

T.C.
BAŐKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

TELEKOMÜNİKASYON ALANINDA REKABET HUKUKU
AÇISINDAN HÂKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

HAZIRLAYAN
DİLEK İMİRLİOĞLU

DANIŐMAN
YRD. DOÇ. DR. HAMDİ PINAR

ANKARA 2007

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	v
ABSTRACT.....	vii
KISALTMALAR	ix
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TELEKOMÜNİKASYON SEKTÖRÜ, YAPISI VE ÖZELLİKLERİ

I. TELEKOMÜNİKASYON SEKTÖRÜ.....	2
A. Doğal Tekel, Ölçek Ve Kapsam Ekonomileri.....	2
B. Şebeke Dışsalıkları.....	5
C. Bir Yöne Eğilim (Tipping) Ve Kilitlenme (Lock-In).....	7
II. SEKTÖRÜN YAPISI.....	8
A. Temel Telekomünikasyon Hizmetleri.....	8
1. Yerel Şebeke.....	8
2. Telefon Şebekesi.....	10
3. DSL ve ADSL Sistemi.....	12
B. Katma Değerli Telekomünikasyon Hizmetleri.....	13
C. Telekomünikasyon Cihazları.....	14
III. GSM ELEMANLARI ve GSM'İN ÇALIŞMASI.....	16
A. Genel Olarak.....	16
1. Mobil İstasyonlar.....	16
2. Baz İstasyonları Sistemi	16
3. Şebeke Anahtarlama Alt Sistemi.....	17
B. Mobil Pazarlara Girişler Ve Kısıtlamalar.....	18
C. Türkiye'de GSM İşletmeciliği.....	19
D. Mobil Pazarların Gelişimi ve UMTS.....	21
IV. ERİŞİM ve ARABAĞLANTI ANLAŞMALARI.....	21

A. Genel Olarak.....	21
B. Ara Bağlantı Fiyat Düzenlemesi.....	24
C. Ara Bağlantı Uzlaştırma Prosedürü.....	24
V. ROAMING (DOLAŞIM).....	25
VI. REGÜLASYON (DÜZENLEME).....	28
A. Genel Olarak.....	28
B. Regülasyon (Düzenleme) Gerekçeleri.....	29
C. Regülasyon ve Özelleştirme İlişkisi.....	31
VII. TÜRKİYE’DE TELEKOMÜNİKASYON SEKTÖRÜ.....	32
A. Sektördeki Tarihi Gelişim.....	32
B. Yapılan Hukuki Düzenlemeler.....	34
C. Telekomünikasyon Kurumu.....	37
D. Rekabet Kurumu ve Telekomünikasyon Kurumu Arasındaki İlişki.....	39
E. Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi.....	44

İKİNCİ BÖLÜM

REKABET HUKUKU VE HÂKİM DURUM KAVRAMI

I. REKABET KAVRAMI.....	46
II. REKABET HUKUKUNUN AMACI	47
III. REKABET HUKUKUNDA HÂKİM DURUM KAVRAMI.....	49
IV. REKABET HUKUKUNDA HÂKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI.....	52
V. KÖTÜYE KULLANMANIN SINIFLANDIRILMASI.....	54
A. Rekabet Karşıtı Kötüye Kullanmalar.....	55
B. İstismar Edici Kötüye Kullanmalar.....	55
VI. BİRLEŞME VE DEVRALMALARDA HÂKİM DURUM KAVRAMI.....	56

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HÂKİM DURUMU BELİRLEME ÖLÇÜTLERİ

I. HÂKİM DURUMUN BELİRLENMESİNDE İLGİLİ PİYASA/PAZAR KAVRAMI.....	61
A. İlgili Ürün Pazarı.....	64
1. Kavram	64
2. İkame Edilebilirlik.....	66
a) Kavram.....	66
b) Talep İkamesi.....	69
c) Arz İkamesi.....	70
B. İlgili Coğrafi Pazar.....	72
C. Zaman ve Dönem Açısından İlgili Piyasa.....	75
II. HÂKİM DURUMUN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN ÖLÇÜTLER.....	75
A. Pazar Payı.....	76
B. Giriş Engelleri.....	79
1. Genel Olarak.....	79
2. Reklâm Faaliyetlerinden Kaynaklanan Giriş Engelleri.....	81
3. Müşteri Eylemsizliğinden Kaynaklanan Giriş Engelleri.....	83
C. Dikey Bütünlük.....	84
D. Teknolojik Üstünlük	85
E. Kullanılmayan Kapasite.....	85
F. Üründe Çeşitlilik.....	86
G. Fikri ve Sınai Mülkiyet Haklarının Varlığı	86
III. HÂKİM DURUMUN BELİRLENMESİNDE POTANSİYEL REKABET.....	87
IV. BİRDEN FAZLA İŞLETMENİN HÂKİM DURUMDA OLMASI.....	88
V. REKABET HUKUKUNDA HÂKİM DURUMDA BULUNAN TEŞEBBÜSÜN SÖZLEŞME YAPMA ZORUNLULUĞU (ZORUNLU UNSUR).....	91

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
HÂKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI HALLERİ

I. KÖTÜYE KULLANMA HALLERİ.....	99
A. Fiyat Politikalarıyla Kötüye Kullanılması.....	99
1. Aşırı Fiyatlandırma.....	99
2. Saldırgan/Yıkıcı Fiyatlandırma	103
3. Çapraz Sübvansiyon.....	108
4.Fiyat Sıkıştırması.....	111
5. Ayrımcılık Yaratmak	112
a) Doğrudan Fiyat Ayrımcılığı	114
aa) Birinci Derece Fiyat Ayrımcılı.....	115
bb) İkinci Derece Fiyat Ayrımcılığı.....	115
cc) Üçüncü Derece Fiyat Ayrımcılığı.....	115
b) Dolaylı Fiyat Ayrımcılığı.....	116
aa)Hedef İndirimi.....	118
bb) Sadakat İndirimleri.....	119
B. Fiyatlandırmayla İlgili Olmayan Kötüye Kullanım Halleri.....	120
1. Mal Tedarikinin Reddi.....	120
2. Bir Ürünün Tedarikinin Diğeri İle İrtibatlandırılması.....	123
SONUÇ.....	127
KAYNAKÇA.....	134

KISALTMALAR

AB	:	Avrupa Birliği
ABD	:	Amerika Birleşik Devletleri
ADSL	:	Asymmetric DSL (Asimetrik Sayısal Abone Hattı)
Aria	:	İş-TİM Telekomünikasyon Hizmetleri Anonim Şirketi
AT	:	Avrupa Topluluğu
ATA	:	Avrupa Topluluğu Anlaşması
ATM	:	Avrupa Toplulukları Mahkemesi
A.Ş.	:	Anonim Şirketi
Aycell	:	Aycell Haberleşme ve Pazarlama Hizmetleri Anonim Şirketi
bkz.	:	Bakınız
BSS	:	Base Station Server (Baz İstasyonları Sistemi)
C.	:	Cilt
CAMEL	:	Customized Applications for Mobile Network Enhanced Logic
D.	:	Dosya Sayısı
dn.	:	dipnot
DSL	:	Digital Subscriber Line (Sayısal Abone Hattı)
DPT	:	Devlet Planlama Teşkilatı
DT	:	Deutsche Telecom
E.	:	Esas Sayısı
Erişim Tebliği	:	Rekabet Kurallarının Telekomünikasyon Sektöründeki Erişim Anlaşmalarına Uygulanmasına İlişkin Komisyon Tebliğ
GATS	:	General Agreement on Trade in Services (Hizmetlerin Ticareti Hakkında Dünya Ticaret Örgütü Genel Anlaşması)
GSM	:	Group Speciale Mobile (Özel Mobil Grubu)
HLR	:	Home Location Register (Kalıcı Abone Kütüğu)

HUMK	:	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
IP	:	Internet Protokolü
ISDN	:	Intergrated Services Digital Network (Tümleşik Hizmetler Sayısal Ağı)
ISDN-PA	:	Primary Access (Birincil erişim)
ISS	:	Internet Servis Sağlayıcı
ITU	:	Uluslararası Telekomünikasyon Birliği (International Telecommunications Union)
İDM	:	İlk Derece Mahkemesi
İKV	:	İktisadi Kalkınma Vakfı
İYUK	:	İdari Yargı Usulleri Kanunu
K.	:	Karar Sayısı
KHK	:	Kanun Hükmünde Kararname
Km	:	Kilometre
KOBİ	:	Küçük, Orta ve Büyük İşletmeler
L.	:	Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi L Serisi
LRIC	:	Long Run Incremental Cost (Uzun Dönem Artan Maliyet)
Ltd. Şti.	:	Limited Şirketi
m.	:	Madde
MK	:	Medeni Kanun
MSC	:	Message Switching Center (Mesaj Anahtarlama Merkezi)
MVNO	:	Mobil Virtual Network Operator (Sanal Mobil Şebeke Operatörlüğü)
NMT	:	Nordic Mobile Telecommunications
NSS	:	Network Switching System (Şebeke Anahtarlama Alt Sistemi)

OECD	:	Organization of the Economic Cooperation And Development (Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı)
OFT	:	Office of Fair Trading
OJ	:	Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi
OKK	:	Ortaklık Konsey Kararı
par.	:	Paragraf
PSDN	:	Public Switched Data Network
PSTN	:	Public Switched Telecommunications Network (Anahtarlamalı Kamu Haberleşme Şebekesi)
PTT	:	Posta ve Telgraf ve Telefon İdaresi
RG.	:	Resmi Gazete
RK	:	Rekabet Kurulu
RKHK	:	Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
S.	:	Sayı
s.	:	Sayfa
SMS	:	Short Message Service (Kısa Mesaj Servisi)
SR.	:	Soruşturma
SSNIP	:	Small But Significant Non-Transitory Increase In Price
T.	:	Karar Tarihi
TBBD	:	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK	:	Türk Ceza Kanunu
Telsim	:	Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri Anonim Şirketi
TELKODER	:	Serbest Telekomünikasyon İşletmecileri Derneği
TK	:	Telekomünikasyon Kurumu
TMSF	:	Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu
TTAŞ	:	Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi
TTK	:	Türk Ticaret Kanunu

Turkcell	:	Turkcell Mobil İletişim Hizmetleri Anonim Şirketi
TURNET	:	Türkiye Ulusal İnternet Altyapı Ağı
TÜSİAD	:	Türk Sanayici ve İşadamları Derneği
Tv	:	Televizyon
UMTH	:	Uzak Mesafeli Telefon Hizmetleri
UMTS	:	Universal Mobile Telecommunications Service (Evrensel Mobil Telekomünikasyon Sistemi)
vb.	:	Ve benzeri
vd.	:	Ve devamı
VLR	:	Visitor Location Register (Geçici Abone Kütüğü)
VoD	:	Video on Demand (İsteğe Bağlı Video)
VoIP	:	Voice Over Internet Protokol (İnternet Protokolü Üzerinden Ses İletimi)
WLL	:	Wireless Local Loop (Sabit Kablosuz Yerel Şebeke)

GİRİŞ

Serbest piyasa ekonomilerinde amaç, teşebbüslerin mal ve hizmet arzlarını, fiyatlarını ve diğer piyasa koşullarını istedikleri şekilde belirleyebilmelerini sağlamaktır. Ancak böyle piyasalarda teşebbüslerin büyüyerek güç sahibi olmaları ve bu gücü kötüye kullanmaları mümkün olmaktadır. Bu gücü kötüye kullanan teşebbüsün, tüketicileri istismar etmesi, rakiplerini piyasadan silmesi, piyasaya sokmaması ihtimali mevcuttur. Bu tür davranışların önüne geçebilmek için, bu serbestliğin önüne bir sınır çekme ihtiyacı doğmuştur. Rekabetin hukuki düzenlemelere konu olmasının nedeni, bu durumların engellenmesini sağlamaktır. Bu nedenle kanun koyucular bu doğrultuda düzenlemeler yapmaya başlamışlardır.

Gelişmekte olan bir ülke olarak Türkiye’de, rekabetçi bir telekomünikasyon sektörü ekonomik gelişme için büyük önem arz etmektedir. Telekomünikasyon sektörünün en önemli özelliği, bütün sektörler için altyapı oluşturmasıdır. Hızla ilerleyen teknoloji, telekomünikasyon sektöründe yaşanan gelişmeler sayesinde her gün topluma yenilikler sunmaktadır.

Türkiye’nin dünya pazarlarında rekabet gücünü sağlamlaştırabilmesi için, teknolojiyi takip eden bir telekomünikasyon sektörüne ve sağlam bir hukuki altyapıya sahip olması gerekmektedir.

Bu çalışmada telekomünikasyon alanında rekabet hukuku açısından hâkim durum hâkim durumun kötüye kullanılması konusu incelenecektir. Bu tez, dört bölümden oluşmaktadır.

Hukuki uyuşmazlıklarda soruna isabetli bir çözüm bulunabilmesi için, öncelikli olarak uyuşmazlığın söz konusu olduğu telekomünikasyon gibi teknik bir alanda sektörün yapısının ve özelliklerinin ortaya konulması gerekmektedir. Bu nedenle birinci bölümde bu konular üzerinde durulmuş ayrıca, telekomünikasyon sektöründeki düzenlemelerde önemli görevleri olan RK ve TK arasındaki ilişkiye değinilmiştir. İkinci bölümde ise, telekomünikasyon alanında rekabet hukuku açısından doğru değerlendirme yapılabilmesi için gerekli olan rekabet, hâkim durum ve hâkim durumun kötüye kullanılması kavramları anlatılmıştır.

Üçüncü bölümde, hâkim durumun belirlenmesinde hangi kriterlerin rol oynadığı, ilgili kararlarla ilişkilendirilerek aktarılmaya çalışılmıştır.

Dördüncü ve son bölümde, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da belirtilen ancak tahdidi olmayan kötüye kullanma halleri, yine telekomünikasyon alanındaki ilgili kararlar ışığında açıklanmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TELEKOMÜNİKASYON SEKTÖRÜ YAPISI VE ÖZELLİKLERİ

I. TELEKOMÜNİKASYON SEKTÖRÜ

İçinde bulunduğumuz bilgi çağında, ekonomik gelişmeye olan katkıları nedeniyle önem verilen telekomünikasyon¹ sektörü, ortaya çıktığı 20. yüzyılın başından itibaren tekeli bir yapılanma içerisinde işlemiştir. Doğal tekel teorisinin bu sektörün tüm kısımlarında geçerli olmadığı yönündeki görüşlerin ağırlık kazanması ve rekabetçi bir telekomünikasyon sektörünün tüketicilere daha yüksek kalitede, daha çok çeşitte ve daha ucuz fiyata hizmet sunabileceği gerçeğinin belirginleşmesi, tüm dünya genelinde bu sektörün rekabete açılması sürecini de beraberinde getirmiştir².

Rekabetçi yapıya sahip olmayan piyasalarda ekonomik etkinliğin sağlanması ve toplum refahının artırılması mümkün değildir. Böyle durumlarda devlet, piyasanın başarısız olmasına sebep olan durumları tespit edip, piyasalara yönelik müdahalelerde bulunabilir. Bu şekilde kaynakların kullanımında ve tahsisinde etkinliğin sağlanması söz konusu olacaktır. Temelde bu amaçla hareket eden devlet, rekabet politikaları ve ekonomik regülasyon gibi araçlar kullanarak rekabetten sapmaların ve piyasaların verimsiz işleminin önüne geçmeyi hedeflemektedir³.

Telekomünikasyon sektöründe, ölçek ve kapsam ekonomileri, şebeke dışsallıkları ve ana operatörün pazar gücünden kaynaklanan piyasa aksaklıkları görülmektedir⁴.

¹ Türkiye’de sektörle ilgili temel düzenlemeleri içeren 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu’nda telekomünikasyon; “her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülebilir her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektro manyetik, elektro kimyasal, elektro mekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınması” olarak tanımlanmıştır. Kanunda yer alan telekomünikasyon altyapısı ve telekomünikasyon hizmeti tanımları ise şu şekildedir:

Telekomünikasyon altyapısı: Telekomünikasyonun, üzerinden veya aracılığı ile gerçekleştirilmesini sağlayan anahtarlama ekipmanları, donanım ve yazılımlar, terminaller ve hatlar da dahil olmak üzere her türlü şebeke birimleri,

Telekomünikasyon hizmeti: Telekomünikasyon tanımına giren faaliyetlerin bir kısmının veya tümünün hizmet olarak sunulması.

² Arıöz, A. : Telekomünikasyon Sektöründe Serbestleşme Süreci, Ankara 2005, s. 1

³ Topkaya, F. : Telekomünikasyon Sektöründe Erişim Sorunları, Ankara 2003, s. 2.

⁴ Topkaya, s. 2.

A. Doğal Tekel, Ölçek Ve Kapsam Ekonomileri

Doğal tekel, bir hizmetin tek bir teşebbüs tarafından en düşük maliyetle sağlandığı durumlarda söz konusu olmaktadır. Yerel şebekenin kurulum maliyeti dikkate alındığında, bu şebekenin birden fazla teşebbüs tarafından rekabet içerisinde kurulmasının maliyeti çok yüksek olduğundan, tek bir teşebbüsün bütün bir bölgeye şebeke kurması tercih edilmektedir. Son kullanıcı bu şebekeye bağlı olduğu sürece, bu şebeke üzerinden sunulacak hizmetler bakımından, şebeke sahibinin erişim tekeli altında bulunacaktır⁵.

Genel olarak başlangıç yatırımı büyük miktarlar gerektiren, dolayısıyla sabit maliyetleri yüksek olan şebeke endüstrilerinin doğal tekel özelliği gösterdiği kabul edilmektedir. Elektrik, doğalgaz, su ve telekomünikasyon şebekeleri doğal tekel özellikleri gösteren şebekelere örnek olarak verilebilir⁶.

Doğal tekel kuramına göre, telekomünikasyon endüstrisinde mevcut olan ölçek ekonomileri⁷ dolayısıyla yeni bir abone kazanılması durumunda, bu abonenin birim maliyeti azalmaktadır. Bu özellik, endüstrinin yapılanmasında dikkate alınan en önemli özelliklerden birisi olmuştur⁸.

Doğal tekel endüstrilerini diğer endüstrilerden ayıran özellikleri; doğal tekellerin hemen hemen tamamının hizmet sunması ve hizmetlerin bir mal gibi stoklanmasının mümkün olmamasıdır. Böylece, tüketici talebi yüksek olduğunda talebi karşılamak üzere kapasite fazlasına ihtiyaç duyulmaktadır. Ayrıca hizmetler tüketiciye tek bir hat ile sağlanmaktadır. Bunun yanı sıra bu endüstrilerde birden fazla işletmenin hizmetleri

⁵ Armstrong, M./ S. Cowan/ J. Vickers: Regulatory Reform: Economic Analysis And British Experience, The Mit Press Cambridge 1998 (İçöz, s. 24, dn. 11'den naklen).

⁶ Ariöz, s. 8.

⁷ Ölçek ekonomisi, bir firma ya da sanayi dalının iç yapısında meydana gelen değişikliklerin o firma ya da sanayi dalına sağlamış olduğu yararlarıdır. Belli bir üretim hacmine ulaşan firma, üretimine daha az girdi kullanarak daha fazla çıktı ile devam edebiliyorsa bu firma içsel ekonomilerden yararlanmaktadır. Büyük ölçekli üretim ekonomileri çeşitli şekilde ortaya çıkar. Örneğin geniş bir piyasa, ileri teknolojik yöntemlerle maliyetlerin düşürülmesine olanak sağlar. Kitleli üretim dolayısıyla çeşitli pazarlama fonksiyonları daha büyük hacimde yapılabilir. Ayrıca daha az stok bulundurma ihtiyacı doğar. Bütün bunlar maliyetlerde tasarrufa yol açar. Geniş bir piyasa, bunlardan başka üretim, planlama, yönetim, araştırma ve geliştirme gibi faaliyetlerde de yüksek derecede kalifiye elemanlar çalıştırılmasına olanak verir; (<http://www.econturk.org/dtp13.htm>, son yararlanma:26.05.2007).

⁸ Ariöz, s. 9.

sağlaması kaynak israfına ve maliyet artışına neden olacağından bu hizmetler tek bir firma tarafından sağlanmaktadır⁹.

Ancak telekomünikasyon sektörünü diğer doğal tekel niteliği gösteren sektörlerden ayıran en önemli özellik, sektörde faaliyet gösteren veya gösterebilecek olan aktörlerin çok sayıda olması sonucu, temel telekomünikasyon hizmetlerini sağlayan sabit ve mobil telefon operatörlerinin dışında; elektrik, demiryolu, kablo-tv, su, gaz, gibi şebekelerin operatörlerinin de kendi şebekeleri boyunca çekecekleri hatlar vasıtasıyla telekomünikasyon hizmetlerini sağlayabilme olanaklarına sahip olmalarıdır. Bu da, sektörün doğal tekel niteliği gösteren bölümlerinin de rekabete açılabilmesi anlamına gelmektedir¹⁰.

Telekomünikasyon firmaları, ölçek ekonomilerinden elde ettiği maliyet avantajına ek olarak; birden fazla mal veya hizmeti ayrı ayrı üretmelerindense, birlikte üretmeleri sonucu da tasarruf sağlayabilmektedirler. Kapsam ekonomileri¹¹ olarak bilinen bu avantaj, örneğin bir telefon şirketinin hem yerel hem de UMTH'yi birlikte vermesi sonucu ortaya çıkabilecektir¹².

B. Şebeke Dışsallıkları

Dışsallık, Türkkan'a göre, "ödenmeyen ve ödettirilmeyen, yani fiyat sistemine yansımaya fayda ve maliyetler" olarak tanımlanabilir¹³. Türkay ise dışsallığı, "bir üretici veya tüketicinin başkalarının üretim veya tüketim kararlarından fayda veya zarar göreceği şekilde etkilenmesi ve faydalanmışsa bunun bedelini ödememesi, zarar görmüşse zararının tazmin edilmemesi durumu" olarak tanımlamıştır¹⁴. Ya da diğer bir tanımla, şebeke dışsallığı, bir müşterinin şebekeye bağlanarak yararlandığı sosyal faydanın o bireyin şebekeye bağlanarak elde ettiği özel faydadan büyük olmasıdır¹⁵.

⁹ Çakal, R. : Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülasyon, Devlet Planlama Teşkilatı 1996, s.18.

¹⁰ İçöz, Ö. : Telekomünikasyon Sektöründe Regülasyon ve Rekabet, Ankara 2003, s. 25.

¹¹ Kapsam ekonomisi, birden fazla hizmet veya ürünün ortak sunulması yoluyla üretim maliyetlerinin düştüğü bir yapıdır. TTAŞ'ın çağrı taşıma hizmeti dışında bir çok hizmeti de verdiği düşünüldüğünde, TTAŞ'ın kapsam ekonomisinden de yararlandığı sonucuna ulaşılmaktadır; (http://www.tk.gov.tr/srth/2005_T_4_8_1.pdf, son yararlanma: 28.05.2007).

¹² Topkaya, s. 7.

¹³ Türkkan, E. : Rekabet Teorisi ve Endüstri İktisadı, Ankara 2001, s. 281.

¹⁴ Türkay, O. : Mikro İktisat Teorisi, Ankara 1993, s. 320.

¹⁵ Boylaud, O. / Nicoletti, G. : Regulation, Market Structure and Performance in Telecommunications, OECD Economics Department Working Papers, Paris 2000, s. 136; (<http://www.oecd.org/dataoecd/24/33/2736298.pdf>, son yararlanma: 12.03.2007).

Pozitif ve negatif dışsallık olarak iki tür dışsallık söz konusudur. Pozitif dışsallık, bir bireyin üretim ve/veya tüketime ilişkin bir faaliyetinin, bir başka bireyin fayda fonksiyonunu olumlu yönde etkilemesi durumunda söz konusudur. Fayda fonksiyonunun olumsuz yönde etkilenmesi durumuna ise “negatif dışsallık” denir¹⁶.

Telekomünikasyon sektöründe, bir abonenin telekomünikasyon hizmetlerinden elde ettiği fayda, diğer abonelerin sisteme katılmasıyla birlikte artış göstereceğinden pozitif dışsallık söz konusu olacaktır¹⁷. Buradan yola çıkarak telekomünikasyon alt yapısı üzerinden verilen hizmetlerin değerinin, o hizmeti alan, birbirine bağlı abone sayısı ile doğru orantılı olduğunu söylemek mümkündür¹⁸.

Telefon şebekelerinde, tüketicilerin şebeke aracılığıyla ulaşabileceği kişilerin sayısı arttıkça ürüne attıkları değer de yükselmektedir. Buna benzer şebekelerin diğer örneklerinden bazılarını, faks makineleri, e-posta şebekeleri, modemler ve diğer iletişim sistemleri oluşturmaktadır. Sanal ya da sistem şebekelerinde ise, bir ürünü kullanan tüketici sayısı arttıkça o ürünü tamamlayan veya o ürünle uyumlu olan diğer ürünlerin sayısının artması yoluyla dolaylı olarak gerçekleşen şebeke dışsallıkları ortaya çıkmaktadır. Bu şebekelerde ürünün değerini belirleyen kritik etken, ürün ile uyumlu olan bileşenlerin ya da bu ürünün tamamlayıcılarının oluşturduğu ürün yelpazesi ve bunların değeridir¹⁹.

Rekabet ortamının sağlanması açısından, küçük şebeke operatörlerinin abone elde edebilmeleri için şebekelerin birbiriyle bağlantısının sağlanmasının önemi bu noktada ortaya çıkmaktadır. Piyasada yerleşik büyük şebekeler karşısında küçük bir şebenin, diğer şebeke ile bağlantısı olmadan abone kazanması mümkün olmayacaktır²⁰.

Muhtemelen ilk olma avantajını yakalamış olan tek bir firmanın, uyumluluk ve karşılıklı işlerliğin yarattığı değer nedeniyle, bazı mal ve hizmetlerin tek sağlayıcısı olma tehlikesi doğabilecektir²¹. Özellikle ikinci bir şebeke tesis etmenin maliyetinin yüksek olduğu pazarda, yerel sabit şebekeye sahip operatörler yeni faaliyete başlayan operatörlerin

¹⁶ Topkaya, s. 8.

¹⁷ Hizmet kalitesinin ön planda tutulduğu günümüz telekomünikasyon sektöründe, düşük ihtimalle de olsa negatif dışsallıklardan da bahsedilebilir. Örneğin, şebekeye yeterli yatırımın yapılmadığı durumlarda, sisteme dahil olan aboneler mevcut şebeke üzerinde yoğunlaşmaya sebep olacak, bu da düşük kalitede bağlantılara, düşük hızlarda veri iletimine sebep olacaktır; bkz. Topkaya s. 8.

¹⁸ Topkaya, s. 8.

¹⁹ Yenişen, D. : Şebeke Dışsallıkları ve Rekabet, Ankara 2003, s. 10.

²⁰ İçöz, s. 25.

²¹ Yenişen, s. 10.

kendi şebekelerine irtibatlandırılmasının önüne teknik ve finansal engeller çıkararak, hizmet sunabilecekleri alanın kapsamının dar kalmasına ve yeni operatörlerin yeteri kadar müşteri kazanamamalarına sebep olarak kendileriyle etkin bir şekilde rekabet etmelerini engelleyebilmektedirler²².

Nitekim RK bir kararına konu olayda, Turkcell'in ilk olmasının verdiği avantaj ile 2001 yılında liderlik konumuna ulaşmış olduğunu ve ardından artan abone sayısı ile bunu devam ettirdiğini tespit etmiştir. Bunun nedeni, tüketicilerin piyasada yaygın olan şebekeyi tercih etmeleri, şebeke içi tarife indirimlerinden faydalanmak istemeleri, aynı şebeke içinde iletişimin teknik olarak daha sorunsuz olacağına inanmaları ve rakibine kıyasla çok daha fazla sayıda aboneye sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Bu sayede şebekenin gelecekteki büyüklüğü hakkında tüketiciler olumlu beklentiler içine girmiş ve böylece şebekenin o zamandaki konumu büyük ölçüde sonraki konumunun da belirleyicisi olmuştur. Zira tüketiciler büyük bir şebekenin parçası olmayı daha güvenli bulmaktadır. Ayrıca, altyapıya ilişkin teknik gelişmelerden daha fazla yararlanabileceklerini düşünmektedirler. Bunun sonucu olarak, yeni giriş yapan bir operatörün de, pazarda köklü bir değişim yaratacak bir yenilikle pazara girmesi olasılığı dışında, söz konusu dışsallıkları yaratma kabiliyeti olmayacağından; pazarda yerleşik şebeke olan Turkcell karşısında yeterli derecede rekabet gücü olmayacağı belirtilmiştir. Çünkü, Turkcell, geniş bir abone kitlesince kullanılmış olmasından dolayı yarattığı dışsallıklar nedeniyle, abone sayısını korumuş ve arttırmıştır. Bu durum karşısında ise rakibi Telsim pazar payını koruyabilmekte güçlük çekmiştir. Dolayısıyla Turkcell abonelerinin ürün bağımlılığı, bağlayıcı etkiler doğurmuş ve Turkcell'i seçen bir tüketici, iletişim halinde olduğu başka tüketicilerin de aynı tercihi yapmalarına neden olmuştur²³.

Bu dışsallıklar, yeni, daha iyi ve daha ucuz teknolojilerin pazara girişi karşısında dahi sarsılmayan kalıcı pazar hâkimiyetlerinin doğmasına yol açabilmektedir. Yeni bir şebeke, yerleşik bir şebekenin karşısına rakip olarak çıktığında, geniş bir kurulu tabanın yarattığı avantajlar ve bu kullanıcı tabanı ile sağlayıcıların yeni bir teknolojiye geçmeleri karşısındaki caydırıcı ekonomik etkenler, bu pazarlarda etkin rekabetin sağlanmasını engelleyebilmektedir. Ayrıca, eski şebeke sağlayıcıları çoğunlukla, kurulu tabanlarını koruyabilmek ve genişletebilmek için yenilik, fiyat rekabeti ve promosyon aktiviteleri yoluyla kıyasıya bir

²² Ariöz, s. 9.

²³ RK Kararı, D. SR. -01/1, K. 01-35/347-95, T. 20.7.2001.

rekabet yarışına girmektedirler. Yerleşik şebekeler rekabet tehlikesine karşı öyle keskin tepkiler verirler ki, adeta kendileri de yeni bir şebekeye dönüşürler²⁴.

C. Bir Yöne Eğilim (Tipping) ve Kilitlenme (Lock-In)

Uyumsuz ürünler arasındaki rekabet (standartlar arası rekabet) *pazar için rekabet* olarak algılanmaktadır. Uyumsuzluk koşulu altında her bir ürün uygulamada kendi şebekesini yaratmaktadır²⁵. Bu durumda tüketicilerin hangi ürünün öne çıkacağına dair beklentileri, pazarın tek bir yöne eğilimine neden olmaktadır. Dolayısıyla tüketici beklentileri ile oluşan bu eğilim sonucunda, tek bir firma, piyasada hâkim duruma gelebilmektedir. Bu yolla şebeke etkileri pazarlarda tek el konumunun yaratılmasına neden olabilmektedir. İki iletişim şebekesi arasında, eğer aboneler öteki şebekenin aboneleri ile iletişim kuramıyorsa, uyumsuz olarak nitelendirilebilmektedir²⁶.

Şebeke dışsallıklarının etkin olduğu piyasalarda, herkesin aynı sistemi kullanmasına yönelik doğal bir eğilim kendini göstermektedir²⁷. Eğer tüketiciler tek bir standart altında toplanma eğilimi gösterirlerse, hâkim durumda olan işletme, rakiplerinin kendi standardı ile uyumluluk sağlamasını engellemeye yönelik davranışlarda bulunabilir. Bu davranışlar, standarda erişimin reddedilmesini içeren dışlayıcı uygulamaları da kapsayabilir²⁸.

Hâkim durumun korunması, ürünlerdeki bir iyileşme veya ucuzlamanın sonucu gerçekleşmemişse, şebeke dışsallıklarından sağlanan kısa dönemli faydalar, uzun dönemde daha yeni ve ucuz teknolojilerden elde edilecek faydaların önünün kesilmesine neden olabilir. Bunların sonucunda pazarın bir yöne eğilimi ve kullanıcıların bir teknolojiye kilitlenmesi kaçınılmaz olabilmektedir²⁹.

²⁴ Balto, D. A.: Standart Setting in a Network Economy, Cutting Edge Antitrust Law Seminars International, New York 2000 (Yenişen, s. 24'den naklen).

²⁵ Shermata, A. W.: New Issues in Competition Policy Raised by Information Technology Industries, The Antitrust Bulletin, Vol: XLIII, No:3-4, s. 547-582 (Yenişen s. 25'den naklen).

²⁶ Yenişen, s. 25.

²⁷ Yenişen, s. 26.

²⁸ Balto, D / Pitofsky R.: Antitrust and High -Tech Industries: The New Challenge, The Antitrust Bulletin, Vol: XLIII, no: 3-4, s. 583-608 (Yenişen, s. 40'dan naklen).

²⁹ Yenişen, s. 24.

II. SEKTÖRÜN YAPISI

Günümüzde telekomünikasyon sektörü; temel hizmetler, katma değerli hizmetler ve telekomünikasyon cihazları olarak sınıflandırılmaktadır.

A. Temel Telekomünikasyon Hizmetleri³⁰

Temel hizmetler, bir iletim hattı üzerinden sadece taşıma kapasitesi sağlayan hizmetlerdir. Telefon, telgraf gibi hizmetler bu kapsamdadır. Bu anlamıyla temel hizmetlerin sunulduğu şebekeler, telekomünikasyon sistemlerinin kendisidir.

Telekomünikasyon sektörü açısından şebeke, bir veya daha fazla nokta arasında iletişim sağlamak amacıyla bu noktalar arası bağlantıları oluşturan her türlü iletim ağını ifade etmektedir.

1. Yerel Şebeke

Yerel şebekeler (local loop) temel telekomünikasyon hizmetlerinin en temel birimini oluşturmaktadır. Şebeke niteliği nedeniyle bu kısım halen doğal tekel olarak kabul edildiğinden,

sektörün “darboğazı” olarak tanımlanabilmektedir³¹.

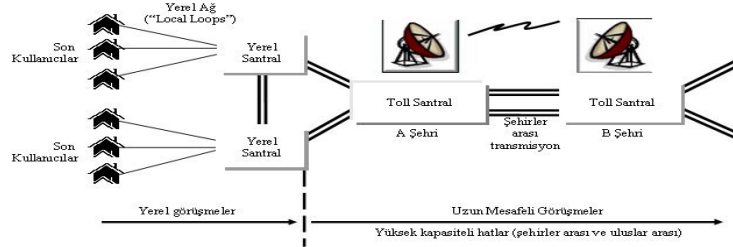
Yerel kullanıcılara sunulacak dar ve geniş bant hizmetlerde kullanılacak erişim teknolojilerine (haberleşme kanallarına) yerel erişim altyapısı veya şebekesi denir. Kullanıcılarının yerleşim olarak dağınık ve sayılarının çok fazla olması nedeniyle, altyapının fiziksel şebeke biçimini alması en belirgin özelliğidir. Bu yapı nedeniyle dar ve geniş bant³² hizmetlerden oluşan telekomünikasyon trafiğinin, kullanılan teknolojiye bağlı

³⁰ İçöz, s. 21.

³¹ İçöz, s. 21.

³² 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. 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. Dar bant hizmetlerde kullanıcıların erişim “talep ettikleri anda” bir internet bağlantısı gerçekleştirmelerine karşılık (on demand access), geniş bant hizmetlerde kullanıcılar sürekli bir bağlantı (always on) ile internete erişebilmektedir. Bu husus ile ilişkili olan bir diğer farkla kullanıcılar, dar bant internet erişiminde bu hizmetlerden yalnızca birini kullanabilirken, geniş bant internet erişiminde kullanıcı aynı anda hem ses iletimi

olarak sınırları belirlenen bölgelerde bir araya getirilerek, diğer bölgelere toplu halde taşınması en uygun çözüm olarak ortaya çıkmıştır³³.



Şekil-1: Yerel Telekomünikasyon Şebekesi³⁴

Yerel şebekelerin erişime açılması (Unbundling of Local Loop), abone ile santral arasında uzanan bir çift bakır kablonun, diğer operatörlerin erişimine açılması ve böylece abonelerin ana operatörden başka bir operatörden hizmet alabilmesi anlamına gelmektedir³⁵.

Telekomünikasyon şebekeleri için yerel şebekeyi erişime açma, arabağlantının daha ileri boyutu olarak algılanmalıdır. Arabağlantı iki şebekeyi birleştirirken, yerel şebekeyi erişime açma kendi mülkiyetinde bir şebekesi olmasa dahi, bir çok taşıyıcının yerel şebekeyi kullanarak müşteriler için rekabet etmesini sağlamaktadır³⁶.

Yerel şebekeyi erişime açma yükümlülüğü, yerleşik operatörün yerel şebekesini pazara yeni giren operatöre anahtarlama, iletim veya diğer bileşenleri kullanma zorunluluğu getirmeksizin kiralama yükümlülüğüdür. Çünkü yeni giren teşebbüs başlangıç

olanağından hem de internet erişiminden faydalanabilmektedir. DSL, kablo modem ve diğer tip geniş bant erişim kullanıcıları istedikleri takdirde erişim hızlarını talimata bağlı olarak değiştirebilmekteyken, dar bant kullanıcıları bu imkandan yoksundurlar. Bu nedenle geniş bant erişim hizmetlerinin gelişmesiyle birlikte, genellikle dar bant kullanıcıları geniş bant hizmetleri kullanmaya başlamışlardır. Dolayısıyla dar ve geniş bant hizmetler konusunda tek yönlü bir ikame edilebilirlikten bahsedilebilecektir; bkz. RK Kararı, K. 05-10/81-30.

³³ Ardıyok, Ş. : Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli, Ankara 2000, s. 10 vd.

³⁴ Sappington/ Weisman: Designing Incentive Regulation for the Telecommunications Industry, The MIT Press & The AEI Press, 1996 Washington s. 22 (Sarı, A. O. : Rekabet Kuralları Işığında Erişim Arabağlantı Anlaşmaları ve Sanal Mobil Ağ Operatörlüğü, Ankara 2004, s. 5'den naklen).

³⁵ Topkaya, s. 25.

³⁶ Ardıyok, s. 27.

maliyetlerini düşük tutmak için yerleşik operatörün yerel şebeke unsurlarından sadece ihtiyacı olduklarını kiralamak isterken, yerleşik operatör yeni girenin sahip olduğu veya kurabilecekleri dahil erişim bileşenlerini paket halinde kiraya vermek isteyecektir³⁷.

Ancak, yükümlülük süresince yatırım motivasyonunu koruyacak bir tarifelendirmenin sağlanması önemlidir. Çünkü bu yükümlülük, yerel erişim hizmeti sunmak isteyenlerin alternatif şebeke inşa etmeleri konusundaki motivasyonlarını azaltabilecek ve alternatif şebekelerin varlığının sağlayacağı ekonomik etkinlikten yoksun bırakabilecektir³⁸.

AB Parlamentosu ve Konsey, 18 Aralık 2000 tarih ve 2887/2000 sayılı, “Yerel Şebekelerin Erişime Açılması Yükümlülüğü Hakkında Tüzüğü” (Unbundled Access to the Local Loop) yürürlüğe koymuştur. Yerel şebekenin erişime açılma koşullarını belirleyerek, yerel şebeke piyasasında teknolojik gelişmeyi teşvik etmek ve rekabeti artırmak amacıyla hazırlanan regülasyon, ulusal düzenleyici otoriteler tarafından belirlenmiş etkin pazar gücünü haiz telekomünikasyon operatörlerine erişim konusunda yükümlülükler getirmektedir³⁹.

2.Telefon Şebekesi

Santral ve bağlantı (hat) adı verilen yapılar telefon şebekelerinin en temel iki unsurunu oluşturmaktadır. Abonelerin birbirleriyle görüşme yapabilmeleri için öncelikle her abonenin kendi bölgesinde yer alan santrale bağlanması gerekmektedir. Abonelerle santraller arasındaki hatlar üzerinden ses, veri, görüntü, vs. iletimi ulaşılmak istenen aboneye iletilmektedir. Abonelerle santraller arasındaki en küçük şebeke, “yerel telefon şebekesi” olarak tanımlanır. Bu şebekeler genelde kablolu (bakır, koaksiyel veya fiber-optik kablo) veya kablosuz (uydu, hücre radyo, mikrodalga) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Abonelerin diğer bölgelerde, şehirlerde veya ülkelerdeki abonelerle bağlantılarının sağlanabilmesi için santraller arasında da bağlantı olması gerekmektedir. Yerel, şehirlerarası ve uluslararası hatlarda aynı anda çok sayıda görüşme yapılması gerektiğinden, daha yüksek kapasiteli iletim araçları olan fiber optik

³⁷ Kim, J. Y./ Kim S. T./Kim D. J.: Local Loop Unbundling and Antitrust Policy, Information Economics and Policy, Vol:12, 1998, s. 394 (Ardıyok, s. 27’den naklen).

³⁸ Ardıyok, s.28.

³⁹ Topkaya, s. 28.

kablolar kullanılmaktadır. Yerel hatlarda ise genellikle daha sınırlı kapasiteye sahip bakır ya da koaksiyel kablolar kullanılmaktadır⁴⁰.

Bir telefon görüşmesinin gerçekleşmesi için iki tarafın birbiriyle bağlantıya geçmesi gerekir. Bunu sağlamanın en basit yolu iki taraf arasında bir kablo çekmektir. Ancak birbiriyle görüşme yapacak abone sayısı artıkça her aboneden bir diğerine kablo çekilmesi ekonomik açıdan etkin bir çözüm olmayacaktır. Bu nedenle, her abone bir kabloyla yerel santraldeki anahtara bağlanır. Bu anahtar bir aboneden başka bir aboneye çağrı yapıldığı zaman, kendisine ulaşan bu iki abonenin bağlantılarını görüşme süresince birbirleriyle irtibat halinde tutar. Yani çağrı yapan abonenin hattı çağrı yapılan aboneye yönlendirilir. Abonelerden santrale ulaşan bu hatların toplamına yerel telefon şebekesi adı verilir⁴¹.

Büyük şehirler optimum santral büyüklüğüne⁴² göre yerel santral alanlarına ayrılır. Her bir yerel santral “jonksiyon” ya da “trunk” adı verilen bağlantılar aracılığıyla şehrin merkez santraline bağlanır. Çok sayıda santral arasında “trunk” kurulmasının ekonomik olmadığı durumlarda, santraller arasında trafiği yönlendirmek üzere “tandem” adı verilen transit santraller kurulur. Şehirlerin birbirine bağlantısı her şehrin trafiğinin “tandem” ve yerel santraller üzerinden toplandığı “toll” santraller arasındaki uzak mesafe iletim hatları üzerinden gerçekleştirilir⁴³.

Yerel şebeke dışındaki bağlantılar alıcı ile gönderici arasında zirve (peak) saatlerde oluşacak bu trafiği kaldıracak kapasitede inşa edilmelidir. Böylece ulusal bir telefon şebekesi bu şekilde devam eden “toll” ve “tandem” santraller dizisiyle kurulmuş olur. Ulusal şebekelerin “gateway” adı verilen geçiş noktalarıyla birbirine bağlanması ile uluslararası görüşme sağlanır⁴⁴.

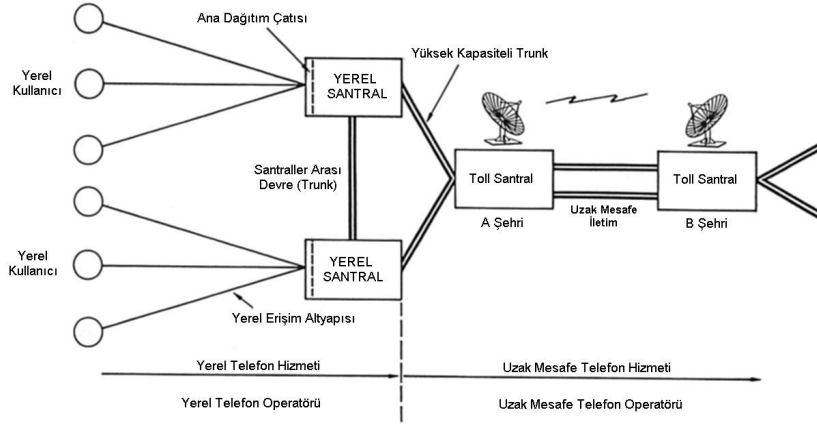
⁴⁰ Laffont, J-J. / Tirole, J. : Competition in Telecommunications, The MIT Press Cambridge, London 2000, s. 11 (İçöz, s. 21’den naklen).

⁴¹ Kessides, I. N.: Regulatory Policies And Reform In Telecommunications, C. R. Frischtak (der.), Regulatory Policies And Reform: A Comparative Perspective; Pre-Publication Edition 1995, Private Sector Development Department, The World Bank, s. 237 (Ardıyok, s. 19’den naklen).

⁴² Santralden abonelere ulaşan kablonun belirli bir sinyal taşıma menzili vardır. Bu sebeple söz konusu menzilin dışındaki aboneler için başka bir santral kurulması gerekir; bkz. Ardıyok, s. 19.

⁴³ Ardıyok, s. 19.

⁴⁴ Ardıyok, s. 19.



Şekil-2 : Ulusal Telefon Şebekesi⁴⁵

Ulusal telefon şebekesi tamamen dikey, hiyerarşik bir yapıdadır. Bu yapı sayesinde ülkenin herhangi bir noktasındaki abonenin diğer bir aboneyle görüşmesi mümkün olur. Yerel şebeke dışında, trafiğin kolay akışı için alternatif iletim hatları bulundurulur⁴⁶.

Yerel telefon şebekesi, yaygınlığı ile yerel kullanıcıya telekomünikasyon hizmetlerinin ulaştırılmasında en önemli araç olmaktadır⁴⁷.

3. DSL ve ADSL Sistemi

Şebekeyi oluşturan bakır çift kabloların sadece ses iletişimi gibi dar bant hizmetlerde kullanılabileceği düşünülürken, son yıllarda büyük hacimli içeriğin yerel kullanıcıya ulaştırılması için geniş bant erişim hizmetlerinin üzerinden verilebileceği platformlarla ilgili çalışmaların artmasıyla, bakır kabloların her iki ucuna özel cihazlar takılarak bu tür hizmetlerin verilebileceği ortaya çıkmıştır⁴⁸.

DSL (digital subscriber line-sayısal abone hattı) olarak adlandırılan bu teknoloji sayesinde kullanıcının bilgisayarına takılan bir DSL modemi ile internete sürekli bağlı kalınırken, aynı anda DSL modemin bağlı olduğu bakır kablo üzerinden telefon

⁴⁵ Sappington/ Weisman, s. 23 (Ardıyok, s. 20'den naklen).

⁴⁶ Ardıyok, s. 20.

⁴⁷ Ardıyok, s. 22.

⁴⁸ Ardıyok, s. 23.

görüşmeleri yapılabilmektedir⁴⁹. Yani DSL sistemi, PSTN hizmeti için kullanılan birbirine sarılmış bir çift bakır kablo üzerinden yüksek hızda veri ve ses iletimini aynı anda sağlayabilmektedir⁵⁰.

Diğer alternatiflerinin aksine DSL teknolojisi, büyük alt yapı yatırımlarına ihtiyaç duymamaktadır. DSL hizmetinin sunulması genelde yerel santralden bakır çift kablonun ulaştığı her yer için mümkündür. Ancak bakır hattın DSL hizmeti sunabilecek nitelikte olması gerekir. Ayrıca mesafe uzadıkça daha yüksek hız sağlayan DSL teknolojisinin kullanılması zorlaşabilir⁵¹.

