

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2017-2-11 (Önaraştırma)
Karar Sayısı : 17-30/489-222
Karar Tarihi : 27.09.2017

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Ömer TORLAK
Üyeler : Arslan NARİN, Adem BİRCAN,
Şükran KODALAK, Mehmet AYAN

B. RAPORTÖRLER: Pelin ERDOĞAN, Gözde MAVİ, Selin DURSUN

C. BAŞVURUDA

BULUNAN : Serbest Telekomünikasyon İşletmecileri Derneği
Temsilcisi: Av. Gökhan CANDOĞAN
Aziziye Mah. Kuşkondu Sok. No:7/2 Çankaya/Ankara

D. HAKKINDA İNCELEME

YAPILAN : İstanbul Büyükşehir Belediyesi Başkanlığı
Kemalpaşa Mahallesi 15 Temmuz Şehitleri Cad.
No:5 Fatih/İstanbul

(1) **E. DOSYA KONUSU:** İstanbul Büyükşehir Belediyesi Başkanlığının 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ile işletmecilere tanınan geçiş hakkı uygulamasını fiilen kullanılamaz hale getirmek ve kendi iştiraki olan İstanbul Elektronik Haberleşme ve Altyapı Hizmetleri San. ve Tic. A.Ş. ile Türk Telekomünikasyon A.Ş. lehine ayrımcılık yapmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği iddiası.

(2) **F. İDDİALARIN ÖZETİ:** İlgili başvuruda özetle;

- Serbest Telekomünikasyon İşletmecileri Derneği (TELKODER) üyesi şirketlerin, başta sabit telefon hizmetleri ile perakende genişbant internet hizmetleri olmak üzere elektronik haberleşme hizmetlerini, yürürlükte olan 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu (EHK) hükümleri doğrultusunda Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumundan (BTK) aldıkları yetkilendirmelerle yürüten yeni nesil işletmeciler oldukları,
- TELKODER üyesi şirketlerin bir kısmının EHK kapsamında altyapı işletmeciliği yetkilendirmesi ile faaliyet gösterdiği; ses, internet ve katma değerli elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulabilmesi için zorunlu unsur olan altyapının kurulmasına ve işletilmesine ilişkin hizmetleri içeren söz konusu yetkilendirmenin tam ve etkin bir şekilde kullanılabilmesinin geçiş hakkı ile mümkün olabileceği,
- İstanbul Büyükşehir Belediyesi Başkanlığının (İBB) 2012 - 2014 yılları arasında işletmecilere kazı ruhsatı vermediği,
- 2016 yılında işletmecilerin metro ve föniküler hatlarda yer alan altyapılarına ilişkin geçiş hakkı ana sözleşmelerinin gereksiz feshedildiği,
- İstanbul Elektronik Haberleşme ve Altyapı Hizmetleri San. ve Tic. A.Ş.'nin (İSTTELKOM) aktif hale gelmesini müteakiben İBB'nin kazı izni başvurularını kabul etmediği ve işletmecileri İSTTELKOM'a yönlendirdiği,

17-30/489-222

- İSTTELKOM'la tesis paylaşımı anlaşmasına zorladığı, bu anlaşmaya göre tüm giderleri işletmeci üstlenmesine karşın altyapı mülkiyetinin İSTTELKOM'a bırakılmasının zorunlu olduğu,
- İBB'nin Elektronik Haberleşme Geçiş Hakkı Tarifesinin (Geçiş Hakkı Tarifesi, Tarife) iştiraklerine ücretsiz kullanılabileceği yönündeki 5 numaralı hükmünün ayrımcılığa yol açtığı,
- İBB'nin geçiş hakkı sağlayıcısı (GHS) olarak teşebbüs niteliğinde olduğu, iştiraki İSTTELKOM'un altyapı işletmeciliği alanında faaliyet gösterdiği ve dikey bütünleşik yapının ekonomik bütünlük teşkil ettiği,
- Ekonomik bütünlük olan İBB ve İSTTELKOM'un dikey anlaşma yoluyla pazar kapama suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 4. maddesini ihlal ettiği,
- Türk Telekomünikasyon A.Ş.'den (TÜRK TELEKOM) geçiş hakkı bedeli tahsil edilmediği

iddia edilerek, İBB ve İSTTELKOM hakkında 4054 sayılı Kanun çerçevesinde gerekli incelemelerin yapılması, geçiş hakkını fiilen kullanılamaz hale getiren işlemlerin ise geçici tedbir kararı alınarak durdurulması talep edilmiştir.

