*Türk Telekom Eser Telekom'a teklif vermeyi geciktirmeseydi, Eser Telekom GN2 ihalesine verdiği teklifi revize etmek suretiyle ihaleyi kazanabilir miydi?*" şeklindedir. Bu şekilde davranışın karşı-olgusal senaryosu oluşturulmaktadır.

- (95) AB Resmi Gazetesi'nde konuya ilişkin yayınlanan karara göre OTEGLOBE soruşturma konusu DANTE ihalesini yıllık (.....) Avro fiyat teklifi ile kazanmıştır. Eser Telekom'a Türk Telekom tarafından verilen teklif ise yıllık (.....) Avro'dur. Bu durumda, Türk Telekom bu teklifi Eser Telekom'un kendi teklifinde revizyona gidebileceği bir süre içerisinde verseydi dahi Eser Telekom'un ihaleyi kazanamayacağı anlaşılmıştır. OTEGLOBE'nin ihale kapsamında oluşturdukları teklifin belirleyicisi olarak farklı maliyet kalemleri bulunduğu bilinmekle beraber Türk Telekom tarafından sağlanan hizmetin bedelinin bunlar arasında oldukça önemli bir yer tuttuğu düşünülmüştür. Dolayısıyla Türk Telekom'dan alınan teklifin ihaleye verilen teklifi büyük oranda etkilemesi kaçınılmazdır.
- (96) OTEGLOBE ile Eser Telekom'a Türk Telekom tarafından verilen tekliflerin karşılığı olan hizmet birbirinin aynı değildir. Eser Telekom'a uçtan uca bir hizmet sağlanırken OTEGLOBE yalnızca Türkiye içi ve Türkiye-Yunanistan sınır bağlantılarına ilişkin maliyetlere katlanmıştır. Ayrıca taraflar arasında *barter* anlaşması yapılmış ve OTEGLOBE da Türk Telekom'a kapasite hizmeti sağlamış, bu şekilde NATO hattında iyileştirmeye gidilmiştir. Eser Telekom'a verilen teklif ise yurt dışı operatörlerden alınan kapasiteyi de içermekte olup uçtan uca bir hizmete ilişkindir. OTEGLOBE'nin böyle bir hizmete ihtiyacı yoktur, zira teşebbüs hizmetin yurt dışı ayağını kendi altyapısını kullanarak karşılayabilmektedir. Türk Telekom'un OTEGLOBE'ye vereceği diğer alternatif tekliflerin de yalnızca yurt içi ve sınır bağlantısını içereceği oysa Eser Telekom'a yapılacak fiyat tekliflerinin uçtan uca bir hizmete ilişkin olacağı görüldüğünden OTEGLOBE'ye Türk Telekom tarafından verilen ve OTEGLOBE'nin de GN2 ihalesinde sunacağı tekliflerin Eser Telekom'un yapabileceği tekliflerden daha düşük olacağı anlaşılmıştır. Bahse konu durum OTEGLOBE'nin Yunanistan'ın yerleşik işletmecisi olması ve Avrupa kıtasında uluslararası veri iletimi yapabilecek kendi altyapısının bulunmasıdır.
- (97) Eser Telekom'un iddia ettiği üzere Türk Telekom kendisine bir fiyat teklifi yapmayı geciktirmeseydi dahi OTEGLOBE karşısında rekabet edemeyeceği ve bu sebeple iddia konusu geciktirme eyleminin esasen Eser Telekom'un GN2 ihalesini kazanamamasına etki etmediği değerlendirilmiştir.
- (98) Rekabet karşıtı piyasa kapamaya yol açılıp açılmadığını anlamak için ikinci olarak (i) hâkim durumdaki teşebbüsün konumu, (ii) ilgili pazardaki koşullar, (iii) hâkim durumdaki teşebbüsün rakiplerinin konumu, (iv) müşterilerin ya da sağlayıcıların konumu, (v) incelenen davranışın kapsamı ve süresi, (vi) fiili piyasa kapamayla ilgili olası deliller, (vii) dışlayıcı stratejiye dair doğrudan veya dolaylı deliller dikkate alınabilecektir. Söz konusu hususlara atfedilecek önemin olay bazında ve incelenen davranışın niteliğine göre değişmesi mümkündür. Dolayısıyla bu kapsamda, dosya açısından aşağıdaki hususların değerlendirilmesi gerekmiştir.
- (99) İlk olarak dosyada incelenen davranışın kapsamı GN2 ihalesi ile sınırlıdır. Başvuru konusu GN2 ihalesi sonucu sağlanacak hizmetin süresi sözleşme yapıldığına değin belirsiz bırakılmıştır. Ancak ihale teklifinde sürenin, basit kiralık devreler için 1 yıl olarak düşünüldüğü, sonrasında performans ve fiyata göre 3-4 yıla değin uzatılabileceği; ihaleye yapılacak teklifin önemli teknik yatırım gerektirmesi halindeyse 3-4 yıla kadar sözleşme yapılabileceği belirtilmiştir. Türkiye açısından ise, Ocak 2007 yılında tekrar ihale açıldığı öğrenilmiştir. Dolayısıyla, Türk Telekom'un geciktirme eyleminin etkisinin, bir sonraki ihale ile giderilmesi imkan dahilindedir. Oysa Eser Telekom ile yapılan görüşmede, yeni açılan ihaleye başvurmadıkları, ihaleyi dosya konusu ihaleyi kazanan OTEGLOBE'den farklı bir firmanın aldığı öğrenilmiştir. Diğer yandan, Eser Telekom'un aylar itibarıyla 2004 ve 2005 yılı karşılaştırmalı ciroları incelendiğinde, teşebbüsün cirosunun %(.....)'inin, net karının ise %(.....)'inin DANTE'ye sağladığı hizmetten elde edildiği iddia edilmiştir. Bununla birlikte, bir sonraki ihalede Türk Telekom'un geciktirme eyleminin etkisinin giderilebileceği bir fırsat değerlendirilmemiştir.

