

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2014-2-8
Karar Sayısı : 14-19/361-157
Karar Tarihi : 29.05.2014

(Önaraştırma)

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

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

B. RAPORTÖRLER : Ümit Nevruz ÖZDEMİR, Beyza AĞVAZ, Ahmet ŞAHİN
Hacı Mustafa DUMAN

C. BAŞVURUDA

BULUNAN : Resen

D. HAKKINDA İNCELEME

YAPILAN :

1. Avea İletişim Hizmetleri A.Ş.
Abdi İpekçi Cad. No:75 34367 Maçka/İstanbul
2. Doruk İletişim ve Otomasyon Sanayi ve Ticaret A.Ş.
Dikilitaş Mahallesi Eren Sokak No: 26 34349 Beşiktaş/İstanbul
3. Eser Telekomünikasyon Sanayi ve Ticaret A.Ş.
Kızılırmak Mah.53.Cad.1450.Sok. No:9/52 Çukurambar Çankaya/Ankara
4. İş Net Elektronik Bilgi Üretim Dağıtım Ticaret ve İletişim Hizmetleri A.Ş.
Esentepe Mh Yüzbaşı Kaya Aldoğan Sk No:5 Zincirlikuyu Şişli/İstanbul
5. Mega Uluslararası Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.
Atatürk Caddesi Körfez İşhanı No:152 D:101 Konak/İzmir
6. Millenicom Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.
4.Levent Sanayi Mahallesi Libadiye Sokak No: 3 34416 Kağıthane/İstanbul
7. Superonline İletişim Hizmetleri A.Ş.
Yeni Mahalle Pamukkale Sok. No:3 34880 Soğanlık Kartal/İstanbul
8. Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.
Turkcell Plaza Meşrutiyet Cad., No: 71 Tepebaşı/İstanbul
9. TurkNet İletişim Hizmetleri A.Ş.
Büyükdere Cad. No. 121, Ercan Han Kat 2, 34394 Gayrettepe/İstanbul
10. Türk Telekomünikasyon A.Ş.
Turgut Özal Bulvarı 06103 Aydınlikevler/Ankara
11. Vodafone Telekomünikasyon A.Ş.
Vodafone Plaza, Büyükdere Cad. No:251 34398 Maslak/İstanbul
12. Vodafone Net İletişim Hizmetleri A.Ş.
Maslak Mah. Büyükdere Caddesi No: 251 Vodafone Plaza Maslak Şişli/İstanbul
13. Serbest Telekomünikasyon İşletmecileri Derneği
G.M.K. Bulvarı Şehit Daniş Tunagil Sok. No: 2/34 06570 Maltepe/Ankara

(1) **E. DOSYA KONUSU:** Mobil ve sabit telekom işletmecileri ile Serbest Telekomünikasyon İşletmecileri Derneğinin yurtdışı trafiğe ilişkin olarak gerçekleştirdiği eylemler yoluyla 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal edip etmediğinin tespiti.

(2) **F. İDDİALARIN ÖZETİ:** Rekabet Kurulunun 09.08.2012 tarih ve 12-41/1153-M (1) sayılı kararı uyarınca yürütülmüş olan soruşturma kapsamında gerçekleştirilen yerinde

14-19/361-157

incelemeler çerçevesinde alınan belgelere istinaden sabit ve mobil operatörlerin yurtdışı trafiğine ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal edip etmediklerinin tespit edilmesi.

- (3) **G. DOSYA EVRELERİ:** 13.03.2014 tarih ve 2014-2-8/BN sayılı Bilgi Notu, 20.03.2014 tarihli Kurul toplantısında görüşülerek, 14-11/210-M sayı ile önaraştırma yapılmasına, ayrıca 15.04.2014 tarih ve 2014-2-8/BN sayılı Bilgi Notu 16.04.2014 tarihli Kurul toplantısında görüşülerek, 14-15/282-M sayı ile önaraştırma yapılmasına ve yapılacak önaraştırmanın 20.03.2014 tarih ve 14-11/210-M sayılı Kurul kararı ile başlatılan önaraştırma ile birleştirilerek yürütülmesine karar verilmiştir. İlgili kararlar uyarınca yapılan inceleme üzerine hazırlanan 29.04.2014 tarih ve 2014-2-008/ÖA sayılı Önaraştırma Raporu ile 09.05.2014 tarih ve 2014-2-8/BN3 sayılı Bilgi Notu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (4) **H. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda; dosya kapsamındaki teşebbüsler hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılması gerektiği ifade edilmiştir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

- (5) Dosya mevcudu bilgiler çerçevesinde, ilgili pazar tanımı yapılmasına gerek görülmemiştir.
- (6) Dosya mevcudunun, mobil ve sabit telekom işletmecilerinin faaliyetleri kapsamında, yurtdışında başlayarak yurtiçinde sonlanan çağrılarının ve yurtiçinde başlayarak yurtdışında sonlanan çağrılarının değerlendirilmesine ilişkin olduğu anlaşılmaktadır.

- Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) Görüşü

- (7) Başvuru konusuna ilişkin olarak, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun (EHK) 7. maddesinin, "*Rekabet Kurulu, elektronik haberleşme sektörüne ilişkin olarak yapacağı inceleme ve tetkiklerde, birleşme ve devralmalara ilişkin olarak vereceği kararlar da dahil olmak üzere elektronik haberleşme sektörüne ilişkin olarak vereceği tüm kararlarda öncelikle Kurum'un görüşünü ve Kurum'un yapmış olduğu düzenleyici işlemleri dikkate alır*" şeklindeki 2. fıkrası uyarınca BTK'dan görüş talep edilmiştir. Anılan kurum görüşü 06.05.2014 tarih ve 2501 sayılı yazı ile Rekabet Kurumu kayıtlarına intikal etmiştir. Söz konusu yazıda ifade edilen hususlar özetle;

- 15/08/2011 tarihli ve 48165-22420 sayılı BTK yazısı ile Telkoder'in yurtdışında ve yurtiçinde sonlandırılan çağrılarının tarifeleri arasındaki asimetriye ilişkin görüş ve değerlendirmeler ile söz konusu talep çerçevesinde Referans Arabağlantı Tekliflerine (RAT) ilişkin değişiklik önerilerinin BTK'ya sunulmasının mobil şebeke işletmecilerinden talep edildiği, anılan işletmecilerin konuya ilişkin açıklamalarını BTK'ya sundukları, ayrıca 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 19'uncu maddesi, Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin 11'inci maddesi ve ilgili diğer mevzuat kapsamında öncelikle Telkoder tarafından gündeme getirilen, bilahare Turkcell, Vodafone ve Avea tarafından da yapılmasının uygun olacağı ifade edilen RAT'larda yer alan arabağlantı ücretlerinin yurtiçinden kaynaklanan çağrılar için geçerli olmasına yönelik değişikliğin; gerek Telkoder ve her üç mobil işletmecisinin görüşleri, gerekse konuya ilişkin olarak yapılan ekonomik analiz ve uluslararası uygulamalar dikkate alındığında uygun olacağı değerlendirildiği,

- Bu çerçevede 27/09/2011 tarihli ve 201 1/DK-07/501 sayılı Kurul Kararı ile ilgili RAT'larda yer verilen arabağlantı ücretlerinin yurtiçi kaynaklı çağrılar için geçerli olacağına ilişkin olarak ilgili referans teklif hükümlerinde değişiklik yapıldığı, başka bir deyişle yükümlü işletmeciler tarafından uygulanan mobil arabağlantı ücretlerinin sadece yurtiçi kaynaklı çağrılarının sonlandırılması kapsamında alınabilecek ücretler olarak düzenlendiği, işletmeci şebekelerinde sonlanan yurtdışı kaynaklı çağrı sonlandırma ücretlerinin uluslararası piyasa koşulları çerçevesinde işletmeciler tarafından serbestçe