- (3) **G. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurumu kayıtlarına 28.02.2017 tarih ve 1341 sayı ile intikal eden başvuru üzerine hazırlanan 16.05.2017 tarihli ve 2017-2-011/İİ sayılı İlk İnceleme Raporu Rekabet Kurulunun (Kurul) 24.05.2017 tarihli toplantısında görüşülmüş olup, başvuruya konu iddiaya yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 40/1. maddesi uyarınca önaraştırma yapılmasına 17-17/261-M sayı ile karar verilmiştir.
- (4) İlgili karar uyarınca düzenlenen 16.08.2017 tarih ve 2017-2-11/ÖA sayılı Önaraştırma Raporu'nu 27.09.2017 tarihli, 17-30 sayılı toplantısında görüşen Rekabet Kurulu, İstanbul Elektronik Haberleşme ve Altyapı Hizmetleri San. ve Tic. A.Ş. hakkında bu teşebbüsün elektronik haberleşme işletmecilerinin altyapı tesisine yönelik olarak gerçekleştirdiği uygulamalarla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u ihlal edip etmediğinin tespitine yönelik olarak soruşturma açılmasına 17-30/489-M sayı ile karar vermiş olup, İBB'ye ve geçici tedbir talebine ilişkin olarak 17-30/489-222 sayılı işbu kararı almıştır.
- (5) **H. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda İBB'ye ve geçici tedbir talebine ilişkin olarak özetle;
- Kamu geçiş hakkı sağlayıcısı olan İBB'nin, kamu hizmeti niteliğindeki geçiş hakkının sağlanması bakımından kamu yetkilerini kullandığından hareketle, 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesi anlamında teşebbüs vasfı taşımadığı, bu nedenle iddia konusu eylemleri dolayısıyla Kanun kapsamında olmadığı ve hakkında Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasının mümkün olmadığı,
 - Ancak kamu geçiş hakkı sağlayıcısı olarak geçiş hakkı taleplerinin karşılanması hususunda eşit ve ayrımcılıktan uzak davranması gerektiği, aksi durumun rekabetçi endişelere yol açabileceği yönünde İBB'ye görüş gönderilmesinin uygun olacağı,
 - 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin dördüncü fıkrasında öngörülen koşullar gerçekleşmediğinden geçici tedbir uygulanması talebinin reddedilmesi gerektiği
- sonuç ve kanaatine ulaşıldığı ifade edilmiştir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. İSTTELKOM

- (6) Bilgi teknolojileri ve elektronik haberleşme hizmetleri alanlarındaki ihtiyaçları karşılamak ve telekomünikasyon altyapı sorunlarının çözümlerine katkıda bulunmak amacıyla İBB tarafından 2012 yılında kurulmuş olan İSTTELKOM, haberleşme şebeke altyapı işletmeciliği, internet servis sağlayıcılığı (İSS), ortak kullanımlı telsiz hizmetleri, veri merkezi işletmeciliği, İBB wifi ve sayısal telsiz hizmetleri gibi alanlarda faaliyet göstermektedir. Bu kapsamda, BTK tarafından 26.08.2013 tarihinde Ortak Kullanımlı Telsiz Hizmeti (K), 10.01.2013 tarihinde Altyapı İşletmeciliği Hizmeti (B), 15.06.2015 tarihinde İnternet Servis Sağlayıcılığı (B) yetki belgeleri ile yetkilendirilmiştir.

I.2. İBB

- (7) 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 3. maddesi gereğince kurulan İstanbul Büyükşehir Belediyesi; sınırları il mülki sınırı olan ve sınırları içerisindeki ilçe belediyeleri arasında koordinasyonu sağlayan, idarî ve malî özerkliğe sahip olarak kanunlarla verilen görev ve sorumlulukları yerine getiren, yetkileri kullanan; karar organı seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan bir kamu tüzel kişisidir. Aynı Kanun'un 26.maddesine göre, Büyükşehir Belediyesi kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre sermaye şirketleri kurabilmektedir. İBB'nin bu kapsamda İSTTELKOM, BELBİM A.Ş., BELTUR A.Ş., BİMTAŞ, İSBAK, HAMİDİYE A.Ş. gibi kurmuş olduğu birçok şirket bulunmaktadır.

