

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2003-2-13 (Soruşturma)

Karar Sayısı : 05-10/81-30

Karar Tarihi : 10.2.2005

10 Dosya Konusu :Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin, mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde rekabete açık bir alan olan kablo TV şebekesi üzerinden internete erişim hizmetini tekelleştirmek ve kablo TV şebekesinin gelişmesi ve yaygınlaşabilmesi için büyük önem arz eden pazarlama faaliyetlerini tüketicinin aleyhine olarak kısıtlamak biçiminde ortaya çıkan kablo TV şebekesi ve üzerinden verilen hizmetlere ilişkin uygulamalarınının 4054 sayılı Kanunu ihlal edip etmediğinin tespiti.

A - TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

İkinci Başkan : Tuncay SONGÖR

20 Üyeler : A. Ersan GÖKMEN, R. Müfit SONBAY, Murat GENCER, Rıfki ÜNAL, Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI, Sıraç ASLAN, Süreyya ÇAKIN.

B - SORUŞTURMA HEYETİ:

Başkan : Sıraç ASLAN

Raportörler : Arif Ogün SARI, Adnan AKGÜN

C - ŞİKAYET EDEN: - Resen

30 - Tekmile DÜZCAN
- Eser Telekomünikasyon San. Tic. A.Ş.
Anadolu Bulvarı, 11. Sokak, No:14, 06510,
Söğütözü Ankara.
- Kablonet İletişim Sistemleri San. ve Tic. A.Ş.
Ayazmadere Caddesi, Akşit Plaza, No:12, 80700, Beşiktaş
İstanbul.

D - HAKKINDA SORUŞTURMA YÜRÜTÜLEN TEŞEBBÜS:

- Türk Telekomünikasyon A.Ş.
Aydınlıkevler, Ankara.

E - İDDİALARIN ÖZETİ

40 Soruşturmanın açıldığı tarih itibarıyla Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi (TTAŞ) mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde 31.12.2003 tarihine kadar ulusal ve uluslararası ses iletimini ihtiva eden ses hizmetlerini tekel olarak yürütmektedir.

Benzer şekilde, kişisel telekomünikasyon tesisleri ile telekomünikasyon hizmetlerine ilişkin imtiyaz sözleşmeleri veya telekomünikasyon ruhsatları veya genel izinlerinde ilgili işletmeci tarafından kurulması öngörülen telekomünikasyon altyapısı hariç olmak üzere, tüm telekomünikasyon altyapısınının kurulması ve işletilmesi de tekel kapsamına dahildir.

50 Yasa ile sınırları çizilen tekel “kablo altyapısının kurulması ve işletilmesini” kapsamamaktadır. Ancak halihazırda bu faaliyetler, 406 Sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu’nun “Hiç kimse Bakanlıkla (Telekomünikasyon Kurumu ile) bir görev, imtiyaz sözleşmesi yapılmış veya Bakanlık (Telekomünikasyon Kurumu) tarafından bir telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin verilmiş olmadıkça, telekomünikasyon hizmeti yürütemez ve/veya altyapısı kuramaz ve işletemez.” şeklindeki 2/a maddesi dikkate alındığında, Telekomünikasyon Kurumu’nca ruhsat veya genel izne konu edilmemiş olmaları nedeniyle tekel kapsamında ele alınmaktadır. Mevcut durumda tekel hakkı kablo TV altyapısının kurulması ve işletilmesini de kapsamaktadır.

60 TTAŞ tarafından TNet tarifeleri altında son kullanıcılara yönelik sunulan erişim hizmetleri; (yerel telefon şebekesi üzerinden) ISDN ve 145-146 numaralı çevirmeli bağlantılar üzerinden, kablo TV altyapısı üzerinden ve yine yerel telefon şebekesi üzerinden fakat DSL (*Digital Subscriber Line* – Sayısal Abone Hattı) teknolojisi ile verilen hizmetlerden oluşmaktadır.

TTAŞ, kendisi dışındaki İSS’lerin, kullanıcılara, kablo TV şebekesi üzerinden internet erişim hizmeti (kablo modem hizmeti) sunmalarına izin vermemektedir.

İnternet servis sağlayıcılarının (İSS) kablo altyapısından faydalanma talepleri ve bu yönde sunulan iş planları TTAŞ tarafından kabul edilmemiş, bu uygulamanın teknik imkanlar dahilinde mümkün olduğu ve test amacıyla uygulamaya geçirildiği de belirtilmiştir.

70 Bu kapsamda Kuruma intikal eden 24.9.2003, 08.10.2003, 24.12.2004, 4.5.2004, 05.01.2004, 01.03.2004, 07.05.2004 tarih ve sırasıyla 4601, 4885, 6332, 2218 Ref.2004/ANK/001, 1037, 2295 sayılı şikayetlerden de hareketle TTAŞ’ın, mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde rekabete açık bir alan olan kablo TV şebekesi üzerinden internete erişim hizmetini tekelleştirmek ve kablo TV şebekesinin gelişmesi ve yaygınlaşabilmesi için büyük önem arz eden pazarlama faaliyetlerini tüketicinin aleyhine olarak kısıtlamak biçiminde ortaya çıkan uygulamalarının 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu ihlal edip etmediğini tespit etmek için açılan soruşturma kapsamında, dosya konusu iddianın esasını, “kablo TV şebekesi üzerinden hizmet verilmesinin ve özelde internet erişim hizmetlerinin, TTAŞ uygulamaları sonucu; diğer İSS’lerin kablo TV şebekesi üzerinden verilebilecek internet erişim hizmetlerini pazarlama olanaklarını ortadan kaldırmak, bu olanağın 80 sadece TNet’e tanınmak suretiyle sınırlandırıldığı ve bu şekilde altyapı üzerinden verilebilecek hizmetlerin tekelleştirildiği“ oluşturmaktadır.

F - DOSYA EVRELERİ

90 Kurum kayıtlarına 6.3.2003 tarih ve 582 sayı, 21.2.2003 tarih ve 740 sayı, 3.3.2003 tarih ve 870 sayı ile intikal eden başvurular üzerine, Rekabet Kurulu’nun 1.5.2003 tarih ve 03-28/345-M sayılı toplantısında alınan Öneri Kararı ve Başkanlık Makamı’nın 6.5.2003 tarih ve 49 sayılı olurları ile Daire Başkanlığı’nın 7.5.2003 tarih ve 51 sayılı görevlendirme yazıları uyarınca; “Türkiye genelinde Türk Telekomünikasyon A.Ş. ile “Gelir Ortaklığı” ilişkisi bulunan firma uygulamalarının 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’u ihlal edip etmediği ve soruşturma açılmasına gerek olup olmadığı” incelenmiş, yapılan inceleme esnasında

“Türk Telekomünikasyon A.Ş.’nin Kablo TV şebekesi ve üzerinden verilen hizmetlere ilişkin uygulamaları hakkında” soruşturma açılması gerektiği kanaatine ulaşılmıştır.

Önaraştırmada yapılan tespitlerin değerlendirilmesi sonucunda Rekabet Kurulu, 21.8.2003 tarihli ve 03-58/675-M sayılı kararı ile “mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde rekabete açık bir alan olan kablo TV şebekesi üzerinden internete erişim hizmetini tekelleştirmek ve kablo TV şebekesinin gelişmesi ve yaygınlaşabilmesi için büyük önem arz eden pazarlama faaliyetlerini tüketicinin aleyhine olarak kısıtlamak biçiminde ortaya çıkan eylemleri” dolayısıyla TTAŞ hakkında soruşturma açılmasına karar vermiştir.

100 Soruşturma açılmasına dair karar, TTAŞ’ye 9.9.2003 tarihli ve 2439 sayılı yazı ile tebliğ edilmiştir. TTAŞ’nin ilk yazılı savunması 6.10.2003 tarih ve 4837 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.

Soruşturma kararı ertesinde Kurum kayıtlarına 24.9.2003 tarih, 4601 sayı ile giren Tekmile DÜZCAN imzalı başvuruda, kablo internet konusunun rekabete açık olması ve müşterilerin istediği işletmeciden kablo internet hizmetlerini alabilmesi gerektiği ifade edilmiş, anılan başvurunun incelenmesi sonucunda, Rekabet Kurulu’nun 11.12.2003 tarihli ve 03-78/957-M sayılı kararıyla, başvurunun 21.8.2003 tarih ve 03-58/675-M sayılı Kurul kararı ile TTAŞ hakkında açılan soruşturma kapsamında değerlendirilmesine karar verilmiştir.

110 Soruşturma kararı ertesinde Eser Telekomünikasyon Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Eser Telekom) tarafından Kurum kayıtlarına intikal eden başvurular ile Kablonet İletişim Sistemleri Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Kablonet) tarafından gönderilen dilekçeler, Rekabet Kurulu’nun 8.7.2004 tarihli ve 04-46/596-M sayılı toplantısında değerlendirilmiş ve Kurum kayıtlarına intikal eden başvurulardan;

- 120
- Kablonet tarafından yapılan başvuruda yer alan; TTAŞ’nin kablo TV şebekesi üzerinden verilen internet hizmetlerini ADSL hizmetlerine nazaran yüksek fiyatlandırmasının ve bu yolla haksız bir şekilde çok yüksek gelir elde etmesinin ve kablo internet hizmetinin bir ikamesi olan ADSL hizmetlerinin göreceli olarak düşük bir bedel karşılığı sunmasının kablo internet hizmetini rekabetçi açıdan dezavantajlı konuma düşürdüğü, PSTN şebekesinin diğer İSS’lerin erişimine açılırken kablo TV şebekesinin erişime açılmamasının kablo internet hizmetini dezavantajlı konuma sokacağı, bu durumun bertaraf edilmesi için ADSL hizmetleri için PSTN şebekesinde olduğu gibi kablo TV şebekesinin de TNet dışında diğer İSS’lerin erişimine açılması gerektiği,
 - Eser Telekom tarafından yapılan başvuruda yer alan; tüketicilerin seçme özgürlüklerinin engellenmemesi, diğer İSS’lerin maddi ve manevi zararlarının daha fazla büyümeden durdurulması amacıyla kablo TV şebekesinin İSS’lerin kullanımına açılması gerektiği

130 hususlarının, “kablo TV altyapısından İSS’lerin faydalandırılmamasını konu edinmesi ve bu nedenle 21.8.2003 tarihinde açılan soruşturma ile içerik örtüşmesi” gerekçeleriyle 21.8.2003 tarih ve 03-58/675-M sayılı karar ile başlatılan soruşturma kapsamında değerlendirilmesine karar verilmiştir.

Soruşturmanın 21.2.2004 tarihinde sona eren ilk 6 aylık süresi, 18.2.2004 tarih ve 04-13/118-M sayılı Rekabet Kurulu kararı ile 21.4.2004 tarihinden itibaren 6 ay daha uzatılmıştır.

140 Soruşturma Heyeti'nce tamamlanan 15.7.2004 tarih ve SR/04-12 sayılı Soruşturma Raporu ve Ekleri, Kanun'un 45/1. maddesi uyarınca Başkanlıkça tüm Kurul Üyeleri ile ilgili taraflara 16.7.2004 tarihinde gönderilmiş ve aynı maddenin ikinci fıkrası gereğince TTAŞ'den 30 gün içinde yazılı savunmalarını göndermesi istenilmiştir.

TTAŞ tarafından yapılan ve Kurum kayıtlarına 11.8.2004 tarih ve 4474 sayılı "yazılı savunma için 30 günlük ek süre verilmesi" taleplerini içeren başvuru, 12.8.2004 tarihli Kurul toplantısında değerlendirilerek Kurul'un 04-52/721-M sayılı kararı ile teşebbüsün yazılı savunma süresinin, bitiminden itibaren 30 gün uzatılmasına karar verilmiştir.

17.9.2004 tarih ve 5106 sayılı yazı ile TTAŞ'nin yazılı savunması Rekabet Kurumu kayıtlarına intikal etmiştir.

Soruşturma Heyeti'nce hazırlanan "Ek Yazılı Görüş", Kanun'un 45/2. maddesi uyarınca, 1.10.2004 tarihinde tüm Kurul Üyeleri ve TTAŞ'ye gönderilmiştir.

150 Tarafların ek yazılı görüşe karşı cevapları 3.11.2004 tarih ve 616 sayılı yazı ile Rekabet Kurumu'na intikal etmiştir.

Rekabet Kurulu, 19.11.2004 tarih ve 04-72/1041-M sayı ile, yürütülen soruşturma ile ilgili olarak tarihinde sözlü savunma toplantısı yapılmasına karar vermiştir. Ancak, anılan Kurul kararının ilgili tarafa tebliğ edilmemesi nedeniyle sözlü savunma toplantısı belirlenen gün ve saatte yapılamamıştır. Rekabet Kurulu'nun 30.12.2004 tarih ve 04-83/1169-M sayılı kararı ile bu defa sözlü savunma toplantısı'nın 2.2.2005 tarihinde yapılmasına karar verilmiştir.

2.2.2005 tarihinde sözlü savunma toplantısı yapılmıştır.

160 Rekabet Kurulu'nun 7.2.2005 tarihli ve Kanun'un 51. maddesi uyarınca 10.2.2005 tarihli toplantıları sonucunda alınan 05-10/81-30 sayılı nihai kararı, gerekçeli kararı daha sonra tebliğ edilmek üzere 17.2.2005 tarihinde tefhim edilmiştir.

G - RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞLERİ

İlgili soruşturma raporunda;

1 - Geniş bant hizmetlere ilişkin izlediği stratejinin bir parçası olarak kablo altyapısından İSS'lerin faydalanma taleplerini reddeden TTAŞ'nin bu eyleminin geniş bant hizmetlerde rekabetin ortadan kaldırılması beklentisi dahilinde gerçekleştirilmiş bir davranış olduğu,

170 - İSS'lerin kablo altyapısından faydalandırılmamalarının, geniş bant hizmetlerin sunumunda sahip olunan tekel konumunun korunması ile geleceğe taşınması etkilerini doğurduğu,

- Bu eylem neticesinde İSS'lerin geniş bant hizmetlerde bir rakip olarak güç kazanmalarının engellenmesinin amaçlandığı,

- Bu sayede rakip İSS'lerin geniş bant hizmetlerin sunumu alanında bilgi ve deneyimlerini artırmalarının, iş modelleri ve müşteri tabanı oluşturmalarının ve nihayetinde bu alanda güç kazanmalarının önüne geçildiği,

- Gerek öngördüğü ciddi finansal kayıplar gerek (rakiplerin altyapıdan faydalandırılmaması nedeniyle) yaşanan teknik sorunlar çerçevesinde TTAŞ'nin açıkça zarar etmesi sonucunu doğuran bu davranışın haklı bir ticari gerekçeye dayanmadığı,

180 - Söz konusu davranışın ardında objektif teknik gerekçelerin (engellerin) de bulunmadığı,

- Halihazırda geniş bant hizmetlerde sahip olunan tekel konumunu rakip İSS'lerin kablo modem hizmeti vermelerine engel olmak suretiyle koruyan bu eylemin, geniş bant hizmetlerdeki mevcut tekel konumunun DSL altyapı yatırımlarının tamamlanması ile birlikte güçlendirilerek geleceğe taşınmasına hizmet eden bir araç oluşturduğu,

190 gerekçeleriyle TTAŞ'nin "rakip İSS'leri kablo TV altyapısından faydandırmamak suretiyle" 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinde belirlenen davranışları sergilediği ve eylemin süresi, kastın varlığı, teşebbüsün pazar içindeki gücü ve bugüne kadar oluşan zararın ağırlığı unsurları dikkate alınmak suretiyle bu kuruluşa 4054 sayılı Kanun'un 16/2. maddesi uyarınca 2003 yılı içerisinde gerçekleşen tüm internet gelirleri üzerinden ağır para cezası uygulanması gerektiği,

2 - 4054 sayılı Kanun'un "rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları bildirir" şeklindeki 9/1. maddesi uyarınca,

200 - TTAŞ'nin, kablo TV altyapısından talep eden tüm İSS'leri, mantıksal ayrıma dayalı olarak, talep eden İSS'ler arasında veya bunlar ile kendisine uyguladığı koşullar arasında teknik veya ticari (özellikle kablo TV şebekesinin kullanılmasından dolayı ücret bakımından) ayırım gözetmeksizin en geç 3 ay içerisinde faydandırmaması ve "faydalandırmanın reddi davranışından ve ayrımcılığa neden olabilecek herhangi bir davranıştan kaçınması" gerektiği,

- Bu tedbirin sağlıklı bir biçimde yerine getirilmesi ve bu madde ile öngörülen şeffaflığın sağlanmasını teminen, TTAŞ'nin kablo TV altyapısını karar tarihinden itibaren en geç 3 ay içerisinde ayrı bir tüzel kişilik altında toplaması gerektiği

görüşüne yer verilmiştir.

H – İNCELEME, DEĞERLENDİRME VE HUKUKİ DAYANAK

210 H.1. İlgili Pazar

İnternet kullanıcılarının internet uygulamalarını kullanmaları ve internete ulaşmaları ancak bir İSS vasıtasıyla mümkün olabilmektedir.

Bir İSS'nin müşterilerine hizmet sağlayabilmesi için İSS'nin öncelikle internet erişim hizmetlerinin sunulmasına olanak tanıyan bir altyapıya (örn. yerel telefon şebekesine veya kablo altyapısına) erişiyor ve ardından bu şebeke vasıtasıyla kurumsal ve yerel kullanıcılara hizmet götürüyor olması gerekmektedir.

Uygulamada, İSS'lerce talep edilen hizmetlere *şebeke erişim hizmetleri*, bu hizmetler vasıtasıyla İSS'lerin son kullanıcılara sundukları katma değerli hizmetlere ise *internet erişim hizmetleri* adı verilmektedir.

220 İnternet erişim hizmetlerinin son kullanıcılara sağlanması için bilinen en yaygın ve gelişmiş teknolojiler, sabit altyapılar üzerinden geniş bant erişim imkanı sağlayan *DSL ve kablo modem teknolojileri* ile yine sabit bir altyapı üzerinden verilen ancak DSL ve kablo modem hizmetlerine göre çok daha sınırlı bant genişliği sağlayan *çevirmeli bağlantılardır (dial up ve ISDN-BA)*.

Bunların yanı sıra kullanıcıların hareketliliğine olanak sağlayan daha esnek altyapılar üzerinden internet erişim hizmetleri de son yıllarda teknolojik olarak gelişmeye ve kullanıcılar arasında yaygınlaşmaya başlamıştır. Bu teknolojiler uydu üzerinden internet erişimi, 3. nesil mobil iletişim, kablosuz yerel sabit şebekelerdir.

230 Dosya konusu iddialar kapsamında, son kullanıcılara sağlanan hizmetlerin ve değişik altyapıların nitelikleri dikkate alınmak suretiyle aşağıda internet erişim hizmetleri dar ve geniş bant hizmetler olarak iki başlık altında değerlendirilmiş, ardından geniş bant hizmetlere ilişkin kullanılan teknoloji ve altyapılar birbirleriyle karşılaştırılmıştır.

i) Bant Genişliği, Hız ve İnternet Uygulamaları

Bant genişliği, belli bir zaman aralığında belirli bir altyapı üzerinden gönderilebilen ve temin edilen verinin (*data*) hacmini ölçmek amacıyla kullanılan bir kavramdır. Günümüzde bant genişliği elektronik haberleşme sektörünün veri taşıyabilen en küçük birimi olarak kabul edilen "*bit*"lerin sayısı ile ifade edilmektedir.

240 Kullanılan bant genişliğinin en önemli faydası, gönderilen ve alınan verinin birim zamandaki çokluğu ve dolayısıyla kullanıcılara daha hızlı bir iletişim imkanı sağlamasıdır. Bunun yanı sıra kullanılan bant genişliklerine göre farklı tarzda hizmetler verilebilmektedir. Bant genişlikleri, hizmetin üzerinden sunulduğu farklı altyapılara veya kullanılan teknolojilere göre birbirlerinden oldukça farklılaşabilmektedir.

Farklı altyapılar ve kullanılan erişim teknolojisi, "*veri gönderme ve yükleme*" hızı üzerinde belirleyici olmakla birlikte hızı belirleyen başkaca unsurlar da mevcuttur. Bu unsurlar arasında kullanıcının İSS'ye *tahsisli* bir hatla bağlı olup olmadığı, İSS'nin internet omurgası ile olan bağı ve arabağlantıları sayılabilir.

ii) Dar Bant - Geniş Bant Pazar Ayrımı

250 Dar bant ve geniş bant internet erişim hizmetleri arasında internet uygulamalarını desteklemeleri bakımından niteliksel bir ayırım yapmak mümkündür. Bu ayırım, bant genişliğinin artması ile data yoğun uygulamaların kullanılmasının mümkün hale gelebilmesi, dolayısıyla bu iki erişim türünün kullanım amaçları bakımından birbirinden farklılaştığı anlamına gelmektedir.

Bu bağlamda genellikle “*dar bant - geniş bant*” ayrımı, internet üzerinden alınabilecek hizmetlerin ihtiyaç duyduğu bant genişlikleri yani erişim hizmetleri ve teknolojilerinin kullanıcılara sağladığı “*erişim hızı*” bakımından yapılabilmektedir.

260 İlgili ürün pazarı belirlenirken, birim zamanda gönderilen verinin internet üzerinden alınabilecek hizmetleri belirlemesi nedeniyle dar ve geniş bant hizmetler arasında öncelikle “*erişim hizmetinin kullanıcılara sağladığı hız*” göz önüne alınarak bir ayırım yapılmıştır.

Geniş bant sağlayan altyapılar ve teknolojiler ile verilebilecek olan hizmetler eğlence (video, radyo, şans oyunları, çocuklar için etkinlikler vb.), iletişim (video konferans, telefon), eğitim (dil, müzik, ansiklopedi), sağlık (hasta izleme, tıbbi danışmanlık, tıbbi müdahale), hobi (spor, din), kişisel (alışveriş, danışma, öneri, seyahat planlama) ve profesyonel hizmetlerdir.

270 Kablo modem ve DSL teknolojileri gibi geniş bant hizmetler aylık sabit ücret karşılığı sürekli internete erişim imkanı sağlamaktadır. Başka bir ifade ile geniş bant hizmetler *flat rate* (kullanım süresine göre değişmeyen) ücretlendirme denilen bir ücretlendirme rejimine tabi olup, geniş bant kullanıcıları belli bir dönem için belirli bir ücreti ödemekle internete sınırsız erişim imkanı sağlamaktadır.

Dar bant erişim hizmetleri, Türkiye’de, internete bağlı olunan süre bazında ücretlendirilmektedir. Her ne kadar, teknolojik olarak kullanım süresine göre değişmeyen bir parasal miktar üzerinden kullanıcılara dar bant erişim hizmeti sunulması mümkün ise de, bir çok Avrupa ülkesinin aksine bu uygulama ülkemizde henüz bulunmamaktadır.

280 Dar bant ve geniş bant hizmetler arasında kullanıcılar gözünde oluşan farklılıklardan bir diğerini, dar bant hizmetlerde kullanıcıların erişim “*talep ettikleri anda*” bir internet bağlantısı gerçekleştirmelerine karşılık (*on demand access*), geniş bant hizmetlerde kullanıcıların *sürekli bir bağlantı* (*always on*) ile internete erişmeleridir. Bu son husus ile ilişkili olan bir diğer farklılık, dar bant internet erişiminde tüketicilerin kullandıkları altyapı üzerinden ses iletimi veya internet erişimi hizmetlerinden aynı anda yalnızca birisini alabilmeleridir. Kullanıcılar, dar bant internet erişiminde bu hizmetlerden *yalnızca* birini kullanabilirken, geniş bant internet erişiminde kullanıcı *aynı anda* hem ses iletimi olanağından hem de internet erişiminden faydalanabilmektedir.

Bu durum internet erişiminin üzerinden sağlanacağı altyapının sahibi operatör açısından da önem taşımakta, operatör geniş bant erişim türünde kullanıcıya iki ayrı (ses ve internet) hizmeti birden sunabilmektedir.

290 DSL, kablo modem ve diğer tip geniş bant erişim kullanıcıları istedikleri takdirde erişim hızlarını talimata bağlı olarak değiştirebilmekteyken, dar bant kullanıcıları bu imkandan yoksundurlar.

Bunların yanı sıra, kurumsal kullanıcıların dış dünya ve dolayısıyla internet ile olan etkileşimi yerel kullanıcılara göre daha yoğun olduğu için dar bant erişim hizmetlerinin sağladığı erişim kapasitesi kurumsal kullanıcılar için yeterli olmamaktadır. Bu nedenle geniş bant erişim hizmetlerinin gelişmesiyle birlikte, genellikle dar bant kullanıcıları geniş bant hizmetleri kullanmaya başlamışlardır. Özellikle kurumsal kullanıcılar bazında geniş bant hizmetler kategorisinden dar bant hizmetlere geçiş yapan kullanıcılardan bahsetmek mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla dar ve geniş bant hizmetler konusunda tek yönlü bir ikame edilebilirlikten bahsedilebilecektir.

300 Dar bant ve geniş bant hizmetlerin; internete erişim hızları, bu hıza bağlı olarak internet üzerinden destekledikleri hizmet türleri, kullanıcılara istenilen anda ya da sürekli bir bağlantı sağlamaları, aynı anda başkaca hizmetlerin de (ses iletimi gibi) sunulmasına olanak tanıyıp tanınamaları, erişim hızının talep halinde anında değişip değişmemesi gibi unsurlar nedeniyle farklılaştığı görülmektedir.

310 Geniş bant hizmetler ile dar bant hizmetler arasındaki farklılıklardan en önemlisini teşkil etmesi bakımından bağlantı hızına dayalı bir ayırım yapılarak, belirli bir hızın üzerindeki hizmetleri dar bant, diğerlerini ise geniş bant olarak tanımlamak mümkündür. Bu kapsamda çevirmeli bağlantı üzerinden ulaşılabilen maksimum hız olan 56 kbps erişim hızı göz önüne alınarak bu hızdaki hizmetler dar bant, diğerleri ise geniş bant olarak tanımlanabilir.

Bununla beraber, yukarıda yer verilen özellikler de dikkate alınmak suretiyle 56 Kbps'ye kadar kapasiteli klasik *dial up* (çevirmeli bağlantı) hizmetler ile internete sürekli bağlı olma imkanı sağlamayan 128 Kbps ISDN BA erişim hizmetleri *dar bant hizmetler*, bunların dışındaki hızlardaki erişim türleri (ADSL, kablo modem vb. hizmetler) *geniş bant hizmetler* olarak tanımlanmıştır.

iii) Geniş Bant Hizmetler

320 Geniş bant hizmetlerin sunumunda farklı teknolojiler kullanılabilir. Bu sebeple, değerlendirilen ihlal konusu olayın kablo altyapısını ilgilendirmesi nedeniyle, hareket noktası olarak bu altyapı üzerinden verilen geniş bant hizmetler ile başka altyapılar kullanılarak sunulan geniş bant hizmetlerin ikame edilebilir olup olmadığı tespit edilmelidir.

Dar bant - geniş bant (erişim) hizmetler(i) ayrımı yapılırken bu hizmetlerin karakteristik özellikleri; ücretlendirme modeli, hız ve sürekli internete bağlı olma kriterleri göz önüne alınmıştır. DSL ve kablo modem geniş bant hizmetlerinin her ikisi de bu karakteristik özellikleri bünyesinde barındırmaktadır. Her iki teknoloji de *flat rate* olarak adlandırılan ücretlendirme modeline tabidir. Bunlar 64 Kbit'ten daha hızlı erişim ve sürekli internete bağlı kalma imkanı tanımaktadır.

Bu çerçevede, kablo modem hizmetleri ile DSL hizmetleri arasında yapılacak olan değerlendirmenin; bu iki hizmetin fiyatlandırmasının birbiri üzerinde baskı oluşturup

330 oluşturmadığı, bu altyapılar üzerinden verilecek hizmetlerin temininde kullanılan cihazların (modemler) farklı olup olmadığı ve bu farklılığın tüketici tercihlerini etkileyecek surette önemli bir maliyet içerip içermediği, bu iki hizmetin öngördüğü teknik koşulların (paylaşımlı ve tahsisli hat kullanımı) söz konusu hizmetler arasında bir farklılık yaratıp yaratmadığı hususlarını dikkate almalıdır.

Kablo modem hizmetleri ile DSL hizmetleri karşılaştırılırken kullanıcılar açısından öncelikle fiyatlara bakılmıştır. Aşağıdaki tabloda¹ DSL ile kablo modem hizmetleri fiyatları karşılaştırılmaktadır.

Bant Genişliği	ADSL Aylık Ücret (TL)	Kablo Modem (TL)
128/32 Kbps	49.000.000	72. 000.000 ²
265/64 Kbps	69. 000.000	119. 000.000
512/128 Kbps	109. 000.000	209. 000.000

340 Fiyatlar üzerinde yapılacak incelemede, dikkat edilmesi gereken en önemli husus, ülkemizde her iki hizmetin de henüz yalnızca TTAŞ tarafından sunulduğudur. Bu bakımdan fiyatların “pazarın kendi dinamikleriyle” belirlendiği söylenememektedir.

Ne var ki bu durumda dahi, TTAŞ tarafından DSL hizmetleri fiyatları belirlenirken kablo modem hizmet fiyatlarının göz önüne alındığı ifade edilmiş ve söz konusu duruma, TTAŞ tarafından Kurum’a gönderilen,

“ADSL hizmetimiz için yapılan tarife çalışmalarında diğer benzer hizmetlerimiz gibi Kablo TV sistemi üzerinden verilen internet erişimi tarifesi herhangi bir çelişkili durum yaratmaması açısından dikkate alınmaktadır.”

şeklindeki 3.10.2003 tarih ve 4858 sayılı Yazılı Savunmada da yer verilmiştir.