14-19/361-157

belirlenebilir hale geldiği, söz konusu karara benzer şekilde 07111/2012 tarihli ve 2012/DK-07/570 sayılı Kurul Kararı ile, Türk Telekom ve STH işletmecileri şebekelerinde sonlanacak yurtdışı kaynaklı çağrılarının ücretinin de düzenleme kapsamından çıkarıldığı, - 27/09/2011 tarihli ve 2011/DK-07/501 sayılı Kurul Kararı ve 07/11/2012 tarihli ve 2012/DK-07/570 sayılı Kurul Kararı ile sadece ülkemizde faaliyet gösteren işletmecilerin şebekesinde sonlanacak yurtiçi kaynaklı çağrılarının sonlandırma ücreti belirlenirken, yurtdışı kaynaklı çağrılarının sonlandırma ücretlerine ilişkin herhangi bir belirlemeye gidilmediği, RAT'larda yer alan çağrı sonlandırma ücretlerinin yalnızca yurtiçi kaynaklı çağrılar için geçerli olmasına yönelik söz konusu kararların alınmasında ülkeler arasında sonlandırma ücretlerinde var olan asimetrik yapının giderilebilmesi, yurtdışı kaynaklı çağrılarının ücretinin uluslararası pazar koşullarında belirlenebilmesi, ülke kaynaklarının yurtdışına transferinin ve ülkemiz işletmecilerinin yaşamış olduğu gelir kaybının önlenmesi ve yurtdışına çıkacak kaynağın ülkemiz mobil şebeke işletmecileri ile sabit şebeke işletmecilerinde kalmasının sağlanması hususlarının dikkate alındığı, nitekim bahse konu karar sonrasında, sabit ve mobil şebeke işletmecilerinin söz konusu ücretleri serbest müzakereler çerçevesinde belirlediği,

- Yurt içinde işletmecilerin arabağlantı ücretlerinin seviyesinin ve bu ücretler arasındaki asimetrinin, işletmecilerin abonelerine dolaylı olarak perakende ücretlerde bir artış şeklinde yansıtılacağı ve bu durumun yurtiçi piyasanın rekabet koşulları üzerinde etkili olacağı açık iken; aynı işletmecilerin sadece toptan seviyede bir hizmet sunduğu yurtdışı kaynaklı çağrılarının sonlandırma ücretlerinin birbiriyle aynı, farklı, düşük ya da yüksek belirlemelerinin ülkemizde faaliyette bulunan işletmeciler arasındaki rekabete etki etmeyeceğinin mütalaa edildiği,

- Bu durumun çağrı sonlandırma hizmetlerinin sağlanması kapsamında her bir işletmecinin kendi şebekesinde tekel konumuna sahip olmasından kaynaklandığı, bununla birlikte, "arayan tarafın şebekesi öder" yaklaşımının genel bir uygulama olarak ortaya çıktığı günümüz telekomünikasyon dünyasında çağrıyı başlatan işletmecinin çağrının sonlanacağı işletmeciyi belirleyebilme imkânına sahip olmadığı, nitekim yurt dışı işletmecilerin Türkiye yönüne doğru yapmış oldukları çağrı trafiğinin işletmecilere göre dağılımına bakıldığında işletmecilerin yurt içindeki abone sayıları ile doğru orantılı trafiğe sahip olduklarının görüldüğü, bu durumda yurtdışı kaynaklı çağrılarının sonlandırma ücretlerinin işletmeciler tarafından mevcut trafik hacmi ve uluslararası sonlandırma ücretleri göz önünde bulundurularak, müteakabiliyet esasına göre serbestçe belirlendiği, ifade edilmektedir.

- BTK Düzenlemeleri

- (8) Dosya mevcudu bilgilere göre, taşıma aşamasına ilişkin maliyetler taşıma hizmeti veren teşebbüslerin aralarındaki sözleşmeler ile belirlenmektedir. Buna karşın, çağrı sonlandırma ücretleri BTK tarafından belirlenmektedir. Yurtdışından gelerek ülkemizdeki operatörlerin şebekesinde sonlanan çağrılar açısından sonlandırma tarifesi 27.09.2011 tarih ve 2011/DK-07/501 sayılı BTK kararına kadar yurtiçi sonlandırma hizmetiyle aynı olacak şekilde düzenlenmiştir. Diğer bir deyişle yurtiçi ve yurtdışından gelen çağrılara aynı sonlandırma ücreti uygulanmıştır. Ancak BTK'nın anılan kararı ile mobil referans arabağlantı tekliflerinin 'Sonlandırma Ücretleri' başlıklı 3.1. maddesinde yer verilen çağrı sonlandırma ücretleri, sadece yurtiçi kaynaklı çağrılar için geçerli olacak şekilde yeniden düzenlenmiştir. Böylece yurtdışından gelen çağrılarının sonlandırılmasına ilişkin ücret serbest bırakılmış, sonlandırma ücretleri STH işletmecileri ile çağrı sonlandırma hizmeti veren işletmeciler arasında yapılan sözleşmeler ile belirlenmeye başlanmıştır.