I.3. BTK Görüşü

- (8) Yukarıda özetlenen başvurunun elektronik haberleşme sektörüne ilişkin olması sebebiyle EHK'nın 7. maddesinin ikinci fıkrası gereğince 03.03.2017 tarihli ve 2913 sayılı yazı ile BTK'dan görüş talep edilmiştir. Söz konusu görüş 21.04.2017 tarihli ve 2774 sayılı yazı ile Kurumumuz kayıtlarına intikal etmiştir.
- (9) Mezkûr görüşte;
- EHK'da Geçiş Hakkı'nın "*İşletmecilere, elektronik haberleşme hizmeti sunmak için gerekli şebeke ve alt yapıyı kurmak, kaldırmak, bakım ve onarım yapmak gibi amaçlar ile kamu ve özel mülkiyet alanlarının altından, üstünden, üzerinden geçmeleri için tanınan haklar*" olarak tanımlandığı,
 - EHK'nın 23. maddesinin birinci fıkrasında "*Taşınmaza kalıcı zarar verilmemesi, bu taşınmaz üzerindeki hakların kullanımının sürekli biçimde aksatılmaması koşuluyla, teknik olarak imkân dâhilinde, seçeneksiz ve ekonomik açıdan orantısız maliyetler ihtiva etmeyen geçiş hakkı talepleri, makul ve haklı sebepler saklı kalmak üzere, kabul edilir.*" hükmüne yer verildiği, bahsi geçen hüküm çerçevesinde yer alan şartları sağlayan geçiş hakkı taleplerinin makul ve haklı sebepler saklı kalmak kaydıyla kabul edilmesi gerektiğinin kurala bağlandığı,
 - Aynı maddenin ikinci fıkrasında "*Kamu kurum ve kuruluşları, kendilerine yapılan geçiş hakkı talebini içeren başvuruları öncelikli olarak ve gecikmeye mahal vermeden değerlendirir ve altmış gün içinde sonuçlandırır. Benzer konumdaki işletmeciler arasında ayırım gözetmeksizin şeffaf davranılır.*" hükmüne yer verildiği,
 - Sabit ve Mobil Haberleşme Altyapısı veya Şebekelerinde Kullanılan Her Türlü Kablo ve Benzeri Gerecin Taşınmazlardan Geçirilmesine İlişkin Yönetmelik'in (Geçiş Hakkı Yönetmeliği) 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine göre, geçiş hakkı uygulamalarındaki ilkelerden birinin "Etkin ve sürdürülebilir rekabet ortamının sağlanması" olduğu,

- Geçiş hakkı sağlayıcısının yükümlülüklerine ilişkin olarak aynı Yönetmelik'in 11. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında sırasıyla "GHS, geçiş hakkı uygulamasında 5 inci maddede belirtilen ilkelere uymakla yükümlüdür." ve "Geçiş hakkı sağlayıcısı, bir kamu kurum veya kuruluşu ise kendisine yapılan geçiş hakkı talebini içeren başvuruları öncelikli olarak ve gecikmeye mahal vermeden ilgili mevzuat çerçevesinde değerlendirmekle ve altmış gün içinde sonuçlandırmakla, şeffaf davranmakla ve işletmeciler arasında ayırım gözetmemekle yükümlüdür." hükümlerine yer verildiği,
- Başvuru konusunun yukarıda yer verilen mevzuat hükümleri çerçevesinde değerlendirilebileceğinin düşünüldüğü

ifade edilmiştir.