Fiber kablo teknolojisinin eksikliğini gidererek, internet hizmetinin sunulabilmesi için yeni bir teknolojik yapı olan DSL 1997 yılından itibaren pazara girmiştir. Ev ve küçük işletmelerde kullanımının yaygınlaşması Nisan 2001'den itibaren gerçekleşmiştir⁵².

Geleneksel modemler, telefon hattından gelen analog sinyalleri sayısal sinyallere, bilgisayardan gelen sayısal sinyalleri de analog sinyallere çevirir. ADSL teknolojisinde ise veriler sayısal olarak gönderilir ve geri alınır. Sinyalleri çevirmeye gerek kalmadığı için veriler normal modemlerden çok daha hızlı iletilir. Tek kullanıcı ADSL aboneler sadece ADSL modem kullanırken, çok kullanıcı ADSL aboneleri birbiri ile aynı protokolleri kullanan ağlar arasında bilgi transferini gerçekleştiren bir arabirim olan “yöneltici (router)” kullanmaktadır⁵³.

B. Katma Değerli Telekomünikasyon Hizmetleri

İçöz'e göre “Temel hizmeti biçim, içerik, protokol veya diğer yönleriyle bir işleme tabi tutan bilgisayar uygulamaları ile birleştiren veya aboneye ilave, farklı veya yeniden şekillendirilmiş bilgi sunan ya da abone ile stoklanmış bilgi kaynağı arasında karşılıklı ilişkiyi

⁴⁹ Ardıyok, s. 23.

⁵⁰ Ekergil, V.: Telekomünikasyon Sektöründe Maliyetleme ve Maliyete Dayalı Fiyatlandırma Yaklaşımları: Bir Telekomünikasyon A.Ş. için Model Önerisi, Eskişehir 2006, s. 243.

⁵¹ Ardıyok, s. 23.

⁵² Ekergil, s. 243.

⁵³ Ekergil, s. 245.

sağlayan bilgi yoğun hizmetler” olarak tanımlanabilen katma değerli hizmetler⁵⁴, son yıllarda GSM şebekesi üzerinden mobil uygulamaların çoğalmasıyla birlikte önem kazanmıştır⁵⁵.

Bir katma değerli hizmeti (örneğin cep telefonu melodisi) talep eden abone, bağlı bulunduğu operatörün Türkiye’de genelde 4 rakamlı olan ilgili servis numarasına kısa mesaj göndermekte ve hizmet aboneye gönderilen mesaj ile ulaştırılmaktadır. Farklı tipteki bu hizmetleri üç ana kategoride toplamak mümkündür⁵⁶:

- **Eğlence hizmetleri:** Bu hizmetler genel olarak logo, melodi, fal servisleri, piyango oyunları, sohbet ve arkadaşlık servisleri, oyun servisleri gibi eğlence amaçlı hizmetlerden oluşmaktadır.
- **Bilgilendirme hizmetleri:** Haber içerikli (hava durumu, borsa haberleri, gezi amaçlı bilgiler vb.) hizmetlerden oluşan ve daha çok kullanıcıyı bilgilendirme amacı taşıyan hizmetlerdir.
- **Uzaktan erişim hizmetleri:** Cep telefonu üzerinden sunulmasının kullanıcılar nezdinde en değerli olacağı düşünülen servisler arasındadır (Mobil bankacılık, e-posta, oylama hizmetleri vb.). Bu hizmetlerin kapsamının ve talebinin gelecek dönemde daha da artacağı tahmin edilmektedir. Bu hizmetler özellikle insanların hareket halindeyken talep edebileceği hizmetlerdir. Örneğin, herhangi bir yerden cep telefonu aracılığıyla para gönderme gibi.

Konuya ilişkin olarak RK’nın 2005 yılında verdiği bir kararda⁵⁷, Turkcell’in hâkim durumda olmasının yanı sıra, katma değerli hizmetlerin sunumu için uygulama sağlayıcı firmalar ile imzaladığı münhasır sözleşmelerin, rekabeti bozucu sonuçlar yarattığı iddia edilmiştir. Star Tv’de yayınlanan “Futbol Yarışması”, Show Tv’de yayınlanan “PopStar Şarkı Yarışması” ve Atv’de yayınlanan “Akademi Türkiye” gibi yarışmalar için, diğer GSM operatörleriyle Turkcell’in uyguladığı münhasırlık politikası nedeniyle anlaşma yapılamadığı ve bu nedenle rekabetin bozulduğu gerekçesiyle 4054 sayılı Kanun’da aykırı hareket eden Turkcell hakkında gerekli işlemlerin yapılması talep edilmiştir.

⁵⁴ 406 sayılı Kanun’da “aboneler arasında iletilen ses ve veri dahil her türlü mesajın formu, muhtevası, kodu, protokolü veya benzer hususları üzerinde bilgisayar işlemleri ile veya başka surette işlem yapıp aboneye veya kullanıcıya ilave, farklı veya yeniden yapılandırılmış bir mesaj ileten veya yüklenilmiş kaydedilmiş mesaj ve veriler ile aboneler arası interaktiviteyi sağlayan telekomünikasyon hizmetleri” olarak tanımlanmıştır.

⁵⁵ İçöz, s. 22 vd.

⁵⁶ RK Kararı, D. 2004-2-90, K. 05-10/86-33, T. 10.2.2005.

⁵⁷ RK Kararı, D. 2004-2-90, K. 05-10/86-33, T. 10.2.2005.

2004 yılı gelirleri baz alınarak hesaplanan katma değerli hizmetler pazarındaki pazar payları, Turkcell'in hâkim durumda olduğuna ilişkin önemli bir gösterge olmuştur. GSM operatörlerinin pazar payına ek olarak, bu hizmetler için kullanılan GSM şebekesinin büyüklüğü, Turkcell'in katma değerli hizmetlerini sunulabileceği geniş bir abone kitlesine ulaşmasına katkıda bulunmuştur. Hizmet sağlayıcı firmalar da, bu abone kitlesine yönelik çalışmalarda bulunmuş ve Turkcell'i tercih etmişlerdir. Ayrıca, Turkcell'in bu alandaki faaliyete erken başlamış olması da önemli bir avantaj teşkil etmiştir. Bunlara ek olarak, en yakın rakibinin Turkcell'in yaklaşık üçte bir pazar payına sahip olduğu göz önüne alınmış ve GSM üzerinden sunulan katma değerli hizmetler pazarında Turkcell'in hâkim durumda olduğu tespit edilmiştir. Ancak hâkim durumun kötüye kullanılıp kullanılmadığının tespiti için Turkcell tarafından getirilen kısıtlamaya öncelikle içerik ve uygulama sağlama pazarı açısından bakıldığında, GSM operatörlerinin tümünün çeşitli içerik ve uygulama sağlayıcı teşebbüslerle çalıştığı ve benzer hizmetleri sundukları tespit edilmiştir. Ayrıca tüm GSM operatörlerinin kendilerinin hazırlayıp sunduğu katma değerli servisleri de bulunmaktadır. Ancak Telsim ve Avea'nın çalıştıkları hizmet ve içerik sağlayıcı firmaların Turkcell'in hizmet ve içerik sağlayıcılarına göre bu alandaki yeterliliklerine ve bu pazardan aldıkları paya ilişkin bilgilere önaraştırma sürecinde ulaşamamıştır. Bundan ötürü, GSM operatörlerinin katma değerli hizmet gelirlerine, 2004 pazar paylarına ve GSM gelirleri hizmetleri içerisindeki payına yer veren verilere bakılarak, pazardaki durumları değerlendirilmiştir. GSM operatörleri mevcut şebeke büyüklükleri ve GSM gelirlerine orantılı bir katma değerli hizmetler gelirleri elde etmektedir. Bu katma değerli hizmetlerin GSM gelirleri içindeki payı en yüksek olan teşebbüs Telsim olmuştur⁵⁸.

Yukarıdaki karara konu olan olayı değerlendirecek olursak, RK Turkcell'in katma değerli hizmetler pazarındaki pazar paylarına bakmış ve diğer operatörlerin GSM hizmetleri pazarındaki payları ve şebeke büyüklükleri oranında pay alabilmeleri nedeniyle, Turkcell tarafından yapılan bu kısıtlamaların pazarın rakiplere kapatılmasına ya da rakip firmaların faaliyetlerinin zorlaştırılmasına neden olmayacağı kanaatine ulaşılmıştır. Ancak 2004 yılı verilerine göre, katma değerli hizmetlerin GSM gelirleri içindeki payı en yüksek olan teşebbüsün Telsim oluşu, o zamanki Telsim ve Star kuruluşlarının aynı gruba ait olmasından kaynaklanıyor olabilir. Bu durumun değerlendirme yapılırken göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Zira Telsim'in, Star Tv ve Uzan Grubu'na ait olan diğer

⁵⁸ RK Kararı, D. 2004-2-90, K. 05-10/86-33, T. 10.2.2005.

kanalların kendi bünyesinde olma avantajını kullanarak, Turkcell'in yaptığı münhasır anlaşmaların rekabeti bozmasını engellemeye çalışmış olma ihtimali yüksektir. Çünkü sahip olduğu tv kanalları vasıtasıyla Telsim'in, daha geniş bir kitleye ulaşması ve bu sayede reklâmını yapabilmesi mümkündür.

C. Telekomünikasyon Cihazları

Telekomünikasyon cihazları; mobil telefon cihazları, şebekenin sonuna eklenen telefon cihazları, bilgisayar, faks makinaları gibi cihazlardır. Dikey bütünleşmiş yapı içerisinde sürdürülen cihaz üretimi de kapsam ekonomisi söz konusu olduğu düşünülerek ulusal telekom tekellerinin elinde bulunmaktaydı. Ancak cihaz üretiminin tekel niteliği göstermediği için, ilk olarak bu alt sektörün rekabete açılmasını sağlamıştır⁵⁹.

III. GSM ELEMANLARI ve GSM'İN ÇALIŞMASI

A. Genel Olarak

Bu bölümde GSM sistemi elemanlarının, sistem içindeki görevleriyle ilgili kısaca bilgi verilmeye çalışılacaktır.

1. Mobil İstasyonlar

Cep telefonu, abonenin GSM şebekesi ile irtibatını sağlayan terminal cihazları ile cihaza takılı olan sim kartı ifade eder⁶⁰.

2. Baz İstasyonları Sistemi (“BASE STATION SERVER”-BSS)

Bu sistem, abonenin şebekeye girişini ve cep telefonu ile santral arasındaki bağlantıyı sağlamaktadır. BTS ve BSC olmak üzere iki temel donanım elemanı vardır. BTS mobil kullanıcıların telefonuna sinyal gönderen, çağrıları toplayan ve gelen çağrıları da kullanıcılara ulaştıran kısımdır. BSC ise, BTS tarafından yapılan işleri koordine eden, BTS'nin kaynaklarını yöneten ve kontrol eden birimdir. Çok sayıda BTS'yi bir BSC kontrol edebilir. BSC'nin

⁵⁹ İçöz, s. 23.

⁶⁰ Sarı, s. 42.

başlıca görevi, BTS ile santral sistemi bağlantısını ve abonelerin konuşma işlemlerini gerçekleştirmektir⁶¹.

3. Şebeke Anahtarlama Alt Sistemi (“NETWORK SWITCHING SYSTEM”-NSS)

NSS, mobil abonenin şebeke içinde veya diğer şebekelerde bulunan telefon aboneleri ile bağlantısını sağlar ve abonelik işlemlerini yürütür. Bu nedenle görüşme trafiğinin sağlanmasında kilit rol üstlenen bir sistemdir⁶².

“Mesaj Anahtarlama Merkezi” (“Message Switching Center”-MSC”) NSS içinde yer alır. Şebeke içinde ve diğer şebekelerle olan tüm anahtarlama fonksiyonlarını yerine getirir. NSS içinde yer alan bir diğer unsur olan “Kalıcı Abone Kütüğü” (“Home Location Register”-HLR) ise, tüm abonelerin bilgileriyle ilgili bir veri tabanı içerir ve baz istasyonları aracılığıyla santrale gelen çağrının mevcut abonelerden birine ait olup olmadığını kontrol eder. Çağrı aboneye aitse, yine baz istasyonlar aracılığıyla abonenin cep telefonuna şebeke kullanım izni verilir. Tüm bu anlatılanlar gelişen teknoloji sayesinde çok kısa bir sürede gerçekleşmektedir. Ayrıca, HLR birimi abonenin bulunduğu baz istasyonu bilgilerini de güncel olarak saklar. Böylece o aboneye görüşmek üzere GSM santrale bir çağrı geldiğinde, çağrı abonenin bulunduğu baz istasyonuna gönderilir. Bu işleme “kutuplandırma” (“polling”) adı verilir. Abone hareket halinde ise, bir baz istasyonunun kapsama alanından diğer bir baz istasyonunun kapsama alanına geçebilir. HLR’nin abonenin yeri ile ilgili bilgileri güncellemesine "hand-over" denir. GSM santraliyle herhangi bir noktadan bir aboneye çağrı geldiğinde, o abone bulunup telefonuna çağrı yapılır ve aynı anda binlerce şebeke abonesi takip edilir⁶³.

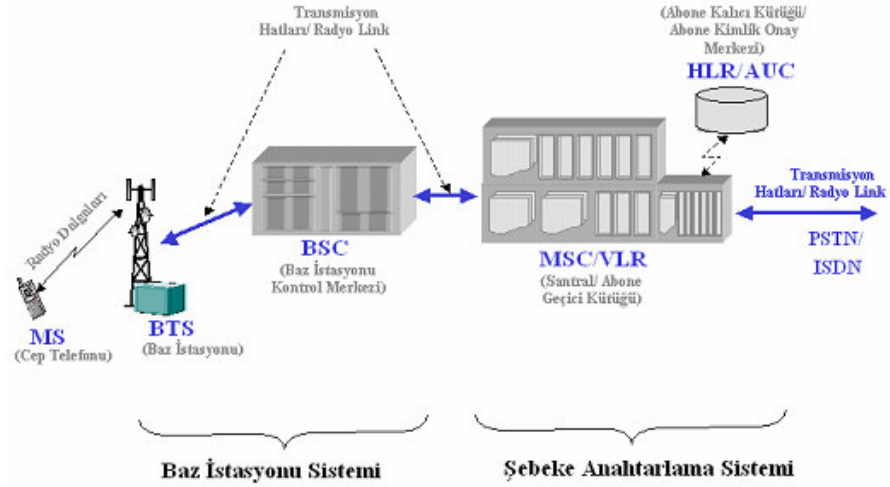
Yine NSS içinde yer alan “Geçici Abone Kütüğü” (“Visitor Location Register”-VLR) aboneye ait işlemleri gerçekleştirmek için kullanılan geçici kütüklerdir. Abone bir kapsama alanından diğerine geçerken, ona ait bilgileri alma ihtiyacı duyulduğunda HLR’ye başvurmak yerine o bölgeye ait geçici bir kütüğe bu bilgiler kopyalanır. Abone o bölgede kaldığı sürece işlemleri HLR yerine VLR kullanılarak şebeke sinyalleşme yükü dengede tutulur ve şebeke performansının yüksek olması sağlanır⁶⁴.

⁶¹ Sarı, s. 43.

⁶² Sarı, s. 43.

⁶³ Sarı, s. 44.

⁶⁴ Sarı, s. 44.



Şekil-3: Mobil Telekomünikasyon Altyapısı⁶⁵

B. Mobil Pazarlara Girişler ve Kısıtlamalar

Doğal oligopol, pazarın ancak birkaç firmanın etkin biçimde çalışmasına yetecek boyutta olmasıdır. Mobil iletişim hizmetleri pazarına girişin kısıtlı olmasının bir nedeni de pazarın doğal oligopolistik yapıda olmasıdır⁶⁶. Ayrıca sabit maliyetlerin ve ölçek ekonomilerinin yüksek olmasından dolayı, pazara ilk giren firmalar, birim maliyetlerde sonradan gelecek rakiplerine karşı önemli maliyet avantajları sağlarlar⁶⁷. Bu da pazara girişi kısıtlayan bir nedendir.

Bir diğer önemli etken de radyo frekans spektrumu kısıtlılığıdır. Mobil iletişim, kablo kullanılmadan radyo dalgaları kullanılarak sağlanan bir haberleşme türüdür. Baz istasyonlarından yayınlanan radyo dalgaları belirli bir frekans aralığında iletilerek kişinin mobil cihazına ulaşmaktadır. Ancak mobil iletişim için kullanılan frekans kaynakları ne kadar etkili kullanılırsa kullanılsın, frekans kaynakları yetersiz olduğu için, pazarda faaliyet gösteren mobil ağ operatörü sayısını belirli bir seviyenin üstüne çıkarmak mümkün olmamaktadır⁶⁸.

Yerel ağın bir tane olabilmesinin arkasında yatan neden, doğal tekel özelliği ve ölçek ekonomileridir. Mobil iletişim hizmetleri pazarında sayının sınırlı olmasının nedeni ise, ölçek

⁶⁵ Sarı, s. 44.

⁶⁶ Türkan, s. 490.

⁶⁷ Türkan, s. 230.

⁶⁸ Sarı, s. 49.

ekonomilerinin yanı sıra teknik nedenlerdir. Bu nedenlerden dolayı düzenleyici kurumlar birçok ülkede pazara girişi lisansla sınırlandırmıştır⁶⁹.

Pazara girişin yeni yolu olarak MVNO'lar (Mobil Virtual Network Operator) mobil iletişim hizmetlerinin geleceği için büyük önem arz etmektedir⁷⁰. MVNO, GSM altyapısına sahip olmadan, lisanslı bir operatörün alt yapısını kullanarak; operatörden “dakika” satın alarak, müşteriye farklı marka ile uygun bir tarife ile hizmet sunulması olarak tanımlanabilir⁷¹. Böylece frekans spektrumuna sahip olmadan, mobil abonelik ve mobil iletişim hizmetleri sunulabilmektedir.

Pazara giriş imkânlarının ekonomik ve teknik açıdan kısıtlı olduğu bir alanda, bu erişim türü sayesinde mevcut altyapılar üzerinden yeni oyuncular mevcutlara katılacak ve bu yolla hem de mevcut operatörler atıl kapasitelerini değerlendirme imkânlarına kavuşacaklar hem pazardaki rekabet artacak, bunun sonucunda da toplusal refah artacaktır⁷².

C. Türkiye’de GSM İşletmeciliği⁷³

Türkiye’de mobil iletişim ilk olarak TTAŞ ile Nokia firması arasında yapılan “gelirden geri ödemeli” bir anlaşma uyarınca 1986 yılında başlatılan ve o zamanlar “araç telefonu” olarak bilinen NMT (Nordic Mobile Telecommunications) standardına dayalı olarak başlamıştır. Analog olan sistemin işletmesi halen TTAŞ tarafından yapılmaktadır.

4000 sayılı Kanun’unun “Bakanlık, mobil telefon, çağrı cihazı, data şebekesi, akıllı şebeke, kablo TV, ankesörlü telefon, uydu sistemleri, rehber basım ve benzer katma değerli hizmetler konularında sermaye şirketlerine tekel oluşturmayacak koşulları da dikkate almak suretiyle işletme lisans ve ruhsatı verebilir” şeklindeki maddesi çerçevesinde, TTAŞ ile, açılan ihaleyi kazanan iki ayrı konsorsiyum arasında imzalanan GSM Pan Avrupa Mobil Telefon Sistemi Sözleşmesi uyarınca 1994 yılında mobil telekomünikasyon hizmeti vermeye başlanmıştır. Ancak o dönemde katma değerli telekomünikasyon hizmetlerinin lisans ile işletilmesine ilişkin hukuki altyapı hazır olmadığından, sistemin gelir paylaşımı esasına göre işletilmesine karar verilmiştir.

⁶⁹ Sarı, s. 50.

⁷⁰ MVNO konusunda ayrıntılı bilgi için; bkz. Sarı, s.51 vd.

⁷¹ Hekimoğlu, T. B. : MVNO Trendi Türkiye’de, 2004
(<http://turk.internet.com/haber/yazigoster.php3?yaziid=10967>, son yararlanma: 25.12.2006).

⁷² Sarı, s. 50.

⁷³ RK Kararı, D: 2003-2-36, K: 03-56/655-30, T: 14.08.2003.

TTAŞ ile Telekom Finland (Sonera), Ericsson Telekomünikasyon A.Ş., Penta A.Ş., Çukurova Grubu ve Kavala Grubunun oluşturduğu Turkcell Konsorsiyumu arasındaki sözleşme 1.7.1993 tarihinde; Detecon, Alcatel, Siemens, Teletaş ve Simko'nun oluşturduğu Telsim Konsorsiyumu ile de 02.07.1993 tarihinde imzalanmıştır. Hükümleri aynı olan ve “gelir paylaşımı” esasına göre düzenlenen sözleşmelerde “yasal düzenlemelerle daha sonra lisansa dönüştürmek üzere” ibaresi yer almıştır. Sözleşmelerin süresi 15 yıl olarak belirlenmiştir. 01.08.1996 tarih ve 4161 sayılı Kanun'nun yürürlüğe girmesiyle söz konusu gelir ortaklığı sözleşmelerinin, lisans sözleşmelerine dönüştürülmesine yönelik çalışmalar hız kazanmış ve lisans anlaşmaları 27.04.1998 tarihinde imzalanmıştır.

Mobil operatörlerin, TTAŞ'ın mevcut PSTN altyapısını kullanmaksızın mobil telekomünikasyon hizmeti vermeleri imkân dahilinde değildir. Bu nedenle iki operatör de daha sonra TTAŞ ile aralarındaki trafiği düzenlemek amacıyla TTAŞ altyapısını hangi mali ve teknik koşullarla kullanabilecekleri, GSM telefonlarla PSTN telefonlar arasında yapılan görüşmelerden elde edilecek abone tahsilat gelirlerinin TTAŞ ve GSM operatörleri arasında nasıl paylaşılacağı gibi konuları düzenleyen arabağlantı sözleşmelerini imzalamışlardır. Daha sonra, sektörde rekabeti artırmak amacıyla biri TTAŞ tarafından işletilmek üzere GSM 1800 bandında üç adet sayısal hücreli mobil telefon sistemi tesis edilmesi planlanmış olmakla birlikte, ihale sonucu iki lisans verilebilmiştir.

13.03.2000 tarihinde İş Bankası-Telekom Italia Konsorsiyumu tarafından kazanılan ilk GSM 1800 ihalesi sonucunda İş-TİM ve Ulaştırma Bakanlığı arasında paraf edilen imtiyaz sözleşmesi taslağı Danıştay tarafından onaylanmıştır. İş-TİM, Aria markasıyla Mart 2001'de faaliyete başlamıştır. Ulaştırma Bakanlığı ile arasında görev sözleşmesi imzalanmış olan TTAŞ ise 08.01.2001 tarihi itibarıyla Aycell adı altında GSM 1800 bandında mobil telekomünikasyon hizmeti vermeye başlamıştır.

TTAŞ'ın GSM Operatörü Aycell ile İş-TİM'in birleşmesi sonucu kurulan TT&TİM İletişim Hizmetleri A.Ş., "Avea İletişim Hizmetleri A.Ş." ticari ünvanı ile 19.02.2004 tarihinde resmen kurulmuştur⁷⁴.

Ayrıca Şubat 2004'de Telsim'e TMSF tarafından el konulmuş, Ağustos 2005'de ise TMSF tarafından Telsim satışa çıkarılmıştır. 13.12.2005'de düzenlenen ihaleyi, en yüksek

⁷⁴ Birleşme konusu olan ilgili dava, çalışmanın Birleşme ve Devralmalarda Hâkim Durum Kavramı bölümünde ayrıntılarıyla incelenmiştir.

teklifi veren Vodafone kazanmıştır. 01.06.2006 tarihi itibarıyla “Telsim Varlıkları İktisadi ve Ticari Bütünlüğü”nün TMSF tarafından Vodafone A.Ş.’ye devir süreci tamamlanmıştır.

D. Mobil Pazarların Gelişimi ve UMTS

Mobil iletişim pazarında yaşanan gelişmeler devre anahtarlama sistemi üzerinde ses taşımacılığından, paket anahtarlama teknolojiye dayalı İnternet Protokolü (IP) tabanlı katma değerli multimedya hizmetleri sunan bir yapıya doğru gitmektedir⁷⁵.

UMTS teknolojisi, seyyar, yerel ve uydu platformlarını birlikte kullanarak kullanıcının, bulunduğu fiziksel mekana bağlı olmadan multimedya servislerine ulaşma imkânı sunmaktadır. Bu anlamda UMTS’yi kullanıcılarına kablosuz multimedya hizmetlerine sabit mobil ve uydu platformlarından ulaşmasına olanak sağlayan mobil haberleşme sistemleri olarak tanımlamak mümkündür⁷⁶.

UMTS’de mobil iletişim araçlarının sahip olduğu özellikler uydu teknolojileri ve kablosuz teknolojiler sayesinde kapasite artırılmasıyla, radyo erişim teknolojilerinin kullanımıyla ve amaca yönelik olarak dizayn edilmiş altyapı sayesinde tüketiciye daha geniş ve çeşitli imkânlar sunacak şekilde artırılmıştır⁷⁷.

IV. ERİŞİM ve ARABAĞLANTI ANLAŞMALARI

A. Genel Olarak

Rekabet kurallarının, telekomünikasyon endüstrisinde en sık uygulama alanı bulacağı yerlerin başında erişim ve arabağlantı anlaşmaları gelmektedir. Erişim ve arabağlantı, yeni aktörlerin pazara girmesinin temel yollarından biridir. Rekabet kuralları, pazara yeni girenlerin yerleşik operatörle arasında eşit rekabet kurallarının oluşabilmesi açısından büyük öneme sahiptir. Anlam karmaşasına yol açmamak için erişim ve arabağlantı anlaşmaları arasındaki ilişkiye değinmek yerinde olacaktır⁷⁸.

⁷⁵ Eurostrategy Consultant: Regulatory Aspects Of Access To Mobile Network Infrastructures And Network Intelligence, Final Report , Luxembourg 2001 (Sarı, s. 42’den naklen).

⁷⁶ UMTS Report: A Regulatory Framework for UMTS, No:1, 1997 (Sarı, s. 42’den naklen).

⁷⁷ Sarı, s. 44.

⁷⁸ Sarı, s. 14.

Pazar rekabete ilk açıldığı zaman farklı şebekelerin birbiri ile irtibatlandırılmasını sağlamak için arabağlantı yapılmaktadır. “Sahipleri aynı veya farklı olan kamu elektronik iletişim şebekelerinin kullanıcılarına, aynı teşebbüsün veya bir başka teşebbüsün şebekesindeki kullanıcılar ile haberleşmesi için olanak sağlayan fiziksel ve tanımlanmış bağlantı ya da başka bir teşebbüs tarafından verilecek hizmet için erişim sağlanması⁷⁹” arabağlantı anlaşmalarının en çok kabul gören tanımı olmuştur.

Erişim ise, genellikle fiziksel altyapıdan faydalanma amacıyla yapılan anlaşmalar olarak ele alınmaktadır⁸⁰. Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği’nde⁸¹ erişim kavramı, Yönetmelik’te belirtilen koşullar altında, telekomünikasyon altyapısı ve/veya hizmetlerinin diğer bir işletmeciye sunulması olarak tanımlanmıştır.

Arabağlantı anlaşmaları, farklı bölge ve ülkelerde var olan tekeller arasında yapılmaktaydı. Rekabet koşulları üzerinde herhangi bir etki yaratmadığı için düzenleyici kurumların müdahalesine gerek duyulmamaktaydı. Ancak teknolojinin gelişimi ve telekomünikasyon hizmetlerinde başlayan liberalleşme hareketleri ile birlikte birçok katma değerli hizmeti sunan farklı işletmecilerin şebekelerinin birbirleri ile irtibatlanması yani arabağlantı anlaşmalarının yapılması gerekli hale gelmiştir. Sonrasında mobil iletişim, internet ve data taşımacılığı, uydu hizmetleri gibi bu tip katma değerli hizmet türlerini sunabilmek için yerleşik operatörün ağının üçüncü kişilerin de kullanımına açılabilmesi için erişim anlaşmaları da özel bir önem kazanmıştır⁸².

Altyapıya sahip olan yerleşik operatörlerin rekabetin gelişmesini engellemek üzere kullanabilecekleri birçok stratejik avantaj bulunmaktadır. Bu tip olaylar tüm dünyada yaygınlaşmaya başlayınca etkin biçimde erişim ve arabağlantı anlaşmalarının yapılabilmesi için düzenleyici kurumların rehberlik görevi üstlenmesi, anlaşmanın öncesinde ve uygulanması sırasında pazarı yakından gözlemlemesi, gerektiği durumlarda müdahale etmesi gerekli hale gelmiştir⁸³.

Şebekelerin arabağlantı yoluyla bütünleşmesi arttığı sürece, dünyanın bir yerinde ortaya çıkan hizmet türünün diğer kısımlara ulaştırılması mümkün olacak, ayrıca hizmet

⁷⁹ Bkz. 12.07.2000 tarihli Komisyon Taslak Direktifi m. 2 (Sarı, s.20’den naklen).

⁸⁰ Sarı, s.14.

⁸¹ 23.05.2003 tarih ve 25116 sayılı RG.

⁸² Sarı, s.18.

⁸³ Sarı, s.18.

çeşitliliğinin ve rekabetin artması da sağlanabilecektir. Eğer arabağlantı anlaşmaları ve erişim konuları düzenleyici kurumlar nezdinde eşit rekabet şartları gözetilerek yapılmazsa, pazara girme düşüncesinde olanlar yatırım yapma konusunda isteksiz kalabileceklerdir. Bu durum hem yerleşik operatörlerin tekel konumunu ve yüksek pazar payını korumasına hem de rekabetin getireceği baskıdan uzak kalacak operatörün yüksek maliyet ve/veya kârlarla çalışmasına olanak sağlayacaktır⁸⁴.

TK, ara bağıntı sağlama yükümlülüğü olan işletmecileri yayımlayacağı yönetmelik uyarınca belirlemekle görevlidir. 4502 sayılı Kanun m. 6'da, TK'nın belirleyeceği diğer işletmecilerin yanı sıra TTAŞ her halde "ara bağıntı yükümlüsü" olarak belirtilmiştir.

4502 sayılı Kanun m. 6 devamında, arabağlantı yükümlülerinin, arabağlantıya ilişkin talepleri eşitlik, ayırım gözetmeme, şeffaflık, açıklık, maliyet ve makul kâra dayalı olma ilkeleri temelinde ve kendileri veya ortaklarının hizmetleri için sağladıkları ile aynı koşul ve kalitede karşılamakla yükümlü olduğu yer almaktadır.

Ayrıca TK'nın, 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, söz konusu işletmeciye diğer işletmecilerin erişim taleplerini kabul etme yükümlülüğü getirebileceği ifade edilmiştir.

Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği m. 7/2'de, bir işletmecinin, erişimi ancak şebeke işletim güvenliğinin veya şebeke bütünlüğünün veya veri güvenliğinin temin edilemeyeceğini ya da şebekelerin karşılıklı işletilebilirliğinin mümkün olmadığını objektif kriterlerle kanıtlamak ve TK'nın onayını almak kaydıyla sınırlandırabileceği ifade edilmiştir.

Şebekeye erişimin reddine ilişkin olarak ABD'de görülen AT&T⁸⁵ davasında, erişim sağlanmasıyla ilgili olan yükümlülüğünün haklı nedene dayanmaması nedeniyle AT&T haksız bulunmuştur. Bu karara göre⁸⁶;

⁸⁴ Sarı, s.19.

⁸⁵ United States v. ATT, (Competitive Impact Statement), D.D.C., Jan.8, 1982.

⁸⁶ Melamed, A. D.: Network Industries and Antitrust, The Eighteenth Annual Symposium on Law and Public Policy: Competition, Free Markets and The Law, The Federalist Society, Chicago 1999, (Yenişen, s. 47'den naklen).

AT&T, gerek yerel gerekse UMTH’de, tekel konumunda bulunmaktaydı. Bazı firmaların AT&T ile rekabet edebilmeleri için, AT&T’nin yerel telefon şebekesine erişimleri ve böylece abonelerini ulaşmak istedikleri noktalara bağlayabilmeleri gerekmektedir. Dava kapsamında AT&T’nin, çeşitli yöntemlerle yeni firmaların yerel şebekesine ve dolayısıyla telefon abonelerine erişimini reddettiği veya engellediği ve bu tutumu ile kendi konumunu UMTH’de yaşanacak bir rekabetten izole etmesinin mümkün olduğu ortaya konuldu. Devlet tarafından davada öngörülen çözüm, başka bazı önlemlerin yanısıra, bütün UMTH sağlayıcılarının AT&T’nin yerel şebekesine aynı koşullarda erişiminin sağlanması olarak belirdi. Bu şekilde UMTH pazarı rekabete açılmış oldu.

B. Ara Bağlantı Fiyat Düzenlemesi

Arabağlantı ücretlerinin seviyesi ve belirleme yöntemi rekabetçi bir telekomünikasyon pazarında operatörlerinin varlıklarını sürdürebilmeleri için önem arz etmektedir. Yüksek belirlenen arabağlantı ücretleri, yeni firmaların piyasaya girişine engel olurken, düşük belirlenen ücretler operatörlerin maliyetlerini karşılayamamasından dolayı, operatörlerin yatırım yapma isteklerinin kırılmasına neden olmaktadır⁸⁷.

AB’de, Ara Bağlantı Direktifi ile ara bağlantı ücretlerinin maliyet tabanlı olması öngörülmüştür. Komisyon, bu maliyetlerin, verimli bir operatör maliyetine oldukça yakın olması nedeniyle, *uzun dönem artan maliyet* (LRIC, “Long Run Incremental Cost”) yöntemi⁸⁸ temelinde belirlenmesini tavsiye etmektedir. Bu yöntem ile her arabağlantı için oluşacak ek maliyetin ve yatırım maliyetinin hesaba katılması sağlanmaktadır⁸⁹.

C. Arabağlantı Uzlaştırma Prosedürü

Taraflar arasında arabağlantı anlaşmasının sonuçlandırılmaması durumunda sektörde rekabetin aksamaması, pazar yapısının bozulmaması için TK’nın müdahalesi gerekli olmaktadır. Arabağlantı uzlaştırma sürecinde teknik açıdan, kapasite ve arabağlantının yapılacağı teçhizat uygunluğu gibi konularda da sorunların çıkması mümkündür. Arabağlantı yükümlüsü olan teşebbüsün teknik açıdan herhangi haklı bir

⁸⁷ Topkaya, s. 31.

⁸⁸ LRIC kavramı etkin ve verimli olarak çalışan bir işletmenin bir ürün ya da hizmeti sağlamak amacıyla karşı karşıya kaldığı ve söz konusu ürün ya da hizmetle doğrudan ilişkilendirilebilen ek maliyetlerin tümünü ifade eder; ayrıntılı bilgi için bkz. Confraria, J; Noronha J.; Vala, R and Amente: on the Use of LRIC Models in Price Regulation, 2003, Instituto das Comunicações de Portugal.

⁸⁹ Topkaya, s. 31.

gerekçesi olmadan ileri sürebileceği engellerin, yapılacak bir düzenleme ile önüne geçilmesi gerekmektedir⁹⁰.

4052 sayılı Kanun m. 6'ya göre, ara bağlantı anlaşması ilk talepten itibaren azami üç ay içerisinde sonuçlandırılmadığı takdirde, TK, ara bağlantı talep eden tarafın başvurusu halinde, taraflar arasında uzlaştırma prosedürü işleterek, kamu menfaati açısından makul ve gerekli gördüğü diğer tedbirleri alabilir. TK'nın bu prosedürü başlatmasından itibaren altı haftalık bir süre içinde (bir dört hafta daha uzatılabilecek olan) tarafların bir anlaşmaya varamamaları halinde, Kurum bu ara bağlantı anlaşması için uygun gördüğü hüküm, koşul ve ücretleri belirlemeye yetkilidir. Bu hüküm, koşul ve ücretler, taraflar aksini kararlaştırmadıkça veya kararlaştırılıncaya kadar geçerli olmaktadır.

V. ROAMING (DOLAŞIM)

Roaming konusunda Türk telekom sektörüne yönelik düzenlemeler, 4502 sayılı Kanun ile getirilmiştir. Roaming⁹¹ en yalın tanımıyla, bir GSM işletmecisinin şebekesinin olmadığı alanlarda da kendi abonelerine erişebilmesi ve trafiklerini taşıyarak onlara telekomünikasyon hizmeti sunması için olanak sağlayan bir yöntem olarak tanımlanabilir.

Piyasaya yeni giren mobil operatörlerin başlangıçta yeteri kadar büyük bir kapsama alanına sahip olmamaları, piyasada etkin rekabetin sağlanması için halihazırda faaliyet gösteren mobil operatörlerin alt yapılarına erişim konusunu gündeme getirmektedir⁹².

Şu anda dünyada kullanılmakta olan üç tür dolaşım sistemi bulunmaktadır⁹³:

1- Uluslararası dolaşım: Bir cep telefonu operatörüne ait abonelerin, yurtdışındaki başka bir cep telefonu operatörünün kapsama alanı içindeyken, o operatöre ait olan altyapı hizmetlerinden yararlanmasıdır.

2- Bölgeler arası dolaşım: Bir cep telefonu operatörüne ait abonelerin, başka bir cep telefonu operatörünün altyapı hizmetlerinden, o operatörün lisans aldığı bölge

⁹⁰ Topkaya, s. 49 vd..

⁹¹ 4052 sayılı Kanuna göre roaming; "bir işletmeciye ait hizmetlerin, teknik uyumluluk şartları saklı kalmak üzere, diğer bir işletmecinin müşterilerine ait ekipmanlar üzerinden çalışmasına veya bir diğer sisteme ara bağlantısına imkân sağlayan sistemler arası dolaşım" olarak tanımlanmıştır.

⁹² Topkaya, s. 52.

⁹³ RK Kararı, D. SR/02-13, K. 03-40/432-186, T. 09.06.2003.

içindeyken yararlanmasıdır. Genellikle bu iki operatör aynı ülke sınırları içinde faaliyet göstermekte ancak lisanslarının geçerli olduğu bölgeler çakışmamaktadır.

3- Ulusal dolaşım: Bir cep telefonu operatörüne ait abonelerin, başka bir cep telefonu operatörünün altyapı hizmetlerinden o operatörün kapsama alanı içindeyken yararlanmasıdır. Her iki operatör de aynı ülke içinde faaliyet göstermekte olup lisans bölgeleri de aynıdır. Ulusal dolaşım diğer dolaşım türlerinden farklıdır. Uluslararası dolaşım da abone kendi operatörünün lisanslı olduğu bölge dışında konuşma olanağına kavuşurken, ulusal dolaşım da abone kendi operatörünün lisanslı olduğu bir bölgede, başka bir operatörün altyapısından faydalanarak konuşma yapabilmektedir. Ulusal dolaşım da aynı coğrafi pazar içinde yer almakta ve birbirinin rakibi konumunda bulunmaktadırlar. Uluslararası ve bölgesel dolaşım da kapsama alanı bakımından her iki operatör karşılıklı olarak fayda sağlamakta iken, ulusal dolaşım da bu fayda tek yönlüdür.

Yeni operatör, ulusal dolaşım da kapsama alanını kısa dönemde genişletebilmek için katlanması gereken yatırım maliyetinden kaçınmak isteyecektir. Yapılan imtiyaz sözleşmelerinde taahhüt altına girilen kapsama alanı, yatırım maliyetinin kısa süre içerisinde karşılanabileceği kârlı bölgeler dışındaki alanları da kapsadığı için, operatör yatırımlarını ilk önce daha kârlı alanlara yapmak isteyecek ve diğer bölgeler için roaming anlaşması yapma yoluna gidecektir. Yatırımlarını tamamlamış olan operatörün ise her ne kadar atıl kapasitelerini bu yeni operatöre kiralaması kârlı olacaksa da, rakip operatörün piyasaya girişini engellemek için anlaşmaya yanaşmaması bu şirket açısından daha beklenir bir davranış olacaktır⁹⁴.

4502 sayılı Kanun m. 6'da, operatörlerin roaming yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre; mobil telekomünikasyon, data veya TK'nın belirleyeceği diğer hizmet veya altyapı işletmecileri, aynı alandaki diğer işletmecilerin müşterilerine ait ekipmanların kendi telekomünikasyon sistemleri üzerinden de çalışabilmesine izin verilmesine yönelik yapacakları makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkân dahilindeki roaming taleplerini karşılamakla yükümlüdürler⁹⁵.

⁹⁴ Topkaya, s. 52.

⁹⁵ Ulusal Dolaşım Anlaşması Yapılması İle İlgili Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te ilgili düzenlemelere ilişkin usuller ayrıntılarıyla belirtilmiştir. 08.03.2002 tarih ve 24689 sayılı RG.

Kanun bu hüküm ile operatörlere doğrudan bir yükümlülük getirmiştir. Roaming taleplerinin sınırlarını; makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkân dahilinde olmak şeklinde belirlemiştir. “Makul” kavramı yoruma oldukça açık bir kavramdır. TK roaming yükümlülüğüne ilişkin yapacağı başvuru değerlendirmeleri sonucunda, belirleyeceği herhangi bir nedenle talebin makul olmadığı sonucuna varabilecektir. Bu durum düzenleyici otoritenin görevini yerine getirirken değerlendirmelerinde geniş bir alan bırakacaktır⁹⁶.

Roaming yükümlülüğü konusunda dikkat edilmesi gereken bazı hususlar mevcuttur. Roaming anlaşmaları ticari anlaşmalardır. Bu nedenle müdahale en son başvurulacak yöntem olmalıdır. Roaming talep edilen unsurların, zorunlu unsur niteliği taşıyıp taşımadığı dikkatli bir şekilde değerlendirilmelidir. Roaming yükümlülüğünün, yatırımları engelleyecek koşullarda yapılmamasına dikkat edilmeli, gerekirse zorunlu yatırıma ilişkin koşullar veya süre sınırlamaları gibi hususlara da yer verilmelidir. Ayrıca Roaming ücretlerinin maliyet tabanlı belirlenmesi gerekmektedir⁹⁷.

Arabağlantı ve roaming anlaşmalarına ilişkin olan bir diğer konu da telekomünikasyon işletmecilerinin birbirleriyle yaptıkları bu sözleşmelerin idari sözleşmesi mi yoksa özel hukuk sözleşmesi mi olarak kabul edileceği ile ilgilidir. Bu konuda Kanun’da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konudaki uyuşmazlıklar yargı mercilerini meşgul etmektedir⁹⁸.

27.04.1998 tarihinde TTAŞ ile Turkcell ve Telsim arasında imzalanarak yürürlüğe giren “Ara Bağlantı Sözleşmesi”nin iptali istemiyle açılan davanın Danıştay’ca, ilk derece mahkemesi olarak görevli görülmemeyerek, Ankara İdare Mahkemesi’ne gönderilmesi sonucunda verilen kararda⁹⁹, İdare Mahkemesi adı geçen sözleşmeyi “imtiyaz sözleşmelerine dayalı olarak yapılan idari sözleşme” olarak nitelendirmiş ve sözleşmenin çağrı sonlanma ücretleriyle ilgili bölümünü kamu yararına aykırı bularak iptal etmiştir¹⁰⁰.

Oysa, arabağlantı ve roaming sözleşmelerinde herhangi bir işletmecinin üstün ve ayrıcalıklı yetkilere sahip olması söz konusu olmamaktadır. Ayrıca taraflardan birinin her

⁹⁶ Topkaya, s. 53.

⁹⁷ Topkaya, s. 52 vd.

⁹⁸ Ulusoy A. : Telekomünikasyon Alanındaki Son Yasal Düzenlemeler ve Uygulamaların Değerlendirilmesi, Perşembe Konferansları, Kasım-Aralık 2000, s. 77.

⁹⁹ Ankara 9. İdare Mahkemesi, 4. 10. 2000, E. 1999/577, K. 2000/831.

¹⁰⁰ Ulusoy, s. 78.

zaman idare olması da zorunlu değildir. Özellikle 2003 yılı sonundan itibaren, sabit telefon ve altyapıda tekel hakkı sona erdiğinden, TTAŞ dışında özel kişilerin de arabağlantı yükümlüsü olmaları söz konusudur. Dolayısıyla, arabağlantı ve roaming sözleşmelerinde her iki tarafının da özel kişiler olması mümkündür. Bu durumda, bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için, taraflardan birinin idare olması kriteri bu tür sözleşmeler için her zaman mümkün olmadığı gibi, bir tarafa üstün hak ve ayrıcalık tanınması da söz konusu olmamaktadır^{101, 102}.

VI. REGÜLASYON (DÜZENLEME)

A. Genel Olarak

Regülasyon, sektörün bağımsız düzenleyici kurum tarafından düzenlenmesi ve denetlemesi olarak tanımlanabilmektedir. Bağımsız düzenleyici kurumlar, fazla ayrımcı olmayan ve toplam gelirin toplam maliyetleri karşıladığı fiyatların tespiti konusunda faaliyette bulunmaya çalışırlar. Bu nedenle öncelikli amaçlarını ekonomik etkinliği sağlamak olarak görmezler¹⁰³.

Piyasa aksaklıkları, piyasalarda rekabetin engellenmesine ve bazı firmaların tekel haline gelmesine, bazılarında ise rekabetin ekonomik etkinliği sağlamamasına neden olur. İki halde de piyasa yapısının tekelci olması söz konusudur. Ancak bu piyasa aksaklığı piyasada faaliyet gösteren firmanın davranışından kaynaklanmaktadır. Rekabete aykırı bir takım faaliyetler sonucu firma rakiplerini piyasa dışına iterek piyasanın tamamını kontrolü altına almakta ve bu şekilde tekel haline gelmektedir. Tekel durumuna gelen firmanın davranışı ise etkinsizliğe yol açıp, piyasada toplumsal refahı azaltmaktadır¹⁰⁴.

¹⁰¹ Fransız İdare Hukukunda, çok istisnai bazı durumlarda sözleşmede bir tarafın üstün ve ayrıcalıklı yetkilere sahip olması ve kamu hizmetinin yürütülmesi şartlarının varlığı durumunda, iki özel kişi arasında akdedilen sözleşmelerin de idari sözleşme olabileceği kabul edilmektedir. Örneğin imtiyaz sahibinin hizmetin bir bölümünü bir özel kişiye yaptırtmak amacıyla yaptığı sözleşme imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilmiştir. Fakat Türk hukukunda taraflardan en az birinin idare olmadığı sözleşmeler, idari sözleşme olarak kabul edilmemektedir, René Chapus, Droit du Contentieux administratif, 4e édition, Montchrestien, Paris, 1993, s. 502-508; René Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 11e édition, Montchrestien, Paris, 1997, s. 517-514 (Ulusoy, s. 78, dipnot 19'dan naklen).

¹⁰² Ulusoy'a göre, arabağlantı ve roaming sözleşmelerinin idari sözleşme değil özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmesi ve idari yargının bu sözleşmelere ilişkin davalarda görevsizlik kararı verip, adli yargıyı görevli görmesi hem AB hukuku ile uyumun sağlanması açısından yerinde olacak, hem de idari yargı ile adli yargı arasındaki görev paylaşımındaki mevcut ilke ve kurallara daha uygun olacaktır; bkz. Ulusoy, 78 vd.

¹⁰³ Erol, M. : Doğal Tekellerin Düzenlenmesi ve Telekomünikasyon Sektöründe Düzenleyici Kurum, DPT Uzmanlık Tezi, 2003, s.19.

¹⁰⁴ İçöz, s. 11 vd.

