

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2002-2-52/ÖA-02-H.B. (Soruşturma)
Karar Sayısı : 04-68/976-236
Karar Tarihi : 25.10.2004
Dosya Konusu : Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. ile Telsim Mobil
Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.'nin mobil telekomünikasyon hizmetleri
ve ilgili diğer telekomünikasyon pazarlarında 4054 sayılı Kanun'u ihlal edip
etmedikleri.

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

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

B. SORUŞTURMA HEYETİ

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Raportörler : A.Ogün SARI, Hakan BİLİR, Ekrem KALKAN, Adnan
AKGÜN

C. ŞİKAYET EDEN : Re'sen

D. HAKLARINDA SORUŞTURMA YAPILANLAR:

- Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.
Meşrutiyet Cad. No.153 Tepebaşı / İstanbul
- Temsilcisi: Av. Nurkut İNAN
Çobanyıldızı sok. 8/12 Çankaya / Ankara 06680
- Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.
Mehmet Akif Mahallesi Star Sok. No: 2 İkitelli/ İstanbul
- Temsilcisi: Av. Yılmaz ASLAN
Polaris Plaza 16. kat Aslan Camlıca Toksoy
Danışmanlık Limited Şirketi Maslak İstanbul

E. İDDİALARIN ÖZETİ: GSM operatörleri Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. ve
Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.'nin, mobil telekomünikasyon
hizmetleri ve ilgili diğer telekomünikasyon pazarlarında uyguladıkları tarifeler ve
çağrı sonlandırma ücretleri ile 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği iddiası.

F. DOSYA EVRELERİ: Rekabet Kurulu'nun 1.5.2003 tarihli toplantısında; mobil
telekomünikasyon hizmetleri ve ilgili diğer telekomünikasyon pazarlarında
uyguladıkları tarifeler ve çağrı sonlandırma ücretleri ile 4054 sayılı Rekabetin
Korunması Hakkında Kanun'u ihlal edip etmediklerinin tespit edilmesi amacıyla

Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş (Turkcell) ile Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. (Telsim) hakkında aynı Kanun'un 41. maddesi uyarınca resen soruşturma açılmasına karar verilmiştir.

50

Rekabet Kurumu'nun (Kurum) 9.5.2003 tarih ve 1145, 1144 sayılı yazıları ile Turkcell ve Telsim'e haklarında soruşturma açıldığı bildirilmiştir. Teşebbüsler söz konusu yazıları sırasıyla 12.5.2003 ve 13.5.2003 tarihlerinde tebellüğ etmişlerdir.

Soruşturma açılmasına dair Rekabet Kurulu kararı 29.5.2003 tarih ve 1331 sayı ile Telekomünikasyon Kurumu'na bildirilmiştir.

Telsim'in birinci yazılı savunması 10.6.2003 tarih ve 2652 sayı ile, Turkcell'in birinci yazılı savunması ise 11.6.2003 tarih ve 2682 sayı ile Kurum kayıtlarına girmiştir.

60

Rekabet Kurulu'nun 9.10.2003 tarih ve 03-66/807-M sayılı kararı ile soruşturmanın süresinin 1.11.2003 tarihinden itibaren 6 ay uzatılmasına karar verilmiştir. Kurul'un soruşturmanın uzatıldığına ilişkin kararı 14.10.2003 tarih ve 2848, 2846 sayılı yazılar ile Turkcell ve Telsim'e bildirilmiştir. Teşebbüsler söz konusu yazıları sırasıyla 15.10.2003 ve 16.10.2003 tarihlerinde tebellüğ etmişlerdir.

Soruşturma Heyeti'nce tamamlanan 21.4.2004 tarih ve SR/04-6 sayılı Soruşturma Raporu, Kanun'un 45/1. maddesi uyarınca Başkanlıkça tüm Kurul üyeleriyle ilgili taraflara tebliğ olunmuş ve aynı maddenin ikinci fıkrası gereğince taraflardan 30 gün içinde yazılı savunmalarını göndermeleri istenmiştir.

70

27.4.2004 tarih ve 1477 sayılı yazı ile Telekomünikasyon Kurumu'nun Soruşturma Raporu hakkındaki görüşü sorulmuştur.

Soruşturma Raporu'nun tebliğini takiben, haklarında soruşturma yürütülen teşebbüsler savunma sürelerinin Kanun'un 45. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca 30 gün uzatılmasını talep etmişlerdir. Tarafların bu talepleri Kurul'un 20.5.2004 ve 3.6.2004 tarihli kararlarıyla kabul edilmiş ve ilgili teşebbüslerin savunma süreleri 30 gün uzatılmıştır. Süre uzatımı talep eden teşebbüslerin ikinci yazılı savunmaları yasal süreleri içinde Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.

80

10.6.2004 tarihinde Telekomünikasyon Kurumu'nun görüşü 3099 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.

Soruşturma Heyeti'nin hazırladığı ek yazılı görüş, Kanun'un 45/2. maddesi uyarınca 13.7.2004 ve 14.7.2004 tarihinde tüm Kurul üyeleri ve taraflara tebliğ edilmiştir.

90

Ek yazılı görüşün tebliğini takiben, Turkcell, savunma süresinin Kanun'un 45. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca 30 gün uzatılmasını talep etmiştir. Bu talep

Kurulca uygun görülerek 29.7.2004 tarihinde 30 gün ek süre tanınmıştır. İlgili teşebbüslerin ek yazılı görüşe karşı cevapları yasal süreleri içinde Rekabet Kurulu'na intikal etmiştir.

100 Rekabet Kurulu'nun 2.9.2004 tarih ve 04-57/802-M sayılı toplantısında, yürütülen soruşturma ile ilgili olarak, 20.10.2004 tarihinde Sözlü Savunma Toplantısı yapılmasına karar verilmiş ve Sözlü Savunma Toplantısı davetiyeleri Kanun'un 46/2. maddesi uyarınca ilgililere gönderilmiştir. Sözlü savunma toplantısı 20.10.2004 tarihinde gerçekleştirilmiştir.

Rekabet Kurulu, 25.10.2004 tarihinde konuyla ilgili nihai kararını vermiştir.

G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:

Soruşturma Raporu'nda raportörler;

- 110 A. Çağrı sonlandırma ücretlerini yükseltmek yoluyla şebekeler arası görüşme ücretlerini artırmak ve eş zamanlı olarak şebeke içi ücretleri düşürmek suretiyle Turkcell ve Telsim'in, mevcut aboneler bazında aralarındaki fiyat rekabetini ortadan kaldırma ve diğer operatörlerin faaliyetlerini zorlaştırmak amacı ve etkisi taşıyan anlaşmalar yaparak 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri, bu nedenle Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrası gereğince cezalandırılmaları gerektiği,
- 120 B. Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. ve İŞ-TİM Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. (Aria) arasında 9.3.2001 tarihinde imzalanan Şebekelerarası Arabağlantı Sözleşmesi'ne Rekabet Kurulu'nun 21.6.2001 tarihli toplantısında verilen Menfi Tespit kararının, Kanun'un 13. maddesi uyarınca geri alınması gerektiği,
- 130 C. Başlangıçta Ulaştırma Bakanlığı ve GSM operatörleri arasında imzalanan ancak daha sonra Telekomünikasyon Kurumu ve GSM operatörleri arasında yeniden akdedilen imtiyaz sözleşmelerinde yer alan "*Azami fiyatın artışlarında Türk Lirası için TÜFE (-) TÜFE'nin %3 uygulanır. ABD Doları için ise; ABD tüketici fiyatları genel endeks sayıları esas alınarak yukarıdaki yöntem uygulanır*" şeklindeki hüküm ile ilgili olarak, söz konusu hükmün etkin bir düzenleme açısından sözleşmelerde yer almaması gerektiği yönünde bir Rekabet Kurulu görüşünün Ulaştırma Bakanlığı ve Telekomünikasyon Kurumu gibi ilgili mercilere aktarılmasının faydalı olacağı

sonuç ve kanaatine ulaşmışlardır.

140

H. SAVUNMALARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

H.1. Telekomünikasyon Sektöründe Rekabet Kurumunun İnceleme Yapma Yetkisi

Taraflar savunmalarında özetle, 406 Sayılı Kanun'un 4, 10, 29 ve 30. maddeleri ve diğer düzenlemelere atıfta bulunarak, Rekabet Kurulu'nun konu hakkında soruşturma yürütmeye yetkisi bulunmadığını ifade etmişlerdir.

150

Söz konusu savunma Karar'ın I.1. numaralı bölümünde çok detaylı bir biçimde ele alındığından, burada yer verilmemiştir.

H.2. Rekabete Aykırı Anlaşmanın İspatı

160

Taraflar savunmalarında rekabet hukuku açısından anlaşmaların temel unsurunun irade uyuşması olduğu konusunda bir şüphe bulunmadığını ancak Soruşturma Raporu'nda söz konusu irade uyuşmasının, Rekabet Kurulu'nun şimdiye kadar çok sayıda kararında ispat vasıtası olarak kullandığı yazışmalar, fakslar, e-mailler, toplantı zabıtları, iç yazışmalar, raporlar gibi deliller ile ispatlanamadığını ifade etmişlerdir.

Bilindiği gibi rekabet hukuku açısından bir anlaşmanın yazılı veya sözlü olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Bir başka deyişle anlaşma bir şekle bağlı değildir. Bir anlaşmanın varolabilmesi için söz konusu teşebbüslerin piyasada belli bir şekilde davranmaları hususunda ortak (birlikte) niyetlerini ifade etmeleri yeterlidir.

170

Bu anlamda, anlaşma bir şekle bağlı olmadığı gibi benzer şekilde anlaşmanın ispat vasıtası da şekle bağlı değildir. Herhangi bir anlaşmayı ispat bakımından kullanılan fakslar, elektronik postalar, vb. önemli ispat vasıtaları olmakla birlikte olmazsa olmaz deliller olarak kabul edilemez.

180

Özellikle halihazırdaki dosya konusuna benzer biçimde, yazılı olmayan bir anlaşmanın ispatı bakımından başkaca ispat vasıtalarının kullanılabilmesi çok açıktır. Söz konusu ispat vasıtalarının neler olabileceğini belirtmek sınırlayıcı olabileceği gibi her olay kendi özellikleri bakımından farklılıklar gösterebilecektir. Kaldı ki Rapor'da çok sayıdaki tespitle konu ispatlanmaya çalışılmıştır. Bu anlamda savunmalarda yer alanın aksine, tarafların ortak niyetlerini gösteren her türlü (herhangi bir) araç ispat vasıtası olarak kullanılabilir.

I. GEREKÇE VE HUKUKİ DAYANAK

Turkcell ve Telsim hakkında yürütülen soruşturma ile ilgili olarak Rekabet Kurulu'nun 25.10.2004 tarihli toplantısında;

190 1- Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde tüm mal ve hizmet piyasalarındaki rekabetin tesisi ve korunması amacını hedefleyen 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un kapsamı çerçevesinde, rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı eylemlere karşı her piyasada olduğu gibi telekomünikasyon pazarında da Rekabet Kurulu'nun görevli ve yetkili bulunduğuna,

200 2- Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. ve Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.'nin aralarında bir anlaşma yaparak arabağlantı ücretlerini yükseltmek yoluyla şebekeler arası görüşme ücretlerini artırmak ve eş zamanlı olarak şebeke içi ücretleri düşürmek sonucu mevcut abone sayılarını korumak ve piyasaya girmeye hazırlanan operatörlerin girişini engellemek eyleminde bulunduğu savının elde edilebilen bilgi ve yapılan çözümlenmelerle tam olarak ispat edilemediği; dolayısıyla herhangi bir cezaya yer olmadığına

karar verilmiştir.

I.1. Telekomünikasyon Sektöründe Rekabet Kurumunun İnceleme Yapma Yetkisi

210 Kararın bu bölümünde -hakkında soruşturma yürütülen teşebbüslerin savunmalarında ağırlıklı olarak soruşturma konusunun Rekabet Kurumu'nun görev ve yetki sahası içerisinde yer almadığını ifade etmeleri de göz önüne alınarak- Rekabet Kurulunun hem genel olarak telekomünikasyon sektörü hem de dosya konusu olay açısından yetkileri 4054, 406, 2813 sayılı Kanunlar çerçevesinde değerlendirilecektir.

Bu kapsamda, yukarıda belirtilen kanunların uygulanmasıyla ilgili olarak yapılacak değerlendirmelerde aşağıda yer alan sorulara cevap olmak üzere bazı açıklamalar yer alacaktır:

- 220
1. Rekabet Kurulu, telekomünikasyon sektöründe 4054 sayılı Kanun'a aykırılık nedeniyle inceleme/araştırma/soruşturma yapma, tedbir vb. kararlar alma yetkisini haiz midir?
 2. Telekomünikasyon Kurumu tarafından düzenleme yapılmış/yapılabilecek olan bir alanda (tarife, erişim vb.) veya Telekomünikasyon Kurumu'nun halihazırda inceleme yaptığı durumlarda, Rekabet Kurulu aynı konu hakkında 4054 sayılı Kanun çerçevesinde herhangi bir inceleme yapabilir mi? Bu tür bir durumda Rekabet Kurulu'nun yetkilerinin sınırlanması söz konusu olabilir mi?

230

Bilindiği üzere, yetki sorunu ya da çatışmasından bahsedilebilmesi için aynı alanda görevli iki merciinin bulunması gerekmektedir.

Keza, aynı alanda görevlendirilmiş farklı mercilerin bulunmaması durumunda ortada tartışmaya açılacak bir yetki sorununun olmadığı muhakkaktır.

Bu bölümde, “rekabetin korunması bakımından” telekomünikasyon sektöründe aynı göreve sahip dolayısıyla da yetkileri çatışan iki kurum bulunup bulunmadığı incelenecektir.

240

Görüşümüz, tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de rekabetin korunması bakımından telekomünikasyon sektöründe “yetki”leri birbiriyle çatışan değil “görev” alanları birbirini tamamlayan iki kurum bulunduğu yönündedir.

Bu hususun anlaşılabilmesi, yasa metinlerinin “lafzı” ve “amacı” ile birlikte “rekabetin korunmasının anlamı” bakımından da bir inceleme yapılmasını gerekli kılmaktadır. Keza, biri tekelin ortadan kaldırılması diğeri tekel hakkının kötüye kullanılması ile görevli iki kurumun bulunduğu bir ortamda görev sorununun karıştırılmaması son derece önem taşımaktadır.