I.4. Değerlendirme

- (10) Geçiş Hakkı Tarifesinin 5 numaralı hükmünde İBB'nin, her tür kablosuz haberleşme sistem ve ekipmanı tesis yerini iştiraklerine ücretsiz kullanılabileceği öngörülmektedir. İBB'nin İSTTELKOM'dan geçiş hakkı ücreti almamasının ayrımcılığa yol açtığı iddiasına yönelik olarak İBB'den bilgi ve belge talep edilmesi üzerine İBB, İSTTELKOM'dan geçiş hakkı ücretini tahsil ettiğine ilişkin dekontları sunmuş olup, iddianın gerçeği yansıtmadığı tespit edilmiştir. İSTTELKOM tarafından da sunulan makbuzlardan İSTTELKOM'un kazı ruhsatı harç ve iradını ödediği anlaşılmıştır. Aynı şekilde İBB'nin TÜRK TELEKOM'dan geçiş hakkı bedeli tahsil etmediği iddiası da, İBB'nin gönderdiği dekontlar karşısında geçerliliğini kaybetmiştir. Dolayısıyla ilerleyen bölümlerde bu iki iddiaya yeniden değinilmeyecektir.
- (11) Diğer iddialara ayrıntılı olarak yer vermeden önce İBB'nin 4054 sayılı Kanun anlamında "teşebbüs" niteliğinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

I.4.1. İBB'nin 4054 sayılı Kanun Bağlamında Teşebbüs Olma Niteliği

- (12) 4054 sayılı Kanun'da kamu teşebbüsünün tanımı yapılmamış ve kapsamı belirlenmemiştir. Kurul'un yerleşik içtihadına göre; kamu teşebbüsleri devletten ayrı bağımsız bir yasal kişiliğe sahip olabilecekleri gibi merkezi, bölgesel veya yerel idare içerisinde de yer alabilirler. Merkezi veya yerel kamu idarelerinin kendilerinin ekonomik faaliyette bulunmaları durumunda teşebbüs kabul edilip edilmeyecekleri hususunda Kurul, kararlarında kamu otoritelerinin kamu yetkisini kullanarak yapmış olduğu işlemleri ayrı tutarak, ayrı bir tüzel kişilik olmasa dahi sürdürülen ekonomik faaliyetler bakımından kamu idarelerinin teşebbüs olarak kabul edilmesi gerektiğini vurgulamıştır.
- (13) Bilindiği üzere, kamu hizmetlerinin sunulması için gerekli altyapının kurulup işletilmesi de kamu hizmetinin ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmektedir. Mevcut durumda İBB'nin, EHK ve Geçiş Hakkı Yönetmeliği ışığında kamu geçiş hakkı sağlayıcısı olarak kamu yetkisini kullanarak gerçekleştirdiği geçiş hakkının kullanılmasına yönelik kazı ruhsatı vermek ya da vermemek yönündeki işlemleri bakımından, kamu hizmeti niteliği gereği teşebbüs olarak kabul edilmesi mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesi anlamında "teşebbüs" sayılmayan İBB'nin geçiş hakkı sağlayıcısı olarak kazı ruhsatı vermeme eylemi 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilemeyecektir. İBB'nin geçiş hakkı sağlamayarak hâkim durumunu kötüye kullanması nedeniyle Kanun'un 41. maddesi uyarınca İBB hakkında soruşturma açılması olanağı bulunmamaktadır. Ancak, İBB'nin işletmecilere kazı ruhsatı vermeyerek işletmecileri iştiraki İSTTELKOM'a yönlendirdiği iddiası bağlamında İBB'nin iddia olunduğu gibi bir yönlendirmesinin söz konusu olup olmadığı ilerleyen bölümlerde incelenmiş olup, yönlendirme söz konusu ise rekabet savunuculuğu çerçevesinde bu eyleminin hangi

açılardan rekabetçi endişe doğurduğu değerlendirilerek İBB'ye bir görüş gönderilmesinin yararlı olacağı kanısına varılmıştır.