(9)

14-19/361-157
- Değerlendirme

- (10) Dosya mevcudundan yurtdışında başlayıp ülkemizde sonlanan bir çağrı için Türkiye’de yerleşik işletmecinin çağrı sonlandırma hizmeti için bir ücret aldığı, söz konusu ücretin üzerine taşıma hizmetini yapan sabit telefon hizmeti (STH) işletmecisinin marjı eklenerek çağrının bedelinin yurtdışında hizmet veren yabancı operatöre yansıtıldığı, bir başka deyişle çağrı sonlandırma ücretlerinin ülkemizde yerleşik operatörler arasındaki rekabeti değil, yurtdışındaki operatörler arasındaki rekabeti ilgilendirdiği değerlendirilmiştir.
- (11) 4054 sayılı Kanun’un kapsam maddesinde, *“Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal veya hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptıkları rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararların ... 4054 sayılı Kanun kapsamında”* olduğu belirtilmektedir. Aynı maddenin gerekçesinde ise, 4054 sayılı Kanun’un “etki doktrini” çerçevesinde hazırlandığı ve Türkiye Cumhuriyeti sınırları dâhilindeki bir piyasayı etkileyen eylemlerin Kanun kapsamında değerlendirilebileceği belirtilmiştir.
- (12) Dosya konusu yurtdışında başlayıp yurtiçinde sonlanan çağrılarının sonlandırılmasına ilişkin tarifelerin, bu aşamada ülke içindeki piyasaları etkilememesi nedeniyle 4054 sayılı Kanun’un kapsamı dışında olduğu kanaatine ulaşılmıştır. Dosya mevcudundaki yurtiçinde başlayarak yurtdışında sonlanan çağrılara ilişkin değerlendirmelerin ise, sektörün işleyişi ve ilgili BTK düzenlemeleri de dikkate alındığında 4054 sayılı Kanun’un ihlali niteliğinde yeterli bilgi ve belgeleri içermediği anlaşılmıştır.
- (13) Bu hususlar ışığında dosya konusuna ilişkin olarak soruşturma açılmasına gerek olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

J. SONUÇ

- (14) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, 4054 sayılı Kanun’un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmamasına OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.

KARŞI OY GEREKÇESİ

(29.05.2014 tarihli ve 14-19/361-157 sayılı Kurul Kararı)

Dosya kapsamında; birincisi yurt dışında başlayıp yurt içinde sonlanan, ikincisi ise yurt içinde başlayarak yurt dışında sonlanan çağrıların sonlandırılmasına ilişkin tarifenin teşebbüslerce birlikte belirlenip belirlenmediği hususu incelenmiştir.

İlgili kararda Kurul çoğunluğunca; yurt dışında başlayıp yurt içinde sonlanan çağrıların sonlandırılmasına ilişkin tarifenin ülke içi piyasayı etkilememesi nedeniyle Kanun kapsamı dışında olduğu, yurt içinde başlayıp yurt dışında sonlanan çağrıların sonlandırılması hususunda ise “sektörün işleyişi ve ilgili BTK düzenlemeleri de dikkate alındığında 4054 sayılı Kanun’un ihlali niteliğinde yeterli bilgi ve belgeleri içermediği anlaşılmıştır” gerekçesiyle soruşturma açılmasına gerek olmadığı kabul edilmiştir.

İnceleme konusu birinci hususla ilgili çoğunluk görüşüne katılmakla birlikte; ikinci husus bakımından çoğunluk görüşüne katılmamız mümkün olmamıştır.

Her şeyden önce, ilgili BTK düzenlemelerinde teşebbüslerin birlikte fiyat tespiti yapabilmelerine yetki veren bir düzenleme bulunmamaktadır. BTK tarafından, çağrı sonlandırma ücretlerinin belirlenmesinin serbest bırakılması teşebbüslerin birlikte fiyat tespiti yapabileceği anlamına gelmemektedir. Olayda, daha önce BTK tarafından düzenlenen tarifelerin yine BTK tarafından düzenleme dışı bırakıldığı, böylece oluşan tarife boşluğunun şirketler tarafından kendi serbest iradeleri ile giderilmediği, bunun yerine BTK öncülüğünde teşebbüslerin bir araya gelmesi sonucu birlikte belirlendiği dosya mevcudundan açıkça anlaşılmaktadır.