İkinci durumda ise, tekel durumu piyasanın maliyetlerle ilgili yapısal özelliklerinden kaynaklanmaktadır. Bu kez etkinsizliğe birden fazla teşebbüsün rekabet halinde piyasada faaliyet göstermesi sebep olmaktadır. Özellikle doğal tekellerin yarattığı etkinsizliklerin giderilmesi, negatif dışsallıkların ortadan kaldırılması ve ekonomik etkinliğin yeniden sağlanabilmesi gibi hedefler devletin bu sektörlerle müdahalesi için gerekçe oluşturmaktadır. Piyasa aksaklıklarının devletin çeşitli kurumları aracılığıyla giderilmesi için amacıyla bu piyasaların düzenlemeye tabi tutulması (ekonomik regülasyon) söz konusu olmaktadır¹⁰⁵.

Telekomünikasyon sektörünün dünya standartlarında yeniden yapılandırılabilmesi için çeşitli kamu kurum ve kuruluşlarına önemli görevler düşmektedir. Bu kurumlardan en önemlileri, ekonominin genelinde rekabetin tesis edilmesi için faaliyet gösteren RK ve sektörde düzenleme görevini yerine getirmeyi ve sektörün sağlıklı işlenmesini amaç edinen TK'dır. Bu iki kurumun ortak noktası, telekomünikasyon sektöründe rekabet koşullarının yaratılması ve sürdürülmesi konusunda her iki kurumun da yetki ve sorumluluklara sahip olmalarıdır. Ancak, bu ifadeden iki kurumun görev alanlarının çatıştığı sonucuna varmak yanlış olacaktır. Aksine iki kurumun görev tanımları birbiriyle çatışmaktan daha çok, birbirini tamamlar niteliktedir. Bu nedenle, aynı hedef doğrultusunda farklı görevleri bulunan iki kurumun koordinasyonun sağlanması, bu hedeflere ulaşma açısından zorunludur^{106, 107}.

B. Regülasyon (Düzenleme) Gerekçeleri

Düzenleme yapılmasının en temel gerekçelerinden biri, doğal tekel niteliği gösteren piyasalarda ortaya çıkan piyasa aksaklıklarının kamu yararını olumsuz yönde etkilemesi ve toplumsal refahı azaltmasıdır.

Diğer gerekçeler, aşırı kârın firmadan tüketicilere aktarılmasının sağlanması, talebin dönemsel farklılıkları nedeniyle düşük olduğu veya olmadığı durumlarda da o hizmetin devamlılığının sağlanması, bir mal veya hizmetin fiyatının gerçek maliyetini yansıtmadığı durumda oluşan negatif dışsallıkların giderilmesi, yıkıcı fiyat uygulaması gibi piyasada rekabeti bozucu davranışların önlenmesinin sağlanması, maliyet yapıları hakkında tüketicilerin eksik bilgiye sahip olması sonucunda ortaya çıkan piyasa aksaklıklarının giderilebilmesi

¹⁰⁵ İçöz, s. 12 vd.

¹⁰⁶ İçöz, s. 3.

¹⁰⁷ Birinci bölüm VII. D. kısmında RK ve TK arasındaki ilişkiye ayrıntılı olarak değinilmiştir.

amacıyla tüketicilerin piyasa hakkında yeterince bilgilendirilmesinin sağlanması şeklinde sıralanabilir¹⁰⁸.

Devlet, yukarıda sayılan amaçların biri veya birkaçına ulaşmak için çeşitli düzenleme mekanizmaları kullanarak piyasaları düzenler. Bazı hedeflerin birbiriyle çelişmesi söz konusu olursa, düzenlemenin tek bir hedefe yöneltilmemesi, toplumsal fayda/maliyet analizi yapılarak bir kaç gerekçe ile birlikte desteklenmesi gerekir. Düzenleme kararı verilirken bu toplumsal fayda analizinin yapılması bir zorunluluktur. Aksi halde piyasa aksaklıklarının maliyeti, düzenleme maliyetinden az olabilir. Böyle bir durumda düzenleme, toplumsal refahı olan piyasa aksaklığından daha fazla etkilenir¹⁰⁹.

Regülasyonun en fazla olduğu değişkenler fiyat, üretim miktarı ve teşebbüs sayısının kontrolü olarak sıralanabilir. Bunlarla birlikte yatırımların regüle edilmesi ve ürün kalitesi de söz konusu olabilmektedir¹¹⁰.

Uygulamanın bir taraftan kanun, bir taraftan ilgili yasal (anayasal) çerçeve, yetkililerin tercihleri, karşı karşıya oldukları kısıtlamalar, siyasi kurumlar ve kültür, seferber edebilecekleri siyasi güç, vb gibi faktörlerce etkilenmesi mümkündür. Dolayısıyla tasarı hazırlanırken bu gibi faktörleri göz önünde bulundurmalıdır. Diğer bir ifade ile regülasyonun ana kuralları; kurumları ve bunları uygulayacak kuruluşları, uygulayıcıları kanunda belirlenen hedeflere uygun davranmayı özendirerek biçimde tasarlanmalıdır. Kurumsal tasarımın; yasalar, anayasa, bunların yorumları ile uyumlu olması, olmaması halinde de ilgili ve gerekli yasal ve hatta anayasal değişikliklerin yapılması gerekmektedir. Tasarım sürecinde düşünülmesi gereken en önemli konulardan biri, bu uyumun sağlanması için yasal ve anayasal çerçevede ne kadar değişiklik yapılması gerektiğidir¹¹¹.

Göz önünde bulundurması gereken bir diğer konu, yatırımların yapılabilmesi için yatırımcıların düzenleyici kuralların ileride değişmeyeceğine, bir kere yatırım yapıldıktan sonra idari kurumların artan pazarlık güçlerini kötüye kullanmayacaklarına inanması gerekliliğidir. Aksi takdirde yatırım yapılmayacak veya risk arttığından yatırım maliyeti artacak veya yatırımcı daha yüksek bir getiri veya fiyat talep edecektir. Bir anlamda, düzenleyici kurumların, kuralların adil kalacağını inandırıcı bir biçimde taahhüt

¹⁰⁸ İçöz, s. 12 vd.

¹⁰⁹ İçöz, s. 12.

¹¹⁰ Erol, s. 37.

¹¹¹ Atiyas, İ. : Doğal Tekellerin Regülasyonu ve Rekabet, Perşembe Konferansları, Aralık 1999, s. 59.

edebilmeleri gerekir. Bu taahhütün inandırıcı olması için düzenleyicilerin ihtiyari davranabilecekleri alanların sınırlanması mümkün olmalıdır¹¹².

C. Regülasyon (Düzenleme) ve Özelleştirme İlişkisi

Kamu mülkiyetindeki iktisadi teşebbüslerin özel kişi ve kuruluşlara devredilmesi özelleştirme olarak tanımlanabilir. Özelleştirmenin başlıca amaçları; ekonomide verimliliğin yükseltilmesi, kamu sektörü dış finansman ihtiyacının azaltılması, hazine ve kamu kuruluşları için ek fon yaratılması, rekabetçi serbest piyasa ekonomisinin güçlendirilmesi, sermaye piyasasının geliştirilmesi ve sermaye mülkiyetinin yaygınlaştırılması olarak sayılabilir¹¹³.

Dünyada telekomünikasyon sektöründeki gelişmeler incelendiğinde, özelleştirmenin kamuya ait malların devlete gelir elde etmek amacıyla özel sektöre devrinden çok daha farklı amaçlarla gerçekleştirildiği görülmektedir. Özelleştirmenin en temel gerekçesi, kamunun elinde etkin olarak işletilemeyen ve kamu hizmeti olarak nitelendirilen (telekomünikasyon, elektrik gibi) hizmetleri sunan ve çoğunlukla devletlerin bütçelerinde yük oluşturan hantal işletmelerin, özel sektöre devriyle daha etkin olarak işletilmesi ve bu şekilde kaynak dağılımında etkinliğin sağlanacak olmasıdır. Ayrıca gelişmiş ülkelerin deneyimlerinden elde edilen sonuçlar da bu gerekçeleri doğrulamaktadır¹¹⁴.

Daha önce de belirtildiği gibi, teknolojik gelişmelere paralel olarak, telekomünikasyon sektörünün doğal tekeli özelliğinin süreklilik taşımayacağı görüşünün ağırlık kazanmasıyla birlikte, sektör regüle edilerek rekabete açılma yolunda gelişmeler kazanmıştır. Böyle bir gelişmenin, doğal tekeli daha önce regüle edilmiş ise “deregülasyon” ile sonuçlanması beklenir. Deregülasyon, ilgili sektördeki regülasyonun yapılmasını gerekli kılan piyasa aksaklıklarının çeşitli sebeplerle azalması veya ortadan kalkması nedeniyle, bu gelişmeye paralel olarak, düzenleyici kurumların o sektöre müdahalesini olanaklı kılan kuralların da azaltılmasını, yumuşatılmasını, uygulanma olanağının kısıtlanmasını veya tamamen ortadan kaldırılmasını ifade eder¹¹⁵. Deregülasyon geniş anlamıyla özelleştirme olarak tanımlanabilir. Devletin ekonomiye müdahalesinin ortadan kalkmasının piyasadan bir aktör olarak çekilmesi suretiyle gerçekleşmesi durumunu, yani özelleştirme sürecini işaret etmektedir. Bağımsız idari otoritelerin ortaya çıkmasının ve varlıklarının nedeni, özelleştirmeye koşut bir gelişme olarak,

¹¹² Atiyas, Regülasyon ve Rekabet, s. 59 vd.

¹¹³ Erol, s. 23.

¹¹⁴ İçöz, s. 2.

¹¹⁵ Türkkkan, s. 12; Gürzumar, s. 226.

özelleştirme öncesinde devletin müdahalesine farklı bir şekilde tabi olan bir ekonominin yerini almasıdır¹¹⁶.

Özelleştirme sonrası hedeflenen amaçlara ulaşabilmek için, özelleştirme öncesi firmaların ve piyasasının yeniden yapılandırılması önem arz etmektedir. Özelleştirme sonrası rekabetin sağlanabilmesi için özelleştirilecek teşebbüsün, parçalara ayrılarak, teşebbüsün doğal tekel niteliğindeki bölümlerinin rekabetçi bölümlerinden ayrılması ile daha iyi regülasyonların yapılabilmesi yeniden yapılandırma ile hedeflenmektedir¹¹⁷.

VII. TÜRKİYE'DE TELEKOMÜNİKASYON SEKTÖRÜ

A. Sektörün Tarihi Gelişimi

Osmanlı döneminde, 23 Ekim 1840 tarihinde Sultan Abdülmecit tarafından Postahane-i Amirane'nin kurulması ile Türkiye'de telekomünikasyonun sektörünün tarihi başlamaktadır. Telgraf Nezaretinin 1855 yılında kurulmuş, daha sonra 1871'de Posta ve Telgraf nezaretleri birleştirilerek, Posta ve Telgraf Nezaretine dönüştürülmüştür¹¹⁸.

İlk telefon hizmeti ise, Temmuz 1881'de İstanbul Soğukçeşme'deki Posta ve Telgraf Nezareti binasıyla Yeni Cami'deki postane arasına çekilen tek telli bir telefon ile verilmiştir¹¹⁹. İlk telefon santrali İstanbul Büyük Postane Binasında 1909 yılında kurulmuştur.

Türkiye'de ilk telefon sistemi İstanbul'da, 1911 yılında American Western Electric şirketine tanınan 30 yıllık bir imtiyaz karşılığında, bu şirket adına faaliyet göstermek amacıyla oluşturulan Dersaadet Telefon Anonim Şirketi tarafından kurulmuştur. I. Dünya Savaşı sırasında şirkete devlet tarafından el konulmuş, 1935'e kadar İstanbul ve civarında telefon hizmetlerini sağlamaya devam etmiştir¹²⁰. 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu 21 Şubat 1924 tarihinde kabul edilmiş ve özel şirketlerin elinde bulunan telgraf ve telefon hizmetleri düzenlenmeye çalışılmıştır. 1936 yılında çıkarılan 2290 sayılı Kanun ile de Posta Telgraf ve Telefon İdaresinin görevleri tanımlanmıştır¹²¹. 1939'da 3613 sayılı Kanun ile Ulaştırma

¹¹⁶ Gürzumar, O. B.: Zorunlu Unsura Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Ankara 2006, s. 228 vd.

¹¹⁷ Erol, s. 23.

¹¹⁸ İçöz, s. 47.

¹¹⁹ İçöz, s. 47.

¹²⁰ İçöz, s. 47.

¹²¹ Ardiyok, s. 213.

Bakanlığı'na bağlanmış, 1953 yılında çıkarılan 6145 sayılı Kanun ile iktisadi devlet teşekkülü olarak yeniden yapılandırılmıştır¹²².

1983 yılından sonra telekomünikasyon sektöründe büyük yatırımlar yapılmıştır. PTT ile etkin bir haberleşme altyapısı kurularak, ilerlemeler kaydedilmiştir. Hizmetlerin kalitesinin yükseltilebilmesi için, hızla yaygınlaştırılması sağlanan şebekeler, katma değerli hizmet verebilmesine imkân tanıyan teknoloji ile güncellenmiştir¹²³.

Telekomünikasyon şebekesinde 1983-93 yılları arasında; telefon santral kapasitesi 7 kat, buna bağlı olarak telefon abone sayısı da 7,4 kat artmıştır. 1989 yılı itibariyle bütün köylere telefon hizmeti götürülerek 1993 yılı sonunda mezralar dahil 46.000 kırsal yerleşim alanı telefona kavuşmuştur. Ankesörlü telefon sayısı 1983 yılında 7 bin civarında iken 1993 yılında 54 bine yaklaşmıştır. Telefon abone yoğunluğu % 5'ten % 20'ye çıkmış santrallerin otomatikleşme oranı yüzde yüze yaklaşmıştır. 1980'lerin başında sunulamayan veri iletim hizmetleri, mobil telefon hizmetleri, hareket halindeki araçlar arasında ve araçlarla sabit noktalar arasında haberleşme olanağı sağlayan uydu hizmetleri gibi hizmetler sunulmaya başlanmıştır¹²⁴.

1 Temmuz 1994 tarihine kadar, T.C. Posta, Telgraf ve Telefon İşletmesi Genel Müdürlüğü tarafından tekel olarak yürütülen telekomünikasyon hizmetlerinin, 4000 sayılı Kanun ile posta ve telgraf hizmetlerinden ayrılarak, telekomünikasyon hizmetlerini yürütmek üzere Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi (TTAŞ) kurulmuştur¹²⁵. 4000 sayılı Kanun ile, katma değerli telekomünikasyon hizmetlerinin sunulması için lisans verilmesinin yolu açılmıştır. Bu dönemde lisans verme yetkisi TTAŞ'ın teklifi ile Bakanlar Kurulu tarafından kullanılmıştır. Mobil operatörler ve kablo-TV operatörleri faaliyetlerine başlamışlardır.

Teknolojinin sürekli şekilde gelişimine karşın kendi uydu sistemini de oluşturan Türk telekomünikasyon sektörü, 1994 sonrasında bu gelişime bir türlü ayak uyduramamış, 1994 yılında yaşanan ekonomik kriz, bütçe açıklarını kapatmaya yönelik olarak kamu yatırımlarının azaltılmasına neden olmuş ve 1983'den beri yıllık ortalama % 20 civarında

¹²² İçöz, s. 47.

¹²³ Yılmaz, K. : Türk Telekomünikasyon Sektöründe Reform: Özelleştirme, Düzenleme ve Serbestleşme, Perşembe Konferansları, Şubat 2000, s. 12.

¹²⁴ İçöz, s. 50.

¹²⁵ Ardıyok, s. 215.

olan şebekenin gelişme oranı ilk kez % 10'un altında gerçekleşmiş¹²⁶ ve 1994 sonrasında izlediği yanlış politikalar neticesinde dünyanın gerisinde kalmıştır¹²⁷.

Analog olarak 1986 yılında başlayan mobil haberleşme, 1994 yılında sayısal mobil haberleşmeye geçilmesiyle telekomünikasyon sektöründe görülen olumlu gelişmeler arasında yer almıştır. Yine aynı yıl ilk uydusuna kavuşan sektör, 1996'da Türkiye Ulusal İnternet Altyapı Ağı (TURNET) ile tanışmıştır. Olumsuz olarak sonuçlanan bu girişim, 1998 yılında TTNet adı altında internetin yurt çapında yayılması amacıyla bir başka projeye yinelenmiştir¹²⁸.

B. Yapılan Hukuki Düzenlemeler

406 sayılı Kanun ile posta, telgraf ve telefon, tesis ve işletilmesi görevini üstlenen PTT, uzun yıllar idari düzenleme ve işletmecilik işlevlerini birlikte yürütmüş, katma değerli hizmet sağlayan firmaların şebekeye erişimi, erişim ücretleri ve şebekeye bağlanacak olan teçhizatın tip onayının verilmesi gibi hususlarda tek yetkili olmuştur¹²⁹.

Telekomünikasyon sektöründe gerçekleştirilen ilk regülasyon 2813 sayılı Telsiz Kanunu ile radyo frekans alanında olmuştur. Bu kanun ile radyo frekans planlaması ve tahsisine ilişkin regülasyon görevi Ulaştırma Bakanlığı'na bağlı Telsiz İşleri Genel Müdürlüğü'ne verilmiştir¹³⁰.

Günün gelişen koşulları dikkate alınarak, önceleri kapsam ekonomilerinden yola çıkarak birlikte yürütülmesi düşünülen telekomünikasyon ile posta ve telgraf hizmetlerinin, ayrılması gerektiği görülmüştür. 509 sayılı KHK ile yapılan ilk girişim, bu Kararnamenin Anayasa Mahkemesi tarafından yürürlüğünün durdurulmasını müteakip¹³¹ iptal edilmesi¹³² ile sonuçlanmıştır. Sonrasında yürürlüğe giren 4000 sayılı Kanun ile bu hizmetler

¹²⁶ Topkaya, s. 42.

¹²⁷ Yılmaz, s. 12.

¹²⁸ Topkaya, s. 42.

¹²⁹ Topkaya, s. 42.

¹³⁰ Topkaya, s. 42.

¹³¹ 21.10.1993 tarih ve 1993/40-1 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı

¹³² 1993/40-2 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı, Anayasa Mahkemesinin gerekçeli iptal kararında; özelleştirme usul ve esaslarının, satışa arz edilecek hisselerden T.C. Posta İşletmesi Genel Müdürlüğü'ne ayrılacak payın, işletme lisans ve ruhsatlarından alınacak ücretler ile sermaye şirketlerinin işletme hasılatından ve hisse satış hasılatından TTAŞ'a ayrılacak payın belirlenmesi hususlarında Ulaştırma Bakanlığı'na verilen yetkilerin bizzat yasa koyucu tarafından yasa kuralıyla yapılması gerektiği ve bu düzenlemelerin yetki devri anlamına geldiği belirtmiştir. Bu durum Anayasa m. 7'ye aykırı olduğu için iptal edilmiştir; bkz. Çakal, s. 18.

birbirinden ayrılmış ve telekomünikasyon hizmetlerini yürütmek üzere 233 sayılı KHK ile TTK'ya (kuruluş ve tescile ilişkin hükümler hariç) ve özel hukuk hükümlerine tabi TTAŞ kurulmuştur¹³³.

4000 sayılı Kanun'da Ulaştırma Bakanlığı'na TTAŞ hisselerinin % 49'unun satılmasına ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi ile katma değerli hizmetlere ilişkin olarak lisans ve ruhsat verme yetkisi verilmiştir. Ancak bu Kanun hakkında açılan yürütmeyi durdurma davası neticesinde Anayasa Mahkemesi öncelikle yürütmeyi durdurmuş¹³⁴ ve sonrasında 406 sayılı Kanun'a eklenen bazı maddeleri iptal ederek¹³⁵, diğer maddelere ilişkin yürütmeyi durdurma kararını kaldırmıştır¹³⁶.

Ulaştırma Bakanlığı'nın özelleştirme konusundaki yetkileri 4107 sayılı Kanun ile birlikte Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'na devredilerek, özelleştirme koşulları düzenlenmiştir. Bu Kanunun bazı hükümleri de önceki düzenlemelerde olduğu gibi Anayasa Mahkemesi Kararı ile iptal edilmiştir¹³⁷.

Sektöre yönelik bugüne kadar yapılan en önemli düzenleme ise, 406, 2813 ve 3348 sayılı Kanun'larda değişiklik öngören 4502 sayılı Kanun'dur. TTAŞ bu kanunla yeni bir statüye kavuşmuştur. Yapılan değişikliklerle siyasi iradenin müdahalelerinden soyutlanması ve oluşturulacak özerk bir düzenleyici kurum ile detaylı bir düzenleme ve denetime tabi olması sağlanmıştır. Ayrıca diğer bir değişikliğe göre, kamu hizmeti niteliğini haiz olan telekomünikasyon hizmetlerinde faaliyet gösterecek olan şirketlerin piyasaya girişleri telekomünikasyon ruhsatı veya imtiyaz sözleşmesi imzalanması suretiyle mümkün olacaktır. Böylece telekomünikasyon hizmeti sunacak olan işletmecilerin yükümlülükleri açık ve net olarak saptanabilecektir. Kamu hizmetini haiz olmayan telekomünikasyon hizmetlerinin ise genel izin kapsamında sağlanması düşünülmüştür¹³⁸.

Bu Kanun ile; sektörde politika belirleme yetkisi Ulaştırma Bakanlığı'na bırakılmış, 4502 sayılı Kanun ile 1983 tarih ve 2813 sayılı Kanun ile kurulan ve frekans planlamasından sorumlu olan Telsiz Genel Müdürlüğü lağvedilmiş, temel

¹³³ Topkaya, s. 42.

¹³⁴ 16.08.1994 tarih ve 1994/65-1 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı.

¹³⁵ 22.12.1994 tarih ve 94/65-3 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı ile Ek 17'nci madde ile Ek 18'nci maddenin 2. ve 3. fıkraları iptal edilmiştir.

¹³⁶ Topkaya, s. 42.

¹³⁷ Topkaya, s. 43.

¹³⁸ Topkaya, s. 44.

telekomünikasyon hizmetlerinde süregelen yasal tekelin 2004 yılı başı itibarıyla kaldırılacağı ve sektörde liberalizasyona gidileceği belirtilmiştir. Ayrıca sektörü yakından izlemeye, fiyatlandırma, ara bağlantı ve hizmet kalitesi gibi konularda teknik nitelikli yönetmelikler ve diğer idari düzenleme ve işlemleri yapmaya, görev sözleşmesi, imtiyaz sözleşmesi, telekomünikasyon ruhsatları ve genel izinlerin şartlarına uyulmasını denetlemeye ve bazı idari para cezaları uygulamaya TK adlı bağımsız bir düzenleyici kurum yetkili kılınmıştır¹³⁹.

Sektöre yönelik çıkarılan son kanun olan 4673 sayılı Kanun ile Ulaştırma Bakanlığı'nın yetkilendirme sözleşmelerine yönelik yetkileri TK'ya devredilmiştir. Ayrıca kamuda bir altın hisse kalmak kaydıyla, TTAŞ hisselerinin tamamının özelleştirilmesi yolu açılmış ve kamu payının % 50'nin altına düşmesi durumunda 2003 yılının sonuna kadar sürmesi 4502 sayılı Kanun ile hüküm altına alınan yasal tekel hakkının, bu yıldan önce sona ermesi hükme bağlanmıştır¹⁴⁰.

01.01.2004 tarihi itibarıyla ulusal ve uluslararası ses iletiminde "yasal tekel" ortadan kalkmıştır. Ancak "yasal tekel" kalkmış olmasına karşın, işletmelerin ulusal ve/veya uluslararası telefon hizmeti sunmaları, öncelikle söz konusu faaliyetin bir yetkilendirme konusu edilmesini, ardından belirlenecek yetkilendirme türüne göre işletmelerin TK'dan yetki belgesi almalarını gerektirmektedir. Yetkilendirme türü ücretlerini belirleme yetkisi Bakanlar Kurulu'na aittir. Söz konusu bedeller 2.1.2004 tarihli ve 25334 sayılı RG'de yayımlanmıştır. Bunun ardından, 04.05.2004 tarih ve 2004/235 sayılı TK kararı ile UMTH hizmeti sunmak isteyen şirketlerin, yetkilendirme ücretini ödemelerinin yanı sıra; mevzuat ve Kurum düzenlemeleri ile belirlenmiş olan tüketici haklarının yaygın ihlâli nedeni ile oluşabilecek olası tüketici mağduriyetinin asgariye indirebilmesi ve yükümlülüklerle ilgili diğer hususlarda uygulamadaki aksaklıkların giderilmesine yönelik olarak 250.000 Euro tutarında, ülkemizde faaliyet gösteren bir bankadan alınmış, 01.01.2007 tarihine kadar geçerli, gayri kabili rücu kesin teminat mektubu vermeleri kararlaştırılmıştır. TK'nın ruhsat bedeli yanı sıra banka teminatı istenmesinin küçük ve orta ölçekli firmaların rekabet edebilmelerini kısıtlayan, bozan ve önleyen bir girişim olduğu bu girişimin büyük sermaye gruplarına sektöre girişte avantaj sağladığı iddia edilerek, "sağlıklı bir rekabet ortamının yaratılabilmesi için bu uygulamanın gözden geçirilmesi ve gereğinin yapılması" talep edilmiştir. TK'ca yapılan bu yetkilendirme

¹³⁹ Sarı, s. 75.

¹⁴⁰ Topkaya, s. 45.

düzenlemesi, tekelin "UMTH" ye ilişkin olan kısmının kaldırılması yönünde ilk adım olarak atılmıştır¹⁴¹.

Bunu değerlendiren RK, hizmetin sunulmasının "gerekli tedbirler alınmaksızın" gerçekleşmeyeceğini ve söz konusu tedbirlerin, daha ucuz ve daha çeşitli hizmetleri temin etme olanağına sahip olmak gibi tüketicilere uzun vadede fayda sağlayacağı kuşkusuz olan rekabetin bir an evvel tesis edilmesi için gerekli adımları içermekle beraber, hizmetleri temin edecek kullanıcıların kısa vadede, hizmeti temin eder etmez korunmalarını sağlayacak adımları da içermesi gerektiği şeklinde görüş beyan etmiştir. RK'ya göre, UMTH sunmak isteyen şirketlerin oluşabilecek olası tüketici mağduriyetinin asgariye indirebilmesi ve yükümlülüklerle ilgili diğer hususlarda uygulamadaki aksaklıkların giderilmesine yönelik olarak 250.000 Euro tutarındaki teminat mektubu vermeleri ilk etapta serbestleşme ertesinde oluşabilecek tüketici mağduriyetlerinin asgariye çekilmesi amacıyla alınmış bir önlem olmaktadır¹⁴².

Her ne kadar rekabet hukukunun asıl amacının, ülkedeki rekabet düzenini tesis etmek olduğuna ve bunu yaparken de dolaylı yoldan tüketicinin menfaatini korumak olduğuna dair görüş egemen olsa da, yukarıdaki durum değerlendirildiğinde bu kararlar RK'nın, küçük ve orta ölçekli firmaların rekabete girebilmesi ve böylece etkinliğin sağlanabilmesi gerekliliği üzerinde durmasından ziyade, ilk etapta tüketici menfaatini gözetme amaçlı bir karar verdiği kanaatine varmaktayız.

C. Telekomünikasyon Kurumu

4502 sayılı Kanun ile TK, telekomünikasyon hizmetleri ve altyapısı ile ilgili olarak işletmecilerin ve bu alanda kanuna uygun olarak ticari faaliyet içinde bulunanların, hizmetlerin yürütülmesi, altyapının işletilmesi ve çeşitli telekomünikasyon teçhizat ve cihazları üreten veya satanların bu hizmet ve faaliyetlerini Türkiye dahilinde tam bir rekabet ortamı içinde gerçekleştirmelerini sağlamak ve teşvik edici tedbirleri almak üzere kurulmuştur. TK sektörün idari düzenlemelere ilişkin işlevini üstlenmektedir. Telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve altyapısının işletilmesi ile ilgili hususlarda gerekli düzenlemeleri yaparak, hem bu hizmetlerde hem de genel olarak telekomünikasyon sektöründe rekabete aykırı davranış, plan ve uygulamaları resen veya şikâyet üzerine incelemekle görevlendirilmiştir. Ayrıca sektöre, telekomünikasyon

¹⁴¹ RK Kararı, D. 2004-2-42 (İlk İnceleme), K. 04-43/534-131, T. 24.6.2004.

¹⁴² RK Kararı, D. 2004-2-42 (İlk İnceleme), K. 04-43/534-131, T. 24.6.2004.

hizmetleri ve altyapının işletimi ile ilgili olarak görev alanına giren konularda yönetmelik çıkarma yetkisi tanınmıştır. *Ex-ante* uygulamaları içeren bu yetkisinin yanı sıra Türk telekomünikasyon sektörünü etkileyen tüm gerçek ve tüzel kişilerin ilgili mevzuata uymasını denetlemek, bu hususta ilgili makamları harekete geçirmek ve gereken hallerde kanunlarda öngörülen yaptırımları uygulamak gibi *ex-post* uygulamalara yönelik yetkilere de sahiptir¹⁴³.

TK, sektörün rekabet koşullarını dikkate alarak yapacağı düzenlemelerle sektördeki erişim koşullarını belirleyecektir. Bu düzenlemeleri gerçekleştirirken ve denetim görevini yerine getirirken, yürürlükte olan rekabet mevzuatını da dikkate almalı ve RK ile koordineli bir ilişki içinde olmalıdır¹⁴⁴.

Telekomünikasyon sektörü de, diğer sektörler gibi, RKHK kapsamındadır. Bir diğer kanun ya da sektöre özgü düzenleme ile herhangi bir muafiyet getirilmemiştir. RK, kanunun verdiği yetki kapsamında, telekomünikasyon sektörüne yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un gereklerini yerine getirmekle yükümlüdür¹⁴⁵.

Telekomünikasyon pazarında hiç kimse TK ile bir görev, imtiyaz sözleşmesi yapılmış veya TK tarafından bir telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin verilmiş olmadıkça, telekomünikasyon hizmeti yürütemez ve/veya altyapısı kuramaz ve işletemez¹⁴⁶. Dolayısıyla TK'nın, yetkilendirmenin her bir hizmet türü için ayrı ayrı olmak üzere imtiyaz sözleşmesi, telekomünikasyon ruhsatı veya genel izinden hangisi ile, nasıl ve hangi şartlarla yapılacağını belirlemesinin ardından işletmeler pazara giriş için başvuruda bulunabileceklerdir¹⁴⁷.

¹⁴³ Topkaya, s. 46.

¹⁴⁴ Topkaya, s. 46.

¹⁴⁵ Topkaya, s. 55.

¹⁴⁶ 4502 sayılı Kanun m. 2'de "Hiç kimse Bakanlıkla bir görev, imtiyaz sözleşmesi yapılmış veya Bakanlık tarafından bir telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin verilmiş olmadıkça, telekomünikasyon hizmeti yürütemez ve/veya altyapısı kuramaz ve işletemez" ifadesi yer almaktadır. 4673 sayılı Kanun ile lisans verme yetkisi TK'ya geçmiştir. Aynı Kanunla Ulaştırma Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'unda, Haberleşme Genel Müdürlüğü'nün görevleri arasında sayılan ve 4107 sayılı Kanunla getirilmiş olan "Telekomünikasyon İşletmeciliği yapacak sermaye şirketlerinin yeterlik şartlarını düzenlemek, lisans belgesi vermek, denetlemek, telekomünikasyon terminal cihazlarına tip ve uygunluk onayı vermek ya da verdirmek" hükmü kaldırılmıştır.

¹⁴⁷ Topkaya, s. 47.

D. Rekabet Kurumu İle Telekomünikasyon Kurumu Arasındaki İlişki

“Serbest rekabet ortamının sağlanması ve korunması” gibi Anayasa’nın 5, 48, 167 ve 172. maddeleri ile benimsenmiş bir ilkeye ve yoğun bir biçimde düzenlemelere tâbi kılınmış telekomünikasyon sektöründe; spesifik düzenlemeler gibi rekabet kurallarından farklı araçlara da açıkça yer verilmiş olması, bu sektörde düzenleyici kurallar ile rekabet kurallarının uygulanmasında büyük bir hassasiyeti gerektirmektedir¹⁴⁸.

Telekomünikasyon düzenlemeleri, belirgin bir biçimde “sektörde tekellerin ortadan kaldırılması” ve “telekomünikasyon sektörünün yeniden yapılandırılması” çabası içindedir. Ülkemizde telekomünikasyon sektörünün yeniden yapılandırılması için ilk girişim, 27.01.2000 tarihli 4502 sayılı Kanun ile olmuştur. 4054 sayılı RKHK ise, bunun aksine tekellerin ortadan kaldırılmasını değil, ancak piyasa dışı yollarla gerçekleşen tekelleşme ve buna dayalı gücün kötüye kullanılmasını önleme çabası içinde bulunmaktadır. Buna göre, tek başına bu düzenlemelere aykırılığın “4054 sayılı RKHK’ya aykırılıktan” ziyade, “rekabetin gelişmesi için gerekli zeminin oluşturulması amacıyla getirilmiş kurallara aykırılık olarak” ele alınması gerekmektedir¹⁴⁹.

4054 sayılı RKHK ile 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu’ndaki düzenlemelerde yer alan çakışma ve söz konusu bu iki yasanın işaret ettiği kurumların farklı olması, telekomünikasyon alanında rekabete ilişkin düzenleme ve yetki probleminin kaynağını teşkil etmektedir¹⁵⁰.

4054 sayılı RKHK m. 2’ye göre; Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde her türlü mal ve hizmet piyasasında faaliyet gösteren ya da etkileyen her türlü teşebbüsün rekabet engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşmaları, piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetleme bu Kanun kapsamına girmektedir. Bu doğrultuda telekomünikasyon sektörünün de diğer sektörlerden bir farkı olmadığı ve RKHK kapsamında değerlendirildiği görülmektedir.

¹⁴⁸ RK Kararı, D. 2002-2-52/ÖA-02-H.B. (SR.), K. 04-68/976-236, T. 25.10.2004.

¹⁴⁹ RK Kararı, D. 2002-2-52/ÖA-02-H.B. (SR.), K. 04-68/976-236, T. 25.10.2004.

¹⁵⁰ Yeşil, İ. : Rekabet Kurumu Kararları Işığında Telekomünikasyon Sektörü, Rekabet Forumu, Aralık 2006, s. 24, (www.rekabetderneği.org).

406 sayılı Kanunu'nun m. 4/1 bendinde yer alan, tüm telekomünikasyon alanlarında, RKHK hükümleri ve TTAŞ'ın Kanunda belirlenen tekel hakları saklı kalmak kaydıyla, serbest rekabet ortamı sağlanması ve korunması ile ilgili olan hüküm de, RKHK'nın kapsamına uygun olarak düzenlenmiştir.

406 sayılı Kanun m. 10 hükmü ise; telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesinde ve alt yapının işletiminde serbest rekabeti engelleyici sonuçlara yol açmayacak tedbirleri TK'nın alması gerektiğine dair bir düzenleme getirmiştir. Bu durum, telekomünikasyon sektöründeki rekabet düzenine ait tedbirlerin RK tarafından değil de, TK tarafından yapılması gerektiğine ilişkin olarak bir çelişki yaratmaktadır. Aynı şekilde 2813 sayılı Telsiz Kanunu m. 7/1 bendinde yer alan, tüm telekomünikasyon hizmetleri faaliyetiyle ilgili olan işletmecilerin faaliyetlerini, Türkiye dahilinde tam bir rekabet ortamı içinde gerçekleştirmelerinin sağlanması ve bu doğrultuda teşvik edici tedbirlerin alması ile ilgili olarak TK'ya yetki verilmesine dair olan düzenleme de bu çelişkiyi arttırmaktadır.

Bununla birlikte, 2813 sayılı Kanun m. 7/o bendinde yer verilen, TK'nın genel olarak telekomünikasyon sektöründe yer alan hizmetlere ilişkin rekabete aykırı davranış, plan ve uygulamaları re'sen veya şikayet üzerine incelemeye yetkili olduğu ve görev alanına giren konularda bilgi ve dokümanların sağlanmasını talep edebileceğine dair olan düzenleme, rekabet ihlalleri karşısında kurumlardan hangisine başvurulması gerektiği hakkında bir sorun teşkil etmektedir.

Bütün bunlara ek olarak, 4052 sayılı Kanun m. 16/m bendinde, RK'nın telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak vereceği tüm kararlarda, öncelikle TK'nın görüşünü ve yapmış olduğu genel düzenleyici işlemleri dikkate alması gerektiği şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. RK'nın TK'dan isteyeceği görüş, olayda rekabet ihlali olup olmadığı hakkında değildir. Burada bahsedilen görüş almaktan kasıt, telekomünikasyon sektörüne ait olarak edinilmesi gereken bilgi ve faydalanılması gereken tecrübedir. Bu görüş alındıktan sonra RKHK gerek RK'ca, gerek hukuk mahkemelerince uygulanabilecektir¹⁵¹.

Görüldüğü gibi yukarıda yer alan ilgili hükümler, bu iki kurum arasındaki yetki problemini oluşturmaktadır. Bu sorunun üstesinden gelebilmek için, rekabet otoritesi ile sektörel düzenleyici otoritenin hangi alanlarda yetkili olduğunun açık bir şekilde

¹⁵¹ RK Kararı, K. 04-68/976-236, T. 25.10.2004.

belirlenmesi gerekmektedir¹⁵². Bu sebeple, öğretide savunulan rekabet kurallarının uygulanması konusunda ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklara meydan vermemek için bu konuya ilişkin olarak kanuni bir düzenlemenin yapılması da uygun olacaktır¹⁵³.

Bu amaç doğrultusunda 16.09.2002 tarihinde TK ile RK arasında imzalanan “İşbirliği Protokolü” hazırlanmıştır. Bu protokol ile tarafların, telekomünikasyon sektöründe serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamının oluşması ve geliştirilmesine yönelik yetki ve görev alanlarına giren konuların etkin bir şekilde ele alınmasına ilişkin usulü belirlenmiş, işletmecilerin şikayetlerini veya bildirimlerini her iki kuruma veya kurumlardan birine götürerek birbirleriyle çelişebilecek nitelikte ve/veya kendi lehlerine olabilecek nitelikte kararların (ortam tercihi-forum shopping) alınmasının engellenmesi ve ilgili mevzuatın yorumlanmasında müşterekliğin sağlanması, karşılıklı işbirliğin ve bilgi aktarımının oluşması amaçlanmıştır. RK ve TK, telekomünikasyon sektörü ile ilgili her türlü durumda birbirlerinden görüş almayı yazılı bir prosedüre bağlamışlar ve aynı zamanda sektörde rekabete ilişkin düzenleme, şikayet ve ihlallerin çalışma grupları ve koordinasyon komitelerinde değerlendirilerek sektörde sağlıklı rekabetin tesis edilmesine yönelik iradelerini ortaya koymuşlardır^{154,155}.

Düzenleyici iki kamu otoritesi arasında ihtilaf haline gelmiş, telekomünikasyon sektöründe ihlal niteliğine erişmiş konuların çözülmesi sürecinde izlenecek yöntem; bu görev örtüşmesinden dolayı ara kesitte bulunan konuların hallinin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun olarak bir koordinasyon içinde, beraber mütalaa edilerek birlikte çözümünü veya diğer kurumun tasarruf ve görüşleri göz önüne alınarak, mukayeseli olarak daha fazla ilintili ve konuda yetkinliği daha belirgin olan idarece çözümünün akılcı bir yol olduğunun benimsenmesidir. Bu akılcı yolun bulunamadığı, kurumların sadece kendi cephesinden olaylara baktığı, kendi yasalarındaki hükümlere bakarak, aslında konularla olan tali ilişkiye rağmen asli kararı oluşturma yoluna gittiği hallerde, RK ve TK arasında telekomünikasyon sektörüyle ilgili dosyalarda kısmen yaşanan yetki kargaşası gibi durumlar ortaya çıkmaktadır. Yetki kargaşasının giderilmediği hallerde, aynı konudaki dosyalarda çifte/çelişkili düzenleme yapılması tehlikesi ortadadır ve sonuçta, birbiri ile aynı mahiyette

¹⁵² Ariöz, s. 67.

¹⁵³ Erol, s. 154.

¹⁵⁴ <http://www.tk.gov.tr/tkekseni3/protokol.HTM> (son yararlanma: 19.03.2007).

¹⁵⁵ Ancak regülasyon kurumları, her ne kadar aralarında bir protokol imzalanmış olsa da, RK'nın telekomünikasyon sektörü üzerinde herhangi bir yetkisi olmadığına dair fikirler halen günümüzde yer almaktadır. Oğuz, F. : Rekabet Politikası ve Regülasyon: Dost mu Düşman mı?, Rekabet Forumu, S.33, s. 23.

olmayan, farklı önermelere sahip kararlar hatta parasal ceza ile ilgili konularda aynı ve tek suç/eylem için mükerrer veya birbiriyle oransız cezalar oluşturulma riski var olabilmektedir¹⁵⁶.

Örneğin; 406 sayılı Kanun m. 10'a göre, "mobil telekomünikasyon, data veya TK'nın belirleyeceği diğer hizmet veya altyapı işletmecileri, aynı alandaki diğer işletmecilerin yapacağı makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkân dahilindeki dolaşım taleplerini karşılamakla yükümlüdür." Aynı Kanun'un m. 2/f bendi ise, "işletmecilerin faaliyetlerinin mevzuata aykırılığı halinde, söz konusu Kurum'un ilgili işletmeciye bir önceki mali yıldaki cirosunun %3'üne kadar idari para cezası uygulayabileceğini" hükme bağlamaktadır. Bu çerçevede, dolaşım talebinde bulunulan işletmecinin hâkim durumda olması şartı, 4502 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemede aranmamıştır. Başka bir ifadeyle, pazarda hâkim durumda bulunmayan bir GSM operatöründen başka bir GSM operatörünün dolaşım talebinde bulunması halinde, birinci operatörün bu talebi karşılamak yükümlülüğü bulunacaktır. Bu durumda, kanundan doğan bu yükümlülüğe aykırı davranan işletmecinin eylemi, 406 sayılı Kanun'un 2/(f) maddesi anlamında "faaliyeti sırasında mevzuata aykırı davranmak" şeklinde değerlendirileceğinden, TK söz konusu işletmeciye (bu işletmeci hâkim durumda olmadığı ve -piyasada bu talebin yöneltilebileceği başka operatörler de bulunduğu göre- piyasaya giriş engeli yaratmış sayılmayacağı için RKHK'yı ihlal etmediği halde) bir önceki mali yılda elde ettiği cironun %3'üne kadar idari para cezasıyla cezalandırabilecektir¹⁵⁷.

Ancak asıl problem, bu aykırı davranışın hâkim durumdaki bir işletme tarafından gerçekleştirilmesi halinde cezalandırmanın ne şekilde olacağı ile ilgilidir. Örneğin; TK'ya yaptırım uygulama yetkisi verilmesi nedeniyle, piyasada hâkim durumda bulunan yerleşik bir teşebbüsün, piyasaya yeni girmek isteyen bir başka teşebbüse ait makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkân dahilindeki bir dolaşım talebini reddetmesi halinde söz konusu teşebbüs, 406 sayılı Kanun m. 2/f'de belirtildiği üzere bir önceki mali yılda elde ettiği cironun %3'üne kadar idari para cezasıyla cezalandırabilecektir. Şayet bu aykırı davranış hâkim durumdaki bir teşebbüs tarafından gerçekleştirilirse ve hâkim durumun kötüye kullanılmasını teşkil ederse, aynı zamanda RKHK m. 6 kapsamında idareye %10'a kadar para cezası verme yetkisi tanınmıştır. Fakat RKHK m. 6'nın münhasır olarak 406

¹⁵⁶ RK Kararı, D. 2002-2-52/ÖA-02-H.B. (SR.), K. 04-68/976-236, T. 25.10.2004.

¹⁵⁷ RK Kararı, D. SR/02-13, K. 03-40/432-186, T. 09.06.2003; ayrıca kararın değerlendirmesi için bkz. Gürzumar, s. 279 vd.

sayılı Kanun'un 10/V. ve bağlantılı 2/f maddesiyle zımnen ilga edilmesi söz konusu değildir. Ayrıca, kanun koyucunun diğer sektörlerdeki rekabet ihlalleri bakımından idare'ye %10'a kadar para cezası verme yetkisi tanırken, telekomünikasyon sektöründeki rekabet ihlalleri bakımından bu üst sınırı %3'e indirmeyi amaçlamış olamayacağı da açıktır¹⁵⁸.

406 sayılı Kanun m. 10/V. hükmünün ihlal edilip edilmediğinin tespiti için hâkim durumun varlığının ve kötüye kullanmanın gerçekleşip gerçekleşmediğinin ortaya konulmasına gerek bulunmamaktadır. Oysa RKHK için, davranışı gerçekleştiren teşebbüsün hâkim durumda olması ve bunu kötüye kullanmasının tespiti gerekmektedir. Doktrindeki bir görüşe göre, 406 sayılı Kanun m. 10/V. hükmünün telekomünikasyon hukuku alanında koruduğu menfaat, 4054 sayılı Kanun m. 6. rekabet hukuku alanında koruduğu menfaatten farklıdır. Bir fiilin ancak bir suç teşkil edebileceği kabulünden hareketle "işlediği bir fiilden dolayı suçlunun yalnız bir kere ceza görmesinin Ceza Hukuku'nda kural" olduğu kabul edilmektedir. Ancak aynı fiilin ayrı ayrı hukuk kurallarınca müeyyidelendirilmesi mümkündür. Dolayısıyla, ceza hukukundaki "bir fiile iki ayrı ceza verilemez" (ne bis in idem) genel kuralının idari yaptırımlar bakımından da aynen uygulanma olanağına sahip olduğunu söyleyebilmek mümkün görünmemektedir¹⁵⁹.

Ancak bizim kanaatimize göre, burada iki ayrı Kanun'a dayanılarak teşebbüse tek bir fiil nedeniyle farklı oranlarda iki ayrı ceza verilmesi, daha önce de belirtildiği üzere iki ayrı Kurum'un kendisini yetkili görerek duruma müdahale etmek istemesinden kaynaklanmaktadır. Keza Aslan'ın görüşüne göre de, bir işletmenin tek bir davranışı ile iki ayrı kanunu ihlal etmiş olması halinde, iki ayrı ceza uygulanması mümkün değildir. Bunun mümkünatı ancak belirli bir idari makam tarafından bir işletmeye iki farklı sıfat ya da nitelik verilmesi nedeniyle olabilir. Ancak iki ayrı kurumun aynı konuda kendini yetkili görerek ilgili teşebbüsün tek bir fiili nedeniyle, iki ayrı ceza verilmesi mümkün değildir¹⁶⁰.

RK kararlarında bazen tarafların bu yetki kargaşasından faydalanıp, savunmalarında hadiseleri kendi lehlerine yorumlamak istedikleri görülmektedir. Örneğin

¹⁵⁸ RK Kararı, D. SR/02-13, K. 03-40/432-186, T. 09.06.2003; ayrıca kararın değerlendirmesi için bkz. Gürzumar, s. 275 vd.

¹⁵⁹ Bu konuda Duran, Özay ve Oğurlu da aynı görüşe sahiptir; ayrıntılı bilgi için bkz. Duran, L.: İdare Hukuku Meseleleri, İstanbul 1964, s. 610; Özay, İ.: İdari Yaptırımlar, İstanbul, 1985, s. 63-64; Oğurlu, Y.: İdari Yaptırımlar Karsısında Yargısal Korunma, Ankara, 2001, s. 79 vd; Gürzumar, s. 279 vd.