- (14) Bu noktada, geçiş hakkının kullanılmasının önemi ve kamu geçiş hakkı sağlayıcılarına getirilen yükümlülükler yeniden değerlendirilmesinde yarar bulunmaktadır. Bilindiği üzere, elektronik haberleşme hizmetlerinin kesintisiz olarak sunumu için geçiş hakkı vazgeçilmez niteliktedir. Kuşkusuz, kamu kurum ve kuruluşlarının düzenlemelere uygun olarak geçiş hakkı taleplerini karşılaması gerekmektedir. Ancak, Geçiş Hakkı Yönetmeliği ertesinde belediyelerin kazı ruhsatını bir gelir kaynağı olarak gördüğü sektör temsilcileri tarafından Ulaştırma Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı (BAKANLIK) nezdinde de vurgulanmıştır.
- (15) Geçiş Hakkı Yönetmeliği ışığında geçiş hakkı talebi istisnai durumlar hariç kabul edilmek zorundadır. Bu koşullar şunlardır:
- Taşınmaza kalıcı zarar verilmeyecek,
 - Taşınmaz üzerindeki haklarının kullanımını sürekli biçimde aksatmayacak,
 - Teknik olarak imkân dâhilinde olacak,
 - Seçeneksiz ve ekonomik açıdan orantısız maliyetler içermeyecek,
 - Talebin reddi için makul ve haklı sebep olmayacaktır.
- (16) Aynı Yönetmelik'te kamu kurum ve kuruluşlarına, özel mülkiyet sahiplerinden farklı olarak ek yükümlülükler getirilmiştir. Buna göre kamu kurum ve kuruluşları;
- Talep başvurularını öncelikli ve gecikmeye mahal vermeden değerlendirmek,
 - Altmış gün içinde başvuruyu sonuçlandırmak,
 - İşletmeciler arasında ayırım gözetmemek,
 - Sürece yönelik şeffaf davranmak

zorundadırlar.

- (17) Geçiş Hakkı Yönetmeliği'nde "etkin ve sürdürülebilir rekabet ortamının sağlanması ilkesi" vurgulanmıştır. GHS'lerin Yönetmelik'te yer verilen ilkelere uymakla yükümlü olduğu da belirtilmiştir.
- (18) Bu yükümlülükler ve ilkeler düzenlenmiş ama BAKANLIK'ın herhangi bir yaptırımını öngörülmemiştir. Denetim yapabilen BAKANLIK'ın denetim sonucunda herhangi bir aykırılık tespit edilirse uygulayabileceği herhangi bir yaptırım bulunmamaktadır.

1.4.2. İBB'nin İşletmecilere Kazı Ruhsatı Vermeyerek İşletmecileri İSTTELKOM'a Yönlendirdiği İddiası

- (19) Elektronik haberleşme sektörünün rekabete açılmasıyla birlikte pazara yeni giren aktörlerin kamu geçiş hakkı ve kanallara erişim taleplerinde artış meydana gelmiştir. Kamu geçiş hakkı sağlayıcılarının çoğunlukla belediyeler olduğu, belediyelerin yaratılan maliyetin üzerinde gereğinden yüksek ücretlendirerek geçiş hakkını gelir kaynağı olarak görmeleri sektör oyuncuları tarafından dile getirilmektedir. Öte yandan belediyelerin aynı sokakların kazı ruhsatı için farklı işletmecilerin tekrarlanan taleplerini çevresel (trafik akışı, gürültü gibi) ve ekonomik (asfalt ve kaldırımları bozucu etkiler, kaynak israfı gibi) problem olarak görmeleri ve işletmecilerin farklı tarihlerde değişik iş planları ile sundukları taleplerin belediyelerce koordine edilmesinin güç olması kazı işlemlerinin tek bir noktadan yürütülmesi gereğini doğurmuştur.