14-35/697-309

- (100)İkinci olarak, rekabet karşıtı piyasa kapamanın varlığını test etmek adına, Türk Telekom ve Eser Telekom'un pazardaki konumlarının incelenmesinde fayda görülmüştür. Bu kapsamda, ihale döneminde Türk Telekom'un tekel olduğu hakim durum tespitine ilişkin bölümde açıklanmıştır. Sonraki yıllarda, Eser Telekom'un belirttiği üzere pazar paylarına ilişkin sağlıklı bilgi elde edememekle birlikte, teşebbüslerin günümüzde pazarda sahip oldukları konuma yönelik, aşağıda 2014 ilk çeyrek bilgileri sunulmaktadır:
- (101)Tablo 2'de, internet servis sağlayıcılarının (İSS) abone sayısı bakımından pazar paylarına yer verilmektedir. Buna göre pazarda en büyük paya sahip işletmeci TTNNet olup, Eser Telekom'un pazar payı % 0,05 oranındadır. Bu alanda 2014 yılı birinci çeyrek itibarıyla 45-50 arası işletmeci aktif olarak hizmet vermektedir.

Tablo 2: İSS Pazar Payları (%)

İşletmeci	2014-1 Dönemi
TTNet	79,11
Superonline	12,33
Doğan TV Digital	4,52
Millenicom	1,26
Vodafone Net	1,16
Turknet	1,00
Metronet	0,25
Himnet	0,06
İşnet	0,06
Eser	0,05
Diğer	0,18
TOPLAM	100

- (102)Tablo 3'te ise, uydu haberleşme hizmetleri alanında faaliyet gösteren işletmecilerin abone sayısına göre pazar payları incelenmekte, buna göre Eser Telekom'un %40,63 pay ile ilk sırada olduğu görülmektedir.