¹⁶⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aslan, Rekabet Kurumu'nun Telekomünikasyon Alanındaki Kararları ve Yetkisi, Rekabet Hukuku'nda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, Kayseri 2003, s. 42.

TTAŞ bir savunmasında, RK'nın yapısal tedbirler alma yetkisi bulunmadığı, bu nedenle TTAŞ'ın ayrılmasına yönelik görüşlere katılma olanağının olmadığı, kanunda gösterilmiş yetkilerin açıkça aşıldığını ifade etmiştir. Ancak 4054 sayılı Kanun m. 9/1'de "İhlale Son Verme" başlığı altında, RK'nın, ihbar, şikayet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya resen RKHK'nın 4, 6 ve 7. maddelerinin ihlal edildiğini tespit etmesi halinde, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine, rekabetin tesisi ve ihlâlden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir karar bildirebileceğine" dair bir düzenleme yapılmıştır. Dolayısıyla açıkça yer verildiği üzere RK yapısal tedbirler alma konusunda yetkili kılınmıştır¹⁶¹.

Sonuç olarak, T.C. sınırları içinde tüm mal ve hizmet piyasalarındaki rekabetin tesisi ve korunması amacını hedefleyen 4504 sayılı Kanun'un kapsamı çerçevesinde, rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı eylemlere karşı her sektörde olduğu gibi telekomünikasyon sektörünün genelinde ve ulusal dolaşım ile ilgili konularda RK'nın görevli ve yetkili bulunduğu açıktır. Ancak, rekabet ihlallerinin incelemesi açısından RK yetkili olmakla beraber, 2813 sayılı Kanun m. 7'ye göre TK'nın görüşünün ve yapmış olduğu düzenleyici işlemlerin dikkate alınması ve bu Kurumun sektöre yönelik bilgi birikiminden faydalanılması büyük önem taşımaktadır¹⁶².

E. Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi

TTAŞ, Ankara Ticaret Sicil Memurluğu kayıtlarında 103633 sicil numarası ile kayıtlı 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu ve özel hukuk hükümlerine tabi bir anonim şirkettir. Şirketin amacı, ulusal ekonominin hedeflerine uygun olarak kârlılık ve verimlilik ilkeleri doğrultusunda sermaye birikimine yardım etmek, daha fazla yatırım kaynağı yaratmak, telekomünikasyon alanında çalışmak, telekomünikasyon sektöründe yatırım, tesis ve işletmeciliği yapmak, mal ve hizmet pazarlaması ve ihracaatını yürütmektir¹⁶³.

TTAŞ sabit telefon, telekomünikasyon altyapısını işletmeye, ADSL, internet servis sağlayıcılığı, ankesörlü telefon, kiralık devreler gibi bir çok farklı hizmeti sunmaya, TK ile yaptığı görev sözleşmesi kapsamında yetkili kılınmıştır. Bunların dışında kalan karasal hatlar üzerinden veri iletimi işletmeciliği, uydular platform işletmeciliği gibi bazı hizmet sunumları TK

¹⁶¹ RK Kararı, D. SR/02-2, K. 02-60/755-305, T. 2.10.2002.

¹⁶² RK Kararı, D. SR/02-13, K. 03-40/432-186, T. 09.06.2003.

¹⁶³ Ardıyok, Ş. : TTAŞ'ın Özelleştirilmesi: Sektörde Doğum Sancıları, Rekabet Dergisi, S. 5, s. 31.

tarafından yapılan düzenlemeler ile yetkilendirilmiş işletmeciler tarafından gerçekleştirilmektedir¹⁶⁴.

TTAŞ, gerek altyapısı gerek sunduğu hizmetlerin çeşitliliği gerekse abone sayısı bakımından sektörde önemli bir yere sahiptir¹⁶⁵. TTAŞ en önemli gelir kaynağını PSTN hizmetinden elde etmektedir¹⁶⁶.

4000 sayılı Kanun hükümleri gereğince, PTT İşletmesi Genel Müdürlüğü, T.C. Posta İşletmesi Genel Müdürlüğü ve TTAŞ olmak üzere ikiye bölünmüştür. Posta ve telgraf tesis ve işletmesine ilişkin hizmetlerin görülmesi Posta İşletmesi Genel Müdürlüğü'ne, telekomünikasyon hizmetlerinin görülmesi de TTAŞ'a verilmiştir. 1995 yılından beri her iki kuruluş birbirinden bağımsız olarak faaliyetlerini yürütmektedir.

TTAŞ, Bakanlar Kurulu'nun 25.07.2005 tarih ve 2005/9146 sayılı "Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi'nin %55 Oranındaki Hisselinin Blok Olarak Satışına İlişkin Nihai Devir İşlemlerine Dair Karar'ın Yürürlüğe Konulması Hakkında Karar" uyarınca, %55 oranındaki hissesinin blok olarak Oger Telekomünikasyon A.Ş.'ye satışı suretiyle özelleştirilmiş bulunmaktadır¹⁶⁷. TTAŞ'ın bu yeni statüsüne bağlı olarak kamu kurum ve kuruluşlarına uygulanan mevzuat TTAŞ'a uygulanmamaktadır. 406 sayılı Kanun hükümleri uyarınca, telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesine dair TTAŞ'ın yetkisine ilişkin hak ve yükümlülüklerin görev sözleşmesi ve/veya görev sözleşmeleri ile belirleneceği hükme bağlanmış olup, bu çerçevede TK ile TTAŞ arasında imzalanmış bulunan Görev Sözleşmesi, TTAŞ'da kamu payının %50'nin altına inmesiyle imtiyaz sözleşmesi olarak yeniden düzenlenmiştir¹⁶⁸.

¹⁶⁴ Ekergil, s. 237.

¹⁶⁵ Ekergil, s. 237.

¹⁶⁶ Ekergil, s.243.

¹⁶⁷ TTAŞ'ın özelleştirilmesiyle ilgili olan bu dava, çalışmanın "Birleşme ve Devralmalarda Hâkim Durum Kavramı" başlığı altında ayrıntılarıyla incelenecektir.

¹⁶⁸ RK Kararı, D. 2006-2-96 (Devralma), K . 06-59/772-225, T. 24.8.2006

İKİNCİ BÖLÜM

REKABET HUKUKU VE HÂKİM DURUM KAVRAMI

I. REKABET KAVRAMI

Rekabet hukukunun temelini, rekabetin kendisi oluşturmaktadır. Bu nedenle, rekabet ile neyin ifade edilmek istendiğini ve rekabet hukukunun esas aldığı rekabet kavramının, genel rekabet olgusu içindeki yerinin bilinmesi gerekmektedir. Rekabet, sosyal hayatta kimin daha iyi olduğunun bilinmediği durumlarda, bunu belirlemek için izlenen bir yoldur¹⁶⁹.

Rekabette teşebbüsler rakipleri ile bir yarışın içinde girerler. Bu yarış, fiyat, kalite, satış sonrası hizmetler gibi konularda gerçekleşebilir. Ayrıca rekabet potansiyel yarış, yani piyasaya girebilecek teşebbüslerin rekabetini de içermektedir¹⁷⁰.

Rekabet, serbest koşullar altında aynı pazardaki satıcı ve alıcıların üretimi ve fiyatı belirlemeleridir.

Rekabet ekonomik birimleri verimli olmaya, daha kaliteli ve daha düşük fiyatlarla rakiplerinden daha fazla ürün ve hizmet sunmaya yönelten önemli bir süreçtir. Böylece kaynakların etkin dağılımı sağlanarak, ekonomik verimlilik ve toplum refahı artar. Rakip firmalar daha ucuza mal satabilmek için, imalat fiyatlarını düşürerek teknolojik gelişmeyi teşvik ederler. Bunun sonucunda, yeni buluşların yapılması ve teknolojik iyileşme sağlanır. Dolayısıyla tüketicinin refahı da artacaktır. Rekabetin hukuki düzenlemelere konu olmasının ve yaşatılmak istenmesinin nedeni, bu sayılan faydaların devamlılığını sağlayabilmektir¹⁷¹.

Büyük bir ekonomik güce sahip olan teşebbüslerin yer aldığı piyasalarda, güçlü olanın zayıfı etkileyecek faaliyetlerde bulunabileceği açıktır. Bu durum karşısında, diğer teşebbüslerin özgürce karar almaları beklenemez. Böyle teşebbüsler, rekabette avantajlı konumlarda olduklarından, daha fazla güç ya da kâr elde etmek amacıyla, ilgili oldukları piyasadaki

¹⁶⁹ Akıncı, A.: Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Ankara 2001, s. 2.

¹⁷⁰ Atiyas, İ. : Rekabet Politikasının İktisadi Temelleri Üzerine Düşünceler, Rekabet Dergisi, C.1, S.1, s.27 vd.

¹⁷¹ Badur, E.: Türk Rekabet Hukuku'nda rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, Uyumlu Eylem ve Kararlar, Ankara 2001, s.1.

rekabeti zayıflatma, hatta tamamiyle ortadan kaldırma yolunu seçebilirler. Böyle ekonomik güçlerin varlığı karşısında, zayıfı güçlüye karşı koruyan bir hukuka ihtiyaç vardır¹⁷².

Türk hukuk sisteminde rekabet hukuku konusunu düzenleyen yasa, RKHK'dır. Türkiye, AT ile arasında kurulmuş olan Gümrük Birliği'ne ilişkin 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı m. 39/1'de, ATA'nın 81 ve 82.¹⁷³ maddelerine uyumlu bir Rekabet Kanunu'nu yürürlüğe koymayı taahhüt etmiştir. RKHK çıkarılmasında ATA m. 81, 82 ve 85 ile Topluluk içinde yürürlükte olan grup muafiyet tüzüklerinde öngörülen temel ilkelerin dikkate alınacağı ve Topluluk içtihatlarının Türkiye'de uygulanacağı 1/95 s. OKK m. 39'da ifade edilmiştir. Gümrük Birliği kurulmadan önce mevzuatın uyumlaştırılmasında Türkiye'nin yapması gereken yükümlülükler, yine aynı maddede ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bunların başında Türkiye'de rekabet kanununun çıkarılması ve rekabet kurallarını etkin bir şekilde uygulayacak bir rekabet kurulunun oluşturulması gelmektedir¹⁷⁴.

Böylelikle gerek Türkiye'nin milli ihtiyaçları, gerekse uluslararası taahhütleri sonucunda 4054 sayılı RKHK, 13.12.1994 tarih ve 22140 sayılı RG.'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

II. REKABET HUKUKUNUN AMACI

Rekabet hukukunun öncelikli ve belirleyici amacı rekabet düzeninin korunmasıdır. Bu amaç, RKHK m. 1'de "mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetimleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır" ifadesiyle belirtilmiştir.

Rekabet hukukunun belirtilen bu amacı doğrultusunda iki önemli hedefi vardır. İlki, işletmelerin piyasada hâkim durumlarını kötüye kullanmalarını engelleyici kurallar koymak,

¹⁷² Kısa, S. U. : AT Rekabet Hukuku'nda Hâkim Durumun Rekabet Karşıtı Eylem ve İşlemlerle Kötüye Kullanılması, İstanbul 2004, s. 1.

¹⁷³ Amsterdam Anlaşması (1 Mayıs 1999) ile Roma Antlaşması'nda (1958 yılı) değişiklik yapılmış ve antlaşma maddeleri yeniden numaralandırılmıştır. 85 ve 86'ncı maddeler için sırasıyla 81 ve 82'inci madde numaraları verilmiştir.

¹⁷⁴ Pınar, H.: Fikri Mülkiyet Hakları ve Rekabet Hukuku, Rekabet Dergisi 2005, S.23, s. 57 vd.

ikincisi de birbirleriyle ya da başkaları ile rekabet etmesi gereken işletmelerin bir araya gelerek rekabeti kısıtlandıracak anlaşmalar yapmalarına ve uygulamalarına engel olmaktadır¹⁷⁵.

Serbest piyasa ekonomilerinde, teşebbüsler mal ve hizmetlerin arzlarını, fiyatlarını, ve diğer piyasa koşullarını diledikleri gibi belirleyebilmelidirler. Ancak böyle piyasalarda tekelci yapılaşmayla karşılaşılma tehlikesi doğmaktadır. Dolayısıyla bu serbestliğin önüne bir sınır çizmek gerekmektedir. Bu nedenle kanun koyucular da bu sınırı belirleyecek şekilde düzenlemeler yapmak için harekete geçmişlerdir¹⁷⁶.

Serbest piyasa ekonomisinde, teşebbüsler büyüyerek piyasalarında çok büyük güç sahibi olabilirler. Böyle bir güce ulaşan teşebbüsün gücünü kötüye kullanarak rakiplerini piyasadan atma, yeni rakipleri piyasaya sokmama, tüketicileri sömürme gibi davranışlarda bulunması mümkündür. Şu halde, kanun koyucu “zayıfı güçlüye karşı korumak” düşüncesiyle de hareket etmektedir. Ancak zayıfın korunması, adil ve dürüst rekabetin sağlanması sayesinde, dolaylı olarak ulaşılabilecek bir sonuçtur¹⁷⁷. Çünkü bu hukukun oluşturulmasının asıl nedeni, öncelikle serbest piyasa ekonomisi üzerine kurulu iktisadi hayatı koruma ve bu sistem içinde toplumsal refahı artırma arzusudur¹⁷⁸. Bu sağlanırken, bir taraftan da, mağdur olan rakiplerin ve tüketicilerin menfaatleri korunacaktır.

Rekabet hukukunun bir başka yararı, fırsat eşitliğini yaratarak küçük teşebbüslere de yaşama şansı tanınmasıdır. Rekabet hukuku, hâkim teşebbüslerin sahip oldukları ekonomik gücün getirebileceği kârı elde etmek amacıyla, bu güçlerini kötüye kullanıp, mevcut rakiplerinin piyasada kalmasını ya da potansiyel rakiplerinin piyasaya girmesini engellemelerinin önüne set çekerek; hâkim teşebbüsün gücü karşısında ezilebilecek olan küçük teşebbüslere, adil ve dürüst rekabet ortamında ticari faaliyetlerine başlayabilme ya da devam edebilme fırsatı sağlayabilmektedir¹⁷⁹.

Roma Antlaşması'nda yer alan rekabet kurallarını ulusal rekabet kanunlarından ayıran iki özellik bulunmaktadır. Birincisi, ilk kez rekabete ilişkin uluslararası bir düzenleme olması, ikinci ise temel amacının, üye ülkeleri içeren ortak bir pazar yaratmak

¹⁷⁵ Neale, A. D: The Antitrust laws of USA, USA1962, s.3 (Badur, Sınırlayıcı Anlaşmalar, s. 212'den naklen).

¹⁷⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Atiyas, Rekabet Politikası, s. 25 vd.; Kısa, s. 7.

¹⁷⁷ Kısa, s. 9.

¹⁷⁸ Atiyas, Rekabet Politikası, s.30.

¹⁷⁹ Kısa, s. 10.

olmasıdır¹⁸⁰. Diğer bir ifadeyle, Topluluk'a üye devletlerin ulusal sınırlarıyla ayrılmış olmayan malların, hizmetlerin, kişilerin ve sermayenin serbestçe dolaştığı tek pazarın oluşturulması ve sağlanmasıdır¹⁸¹. İç pazarın oluşturulması ve korunması, en başta, teşebbüslerin iç pazarı ulusal sınırlar temelinde bölümlere ayırmalarına engel olmakla gerçekleştirilebilecektir. Örneğin, hâkim durumdaki bir tedarikçinin, farklı AB üyesi devletteki müşterilerin, bunların kendi ülkeleri dışında ihracaat yapmamasını kaydıyla mal vermesi, AB üyesi devletlerin topraklarından oluştuğunu söyleyebileceğimiz iç pazarın bölümlere ayrılması sonucunu doğuracaktır. Bu ise, topluluk yönünden istenmeyen bir sonuçtur. İç pazarın bu yolla bozulması, teşebbüslerin rekabet politikalarını şekillendiren rekabet kuralları ile önlenilebilecektir. Bu noktada rekabet hukuku, iç pazarın sağlıklı işleyişinde en önemli araç olmaktadır¹⁸².

ATA'nın m. 81 ile 88'de düzenlenen "teşebbüslere yönelik kurallar", rekabeti önleyen, kısıtlayan ya da bozan veya bu sonuçları doğurabilecek olan teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları ile hâkim durumun kötüye kullanılmasını konu almaktadır¹⁸³.

Kısaca özetlemek gerekirse, rekabetin bozulduğu ya da ortadan kaldırıldığı ortamlarda teknik ilerlemelerden, daha ucuz fiyatlardan, verimlilikten, daha fazla çeşit ve daha iyi kaliteden, dolayısıyla toplumun üretici ve tüketici kesimlerinin refahından söz edilemeyeceği açıktır. Tüm bu nedenlerle rekabet hukukunun ana gayesini, bizzat rekabet teşkil etmektedir¹⁸⁴.

III. REKABET HUKUKUNDA HÂKİM DURUM KAVRAMI

Hâkim durum, belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü olarak tanımlanır¹⁸⁵.

¹⁸⁰ Müftüoğlu, M.T: Rekabet Kanunu ve İki Yıllık Uygulaması, Rekabet Dergisi, C.1, S.1, s. 7 vd.

¹⁸¹ Kısa, s.1.

¹⁸² Kısa, s. 11

¹⁸³ Kısa, s. 11.

¹⁸⁴ Kısa, s.12.

¹⁸⁵ Hâkim durum tanımı RKHK dışında, TK tarafından çıkartılan "Hâkim Konumda Bulunan İşletmecilerin Belirlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ'de yer almıştır. Buna göre; "ilgili telekomünikasyon pazarında bir veya birden fazla işletmecinin rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü" ifade etmektedir (Tebliğ m. 4). Ancak ilgili Tebliğ 07.01.2007 tarih ve 26396 S. RG. ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Dolayısıyla hâkim durum üç temel unsur üzerine kurulur. Bu üç unsur; ekonomik güç, bu gücün devamlılığı ve bağımsızlıktır¹⁸⁶.

Hâkim durum kavramının yanı sıra etkin piyasa gücüne sahip olma kavramı Etkin Piyasa Gücüne Sahip İşletmecilerin Belirlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te¹⁸⁷ yer almaktadır. İki aynı anlam ve iki ayrı kavramın oluşturulmasına ne tür bir ihtiyaç duyulduğu anlaşılammaktadır. Çünkü ilgili Yönetmelik m. 4'de yer alan ifadeye göre etkin piyasa gücü; işletmecinin ilgili pazarda tek başına ya da diğer işletmecilerle birlikte rakiplerinden, kullanıcılarından ve tüketicilerinden fark edilebilir bir şekilde bağımsız olarak hareket edebilmesine imkân sağlayan, hâkim konuma eşdeğer, ekonomik güç olarak tanımlanmıştır.

AB'nin 1997'deki Interconnection Yönergesi'nde yer alan bu uygulama, 2002/2 sayılı Framework Yönergesi ile sona ermiştir. Böylece etkin piyasa gücüne sahip olmak ile hâkim durumda olmak kavramları birbirlerine eşitlenmiş; "bu piyasalarda da rekabet hukuku ilkelerinin geçerli olacağı" belirtilmiştir¹⁸⁸. Dolayısıyla artık iki kavram arasında bir farklılık kalmamıştır.

Hâkim durumda olabilmek için öncelikle teşebbüs¹⁸⁹ olmak gerekmektedir. Teşebbüs birlikleri¹⁹⁰ ise kural olarak teşebbüs değildirler.

¹⁸⁶ Eğer kötüye kullanma davranışlarını gerçekleştiren işletme, bu davranışları gerçekleştirebilme gücünü bağlı bulunduğu ana işletmeden alıyorsa, hâkim durumda olup olmadığı araştırılacak işletme, ana işletmedir. Önemli olan yavru işletmenin hukuki bağımsızlığı değil, kötüye kullanma fiillerini gerçekleştirmek için kullandığı ekonomik gücü kimden aldığıdır; Badur, E.: AT Rekabet Hukuku'nda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Tez, Ankara 1999, s.100.

¹⁸⁷ Bu Yönetmeliğin amacı, telekomünikasyon sektöründe etkin rekabet ortamının sağlanması için ilgili pazarlarda pazar analizleri yapılarak düzenlemelere ve yükümlülükler tabi olabilecek etkin piyasa gücüne sahip işletmecilerin belirlenmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemek olarak belirtilmiştir. 16 maddeden oluşan ilgili yönetmelik, pazar analizinin yapılması, ilgili pazar tanımlamasının yapılması, rekabet seviyesinin analizi gibi düzenlemeler içermektedir. Bu Yönetmelik RK'ya yardımcı olmak amacıyla mı yoksa, TK'nın rekabete ilgili yetkilerinde kendisine bir dayanak sağlamak amacıyla mı yapılmış bir düzenlemedir, tartışılmalıdır.

¹⁸⁸ http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/oj/2002/l_108/l_10820020424en00330050.pdf; bkz. m. 14-16.

¹⁸⁹ RKHK m. 3'de yer alan tanıma göre teşebbüs: "...piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri" ifade etmektedir. Böylece kanunda teşebbüs için kamu-özel ayrımı yapılmadığı gibi, gerçek-tüzel kişi ayrımı da yapılmamıştır. Ayrıca teşebbüslerin faaliyetlerinde kâr amacının bulunup bulunmaması önem taşımamaktadır. Ekonomik bir faaliyetin varlığı yeterlidir. Bu çerçevede teşebbüs kavramı içine, ticari faaliyet gösteren kişi ve kuruluşların yanı sıra, yerel yönetimler, kooperatifler, dernekler, sosyal yardım örgütleri dahil edilebilir ; bkz. Güngör, Ü. : "Tekelleşme" Rekabet Kanunu İle Yasaklanıyor mu?, Yaklaşım Dergisi, S. 70, 1998, s.135. Buna karşılık Öz; teşebbüsü, piyasada mal veya hizmetlerin üretimi, pazarlanması veya satışı gibi iktisadi faaliyet gösteren ve bu faaliyetleri sırasında bağımsız karar verebilen gerçek veya tüzel kişiler olarak tanımlamıştır. Ayrıca, iktisadi faaliyetleri sırasında piyasada bağımsız karar veremeyen gerçek veya tüzel kişilerin, ekonomik kararlarını, kontrolü altında verdikleri gerçek veya tüzel kişilerle birlikte ekonomik bir bütün oluşturacağını ve tek bir teşebbüs

Teşebbüsler rekabet ortamında birbirlerine rakip birçok teşebbüsün arasında yaşamaya devam edebilmek için, maliyetlerini en aza indirmeye gayret edecekler; bu yolla kârlarını artırmayı hedefleyeceklerdir. Bu da üretim verimliliklerini arttıracaktır. Oysa piyasasında tekel konumundaki teşebbüsün, kaynaklarını verimli kullanmaya çalışmasına neden olacak rakipleri bulunmadığı için, maliyetini azaltmak ve üretimde verimliliği artırmak zorunda olması söz konusu değildir. Dolayısıyla bunun için, ar-ge faaliyetlerine girişmelerini beklemek iyimserlik olacaktır. Ayrıca hâkim durumdaki bir teşebbüsün tüketicilerin taleplerini dikkate alması da, beklenilecek bir davranış olmayacaktır. Çünkü hâkim durumun söz konusu olduğu piyasada, tüketiciler, kendilerine sunulan mal ve hizmet çeşitlerine, bunların kalitesine ve fiyatlarına bir anlamda razı olup; çeşitlerin azlığı ya da fiyatların yüksekliğine katlanmak zorunda kalacaklardır¹⁹¹.

Bu sebeple, etkin bir rekabet ortamından büyük oranda tüketiciler istifade edecektir. Rakipler arasında öne çıkmak isteyen, daha fazla kâr elde etmeyi arzulayan teşebbüslerin fiyatları düşürmelerinin ya da maliyetlerin azaltılmasının sonucunda, tüketiciler, mal ve hizmetleri daha ucuza elde edebileceklerdir. Ayrıca yapılan ar-ge çalışmaları sonucunda kaydedilen teknik ilerlemelerin ürün çeşitliliğini ve kalitesini artırması, maliyetleri azaltması, pazarlama şartlarını geliştirmesi, fiyatları ucuzlatması, üretim sürecini kısaltması gibi sonuçlarından yararlanabileceklerdir¹⁹².

Hâkim durum teşebbüslerin sürekli bir şekilde sahip oldukları ekonomik ve finansal güçten, dağıtım ağının yaygınlığından, sahip olunan depo, terminal ve boru hatlarından, pazar paylarından, güçlülüğünden, satış sonrası hizmetlerinden, insan kaynaklarından, hizmet kalitesinden, teknolojik üstünlüğünden, eğitilmiş personelinden, sahip olduğu patent haklarından, markasının tanınmışlığından, marka bağımlılığından, bağımsız karar alabilme imkânlarından, sahip olduğu fazla kapasiteden, teknik ve ekonomik süreçteki gelişmelerden, rakiplerin konumundan, imtiyazlı haklardan, ürün çeşitliliğinden, piyasaya giriş çıkış engelleri bulunması gibi çeşitli unsurlardan oluşabilir¹⁹³.

sayılması gerektiğini belirtmiştir; bkz. Öz, A. G: AT ve Türk Rekabet Hukuku'nda Hâkim Durumun Köttiye Kullanılması, Ankara 2000, s. 149.

¹⁹⁰ Ancak teşebbüs birlikleri, kendileri ve üyeleri adına bizzat ticari faaliyetlerde bulunuyorsa, teşebbüs olarak kabul edilirler; bkz. Aslan, İ. Y. : Rekabet Hukuku, Bursa 2007, s. 435.

¹⁹¹ Kısa, s. 10.

¹⁹² Kısa, s. 10.

¹⁹³ Güven, P. : Rekabet Hukuku, Ankara 2005, s. 206.

Hâkim durumun değerlendirilmesinde teşebbüslerin pazar payları, rakiplerin pazar payları ve pazardaki güçleri, teşebbüsün pazardaki muhtemel rakipleri karşısındaki durumu, teşebbüs karşısındaki müşterilerin ya da alıcıların ekonomik gücü, müşterilerin satın alma gücü, alıcıların gücü, alıcı ile satıcıların birbirlerine karşılıklı bağımlılığı, ilgili pazardaki potansiyel rekabet imkânları, ilgili pazarda faaliyette bulunan teşebbüslerin sayısı gibi unsurlar dikkate alınır. Örneğin, pazarda güçlü alıcıların bulunması, güçlü alıcıların yüksek pazar gücüne sahip olmaları hâkimiyeti engelleyici bir durum olarak ortaya çıkabilecektir. Kurul'un bir kararında, "ilgili ürün pazarında tek alıcı bulunması nedeniyle büyük ölçüde alıcı gücünün varlığı, hâkim durum oluşmasını ya da hâkim durumun güçlenmesini engelleyici bir unsur" olarak kabul edilmiştir¹⁹⁴.

IV. REKABET HUKUKUNDA HÂKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

RKHK m. 6'da, bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde veya bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması haline hukuka aykırılık teşkil ettiği ve yasak olduğu düzenlenmiştir¹⁹⁵.

RKHK m. 6'da hâkim durumda bulunmak değil, hâkim durumu kötüye kullanmak hukuka aykırı ve yasak kabul edilmiştir¹⁹⁶. Çünkü hâkim durumun yaptırıma tabi tutulması halinde, teşebbüsler hâkim duruma gelmek istemeyecekleri için, teknolojik yenilik yapmak istemeyecek, mal ya da hizmet üretimi, iletimi, pazarlaması ve sunumda daha iyi olabilmek için çalışma yapmaktan kaçınacaklardır. Bu nedenle de hâkim durumda olmanın değil, hâkim durumun kötüye kullanılmasının yaptırıma tabi olması rekabetin korunmasını sağlamada etkin bir yoldur¹⁹⁷.

Topluluk rekabet hukuku da, hâkim durumda bulunmayı niteliği gereği (per se) yasaklamış değildir. Rekabet hukukunun anavatanı kabul edilen ABD'de, Sherman Act'in yürürlüğe girdiği ilk yıllarda, monopol olmak ya da yaratmaya çalışmak, mahkemelerce

¹⁹⁴ RK Kararı, D. D1/1/A.-Ö.-01/1 (Devralma), K. 01-28/276-80, T. 19.06.2001; bkz. Güven, s. 209.

¹⁹⁵ İnan'a göre, maddenin sonunda yer alan "hukuka aykırı ve yasaktır" ifadesi kavram karmaşasına neden olmaktadır. Hukuka aykırı olan bir işlem ya da eylem yasalara göre zaten yasaktır. Bu nedenle buradaki ifadenin "hukuka aykırıdır ve cezalandırılır" şeklinde düzenlenmesi uygun olacaktır; bkz. İnan, N. : 4054 sayılı RKHK ve Bu Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak, Sempozyum, Ankara 2005, s. 310.

¹⁹⁶ Güven, s. 203.

¹⁹⁷ Güven, s. 269.

kanunun salt lâfzına itibar edilerek per se yasaklanmaktaydı. Ancak bu anlayış, serbest rekabet düzeninde iyi bir performans sergileyerek, belirli bir piyasa gücüne sahip olmanın cezalandırılmasına neden olduğu için eleştirilmiştir. Sonraki yıllarda, Amerikan mahkemeleri, hâkim durumun yanı sıra, kötüye kullanma kavramına da yer vermeye başlamışlardır¹⁹⁸.

Uygulamada en çok rastlanan kötüye kullanma halleri RKHK'da örnek olarak belirtilmiştir ve bunlar tahdidi değildir¹⁹⁹.

RKHK'da düzenlenen kötüye kullanma halleri özellikle şunlardır²⁰⁰:

(1) Pazar girişi engelleme ve rakipleri zor durumda bırakma: Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler (m. 6/a).

(2) Alıcılar arasında ayırimcılık yapılması: Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayırimcılık yapılması (m. 6/b).

(3) İlave mal ve hizmet alım yükümlülükleri getirilmesi ve fiyat tespiti: Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirmesi (m.6/c).

(4) Rekabet koşullarını bozmayı amaçlama: Belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler (m.6/d).

(5) Tüketicinin zararına kısıtlayıcı davranışta bulunulması: Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması (m.6/e).

AB rekabet hukukunda hâkim durumun kötüye kullanılması ATA m. 82'de düzenlenmiştir. ATA m. 82'de kötüye kullanma kavramının tanımına yer verilmemekle

¹⁹⁸ Kısa, s. 25; Sanlı, K.C.: RKHK'da Öngörülen yasaklayıcı Hükümler ve Bu hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçerliliği, Ankara 2000, s. 276 dn. 6, s. 293 dn 155.

¹⁹⁹ 4054 sayılı RKHK, madde gerekçeleri konusunda bkz.; (www. rekabet. gov.tr, son yararlanma: 28.12.2006)

²⁰⁰ Pınar, H. : Uluslararası Rekabette Fikri Mülkiyet Haklarının Önemi ve Türkiye, İstanbul 2004, s.127.

birlikte, bu kavrama ilişkin çeşitli örnekler verilmiştir. Ancak bu örnekler tahdidi olacak şekilde sayılmamıştır²⁰¹:

“Ortak pazarda veya onun önemli bir kısmında hâkim durumda bulunan bir veya birden fazla teşebbüsün bu durumunu kötüye kullanması, üye devletler arasındaki ticareti etkileyebilecek olduğu ölçüde ortak pazarla bağdaşmaz ve yasaktır.

Böyle bir kötüye kullanma şu hallerde olabilir:

- adil ve dürüst olmayan alış veya satış fiyatlarını ya da adil ve dürüst olmayan başka ticari koşulları, doğrudan ya da dolaylı olarak dayatmak,
- üretimi, piyasaları veya teknik gelişmeyi, tüketicilerin zararına olarak kısıtlamak,
- denk işlemlere farklı şartlar uygulayarak işlemin diğer taraflarını rekabette dezavantajlı konuma sokmak,
- sözleşmelerin akdini, bu sözleşmelerin konularıyla ne nitelik ne de ticari kullanım itibarıyla bağlantılı olan yan edim borçlarının diğer taraflarca kabulü şartına bağlamak.”

Kısa’ya göre, maddede, kötüye kullanmanın tanımının yapılmaması yerinde olmuştur. Böylece, hükümde yer verilmiş bir tanımın uygulayıcı kısıtlayıcı doğasından kurtulmuş olmaktadır. Tanımı yapmak, topluluk rekabet hukukunun uygulayıcıları olan Komisyon ile ATM, İDM ve öğretiyeye bırakılmaktadır. Böylelikle, kötüye kullanma kavramı, teşebbüslerin değişen ekonomik ve konjonktürel koşullar altında gerçekleştirebilecekleri çeşitli eylem ve işlemleri kontrol altına almaya izin verecek şekilde geniş değerlendirilebilmektedir²⁰².

V. KÖTÜYE KULLANMANIN SINIFLANDIRILMASI

Doktrinde yazarların çoğunluğu temel olarak iki tür kötüye kullanmanın var olduğu hususunda birleşmişlerdir. Bu sınıflandırma, hâkim durumu kötüye kullanmanın kimi hedeflediği temeline dayanmaktadır. Doğrudan doğruya hedeflenenin rekabet olduğu haller, birinci grupta; tüketici ve müşteriler olduğu haller ise, ikinci grupta ele alınmaktadır. Ancak

²⁰¹ Kısa, s. 12.

²⁰² Kısa, s. 13.

gruplar arasındaki sınır belirsizdir. Çünkü bir eylem veya işlem; hem tüketicileri sömürme hem de mevcut ya da potansiyel rakiplerin önünü kesme amacına sahip olabilir²⁰³.

Bunlardan ilki “istismar edici kötüye kullanmalar”, ikincisi ise “rekabet karşıtı kötüye kullanmalar” dır. Ancak, hâkim işletme tarafından gerçekleştirilecek kötüye kullanma fiilinin belirlenene bu iki kategoriye de girmesi mümkün olup, iki yönlü kötüye kullanma da olabilecektir²⁰⁴.

A. Rekabet Karşıtı Kötüye Kullanmalar

Hâkim durumda bulunan işletmenin fiilleri rekabet sistemini bozan ve dolaylı zararlara sebep olan fiillerdir. En belirgin örnekleri ise, sadakat indirimlerinin uygulanması ve hâkim işletme tarafından mal teminin reddi suretiyle müşterinin pazar dışına atılmasının amaçlanması ve rekabette dezavantajlı duruma düşürülmesidir²⁰⁵.

B. İstismar Edici Kötüye Kullanmalar

Hâkim durumda bulunan işletmenin fiili, ilgili mal veya hizmetin temini bakımından müşterilere ve tüketicilere zarar vermesidir²⁰⁶. İstismar edici kötüye kullanmalar, karşılığını müşterinin sırtına yüklenerek, tekel kârı elde edilmesidir²⁰⁷.

Örneğin, hâkim durumda bulunan işletmenin haksız kazanç elde etmesi, adil olmayan yüksek alış ve satış fiyatları koyması ile müşteri ve tüketicilere zarar vermesi istismar edici kötüye kullanmadır. Bağlama (tying) şartının hâkim işletme tarafından ileri sürülmesi de istismar edici kötüye kullanmadır²⁰⁸.

Kanunda örnek olarak sayılan beş kötüye kullanma halinden ancak; “b” bendindeki alıcılar arasında ayırımın yapılması, “c” bendindeki haksız ticari koşullar öne sürmek ve “e” bendindeki tüketicinin zararına olarak gelişmenin önlenmesine ilişkin örnekler istismara dayalı

²⁰³ Kısa, s. 28 vd.

²⁰⁴ Esin, Z. : Avrupa Rekabet Hukuku’nda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Tez, İstanbul 1997, s. 37.

²⁰⁵ JT Lang, Monopolization and The Definition of Abuse of a Dominant position Under Article 86, EEC Treaty, CMLR, Vol 16, 1979, s. 351 vd (Esin, s. 38’den naklen).

²⁰⁶ Esin, s. 37.

²⁰⁷ Badur, AT Rekabet Hukuku, s.134.

²⁰⁸ Esin, s. 38.

kötüye kullanma niteliğindedir. Ayrıca “e” bendindeki kötüye kullanma örneğinin, bazı hallerde rekabet karşıtı nitelik kazanması mümkündür²⁰⁹.

VI. BİRLEŞME VE DEVRALMALARDA HÂKİM DURUM KAVRAMI

RKHK m.7’ye göre, bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşme veya devralmalar hukuka aykırı ve yasaktır.

Burada hâkim duruma gelme ya da hâkim bir durumu güçlendirme, birleşme ve devralmalar yoluyla gerçekleşmektedir. Hâkim durumda bulunmak hukuka aykırı olmamakla birlikte, kanun koyucu birleşme ve devralma yoluyla teşebbüsün hâkim duruma gelip, kötüye kullanma halinin gerçekleşmesini önlemek istemektedir.

RK, İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında 1997/1 Tebliğ çıkarılmıştır. Tebliğ m. 1’de belirtilen düzenlemeye göre amaç, “RK’ya bildirilerek izin alınması gereken birleşme ve devralmaları tespit ve ilan etmektir.” Tebliğ’de ayrıca birleşme ve devralma sayılan ve sayılmayan haller açıklanmış ve hukuki geçerlilik kazanabilmesi için RK’dan izin alması gereken birleşme ve devralmalar belirtilmiştir.

TTAŞ’ın, %55 oranındaki hissesinin blok olarak satışı yoluyla özelleştirilmesi kapsamında yapılacak bir hisse devir işlemi RK’dan izin alınması gereken bir durum olarak karşımıza çıkmıştır²¹⁰. Özelleştirme sürecine ilişkin çalışmaların 14.11.2005 tarihi itibarıyla tamamlanması ile birlikte, yapılan ihalede Oger Telecom Ortak Girişim Grubu (Oger Telecoms OGG) en yüksek teklifi vermiştir. 1998/2 sayılı Tebliğ ile değişik 1997/1 sayılı Tebliğ’e göre, bir birleşme veya devralma sonucunda birleşmeyi veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin, ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasında, toplam pazar paylarının, piyasanın % 25’ini aşması halinde veya bu oranı aşmasa bile toplam cirolarının yirmi beş trilyon Türk Lirasını aşması halinde RK’ndan izin alınması gerekmektedir. TTAŞ’ın ilgili ürün pazarlarındaki pazar payı ve cirosunun

²⁰⁹ Sanlı, s. 261 vd.

²¹⁰ RK Kararı, D. 2005-2-51 (Özelleştirme Nihai Bildirim), K. 05-48/681-175, T. 21.7.2005. Dosya Konusu: TTAŞ’ın %55 oranındaki hissesinin blok satış yöntemiyle özelleştirilmesine yönelik izin talebi.

Tebliğ’de öngörülen eksikleri aşması nedeniyle söz konusu işlem, ilgili Tebliğ çerçevesinde RK’nın iznine tabi bir devralma işlemi olmuştur²¹¹.

RK tarafından Özelleştirme İdaresi’ne bu işlemle ilgili görüş bildirilmiştir. RK Görüşü’nde belirtilen konular; kablo TV’nin yapısal olarak ayrıştırılması²¹²; TTAŞ’ın internet faaliyetlerini sürdürdüğü TNet’in ayrı bir tüzel kişiliğe kavuşturulması ve bu sayede şeffaflığın sağlanması ve olası rekabetçi olmayan davranışların izlenmesinin kolaylaştırılması,²¹³; GSM hizmetleri piyasasında hâkim konumdaki olan teşebbüsün TTAŞ özelleştirilmesine katılmaması yoluyla piyasalarda yoğunlaşmanın artmasının engellenmesi²¹⁴ ve Özel İletişim Vergisi²¹⁵ nedeniyle TTAŞ ile altyapılardan yararlanan işletmeciler arasında doğan eşitsizliğin giderilmesi olmuştur²¹⁶.

²¹¹ Özelleştirme sürecinde, özelleştirme öncesinde TTAŞ tarafından sunulan kablo TV hizmetleri, uydu haberleşme hizmetleri ve deniz haberleşme ve seyir güvenliği hizmetlerinin çeşitli düzenlemelerle TTAŞ bünyesinden ayrılması nedeniyle, işlemin değerlendirilmesine esas olacak ilgili pazarlar TTAŞ’ın özelleştirme sonrasında sağlayacağı hizmetler göz önüne alınarak tanımlanmıştır. Bu çerçevede TTAŞ’ın üç temel faaliyet alanı; yerel telefon şebekesi üzerinden (PSTN) ses ile ilgili verilen perakende ve toptan hizmetler, mobil telekomünikasyon şebekeleri üzerinden verilen perakende ve toptan hizmetler, veri ve internet ile ilgili perakende ve toptan hizmetler olarak belirlenmiştir; bkz. RK Kararı, D. 2005-2-51.

²¹² Türk Telekom bünyesinde evvelce yürütülmekte olan uydu haberleşme hizmetleri ile kablo TV şebekesi üzerinden sunulan hizmetler, 16.06.2004 tarih ve 5189 sayılı Kanun ile 21.05.2005 tarih ve 5335 sayılı Kanun uyarınca, TTAŞ bünyesinden ayrılarak Türksat Uydu Haberleşme Kablo TV ve İşletme A.Ş.’ye devredilmiştir. Keza; TTAŞ bünyesinde faaliyet gösteren Telsiz İşletme Müdürlüğüne yürütülen deniz haberleşme ve seyir güvenliği hizmetleri de, 5189 sayılı Kanun uyarınca, uydu üzerinden verilen deniz haberleşme hizmetleri hariç olmak üzere, Kıyı Emniyeti ve Gemi Kurtarma İşletmeleri Genel Müdürlüğüne devredilmiştir; (http://www.turktelekom.com.tr/webtech/default.asp?sayfa_id=75, son yararlanma: 02.11.2006)

²¹³ RK görüşünde yer alan “TTAŞ’ın internet faaliyetlerini sürdürdüğü TNet’in ayrı bir tüzel kişiliğe kavuşturulması” için, Kurul görüşünde en geç hisse devri sonrasında ilişkin 6 ay süre tanınması nedeniyle henüz bir işlem tesis edilmediği, ancak ihale şartnamesinde konuya yer verilmesi, Özelleştirme İdaresi’nden Kurum’a gelen yazı ile konunun tekrar teyit edilmesi ve muhtemel alıcıların bu yöndeki yazılı beyanları göz önüne alındığında, söz konusu husus bakımından özelleştirme işleminde RK görüşü doğrultusunda hareket edildiği anlaşılmaktadır. Bu çerçevede, RK’nın 02.09.2004 tarihli ve 04-57/797 sayılı toplantısında TTAŞ’ın özelleştirilmesine ilişkin olarak 4 ana başlık altında sunduğu görüşlerin tamamının dikkate alındığı anlaşılmaktadır; bkz. RK Kararı, D. 2005-2-51.

²¹⁴ Türkiye’de GSM mobil telekomünikasyon hizmetleri pazarında hâkim durumda olan teşebbüslerin tek başına ihaleye katılamayacakları şartnamede açık bir şekilde yer almıştır. Buna ek olarak, Özelleştirme İdaresi’nce taraflardan RK görüşünde yer alan ifadelere aynen uyacaklarına dair taahhütnameler alınmıştır. İhale sonrasında, Özelleştirme İdaresi tarafından, RK’ya izin için bildirilen iki ortak girişim grubu içerisinde, GSM hizmetleri piyasasında hâkim konumda bulunan firma yer almamaktadır; bkz. RK Kararı, D. 2005-2-51.

²¹⁵ 31.07.2004 tarih ve 25539 sayılı RG.’de yayımlanan 5228 sayılı Bazı Kanunlarda ve 178 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 38. maddesi ile 13.7.1956 tarihli ve 6802 sayılı Gider Vergileri Kanunu’nun Özel İletişim başlıklı 39. maddesi yeniden düzenlenmiştir. Yapılan bu düzenleme ile her nevi mobil telekomünikasyon işletmeciliği kapsamındaki tesis, devir, nakil ve haberleşme hizmetleri %25, bu kapsama girmeyen diğer telekomünikasyon hizmetlerinin ise %15 oranında Özel İletişim Vergisine tabi olduğu hüküm altına alınmıştır; bkz. RK Kararı, D. 2005-2-51.

²¹⁶ RK tarafından TTAŞ’ın özelleştirilmesi sürecinde Özelleştirme İdaresi’ne gönderilen bu görüş, OECD Rekabet Hukuku ve Politikası departmanı tarafından, özelleştirmelerde rekabetçi yaklaşımların sergilenmesi bakımından en iyi örneklerden birisi olarak ele alınmıştır; Güçlü, S. : RK TT Özelleştirme Görüşü Dünya Literatüründe;

(<http://turk.internet.com/haber/yazigoster.php3?yaziid=14721>, son yararlanma: 04.05.2007)

Daha sonra başvuru konusu işlemin taraflarının pazardaki konumları ele alınarak, işlem sonucunda bir hâkim durum yaratılması ya da mevcut bir hâkim durumun güçlendirilmesinin söz konusu olup olmadığının değerlendirilmesi için, Oger Telecoms ve bu grubu oluşturan şirket ve kişilerin, doğrudan ve dolaylı olarak Türkiye sınırları içerisinde faaliyet gösteren herhangi bir şirketi kontrol edip etmediklerinin belirlenmesi gerekmiştir.

Oger Telecoms, Saudi Oger Ltd. (%1) ve OT (%99) tarafından oluşturulmuştur. OT'nin ise en az % 80 hissesi Saudi Oger Ltd. % 20'si ise TIM'e aittir. Ancak, bu oran hiçbir şekilde TIM'i şirketin yönetim ve kontrol hakları üzerinde söz sahibi yapmamaktadır. Bu çerçevede, Oger Telecoms açısından yapılacak değerlendirmeleri Saudi Oger Ltd. şirketini göz önünde bulundurarak yapmak gerekmiştir. Bu firmanın ise gerçek kişi hissedarları ve bağlı şirketlerinin Türkiye'de herhangi bir pazarda doğrudan veya dolaylı olarak hiçbir faaliyetleri ve ciroları bulunmamıştır. Oger Telecoms'un bir diğer üyesi olan TIM ise, TTAŞ'ın da % 40 hissesine sahip olduğu Avea'da % 40 hisseye sahiptir. Bu bağlamda konuya Avea açısından bakıldığında, TTAŞ'ın Avea'da sahip olduğu hisseler el değiştirmekte, başka bir deyişle, TTAŞ'ın hisselerini devralacak olan Ortak Girişim Grubu, Avea'nın yönetimine de girmektedir.

Avea'nın²¹⁷ % 40 hissesine sahip olan TIM'in, özelleştirme işlemine taraf Oger Telecoms'u oluşturacak şirketlerden olan OT'nin % 20 hissesine sahip olmasının yaratacağı düşünülmesi gereken bir husus olmuştur. Ancak TIM, OT'nin % 20 hissesine sahip olsa dahi, ne OT'nin ne de Oger Telecoms tarafından devralma işlemi için kurulacak

²¹⁷ TTAŞ'ın % 100 hissesine sahip olduğu GSM operatörü Aycell (% 40) ve İş Bankası Grubu (% 20) ile Telecom Italia Mobile (TIM) tarafından kurulan İş-TIM (Aria) (% 40), TT&TIM İletişim Hizmetleri A.Ş. olarak birleşmek suretiyle 23.06.2004 tarihi itibarı ile "Avea" adı ile faaliyetini sürdürmeye başlamıştır. Pazar payı işlem 1998/2 Tebliğ ile değişik, 1997/1 sayılı Tebliğ'de yer alan % 25'lik pazar payı eşiğinin altında kalmış ancak tarafların belirlenen ilgili ürün pazarındaki ciroları toplamının 2002 yılı sonu itibarıyla yirmibeş trilyon Türk lirasını aştığı tespit edildiğinden izne tabi bir işlem olmuştur. Birleşme işlemi sonunda, GSM hizmetleri pazarında bir hâkim durum yaratılmasının veya mevcut bir hâkim durumun güçlendirilmesinin söz konusu olmadığı anlaşılmıştır.