- (20) Önaraştırma kapsamında elde edilen bilgi ve belgeler ışığında, İBB'nin BAKANLIK'tan kullanım onayı alan işletmecilere kazı ruhsatı vermediği ve işletmecileri iştiraki İSTTELKOM'a yönlendirdiğine ilişkin iddiaların değerlendirilmesi sonucunda; İBB'nin bakım ve onarım ruhsatları hariç, hiçbir şekilde kazı ruhsatı vermediği iddiasının gerçeği yansıtmadığı anlaşılmıştır. İBB, işletmecilere kazı ruhsatı verilmediği iddiasına yönelik olarak cevabında, 2014-2017 yılları arasında (.....) firmanın İBB'ye (.....) adet (.....) m kazı yapmak için başvuruda bulunduğunu, tamamına kazı ruhsatı verildiğini belirtmiştir. Kazı ruhsatı talebinin reddine ilişkin iki olaya değinilmiştir. Bunlardan ilki 1994 yılında Superonline İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin (SUPERONLINE) talebinin ilgili güzergâhta yeni kaldırım imalatı olduğu ve kazı yapılması halinde yeni imalatın zarar göreceği gerekçesiyle reddedilmesidir. Yine 2013 yılında aynı işletmecinin talebine aynı gerekçeyle olumsuz yanıt verilmiş, SUPERONLINE'in yargı yoluna gitmesi sonucunda talebi mahkeme kararı doğrultusunda karşılanarak kazı ruhsatı ihdas edilmiştir. İBB, devam etmekte olan kazı olup olmadığına ilişkin soruyu ise; Avea İletişim Hizmetleri A.Ş. (AVEA), İSTTELKOM ve TÜRK TELEKOM'un kazılarının, yazının ekinde sunulan adreslerde devam ettiği biçiminde yanıtlamıştır. Excel tabloya bakıldığında devam eden (.....) kazının sadece (.....) ait olduğu, (.....) adedinin (.....) tarafından gerçekleştirildiği, kalan (.....) kazının ise (.....) tarafından yürütüldüğü görülmüştür. (.....)'un yaptığı kazının toplamı (.....) m iken, (.....)'un kazı uzunluğu (.....) m'dir.
- (21) İşletmecilerden 2016 ve 2017 yıllarında geçiş hakkı kazı ruhsatı taleplerine karşılık olarak İBB'nin verdiği cevaplar, başvurularının sonucu ve ilgili belgeler hakkında bilgi istenmiştir. (.....) cevap yazısında gerek şifahen gerekse yazılı olarak İBB'ye başvuru yapmaya çalıştıklarında İBB'nin başvurularını ya teslim almadığını ya da evrak kayıttan teslim alınan başvurularının cevapsız bırakıldığını ve 2016 yılından itibaren İSTTELKOM'a yönlendirildiklerini ileri sürmüştür. (.....), 2011 yılından itibaren İBB'nin yeni altyapı tesisi için kazı ruhsatı başvurularına yanıt vermediğini, BAKANLIK'tan alınan kullanım onayı ile başvurdukları İBB'nin gerek sözlü gerekse yazılı olarak kazı ruhsatı taleplerini reddettiğini belirterek, İBB'nin reddettiği başvurularına ilişkin gönderdiği yazıları sunmuştur. Dosya mevcudundan, İBB tarafından 2012 yılında kazı ruhsatı almak için (.....) herhangi bir başvurusu bulunmadığının bildirildiği, 2013 yılındaki başvurularının ise, kazı ruhsatı talep edilen güzergâhta imalatın (kaldırım ya da asfalt gibi) yeni olması, trafik akışının ve yaya geçişlerinin yoğun olması gerekçeleriyle reddedildiği, bir başka kazı ruhsatı başvurusunda ise müteaddit kereler yazılmasına karşın İBB'nin olumlu yanıt vermediği ve konunun BAKANLIK'a yazıldığı görülmüştür.
- (22) İSTTELKOM'un fiili olarak altyapı işletmeciliği pazarında aktif hale geldiği 2016 yılı dikkate alınarak ve 2016 ile 2017 yıllarında alınan kazı ruhsatları hesaba katılarak, her ne kadar İSTTELKOM 2013 yılında Altyapı İşletmeciliği Lisansı ve 2015 yılında İnternet Servis Sağlayıcılığı Lisansı ile yetkilendirilmiş olsa da, gerek İSTTELKOM yetkililerinin 2014-2015 yıllarında herhangi bir altyapı yapmadıkları, altyapı tesisine 2016 yılında başladıkları yönündeki beyanları, gerekse İBB'nin 2014-2017 yılları arasında kazı ruhsatı verilen işletmelere ilişkin gönderdiği veri setinde İSTTELKOM'un sadece 2016 ve 2017 yıllarında kazı ruhsatı aldığı göz önünde bulundurulduğunda, İSTTELKOM'un pazarda fiili olarak 2016 ve 2017 yıllarında faal olduğunun kabul edildiği belirtilmelidir. Vurgulanması gereken diğer bir husus ise, neden 400 m ve üstü altyapı geçiş hakkına yönelik kazı ruhsatlarının dikkate alındığıdır. Geçiş Hakkı Yönetmeliği'nin 8. maddesi uyarınca BAKANLIK'tan 400 metre altındaki geçiş hakkı talebine ilişkin kullanım onayı alınması gerekmediğinden, BAKANLIK kullanım onayı aldığı varsayılan geçiş hakkı taleplerinin İBB tarafından değerlendirilip değerlendirilmediği hususunu açıklığa kavuşturmak adına 400 m ve üstü kazı izinleri dikkate alınmıştır. Son olarak, kazı