350 Her ne kadar TTAŞ tarafından böyle bir ifadeye yer verilmiş olsa dahi söz konusu çifte-tekel konumunun bulunmadığı yurtdışı uygulamalarının da göz önüne alınması ilgili ürün pazarının belirlenmesi bakımından faydalıdır.

Diğer ülke örnekleri incelendiğinde kablo ile DSL altyapılarının, kullanıcılar gözünde birbirine ikame olarak ele alınması nedeniyle birbiri üzerinde rekabetçi baskı uyguladığı, bu kapsamda örneğin, ABD’de geniş bant hizmetlerde Kablo modem ve DSL hizmetlerinin pazar paylarının birbirine yakın olduğu görülmektedir³.

Bu açıklamalar çerçevesinde TTAŞ’nin ifadeleri ve çifte-tekel konumunun bulunmadığı ülke uygulamaları dikkate alındığında, fiyat açısından kablo ile DSL hizmetlerinin kullanıcılar gözünde ikame edilebilirliğinin kabulü gerekmektedir.

DSL ve kablo modem hizmetlerinin verildiği şebekelerin teknik yapılarının birbirinden farklı olduğu görülmektedir. Bu iki hizmetin teknik açıdan farklılaştığı en önemli alanı

¹ ADSL hizmeti için bağlantı hızlarının 128 Kbps’den başlaması nedeniyle tabloda da karşılaştırma bu hız üzerinden yapılmıştır. Keza raportörlerce yapılan görüşmelerde TTAŞ yetkililerince, kablo TV internet erişiminde 64 Kbps bağlantı hızlı tarifinin de kaldırılacağı ifade edilmiştir.

² 8.3.2004 tarihi itibarıyla ücretlerdir. Soruşturma tarihi itibarıyla 128/32 Kbps hız için ücretler kablo TV için 68.000.000 TL, DSL için 60.000.000 TL’dir. Bu nedenle yukarıda ADSL ve Kablo Modem hizmetlerinin fiyatlarının karşılaştırılmasına yönelik verilen tabloda ADSL tarifeleri TTAŞ’nin ADSL için yaptığı kampanya fiyatlarıdır.

³ 2004 (Kablo %68 - DSL %32), Kaynak www.leichtmanresearch.com/press/051104release.pdf

- 360 DSL hizmetlerinin tahsisli yapıda çalışması [bu hizmetin sunumunda abone ile DSLAM cihazı (DSL hizmetinde abonelerin bağlantılarının son bulunduğu yerel merkez) arasında aboneye ait bir bağlantı kanalı], kablo modem hizmetlerinin ise paylaşımlı anlayışta sunulması [her bir abonenin ortak bir kanal kullanması] oluşturmaktadır.

Bu durumun kablo altyapısı aleyhine yarattığı iki önemli etki bulunmaktadır. Bunlar; kablo kullanıcılarının şebekede var olan diğer kullanıcılarla birlikte belirli bir bant genişliğini kullanmaları ve kablo altyapısının paylaşımlı yapısından dolayı şebeke güvenliğinin zayıflığıdır. Bu durum, kullanıcıya taahhüt edilen bant genişliğinin sağlanması bakımından servis sağlayıcıyı risk altında bırakmaktadır. Ancak, bu durum bir iş planı çerçevesinde halledilebilecek bir sorundur.

- 370 Bir geniş bant kullanıcısının internet erişim kapasitesinin diğer bir belirleyicisi, kullanıcıya hizmet veren İSS'nin yapmış olduğu arabağlantılar ve internet bulutuna (özellikle yurtdışı diğer servis sağlayıcılarına) bağlanma şeklidir.

İnternete bağlanan kullanıcı sayısı belirli saatlerde artmakta ve bu da gönderilen ve alınan verilerin internet üzerinde bulunan darboğazlar ve kapasite eksiklikleri nedeniyle yavaşlamasına neden olabilmektedir. Söz konusu durum, kullanım saatlerine göre farklılaşan fiyatlandırma politikaları ile aşılabilmektedir.

Bunun yanı sıra, kablo TV şebekesine yapılacak yatırımlarla paylaşımlı kullanımdan kaynaklanan darboğazların aşılabildiği ve uygun "müşteri-altyapı" organizasyonu ile bahsi geçen riskin büyük ölçüde bertaraf edilebildiği anlaşılmaktadır.

- 380 Bu çerçevede yukarıda bahsi geçen hususların, gerek tüketiciler gerek servis sağlayıcıları gözünde kablo modem hizmetleri ile DSL hizmetlerinin farklılaşması sonucunu doğurmadığı (DSL hizmetlerinin tahsisli, kablo modem hizmetlerinin paylaşımlı bir karakter sergilemesinin bu iki ürünün farklı ele alınmasını gerektirmediği) görülmektedir.

Böylece, ücretlendirme modeli, hız ve sürekli internete bağlı olma kriterleri bakımından benzerlik gösteren kablo modem ve DSL hizmetlerinin fiyatlandırma bakımından birbiri üzerinde baskı oluşturması, bu iki hizmetin öngördüğü teknik koşulların söz konusu hizmetler arasında farklılık doğuracak bir niteliğinin bulunmaması nedenleriyle birbiri ile ikame oldukları anlaşılmaktadır.

- 390 Uydu hizmetleri, altyapının götürülmesinde yüksek maliyetlerin söz konusu olduğu kırsal alanlara erişim için tasarlanmış alternatif bir teknolojidir.

Yüksek kurulum maliyetleri gerektiren uydu erişim hizmetleri, hizmet kalitesi bakımından kötü hava şartlarında belirgin bir düşüş sergilemektedir. Uydu bağlantısının karasal bağlantıya nazaran bir çok dezavantajı bulunmakta, özellikle "karadan uduya ve sonrasında uydudan yer istasyonuna" şeklinde gerçekleşen bağlantı nedeniyle uydu bağlantısında yaşanan gecikme ve hava muhalefetinden kaynaklanan kesintiler dolayısıyla güvenilirlik sorunu sebepleriyle, hız ve verimlilik açısından uydu bağlantısının performansının çok değişken, servis kalitesi teminatı olmayan bir hizmet olduğu anlaşılmaktadır.

400 Uydu hizmetleri, bilgiyi geri gönderen uydu vericisinin olmaması durumunda kullanıcının bunu bakır veya kablo şebekesi üzerinden yapmasını gerekli kılmakta, çift yönlü uydu telekomünikasyon hizmeti ise çoğunlukla, veri trafiği yüksek telekomünikasyon operatörleri ve büyük ölçekli kurumsal kullanıcılar tarafından kullanılabilir.

Üçüncü nesil mobil telefon hizmetleri (UMTS) ve sabit kablosuz ağlar (WLL) üzerinden internet erişim hizmetleri her ne kadar geniş bant erişim olanakları sağlıyor olsalar da soruşturma konusu eylemlerin geçtiği dönemde bu hizmetlere yönelik herhangi bir ruhsat ya da yetki tahsis edilmemiştir.

410 Bu çerçevede, kullanım, yüksek kurulum maliyetleri, erişim olanakları ve yaygınlık özellikleri dikkate alındığında uydu, UMTS ve WLL üzerinden sunulabilecek internet erişim olanakları, kablo modem ve DSL hizmetlerinin ikamesi değildir.

H.1.1. İlgili Ürün Pazarı

Yukarıda yer verilen gerekçeler çerçevesinde soruşturma kapsamında ilgili ürün pazarı “kablo modem ve DSL hizmetlerinden oluşan geniş bant hizmetler” pazarı olarak belirlenmiştir.

H.1.2. İlgili Coğrafi Pazar

420 Kablo modem hizmetleri büyük şehirlerde ve nispeten küçük bazı şehirlerde sınırlı olarak verilmektedir. Buna benzer olarak TTAŞ'nin son dönemde yaptığı yatırımlar ile DSL hizmetleri de ülkenin tamamında değil, ancak DSL altyapı yatırımının yapıldığı belirli bölgelerde verilebilmektedir.

DSL hizmetleri ve kablo modem hizmetleri birbirlerine ikame hizmetler ve bu altyapıların rekabet halindeki altyapılar olmalarına karşılık, bu iki şebekenin de aynı hükmi şahıs elinde bulunması nedeniyle halihazırda bu iki tip hizmet ve altyapı arasında bir rekabet mevcut değildir.

Dolayısıyla değişik operatörlerce bölgesel olarak bu hizmetin verilemediği, her iki hizmeti sağlayan teşebbüsün de aynı olmasından dolayı coğrafi pazar tanımı yapılmasının herhangi bir pratik faydası olmayacağı gibi, kablo altyapısının DSL altyapısı ile birlikte bulunduğu bölgeler bazında bir coğrafi pazar tanımı yapılması ya da yapılmamasının sonuca bir etkisi bulunmamaktadır.

430 Bunun yanı sıra, çifte-tekelleme hakkı dolayısıyla her iki hizmetin de fiyatlandırmasının ulusal bazda yapılmakta olduğu da göz önünde bulundurulduğunda, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde birbirinden pazar koşulları bakımından farklılık gösteren herhangi bir ayrı coğrafi pazar bulunmamaktadır.

Sonuç olarak soruşturma konusu eylemlerle ilgili olarak belirlenebilecek coğrafi pazar “Türkiye Cumhuriyeti”dir.

Yukarıda yer verilen açıklamalar çerçevesinde ilgili pazar, “Türkiye coğrafi sınırları içerisinde kablo modem ve DSL hizmetlerinin sunumundan oluşan geniş bant hizmetler pazarı”dır.

H.2. Yapılan Tespit ve Deliller

440 H.2.1. Kablo TV Altyapısının Gelişimi, İlgililerin Rolü ve Kablo Modem Hizmetinin Pazarlanması

H.2.1.1. Kablo TV Hizmetinin Sunulması

406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu ve Telekomünikasyon Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Görev Sözleşmesi⁴ (Görev Sözleşmesi) hükümleri çerçevesince TTAŞ, 31.12.2003 tarihine kadar ulusal ve uluslararası ses iletimini ihtiva eden telefon hizmetlerinde ve tüm telekomünikasyon altyapısının kurulması ve işletilmesinde yasal tekel hakkına sahip bulunmaktadır.

450 “Yasa ile sınırları çizilen” tekel hakkı, “kablo altyapısının kurulması ve işletilmesini” kapsamamaktadır. Ancak halihazırda bu faaliyetler, 406 Sayılı Telgraf ve Telefon Kanun’un

“Hiç kimse Bakanlıkla [Telekomünikasyon Kurumu ile] bir görev, imtiyaz sözleşmesi yapılmış veya Bakanlık [Telekomünikasyon Kurumu] tarafından bir telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin verilmiş olmadıkça, telekomünikasyon hizmeti yürütemez ve / veya altyapısı kuramaz ve işletemez.”

şeklindeki 2/a maddesi dikkate alındığında, Telekomünikasyon Kurumu’nca ruhsat veya genel izne konu edilmemiş olmaları nedeniyle tekel kapsamında ele alınmaktadır.

460 Dolayısıyla bahsi geçen Kanun ve Görev Sözleşmesi ile verilen “telekomünikasyon altyapısı kurulması ve işletilmesi” yetki ve görevi, kablo TV şebekelerinin kurulması ve işletilmesini de kapsamakta, halihazırda TTAŞ bu konuda da tekel hakkına sahip bulunmaktadır.

TTAŞ, Görev Sözleşmesi’nin 3. maddesinin (b) bendi ile kendisine verilen altyapının *kurdurulması* yetkisine istinaden kablo TV şebekesinin kurulması işini müteahhit (taşeron- gelir ortağı) şirketlere yaptırtmak yolunu seçmiştir.

470 Kablo TV altyapısı, 1990 yılından itibaren süregelen çalışmalar sonucunda Ankara, İstanbul, İzmir, Adana, Antalya, Gaziantep, Bursa, Konya ve Kayseri’de kurularak, üzerinden yayın iletmeye başlanmıştır. Bunu takiben, kablo altyapısının kurdurulması ve işletilmesini düzenlemek amacıyla, 21.5.1997’de TTAŞ ile dört firma arasında Gelir Paylaşımı Esasına Göre Kablo TV Sistemi Proje Uygulamaları Sözleşmesi ve ardından 25.2.1998 tarihinde TV ve Radyo Dağıtım Sistemleri İnteraktif Hizmetler Proje Uygulamaları Sözleşmesi imzalanmıştır. Temmuz 1999’da, sözü edilen Sözleşmelerin uyumlaştırılması, sistemin teknolojik gelişmelere ve diğer ihtiyaçlara adaptasyonun sağlanmasına yönelik düzenlemeleri içeren Gelir Paylaşım Esasına Dayalı TV ve Radyo Dağıtım Sistemleri, İnteraktif Hizmetler Proje Uygulamaları Sözleşmesi Eki Protokol taraflarca akdedilmiştir. Halihazırda kablo TV altyapısının kurdurulması ve işletilmesine ilişkin esaslar bu hukuki metinler ile düzenlenmektedir.

⁴ Görev sözleşmesi öncelikle TTAŞ ile Ulaştırma Bakanlığı arasında 28.2.2001 tarihinde imzalanmıştır, ancak 4673 sayılı Kanun uyarınca Telekomünikasyon Kurumu ile 11.2.2002 tarihinde yenilenmiştir.

H.2.1.2. İlgililerin Rolü

480 Gelir paylaşımına dayalı Sözleşmeler ve Protokol çerçevesinde kablo TV altyapısı üzerinden verilebilecek interaktif hizmetlerden biri olan kablo internet hizmetinin alınabilmesi, öncelikle TTAŞ ile kullanıcı arasından bir abonelik ilişkisi kurulmasını gerektirmektedir.

Kullanıcıların sisteme dahil edilmesi, kullanıcı bilgisayarlarını şebekeye bağlama işlemi gelir ortakları tarafından yapılmaktadır. Sistemin çalışmasını sağlayan kontrol merkezi (bölgesel santral) TTAŞ tarafından işletilmekte, ancak kullanımın devamlılığını sağlamaya yönelik bakım, arıza giderimi, yedek parça hizmetleri gelir ortakları tarafından yerine getirilmektedir.

- TTAŞ'nin Rolü

490 Sözleşmelerin 22.1. madde hükmü uyarınca, kurulacak sistemin işletilmesinin TTAŞ tarafından yapılacağı belirtilmekte, ancak bununla birlikte gelir ortağı firmanın TTAŞ'ye işletme ve bakım konusunda her türlü desteği vereceği ifade edilmektedir. Diğer taraftan, abonelik ilişkisinin TTAŞ ile kullanıcılar arasında kurulacağı ve abonelik işlemlerinin TTAŞ tarafından yapılacağı (m. 22.17) Sözleşmelerde düzenlenmiştir.

Her ne kadar iki sözleşmede de gelir ortağı firmaların abonelik işlemlerine müdahale etmeyeceği ifade edilmiş olsa da (m. 22.17), Protokol'ün E.6 maddesinin dördüncü fıkrası ile firmaların satış ve abonelik işlemlerine destek sağlayacakları belirtilmek suretiyle TTAŞ'nin söz konusu sorumluluğu da gelir ortaklarına yüklenmiş bulunmaktadır.

500 Protokol'ün E.6 maddesi uyarınca TTAŞ, kablo TV aboneliği hakkında herkese ve abonelik süresi boyunca kullanıcıya danışma hizmeti vermekle yükümlüdür. Bununla birlikte aynı maddede TTAŞ bu hizmeti vermeye başlayınca kadar gelir ortağı firmanın bu hizmeti TTAŞ denetimi altında yürüteceği belirtilmiştir. Bu nedenlerle, kablo TV üzerinden internet hizmeti verilmesi kapsamında TTAŞ'nin faaliyeti sadece abonelik işlemleri çerçevesinde iş emri çıkarılması, tesis ve abonelik ücretlerinin tahsilatı, şebeke kontrol merkezinin işletilmesinden oluşmaktadır. TTAŞ bu işler dışında şebekenin kurulması ve işletilmesi kapsamında (CMTS⁵ vb. cihazların temini gibi) herhangi bir faaliyette bulunmamaktadır.

510 TTAŞ, mevcut düzenlemeler çerçevesinde yasal olarak Kablo TV şebekesinin sahibi ve işleticisi konumunda olabilecek tek tüzel kişidir. Dolayısıyla, her ne kadar, şebekenin kurulması ve işletilmesi işini 1997 ve 1998 tarihli Sözleşmeler ve Ek Protokol ile gelir ortağı firmalara yaptırmakta ise de TTAŞ, Kablo TV şebekesinin sağlıklı olarak işletilmesinden sorumlu olabilecek tek kuruluştur. TTAŞ, bununla beraber, aralarındaki abonman sözleşmesi nedeniyle, kablo TV altyapısı üzerinden verilen (internet de dahil olmak üzere) her türlü hizmetten kullanıcılarına karşı sorumludur. Bu nedenle TTAŞ ile gelir ortağı firmalar arasında bulunan ve özünde istisna sözleşmesi (altyapının kurulması) ve vekalet sözleşmesi (şebekenin

⁵CMTS (Cable Modem Termination Systems): Kablo Modem Sonlandırma Sistemleri

işletilmesi, ilgili hizmetlerin verilmesi) niteliği taşıyan ilişkinin, abonelerle TTAŞ arasındaki ilişkiye etkisi bulunmamaktadır.

520 - Gelir Ortağı Firmaların Rolü

Gelir ortağı firmaların öncelikli yükümlülüğü, Sözleşme (m. 22.12) hükümlerinde belirlendiği üzere, kablo TV sistemini oluşturan teçhizatın temin edilmesi ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yatırım bedelini de karşılamak suretiyle şebekenin kurulmasıdır. Gelir ortaklarının altyapı kurulmasına yönelik sorumlulukları mevcut ve yeni iller için farklılık göstermektedir. Ancak şebekenin kurulması sorumluluğu Sözleşme (m. 22.13) hükümleri uyarınca her halükarda, Kablo TV sisteminin (televizyon, radyo dağıtım sistemleri ve interaktif hizmetler) gerektirdiği tüm mühendislik hizmetlerini, "survey"leri, montajı, entegrasyon ve sistem testleri ile abone bağlantılarını kapsamaktadır. Gelir ortağının şebeke yatırımları, harici tesisat koruyucu ve arıza-bakım, dahili tesisat koruyucu ve arıza bakım, kullanıcı destek hattı, (yerel) denetim merkezi (CMTS, switch, CNR) ve IP (İnternet Protokolü) yönetimi ile ilgili donanım ve yazılım yatırımlarını kapsamaktadır. Başka bir ifade ile, gelir ortağı firmanın şebekenin işletilmesi faaliyetlerinin bütününe kapsayan bir yatırım yükümlülüğü bulunmaktadır.

Gelir ortağı firma, kablo TV altyapısı üzerinden internet hizmetinin verilmesi için öncelikle abonelerin şebeke bağlantılarını gerçekleştirmekle yükümlüdür. İnternet bağlantısının kurulması için kullanıcının bu yönde bir başvuruda bulunması gerekmektedir. 1997 ve 1998 tarihli Sözleşmelerde (m. 22.17), abonelik işlemlerinin TTAŞ tarafından gerçekleştirileceği, firmaların abonelik işlemlerine müdahale etmeyeceği ve ancak tanıtım, reklam, pazarlama konularında destek sağlayacakları belirtilmiş olmakla birlikte; Protokol'ün E.5 maddesinin dördüncü bendinde firmanın satış ve abonelik işlemlerine destek vereceğinin düzenlenmiş olması nedeniyle uygulamada gelir ortağı firmalar tanıtım ve pazarlama da dahil olmak üzere her türlü satış işlemini bizzat gerçekleştirmektedirler. Firmalar kurdukları satış noktaları ve irtibat büroları ile TTAŞ adına abone başvurularını kabul etmekte ve abonelik işlemlerini yapmaktadırlar.

Kablo TV internet (kablo modem) hizmetinin temini için öncelikle kablo TV abonesi olunması gerekmektedir. Kablo TV abonesi olmayan başvuru sahibinin, her iki başvuruyu da (kablo TV ve internet) birlikte gelir ortağı firma nezdinde yapması mümkündür. Gelir ortağı firma Sözleşmeler ve Protokol uyarınca masrafları kendisi tarafından karşılanmak üzere kablo TV internet bağlantısını sağlayacak tüm teçhizatı temin eder ve bağlantıyı gerçekleştirir.

Sözleşmelerin 24. madde hükmü uyarınca kablo TV şebekesinin (koruyucu ve düzeltici) her türlü bakımı gelir ortağı firma tarafından yapılacak olup sistemde oluşacak arızalar da firma tarafından giderilecektir. Firma aynı madde uyarınca hizmetin kesintisiz ve güvenilir bir ortamda verilebilmesi için kullanılan malzemenin en az %1'lik kısmını yedek malzeme olarak bulundurmak ve şebekenin bakım, onarım ve arızasında kullanılacak aletleri tedarik etmek yükümlülüğü altındadır. Protokol'ün E.5. maddesinin 6 numaralı bendine göre, firma ayrıca, organize ettiği kablo modem cihazlarının arıza, bakım, onarım ve değiştirme işlemlerini yapacaktır.

Gelir ortağı firmalar, bu hükümler uyarınca ve abone ile yaptıkları *Destek Hizmet Sözleşmeleri* kapsamında kablo TV internet hizmeti kullanımının sürekliliğini sağlamaya yönelik olarak satış sonrası hizmet olarak nitelendirilebilecek faaliyetler yürütmektedirler. Bu faaliyetlerin başında şebekenin genel bakımı, gözetilmesi, gürültü oluşması halinde bunun tespit edilmesi ve azaltılması, sistemdeki arızaların giderilmesi gelmektedir.

570 Bunların yanı sıra, gelir ortakları kurdukları telefon irtibat merkezleri/müşteri hizmetleri servisi aracılığıyla ulaşan her türlü arızanın giderilmesini de sağlamaktadır. Abonelerin ilettikleri arıza bildirimleri öncelikle gelir ortaklarının bünyesindeki arıza teknik destek kadrosu tarafından telefon ile uzaktan giderilmeye çalışılmakta ve sorunun giderilememesi halinde yine gelir ortağının kurduğu saha arıza bakım ekipleri tarafından sahada destek hizmeti verilmektedir.

H.2.1.3. Tarafların Sorumlulukları Hakkında Değerlendirme

Yukarıda yer verilen bilgilerden, kablo TV altyapısı üzerinden verilebilecek internet hizmetlerine ilişkin şebekeye yönelik olarak TTAŞ'nin herhangi bir yatırım, bakım veya onarım maliyetinin bulunmadığı, keza TTAŞ tarafından gönderilen 7.4.2004 tarihli ve 1762 sayılı yazıda yer alan,

580 “gelir paylaşım sözleşmeleri kapsamında yapılacak yatırımlar belirlenmiş olup Sözleşmenin 22.9 maddesi gereği projenin herhangi bir aşamasında Şirketimizin yatırımlara katılması söz konusu değildir.”

ifadesinden de anlaşıldığı üzere akdedilen sözleşmeler gereği yapılacak yatırımların tümünün yüklenici firmalar üzerinde olduğu anlaşılmıştır. TTAŞ, altyapı kurulması ve işletimi konusunda tekel hakkına sahip olmakla beraber halihazırda bu altyapının yalnızca gelir ortağı konumunda bulunmaktadır. Bu çerçevede, Kablo TV altyapısı üzerinden yeni bir aboneye hizmet verilmesi TTAŞ açısından ek bir yatırım maliyeti vb. getirmemekte, keza bu yeni abonenin ihtiyaç duyacağı yatırımlar operatör firmalarca karşılanmaktadır. Ne var ki, bu kuruluş, yapılacak yatırımlara karışmamakla beraber yasal tekele sahip olması nedeniyle, bu altyapı üzerinden verilebilecek hizmetlerin ne olacağı ve kimlere ait hizmetlerin sunulacağı konularında tek yetkili karar mercii statüsünü haizdir.

590

H.2.2. Kablo TV Altyapısına Erişim

Soruşturma konusu olayda iddiaların esasını oluşturan kablo TV altyapısı üzerinden verilen geniş bant internet erişim hizmetlerinin tekelleştirildiği iddiasına ışık tutması amacıyla, Türkiye’de kablo TV altyapısı üzerinden verilen internet erişim hizmeti ile ilgili idari kararlar ve düzenlemelerin kronolojik olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

H.2.2.1. İdari Kararlar

H.2.2.1.1. Rekabet Kurumunca Açılan ISS Soruşturması ve Alınan Geçici Tedbir Kararı

600 Kablo TV altyapısından İSS'lerin faydalandırılmaması konusu Rekabet Kurulu'nca 28.3.2001 tarih ve 01-13/123-M sayı ile açılan *İSS Soruşturması*'nin konularından birini oluşturmaktadır.

"...TTNet dışında Kablo TV şebekesi üzerinden internet erişimi sunmak isteyen İSS'lere bu olanağı tanımamak suretiyle eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, temel telekomünikasyon hizmetlerindeki hakim durumunu kötüye kullandığı ve bu şekilde 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 6. maddesini ihlal ettiği iddialarının ciddiyeti dikkate alınarak,"

başlatılan İSS Soruşturması kapsamında Rekabet Kurulu'nca,

610 *"İSS'lere, talepleri halinde, ... Kablo TV şebekesi üzerinden internet erişimini, TTNNet hizmetlerinde yararlandığı imkanlarla, makul ve teknik açıdan imkan dahilindeki koşullarda, ayrımcı olmayacak şekilde açmasına"*

şeklindeki 21.6.2001 tarih, 01-28/273-M sayılı Geçici Tedbir kararı alınmıştır.

H.2.2.1.2. Telekomünikasyon Kurulu Kararı

Rekabet Kurulu'nca geçici tedbir kararı alınması sonrasında, kablo TV altyapısından İSS'lerin faydalandırılmamaları hususu, Telekomünikasyon Kurulu'nca başlatılan soruşturma kapsamında da ele alınmıştır.

"İSS'lerin Kablo TV üzerinden hizmet veremediği, bu hizmetin yalnızca TTNNet tarafından verilmesinin ayrımcılık olarak değerlendirilmesi gerektiği"

620 şeklindeki iddialar üzerine 29.5.2001 tarih ve 2001/192 sayılı karar ile "bu hizmetin yalnızca TTNNet tarafından verilmesinin ayrımcılık olup olmadığı amacıyla" başlatılan soruşturma neticesinde 28.3.2002 tarihli nihai kararında Telekomünikasyon Kurulu'nca,

"d) Sektörde rekabeti bozucu mahiyette bir yapılanma olarak değerlendirilen TTNNet ve Kablo TV hizmetlerinin TTAŞ'nin hükmi şahsiyetinden makul bir süre içinde çıkarılarak ayrı tüzel kişiler oluşturulması yönünde Ulaştırma Bakanlığı'na öneride bulunulmasına,...

630 *g) İnternet hizmetinin daha yaygın ve/veya kaliteli hale getirilmesi ve Kablo TV üzerinden internet hizmetinin sadece TTNNet ve/veya TTAŞ'nin gelir paylaşımı ortakları tarafından verilmesi, sektörde serbest ve adil bir rekabetin sağlanmasına engel olabilecek bir ayrımcılık olması nedeniyle Kablo TV internet hizmetinin, teknik imkanlar dahilinde tüm İSS'lerce verilmesine yönelik 2 (iki) ay içerisinde iş planı hazırlanarak Kurumun onayına sunulması"*

sonuçlarına ulaşmıştır.

H.2.2.1.3. Rekabet Kurulu Kararı

Rekabet Kurulu, TTNNet dışında kablo TV şebekesi üzerinden internet erişimi sunmak isteyen İSS'lere bu olanağı tanımamak suretiyle eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürdüğü iddiasıyla 28.3.2001 tarihinde başlattığı İSS Soruşturması'na ilişkin olarak 2.10.2002 tarih ve 02-60/755-305 sayılı nihai kararında ise,

640

“Kontrolü altındaki Kablo TV şebekesini İSS’lerin kullanmasını engelleyerek (açık erişime izin vermeyerek) ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine engel olmak şeklindeki iddia yönünden cezai işlem uygulanmasına yer olmadığı”

sonucuna ulaşmıştır.

H.2.2.1.4. İdari Kararlara İlişkin Değerlendirme

TTAŞ hakkında, 2001 yılında açılan soruşturma kapsamında geçici tedbir kararı alınmasından önce, Kurum kayıtlarına 14.5.2001 tarih ve 2003 sayı ile intikal eden TTAŞ savunmasında,

“Ana internet omurgasına erişim şebekesi niteliğindeki Kablo TV şebekesi üzerinden internet erişimi, halen geliştirilmekte olup, 5000 civarında abonesi bulunmaktadır. Ancak, Kablo TV şebekesinin;

650

- 1. Merkezi CMTS teçhizatlarının teknik altyapısının İSS’ler için bu uygulamalara cevap vermemesi,*
- 2. Kontrol Merkezleri (CMTS) ile İSS Merkezleri arasında ilave transmisyon ihtiyaçları sorunu,*
- 3. İnternet omurgasının yeni yapılandırılıyor olması,*
- 4. Geri dönüş transmisyonunun sınırlı olması,*

hususları göz önünde bulundurularak İSS’lere Kablo TV şebekesi üzerinden internet erişimi sunulması bugün için mümkün olamamıştır.

Gerekli altyapı tamamlandığında Kablo TV şebekesi üzerinden internete erişim imkanının İSS’lere de verilmesi mümkün olacaktır.”

ifadelerine yer verilmiştir.

660

İSS soruşturması kapsamında, Rekabet Kurulu’nca geçici tedbir kararı alınması ertesinde, bu kez bir gelir ortağı firma olan Kablonet tarafından, TTAŞ’ye gönderilen,

“Kablo TV şebekesi üzerinden İSS’lere internet erişimi sunulması için teknik altyapımız müsaittir. ... Kablonet şebekemiz hizmet sahasının tamamında mevcut altyapı kullanılarak müracaat sırasına göre İSS’lere, aynen TNet’e sağlanan olanaklar gibi Kablonet şebekesi üzerinden internete erişim imkanı verilmesi mümkündür. ...