Taraflarından birisinin TTAŞ olması ve GSM operatörlerinin, kiralık hat, arabağlantı ve altyapı tesisleri hizmetlerini TTAŞ'tan alıyor olması nedeniyle; GSM operatörlerinin TTAŞ ile TTI arasındaki ortaklık ilişkisinden kaynaklanabilecek bazı endişeleri olmuştur. Aycell'in sermayesiyle orantısız bir biçimde davrandığını, örneğin kamu kurumlarıyla uzun dönemli sözleşmeler imzaladığını vurgulamışlardır. Hizmetlerin kalitesinin eşit sunulmaması, bu hizmetlerin fiyatlandırılması ve sabit telefon hizmetleri ile mobil telefon hizmetlerinin bir paket halinde sunulması gibi GSM hizmetleri pazarında rekabeti bozabilecek türde davranışlara başvurulabileceği dile getirilmiştir. Rakipler tarafından dile getirilen bu endişeler de göz önünde bulundurularak, ilgili birleşme işlemi Kanun'un 7. maddesi çerçevesinde ele alındığında, bu birleşme sonucunda TTI'nın GSM hizmetleri pazarında hâkim duruma gelmesi söz konusu olmadığından ya da bu birleşme sonucunda tarafların veya TTAŞ'ın sahip olduğu hâkim durumun güçlendirilmesi ihtimali olmaması nedeniyle, bu birleşme işlemi için endişelere yönelik olarak herhangi bir koşul getirilmesine gerek bulunmadığı kanaatine varılmıştır; RK Kurumu; D. 2003-2-87 (Birleşme), K. 03-81/970-399, T. 18.12.2003.

yeni şirketin yönetim ve kontrol haklarına sahip olmamaktadır. Bu nedenle, TIM'in Saudi Oger Ltd. ile imzalamış olduğu ve OT'nin %20 hissesine kadar bir paya sahip olmasını sağlayan anlaşma, rekabet hukuku açısından yeni bir durum yaratmamıştır.

Sonuç olarak; altyapı işletimi ve sabit telefon şebekesi üzerinden ses hizmetleri gibi, faaliyet gösterdiği alanlarda çok yüksek pazar paylarına sahip bir teşebbüs devrediliyor olsa dahi, alıcıların ilgili pazarlarda herhangi bir faaliyetlerinin bulunmaması sebebiyle, başvuru konusu devralma neticesinde pazarın mevcut yapısında bir değişiklik ortaya çıkmayacağı kanaatine varılmıştır. Bu anlamda, devralma işleminin herhangi bir pazarda hâkim durum yaratılmasına veya mevcut bir hâkim durumun güçlenmesine yol açan bir etkisi olmayacağı ve söz konusu işlem sonucunda Kanun'un 7. maddesine aykırı bir durumun ortaya çıkmayacağı kararı verilmiştir²¹⁸.

Kanaatimizce, TTAŞ'ın blok satış yöntemiyle yabancı bir özel şirkete satılması, ülkemiz açısından pek de olumlu karşılanması gereken bir gelişme değildir. İleriki yıllarda bu devralmanın beklenen fayda yerine, rekabetin gelişimi ve tüketiciler için olumsuz sonuçlar doğurabileceği ihtimalini göz ardı etmemek gerekmektedir. Kaldı ki yapılan son tarifelendirmeye birlikte tüketicilerin sırtına ağır bir yük yüklendiğini görmekteyiz²¹⁹.

Avea'nın TIM International'a ait %40 oranındaki hissesinin TTAŞ'a devredilmesi işlemi de RK'nın iznine tabi bir işlem olmuştur²²⁰. GSM mobil telekomünikasyon hizmetlerini içeren pazarda halihazırda Turkcell, Vodafone Telekomünikasyon A.Ş.²²¹ ve Avea'nın faaliyet gösterdiği, Turkcell'in pazar payını sürekli olarak koruduğu, Vodafone'un 2003 yılından itibaren pazar payını arttırmaya başladığı, Avea'nın ise durağan bir pazar payına sahip olduğu, işletmeciler bazında abone sayılarının gelişimine bakıldığında Turkcell'in istikrarlı bir artış ivmesine sahip olduğu, Vodafone'un 1997 yılından itibaren küçük dalgalanmalarda bulunan abone sayısının 2003 yılından bu yana

²¹⁸ RK Kararı, D. 2005-2-51 (Özelleştirme Nihai Bildirim), K. 05-48/681-175, T. 21.7.2005. Dosya Konusu: TTAŞ'ın %55 oranındaki hissesinin blok satış yöntemiyle özelleştirilmesine yönelik izin talebi.

²¹⁹ TTAŞ'ın tartışılan tarifesiyle ilgili ayrıntılı bilgi tezin Çapraz Sübvansiyon başlığı altında aktarılmıştır.

²²⁰ RK Kararı, D. 2006-2-96 (Devralma), K. 06-59/772-225, T. 24.8.2006.

²²¹ Dosya konusu devralma, TMSF Kurulu'nun 23.6.2005 tarihinde Uzan Grubu şirketlerinden Telsim'e ait olan ve haczedilen varlıkların, ihale yöntemiyle satılması şeklinde gerçekleşmiştir. Devralmaya aday teşebbüslerin ilgili pazarda herhangi bir faaliyetleri bulunmaması nedeniyle, RKHK m. 7 çerçevesinde ilgili pazarda "hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik" bir işlem niteliğinde olmadığından Telsim Varlıkları İktisadi ve Ticari Bütünlüğü'nün TMSF tarafından ilgili ihalede en yüksek teklifi veren Vodafone A.Ş.'ye devri işlemine izin verilmesinde herhangi bir sakınca olmadığı anlaşılmıştır; RK Kararı, D. 2005-2-121, K. 06-04/61-18 (Devralma), T. 26.1.2006. Dosya Konusu: Telsim Varlıkları Ticari ve İktisadi Bütünlüğü'nün Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından satışı.

sürekli arttığı, Avea'nın ise daha yavaş bir artış oranına sahip olduğu belirtilmiş ve TTAŞ'ın TK düzenlemelerine tabi tutulduğu, hisse devir işlemine muhatap şirketin kendi ilgili piyasasında rekabeti etkileyebilecek derecede önemli bir piyasa payına sahip olmadığı, söz konusu hisse devrinin rekabetçi yapı üzerinde olumsuz bir etkisinin olmayacağı değerlendirilmiştir. 1997/1 sayılı Tebliğ'in m. 2/b bendine göre "herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer teşebbüsün malvarlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları devralması veya kontrol etmesi" birleşme veya devralma sayılan hallerden biri olarak belirlenmiştir. Bu devir işlemi pazar payı açısından 1998/2 sayılı Tebliğ ile değişik 1997/1 sayılı Tebliğ'in 4. maddesinde belirtilen eşiği aşmamaktadır. Öte yandan, Avea'nın 2005 yılı sonu itibarıyla ilgili ürün pazarındaki cirosu Tebliğ'le belirlenen yirmi beş milyon YTL ciro eşiğini aşmıştır. Bu nedenle, işlemin RK'dan izin alınması gereken bir devralma işlemi olduğu sonucuna varılmıştır. Bildirime konu işlemde hisseleri devralacak TTAŞ'ın GSM hizmetleri pazarında, hisseleri devre konu olan Avea dışında bizzat veya bir teşebbüs aracılığıyla herhangi başka bir faaliyeti bulunmamaktadır. Bu durumda TTAŞ'ın ilgili ürün pazarındaki payı Avea'nın pazar payı kadar olacaktır.

Sonuç olarak, RK, İş-TIM ile Aycell'in birleşme taleplerine, birleşme sonucu oluşacak TTI &TIM'in ciro ve abone sayıları üzerinden hesaplanan pazar payı açısından rakiplerinin çok gerisinde kaldığı ve bu nedenle birleşme sonucunda TTI'nın GSM hizmetleri piyasasında hâkim duruma gelmesi veya mevcut hâkim durumu güçlendirmesinin mümkün olmadığı gerekçeleri ile izin vermiştir²²².

²²² RK Kararı, D. 2006-2-96 (Devralma), K. 06-59/772-225, T. 24.8.2006.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HÂKİM DURUMU BELİRLEME ÖLÇÜTLERİ

I. HÂKİM DURUMUN BELİRLENMESİNDE İLGİLİ PİYASA/PAZAR KAVRAMI:

Hâkim durumun belirlenmesinde öncelikle ilgili piyasanın tespit edilmesi gerekmektedir. Hâkim durum oluşturacak ya da hâkim bir durumu güçlendirecek şekilde yapılan birleşme ve devralamaların denetiminde ilgili piyasayı belirlemek gerekir ki, bu piyasada hâkimiyetin olup olmadığı değerlendirilebilsin²²³.

Piyasa kavramı iktisadi olarak birkaç kısma ayrılmaktadır. Monopol piyasalarda, tek bir teşebbüs piyasada faaliyette bulunmaktadır. Tekel durumu olarak da ifade edilen bu durumda, rakip olmadığı için rekabet de yoktur. Tekel durumu; benzeri olmayan ve bir kaynaktan çıkan bir maden suyu gibi doğal, bir kasabada sadece bir dükkanın bulunması gibi zorunlu, devletin üretim ve satışını bir yasayla yaptığı mallarda olduğu gibi yasal ya da firmaların teşebbüslerin birbirleriyle anlaşarak meydana getirdiği durumlarda olduğu gibi sözleşmeli olarak ortaya çıkabilir²²⁴.

Duopol piyasada, satıcı konumunda iki teşebbüs bulunmaktadır. Bunların karşısında fazla sayıda alıcı vardır. Duopolde, teşebbüsler, tek başlarına fiyat belirleyebilirler ancak davranışları birbirlerinin kararına göre şekillenmektedir²²⁵.

Oligopol piyasalarda ise, teşebbüs sayısı ikiden çoktur. Tam rekabet piyasalarında da çok sayıda teşebbüs bulunmaktadır. Böyle piyasalarda teşebbüs sayısı arttıkça, karşılıklı bağıllık da azalmaktadır²²⁶. Oysa oligopoldeki teşebbüslerin hareketleri, tam rekabet piyasasındakilerin aksine, birbirinden bağımsız değildir. Oligopol yapıyı piyasayı, eşit veya benzer büyüklük ve güçteki işletmelerin varlığı oluşturmaktadır. Oligopol piyasada işletmeler (piyasanın yoğunlaşma derecesi yüksek yapısının bilincinde olarak), diğer teşebbüslerin

²²³ Güven, s. 216.

²²⁴ Bakkalçı, Ş. M. : Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a göre Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, İzmir 1996, s. 68.

²²⁵ Alkin, E.: İktisat, İstanbul 1992, s. 79.; Kısa, s. 5 vd.

²²⁶ Kısa, s. 6.

hareketlerine göre kendi hareket tarzlarını belirlemektedirler. Bu nedenle rakiplerin hareketlerinin dikkate alınması gerekmektedir²²⁷. Oligopolde pazara giriş kolay değildir²²⁸.

Piyasa şartlarını monopol, duopol ve oligopol piyasalarda satıcılar; monopson, duopson ve oligopson piyasalarda ise alıcılar belirlemektedirler. Monopson piyasa, çok sayıda satıcıya karşı, tek bir teşebbüsün alıcı olarak faaliyette bulunduğu piyasalardır. Duopson piyasada iki tane alıcı faaliyette bulunurken, oligopson piyasa da ise ikiden fazla alıcı faaliyette bulunmaktadır²²⁹.

Ekonomik anlamda pazar; belirli mal ve hizmetlerin değişimi için alıcı ve satıcıların ticari işlem yaptıkları, bu mal ve hizmetlerin fiyatlarının eşitlendiği yerdir. Pazarlar yerel, bölgesel, ulusal ya da uluslararası olabilir. İlgili piyasa rekabet hukuku açısından, her bir teşebbüsün faaliyet gösterdiği piyasadır. Ancak, ekonomi bilimi ile uğraşanlar piyasayı belirlerken, nakliye ücretlerini de göze almaktadırlar. Bu nedenle rekabet hukukundaki ilgili piyasa kavramı, her bir teşebbüsün fiilen faaliyet gösterdiği bölgeden daha geniş bir şekilde düşünülmektedir²³⁰.

RKHK, “belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki” rekabet ile ilgilenmektedir. RKHK’da mal, “ticarete konu olan her türlü taşınır ve taşınmaz eşya” olarak tanımlanırken, hizmet ise, “bir bedel ya da menfaat karşılığında yapılan bedeni, fikri veya her ikisi beraber olan faaliyetler” olarak tanımlanmıştır.

AB Komisyonu’nun ilgili piyasanın tanımı hakkında yayınladığı bir duyuru²³¹ bulunmaktadır. Bu duyuruda ilgili piyasanın tanımı, belirlenmesi, amacı, piyasa payının hesaplanması gibi açıklamalar yer almaktadır. İlgili piyasa konusunda RK’ya ait yayınlanmış olan herhangi bir tebliğ ya da duyuru mevcut değildir.

Davalarda kullanılan piyasa tanımlaması, davanın ne şekilde sonuçlanacağına belirleyici bir rol üstlenmektedir. Hatalı bir piyasa tanımlamasının yapılması halinde, bir hâkim

²²⁷ Ülgen, S. : Avrupa Birliği’nde Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Türk Sanayici ve İşadamları Derneği, İstanbul 1998, s. 47.

²²⁸ Görgülü, Ü. : Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Kapsamında Fiyat Ayrımcılığı Uygulamaları, Ankara 2003, s. 4.

²²⁹ Alkin, s. 85.

²³⁰ Areeda-Turner: Antitrust Law, C. II, s. 346; Sullivan: Handbook of the Law Anti trust, s. 41 (Akıncı, Yatay Kısıtlanma, s. 201’den naklen).

²³¹ Commission Notice On The Definition of Relevant Market for Purposes of Community Competition Law (97/ C 372/03), European Commission, Brussels, Luxembourg 1998, (www.antimon.gov.sk/dl.aspx?f=%2Ffiles%2F10%2F2004%2FN.definition+of+relevant+market.rtf, son yararlanma: 02.03.2007)

durumun veya şirket birleşmesinin etkilerinin yanlış bir şekilde değerlendirilmesi söz konusu olur. Piyasa tanımlamaları ürün veya coğrafi bakımdan dar olursa, fiili piyasalarda olumlu etkileri olan bazı faaliyetler engellenebilir. Tanımın geniş tutulması halinde ise, hâkim durumdaki teşebbüse ait olan pazar gücünün doğru bir şekilde saptanması zor olabilir. Dolayısıyla gerek hâkim durumun gerek birleşmelerin başarılı bir şekilde kontrol edilmesi ve uygulanması, piyasa tanımlamasında kullanılan yaklaşıma çok yakından bağlı kalmaktadır²³². Net bir pazar tanımının yapılamaması, hâkim durumda olduğu düşünülen bir teşebbüsün neye hâkim olduğu ya da neyi tekeli altına aldığı konusunda çelişki yaratacaktır. Bu sebeple pazarın açıkça veya zımnen tanımlanmış olması, bir firmanın bağımsız bir şekilde davranıp davranmadığının belirlenmesinde gereklilik arz etmektedir²³³.

Pazar tanımı, içinde bulunulan şartlara göre değişiklik gösterdiği için, genellikle dava bazında ele alınması gerekmektedir. Bu durum, yeni ürün ve hizmetlerde sürekli bir değişimin gözlemlendiği, hızlı gelişmelerin yaşandığı telekomünikasyon sektörü için geçerlidir²³⁴. Komisyon, Rekabet Kurallarının Telekomünikasyon Sektöründeki Erişim Anlaşmalarına Uygulanmasına İlişkin Komisyon Tebliği'nde²³⁵ (Erişim Tebliği) bu durumu açıkça belirtmiştir. Telekomünikasyon sektöründe, “son kullanıcıya bu hizmeti sunmak için gerekli unsurlara erişim” ve “son kullanıcıya sunulan hizmetler” olmak üzere en az iki tip pazarın mevcut olduğu dile getirilmiştir²³⁶. Komisyon, daha detaylı tanımlamalara yer vermemiştir. Yeni teknolojilerle birlikte yakınlaşan pazarlar, Komisyon'un bu tavrının ne derece doğru olduğunu ortaya koymaktadır²³⁷.

İlgili piyasa içerisinde, ilgili mal ya da hizmet piyasasının, ilgili coğrafi piyasanın, zaman ve dönem açısından ilgili piyasanın incelenmesi gerekmektedir.

²³² Ülgen, s. 22.

²³³ OFT Araştırma Raporu, Market Definition in UK, Competition Policy, Office of Fair Trading Research Paper; 1992, s. 12 (Çetinkaya, M. : İlgili Pazar Kavramı ve İlgili Pazar Tanımında Kullanılan Nicel Teknikler, Ankara 2003, s.11'den naklen).

²³⁴ Garzaniti, L.: Telecommunications Broadcasting And The Internet E.U. Competition Law And Regulation, Sweet&Maxwell, London 2000 (Topkaya, s. 16'dan naklen).

²³⁵ Notice on the Application of the Competition Rules to Access Agreements in the Telecommunications Sector Framework, Relevant Markets and Principles, OJ C 265, 1998, (http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/oj/1998/c_265/c_26519980822en00020028.pdf , son yararlanma: 15.03.2007).

²³⁶ Erişim Tebliği, par. 45.

²³⁷ Topkaya, s. 16.

A. İlgili Ürün Pazarı

1. Kavram

Ticari alış-veriş konusu olan bir malın ya da hizmetin oluşturduğu pazara ilgili ürün pazarı denir²³⁸. İlgili ürün pazarının belirlenmesinde iki temel soruya cevap aranır. Birincisi mal ve hizmetin kullanıcısı kimdir, ikincisi ise tüketici açısından ürünün hangi ürünlerle yarıştığı veya hangi ürünlerle ikame edebileceğidir. İkinci soruya cevapta ürünün belirgin özellikleri, fiyatı ve kullanım amaçları önemlidir²³⁹.

İlgili ürün pazarının belirlenmesinde söz konusu mal ya da hizmetin ikame edilebilirliği, çapraz elastikiyeti, özel dağıtıcıları, tüketici topluluğu, kullanım amacı, diğer teşebbüsler tarafından üretim imkânı ve belirgin niteliği göz önüne alınmalıdır²⁴⁰.

RK bazı kararlarında birden fazla ilgili ürün pazarı bulunabileceğini belirtmiştir. Örneğin; birbiriyle bağlantılı birçok pazarın bulunduğu, ölçek ve kapsam ekonomilerinin etkisinin hissedildiği telekomünikasyon sektöründe pazarların tanımlanması kendine özgü nitelikler arz etmektedir. Bu nedenle bir kararında²⁴¹; telekomünikasyon hizmetlerine yönelik pazar tanımlarında telekomünikasyon hizmetlerinin “toptan” ve “perakende” olarak ikiye ayrıldığı ve ayrı pazarlar olarak kabul edildiğini belirtmiştir. Bu şekilde bir ayırma gidilmesinin en önemli nedeni, her iki grubun taleplerinin birbirinden farklı olmasıdır. Perakende tüketiciler genellikle sadece kendilerine ulaşan ürün veya hizmetleri tüketme eğiliminde iken, toptan hizmet satın alan teşebbüsler, bu hizmetleri, sundukları hizmetlerin bir girdisi olarak temin etmektedir. Telekomünikasyon hizmetleri ile ilgili yapılan pazar tanımlarında belirtilen bir başka ayırım ise, bireysel ve kurumsal kullanıcılara sunulan hizmetler için yapılan ayırımdır. Bazı hizmetler sadece kurumsal müşteriler tarafından talep edilirken bazı hizmetler sadece bireysel kullanıcılar tarafından talep edilebilmektedir. Bu ayrımlar göz önüne alınarak ses hizmetleri temel olarak sabit hatlar (PSTN ve Kablo TV) ve mobil şebekeler (GSM ve NMT 450) üzerinden

²³⁸ 2002/2 sayılı Grup Muafiyeti Tebliği'nde “Ürün pazarı; anlaşma konusu mal veya hizmetler ile alıcı açısından ürün özellikleri, fiyatları ve kullanım amaçları bakımından bunlarla değiştirilebilir ya da bunları ikame edebilir kabul edilen mal ve hizmetleri kapsar” şeklinde ifade edilmektedir.

²³⁹ İlgili pazar kavramı için bkz. Barounos, D. Hall, D. F./James J. RaynerEEC Antitrust Law, Landon1975, s. 166 vd.; Gül, İ. : Kamu Kuruluşlarına Bağlı Teşebbüslerin Rekabete Aykırı Davranışları Rekabet Yasası İle Yasaklanmış mıdır?, Sayıştay Dergisi, 1998, S. : 31, s. 155

²⁴⁰ Gül, makale, s.155.

²⁴¹ RK Kararı, D. 2005-2-51 (Özelleştirme Nihai Bildirim), K. 05-48/681-175, T. 21.7.2005.

sunulmaktadır. Sabit hatlar üzerinden ses hizmetleri Türkiye’de genel olarak PSTN üzerinden arz edilmektedir. Kablo TV şebekesi üzerinden halihazırda diğer şebekelerle irtibatlı bir telefon hizmeti verilemediği göz önünde bulundurularak, sabit hatlar üzerinden sadece PSTN yoluyla telefon hizmeti sunulduğu dikkate alınmalıdır. Mobil ses hizmetleri de temel olarak GSM üzerinden sunulmaktadır. Bu çerçevede farklı nitelik taşıyan ve farklı amaç ve ihtiyaçlara yönelik olan sabit telefon hizmetleri ile mobil telefon hizmetlerinin halihazırda çift taraflı olarak halihazırda ikame olmadığı göz önüne alınarak, ilgili pazarın değerlendirilmesi bakımından “PSTN ses hizmetleri pazarı” ve “GSM ses hizmetleri pazarı”nın ayrı üst pazarlar olarak ele alınması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Ayrıca, PSTN ve GSM üzerinden sunulan ses hizmetleriyle birlikte çeşitli katma değerli hizmetler de sunulmaktadır. Bu çerçevede, PSTN üzerinden sunulan perakende ses hizmetleri “şehir içi telefon hizmetleri”, “uzak mesafe telefon hizmetleri” ve “katma değerli hizmetler” olarak farklı ürün pazarlarına ayrılabilir. PSTN üzerinden sunulan ses hizmetleri toptan pazarlar dikkate alındığında ise “çağrı başlatma hizmetleri”, “çağrı sonlandırma hizmetleri” ve “şebekeye erişim hizmetleri” olarak alt pazarlara ayrılabilir. GSM ses hizmetleri açısından bakıldığında, perakende olarak sunulan “GSM ses hizmetleri” ve “katma değerli hizmetlerin yanında toptan olarak “çağrı sonlandırma hizmetleri”, “ulusal ve uluslararası roaming hizmetleri” şeklinde alt pazarların tanımlanabileceği görülmektedir. Ayrıca araç telefonu olarak da bilinen analog mobil şebekesi (NMT 450) üzerinden verilen ses hizmetleri GSM ses hizmetleri pazarına dahil edilmemektedir. Bu çerçevede, ses hizmetleri bakımından “PSTN (sabit hatlar) üzerinden sunulan ses hizmetleri” ve “GSM üzerinden sunulan ses hizmetleri (mobil ses hizmetleri)” olmak üzere iki ayrı ilgili ürün pazarı tanımlanmıştır.

Kararın devamında, ilgili ürün pazarı analizi veri ve internet hizmetleri açısından incelenmiştir. TTAŞ’ın hem perakende hem de toptan hizmetler sunduğu görülmektedir. Perakende hizmetler bakımından internet erişim hizmetleri internete erişim hızları, erişim hızlarına bağlı olarak internet üzerinden destekledikleri hizmet türleri arası farklılıklar, kullanıcılara istenilen anda (on-demand access) ya da sürekli (always-on) bir bağlantı sağlamaları, aynı anda diğer (ses iletimi gibi) hizmetlerin de sunulmasına olanak tanıyıp tanınamaları, erişim hızının talep halinde anında değişip değişmemesi, kullanılan cihazların farklılıkları ve bu farklılığın getirdiği maliyet gibi unsurlar nedeniyle “dar bant internet erişim hizmetleri” ve “geniş bant internet erişim hizmetleri” olarak

farklılaşmaktadır. Veri ve internet hizmetleri bakımından toptan hizmetler temel olarak “ulusal ve uluslararası kiralık hat hizmetleri”, “internet arabağlantı hizmetleri” ve “yerel şebekeye erişim hizmetleri” olarak üçe ayrılabilir. Veri ve internet hizmetlerine yönelik olarak yukarıda yapılan temel ayrımların ötesinde arz ve talep özellikleri dikkate alınarak daha dar perakende ve toptan pazar tanımları yapılması mümkündür. Bu bağlamda, yukarıda belirtilen ayrımlar göz önüne alınarak aşağıdaki ürün pazarları tanımlanmıştır²⁴²:

- dar bant internet erişim hizmetleri pazarı,
- geniş bant internet erişim hizmetleri pazarı,
- veri hizmetleri pazarı,
- ulusal ve uluslararası kiralık hat hizmetleri pazarı,
- internet arabağlantı hizmetleri pazarı,
- yerel şebekeye erişim hizmetleri pazarı.

İlgili mal ya da hizmet pazarının belirlenmesi ve buna bağlı olarak hâkimiyetin tespiti; talep ikamesi, arz ikamesi ve potansiyel rekabet açısından üç farklı şekilde değerlendirilmektedir. RK kararlarında da inceleme ve değerlendirmelerin bu yöntemle yapıldığı görülmektedir²⁴³. Ayrıca, ilgili ürün pazarının saptanırken, aynı ürünün değişik uygulamalar için kullanılması halinde, iki farklı ürün pazarına da dahil edilebileceğinin dikkate alınması gerekmektedir²⁴⁴.

2. İkame Edilebilirlik

a) Kavram

İlgili ürün pazarının tanımlanmasında kullanılan ikame esnekliği yönteminin, hizmetler arası güç farklılıkları barındıran ve birbiriyle arabağlantılı veya geçişken

²⁴² RK Kararı, D. 2005-2-51 (Özelleştirme Nihai Bildirim), K. 05-48/681-175, T. 21.7.2005.

²⁴³ Güven, s. 224.

²⁴⁴ Bellamy & Child: Common Market Law of Competition, Fourth Edition, Sweet & Maxwell, London 1993; (Esin, s. 24'den naklen).

şebekelerin mevcut olduğu telekomünikasyon sektöründe uygulanması birtakım zorluklar yaratabilmektedir. Sadece sabit şebeke üzerinden telefon görüşmelerinin yapılabildiği dönemlerin aksine, günümüzde aynı şebeke üzerinden birden fazla hizmetin alınıyor veya farklı şebekeler üzerinden birbirlerini ikame edebilecek hizmetlerin sunuluyor olması, ikame esnekliği analizinin yapılmasını daha da zorlaştırmaktadır. Örneğin uluslararası telefon ve veri hizmeti almak isteyen büyük bir firma ister tüm bu hizmetleri kendisine noktadan noktaya bağlantı sunabilen bir telekomünikasyon operatöründen, isterse diğer şebekelerle arabağlantılar yoluyla faaliyet gösteren daha küçük şebekelere sahip operatörler aracılığıyla ihtiyaçlarını alabilmektedir²⁴⁵.

GSM hizmetlerinin diğer telekomünikasyon hizmetleri ile aynı pazarda olup olmadığının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. GSM hizmetleri açısından bakıldığında, GSM teknolojisinin hareket halinde iken kullanılabilmesi sayesinde mekan sınırlaması olmaksızın her türlü kişisel iletişim olanağının 24 saat boyunca erişilebilir olduğu ve bu hizmetlerin sosyal ve profesyonel hayatta birçok kolaylık sağladığı görülmektedir. GSM şebekeleri üzerinden verilen en önemli hizmet mobil telefon hizmetidir. Mobil telefon hizmetini de içeren GSM hizmetleri, sabit telefon hatları üzerinden sesli iletişim (PSTN) hizmetinden çok daha geniş kapsamlıdır. Bu nedenle, bu iki şebeke üzerinden de verilebilen sesli iletişimde ise PSTN'in mekan ile sınırlı olduğu göz önüne alındığında, söz konusu hizmetlerin birbirinin yerine geçebilmesi oldukça güç görülmektedir. Sonuç olarak, büyük oranda farklı nitelik taşıyan ve farklı amaç ve ihtiyaçlara yönelik olan sabit telefon hizmetleri ile mobil telefon hizmetlerinin ikame edilemeyeceği, dolayısıyla söz konusu hizmetlerin aynı pazar içinde yer almasının mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Fakat, GSM-900 ile GSM-1800 şebekeleri üzerinden sunulan telekomünikasyon hizmetleri incelendiğinde, tüketici açısından bu hizmetlerin bir farklılık taşımadığı, aynı türde ve çeşitte hizmetlerin iki şebeke üzerinden de sağlanabildiği görülmektedir. Tek fark GSM-1800'de kullanılacak telefon cihazlarının "dual band" denilen ve her iki şebekeden gelen sinyalleri alabilen teknolojiye sahip olmasıdır. Dolayısıyla, GSM-900 ve GSM-1800'den sunulan hizmetler, uyumlu cihaza sahip olunması koşuluyla tam olarak aynı türde ihtiyaçları sağlamaya yönelik olduğundan

²⁴⁵ ITU (2002), "Competition Policy in Telecommunications", Document No: CPT/04, s. 12 (Arıöz, s. 21'den naklen).

birbirini tam olarak ikame edebilen hizmetler olarak aynı ürün pazarında yer alabileceği kanaatine varılmıştır²⁴⁶.

Ayrıca, GSM hizmetleri abonenin kullanım amaçlarına göre, kısa mesaj, telesekreter, internet bağlantısı, faks gönderme, görüntü iletimi, veri bankalarına ulaşım gibi sadece karşılıklı ses iletiminden çok daha farklı ve çeşitli hizmetlerin sunumuna olanak sağlayan sistem olması ve taşınabilir cihazlarla kullanılıyor olması nedeniyle, NMT-450 üzerinden sağlanan ve daha çok araç telefonu olarak bilinen analog mobil sisteminden de ayrılmaktadır. Dijital teknoloji ile çalışması nedenleriyle artık diğer sistemlerin bir ikamesi olmaktan çıkmış, hatta NMT-450 sisteminin yerini almış, ayrı ve ikamesi olmayan bir ürün haline gelmiştir. Ürünün özelliklerinin yanı sıra, GSM sistemlerinin işletim hakkının, lisans anlaşmaları ile çok uzun süreli devredilmesi, yatırım maliyetlerinin çok büyük olması ve yatırımların teknolojik gelişmelere paralel olarak süreklilik ve hızlilik gerektirmesi, bu sistemin işletilmesinin ayrı bir pazar oluşturmasına neden olmaktadır²⁴⁷.

Tüketiciler, ürünleri kalitelerindeki veya performanslarındaki farklılıklar gibi nedenlerle birbirinin tam ikamesi olarak görmeyebilirler. Bunların yanı sıra bir markadan diğerine geçmek bir takım maliyetleri beraberinde getirebilir. Dolayısıyla tüketici bir kere böyle bir ürünü satın aldıktan sonra o ürüne bağımlı hale gelmektedir. Reklâmlar sayesinde üreticiler tüketicinin, ürünlerin kalitesine ilişkin kanılarını etkilemek ve benzer veya aynı ürünler arasında doğal olmayan farklılıklar algılamalarına yol açmak suretiyle sosyal maliyetler yaratabilirler. Ancak çoğu zaman farklılaşma algılanan değil de gerçek nedenlere de dayanabilir. Satış sonrası servisler, garanti servisleri, ürüne ilişkin alışkanlıklar, geçiş maliyetleri gibi nedenler müşterinin belirli bir ürüne bağlılığını sağlayabilmektedir. Bir kere bu bağımlılık gerçekleştikten sonra müşterinin diğer bir markaya geçmesi zorlaşacağından, ürün farklılaşması üreticiye belirli bir düzeyde davranış serbestisi sağlamaktadır. Ancak bu noktada farklılaşma ile ikame edilebilirliğin ayrı kavramlar olduğu unutulmamalıdır²⁴⁸.

²⁴⁶ RK Kararı, D. 2003-2-87 (Birleşme), K. 03-81/970-399, T. 18.12.2003.

²⁴⁷ RK Kararı, D. D2/1/E.Ö.-99/2 (Önaraştırma), K. 00-20/198-107, T. 30.5.2000. Benzer diğer bir karar için bkz. K. 99-57/614-391, T. 14.12.1999.

²⁴⁸ RK Kararı, D. S.R. -01/1, K. 01-35/347-95, T. 20.7.2001.

Turkcell örneğinde, çeşitli nedenlerden bu firmanın GSM hizmetlerinde bir farklılaşma yaratabildiği ve hizmetlerine karşı bir marka bağımlılığı oluşturabildiği görülmektedir. Lisanslı döneme daha fazla abone ile başlanması, altyapı çalışmalarının kesintisiz ve etkin bir şekilde sürdürülmesi ve kapsama alanında gerekli büyüklüklere rakibinden daha önce ulaşabilmesi, etkin ve münhasır çalışan bir dağıtım ağının kurulması ve aboneler açısından yaratacağı geçiş maliyetleri nedenleriyle Turkcell sadık bir tüketici kitlesine sahip olduğu düşünülmektedir²⁴⁹.

İkame edilebilirlik ölçüsü, talep açısından ikame edilebilirlik ve arz açısından ikame edilebilirlik olarak ikiye ayrılır.

b) Talep İkamesi

Bir mal ya da hizmetin yerine bir başka malın ya da hizmetin alınabildiği durumlarda bu iki ürün arasında ikame edilebilirlik söz konusudur. Ürünlerin birbiri ile ikame edilebilirliği fazla ise bu ürünler aynı pazarda, düşük ise ayrı ürün pazarında kabul edilir²⁵⁰.

Talep ikamesinde, talebin çapraz fiyat elastikiyeti konusu önem taşımaktadır. Talep bakımından ikame edilebilirlik, ekonomi bilimi açısından çapraz fiyat esnekliği olarak ifade edilmektedir²⁵¹.

AB'de Komisyon'un ilgili pazar hakkındaki Duyurusu'nda²⁵², ilgili ürün pazarını belirlemede SSNIP (small but significant non-transitory increase in price) yönteminin kullanıldığı görülmektedir. Bu teste göre, ilgili mal ya da hizmete küçük (%5-%10 arası) fakat önemli, kalıcı bir fiyat artışı uygulanır²⁵³. Fiyat artışı sonucunda tüketiciler bir mal ya da

²⁴⁹ RK Kararı, D. S.R. -01/1, K. 01-35/347-95, T. 20.7.2001.

²⁵⁰ Güven, s. 225.

²⁵¹ Bakkalçı, s. 74.

²⁵² Commission Notice on the Definition of Relevant Market for Purposes of Community Competition Law (97/ C 372/03), Merger Control Law in the European Union, Situation in March 1998, European Commission, Brussels, Luxembourg, 1998; (www.antimon.gov.sk/dl.aspx?f=%2Ffiles%2F10%2F2004%2FN.definition+of+relevant+market.rtf, son yararlanma: 02.03.2007).

²⁵³ Türkiye'deki enflasyon oranından dolayı SNIPP testinde kabul edilen oranın, Türkiye'de %10 ile %15 arasında uygulanmasının daha doğru olacağı belirtilmektedir. Tüketicilerin fiyat artışını enflasyondan kaynaklanan bir fiyat ayarlaması olarak değil, gerçek bir fiyat artışı olduğunu algılayacakları eşik ne oranda ise, o oranda bir fiyat artış oranı uygulanmalıdır. Türk rekabet hukuku'nda SNIPP testinin uygulanması açısından engelleyici bir hükmün bulunmamaktadır. Pazar tanımıyla ilgili olarak SNIPP ile çözülemeyecek sorunlar vardır. Ancak bazı durumlarda son derece yararlı bir araç olmaktadır, bkz. İşmen, T./ Zuvin, S. : Rekabet Hukuku'nda İlgili Pazarın Tanımlanması, Rekabet Bülteni, İstanbul 2000, S.:3, s. 32-33

hizmet yerine bir başka mal ya da hizmet tercih ediliyorsa, bu durumda her iki ürünün aynı piyasada ve birbiriyle ikame edilebilir olduğu kabul edilir. İlgili coğrafi pazarın belirlenmesinde de aynı ölçü uygulanabilir. Fiyat artışı sonrası, tüketiciler başka bir bölgedeki ürüne yöneliyorsa, ilgili coğrafi pazar bu bölgeleri de içeriyor demektir²⁵⁴.

SSNIP testine göre, tekel olduğu varsayılan bir teşebbüsün, belli bir ürünün fiyatında önemli, küçük ve kalıcı bir artış uygulaması halinde, tüketicilerin başka ürünlere yönelmelerine yol açıyorsa, teşebbüsün ürettiği ürünle tüketicilerin yöneldiği ürünler aynı ürün pazarında yer alıyor demektir. Bu durumda, bir ilgili ürün pazarının SSNIP testinin koşullarını sağlayan bütün ürünleri kapsadığı söylenebilir²⁵⁵.

Burada SNIPP testine göre yapılan fiyat artışı farazi bir fiyat artışıdır. Bu nedenle olayı somutlaştırmak için geçmişteki davranışlar, geçmişteki olaylar fiyat değişikliklerine karşı yeni ürünlerin çıkması nedeniyle gösterilen tepkiler de SNIPP testinin uygulanmasının yanı sıra satışların durumu konusundaki değerlendirmede dikkate alınır²⁵⁶.

İlgili pazarın saptanmasında çapraz talep esnekliği bir yöntemdir. Ancak yalnızca fiyatlara bağlı olarak inceleme yapmak, her durumda yeterli bir çözüm olmayabilir. Talep ikamesinde fiyat ölçütünün yanı sıra mal ya da hizmetin fiziksel özellikleri, piyasadaki arz ve talep yapısı, kullanım özellikleri, kullanım amacı, ilgili ürünlerin rekabet etme şartları, potansiyel olarak ikame edilebilir ürünlere geçilmesine bağlı engeller, maliyetler gibi diğer faktörler de dikkate alınır²⁵⁷.

c) Arz İkamesi

Arz açısından ikame edilebilirlik, talep açısından ikame edilebilirlik ölçütünün yanı sıra kullanılan diğer bir ölçüttür. Genelde talep yönünden ikame edilebilirlik ilgili ürün

(<http://www.esrc.com/www2/bulten2bb.asp?bulsayID=32&altbas=altbas1&konu=konu1&k=1>, son yararlanma: 11.03.2007); Sirel, E.:Telekomünikasyon Pazarının Tanımı., Evdeki Telefon veya O Telefonla Aranabilen Her Yer: Dünya?, Rekabet Bülteni, sayı:3, Yıl 2000, ESC Consulting, (<http://www.esrc.com/www2/bulten2bb.asp?bulsayID=33&altbas=altbas1&konu=konu1&k=1>, son yararlanma: 11.03.2007)

²⁵⁴ Güven, s. 219 vd.

²⁵⁵ Çetinkaya, s. 7.

²⁵⁶ Güven, s. 225.

²⁵⁷ Tekinalp G./ Tekinalp Ü. : Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul 2000, s. 439.

pazarının belirlenmesinde ilk başvuru olan yol olmaktadır. Ancak ilgili pazarın doğru olarak tespit edilmesinde arz açısından ikame edilebilirlik de önem taşıyan bir durumdur²⁵⁸.

Bir teşebbüsün yüksek maliyet gerektirmeyen ve kısa sürede gerçekleştirilebilecek bir değişiklik ile ürettiği mal dışında, diğer malları da üretebilmesi ya da hizmet sunan bir teşebbüs ise diğer hizmetleri de sunabilir hale gelmesi halinde arz açısından ikame edilebilirlik söz konusudur²⁵⁹. Arz açısından ikame edilebilen ürünler aynı piyasada kabul edilir²⁶⁰.

Arz ikamesinin piyasa tanımlamasına dahil edilmesinin nedeni, piyasaya anında sürülecek ek üretimin etkisinin, talep ikamesinin etkisine benzemesidir. Her iki halde de piyasada asıl üreticinin mallarına olan ihtiyaç azalmaktadır. Arz ikamesinin ve talep ikamesinin rekabet üzerindeki etkileri birleştirildiğinde, ürün piyasası tanımlamasının kapsamı genişleyebilmektedir. Bunun için yeni üretimden dolayı üreticilerin ek masraflara ve risklere maruz kalmamaları ve yeni üretimin tüketicilere anında ulaştırılması gerekmektedir²⁶¹.

Tek başına talep ikamesi dikkate alınarak yapılan bir değerlendirme ilgili ürün pazarının dar olarak yorumlanmasına, tek başına arz açısından ikame edilebilirlik durumunun göz önüne alınması da pazarın çok geniş yorumlanmasına neden olabilir. Her iki durumun birlikte dikkate alınarak ilgili pazarın tespit edilmesi gerekir²⁶².

RK'nın hem talep hem arz ikamesini göz önünde bulundurarak yaptığı mobil telekomünikasyon ile sabit telekomünikasyon hizmetlerine ait ilgili pazar analizinde; bu iki hizmet türünün, temel olarak benzer hizmetlerin sunulabildiği iletişim alt yapılarının oluşturulmasında gerekli teçhizat, yazılımlar ve hizmetler bütünü olmalarına karşın, farklı iletişim teknolojilerini esas almaları ve nitelik bakımından birbirlerinden farklılaşmaları nedeniyle, aralarında talep açısından herhangi bir ikame ilişkisinin olmadığı tespit edilmiştir. Söz konusu ürün ve hizmetlerin nitelik bakımından birbirlerinden farklı olmaları ve ilgili olduğu alanla ilgili teknik bilgi birikimi ve uzmanlık gerektirmeleri nedeniyle, bu ürünler arasında bir arz ikamesi de söz konusu olmayacağı belirtilmiştir. Bu nedenle, sabit

²⁵⁸ Güven, s. 227 vd.

²⁵⁹ Tekinalp, s.40.

²⁶⁰ Güven, s. 228.

²⁶¹ Ülgen, s. 32.

²⁶² Güven, s. 228.

ve mobil Şebeke ekipman ve hizmetlerinin iki ayrı ũrũn pazarı oluşturduğu sonucuna ulaŐılmıŐtır²⁶³.

Arz aÇısından kabul edilen “kısa sũrede değişiklik yapılması” uygulaması, piyasanın doğru olarak tespit edilmesinde ũnem taşımaktadır. ũretim sũrecinde yapılacak değişiklikler işin uzun bir sũre kabul edilirse, teŐebbũsler ũrũnlerini ŐeŐitlendirip, ũretim sũreŐlerini geliŐtirerek, birÇok ũrũnũn arz aÇısından aynı piyasada kabul edilmesi sonucunu ortaya Őıkartabileceklerdir. Bu da arz ikamesi aÇısından piyasanın Çok geniş olarak yorumlanmasına neden olacaktır. Somut olaya gŕre gerektiğinde daha uzun bir sũre olarak kabul edilebileceği Őartıyla, bir başka ũrũnũ ũretebilmek işin gerekli olan sũre kısa tutulmalı, Komisyon uygulamasında olduğu gibi azami sũre bir yıl olarak ŕngŕrũlmelidir²⁶⁴.

B. İlgili Coğrafi Pazar

İlgili coğrafi piyasa, rekabet hukukunda ilgili Şirketlerin mal ve hizmetlerini sattıkları ve rekabet koşullarının yeterince yeknesak olduğu alandır²⁶⁵. Başka bir ifadeyle, aynı pazar koŐullarına sahip pazar alanıdır. ũlkenin bũtũnũ olabileceği gibi, ũlkede yer alan bir bŕlge de olabilir. Bu bŕlge diğer bŕlgelerden rekabet koşulları aÇısından farklı olmalıdır. Bu farklılığının tespitinde tũketiciler tercihleri de gŕz ŕnũne alınmalıdır. Bŕlge tũketiciler gŕzũyle rekabet aÇısından diğer bŕlgelerden yalıtılmıŐ olmalıdır²⁶⁶.

Coğrafi piyasanın belirli bir ũrũn piyasasında faaliyet gŕsteren veya potansiyel olarak bu pazara girebilecek bũtũn Őirketleri kapsayacak Şekilde tanımlanması gerekmektedir. Bu nedenle coğrafi piyasa, hâkim durumda olup olmadığı araŐtırılan teŐebbũsũn faaliyette bulunduğu coğrafi alanda bulunan diğer Şirketlerin yanı sıra, bu alanda faaliyet gŕstermeyen ancak kalıcı ve ŕnemli bir fiyat artışı sonrasında bu coğrafi alana girebilecek diğer Őirketleri de kapsamalıdır²⁶⁷.

Coğrafi pazar değerlendirilmesi yapılırken, ilgili mal ve hizmetlerin ŕzellikleri, tũketiciler tercihleri, giriş engelleri, ulaşım Őekilleri, dağıtım sistemleri, ũrũnũn markası, ilgili bŕlge ile

²⁶³ RK Kararı, D. 2006-2-125 (Devralma), K. 06-86/1105-323, T. 30.11.2006.

²⁶⁴ Gũven, s. 229.

²⁶⁵ ũlgen, s. 35.

²⁶⁶ Gũl, makale, s.155.

²⁶⁷ ũlgen, s. 36.

komşu bölgeler arasında teşebbüslerin pazar payları, fiyat farklılıkları, maliyetler gibi birçok unsur dikkate alınır.

Coğrafi pazar RKHK’da tanımlanmamıştır. Ancak m. 6’ya göre, Türkiye’nin tamamı veya bir bölümü ilgili coğrafi pazar olarak kabul edilebilecektir. Maddede açıkça, “ülkenin tamamı veya bir bölümünde hâkim durumda olmak”tan söz etmektedir. Ülkenin ne gibi özelliklere sahip bir bölümünün kendi başına ilgili coğrafi pazar olarak kabul edilebileceği konusunda bir açıklık getirilmemiştir.

Ayrıca 1997/1 sayılı Birleşme ve Devralmalar Tebliği m. 4/4’te ülkenin bir bölümünü kalanında ayrı bir pazar yapacak nitelikler sayılmıştır. Buna göre; coğrafi pazar, teşebbüslerin, mal ve hizmetlerinin arz ve talebi konusunda faaliyet gösterdikleri, rekabet koşullarının yeterli derecede homojen ve özellikle rekabet koşulları komşu bölgelerden hissedilir derecede farklı olduğu için bu bölgelerden kolayca ayrılabilen bölgelerdir.

RK davalarında çoğunlukla ilgili coğrafi pazar, hizmetin tüm Türkiye genelinde verilebilmesi ve Türkiye sınırları içinde tanımlanan ilgili ürün pazarları açısından rekabet koşullarının farklılık arz ettiği ayrı bölgelerin söz konusu olmaması gibi nedenlerle, Türkiye sınırları olarak belirlenmektedir²⁶⁸. Ayrıca RK bir kararında bölgesel olarak coğrafi pazar ayırımının pratikte bir faydasının olmayacağı düşüncesiyle hareket ederek, ilgili coğrafi pazarı Türkiye Cumhuriyeti sınırları olarak belirlemiştir²⁶⁹.

AB Komisyon’un ilgili pazar tanımına ilişkin olan yayınlamış olduğu Duyuru’sunda²⁷⁰ ilgili coğrafi pazar; “ilgili teşebbüsün mallarının ya da hizmetlerinin arz ve talebini kapsayan

²⁶⁸ RK Kararı, K. 04-09/82-22; 02-60/755-305; 05-78/102-294; 04-09/82-22; 06-04/61-18; 04-09/82-22; 03-64/768-355; 05-10/86-33; 06-86/1105-323; 06-59/772-225; 05-48/681-175; 06-13/155-39, T. 16.2.2006.