ruhsatı alınan altyapı güzergâhı toplam uzunlukları bakım ve onarım ruhsatlarından arındırılarak incelendiğinde 2016 ve 2017 yıllarında İBB'nin iştiraki İSTTELKOM haricinde diğer işletmecilerin de İBB'den kazı ruhsatı alabildiği görülmüştür.

- (23) Her yıl olumsuz hava koşulları nedeniyle 15 Kasım - 15 Mart tarihleri arasında zorunlu haller dışında kazı yasağı uygulanmaktadır. Kazı yasağı döneminde tarafların koordinasyon içerisinde çalışmasının sağlanması amacıyla, altyapı çalışması yapan ilgili kurumlar ve özel işletmecilerle toplantı yapılarak bir sonraki dönem için yatırım planları görüşülmektedir. Ayrıca kaynak israfının önlenmesi ve kaynakların etkin ve verimli kullanılmasını teminen İBB tarafından cadde ve meydan düzenlemelerine başlanmadan önce altyapı ilgili kurumları yazılı olarak uyarılmakta ve ilgili güzergâhta yatırım planlarının olup olmadığı sorulmaktadır. Toplantıya katılan ve yazı gönderilen ilgililer arasında TÜRK TELEKOM ve İSTTELKOM dışında başka bir işletmeci bulunmadığı görülmüştür. Ancak ilgili güzergâhta değişiklik söz konusu ise o güzergâhta altyapısı bulunan işletmecilere yazı gönderildiği tespit edilmiştir.
- (24) Kazı ruhsatı sürecinde kazı ile ilgili masraf kalemlerinin ne olduğu ve bedelinin ne şekilde belirlendiğine ilişkin yöneltilen soruya karşılık olarak İBB ilk olarak; 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 8. maddesine dayanılarak çıkarılan Büyükşehir Belediyeleri Altyapı Koordinasyon Merkezleri (AYKOME) Yönetmeliği'nin 8. maddesi uyarınca altyapı hizmetlerini etkili ve koordinasyon içinde yürütmek amacıyla AYKOME'nin altyapı ile ilgili kazı yapacak gerçek ve tüzel kişilere izin ve kazı ruhsatı verdiğini ve buna ilişkin bedeli belirlediğini ifade etmiştir. AYKOME birim fiyatları belirlenirken Çevre ve Şehircilik Bakanlığı birim fiyatları, Karayolları Genel Müdürlüğü birim fiyatları ve İller Bankası birim fiyatlarının dikkate alındığını, her yıl TEFE TÜFE oranında yeniden değerlendirildiğini ve birim fiyatların AYKOME üyelerinin salt çoğunluğuyla karara bağlandığını belirtmiştir.
- (25) Öte yandan İBB'nin kazı ruhsatı vermediği işletmecileri İSTTELKOM'a yönlendirdiğini gösterir herhangi bir yazılı belgeye rastlanmamıştır. İleride değerlendirilecek olan İSTTELKOM'un "Tesis Paylaşımı Protokolü" ve faaliyete geçtiği ikinci yılda kazanmış olduğu İBB'nin "2017 Altyapı Genişletilmesi İhalesi" haricinde de altyapı işletmeciliği pazarında kayda değer iş hacmine kavuşması İBB'nin işletmecileri İSTTELKOM'a yönlendirdiği yönünde ciddi şüphelere yol açmaktadır. Bu noktada yinelemek gerekir ki, İBB'nin İSTTELKOM'a yönlendirmesi dahi İBB'nin teşebbüs niteliği taşıması nedeniyle İBB bakımından 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilemeyecektir.