Tablo 3: Uydu İşletmecilerinin Abone Sayısına Göre Pazar Payları (%)

İşletmeci	2014-1 Dönemi
Eser	40,63
İş Net	26,18
Superonline	15,93
Türksat	7,98
Diğer	9,28

- (103)Yukarıdaki tablolardan, Eser Telekom'un hala faaliyette bulunduğu, halihazırda uydu haberleşme hizmetleri alanında pazarın büyük kısmını kapsadığı, buna karşın internet servis sağlayıcılığı açısından pazar payı düşük bir oyuncu olarak yer aldığı görülmüştür. Fakat ihale konusu dönemde Türk Telekom tekel konumundayken, halihazırda 45-50 alternatif işletmeci ile rekabet etmektedir. Eser Telekom ise, ihale konusu dönemde İSS olarak faaliyette bulunmuyorken, halihazırda % 0,05 oranında pazar payına sahip bulunmaktadır. Bu sebeple, söz konusu bilgiler, Eser Telekom'un pazardan dışlandığı iddialarını destekler nitelikte bulunmamıştır.
- (104)Tüm bu bilgiler ışığında, Türk Telekom'un geciktirme eyleminin söz konusu eylem gerçekleşmeseydi dahi Eser Telekom'un OTEGLOBE karşısında rekabet edemeyeceği ve bu sebeple iddia konusu geciktirme eyleminin esasen Eser Telekom'un GN2 ihalesini kazanamamasına etki etmediği, Dante kapsamında Türkiye açısından Ocak 2007'de tekrar ihaleye çıkıldığı, Eser Telekom'un bir sonraki ihaleye başvurmadığı dikkate alınarak fiili veya muhtemel rekabet karşıtı piyasa kapama etkisinin bulunmadığı değerlendirilmiş olup, Türk Telekom'un Eser Telekom'a vereceği teklifi geciktirme yoluyla Kanun'un 6. maddesi (a) bendini ihlal etmediği kanaatine varılmıştır.

(105)

J. SONUÇ

13.08.2013 tarih ve 13-47/628-M sayılı Kurul kararı uyarınca yürütülen soruşturma ile ilgili olarak düzenlenen Rapor'a, savunmaya ve incelenen dosya kapsamına göre; Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal etmediğine OYÇOKLUĞU ile Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere karar verilmiştir.

Rekabet Kurulu'nun 24.09.2014 Tarih ve 14-35/697-309 Sayılı Kararına

KARŞI OY

İdari yaptırım içeren soruşturma konusu eylem bakımından lehe düzenleme içeren 5326 sayılı Kabahatler yasasının 20. maddesinde öngörülen 8 yıllık soruşturma zamanaşımı süresinin eylem tarihi olan 21.07.2005 tarihinden karar tarihine kadar geçen sürede dolduğu anlaşılmakla; ihlale taraf olan teşebbüs hakkında zamanaşımı nedeniyle idari yaptırım uygulanamayacağı kanaatinde olduğumdan çoğunluğun görüşlerine katılmıyorum.

Kenan TÜRK
İl.Başkan

Rekabet Kurulunun 24.09.2014 gün ve 14-35/697-309 sayılı kararına

USUL YÖNÜNDEN KARŞIOY

Kurumumuza Eser Telekom tarafından 21.07.2005 tarihinde yapılan başvuru üzerine raportörlerce düzenlenen İlk İnceleme Raporu Kurulumuzun 08.09.2005 tarihli toplantısında görüşülmüş , şikayet konusu iddialara ilişkin olarak önaraştırma yapılmasına karar verilmiş, yasa gereği BTK (Bilgi Teknolojileri Kurumu'ndan görüş talep edilmiş, Düzenlenen Önaraştırma Raporu Kurulumuzun 16.02.2006 günlü toplantısında görüşülerek aynı tarihli kararı ile şikayetin reddi ile soruşturma açılmamasına karar verilmiştir. Bu kararın şikayetçi tarafca yargıya taşınması üzerine Danıştay 13.Dairesi 31.08.2008 gün ve E.2006/2308, K.2008/3417 sayılı kararı ile davayı reddetmesine rağmen, Temyiz aşamasında Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (İDDK) 13.Daire kararını bozmuştur. Bu karar üzerine Kurulumuzun 28.11.2013 gün ve 13-66/914-M sayılı kararı ile soruşturma kararı alınmış ve soruşturma sonucunda da yukarıda tarih ve sayısı belirtilen karar ile Türk Telekomünikasyon A.Ş nin 4054 sayılı Yasanın 6.maddesini ihlal etmediğine karar verilmiştir.