²⁶⁹ 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. Bunun yanı sıra, çifte-tekelleme hakkı dolayısıyla her iki hizmetin de fiyatlandırmasının ulusal bazda yapılmakta olduğu da göz önünde bulundurulduğunda, T.C. 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; bkz. RK Kararı, D. 2003-2-13 (SR.), K. 05-10/81-30, T. 10.2.2005.

²⁷⁰ Commission Notice on the Definition of Relevant Market for Purposes of Community Competition Law (97/ C 372/03), Merger Control Law in the European Union, Situation in March 1998, European Commission, Brussels, Luxembourg, 1998; (www.antimon.gov.sk/dl.aspx?f=%2Ffiles%2F10%2F2004%2FN.definition+of+relevant+market.rtf, son yararlanma: 02.03.2007).

ve rekabet şartlarının yeterince homojen olduğu komşu pazarlardan, bu alanlardaki rekabet koşullarının farklı olmasıyla ayrılabilen pazarlar” olarak tanımlanmıştır.

ATA m. 82’ye göre hâkim durum ortak pazarda veya onun önemli bir bölümünde olmalıdır. Bu nedenle Komisyon veya ATM somut olaya göre bazen ortak pazarın tamamını, bazen bir üye devleti, bazen bir üye devletin bir bölgesini ilgili coğrafi pazar olarak alabilmektedir²⁷¹. AT m. 82 RKHK m. 6’da olduğu gibi sadece bir bölümünü değil, ülkenin önemli bir bölümünü esas almıştır. Ancak bu bölümün ne kadar öneme sahip bir bölüm olduğu belli değildir²⁷².

Türkiye, siyasi açıdan üniter bir devlet ve coğrafi açıdan AB’ye kıyasla küçük bir ülkedir. Bu nedenle piyasaların birbirlerinden ayrılması ihtimali daha zayıftır. Somut olayda rekabet şartları açısından ciddi farklılıklar bulunmadığı sürece, coğrafi piyasanın ülkenin bütünü olarak kabul etmek, ekonomik gerçeklere daha uygun olacaktır. Buna karşılık, Türkiye coğrafyasının gösterdiği fiziksel özellikler, bölgeler arası gelir dağılımındaki farklılıklar, ulaşım altyapısının zayıflığı, coğrafi piyasaların ayrılmasında etken olacak önemli faktörlerdir. Coğrafi piyasaların ayrılmasında kullanılacak olan faktörler ve bunların sonuçları, RK’nın ve mahkemelerin somut olaylar karşısında oluşturacağı içtihatlarla ortaya çıkacaktır²⁷³.

Telekomünikasyon sektörü günümüzde şebekelerin birbirleriyle irtibatlandırıldığı ve tam anlamıyla coğrafi sınırların ayrıştırılmadığı bir sektör haline gelmiştir. AT işe rekabet ve düzenleme koşullarının yakın olduğu coğrafi alanı tanımlamakla başlamaktadır. Topluluk bu yaklaşımı kullanırken, ayrıca arabağlantı ve ulusal dolaşım anlaşmalarının varlığını coğrafi pazarı tanımlamada kullanmaktadır. Örnek vermek gerekirse, ulusal dolaşım anlaşmalarının mevcut olduğu durumlarda ATM, GSM hizmetleri için Avrupa çapında pazar tanımlaması yapmış, şebekeler arası arabağlantı anlaşmalarının mevcut olduğu bir durumda ses hizmeti veren yerel bir kablo şebekesi operatörünün ise ulusal coğrafi kapsama sahip olduğunu kabul etmiştir^{274, 275}.

²⁷¹ Aslan, Y.: Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ankara, 1992, s. 226.

²⁷² Aslan, Rekabet Hukuku, s. 120.

²⁷³ Sanlı, s. 251.

²⁷⁴ ITU 2002, s. 12 (Ariöz, s. 21’den naklen).

²⁷⁵ Bkz. Cegetel / Vodafone-SFR (1998) OJ C 16/13, Vodafone/Airtouch (1995) OJ C 295/2, Bell Cable Media / Cable & Wireless / Videotron ve Cable & Wireless / Nynex / BellCanada (1997) OJ C 24/22 (Ariöz, s. 21, dn. 22’den naklen).

C. Zaman ve Dönem Açısından İlgili Piyasa

Zaman ve dönem açısından ilgili piyasa, hâkim durumun belirlenmesinde kullanılan bir diğer ölçüttür. İlgili pazarın tespitinde, dönemsel özellikler de dikkate alınır. Mevsim değişiklikleri ya da ekonomik krizlerin yaşandığı dönemler piyasanın zamansal sınırlarını çizer²⁷⁶.

Teşebbüsler belirli dönemlerde piyasada hâkim durumda bulunabilirler. Teşebbüslerin ilgili ürün pazarında hâkim durumda olup olmadıklarını belirlerken faaliyette buldukları zaman ve dönem açısından pazardaki durumlar değerlendirilmelidir. Bütün bir yıl ilgili ürün pazarında hâkim durumda olmayan bir teşebbüs, o mal ya da hizmetin özelliğinden dolayı, belirli bir dönemdeki faaliyeti göz önüne alındığında hâkim durumda kabul edilebilir²⁷⁷. Örneğin, telekomünikasyon alanında, bayram veya yılbaşı gibi özel günlerde hatların daha yoğun olması, bu sektöre talepte büyük farklar meydana getirebilmektedir.

Hâkim durumun belirlenmesi ayrıntılı ekonomik bir analiz gerektirmektedir. Bu nedenle ilgili ürün piyasası, ilgili coğrafi piyasanın ve zaman ve dönem açısından ilgili piyasanın birlikte incelenmesi gerekir²⁷⁸.

II. HÂKİM DURUMUN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN ÖLÇÜTLER

Hâkim durumun tespiti için telekomünikasyon sektöründe kullanılacak faktörler; pazar payı, giriş engelleri, dikey bütünlük, teknolojik üstünlükler, firmanın büyüklüğü, ürün/hizmet çeşitliliği, sermaye/finansal kaynaklara kolay/imtiyazlı erişim, ölçek ve kapsam ekonomileri, dağıtım ve satış ağı, potansiyel rekabetin yokluğu olarak sayılabilir²⁷⁹.

²⁷⁶ Kısa, s. 20.

²⁷⁷ Güven, s. 235.

²⁷⁸ Güven, s. 235.

²⁷⁹ Arıöz, s. 21; bkz. Commission of the European Communities, Guidelines On Market Analysis And The Assessment Of Significant Market Power Under The Community Regulatory Framework For Electronic Communications Networks And Services 2002, OJ C 165/6, ([http://www.ivir.nl/legislation/telecom/eu/2002-C_165-03\(GuidelinesMarketAnalysis\).pdf](http://www.ivir.nl/legislation/telecom/eu/2002-C_165-03(GuidelinesMarketAnalysis).pdf), son yararlanma : 10.12.2006)

AB Adalet Divanı kararlarında yer alan hâkim durumun belirlenmesinde göz önüne alınan ölçütler; pazar payı, giriş engelleri, dikey bütünlük, teknolojik üstünlük, kullanılmayan kapasite, üründe çeşitlilik, fikri ve sınai mülkiyet haklarının varlığıdır²⁸⁰.

A. Pazar Payı

Pazar payı hâkim durumun belirlenmesinde önem taşımaktadır. Pazar payının çok yüksek olması halinde başka etkenlere bakılmadan hâkim durumun belirlenebilmesi mümkün olmaktadır. Pazar payının düşük olması halinde ise, diğer unsurlara bakılmaktadır. Çoğu kez hâkim durumda bulunan teşebbüsler aynı zamanda büyük pazar paylarına sahip olmaktadır. Bu nedenle pazar payının yüksekliği hâkim durumun belirlenmesinde önemli kriterlerden birisi olarak değerlendirilmektedir. Ancak teşebbüslerin pazar paylarının büyük olması onların her zaman hâkim durumda oldukları sonucunu ortaya koymaz²⁸¹.

Telekomünikasyon sektöründe pazar gücünün hesaplanmasında dikkate alınacak temel faktörler gelir, ilgilenilen pazardaki abone sayısı ve taşınan trafik miktarıdır²⁸². Şebeke dışsallık etkileri pazara giriş önünde engel niteliği taşıyabilecek özelliklere sahip olduğundan analizde, özel bir önem verilmektedir. Her ne kadar zorunlu arabağlantı anlaşmaları yönünde yapılan düzenlemeler, şebeke dışsallık etkilerinin önemini azaltsa da, özellikle yerleşik operatörün ve geniş şebekeye sahip operatörlerin, diğer operatörlerin pazarda etkin bir şekilde faaliyet göstermelerini engelleyecek eylemleri dikkatle takip edilmelidir²⁸³.

Hâkim durum değerlendirilirken sadece ilgili teşebbüsün sahip olduğu pazar payı değil, rakip teşebbüslerin sahip olduğu pazar payı da göz önünde bulundurulur. Hâkim durumdaki şirketin pazar payıyla en önemli rakibinin pazar payı arasındaki fark da önemli bir veridir. Pazar paylarının oldukça farklı olması, hâkim durumdaki şirketin rakiplerine göre ölçek ekonomilerinden istifade ederek daha ekonomik üretim yapması ve hâkim durumunu güçlendirmesi ihtimalini kuvvetlendirmektedir. Bu nedenle en yakın rakibi arasındaki pazar payı farkı fazla olan şirketlere karşı daha katı davranılmaktadır. Fakat incelenen şirketle

²⁸⁰ Konukman, P. D. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Tez, İstanbul 2000, s.36.

²⁸¹ Güven, s. 236 vd.

²⁸² ITU 2002, s. 13 (Ariöz, s. 22'den naklen).

²⁸³ Intven H./ Oliver J./ Sepulveda E.: Telecommunications Regulation Handbook, World Bank, Washington D.C 2000, s. 15 vd. (<http://www.infodev.org/en/Publication.22.html>, son yararlanma: 12.01.2007); Ariöz, s. 22.

rakipleri arasında pazar paylarında bir farklılık bulunmaması da anılan şirketin pazar gücünden yoksun olduğu şeklinde değerlendirilmemelidir. Çünkü bu durum oligopol niteliği arz eden piyasalarda şirketlerin işbirliğine veya kartelleşmeye gitmesi kolaylaştırıcı bir etken olarak görülmektedir²⁸⁴.

AB rekabet hukukunda ilgili pazarda hâkim durumun tespitinde kullanılan niceliksel ölçütler şu şekilde ifade edilebilir²⁸⁵:

- **%25'in altında** kural olarak hâkim durum söz konusu değildir,
- **%25-40** başka faktörlerin varlığında hâkim durum olabilir,
- **%40'ın üzerinde** kural olarak hâkim durum vardır, başka faktörlerin varlığına da bakılır²⁸⁶,
- **tekeli (%100)** bu durumda otomatik olarak hâkim durum vardır.

Hâkim durumun belirlenmesinde ilgili teşebbüslerin pazar payı konusunda, RKHK'da ve RK Tebliğ'lerinde herhangi bir oran yer almamıştır. Kurul kararlarında da bu konu açık değildir.

Pazar payının elde tutulma süresi de önem arz etmektedir. AB uygulamasında 5 senelik bir süre boyunca korunan yüksek pazar payları, hâkim duruma işaret etmekte, 3 seneden daha kısa bir sürede gözlemlenen yüksek pazar payları ise, hâkim durum için yeterli olmaktadır²⁸⁷. Piyasada belirli bir süre ve tesadüfi nitelik arzeden artış ve azalmaların hâkim durumun tespitinde esas alınmaması doğru bir yaklaşımdır²⁸⁸. Bu nedenle süreler somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmektedir.

Örneğin; Turkcell'in pazar payının 6 yıl boyunca rakibinden açık ara fazla oluşu Turkcell'in pazardaki gücüne önemli bir gösterge olmuştur. 2001 yılı itibariyle, abonelerin %70'i Turkcell'e %30'u ise Telsim'e aittir. Ayrıca konuşma sürelerinden aldıkları pay %80 ve %20'dir. Kullanım sürelerine ilişkin olarak, 1998 senesinden itibaren son üç yılın verileri karşılaştırıldığında, Turkcell abonelerinin kullanım oranlarının Telsim abonelerine göre iki

²⁸⁴ Ülgen, s. 46 vd.

²⁸⁵ Pınar, Fikri Hakların Önemi, s. 128.

²⁸⁶ ATM tarafından somut olayın özelliklerine göre karar verilmektedir. Bazen %80 pazar payına sahip olma hâkim durum için yeterli sayılmışken, bazen %65 lik bir oran yeterli görülmektedir; bkz. Tekinalp/Tekinalp, s. 445 vd.

²⁸⁷ Ülgen, s. 43.

²⁸⁸ Esin, s. 33.

katından daha fazla olduğu ortaya çıkmaktadır. Bu durum, Turkcell'in GSM hizmetleri piyasasında hâkim durumda sayılması için yeterlidir²⁸⁹. Ancak RK, talep yapısı, pazara giriş engelleri, yasal giriş engelleri, alt yapı yatırım maliyetleri, satış dağıtım harcamaları, batık maliyetler, pazarlama ve ürün bağımlılığı ve şebeke dışsallıkları, dikey bütünlük grup avantajları gibi hususları da incelemiştir^{290, 291}.

Birleşme ve devralmalarda hâkim durumun belirlenirken, taraf teşebbüslerin pazar paylarının yanı sıra, pazar yapısına dayanan yoğunlaşma oranları da değerlendirilmelidir²⁹².

Nokia ve Siemens'in mobil ve sabit telekomünikasyon şebekeleri için ekipmanlar ve ilgili hizmetler işlerinin birleştirilmesi ile ilgili kararda²⁹³ yoğunlaşma oranları dikkate alınmıştır. 2005 yılında ilgili pazarda Ericsson'un açık ara lider olduğu görülmüştür. Bu çerçevede, gelecek yıllarda pazarda bir büyüme sağlanacak ve alınan ihalelere göre pazar payında değişiklikler olabilecek olsa da, mobil şebeke ekipman ve hizmetleri pazarında yeni şirketin hâkim duruma gelmesi mümkün görülmemiştir. Siemens'in 2005 yılında şebeke ekipman pazarında elde ettiği gelirlerin çoğu sabit şebeke ekipmanları pazarından elde edilmiştir. Nokia bu alanda aynı yıl içinde çok düşük bir satış gerçekleştirmiştir. Dolayısıyla sabit şebekeler pazarında teşebbüslerin faaliyetleri ihmal edilebilecek kadar düşük bir yoğunlaşmadan bahsedilebilecektir. Ayrıca, yeni şirket bu pazarda da, pazar lideri olan Alcatel/Lucent'in arkasından ikinci sıradadır. Mobil şebeke ekipmanları pazarına benzer şekilde yoğunlaşmanın bu pazarda da bulunduğu göz önüne alındığında, işlemin ilgili pazardaki rekabet parametreleri üzerinde önemli bir etkisi olmamıştır. Bu nedenle bildirim konusu işlemin 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında izne tabi olduğuna, ancak işlem sonucunda hâkim durum yaratılmasının veya mevcut hâkim durumun güçlendirilmesinin ve böylece ilgili pazarlarda rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmadığına, bu nedenle bildirim konu işleme izin verilmesine karar verilmiştir.

²⁸⁹ RK Kararı, K. 01-35/347-95, T. 20.07.2001.

²⁹⁰ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 447.

²⁹¹ 2006 yıl sonu itibariyle pazar payı bilgileri, şirket basın bültenleri, TK ve GSM operatörlerinin açıklamaları sonucu, Avea'nın % 16, Telsim'in (Vodafone) % 24, Turkcell'in %60 pazar payına sahip olduğu belirlenmiştir; Bu durum, yeni abonelerin kazanımında Vodafone ve Avea'nın yarıştığı ve Turkcell'in 2006 yılı içerisinde hız kaybederek, %7-8 oranında pazar payının gerilediğine işaret etmektedir.

<http://www.turkcell.com.tr/turkcellhakkında/yatirimciiliskileri/turkiyegsmpazari> (son yararlanma: 25.06.2007)

²⁹¹ Güven, s. 241.

²⁹² Güven, s. 241.

²⁹³ RK Kararı, D. 2006-2-125, K. 06-86/1105-323, T. 30.11.2006 .

B. Giriş Engelleri

1. Genel Olarak

Bir teşebbüs piyasaya kolayca giremiyorsa, bir takım engellerle karşılaşıyorsa o piyasada giriş engellerinin varlığı söz konusudur.

Eğer piyasada giriş engeli mevcutsa, potansiyel rakiplerin piyasaya girişleri önlenir ya da daha küçük teşebbüslerin büyümelerine izin verilmez. Giriş engellerinin bulunmadığı piyasalarda potansiyel rekabet güçlüdür²⁹⁴.

Bir piyasada potansiyel rekabet güçlü ise, mevcut teşebbüsler fiyatlarını yükseltmek istemeyeceklerdir. Çünkü; böyle bir durumda, piyasaya yeni teşebbüsler de girmek isteyeceklerdir, dolayısıyla, piyasaya giren teşebbüslerin rekabeti nedeniyle, fiyatlar düşmeye başlayacaktır²⁹⁵. Giriş engelleri, eksik rekabete neden olur. Eksik rekabet sebebiyle; rakiplerin aralarında piyasa paylaşmaları, asgari bir fiyat tespit etmeleri, hâkim teşebbüsün rakiplerinin maliyetini artırması, arzı kısmaları, mal veya hizmet vermeyi reddi, paralel ithalatı yasaklayıcı dikey anlaşmalar yapması gibi yöntemlerle rekabet kısıtlanabilir. Ancak bu tür kısıtlamalara engel olunarak, serbest piyasa ekonomilerinde, rekabetçi piyasalar oluşturulabilir²⁹⁶.

Teşebbüslerin ilgili piyasaya girerken karşılaştıkları ya da karşılaşılabilecekleri zorluklar şeklinde geniş olarak yorumlanan giriş engelleri doktrinde; “yapısal giriş engelleri” ve “davranışsal giriş engelleri” şeklinde ikili bir ayırıma tabi tutulmaktadır. Buna göre yapısal giriş engelleri; kamusal düzenlemeler, yüksek sermaye gereksinimi, batık²⁹⁷ ve sabit maliyetler, mutlak maliyet avantajı, stratejik girdilere hâkimiyet, fikri mülkiyet hakkı, dışsalılıklar şeklinde sıralanırken; davranışsal giriş engelleri ise atıl kapasite yatırımları, ürün farklılaştırması²⁹⁸, mal vermeyi reddetme, yıkıcı fiyatlama, dikey anlaşma yoluyla piyasayı kapama, organize suç örgütleri yoluyla giriş engeli şeklinde sıralanmaktadır²⁹⁹.

²⁹⁴ Office of Fair Trading (OFT): Barriers to Entry and Exit in Competition Policy, London 1994, s. 5 (Kısa s.3, dn. 6'dan naklen).

²⁹⁵ Kısa, s. 5.

²⁹⁶ Kısa, s. 5.

²⁹⁷ Piyasaya girerken katlanılan maliyetler, piyasadan çıkarken “geri dönülmezlik” ve “telafi edilmezlik” özelliklerine sahip oldukları oranda batıktır. Patent, marka, ya da başka fikri mülkiyet haklarını elde etmek için yüksek maliyetlere katlanılmasını örnek olarak gösterebiliriz; Office of Fair Trading (OFT): Barriers to Entry and Exit in Competition Policy, London 1994, s. 7 (Kısa, s. 4'den naklen).

²⁹⁸ Çeşitli satıcıların ürünlerinin aynı ya da benzer olmasına rağmen, alıcıların bunların farklı oldukları düşüncesiyle hareket etmesine denir. Daha yüksek fiyatla ya da daha fazla satış yapmak için teşebbüsler,

Giriş engellerinden bir kısmı, verimlilik esasına dayanmadan teşebbüsler tarafından meydana getirilir. Bir kısmı da ya piyasanın özelliklerinden ya da teşebbüsün kendi dürüst çabasının bir sonucu olarak ortaya çıkar. Örneğin; piyasada faaliyette bulunabilmek için devletten izin veya ruhsat almak gibi hukuki bir zorunluluğun bulunması, piyasadaki mevcut teşebbüslerin dışında başka teşebbüslerin piyasaya girmelerini, onlar bakımından kâr getirmeyen bir girişim haline getirecek bir ölçek ekonomisinin³⁰⁰ varlığı, bazı faaliyet konularının yüksek maliyetli yatırımları gerektirmesi, piyasadaki iş gücünün pahalı olması, piyasanın arz ettiği özelliklerden kaynaklanan giriş engelleridir. Teşebbüslerin ar-ge faaliyetlerindeki başarıları sebebiyle maliyetlerini düşürebilmeleri, kendilerine inhisari hak ve yetkiler veren fikri mülkiyet haklarına sahip olmaları gibi giriş engelleri ise, teşebbüslerin verimlilik esasına dayalı çalışmalarının sonucunda ortaya çıkar. Oysa, hâkim bir teşebbüsün yıkıcı rekabete dayanılamayacağı yönünde bir izlenime neden olarak, stratejik bir giriş engeli yaratması ise suni bir giriş engelidir. Çünkü o teşebbüs tarafından adil ve dürüst rekabetin dışındaki bir yönetime başvuru olarak meydana getirilmiş³⁰¹.

RK'nın haklı olan bir tespitine bakacak olursak, Türkiye'de mobil iletişim hizmetlerine ilişkin pazar, 2007 yılı itibariyle üç aktörlü konumdadır. Teşebbüs sayısının devlet tarafından belirlendiği bu pazarda, Ulaştırma Bakanlığı tarafından verilen lisans olmaksızın herhangi bir aktörün pazara girişi söz konusu olmamaktadır. Yani ortada yasal bir giriş engeli bulunduğu anlaşılmaktadır. Faaliyet gösteren az sayıda operatör, diğer rekabetçi sektörlerde olduğu gibi bir potansiyel rekabet tehdidi ile karşı karşıya değildir³⁰².

Rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırması kavramı çok geniş bir kavramdır. RKHK m. 6'da belirtilen bu örneğin çok dikkatli uygulanması gerektiği açıktır. Rekabetin kendisi de rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırdığı için bu uygulamaların rekabeti sınırlayıcı ve meşru görülmeyecek uygulamalar olması gerekmektedir. Aksi halde bu hükmün, hâkim işletmenin

ürünler arasında farklar bulunduğu izlenimini yaratmaya çalışırlar. Bu sebeple, promosyonlu satış, reklâm yapmak gibi yollara başvururlar. Ürün farklılaştırması gerçek bir kalite farklılığından değil, reklâmlar nedeniyle yapay olarak yaratılmışsa, giriş engeli olarak kabul edilebilir. Kalite farklılığından kaynaklanan ürün farklılaşması giriş engeli oluşturmaz; bkz. Efem/ Badur, s.123.

²⁹⁹ Karakelle, İsmail Hakkı: Pazara Giriş Engellerine Karşı Rekabet Hukuku ve Politikası, Rekabet Politikası ve Politikalar Kongresi, Ankara 2003, s. 19 vd.; Yanık, s. 19 vd.

³⁰⁰ Ölçek ekonomisinde, pazardaki mevcut teşebbüsün ya da teşebbüslerin maliyetlerini karşılayabilecek ve faaliyetlerine devam edebilecek orandaki arzları için pazarda oluşan talep, yalnızca bu teşebbüsün ya da teşebbüslerin yaşamlarına imkan verecek hacimdeyse, bu durumda, başka teşebbüslerin de bu pazara girmelerini önleyen bir giriş engeli söz konusudur, bkz. Kısa s. 4, dn. 12.

³⁰¹ Kısa, s. 5.

³⁰² RK Kararı, D. S.R. -01/1, K. 01-35/347-95, T. 20.7.2001.

rakipleriyle rekabet etmemesine yol açacak şekilde anlaşılması ya da uygulanması sistemin özüne zarar verecektir³⁰³.

Örneğin, 2001 yılında Turkcell'in cihaz distribütörlerini ve bayilerini sözleşmelerle veya fiili uygulamalarla münhasır çalışmaya zorlayarak, sunulan hizmetin tamamlayıcısı niteliğinde olan cep telefonlarının sağlayıcısı distribütörlerine "rakip operatör ile çalışmama" koşulunu dayatması ve vereceği sübvansiyonları bu koşula bağlaması, yeni gelişen bir şebekenin tüketiciler için cazip olabilmesi ve varlığını sürdürebilmesi için gerekli sayıda aboneyi elde edebilmesinin önünde engel oluşturmuştur. Böylece rakiplerin hizmetlerini sunması için gerekli olan kanalları büyük ölçüde kapatmış, pazara giriş için önem arzeden, bazı markaların satışını zorlaştırmıştır. Dolayısı ile, GSM piyasasındaki rakibi olan Telsim'in maliyetlerinde normal koşullarda gerçekleşmeyecek artışlara neden olmuştur. Diğer operatörler için de pazarda tutunmayı zorlaştırıcı, bu operatörleri pazardan dışlayıcı bir durum yaratmıştır. Distribütörler ise bu piyasanın yapısı itibarıyla sergilediği "şebeke dışsallıkları"nın etkisiyle, hâkim durumda olan Turkcell ile çalışmamayı veya Turkcell'den destek almamayı göze alamadıklarından, normal koşullarda ticari çıkarlarına ters bir durumu kabullenmek zorunda kalmışlardır. Telsim kendi kartlarıyla birlikte telefon satmak isteyecek bayi bulmakta zorlanmış ya da çok fazla promosyon desteği vermek zorunda kalmıştır. Sonuç olarak, Turkcell'in, rakibinin faaliyetlerini zorlaştıran bu uygulamaları RKHK m. 6/a bendini ihlal etmiştir³⁰⁴.

2. Reklâm Faaliyetlerinden Kaynaklanan Giriş Engelleri

Giriş engellerine hâkim durumda olan bir teşebbüsün yaptığı reklâm faaliyetleri açısından bakıldığında, reklâmların pazara girişi engellemeye ya da pazara girmekte olan rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırmaya yönelik dışlayıcı eylemler olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ele alınmalıdır. Rekabet hukuku doktrinde, özellikle ABD'de, stratejik eylemlerle girişi caydırma ya da rakiplerin maliyetlerini yükseltme kavramları çerçevesinde aşırı ya da yıkıcı reklâm, aşırı kapasite yatırımı, aşırı ürün farklılaştırması ve yıkıcı ürün inovasyonu gibi rekabete aykırı davranışların ortaya çıkabileceği

³⁰³ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 470.

³⁰⁴ R.K. Kararı; K.: 01-35/347-95, T. 20.07.2001. RK'nın bu kararı "soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılarak oy kullanmasının hukuka aykırı olduğu gerekçesi" ile Danıştay 13. Dairesi'nin 15.11.2005 tarih, 2005/5952 E. 2005/5518 K. sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Bunun üzerine Turkcell'in RKHK'nın 4. ve 6. maddelerini ihlal ettiği iddiası yeniden değerlendirilmiştir. Dosyada yer alan tüm bilgi ve belgelerin incelenmesi sonucunda, karar neticesinde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır; bkz. RK Kararı; D. 02/1/EÖ-99/2, (SR.), K. 05-88/1221-353, T. 29.12.2005.

belirtilmektedir. Ancak bu konuda özellikle AB’de spesifik bir uygulama bulunmamaktadır. Ayrıca bu tür uygulamaların normal rekabetçi davranışlar mı yoksa kötüye kullanma mı olduğunun ayırımının çok zor olduğu da kabul edilmektedir³⁰⁵.

Türkiye’de Turkcell’in “Orada, burada, her yerde Turkcell” sloganıyla ve ayrıca “Sınırdan geçen Turkcell Turları” ile hemen hemen tüm televizyon kanallarında, göreceli üstünlüğünün reklâmını yaparak, Avea’nın pazara girişini engellemekte ve faaliyetlerini zorlaştırmakta olduğu, Avea’nın yeterli kapsama alanına sahip olmadığını ima ederek yeni müşteri edinmesini engellemeyi ve faaliyetlerini zorlaştırmayı amaçladığı, bu nedenle şikayet konusu yoğun reklâmların yapılmasından sonra, Avea’nın yeni abone sayısında azalma meydana geldiği ve mevcut abonelerden bir kısmının Avea’yı bıraktığı iddia edilen olayda, RK, Turkcell tarafından yapılan reklâmların, Avea’nın şikayetinde iddia edildiği üzere RHKH m. 6’yı ihlal edecek nitelikte bir kötüye kullanma eylemi mi yoksa normal rekabetçi bir uygulama mı olduğu şu şekilde değerlendirmiştir³⁰⁶:

RK tarafından, Avea’yı oluşturan iki işletmecinin imzaladıkları imtiyaz sözleşmelerinde yer alan, nüfusu 10.000’den fazla olan yerleşim alanlarının % 90’nın kapsanması yükümlülüğünün yerine getirilmesi için verilen 5 yıllık sürenin dolmasına az bir sürenin kaldığı, ayrıca Avea’nın sahip olduğu abone sayısı ile, pazara girişin önemli bir aşamasını kaydettiği tespit edilmiştir. Dolayısıyla, pazara girişin ilk yıllarında önemli olan kapsama alanı sorunu, pazarda faaliyet göstermek için kritik olmaktan çıkmıştır. Şikayet konusu reklâmlarda Turkcell’in kapsama seviyesinden kaynaklanan üstünlüğü tanıtılmıştır ve bu durumun normal bir rekabet etme yöntemi olduğu düşünülmektedir. Bununla birlikte, aşırı reklâm yoluyla hâkim durumun kötüye kullanılması konusunda doktrinde ve uygulamada örnek alınabilecek bir uygulama da bulunmamıştır. Bu nedenle RK’ca yukarıdaki konuda yapılan bu değerlendirmeler ışığında, ilgili piyasada Turkcell’in hâkim durumda olduğu kabul edilse bile, Turkcell tarafından yapılan reklâmların RHKH m. 6 çerçevesinde kötüye kullanma olmadığı, dolayısıyla Avea tarafından yapılan şikayet hakkında önaraştırma yapılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı kanaatine varılmıştır.

Yerel ağın, doğal tekel özelliğinin en çok hissedildiği bölge olması ve bu özelliğini de belirli bir süre daha muhafaza edecek olması, yerleşik operatöre bu ağdan faydalanmak isteyen

³⁰⁵ RK Kararı, D. 2005-2-22 (İlk İnceleme), K. 05-24/281-76, T. 14.4.2005.

³⁰⁶ RK Kararı, D. 2005-2-22 (İlk İnceleme), K. 05-24/281-76, T. 14.4.2005.

rakiplerine yüksek fiyat uygulayarak onların pazara girişini engelleme imkânı tanımaktadır. Bu nedenle etkin rekabet koşullarının oluşması için erişim ve arabağlantı konularının düzenleyici kurumlar eliyle düzenlenmesi, zorunlu hale gelmektedir³⁰⁷.

3. Müşteri Eylemsizliğinden Kaynaklanan Giriş Engelleri

Yerleşik operatörün yerel ağı elinde tutuyor olması, pazar gücünün yanı sıra bununla bağlantılı olan, “müşteri eylemsizliği” (“customer inertia”) avantajını da sağlamaktadır. Müşteri eylemsizliği, kullanıcının hizmet satın aldığı operatörü değiştirmek istediği halde değiştirme işlemlerinin maliyetinin yüksek olması sebebiyle, aldığı hizmeti değiştirememesidir³⁰⁸.

Müşteri eylemsizliğini çözebilmek için öncelikle ilgilenilmesi gereken iki sorun bulunmaktadır. Bunlardan birincisi “numara taşınabilirliği”dir (“number portability”)., Kullanıcıların sahip olduğu numarayı operatörlerini değiştirdikleri durumlarda da koruyabilmeleri mümkün oluyorsa, numara taşınabilirliği uygulaması söz konusu demektir. Numara taşınabilirliği, telekomünikasyon endüstrisinde eşit rekabet koşullarının oluşabilmesi açısından hayati öneme sahiptir³⁰⁹. Numara taşınabilirliğinin olmaması da piyasaya giriş engeli yaratan hususlardan biridir. Bu nedenle, numara taşınabilirliğinin sağlanması ve bunun maliyetlerinin nasıl karşılanacağına tespit edilmesi de rekabet açısından üzerinde önemle durulması gereken bir husustur. 01.02.2007 tarihi itibarıyla Numara Taşıma Yönetmeliği ile birlikte bu sorun çözülmüştür³¹⁰.

Bu yönetmelikle, bir GSM işletmecisinden hizmet alan abonenin, numarasını değiştirmeden başka bir GSM hattına geçmesine imkân tanınmaktadır. Abonenin numarası, alan kodu dahil olmak üzere bir bütün halinde korunacak ve abone, hizmet aldığı işletmeciden ayrılıp istediği işletmeciden hizmet alabilecektir. Yani tüketiciler, yıllardır kullandığı "0532, 0533, 0535, 0536, 0537, 0542, 0543, 0544, 0546, 0555, 0505" ile başlayan numarasını kullanarak, Turkcell, Telsim veya Avea'dan hizmet alabilecektir^{311,312}.

³⁰⁷ Sarı, s. 7.

³⁰⁸ Sarı, s. 7.

³⁰⁹ Maximiano, R. L.: EC Acces and Interconnection Issues for the Provision of Broadband Services: The Role of the Local Lopp (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), College Of Europe, Bruges, 2000 s.16 (Sarı, s. 7'den naklen).

³¹⁰ 01.02.2007 tarih ve 26421 sayılı RG.

³¹¹ (<http://www.turkeyforum.com/satforum/archive/index.php/t-47058.html>, son yararlanma: 14.05.2007)

³¹² Turkcell'in numara taşınabilirliği ile ilgili yaptığı yazılı açıklamada, şirket olarak numara taşınabilirliği uygulamasını destekledikleri, her zaman olduğu gibi müşterilerini mağdur etmeden, en iyi hizmeti almalarını

İkinci sorun da, yeni şebekeye arabağlantı yapılması durumunda karşılaşılabilecekleri maliyetlerdir. Yeni giren operatörün kullanıcıları, yerleşik operatörün şebekesine arabağlantı yaptıklarında, arabağlantı anlaşmasından kaynaklanan maliyet artışlarıyla karşılaşabileceklerdir. Yeni giren operatör, kullanıcıları kendi ağına çekebilmek ve bu etkiyi kırabilmek için bazı indirimler yapmak zorunda kalabilecektir³¹³.

Bütün bu sayılan giriş engellerinin ortadan kaldırılmaması halinde ise, piyasaya ilk giren ve büyük şebekeye sahip olan operatör her zaman avantajlı konumda kalacaktır. Bunun sonucunda piyasada eşit koşullar altında işleyen rekabet ortamı (level playing field) sağlanamayacaktır³¹⁴.

C. Dikey Bütünlük

Bir malın üretiminden dağıtımına kadar devam eden her bir aşamanın tek bir firma bünyesinde toplanması, firmanın rakipleri açısından o piyasaya girebilmek konusunda bir engel oluşturmaktadır³¹⁵.

RK'nın ilgili kararında³¹⁶, Turkcell'in sim kartlarını cihaz ithalatçılarına satması, bu ithalatçıların kartları cihazlar ile eşleştirerek bayilerine göndermesi ve buradan da nihai tüketiciye satış yapılması geniş bir dağıtım ağına sahip olduğunu göstermiştir. Turkcell'in GSM cihazları piyasasının yaklaşık %60'ını elinde bulunduran dört distribütör (KVK, Genpa, Tekofaks ve Ertel) ile münhasırlık şartı ile kampanya düzenlemesi, mevcut ve potansiyel rakiplerin Turkcell'in birlikte kampanya düzenlediği distribütörler ile çalışmasını neredeyse imkânsız kılmıştır. Turkcell tarafından uygulanan çeşitli destek ve bağlılık programlarının da pratikte Turkcell lehine bu ağın genişlemesinde etkisi olduğu ve Turkcell'e ilişkin bir marka bağımlılığı yarattığı kanaatine ulaşılmıştır.

sağlayacak şekilde, Yönetmelik'in gereklerini yerine getirerek hazırlıklarını sürdürdükleri belirtilmiştir. Öte yandan firma, 1998'de Ulaştırma Bakanlığı ile yaptığı lisans anlaşması ile 25 yıl için verilmiş numara bloklarının kullanım hakkının kendisine ait olduğunu ve yatırımlarını bu doğrultuda yaptıklarını, lisans bedelinin yanında, her ay gelirlerinin %15'ini devlete hazine payı olarak ödediklerini belirtmiştir. Turkcell, 01.02.2007 tarihinde yayımlanan Numara Taşınabilirliği Yönetmeliği'nin, lisans anlaşmasıyla kazanılan haklarını ihlal ettiği gerekçesiyle, iptali için dava açmıştır (<http://www.gupse.com/detay.asp?Id=1176380555>, son yararlanma: 15.05.2007).

³¹³ Sletten, P: Regulation and Competition in the European Market for Mobile Telecommunications, College of Europe, 1998, s. 8 (Sarı, s. 7'den naklen).

³¹⁴ İçöz, s. 26.

³¹⁵ Konukman, s. 37.

³¹⁶ RK Kararı, D. S.R. -01/1, K. 01-35/347-95, T. 20.7.2001.

Turkcell'in bu dikey bütünlüğe sahip olmasının sonucunda Telsim, Turkcell'in münhasır distribütörlerinin dağıtımını üstlendiği önemli markaları ancak paralel ithalat yoluyla getirebilmiş, çeşitli dezavantajları olan ithalatçılar yoluyla kendi hattıyla açtırabilmiştir. Bu yolla satılan cihazların müşteri tarafından tercih edilebilmesi için çoğu zaman Turkcell'e göre daha büyük oranda sübvansiyon yapmak zorunda kalmıştır. Bu nedenle; Turkcell'in cihaz ithalatçıları ile bir çeşit dikey dağıtımına girmiş olması, rakibi Telsim'in pazarda tutunmak için katlanmak zorunda olduğu maliyetleri artırmış ve piyasa koşullarında kendisine bir engel yaratmıştır³¹⁷.

D. Teknolojik Üstünlük

Lider durumda olan teşebbüsün sahip olduğu yeni üstün teknoloji, rakiplerinin pazara girmesine engel olur³¹⁸. Uzun süren ar-ge yatırımları yapılarak ve yüksek maliyetler ödeyerek ortaya çıkarılan üstünlüğün, sağladığı avantajların hâkim durum yaratıp yaratmadığının çok iyi araştırılması gerekir. Çünkü, ortaya çıkan yüksek teknoloji kolayca taklit edilebiliyorsa, bu teknolojiyi üretmek için yüksek maliyetlere katlanmak zorunda kalan teşebbüse avantaj sağlamayacaktır. Bu sebeple her somut olay ayrıca incelenmelidir³¹⁹.

Ancak üstün teknoloji, piyasada üretilen malın niteliği gereği ise ve eş değerdeki teknolojiye sahip olmak bu ürün pazarına giriş için zorunluluk arzedecekse, teknolojinin maliyetinin çok yüksek olması, rakipleri pazarın dışında tutacaktır³²⁰.

E. Kullanılmayan Kapasite

Bir teşebbüsün sahip olduğu kullanılmayan kapasitenin büyüklüğü, bu alana yapılacak yatırımları kazançsız hale getirebileceğinden, teşebbüslerin bu alana yatırım yapmalarını engelleyebilecektir. Ekonomistler atıl (idle) kapasite ile fazla (excess) kapasiteyi birbirinden ayırmaktadır. Atıl kapasite, endüstriye yeni bir teknolojinin gelmesi, ani talep düşüşü veya pazara yeni rakiplerin girmesi sonucu olabilir. Bu durumda maliyetler artmış olur. Fazla

³¹⁷ RK Kararı, D. S.R. -01/1, K. 01-35/347-95, T. 20.7.2001.

³¹⁸ Konukman, s. 38.

³¹⁹ Sanlı, s. 254.

³²⁰ Öz, s. 112.

kapasite ise, pazardaki normal talepten fazla olan kapasitedir. Uzun dönemde fazla kapasitenin varlığı, tekel gücünün göstergesidir³²¹.

Bir işletmenin sahip olduğu kullanılmayan kapasitenin büyük olması, diğer işletmelerin o alanda yatırım kararlarını da etkileyecek, tereddütlere neden olacaktır. Çünkü büyük işletme kullanılmayan kapasitesini kullanmaya başlarsa, diğer firmaların yaptıkları yatırımlar kazançsız hale gelebilecektir. Bu anlamda bir işletmenin kullanılmayan kapasite ile üretim yapması, diğer işletmeler için o alanda potansiyel olarak piyasa giriş engeli oluşturur³²².

F. Üründe Çeşitlilik

Teşebbüsün ürettiği ürünlerin çok çeşitli olması ya da piyasada birden fazla ürün markası ile faaliyet göstermesi hali de hâkim durum göstergesi sayılmaktadır.

Örneğin, kendi başına veya piyasasında kurduğu yavru ortaklıklar kanalıyla 5-6 çeşitli kalite ve fiyat seçenekleri ile yer alan bir firma, bağımsızlıkları bulunmayan yavru ortaklıkların pazar paylarının toplamı, bayi sistemi ve dağıtım kanallarıyla değerlendirileceği için hâkim durum görüntüsüne kavuşabilecektir³²³.

G. Fikri ve Sınai Mülkiyet Haklarının Varlığı

Özellikle ikame imkânın bulunmadığı hallerde, patent, marka, telif gibi fikri sınai mülkiyet haklarının firmalar tarafından hâkimiyet aracı olarak kullanılması mümkündür³²⁴.

Tekinalp'e göre, böyle bir teşebbüs, kolayca dağıtım sistemine ve kanallarına sahip olur, şubeler açar, franchise verir, yavru ortaklıklar kurar, lisans anlaşmaları imzalar veya lisans vermeyi reddedebilir. Bu araç, piyasaya girişin engellenmesi açısından çok etkilidir^{325,326}.

³²¹ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 451.

³²² Konukman, s. 38.

³²³ Doğan, S.D.: Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Tez, İstanbul 2002, s. 52.

³²⁴ Doğan, s. 52.

³²⁵ Tekinalp/Tekinalp, s. 52.

³²⁶ Örnek kararlar için, bkz. Pınar, Fikri Haklar, s. 38 vd.

III. HÂKİM DURUMUN BELİRLENMESİNDE POTANSİYEL REKABET

Potansiyel rekabet hâkimiyetin belirlenmesinde dikkate alınan bir ölçüttür. Potansiyel rekabetin gerçekleşme ihtimali ve fiili rekabete dönüşmesi için gerekli olan süreç önem taşımaktadır³²⁷.

Potansiyel rekabetin iki ayrı etkisi vardır. İlk potansiyel rekabetin olmaması, ortadan kaldırılması durumunda hâkim durum üzerindeki etkisi, ikincisi ise tam tersi potansiyel rekabetin olması durumunda hâkim durumun değerlendirilmesindeki etkisidir. İlk durumda potansiyel rekabetin ortadan kaldırılması, rekabet ihlâline neden olmaktadır. Örneğin, gerçekleştirilen işlem ile ilgili piyasada fiili rekabet değil, potansiyel rekabet ortadan kaldırılabilir, diğer teşebbüslerin piyasaya girişleri engellenebilir. Yine potansiyel olarak ilerde rekabeti engelleyecek şekilde hâkim bir durum oluşturulacak olması, rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğurabilir³²⁸.

Potansiyel rekabetin halen mevcut olması ise teşebbüslerin hâkimiyetlerinin belirlenmesinde farklı bir etki yaratır. Gerçekleştirilen işlem sonucunda potansiyel rekabetin halen var olması, hâkimiyetin oluşmasını engeller. Ürünler arasında talep ikamesi ve arz ikamesi olmamasına rağmen, bir teşebbüsün belirli bir davranışı sonucunda, bir başka teşebbüsün potansiyel olarak ilgili ürünle ikame edilebilecek malları üretebilecek veya hizmetleri sunabilecek olması, kısa sürede piyasaya girebilecek olması ilgili piyasada hâkimiyetin oluşmasını etkileyebilecektir³²⁹.

Potansiyel rekabetin yüksek olması, yüksek pazar payına sahip olan teşebbüsün, bağımsız karar almasını engellemektedir. Bu da hâkimiyete engel olmaktadır. Süre açısından, yerleşik rakiplerin kapasitelerinin kısa dönemde artacak olması veya piyasaya yeni girişlerin kısa sürede artacak olması dikkate alınmaktadır. Bu sürenin “piyasa liderinin pazardaki gücünü kullanmasını engelleyecek veya birleşme dolayısıyla geçici olarak ortaya çıkan hâkim durumun bir an önce ortadan kalkmasını sağlayacak derecede” kısa olması şeklinde kabul

³²⁷ Karakeçili F. : Avrupa Topluluğu'nda Piyasalarda Yoğunlaşmanın Denetimi-Birleşmeler, Devralmalar ve Ortak Girişimler (Joint-Ventures)-, İKV. Yayınları, No:143, İstanbul 1997, s. 31.

³²⁸ Güven, s. 242.

³²⁹ Güven, s. 242 vd.

edilir. Potansiyel rekabetin ortaya çıkma süresi somut olayın özelliklerine göre değerlendirilir³³⁰.

Potansiyel rekabetin ortaya çıkma olasılığı ve ortaya çıkma süresi değerlendirilirken yatırımın büyüklüğü, yasal engeller, yeni pazarlama, marka bağımlılığı, dağıtım ve hizmet ağlarının oluşturulması, uzun dönemli tedarik anlaşmaları, komşu pazarlardan gelebilecek rekabet, ham madde kaynaklarına ulaşım, diğer coğrafi pazarlardan yapılacak ithalat gibi durumlar dikkate alınır³³¹.

Potansiyel rekabet rakipler arasında yapılan anlaşmalarla ortadan kaldırılabılır. Potansiyel rekabetin ortadan kaldırılması da mevcut, fiili rekabetin ortadan kaldırılmasıyla aynı sonucu doğurur. Hâkim durum oluşturmaya ya da hâkimiyeti güçlendirmeye yönelik olarak gerçekleştirilen birleşme veya devralmalar ise, hem fiili rekabetin azaltılması şeklinde hem de potansiyel rekabetin azaltılması şeklinde gerçekleşebilir. Bu nedenle her iki durum da değerlendirmede dikkate alınmalıdır³³².

IV. BİRDEN FAZLA İŞLETMENİN HÂKİM DURUMDA OLMASI

Bir teşebbüs pazarda tek başına hâkim durumda bulunabileceği gibi birden fazla teşebbüs de birlikte hâkim durumda bulunabilir. Birlikte hâkimiyet, ekonomik birlik halinde bulunan bir grup teşebbüsün hâkim durumda olması şeklinde ortaya çıkabilir. Ayrıca belirli bir pazarda faaliyette bulunan teşebbüslerin aralarındaki anlaşmalarla birlikte hâkim duruma gelmeleri de mümkündür³³³.

Birlikte hâkimiyet durumunda çeşitli nedenlerden dolayı teşebbüsler arasında; ilgili piyasada rekabeti etkileyecek şekilde ortak bir politika oluşturması ve ortak hareket edilmesi söz konusudur³³⁴.

Birlikte hâkimiyet daha çok oligopol piyasalarda ortaya çıkar. Cep telefonu sektöründe birbirine yakın güçte birkaç teşebbüsün faaliyet göstermesi buna örnek olarak verilebilir. Teşebbüslerin alacağı kararlar diğer teşebbüsleri de etkilediği için, teşebbüsler birbirlerinin davranışlarını kontrol etmek zorundadır. Ancak, oligopol piyasalarda her zaman birlikte

³³⁰ Karakeçili, s.31 vd.

³³¹ Güven, s. 243.

³³² Güven, s. 244.

³³³ Güven, s. 213.