I.4.3. İBB'nin Metro ve Füniküler Hatlarında Geçiş Hakkı Sözleşmelerini Gereksiz Feshettiği İddiası

- (26) İşletmecilerin metro ve funiküler hatlarda yer alan altyapıya ilişkin geçiş hakkı ana sözleşmelerinin feshine yönelik işlemi de tamamen idari nitelikte olup, İBB bu işlemi açısından da 4054 sayılı Kanun kapsamında "teşebbüs" niteliği taşımamaktadır.

I.4.4. İBB'nin İSTTELKOM ile Ekonomik Bütünlük Oluşturduğu İddiası

- (27) Başvuru dilekçesinde; İBB'nin "teşebbüs" olduğu ileri sürülerek, iştiraki İSTTELKOM ile ekonomik bütünlük teşkil ettiği, İBB'nin geçiş hakkı sağlayıcılığı pazarında hâkim durumda olduğu, İSTTELKOM'un ise alt pazar olan altyapı işletmeciliği pazarında faaliyet göstermesi nedeniyle dikey bütünleşik bir yapı sergilediği ve İBB ile İSTTELKOM'un aralarında dikey anlaşma yaparak işletmecilere geçiş hakkını kullandırmamak ve pazarı kapamak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiği iddia edilmiştir.

- (28) Öncelikle İBB'nin 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesi anlamında "teşebbüs" niteliği taşımadığı değerlendirilmesinden hareketle, Kanun'un 4. maddesini ihlal etmesi de mümkün değildir. Ancak, 4054 sayılı Kanun anlamında ekonomik bütünlük ve ekonomik bütünlük içerisinde yer alan birimlerin dikey anlaşma yoluyla Kanun'un 4. maddesini ihlal edip etmeyeceğinin mevcut şikayetten bağımsız olarak kısaca açıklanması gereği doğmuştur. Ekonomik bütünlük içerisinde yer aldığı kabul edilen birimler tek teşebbüs olarak kabul edildiğinden, örneğin bir holding çatısı altında bulunan iki şirketin aralarında imzalayacağı bir "kartel anlaşması" dahi bağımsız iki teşebbüs arasında yapılmadığı için Kanun'un 4. maddesi kapsamında rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olarak kabul edilmeyecek ve eylem ihlal olarak nitelendirilemeyecektir. Dolayısıyla İBB dosya bağlamında teşebbüs olarak nitelendirilebilseydi ve ekonomik bütünlük içerisinde bulunduğu İSTTELKOM ile bağımsız teşebbüsler arasında yapıldığında rekabeti kısıtlayıcı olacak bir dikey anlaşma yapsaydı dahi Kanun'un 4. maddesi kapsamında bir ihlalden söz etmenin mümkün olmayacağını belirtmek gerekmektedir.

I.4.5. Geçici Tedbir Talebinin Değerlendirilmesi

- (29) Başvuru dilekçesinde, 4054 sayılı Kanun'u açıkça ve doğrudan ihlal eden iddialara yönelik rekabetin korunması ve elektronik haberleşme hizmetlerinin kesintisiz olarak sunulabilmesi adına aykırılığın giderilmesi yönünde geçici tedbirlerin belirlenmesi talep edilmiştir.
- (30) 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin son fıkrasında, Kurul tarafından nihai karar kadar ciddi ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu durumlarda, ihlalden önceki durumu koruyucu nitelikte ve nihai kararın kapsamını aşmayacak şekilde geçici tedbirler alınabileceği düzenlenmiştir. Dosya mevcudu incelendiğinde, anılan Kanun hükmünde öngörülen koşullar gerçekleşmediğinden geçici tedbir talebinin reddedilmesi gerektiği kanısına ulaşılmıştır.

J. SONUÇ

- (31) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre,
1. İstanbul Büyükşehir Belediyesi Başkanlığına yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına,
 2. Bununla birlikte, kamu geçiş hakkı sağlayıcısı olarak geçiş hakkı taleplerinin karşılanması hususunda eşit ve ayrımcılıktan uzak davranması gerektiği, aksi durumun rekabetçi endişelere yol açabileceği yönünde İstanbul Büyükşehir Belediyesi Başkanlığına görüş gönderilmesi için Başkanlığın görevlendirilmesine

gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere, OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.