

Rekabet Kurumu Başkanlığından;

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2013-2-62 (Önaraştırma)
Karar Sayısı : 14-02/46-21
Karar Tarihi : 16.01.2014

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

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

B. RAPORTÖRLER: Ümit Nevruz ÖZDEMİR, Beyza AĞVAZ

C. BAŞVURUDA

BULUNAN : Bizfonik Telekomünikasyon A.Ş.
Temsilcisi: Av. Ümit AKIN, Av. C. Meriç Kiremitçi
Ebulula Mardin Cad. Maya Meridyen İş Merkezi Kat: 5
Akatlar Beşiktaş 34335 İstanbul

D. HAKKINDA ÖNARAŞTIRMA

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

- (1) **E. DOSYA KONUSU:** Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin Bizfonik Telekomünikasyon A.Ş.'nin borçlarını gerekçe göstererek, zorunlu unsur konumundaki altyapısından Bizfonik Telekomünikasyon A.Ş.'nin faydalanmasını öngören sözleşmeleri haklı gerekçesi bulunmadan feshetmek suretiyle hâkim durumu kötüye kullandığı iddiası.
- (2) **F. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurumu kayıtlarına 11.07.2013 tarih ve 4240 sayı ile intikal eden başvuru üzerine hazırlanan 01.11.2013 tarih ve 2013-2-062/İİ sayılı İlk İnceleme Raporu, Rekabet Kurulunun 12.11.2013 tarihli toplantısında görüşülmüş ve Kurulun 13-63/891-M sayılı kararı ile başvuruya konu iddialar hakkında önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir. Bunun üzerine hazırlanan 10.01.2014 tarih ve 2013-2-62/ÖA sayılı rapor görüşülerek karara bağlanmıştır.

G. İDDİALARIN ÖZETİ: Başvuruda özetle;

- (3) Bizfonik Telekomünikasyon A.Ş. (Bizfonik) ile Türk Telekomünikasyon A.Ş.(Türk Telekom) arasında Bizfonik'in Türk Telekom altyapısından faydalanmasını ön gören çeşitli sözleşme ve bunlara bağlı alt sözleşmeler imzalandığı,
- (4) Söz konusu sözleşmeler yürürlükteyken Bizfonik'in arabağlantı borçlarını ödemedeki güçlüğüne düşüğü ve taraflar arasında 05.11.2010, 12.08.2011 ve 24.08.2012 tarihlerinde üç ayrı "Borç Ödeme Planına ve Yeni Devre Taleplerinin Kabul Şartlarına İlişkin Protokol" ile teminat sözleşmelerinin akdedildiği,
- (5) Bu süreçte Türk Telekom'un varlığını iddia ettiği Bizfonik'e ait borçları cari faiz oranlarından yüksek oranlar uygulayarak büyüttüğü,
- (6) Türk Telekom'un 05.02.2013 Bizfonik aleyhine ihtiyati haciz başvurusunda bulunduğu ancak İstanbul 17. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2013/73 D.İ. sayılı dosyasında, 06.02.2013 tarih ve 2013/75 K sayılı kararında Bizfonik'in vadesi gelmiş bir borcunun bulunduğu anlaşılmadığı ve gerekli şartların gerçekleşmediği gerekçesiyle başvuruyu reddettiği,