³³⁴ Güven, s. 213.

hâkimiyet durumunun oluşacağı yönünde bir yaklaşım doğru olmaz. Olaya göre teşebbüslerin pazar payı, rakiplerinden bağımsız karar alma imkânları, teşebbüsler arası ilişkiler de incelenmektedir³³⁵.

Ana-yavru işletmeler arasındaki ilişkiler incelenirken üzerinde durulan hukuken ayrı ama ekonomik açıdan bağımlı olan işletmelerde de birlikte hâkimiyet söz konusu olabilir. Yavru şirket, ana şirketin ekonomik gücüne dayanarak kötüye kullanma gerçekleştirmişse, bu durumda ana ve yavru şirket müştereken ve müteselsilen sorumluk olacaktır³³⁶.

İki veya daha fazla firmanın birlikte hâkim durumda olabilmeleri için firmaların rakiplerinin aynı olması, aynı müşteri kitlesine hitap ediyor olmaları ve ilgili pazarda bu firmaların arasında rekabetin olmaması gerekmektedir. Aynı coğrafi bölge içerisinde faaliyet gösteren iki telekomünikasyon operatörü, aralarında anlaşıp, birlikte hareket ederek, ilgili pazarda rekabeti engelleyebilirler. Kablo TV şebekesinin, yerel şebeke olarak tanımlanan ilgili pazara dahil edildiği varsayımıyla, tek başlarına hâkim durumda olmamalarına karşın, ana telekomünikasyon operatörü ile kablo TV şebekesi operatörünün aralarındaki rekabeti ortadan kaldırarak, birlikte hâkimiyet yaratmaları söz konusu olabilir³³⁷.

İnceefe'ye göre, RK'nın verdiği kararlardan en ilginçlerinden biri, birden fazla teşebbüsün aynı anda birlikte hâkim durumda olabileceği konusundadır. Çünkü RK³³⁸; "Erişim Tebliği"nde de; zorunlu unsur olarak kabul edilen bir unsura girişi kontrol eden bir teşebbüs hâkim durumda kabul edilir." önermesinden yola çıkarak, "Aynı unsura birden fazla teşebbüsün sahip olması durumunda, bu husus rekabet hukuku bağlamında birlikte hâkim durum kavramı içerisinde değerlendirilmektedir." yaklaşımıyla, birlikte hâkimiyeti "otomatikleştirilmektedir"³³⁹.

RK'nın birlikte hâkimlikle ilgili Turkcell/ Telsim ulusal dolaşım (roaming) kararına göre³⁴⁰; bu iki teşebbüs ayrı ayrı %100 kapsama alanı sağlamış olmaları ve böylece alt yapılarını tamamlamış olmaları nedeniyle, roaming pazarı bakımından 2003 yılı itibariyle,

³³⁵ Aslan, AT Rekabet Hukuku, s. 192 vd.

³³⁶ Efem/Badur, AT Rekabet Hukuku: Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar ve Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara 2002, s.104.

³³⁷ Garzaniti, L.: Telecommunications Broadcasting And The Internet E.U. Competition Law And Regulation, Sweet&Maxwell, London 2000 (Topkaya, s. 17'dan naklen).

³³⁸ RK 16.12.2002 tarih ve SR/02-13 sayılı Ulusal Dolaşım ile ilgili Soruşturma Raporu, s.45-46.

³³⁹ İnceefe, M.A.: Rekabet Hukukunda Güncel gelişmeler Sempozyumu II, Kayseri 2004, s. 174 vd.

³⁴⁰ RK Kararı, D. SR/02-13, K. 03-40/432-186, T. 09.06.2003.

hâkim durumdadır. Çünkü yeni giriş yapan ve roaming yapmak isteyen şirketler bakımından herhangi biri ile sözleşme yapılması roaming sağlanması bakımından yeterli olmaktadır.

Aslan'a göre, bu karar bir pazarda iki ayrı şirketin ayrı ayrı hâkim durumda olup olamayacağı sorununu ortaya çıkarmıştır. Eğer GSM operatörünün %100 kapsama alanı sağlamış olması yeterli bir unsur ise, %100 kapsama alanı sağlayan tüm GSM operatörlerinin, roaming pazarı bakımından ayrı ayrı hâkim durumda olması gibi bir durum ortaya çıkacaktır. Örneğin %100 kapsama alanı sağlamış olan dört GSM operatörü roaming pazarında hâkim durumda kabul edileceğinden aynı pazarda dört hâkim işletme var olacaktır³⁴¹.

Kanaatimize göre, daha önce de belirttiğimiz gibi, birlikte hâkim durumdan söz edebilmek için teşebbüslerin ortak hareket etmesi, teşebbüslerin aralarında izlenecek ortak bir politikanın belirlenmiş olması gerekmektedir. Yukarıda yer alan roaming kararında, teşebbüslerin ayrı ayrı %100 kapsama alanına sahip olmaları ile birlikte hareket ettikleri yönündeki sonuç arasında herhangi bir ilişki görülmemektedir.

Zira, Finlandiya'nın ulusal dolaşımın "birlikte hâkimiyet" ve "pazara giriş engeli" ilişkisi üzerinden yaptığı ayrıntılı incelemelerin sonucu da, RK'nın vardığı sonuçtan farklı olmuştur.

Finlandiya'nın ulusal dolaşımla ilgili kararında; rekabet uzmanları, mobil iletişim sektörünün Sonera ve Radiolinja'nın birlikte hâkim konumda olduklarını gösterebilecek çok çeşitli özelliklere sahip olduğunu değerlendirmişlerdir. Ayrıca, içerik, kalite ile ücret ve pazara giriş engeli açılarından, iki şirket tarafından benzer mobil iletişim hizmetlerinin sunulduğu belirlenmiştir. Pazar yapısının oligopolistik olmakla birlikte, mevcut işletmecilerin arasında, pazarda birlikte hâkim duruma sahip olduklarına dayanak olacak, herhangi bir ekonomik ilişki de bulunamamıştır. Telia'nın ulusal dolaşım teklifine karşı, olası sözleşmenin yatırımlarının geri dönüşüne ve rekabet güçleri üzerindeki olumsuz etkiden dolayı, Sonera ve Radiolinja'nın açık bir tepkisi görülmüştür. Ancak Sonera ve Radiolinja'nın ortak tepkilerinin, birlikte hâkimiyet için yeterli bir gösterge olarak değerlendirilemeyeceği olgusu da belirtilmiştir³⁴².

³⁴¹ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 461.

³⁴² Finland, No Dominant Position In National Roaming Issues, The Link, Issue.12, Jan-Feb.2002 par.2 (İnceefe, s. 175'den naklen).

V. REKABET HUKUKUNDA HÂKİM DURUMDA BULUNAN TEŞEBBÜSÜN SÖZLEŞME YAPMA ZORUNLULUĞU (ZORUNLU UNSUR)

Borçlar hukuku'nda yer alan temel ilkelerden birisi "irade serbestisi" ilkesidir. Bu başlık altında yer alan sözleşme serbestisi ilkesi ile sözleşmenin karşı tarafını seçebilme, herhangi bir sözleşmeyi yapıp yapmama, sözleşmenin konusunu serbestçe belirleyebilme, diğer bir ifade ile istediği şekil ve içerikte sözleşme yapabilme imkânı söz konusu olur³⁴³.

Hâkim teşebbüs, elbetteki sözleşme serbestisi ilkesinden yararlanacaktır. Ancak rekabet hukukunda, hâkim durumdaki teşebbüslerin anlaşma yapmaktan kaçınmaları, belirli şartlar altında, RKKH m. 6 hükmünün ihlali olarak değerlendirilebilmektedir³⁴⁴. Bu nedenle hâkim teşebbüs sözleşme yapıp yapmayacağına karar verirken ya da karşı tarafı seçerken, haklı nedene dayanmayan bir ayrımcılık yapamayacaktır. Rakiplerinin makul bir bedel karşılığında, olmazsa olmaz araçlardan yararlanmalarını engelleyemeyecektir. Hâkim teşebbüs, sözleşmenin diğer tarafı istemediği halde, sözleşmelere adil ve dürüst olmayan tarzda, birtakım ek yükümlülükleri dahil edemeyecektir. Bir malın ya da hizmetin alımını, başka mal veya hizmetlerin de alımı şartına bağlayamayacaktır. Bu tür durumlara devlet, rekabet hukuku eliyle müdahale eder. Hâkim teşebbüs, rekabeti zayıflatmama yönündeki özen borcuna uygun davranmaya zorlanır. Diğer bir ifade ile, rekabet ve müşteri ve tüketicilerin korunması zorunluluğu, sözleşme serbestisi ilkesine tercih edilir³⁴⁵.

Zorunlu unsur doktrini; ilk kez Amerika'da ortaya çıkmış ve uygulanmıştır³⁴⁶. Ülkemizde ise, RK'nın ulusal dolaşım ile ilgili kararında, zorunlu unsur doktrininin hâkim durumda bulunan teşebbüslere anlaşma yapma zorunluluğu getirilmesi kapsamında ortaya

³⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, F: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, İstanbul 2006, s. 270.

³⁴⁴ Gürzumar, s. 39.

³⁴⁵ Kısa, s. 24.

³⁴⁶ ABD rekabet hukukunda, olmazsa olmaz araçlar öğretisine ilişkin en önemli kararlardan biri, MCI Communications Corp./ AT& T kararıdır. Bu davada, AT&T, MCI firmasıyla ara bağlantı yapmayı reddederek, uzun mesafeli görüşmelerdeki gücünü koruyabilmek için, şebeke üzerindeki tekel gücünü kötüye kullanmıştır. İlk defa *AT&T/MCI* davasında doktrin için dört koşullu bir test geliştirilmiştir: (i) zorunlu unsurun hâkim durumdaki bir teşebbüsün kontrolü altında olması; (ii) rakibin, bu unsurun aynısını elde etmesinin fiili olarak mümkün ya da makul olmaması; (iii) bu unsurun rakip tarafından kullanılmasına izin verilmemesi (iv) bu unsurdan faydalanmanın, imkânlar dahilinde olması. Bir unsurun zorunlu olup olmadığını tespit etmek için bu şartların tamamı değil, sadece ilk iki şartın gerçekleşmesi yeterlidir. Diğer iki koşul zorunlu kabul edilen bir unsura ilişkin olarak "doktrin" altında bir zorunlu paylaşım ya da anlaşma yapma yükümlülüğü getirilip getirilmeyeceğini belirlemek için kullanılmaktadır; bkz. Tekdemir, Y.: AT Rekabet Hukuku'nda Anlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini: Anlaşma Yapma Yükümlülüğü Ya da Sözleşme Serbestisinin Sınırları, Ankara 2003, s.16. ; Ölmez, s. 55.

çıkan özel bir uygulama alanı olduğu belirtilmiş, rekabet kurallarının koruduğu kamu menfaatine dayanarak sözleşme yapma serbestisine getirilen bir istisna olduğu yer almıştır³⁴⁷.

Hâkim durumdaki bir teşebbüsün sahip olduğu bir unsurun zorunlu olduğunun kabul edilmesinden sonra diğer şartlar da oluşmuşsa teşebbüse sözleşme yapma zorunluluğunun getirilebilmesi, zorunlu unsur konusunun rekabet hukukundaki önemini teşkil etmektedir³⁴⁸.

Aslan'a göre, birbirleriyle bağlantılı olan pazarlardan birisinde hâkim durumda olan bir teşebbüsün sahip olduğu imkân/tesis/altyapı gibi bir unsurun bağlantılı pazardaki rekabetçi yapı için vazgeçilmez olduğu ve bu unsurun alternatifinin oluşturulmasının hukuki, teknik veya ekonomik olarak mümkün olmadığı durumlarda, teşebbüse sahip olduğu bu unsuru alt piyasalardaki rakip teşebbüslerin kullanımına açma zorunluluğu getirilmektedir. Bu doğrultuda doktrinin uygulama alanı enerji (elektrik, gaz), telekomünikasyon gibi şebekelerin önemli rol oynadığı sektörler ile ulaşım (demiryolu, liman, havayolu) alanlarında ortaya çıkmaktadır³⁴⁹.

Telekomünikasyon sektöründe sabit telefon kullanıcılarına yerel ağları kullanmadan erişmek mümkün değildir. Bu nedenle yerel ağlar tüketiciye ulaşmada bir zorunlu unsur niteliği taşımaktadır. Pazara yeni girecek olan firmaların bu alandan yararlandırılmaması, pazara giriş engeli yaratılması anlamına gelmektedir. Üst pazarda ve alt pazarda faaliyet gösteren yerleşik operatörün, teknolojik gelişmeyle birlikte pazarda liberalleşme hareketleri başlayınca, pazarın alt kısmını yeni oyunculara açması, zorunlu unsur doktrini çerçevesinde ele alınmaya başlamıştır³⁵⁰.

4502 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle birlikte Telefon ve Telgraf Kanunu'nda, hem ara bağlantı hem ulusal dolaşım konusunda bazı şartların mevcut olması halinde sözleşme yapma zorunluluğunun getirildiğini görmekteyiz³⁵¹.

³⁴⁷ RK. Kararı, D. SR/02-13, K. 03-40/432-186, T.09.06.2003.

³⁴⁸ Güven, s. 251.

³⁴⁹ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 500.

³⁵⁰ Sarı, s. 9.

³⁵¹ Telgraf ve Telefon Kanunu'nu m. 10'a göre; "Bütün işletmecilerin ve kişisel telekomünikasyon tesislerini kullananların arabağlantı talepleri, ilgili mevzuatta belirlenen haller saklı kalmak üzere, ara bağlantı sağlama yükümlülüğü olan işletmeciler tarafından karşılanır. Ara bağlantı sağlama yükümlülüğü olan işletmeciler, bu maddeye dayanarak çıkarılacak yönetmelik çerçevesinde Kurum tarafından belirlenir. Ancak, TTAŞ her halde ara bağlantı sağlama görev ve yükümlülüğüne tabidir. Kurum tarafından ara bağlantı sağlama yükümlülüğü getirilen işletmeciler ve TTAŞ "ara bağlantı yükümlüsü" olarak anılır." Yine aynı maddede "ulusal dolaşım" (roaming) konusunda anlaşma yapma zorunluluğu getirilmiştir. Buna göre; "... Bu madde hükümleri dahilinde, mobil telekomünikasyon, data veya Kurum'un belirleyeceği diğer hizmet veya altyapı işletmecileri, aynı alandaki diğer işletmecilerin müşterilerine ait ekipmanların kendi telekomünikasyon sistemleri üzerinden de çalışabilmesine izin

Dünya Ticaret Örgütü nezdinde akdedilmiş olan Hizmetlerin Ticareti Hakkında Dünya Ticaret Örgütü Genel Anlaşması (GATS), m. 8’de bu anlaşmaya taraf devletlerden hâkim durumdaki teşebbüslerin, bu durumlarını kötüye kullanmalarını önlemelerini talep etmektedir. Temel Telekomünikasyon Hakkındaki GATS Antlaşmasına Referans Bildiri’de de, hâkim teşebbüsün hizmet vermeyi reddetmesinin piyasaya giriş koşulları üzerindeki önemine işaret edilmektedir³⁵². Anılan Referans Bildiri’de, hâkim durumdaki teşebbüs, “piyasadaki konumunu kullanarak ya da zorunlu unsuru kontrol ederek, temel telekomünikasyon hizmetleri piyasasındaki koşulları somut olarak etkileyebilecek durumdaki tedarikçi” olarak tanımlanmıştır. Aynı Bildiri’ye göre, telekomünikasyon hizmetleri bakımından zorunlu unsur, “tek ya da sınırlı sayıda teşebbüs tarafından münhasıran veya hâkimiyetleri hissedilir şekilde sağlanan ya da hizmet sunabilmek için ekonomik, teknik veya hukuki bakımdan ikame edilmesi mümkün olmayan, erişim hizmetleri yahut kamu telekomünikasyon erişim ağı araçlarıdır”³⁵³.

Zorunlu unsur kapsamına bilgi vermenin reddi de dahil olmaktadır. ITT, Promedia/Belgacom kararında³⁵⁴ Komisyon: Telefon rehberi piyasasına girecek olan bir kimseye, makul şartların bulunmasına rağmen, Belçika’da hâkim durumdaki telekomünikasyon operatörünün telefon hizmetinden yararlanan müşterileri ile ilgili bilgiyi vermeyi reddetmesini, kötüye kullanma olarak değerlendirmiştir.

Hâkim durumdaki teşebbüslere anlaşma yapma zorunluluğu getirilmiş, buna karşılık olarak talepte bulunan teşebbüse de ekonomik açıdan orantılı ve makul bir bedel ödeme yükümlülüğü getirilmiştir. Zorunlu unsura sahip olan teşebbüs objektif ve haklı gerekçelere dayanarak anlaşma yapmayı reddedebilir. Objektif ve haklı gerekçeler yoksa, talebin karşılanması hukuki ve teknik açıdan orantılı ve makul ise, zorunlu unsurdan yararlanma talebi reddedilmez³⁵⁵.

Bu gibi sorunların ortaya çıkmaması için, temel kaynak faaliyetten yararlandırma veya ürün satım şartlarının da belirlenmesi gerekir. Bu şartların başında ürünün kalitesi, fiyatı ve

verilmesine yönelik yapacakları makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkan dahilindeki ulusal dolaşım taleplerini karşılamakla yükümlüdürler.”

³⁵² Organisation For Economic Co-operation and Development (OECD) Joint Group on Trade and Competition, Competition and Trade Effects of Abuse of Dominance, Paris 2000, (<http://www.oecd.org/dataoecd/30/59/1842666.pdf>, son yararlanma: 21.01.2007); Kısa, s. 84.

³⁵³ Kısa, s. 84.

³⁵⁴ OJ. 1998 L. 317/4 (Kısa, s.70’den naklen).

³⁵⁵ Güven, s. 258.

yararlandırma süresi gelmektedir. Fiyat belirlemede eşit fiyat uygulaması yaklaşımı benimsenmektedir. Buna göre, ürün alanlara eşit fiyattan ürün satılmalıdır³⁵⁶.

Zorunlu unsur doktrininden yararlanmak isteyen teşebbüsler, zorunlu unsurdan faydalanılabilmesi için kendilerinden talep edilen bedelin yüksek belirlenmesi sonucunda, pazardan dışlanmalarının söz konusu olduğunu ileri sürmektedirler. Bedelin düşük tespit edilmesi halinde zorunlu unsura sahip olan teşebbüsler sözleşme serbestisi ilkesine dayanarak ve katlandıkları maliyet ve riskleri de hesaba katarak, uzun ve zahmetli bir süreç sonunda elde ettikleri unsuru, rakip olarak gördükleri teşebbüslerle paylaşmak istememektedirler. Ayrıca bu durum, diğer teşebbüslerin hiçbir riske ve maliyete katlanmadan rahat bir şekilde bu unsurdan faydalanmalarını sağlayacaktır ki bu da bedava kullanım (free rider) problemini gündeme getirebilecektir³⁵⁷. Bu nedenle talep edilecek olan bedel makul, aynı zamanda yenilik ve yatırım yapma isteğini yok etmeyecek ölçüde belirlenmelidir³⁵⁸.

Doktrinin temel esaslarının belirlenmesiyle birlikte, RK'nın her somut olaya göre, zorunlu unsur doktrininin istisnai bir uygulama olduğu ve istisnaların dar yorumlanması gerektiği şeklindeki kuralı dikkate alarak, zorunlu unsurun bulunup bulunmadığını değerlendirmesi gerekmektedir³⁵⁹.

Örneğin, TTAŞ'ın kendi santrallerinde GSM operatörlerine yer tahsis etme zorunluluğu yoktur. Ancak, PSTN şebekesine erişimin kolay ve daha ucuz olması nedeniyle GSM operatörleri TTAŞ santrallerinden yararlanmayı tercih etmişlerdir. TTAŞ'ın transmisyon hatlarında yasal tekel olduğu bilinmekle beraber, santrallerde teçhizat için yer sağlama hususunda zorunluluğu bulunmamaktadır. TTAŞ'ın, tahliye edilmesi istenilen yerlerde yapılan incelemelerde, bu bölgelerin gelişmeye, şehirleşmeye açık olduğu, TTAŞ'ın bu bölgelerde kendi hizmetlerini gerçekleştirmek için alana ihtiyaç duyduğu belirtilmiştir. Bu açıdan bakıldığında, TTAŞ'ın Aycell'in rakiplerini zor durumda

³⁵⁶ Gül, İ. : Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hâkim Durumunu Kötüye Kullanması, Ankara 2000, s.128; diğer fiyatlandırma teknikleri için bkz. Ölmez, H. S.: Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulaması, Ankara 2003.

³⁵⁷ Gürzumar'a göre, böyle bir uygulamanın istisnai niteliği ne kadar artırılırsa, doktrine olumsuz yaklaşan yazarların bahsettiği riskler de o derece ortadan kalkacaktır. Keza, doktrinin yatırım ve yenilik motivasyonunu azaltmak suretiyle iktisadi etkinliğe yapacağı olumsuz etki, doktrinin sadece uygulanması gereken yerde devreye sokulması, uygulanmasını gerektirmeyen koşullarda ise uygulanmamasıyla yakından ilgilidir ki, bunun da sadece zorunlu unsur doktrinine has bir mesele olduğu söylenemez; Gürzumar, s. 223.

³⁵⁸ Ölmez, s. 66.

³⁵⁹ Güven, s. 262.

bırakmak amacıyla özel devre ve diğer altyapı taleplerini karşılamamak suretiyle hâkim durumunu kötüye kullandığına ilişkin iddianın gerçeği yansıtmadığına, sahip olduğu santraller ve gayrimenkullerin bir kısmında, GSM operatörlerine ait cihazların tahliyesi vasıtasıyla GSM operatörlerinin faaliyetlerini zorlaştırmak suretiyle hâkim durumunu kötüye kullandığı, dolayısıyla RKHK m. 6'yı ihlal ettiği iddialarına yönelik şikayetin reddine karar verilmiştir³⁶⁰.

Neticede, TTAŞ'ın özel devre sağlama yükümlülüğü vardır, ancak yer, enerji vb. talepleri karşılamakla yükümlü değildir. Dolayısıyla GSM operatörlerince karşılanması istenen talep, zorunlu unsurun reddi kapsamına girmemektedir.

Zorunlu unsuru vermemenin kötüye kullanma sayılabilmesi zorunluluğun herkes için aynı derecede olması, işin alternatifinin olmaması, işin yapılabilmesi için her zaman bu unsura ihtiyaç olması gerekmektedir. RK, roaming kararında zorunlu unsur kavramına oldukça geniş bir açıdan bakarak, istisnai kavramları bir araya getirerek zorunlu unsur doktrinine farklı bir bakış açısı geliştirmiştir.

RK, birçok eleştiriye maruz kaldığı söz konusu kararında, öncelikle 2813 sayılı Kanun m. 7 gereğince telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak vereceği tüm kararlarda, TK'nın görüşünü ve yapmış olduğu genel düzenleyici işlemleri dikkate almak zorunda olduğundan, kendisine yapılan başvuru üzerine konuya ilişkin olarak TK'dan görüş talep etmiştir. Yapılan inceleme ve TK'nın görüşü de dikkate alınarak; ulusal dolaşımın piyasaya yeni girecek olan teşebbüsler için zorunlu unsur olarak kabul edildiği, olayda piyasaya yeni girecek olan teşebbüsle ulusal dolaşım anlaşması yapılmasının reddedilmesi yoluyla hâkim durumun kötüye kullanılması söz konusu olabileceğinden soruşturma açılması için ciddi ve yeterli kanıt olduğuna karar verilmiştir³⁶¹.

Soruşturma kapsamında taraflar; mahkeme kararları ile ulusal dolaşım anlaşmasının yapılması durdurulmuş iken RK'nın ulusal dolaşım verilmesi emri içeren ve böylece mahkeme kararını etkisiz kılan bir idari işlem yapamayacağını, telekomünikasyon sektörünün regülasyona tabi bir sektör olduğunu, bu sektörün 4502 sayılı Kanun çerçevesinde TK tarafından düzenlendiğini, bu nedenle 4054 sayılı Kanunun bu sektörde uygulanamayacağını, unsurun alternatifinin kurulmasının mümkün olduğu gerekçesiyle ulusal

³⁶⁰ RK Kararı, D. D2/1/F.T.-01 /2 (Önaraştırma), K. 01-41/411-105, T. 28.08.2001.

³⁶¹ RK Kararı, D.: SR/02-13, K. 03-40/432-186, T. 09.06.2003.

dolaşım konusunda zorunlu unsurun söz konusu olmadığını, maliyetlerle ilgili hususların giriş engeli oluşturmadığını, talebin karşılanmasında teknik kısıtlamaların bulunduğunu ve yeterli boş kapasite olmadığını belirtmişlerdir³⁶².

RK yukarıdaki iddiaları dikkate alarak şu şekilde bir değerlendirme yapmıştır³⁶³:

GSM piyasasının kilit unsuru bu altyapı sistemidir. Yatırım miktarının yüksekliği nedeniyle piyasaya yeni girecek olan teşebbüslerin girişleri oldukça güçleştirmektedir. GSM hizmetleri piyasasında bir teşebbüsün piyasaya girebilmesi abone kazanımlarıyla mümkündür. Abone kazanımı ise GSM firmasının kapsama alanı ile çok yakından ilgilidir. Tüm Türkiye'yi kapsama alanına alamayan bir GSM firması piyasaya girişi tam olarak gerçekleştirmiş sayılmayacaktır. Bu nedenle İş-TİM'in, kendisinden yaklaşık 6 yıl önce faaliyete başlamış ve kapsama alanlarını %95'in üzerine çıkarmış Turkcell ve Telsim ile eşit koşullarda rekabet edebilmesi için kapsama alanı konusundaki dezavantajlarını gidermesi öncelik teşkil etmektedir. Kullanıcıların kapsama alanına duyarlı olmaları sebebiyle, İş-TİM'in pazara fiilen girişi zordur. İlk olarak ifade edilen dönemde Türkiye geneline hizmet sunan daha önce kurulmuş bir altyapı olmadığı ve sonucunda %100 kapsamaya duyarlı kullanıcı kitlesi bulunmadığından "%100 kapsama" piyasaya giriş için bir zorunlu unsur olarak kabul edilmemekteydi. Bu dönemde Turkcell ve Telsim hem abone kazanarak nakit girişi elde etmişler hem de bu nakit girişinin sağladığı finansman gücüyle yatırımlarını gerçekleştirmişlerdir. İş-TİM'in piyasaya girdiği dönemde ise, Turkcell ve Telsim'in Türkiye'nin genelini kapsamaları nedeniyle abone elde etmeleri ve bu abonelerden gelecek nakit girişiyle yatırımlarını gerçekleştirmeleri söz konusu değildi. İş-TİM'in 5 yıl içinde Türkiye'nin genelini kapsama alanına almasının imtiyaz sözleşmesi ile öngörülmesi, piyasaya giriş sırasında %90'ın üzerinde kapsama alanına sahip olunmasının bir zorunlu unsur olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Çünkü tanınan bu 5 yıllık süre içinde piyasada rekabet edebilmesi için abone kazanması ancak zorunlu unsura erişebilmesi ile mümkündür. Bu nedenle, ulusal dolaşım piyasaya giriş açısından bir zorunluluktur. Ayrıca zorunlu unsur niteliğindeki hizmetin birlikte hâkim durumda olan iki teşebbüs tarafından sunulabilmesi hizmetin zorunlu unsur niteliğini ortadan kaldırmamaktadır. Soruşturma döneminde, İş-TİM'in GSM hizmetleri pazarında rekabet edebilecek kapsama alanına ulaşamamış olduğu, bu bakımdan İş-TİM'in yeterli kapsama

³⁶² Güven, s. 265.

³⁶³ RK Kararı, D.: SR/02-13, K. 03-40/432-186, T. 09.06.2003.

alanına ulaşıncaya kadar diğer işletmecilerin altyapılarının “zorunlu unsur” niteliğinde olduğu kanaatine varılmıştır. Ayrıca İş-TİM'in Turkcell ve Telsim'in Türkiye genelini kapsayan GSM altyapısına alternatif kendi altyapısını kısa sürede kurmasının teknik, hukuki ve ekonomik engeller nedeniyle imkânsız olduğu sonucuna varılmıştır.

Bir imkân/tesis/altyapının zorunlu unsur olarak kabul edilmesinden sonra, zorunlu unsur doktrininin uygulanabilmesi için bir reddetme eyleminin varlığı ve bu reddetme eyleminin haklı gerekçelere dayanmaması gerekmektedir. Taraflar arasındaki anlaşmazlık, en çok fiyat konusunda ortaya çıkmış tarafların talep ettikleri fiyatlarla İş-TİM'in ödemeyi önerdiği fiyat arasında çok ciddi fark olduğu TK tarafından da tespit edilmiştir. TK, İş-TİM'in teklifinin fiyat dışında makul ve yerinde, Turkcell ve Telsim'in tekliflerinin kabul edilemez olduğunu bildirmiştir. Dolayısıyla Turkcell ve Telsim'in İş-TİM'in ulusal dolaşım talebini reddetmiş oldukları sonucuna ulaşılmıştır.

Turkcell ve Telsim'in objektif gerekçeler olmadan İş-TİM'in bu unsura erişimini reddederek, RKHK m. 6/a'da örnek olarak belirtilen; “Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler” gerçekleştirmesi, hâkim durumlarını “birlikte davranışları” ile kötüye kullanma olarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla Turkcell ve Telsim'in bu davranışları, RKHK m. 6'yı ihlal etmektedir.

RK kastın varlığı, kusurun ağırlığı ve Turkcell ve Telsim'in pazardaki güçleri ve muhtemel zararın ağırlığını dikkate alarak Turkcell'e 2001 yılı net satışlarının %1'i oranında olan TL idari para cezası verilmesine, Telsim'e ise yine 2001 yılı net satışlarının %1'i oranında olan TL idari para cezası verilmesine karar vermiştir.

RK'nın bu konudaki değerlendirmelerini ve kararını dikkate aldığımızda, zorunlu unsurun belirlenmesi için gerekli şartlardan olan; zorunluluğun herkes için aynı derecede olması, işin alternatifinin olmaması, işin yapılabilmesi için her zaman bu unsura ihtiyaç olması kavramlarının göz ardı edildiği açıktır. Nitekim Aslan da haklı olarak, bu karar ile, en azından üç farklı alternatifi olan (Turkcell, Telsim ve yatırımları bizzat yapmak) bir unsurun, zorunlu unsur olarak kabul edildiğini ifade etmektedir. Zaten dördüncü GSM operatörü roaming yapmak yerine yatırımlarını hızlandırmayı tercih etmiştir. Böylece rakiplerinden biri için zorunlu olmayan bir unsur diğer için zorunlu kabul edilmiştir, yani objektif zorunluluk değil sübjektif zorunluluk ortaya çıkmıştır. Ayrıca, geçici bir süre için zorunlu unsur kavramı kabul

edilmiş olmaktadır. Çünkü beş yıl sonunda zaten tüm yatırımları kendisi yapmış olacaktır. Pazara “derhal” girebilmek için zorunluluk gibi bir durum ortaya çıkmıştır. Yani söz konusu unsurun işin yapılabilmesi “her zaman” zorunlu olması gerekliliği aranmadan sadece “derhal” pazara girebilmek için zorunlu olması yeterli görülmüştür. Sonuç itibarıyla RK şimdiye kadar teşebbüslere uygulanan cezalara göre rekor sayılabilecek yükseklikte para cezaları uygulamıştır. RK kararının, zaten istisnai birer durum kabul edilen birlikte hâkimlik ve zorunlu unsur kavramlarını bir araya getirdiği ve zorunlu unsurla ilgili aranan tüm objektif koşulları ortadan kaldırdığı ve bir teşebbüsün subjektif ihtiyaçlarına göre karar verdiği ortaya çıkmaktadır³⁶⁴.

³⁶⁴ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 503 vd.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

HÂKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI HALLERİ

I. KÖTÜYE KULLANMA HALLERİ

A. Fiyat Politikalarıyla Kötüye Kullanılması

1. Aşırı Fiyatlandırma

Aşırı fiyatlandırma, hâkim durumda bulunan teşebbüsler, mal ya da hizmet fiyatlarını aşırı olarak yükselterek, normal koşullarda işleyen bir rekabet ortamında kazanamayacakları kârı elde etmektedirler³⁶⁵.

Fiyatın aşırı olup olmadığının belirlenmesinde, aşırı fiyatlandırma piyasaya sunulduğu iddia edilen mal ve hizmetin fiyatını, tüketicinin gözünde kullanım işlevi, amacı bakımından aynı sayılabilecek mal veya hizmetin fiyatıyla karşılaştırmak en sık başvurulan ölçüttür. Böyle bir karşılaştırmanın mümkün olmadığı hallerde maliyet analizi yapmak gerekecektir. Bazı durumlarda ise, her iki ölçütten de yararlanmak gerekli olmaktadır³⁶⁶. Diğer bir ölçüt de belli bir zaman diliminde hâkim teşebbüsün uyguladığı fiyatlar arası farklılıklardır. Teşebbüsün uyguladığı fiyatlar enflasyonla alakalı olmaksızın aşırı yükselmeler gösteriyorsa, bu teşebbüs aşırı fiyat uyguluyor demektir³⁶⁷.

Fiyatın maliyetle orantılı olması gerektiğinden hareket edildiği takdirde, fiyatın aşırı olduğu öne sürülen mal/hizmetin üretiminde hâkim durumdaki teşebbüsün karşılaştığı maliyetin ortaya çıkarılması gerekmektedir. Bu da oldukça zor bir egzersizdir. Diğer taraftan, alternatif mal/hizmetlerin fiyatının göz önüne alınması ise ancak aşırı fiyatlandırıldığı öne sürülen mal/hizmetle gerçekten eşdeğer bir mal/hizmetin bulunabilmesi halinde mümkün olabilmektedir³⁶⁸.

³⁶⁵ Şıramun, S. : AB Rekabet Hukuku'nda Kötüye Kullanma Kriterleri, İstanbul 2005, s. 43.

³⁶⁶ Öz, s.169.

³⁶⁷ Anık,G. :AT Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması,TBBD S. 65, Temmuz/Ağustos 2006, s.190 vd.

³⁶⁸ Ülgen, s. 54.

Bu konuda henüz ekonomik ya da hukuki temellere oturabilmiş ölçütler olmamakla beraber, Adalet Divanı, bir mal ya da hizmet için talep edilen bedelle, bu mal ya da hizmet ile sağlanan faydanın ekonomik değerini göz önüne almaktadır. Satıcı tarafından talep edilen bedelle, mal ya da hizmetin ekonomik değeri arasında bir oransallık olmasını aramaktadır. Böyle bir dengenin var olmadığı hallerde, bu durumun aşırı fiyat uygulamak suretiyle hâkim durumun kötüye kullanılması olacağı belirtilmiştir³⁶⁹.

Tam rekabetçi piyasalarda toplumsal refah ve etkin kaynak dağılımı hedefleyen marjinal maliyet bazında fiyatlandırma, marjinal maliyetin fiyata eşit olduğu optimum üretim seviyesinin belirlenmesini gerektirir. Doğal tekel niteliğini haiz olan yerel telekomünikasyon şebekesi gibi sektörlerde ilk yatırım maliyetinin oldukça yüksek olduğu dikkate alındığında fiyatın, marjinal maliyet seviyesinde belirlenmesinin, operatörler açısından kabul edilebilir olmayacağı açıktır³⁷⁰. Ayrıca, maliyetlerin belirlenmesi sırasında, şebeke üzerindeki bir hat üzerinden bir çok hizmetin eşzamanlı olarak verilebiliyor olması, sektörün karmaşık yapısı vb. sebeplerle, bir çok sorunla karşılaşmaktadır³⁷¹.

Aşırı fiyat vakaları, telekomünikasyon sektöründe genellikle yerleşik operatörün tekelinde olan ve ölçek ve kapsam ekonomileri nedeniyle yerine ikinci bir tanesinin yapılması ekonomik açıdan tercih edilmeyen kısımları için söz konusu olmaktadır. Bunun en iyi örneği yerel ağlarda (local loop) yaşanan aşırı fiyatlandırma uygulamalarıdır. Yerel ağlar, sabit telekomünikasyon hatları üzerinden son kullanıcıya ulaşılması anlamında zorunlu unsur niteliği taşıdığından, firmaların yerel ağlar üzerinden kullanıcılara erişim sağlayamaması durumunda hizmet sunma olanakları kalmayacaktır. Mevcut teknoloji kapsamında değerlendirildiğinde yerel ağların tam olarak bir ikamesi bulunmamaktadır. Bu nedenle ücretlerin yüksek belirlenmesi, rekabet kuralları açısından pazara giriş engeli yaratmaktadır. Bu durum telekomünikasyon sektöründe hâkim durumdaki firmalarla yapılacak olan erişim ve ara bağlantı anlaşmalarında etkinliği sağlamak için rekabet kurumlarının müdahalesini ya da fiyatların düzenleyici kurumlar eliyle belirlenmesini zorunlu kılmaktadır³⁷².

Telekomünikasyon sektöründe aşırı fiyatlandırmaya ilişkin olarak görülen davalardan biri “Deutsche Telecom” ile ilgili olan davadır. Davada, Deutsche Telecom’un 1991 yılında 11

³⁶⁹ Öz, s. 169.

³⁷⁰ Topkaya, s. 19.

³⁷¹ Topkaya, s. 19.

³⁷² Sarı, s. 13.

milyar Alman Markı kâr elde ettiği ve elde edilen kârın, operatörün toplam gelirinin %34'ü gibi yüksek bir orana tekabül ettiği belirtilmiştir. Bu durum Komisyon tarafından incelemeye alınmış, yapılan incelemeler sonucunda, aşırı kârın uzak mesafe görüşmelerde aşırı fiyatlandırma sonucu elde edildiği saptanmış ve tarife artışları Alman Posta ve Telekomünikasyon Bakanlığı'nca geri alınmıştır³⁷³.

Bazı durumlarda aşırı fiyatlandırma halleri haklı görülebilmektedir. Örneğin, bir ürünün yaşam eğrisinin oldukça kısa olması durumunda bu ürünün pazarda tutulabilmesi için daha da geliştirilmesine gereken fonun teminin yüksek fiyatlandırma ile sağlanması veya bir ürünü piyasaya sürmeden evvel yapılan ar-ge faaliyetlerinin çok fazla olması ve bu ürünün fiyatına aksettirmesi veya oldukça yüksek pazarlama ve dağıtım masraflarını karşılayabilmek için yüksek fiyat uygulama halleri haklı sebep olarak görülebilmektedir³⁷⁴.

Ancak ne olursa olsun fiyatlandırmaya rekabet hukuku aracılığıyla müdahale edilmemesi gerektiği yönünde görüşler de mevcuttur. Akıncı'ya göre, pazarda hâkim durumda olan bir firmanın fiyatını serbestçe belirleyebilme yetkisine sahip olması gerekmektedir. Aksi takdirde, üretim ve fiyata ilişkin kararların, ilgili teşebbüs tarafından değil de, bir başka kişi ya da kurum tarafından veriliyor olması anlamına geleceğini ve bunun da liberal ekonomi düzeni ile bağdaşmayacağını savunmuştur³⁷⁵.

RK, maliyetlerin tespit edilmesinin mümkün olmadığı hallerde, fiyatların "aşırı" olup olmadığının belirlenebilmesi için yabancı ülkelerdeki uygulamalara bakmak gerektiğini belirtmektedir. Bir kararında, konulan kiralık devre ücretlerinin aşırı olup olmadığının tespiti amacıyla, maliyetlerin ayrıştırılması mümkün olmadığından ve TTAŞ tekel olduğundan, dış ülkelerde uygulanan ücretlerle karşılaştırılması gerektiği şeklinde görüş beyan etmiştir³⁷⁶.

Aynı şekilde RK, TTAŞ'ın uydu yer istasyonu işletmecilerine yönelik tarifeleri yükselterek rekabette dezavantajlı bir durum yarattığı ile ilgili kararda da, ücretleri yine yurtdışındaki ülkelerle kıyaslamıştır³⁷⁷:

³⁷³ AB Telekomünikasyon Mevzuatı, AB Danışmanlık ve Yatırım Hizmetleri A.Ş., 2000, s.59 (Sarı, s. 14'den naklen).

³⁷⁴ Amık, s.190.

³⁷⁵ Akıncı, A.: RKHK Üzerine Eleştirel Bir Bakış, RKHK'nın Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi, Yayına Hazırlayan: Doç. Dr. Nurkut İnan, Ankara 1996, s.51 vd.

³⁷⁶ RK Kararı, K. 02-27/291-119, T. 07.05.2002.

³⁷⁷ RK Kararı, D. SR/02-2, K. 02-60/755-305, T. 02.10.2002.

Soruşturma yapılan dönemde bu ücretler 01.05.2001 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 2,4 ile 63 kat arasında değişen oranlarda artırılmıştır. Bu artışın kriz sonucu oluşan devalüasyondan kaynaklanıyor olması mümkün görünmemiştir. Çünkü ücretler ABD doları bazında ödenmektedir. Aynı şekilde artışın maliyetlerden kaynaklanıyor olması da ücretin bir royalty ücreti olması, herhangi bir mal veya hizmet sunumunu içermemesi nedeniyle mümkün olamamıştır. Örnek olarak 155 Mbps'lik alış hızıyla çalışan uydu yer istasyonlarından alınan lisans/ruhsat bedelleri birkaç ülkeyle karşılaştırmalı olarak incelendiğinde; ABD'de ruhsat alma işleminin bedelsiz olduğu, İngiltere'de ise lisans bedelinin yıllık 15.000 ABD doları olarak belirlendiği görülmüştür. Türkiye'de TTAŞ tarafından 01.05.2001'e kadar 10.000 ABD doları olan yıllık bedel, bu tarihten itibaren 632.400 ABD doları seviyesine yükselmiştir. Mevcut koşullar altında RKHK anlamında tek ruhsat sahibi olarak hâkim durumda bulunan TTAŞ'ın, kendisiyle sözleşme imzalayarak faaliyetlerini yürütmekte olan uydu yer istasyonu işletmecilerinin royalty tarifelerine 2,4 ile 63 kat arasında artış yapmak suretiyle artık tekel hakkının kalmadığı bir piyasada, rakiplerinin piyasadaki faaliyetlerini zorlaştırmak ve kendisi kullanmakta olduğu halde, diğer satıcı veya kurumsal kullanıcılara belirli kapasitenin üzerinde hat kiralayarak ve kiraladığı düşük kapasitelerden yüksek fiyat talep ederek, uydu yer istasyonu hizmetleri pazarındaki rekabet koşullarını kendi lehine, uydu yer istasyonu işletmecileri aleyhine bozmak ve bu yolla ISS'lerin yurtdışı çıkış imkânlarını kısıtlamak ve aşırı fiyat uygulayarak pazardaki rekabet koşullarını önemli ölçüde bozduğu kanaatine ulaşılmıştır.

Yukarıdaki olaya ilişkin yapılan değerlendirmeler sonucu, 4673 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile TTAŞ tarifeler konusunda önemli bir serbestiye kavuştuğu, tekel kapsamındaki ürünlere ilişkin olarak TK'nın Tarife Yönetmeliği'ne dayalı regülasyonunun başlamasına kadar, tarifeler konusunda bu boşluğu mümkün olduğunca kendi lehine kullanmak için gayret gösterdiği tespitine varılmıştır. TTAŞ'ın bu boşluktan yararlanarak, ileride kendisine rakip olabilecek tüm aktörleri piyasa dışına çıkarmaya çalışması söz konusu olmuştur. Çünkü, uydu yer istasyonu işletmecileri, bu işletmeler ruhsat alır almaz halen aynı pazarda faaliyet yürütmekte olan TTAŞ ile çok daha yoğun bir rekabet içine gireceklerdir. Bu rekabetin bir anlamda önceden önünün kesilebilmesi için, TTAŞ'ın

kendisine rakip uydu yer istasyonu işletmecilerin tarifelerini aşırı bir biçimde yükselterek onları rekabette dezavantajlı konuma soktuğu anlaşılmıştır³⁷⁸.

Telekomünikasyon sektöründe sorun genellikle, zorunlu unsura alternatif kaynakların yokluğu nedeniyle hâkim ya da tekel konumdaki operatörün aşırı fiyat uygulaması konusunda ortaya çıkmaktadır³⁷⁹. Ayrıca, telekomünikasyon alt yapısına erişimin girdi maliyetlerini oluşturduğu alt pazarlarda faaliyet gösteren operatörlerin, ana operatör tarafından uygulanan aşırı fiyata maruz kalmaları, bu sektörler için önemli bir giriş engeli oluşturmaktadır. Dolayısıyla alt yapı tedarik pazarına yönelik olarak, yetkili otoriteler tarafından fiyat regülasyonunun³⁸⁰ yapılması kaçınılmaz olmaktadır³⁸¹.

2. Yıkıcı/Saldırgan Fiyatlandırma (Predatory Pricing)

Yıkıcı fiyatlandırma hâkim durumda bulunan bir üreticinin, rakiplerini piyasadan silmek amacıyla, maliyetin altında fiyatlarla malını satması hususudur. Yıkıcı fiyatlandırma, maliyet altında satış veya belirli bir rakibe göre fiyatlandırma gibi olguları içerebilir³⁸².

Komisyonca göre, ortalama değişken maliyetten düşük bir fiyatın tespiti, genellikle yıkıcı fiyatlandırma olarak değerlendirilmektedir. Ancak, bazı durumlarda, rakip teşebbüsleri piyasa dışına itme niyeti olmadan da ortalama değişken maliyetin altında satış yapmanın gerekçesi bulunabilmektedir³⁸³.

Hâkim teşebbüs, sadece piyasadaki rakiplerini dışlamak amacıyla değil, indirim politikaları, stokların eritilmesi ve ürün modelinde değişiklik gibi, başka türlü amaçlarla da fiyat düşürme yoluna gidilebilir. Bu nedenle, yıkıcı fiyatların rekabetin gereği olan fiyat indirimlerinden ayrılması her zaman kolay olmayabilmektedir. Ayrıca fiyatta yapılan

³⁷⁸ RK Kararı, D. SR/02-2, K. 02-60/755-305, T. 02.10.2002.

³⁷⁹ Topkaya, s. 18.

³⁸⁰ Fiyat regülasyonunda öncelikli amaç tüketiciyi, yapılan yatırım üzerinden elde edilmesi beklenen kârı kontrol altına almak suretiyle, tekeli sömürden korumaktır. İkinci husus da, düzenleyici otoritenin dağıtımda eşitlik temelinde fiyat yapısını belirlemesidir. Bu da, benzer konumdaki tüketiciler için fiyatların eşit uygulanması, hizmetlerin evrensel bazda sağlanması ve bu iki prensip arasında bir çatışma vuku bulduğunda ise uzlaşmanın sağlanması ile gerçekleştirilecektir; bkz. Kessides, I. N. : Regulatory Policies and Reform In Telecommunications, Chapter 12, The World Bank Publications, Washington 1995 (Topkaya, s. 18'den naklen).

³⁸¹ Topkaya, s. 18.

³⁸² Ülgen, s. 56.

³⁸³ Ülgen, s. 56.

indirim, yıkıcı fiyat olarak kabul edilmesi için hangi oranda olması gerektiği ve bunun ne kadar sürmesi gerektiği hususunda da tam bir değerlendirme yapmak güç olmaktadır³⁸⁴.

Bu nedenle ortalama değişken maliyetin altındaki fiyatların her durumda yıkıcı fiyatlandırma olarak değerlendirilmesi eleştirilmektedir³⁸⁵.