250

I.1.1. Kurumlar Arası İlişkiye Genel Bir Bakış

“Serbest rekabet ortamının sağlanması ve korunması”¹ gibi Anayasa’nın 5, 48, 167 ve 172. maddeleri ile benimsenmiş bir ilkeye ve yoğun bir biçimde düzenlemelere tabi kılınmış telekomünikasyon sektöründe sektör spesifik düzenlemeler gibi, rekabet kurallarından farklı araçlara da açıkça yer verilmiş olması, bu sektörde düzenleyici kurallar ile rekabet kurallarının uygulanmasında şüphesiz büyük bir hassasiyeti gerektirmektedir.

Bu durum,

260

- rekabet kuralları kapsamında ele alınması gereken bir durum varken ilgili otoritenin müdahaleden kaçınması (hatalı negatif) veya
- rekabet kuralları kapsamında ele alınabilecek bir durum bulunmazken ilgili otoritenin müdahalede bulunması (hatalı pozitif)

gibi hatalı davranışlardan kaçınılması, başka bir ifade ile rekabet kurallarının uygulanma alanının sınırlarının doğru çizilmesi bakımından önem taşımaktadır.

Rekabet kuralları çerçevesinde gerçekleştirilebilecek müdahalelerde dikkatli olunmaması, 406 sayılı Kanun ile beraber 2813 sayılı Kanun’un² getirdiği kapsamlı mekanizmaların uygulanmasından tatmin olmayan her ilgilinin rekabet kurallarının uygulanmasını talep etmesi yolunu açabilecek, bu durum ise rekabet

¹ 406 Sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu, Md. 4/ı

² Toplu olarak telekomünikasyon düzenlemeleri

270 kurallarının uygulanma sınırlarının olması gerekenden daha geniş çizilmesi sonucunu doğurabilecektir.

Rekabet kurallarının uygulanması bakımından gösterilmesi zorunlu olan “zarar”ın doğması riski, çoğu durumda ilgili düzenlemeler ile engellenebilmekte, dolayısıyla sektöre yönelik yapılacak incelemelerde düzenlemelerin bu niteliğinin mutlaka dikkate alınması gerekmektedir; ancak düzenlemelerin bu zararın doğması riskini ne derece engelleyici bir nitelik arz ettiği, dosya bazında değerlendirilmesi gereken bir konuyu oluşturmaktadır.

280 Bu şekilde son derece hassas bir dizi kriterin uygulanmasını gerektiren olaylara yönelik kamunun müdahalelerinin hangi hallerde rekabet kuralları, hangi hallerde ise, müdahale araçlarının açıkça çok daha geniş çizildiği, sektör spesifik kuralların çatısı altında gerçekleşmesi gerektiği doğal olarak önceden bilinmesi zor bir ayırımı oluşturmaktadır.

1.1.2. Telekomünikasyon Kurumu ve Rekabet Kurumu'nun Görevleri Arasındaki Farklılık

Sektörün serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülü ve gelişmesinin temini bakımından telekomünikasyon düzenlemelerinin rekabet kurallarından çok daha sektöre özel olduğu hususu açıktır.

290 Telekomünikasyon düzenlemeleri, belirgin bir biçimde “sektörde tekellerin ortadan kaldırılması” ve “telekomünikasyon sektörünün yeniden yapılandırılması” çabası içindedir.³

³ 4502 sayılı Kanun Genel Gereğesinde de ifade edildiği üzere “Tüm dünyada olduğu gibi, ülkemizde de telekomünikasyon sektörünün yeniden yapılandırılması çabasında iki farklı hedefin birbiri ile bağdaştırılması gereği mevcuttur. ...

Yukarıdaki temel veriler ışığında, bu Kanunun ana amacı, ... telekomünikasyon sektöründe, posta ve telefon hizmetlerinin ayrışması ve Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin (“Türk Telekom”) bir anonim şirket olarak kurulması ile başlayan ve Türk Telekom'un hisselerinin %49'unun devri ile devam edecek olan yeniden yapılanma sürecinin, zaman içinde teknolojik gelişmelere uygun olarak sektörün rekabete açılması ile devam edecek olması da dikkate alınarak, telekomünikasyon hizmetlerinin bir yandan etkin, ileri, güvenilir ve verimli olarak en son teknolojik gelişmelere de yanıt verebilecek şekilde düzenlenmesi, diğer yandan da temel telekomünikasyon hizmetlerinin, kamu hizmeti niteliğine, stratejik önemine ve Devletin temel niteliklerine uygun olarak yürütülmesidir. ... “

Nitekim ilgili mevzuatın 6. maddesi gereğesi de bahsi geçen niyetin varlığını açıkça ortaya koymaktadır: “Madde 6:... Ara bağlantı telekomünikasyon sektörünün serbest rekabete açılması bakımından büyük önem arz etmektedir. Ara bağlantı, liberal bir telekomünikasyon sektörünün can damarlarından biridir, zira ara bağlantı yükümlülüğü net, açık ve güvenceli bir şekilde oluşturulamamış bir sektöre, yeni bir işletmecinin girme ve telekomünikasyon hizmeti sunabilmesi, tüm ana telekomünikasyon şebekesini kendisi kurmadığı müddetçe fiziken ve teknik olarak imkansızdır. Hakim konumdaki mevcut şebekelerin işletmecilerinin ara bağlantı taleplerini makul şartlar dairesinde karşılamamaları halinde, hukuki tekellerin yerini fiili tekellerin alması söz konusudur. Bu nedenle, başta Türk Telekom olmak üzere, belli nitelikleri haiz işletmecilere ara bağlantı sağlama yükümlülüğü getirilmekte ve bu işletmecilere topluca “ara bağlantı yükümlüsü” denmektedir. “

Nitekim bu hususa yasa metnlerinin gerekçesinde de açıkça yer verilmektedir:

Tüm dünyada olduğu gibi, ülkemizde de telekomünikasyon sektörünün yeniden yapılandırılması için ilk girişim 27.1.2000 tarihi ve 4502 sayılı Kanun ile olmuştur. Bu Kanunla, telekomünikasyon sektöründe çok önemli yapısal değişikliklere gidilmiştir (4673 sayılı Yasa, Genel Gereğe, paragraf 3)⁴.

4054 sayılı Rekabet Kanunu ise bunun aksine “tekellerin ortadan kaldırılmasını değil ancak piyasa dışı yollarla gerçekleşen tekelleşme⁵ ve buna dayalı gücün kötüye kullanılmasını önleme” çabası içinde bulunmaktadır.

300 Buna göre, tek başına bu düzenlemelere aykırılığın “4054 sayılı Rekabet Kanunu’na aykırılıktan” ziyade “rekabetin gelişmesi için gerekli zeminin oluşturulması amacıyla getirilmiş kurallara aykırılık olarak” ele alınması gerekmekte, sonuç olarak bu kurallara aykırılık durumunun 4054 sayılı Rekabet Kanunu’na aykırılık durumu ile eş tutulmaması gerekmektedir.

Rekabet kuralları, ekonomik etkinliğe en fazla “rekabet sürecinin işlemesi” ile ulaşılabilecek olduğunun kabulü gerekçesiyle “teşebbüsler yerine geçilmek suretiyle karar alınmasını öngören kamu müdahalesini” mümkün olduğu ölçüde istisna olarak görmektedir.

310 Bu kurallar, “teşebbüs davranışlarının ne olması gerektiğini belirleme” değil ancak “bazı teşebbüs davranışlarını yasaklama” hedefi gütmekte, başka bir ifade ile teşebbüslere yönelik “önceden yazılı reçeteler” vermemektedir.

Rekabet kurallarının bu karakterine, dolayısı ile bu iki husus arası hassas çizginin kaybolmamasına, karşılaşılan her olayda azami ölçüde dikkat edilmesi gerektiği açıktır.

320 Söz konusu ayırım, telekomünikasyon sektörü gibi yoğun bir biçimde düzenlemelerin (hazır reçetelerin) söz konusu olduğu bir alanda fazlasıyla ağırlığını hissettirmelidir. Bu anlamda bu sektörde “belirleyici” özelliğın Telekomünikasyon Kurumu’na ait olduğu çok açıktır. Bu karakter, Telekomünikasyon Kurumu’nun bir sektör-düzenleyici otorite olarak da varlık sebebini oluşturmaktadır.

“Sektörde tekellerin ortadan kaldırılması” ve “telekomünikasyon sektörünün yeniden yapılandırılması” çabası içinde getirilen, özellikle “pazara girişleri teşvik etme” amacıyla hazırlanan reçetelere işletmecilerce uygun davranılıp davranılmadığının takibi de doğal olarak ilgili mevzuat altında açık bir biçimde düzenlenmektedir.

Nitekim 2813 sayılı Yasa’nın 7. maddesinin,

⁴ Nitekim aynı gerekçede geçen ifadelerden bkz. paragraf 4. “yeniden yapılandırılan telekomünikasyon sektöründe”

⁵ hakim teşebbüslerin bu konularını sürdürmelerine, geleceğe taşımalarına olanak tanıyan veya hakim durumdaki teşebbüslerin sahip oldukları güç ile başkaca alanlarda tekel yaratmaya çalışılması şeklinde gerçekleşen dışlayıcı davranışlarda bulunmaları

330 “ı)(Ek:27/1/2000-4502/16 md.) telekomünikasyon hizmetleri ve altyapısı ile ilgili olarak işletmecilerin ve bu alanda kanuna uygun olarak ticari faaliyet içinde bulunanların, hizmetlerin yürütülmesi, altyapının işletilmesi ve çeşitli telekomünikasyon teçhizat ve cihazları üreten veya satanların bu hizmet ve faaliyetlerini Türkiye dahilinde tam bir rekabet ortamı içinde gerçekleştirmelerini sağlamak, teşvik edici tedbirleri almak,...

m)(Ek:27/1/2000-4502/16 md.) Kanunlarda verilen diğer görevleri yerine getirmek.

340 (Ek:27/1/2000-4502/16 md.) Kurum telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve alt yapısının işletilmesi ile ilgili hususları ve ayrıca hem bu hizmetlerde hem de genel olarak telekomünikasyon sektöründe rekabete aykırı davranış, plan ve uygulamaları re'sen veya şikayet üzerine incelemeye ve görev alanına giren konularda bilgi ve dokümanların sağlanmasını talep etmeye yetkilidir. Kurum, telekomünikasyon hizmetleri ve altyapısı ile ilgili yönetmeliklerin ve diğer genel idari işlemlerin yayınlanmasından önce ilgili tarafların kamuya açıklanacak olan ve üzerinde ilgili tarafların yorum yapabileceği görüşlerini bildirmesine imkan verebilmek için gerekli tedbirleri alabilir. Kurum tüketici menfaatlerinin korunması için de gerekli tedbirleri alır.”

şeklindeki bentleri de bu amaca hizmet etmektedir.

350 Bu noktada dikkat edilmesi gereken konu, bu bentler altında yer verilen “rekabete aykırı davranış, plan ve uygulamalar” ifadesiyle esasen 4054 sayılı Rekabet Kanunu ile korunan “rekabet”ten farklı olarak “sektörde tekellerin ortadan kaldırılması” ve “telekomünikasyon sektörünün yeniden yapılandırılması” hedefleri gözetilerek getirilen tedbirlerin kastedilmiş olmasıdır.

“Belirleyici” kamu müdahalesinin “yasaklayıcı” kamu müdahalesinden çok daha ağır yükümlülükler getirmesi, dolayısıyla “düzenlemeler ile getirilen yükümlülüklerle aykırı her davranışın” da rekabet kurallarının daha dar olan “yasaklayıcı şemsiyesi” altında ele alınmaması gerekmektedir. Keza “belirleyici (sektör spesifik) düzenlemelere” aykırı olabilecek her davranışın rekabet kurallarına da aykırılık oluşturmayacağı altı çizilmesi gereken en önemli ve öncelikli konuyu oluşturmaktadır.

360 Aksi durum yukarıda da yer verildiği üzere, “yasaklayıcı” kurallar ile “belirleyici” kurallar arası ayırımın kaybolmasına neden olacak ve rekabet kurallarının uygulanma alanını haklı kılacak bir gerekçe olmaksızın genişletecektir.

Bu hususa dikkat edilmesi, rekabet kurallarını uygulamaktan sorumlu merciin “hatalı pozitif” (rekabet kuralları kapsamında ele alınabilecek bir durum bulunmazken otoritenin müdahalede bulunması) davranışlardan kaçınması bakımından da bir zorunluluk oluşturmaktadır.

Ancak bu tespit, düzenlemelere aykırı gerçekleştirilen veya düzenlemeler kapsamında ele alınabilecek bir davranışın rekabet kuralları uygulamasından muaf tutulması gerektiği sonucunu da doğurmamaktadır.

370 Kapsamlı düzenlemelerin varolduğu bu sektörde rekabet kurallarının uygulanmayacağından bahsedilmesi, rekabet kurallarını uygulamakla sorumlu otoriteyi bir diğer yanlış olan “hatalı negatif” (rekabet kuralları kapsamında ele alınması gereken bir durum varken müdahaleden kaçınılması)” bir davranışta bulunmaya itecektir.

Keza telekomünikasyon düzenlemeleri rekabet kurallarının kapsamını ne genişletmekte, ne daraltmakta; ne de Rekabet Kanunu ile korunan menfaatlere ilişkin kurumlar arası bir görev değişikliğine sebep olmaktadır.

380 Telekomünikasyon mevzuatı, daha rekabetçi bir yapı sağlanması için yeni yükümlülükler getirmekte, ancak rekabet kuralları kapsamında yeni yükümlülükler getirmemektedir. Bu mevzuat, 4054 sayılı Rekabet Kanunu çerçevesinde Rekabet Kurumu’nca teşebbüslere rekabet kurallarının uygulanmasına yönelik açık veya zımni bir bağışıklık da tanımamaktadır.

4502 ve 4673 sayılı yasalar ile 406 sayılı yasada değişiklik yapılmadan önce rekabet kurallarınca yasaklanmış bir davranış bu değişiklikler sonrasında da yasak kapsamında kalmaya devam etmektedir.

Benzer bir biçimde bu değişikliklerden önce 4054 sayılı Rekabet Kanunu’nca yasaklanmayan, dolayısıyla da rekabet ihlali kabul edilmeyen bir davranış bu değişikliklerden sonra da yasak (rekabeti ihlal edici olarak) olarak kabul edilmemektedir.