Firmamız tarafından İSS’lerle gerekli iletişim kurulmuş olup, çalışma şartlarında mutabakata varılmıştır. TTAŞ, İSS ve Kablonet’in abonelik işlemleri, görevleri ve sorumlulukları konusunda yapılan çalışmalar sonucunda, abonelik işlemleri gerçekleştirilmeye başlanmıştır.”

670

şeklindeki hususları içeren 10.8.2001 ve 14.9.2001 tarihli yazılar dikkate alındığında bu firma tarafından, kablo TV altyapısından İSS’lerin faydalanması önünde bir engel bulunmadığının ifade edildiği görülmektedir.

Aynı yazıda, kablo altyapısından İSS’lerin yararlandırılmasının mümkün olup olmadığı konusunda bahsi geçen firma tarafından Superonline ile yapılan denemede de sistemin çalıştığı, dolayısıyla bu nitelikte bir faydalandırmanın önünde teknik herhangi bir engel bulunmadığı ifade edilmiştir.

Aynı soruşturma kapsamında, TTAŞ tarafından Kablonet'e gönderilen ve işbu soruşturma kapsamında Eser Telekom'un 8.10.2003 tarihli başvurusu ekinde de yer alan 27.9.2001 tarihli yazıda bu kez,

680

"Konu ile ilgili olarak Genel Müdürlüğümüzce tarife ve mevzuat çalışmaları devam etmekte olup, Genel Müdürlüğümüz onayı olmadan İSS'ler ile herhangi bir akit yapılmaması ve Kablo TV şebekesinden İSS abonelerinin bağlanmaması konusunda bilgilerinizi rica ederiz."

ifadelerine yer verilmek suretiyle "Kablo TV altyapısından İSS'lerin faydalandırılmasına teknik herhangi bir hususun değil TTAŞ'nin iç idari düzenlemelerinin engel teşkil ettiği" belirtilmiştir.

690

Kablo TV'ye ilişkin gerekli her türlü donanım ve yazılımı temin etmekle yükümlü operatör firmalarca, gelir paylaşımına dayalı Sözleşmeler ve Protokol çerçevesinde, mevcut altyapıya dair yükümlülükler 2000 yılında tamamlanmıştır. Her ne kadar 14.5.2001 tarihli TTAŞ yazısında kablo TV şebekesinden İSS'lerin faydalandırılması önünde teknik engeller olduğu ifade edilmiş olsa da, aynı yıl içinde 27.9.2001 tarihinde TTAŞ'ce bu konuda tek engelin TTAŞ bünyesinde gerçekleştirilecek *"tarife ve idari düzenlemeler"* olduğunun ifade edildiği anlaşılmaktadır.

Dolayısıyla, ortada teknik bir engel bulunmamasına karşın süregelen uygulama dikkate alındığında, TTAŞ iç düzenlemelerinin 27.9.2001 tarihinden bu yana aradan 2.5 yıl geçmiş olmasına rağmen tamamlanmadığı görülmektedir.

Rekabet Kurumu bünyesinde yürütülen prosedüre eş zamanlı olarak Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde yürütülen prosedür çerçevesinde incelemeyi yapmakla sorumlu raporörlerin,

700

"5. İnternet hizmetinin daha yaygın ve/veya kaliteli hale getirilmesinde önem taşıyan Kablo TV üzerinden, teknik imkanlar dahilinde tüm İSS'lerin hizmet vermesi uygun olacaktır. Kablo TV üzerinden internet hizmetinin sadece TNet ve/veya TTAŞ'nin gelir paylaşımı ortakları tarafından verilmesi, sektörde serbest ve adil bir rekabetin sağlanmasına engel olabilecek bir ayrımcılık olarak mütalaa edilebilecektir. Bu konuda TTAŞ tarafından Kurumumuza 1 (bir) ay içerisinde iş planı hazırlanarak verilmesi gerekmektedir"

şeklindeki mütalaalarına yönelik TTAŞ tarafından verilen savunmada,

710

"Merkezi CMTS teçhizatlarının teknik altyapısının İSS'ler için bu uygulamalara cevap vermemesi, kontrol merkezleri (CMTS) ile İSS Merkezleri arasında ilave transmisyon ihtiyaçları sorunu; internet omurgasının yeni yapılandırılıyor olması; geri dönüş transmisyonunun sınırlı olması nedenleriyle İSS'lere Kablo TV şebekesi üzerinden internet erişimi sunulmasının bugün için mümkün olmadığı, gerekli altyapı tamamlandığında Kablo TV şebekesi üzerinden internete erişim imkanının İSS'lere de verilmesi mümkün olacaktır."

ifadelerine yer verilmiş olmasına karşın, sektör düzenleyici Kurum olan Telekomünikasyon Kurumu'nca 28.3.2002 tarihinde kablo altyapısından İSS'lerin faydalandırılmasına dolayısıyla kablo altyapısından rakiplerin faydalandırılmalarının önünde teknik bir engelin bulunmadığına karar verilmiş ve bahsi geçen kararda

"Kablo TV internet hizmetinin, teknik imkanlar dahilinde tüm İSS'lerce verilmesine yönelik 2 (iki) ay içerisinde iş planı hazırlanarak Kurumun onayına sunulmasına"

ifadelerine yer verilmiştir.

720 Mevzuat, rekabet kurallarının ilgili sektörde uygulanması esnasında, telekomünikasyon alanında sektör spesifik düzenlemelerin uygulanması ile elde edilen deneyim ve ihtisaslaşmadan faydalanılmasını öngörmektedir.

İncelenen bir olayda Telekomünikasyon Kurumu görüşü alındıktan, dolayısı ile sektörde telekomünikasyon düzenlemelerinin uygulanması ile elde edilen 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 bir engel bulunmamaktadır.

H.2.2.1.4.1. TTAŞ Eylemlerinin Önceki Tarihteki Telekomünikasyon Kurulu Kararı İle Olan İlişkisi

730 İdari Kararlar ve Düzenleyici İşlemler (yönetmelik, tebliğ vs.) başlıkları altında toplanabilecek düzenlemeler ile rekabet kurallarının uygulanması arasındaki ilişkinin tespitinde hareket noktası olarak kullanılacak kriterin belirlenmesi son derece önem taşımaktadır. Çünkü bu kriterin doğru bir şekilde belirlenmesi, yanlış sonuçlara ulaşılmaması bakımından üzerinde durulması gerekli ilk noktayı oluşturmaktadır.

Düzenleyici işlemlerin varlığı, bu düzenlemelerin muhatabı teşebbüslerce gerçekleştirilebilecek her davranışı rekabet kurallarının uygulanmasından muaf tutmamaktadır. Aynı şekilde bu düzenlemelere aykırı olarak gerçekleştirilen bir davranışın, doğrudan doğruya rekabet kurallarına da aykırı olduğu sonucuna ulaşılamaz.

740 Kanun koyucunun amacının araştırılmasında başlangıç noktası olan lafız, tereddüde mahal bulunmayan durumlarda incelemenin sona erdiği noktayı da oluşturmalıdır. Bu kapsamda 406 sayılı Kanun'un 4. ve 10. maddeleri karşısında da düzenlemelerin bu derece yoğun bir biçimde varlığını sürdürdüğü bir sektörde rekabet kurallarının uygulanmasının, açık veya örtülü bir biçimde, ilga edildiğinden bahsedilmesi mümkün görünmemektedir.

750 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. Telekomünikasyon alanında sektör spesifik düzenlemeler ile rekabet kurallarının birlikte uygulanmasını öngören mevzuat, bu işbirliği ihtiyacını, "rekabet kurallarının ilgili sektörde uygulanması esnasında ilgili otoritenin deneyim ve ihtisaslaşmasından faydalanılmasını zorunlu kılmak" şeklinde formüle etmektedir.

Buna göre ilgili düzenlemeler ile rekabet kurallarının uygulanması arasında çizilmesi gerekli bu hassas çizginin ne olduğunun belirlenmesinde dikkate alınması gereken en önemli kriteri *rekabetçi zarar* kavramı teşkil etmektedir.

Rekabet kuralları ve özelde 6. madde altında teşebbüslerin sorumluluğundan bahsedilebilmesi, inceleme konusu davranış nedeniyle oluşan veya oluşması muhtemel zararın ortaya konulmasını zorunlu kılmakta, düzenlemeler ise çoğu

760 durumda rekabet kurallarının uygulanması için gösterilmesi zorunlu olan bu “zarar”ın doğması riskini engelleyici nitelik arz edebilmektedir.

Telekomünikasyon Kurulu’nca 28.3.2002 tarihinde alınan karardan bu yana geçen süreç içinde İSS’lerin kablo altyapısından faydalandırılmamış olması, kablo altyapısından rakip servis sağlayıcıların faydalandırılmaması eyleminden dolayı rekabetçi zararın doğması riskinin bu karar ile bertaraf edilmediğini göstermektedir. Bunun yanı sıra, Telekomünikasyon Kurumu’nca Rekabet Kurumuna gönderilen ve Kurum kayıtlarına 29.3.2004 tarih ve 1631 sayı ile intikal eden Telekomünikasyon Kurumu yazısında geçen,

770 “Telekomünikasyon Kurulu’nun 28.3.2002 tarihli ve 2002/117 sayılı Kararında yer alan J-1(g) maddesinde, yalnızca konuyla ilgili olarak, Türk Telekom’un projeksiyonlarını kapsayan bir iş planının tarafımıza sunulması istenmiş olup, bu çerçevede, [alınan kararda] Kablo TV altyapısının İSS’lere açılması tarihi belirlenmemiştir. Türk Telekom tarafından ilk aşamada hazırlanan iş planında istenilen bazı hususlara yer verilmediği için Kurumumuzca uygun bulunmamıştır. Bu aşamada Türk Telekom’un teknik imkanları da gözden geçirilerek daha uygulanabilir bir çalışma yapılması istenmiştir.”

ifadeleri dikkate alındığında söz konusu kararın, İSS’lerin kablo altyapısından faydalandırılmaması sonucunda *rekabetçi bir zararın oluşması riskini bertaraf edebilecek nitelikte olmadığı anlaşılmaktadır.*

H.2.2.1.4.2. Soruşturmanın 2002 Yılındaki Rekabet Kurulu Kararı (İSS Soruşturması) İle Olan İlişisine Yönelik Değerlendirme

780 Rekabet Kurulu’nun 2.10.2002 tarih, 02-60/755-305 sayılı İSS kararında,

“TTAŞ’ın kendi beyanlarından Kablo TV üzerinden internet hizmetinin İSS’lere açılmasına karar verdiği anlaşılmıştır. ...

Ayrıca konu hakkında Telekomünikasyon Kurumunca yürütülen soruşturma sonucunda Telekomünikasyon Kurulunca verilen 28.3.2002 gün ve 2002/117 sayılı karar gereği 15.6.2002 tarihine kadar, İSS’lerin bu konudaki fikirleri de dikkate alınarak hazırlanacak olan İş Planının Telekomünikasyon Kurumuna sunulması ve bu doğrultuda gereğinin sağlanması konusunda TTAŞ’ın hazırlık içinde olduğu da dosya mevcudu bilgilerden anlaşıldığından, bu aşamada söz konusu eylem bir rekabet ihlali olarak değerlendirilmemiştir.”

790 ifadelerine yer verilmiştir. Buna göre Karar’da, TTAŞ’ın kablo altyapısından İSS’leri faydalandırmak yönündeki kararı ve Telekomünikasyon Kurumu’nun kararı çerçevesinde TTAŞ’ın altyapısının İSS’lere açılması yönünde iş planı hazırlığında bulunması esas alınarak inceleme konusu eylemin karar tarihi itibarıyla bir ihlal teşkil etmediğine hükmedilmiştir.

800 Rekabet Kurulu’nun, yürütülen soruşturma esnasında yaşanan gelişmeleri dikkate alarak bir değerlendirmede bulunduğu görülmekte ancak bu incelemeyi yaparken Kurul, hiçbir surette eylemin rekabet kuralları uygulamasından müstesna kılınmasına yol açacak bir değerlendirmede bulunmamaktadır. Bu bakımdan bir önceki soruşturma kapsamında Kurul’un aldığı Kararın kablo altyapısından İSS’lerin faydalandırılmaması hakkında menfi bir tespit hükmü niteliği bulunmamaktadır. Bu nedenle bahsi geçen karar “maddi açıdan” dosya konusu olayın soruşturulması ve karara bağlanmasına engel teşkil etmemektedir.

H.2.2.2 Düzenleyici İşlemler

H.2.2.2.1. Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği

Telekomünikasyon şebekelerine erişime ve şebekeler arası arabağlantıya ilişkin usul ve esasları belirlemek amacıyla 2003 yılı içerisinde Telekomünikasyon Kurumu'nca yayınlanan Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği, telekomünikasyon işletmecilerinin erişim ve arabağlantıya ilişkin hak ve yükümlülükleri ile söz konusu yükümlülüklerin yerine getirilmesinde uygulanacak usûl ve esasları kapsamaktadır.

810 Yönetmelik'in "Erişim ve Arabağlantı Yükümlülükleri" başlıklı 2. Bölümü altında yer alan 13. madde hükmü gereğince TTAŞ ve etkin piyasa gücüne sahip işletmeciler telekomünikasyon hizmetlerini sağlamak için kendi kullandıkları veya üçüncü şahısların telekomünikasyon hizmetlerini sunmak için gereksinim duydukları hizmetleri talep edenlere ayırım gözetmeksizin temin etmekte yükümlüdürler.

Bununla beraber, Yönetmelik'in 16. maddesi hükmü çerçevesinde etkin piyasa gücüne sahip işletmeciler ile Türk Telekom'a, erişim tarifelerini maliyet esaslı belirleme yükümlülüğü getirildiği ve 24. madde hükmü gereğince de bu işletmecilerin referans erişim teklifi hazırlamak, bunları her yıl yayınlamakla yükümlü tutuldukları görülmektedir.

H.2.2.2.2 Yetkilendirme Yönetmeliği Taslak Eki- Kablo Platform İşletmeciliği

820 4673 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce 2001 yılında Ulaştırma Bakanlığı tarafından hazırlanan Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliği, 4673 sayılı Kanun'un 7. maddesinde yer alan hükümler doğrultusunda halen geçerli kabul edilmekte, bununla birlikte, anılan Yönetmeliğin Ulaştırma Bakanlığı tarafından çıkartılmış olması nedeniyle Yönetmelik maddelerinde Telekomünikasyon Kurumu tarafından değişiklik yapılması mümkün olmamaktadır. Bu nedenle, Telekomünikasyon Kurumu tarafından yeni bir Yetkilendirme Yönetmeliği hazırlanmıştır.

830 Soruşturma tarihi itibarıyla taslak aşamasında olan bu Yönetmelik'te Kablo Platform Hizmeti İşletmeciliği'ne (KPHİ) ilişkin bir EK hazırlanmış ve bu EK hakkında Telekomünikasyon Kurumu'nca Rekabet Kurumu görüşüne başvurulmuştur.

Yönetmelik Eki, bir yandan "Hizmet Tanımı ve Kapsamı" başlıklı 1. madde altında

"kablo platform şebekesi üzerinden her türlü ses, veri, görüntü ve radyo/TV sinyallerinin şifreli/şifresiz ve tek yönlü / çift yönlü biçimde abonelere sunulmasını kapsayan telekomünikasyon hizmetidir."

şeklinde tanımlanan Kablo Platform Hizmetini (KPH) sunacak işletmecilere (KPHİ) ilişkin hak ve yükümlülükleri tespit etmekte, diğer yandan bu hizmeti sunacak işletmecilerin davranışlarına yönelik *ex-ante* bazı düzenleyici hükümler içermektedir.

Söz konusu EK'te, KPHİ'lerin şebekelerini ticari müzakereler sonucunda birden fazla İSS'nin erişimine açabileceklerine ilişkin hüküm getirilmektedir.

840 Yönetmelik Eki, "Erişim Yükümlülüğü" başlıklı 9. maddesi ile Telekomünikasyon Kurumu'nun, gerekli göreceği hallerde, "Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği" ve ilgili diğer mevzuat hükümleri çerçevesinde KPHİ'lere erişim yükümlülüğü getirebileceğini düzenlemektedir.

Söz konusu düzenlemenin Yetki Belgeleri ile KPHİ'lere, diğer İSS'lerin şebekelere erişimine yönelik herhangi bir yükümlülük getirilmemiş olduğu anlaşılmaktadır.

H.2.2.2.3 Düzenlemelere İlişkin Değerlendirme

H.2.2.2.3.1. Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği

850 Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin 13. maddesi hükmü gereğince TTAŞ, telekomünikasyon hizmetlerini sağlamak için kendi kullandığı veya üçüncü şahısların telekomünikasyon hizmetlerini sunmak için gereksinim duyduğu hizmetleri, talep edenlere ayırım gözetmeksizin temin etmekle yükümlüdür.

Ancak ilgili Yönetmelik çerçevesinde, TTAŞ tarafından yapılmış herhangi bir çalışma, hazırlık (referans erişim tarifesi vb.) bulunmadığı gibi kablo altyapısından İSS'lerce internet erişim hizmeti verilmek istenmesi taleplerinin reddedilmesine karşın, Telekomünikasyon Kurumu'nca da söz konusu Yönetmelik kapsamında herhangi bir işlem yapılmadığı da anlaşılmaktadır.

Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin 4. maddesi altında "telekomünikasyon altyapısı ve/veya hizmetlerinin diğer bir işletmeciye sunulmasını ifade eder" şeklinde tanımlanan erişimin kapsamının, aynı Yönetmelik'in 6. maddesinde;

- 860
- Yerel ağa ayrıştırılmış erişimi ve veri akış erişimini de içerecek şekilde sabit ve ya mobil telekomünikasyon şebekesi bileşenlerine ve ilgili tesislerine her türlü yöntemle erişimi,*
 - Binalar, kablo kanalları ve direkleri de içerecek şekilde fiziksel altyapıya erişimi,*
 - İşletim destek sistemlerini de içerecek şekilde ilgili yazılım sistemlerine erişimi,*
 - Numara dönüşümüne veya eşdeğer işlevselliğe sahip sistemlere erişimi,*
 - Sanal şebeke hizmetlerine erişimi,*
 - İki telekomünikasyon şebekesi arasındaki arabağlantı*

olarak belirlenmiş olmasına; Yönetmelik'in Ayırım Gözetmeme başlıklı 13. maddesinde ise Türk Telekom ve etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere

870 *"üçüncü şahısların telekomünikasyon hizmetlerini sunmak için gereksinim duydukları hizmetleri, söz konusu hizmetleri talep edenlere ayırım gözetmeksizin ve kendilerine uyguladıkları koşullarla temin etme yükümlülüğü"*

getirilmesine karşın Erişim Yükümlülüklerinin Belirlenmesi başlıklı 8. maddesi altında,

"Kurum'un bir işletmecinin diğer bir işletmecinin erişimine izin vermemesinin veya aynı sonucu doğuracak şekilde erişim için makul olmayan süre ve şartlar ileri sürmesinin rekabet ortamının oluşumunu engelleyeceğine veya ortaya çıkacak durumun kullanıcıların aleyhine olacağına karar vermesi halinde"

Telekomünikasyon Kurumu'nca söz konusu işletmeciye erişim taleplerini kabul etme yükümlülüğü getirilebileceğinin düzenlenmiş olması nedeniyle, yürütülen soruşturma kapsamında yapılan değerlendirmelerde Türk Telekom'un Erişim ve Arabağlantı

880 Yönetmeliği kapsamında talep eden işletmecilere erişim sağlama yükümlülüğü bulunup bulunmadığı, Türk Telekom'un, Telekomünikasyon Kurumu'nca başkaca bir tasarrufta bulunulmasına gerek olmaksızın erişim yükümlüsü olup olmadığı konusuna ilişkin olarak 18.2.2004 tarih ve 583 sayılı yazı ile Telekomünikasyon Kurumu görüşüne başvurulmuştur.

890 Telekomünikasyon Kurumu'nca gönderilen 29.3.2004 tarih ve 1631 sayılı yazıda; Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin 6. maddesi incelendiğinde, söz konusu maddede erişime açılması gereken şebekelerin içinde kablo TV şebekelerinin yer almadığı, söz konusu maddenin kablo TV şebekelerini kapsadığı biçiminde bir yorum yapıldığında da, Türk Telekom'un yerel ağa ayrıştırılmış erişim dışında, erişime ilişkin öncül (ex-ante) biçimde yükümlü olmadığı, kablo TV şebekesinin birden fazla İSS'nin erişimine açılması düzenlemelerini ve uygulamalarını inceleyen dokümanlarda, AB mevzuatının bu tür öncül bir yükümlülük ön görmediği ve AB ülkelerinde de bu tür öncül erişim uygulamasının yapılmadığı, diğer taraftan mezkur Yönetmeliğin Kurum tarafından Türk Telekom'a çeşitli konularda erişim yükümlülüğü getirebilme imkanı sağladığı, ancak arabağlantı gibi erişimin özel bazı türleri hariç Türk Telekom'un, Telekomünikasyon Kurumu'nca bir idari tasarrufta bulunulmaksızın, erişim kapsamına giren herhangi bir konuda doğrudan yükümlü sayılmasının Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği kapsamında mümkün olmayacağı değerlendirilmiştir; kablo TV şebekesi üzerinden birden fazla İSS'nin hizmet sunabilmesine yönelik ayrı bir çalışmanın sürdüğü ifade edilmiştir.

900 Telekomünikasyon Kurumu'ndan gelen bilgi çerçevesinde, Telekomünikasyon Kurumu'nca kablo TV altyapısının Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği kapsamında bulunmadığı şeklinde bir değerlendirme yapıldığı, bir an için aksi yönde bir değerlendirme yapılsa dahi, bu Yönetmelik kapsamında kablo altyapısına ilişkin bir yükümlülük getirilebilmesi için Telekomünikasyon Kurulu'nca bu konuda bir "idari karar" alınması gerektiğinin mütalaa edildiği, ancak bu aşamada "Kablo TV altyapısının Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği kapsamında bulunmadığı" yönünde bir değerlendirme yapılması nedeniyle bu yönde bir tasarrufta bulunulmadığı anlaşılmıştır. Bu çerçevede TTAŞ'nin kablo altyapısından talep eden İSS'leri faydalandırmak ya da faydalandırmamak konusundaki takdir yetkisinin Yönetmelik ile sınırlandırılmadığı, Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği ile bu yönde bir yükümlülük getirilmediği ve bu eylemin vukuu durumuna yönelik "tedbir mahiyetli" bir hüküm içermediği, bu nedenle faydalandırmama eyleminin söz konusu olduğu şu an içerisinde TTAŞ'ye yönelik Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği kapsamında bir yükümlülük getirilmediği, getirilmesinin de düşünülmediği, dolayısıyla mevcut düzenlemenin kablo altyapısından İSS'lerin faydalandırılmaması yönünde gerçekleşen veya gerçekleşebilecek eylemler sonucunda rekabetçi zarar oluşması riskini bertaraf etmediği, başka bir ifade ile bu yönde bir eylemden dolayı bir "zararın" oluşmasını engelleyici niteliğinin bulunmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

920 **H.2.2.3.2. Kablo Platform İşletmeciliğine İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği Eki Hakkında Değerlendirme**

Kablo platform işletmeciliğine ilişkin henüz Taslak aşamasında olan Yetkilendirme Yönetmeliği kapsamında yapılacak bir incelemede dikkati çeken ilk hususu, bu Ek ile yetkilendirilecek işletmecilere erişim yükümlülüğü getirilmemesi oluşturmaktadır.

930 Yönetmelik Eki ile 2. Tip telekomünikasyon ruhsatı verilecek işletmecilere, “Kablo TV altyapısını ticari müzakereler çerçevesinde erişime açıp açmamaya karar verme” konusunda takdir hakkı tanımaktadır. Her ne kadar halihazırda Görev Sözleşmesi ile kablo TV altyapısı kurma ve işletme hakkına sahip olsa da, bu Yönetmelik Eki dolayısıyla TTAŞ’ye de bu hakkın tanınıp tanınmadığı hususu belirsizdir. Bunun yanı sıra bu hak tanınmış olsa dahi, taslak metnin TTAŞ’ye zorunlu olarak ve doğrudan erişime açma konusunda bir yükümlülük getirmediği tespit edilmiştir. Bu çerçevede, düzenlemeler kablo altyapısından İSS’lerin faydalandırılmamasından dolayı zararın oluşmasını engelleyici bir niteliğe sahip değildir.

H.2.3. Hakim Durum

İlgili pazarı oluşturan kablo modem ve DSL hizmetlerinden oluşan geniş bant hizmetlerin soruşturmanın açıldığı tarih itibarıyla TTAŞ tarafından tekel olarak yürütülmesi dolayısıyla bu hizmetlerin sunumunda TTAŞ hakim durumda bulunmaktadır.

H.2.4. Kötüye Kullanma

940 Hakim durum genel olarak teknolojik gelişme, yaratıcılık (*innovation*), daha iyi yönetim veya ürün farklılaştırmasına bağlı olarak pazar dinamiklerinin işlemesinin doğal bir sonucudur. Hakim durumdaki firmaları bu başarılarından dolayı cezalandırmak ve rakipleri korumak pahasına onları engellemek, kimi durumlarda mantıklı gelebilecek ve kısa dönemde bazı faydalar yaratabilecek olmakla beraber, uzun dönemde çoğunlukla etkin çalışmayan rakiplerin rekabetin zorluklarından korunmasına yol açacaktır.

950 Her teşebbüs etkinliğini, verimliliğini artırarak rakiplerini piyasa dışına çıkarmaya çalışacaktır. Ne var ki, rakibin ya da rakiplerin saf dışı kalması, teşebbüsün daha iyi performans sergilemesinin ya da etkinliğini artırmasının, bu şekilde maliyetlerini azaltmasının, başka bir ifade ile, müteşebbisin kendi emek, çalışma azmi ve ticari kararları almadaki başarısının bir sonucu değilse, ancak bu durumda kötüye kullanma halinin varlığından söz edebilmek mümkün olabilmektedir.

TTAŞ tarafından gerçekleştirilen “rakiplerin altyapıdan faydalandırılmaması” eyleminin hakim durumun kötüye kullanılması olarak ele alınabilmesi, bu eylemin rekabet kurallarının süregelen uygulaması ile benimsediği kriterler çerçevesinde “dışlayıcı” olarak sınıflandırılabilmesine bağlıdır.

960 Teşebbüsçe gerçekleştirilen eylemin dışlayıcı karakterinin bulunup bulunmadığı incelemesinde, doğal olarak Anayasa’nın 35. maddesi ile yasaklanan tekelleşme ile 48. madde altında korunan sözleşme ve özel teşebbüs kurma hürriyeti arasında dengeyi sağlayacak bir kamu müdahalesi standardının geliştirilmesi zorunludur.

Bu çerçevede faydalandırmanın reddinin incelendiği bir olayda eyleme konu varlığın kamu kaynakları ile yaratılmış olduğu veya rakiplerin benzeri bir varlığı oluşturmalarının önünde yasal sınırlamaların bulunduğu hallerin, bunun söz konusu olmadığı durumlara nazaran özellikli bir hali bulunmaktadır. Bu özellikli hal, kamu kaynaklarının kullanımı ya da yasal sınırlamaların söz konusu olduğu hallerde pazarda rekabet için zorunlu bir unsur oluşturan varlığın, bir müteşebbisin kendi

970 emek, çalışma azmi ve ticari kararları almadaki başarısı sonucunda oluşmamış olmasından kaynaklanmaktadır. Bu özellikli hal, 6. madde uygulamasında rakipler ile işbirliği yapılmaması eyleminin dışlayıcı karaktere sahip olması koşulunun varlığı halinde teşebbüs tarafında bir sorumluluğun doğabileceği hallerin en önemli örneğini oluşturmaktadır.

Ancak, “Üçüncü kişilere hizmet verilecek olması teşebbüsçe bir kamu hizmetinin yerine getirilmesine olanak tanıyan imtiyazın kabulünden kaynaklanmakla” birlikte “faydalandırmaya konu varlığın” kamu kaynaklarının kullanımı ya da yasal sınırlamalar dolayısıyla yaratılmış olması, rekabet kuralları uygulamasında bir sorumluluğun doğabilmesi için dışlayıcı karakterde bir eylemin varlığının ortaya konulması zorunluluğunu kaldırmamaktadır.

980 Bir teşebbüse kamu kaynaklarının kullanımı ya da yasal sınırlamalar ile faydalandırmaya konu varlığın yaratılması olanağının tanınması, doğrudan doğruya bu teşebbüsün söz konusu varlığın kullanıldığı pazarda hakim konuma / pazar gücüne sahip olduğu anlamına gelmediği gibi başkaca bir analiz yapılmasına gerek olmaksızın bu davranışın dışlayıcı olduğunun kabul edilmesi anlamına da gelmemektedir.

Dışlayıcı karakterde bir eylemin varlığından bahsedilmesi hakim durumdaki teşebbüsün incelemeye konu davranışının pazarda yaratacağı etkilerin değerlendirilmesini gerektirmektedir. Bu etki fiilen gerçekleşmiş olabileceği gibi, davranışın piyasada rekabeti engelleyici bir etki doğurmasının kuvvetle muhtemel olduğunun veya rekabetin engellenmesi riskini yarattığının ortaya konulması da bu davranışın kötüye kullanma olarak nitelendirilmesi için yeterli olmaktadır.

990 Faydalandırmaya konu yapının pazarda rekabetin var olabilmesi için zorunluluk arz etmesi, başkaca herhangi bir inceleme yapılmaksızın, sırf faydalandırmanın reddi halinde rekabetin varlığından söz edilemeyeceğinden bahisle eylemin dışlayıcı olarak nitelendirilmesine dayanak gösterilmemelidir.