Kurulumuz dosya konusu olayla ilgili olarak, usul yönünden o tarihte karşı oy kullandığımız yukarıda da kısaca belirtilen 28.11.2013 gün ve 13-66/914-M sayılı soruşturma yapılması doğrultusundaki ara kararında , Soruşturma Heyetinde görev alacak raportörler, anılan kararın 2.maddesi ile, aşağıda geniş olarak açıklanacağı üzere yasaya aykırı olarak Kurulca seçilmesi gerekirken Başkanlık makamı bu konuda görevlendirilmiş olup, karara bu nedenle usul yönünden katılmıyoruz.

Rekabet Kurumu öğretide genellikle Yarı Yargısal bir kurum , şibih yargı (yargı benzeri) olarak kabul edilmektedir. Yargı benzeri bir kurum olarak çalışan Rekabet Kurumunun çalışmasına ilişkin usul hükümleri 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun içerisinde çeşitli maddeler halinde yer almıştır. Bu nedenle Rekabet Kurumunun şikayetten karara kadar uzanan süreçte gerek idarenin (Başkanlık) ve gerekse Kurulun öngörülen bu usul hükümlerine uyması gerektiği tartışmasızdır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 40.maddesinde; Kurulun, resen veya kendisine intikal eden başvurular üzerine doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için önaraştırma yapılmasına karar vereceği, **önaraştırma yapılmasına karar verildiği takdirde Kurul Başkanının, meslek personeli uzmanlardan bir ya da birkaçını raportör olarak görevlendireceği**, aynı yasanın 43.maddesinde; **Soruşturma yapılmasına karar verildiği takdirde, Kurul, ilgili daire başkanının gözetiminde soruşturmayı yürütecek raportör veya raportörleri belirleyeceği** yine aynı yasanın 44.maddesinde ise; **Kurul adına hareket eden ve Kurul tarafından belirlenip görevlendirilen raportörlerden oluşan bir heyet, soruşturma safhasında bu Kanunun 14 üncü maddesinde düzenlenen bilgi isteme ve 15 inci maddesinde düzenlenen yerinde inceleme yetkilerini kullanabileceği hüküm altına alınmıştır.**

Bilindiği gibi, Ceza Muhakemesi Kanunu, sanıkla ilgili tahkikatın bütününe başka bir ifadeyle suç şüphesinin öğrenilmesinden hükmün kesinleşmesine kadar olan süreci iki bölüm olarak düzenlemiştir, adı geçen yasanın 2.maddesine göre; **soruşturma** "kanuna

göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi”; **kovuşturma** ise “iddianamenin kabulü ile başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi” ifade etmektedir.

Basite indirecek olursak, **soruşturma**; ceza davasının hazırlanması aşamasını, **kovuşturma** ise; savcı tarafından düzenlenen iddianamenin kabulünden ceza mahkemesinin karar vermesine kadar geçen süreci kastetmektedir.