390 **I.1.3. İlgili Mevzuat ve Kanun Koyucunun Amacı**

Kanun Koyucunun amacının araştırılmasının başlangıç noktası olan lafız, tereddüte mahal bulunmayan durumlarda, artık incelemenin sona erdiği noktayı da oluşturmalıdır.

Bu kapsamda Telekomünikasyon düzenlemeleri içerisinde, yasa metinlerinde yer alan ,

400 *“Bu Kanunda aksi belirtilmiş olmadıkça, telekomünikasyon hizmetlerine ve/veya altyapısına ilişkin imtiyaz sözleşmesi veya telekomünikasyon ruhsatı yoluyla yapılacak yetkilendirmelerde ve genel olarak tüm telekomünikasyon alanlarında, 7.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri ve Türk Telekom’un Kanunda belirlenen tekel hakları saklı kalmak kaydıyla, serbest rekabet ortamı sağlanması ve korunması” (406 sayılı Kanun md. 4)*

“Kurum; ... standart referans tarifeleri, şebeke ara bağlantıları ve roaming ile ilgili anlaşmaların telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesinde ve altyapının işletiminde serbest rekabeti engelleyici sonuçlara yol açmayacak tedbirleri alır, gerektiğinde 7.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde Rekabet Kurumuna başvurabilir.” (406 sayılı Kanun md. 10)

410 *Rekabet Kurulu, telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak yapacağı inceleme ve tetkiklerde ve birleşme ve devralmalara ilişkin olarak vereceği*

kararlar da dahil olmak üzere telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak vereceği tüm kararlarda, öncelikle Kurum'un görüşünü ve Kurum'un yapmış olduğu genel düzenleyici işlemleri dikkate alır. (2813 sayılı Kanun md. 7/m)

hükümleri dikkate alındığında veya halihazırda tüm işletmecilerin yetkilendirme esaslarını düzenleyen ilgili yönetmelikte

İşletmeciler, diğer işletmecilerin veya herhangi bir şekilde yetkisiz olarak telekomünikasyon hizmeti yürüten veya telekomünikasyon altyapısı işletenlerin rekabet hukukuna aykırı işlemlerini Rekabet Kurumuna bildirir. Ayrıca Kuruma da, Rekabet Kurumuna yaptığı bildirimini bir kopyasını sunar. (Yetkilendirme Yönetmeliği md. 48)

420

biçiminde yer verilen hükümler karşısında da sektörde rekabet kurallarının uygulanmasının, açık veya örtülü bir biçimde, ilga edildiğinden bahsedilmesi mümkün görünmemektedir.

I.1.4. Gözardı Edilen Diğer Hususlar: Mahkemeler ve Üç Katına Kadar Tazminat

4054 sayılı Kanun'un sektörde uygulanma kabiliyetine ilişkin tartışmalar, yürürlükte olan telekomünikasyon mevzuatının 4054 sayılı Rekabet Kanunu'nun yerine geçtiği ekseninde cereyan etmekte; bu çerçevede sektöre yönelik rekabete aykırı eylem ve davranışlarda uygulanacak kuralın 4054 sayılı Rekabet Kanunu'ndan ziyade telekomünikasyon mevzuatı olduğu ifade edilmektedir.

430

Ancak yapılan bu tartışmalarda, 4054 sayılı Rekabet Kanunu'nun "Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları" başlıklı Beşinci Kısım göz ardı edilmekte, rekabetin sınırlanmasına yol açan eylem ve işlemlere yönelik hukuk mahkemelerinin de görevli olduğu gözden kaçmaktadır.

Bu kapsamda "Kanun Koyucunun teşebbüsleri, ilgili kişi ve kuruluşları (tüketicileri ve tüketici derneklerini) Kanun'un 56 vd. maddeleri ile olanak tanınan "zararın tazmini" hakkından yoksun bırakmak" niyetinin varlığına dair herhangi bir gerekçe bulunmadığı dikkate alındığında, yalnızca telekomünikasyon düzenlemelerinin lafzından değil, ancak Kanun Koyucunun amacına ilişkin yapılacak gai (amaçsal) yorumlardan hareketle de sektörde 4054 sayılı Kanun'un uygulanma kabiliyetine ilişkin tartışmaların son bulması gerektiğinin altı çizilmesi gerekmektedir.

440

I.1.5. Kurumlar Arası İlişki

İlgili otoritenin (Telekomünikasyon Kurumu'nun) telekomünikasyon düzenlemelerini uygulamak suretiyle elde edeceği "ihtisaslaşma ve deneyimin" önemi çok açıktır. Ancak ne telekomünikasyon mevzuatı altında teşebbüslere geniş yükümlülükler getirilmiş olması sektörde rekabet kurallarının uygulanmasını gereksiz kılmakta, ne de böyle bir gereksinim doğurmaktadır.

450

Sektörün yoğun bir biçimde düzenlemelere tabi kılınmış olması veya sektörün arz ettiği teknik özelliklerin dikkate alınması gerekliliği, bu iki farklı düzenleme

arasında bir tercih yapılmasından ziyade bu düzenlemelerin uygulanmasında azami bir işbirliği ihtiyacının varlığını ortaya koymaktadır.

Diğer ülke örneklerine paralel olarak, telekomünikasyon alanında sektör spesifik düzenlemeler ile rekabet kurallarının birlikte uygulanmasını öngören mevzuat, bu işbirliği ihtiyacını, “rekabet kurallarının ilgili sektörde uygulanması esnasında yukarıda önemine değinilen deneyim ve ihtisaslaşmadan faydalanılması” şeklinde formüle etmektedir.

Nitekim 2813 sayılı Kanun’un,

460 “Rekabet Kurulu, telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak yapacağı inceleme ve tetkiklerde ve birleşme ve devralmalara ilişkin olarak vereceği kararlar da dahil olmak üzere telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak vereceği tüm kararlarda, öncelikle Kurum’un görüşünü ve Kurum’un yapmış olduğu genel düzenleyici işlemleri dikkate alır.”

şeklindeki 7/m maddesi hükmü ve bu maddenin,

“bu sayede, telekomünikasyon sektörüne özel bazı hususların rekabet hukukunda da göz önüne alınması sağlanmaktadır.”

şeklindeki gerekçesi de muadilleri gibi bunu öngörmektedir.

470 Bu kapsamda “Rekabet Kurumu yapacağı incelemelerde Kurumun görüşünü ve Kurumun yapmış olduğu genel düzenleyici işlemleri dikkate alır” ifadesinin de yukarıda “yetki” konusunda yapılan açıklamalar çerçevesinde ele alınması gerekmektedir.

Rekabet Kurulu’nun Telekomünikasyon Kurumu’ndan isteyeceği görüş “dosya konusu olayın rekabet ihlali olup olmadığı” hakkında değil, tıpkı 2813 sayılı Kanun’da da ifade edildiği üzere, dosya konusu olayda “telekomünikasyon sektörüne özel ne gibi hususların” bulunduğu yönündedir.

480 Bu kapsamda, dikkate alınması gereken görüşün konusunu “ortada bir rekabet ihlali bulunup bulunmadığı değil, dosya konusu olayda telekomünikasyon sektörüne özel ne gibi hususların bulunduğu” oluşturduğu hatırlanacak olduğunda, uygulamada Protokol’e de bağlandığı üzere, Telekomünikasyon Kurumu görüşü dikkate alındıktan, dolayısı ile sektörde telekomünikasyon düzenlemelerinin uygulanması ile elde edilen ve önemine yukarıda değinilen tecrübe ve ihtisaslaşmadan faydalanıldıktan sonra, 4054 sayılı Kanun’un gerek Rekabet Kurulu’nca, gerek hukuk mahkemelerince uygulanmasının (ve dolayısıyla telekomünikasyon düzenlemelerinin öngörmediği zararın tazmininin istenmesinin) önünde ne ilgili yasaların lafzı ne de ruhu bakımından bir engel bulunmamaktadır.

490 Tüm bu açıklamalar neticesinde uygulamada göz önünde bulundurulması gereken temel noktayı, inceleme konusu uyuşmazlığın aynı zamanda sektör spesifik düzenlemelere de aykırılık teşkil edip etmediğinin değil,

“rekabet kurallarının süregelen uygulamaları ile benimsediği standartlar / prensipler çerçevesinde ortada bir ihlalin bulunup bulunmadığının”

oluşturması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

I.1.6. Yetki Çatışması Yanılgısı

Yukarıda yer verilen 7. madde ve bu maddenin (m) bendinde yer alan,

500 *“Kurum telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve alt yapısının işletilmesi ile ilgili hususları ve ayrıca hem bu hizmetlerde hem de genel olarak telekomünikasyon sektöründe rekabete aykırı davranış, plan ve uygulamaları re’sen veya şikayet üzerine incelemeye ve görev alanına giren konularda bilgi ve dokümanların sağlanmasını talep etmeye yetkilidir.”*

hükmü çerçevesinde, gerek uygulamada dosya bazında gerekse teorik düzeyde ortaya atılan ve en önemlisi çoğunlukla 406 sayılı Kanun hükümlerinden bağımsız olarak ele alınan soruyu,

510 *“2813 sayılı kanunda yer alan böyle bir yetki maddesinin telekomünikasyon sektöründe rekabet inceleme, araştırma ve soruşturmaları konusunda Telekomünikasyon Kurumu’nu yetkili kılıp kılmadığı”*
oluşturmaktadır. Bahsi geçen soru ile beraber bu yetkinin, Rekabet Kurumu’nun sektördeki yetkisini dışlayıcı olup olmadığı da ayrıca tartışma konusu yapılmaktadır.

520 Bu görüşü savunanlar tarafından, 4054 sayılı Kanunun tüm sektörleri ve doğal olarak, telekomünikasyon sektörünü de kapsamı karşısında 2813 sayılı Kanunda yer alan “rekabete aykırı davranış, plan ve uygulamaları re’sen veya şikayet üzerine inceleme” hükmü nedeniyle telekomünikasyon sektöründe inceleme ve araştırma yapmakla yetkili iki kurumun bulunduğu, ancak bu sektörde inceleme yapmakla yetkili tek bir kurumun olabileceği, bu kurumun da sektör düzenleyici olması ve sektöre özel bir Kanun ile kurulmuş olması nedeniyle Telekomünikasyon Kurumu olduğu ifade edilmektedir.

Ne var ki bu görüşe katılmak, aşağıda açıklanan gerekçelerden dolayı mümkün değildir.

Görüşümüz bu konudaki sorunun, görevli kurum tespit edilmeden yetki tartışması yapılmasından kaynaklandığı yönündedir. Keza, hukuk usulü muhakemesi ile bir paralellik kurulacak olduğunda, yetki sorunu ancak aynı konuda görevli iki mahkeme arasında çıkabilecek bir husus olup, aynı konuda görevli olmayan merciiler arasında yetki sorunundan bahsedilmesi mümkün görünmemektedir.

530 Bu çerçevede, aynı alanda yetkili iki merciinin bulunduğu varsayımının, farklı konularda inceleme yapan ve dolayısıyla da farklı görevlere sahip iki merciinin bulunması nedeniyle yanlış olduğu açıktır.

İki kurumun aynı konuda görevli olmadığı tespit edildiğinde, yetki tartışması da kendiliğinden ortadan kalkacaktır.

Bu doğrultuda, Telekomünikasyon Kurumu ile Rekabet Kurumu'nun aynı konuda görevli olmadığından, ortada bir yetki sorunu da bulunmamaktadır.

Daha önce de ifade edildiği üzere, Telekomünikasyon Kurumu'nun 2813 sayılı Kanun'un 7. maddesinde tanımlanan yetkilerinin kullanılmasına olanak veren madde hükümleri esasen 406 sayılı Kanun'dan kaynaklanmakta ve 2813 sayılı Kanun'un 7. maddesinde sayılan yetkilerin kapsamını ve uygulama sınırlarını 406 sayılı Kanun'un 2, 4 ve 10. maddeleri çizmektedir.

540 Söz konusu durum, esasen 4054 sayılı Kanun hükümlerinin kaleme alınışında da paralellik göstermekte, Rekabet Kurulu yetkileri 27. maddede tanımlanmışken, bu yetkilerinin somut olay bazında sınırlarını çizen maddi hükümlere 4, 5, 6 ve 7. maddelerde ve bu maddeler çerçevesinde tespit edilen ihlallere uygulanacak yaptırıma 16. maddede yer verildiği görülmektedir. Benzer bir durum, 2813 sayılı Kanun hükümleri ile 406 sayılı Kanun hükümleri arasında da söz konusudur.

Aynı konuda görevli iki kurumun bulunup bulunmadığının tespitinin 2813 sayılı Kanun'un 7. maddesi çerçevesinde değil, bu maddenin uygulama sınırlarını çizen madde hükümleri (406 sayılı Kanun 2, 4 ve 10. maddeler) çerçevesinde yapılması gerekmektedir.

550

Bu nedenle, bugüne kadar yetki sorunu (daha doğru ve olması gereken ifadesiyle görev konusu) özelinde yapılan tartışmalardan farklı olarak meselenin halli, 2813 sayılı Kanun'un 7. maddesinden hareketle değil, ancak 406 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerinin dikkatli incelenmesi suretiyle gerçekleştirilebilecektir.

Bu anlamda, telekomünikasyon düzenlemeleri sektörde tekellerin ortadan kaldırılması ve sektörün yeniden yapılandırılması amacına hizmet ederken, rekabet kuralları ise tekelleşme ve buna dayalı gücün kötüye kullanılmasını önleme çabası içindedir. Bu durum dikkate alındığında 406 sayılı Kanun hükümleri ile Rekabet Kanunu hükümleri arasında açık bir farklılık bulunduğu görülmektedir. Ne var ki kurumların görevleri arası farklılık bu iki mevzuat üzerinde başkaca bir inceleme yapılmaksızın açık bir şekilde ortaya konulabilecek ise de esasen, mevzuat metinlerinin daha detaylı incelenmesi akabinde de aynı sonuca ulaşılacaktır.

560

Bu kapsamda, görev sorununun çözümüne yardımcı olacağı düşünülen 406 sayılı Kanun'un maddi hükümlerine ilişkin değerlendirmelere aşağıda yer verilmektedir:

570

406 sayılı Kanun'un hükümlerine ilişkin değerlendirmelere, "yetkilendirmelere ilişkin imzalanacak görev ve imtiyaz sözleşmeleri ile verilecek ruhsat ve izinlerde hangi şartların yer alacağını" düzenleyen 2(e) maddesinden başlanması gerekmektedir.

Söz konusu hükme göre, diğer şartlarla beraber 4. maddede⁶ yer alan ilkelerin yetkilendirme belgelerine derc edilmesi gerekmektedir.