1000 Mülkiyet hakkının ileri sürülmesinin veya varlığının ilk ve en önemli sonucunun hakka konu mülke sahip olmayanların bu mülkü kullanmaktan dışlanmaları olduğu dikkate alındığında, yalın olarak bu hakkın kullanılması da tek başına kötüye kullanma olarak addedilmemelidir. Bu nedenle faydalandırmanın reddinin söz konusu olduğu bir durumda salt mülkiyet hakkının kullanılması şeklinde gerçekleşen bir davranışın varlığı, ortada rekabet kuralları altında kötüye kullanma olarak addedilebilecek bir eylemin bulunduğu çıkarımını doğurmamalı; bununla beraber fiilin dışlayıcı karakteri ortaya konulmalıdır. Nitekim kötüye kullanma teşkil eden dışlayıcı bir davranıştan bahsedilmesinde, bu davranışın salt bir hakkın kullanılması nedeniyle rakiplerin engellenmesine yol açması değil, ancak tekel konumunun yaratılması ya da tekel gücünün korunmasına önemli ölçüde katkı sağlaması ve rekabetin ortadan kaldırılması ya da sınırlandırılmasına yol açmaktan başka ekonomik bir anlamı olmaması şartlarının aranmasının ardında yatan gerekçe de budur. Bu nedenle 6. madde altında faydalandırmanın reddinden dolayı bir sorumluluktan bahsedilmesi, yerleşik uygulamada benimsenen tüm koşulların gerçekleştiğinin gösterilmesini gerekli kılmakta, bu kapsamda, ilk olarak bahsi geçen davranışın tekel konumunun 1010 korunması veya geleceğe taşınmasına önemli ölçüde katkı sağlayıp sağlamadığının, ardından bu davranışın ancak rekabetin ortadan kaldırılması sonucunun doğması

halinde ekonomik bir anlamı olabilecek bir davranış olduğunun (eylemin ardında haklı bir ticari gerekçe bulunmadığı veya varsa bu gerekçe ve eylemin sonuçları mukayese edildiğinde gerekçenin eylemi haklı kılabileceği ağırlığının bulunmadığının) gösterilmesi, son olarak bu eylemin, objektif teknik gerekçelere de dayanmadığının ortaya konulması gerekmektedir.

1020 Aşağıda, hem dar bant, hem de kablo ve DSL altyapıları üzerinden geniş bant hizmetleri sunan TTAŞ'nin, kablo TV şebekesini İSS'lerin erişimine açmama eyleminin geniş bant hizmetlerdeki tekel konumunun korunması ve geleceğe taşınması amacıyla rakiplerin geniş bant hizmetler sunmasını engellemek gayesiyle gerçekleştirdiği değerlendirmelerine yer verilmektedir.

H.2.4.1. Tüketicinin Zararına Olarak Üretimin, Pazarlamanın ya da Teknik Gelişmenin Kısıtlanması

1030 Önaraştırma esnasında, sahip olduğu altyapılar hem dar bant hem geniş bant hizmetlerin sunulmasına olanak vermesine karşın, kullanıcıya internet erişim hizmeti sunulmasında dar bant erişim hizmetlerini ana faaliyet alanı olarak belirleyen TTAŞ'nin kablo altyapısından rakiplerin faydalandırılmaması şeklinde gerçekleşen bu eylemin ardında, bahsi geçen kuruluşun gelirlerini maksimize ettiği dar bant hizmetlere ağırlık vermesinin yattığı ifade edilmiş; dolayısıyla TTAŞ'nin, daha fazla gelir elde ettiği ancak tüketici gözünde daha kalitesiz bir hizmet olan dar bant internet erişim hizmetlerinin sunulmasından elde ettiği geliri kaybetmemek için, bu hizmetin yerini alacak, tüketici açısından daha kaliteli bir hizmetin rakiplerce sunulmasını engellediği, bunun sonucu olarak ise geniş bant hizmetlerde rekabetin oluşmasının engellenmesi suretiyle teknolojinin ve pazarlamanın tüketici zararına kısıtladığı iddia edilmiştir.

1040 4054 sayılı Kanun, "tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması"na yer vermek suretiyle, teşebbüsler üzerine üretimi, pazarlamayı ya da teknik gelişmeyi artırma gibi müspet bir yükümlülük getirmemekte, dolayısıyla bu nitelikte farazi bir yükümlülüğe aykırı davranılmasını da kötüye kullanma olarak tasnif etmemektedir.

Kanun, hakim teşebbüslerce gerçekleştirilebilecek bu davranışları ancak söz konusu davranışlar teşebbüslerin hakim konumlarını sürdürmelerine veya geleceğe taşınmalarına yol açıyorsa ve bu davranışların rekabetin ortadan kaldırılması ya da sınırlandırılmasına yol açmaktan başka ekonomik bir anlamı yoksa yasaklamaktadır.

1050 Rekabet kurallarının ve özelde 6. maddenin, teşebbüslere müspet yükümlülükler yükleme amacıyla değil teşebbüslerce gerçekleştirilecek bazı davranışları yasaklama amacına hizmet ettikleri göz önünde bulundurulduğunda, bu anlayışın somutlaştığı alanlardan en önemlilerinden birini rekabet kuralları altında rekabet etmeye zorlanan ve de bunda başarılı olan bir teşebbüsün sahip olduğu pazar gücünün kendisine bahşettiği nimetlerden yararlanmasının yasaklanmamış olması oluşturmaktadır. Bu nedenle tekelin dahi ticari açıdan en karlı davranışı gerçekleştirmekte serbest olduğunun kabulü gerekmektedir.

Dolayısıyla, hakim konumdaki bir teşebbüsçe gerçekleştirilen ve üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması sonucunu doğuran bir davranış;

bu teşebbüsün üretimi, pazarlamayı ya da teknik gelişmeyi artırma yükümlülüklerine aykırı davrandığı gibi formüle edilecek bir yükümlülüğe aykırı davrandığı gerekçesi ile değil, bu teşebbüslerin hakim konumlarını sürdürmelerine veya geleceğe taşınmalarına yardımcı olduğu müddetçe yasaklanmalıdır.

1060 Bu nitelikte bir iddianın söz konusu olduğu bir durumda incelemenin olmazsa olmaz kısmını, bu davranışların tekelin geleceğe taşınmasına ya da korunmasına yardımcı olup olmadığı oluşturmaktadır.

H.2.4.2. Geniş Bant Hizmetlerde Tekel Konumunun Korunması ve Geleceğe Taşınması

H.2.4.2.1. TTAŞ'nin Geniş Bant Hizmetlere İlişkin Benimsediği Strateji

1070 İnternet erişiminin dar bant erişim ve geniş bant erişim olarak iki başlık altında toplanabileceği daha önce ele alınmıştı. Kullanıcıların dar bant internet erişim hizmetlerini terk ederek geniş bant internet erişim hizmetlerini kullanmaya başladıkları görülmektedir. Bu durum yalnızca altyapı sahiplerini geniş bant teknolojilere yatırım yapma zorunluluğunda bırakmamakta aynı zamanda İSS'leri de doğal olarak geniş bant erişim hizmetleri odaklı iş modellerine geçmeye sevk etmektedir. Sonuç olarak kullanıcıların geniş bant internet erişimine yönelmeleri dolayısıyla TTAŞ'nin geniş banta olanak tanıyacak altyapıyı kurma zorunluluğu bulunmaktadır.

1080 Soruşturma tarihi itibarıyla geniş bant internet erişim hizmetlerini kullanan abonelerin sayısı; 36 bini kablo TV, 6120'si DSL altyapısı üzerinden olmak üzere toplam 43 bin civarındadır. Bu durum aşağıda da açıklandığı üzere, soruşturma tarihi itibarıyla *altyapı tekeli olan TTAŞ'nin*, internet erişim hizmetlerine ilişkin benimsediği ticari politikasından kaynaklanmaktadır. Bu politikanın ise yerel şebekede DSL hizmeti için gerekli altyapı yatırımı yapılanaya kadar geçecek süre zarfında, rakip İSS'lerin diğer altyapılar üzerinden geniş bant hizmeti sunmalarının ve yerel şebeke dışı altyapılar üzerinden verilecek erişim hizmetlerinin gelecekte sunulacak DSL hizmeti üzerine baskı oluşturmasının engellenmesi şeklinde bir amacı olduğu görülmektedir.

- Kablo Altyapısını Erişime Açmama Eyleminin Ardında Yatan Geleceğe Yönelik Beklenti ve Bunun Geniş Bant Hizmetlerde Sahip Olunan Tekel Konumunun Korunması / Geleceğe Taşınmasına Katkısı

1090 Geniş bant internet erişiminin sunduğu hız, kalite, yeni tür hizmetler gibi olanaklarından faydalanılması kullanıcıların bu hizmete erişimine bağlıdır. Geniş bant erişim hizmeti, soruşturma tarihi itibarıyla yalnızca TTAŞ tarafından ve "TTNet internet erişim hizmeti" adı altında sunulmakta, kullanıcının bu hizmeti başkaca bir İSS'den temin etme olanağı bulunmamaktadır.

Kablo TV altyapısından veya yerel şebeke üzerinden kullanıcılara geniş bant internet hizmeti sunulması TTAŞ altyapısının kullanımını gerekli kılmaktadır. Başka bir ifade ile bu hizmeti sunmak isteyen (potansiyel) rakipler açısından hizmetin sunumu, altyapıdan faydalanma taleplerinin TTAŞ tarafından kabulü şartına bağlıdır.

Bu husus dayanağını TTAŞ tarafından sahip olunan ve birbirine ikame olduğuna yukarıda yer verilen altyapıların kullanılmasının teknik bir zorunluluk teşkil etmesinden almakta, bu altyapılardan faydalanamayan İSS'lerin kullanıcılara DSL veya kablo modem hizmeti sunması mümkün olamamaktadır.

1100 Kablo modem veya DSL hizmeti sunulabilmesinin TTAŞ'nin iznine bağlı oluşu yalnızca bu altyapıların TTAŞ'nin mülkiyetinde bulunmasından kaynaklanmamaktadır. Bunun yanı sıra, soruşturma tarihi itibarıyla (potansiyel) rakip İSS'lerin yeni bir altyapı kurma çabası içine girmelerine yasal açıdan da olanak bulunmamaktadır. Keza TTAŞ'nin sahip olduğu tekel hakkı buna imkan vermemektedir.

1110 Yasa hükümleri ile korunan tekel, DSL hizmetinin verilebileceği yerel telefon şebekesini kapsamakta, kablo TV altyapısını kapsamamaktadır. Ne var ki, 406 sayılı Kanun'un 2. madde hükmü uyarınca telekomünikasyon hizmeti sağlanmasının veya altyapısı kurulmasının ilgili yetkilendirme belgesinin alınması şartına bağlanmış olması ve soruşturmanın açıldığı tarih itibarıyla yetkilendirme çalışmalarının tamamlanmamış olması, bu altyapıya ilişkin olarak fiili bir tekel doğurmaktadır. Dolayısıyla TTAŞ tarafından, geniş bant hizmetlerin sunulmasında tek işletmeci olarak sahip olunan tekel konumu bu kuruluşun ticari kararları almadaki başarısına değil yasal sınırlamalara dayalı altyapı kurma ve işletme hakkına ve bununla beraber kamu kaynakları ve yasal sınırlamalar ile oluşturulan bu altyapıdan rakiplerin faydalanma taleplerinin reddedilmesine de dayalı bir durum oluşturmaktadır.

1120 Yukarıda da yer verildiği üzere soruşturma tarihi itibarıyla geniş bant internet erişim hizmetlerinin kullanıcı sayısı toplam 43 bin civarındadır. Bu tarih itibarıyla mevcut kurulu DSL ekipmanı 6120 aboneye hizmet verebilecek iken, fiilen TTAŞ tarafından kablo altyapısı üzerinden geniş bant internet erişimi sağlanabilecek abone sayısı ise potansiyel olarak yukarıda yer verilen 43 bin rakamından çok daha yüksektir. Keza halihazırda kablo altyapısı 2.539.623 haneye ulaşmış olup, 1.061.587 aboneye hizmet vermektedir.

1130 Soruşturma tarihi itibarıyla TTAŞ altyapısını kullanmak suretiyle yerel telefon şebekesi üzerinden *dar bant* internet erişim hizmeti temin eden kullanıcı sayısı ise tüm İSS'ler üzerinden yaklaşık 3.000.000'dur. *Dar bant* kullanıcı sayısının büyüklüğü dikkate alındığında, bu kullanıcıların geniş bant hizmetlere olan taleplerinin artmasının, elde edilebilecek geniş bant abone miktarı bakımından ciddi bir potansiyeli olduğu anlamına gelmektedir. Kullanıcıların geniş banda yönelik taleplerinin artması doğal olarak TTAŞ tarafından halihazırda sahip olunan yerel telefon şebekesi üzerinde kurulu DSL altyapısının yetersizliği sonucunu doğurmakta ve bu altyapının genişletilmesi için ciddi yatırımlar yapılması ihtiyacını ortaya çıkarmaktadır. Mevcut durumda TTAŞ, yalnızca oluşabilecek talebi karşılamak için değil, dar bant internet kullanımı dolayısıyla şebekede oluşan/oluşabilecek tıkanmayı engellemek amacıyla da yerel telefon şebekesinde yatırım yapma zorunluluğu altında bulunmaktadır.

Soruşturma döneminde TTAŞ tarafından DSL altyapısının genişletilmesine ilişkin tamamlanan 60.000 "port"luk DSL ihalesi ve yine soruşturma döneminde yapılacağı ilan edilen 200.000 "port"luk ihale de mevcut altyapıda bu yönde bir değişiklik ihtiyacının bulunduğunu ortaya koymaktadır (1 DSL port = 1 kullanıcı). TTAŞ

1140 tarafından DSL altyapısına ilişkin olarak önümüzdeki dönemde 2.000.000 aboneye hitap edecek altyapının kurulmasının hedeflendiğinin ifade edilmiş olması da içinde bulunan ihtiyacı göstermektedir.

Kablo altyapısı üzerinden verilebilecek hizmetler ile DSL altyapısı üzerinden verilebilecek hizmetlerin birbirine ikame olduğu dikkate alındığında, kullanıcıların geniş bant hizmetleri kablo altyapısı üzerinden temin edebilecek olmalarının, DSL altyapısı üzerinde yapılacak yatırımların geri dönüşümü üzerinde bir baskı oluşturduğu görülmektedir.

1150 Kullanıcıların kablo altyapısı üzerinden verilebilecek geniş bant hizmetleri temin etmeleri durumunda, DSL altyapısının kurulması için yerel telefon şebekesinde zorunlu olarak yapılacak yatırımların karşılıksız kalma ihtimali bulunmakta, bu durum ise vaat ettiği potansiyel abone sayısına karşın kablo internet abone sayısının neden sınırlı kaldığını açıklamaktadır. Halihazırda geniş bat hizmetlere ilişkin TTAŞ tarafından izlenen stratejii “Kablo TV altyapısının gelecekte yapılacak DSL yatırımlarına zarar vermeyecek şekilde kullanılması” oluşturmaktadır.

1160 Bu durum kablo altyapısı üzerinden verilecek internet erişim hizmetlerinin ve dolayısıyla da kablo internet abone sayısının yerel şebekede DSL için gerekli altyapı yatırımı yapılana kadar geçecek süre zarfında mümkün olduğunca sınırlı tutulması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Benzeri bir değerlendirmeye Telekomünikasyon Kurumu’nca yayınlanan “Kablo TV Şebekesi Üzerinden Verilecek İnternet Servisinde Çoklu İnternet Servis Sağlayıcı Uygulamaları: Mevcut Düzenlemeler ve Türkiye Önerileri” başlıklı Uzmanlık Tezi’nde de yer verilmekte ve bahsi geçen Tez’de aşağıdaki ifadeler kullanılmaktadır.

Şekil 6.4’den de görüleceği üzere, [Türkiye’de] internet abonesi sayısı oldukça azdır. Toplam kablo kapasitesinin çoğunluğunun boş olması ve kablo internet abone sayısının az olmasının temel nedeni, TTAŞ’ın ve GPO’ların kablonun yaygınlaşması konusunda istekli olmamalarıdır. Çünkü TTAŞ, aynı zamanda kablo internetle rakip olan çevirmeli bağlantılı internet erişimi ve [DSL] SAH [Sayısal Abone Hattı] hizmeti de sunmaktadır.

1170 DSL altyapısına yapılacak yatırımın korunması (yapılacak bu yatırımın zarar görmemesi) ve bu altyapı için yapılacak yatırımlar karşılığı istenilen abone sayısına ulaşılabilmesi için, bu hizmete ikame başka bir hizmet olan kablo modem hizmetinin mümkün olduğunca sınırlı tutulması hedeflenmekte, bu hedefe ulaşılabilmesi için ise, kablo modem hizmetini pazarlayabilecek İSS’lere şebekenin açılmamasının benimsendiği görülmektedir.

1180 Bu sayede DSL altyapı yatırımları ertesinde elde edilebilecek abone sayısı güvence altına alınmış, bunun yanı sıra halihazırda TTAŞ tarafından sunulan geniş bant hizmetlere rakip hizmetler sunabilecek bir servis sağlayıcının pazara girişi engellenmiş olacak ve rakiplerce sunulabilecek erişim hizmetleri de dar bant ile sınırlı tutulmuş olacaktır. Bunun sonucunda ise rakiplerin, TTAŞ tarafından DSL altyapı yatırımları tamamlanana kadar geçecek süre zarfında geniş bant hizmetlerin sunumunda *güç kazanmaları* engellenmiş olacaktır.

İzlenen bu strateji, geniş bant hizmetlerde yasal sınırlamalar dolayısıyla sahip olunan tek sağlayıcı konumunun, kablo altyapısının erişime açılmaması sonucunda geleceğe taşınmasına da yardımcı olmaktadır. Bu uygulama doğurduğu fiili etkiler

1190 bakımından da sonuçlarını vermeye başlamıştır. Kablo üzerinden geniş bant hizmetler yaklaşık üç yıldır arz edilebilir konumda olmasına karşılık, bu hizmet ile ikame edilebilir olan DSL hizmetinin dar bant hizmetlere göre teknolojik bir sıçrama olarak lanse edilmesi sonucunda mevcut durumda ulaşılan abone sayısı da bu hususu teyit etmektedir. 2003 yılı içerisinde yapılan 60.000 portluk DSL yatırımı sonrasında, kablo TV şebekesi üzerinden 4 yılda ulaşılan abone sayısından fazla bir abonenin (43.446) yaklaşık 2 ay içerisinde elde edilmiş olması izlenen stratejinin fiili etkilerini gösterir niteliktedir.

- Geniş Bant Hizmetlerde Benimsenen Strateji ile Yerel Ağın Paylaşımına Açılması Arasındaki İlişki

1200 Yerel ağın paylaşımına açılması bu ağ üzerinden verilen hizmetlerin başlıca bileşenleri olan bakır kablo ve santrallere erişilebilmesini konu almakta, konunun özellikle internet hizmetleri piyasalarına etkisi gözetilerek maliyetlere ilişkin detaylı düzenlemelere tabi kılındığı görülmektedir. Bu nedenle söz konusu düzenleme yerel ağa sahip yerleşik telekom operatörü dışında rakip İSS'lerin de bu ağ üzerinden katma değerli, özellikle de geniş bant hizmetler sunabilmesi bakımından son derece önem arz etmektedir.

1210 Türkiye'de yerel ağın paylaşımına açılması konusunun genel çerçevesi 2003 yılı içerisinde yayınlanan Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği ile çizilmektedir. Bu Yönetmelik'in 13. maddesi ile yukarıda yer verilen hususlara paralel bir biçimde yerleşik operatör olan TTAŞ'ye ve etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere "Ayrım Gözetmeme" yükümlülüğü getirilmektedir. Ana prensiplere yer verilen bu Yönetmelik çerçevesinde "Yerel Ağın Paylaşımına Açılması" konusunda özel bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmakta, nitekim konu Telekomünikasyon Kurumu 2003 yılı iş planı içerisinde de öncelikli konulardan biri olarak tasnif edilmektedir. İncelenen olayda TTAŞ'nin kablo TV altyapısını erişime açmaması, Telekomünikasyon Kurumu düzenlemelerinin tamamlanması ardından sektörde oluşacak rekabetçi yapı ile de sıkı sıkıya ilişkili bir konu oluşturmaktadır.

Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği hükümleri ve Telekomünikasyon Kurumu 2003 yılı iş planı çerçevesinde kendisine en geç 2003, 2004 yılları içerisinde yerel şebekeyi erişime açma yükümlülüğü getirileceğinin bilincinde olan TTAŞ'nin; kendi DSL altyapısını bir an evvel tamamlamak suretiyle yerleşik bir geniş bant hizmet sağlayıcısı konumuna ulaşmak niyetinde olduğu, ayrıca bu düzenlemelerin tamamlanmasına kadar geçecek süre içerisinde kablo TV altyapısını erişime açarak, gelecekte yapılacak düzenlemeler ile geniş bant hizmetlerde kontrol altına alınacak konumunu daha da zayıflatmak istemediği görülmektedir.

1220 Bu nedenle, rakip İSS'lerin geniş bant hizmetlerin sunumu alanında bilgi ve deneyimlerini artırmalarının, iş modelleri ve müşteri tabanı oluşturmalarının ve nihayetinde bu alanda güç kazanmalarının önüne geçilmesi sonuçlarını doğuran İSS'lerin kablo altyapısından faydalanma taleplerinin reddi eylemi ile TTAŞ'ce, Yerel Ağın Paylaşımına Açılması düzenlemeleri ertesinde rekabete açılacak olan geniş bant hizmetler pazarında var olan tekel konumunun sürdürülmesine olanak tanıyacak bir pazar yapısı oluşturulmasının hedeflenmekte olduğu görülmektedir.

H.2.4.2.2. Değerlendirme

1230 Tüm bu açıklamalar çerçevesinde kablo altyapısının erişime açılmaması ile, DSL altyapısına ilişkin zorunlu olarak yapılması gerekli yatırımlar ertesinde geniş bant hizmetlerin *tek sağlayıcısı* olma konumunun *güçlendirilmiş bir surette* korunmasının ve DSL altyapısının kurulması ve işletilmeye başlanmasına kadar geçecek süre zarfında rakip İSS'lerce sunulabilecek internet erişim hizmetlerinin dar bant erişim türü ile sınırlandırılmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bu eylem neticesinde ise, İSS'lerin geniş bant hizmetlerin sunumu alanında bilgi ve deneyimlerini artırmalarının, iş modelleri ve müşteri tabanı oluşturmalarının önüne geçilmesi suretiyle geniş bant hizmetlerde bir rakip olarak güç kazanmalarının engellenmesi sonucu ortaya çıkmaktadır.

1240 H.2.4.3. Kablo Altyapısının Erişime Açılmamasının, Rekabetin Ortadan Kaldırılması ya da Sınırlandırılmasına Yol Açmaktan Başka Ekonomik Bir Anlamı Olmayan Bir Davranış Oluşturması

Kablo internet abone sayısının yerel şebekede DSL için gerekli altyapı yatırımı yapılmaya kadar geçecek süre zarfında mümkün olduğunca sınırlı tutulması politikası çerçevesinde, rakip İSS'lerin kablo altyapısından faydalandırılmaması, kablo TV altyapısı üzerinden yeni abone kaydı gerçekleşmemesi dolayısıyla mahrum kalınan gelir nedeniyle TTAŞ açısından açık bir zarara sebep olmaktadır.

H.2.4.3.1. Kablo TV Altyapısı Üzerinden yeni Abone Kaydı Gerçekleşmemesi Dolayısıyla Mahrum Kalınan Gelir

1250 Kablo TV altyapısına dayalı çalışmalar 2000 yılı itibarıyla tamamlanmış ve bu tarih itibarıyla altyapı, internet hizmeti de dahil olmak üzere interaktif hizmetlerin sunulmasına hazır hale getirilmiştir.

Bu altyapı yatırımlarının tamamlanmasından sonra kablo modem hizmeti de 1999 yılında deneme amaçlı olarak başlatılmış ve 2000 yılından itibaren hizmete verilmiştir. Söz konusu altyapı çalışmalarında altyapı yatırım yükümlülüğü tamamen müteahhit (operatör) firmalara ait olup, kablo internet hizmetinin gerektirdiği her türlü donanım ve yazılım bu yükümlülük kapsamına bulunmaktadır.

1260 Dolayısıyla kablo TV altyapısı üzerinden verilebilecek internet hizmetlerine ilişkin TTAŞ'nin herhangi bir yatırım maliyeti ya da yükümlülüğü bulunmamakta, akdedilen sözleşmeler gereği yapılacak yatırımların tümü yüklenici firmalara ait olmaktadır. Bu çerçevede TTAŞ, altyapı kurulması ve işletimi konusunda tekel hakkına sahip olmakla beraber halihazırda bu altyapının yalnızca gelir ortağı konumunda bulunmaktadır.

Ne var ki bu teşebbüs, yapılacak yatırımlara karışmamakla beraber, yasal tekele sahip olması nedeniyle bu altyapı üzerinden verilebilecek hizmetlerin ne olacağı, kimlerin ve kimlere ait hizmetlerin sunulacağı konularında tek yetkili karar mercii statüsünü haizdir. Bu kapsamda kablo TV altyapısı üzerinden yeni bir aboneye hizmet verilmesi altyapı operatörü olarak TTAŞ'ye ek bir yatırım maliyeti getirmemektedir.

1270 Rakiplerin kablo altyapısından faydalandırılmamasının rekabetin ortadan kaldırılması ya da sınırlandırılması beklentisi dışında ekonomik anlamı bulunmayan bir davranış olarak tasnifi, TTAŞ'nin aksi durumda derhal elde edebileceği bir gelirden veya gelir artışından fedakarlık ettiğinin ortaya konulmasını gerektirmektedir.

Kablo TV, halihazırda ve yaklaşık 3 yıldır 1.044.400 hanede kullanılmakta, bu altyapı mevcut durumda 2.494.476 haneye (*home-pass-* altyapısının ulaştığı hane sayısı) hizmet verebilecek durumdadır. Altyapının tamamı çift yönlü, geniş bantlı internet, veri ve ses iletimine uygun durumda olup, soruşturma tarihi itibarıyla kablo internet abone sayısı ise 41.000 civarındadır.

1280 Kablo TV altyapısı üzerinden halihazırda kablo TV hizmeti götürülen hane sayısı toplam (altyapının ulaştığı hane sayısı bakımından) kapasitenin % 40'ı civarındadır. Bu oran internet kullanıcıları söz konusu olduğunda çok düşüktür. *Erişilen* hane sayısının sadece %4'ü, *ulaşılan* hane sayısının ise %1.5'i internet kullanıcısı durumundadır.

TTAŞ ile gelir ortağı firmalar arasında 1999 yılında yapılan "Gelir Paylaşım Esasına Dayalı TV ve Radyo Dağıtım Sistemleri, İnteraktif Hizmetler Proje Uygulamaları Sözleşmesi Eki Protokol" E-9 maddesi uyarınca kablo altyapısı üzerinden verilen internet hizmetine ilişkin gelir kalemleri aşağıdaki gibi oluşmaktadır:

1290 64 kbps erişim hızında internete bağlanan bir kablo internet abonesinden elde edilen 36.000.000 ücret, %50'si TNet internet çıkışı olarak gelir paylaşımına konu olmadan TTAŞ tarafından alınmakta, geri kalan %50'lik kısım (18.000.000) üzerinden Hazine payı ve KDV kesildikten sonra gelir ortağı firmaya sözleşme ile belirlenen oran çerçevesinde ödeme yapılmaktadır. Dolayısıyla TTAŞ tarafından mevcut durumda uygulanan gelir paylaşım sistemi, elde edilen ücretin %50'sini "geçiş yapılan şebeke ile ilgili oluşacak ücretler" kapsamında ele almakta, kalan %50'yi ise gelir paylaşımına konu "kablo TV şebekesinin kullanılmasından dolayı ücret" olarak tanımlamaktadır.

1300 Kablo altyapısının imkan tanıdığı ölçüde ve "*kablo TV şebekesi kullanma bedelinden*" rakip İSS'lere açılmaması öncelikle, mevcut altyapının rakiplerce kullanılmaması dolayısıyla altyapı kullanım gelirinin (abone başına aylık 18.000.000) kaybına yol açmaktadır. Keza bu hususa 19.6.2000 tarihinde TTAŞ ile gelir ortağı firmalar arasında yapılan Kablo TV Koordinasyon Toplantısı'nda da yer verilmiş, Toplantı Raporu'nun

"Kablo TV üzerinden TNet aracılığıyla verilen internet hizmetlerinin ISP üzerinden de verilmesinin gerek hizmetin yaygınlaştırılması, gerekse yurtdışı çıkışlarındaki tıkanıklıkların aşılması, dolayısıyla sisteme dahil olacak çok sayıda abonenin ticari olarak Türk Telekom'a ve firmalara ek finansal kaynak yaratacağı hususları göz önüne alınarak, teknik altyapı, yönetim ve tarife hususlarında düzenlemeler yapılmak kaydıyla sistemin ISP'lere [İSS'lere] açılmasının uygun olacağı"

1310 şeklindeki 10. maddesinde yer aldığı üzere "Kablo TV üzerinden TNet aracılığıyla verilen internet hizmetlerinin diğer İSS'ler üzerinden de verilmesi sisteme dahil olacak çok sayıda abone nedeniyle ticari olarak Türk Telekom'a ek finansal kaynak yaratacak olup" halihazırda altyapıdan rakiplerin faydalandırılmamaları ile oluşacak

bu finansal kaynaktan feragat edilmektedir. Nitekim altyapı 40 binden fazla bir aboneye hizmet verebilecek konumdadır.