Yukarıda hükümleri açıklanan maddelerde görüleceği üzere Yasa Koyucu Rekabet Hukukunda da, tüm tahkikat sürecini Ceza Muhakemesinde olduğu gibi iki bölüm halinde düşünmüş, kabahatin herhangi bir şekilde (İhbar, şikayet, bakanlık başvurusu ve resen) öğrenilmesinden soruşturma açılmasına veya açılmamasına kadar olan süreci **ÖNARAŞTIRMA**, soruşturma açılmasından nihai kararın verilmesine kadar olan süreci de **SORUŞTURMA** olarak adlandırmıştır.(istisnası tek aşama olması hali ise 4054/Md.40 doğrudan soruşturma açılmasıdır) Her iki süreç birbirinden farklı hükümlere tabi olup, önaraştırma, soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar verebilmek adına yapılan hazırlık aşamasını, bir anlamda şüphenin bir takım belgesel ve bilgisel anlamda kanıtlara dönüşmesi evresini, soruşturma ise, önaraştırma ile elde edilen ve kabahatin işlendiğine ilişkin makul ve ciddi şüphelerin derinlemesine incelenmesine ve değerlendirilmesine ilişkin süreci işaret etmektedir. Bu nedenle Yasa Koyucuya göre, önaraştırmanın açılabilmesi için 4054 Sayılı Yasa kapsamına giren rekabet ihlalinin içeren bir işlem veya eylemi sadece yukarıda belirtilen yollarla öğrenme yeterli olup, (doğrudan soruşturma açılması istisnası farklı) soruşturma aşamasına geçebilmek için ise bir takım belge ve bilgilere göre, ciddi ve makul şüphelerin bulunması, Kurulun rekabet ihlali olmadığına ilişkin tam bir kanaate sahip olmaması⁸ gerektiğini öngörmektedir.

Bu nedenlerle, yasa koyucu bu iki aşamanın önemini ve ağırlığını dikkate alarak, bu aşamalarda görevlendirilecek raportörler yönünden farklı bir seçim sistemi öngörmüştür. Önaraştırma yapılmasına ilişkin kararlarda raportörleri Kurul Başkanının, soruşturma açılması kararlarında ise Soruşturma Heyetini oluşturan raportörleri, Rekabet Kurulunun seçmesini bağlı yetki olarak adı geçen idari makamlara vermiştir. Bu makamların raportör seçimi konusunda başka bir deyişle bu görevlerini başka bir makama devretmeleri anlamında bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Bu hem bir yetki ve hem de bir görev olarak bu makamlara verilmiştir. Ayrıca, idare hukukunda yetki devrinin varlığı için açıkça bir hüküm bulunması zorunluluğu karşısında, yasada böyle bir hüküm de olmadığından, raportör seçimi konusunda yetki devri asla söz konusu olamaz. Ayrıca Başkanlık Makamının, kendisine yasayla verilmeyen bir yetkiyi de aksine hüküm yok savıyla hareket ederek kullanması da olanaklı değildir.

Bu dosya ile ilgili nihai kararımıza esas olan, soruşturma açılmasına ilişkin 28.11.2013 gün ve 13-66/914-M sayılı ara kararımızda, Soruşturma Heyetini teşkil eden raportörlerin seçimi konusunda; “**Soruşturmanın ilgili Daire Başkanının gözetiminde yürütülmesini teminen Soruşturma Heyetinde görevli raportörlerin belirlenmesi konusunda Başkanlığın görevlendirilmesine**“ şeklinde karar verilmiş olup, bu karar yukarıda açıklanan hükümlere aykırı olup, işlemi usul yönünden sakatlamaktadır. Öncelikle karara bu usul hatası nedeniyle karşıyız. Bu hususu ara kararımıza karşı verilen karşı oyda da kısaca belirtmiştik. Gerek şikayetçi ve gerekse hakkında soruşturma

(⁸) Danıştay 13.Dairesinin 07.02.2011 gün ve E.2010-4155,K.2011-492 sayılı kararı

yapılan tarafların bu hususu öğrenmesi ve olası bir idari yargı denetiminde ileri sürülebilmesi ve işlemin yargı denetimi sonucu hukuka uygun bir işlem haline gelebilmesi için burada da geniş olarak açıklanmıştır.