Burada dikkat edilmesi gereken noktayı ise aynı maddenin uygulanacak yaptırımlara ilişkin (f) bendi oluşturmaktadır⁷.

580

Buna göre, işletmeciler ile imzaladığı sözleşmelerin ve verdiği genel izin ve ruhsatların “şartlarına” uyulması için gerekli tedbirleri almaya, yetkilendirilmiş işletmecinin faaliyetlerini mevzuat ile görev ve imtiyaz sözleşmesi ya da telekomünikasyon ruhsatı/genel izin koşullarına uygun yürütülmesini izleme ve denetlemeye yetkili kılınan Kuruma; yetkilendirme şartlarına aykırı davranan

⁶ 406 sayılı Kanun, Madde 4 - (Mülga: 9/6/1937 -3222/49 md.) (Değişik: 27/1/2000 – 4502/4 md.) Telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesinde ve/veya telekomünikasyon altyapısı işletiminde ve bu hususlarda yapılacak düzenlemelerde aşağıdaki ilkeler nitelik ve nicelik itibarı ile gözönüne alınır:

a) Herkesin, makul bir ücret karşılığında telekomünikasyon hizmetlerinden ve altyapısından yararlanmasını sağlayacak uygulamaların teşvik edilmesi.

b) Aksini gerektiren objektif nedenler bulunmadıkça, eşit şartlardaki aboneler, kullanıcılar ve işletmeciler arasında ayırım gözetilmemesi ve hizmetlerin benzer konumdaki her kişi tarafından eşit şartlarla ulaşılabilir olması.

c) Bu Kanunda aksi belirtilmedikçe ya da objektif nedenler aksini gerektirmedikçe, niteliksel ve niceliksel devamlılık, düzenlilik, güvenilirlik, verimlilik, açıklık, şeffaflık ve kaynakların verimli kullanılması ilkelerinin gözetilmesi.

d) Asgarî hizmetlerin belli teknik ve ekonomik koşullar çerçevesinde makul surette karşılanabilecek bir bedelle sağlanması.

e) Telekomünikasyon sistemlerinin uluslararası normlara uygun olarak birbiri ile uyumlu olması.

f) Kalkınma plan ve programlarındaki hedeflerin gözetilmesi.

g) Teknolojik yeniliklerin uygulanması ve araştırma/geliştirme yatırımlarının desteklenmesi.

h) Açık olarak belirlenecek hizmet kalitesi standartlarına uygunluğun sağlanması.

ı) Bu Kanunda aksi belirtilmiş olmadıkça, telekomünikasyon hizmetlerine ve/veya altyapısına ilişkin imtiyaz sözleşmesi veya telekomünikasyon ruhsatı yoluyla yapılacak yetkilendirmelerde ve genel olarak tüm telekomünikasyon alanlarında, 7.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri ve Türk Telekom'un bu Kanunda belirlenen tekel hakları saklı kalmak kaydıyla, serbest rekabet ortamı sağlanması ve korunması.

i) Millî güvenlik ve kamu düzeni gereklerine ve acil durum ihtiyaçlarına öncelik verilmesi.

j) Özürlü, yaşlı ve sosyal açıdan korunmaya muhtaç diğer kesimlerin özel ihtiyaçlarının dikkate alınması ve Kurum tarafından belirlenen ilkeler, kurallar ve şartlar uyarınca kullanıcılara ekonomik avantajlar ihtiva eden özel programlar sunulması.

k) İlgili mevzuat, imtiyaz sözleşmesi veya telekomünikasyon ruhsatında açıkça belirlenen durumlar haricinde, ara bağlantı ücretleri ile hat ve devre kiralari da dahil telekomünikasyon hizmetleri karşılığı alınacak ücretlerin, yatırım ve işletme maliyetlerini ve genel masraflardan ilgili payını, amortismanı ve makul ölçüde kârı mümkün olduğu ölçüde yansıtması

⁷ 406 sayılı Kanun md. 2/f (Değişik: 12/5/2001 – 4673/2 md.) Kurum; Türk Telekom dahil işletmecilerle imzaladığı sözleşmelerin ve verdiği genel izin ve telekomünikasyon ruhsatlarının şartlarına uyulmasının sağlanması için gereken tedbirleri almaya, faaliyetlerin mevzuat ile görev ve imtiyaz sözleşmesi, telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin şartlarına uygun yürütülmesini izleme ve denetlemeye, aykırılık halinde ilgili işletmecinin bir önceki takvim yılındaki cirosunun % 3'üne kadar idarî para cezası uygulamaya, millî güvenlik, kamu düzeni veya kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi amaçlarıyla gerekli tedbirleri almaya, gerektiğinde tesisleri tazminat karşılığında devralmaya ya da ağır kusur halinde imtiyaz sözleşmesini, telekomünikasyon ruhsatını ya da genel izni iptal etmeye yetkilidir.

işletmecilere bir önceki takvim yılı cirosunun %3'üne kadar idari para cezası uygulama yetkisi tanınmaktadır.

590 Dolayısıyla Kurum tarafından uygulanacak yaptırımın konusunu “yetkilendirme belgelerinde yer verilen şartlara uymama”nın oluşturduğu hususunun altının hassasiyetle çizilmesi gerekmektedir.

Buna göre; yapılacak yetkilendirmelerde bir yandan idarece serbest rekabet ortamı sağlanması ve korunmasına dikkat edilmesi gerekirken, diğer yandan işletmecilere de buna aykırı davranmama yükümlülüğü getirilmekte, başka bir ifade ile “yetki belgesi alınması karşılığında işletmeciler de idareye karşı buna aykırı davranmama taahhüdü altına” girmektedir. Nitekim Türk Telekomünikasyon A.Ş. ile Telekomünikasyon Kurumu arasında imzalanmış olan Görev Sözleşmesi incelendiğinde, söz konusu sözleşmenin son fıkrası ile de 600 işletmeci tarafından “hakim durumunu kötüye kullanmama taahhüdü altına girildiği” görülmektedir⁸.

Bu noktada, “serbest rekabet ortamının sağlanması ve korunması” hususunun yetkilendirme belgelerinde yer verilmesi gereken bir şart olduğu dikkate alındığında ve bu şartın yerine getirilmemesinden, rekabete aykırı davranılmasından dolayı yaptırımın uygulanması da, 406 sayılı Kanun’un 2(f) maddesinde yer alan “mevzuat, yetkilendirme şartlarına aykırılık” ayrımı çerçevesinde, ancak “yetkilendirme şartlarına aykırılık” başlığı altında 610 değerlendirilmek mümkün olabilecektir.

Dolayısıyla, Kurumun 2813 sayılı Kanunun 7. maddesinden kaynaklanan “telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve alt yapısının işletilmesi ile ilgili hususları ve ayrıca hem bu hizmetlerde hem de genel olarak telekomünikasyon sektöründe rekabete aykırı davranış, plan ve uygulamaları re'sen veya şikayet üzerine inceleme” yetkisinin yetkilendirme şartlarına uyulup uyulmadığı inceleme olarak değerlendirilmek gerekmektedir.

Bu çerçevede, Telekomünikasyon Kurumu'nun rekabete aykırı davranış ve eylemleri inceleme yetkisinin, özellikle yaptırıma ilişkin olan 406 sayılı Kanunun 2 620 (f) maddesi dikkate alındığında, telekomünikasyon sektörüne yönelik genel nitelikli bir rekabet inceleme görev / yetkisini değil “yetkilendirme belgelerinde yer alan ya da kanun hükmü gereği yer aldığı varsayılan rekabete aykırı davranmama şartına uyulup uyulmadığı” görev ve yetkisini işaret ettiği görülmektedir. Keza 406 sayılı Kanunun 4 (1) maddesinde yer alan “4054 sayılı Kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla” ifadesi de bu yorum çerçevesinde anlamlı olmaktadır.

⁸ GSM imtiyaz sözleşmelerinin 10 maddesi altında “Haksız rekabet” başlığı altında bir hüküm getirilmiş olsa da, bu hükmün benzeri bir amaçla sözleşmelere dercedilmiş olduğu düşünülmekte, ne var ki farklı bir amaç için getirildiği düşünülse bile, serbest rekabete aykırı davranmama şartının 406 sayılı Kanun’un amir hükümleri gereği imtiyaz sözleşmelerinde getirilmesi zorunlu bir şart teşkil etmesi nedeniyle varsayılabilir bu boşluğun kanun yoluyla doldurulabileceği sonucuna ulaşılmaktadır..

İncelemeye devam etmeden önce 406 sayılı Kanun'un 2(f) maddesinde yer alan "mevzuat"a aykırılık ifadesinin de üzerinde durulmalıdır.

630

Keza "mevzuata aykırılık" ifadesine dayanılarak, yapılacak incelemenin konusunun Kanun ile yetki belgelerine konulması öngörülen şartlara uygun davranılıp davranılmadığı değil [mevzuatın ardında rekabetin korunması amacı yattığından hareketle] bundan bağımsız olarak rekabeti sınırlayıcı bir eylemde bulunulup bulunulmadığını işaret ettiği iddia edilebilecektir.

640

Ne var ki, telekomünikasyon düzenlemelerinin esasen sektörü yeniden yapılandırma ve sektörde tekelleri ortadan kaldırma amacıyla getirildiği hatırlanacak olduğunda, madde metninde yer alan "mevzuat" ifadesinin de "sektörde rekabetin tesis edilebilmesi ve esasen teşebbüs davranışlarını belirleme amacıyla getirilmiş yükümlülükler içeren" düzenlemeler olarak ele alınması gerekmektedir. Keza işletmeci davranışları yalnızca yetki belgeleri ile "belirlenmemekte" ve yapılan düzenlemeler ile işletmecilere yönelik ek yükümlülükler de getirilebilmektedir.

650

7. maddenin özellikle (m) bendi hükmünde geçen "genel olarak telekomünikasyon sektöründe" ifadesi nedeniyle de rekabet incelemesi yapma yetkisinin ve bu yetkinin varlığına dayanak teşkil eden görevin yetkilendirme şartlarına uyulup uyulmadığı ile sınırlı değil fakat yetkilendirme şartlarının ihlalinden bağımsız "genel bir görev" olduğu iddia edilebilecek olsa da; 406 sayılı Kanunun yukarıda yer verilen "hiç kimse Bakanlıkla bir görev, imtiyaz sözleşmesi yapılmış veya Bakanlık tarafından bir telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin verilmiş olmadıkça, telekomünikasyon hizmeti yürütemez ve/veya altyapısı kuramaz ve işletemez" hükmü çerçevesinde her işletmecinin bir yetki belgesi alma zorunluluğu bulunduğu dikkate alındığında, söz konusu ifade serbest rekabeti sağlama ve koruma şartının yerine getirilmemesinin 2(f) maddesi çerçevesinde ancak yetkilendirmede yer verilen şartın yerine getirilmemesi halinde uygulanacağı sonucunu değiştirmeyecektir.

660

Tüm bu anlatılanlar sonucunda, bugüne kadar yapılan uygulamalar çerçevesinde karşılaşılan, aynı alanda yetkili iki merciinin bulunduğu varsayımının, farklı konularda inceleme yapan ve dolayısıyla da farklı görevlere sahip (biri yetkilendirme şartlarına uyulup uyulmadığı inceleme ve denetimini yapan ve buna aykırılığı yaptırma bağlayan, diğeri ise hareket noktası hiçbir surette yetkilendirme şartlarına aykırılık olmayan ve yetkilendirme şartlarına uyulup uyulmadığını değil, kendi kanunu çerçevesinde maddi kurallarını uygulamaktan sorumlu olan ve yetkilendirme şartlarına aykırılıktan değil 4054 sayılı Kanuna aykırılık durumunda yaptırım uygulayan) iki merciinin bulunması nedeniyle yanlış olduğu kanaatine varılmaktadır.

670

1.1.7. Görev Alanı Tespitinde Esas Alınması Gerekli Standart

Hatırlanacağı⁹ üzere 406 ve 2813 sayılı Kanun hükümleri ve genel olarak telekomünikasyon düzenlemeleri, açık bir biçimde “sektörde tekellerin ortadan kaldırılması” ve “telekomünikasyon sektörünün yeniden yapılandırılması” çabası içindedir.

4054 sayılı Kanun ise bunun aksine tekellerin ortadan kaldırılmasını değil ancak tekelleşme ve buna dayalı gücün kötüye kullanılmasını önleme çabası içinde bulunmaktadır.

680 Dolayısıyla mevzuatları altında görev alanları bu derece farklı çizilen iki kurum arasında bu kurumların kendi mevzuatlarını uygulamaları esnasında yetki sorununun ortaya çıkacağından bahsedilmesinin son derece yanlış olduğunun kabulü gerekmektedir.

- “Belirleyici” kamu müdahalesinin “yasaklayıcı” kamu müdahalesinden çok daha geniş bir çerçeve çizmesi dolayısıyla düzenlemelere aykırı olarak gerçekleştirilen her davranışın rekabet kurallarının “yasaklayıcı şemsiyesi” altında ele alınamayacağı,
- aksi durumun “yasaklayıcı” kurallar ile “belirleyici” kurallar arası ayrımın kaybolmasına neden olacağı;
- ancak bu durumun, düzenlemelere aykırı olarak gerçekleştirilen bir davranışın rekabet kuralları uygulamasından muaf tutulacağı sonucunu da doğurmaması gerektiği

690 akılda tutulduğunda görüşümüz; farklı mevzuatları uygulayan kurumlar arası yetki tartışmasının yersiz olduğu ve bunun mevzuatın yanlış yorumlanmasından kaynaklandığı yönünde olup, konunun, bu gereksiz tartışmadan ziyade karşılaşılan olaylar bazında “inceleme konusu olayın hangi mevzuatın kriterlerini yerine getiren bir uyumsuzluk olduğu” sorusu cevaplanarak oturtulması gerekmektedir.

700 Bu kapsamda, Rekabet Kurumu bünyesinde yapılan bir incelemede cevaplanması gereken temel soruyu “ortada rekabet kurallarının kabul ettiği standartlar / süregelen uygulaması ile benimsediği prensipler çerçevesinde bir ihlal bulunup bulunmadığı” oluşturmalıdır.

İşte düzenlemeler ile rekabet kuralları ilişki de tam olarak bu noktadan hareketle ortaya çıkmaktadır.