- (7) Türk Telekom'un 18.03.2013 tarihinde Bizfonik'in abonelik alımlarını ve sisteme erişimini ödenmemiş borçları gerekçe gösterilerek kestiği ve 05.04.2013 tarihinde de Bizfonik'e kiraladığı tüm devreleri kapatarak şikâyetçi şirketin ticari hayatına son verdiği,
- (8) Türk Telekom'un bir iç toplantısına ait 13.03.2013 tarihli tutanakdaki Bizfonik'in faaliyetinin sona erdirilmesiyle müşterilerinin Türk Telekom'a kazandırılmasına ilişkin ifadelerin Türk Telekom'un niyetini gösterdiği, nitekim Bizfonik'in faaliyetinin sona ermesinin ardından kullanıcıların Türk Telekom tarafından aranarak hizmeti başka operatörden alınabilmesinin 15 günlük süreyi bulabileceğinin, Türk Telekom'dan ise bu hizmetin 15 dakika içinde alınabileceğinin iletildiği,
- (9) Sabit çağrı başlatma ve sonlandırma pazarı ile sabit genişbant internet altyapı pazarında hâkim durumda bulunan Türk Telekom'un zorunlu unsur konumundaki hizmeti vermeyi reddederek hâkim durumunu kötüye kullandığı,
- (10) Türk Telekom ile Bizfonik arasında imzalanan protokollerin tek taraflı ve müzakereye kapalı olması, Türk Telekom'un başvuran teşebbüsün gelir elde etmesini yeni abone kayıtlarının ve sonrasında devrelerin kapatılması yoluyla engellemesi ve alacağını tahsil imkânlarını yeterince araştırmaması nedeniyle bahse konu davranışta haklı gerekçenin bulunmadığı,
- (11) Bizfonik'in Türk Telekom'dan "arabağlantı", "kiralık devre ve toptan hat kiralamayı da kapsayan altyapı" ve "klimatizasyon, elektrik ve teknik destek hizmetlerini de içerecek şekilde ortak yerleşim ve tesis paylaşımı" olmak üzere üç başlıkta toplanabilecek 14 sözleşme kapsamında hizmet aldığı,
- (12) Bu sözleşmelerin sadece üçünün arabağlantı sözleşmesi olduğu, Bizfonik'in miktarı tartışmalı olan borçlarının da ara bağlantı sözleşmelerinden kaynaklandığı,
- (13) Türk Telekom'un sadece bu sözleşmeleri değil tek seferde tüm sözleşmeleri feshettiği, böylece sadece borcun dayandığı sözleşmelerin iptal edilmesi halinde Bizfonik'in müşterilerine verebileceği telefon ve internet hizmetlerinin de sunumunun engellendiği,
- (14) Sözleşmelerin feshine gerekçe gösterilen borcun yıllardan beri süregelen bir borç olmadığı ifade edilmiştir.
- (11) **H. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda özetle, önaraştırma konusu iddialar ile ilgili olarak soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı ifade edilmiştir.

I.İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

- (12) Yukarıda yer verilen şikâyet temel olarak toptan pazarda Türk Telekom'un müşterisi perakende pazarda ise rakibi konumunda bulunan Bizfonik'in Türk Telekom tarafından hâkim durumun kötüye kullanılması suretiyle pazar dışına çıkarıldığı iddiasına dayanmaktadır. Bu bağlamda, Türk Telekom'un hâkim durumda bulunduğu varsayımı altında iddia konusu eylemin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal edip etmediği incelenmiştir.

I.1. Sözleşme Yapmanın Reddinin Unsurları

- (13) Hakim durumun kötüye kullanılması hallerinden olan sözleşme yapmanın reddi, "*bir teşebbüsün ürettiği mal ya da hizmetler ile sahibi olduğu maddi ya da gayri maddi işletme unsurlarını diğer teşebbüslere sağlamaması ya da bunların diğer teşebbüsler tarafından kullanılmasına doğrudan veya dolaylı olarak izin vermemesi*" olarak tanımlanmaktadır. Önaraştırmaya konu iddialar da niteliği gereği bu kapsamda incelenmiştir.
- (14) Sözleşme yapmanın reddinin bir ihlal sayılmasının, teşebbüslerin sözleşme yapma hürriyetine getirilmiş bir istisna olduğu göz önüne alındığında bahse konu ihlalin

unsurlarının net şekilde ortaya konulması önem kazanmaktadır. Kurul'un ilgili kararları incelendiğinde;

- Sözleşme yapmayı reddeden tarafın hâkim durumda olması,
- Sözleşmenin konusunun ilgili pazarda rekabet etmek için zorunlu unsur niteliğinde bir ürün veya hizmet olması,
- Sözleşme yapmanın reddinin gerçekleşmesi,
- Reddin ilgili pazarda rekabeti kısıtlayıcı bir etki doğurması,
- Reddetme sonucunda tüketici zararı doğmasının muhtemel olması,
- Sözleşmeyi reddetmede haklı bir gerekçenin bulunmaması

gibi unsurların dikkate alındığı görülmüştür.