İkinci olarak, BTK tarafından 2011 yılında tarifinin ortadan kaldırılmasından itibaren teşebbüslerin fiyatları birlikte artırma yönünde çalışmalarda buldukları, ancak en büyük mobil ve sabit telefon işletmecisinin aralarındaki bir takım hukuki ihtilaflar nedeniyle anlaşma sağlayamadıkları için sektördeki tüm teşebbüslerin rekabete devam ettikleri, en büyük mobil telefon işletmecisinin kendisi üzerinden geçen önemli bir miktar çağrının sabit telefon işletmecisinin üzerinden geçirmesi yükümlülüğü üstlenmesi ve bu yükümlülüğü yerine getirememesi halinde de bunun bedelini ödemeyi taahhüt etmesi sonucunda anlaşma sağlandığı, en büyük iki telefon işletmecisi arasında sağlanan bu anlaşmadan sonra sektördeki küçük işletmecilere de belirli miktarda çağrı trafiği aktarılması noktasında anlaşmaya varılması üzerine diğer teşebbüslerin de anlaşmaya taraf olduğu ve anlaşmanın tüm teşebbüslerce uygulamaya konulduğu yine dosya mevcudundan, anlaşılmaktadır. Anlaşma, sadece serbest bırakılan tarifelerin belirlenmesiyle sınırlı kalmamış, adeta pazar paylaşımı niteliğine de bürünmüştür. Anlaşmanın uygulandığı, anlaşma öncesi ve sonrası dönemlere ilişkin dosyada yer alan tarifelerden ve çağrı trafiğinin incelenmesinden açıkça görülmektedir.

Üçüncü olarak, dosyada pek çok teşebbüsten elde edilen elektronik posta yazışması vb. deliller yer almaktadır. Bizzat teşebbüslerden elde edilen bu delillerden bazılarında, yine bizzat teşebbüslerin hukuk danışmanları tarafından gerçekleştirilmeye çalışılan eylemin rekabet kanununa (hukukuna) aykırılık oluşturacağı yönünde uyarılarda bulunulmuştur.

Nihayet, gerek Danıştay 13. Dairesinin (18.4.2011 tarih ve E.2008/4519, K. 2011/1655; 08.05.2012 tarih ve E. 2008/8139, K. 2012/963; 2.4.2013 tarih ve E. 2009/4016, K.

14-19/361-157

2013/901) gerekse Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun (20.3.2013 tarih ve E. 2008/3070, K. 2013/982 sayılı) bir kısmı da iletişim sektörüne ilişkin kararlarında; önaraştırma sonucunda rekabet kurallarını ihlâl eden eylemlerin bulunmadığı hiç bir kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde ortaya çıkmışsa Kurulca soruşturma açılmamasına karar verilebileceği, ancak önaraştırma sonucu elde edilen bilgi ve delillerin bu sonuca ulaşmaya elverişli olmaması veya yetersizliği halinde ise soruşturma açılmasına karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Bu çerçevede somut olay değerlendirildiğinde, dosya mevcudunda teşebbüslerin aralarında anlaşmalarına, fiyatlar belirlenmesi yanı sıra ve pazarın paylaşımının da anlaşma olduğuna, işlemin rekabet hukuku çerçevesinde sorunlu olduğuna dair bizzat teşebbüslerin kendi yazışmalarına içeren pek çok delil bulunmasına karşın “yeterli bilgi ve belge içermediği”nden bahisle alınan Kurul kararına katılmamız mümkün olmamıştır. Fiyat tespiti ve pazar paylaşımı Kanununun 4. maddesinde ihlal teşkil eden eylemler arasında düzenlendiği gibi Ceza Yönetmeliğinin de kartel olarak tanımlanmıştır. Olayda tüm sektörün katıldığı bir kartel iddiası söz konusu olup önaraştırma sürecinde bunun emareleri de tespit edilmiş bulunmaktadır. Ağır bir ihlal türü olarak kabul edilen bir eylemin, Kurulun sahip olduğu yetkiler çerçevesinde her türlü şüpheden uzak bir şekilde sonuçlandırılması gerekir. Yeterli bilgi ve belge bulunmadığı gerekçesi bile başlı başına eylemin her türlü şüpheden uzak bir şekilde sonuçlandırılmadığının göstergesidir.

Dosyada mevcut bilgi ve belgeler çerçevesinde soruşturma açılarak eylemin rekabet ihlali oluşturup oluşturmadığının soruşturma sürecinde şüpheden uzak bir şekilde olarak ortaya konulması gerektiği inancındayız.

Reşit Gürpınar
Kurul Üyesi

Doç. Dr. Tahir SARAÇ
Kurul Üyesi