Buna göre, Rekabet Kurumu’nca bugüne kadar kabul edilen standartlar ve süregelen uygulama ile benimsediği prensipler çerçevesinde bir ihlal bulunup bulunmadığı sorusu da,

- eylemin niteliği ve
 - düzenlemelerin rekabetçi zararın oluşmasını engelleyip engellemediği
- çerçevesinde cevaplanmalıdır.

⁹ 406 sayılı kanunda değişiklik yapan 4502 sayılı Kanun’un gerekçesinde yer verildiği üzere

710 Sonuç olarak telekomünikasyon düzenlemeleri rekabet kurallarının kapsamını ne genişletmekte, ne daraltmakta, ne de Rekabet Kanunu ile korunan menfaatlere ilişkin kurumlar arası bir görev değişikliğine sebep olmaktadır.

Telekomünikasyon mevzuatı, daha rekabetçi bir yapı sağlanması için yeni yükümlülükler getirmekte ancak rekabet kuralları kapsamında yeni yükümlülükler getirmemektedir.

Keza bu mevzuat, 4054 sayılı Kanun çerçevesinde Rekabet Kurumu'nca bazı teşebbüslere rekabet kurallarının uygulanmasına yönelik açık veya zımni bir muafiyet de tanımamaktadır.

720 4502 ve 4673 sayılı Yasalar ile 406 sayılı yasada değişiklik yapılmadan önce rekabet kurallarınca yasaklanmış bir davranış bu değişiklikler sonrasında da yasak kapsamında kalmaya devam etmektedir.

Benzer bir biçimde bu değişikliklerden önce Rekabet Kanunu'nca yasaklanmayan, dolayısıyla da rekabet ihlali kabul edilmeyen bir davranış bu değişikliklerden sonra da yasak (rekabeti ihlal edici olarak) olarak kabul edilmemektedir.

I.1.8. Dosya Konusu Olay Bakımından Yapılan Değerlendirme

730 Bu bölümde, bir önceki bölümde açıklığa kavuşturulan telekomünikasyon sektöründeki Rekabet Kurulu'nun genel yetkileri ışığında dosya konusu olay açısından konunun bir değerlendirmesi yapılacaktır.

Daha önce detaylı olarak açıklandığı üzere, belirleyici kamu iradesi ve yasaklayıcı kamu iradesi arasındaki temel fark; belirleyici kamu iradesi ile teşebbüslerin iradelerinin ortadan kaldırılmasıdır. Bu anlamda soruşturulan eylemlerin tarafların iradeleri ile mi yoksa bir düzenlemenin sonucu mu gerçekleştirildiğinin tespiti önem kazanmaktadır.

740 Soruşturma Raporu'nda Turkcell ve Telsim'in aralarında bir *anlaşma* yaparak arabağlantı ücretlerini yükseltmek yoluyla şebekeler arası görüşme ücretlerini artırmak ve eş zamanlı olarak şebeke içi ücretleri düşürmek sonucu mevcut abone sayılarını korumak ve piyasaya girmeye hazırlanan operatörlerin girişini engellemek eyleminde buldukları iddia edilmektedir.

Dolayısı ile soruşturma sürecinde tarafların hem arabağlantı ücretleri hem de tarifeleri incelemeye konu olmuştur. Ancak soruşturma konusunun temel olarak söz konusu fiyatlamaların bir anlaşmanın sonucu belirlenip belirlenmediği olduğu unutulmamalıdır.

750 Mer'i mevzuat çerçevesinde Telekomünikasyon Kurumu tarafından tarifeler;

- i. bildirim,
- ii. onay,
- iii. "işletmeci yerine geçerek" belirleme

olarak üç şekilde denetleme ve düzenlemeye tabi tutulmaktadır.

760 Buna göre, işletmecinin iradesini ortadan kaldıran, işletmeci yerine geçilmek suretiyle alınan bir karar ve/veya düzenlemenin bulunup bulunmadığı şeklindeki kriterin uygulanması sonucunda, yukarıda sayılan hallerden ilk ikisinde mer’i mevzuat gereği Rekabet Kurumu’nca inceleme yapılmasına engel bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bunun gerekçesi ise, tarifelerin bildirildiği ve onaylandığı hallerde işletmecilerin iradesinin ortadan kalkmamasıdır.

770 Bu çerçevede, özellikle uygulamada sıkça karşılaşılan “tarifelerin Telekomünikasyon Kurumu tarafından onaylandığı savunmasının” ise, onaylanan tarifelerin içeriğinin ticari olarak işletmeciler tarafından belirlenmesi nedeniyle kabul edilmemesi gerekmektedir. Bir başka deyişle, tarifelerin onaylanması fiyat regülasyonu açısından önemli iken, örneğin fiyatların anlaşma, uyumlu eylem ya da başkaca konuların varlığı altında belirlenmesi konularına koruma sağlamamaktadır¹⁰.

¹⁰ Konunun mer’i mevzuat çerçevesinde ele alınması ve bu aşamaya kadar yapılan yorumun haklılığını göstermesi bakımından, Telekomünikasyon Kurumunca yayımlanan Tarife Yönetmeliği önem taşımaktadır. Tarife Yönetmeliğinin 14. maddesi çerçevesinde, aynı Yönetmeliğin 6. maddesine göre,

- i. Hizmetin etkin olarak sağlanması maliyetine dayalı olacak surette olması,
- ii. Haklı gerekçe olmadıkça,
 - a. İşletmecilerin etkin piyasa gücünün bir sonucu olarak ortaya çıkabilecek aşırı fiyatları yansıtmaması
 - b. Rekabetin kısıtlanmasını hedefleyen fiyat indirimlerini ihtiva etmemesi
- iii. Aynı veya benzer telekomünikasyon hizmetlerin sunulmasında kullanıcılar arasında ayırım yapılmasına yol açmaması

ilkeleri gözetilerek *onaylanmış olması gereken tarifelerin*, belirtilen ilkelerden herhangi birini ihlal ettiğinin belirlenmesi halinde, Telekomünikasyon Kurumu tarafından *sonradan* incelemeye konu edilebilecek olduğu ortaya konulmaktadır. **Bu düzenlemenin yukarıda varılan sonucu, yani tarifelerin onaylanmış olmasının hiçbir surette bu tarifelerin hukukiliği karinesini doğurmadığı, bununla beraber söz konusu tarifelerin başkaca veya aynı mevzuata aykırılık teşkil edebileceği ve bunun onay işleminin gerçekleşmesine karşın sonradan tespit edilebileceği yönündeki yaklaşımımızı desteklediği düşünülmektedir.**

Nitekim, Türk Telekomünikasyon A.Ş. (Türk Telekom) uluslararası karasal kiralık devre tarifelerinin Telekomünikasyon Kurumunca 2002 yılında onaylanmış olmasına karşın, aynı Kurum tarafından 2003 yılında bu kez aşırı fiyatları yansıttığı gerekçesiyle incelemeye konu edilmiş olması ve “AB tarifeleri ile karşılaştırıldığında oldukça yüksek olduğu sonucuna” ulaşılması, ve bu çerçevede **yeniden onaya sunulmak üzere belirlenmesinin istenmesinin** de aynı yönde olduğu düşünülmektedir.

Konunun Topluluk mevzuatı çerçevesinde ele alınmasına ilişkin benimsenen ilkelerin de tarafımızdan kabul edilen bu yaklaşıma paralel olduğu anlaşılmaktadır. Bu çerçevede, 1984 yılında “*ilgili Bakanlıkça onaylanan tarifelerin içeriğinin ticari olarak British Telecom tarafından belirlendiği gerekçesi*” ile hakim durumun kötüye kullanılmasına örnek teşkil eden bir uygulama olduğu” yönündeki ATAD ve Komisyon kararları da yol göstericidir.

Bu anlamda, yapılan soruşturma hiçbir biçimde düzenlenen (regüle edilen) fiyatlar ile ilgili olmayıp, taraflar arasında rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmanın var olup olmadığı ile ilgilidir. Bir başka deyişle, soruşturma, telekomünikasyon sektörü ile ilgili tüm düzenlemeler dikkate alınarak ve söz konusu düzenlemelerin getirdiği sınırlar çerçevesinde, teşebbüslerin yapmış oldukları eylemlerin 4054 sayılı Kanun'u ihlal edici olup olmadığının araştırılması üzerinedir. Teşebbüslerin düzenlemeler nedeni ile gerçekleştirdikleri eylemler hiçbir şekilde rekabet incelemesine konu olmayıp, tam tersi teşebbüslerin düzenlemelerin sınırları içerisinde kendi özgür iradeleri ile gerçekleştirmiş oldukları eylemler incelenmektedir.

780

I.2. Turkcell ve Telsim Arasında Varlığı İddia Edilen Anlaşmanın İspatı

Soruşturma Raporu'nun bulgu ve tespitleri, ilk bakışta 4054 sayılı Kanun'un ihlal edildiği gibi bir sonuca götürmekteyse de aşağıda açıklanacak nedenlerden ötürü yapılan eylemleri ihlal olarak değerlendirmek mümkün olmamıştır.

790

Soruşturma Heyeti, yeni operatörlerin piyasaya girmelerinden kısa bir süre önce Turkcell ve Telsim'in önce kendi aralarındaki arabağlantı ücretini 1,4 sentten 20 sente çıkardıklarını ve daha sonra yeni operatörlerle de bu ücret üzerinden arabağlantı sözleşmesi imzaladıklarını tespit etmiştir. Ayrıca, arabağlantı ücretlerindeki bu gelişmeye paralel olarak Turkcell ve Telsim'in, şebeke içi görüşme ücretlerinde indirim giderek şebeke içi ve şebekelerarası görüşme ücretlerinin arasındaki farkın açılmasını sağladıkları belirlenmiştir.

800

Heyet, rapordaki tespit ve değerlendirmeleri neticesinde, bu gelişmelerin, Turkcell ile Telsim arasındaki rekabeti engelleyici bir anlaşmanın sonucu ortaya çıktığı ve iki açıdan rekabet ihlali yarattığı düşüncesindedir.

Bunlardan ilki, Turkcell ve Telsim'in mevcut abonelerinin karşılıklı olarak şebeke değiştirmelerini önleyecek şekilde anlaşmalarıdır. Heyete göre, arabağlantı ücreti ve konuşma tarifelerindeki yeni oluşan fiyatlama koşulları bu amaca hizmet etmiştir. Bir başka deyişle Soruşturma Heyeti, Turkcell ve Telsim'in, aralarındaki fiyat rekabetini zorlaştırdıklarını ve mevcut aboneleri bazında fiyat rekabetinden vazgeçtiklerini ileri sürmektedir.

810

Raporda arabağlantı ücreti ve tarifelerdeki gelişmeler aracılığıyla ortaya çıktığı ileri sürülen diğer rekabet ihlali ise, Turkcell ve Telsim'in piyasaya yeni giren rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılması konusunda anlaşma yapmış olmalarıdır. Rapora göre, yeni arabağlantı ücreti ve konuşma tarifeleri Turkcell ve Telsim arasındaki bir anlaşma sonucu yeni operatörlerin faaliyetlerini zorlaştıracak seviyelerde belirlenmiştir.

Heyet, yukarıda anılan ihlallerin yazılı olmayan bir anlaşma çerçevesinde vuku bulunduğunu ifade etmektedir. Yazılı olmayan bu anlaşmanın varlığı, aşağıdaki

820 fikirler çerçevesinde ispat edilmeye çalışmaktadır. Dosya konusu olayda, Turkcell ile Telsim arasındaki arabağlantı sözleşmeleri piyasaya giren yeni firmalarla yapılan diğer sözleşmelerden kısa bir süre önce imzalanmıştır. Heyete göre, arabağlantı ücretlerinin yüksek olması şebeke dışsallığı kavramı çerçevesinde küçük operatörlerin aleyhine bir durum yaratmaktadır. Ayrıca raporda GSM hizmetleri piyasasında genel olarak, yüksek arabağlantı ücreti sonucu şebekelerarası görüşme fiyatlarının yükselmesi ve şebeke içi görüşme ücretlerinin düşmesi küçük operatörlerin abonelerinin büyük operatöre kaymasına neden olan bir gelişme olarak kabul edilmektedir. Bu durumda, Turkcell ile Telsim arasındaki arabağlantı ücretinin yükseltilmesinin yukarıdaki tespit çerçevesinde Turkcell'e göre pazar payı görece daha küçük olan Telsim'in aleyhine bir gelişme yaratması beklenirken, Telsim'in hangi saiklerle yeni arabağlantı ücretini kabul etmiş olabileceğini Heyet şu şekilde açıklamaktadır: Turkcell ve Telsim arasındaki yüksek ücret özellikle Turkcell karşısında küçük operatör olan Telsim açısından ancak yeni girenlerle de aynı seviyede anlaşılırsa ekonomik olarak anlamlı olabilmektedir. Soruşturma Raporu'nda Turkcell ile Telsim arasındaki rekabet ihlali yaratan "anlaşma" iddiası bu fikre dayanmaktadır.

840 Uygulamada tüm operatörlerin 20 sentlik arabağlantı ücretini ödemeyi kabul ettiğinin tespit edilmesine rağmen, bu durum ve Heyetin iddiaları aşağıdaki gerekçeyle ihlali ispat edecek seviyede yeterli görülmemiştir. Turkcell ile Telsim'in iddia edilen strateji dahilinde, kendi aralarında 20 sent üzerine anlaşmaları, Aria ve Aycell'in de bu firmalar ile aynı ücret üzerinden anlaşmasını gerekli ve zorunlu kılacak bir husus oluşturmamaktadır. Ayrıca, Telsim'in Turkcell'e 20 sent ödemeyi kabul ettiği gün itibarıyla Aria ve Aycell'in 20 sent ödemeyi kabul edeceklerini garanti altına alan bir durum da söz konusu değildir. Aria ve Aycell'in 20 sent ödemeyi kabul etmemeleri durumunda Turkcell ve Telsim'in uygulayabilecekleri "inandırıcı bir tehdit" in varlığı da Soruşturma Raporu'ndaki bazı iddialara rağmen tam olarak ortaya konulamamıştır. Bilindiği gibi yürürlükteki mevzuat açısından arabağlantı ücretinde bir anlaşmazlık olduğunda taraflar Telekomünikasyon Kurumu'nun aracılığına başvurabilirler. Telsim, Turkcell'e 20 sent ödemesi halinde Aria ile Aycell'in de kendilerine 20 sent ödemeyi kabul edip etmeyeceği ve Telekomünikasyon Kurumu'ndan uzlaşma talep etmeyeceği bilgisine sahip değildir. Turkcell ve Telsim'in arabağlantı ücreti ve tarifeler yoluyla rekabeti kısıtlamayı amaçlayan bir anlaşma yapmış oldukları iddiası değerlendirilirken, bu teşebbüslerin rekabeti kısıtlama amacına ulaşmak için, Aria ve Aycell'in 20 senti kabul etmeme riskine karşı önceden bu riski bertaraf edecek imkan ve koşullara sahip olup olmadıkları değerlendirilmelidir. Eldeki bilgi ve belgeler çerçevesinde, Turkcell ve Telsim'in bu imkan ve koşullara sahip olmadıkları kanaati oluşmaktadır. Söz konusu belirsizliklerin mevcudiyeti, Turkcell ve Telsim'in davranışlarında amaç açısından rekabeti kısıtlamanın dışında başka saikler olabileceği şüphesini doğurmaktadır.