(15) Sözleşme yapmanın reddi iddialarının değerlendirilmesinde genel olarak şu üç koşulun birlikte varlığı aranmaktadır:

- Reddetmenin, alt pazarda rekabet etmek için vazgeçilmez bir ürüne ya da hizmete ilişkin olması
- Reddetmenin, alt pazarda etkin rekabeti ortadan kaldırmasının muhtemel olması,
- Reddetmenin tüketici zararına yol açmasının muhtemel olması

(16) Sayılan üç koşulun birlikte varlığının yanı sıra teşebbüsün ileri sürdüğü haklı gerekçe iddiaları da göz önünde bulundurulmaktadır.

(17) Başvuruya konu olay açısından Türk Telekom'un sabit çağrı başlatma ve sonlandırma pazarı ile toptan sabit genişbant internet erişim hizmetleri pazarında hâkim durumda olduğu, söz konusu ilgili ürünlerin Bizfonik'in faaliyetini sürdürmesi için vazgeçilmez bir nitelik taşıdığı, Bizfonik'e verilen hizmetlerin kesilmesi ile alt pazardaki rakibin faaliyetlerini sonlandıracağı, bu durumda rekabetin kısıtlanarak başta Bizfonik müşterileri olmak üzere tüketiciler için muhtemel zarara yol açılacağı tespit edilmiştir. Ancak sözleşme yapmanın reddi halinin yukarıda sayılan üç şartının da karşılandığı varsayılsa dahi, sözleşme yapmayı reddettiği iddia edilen Türk Telekom'un ileri sürdüğü haklı gerekçeler de dikkate alınmalıdır. Diğer bir deyişle, ileri sürülen haklı gerekçeler varsa sözleşme yapmanın reddi şartlarının oluşması veya oluşmaması tespiti sonucu değiştirmeyecektir. Bu nedenle iddia konusu eylemlerin, sözleşme yapmanın reddine ilişkin bütün koşulların sağlandığı varsayılarak, ileri sürülen haklı gerekçeleri üzerinde durulmuştur.

I.2. Türk Telekom ile Bizfonik Arasındaki Sözleşmelerin Feshi ile Sonuçlanan Süreç ve Haklı Gerekçe Değerlendirmesi

(18) Teşebbüs tarafından ileri sürülen haklı gerekçeler teşebbüsü sorumluluktan kurtarmaktadır. Haklı gerekçe savunması, eyleminin bir ekonomik etkinliğe yol açtığına gösterilmesi şeklinde yapılabileceği gibi nesnel gerekliliğin izahı şeklinde de yapılabilmektedir. Sözleşmenin yapmanın reddi durumunda nesnel gereklilik olarak değerlendirilebilecek hususlara "sözleşme yapma talebinde bulunan teşebbüsün ticari kredibilitésinin olmaması, arzın kapasite sınırlarına bağlı olarak geçici olarak ya da tamamen durdurulması, çeşitli güvenlik gerekliliklerinin karşılanamaması" örnek gösterilebilmektedir. Bir gerekçenin haklı olup olmadığını değerlendirirken ise (1) davranış ile korunan meşru bir menfaatin var olup olmadığı, (2) bu menfaatin korunması için söz konusu davranışın zorunlu olup olmadığı ve (3) bu davranış ile rekabetin menfaatin korunması için zorunlu olandan fazla sınırlandırıp sınırlandırmadığı dikkate alınmaktadır.

(19) Türk Telekom Bizfonik ile olan sözleşmelerini temelde Bizfonik'in sözleşmelerden doğan borçlarını ödeyemeyecek durumda olması nedeniyle feshettiklerini bildirmiş ve böylece

haklı gerekçe savunmasında bulunulmuştur. Bu konunun ayrıntılarına aşağıda yer verilmiştir.