Burada yeri gelmişken karşı oyumuzla ilintili olması nedeniyle şunu da belirtmekte yarar görüyoruz. 2 Kasım 2011 gün ve 28103 sayılı Resmi Gazetenin mükerrer sayısında yayımlanan; 661 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 55.maddesi ile 4054 sayılı Yasanın Kurulun görev ve yetkilerini belirleyen 27 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi "Başkan Yardımcıları ve Baş Hukuk Müşavirini Başkanın teklifi üzerine atamak" şeklinde değiştirilmiş ve (j) bendi yürürlükten kaldırılmıştır. Bu hükümlere paralel olarak yine aynı K.H.K'nın 56.maddesi ile de Başkanlığın görev ve yetkilerini belirleyen 30 uncu maddenin birinci fıkrasına; "Başkan Yardımcıları ve Baş Hukuk Müşaviri hariç Kurum personelini atamak." şeklinde değiştirilmiştir. Daha önce, halen yasanın 27.maddesinin (i) fıkrasında yer alan ancak, yeni kanun değişikliği ile zımnen ilga olan bütün personelin atamaları, görevde yükselmeleri vb. bir başka deyişle tüm özlük haklarına ilişkin tasarruf yetkisi bu hükme göre Rekabet Kurulunda iken Kurul baypas edilerek bu konudaki tüm yetkiler Başkanlığa verilmiştir. Bu Yasa Koyucunun kendi seçimi olup, Anayasa'dan aldığı yetkisini kullanarak düzenlemeyi yapmıştır. Bu konuda Kurul üyesi ve hukukçu olarak söyleyebileceğimiz tek şey, sadece bu düzenlemenin ve bu düzenleme ile Kurulumuzun verdiği ve usul yönünden karşı olduğumuz karar arasındaki ilişkiyi ve doğması kuvvetle olası sakıncaları ortaya koymaktır.

Bilindiği gibi yukarıda da kısaca açıklandığı üzere 4054 sayılı Yasanın ilgili hükümlerine göre Kurul adına hareket eden Rekabet Uzmanları, soruşturmasını yaptıkları teşebbüs/teşebbüslerin işyerlerinde rekabet ihlali olup olmadığının saptanması açısından bilgi isteme dışında yerinde inceleme yapmakta ve konuya ilişkin olarak topladığı bilgi ve belgeleri değerlendirerek, kendi bilgi ve birikimini de katarak Soruşturma Raporunu hazırlamakta ve sonuçta Kurula da ceza verilip verilmemesi yolunda bir öneri ile gelmektedirler. Sonuç olarak, Kurul Soruşturma Raporunu ve ek bilgi ve belgeleri dikkate alarak nihai karar vermektedir. Soruşturma Dosyalarında mevcut ve önüne getirilen/getirilmeyen bilgi ve belgelere göre, teşebbüslerin karardan bir önceki yıl cirolarının %10 una kadar idari para cezası verme yetkisine sahip olan Kurul kadar, soruşturmayı yapan raportörlerin de bu kararın oluşmasında oldukça önemli rolü olduğu açıktır. Çünkü Rekabet Kurulu dosyasına giren/girmeyen bilgi ve belgeleri değerlendirerek sonuca ulaşmaktadır ve sonuç olarak Rekabet Kurulu Kanuna ve bu bilgi ve belgelere bağımlı olarak karar vermektedir. Bir başka deyişle Kurul üyeleri Raportörlerce oluşturulan dosya içeriğine, raportörlerce yapılan değerlendirmelere ve analizlere göre karar vermeye adeta mahkumdur. Bütün bilgi ve belgelerin sağlayıcısı da raportörler (Rekabet Uzmanları) dir. Bu nedenle Rekabet Uzmanlarının öncelikle bağımsız olmaları, hiçbir etki ve atama tehdidi altında kalmaksızın bu görevlerini yapma olanağı ile donatılmaları zorunludur. Yarı yargısal durumu da dikkate alınarak, ekonominin bir anlamda yargısı olarak nitelendirilebilecek Rekabet Kurumunda, raportörlerin mesleğe alınmaları, görevde yükselmeleri, idari görevlere atanmaları ve sonuç olarak kariyerlerine ilişkin tüm kararlar hukuk çerçevesinde liyakati gözeterek ve objektif kıstaslara dayalı olarak alınmalıdır. Bunu sağlayabilecek tek organda kanımca Rekabet Kuruludur. Çünkü, karar veren sayısı arttıkça, bir başka deyişle görev ve sorumluluk daha fazla kişiye yayıldıkça hukuk dışı nedenlerle etki olasılığının azalacağı açıktır. Bu idari görevler yönünden Kurul bir anlamda geçmişte sigorta görevini yerine getirmiştir. Anılan 661 Sayılı K.H.K den sonra yapılan gerek kurum içi ve gerekse kurum

dışından yapılan tüm atama ve uygulamalar bu görüşümüzü ve sakıncaları teyit ettiği inancındayım.