860 Ara bağlantı ücretinin, raporda ortaya konan gerekçe ve değerlendirmeler doğrultusunda belirlenmiş olması Kurul'ca imkan dahilinde değerlendirilmektedir. Ancak ara bağlantı anlaşmasının ücretinin raporda iddia edildiği gibi sadece

870 tarafların karşılıklı irade beyanının uyuşması sonucunda bu seviyede oluşabileceği, bunun dışında bir ihtimalin bulunmadığı yönündeki görüşe iştirak etmek için eldeki delillerin yeterli olmadığı değerlendirilmektedir. Diğer bir deyişle, Turkcell'in ya da Telsim'in, başka gerekçelerle ya da raporda sayılan gerekçelerle ara bağlantı ücretini 20 sent olarak belirlemek istediği kabul edildiği durumda da, bu ücret seviyesinin her ikisinin de karşılıklı olarak irade beyanları ve mutabakatı sonucunda oluştuğu ve bu mutabakat olmadan ücretlerin bu biçimde oluşmasının mümkün olmayacağı iddiasının raporda tam olarak ispat edilemediği anlaşılmıştır.

880 Yukarıda sayılan nedenlerle, Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. ve Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.'nin aralarında bir anlaşma yaparak arabağlantı ücretlerini yükseltmek yoluyla şebekeler arası görüşme ücretlerini artırmak ve eş zamanlı olarak şebeke içi ücretleri düşürmek sonucu mevcut abone sayılarını korumak ve piyasaya girmeye hazırlanan operatörlerin girişini engellemek amacıyla taraflar arasında bir anlaşma olduğu savının; söz konusu anlaşmanın rekabeti kısıtlama amacıyla yapılmış olduğunun ispatlanamamış olması, bir başka deyişle bu anlaşmanın iddia edilen rekabeti kısıtlayıcı davranışları amaçlamasının dışında da bazı sebeplerinin varolamayacağına gösterilememesi gerekçesiyle, Soruşturma Raporu'nda sunulan bilgi ve yapılan çözümlenmelerle tam olarak ispat edilemediğine ve dolayısıyla herhangi bir cezaya yer olmadığı sonucuna varılmıştır.

J. SONUÇ

890 1.5.2003 tarih, 03-28/350-M sayılı Kurul Kararı uyarınca Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. ve Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. hakkında yürütülen soruşturma ile ilgili olarak toplanan delillere, sözlü savunma toplantısındaki açıklamalara ve incelenen dosya kapsamına göre;

900 1- Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde tüm mal ve hizmet piyasalarındaki rekabetin tesisi ve korunması amacını hedefleyen 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un kapsamı çerçevesinde, rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı eylemlere karşı her piyasada olduğu gibi telekomünikasyon pazarında da Rekabet Kurulu'nun görevli ve yetkili bulunduğuna OYÇOKLUĞU ile

2- Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. ve Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.'nin aralarında bir anlaşma yaparak arabağlantı ücretlerini yükseltmek yoluyla şebekeler arası görüşme ücretlerini artırmak ve eş zamanlı olarak şebeke içi ücretleri düşürmek sonucu mevcut abone sayılarını korumak ve piyasaya girmeye hazırlanan operatörlerin girişini engellemek eyleminde bulunduğu savının elde edilebilen bilgi ve yapılan çözümlenmelerle tam olarak ispat edilemediği; dolayısıyla herhangi bir cezaya yer olmadığına OYÇOKLUĞU ile

karar verilmiştir.

910

(Rekabet Kurulu'nun 25.10.2004 Tarih 04-68/976-236 Sayılı Kararı)

KARŞI OY GEREKÇESİ

920

Hakkında soruşturma açılan Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. (Turkcell) ile Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.'nin davranışlarının, dosya kapsamına ve toplanan delillere göre aralarındaki fiyat rekabetini ortadan kaldırma amacını taşımadığı, diğer operatörlerin faaliyetlerini zorlaştırma amacı ve etkisinin bulunmadığı, dolayısıyla Turkcell ve Telsim'in faaliyetlerinin arabağlantı ücretlerinin belirlenmesi ile sınırlı olduğuna dair tarafımda kanaat oluşmuştur.

Hakkında soruşturma açılan her iki operatörün faaliyetleri arabağlantı ücretleri ile sınırlı olduğuna göre konunun öncelikle yetki yönünden ele alınması gerekmektedir.

930

Yetki meselesi re'sen ve her zaman gözönüne alınabilir. Çünkü yetki kamu düzenini ilgilendirir. Bir olay hakkında önaraştırma veya soruşturma açılmasına karar verildikten sonra, 4054 sayılı Yasaya göre gerçekleştirilen önaraştırma veya soruşturma süreci sonunda yetki konusunda kesin kanaata varıldığını söylemek mümkün değildir. Önaraştırma ya da soruşturma sürecinde toplanan deliller karşısında yetki konusu tekrar değerlendirilmeli, bu konuda olumlu veya olumsuz bir karar verilebilmelidir. Yukarıda da belirttiğim gibi yetki kamu düzenini ilgilendirir.

Bu durumda her iki operatörün faaliyetleri arabağlantı ücretleri ile sınırlı olduğuna göre;

940

Yetki, Rekabet Kurumu ve Kurulu'na (RK) mı aittir yoksa Telekomünikasyon Kurumu'na mı (TK) aittir.

Burada öncelikle yasal düzenlemelere bakmak gerekmektedir.

4502 sayılı Yasanın 6. maddesi ile değişik 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 10. maddesi;

950

“Bütün işletmecilerin ve kişisel telekomünikasyon tesislerini kullananların ara bağlantı talepleri, ilgili mevzuatta belirlenen haller saklı kalmak üzere, ara bağlantı sağlama yükümlülüğü olan işletmeciler tarafından karşılanır. Ara bağlantı sağlama yükümlülüğü olan işletmeciler, bu maddeye dayanarak çıkarılacak yönetmelik çerçevesinde Kurum tarafından belirlenir. Ancak, Türk Telekom her halde ara bağlantı sağlama görev ve yükümlülüğüne tabidir. Kurum tarafından ara bağlantı sağlama yükümlülüğü getirilen işletmeciler ve Türk Telekom “ara bağlantı yükümlüsü” olarak anılır.

960 Ara bağlantı yükümlüleri, ara bağlantıya ilişkin talepleri bu madde hükümleri çerçevesinde ve eşitlik, ayırım gözetmeme, şeffaflık, açıklık, maliyet ve makul kara dayalı olma ilkeleri temelinde ve ara bağlantı yükümlülerinin veya bunların ortaklarının, iştiraklerinin veya ortaklıklarının, kendi hizmetleri için sağladıkları ile aynı koşul ve kalitede karşılamakla yükümlüdürler. Ara bağlantı sağlanmasına ilişkin teknik olarak imkan dahilinde olan ve ekonomik olarak orantısız maliyetler ihtiva etmeyen talepler, makul ve haklı sebepler saklı kalmak üzere kabul edilir.

970 Şebekeler arasında ara bağlantı sağlanmasına yönelik olarak işletmeciler arasında yapılacak anlaşmalar, bu Kanuna ve ilgili diğer mevzuata uygun olarak taraflar arasında imzalanır ve gerekli teknik hükümleri, koşulları ve ücretleri de ihtiva eder. Bu tür tüm anlaşmalar ile bunların ekleri ve değişikliklerinin bir tasdikli sureti Kurum'a sunulur.

İmzalanan ve Kurum'da muhafaza edilen tüm ara bağlantı anlaşmaları alenidir. Şu kadar ki, Kurum tarafların ticari sırlarını korumak için gerekli önlemleri alır.

980 Ara bağlantı anlaşması ilk talepten itibaren azami üç ay içerisinde sonuçlandırılmadığı takdirde, Kurum, ara bağlantı talep eden tarafın başvurusu halinde, kamu menfaati gözetilerek belirleyeceği esaslar çerçevesinde taraflar arasında uzlaştırma prosedürü işletir ve kamu menfaati açısından makul ve gerekli gördüğü diğer tedbirleri alabilir.

990 Kurum'un bu prosedürü başlatmasından itibaren Kurum tarafından bir dört hafta daha uzatılabilecek olan altı haftalık bir süre içinde tarafların bir anlaşmaya varamamaları halinde, Kurum bu ara bağlantı anlaşması için uygun gördüğü hüküm, koşul ve ücretleri belirlemeye yetkilidir. Bu hüküm, koşul ve ücretler, taraflar aksini kararlaştırmadıkça veya kararlaştırılıncaya kadar geçerli olur.

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

1000 Kurum; ilgili işletmecilerin, uygun olduğu ölçüde kendi standart hüküm ve şartları içine dahil edebilecekleri, standart ara bağlantı referans ücret tarifeleri yayınlar ve gerektiğinde bunları değiştirir.

Kurum; bu maddenin uygulanma esaslarını ve standart referans tarifeleri, ara bağlantı ve roaming anlaşmalarının tabi olduğu ayrıntıları gösteren yönetmelikler çıkarır ve standart referans tarifeleri, şebeke ara bağlantıları ve roaming ile ilgili anlaşmaların telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesinde ve altyapının işletiminde serbest rekabeti engelleyici sonuçlara yol açmayacak tedbirleri alır, gerektiğinde 07.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde Rekabet Kurumuna başvurabilir.

1010

29.maddesi; (4502 sayılı Yasanın 9. md. ile değ.)

“İşletmeciler, telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve/veya altyapı işletilmesi karşılığında alacakları ücretleri ilgili mevzuat, tabi oldukları görev veya imtiyaz sözleşmesi, telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin ile Kurum düzenlemelerine aykırı olmayacak şekilde serbestçe belirleyebilirler. Aşağıdaki hallerde Kurum, hat ve devre kiralari da dahil olmak üzere ücretlerin hesaplanma yöntemlerini ve üst sınırlarını, makul ve ayırım gözetmeyen şartlarla, 30 uncu maddede belirlenen genel ilkeler çerçevesinde çıkarılacak yönetmelikler, tebliğler ve sair idari düzenlemeler, imtiyaz sözleşmeleri ve telekomünikasyon ruhsatlarının hüküm ve şartları da gözetilerek tayin ve tespit etmeye yetkilidir.

1020

.....
.....

b) İlgili telekomünikasyon hizmetlerinde, bir işletmecinin hukuki veya fiili bir tekel olduğunun veya ilgili hizmet veya coğrafi piyasada hakim konumda bulunduğunun Kurum tarafından belirlendiği haller.”

1030

.....
.....

30. maddesi; (4502 sayılı Yasanın 10. md. ile değ.)

“Kurum, telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve/veya altyapı işletilmesi karşılığında alınacak ücretlere ilişkin düzenlemeleri, aşağıdaki genel ilkelerin gerçekleştirilmesi hususunu gözönünde tutarak yapar:”

1040

- a).....
- b).....
- c).....
- d).....
- e).....
- f).....
- g).....

1050 Yukarıdaki hükümlerden de anlaşılacağı üzere; arabağlantı talepleri, arabağlantı sağlama yükümlülüğü olan işletmeciler tarafından karşılanacaktır. TK tarafından çıkarılacak yönetmelik çerçevesinde arabağlantı sağlama yükümlülüğü olan işletmeciler TK tarafından belirlenecektir.

1060 Arabağlantı ücretleri işletmeciler arasında yapılacak anlaşmalar ile belirlenir. Bu anlaşma koşulları içerisinde ücretlerde bulunabilir. Taraflar arasında anlaşma olmadığı takdirde TK arabağlantı anlaşması için uygun gördüğü hüküm, koşul ve ücretleri kendisi belirler. TK bu ücretleri belirlerken yine 406 sayılı Yasanın kendisine verdiği yetki ve esaslar çerçevesinde denetim görevinde dahil olmak üzere hareket eder.

28 Ağustos 2001 gün ve 24507 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “Tarife Yönetmeliği” nin;

1. maddesi;

1070 “Bu Yönetmeliğin amacı, telekomünikasyon sektöründe rekabet ortamının oluşturulması, teknolojik gelişimin ve yeni yatırımların teşvik edilmesi, ülke genelinde telekomünikasyon hizmetlerinin yaygınlaştırılması ile tüketicilerin korunması hususlarını gözeterek tarifelerin onaylanmasına ve denetlenmesine yönelik usul ve esasları tespit etmektir.”

2. maddesi;

1080 “Bu Yönetmelik, Kurum tarafından, ilgili telekomünikasyon hizmetlerinde, bir işletmecinin hukuki veya fiili bir tekel olduğunun veya ilgili hizmet veya coğrafi piyasada hakim konumda bulunduğu veya etkin piyasa gücüne sahip olduğunun belirlendiği hallerde, işletmecinin kullanıcılara sunduğu telekomünikasyon hizmetlerinde uygulanacak tarifelerin onaylanmasına ve denetlenmesine yönelik usul ve esasları kapsar.”

6. maddesi;

“Tarifelerin onaylanmasında uygulanacak esaslar şunlardır:

1090 a) Tarifeler, hizmetin etkin olarak sağlanması maliyetine dayalı olacaktır.

b) Tarifeler, haklı bir gerekçe olmadıkça;

- 1) İşletmecinin etkin piyasa gücünün bir sonucu olarak ortaya çıkabilecek aşırı fiyatları içermeyecek,
- 2) Rekabetin kısıtlanmasını hedefleyen fiyat indirimlerini ihtiva etmeyecek,
- 3) Aynı veya benzer telekomünikasyon hizmetlerinin sunulmasında kullanıcılar arasında ayırım yapılmasına yol açmayacaktır.

1100

- c) Bu maddenin (b) bendi, farklı kullanıcı gruplarının özel durumlarını ve talep yapısını dikkate alan özel tarife seçeneklerinin geliştirilmesine engel teşkil etmeyecektir.”