Mevcut illerde kurulu kablo altyapısı koaksiyel ve karma fiber - koaksiyel (HFC) olmak üzere iki tiptedir. 1997 yılı öncesi kurulan altyapı esasen *koaksiyel yapıda* olup halihazırda internet hizmeti verilen (İstanbul Anadolu Yakası, İstanbul Avrupa Yakası, Ankara, Bursa, Antalya, İzmir, Tekirdağ-Çorlu, İzmit Merkez-Gebze, Kayseri, Konya, Gaziantep, Eskişehir ve Adana) bölgelerden Tekirdağ-Çorlu, İzmit Merkez-Gebze ve Eskişehir harici bölgelerin altyapısının %70'i bu esasa göre kuruludur.

1320 Kablo altyapısı, koaksiyel yapıda bulunduğu illere (İstanbul Anadolu Yakası, İstanbul Avrupa Yakası, Ankara, Bursa, Antalya, İzmir, Kayseri, Konya, Gaziantep ve Adana) ek olarak Mersin-Tarsus, İzmit-Gölcük, Eskişehir, Zonguldak, Erzurum, Karadeniz Ereğlisi-Alaplı, Bandırma, Samsun, Adapazarı, Balıkesir, Tekirdağ, Çorlu- Çerkezköy Gebze, Körfez, Yalova-Çiftlikköy, Denizli bölgelerinde de bulunmakta olup, bu bölgelerin altyapısı *karma fiber koaksiyel (HFC)* esasa göre kuruludur.

Bu çerçevede sadece kablo üzerinden internet hizmetinin verildiği ve koaksiyel esasa uygun bölgelerde, herhangi bir şebeke yatırımı yapılmaksızın 128 kbps bağlantı hızı üzerinden potansiyel abone sayısı, 10.5.2004 tarihli ve 169 sayılı TTAŞ yazısında yer alan,

1330 “Mevcut sahalarda herhangi bir şebeke yatırımı yapılmadan internet verilebilir kapasitenin Head-end bazında yaklaşık 8500 abone olacağı öngörülmektedir.”

ifadesi ile belirtildiği üzere yaklaşık (koaksiyel esasa göre kurulu bölgelerde bulunan head-end sayısı 11 x 8.500 =) 95.000 civarındadır.

1340 Abone bağlantısının 128 kbps değil halihazırda TTAŞ tarafından sunulan en düşük geniş bant erişim hızı olan 64 kbps olması durumunda bu sayı iki kat artacak ve bahsedilen “internet verilebilir kapasite” 190.000’e çıkacaktır. Bununla beraber (temel olarak koaksiyel esaslı kurulan ancak 1998 yılı sözleşmeleri çerçevesinde mevcut kapasitenin %25’i oranında karma fiber koaksiyel esasına dayalı yeni altyapı eklenen) aynı bölgelerde bulunan %30’luk karma fiber koaksiyel altyapı dikkate alındığında; şebekenin kapasitesinin TTAŞ yazısında belirtilen esaslar dahilinde en az (1998 yılı sözleşmeleri ile eklenen) 392.000⁶ daha artacağı kabul edilmektedir.

Son olarak kablo internet hizmetinin verildiği ve tamamen karma fiber koaksiyel esasa dayalı olarak kurulan Tekirdağ-Çorlu, İzmit Merkez-Gebze ve Eskişehir bölgelerindeki kapasite dikkate alındığında söz konusu rakama 112.500⁷ bir kapasitenin eklenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla sadece kablo internet hizmetinin verildiği bölgelerde, halihazırda TTAŞ tarafından sunulan minimum bağlantı hızı olan 64 Kbps dikkate alınarak,

$$190.000 + 392.000 + 112.500 = 694.500$$

⁶ Koaksiyel esasa dayalı bölgelerde şebekeden (sahadan) kaynaklı bir sınırlama olduğu ifade edilebilecek iken, karma fiber koaksiyel esasına dayalı bölgelerde bu nitelikte bir sınırlama bulunmamaktadır.

⁷ Gebze: 17.500, Çorlu: 10.000, Eskişehir: 45.000, İzmit: 30.000, Tekirdağ: 10.000

civarında bir abone potansiyelinin olduğu görülmektedir.

1350 Bu rakamlara ulaşılırken halihazırda internet hizmetinin sunulmadığı bölgelerde karma fiber koaksiyel esasına dayalı olarak kurulu altyapının öngördüğü potansiyel dikkate alınmamıştır.

Görüldüğü üzere kablo altyapısı üzerinden hizmet verilebilecek her yeni abone, ister altyapı ister yeni abonelik başlıkları altında TTAŞ tarafından elde edilebilecek gelir miktarının artmasına yol açmakta, dolayısıyla yatırımı tamamlanmış bu altyapı TTAŞ açısından yalnızca gelir ifade etmektedir.

1360 TTAŞ tarafından izlenen ticari politika ve bu çerçevede kullanılan en önemli araç olan kablo TV altyapısının erişime açılmaması, bu altyapı üzerinden verilecek internet erişim hizmetlerinin yerel şebekede DSL için gerekli altyapı kurulana kadar geçecek süre zarfında mümkün olduğunca sınırlı tutulmasını öngörmektedir. Dolayısıyla söz konusu politikayı benimsemek suretiyle TTAŞ bu altyapı üzerinden başkalarınca verilecek hizmetler dolayısıyla elde edebileceği gelirlere, başka bir ifade ile 19.6.2000 tarihinde TTAŞ ile gelir ortağı firmalar arasında yapılan Kablo TV Koordinasyon Toplantısı'nda değinildiği üzere "sisteme dahil olacak çok sayıda abonenin ticari olarak Türk Telekom'a sağlayacağı ek finansal kaynaktan" feragat etmektedir.

1370 Bu davranış ile öngörülen zarar esasen TTAŞ tarafından gelecekte DSL hizmetlerinin sunumu aracılığıyla geniş bant hizmetler konusunda sahip olunmak istenilen pazar gücüne yapılan bir yatırımı oluşturmakta, TTAŞ gelecekte DSL aracılığıyla geniş bant hizmetlerde sahip olmak istediği pazar konumuna istinaden kablo altyapısı üzerinden sağlayacağı gelirin kaybını göze almaktadır.

H.2.4.3.2. Kablo TV Altyapısının Erişime Açılmaması Nedeniyle TTAŞ'nin Kendi Omurgasında (TTNet) Kapasite Sıkıntısı

1380 19.3.2004 tarihinde raportörler ile TTAŞ yetkililerince yapılan toplantıda Telekomünikasyon Kurulu'nun 29.5.2001 tarihli ve 192 sayılı soruşturma kararı çerçevesinde öngörülen gerekli altyapı çalışmalarına ilişkin olarak TTAŞ tarafından, temel olarak mevcut durumda TTAŞ internet omurgasında kapasite sorunu bulunduğu, kablo altyapısının erişime açıl(a)maması hususunun TTNet internet omurgasında yaşanan bu kapasite sorunundan kaynaklandığı ve kablo altyapısından rakip İSS'lerin faydalandırılmalarının ardında "aksinin kapasitenin büyük kısmının kablo abonelerince kullanılması sonucunu doğuracağı" gerekçesinin yattığı ifade edilmiştir.

"Kablo altyapısının erişime açılmamasının ardındaki haklı teknik gerekçenin varlığına" ilişkin bu açıklama, esasen altyapının erişime açılmamasının TTAŞ açısından niçin irrasyonel bir karar olduğunu ve İSS'lerin altyapıdan faydalandırılmamalarının bu teşebbüs açısından ne gibi zararlar doğurduğunu doğrudan TTAŞ tarafından ortaya koymaktadır.

Bunun nedeni kendi internet altyapısında kapasite sorunu bulunan bir teşebbüsün bu sorunun çok daha artmasına neden olacak miktarda bir internet trafiğinin başka

1390 teşebbüslerce taşınmasına izin vermeyerek kendi şebekesinin sağlıklı bir şekilde işlemesine açık bir zarar vermesidir.

Halbuki, kablo TV altyapısının işleyişi incelendiğinde, kablo altyapısının erişime açılması durumunda yeni abonelerden kaynaklanan trafiğin TTNet (TTAŞ) omurgası üzerinden değil rakip İSS'lerin kendi altyapıları üzerinden geçecek olması nedeniyle, TTAŞ internet omurgasında yer alan sıkıntının kablo altyapısından rakip İSS'lerin faydalandırılmamalarının gerekçesi olamayacağı görülmektedir. Dolayısıyla,

- Bu hususun kablo altyapısından İSS'lerin faydalandırılmalarında yaşanan gecikmeye de dayanak olarak gösterilemeyeceği,

1400 - İSS'lerin kablo altyapısından faydalandırılmaları durumunda esas TTAŞ tarafında (TTNet omurgasında) bir rahatlama yaşanacağı, dolayısıyla TTNet omurgasında yaşanan sıkıntının kablo altyapısının *erişime açılmamasının* değil esasen *erişime açılmasının* gerekçesi olması gerektiği,

- Kablo altyapısından rakip servis sağlayıcılarını yararlandırmayarak TTAŞ'nin esasen kendi internet omurgasında sorunların yaşanmasına neden olduğu,

- Kapasite sorunundan bahseden bir teşebbüs için altyapıdan rakipleri faydandırmamanın değil bunun aksinin (faydalandırmanın) rasyonel bir davranış olması gerektiği,

nedeniyle TTAŞ'nin rakip servis sağlayıcıları altyapısından yararlandırmayarak esasen irrasyonel davrandığı sonucuna ulaşılmaktadır.

1410 TTAŞ tarafından, kablo altyapısından rakip İSS'lerin faydalanmalarının önünde engel olarak gösterilen hususu genel olarak iletim şebekesi kapasite sıkıntısı oluşturmakta, ülke içinde internet trafiğinin bir noktadan başka bir noktaya taşınması için kullanılan bağlantı kapasitesinin sınırlı oluşu nedeniyle kablo altyapısı üzerinden rakip İSS'lere hizmet verilemediği belirtilmektedir.

Kablo altyapısından rakip İSS'lerin faydandırılması durumunda, sisteme dahil olacak yeni kablo abonelerinden kaynaklanan internet trafiğinin TTAŞ'nin TTNet omurgasına geçmeyeceği, dolayısıyla altyapıdan rakiplerin faydalandırılmamalarının ardında yattığı belirtilen "TTAŞ'nin kendi omurgasının kapasitesinin sınırlı oluşunun" konuyla ilgisinin olmadığı anlaşılmaktadır.

1420 Keza böyle bir durumda, halihazırda kablo abonelerinin internet trafiğini TTAŞ'nin TTNet internet omurgasına aktarma şekli olan, *IP Switch Router* cihazları ile TTNet omurgası arası 622 Mbps'lik bağlantıya benzer bir bağlantı İSS'lerin kendi altyapıları ile kablo altyapısı arasında kurulacak, bu şekilde abonelerden kaynaklanan trafik TTNet (TTAŞ) omurgası üzerinden değil rakip İSS'lerin kendi altyapıları üzerinden geçecektir.

Bu nedenle kablo altyapısından rakiplerin faydandırılması, altyapıdan faydalanan İSS'lerin abonelerden kaynaklanan trafiği kendi altyapıları üzerinden taşıyacak olmaları nedeniyle TTAŞ internet omurgasında yaşandığı ifade edilen sorunlara artı

yönde herhangi bir katkıda bulunmayacak, kapasitede yaşanan sıkışıklığı herhangi bir surette artırmayacaktır.

- 1430 Esasen kablo altyapısının rakiplere açılması durumunda, kapasitesinin sınırlı olduğu belirtilen TTAŞ altyapısı rahatlatılmış olacak ve bu şekilde TTAŞ sahip olduğu kapasiteyi istediği bir biçimde kullanabilme esnekliğine kavuşmuş olacaktır. Bu bakımdan Mart 2002 tarihi itibarıyla ana internet omurgası üzerinde sadece 5 noktada (Ulus, Acıbadem, Gayrettepe, Adana ve İzmir) 2.3 Gbits bağlantı kapasitesine sahip olan ve kablo internet hizmetinin 14 merkezde verildiği göz önüne alındığında bu 5 merkez dışında kalan ve çoğunluğu 34 Mbits ve 155 Mbits hızlarla omurgaya bağlanan 9 merkezde kapasite sorunu yaşayan ve yaşamaya devam eden bir teşebbüsün kablo altyapısını erişime açmak suretiyle bu sıkışıklığı gidermesi esasen rasyonel bir tercih oluşturmaktadır. Böyle bir durumda TTAŞ, bir yandan
- 1440 altyapısının erişime açılması nedeniyle rakip servis sağlayıcılardan altyapı kullanım bedeli temin edecek, diğer yandan ise zaten kapasitesi sıkışık olan altyapısı üzerinden yeni bir aboneden kaynaklanan trafik dolayısıyla yaşanacak yeni sıkışıklıkları gidermiş olacaktır.

Nitekim bu hususa 19.6.2000 yılında TTAŞ ile gelir ortağı firmalar arasında yapılan Kablo TV Koordinasyon Toplantısı'nda da yer verilmiş ve Toplantı Raporu'nda belirtildiği üzere,

- 1450 10. Kablo TV üzerinden TNet aracılığıyla verilen internet hizmetlerinin ISP üzerinden de verilmesinin gerek hizmetin yaygınlaştırılması, gerekse yurtdışı çıkışlarındaki tıkanıklıkların aşılması, dolayısıyla sisteme dahil olacak çok sayıda abonenin ticari olarak Türk Telekom'a ve firmalara ek finansal kaynak yaratacağı hususları göz önüne alınarak, teknik altyapı, yönetim ve tarife hususlarında düzenlemeler yapılmak kaydıyla sistemin ISP'lere [ISS'lere] açılmasının uygun olacağı

konusunda mutabakata varılmıştır.

H.2.4.3.3. Haklı Ticari Gerekçe

- 1460 Rakiplerin kablo altyapısından faydalandırılmamalarının ardında TTAŞ açısından haklı bir ticari gerekçe bulunup bulunmadığı, kablo altyapısının rakiplere açılmaması suretiyle dar bant hizmetlerden elde edilen gelirlerin (dar bant hizmetlerden geniş bant hizmetlere olabilecek geçiş nedeniyle) azalmasının engellenmesi ve kablo altyapısının rakiplere açılmaması suretiyle bu altyapı üzerinden verilen geniş bant hizmetlerden elde edilen tekeli karın korunması konuları çerçevesinde değerlendirilmelidir.

H.2.4.3.3.1. Faydalandırmanın Kabulü Halinde Tüketicilerin Geniş Bant Hizmetlere Yönelmesi Dolayısıyla Dar Bant Hizmetlerin Sunumunda Oluşacak Gelir Kaybını Önleme Saiki

Yerel telefon şebekesi işletimi konusunda tekel olan TTAŞ, bu şebeke üzerinden rakip İSS'ler tarafından verilen dar bant hizmetleri kullanan bir kullanıcı üzerinden "telefon kullanım ücreti" adı altında bir ücret temin etmekte ve kullanıcıların kablo üzerinden internete bağlanmaları durumunda ise elde ettiği bu geliri kaybetme riski altında bulunmaktadır.

- 1470 Hem dar bant hem geniş bant hizmetleri sunan ve bu hizmetlerin sunumunda kullanılan altyapıda tekel olan TTAŞ'nin konumundaki bir teşebbüsün tekelci gelirinin en fazla gerçekleştiği alanda yoğunlaşması ve bu alanda elde ettiği gelirleri korumak için diğer alandaki hizmetlerin yaygınlaşmasını engelleme saikinin haklı bir ticari gerekçe olarak kabul edilip edilmeyeceğinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

H.2.4.3.3.2. Faydalandırmanın Kabulü Halinde Kablo Modem Hizmetinin Tekel Olarak Sunumundan Elde Edilen Gelirin Kaybını Önleme Saiki

TTAŞ tarafından sunulan kablo modem hizmeti, internet şebekesinin kullanılması ile ilgili oluşan ücret ve kablo TV şebekesinin kullanılmasından dolayı oluşan ücret olarak TTAŞ'ye iki farklı gelir kaynağı sunmaktadır.

- 1480 Kablo TV üzerinden internete 64 kbps hızda erişen bir abonenin ödediği 36.000.000 TL ücretin 18.000.000 TL'si şebeke kullanım bedeli olarak, diğer 18.000.000 TL'si ise internete erişim ücreti olarak (TTNet üzerinden erişim) TTAŞ'ye ödenmektedir. Bu son kısım TTAŞ'nin altyapı operatörü olmaktan ziyade bir İSS olarak kullanıcılardan temin ettiği bedeli oluşturmaktadır.

Yerel telefon şebekesi kurulması ve işletilmesi konularında tekel olan ve aynı zamanda diğer İSS'lere ve kurumsal kullanıcılara toptan internet erişimi sunan TTAŞ'nin internete doğrudan erişim tarifesi ile kablo internet ücretleri karşılaştırıldığında, kablo üzerinden tekel olarak verilen internet erişim hizmetinin TTAŞ açısından "maliyetlere nazaran" karlı bir alan teşkil ettiği görülmektedir.

- 1490 Kablo TV üzerinden internet erişimi sağlayan İSS'lerin maliyet kalemlerinden birini (İSS'nin TTAŞ'den toptan internet erişimi temin ettiği varsayıldığında) internete doğrudan erişim bedeli oluşturmaktadır. İnternete doğrudan erişimle bu hizmeti satın alan bir İSS ile TTAŞ-TTNet omurgası arasında doğrudan bir bağlantı kurulması ifade edilmektedir. Bu sayede, TTNet omurgası ile kurulan bu bağlantı üzerinden internet bulutuna ulaşılabilir.

TTAŞ'nin internete doğrudan erişim (toptan) tarifeleri incelendiğinde, bu kuruluşun İSS'lerden örneğin 2 mbps (2048 kbps)'lik bir bağlantı için 1.612.000.000 TL, 34 mbps için 14.036.000.000 TL, 155 mbps için ise 63.903.000.000 TL talep ettiği görülmektedir.

- 1500 Kablo TV üzerinden 64 kbps'lik hızda bir internet bağlantısı için tüketicilerin sadece (perakende) internet erişim bedeli olarak ödedikleri ücret 18.000.000 TL'dir. TTAŞ tarafından bildirildiği üzere, "internet uygulamalarında abone başına uygulanan 64 Kbit/s efektif hız kullanımı göz önüne alınarak 34 Mbit/s kapasite dahilinde yaklaşık (34 Mbit / 64 Kbit) = 531 aboneye eş zamanlı hizmet verilebilecek olup, trafik hesaplarında 1/10 oranı uygulandığında bu rakam 5310 aboneye tekabül etmektedir".

TTAŞ'nin, kablo TV üzerinden, örneğin 64 kbps hızda internete bağlanan 5310 abone üzerinden elde ettiği gelire bakıldığında, bu gelirin

$$34 \text{ mbps} / 64 \text{ kbps} = 531 \text{ Abone}, 531 \times 10 \text{ (trafik oranı)} =$$

1510 5310 abone, dolayısıyla 5310 aboneden elde edilen gelir =
5310 x 18.000.000 (abone başına 64 kbps erişim ücreti) = 95.580.000.000 TL

olduğu görülmektedir.

Bu çerçevede kablo altyapısının işletilmesine ilişkin hiçbir maliyet kalemine karışmadan abonelerden elde edilen gelir olan 95.580.000.000 TL ile aynı sayıda abonenin internete erişmesi için bir İSS olarak altına girilen maliyet olan 14.036.000.000 karşılaştırıldığında kablo internet hizmetinin TTAŞ açısından karlı bir hizmet olduğu anlaşılmaktadır.

1520 Dolayısıyla kablo TV üzerinden geniş bant internet erişim hizmetini tekel olarak sağlayan TTAŞ'nin kullanıcılardan aldığı ücretin yüksek kar oranlarını içermesi ve kablo altyapısının İSS'lere açılması durumunda bu hizmetin rakiplerce daha düşük bedelle verilebilmesi karşısında, "kablo internet hizmetinden elde edilen tekelci gelirin korunması saiki çerçevesinde bu hizmeti daha ucuza sunabilecek İSS'lerin kablo altyapısından faydalandırılmaması"nın haklı bir ticari gerekçe oluşturup oluşturmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

H.2.4.3.3.3. Değerlendirme

1530 Rekabet kuralları, tekel gücüne sahip olunmasını yasaklamadığı gibi bir tekelce izlenen fiyat politikasını, bu politika tekelci karın artmasına yol açıyor olsa bile yasaklamamaktadır. Fiyat politikası ile kastedilen, yalın anlamı ile, izlenen fiyat politikasıdır. Bu ifade ile teşebbüslerin piyasaya girişlere engel olmak, tekel konumlarını korumak, dolayısıyla tekelci karlarını artırmak gibi bir politika izlemesi kastedilmemektedir.

Bunun ardında ilk olarak, "tekel dahi olsalar teşebbüslerin, geniş bir takdir hakkına sahip olduklarının kabulü" prensibi yatmaktadır. Bunun yanı sıra, tekelci karın her teşebbüsçe hedeflenmesi ve tekelci fiyatın piyasaya girişleri teşvik edebilecek olması, rekabet kurallarının fiyat regülasyonu gibi bir görevinin bulunmayışı, söz konusu anlayışın gerekçelerini oluşturmaktadır.

1540 Rekabetin *bir süreç olarak* faydalarını kabul eden rekabet kanunları, bu süreç dahilinde gerçekleştirilen bir davranış sonucunda karlılığın artırılmasını doğal olarak haklı kabul edebilecek iken; bu sürecin işlemlerini engelleyen davranışları ise, sırf bu davranışlar sonucunda karın artırılacağından ya da korunacağından bahisle haklı kabul etmeyecektir. Dolayısıyla, gerçekleştirilen eylemin karın artırılmasına yol açacak olması, ancak bu duruma rekabet süreci içerisinde ulaşılmış olması halinde haklı bir gerekçe olarak anlam ifade edecektir.

1550 Rekabetin bir toplumun sınırlı kaynaklarının ekonomik aktörlerce etkin bir biçimde kullanılması sonucunda toplam refahın en üst seviyeye çekilmesine yarayan bir mekanizma olduğu dikkate alındığında, karlılığın artırılması savunmasının da bu kaynakların kullanımında sağlanan etkinlik ile ilişkilendirilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede gerçekleştirilen davranış ile maliyetlerde bir düşüş sağlanacağı ve bu sayede karın artırılmasına olanak tanınmış olacağı incelemeye konu eylemin ardındaki haklı ticari gerekçe olarak ileri sürülebilecektir.

Hiçbir etkinlik barındırmayan bir davranışın söz konusu olduğu, elde edilecek karın veya karın korunmasının rekabetin ortadan kaldırılmasına bağlı olduğu bir durumda ise, bu davranış sonucunda elde edilebilecek karın miktarının artacak veya korunacak olması haklı bir ticari gerekçe teşkil etmeyecektir. Böyle bir durumda, tek başına ticari karın artacak veya korunacak oluşu ve aksi davranışın karın veya gelirin azalmasına neden olacağı esasen hukuka aykırı olan bir davranışın rekabet kurallarının uygulanmasından müstesna tutulmasına yetmeyecektir. Bu nedenle TTAŞ tarafından gerçekleştirilen eylem de, mevcut gelirlerin korunması ya da artırılmasının rekabetin ortadan kaldırılmasına bağlı olması sebebiyle “ardında haklı bir gerekçe bulunan bir davranış” olarak kabul edilemeyecektir.

Bu açıklamalar çerçevesinde, kablo altyapısından rakiplerin faydalandırılmamasının, TTAŞ tarafında yaratabileceği zarar ve bu davranışın geniş bant hizmetlerin sunulmasında fiili ve geleceğe yönelik etkisi, başka bir ifade ile tekel konumunun korunması ve bu gücün geleceğe taşınmasına katkısı dikkate alındığında, rekabetin sınırlandırılması beklentisi dışında hiçbir ekonomik anlamı bulunmayan bir davranış olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu değerlendirme ile beraber faydalandırmamanın rekabeti kısıtlayıcı bir davranış teşkil edip etmediği incelemesinde salt faydalandırma talebinin kabulü halinde teşebbüsün tekelci kar elde etme olanağının kalmayacak olmasının hareket noktası olarak kabul edilmediğinin altının çizilmesi gerekmektedir. Teşebbüsçe tekelci kar elde ediliyor olması rekabet hukuku bakımından ihlal veya ihlalin varlığını gösteren bir delil olmadığı gibi, salt tekelci karın paylaşılması sonucunu doğuracak müdahaleler de ilgili piyasalardaki rekabet üzerinde “etki” bakımından bir değişiklik yaratmayacaktır. Bununla beraber yapılacak incelemede tekelci karın hedeflenmesi veya varlığının bir kriter olarak aranması uygulayıcıyı yanıltıcı sonuçlara itebilecektir. Keza faydalandırmanın reddinin söz konusu olduğu durumlarda firmanın her daim tekelci kar elde ettiğinden bahsedilmesi de mümkün olmayabilecektir. Bu nedenle faydalandırmamanın söz konusu olduğu bir durumda müdahale, dışlayıcı bir davranışın ortaya konulması ertesinde ancak aksinin (faydalandırmanın) rekabete yol açacak olması durumunda gerçekleştirilmelidir.

Özellikle bu son husus dikkate alınarak yapılan değerlendirme sonucunda kablo altyapısından rakiplerin faydalanmalarının, esasen rakiplerce bu altyapı üzerinden verilecek hizmetler bazında bir rekabet yaratacağı ve tüketicilerin farklı operatörlerce sunulacak farklı nitelikte hizmetleri temin etme olanağına sahip olmak suretiyle rakipler arası rekabetin olumlu sonuçlarından faydalanabileceği kabul edilmektedir.

H.2.4.4. Faydalandırmanın Teknik Açından Kablo Altyapısının İşletilmesini Sakatlayıp Sakatlamayacağı

Faydalandırmama eyleminin rekabeti kısıtladığından bahsedilebilmesi, aksinin önünde teknik açıdan herhangi bir engel bulunmadığının ortaya konulmasını gerektirmektedir.

Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin “Erişimin Sınırlandırılabilirliği Haller” başlıklı 9. maddesinde

“Bir işletmeci, erişimi ancak şebeke işletim güvenliğinin veya şebeke bütünlüğünün veya veri güvenliğinin temin edilemeyeceğini ya da şebekelerin karşılıklı işletilebilirliğinin mümkün olmadığını objektif kriterlerle kanıtlamak ve kurumun onayını almak kaydıyla sınırlandırabilir.

Bu maddede belirtilen hallerin mevcudiyeti, işletmecilerin erişim yükümlüsü olarak belirlenmesine hanel getirmeyeceği gibi erişim koşullarını müzakere etmeyi reddetmeleri için de geçerli bir neden teşkil etmez.”

hükmüne yer verilmektedir.

1600 Madde hükmü incelendiğinde, teknik engellerin (objektif kriterlerin) şebeke işletim güvenliğinin veya şebeke bütünlüğünün veya veri güvenliğinin temin edilememesi, ve şebekelerin karşılıklı işletilebilirliğinin mümkün olmaması olarak tasnif edildiği anlaşılmaktadır.

Konuya ilişkin olarak görüşlerinin alınması amacıyla 14.07.2004 tarih ve SR/04-12 sayılı Soruşturma Raporu Telekomünikasyon Kurumu'na gönderilmiştir. Telekomünikasyon Kurumu tarafından gönderilen yazılı cevapta teknik engel konusunda soruşturma heyetinin görüşlerinin aksine herhangi bir değerlendirmede bulunulmamıştır.

1610 Telekomünikasyon Kurumu'nun yukarıda sözü edilen 23.3.2002 tarihli kararında da kablo altyapısından İSS'lerin faydalandırılması konusunda teknik herhangi bir engel bulunmadığı sonucuna ulaşıldığı görülmektedir.

Bu çerçevede, Telekomünikasyon Kurulu'nun bahsi geçen kararı çerçevesinde inceleme konusu olayda da faydalandırmanın teknik açıdan kablo altyapısının işletilmesini sakatlamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

Bunun yanı sıra, Rekabet Kurulu'nca 2001 yılında başlatılan soruşturma esnasında 27.9.2001 tarihinde TTAŞ tarafından Kablonet'e gönderilen,

1620 “Konu [kablo altyapısının İSS'lere açılması] ile ilgili olarak Genel Müdürlüğümüzce tarife ve mevzuat çalışmaları devam etmekte olup, Genel Müdürlüğümüz onayı olmadan İSS'ler ile herhangi bir akit yapılmaması ve Kablo TV şebekesinden İSS abonelerinin bağlanmaması konusunda bilgilerinizi rica ederiz.”

şeklindeki yazıda, *İSS'lerin kablo TV altyapısından faydalandırılmasına teknik herhangi bir hususun değil, TTAŞ'nin iç idari düzenlemelerinin engel teşkil ettiği* belirtilmiş olması da, yukarıda yer verilen değerlendirmeyi teyit eden bir nitelik arz etmektedir.

Diğer yandan TTAŞ tarafından gönderilen 7.4.2004 tarihli ve 1762 sayılı yazıda yer verilen,

1630 [K]ablo TV şebekesinin İSS'lere açılması planı ilk olarak 19.06.2000 tarihinde gelir ortağı firmalar ile yapılan toplantıda ele alındığı ve Kablo TV üzerinden TNet aracılığıyla verilen internet hizmetlerinin ISP üzerinden de verilmesinin gerek hizmetin yaygınlaştırılması, gerekse yurtdışı çıkışlarındaki tıkanıklıkların aşılması, dolayısıyla sisteme dahil olacak çok sayıda abonenin ticari olarak Türk Telekom'a ve firmalara ek finansal kaynak yaratacağı hususları göz önüne alınarak, teknik altyapı, yönetim ve tarife hususlarında düzenlemeler yapılmak kaydıyla sistemin ISP'lere [İSS'lere] açılmasının uygun olacağı” konusunda görüş birliğine varıldığı,

Bu tarihten itibaren bu konudaki modelin teknik yapısının oluşturulması hususlarında araştırmaların yapıldığı,

şeklindeki açıklamaların da aynı yönde olduğu görölmektedir. Aynı yazıya ek olarak konulan ve kablo TV altyapısına ilişkin olarak TTAş tarafından Telekomünikasyon Kurumu'na gönderilen 26.8.2003 tarih ve 377 sayılı yazıda yer verilen,

1640 “Yapılan çalışmalarda kıt kaynakların rasyonel kullanımı esas alınarak model belirleme çalışmaları yapılmış ve şirketimiz dışında maksimum 2 adet İSS'ye de hizmetin aılabileceği, sistemde yer alacak İSS'lerin hizmetin verilmekte olduğu 19 merkezde ihale yolu ile belirlenebileceği sonucu çıkmıştır.”