- (20) Bizfonik ile Türk Telekom arasında sabit telefon alanında A, B, C ve T Tipi sözleşmeler çerçevesinde arabağlantı ve toptan hat kiralama; internet servis sağlayıcılığı alanında Al-Sat/VAE, kiralık devre, metro ethernet, toptan internet hizmetleri ve perakende seviyede kullanmakta olduğu hizmetler bakımından ticari bir ilişki kurulmuştur.
- (21) Taraflar arasındaki borç ilişkisine bakıldığında, her ne kadar miktar bakımından Bizfonik tarafından itiraz edilse de, Bizfonik'in 2010 yılından itibaren Türk Telekom'a olan borçlarını ödemekte güçlük çekmeye başladığı, borçların iki kez yeniden yapılandırıldığı, borç miktarının buna rağmen büyümeye devam ettiği ve sonunda Türk Telekom'un Bizfonik'e hizmet sağlamayı sonlandırdığı anlaşılmıştır. Türk Telekom tarafından sunulan listede taraflar arasındaki borç ilişkisine kaynak olan on sekiz sözleşmeden, perakende hizmetlere ilişkin olanlar hariç, on beşinin başvuruya konu süreç sonunda feshedildiği görülmüştür.
- (22) Türk Telekom, Bizfonik ile arasındaki sözleşmelerin feshine gerekçe olarak taraflar arasında ödeme planı konusunda tatmin edici bir sonuca ulaşamaması ve ticari ilişkilerin devam etmesi halinde Türk Telekom'un zararlarının artacağı kanaatinin oluşmasını göstermiş ve bu sonuca varılmasında etkili olan unsurları üç başlık altında toplamıştır:
- Bizfonik'in mali verilerinin finansal açıdan bozulmuş olması
 - Bizfonik'in finansal kaynak bulmakta zorlanması
 - Bizfonik'in iş modelinin sürdürülebilir olmaması
- (23) Söz konusu eylemin haklı gerekçeye dayanıp dayanmadığına ilişkin değerlendirmede, Türk Telekom'un tahsil edemediği borçları dolayısıyla zararını tazmin etmek veya en aza indirmek için sözleşmelerin feshinden başka bir yola başvurabilir miydi sorusunun cevabı aranmıştır. Bizfonik Türk Telekom'un önce yeni abone alımlarını engellemesi, sonra hizmet sunumunu durdurması ve son olarak da sözleşmeleri feshetme davranışıyla Bizfonik'in gelir elde etmesini engellediğini böylece borcun ödenmesi veya azaltılması için şart olan davranışın tersine hareket ettiği, kendisine sunulmuş olan teminatları da paraya çevirmeyerek alacağını tahsil imkânlarını yeterince araştırmadığını iddia etmiştir. Diğer yandan yaşanan sürece ve Türk Telekom'un öne sürdüğü gerekçelere bakıldığında Bizfonik'in finansal yapısının faaliyetlerine devam etmesi halinde dahi borçlarını ödemeye izin vermeyeceği kanaatine ulaşılmıştır. Türk Telekom ile Bizfonik arasında çeşitli kereler borç ödeme kolaylığı sağlayan protokoller imzalanmış olması, 2012 yılında yapılan gayrimenkul ihalesinde Türk Telekom'un katlandığı ihale masraflarına rağmen alacağını tahsil edememiş olması, aynı yıl dört gayrimenkul üzerinde Türk Telekom lehine ipotek tesis edilmesinin aynı gayrimenkuller üzerinde Halkalı Vergi Dairesi lehine haciz şerhi mevcut olması nedeniyle gerçekleştirilememiş olması gibi veriler Türk Telekom'un vardığı kanaatin temelsiz olmadığı, borcun tahsil imkânlarının araştırıldığı hatta bu girişimlerin sonuçsuz kaldığı savlarını desteklemektedir. Dolayısıyla Türk Telekom'un zararını en aza indirmek için Bizfonik ile imzalandığı sözleşmeleri, sözleşmelerdeki ilgili hükümlere dayanarak feshetmesinin haklı gerekçe şartlarını taşıdığı kanısına varılmıştır.
- (24) Söz konusu davranışın rekabeti menfaatin korunması için zorunlu olandan fazla kısıtlamaması şartı da incelenmiştir. Bizfonik, Türk Telekom'un sadece borç kaynağı olan arabağlantı sözleşmelerin değil taraflar arasındaki tüm sözleşmeleri tek ihbarla feshettiğini, böylece Bizfonik'in sadece borç nedeni olan sözleşmelerin feshedilmesi halinde verebileceği hizmetleri de vermesini engelleyerek ticari faaliyetini sonlandırdığı iddiasında bulunmuştur. Türk Telekom tarafından verilen bilgilerden ses ve data iletimine ilişkin toptan seviyedeki sözleşmelerin feshedildiği, perakende hizmetlere ilişkin sözleşmelerinse halen yürürlükte olduğu, feshedilen on beş sözleşmeden üçüne ilişkin fesih tarihi itibarıyla borç bulunmadığı, bu sözleşmelerden doğabilecek borçlara teminat da gösterilmemiş olduğu