16. maddesi;

“İşletmecinin herhangi bir telekomünikasyon hizmetini, onaylanmamış bir tarife ile sunması , geçersiz ticari hüküm ve koşullara dayandırması ve hizmet kalite gereklerini karşılamaması durumunda, Kurum tarafından 406 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin (f) bendi hükümleri uygulanır.”

1110

ifadelerini taşımaktadır.

Telekomünikasyon sektöründe rekabet ortamının oluşturulması, teknolojik gelişmenin sağlanması, tüketicilerin korunması ve ülke genelinde telekomünikasyon hizmetlerinin yaygınlaştırılması gözetilerek tarifelerin onaylanması ve denetlenmesi yetkisi de “Tarife Yönetmeliği” ile TK’na verilmiştir.

1120

Tarifelerin onaylanması, bu yönetmeliğin belirlediği esaslar kapsamında yapılacak ve yönetmelik gereklerini yerine getirmeyen işletmeciye yönetmeliğin 16. maddesi delaletiyle 406 sayılı Kanun’un 2. maddesinin (f) bendi uygulanacaktır.

23 Mayıs 2003 gün ve 25116 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği” nin;

1. maddesi;

1130

“Bu Yönetmeliğin amacı; kullanıcıların makul bir ücret karşılığında telekomünikasyon hizmetlerinden ve altyapısından azami ölçüde yararlanmasını sağlayacak uygulamaların teşvik edilmesi, telekomünikasyon sektöründe verimliliğin, sürdürülebilir rekabet ortamının sağlanması ve uzun vadede kullanıcıların yararına olacak rekabet ortamının oluşturulmasına yönelik altyapı yatırımlarının desteklenmesi için telekomünikasyon şebekelerine, erişim ve arabağlantıya ilişkin usul ve esasları belirlemektir.”.

7. maddesi;

1140

“Kurum, ilgili telekomünikasyon hizmetleri pazarında etkin piyasa gücüne sahip işletmecileri belirler. Etkin piyasa gücüne sahip işletmecilerin belirlenmesine ilişkin usul ve esaslar tebliğle düzenlenir.”

10. maddesinin 2. fıkrası;

1150

“Türk Telekom ve etkin piyasa gücüne sahip işletmeciler arabağlantı yükümlüsüdür. Bunun yanı sıra Kurum, bir işletmecinin, arabağlantıya izin vermemesinin veya aynı sonucu doğuracak şekilde makul olmayan süre ve şartlar ileri sürmesinin, rekabet ortamının oluşumunu engellediğine veya ortaya çıkacak durumun kullanıcıların aleyhine olduğuna karar vermesi halinde, söz konusu işletmeciyi arabağlantı yükümlüsü olarak belirler.”

16. maddesi;

1160

“İşletmeciler tarifelerini bu Yönetmelikte yer alan ilkeleri göz önüne alarak serbetçe belirlerler.

Etkin piyasa gücüne sahip işletmeciler ve Türk Telekom erişim ve arabağlantı tarifelerini maliyet esaslı olarak belirlemekle yükümlüdürler. Kurum tarafından arabağlantı sağlama yükümlülüğü getirilen diğer işletmeciler de arabağlantı tarifelerini maliyet esaslı belirlerler. Kurum, söz konusu işletmecilerden erişim ve/veya arabağlantı tarifelerinin maliyet esaslı belirlendiğinin ispatlanmasını talep edebilir.

1170

Kurum, tarifelerin maliyet esaslı belirlenmediğine karar vermesi halinde tarifeleri maliyet esasına göre belirler. Kurum, tarifeleri maliyet esasına göre belirleyinceye kadar diğer ülke uygulamalarını uygun olduğu ölçüde dikkate alarak tarifelere üst sınır koyabilir. Kurumun belirlediği tarifeler bağlayıcıdır.”

20. maddesi;

1180

“İşletmeciler, arabağlantı da dahil olmak üzere erişimin hüküm ve koşullarını ilgili mevzuata, görev ve imtiyaz sözleşmelerine, telekomünikasyon ruhsatı, genel izin ve Kurum düzenlemelerine aykırı olmamak kaydıyla kendi aralarında müzakere ederek serbetçe belirlerler.”

21. maddesi;

“İlgili işletmecilerin, arabağlantı da dahil olmak üzere erişim talebinden itibaren azami üç ay içerisinde anlaşma sağlayamamaları halinde,

tarafardan herhangi biri Kurumdan uzlaştırma prosedürü işletmesini talep edebilir.

.....
.....

1190

d) Erişim veya arabağlantı talebi karşılığında teklif edilen ücret ve gerekçeleri,

.....
.....

Uzlaştırma prosedürünün başlatılmasını müteakip bu maddenin dördüncü fıkrasında belirtilen süreler zarfında taraflar arasında anlaşma sağlanamaması halinde Kurum, anlaşma için uygun gördüğü ve işletmeciler için bağlayıcı olan hüküm, koşul ve ücretleri belirlemeye yetkilidir.

1200

Kurum, bu maddenin beşinci fıkrasına göre, taraflarca sunulan bilgi ve belgeleri bu Yönetmeliğin 5 inci maddesinde belirtilen ilkeler doğrultusunda nitelik ve nicelik itibarı ile değerlendirerek dört ay içerisinde arabağlantı dahil erişim anlaşmaları için uygun gördüğü hüküm, koşul ve ücretleri belirler ve taraflara tebliğ eder. Kurum, bu süreyi gerekli gördüğü hallerde, iki ay uzatabilir.

.....
.....

1210

Kurum tarafından belirlenen hüküm, koşul ve ücretler aksi belirtilmedikçe taraflara tebliğ edildiği tarihten itibaren yürürlüğe girer.”

25. maddesinin f bendi;

“Uzlaştırma prosedürü sonucunda hüküm, koşul ve ücretleri Kurum tarafından belirlenen erişim veya arabağlantı anlaşmasına yükümlü işletmeci tarafından uyulmaması ya da erişim veya arabağlantı yükümlülüğü çerçevesinde sunulmakta olan hizmetlerin söz konusu işletmeciye bir önceki takvim yılındaki cirosunun %3 (yüzdeüç)’üne kadar,”

1220

j bendi;

“İşletmecilerin erişim ve/veya arabağlantı tarifelerini bu Yönetmelik hükümlerine aykırı olarak uygulamaları halinde bir önceki takvim yılındaki cirolarının %1 (yüzde bir)’ ine kadar”

hükümlerini ihtiva eder.

1230

Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliğinin amacı sektördeki verimliliğin artması, rekabet ortamının sağlanması ve buna yönelik altyapı yatırımlarının desteklenmesi için telekomünikasyon şebekelerine, erişim ve arabağlantıya ilişkin usul ve esaslarının belirlenmesidir.

1240 Yine bu yönetmelikle Etkin Piyasa Gücüne Sahip İşletmeciler ile Arabağlantı Yükümlülüğü getirilen işletmecilerin belirlenmesi hüküm altına alınmış ve TK tarafından çıkarılarak yayımlanan iki ayrı tebliğ ile “Etkin Piyasa Gücüne Sahip İşletmecilerin Belirlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar” ile “Hakim Konumda Bulunan İşletmecilerin Belirlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar” belirlenmiştir.

TK.’nun 21.08.2003 gün 2003/332 sayılı kararı ile;

GSM Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri Piyasasında ve GSM Mobil Çağrı Sonlandırma Hizmetleri Piyasasında Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.’nin Etkin Piyasa Gücüne sahip olduğu,

1250 GSM Mobil Çağrı Sonlandırma Hizmetleri Piyasasında Telsim İletişim Hizmetleri A.Ş.’nin Etkin Piyasa Gücüne sahip olduğu,

tespit edilmiştir.

Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliğine göre Etkin Piyasa Gücüne sahip işletmeciler ve arabağlantı sağlama yükümlülüğü getirilen diğer işletmeciler arabağlantı tarifelerini maliyet esaslı belirlemelidirler. Bu esaslara uyulmadığı takdirde tarifeleri maliyet esaslı TK belirler. Belirlenen esas ve koşullara uyulmaması durumunda işletmecilere Yönetmeliğin 25. maddesindeki yaptırımlar uygulanacaktır.

1260

2813 sayılı Telsiz Kanunu’nun, 4502 sayılı Kanunun 16. maddesi ile değişik;

7. maddesinin h bendi;

1270

“Telekomünikasyon hizmetlerinden ve altyapısından yararlanacak kullanıcılara ve telekomünikasyon şebekeleri arasındaki arabağlantılar bakımından diğer işletmecilere uygulanacak ücret tarifelerine ve sözleşme hükümlerine ve teknik hususlara ilişkin genel kriterleri ve görev alanına giren diğer konularda uygulama usul ve esaslarını belirlemek, tarifeleri incelemek, değerlendirmek, gerekenleri onaylamak ve bunların uygulanmasını izlemek,”

ı) bendi;

1280 “Telekomünikasyon hizmetleri ve altyapısıyla ilgili olarak işletmecilerin ve bu alanda Kanuna uygun olarak ticari faaliyet içinde bulunanların, hizmetlerin yürütülmesi, altyapının işletilmesi ve çeşitli telekomünikasyon teçhizat ve cihazları üreten veya satanların bu hizmet ve faaliyetlerini Türkiye dahilinde tam bir rekabet ortamı içinde gerçekleştirmelerini sağlamak, teşvik edici tedbirleri almak,”

j) bendi;

1290 “Telsiz haberleşmesi ve teekomünikasyon hizmetleri ve altyapının işletimi ile ilgili olarak görev alanına giren konularda yönetmelik çıkartmak veya diğer idari işlemleri yapmak, işletmeciler, aboneler, kullanıcılar ve Türk telekomünikasyon sektörünü etkileyen tüm gerçek ve tüzel kişilerin ilgili mevzuata uymasını denetlemek, bu hususta ilgili makamları harekete geçirmek ve gereken hallerde kanunlarda öngörülen yaptırımları uygulamak,”

Ek madde;

1300 “Kurum telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve alt yapısının işletilmesi ile ilgili hususları ve ayrıca hem bu hizmetlerde hem de genel olarak telekomünikasyon sektöründe rekabete aykırı davranış, plan ve uygulamaları re’sen veya şikayet üzerine incelemeye ve görev alanına giren konularda bilgi ve dökümanların sağlanmasını talep etmeye yetkilidir.
.....
.....

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

hükümlerine sahiptir.

1310 7. maddenin başlığı “Telsiz İşleri Genel Müdürlüğünün Kuruluş ve Görevleri” iken 4502 sayılı Kanununun 16. maddesiyle “Telekomünikasyon Kurumunun Görevleri” olarak değiştirilmiştir. Kullanıcılar ile arabağlantı bakımından işletmecilere uygulanacak ücret tarifelerine ilişkin usul ve esasları belirlemek, tarifeleri incelemek, denetlemek, değerlendirmek, hizmetlerin yürütülmesi, altyapının işletilmesi, bunların tam bir rekabet ortamı içinde gerçekleştirilmesini sağlamak bu kanun ile TK’na verilen bir görevdir.

1320 Yukarıda da belirttiğim gibi Turkcell ve Telsim’in faaliyetleri arabağlantı ücretlerinin belirlenmesi ile sınırlıdır. Her iki teşebbüsün bu faaliyetlerinin diğer operatörlerin faaliyetlerini zorlaştırma amacı ve etkisi olmadığı gibi aralarındaki

04 –68/976 -236

fiyat reketbetini ortadan kaldıran bir anlaşmanın varlığından da bahsetmek söz konusu olmamaktadır.

Arabağlantı ücretleri de dahil olmak üzere tarifelerin belirlenmesinde ilke ve kuralların ortaya konulması, bu ilke ve kurallara uygunluğun denetimi, kurallara uyulmaması halinde ceza verme yetkisi TK.'na verilmiş bulunduğundan, dosya konusu olayın Telekomünikasyon Kurumu'nun yetkisine girdiği kanaatında olduğumdan, çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

1330

Tuncay SONGÖR
İkinci Başkan

1340

1350

1360

1370

(Rekabet Kurulu'nun 25.10.2004 tarih ve 04-68/976-236 sayılı Kararı)

KARŞI OY GEREKÇESİ

1380

GSM operatörleri Türkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. ve Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.'nin mobil telekomünikasyon hizmetleri ve ilgili diğer telekomünikasyon pazarlarında uyguladıkları tarifeler ve ara bağlantı ücretleri ile 4054 sayılı Kanun'un ihlal edilip edilmediğine dair Karar'ın 1.maddesine aşağıda belirttiğim gerekçelerle katılmamaktayım.

1390

Söz konusu Karar'ın 2.maddesinde Kurul, "Türkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. ve Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.'nin aralarında bir anlaşma yaparak ara bağlantı ücretlerini yükseltmek yoluyla şebekeler arası görüşme ücretlerini artırmak ve eş zamanlı olarak şebeke içi ücretlerini düşürmek sonucu mevcut abone sayılarını korumak ve piyasaya girmeye hazırlanan operatörlerin girişini engellemek eyleminde bulunduğu" iddiasının elde edilen bilgi ve belgeler çerçevesinde tespit edilemediğine ve dolayısıyla herhangi bir cezai müeyyide uygulamasına gerek bulunmadığına karar vermiştir.

1400

Bu sebeple ve soruşturma konusu ve kapsamı çerçevesinde Rekabet Kurulu'nun karar vermesine gerek olup olmadığı diğer bir deyişle, ilgili teşebbüslerin telekomünikasyon pazarlarında uyguladıkları tarifeler ve ara bağlantı ücretlerinin tespiti bakımından karar verici kamu otoritesinin; Rekabet Kurumu ve Kurulu veya Telekomünikasyon Kurumu ve Kurulu mu olduğu Karar'ın 1.maddesinde tartışılmıştır. Hangi kurul'un yetkili olduğu ve yasaları gereği konunun, hangi kurulun görev alanında bulunduğu tartışılmış ve oylanmıştır.

1410

Bu çerçevede, yetki tartışmaları yapılırken kanaatimizce, kurumların yasaları esas tutularak konu ve ilgili dosya içeriği bazında değerlendirme yapılması önemli olmaktadır. Yasa koyucu'nun konu başlığı itibariyle yasalarda yaptığı tasnifler ve görev olarak belirlediği alanlar gözden kaçırılmamalıdır. Halbuki, görüldüğü üzere Kurul'umuz Kararı'nın 1.maddesinde yetki değerlendirmesini konu bazında yapmamış; genelleyici bir anlayışla, karara esas hususun özelliği ve sektörel bir düzenleme bahsi olduğunu hatta, Telekomünikasyon Kurumu'nun münhasıran, üzerinde teknik çalışmalar yapması gereken tarife ve ücret belirlemesi olduğunu gözden uzak tutmuştur.