şeklindeki ifadede de paralel bir sonuca yer verilmektedir. Diğer yandan Telekomünikasyon Kurumu'nca TTAş'ye gönderilen 8.10.2003 tarih ve 19383-8388 sayılı yazıda yer alan,

1650 Diđer bir deyişle, ilgili piyasada rekabetin tesisi için en fazla üç İSS'nin hizmet vermesinin yeterli olmayacağı dūřuncesiyle tarafınızca önerilmiş olan açık erişim yönteminin⁸ etkin ve verimli bir metot olmadığı değerlendirilmekte olup, bu hususta mantıksal ayırım da dahil olmak üzere daha fazla İSS'nin erişimine izin verecek bir yöntem geliştirilmesinin uygun olacağı mütalaa edilmektedir.

ifadeleri de altyapının çok daha fazla sayıda İSS'ye aılabileceğini göstermektedir.

Telekomünikasyon Kurumu'nca yayınlanan “Kablo TV şebekesi Üzerinden Verilecek İnternet Servisinde oklu İnternet Servis Sağlayıcı Uygulamaları: Mevcut Düzenlemeler ve Türkiye Önerileri” adlı yayında da “Teknik Engeller” başlığına ilişkin olarak benzer bir biçimde,

1660 “Dünyadaki ve Türkiye'deki bazı şirketlerin iddialarına rağmen, eğer Kİ [Kablo İşletmecisi - Cable Operator], KFK [Karma Fiber Koaksiyel- Hybrid Fiber Coaxial] yapısı üzerinde açık erişim sağlamaya istekli ya da zorunlu ise, etkin ve adil bir temelde açık erişim sağlanmasında teknik açıdan hiç bir engel yoktur.⁹...

Açık erişimi engelleyen teknik engeller, donanım üreticileri tarafından ya da UDO'nun öncülüğünde kurulan komisyonlar (Kanada'daki gibi) tarafından kolayca aşılabilecek durumdadır.”

değerlendirmesinde bulunulmaktadır.

TTAş'nin ihlal olarak değerlendirilecek bu eylemlerinin kapsadığı dönem 2.10.2002 tarihli ve 02-60/755-305 sayılı Rekabet Kurulu Kararının kapsadığı dönem ile faydalandırmama eyleminin işbu soruşturma süresince de devam etmesi nedeniyle soruşturmanın süregeldiği nihai karara kadar geçmiş olan süre olarak belirlenmiştir.

⁸ TTAş tarafından açık erişim ile kastedilen iki internet servis sağlayıcısının daha kablo üzerinden hizmet verebilmesi olduğundan, yazıda yer alan “tarafınızca önerilen açık erişim metodu da” iki internet servis sağlayıcısının erişiminin öngöröldüğu modeli ifade etmektedir.

⁹ “Ancak son kullanıcıya erişim platformlarından biri olan kablo şebekeleri paylaşımlı bir yapıya sahip olduğundan, kablo şebekesinin ayrıştırılması PSTN'deki yerel şebekenin ayrıştırılmasından oldukça farklıdır. Bir düğüme bağlı ve 500-1500 kullanıcıya hizmet veren şebeke, her bir kullanıcı için ayrı tahsis edilmiş, fiziksel bir hatta ayrıştırlanamamaktadır. Kullanıcılar toplam kapasiteyi paylaşmaktadırlar. Bazı ilave düzenleme ihtiyacı olabilmesine rağmen, işletmecinin kablo şebekesini yeniden kurmasına gerek yoktur.”

H.3. Savunmalar

1670 H.3.1. Yazılı Savunma

Rekabet Kurulu'nun 21.8.2003 tarihli Soruşturma açılmasına dair kararı, 9.9.2003 tarih ve 2439 sayılı yazı ile TTAŞ'ye tebliğ edilmiş, yapılan tebligatta TTAŞ'nin,

- "Kablo TV şebekesinin gelişmesi ve yaygınlaşabilmesi için büyük önem arz eden pazarlama faaliyetlerini tüketicinin aleyhine kısıtlamak,
- Mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde rekabete açık bir alan olan Kablo TV şebekesi üzerinden internete erişim hizmetini tekelleştirmek,"

biçiminde ortaya çıkan "Kablo TV şebekesi ve üzerinden verilen hizmetlere ilişkin uygulamaları" hakkında soruşturma açıldığı ifadelerine yer verilmiştir. TTAŞ tarafından gönderilen 3.10.2003 tarih ve 4858 sayılı ilk yazılı savunmada özetle;

1680 - Kablo TV ve Kablo TV sistemi üzerinden verilen ek hizmetlerin cazip hale getirilerek potansiyel abonelerin sisteme kazandırılmasını teminen Şirketimiz ile Kablo TV firmaları arasında imzalanan "Gelir Paylaşımı Esasına Göre Kablo TV Uygulamaları Sözleşmesi", "TV ve Radyo Dağıtım Sistemleri İnteraktif Hizmetler Proje Uygulamaları Sözleşmesi" ve "Gelir Paylaşım Esasına Dayalı TV ve Radyo Dağıtım Sistemleri İnteraktif Hizmetler Proje Uygulamaları Eki Protokol"un ilgili maddeleri gereğince Kablo TV ve Kablo TV sistemi üzerinden internet ve data erişimi hizmetlerinin reklam ve pazarlaması Kablo TV firmalarının sorumluluğundadır,

- Kablo TV firmalarının yapmış oldukları reklam, tanıtım ve pazarlama faaliyetlerinin belli bir plan çerçevesinde yürütülmesini teminen belirli dönemlerde tüm bu faaliyetlerle ilgili şirketimizce görüş alışverişinde bulunmakta ve tüm bu çalışmalar Bölge Müdürlüklerimiz aracılığı ile takip edilmektedir,

1690 - Bir şirketin ürününü satmasında en etkili yollardan birinin reklam ve pazarlamanın etkin bir şekilde yürütülmesi olduğu gerçeğinden hareketle, Kablo TV ve ek hizmetlerin reklam ve pazarlaması ve daha yaygın bir şekilde tanıtımı amacıyla Şirketimizce, Kablo TV broşürlerinin (1.000.000 adet) ve afişlerinin bastırılarak gerekli yerlere asılması, standarda üniversitelerde tanıtımlar yapılmakta, promosyon ve tanıtım çalışmalarımız kapsamında Kablo TV sisteminden iletilen Fox Kids TV program kanalında yayınlanan çizgi film kahramanlarının yer aldığı iki ayrı tasarımla hazırlanan 41.000 adet porselen çay kupalarının Kablo TV hizmetinin verildiği illerimizde Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlı olarak (48 adet) okullardaki öğrencilere dağıtımının sağlanması, gelir paylaşım firmalarının bastırıldığı Kablo TV sistemi üzerinden internet erişimi aboneliğine ilişkin broşür ve flyer'ların Kablo TV faturaları ile birlikte gönderilmesi vb. sağlanmaktadır,

1700 - Sadece İstanbul Anadolu Yakası, İstanbul [Avrupa] Yakası, Ankara, Bursa, Antalya, İzmir, Tekirdağ-Çorlu, İzmit Merkez-Gebze, Kayseri, Konya, Gaziantep, Eskişehir ve Adana yayın sahalarında müşterilerimize sunulmakta olan Kablo TV sistemi üzerinden internet erişimi hizmetinin de diğer tüm hizmetlerimiz gibi müşterilerimize tanıtımı ve reklamı yapılmakla birlikte, müşterilerimizin daha yaygın olarak çevirmeli ağ bağlantısını tercih etmelerindeki en büyük neden, Kablo TV ve Kablo TV sistemi üzerinden internet erişimi hizmetinin Türkiye genelinde müşterilerimize sunulamamasıdır. Bir diğer nedeni ise bir abonenin tüm ISP'ler üzerinden internette bağlı kaldığı sürenin 30 dk olması nedeniyle müşterilerimizin Kablo TV sistemi üzerinden internet erişimi hizmeti için günde 30 dk kullansın kullanmasın Şirketimize ve gelir paylaşım firmaya aylık toplam 60.000.000 TL ödemek yerine, çevirmeli ağ bağlantısı kullanarak sadece 30 dk'lık internet erişimi için aylık (600.000 x 30 gün) 18.000.000 TL gibi bir ücreti ödemeyi tercih etmeleridir. Ayrıca ADSL hizmetimiz için yapılan tarife çalışmalarında diğer benzer hizmetlerimiz gibi Kablo TV sistemi üzerinden internet erişimi tarifesi de herhangi bir çelişkili durum yaratmaması açısından dikkate alınmaktadır

1710

ifadelerine yer verilmiştir.

H.3.1.1. Yazılı Savunma'nın Değerlendirilmesi

1720 TTAŞ'ye yapılan soruşturma bildiriminde yer verilen *pazarlamanın kısıtlanması* hususu, kablo altyapısından İSS'lerin faydalandırılmaması ile sıkı sıkıya ilişkilidir. Pazarlamanın kısıtlanması ile kastedilen, izlediği ticari politika gereği kablo modem hizmetinin sunulması amacıyla halihazırda İSS'lere kablo altyapısını açmayan TTAŞ'nin, bu altyapı üzerinden verilebilecek geniş bant hizmetleri sınırlandırması (kablo modem hizmetlerinin yaygınlaşmasını engellemesi) olup, pazarlamanın kısıtlanıp kısıtlanmadığı iddiasına yönelik getirilebilecek bir savunmanın da bu husus ile ilişkilendirilmesi ve kablo altyapısından talep eden kuruluşların faydalandırılmamasının ardında yatan gerekçeler üzerinde durulması gerekmektedir.

TTAŞ'ye yapılan bildirimde ikinci olarak yer verilen, "mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde rekabete açık bir alan olan Kablo TV şebekesi üzerinden internete erişim hizmetini tekelleştirmek" iddiası da bu husus ile alakalı olup, iddianın konusunu "faydalandırmanın reddi vasıtasıyla Kablo TV şebekesi üzerinden internete erişim hizmetini tekelleştirmek" oluşturmaktadır.

1730 TTAŞ'nin yazısında kablo altyapısından talep edenlerin faydalandırılmaması ile ilgili bir savunma, açıklama veya bilgi bulunmamaktadır.

Savunmanın 2. sayfasının ilk paragrafında, kablo altyapısının yaygınlığı ve kullanıcıların tercihleri hakkında yer alan açıklamalar yapıldığı görülmekte ve bu açıklamalarda temel olarak,

- Kablo altyapısının "*sadece İstanbul Anadolu Yakası, İstanbul [Avrupa] Yakası, Ankara, Bursa, Antalya, İzmir, Tekirdağ-Çorlu, İzmit Merkez-Gebze, Kayseri, Konya, Gaziantep, Eskişehir ve Adana yayın sahalarında*" sunulmakta olduğu,
- Müşterilerin Kablo TV sistemi üzerinden internet erişimi hizmeti yerine yaygın olarak çevirmeli ağ bağlantısını tercih etmelerin ardında,

1740 Kablo TV ve Kablo TV sistemi üzerinden internet erişimi hizmetinin Türkiye genelinde müşterilere sunulmamasının ve,

Bir abonenin tüm İSS'ler üzerinden internette bağlı kaldığı sürenin 30 dk olması nedeniyle müşterilerin Kablo TV sistemi üzerinden internet erişimi hizmeti için günde 30 dk kullansın kullanmasın (TTAŞ ve gelir paylaşımı firmaya) aylık toplam 60.000.000 TL ödemek yerine, çevirmeli ağ bağlantısı kullanarak sadece 30 dk'lık internet erişimi için aylık (600.000 x 30 gün) 18.000.000 TL gibi bir ücreti ödemeyi tercih etmelerinin yattığı

ifade edilmektedir.

H.3.1.1.1. Kablo Altyapısının Yaygınlığı

1750 "Kablo altyapısı üzerinden verilebilecek internet erişim hizmetlerinin yerel şebekede DSL için gerekli altyapı kurulana kadar geçecek süre zarfında mümkün olduğunca sınırlı tutulması" ile ilişkilendirilebilecek bu hususların ilki hakkında belirtilmesi gereken noktayı savunma yazısında bahsi geçen illerin, nüfus bakımından Türkiye'nin en büyük ilk on üç ilinden on birini oluşturması, toplam nüfusun 1/3 ünü ifade etmesi ve ayrıca gelir dağılımı bakımından da ilk sıraları almasıdır.

Dolayısıyla, *sadece* bu illerin dahi önemli bir potansiyeli ifade ettiği dikkate alındığında, müşterilerin kablo TV sistemi üzerinden internet erişimi hizmeti yerine yaygın olarak çevirmeli ağ bağlantısını tercih etmelerinin gerekçesi olarak ileri

sürülen kablo TV ve kablo TV sistemi üzerinden internet erişimi hizmetinin Türkiye genelinde müşterilere sunulmamasının kabul edilebilir bir gerekçe olarak kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.

1760 **H.3.1.1.2. Müşterilerin Kullanım Sürelerine Bağlı Ödeme Miktarları**

Müşterilerin kullanım sürelerine bağlı ödeme miktarları da kablo internet hizmetinin yaygınlaşmamasını açıklamamaktadır.

60.000 portluk ihaleden sonra pazarlanmaya başlanan DSL hizmetinin ilk iki ay içerisinde kablo altyapısının 4 yılda kazandığı abone sayısından fazla abone sayısına ulaşması, cevabın kablonun neden sınırlı kaldığına ilişkin bölümlerinin bu hususu açıklamakta yetersiz kaldığını göstermektedir.

1770 Nitekim DSL hizmetinin sunulduğu dönem içerisinde, kablo üzerinden verilen hizmetler için kullanılan *modem* cihazları operatör firmalarca kampanyalar dahilinde sübvansede edilmesine karşın, DSL için kullanılan cihazları abonelerin yaklaşık 100 ABD Doları karşılığı satın almaları da, kullanım sürelerine bağlı ödeme miktarlarına dayalı açıklamaların kablo internet hizmetinin yaygınlaşmamasını açıklamakta yetersiz kaldığı hususunu teyit etmektedir.

Savunma yazısında bu hususa hiç değinilmemiş olunması ve kablo altyapısının yaygınlığı ve kullanıcı tercihleri konusundaki açıklamaların yetersizliği sebebiyle savunma yapılan değerlendirmeleri etkileyebilecek nitelikte değildir.

H.3.2. Bilgi İsteme Yazısına Cevaben Gönderilen Yazıda Yer Verilen Hususlar

Soruşturma döneminde Soruşturma Heyetinin TTAŞ ile yapmış olduğu toplantılarda,

“Kablo internet hizmetinin İSS’lerin kullanımına açılması konusunda yaşanan gelişmelerin ayrıntılı bir şekilde yazışma, rapor ve belgeleri ile açıklanması”

1780 istenmiş, TTAŞ tarafından gönderilen ve içeriği itibarıyla yazılı savunmaya ek nitelikte değerlendirilebilecek 7.4.2004 tarih ve 1762 sayılı yazıda özetle,

Kablo TV şebekesinin İSS’lere açılması planı ilk olarak 19.06.2000 tarihinde gelir ortağı firmalar ile yapılan toplantıda ele alındığı ve,

“Kablo TV üzerinden TNet aracılığıyla verilen internet hizmetlerinin ISP [İSS] üzerinden de verilmesinin gerek hizmetin yaygınlaştırılması, gerekse yurtdışı çıkışlarındaki tıkanıklıkların aşılması, dolayısıyla sisteme dahil olacak çok sayıda abonenin ticari olarak Türk Telekom’a ve firmalara ek finansal kaynak yaratacağı hususları göz önüne alınarak, teknik altyapı, yönetim ve tarife hususlarında düzenlemeler yapılmak kaydıyla sistemin ISP’lere [İSS’lere] açılmasının uygun olacağı” konusunda görüş birliğine varıldığı,

1790 Bu tarihten itibaren bu konudaki modelin teknik yapısının oluşturulması hususlarında araştırmaların yapıldığı,

Açık erişimin gerçekleştirilmesi için gerek mevcut standartların desteklenmemesi ve gerekse ilave altyapı yatırımlarına ihtiyaç duyulması hususları, başta ABD olmak üzere hizmetin verildiği tüm ülkelerde araştırma konusu olup araştırma safhasında bulunmasına rağmen bu konuda yapıcı yaklaşımlarda bulunularak kablo TV hizmetindeki tüm yatırım ve finansman giderlerini karşılayan Gelir Paylaşım Ortağı firmalar ile müştereken görüşmeler sürdürüldüğü,

Kablo internet hizmetinin İSS'lere açılması modelinin ticari yapısının oluşturulması için 25.10.2001 tarihinde çalışma heyeti için Makam Onayı alındığı,

1800

Bu süreç içinde kablo internet sisteminin İSS'lere açılması ile ilgili Kablonet Firmasının bir yaklaşım getirildiği,

Buna göre, Kablonet Firmasının kablo TV sistemleri üzerinden kablo internet hizmetinin tüm İSS'lere açılmasını (open access) talep etmekte ve açılabilirliğini iddia ettiği, bu şirketin Open Access'in yapılabilirliği hususunda temel aldığı referansın "*frekans kaynağının kıt olmadığı varsayımına ve gereken tüm altyapı donanımının ve finansmanın kendilerince sağlanacağı*" iddiasına dayandığı,

Mevcut koşullarda bu hizmet için 4 bandın planlandığı ve bazı büyük bölgelerde bunların 2'sinin halen dolu ve 2 adeti boş olduğu ve yaklaşık 80 adet İSS'ye 2 adet (6 Mhz) bandın verilmesinin mümkün bulunmadığı,

1810

Kablonet Firmasının ileri sürülen teklif ve modellerin, tamamen kendi çalıştıkları bölge üzerinde kurgulandığı ve gereken yüksek miktardaki yatırımların kendilerince karşılanacağı varsayımına dayandırıldığı, oysa Kablonet'in yanı sıra 5 Firma ile de Gelir Paylaşım Esasına göre bu hizmetin yürütüldüğü ve diğer Gelir Paylaşım Ortaklarının aynı taahhütte bulunmadığı, hizmetin İSS'lere açılması hususundaki Rekabet Kurulunun Şirketlerinden talebinin tüm bölgeleri kapsamakta olduğu, Kablonet firmasının bu iş için taahhüt edilen yatırım harcamalarının sadece kendisinin sorumlu olduğu bölgeler için geçerli olduğu, gerek Head-End Merkezlerinde kurulacak CMTS'ler gerekse yüksek hızlı ana omurga yönlendiricilerinin finansmanı ile eski kablo TV şebekesinde gereken *upgrade*'lerin nasıl sağlanacağı hususunda herhangi bir fizibiliteye ve esasa dayanmadığı ve sadece gereken yatırımların kendilerince sağlanacağını beyan ettiği,

1820

Kablonet Firmasının mevcut Gelir Paylaşım Ortaklığı sözleşmelerine dayalı ana yükümlülüklerini 2000 Haziranında tamamlaması gerekirken zamanında tamamlayamadığı ve bu yükümlülüğü dahi yerine getirememesinde temel etkenin finansman ve yatırım harcamalarında karşılaştığı problemler olduğunu belirttiği,

Bu açıklamalar göz önüne alındığında Kablonet Firmasının Açık Erişim için her türlü yapılacak yatırım harcamalarının kendilerince karşılanacağı iddiası baz alınarak Şirketlerinin, kablo internet hizmetinin kesintisiz, kaliteli ve güvenilir bir şekilde verilmesini sektöre uğratan bu risk ile hareket etmesinin doğal olarak beklenemeyeceği,

1830

Konunun çözümlenmesi yönündeki yaklaşımların devam ederek 16.11.2001 tarihinde Gelir Paylaşım Ortağı Firmalar ile Yapılan Koordinasyon Toplantısında "*Kablo TV üzerinden internet hizmetinin ISP'lere açılması hususunun firma elemanlarının katılımı ile yapılacak bir toplantıda karara bağlanması konusunda mutabık kalındığı ve bir toplantı düzenlenerek çalışmanın yürütülmesi*"nin karar altına alındığı,

28-30 Kasım 2001 tarihinde konunun ayrıntılı olarak görüşüleceği bir toplantı düzenlendiği ancak Kablonet Firmasının, "*her türlü yapılacak yatırım harcamalarının kendilerince karşılanacağı yönündeki verdikleri taahhüt ve önerdikleri yöntem ile kablo internet hizmetinin İSS'lere açılması gerektiği, bu konuda Rekabet Kurulunun da kararı olduğunu dolayısıyla böyle bir toplantıya gerek olmadığı ve yapılacak toplantıya katılmayacakları*"nın bildirildiği,

1840

28-30 Kasım 2001 tarihleri arasında yapılan toplantıda kablo TV şebekesinin İSS'lere açılması modelinin ticari yapısının oluşturulması için TTAŞ tarafından oluşturulan taslak protokol üzerinde görüşmeler yapıldığı, ancak Kablonet Firmasının toplantıya sadece dinleyici olarak katılması ve konuya yapıcı çözümler getirilmemesi nedeniyle Aralık 2001 tarihinde yapılacak yeni bir toplantıda konunun tekrar görüşülmesinin kararlaştırıldığı,

Telekomünikasyon Kurumunca, "*kablo TV üzerinden internet hizmetinin sadece TNet üzerinden verilmesinin, sektörde adil rekabetin sağlanmasına engel olabilecek bir ayrımcılık*"

olması nedeniyle teknik imkanlar dahilinde tüm İSS'lere verilmesine yönelik 2 (iki) ay içerisinde iş planı yapılarak Kurumun onayına sunulmasının” istediği,

1850

Kablo TV hizmetinin teknik imkanlar dahilinde İSS'lere açılmasını teminen Gelir Paylaşımı ortağı firmalarla yapılan toplantılar sonucunda Kablonet Firmasının kablo internet hizmetinin tüm İSS'lere açılması yönündeki önerisinin uygulanabilir olmaması ve yapılacak ilave yatırımlar için yüksek miktardaki finansman ihtiyacı nedeniyle diğer Gelir Paylaşım ortaklarının aynı taahhütte bulunmaması sebepleriyle Kablonet Firmasının önerisinde görüş birliğine varılamadığı,

Bu durum, konunun çözümlenmesini teminen Telekomünikasyon Kurumunun koordinatörlüğünde Şirket personeli ve Gelir Paylaşım ortağı firma elemanlarının da katılımı ile oluşturulacak bir çalışma grubunca görüşülmesi ve buradan çıkacak karara göre uygulama yapılması mütalaasının Kuruma aktarıldığı,

Telekomünikasyon Kurumunca yine de 2 ay içerisinde alternatif çözüm içeren bir iş planının gönderilmesinin istendiği ve hazırlanan iş planının Kuruma sunulduğu,

1860

Kablo TV üzerinden internet erişiminin ISP'lere açılması konusunda öncelikle gerekli regülasyonun yapılması ve yapılacak düzenleme doğrultusunda gereğinin sağlanması konusunda Telekomünikasyon Kurumu ile görüşmelerin sürdüğü,

Bu süreç içinde “Şirketin kablo TV sistemleri üzerinden verilen kablo internet hizmetinin İSS'lerce de verilmesine yönelik sunulan iş programı ve çalışma takviminin uygulanmasında karşılaşılan sorunlar ve engellerin aktarılması ve buna ilişkin sorunların tartışılarak oluşturulması ve diğer taraftan sektörde tam rekabetin ve serbestliğin sağlanabilmesi amacıyla Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde yürütülen lisans ve yetkilendirme çalışmalarına katkıda bulunmak amacıyla Kurum koordinatörlüğünde Şirket personelinin katılımıyla oluşturulacak bir çalışma grubu toplantısı yapılması” mütalaasını Kuruma aktardığı,

1870

Bu çalışma grubu toplantılarının oluşması beklenmeden, Şirketin yapıcı ve konunun çözümlenmesi yönündeki iyi niyetli yaklaşımlarının devam ettiği ve Türk Telekom'un dışında kablo internet hizmetinin bir veya birkaç İSS üzerinden verilmesi, mevcut kablo TV altyapısı ve ileri yönde frekans bandı dahil kablo TV kit kaynaklarının rasyonel kullanılması ön koşulu ile mümkün olabileceği tespit edilerek TTNNet dışında 2 farklı İSS'yi daha fiziksel ayırım yöntemiyle sisteme sokan yeni bir uygulama planının Kuruma aktarıldığı,

Kurumdan alınan 8.10.2003 / 8388 tarihli yazı ile fiziksel ayırım yönteminin yeterli olmadığı ve kendilerine “*Şirketinizce yapılan çalışmanın mantıksal ayırım yöntemi üzerinde yoğunlaştırılarak devam ettirilmesi hususunun*” aktarıldığı,

Mantıksal ayırım çalışmalarının halen devam ettirildiği

ifade edilmektedir.

1880

H.3.2.1. Değerlendirme

TTAŞ ilk yazılı savunmasından farklı olarak bu kez yalnızca kablo altyapısından İSS'lerin faydalandırılmamalarına hasredilen yazıda temel olarak üç husus üzerinde durulmaktadır. Bu hususlar;

- Kablo altyapısından rakip İSS'lerin faydalandırılmaları yönünde çalışmaların 2000 yılından bu yana sürdüğü, ancak teknik altyapı, yönetim ve tarife hususlarında çalışmaların devam ettiği,
- Kablo altyapısından İSS'lerin faydalandırılmaları yönünde çalışmaları bulunan Kablonet firmasının temel aldığı varsayımların doğru olmadığı,

1890

- Bununla birlikte Kablonet firmasınınca yapılan önerilerde bu firma dışındaki operatör firmaların konumunun göz önünde bulundurulmadığı,

- Kablo internet hizmetinin tüm İSS'lere açılması yönünde Kablonet firması önerilerinin teknik açıdan mümkün olmadığı

- Telekomünikasyon Kurumu'na fiziksel ayrıma dayalı bir plan sundukları ancak bu planın Telekomünikasyon Kurumunca yeterli görülmediği ve mantıksal ayrıma dayalı bir çalışma yapılmasının istendiği ve bu yönde çalışmaların devam ettiği

şeklinde tasnif edilmiştir.

H.3.2.1.1. Teknik Altyapı, Yönetim ve Tarife

1900

“Teknik Altyapı, Yönetim ve Tarife” konusu hakkında değerlendirmeye geçilmeden önce ilk olarak altı çizilmesi gereken hususu,

“Kablo TV üzerinden TNet aracılığıyla verilen internet hizmetlerinin, İSS'ler üzerinden de verilmesinin gerek hizmetin yaygınlaştırılması, gerekse yurtdışı çıkışlarındaki tıkanıklıkların aşılması, dolayısıyla sisteme dahil olacak çok sayıda abonenin ticari olarak Türk Telekom'a ve firmalara ek finansal kaynak yaratacağının”

1910

TTAŞ tarafından soruşturma tarihinden yaklaşık 3 yıl önce 19.6.2000 tarihinde gelir ortağı firmalar ile yapılan toplantıda kabul edildiği oluşturmaktadır. Bu nedenle hizmetin yaygınlaştırılması, yurtdışı çıkışlarındaki tıkanıklıkların aşılması, Ulus, Acıbadem, Gayrettepe, Adana ve İzmir merkezleri dışında kalan ve çoğunluğu 34 Mbit/s ya da 155 Mbit/s hızlarla ana internet omurgasına (TNet) bağlanan 9 merkezde yaşanan kapasite sorununun aşılması, sisteme dahil olacak çok sayıda abonenin ticari olarak Türk Telekom'a ek finansal kaynak yaratacağı hususlarını göz önünde bulunduran bir teşebbüsün doğal olarak bu faydaları yaratacak bir uygulamaya geçilmesi için *makul bir çaba* içine girmesi beklenmelidir.

Yapılan açıklamalar, faydalandırmanın temel olarak teknik altyapı, yönetim ve tarife konularının karar bağlanamamış olması gerekçesiyle mümkün olmadığı üzerinde yoğunlaşmaktadır.

1920

Kablo TV altyapısından rakiplerin faydandırılması kuşkusuz teknik altyapı¹⁰, yönetim ve tarife konularının karara bağlanmasını gerekli kılmaktadır. Ne var ki yapılacak değerlendirmede dikkat çekici husus, TTAŞ'ye getireceği faydaların yine TTAŞ tarafından açık bir şekilde ortaya konulan faydalandırmanın önünde bu hususların ne derece gerçekçi engeller teşkil ettiği.

Altyapıdan rakip İSS'lerin faydandırılmasının önünde teknik bir engel olmadığına dair Telekomünikasyon Kurumunca yapılan değerlendirme ertesinde, *tarife* ve *yönetim* konularında sorunların varlığından bahsedilmesi TTAŞ'nin hizmetin idaresine (verilmesine) yönelik idari isteksizliğini ortaya koymakta, keza yukarıda da

¹⁰ Bu kısımda yer alan “teknik altyapı” ifadesi, altyapıdan rakiplerin faydandırılmasının “teknik yönetimi- teknik olarak tarafların hak ve yükümlülükleri” anlamında ele alınmıştır.

yer verildiği üzere yaklaşık 3 yıldır bu nitelikte idari sorunların aşılmaması da bu hususu teyit etmektedir.

1930 Dolayısıyla TTAŞ'ye getireceği yararları açık olan rakiplerin altyapıdan faydalandırılması önünde yaklaşık 3 yıldır teknik altyapı, yönetim ve tarifelere ilişkin engellerin süregeldiğinden bahsedilmesi, yukarıda da yer verildiği üzere, TTAŞ tarafından "makul bir çaba" gösterilmediğini ve esasen bu kuruluşun *faydalandırma* konusunda irade eksikliği içinde bulunduğunu göstermektedir.