anlaşılmıştır. Türk Telekom'un sözleşmeleri fesih nedenleri incelendiğinde bunların sadece belirli sözleşmelerden doğan borçlarla ilgili olmadığı, fesih kararında borçların uzun süredir yüksek miktarda kalmasının ve Bizfonik ile dâhil olduğu şirketler gurubunun finansal durumunun yıllar içerisinde kötüye gitmesinin etken olduğu görülmüştür. Bu şartlar altında sözleşmelerin tamamının feshedilerek toptan seviyedeki ticari ilişkinin tamamen kesilmesinin rekabeti zorunlu olandan fazla kısıtlama olarak değerlendirilemeyeceği anlaşılmıştır.

I.3. Bizfonik'in Türk Telekom'un Niyetine İlişkin İddialarının Değerlendirilmesi

Bizfonik başvurusunda Türk Telekom'un amacının Bizfonik'i pazar dışına itmek ve müşterilerini kendisine çekmek olduğunu iddia ederek, Türk Telekom'un eski Bizfonik müşterilerine, Bizfonik'ten artık alamadıkları hizmetin kendilerinden alınması halinde kısa bir sürede ancak başka bir operatörden alınmasının tercih edilmesi halinde 15 gün içinde sağlanabileceğini bildirdiğini ifade etmiş ve bu konuda bazı belgeler sunmuştur.

Ancak bahse konu belgelerin incelenmesinden, belgelerdeki ifadelerin farklı kişilerin konuya ilişkin toplantılarındaki sözlerinden alınan parçaların birleştirilmesiyle oluşturulduğu ve gerçeği yansıtmadığı anlaşılmıştır. Bunun yanı sıra, Bizfonik'in 2012 yılında toplam iş hacminin 5,7 milyon TL olduğu ve bunun büyük bir kısmının Türk Telekom tarafından sağlanan toptan hizmetten kaynaklandığı düşünüldüğünde Bizfonik'ten Türk Telekom'a geçecek gelirin çok düşük olacağı tespit edilmiştir.

- (25) Önaraştırma kapsamında edinilen bütün bu bilgi ve belgeler ile yapılan değerlendirmeler çerçevesinde, Türk Telekom ile Bizfonik arasındaki sözleşmelerin feshi ile 4054 sayılı Kanunun 6. maddesinin ihlâl edilmesi hallerinden olan sözleşme yapmanın reddinin şartlarının sağlandığı varsayılsa dahi Türk Telekom'un bu davranışında haklı gerekçeye dayandığı, bu cihetle aynı kanunun 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığı kanısına varılmıştır.

J.SONUÇ

- (26) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca şikayetin reddi ile soruşturma açılmamasına OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.