Görüldüğü üzere, genelleyici bir usul ile ifade edilenden anlaşılın; kapsamı ne olursa olsun telekomünikasyon sektöründeki, her tür düzenleme ve faaliyetlerde Rekabet Kurulu'nun karar istihsal edilebileceğidir. Halbuki, bugüne kadar benzer dosyalarda görülen; düzenleyici iki kamu otoritesi arasında

1420 ihtilaf haline gelmiş, telekomünikasyon sektöründe ihlal niteliğine erişmiş konuların çözülmesi sürecinde izlenecek yöntem, yasalarındaki hükümlerinden dolayı birden fazla kurum ve kuruluşun görev alanında olabileceği, bu görev örtüşmesinden dolayı ara kesitte bulunan konuların hallinin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun olarak bir koordinasyon içinde, beraber mütalaa edilerek beraber çözümünü veya diğer kurumun tasarruf ve görüşleri göz önüne alınarak mukayeseli olarak daha fazla ilintili ve konuda yetkinliği daha belirgin olan idarece çözümünün akılcı bir yol olduğunun benimsenmesidir.

1430 Bu akılcı yolun bulunamadığı, kurumların sadece kendi cephesinden olaylara baktığı, kendi yasalarındaki hükümlere bakarak, aslında konularla olan tali ilişkiye rağmen asli kararı oluşturma yoluna gittiği hallerde, Rekabet Kurumu ve Telekomünikasyon Kurumu arasında Telekomünikasyon sektörüyle ilgili dosyalarda kısmen yaşanan yetki kargaşası gibi durumlar ortaya çıkmaktadır. Yetki kargaşasının giderilmediği hallerde, aynı konudaki dosyalarda çifte/çelişkili düzenleme yapılması tehlikesi ortadadır ve sonuçta, birbiri ile aynı mahiyette olmayan, farklı önermelere sahip kararlar hatta, parasal ceza ile ilgili konularda aynı ve tek suç/eylem için mükerrer veya birbiriyle oransız cezalar oluşturulma riski var olabilmektedir.

1440 Belirtilen sakıncaların giderilmesi için önemli ve öncelikle yapılması gereken, olay/dosya bazında görevli ve yetkili kurumun belirlenmesidir. Bu belirlemenin yapılması ve gerektiği hallerde konuların koordinasyon içinde beraberce çözülmesi için, 16.09.2002 tarihinde imzalanan fakat bugüne kadar çalıştırılmayan “Rekabet Kurumu ile Telekomünikasyon Kurumu Arasındaki İşbirliği Hakkında Protokol” itina ile işletilmelidir.

1440 Yukarıdaki değerlendirmeler ışığında, Kurul Kararı'na konu, telekomünikasyon sektöründe teknik bir değerlendirme sonucu belirlenebilecek tarifeler ve arabağlantı ücretlerinin tespitinin;

- 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 4502 sayılı Kanun'la değişik 10. ve 16.maddesi,
- 2813 sayılı Telsiz Kanunu'nun 7.maddesi ve
- Telekomünikasyon Kurumu'nca yayımlanan, “Tarife ve Erişim” “Arabağlantı” yönetmelikleri,

1450 çerçevesinde Telekomünikasyon Kurulu'nun görev ve yetki alanı içinde olduğu kanaatiyle, soruşturma konusu ile ilgili olarak Rekabet Kurulu'nca karar verilmesine mahal olmadığı düşüncesindeyim.

Rıfki ÜNAL
Kurul Üyesi

25.10.2004 tarih ve 04-68/976-236 Sayılı Kurul Kararı'na

KARŞI OY GEREKÇESİ

Soruşturma sürecinde elde edilen belge ve bilgiler, yapılan analiz ve değerlendirmeler çerçevesinde, haklarında soruşturma yapılan Turkcell ve Telsimin, aralarında anlaşma yaparak rekabeti ihlal ettiklerinin açık biçimde ortaya konulmuş olduğu düşüncesiyle ilgili Kurul Kararı'na katılma imkanı bulamadık. Katılmama gerekçelerimiz aşağıda yer almaktadır:

1470 Öncelikle ara bağlantı ücretinin yüksekliği konusu ele alınmalıdır. Her şeyden önce, ara bağlantı ücretinin olması gereken seviyenin üstünde olduğuna ilişkin olarak raporda yer verilen delil, analiz ve değerlendirmelerin yeterli ve tatminkar olduğunu belirtmek isteriz. Soruşturma Raporunda, bir şebekeden çağrı başlatmak ile o şebekede çağrı sonlandırmak arasında ihmal edilebilir derecede az maliyet farkı bulunduğu açık biçimde ortaya konulmaktadır. Normal şartlarda, operatörlerin şebeke içi görüşme ve şebekeler arası görüşme ücretleri arasında çok az fark olması gerekmektedir. Bu anlamda bir operatörün şebekeler arası görüşme ücretini rakibin şebeke içi ücretleri seviyesine düşürerek rakibiyle bu türde bir fiyat rekabetine girişmesi bile mümkündür. Turkcell ve Telsim arasında, Aria'nın piyasaya girişi öncesinde, bu tarz bir fiyat rekabetinin yaşandığı, yeni ara bağlantı tarifeleri sonrasında ise bu rekabetin ortadan kalktığı, Raporda, ayrıntılı analizlerle açıklanmıştır.

Bağlantı ücretlerinin yüksekliğine ilişkin tespitler bununla da sınırlı değildir: Elde edilen bilgiler, Turkcell'in yurtdışından gelen çağrılarını sonlandırmak için Milleni.com adlı bir şirketle dakikası 10 sent üzerinden anlaşmış olduğunu göstermektedir. Yine Soruşturma Raporu, yurtdışından gelen bir çağrının maliyetinin, yurtiçinden gelen bir çağrının sonlandırılması maliyetleri ile aynı olduğunu ortaya koymuş, bu durum, yazılı ve sözlü savunmalarda, hakkında soruşturma yürütülen teşebbüsler tarafından da çürütülmemiştir. Dolayısıyla, sadece bu bilgiye dahi itibar edilerek,

04 –68/976 -236

1490 Türkiye’de operatörler arasında uygulanan 20 sentlik çağrı sonlandırma ücretinin yüksekliği konusunda karara varılması mümkündür. Dahası, hakkında soruşturma yürütülen taraflardan Turkcell, ikinci yazılı savunmasında, çağrı sonlandırma maliyetlerinin şebeke içi görüşmelerin %70’i düzeyinde olduğunu iddia ederek kendi 20 sentlik ücretlerinin yüksek olduğunu zımnen kabul etmiştir.

Telekomünikasyon Kurumu’nun haklarında soruşturma yürütülen teşebbüsler için belirlediği ücretler de, her iki operatörün uyguladığı ara bağlantı ücretlerinin belirgin biçimde altındadır.

1500 Arabağlantı ücretlerinin olması gerekenden yüksek belirlenmiş olması, bu ücretlerin belirleniş biçimi ve zamanı da dikkate alındığında, rekabetçi açıdan ihlal teşkil edecek bir görünüm kazanmaktadır. Turkcell ve Telsim’in, aralarındaki karşılıklı trafiğin Türk Telekom aracılığıyla taşınmadığı, çağrılarının birbirlerine direkt olarak gönderildiği 17 ay boyunca arabağlantı ücreti olarak birbirlerine dakika başına 1.4 sent ödedikleri Rapor ve ekinde yer alan belgelerde açıkça gösterilmektedir. Söz konusu ücretin, arabağlantı ücretlerinin olması gereken düzeylerinin altında bulunduğu iddia ve görüşü doğru ise de, ücret artışının, Aria’nın piyasaya girdiği tarih olan 2001 yılının Mart ayında 20 sent olarak revize edilmiş olması, rekabet ihlali olarak yorumlanabilecek bir işbirliğini gündeme getirmektedir.

1510 Soruşturma Raporu’nun maliyet analizi bölümünde açıklandığı üzere, bir şebekeden çağrı başlatmak ile o şebekede çağrı sonlandırmak arasında ihmal edilebilir derecede bir maliyet farkı bulunmaktadır. Bir başka deyişle normal şartlarda operatörlerin şebeke içi görüşme ve şebekeler arası görüşme ücretleri arasında çok az fark olması gerekmektedir. Bu anlamda bir operatörün şebekeler arası görüşme ücretini rakibin şebeke içi ücretleri seviyesine düşürerek rakibiyle bu türde bir fiyat rekabetine girişmesi mümkün olabilecektir. Turkcell ve Telsim arasında da Aria’nın piyasaya giriş öncesinde bu tarz fiyat rekabetinin yaşandığı Raporda da gösterilmiştir. Ancak Aria’nın piyasaya girdiği tarih olan 2001 Mart ayında, Turkcell ve Telsim aralarındaki arabağlantı ücretini 20 sente çıkarmışlar

04 –68/976 -236

1520 ve Aria ile de aynı ücret üzerinden arabağlantı sözleşmeleri imzalamışlardır. Bir başka deyişle Aria, hiç bir zaman 1.4 sent seviyesinden çağrı sonlandırma hizmeti satın almamıştır.

Öncelikle, bütün operatörlerin şebekeler arası görüşme maliyetleri ve genel olarak şebekeler arası görüşme ücretleri yükselmiştir. Bu durum şebeke içi görüşmeler ile şebekeler arası görüşmeler arasındaki farkı artırmıştır. Turkcell ve Telsim'in neredeyse arabağlantı ücretlerinin revize edilmesi ile eş zamanlı olarak şebeke içi görüşmelerde de büyük oranlı indirimlere gitmesi, şebeke içi ücretler ve şebekeler arası ücretler arasındaki farkın tamamen açılmasına neden olmuştur. Soruşturma Raporunda yer verilen fiyat hareketleri, bu durumu açık ve belirgin biçimde göstermektedir.

1530 Raporda, şebeke içi görüşme ücretleri ve şebekeler arası görüşme ücretleri arasındaki farkın artmasının sonuçları ayrıntılı olarak açıklanmıştır:

-Aria'nın piyasaya girişi öncesinde piyasada yaklaşık 10 milyonu Turkcell'e ve 5 milyonu Telsim'e ait olmak üzere 15 milyon abone bulunmaktadır. Söz konusu abonelerin artan şebekeler arası görüşme ücretleri nedeniyle operatör değiştirmesi daha da zorlaştırılmıştır.

1540 -Yeni abone olacak kişiler, eğer Aycell ve Aria'nın abonesi olur iseler yaklaşık 15 milyon kişiyi, yüksek şebekeler arası ücretlerden aramak zorunda olduklarını ve Aycell ve Aria'nın şebekesi küçük kaldığı sürece çok az şebeke içi görüşme yapacaklarını bildiklerinden tercihlerini büyük operatör lehine kullanmak eğiliminde olmuşlardır. Şebeke içi ve şebekeler arası görüşme ücretleri arasındaki farkın varlığı ve abonelerin Aycell ve Aria'da olmaları halinde çok sayıda şebekeler arası görüşme yapacak olmaları, mobil telefon kullanıcılarının daha çok şebeke içi görüşme yapabilecekleri büyük operatörleri tercih etmelerine yol açmıştır.

Bu anlamda Turkcell ve Telsim tarafından uygulanan stratejinin, hem arabağlantı ücretlerinin yükseltilmesi ve hem de şebeke içi ücretlerin düşürülmesi ile bir bütün

1550 olarak algılanması gerektiği yönündeki tespitler yerindedir: Bu ara bağlantı politikası sonucunda şebeke içi görüşme ücretleri ve şebekeler arası görüşme ücretleri arasındaki farkın artırılması sağlanmış ve bunun sonucunda pazarın genişleme eğilimine rağmen, hem mevcut abonelerin yerleşik şebekeden çıkmamaları hem de yeni abone olacakların yerleşik şebekeleri tercih etmesi sağlanmaya çalışılmıştır.

Yaşanan tüm gelişmeler, Turkcell ve Telsim'in pazar güçlerinin de kendilerine sağlamış olduğu avantaj ile bilinçli bir biçimde piyasanın şebeke dışsallığı özelliğini kullanabilmek için rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırıcı eylemleri gerçekleştirdiklerine işaret etmektedir: Her iki teşebbüs de, her ne kadar arabağlantı ücretlerini yükselterek diğer şebekelerden gelen şebekeler arası görüşme ücretlerinin yükselmesine sebep olsalar da, şebeke içi ücretleri bu şebekeler arası ücretler seviyesine yükseltmemişlerdir. Bir başka deyişle, eğer şebeke içi ücretler şebekeler arası ücretler seviyesine yükseltilmiş olsaydı, fiyatların benzer olması nedeniyle Turkcell ve Telsim'in şebeke etkisini kullanmaları zorlaşacak, yeni katılacak aboneler için büyük şebekenin çekim gücü etkisizleşecek ve büyük şebekeler ile diğer operatörler arasında tüketici tercihlerini etkileyecek ücret farkları kalmayacaktı.

1560 Dolayısıyla maliyetlerin yükseltilerek şebekeler arası görüşme ücretlerinin yükseltilmesine yol açmak, Turkcell ve Telsim'in hem şebeke içi ücretleri düşürerek şebeke dışsallığı etkisinden faydalanmalarına hem de geniş bir marj içerisinde şebeke içi ücretleri belirleyebilme olanağına kavuşmalarını sağlamıştır.

Bu bilgiler ışığında Soruşturma Raporunda yer alan

- 1570 - Turkcell ve Telsim'in mevcut aboneler için aralarında olması gereken rekabeti ortadan kaldıran amaç/etkiler taşıyan (anlaşma) işbirliği sonucu fiyat rekabetini zorlaştırdıkları;
- Turkcell ve Telsim'in diğer operatörlerin faaliyetlerini zorlaştırma amaç/etkiler taşıyan anlaşma (işbirliği) sonucu rekabeti kısıtladıkları,

04 –68/976 -236

- Tüm sayılan nedenlerle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri,

hususlarının açık ve sabit olduğu kanaatini taşımakta olduğumuzdan çoğunluğun kararına katılamadık.

Prof.Dr.Nurettin Kaldırımıcı

Müfit Sonbay

A.Ersan Gökmen

1580

1590