Rekabet hukuku uygulamasında kabul edilebilecek savunmaların objektif ölçütlere bağlı olması gerekliliği, bu ve benzeri savunmaların sübjektif ve ölçülebilirlikten yoksun olmaları nedeniyle haklı bir savunma olarak kabul edilmelerini engellemektedir.

1940 Soruşturmanın konusunu da irade eksikliği şeklinde vücut bulan reddetme eylemi oluşturmakta, dolayısıyla altyapıdan faydalandırmama eylemine dayanak olarak yine faydalandırma yönündeki irade eksikliğinin gösterilmesi bu hususun bir savunma olarak ele alınmasını engellemektedir.

H.3.2.1.2. Teknik Engeller

TTAŞ'nin sözü edilen yazısında yer verilen, temel olarak altyapıdan rakiplerin faydalandırılmalarının önündeki "teknik engeller - altyapının buna imkan tanıyıp tanımadığı" üzerinde yoğunlaşan açıklamalara karşılık olarak, Telekomünikasyon Kurumu'nca 2002 tarihinde verilen karar altyapıdan rakiplerin faydalandırılmalarının önünde teknik bir engel bulunmadığını ortaya koymaktadır.

1950 Bahsi geçen yazının incelenmesi ile ilgili kısımlarda esasen faydalandırma şekli üzerinde durulduğu görülmekte, aynı yazı ve TTAŞ'nin Telekomünikasyon Kurumu'na gönderdiği 26.8.2003 tarih ve 377 sayılı yazı dikkate alındığında TTAŞ tarafından ileri sürülen temel argümanı (Kablonet firmasının ileri sürüldüğü üzere) talep eden tüm İSS'lerin altyapıdan faydalanmalarının teknik olarak mümkün olmaması oluşturmaktadır. Bu hususlar hakkında da referans alınması gereken noktayı "Telekomünikasyon Kurumu'nun konuya ilişkin değerlendirmesi" oluşturmalıdır.

Kablonet firmasınınca TTAŞ'ye gönderilen "Kablo TV Şebekesinde İnteraktif Hizmetler ve ISP Bağlantısı (Ağustos 2001)" başlıklı çalışmada yer verilen,

"kablo TV altyapısının mantıksal ayırım esasına dayalı olarak talep eden tüm İSS'lere açılabilceği"

değerlendirmesine yönelik TTAŞ tarafından

1960 *"talep eden tüm İSS'lerin altyapıdan faydalanmalarının mümkün olmadığı"*

şeklinde ileri sürülen hususlara ve bu hususların vücut bulduğu 26.8.2003 tarih ve 377 sayılı yazı eki TTAŞ Bilgi Notu'nda,

"altyapının yalnızca 2 (iki) adet İSS'ye açılabilceği"

değerlendirmesine yönelik olarak Telekomünikasyon Kurumu'nca TTAŞ'ye gönderilen 8.10.2003 tarih ve 19383-8388 sayılı yazıda yer alan,

Diğer bir deyişle, ilgili piyasada rekabetin tesisi için en fazla üç İSS'nin hizmet vermesinin yeterli olmayacağı düşüncesiyle tarafınızca önerilmiş olan açık erişim yönteminin etkin ve verimli bir metot olmadığı değerlendirilmekte olup, bu hususta mantıksal ayırım da dahil olmak üzere daha fazla İSS'nin erişimine izin verecek bir yöntem geliştirilmesinin uygun olacağı mütalaa edilmektedir.

1970

şeklindeki ifade, esasen altyapının talep eden İSS'lerin altyapıdan faydalanmalarına olanak veren ve ilk olarak 2001 yılında gündeme gelen mantıksal ayırımın uygulanabilirliği konusunda tereddütleri ortadan kaldırmaktadır. Böylece, TTAŞ tarafından gerek daha önce Telekomünikasyon Kurumu'na gönderilen yazıda gerekse bu kuruluşça Rekabet Kurumu'na gönderilen yazıda yer verilen "teknik engellerin varlığı" savunması geçersiz kalmaktadır. Bu çerçevede, TTAŞ tarafından gönderilen ve içeriği itibarıyla yazılı savunmaya ek nitelikte değerlendirilebilecek 7.4.2004 tarih ve 1762 sayılı yazıda yer verilen hususların da ulaşılan sonucu etkileyebilecek bir yanının bulunmadığı anlaşılmaktadır.

1980

H.3.3. TTAŞ'nin 17.9.2004 ve 3.11.2004 Tarihli Savunmaları (İkinci ve Üçüncü Yazılı Savunma)

Rekabet Kurumu kayıtlarına 17.9.2004 tarih ve 5106 sayı ile giren 2. yazılı savunmada genel olarak, Yetki İtirazı, Geniş Bant Pazarında Kablo TV Şebekesi Üzerinden Verilecek İnternet Servisi ile DSL Arasındaki Rekabet, Avrupa Birliği Uygulamaları Ve Ülke Örnekleri, TTAŞ Tarafından Kablo TV Hizmetlerinin İSS'lere Açılması Konusunda Yapılan Çalışmalar ve Soruşturma Raporunda Yer Alan Tespitlere İlişkin Değerlendirmeler başlıkları altında görüşlere yer verilmiştir. TTAŞ'nin 3.11.2004 tarihli 3. yazılı savunması ise yine Yetki Konusuna İlişkin Hususlar ve Diğer Tespitlere İlişkin Hususlar bölümlerinden oluşmaktadır.

1990

TTAŞ'nin ikinci ve üçüncü yazılı savunmasında yer alan diğer hususlara ilişkin değerlendirmelere kararın önceki bölümlerinde yer verilmiş olduğundan bu bölümde sadece TTAŞ'nin Soruşturma Raporunda yer alan tespitlere ilişkin savunması değerlendirilmektedir.

H.3.3.1. Soruşturma Raporunda Yer Alan Tespitlere İlişkin TTAŞ Değerlendirmeleri

TTAŞ'nin yazılı savunmasında ilk olarak yer verilen değerlendirme; Soruşturma Raporunda yer alan kablo TV altyapısı üzerinden verilebilecek internet hizmetlerine ilişkin şebekeye yönelik olarak TTAŞ'nin herhangi bir yatırım, bakım veya onarım maliyetinin bulunmadığı yönündeki iddialara ilişkindir. TTAŞ, tamamını kendisinin elde etmesi gereken gelirin bir kısmını gelir ortağı firmalarla paylaşarak belirli bir maliyete katlanması ve gelir ortağı firmaların yapmış oldukları yatırım, bakım veya onarım çalışmalarının maliyetlerini TTAŞ gelirlerinden elde ettikleri pay ile karşılamaları sebebiyle bu iddianın doğru olmadığını ileri sürmektedir.

2000

TTAŞ, şebekeye eklenecek her bir yeni abone için gelir ortaklığı ilişkileri sistemi içinde herhangi bir somut (parasal) yükümlülük altında bulunmamaktadır. Bu yükümlülük aksine, gelir ortaklığı sistemi içinde belirlenen koşullarda, gelir ortağı

firmalar üzerinde bulunmaktadır. Başka bir ifade ile gelir ortaklığı sistemi içinde şebekeye eklenecek yeni bir abonenin TTAŞ açısından marjinal maliyeti bulunmamaktadır.

- 2010 Kablo TV şebekesine katılacak her yeni abone ve bu abonenin şebekeye katılması ile oluşan marjinal maliyet TTAŞ'nin maddi varlıklarının hiçbirinde herhangi bir tükenmeye yol açmadan aktiflerinde bir artış yaratmaktadır. Bu bakımdan TTAŞ savunmasında ifade edilen hususlar ulaşılan sonuçları değiştirmemektedir.

TTAŞ'nin ikinci savunması gelir paylaşımı sözleşmelerin hukuki statüsünün tespitinde hataya düşüldüğü yönündedir.

Gelir paylaşımı sözleşmelerin hukuki statüsüne soruşturma konusu eylemlerin cereyan ettiği hukuki ve fiili zeminin anlaşılmasının sağlanması amacıyla yer verilmiştir.

- 2020 Bu nedenle asıl amaç, soruşturma konusu eylemlerin cereyan ettiği alanda gelir ortaklığı sözleşmeleri ile kurulan ilişkilerin fiilen ne şekilde gerçekleştiğinin açıklanmasıdır.

Bu bakımdan kablo TV şebekesinin inşası, bakımı, bu şebeke üzerinden son kullanıcılara hizmet götürülmesi, abonelik ilişkileri gibi gelir ortaklığına konu ilişkilerin gerçekleşme şekli hakkında verilen hususların doğruluğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

TTAŞ savunmasında yer verilen diğer bir husus, Kablo TV şebekesinin erişime açılması konusunda teknik bir engelin bulunup bulunmadığı ile ilgili Kablonet firmasının görüşlerine yer verilmesinin sübjektif bir değerlendirme olduğu ve hukuka aykırı olduğudur.

- 2030 Kablo TV şebekesinin erişime açılması önünde teknik engellerin bulunup bulunmadığına ilişkin değerlendirme yapılırken sektör spesifik düzenleyici kuruluş olan Telekomünikasyon Kurumu ve bizzat TTAŞ de dahil olmak üzere bir çok tarafın görüşüne yer verilmiştir.

Bu bağlamda konuya ilişkin yapılan değerlendirmenin sektör düzenleyici kuruluşun yanı sıra bizzat TTAŞ'nin ifadelerine dayanması sübjektiflik iddiasının gerçeği yansıtmadığını ortaya koymaktadır.

Savunmada gündeme getirilen diğer bir hususu ise Soruşturma Raporunda yer verilen,

- 2040 *“İncelenen bir olayda Telekomünikasyon Kurumu görüşü 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 bir engel bulunmamaktadır.*

Dosya konusu olayda ise bu şartın, Telekomünikasyon Kurumu'nun 28.3.2002 tarihli kararı ile yerine getirilmiş sayılması gerekmektedir.”

2050 şeklindeki değerlendirmenin, Telekomünikasyon Kurulu'nun 28.3.2002 tarih ve 2002/117 sayılı kararı çerçevesinde konuyla ilgili olarak TTAŞ bünyesinde yapılan çalışmaların devam etmesi ve bu kapsamda hazırlanmakta olan İş Planı'nın tamamlandığında Telekomünikasyon Kurumu'na intikal ettirilecek olması sebebiyle doğru olmadığıdır.

Soruşturma Raporunun yukarıda yer verilen kısmı 2813 sayılı Yasa'nın 7/m maddesinin uygulanma şekline ilişkin bir yorumdan ibarettir. Dolayısıyla bahsi geçen Telekomünikasyon Kurulu kararının yerine getirilip getirilmediği hususuyla bağlantısı bulunmamaktadır.

2060 Bunun yanı sıra, Soruşturma Raporunda Telekomünikasyon Kurulu'nun aynı kararına ilişkin olarak yer verilen ve kararın İSS'lerin kablo altyapısından faydalandırılmaması sonucunda rekabetçi bir zararın oluşması riskini bertaraf edebilecek nitelikte olmadığı yönündeki açıklamanın da TTAŞ'nin savunmasında ileri sürdüğünün aksine yerindelik ve hukukilik denetimi yapma amacı bulunmamaktadır. Bu değerlendirme, Rekabet Kurulu'nun karar almadan önce ilgili piyasada, piyasa içinden ve/veya piyasa dışından kaynaklanan tüm hususları, özellikle de soruşturma konusu eyleme yönelik olarak sektör düzenleyici kurumların düzenleme ve kararlarını dikkate almasından ibaret olup yerindelik, hukukilik ve benzeri bir denetim amacı ve niteliği taşımamaktadır. Benzer tipteki değerlendirmeler yalnızca telekomünikasyon sektöründe değil kamunun piyasa dışından müdahalelerine konu elektrik, gaz, sağlık ve benzeri sektörlerde de yapılmaktadır.

2070 Mevzuatça getirilen önlemler ve konuyla ilgili Rekabet Kurumu ve Telekomünikasyon Kurumu tarafından verilmiş tüm idari kararların, yapılmış veya taslak halindeki düzenlemelerin değerlendirilmesi, 4054 sayılı Kanun kapsamında işlem yapılmasını gerektirecek herhangi bir durumun varlığının tespiti için gerekli olan rekabetçi zarar doğması riskinin bertaraf edilmesini olanaklı kılacak bir durumun bulunup bulunmadığının tespitine yöneliktir.

2080 TTAŞ'nin, Soruşturma Raporunda yer verilen Rekabet Kurulu'nun 2.10.2002 tarih ve 02-60/755-305 sayılı nihai kararında Telekomünikasyon Kurumu'nun yetkisinin kabul edilerek, konu hakkında Telekomünikasyon Kurulu tarafından alınan karar gerekçe gösterilmek suretiyle karar tesis edilmiş olduğu ve bu nedenle aynı durum varlığını sürdürdüğüne, diğer bir deyişle, aynı karar çerçevesinde işlem yapılmaya devam edildiğine göre, Rekabet Kurumu'nun önceki kararla bağlı olması gerektiği yönündeki savunması da kabul edilebilecek nitelikte bulunmamaktadır.

Rekabet Kurulu'nun konuya ilişkin almış olduğu önceki tarihli kararına dayanak oluşturan hususu, Telekomünikasyon Kurulu'nca yapılmış bir düzenlemenin varlığı değil, aynen Karar'da yer verildiği üzere, TTAŞ'ın kendi beyanlarından kablo TV üzerinden internet hizmetinin İSS'lere açılmasına karar verdiğinin anlaşılması oluşturmuştur. Bu çerçevede önceki tarihli kararın, esasen TTAŞ hakkında 2003 yılı içinde uluslararası karasal kiralık devreler ile internet toptan erişimi konularında yürütülen ve 4054 sayılı Kanun'un 9/3. maddesi uyarınca "TTAŞ tarafından bazı davranışlardan kaçınılacağına ifade edilmesi üzerine sonlandırılan" incelemeden nitelik olarak bir farkı bulunmamaktadır.

2090 Dolayısıyla, kablo TV üzerinden internet hizmetinin halen İSS'lere açılmadığı dikkate alındığında konunun yeni bir soruşturma kapsamında ele alınmasında bir engel bulunmadığı görülmektedir.

TTAŞ savunmasında, Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin Kablo TV şebekesini kapsamadığı ve Telekomünikasyon Kurumu'nun görüşünün de bu yönde olduğu ifade edilmektedir.

2100 Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği soruşturma konusu eyleme ilişkin olarak rekabetçi zarar riskini ortadan kaldırılabilmek ihtimali bulunan düzenlemelerden biridir. Yönetmeliğin kapsamı konusunda Telekomünikasyon Kurumu'ndan gelen açıklama da dikkate alınarak, yukarıda yer verilen savunma yazısında da belirtilen sonuca paralel bir sonuca ulaşılmış ve kablo TV'nin Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği kapsamında olmaması nedeniyle bu düzenlemenin "kablo altyapısından İSS'lerin faydalandırılmaması yönünde gerçekleşen veya gerçekleşebilecek eylemler sonucunda rekabetçi zarar oluşması riskini bertaraf etmediği, başka bir ifade ile bu yönde bir eylemden dolayı zararın oluşmasını engelleyici niteliğinin bulunmadığı" tespit edilmiştir.

2110 Savunmaya konu edilen ve Soruşturma Raporunda değerlendirilmiş olan diğer bir düzenleme "Kablo Platform İşletmeciliği Taslak Yönetmelik Eki'dir". TTAŞ tarafından, soruşturma tarihi itibarıyla henüz yürürlüğe girmemiş bulunan ve ne şekilde yürürlüğe gireceği henüz bilinmeyen bir taslağa dayanılarak değerlendirme yapılmasının dayanaksız bir yaklaşım olduğu ve idare hukuku açısından da henüz yürürlüğe girmeyen bir idari işleme dayanılarak bir idari işlem tesis edilemeyeceği ifade edilmektedir.

2120 "Kablo Platform İşletmeciliği Taslak Yönetmelik Eki'nin" değerlendirilmesi ile, Telekomünikasyon Kurumu'nun iş planından anlaşıldığı kadarıyla, yakın bir gelecekte yayınlanması beklenen bir düzenlenmenin, soruşturma konusu eylemler üzerinde doğurabileceği olası etkilerin tespit edilmesine yönelik olarak, rekabetçi zararın bertaraf edilmesinin, mevcut ya da yakın bir gelecekte yürürlüğe girecek bir düzenleme kapsamında söz konusu olup olamayacağının açıklığa kavuşturulması amaçlanmıştır. Bu nedenle, savunma yazısında yer verilen itiraz ve henüz yürürlüğe girmeyen bir idari işleme dayanılarak bir idari işlem tesis edilmeye çalışıldığı iddiası geçerli bir iddia olarak kabul görmemiştir.

TTAŞ tarafından öne sürülen bir diğer savunma ise, soruşturma kapsamında ilgili ürün pazarının yanlış tanımlandığı, teknolojinin hızla değişkenlik gösterdiği telekomünikasyon sektöründe altyapı teknolojisine bağlı pazar tanımını yapılamayacağı, dolayısıyla ilgili ürün pazarının geniş bant hizmetler pazarı olarak belirlenmesi gerektiği ve bu hizmetler pazarında rekabetin sağlanmış olduğudur.

2130 Bu kararın ilgili ürün pazarı başlığı altında pazar ile ilgili olarak ayrıntılı açıklamalar yapılmaktadır. Bu çerçevede, TTAŞ'nin iddia ettiği üzere altyapı teknolojisine bağlı pazar tanımını yapılamayacağı dayanaksız kalmaktadır. Ürünlerin birbirlerinden farklılaşmasına, tüketici ve üreticilerin tercihlerinde etkili olduğu müddetçe teknolojiye bağlı ilgili ürün pazarı değerlendirmesi yapılması önünde uygulama ve teorik yaklaşım bakımından bir engel bulunmamaktadır. Bu bakımdan ilgili ürün pazarı

rekabet hukukunun süregelen uygulamasına uygun bir şekilde yapılmış olduğundan tarafın bu savunması dayanaksız bulunmuştur.

TTAŞ tarafından ileri sürülen bir diğer husus, tespitler kısmında yer verilen “TTAŞ’ın Kablo TV şebekesini erişime açmayarak rasyonel bir işletmeci gibi davranmadığı yönünde yapılan değerlendirmelere” ilişkindir.

2140 Dosya kapsamında TTAŞ’ın eylemlerinin rekabet ihlali olarak değerlendirilebilmesi için çeşitli kriter ve standartlar ortaya konulmuş ve bu sınırlar içinde bir değerlendirme yapılmaktadır. Bu sınırlar çerçevesinde, TTAŞ’ın kablo TV altyapısını erişime açmamasının rekabetin ortadan kaldırılması ya da sınırlandırılmasına yol açmaktan başka ekonomik anlamı olmayan bir davranış olduğu ortaya konulmakta ve bu kapsamda TTAŞ için rasyonel olan bir davranışın gerçekleştirilmemesinin sebepleri değerlendirilmektedir.

2150 TTAŞ tarafından internet omurgasında kapasite sıkıntısı yaşandığının ifade edilmesi nedeniyle, esasen kablo TV’nin erişime açılmasının bu sıkıntıyı da hafifletebileceği ifade edilmiştir. Fakat TTAŞ, savunmasında bu tespitin tamamen hatalı olduğunu savunmakta ve kablo TV şebekesinde iki yönlü erişim (gelen ve giden trafik) bakımından sıkıntılı bulunduğu, bunun aşılması noktasında çalışmaların devam ettiği açıklanmasına yer vermektedir.

TTAŞ tarafından TNet internet omurgasında yaşanan kapasite sorununun varlığı bilinirken kablo TV şebekesinin erişime açılmamasının ne gibi bir haklı ticari gerekçeye dayandığının ortaya konulması gerekirken, kapasite sıkıntısı ile kablo TV altyapısında varlığı iddia edilen gidiş ve geliş yönündeki sıkıntı arasında bir bağlantı kurulmaya çalışılması anlam taşımamaktadır.

TTAŞ savunmasında,

2160 *“d)Gerek öngördüğü ciddi finansal kayıplar gerek rakipleri altyapıdan faydalandırmama nedeniyle yaşanan teknik sorunlar çerçevesinde Şirketimizin açıkça zarar etmesi sonucunu doğuran bu davranışın haklı bir ticari gerekçeye dayanmadığı”* iddiasının da gerçekten uzak olduğu düşünülmektedir. Zira, kablo TV üzerinden verilen internet hizmetinin erişime açılması için gerekli olan ilave yatırım bedelinin Gelir Paylaşım Sözleşmesi kapsamında uygulayıcı firmalar tarafından karşılanmayacağı ayrı ayrı belirtildiğinden, Şirketimize ek finansal yük getirecek bir konuda, tarafımızdan yatırım yapılması mümkün değildir.

f) “Söz konusu davranışın ardında objektif teknik gerekçelerin (engellerin) de bulunmadığı” iddiası da gerçekçi değildir. Şirketimizi ilave yatırım sorumluluğu altına sokacak her durum yeni teknik engellerin mevcudiyeti anlamına gelmektedir.”

ifadelerine yer verilmektedir.

2170 Savunma yazısının Sonuç kısmının (d) ve (f) bentleri altında yer verilen bu ifadeler ile yine Savunma yazısının “Kablo İnternet Abone Durumu” başlıklı VIII. Bölümünde yer alan,

“14 yayın sahasında verilen Kablo İnternet hizmeti için şu anda 19 adet CMTS kurulu olup, bunların toplam kapasitesi yaklaşık 90.000 aboneyi desteklemektedir. Haziran 2004 sonu itibarıyla, 44.667 Kablo internet abonesi olduğu göz önüne alınırsa, ilave CMTS yatırımı yapmadan yaklaşık 45.000 yeni abone ilavesi yapılabilir.”

ifadeleri birlikte ele alınmaktadır.

Savunmanın bu yönünün de kabul edilmesi mümkün değildir. TTAŞ tarafından gerek şebeke kapasitesi gerek kablo internet hizmetinin verilmesi için gerekli CMTS cihazları bakımından halihazırda ve yaklaşık 3 yıldır 45.000 abonelik boş bir kapasitenin bulunduğu teyit edilmiştir.

- 2180 TTAŞ'nin bu savunmasıyla, abone sayısının 45.000'i aşması durumunda yapılması gerekebilecek yeni cihaz temini/kapasite artırımı vb. hususlara dikkat çekilmektedir. Kablo TV altyapısından rakip İSS'lerin faydalandırılması ve bahsi geçen 45.000 rakamının üzerinde yeni abone talebi oluşmasının yeni cihaz temini ve/veya kapasite artırımı ihtiyacı oluşturacağı ve bunun TTAŞ üzerinde finansal bir yük doğuracağı, dolayısıyla Şirkete ek finansal yük getirecek bir konuda, yatırım yapılmasının mümkün olamayacağı ifade edilmektedir.

TTAŞ tarafından ifade edilen bu ek finansal yük iddiasının 45.000 aboneden fazla bir talep oluşması durumunda söz konusu olacağı, dolayısıyla bugüne kadar boş tutulan en az 45.000 abonelik kapasiteye ilişkin olmadığı açıktır.

- 2190 TTAŞ tarafından ileri sürülen savunmanın "önerilen tedbire" ilişkin olan bu kısmının, rekabet hukuku uygulamasında gerek hakim durumun kötüye kullanılması hallerinden biri olarak teşebbüs sorumluluğunun doğabileceği "rakipler ile işbirliği yapılmaması" haline, gerek bu hukuk altında getirilebilecek tedbirler bakımından "teşebbüsün özel bazı yatırımlar yapmaya zorlanmaması" başlığına ilişkin olması nedeniyle, konuya ilişkin açıklama yapılması gerekmektedir.

- 2200 Rekabet hukuku uygulamasında teşebbüsün rakipleri ile işbirliği yapmasının bu teşebbüs üzerinde "salt (münhasıran) bu işbirliğinin gerçekleşebilmesi için ve/veya bu işbirliğinin mümkün olabilmesi için" "olağan iş akışı dışında yapılması gerekli" "özel" bazı yatırımlar gerektirdiği hallerde, rakipler ile işbirliği yapılmaması nedeniyle bir hakim durumun kötüye kullanılması ya da tekelleşme eyleminden söz edilemeyeceğinin belirtilmesi gerekmektedir.

Burada söz konusu olan ayırım, yapılması gerekli yatırımın ve/veya kapasite artırımının "salt rakiplerle işbirliğinin gerçekleşebilmesi ve/veya mümkün olabilmesi için, rakipler ile işbirliği yapılmasına özgü, özel bazı yatırımlar" mı yoksa teşebbüsün "olağan iş akışı dahilinde örneğin ürettiği mal veya hizmetlere olan talebin artması durumunda karşılaşılabileceği" türde bir yatırımdan mı sayılması gerektiği ayırımıdır.

- 2210 Bu kapsamda dosya konusu olayda da tartışılması gerekli husus, getirilmesi önerilen tedbir sonucunda (TTAŞ tarafından halihazırda hiçbir maliyet yaratmaksızın karşılanabilecek 45.000'lik kapasite bir yana) İSS'lerin yapabilecekleri pazarlama vb. çalışmalar sonucunda 45.000 rakamının üzerinde yeni abone talebi oluşması durumunda TTAŞ (ve/veya gelir paylaşım ortakları) tarafından yapılması gerekli olabilecek CMTS cihazı vb. yatırımın bu teşebbüse rakipler ile işbirliği yapılmasına özgü, özel bazı yatırımlar yüklenilmesi anlamına mı geldiği yoksa bu yatırımın teşebbüsün olağan iş akışı içerisinde karşılaşılabilecek bir maliyet mi olduğudur.

Kablo TV altyapısından rakiplerin faydalandırılmaları konusundan bağımsız olarak, bu şebeke üzerinden halihazırda internet erişimi talep eden kullanıcı sayısının

artması durumunda TTAŞ'nin (ve/veya gelir paylaşım ortaklarının) bahsi geçen CMTS vb. cihaz yatırımını bugüne kadar izlenen usul çerçevesinde aynı şekilde gerçekleştirmek durumunda olduğu görülmüştür.

2220 Dolayısıyla, kablo TV üzerinden internet erişimi temin eden abone sayısının artması durumunda yapılacak cihaz yatırımının da TTAŞ'nin kablo TV altyapısına sahip bir operatör olarak yapması beklenen olağan bir yatırım olduğu, başka bir ifade ile kablo TV altyapısından rakiplerin faydalandırılmaları konusundan bağımsız olarak yapılması gerekli bir yatırım olduğu anlaşılmaktadır.

Bu çerçevede, yaklaşık 3 yıldır ek bir finansal yük ve benzeri bir durum içermeyen bir kapasitenin varlığı dikkate alındığında bugüne kadar kablo TV altyapısının erişime açılmaması eyleminin rekabet hukuku çerçevesinde niteliğine hanel getirmeyen mevcut durum dışında, kablo TV altyapısından geleceğe yönelik olarak rakip servis sağlayıcıların faydalandırılmaları hususunun da TTAŞ üzerine "bu işleme özel" bazı yükümlülükler getirmediği açıktır.

Savunma yazısında şebekeye ilişkin, Soruşturma Raporu'nda TTAŞ ifadelerine dayandırılarak yapılan, kapasite değerlendirmelerine itiraz edilmediği dikkate alındığında, geleceğe yönelik olarak gerekli cihaz yatırımı yapılması durumunda kablo internet hizmeti sunumu nedeniyle TTAŞ açısından elde edilebilecek gelirin mevcuda göre artabileceği de açıktır.

Yukarıda yer verilen eylemleri dolayısıyla, Kurul, TTAŞ'nin rakip internet servis sağlayıcılarını kablo TV altyapısından faydandırmamak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiğine karar vermiş ancak soruşturma konusu fiilleri nedeniyle TTAŞ'nin para cezası ile cezalandırılmasına gerek olmadığı sonucuna varmıştır.

Kurul para cezası verilmemesi kararına esas olarak, "TTAŞ'nin TNet dışında Kablo TV şebekesi üzerinden internet erişimi sunmak isteyen İSS'lere bu olanağı tanımamak suretiyle eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürdüğü" iddiasıyla 28.3.2001 tarihinde başlattığı İSS Soruşturması'na ilişkin olarak 2.10.2002 tarih ve 02-60/755-305 sayılı nihai kararının 1.3.2004 tarihinde ilgili taraflara tebliğ edildiğini, bu karar doğrultusunda TTAŞ'nin, tebliğ tarihinden itibaren yerine getirmesi gereken yükümlülükler için makul bir sürenin geçmemiş olduğunu göz önünde bulundurmıştır.

Ayrıca Kurum kayıtlarına 29.3.2004 tarih ve 1631 sayı ile intikal eden Telekomünikasyon Kurumu yazısından elde edilen bilgiler ışığında, Telekomünikasyon Kurulu'nca 28.3.2002 tarihinde alınan karar kapsamında TTAŞ ile Telekomünikasyon Kurumu arasında, kablo TV altyapısının diğer İSS'lerin erişimine açılmasına yönelik görüşmelerin ve çalışmaların devam ettiğinin anlaşılması nedeniyle de bu teşebbüsün para cezası ile cezalandırılmasına gerek olmadığı sonucuna varılmıştır.