Bu nedenle, hiçbir kişi ve grubu hedef almaksızın yaptığımız bu ilkesel irdeleme de, eleştirilecek bir hususta, rekabet uzmanlarının mesleğe alınmasına ilişkin sınavı yapan Sınav Kurulunun oluşumunun, Başkanlığa yani Kurum Başkanına bırakılması, Sınav Kurulunun çoğunluğunun, özlük hakları Başkan tarafından kullanılan kişilerden oluşması, yine uzmanların kariyerlerine ilişkin tüm konularda bir anlamda kariyerinde olabilecek yükselmeye ilişkin tüm kararlarda Başkanın tek karar verici olması kanımca raportör bağımsızlığı adına sakıncalı bir durumdur. Bu yetkilerin kötü niyetli kişilerin eline geçmesi halinde, bir takım olumsuzlukların çıkması da belirtilen sebeplerle olasıdır. Rekabet Kurumu Meslek Personeli Yönetmeliği'nin 10.maddesine bu karşıoy sahibinin Başkanlığın etkisinin azaltılması adına Sınav Kurulunda mutlaka öğretim üyelerinin de yer alması gerektiği ısrarına rağmen " Gerek görüldüğünde, öğretim üyeleri arasından belirlenecek üyelerde komisyonda görev alabilir." hükmü getirilmişse de bu Yönetmelikten sonra yapılan iki sınavda da, Sınav Kurulunda öğretim üyeleri yer almamıştır.

Raportör bağımsızlığı adına söylenebilecek bir diğer husus, Raportörlerin gerek önaraştırma ve gerekse soruşturma aşamalarında tam bağımsız hareket etme serbestisine sahip olup olmadığıdır. 4054 sayılı Yasanın 43.maddesinde soruşturmanın ilgili Daire Başkanının **GÖZETİMİNDE** raportörlerce yapılacağı hükme bağlanmıştır. Yasa koyucu bu hükme, Daire Başkanının işlevi yönünden özellikle denetim sözcüğünü kullanmayarak, gözetim sözcüğünü kullanmıştır. Gözetimin sözlük anlamı nezaret, himaye olup, denetim işlevine göre daha geride, daha az fonksiyonel bir durumu ifade etmektedir. Bir çalışma ya da uygulama sürecini etkinlik ve amaca uygunluk bakımından yakından gözlemlene olarak tanımlayabileceğimiz gözetim, bir işin devamı süresince yapılabilen bir eylem olmasına rağmen denetim ise, işlem veya eylem yapıldıktan sonra, söz konusu işlem veya eylemin mevcut mevzuata uygunluğunun veya uygunsuzluğunun saptanmasıdır. Gözetimde, bir başkası tarafından bağımsız olarak yapılan işlem veya eylem gözetim görevi verilen makam tarafından gözlemlenecek, eğer fahiş bir mevzuata aykırılık söz konusu olursa müdahil olunabilecektir. Gözetim de asıl olan iş yapanın tek başına kendi iradesi ile işi yapması, istisnası da gerektiğinde gözetmenin müdahil olmasıdır. Bu açıklamalarımızın ışığında gözetmen konumundaki bir daire Başkanı ile soruşturmayı yürüten Raportör arasındaki gözetim ilişkisine bakacak olursak, Raportör bağımsız iradesi ile soruşturma ile ilgili tüm işlem veya eylemleri yapacak, kendisine hiç kimse karışmayacak, istediği soruları teşebbüslere kendi imzası ile yazdığı yazı ile soracak veya isteyecek, eğer fahiş bir hata yapıyorsa örneğin 14.maddeye göre bilgi istemeye ilişkin olayla uzaktan yakından ilgisi olmayan bir konuyu soruyorsa veya ilgili konuyu sormakla birlikte, ilgisiz bir makamdan soruyorsa bu durumda gözetmen konumunda olan Daire Başkanı müdahil olabilecektir. Tüm Teftiş Kurullarında hatta bazılarında müfettiş yardımcıları da olmak üzere tüm müfettişler bu tür yazıları yani özgür araştırma işlevlerini bağımsız olarak kendi imzaları ile yerine getirmektedirler. Tüm dosyalarımızda, taraflara veya ilgili kurumlara soruşturma aşamasında soruşturma ile ilgili yazılan tüm yazılar gözetim işlevini aşip denetime girebilecek bir nitelikte Daire Başkanının içeriğe müdahalesi ve imzası ile gitmektedir. Kanımca bu uygulama da, Kurum Başkanı ile Daire Başkanı arasındaki ast-üst ilişkisi de düşünüldüğünde raportör bağımsızlığına, özgür araştırma işlevine ve sonuç olarak 4054 sayılı yasanın ruhuna ve hükümlerine ters düşen bir husus olduğu göz ardı edilmemelidir.