Telekomünikasyon Kurulu'nun 28.3.2002 tarihli kararında "Kablo TV internet hizmetinin, teknik imkanlar dahilinde, tüm İSS'lerce verilmesine yönelik 2 (iki) ay içerisinde İş Planı hazırlanarak Kurumun onayına sunulmasına" karar verilmiş, bu çerçevede TTAŞ bir iş planı hazırlayarak bu planı Telekomünikasyon Kurumu

- 2260 onayına sunmuştur. Söz konusu plan Telekomünikasyon Kurulu kararındaki “tüm İSS’lerce bu hizmetin verilmesi” olanağını sağlamaması nedeniyle kabul edilmemiş ve bu alanda çalışmaların devam ettirilmesi kararı alınmıştır. Bu karar doğrultusunda, 10.5.2004 tarih ve 169 sayılı TTAŞ yazısından Telekomünikasyon Kurumu düzenlemeleri çerçevesinde, teknik imkanlar dahilinde Kablo TV şebekesi üzerinden internet hizmetinin tüm İSS’lerce verilmesini teminen uygulanacak model konusunda İSS’ler ile görüşme yapıldığı anlaşılmış ve bu görüşmeler sonucunda, erişime açma konusunda yapıcı gelişmelerin yaşandığı tespit edilmiştir. TTAŞ’nin Kablo TV şebekesinin erişime açılması yönündeki bu çalışmaları Kurul tarafından ihlalin ortadan kaldırılmasına yönelik olumlu çabalar olarak değerlendirilmiş ve para cezası
- 2270 verilmemesi yönünde oluşan kanaati güçlendirmiştir.

I. SONUÇ

Türk Telekomünikasyon A.Ş. hakkında 21.8.2003 tarih, 03-58/675-M sayılı Kurul kararı uyarınca yürütülen soruşturma ile ilgili olarak düzenlenen Rapora, toplanan delillere, sözlü savunma toplantısındaki açıklamalara ve incelenen dosya kapsamına göre 7.2.2005 tarihinde yapılan ilk oylama ve 4054 sayılı Kanun’un 51. maddesi uyarınca 10.2.2005 tarihinde yapılan ikinci oylama sonucunda;

- 1) Türk Telekomünikasyon A.Ş.’nin rakip internet servis sağlayıcılarını kablo TV altyapısından faydalandırmamak suretiyle 4054 sayılı Kanun’un 6. maddesini ihlal ettiğine OYÇOKLUĞU ile;
- 2280 2) Bu eyleminden dolayı Türk Telekomünikasyon A.Ş.’nin idari para cezası ile cezalandırılmasına gerek olmadığına OYÇOKLUĞU ile
- 3) Kablo TV şebekesi üzerinden internet hizmetini diğer İSS’lere açarak ihlale son vermesi gerektiğinin 4054 sayılı Kanun’un 9/1. maddesi uyarınca Türk Telekomünikasyon A.Ş.’ne bildirilmesine Kurul Üyesi M. Sıraç ASLAN’ın farklı gerekçesi ve OYÇOKLUĞU ile;

karar verilmiştir.

2290

2300

**Rekabet Kurulu'nun 10.2.2005 Gün ve 05-10/81-30 Sayılı Karar'ına
KARŞI OY GEREKÇESİ**

Bilindiği üzere 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16. maddesinin 2. fıkrasında "Bu Kanun'un 4'üncü ve 6'ncı maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiği Kurul Karar'ı ile sabit (olanlara).... ikiyüz milyon liradan aşağı olmamak üzere, ceza verilecek teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerinin bir önceki mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayrisafi gelirinin yüzde onuna kadar para cezası verilir" denilmektedir. Hükmün konumuz açısından en önemli noktası, ihlal yaptığı Kurul kararı ile sabit olanlara para cezası "verilebileceğinin" değil "verileceğinin" kanun koyucu tarafından net biçimde belirtilmiş olmasıdır. Başka bir ifadeyle, Kurul'un ihlalin varlığını belirledikten sonra ceza vermemek gibi bir seçeneği yoktur.

Bu değerlendirmenin ışığında, başlıkta anılan Karar'ın ilk maddesinde ihlalin varlığı kabul edilmişken 2. maddede ceza verilmesine gerek olmadığına karar verilmesinin, Kanun'un hükümlerine ve ruhuna aykırı olduğu değerlendirilmesi ile sözkonusu maddeyle karşı oy kullandık.

A. Ersan GÖKMEN
Kurul Üyesi

R. Müfit SONBAY
Kurul Üyesi

**Rekabet Kurulu'nun 10.2.2005 Gün ve 05-10/81-30 Sayılı Karar'ına
KARŞI OY GEREKÇESİ**

Bilindiği üzere 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16. maddesinin 2. fıkrasında "Bu Kanun'un 4'üncü ve 6'ncı maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiği Kurul Karar'ı ile sabit (olanlara)... ikiyüz milyon liradan aşağı olmamak üzere, ceza verilecek teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerinin bir önceki mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayrisafi gelirinin yüzde onuna kadar para cezası verilir" denilmektedir. Hükmün konumuz açısından en önemli noktası, ihlal yaptığı Kurul kararı ile sabit olanlara para cezası "verilebileceğinin" değil "verileceğinin" kanun koyucu tarafından net biçimde belirtilmiş olmasıdır. Başka bir ifadeyle, Kurul'un ihlalin varlığını belirledikten sonra ceza vermemek gibi bir seçeneği yoktur.

Bu değerlendirmenin ışığında, başlıkta anılan Karar'ın ilk maddesinde ihlalin varlığı oybirliği ile kabul edilmişken 2. maddede ceza verilmesine gerek olmadığına karar verilmesinin, 3. maddede de olayın Kanun'un 9/1. maddesi uyarınca görüş bildirme yolu ile geçiştirilmesinin Kanun'un hükümlerine ve ruhuna aykırı olduğu değerlendirilmesi ile sözkonusu maddelere karşı oy kullandım.

Murat GENCER
Kurul Üyesi

(Rekabet Kurulu'nun 10.02.2005 tarih ve 05-10/81-30 sayılı Kararı)

KARŞI OY GEREKÇESİ

Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde rekabete açık bir alan olan kablo-TV şebekesi üzerinden internete erişim hizmetini tekelleştirmek ve kablo-TV şebekesinin gelişmesi veya yaygınlaşabilmesi için büyük önem arz eden pazarlama faaliyetlerini tüketicinin aleyhine olarak kısıtlamak biçiminde ortaya çıkan kablo-TV şebekesi ve üzerinden verilen hizmetlere ilişkin uygulamalarının 4054 sayılı Kanun'u ihlal edip etmediğinin tespitine dair Rekabet Kurulu Kararı'nın 1. ve 3.maddelerine aşağıdaki gerekçelerle iştirak etmemekteyim.

1989 yılında pilot uygulama ile Ankara'da başlatılan kablo-TV hizmetlerinde 1991 yılında Türk Telekomünikasyon A.Ş. yatırım ve tesis işletmeciliğini üstlenerek tekel konumuna gelmiştir. Zaman içinde, ihale sonucu belirlenen 6 tane firma ile gelir paylaşımı sözleşmeleri imzalanmıştır. Halen 20 İl ve 24 merkezde 5 ortak firma ile hizmet vermekte olan Türk Telekomünikasyon A.Ş., Telekomünikasyon Kurumu'ndan yetkilendirme ruhsatı almış ve Telekomünikasyon Kurumu'nun denetimine tabi olarak her türlü telekomünikasyon hizmetini yürüten hakim durumdaki teşebbüs haline gelmiştir.

Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin 5 adet teşebbüs ile imzalamış olduğu gelir paylaşımı sözleşmeleri 2007 ve 2008 yıllarında sona erecektir. Halen 95 civarında olan internet servis sağlayıcısının hiç birisinin kablo-TV işletmeciliği konusunda Telekomünikasyon Kurumu'ndan aldığı yetkilendirme belgesi yoktur. Telekomünikasyon sektörünün yasal olarak 2004 yılında serbestleştirilmiş olmasına rağmen, kablo-TV hizmetlerinin diğer internet servis sağlayıcısı teşebbüslere açılması bugüne kadar gerçekleştirilememiştir. Bu hususun sağlanması önündeki engellerin başında, yatırım yapılmasına dayalı teknik problemler, hazırlanması gerekli regülasyon çalışmasının tamamlanması ve konuda iştirak edecek teşebbüslerin mevzuat çerçevesinde yetkilendirilmesi gereklilikleri vardır. Konuyla ilgili sektörel teknik düzenlemelerinin yapılması ve yetkilendirme yetkisi Telekomünikasyon Kurumu'na yasasıyla verilmiştir.

Gerekli hususlardan olan ilgili sektörel regülasyon çalışmaları, 18.03.2004 tarih ve 2004/18 sayılı Telekomünikasyon Kurulu Kararı'ndan da anlaşıldığı üzere, Kurul görev alanı içindeki kablo-TV şebekesi üzerinden diğer internet sağlayıcısı teşebbüslerin, mevcut alt yapıdan istifade ettirilerek

hizmet verebilmeleri konusunda teknik çalışmalar Telekomünikasyon Kurumu'nca sürdürülmektedir.

Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin elinde bulunan 2.560.000 hatlık kablo-TV alt yapısının %70'i koaksiyel kablolardan oluşmakta olup, bu hatların tamamından

internet hizmeti verilmesi teknik olarak mümkün görülmemektedir. Bu mevcut şebekenin ilave yatırım ihtiyacı vardır ve bu şebeke üzerinde giderilmesi gerekli teknik sorunlar bulunmaktadır. Telekomünikasyon Kurumu'na bir takvim çerçevesinde bildirilen çalışma programı üzerinde teknik değerlendirmeler Kurum'ca yapılmakta olup, Telekomünikasyon Kurumu'nca kabul edilmesinden sonra, yatırım ihtiyaçları ve teknik problemler Türk Telekomünikasyon A.Ş. tarafından giderilecektir. Bunun akabinde, Telekomünikasyon Kurumu'nca yönetmelik çıkarılması gündemdedir, bu teknik düzenlemeler Telekomünikasyon Kurumu'nca yapılmadan ve diğer internet servis sağlayıcılarının kablo-TV işletmeciliği konusunda Telekomünikasyon Kurumu'ndan yetki almadan internet hizmetini kablo-TV üzerinden verebilmeleri yasal olarak mümkün değildir. Diğer taraftan, Telekomünikasyon Kurumu'nun 29 Mart 2004 tarihli yazısından anlaşıldığı üzere, "Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin" kablo-TV şebekesi işletmecileri ve bu şebeke üzerinden internet erişimi vermek isteyen internet servis sağlayıcısı teşebbüsler için uygulanması hususunda Telekomünikasyon Kurumu'na herhangi bir müracaatın yapılmadığı anlaşılmaktadır.

Dolayısıyla, Teknik çalışmaları müteakip yönetmelik çıkarılmasının ardından Telekomünikasyon Kurumu'nun yetkilendirmeleri sonucunda internet servis sağlayıcılarının hizmet sunabilmesi mümkün olabileceğinden, Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin şimdilik, kablo-TV alt yapısının kullanılması konusunda bir esnekliğe sahip olmadığı, konunun tamamen Telekomünikasyon Kurumu'nun yetkisinde bir regülasyon alanı olduğu ortadadır.

Diğer taraftan, Kurul Kararı'mızın 3.maddesinde, yasanın 9/1 maddesi uyarınca Türk Telekomünikasyon A.Ş.'ne kablo-TV şebekesi üzerinden diğer internet servis sağlayıcılarına internet hizmetini açarak ihlale son vermesine dair yaptığı uyarı, yukarıda belirttiğimiz sebeplerden dolayı ancak, Telekomünikasyon Kurumu'nca yapılacak düzenlemeler neticesinde Türk Telekomünikasyon A.Ş.'ce yerine getirilebilecek işlemler olduğundan bugün itibariyle uygulama imkanı olmayan bir tasarruf niteliğindedir.

Rıfki ÜNAL
Kurul Üyesi

Rekabet Kurulu'nun 10.02.2005 tarih ve 05-10/81-30 sayılı Kararı'na

KARŞI OY GEREKÇESİ

Türk Telekomünikasyon A.Ş.(TTAŞ) hakkında yürütülen SR/04-12 sayılı soruşturma sonucu alınan 10.2.2005 tarih ve 05-10/81-30 sayılı "Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin rakip internet servis sağlayıcılarını kablo TV altyapısından faydalandırmamak suretiyle 4054 Sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiği" ancak, "idari para cezası ile cezalandırılmasına gerek olmadığına" yönündeki Kurul Kararı'nın 2. ve 3. maddelerine aşağıda belirttiğim nedenlerle katılmıyorum. Karar usul ve esas itibariyle Kanun'a aykırıdır.

A-) USUL YÖNÜYLE :

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 27/a maddesinde, bu Kanun'da yasaklanan faaliyetler ve hukuki işlemler hakkında, başvuru üzerine veya resen inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak, bu Kanun'da düzenlenen hükümlerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp bundan sorumlu olanlara idari para cezası uygulamak Kurul'un görevleri arasında sayılmıştır. Kanun'un Kurul'un inceleme ve araştırmalarında uygulanacak usulü düzenleyen "Dördüncü Kısım" nda yer alan 40 ıncı maddesinde, Kurul'un, resen veya kendisine intikal eden başvurular üzerine doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için önaraştırma yapılmasına karar vereceği kurala bağlanmıştır. **Kanun'un 51. maddesinin** ilk fıkrasında ise, Kurul'un, nihaî kararlarında Başkan ya da İkinci Başkan dahil en az 8 üyenin katılımı ile toplanacağı ve en az 6 üyenin aynı yönde oy kullanması ile karar vereceği; ikinci fıkrasında, **ilk toplantıda karar için gerekli nisabın sağlanamadığı durumlarda Başkanın ikinci toplantıya tüm üyelerin katılımını sağlayacağı**, ancak bunun mümkün olmaması halinde kararın, toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile alınacağı, bu durumda da toplantı nisabının birinci fıkrada belirtilenden az olamayacağı, ikinci toplantıda oylarda eşitlik olması halinde Başkanın bulunduğu tarafın oyunun üstün sayılacağı hususları düzenlenmektedir. Bu maddeye ilişkin gerekçede de: "Rekabet Kurulu nihaî kararları hukuki ve iktisadi sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. Kararların tarafları iktisadi hayatımızda önemli roller üstlenen teşebbüs veya teşebbüs birlikleri olacaktır. Bu itibarla, **mümkün olduğu kadar fazla üyenin, Kurul'un nihaî kararlarının alınmasında hazır bulunmasını sağlamak amacıyla** toplantı ve kararlarda ağırlaştırılmış nisaplar aranmıştır. Ancak, karar için gerekli çoğunluğun sağlanamaması nedeniyle Kurul'un karar alamaz duruma düşmesini önlemek amacıyla, ikinci fıkrada ağırlaştırılmış toplantı ve karar nisabı yumuşatılmıştır." denilmiştir.

Kanun'un Kurul'un çalışma esaslarını düzenleyen 28 inci maddesinin son fıkrasında Kurul üyelerinin kendileri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar sıhrî hısımlarıyla ilgili olaylarda müzakere ve oylamaya katılmayacakları belirtilerek, Kurul'a katılmaya engel durumlar tek tek sayılmıştır. Bu maddenin gerekçesinde de : "Maddenin son fıkrası ile, Kurul üyelerinin kendileri ve yakınları ile ilgili olaylarda müzakere ve oylamalarda iştirak edemeyeceği belirtilmiştir. Toplantı ve karar nisaplarının ağırlaştırılmış olması **üyelerin hepsinin toplantılara iştirakinin önemini arttırmaktadır.**" denilmektedir.

Bu bakımdan Rekabet Kurulu'nun 7.2.2005 tarihli, Türk Telekomünikasyon A.Ş. hakkında yürütülen soruşturma ile ilgili olarak yapılan nihai karar toplantısında Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin rakip internet servis sağlayıcılarını kablo TV altyapısından faydalandırmamak suretiyle 4054 S-sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiğine OYÇOKLUĞU ile, bu eyleminden dolayı Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin 4054 sayılı

Kanun'un 16. maddesinin 2. fıkrası uyarınca idari para cezası ile cezalandırılması gerektiği yönünde **dört Kurul Üyesinin oylarına karşılık**, idari para cezası verilmemesi gerektiği görüşü ile, toplantıya katılan **diğer dört Kurul Üyesinin** oyları sonucunda 4054 sayılı Kanun'un **51. maddesinde öngörülen karar yeter sayısının oluşmadığı** anlaşılarak, anılan maddenin ikinci fıkrasında öngörülen yöntem izlenmek üzere dosya konusunun Kurul gündeminde incelemede kalmasına karar verilmiştir. 7.2.2005 tarihinde yapılan bu toplantıya Rekabet Kurulu Başkanı Mustafa PARLAK görevli ve Kurul üyesi Zühtü AYTAÇ ise izinli olmaları nedeniyle katılmamışlardır.

Bunun ertesinde Kurul'un 10.2.2005 tarihli 2 nci toplantısında, 7.2.2005 tarihli toplantıya katılan üyeler ile toplantıya başlanmıştır. 7.2.2005 tarihli ilk toplantıda görevli ve izinli buldukları için katılamayan Kurul Başkanı **Mustafa PARLAK** ve Kurul Üyesi **Prof.Dr.Zühtü AYTAÇ** izinli, raporlu ve görevli olmamalarına ve kurumdaki odalarında bulunmalarına, Kurul Üyesi M.Sıraç Aslan'ın (benim) "**yanının 51. maddesi uyarınca toplantıya tüm Kurul Üyelerinin katılımının sağlanması ve bundan sonra oylama yapılmasının gerektiği**" yönündeki uyarılarıma, uyarının dikkate alınmaması üzerine bu konuda **verdiğim önerge (Ek-1)** sonrasında Mustafa Parlak ve Zühtü Aytaç kurul toplantısına davet edilmiş, **katılımları ile** müzakere ve oylama yapılmıştır.(Ek-2). Beş Sayın Üyenin kabul oyuna karşılık, diğer beş Sayın Üyenin karşı oylarıyla salt çoğunluk oluşmadığından önergenin reddine karar verilmiştir. **Önergemin oylamasında ve red edilmesi kararında bulduktan sonra Mustafa Parlak ve Zühtü Aytaç kurul toplantısından ayrılmışlar ve böylece Kurul'un tüm üyelerinin iştiraki sağlanmadan, 4054 sayılı Kanun'un 51/2.maddesinde amir hükme aykırı oylama yapılmak suretiyle Telekomun cezalandırılmaması yönünde karar alınmıştır.** Bu itibarla Kurul Kararı, bu yönüyle Kanun'a aykırıdır.

B) ESAS YÖNÜYLE:

1-) TTAŞ'nin, kablo TV şebekesi üzerinden internete erişim hizmetini tekelleştirmek ve kablo TV şebekesinin gelişmesi ve yaygınlaşabilmesi için önem arz eden pazarlama faaliyetlerini tüketicinin aleyhine olarak kısıtlamak biçiminde ortaya çıkan kablo TV şebekesi ve üzerinden verilen hizmetlere ilişkin uygulamalarının 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu ihlal edip etmediği tespiti için açılan soruşturmanın esasını, "TTAŞ uygulamaları sonucu; kablo TV şebekesi üzerinden verilebilecek internet erişim hizmetlerinin diğer İSS'ler tarafından pazarlanması olanağının ortadan kaldırılması ve bu olanağın sadece TTNNet'e tanımak suretiyle internet erişim hizmetlerinin tekelleştirilmesi" oluşturmaktadır.

Hem dar bant, hem de kablo ve DSL altyapıları üzerinden geniş bant hizmetleri sunan TTAŞ'nin, kablo TV şebekesini İSS'lerin erişimine açmama eyleminin, rakiplerin geniş bant hizmetler sunmasını engelleyerek geniş bant hizmetlerdeki tek el konumunun korunması ve geleceğe taşınması amacıyla gerçekleştiği görülmüştür.

İletişimin teknolojileri ve alışkanlıklarında yaşanan değişiklikler nedeniyle yerleşik telekomünikasyon işletmecisi TTAŞ'nin altyapısında birtakım değişikliklere gitme ve DSL hizmetlerine yatırım yapma zorunluluğu hasil olmuş ve İnternet kullanıcılarının geniş bant hizmetleri kablo altyapısı üzerinden de temin edebilecek olmaları, DSL altyapısı üzerinde yapılacak bu yatırımların geri dönüşümü üzerinde bir baskı oluşturmuş ve bu baskıya karşılık TTAŞ rakip İSS'lerin kablo TV şebekesine erişimini engelleme yolunu tercih etmiştir.

Geniş bant hizmetlere ilişkin izlediği stratejinin bir parçası olarak kablo altyapısından İSS'lerin faydalanma taleplerini reddeden TTAŞ'nin bu eyleminin geniş bant hizmetlerde rekabetin ortadan kaldırılması beklentisi dahilinde gerçekleştirilmiş bir davranış olduğu, İSS'lerin kablo altyapısından faydalandırılmamalarının, halihazırda geniş bant hizmetlerin

sunumunda sahip olunan tekel konumunun korunması ile geleceğe taşınması etkilerini doğurduğu tespit edilmiştir.

TTAŞ'nin bu eylemi neticesinde İSS'lerin geniş bant hizmetlerde bir rakip olarak güç kazanmalarının engellenmesinin amaçlandığı görülmüş, bu sayede rakip İSS'lerin geniş bant hizmetlerin sunumu alanında bilgi ve deneyimlerini artırmalarının, iş modelleri ve müşteri tabanı oluşturmalarının ve nihayetinde bu alanda güç kazanmalarının önüne geçilmiştir.

Rakiplerin altyapıdan faydalandırmaması nedeniyle TTAŞ için ciddi finansal kayıplar ile sonuçlanan bu davranışın haklı bir ticari gerekçeye dayanmadığı gibi, Telekomünikasyon Kurulu'nun 28.3.2002 tarihli kararı ışığında söz konusu davranışın ardında objektif teknik gerekçelerin de bulunmadığı tespit edilmiştir.

Halihazırda geniş bant hizmetlerde sahip olunan tekel konumunu rakip İSS'lerin kablo modem hizmeti vermelerine engel olmak suretiyle koruyan bu eylemin, geniş bant hizmetlerdeki mevcut tekel konumunun DSL altyapı yatırımlarının tamamlanması ile birlikte güçlendirilerek geleceğe taşınmasına hizmet eden bir araç olduğu görülmüş ve TTAŞ'nin "rakip İSS'leri kablo TV altyapısından faydalandırmamak suretiyle" 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesine aykırı davrandığı sabittir.

2-) Kurul, Karar'ın 2 nci maddesinde 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiğini tespit ettiği Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin para cezası ile cezalandırılmasına gerek olmadığı sonucuna varmıştır. **4'e karşı 4 oyla alınan bu kararda 4054 Sayılı Kanun'a muhalefeti saptanan Teşebbüsün, neden cezalandırılmasına gerek görülmediğinin nedeni, gerekçesi ve dayanakları ortaya konamamıştır.**

4054 sayılı Kanun'un temel amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır.

Kanun'un **27/a maddesinde**, bu Kanun'da yasaklanan faaliyetler ve hukuki işlemler hakkında, başvuru üzerine veya resen inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak, **bu Kanun'da düzenlenen hükümlerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp bundan sorumlu olanlara idari para cezası uygulamak Kurulun görevleri arasında** addedilmiştir.

Mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünün ve gelişmesinin temini ile Kanun'un uygulanmasını gözetmek ve Kanun'un kendisine verdiği görevi yerine getirmek üzere kamu tüzel kişiliğini haiz olarak kurulan Rekabet Kurumu'nun ve bu bağlamda karar organı olan Kurul'un, idari kolluğun bir türü olan ekonomik kolluk yetkisini kullanırken idari yaptırım niteliğindeki verdiği kararları için 4054 sayılı Kanun'da cezanın açıkça düzenlenmiş olması gerekmektedir. Bu bağlamda Kanun'un 16. maddesinde para cezaları düzenlenmiş olup, maddenin ilk fıkrasında usule ilişkin ihlaller nedeniyle uygulanacak para cezaları, ikinci fıkrasında ise esasa yönelik ihlaller nedeniyle uygulanacak para cezaları hükme bağlanmıştır.

Kurul'un, para cezasını verirken 16 ncı maddenin 4 üncü fıkrasında öngörülen kastın varlığı, kusurun ağırlığı, ceza uygulanan teşebbüs veya teşebbüslerin pazar içindeki görev ve muhtemel zararın ağırlığı gibi unsurları da dikkate almasını ve uygulayacağı ceza oranının takdirini etkileyeceği açık bulunmaktadır.

Kanun'un para cezalarına ilişkin 16. maddesinin, Kanunu ihlal edenlere uygulanacak para cezası ve bu para cezası belirlenirken takip edilecek ilkeleri belirleyen ilgili hükümleri

dikkate alındığında, bir teşebbüsün içinde bulunduğu ihlalin tespit edilmesi ardından, **Kurul'un yetki ve görevinin bu maddenin amir hükmü gereğince, kanunda öngörülen seviyenin altında olmamak kaydıyla uygulanacak para cezasının seviyesinin takdir edilmesi ile sınırlandırıldığı görülmektedir.**

Genel olarak yasa ile getirilen müeyyide ya da yaptırımların, özelde ise 4054 sayılı Kanun kapsamında öngörülen idari para cezalarının iki temel işlevinden bahsetmek mümkündür. Bu işlevler, kişilerin ya da teşebbüslerin müeyyidelere bağlanan fiilleri işlemekten caydırılmaları ve/veya bu fiilleri işleyenlerin, kanun ile belirlenen amaçtan sapılması nedeniyle oluşan toplumsal zararın tazmin edilmesi amacıyla sorumluluk altında tutulmalarıdır. **Yaptırıma bağlanmayan bir yasaklamanın, bu yasaklama ile ulaşılmak istenen hedefe ulaşılmasında herhangi bir katkı sağlamayacağı açıktır.**

Türk Telekomünikasyon A.Ş. hakkında Kanun'un 41. maddesi uyarınca açılan soruşturma kapsamında hazırlanan rapor ve toplanan delillere, sözlü savunma toplantısındaki açıklamalara ve incelenen dosya kapsamına göre alınan karar çerçevesinde bu teşebbüsün **KANUN'UN 6. MADDESİNİ İHLAL ETTİĞİ, KURUL'UN ALMIŞ OLDUĞU BU KARARIN BİRİNCİ MADDESİ İLE TESPİT EDİLMİŞ BULUNMAKTADIR. BU ÇERÇEVEDE KURUL KARARIYLA KANUNU İHLAL ETTİĞİ SABİT OLAN TÜRK TELEKOMÜNİKASYON A.Ş.'YE EYLEMLERİNDEN DOLAYI İDARİ PARA CEZASI VERİLMEMESİ, KANUN KOYUCUNUN KANUN İLE HEDEFLEMİŞ OLDUĞU AMAÇTAN SAPILDIĞI VE KANUN'UN PARA CEZALARINA İLİŞKİN VE YUKARIDA DEĞİNDİĞİM AMİR HÜKMÜNE KARŞI AÇIKÇA AYKIRI BİR YOL İZLENDİĞİ ANLAMINA GELMEKTEDİR.** Değindiğim bu hususlar nedeniyle 05-10/81-30 sayılı Rekabet Kurulu Kararının 2 nci maddesinde yer alan çoğunluk görüşüne katılmam mümkün olmamıştır.

3-) 05-10/81-30 sayılı Nihai Karar'ın 3. maddesi ile Kurul 4054 Sayılı Kanun'un 9/1 maddesi uyarınca, Türk Telekomünikasyon A.Ş.'ne internet hizmetini diğer İSS'lere açarak ihlale son vermesi gerektiğinin bildirilmesine karar vermiştir.

4054 Sayılı Kanun'un 9. maddesinde şu hükme yer verilmektedir: "Kurul ihbar şikayet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya resen bu Kanunun 4,6 ve 7 nci maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse ilgili teşebbüs ve teşebbüs birliklerine bu Kanunun dördüncü kısmında belirtilen hükümler çerçevesinde, **rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararı bildirir.**"

Çoğu zaman teşebbüsler için, Kurulca ihlalin tespit edilmesi ertesinde, birden fazla yöntem ya da yerine getirilecek davranış ile pazardaki rekabetin tesisi olanaklı olabilmektedir. Bu bakımdan Kanun'un 9/1 maddesi uyarınca yapılacak, ihlale ne şekilde son verileceğine ilişkin bildirim teşebbüse mümkün olduğu ölçüde geniş bir hareket alanı sağlaması, hem Kanun'un gözettiği amaçlar hem de ekonomik sistemimizin gerekleri bakımından en etkin yol olacaktır. **İhlale ne şekilde son verileceğine ilişkin yapılacak bildirimde dikkat edilmesi gerekli önemli bir hususu da hukuki belirliliğin sağlanması oluşturmaktadır.** Kurul rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için teşebbüslerin yerine getirmesi ve kaçınması gereken davranışların sınırlarını tereddüde mahal vermeyecek şekilde açık bir şekilde belirlemelidir. Hukuki belirlilik açısından dikkat edilmesi gerekli diğer bir husus yerine getirilmesi gerekli davranışların teşebbüslerin keyfiyetinden çıkartılıp bir takvime bağlanmasıdır.

Kurulun almış olduğu kararda her ne kadar Kanun'un 9/1 maddesi uyarınca ihlale nasıl son verileceği hükme bağlanmış olsa dahi, **teşebbüsün bu yükümlülüğü hangi süre zarfında yerine getireceği** kesin bir şekilde belirlenmemektedir. Ucu açık bir şekilde

05-10/ 81-30

belirlenen ve herhangi bir süreye bağlanmayan bu yükümlülüğün rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yeterli tedbirleri içerdiğini ve böylelikle etkin sonuçlara ulaşılmasını sağlayacağını söylemek mümkün değildir.

Bu bakımdan, 05-10/81-30 sayılı Rekabet Kurulu Kararı'nın rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi gereken davranışları belirleyen 3 üncü maddesinin eksik olduğu kanaatiyle Kararın bu maddesine de katılmıyorum.

Yukarıda açıkladığım nedenlerle Türk Telekomünikasyon A.Ş.(TTAŞ) hakkında yürütülen soruşturma sonucu alınan 10.02.2005 tarih ve 05-10/81-30 sayılı Kurul Karar'ının 2. ve 3. maddelerine katılmıyorum.

M.Sıraç ASLAN
Kurul Üyesi

EK: 2 adet belge