14-35/697-309

Arz etmeye çalıştığım nedenlerle, 661 sayılı K.H.K ile yapılan bu yeni düzenlemedeki sakıncalar da dikkate alındığında, 4054 sayılı Yasanın emredici hükmü gereği Soruşturma Heyeti mutlaka Rekabet Kurulunca seçilmelidir. Zaten Yasa Koyucu bu nedenlerle hükmü bu şekilde düzenlemiştir. Olayımızda olduğu gibi aksine bir uygulama kararımızı mutlak butlanla sakatlayan esaslı bir usul hatası olarak karşımıza çıkacaktır. Danıştay'ın, 4054 sayılı Yasa'nın 5388 sayılı yasa ile değişmeden önceki 44.maddesinde öngörülen Soruşturmacı Üyenin karara katılması halinde saptadığı yasaya aykırılık kadar, olayımızda olduğu gibi soruşturmalarda, raportörlerin Kurul yerine Başkanlıkça seçilmesi de aynı şekilde hatta daha ciddi bir şekilde açıkça yasaya aykırıdır. Bu nedenlerle usul yönünden karara karşıyım.

Öte yandan, bu karşı oy sahibi Rekabet Kurulu Üyeliğine başladığı tarihten itibaren çeşitli tarihlerde, Başkanlık makamına ve Kurula, tarafsızlık ve bağımsızlık adına gerek önaraştırmalarda ve gerekse soruşturmalarda raportörlerin raportörler arasındaki eşit ağırlıklı külfet, hizmet ve görev yapma unsuru da dikkate alınarak yaptırılacak bir bilgisayar programı tarafından seçilmesi ve bu şekilde düzenleme yapılması hususu defaatle söylemesine rağmen bu önerisi Başkanlıkça ve Kurulca kabul görmemiş ve dikkate alınmamıştır. Hala aynı düşüncede olduğumuzu, kabul görmeyen bu önerimizin en azından Rekabet Hukuku tarihine not düşülmesi için ayrıca burada da önerdiğimizi ifade etmek isteriz.

Açıklanan nedenlerle 4054 sayılı Yasanın emredici hükmü gereği Soruşturma Heyeti mutlaka Rekabet Kurulunca seçilmesi gerekirken aksine bir uygulamayla Başkanlıkça seçilmesi yolundaki karar ile bu karara dayalı olarak yasaya aykırı bir şekilde seçilen raportör heyetince yürütülen soruşturma sonucu verilen Rekabet Kurulunun mezkur kararı usul yönünde sakat olduğundan karşıyım.

Reşit GÜRPINAR
Kurul Üyes