Örneğin, RK 2003 yılında bir şikayet üzerine Aycell tarifelerini incelemiş ve tarifelerin maliyetlerin altında olduğunu tespit etmiştir. Bununla birlikte, yıkıcı fiyatlamanın amaç unsuru bakımından gerçekleşmediği sonucuna ulaşmıştır. Çünkü Aycell hâkim durumda değildir, maliyetin altında satış yapsa bile bunu rakiplerini piyasa dışına atmak amacıyla değil piyasaya girmek amacıyla yapmaktadır ve buna rağmen piyasaya girmekte zorlanmaktadır. Ayrıca teşebbüs uygulama sonrası kayıplarını telafi edebilecek uzun vadeli kazançlar elde edebilecekse, yıkıcı fiyat uygulamasına girişeceği kabul edilmektedir. Aksi takdirde maliyetin altında yapılan satışlar makul gerekçelerle açıklanabilecek, dolayısıyla yıkıcı fiyat olarak nitelendirilemeyecektir. Aycell'in uygulamakta olduğu bu kampanyaya yönelik olarak, müşteri kazanmak dışında bir gerekçe bulunamamıştır. Bu nedenle RK, Aycell hâkim durumda olmadığından, ortada yıkıcı fiyatlamanın varlığından söz edilmeyeceğine karar vermiştir³⁸⁶.

Yıkıcı fiyat sahip olunan mali güçle ilişkilendirilir. Bu durum literatürde “derin cep” olarak adlandırılmaktadır. Çünkü bir teşebbüsün yıkıcı fiyat uygulamasına girişebilmesi ancak girilen zarara, rakibine göre daha uzun süre dayanabilmesine bağlıdır³⁸⁷. Yıkıcı fiyat davranışının ekonomik geçerliliği, uzun dönem sorunudur. Kısa dönemde katlanılan kayıpların uzun dönemde geri kazanılması nedeniyle, yıkıcı firmanın geniş mali kaynaklarının olması, bu davranışa devam edebilmek için bir zorunluluktur³⁸⁸.

Yıkıcı fiyat uygulamasının amacı, fiyat kırarak rakipleri etkisizleştirdikten sonra tekrar yükseltmektir. Buna hasat denir. Yıkıcı teşebbüs ancak bu şekilde uygulama döneminde girdiği zararları kapatabilmekte ve üstüne kâr elde edebilmektedir³⁸⁹. AT yaklaşımı ‘hasat’ı Amerikan yaklaşımında olduğu gibi sadece eliminasyon sonrası ortaya çıkan aşırı fiyatlandırma olarak

³⁸⁴ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 471.

³⁸⁵ Ülgen, s. 56.

³⁸⁶ RK Kararı, D. 2003-2-36 (Önaraştırma), K. 03-56/655-301, T. 14.8.2003.

³⁸⁷ Kara, A. F.: Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Aracı Olarak Yıkıcı Fiyat Uygulaması, Ankara 2003, s.3.

³⁸⁸ Yanık, M.: Rekabet Hukuku'nun Hâkim Durum ve Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Piyasa Giriş Engelleri, Ankara 2003, s. 39.

³⁸⁹ Kara, s. 5.

algılamamakta, rakiplerin yıpratılarak rekabetten caydırılmasıyla mevcut pazarın korunması, hasat için yeterli kabul edilmektedir³⁹⁰.

Ayrıca yıkıcı fiyat uygulaması ile rakipleri sindirme ve piyasaya girişi caydırma durumlarında, yerleşik teşebbüs “şöhret etkisinden” yarar sağlayabilir. Diğer bir ifadeyle, fiyatları yükseltmesine rağmen piyasa yeni girişlerin olmaması durumu ortaya çıkabilir³⁹¹.

RK bir kararında, yıkıcı fiyatlandırmayı rakipleri piyasa dışına atmak gayesi ile maliyetlerin altında fiyat belirlemek³⁹² olarak belirtse de, bizim de katıldığımız görüş sahibi Yanık’a göre, yıkıcı fiyat, piyasa terklerine neden oluyorsa veya piyasaya girişleri engelliyorsa maliyetin altında olması zorunlu değildir³⁹³.

RK bir başka kararında, yıkıcı fiyatlandırma ile ilgili olarak TTAŞ’ın, TNet adı altında piyasadaki son kullanıcılara doğrudan dial-up (çevirmeli) internet erişimi hizmeti verirken, yine bu piyasada aynı kullanıcılara hizmet vermeye çalışan ISS’lerin zorunlu unsur olarak kullanılmaları gereken kiralık hatların fiyatlandırmasına yönelik olan şikayeti inceleyerek aşağıdaki değerlendirmeleri yapmıştır³⁹⁴:

TNet’in kendi dial-up abonelerine uyguladığı tarifelerle TNet’ten kiralık hat kullanarak dial-up abonelerine hizmet veren ISS’lere uyguladığı tarifeler arasında, ISS’ler aleyhine çok büyük farklar olduğu görülmüştür. TTAŞ’ın TNet adı altında sunduğu internet erişim ücretini %70’e yakın bir oranda indirmesi ve 2.000.000 TL olan tesis ücretini tamamen kaldırması, dar bant internet erişim hizmetleri pazarında yaşanan rekabeti olumsuz yönde etkilemiş ve TTAŞ’ın uyguladığı bu fiyatların pazarda yıkıcı fiyat etkisi göstermesi hususunu gündeme getirmiştir. Sonuç olarak tespit edilen maliyetin, ISS’lerin karşılaşacağı maliyetin oldukça altında bir miktar olduğu görülmektedir. Bu nedenle ISS’lerin, TNet ile fiyat konusunda rekabet etmeleri mümkün olmadığından, pazarda faaliyette bulunmaları imkânsız hale gelmektedir. Bu uygulama ile RKHK çerçevesinde yıkıcı fiyat uygulayarak, bir rekabet ihlali olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

³⁹⁰ Kara, s. 57.

³⁹¹ Ekdi, B. : Rekabet Hukuku Açısından Yıkıcı Fiyat uygulaması, Rekabet dergisi, S. :10, s. 7.

³⁹² RK Kararı, K. 02-60/755-305, T. 02.10.2002.

³⁹³ Yanık, s. 40.

³⁹⁴ RK Kararı, D. SR/02-2, K. 02-60/755-305, T. 2.10.2002.

ABD ve AB uygulamasında yıkıcı fiyatlandırma kararını vermeden önce, ilgili piyasada, hâkim durumundaki teşebbüsün zararını zaman içinde telafi etmesini sağlayacak koşulların varolup olmadığına da bakılmasının yararlı olacağı ifade edilmektedir³⁹⁵.

AB'nin bu konuyla ilgili aşağıdaki Wanadoo kararı çok önemli bir karardır³⁹⁶:

16 Temmuz 2003 tarihinde Komisyon, Wanadoo'nun ADSL fiyat stratejisine ilişkin olarak bir karar almıştır. AB hukukuna göre, yıkıcı fiyat şeklinde bir kötüye kullanmayı ortaya koymak için kullanılacak iki test bulunmaktadır: İlk teste göre, değişken maliyetlerin karşılanmadığı durumda kötüye kullanma olduğu otomatik olarak varsayılmaktadır. İkincisine göre de, rakiplerin piyasa dışına itilmesi yönünde bir planın parçası olduğunda, değişken maliyetleri karşılamasına rağmen, toplam maliyetleri karşılamayan bir fiyatlandırmanın kötüye kullanma olduğu kabul edilmektedir³⁹⁷. Komisyonun bu kararında, Ağustos 2001 öncesi ve sonrası dönemler için iki test uygulanmıştır.

Wanadoo % 72'si France Telekom'a ait bir yan kuruluşur. "Wanadoo ADSL" ve "eXtense" olarak bilinen ADSL hizmetlerini, 1999 yılının sonundan Ekim 2002 tarihine kadar ortalama maliyetlerin altında bir fiyatla pazarlamıştır. Komisyonun yürüttüğü soruşturma sonucunda, Wanadoo'nun fiyatlarının Ağustos 2001 tarihine kadar ortalama maliyetlerin altında olduğu, bu tarihten sonra fiyatların yaklaşık olarak ortalama maliyetlere eşit hale geldiği ancak yine de toplam maliyetlerin çok altında olduğu ortaya çıkmıştır. Komisyon, Wanadoo ADSL hizmetlerini büyük miktarlarda pazarlamaya Mart 2001 tarihinde başladığı için, kötüye kullanmanın bu tarihten itibaren başladığını kabul etmektedir. Wanadoo, bu eylem sonucunda 2002 yılı sonuna kadar büyük oranlarda zarar etmiştir. Bu hizmeti yüzünden bir taraftan büyük ölçekli zararlar görürken, o günlerde Wanadoo da dahil olmak üzere bütün ISS'lere toptan ADSL hizmeti sunan ve bu pazarın neredeyse % 100'ünü elinde bulunduran France Telekom, yakın gelecekte bu pazarda kendi toptan ADSL hizmetlerinde önemli kârlar beklemekteydi.

Wanadoo'nun pazar payı Ocak 2001'den Eylül 2002 tarihine kadar, bu dönemde beş kat büyüyen pazarda yaklaşık 30 puan artarak % 65-75 seviyesine yükselmiştir.

³⁹⁵ Ülgen, s. 57.

³⁹⁶ Klotz R. / Fehrenbach, J.: Telekomünikasyon Sektöründe Fiyat Yoluyla Rekabet İhlalleri Hakkında İki Komisyon Kararı, Rekabet Dergisi, S. 15, 2003, Çeviren: Özge İçöz, s. 46 vd.

³⁹⁷ C-62/86 sayılı akzo v. Komisyon Kararı (1991) ECR I-3359, c-333/94 P sayılı Tetra Pak International SA v. Komisyon (1996) ECR I-5951; bkz. Klotz R. / Fehrenbach, s. 47.

Wanadoo'nun pazardan o gün için aldığı pay, 2004 yılı sonu için hedeflediği orandır. Wanadoo ile rekabet edebilmek için göze alınması gereken zarar miktarı, diğer rakipler üzerinde caydırıcı bir etki yaratmıştır. Kötüye kullanma eyleminin gerçekleştiği dönemin sonunda, hiç bir rakip pazarda %10'dan daha fazla pay elde edememiştir. Kötüye kullanma eylemi başladığında Wanadoo'nun en büyük rakibi dahi, kendi pazar payının tepetaklak olduğunu görmüştür. Bir ADSL hizmet sunucusu (Mangosta) ise Ağustos 2001'de pazardan çıkmıştır.

Kötüye kullanma eylemi, ancak France Telecom'un önceki fiyatlarının % 30'dan fazla düşmesini sağlayan yeni toptan fiyatların yürürlüğe girdiği tarih olan Ekim 2002'de sona ermiştir. Eylemin sona ermesinin ardından pazarın büyümesi hızlanmış, pazarda faaliyet gösteren ISS sayısı Eylül 2002 ile Mart 2003 tarihleri arasındaki yedi ayda, Mart 2001 ile Ağustos 2002 tarihleri arasındaki on yedi ayda olduğundan çok daha fazla artış göstermiştir.

Şirket özellikle, her yeni abone için zararına satılan hizmetler için indirimli nakit akışının beş yıl içinde artıya/pozitifte döneceğini ortaya koymak için hazırlanmış hesaplar sunmuştur. Komisyon bu hesapların, hâkim durumdaki bir teşebbüsün davranışını ifade ettiğinin ya da yıkıcı fiyat olmadığını tespiti için uygun bir araç olduğunu kabul etmemiştir.

İlk olarak burada hedeflenen kısa dönemde uğranılan zararların, uzun dönemde telafi edilmesi olmuştur. Bu nedenle burada yıkıcı fiyatlandırmanın en temel hedefi uygulanmıştır. Wanadoo yıkıcı fiyatlandırmayla rakiplerini pazar dışına çıkarmıştır. Daha sonra ise kâr elde etmek için uygun duruma gelmenin beklentisi içine girdiği açıktır³⁹⁸.

Kısaca özetlemek gerekirse, yıkıcı fiyat uygulamaları telekomünikasyon gibi dikey entegre sektörlerde çok sık karşılaşılan ihlallerden biridir. Alt yapıya erişim sağlamasının yanı

³⁹⁸ Bir rekabet otoritesinin gelişmekte olan büyük bir pazarın bu kadar erken dönemlerinde müdahale edip teşebbüsü cezalandırmaya yetkisi/hakkı var mıdır sorusu tartışılmıştır; Komisyon 82. maddede veya Topluluk içtihadında henüz yeterince olgunlaşmamış veya yeni gelişen pazarlar olarak kabul edilen sektörlerle Komisyonun müdahalesi için istisna getiren herhangi bir husus bulunmadığı düşüncesindedir. Rekabet kurallarının uygulanması için pazarların tamamen dengeye ulaşmasını beklemek, rekabet otoritelerini sistemli hale gelen kötüye kullanma eylemlerinin bütün etkilerini ortaya koymadan ve bu eylemler yoluyla haksız olarak elde edilen pozisyonların sağlaştırmalarından önce, zamanında harekete geçme güçlerinden mahrum bırakacaktır. Buna karşılık, rakiplerin ortadan kaldırılmasına yol açma tehlikesi bulunduğu her durumda, yıkıcı fiyatın cezalandırılmasının mümkün olması gerekmektedir. Komisyonun söz konusu davadaki müdahalesi, her şeyden önce bu sektörde ilk girenin avantajının çok önemli olması nedeniyle meşru sayılmıştır, bkz. Klotz / Fehrenbach, s. 46 vd.

sıra ana operatör, internet hizmeti gibi alt pazarlarda da faaliyet gösteriyorsa, alt yapı pazarının kontrolü altında olmasının avantajını bu pazarda uygulayacağı yıkıcı fiyat ile rakiplerini piyasa dışına çıkarmayı hedefleyebilecektir. Bu tür uygulamada, daha kârlı alanlarda gösterdiği faaliyetlerden elde ettiği getiriyi, yıkıcı fiyat uyguladığı pazardaki faaliyetlerini sübvansiyon etmek için kullanması, diğer bir ifadeyle çapraz sübvansiyon da söz konusu olabilecektir³⁹⁹.

3. Çapraz Sübvansiyon

Çapraz sübvansiyon, “bir piyasadaki bir mal ya da hizmeti sübvansiyon edebilmek amacıyla, başka bir piyasadaki mal veya hizmetin daha yüksek fiyattan piyasaya sunulması sonucunu doğuracak eylem ve işlemlere girişilmesi” olarak tanımlanmaktadır. Komisyon, “Telekomünikasyon Sektöründe Rekabet Kurallarının Uygulanmasına İlişkin Ana Hatlar”⁴⁰⁰ isimli belgede, çapraz sübvansiyonu, “teşebbüsün, bir ürün piyahasındaki veya coğrafi piyasadaki faaliyetinin getirdiği maliyetin tamamını veya bir kısmını, başka bir ürün piyahasındaki ya da coğrafi piyasadaki faaliyetine aktarması” olarak tanımlamıştır⁴⁰¹.

Rekabetin güçlü olduğu bir ürün piyahasındaki ya da coğrafi piyasadaki mal veya hizmetin düşük fiyattan satılarak, rakiplerin önüne geçilebilmesi amacıyla çapraz sübvansiyona başvurulmaktadır. Bu yolla, rekabetin yoğun olmadığı piyasadaki mal ya da hizmetin fiyatı yükselttilerek elde edilen kâr ile, fiyatta azaltılmaya gidilmiş olan ürünün piyahasında katlanılan maliyeti karşılamak mümkün olabilmektedir⁴⁰².

RK'nın bir kararında, TTAŞ'ın 20.11.2002 tarihinden itibaren 3 ay süreyle şehirlerarası görüşmelerde tüm gün %50 ve ayrıca 20:00-08:00 saatleri arası tüm yurtiçi konuşmalarda %50 oranında ikinci bir indirim uygulamasının “yıkıcı fiyat uygulaması” olduğu ve aynı tarihten itibaren geçerli olmak üzere, GSM işletmecileri, internet servis sağlayıcıları ile diğer özel-kamu kurum ve kuruluşlarının kullandığı kiralık hatların tesis ve aylık kiralalarına %5 oranında zam yaparak konuşma hizmetlerinde “çapraz sübvansiyon” uyguladığı iddia edilmiştir. Ancak kampanyanın 3 aylık süresinin kısıllığı ve bu süre içinde GSM operatörleri üzerinde yıkıcı bir amaç ve etki yaratmadığının tespit edilmiştir. TTAŞ'ın anılan indirimli tarifelerinden kaynaklanan gelir kaybının GSM operatörlerince

³⁹⁹ Topkaya, s. 21.

⁴⁰⁰ OJ. 1991, L. 233/2, (<http://europa.eu.int/ISPO/infosoc/legreg/docs/91c23302.html>, son yararlanma: 14.04.2007).

⁴⁰¹ Kısa, s. 106.

⁴⁰² Kısa, s. 106.

kullanılan kiralık hatlara yapılan %5 oranındaki zam ile çapraz sübvansiyon yapılarak telafi edilmesi hakkında, kiralık devrelerin fiyatlarının aşırı fiyat olup olmadığının belirlenmesi için ülkeler arası karşılaştırma yapılmış ve Türkiye'de uygulanan fiyatların uluslararası fiyat düzeyi ortalamasından yüksek olmadığı tespit edilmiştir. Bu tespitler ışığında şikayet konusu tarifelerde herhangi bir aşırılık gözlemlenmediğinden ve şikayete konu zam ile de fiyatlarda herhangi bir aşırılığa yol açılmayacağı gerekçesiyle çapraz sübvansiyon iddiaları hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığı sonucuna ulaşılmıştır⁴⁰³.

Oysa şu an gündemde yer alan TTAŞ'ın son tarifeliendirmesiyle ilgili olarak durum hiç de yukarıdaki değerlendirme kadar basit olmamaktadır. TTAŞ, şehirlerarası konuşma ücretlerine %80 oranında "indirim" yaparken, toplam telefon trafiğinin %85'ini oluşturan şehirçi konuşma ücretlerine %27 oranında "zam" yapmıştır. TELKODER, TTAŞ'ın yeni tarifesine karşı 29.01.2007 tarihinde Danıştay'a dava açmıştır. Açılan davada, yeni tarifeye onay veren TK kararının, Tarife Yönetmeliği'nde tavan fiyat uygulamasına yönelik hükümlerin iptali ve yürütmenin durdurulması talep edilmiştir. TELKODER, TTAŞ'ı, "hâkim durumunu kötüye kullanmak, aşırı fiyatlandırma yapmak, çapraz sübvansiyon ve yıkıcı fiyat uygulamasında bulunmakla" suçlarken, maliyet esaslı tarife belirlenmesini istemiştir. TELKODER, tavan fiyat yöntemi ile tarife hazırlanmasının ve buna olanak sağlayan yönetmelik hükümlerinin hukuki dayanaktan yoksun olduğunu savunurken, maliyet esaslı tarife hazırlanmasının en uygun yöntem olduğunu ileri sürmüştür. Dilekçede, "Aksi takdirde, dava konusu tarifede olduğu gibi, hâkim durumda bulunan TTAŞ'ın tekel konumunda bulunduğu şehirçi telefon hizmetinde 'aşırı fiyatlandırma' yapmasına, çapraz sübvansiyon ve yıkıcı fiyat uygulaması ile rekabete açık olan sektörde hâkim durumunu kötüye kullanmasına ve telekomünikasyon sektöründe, başlangıç noktasından daha geri bir noktaya gidilmesine sebep olunabilecektir" denilmiştir. TTAŞ'ın şehirlerarası ve uluslararası görüşmelerin, şehirçisine göre kendilerine daha az maliyet getirdiğine ilişkin açıklamalarına karşın, TELKODER'in dilekçesinde, şehirçi ve şehirlerarası/ uluslararası telefon trafik işleyişinin, şehirlerarası ve uluslararası telefon hizmetinin maliyetinin;

⁴⁰³ RK Kararı, D. 2002-2-81, K. 03-28/347-147, T. 01.05.2003.

kullanılan altyapının artması, farklı altyapıların devreye girmesi gibi nedenlerle her zaman şehiriçi telefon hizmetlerinden daha maliyetli olması gerektiği belirtilmiştir^{404, 405}.

Şehirlerarası ve uluslararası görüşmelerde %80 oranında aşırı indirim yapılıyor gibi görünse de, TTAŞ'ın gelirinin büyük bir bölümünü şehiriçi görüşmelerden elde ettiği bilinmektedir. Böylece TTAŞ şehiriçi görüşmelere zam yaparken, diğer yandan rakip olarak tutunma çabasında olan işletmelerin önünü %80 oranındaki şehirdışı indirim tarifesiyle kesmektedir.

TTAŞ'ın Oger Grubu'na devri 6,5 milyar ABD dolar karşılığı yapılmıştır. 2007 yılı taksit ödemesi ise 1 milyar ABD doları olmuştur. Yapılan bu zam, Oger Grubuna 800 milyon ABD doları civarında kazanç sağlamıştır. Bu nedenle, ilk taksitin bizzat tüketici tarafından ödendiği yönünde eleştiriler mevcuttur. Bu durum, daha önce TTAŞ'ın özelleştirilmesi konusunda bahsettiğimiz görüşü destekleyici nitelik arz etmektedir.

⁴⁰⁴ Aradaki belirgin maliyet farkına karşın, TTAŞ'ın abonelerin büyük çoğunluğunun dahil olduğu Standart HATT ve Hesaplı HATT şehiriçi görüşme ücretlerini, şehirlerarası görüşme ile aynı olacak şekilde artırdığı kaydedilen dilekçede, TTAŞ'ın 2006 yılı konuşma ücret gelirlerinin tahminine yer verildi. Buna göre, TTAŞ, 2006 yılı vergi hariç 4 milyar 18 milyon dolar olan telefon hizmetleri gelirinin %27'sini sabit ücretlerden, %36'sını şehiriçi aramalardan, %21'ini cep telefonu şebekelerine yapılan aramalardan, %13'ünü şehirlerarası, %3'ünü de uluslararası aramalardan sağlamaktadır. Toplam 77 milyar olan 2006 yılı kontör harcamalarının dağılımına bakıldığında da, şehriçinin %50, cep telefonu aramalarının %29, şehirlerarasının %17, uluslararasıının da %4 paya sahip olduğu belirtilmiştir.

TTAŞ'ın yeni tarifesiyle yıllık gelirinde 727 milyon dolarlık artış meydana geleceği hesabını sunan TELKODER, uzak mesafe telefon işletmecilerinden abone kaçışıyla da bu rakama 153 milyon dolar daha ekleneceğini ileri sürmüştür. Böylece TTAŞ'ın elde edeceği 880 milyon dolarlık gelir artışıyla, 2007 yılında yapacağı 1 milyar dolarlık anapara taksit ödemesi tutarına yaklaştığına dikkat çekilen dilekçede, "Yani, özelleştirme için hedef olarak ortaya konulan gelir elde etme amacına rağmen, şirketin özelleştirme bedelini topluma, TTAŞ'ın kendi ifadesiyle 50 milyon telefon kullanıcılarına ödeteceğini göstermektedir" denilmiştir. Ayrıca hukuka aykırılık iddiası şöyle dile getirilmiştir: "Davalı idare, böylesi bir tablonun oluşmasına engel yasal/ıdari düzenlemeleri yapmakla düzenlemelere aykırı tarifeleri onaylamamakla (Tarife Yönetmeliği M.7/d) yükümlü olmasına rağmen, maliyet esaslı tarife için gerekli koşulları hazırlamadığı veya uygulamadığı için TTAŞ'ın bu tarifesine hukuka, yasal düzenlemelere ve özelleştirme ile varılmak istenilen amaçlara aykırı olarak onay vermiştir."

(http://www.emo.org.tr/resimler/ekler/0898ec5aaf2bbf0_ek.pdf?dergi, son yararlanma: 16.05.2007)

⁴⁰⁵ Danıştay 13. Dairesi'nin, TTAŞ'ın 01.03.2007 tarihinde yürürlüğe giren tarifelerinin onaylanmasına ilişkin TK kararı hakkında yürütmeyi durdurma kararı sonrasında, karar resmi olarak tebliğ edilmeden yeni tarifelerin 03.07.2007 tarihinde TK'ya sunulduğu ve tarifenin onayına ilişkin resmi bildirim 20.07.2007'de TTAŞ'a tebliğ edildiği, 21.07.2007 tarihinden itibaren yeni tarifelerin uygulanmasına başlandığı belirtilmiştir. Yapılan basın açıklamasında, yeni tarifeye birlikte şehirlerarası, milletlerarası ve GSM aramalarında 01.03.2007 tarihli tarifedeki indirimlerin aynen korunduğu, yeni tarifeyle göre de şehiriçi görüşmelerde standart hatta %16, hesaplı hatta %10 indirim yapıldığı belirtilmiştir. Ayrıca 01.03.2007 tarihli tarifeye getirilmiş olan standart hattaki bedava gece kontörü uygulamasına son verildiği, hesaplı hatta uygulanan bedava kontör sayısının 100'e indirildiğini, buna karşılık hesaplı hattaki gece kontörlerinin kullanımının yıl sonuna kadar gece saat 22.00'dan, 20.00'a çekildiği açıklanmıştır. (<http://www.ntvmsnbc.com/new/415338.asp>, son yararlanma: 25.07.2007)

4. Fiyat Sıkıştırması

Fiyat sıkıştırması, iş yaptığı piyasaya hem hammadde sağlayıp hem de o piyasada perakende şekilde çalışan bir işletmenin, bir başka deyişle iş yaptığı bir piyasanın aktörlerinden bir ya da birkaçı ile dikey bütünleşik durumda olan bir işletmenin; piyasadaki diğer aktörleri pazar dışına itme amacıyla kendi işletmesine sağladığı hammaddenin fiyatı dışındaki hammadde fiyatlarını normalin üstünde yükselterek ya da diğer işletmeler için hammadde fiyatlarını sabit tutarken kendi işletmesi için hammadde fiyatlarını düşürerek bu etkiyi perakende fiyatlara yansıtması ve dolayısıyla diğer işletmelerin kâr marjı aralığını daraltmasıdır⁴⁰⁶.

Fiyat sıkıştırması ile ilgili olarak verilebilecek en iyi örnek karar, Deutsche Telecom Kararı'dır⁴⁰⁷:

Deutsche Telekom (DT) son kullanıcıya sunulan perakende aboneliğin yanı sıra, rakiplerine, bu teşebbüslerin de doğrudan son kullanıcılara ulaşabilmeleri için yerel ağa ayrıştırılmış erişim sağlamaktadır. Böylelikle DT rakiplerine yerel ağa toptan erişim hizmeti sunduğu üst pazarın yanı sıra son kullanıcıya sunulan perakende erişim pazarında da aktif durumdadır. Son kullanıcıya sunulan hizmetler açısından, 5 yıllık rekabet sürecine rağmen Komisyon, DT'nin hem dar bant (analog ve ISDN) hem de genişbant (ADSL) hizmetlerde yaklaşık % 95 pazar payı olduğunu tespit etmiştir. Bunun yanında, geri kalan % 5'lik pazar payı çok sayıda rakip arasında bölünmektedir. 1998 yılından beri pazara yeni girmeye çabalayan birçok teşebbüs ana/yerleşik operatörle rekabet etmeye çalışmış ancak hiçbiri dikkate değer bir pazar payına erişememiştir. DT hem toptan yerel ağa erişim, hem de son kullanıcıya erişim pazarlarında Almanya'da hâkim durumdadır ve her iki pazar da birbiriyle bağlantılı pazarlardır. 1998 yılının başından itibaren, DT ulusal hukuk kuralları gereği yasal olarak rakiplerine yerel şebekeye erişim sağlama yükümlülüğü altındadır. Komisyon toptan erişime ilişkin olarak, DT'nin ulusal çapta şebekesi bulunan tek Alman sabit telekomünikasyon operatörü olduğuna hükmetmiştir. Son kullanıcıya farklı türlerde hizmetler sunabilmek için, pazara yeni giren operatörlerin bu altyapıya toptan olarak erişebilmeleri gerekmektedir.

⁴⁰⁶ Parsons, S.G.: Vertical Price Squeezing, Journal of Economic Theory, Vol 37, 1998, s. 32.

⁴⁰⁷ Klotz, R./Fehrenbach, s. 41 vd.

Komasyon, Alman sektörel düzenleyicinin fiyat tavanı regülasyonuna tabi olan Deutsche Telekom'un yerel şebekeye erişim için belirlediği toptan tarifelerini perakende tarifelerinden daha yüksek belirleyerek (fiyat makası/sıkıştırması (price squeezing)) hâkim durumunu kötüye kullandığına ve fiyat regülasyonunda kendine böyle bir kötüye kullanmayı ortadan kaldıracak takdir imkânı bırakılmasına rağmen kendi iradesiyle bu davranışı dizayn ettiğine karar vererek, bu şirketi cezalandırmıştır.

Çünkü bizim de katıldığımız Komasyon kararında belirtildiği üzere, toptan fiyatlar, perakende fiyatlardan daha yüksek olduğunda, rakipler en az yerleşik operatör kadar etkin çalışsalar dahi, hiçbir zaman kâr elde edememektedirler. Ayrıca, rekabet edebilecek fiyatta bir perakende hizmet sunmadan önce, bu toptan erişime ödenecek ücretlerin yanında pazarlama, faturalama, fatura tahsilatı, gibi diğer masrafları da karşılamaları gerekmektedir.

5. Ayrımcılık Yaratmak

Ayrımcılık genel olarak farklı olgulara aynı davranılması, aynı olgulara farklı davranılması ya da farklı olgulara farkları ile orantısız şekilde farklı davranılması durumunda vardır⁴⁰⁸.

Ayrımcılığın iki belirgin özelliği vardır: İlki, dışlayıcılık, ikincisi ise bağımlılık özelliğidir. Hâkim durumda bulunan teşebbüsün bazı alıcılarına farklı davranması sonucu bu alıcıların pazar dışına itilmesi, ayrımcılığın dışlayıcılık özelliğini göstermektedir. Hâkim durumda bulunan teşebbüsün bazı alıcılara farklı davranması sonucu, alıcıların rakip teşebbüslerden mal almamaları durumunda ise ayrımcılığın bağımlılık özelliği söz konusudur. Hâkim durumda bulunan teşebbüs, alıcılarına üç şekilde farklı davranabilir. Bunlar farklı fiyat uygulamak, ürün satmayı veya temel kaynak faaliyetten yararlandırmayı reddetmek ve farklı koşullar ileri sürmektir⁴⁰⁹.

RKHK 4. madde metninde ayrımcılığın “eşit durumdaki kişilere” uygulanması yasaklanmış iken, RKHK 6. maddede ayrımcılığın “eşit durumdaki alıcılara” uygulanması yasaklanmıştır. Ancak burada kanun koyucunun alıcı veya satıcı arasında bir ayırım yapmayı

⁴⁰⁸ Heuchert, K.: Die Normadressaten des 26 Abs. 2 Satz, 2 GWB-eine ökonomische Analyse des Rechts, Decker und Müller, Heidelberg, s.6 (Cengiz, S: Alman Hukuku Işığında Pazarda Görelü Güçlü Teşebbüs Kavramı ve Teşebbüsler Arasında Bağımlılık İlişkisi, Ankara 2003, s. 9'dan naklen).

⁴⁰⁹ Gül, makale, s. 160.

amaçladığını düşünmek rekabet hukuku mantığına aykırı olacaktır. Bu nedenle bu maddenin alıcının hâkim durumda olup, bu durumunu ayrımcılık suretiyle kötüye kullandığı hallerde de işletmek gerekmektedir⁴¹⁰.

Ayrımcılık suretiyle hâkim durumun kötüye kullanılması ATA m. 82’de de öngörülmüş, ancak m. 82’de ayrımcılığın, rakiplerin rekabette dezavantajlı konuma getirilmeleri halinde yasaklandığı ifade edilmiştir. RKHK m. 6/II-b metninde ise bu nitelikte bir ifade yer almamaktadır. Dolayısıyla topluluk hukukunun aksine, Türk hukukunda rakiplerin rekabette dezavantajlı konuma getirilmemesine rağmen, ayrımcılık uygulamasının rekabete aykırı bulunması mümkün olabilecektir⁴¹¹.

Ayrımcı uygulamalardan hangilerinin rekabeti kısıtlayıcı nitelikte olduklarını gösteren bir liste yoktur. Ayrımcı uygulamaların, somut olaya göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Her ayrımcı davranışın rekabeti ihlal ettiği şeklinde değerlendirilmesi doğru değildir. Ancak rakibi dışlayıcı şekilde rekabet karşıtı sonuçların oluşması halinde rekabet kurallarına aykırılık söz konusu olacaktır.

Telekomünikasyon endüstrisinde ayrımcılık; şebekeler arası irtibat, tarifeler, ve sinyalleşme protokolleri gibi teknik konularda meydana gelebilir. Ayrıca, yerleşik operatörün son kullanıcıya hizmet sunarken, altyapısını kullanan rakiplerine kendi kullandığı olanakları kullandırmaması; rakiplerine daha düşük arabağlantı kapasitesi tahsis etmesi, erişim fiyatlandırmasında asimetri uygulaması vb. durumlar ayrımcılığa ilişkin diğer örnekleri teşkil etmektedir⁴¹².

Hâkim durumda olan işletmenin kendisi ile münhasır olarak çalışmayı teşvik etmek amacıyla promosyon desteği sağlaması ve diğer işletmelere aynı desteği vermemesi kötüye kullanma teşkil etmektedir.

Bu konuyla ilgili olarak RK’nın, Turkcell’in cep telefonu dağıtıcılarından bazılarını kampanya desteği sağlayıp, kampanya desteği vermediği dağıtıcıların pazarın %60-70’ine sahip firmanın desteğinden yoksun kalması durumu ile ilgili olarak yaptığı değerlendirmede; cep telefonlarının %98’inin kampanyalarda satıldığını göz önünde bulundurarak, Turkcell’in,

⁴¹⁰ Güçer, S.: Rekabet Hukuku’nda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Çerçevesinde Sınai Mülkiyet Hakları, Ankara 2005, s. 108; Öz, s. 162.

⁴¹¹ Güçer, s. 109.

⁴¹² Garzaniti, L.: Telecommunications Broadcasting And The Internet E.U. Competition Law And Regulation, Sweet&Maxwell, London 2000, s. 175; Sarı, s. 11.

cep telefonu dağıtıcıları arasındaki rekabeti bozacak şekilde ayrımcılık yaptığını, promosyon desteği vermediği dağıtıcıların bu sebeple rakiplerine göre pahalı kaldığını ve telefon satamadıkları sonucuna varmıştır. Yapılan değerlendirme sonucu, GSM piyasasında hâkim durumda olan Turkcell'in kendi yavru şirketi olan KVK'nın cep telefonu piyasasında güçlenmesini sağlamak gayesi ile KVK lehine ayrımcı uygulamalarda bulunduğu, böylece m. 6/d'yi ihlal ettiği kararına varmıştır⁴¹³.

Ancak, piyasayı etkilemesi mümkün olmayan ayrımcı uygulamaların kötüye kullanma sayılmayacağına ilişkin olarak değerlendirdiği bir başka kararında RK⁴¹⁴, Teleon aboneliğinin mevcut Telsim abonelerine daha ucuz yapılmasının, GSM piyasasını etkilemediğinden dolayı kötüye kullanma teşkil etmediğine karar vermiştir. Ayrıca, Telsim'e yeni katılacak abonelerin Teleon abonesi olması halinde uygulanan indirimlerin ek yükümlülük olup olmadığı incelenmemiş ve Turkcell aboneliğinden ayrılma şartı koşulmadığı, Teleon abonesi olmak için Telsim aboneliğinin şart olmadığı, ayrı ayrı aboneliğin mümkün olduğu, farklı müşteri gruplarına farklı pazarlama stratejisi olduğu, uygulamanın GSM pazarını etkilemediği kanaatine varılmıştır.

Somut olay kapsamında ayrımcı fiyat uygulamalarının tespitinde genel olarak iki unsur önem taşımaktadır. Birincisi, işlemlerin ayniyeti ve muhatap teşebbüslerin konumları arasında yapılan karşılaştırma ve kıyaslama, ikincisi ise, uygulanan fiyata etki etmesi muhtemel diğer piyasa faktörlerinin değerlendirilmesidir. Bu iki faktör dikkate alınmadan, ayrımcı fiyat uygulamalarının rekabeti olumsuz etkileyip etkilemediğinin belirlenmesinin mümkün olmadığı haklı olarak belirtilmiştir⁴¹⁵.

Fiyat ayrımcılığı, teşebbüslere farklı fiyat uygulanması şeklinde doğrudan veya çeşitli indirim sistemlerinin uygulanması şeklinde dolaylı olarak gerçekleşebilir.

a) Doğrudan Fiyat Ayrımcılığı

Hâkim teşebbüsün farklı satış fiyatları uygulayarak yaptığı ayrımcılık türüdür. Birinci derece, ikinci derece ve üçüncü derece olmak üzere üç alt kategoride incelenmektedir⁴¹⁶.

⁴¹³ RK Kararı, K. 01-35/347-95, T. 20.07.2001.

⁴¹⁴ RK Kararı, K. 01-07/69-19, T. 06.02.2001.

⁴¹⁵ Sanlı, s. 267 vd.

⁴¹⁶ Görgülü, s. 11.

aa) Birinci Derece Fiyat Ayrımcılığı

Bir teşebbüs, her bir müşterisine ödemeye razı olabileceği en yüksek fiyattan mal satıyorsa, birinci derece fiyat ayrımcılığı yapmış olur. Başarıyla uygulanabilmesi için, her bir alıcının bir ürün alması, firmanın tüm müşterilerinin ödemeyi arzu ettiği en yüksek fiyatı biliyor olması ve ürünün ikinci el satışının engellenebilmesi gerekmektedir. Böylece her bir müşterisinin ödemeye razı olabileceği en yüksek fiyattan mal satışı gerçekleşecek, dolayısıyla, teşebbüs uyguladığı strateji sonucu tekeli tek bir fiyat belirlemeyerek daha fazla ürün satarken daha çok kâr elde edecektir⁴¹⁷.

bb) İkinci Derece Fiyat Ayrımcılığı

Eğer, hâkim durumdaki teşebbüs aynı malın farklı gruplarının satışında farklı fiyatlar uygulayabiliyorsa ikinci derece fiyat ayrımcılığı oluşur. Çoğunlukla elektrik, doğalgaz, telekomünikasyon gibi hizmetlerin sağlanmasında görülmektedir. Genellikle belirli bir miktara kadar belirli bir fiyat, sonraki ek miktarlar için daha düşük bir fiyat uygulaması şeklinde oluşmaktadır. Başlangıçta yüksek bir fiyat tarifesi, daha sonra tüketim arttıkça azalan bir tarife uygulanmaktadır. Ancak bunun tersi de söz konusu olabilir. Yani belirli bir miktarı geçen tüketim için fiyat artırılabilir⁴¹⁸. Kontrollü hatlarda, alınan kontör miktarı arttıkça, kontör başına düşecek fiyatın azalması ve böylece yüksek kontrollü kartları alan tüketicilerin aynı telefon hizmetinden, daha ucuz şekilde yararlanmaları örnek olarak verilebilir. Abonelik sistemlerinde de benzer bir uygulama söz konusudur⁴¹⁹.

cc) Üçüncü Derece Fiyat Ayrımcılığı

Hâkim durumdaki teşebbüs, pazar talebini iki veya daha fazla müşteri grubuna bölüp, her gruba farklı fiyatlar uyguluyorsa üçüncü derece fiyat ayrımcılığı yapmış olur⁴²⁰. Pazarın gruplara bölünmesinde gelir seviyesi, yaş ve coğrafi farklılıklar gibi unsurlar öne

⁴¹⁷ Görgülü, s. 11.

⁴¹⁸ Örneğin, 1 yıllık abonelik 20 milyon iken, 2 yıllık abonelik (20+15) 35 milyon olması; bkz. Görgülü, s. 12, dn. 18

⁴¹⁹ Görgülü, s.12.

⁴²⁰ Görgülü, s. 12.

çıkılmaktadır⁴²¹. Mobil telefon sektöründe, gece-gündüz, öğrenci-memur tarife paket uygulamaları örnek verilebilir.

b) Dolaylı Fiyat Ayrımcılığı

Hâkim durumdaki teşebbüsün, alıcılara aynı fiyat üstünden satış yapmasına rağmen, satış fiyatı dışındaki unsurlardan kaynaklanan nedenlerle, alıcılar için farklı fiyatlar oluşuyorsa dolaylı fiyat ayrımcılığı söz konusudur⁴²².

Doğrudan fiyat ayrımcılığında alıcılara uygulanan farklı fiyatlar vardır. Dolaylı fiyat ayrımcılığında ise görünürde eşit fiyatlar olmasına karşılık, etkileri itibariyle farklı fiyatlar söz konusu olmaktadır. Örneğin, hâkim durumda bulunan teşebbüsün (a) alıcısına malı on beş liradan satarken (b) alıcısına yirmi liradan satması doğrudan fiyat ayrımcılığı olmasına karşılık (a) ve (b) alıcısına yirmi liradan satışı gerçekleştirirken (b) alıcısına ayrıca % 5'lik bir indirim yapması dolaylı fiyat ayrımcılığıdır⁴²³.

Teşebbüsler kendi ürünlerinin daha fazla satması için çeşitli indirim sistemleri uygulayabilmektedirler. İndirimlerin belirli bir mal üzerinden uygulanması gerekmektedir. Hâkim durumda olan teşebbüs, belirli bir malın indirimini başka mallardan da alınması halinde daha yüksek tutuyorsa, müşteri diğer maldan da almaya zorlanmış demektir. Bu şekilde indirimlerin tüm mal çeşitleri üzerinden toplam olarak hesaplanması genellikle hâkim durumun kötüye kullanılmasını teşkil etmektedir⁴²⁴.

İndirim sistemlerinin rekabet kurallarına aykırılık teşkil edip etmediğinin tespiti için, ilk olarak rekabetçi veya anti-rekabetçi olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Bu belirlemenin yapılabilmesi için bakılacak ilk husus, indirimlerin maliyet tasarruflarının bir yansıması olarak verilip verilmediğinin ortaya çıkarılmasıdır. İkinci olarak ise, müşterinin başka bir sağlayıcıdan alma konusunda ki olası ticari kararlarının, indirimlerle ne kadar kısıtlandığının tespiti gerekmektedir. Son olarak indirimlerin hâkim firmanın mevcut ve

⁴²¹ Areeda, P. E./ Turner, D. F. : Antitrust Law; An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, Volume III, Boston 1978, s. 187 (Görgülü, s. 13den naklen).

⁴²² Görgülü, s. 15.

⁴²³ Gül, Ayrımcılık Yapmak, s. 57.

⁴²⁴ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 489.

potansiyel rakipleri üzerinde olan etkileri ve kendi hâkim gücünü artırıp artırmadığının belirlenmesi gerekir⁴²⁵.

Ayrımcılığın söz konusu olup olmadığının tespiti için, alıcıların eşit statüye sahip olup olmadıklarının değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim, RK, ankesörlü telefon kartı satışıyla yetkilendirilen seyyar bayilerin, TTAŞ tarafından belirlenen ankesörlü telefon kartı satış fiyatı üzerinden TTAŞ bayilerinin iskonto uygulamaları nedeniyle mağdur oldukları, seyyar bayilere ankesörlü telefon kartları %8,4; TTAŞ bayilerine ise %10 iskonto ile verildiği ve hâkim durumdaki bir firmanın alıcıları arasında ayrımcılık yapması nedeniyle, RKHK m. 6/b'de sayılan kötüye kullanma hallerinden birini oluşturmaktadır olduğu iddia edildiği şikayet konusu olayda, TTAŞ bayileri ile sabit/seyyar bayilerin eşit durumdaki alıcı statüsünde olup olmadıklarının tespitini yapmıştır⁴²⁶:

Yapılan incelemelere göre,

-TTAŞ bayiliği almak için getirilen kapalı asgari iş alanı hacmine yönelik kriter, sabit ve seyyar bayiler için mevcut değildir.

-TTAŞ bayii olacak gerçek veya tüzel kişiden TTAŞ Bayiliği Yönetmeliği uyarınca mevcut veya kurulacak haberleşme araçlarının her biri için ayrı ayrı olmak üzere teminat alınmaktadır. Sabit/seyyar bayiler için getirilmiş böyle bir teminat yükümlülüğü bulunmamaktadır.

-TTAŞ bayileri ankesörlü telefon kart ve jetonu satışı dışında, internet, kontörlü telefon, telefon fatura tahsilatı ve TTAŞ müşterileri ile sözleşme düzenleme hizmetleri de sunabilmektedirler.

Bu bilgiler doğrultusunda, TTAŞ bayileri ile sabit/seyyar bayilerin eşit durumda alıcılar olmadıkları anlaşılmış, TTAŞ'ın bayilere farklı iskontolar uygulamasının, RKHK m. 6 kapsamında ihlal oluşturmadığı kanaatine varılmıştır.

Ayrıca RK'nın bir başka kararına baktığımızda, indirim sisteminin hacim yanında süreye de bağlanmasının açıklanmış herhangi bir ekonomik gerekçesi olmaması ve indirimin böyle bir sistemle bağlı bir şekilde uygulanmasının gelecekte telekomünikasyon

⁴²⁵ Yanık, s. 43.

⁴²⁶ RK Kararı, D. 2002-2-27, K. 02-15/164-68, T. 19.3.2002.

hizmetleri altyapı pazarında rekabetçi bir yapının oluşmasını engelleyici veya geciktirici etkiler yaratabileceği iddiaları dikkate alınmaksızın, RK durumu ticari bir tercih şeklinde değerlendirmiş ve herhangi bir ihlal olmadığını tespit etmiştir⁴²⁷.

Söz konusu kararda; TTAŞ'ın ISS'lere uygulayacağı indirim oranlarını hem miktara hem de süreye bağladığı, yüksek miktarda fakat 3 yıldan kısa süreli devre kiralayan veya uzun süreli, fakat az sayıda devre kiralayan ISS'lerin herhangi bir indirimden faydalanmalarını engellediği ifade edilmektedir. TTAŞ savunmasında, mevcut kiralık hat tarifelerindeki indirim oranlarından da görüleceği üzere, 01.07.2000 tarihi itibarıyla uygulamaya konulan tarifeye, sözleşme süresinin (diğer Avrupa ülkelerinde olduğu gibi) 3-7 yıl uzamasına ve kiralanan devre sayısının artmasına paralel olarak kiralık hatlara % 5 ile % 25 arasında tüm abonelere indirim uygulandığı, müşterilerin de gerek devre sayısı, gerek uzun vadeli kiralama yoluyla indirimlerden yararlanabildiği, devre sayısına ve kullanım süresine bağlı olarak yapılan indirimlerin toptan satış politikası olarak değerlendirilebileceği, piyasa şartları ve kapasite kullanım oranları dikkate alınarak diğer hizmetlerde de benzeri indirimlerin yapılmasının pazarlama politikaları çerçevesinde değerlendirilebileceği, ISS'lere bağlanan kiralık hat sayısının toplam ve kiralık hat sayısı içindeki payının yaklaşık %10 civarında olduğu dikkate alındığında kiralık hatlarla ilgili yapılan düzenlemelerde ISS'lerin hedef alınamayacağı aşikar olduğunu ifade edilmiştir. Uzun süreli ve yüksek kapasiteli hat kiralama sözleşmelerinin sağladığı avantajlar nedeniyle indirim yapılmasının ticari bir tercih olması karşısında, bu hususun 4054 sayılı Kanun kapsamında rekabet ihlali olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varılmıştır⁴²⁸.

aa) Hedef İndirimi

Belirli bir ürünün satışında genellikle yıllık olarak saptanan bir hedefe ulaşılması halinde yapılan indirimdir⁴²⁹. Ancak hedef indirimi, hedeflerin tüm müşteriler için eşit bir şekilde saptandığı, belirli bir miktara ulaşan her müşteri için ayrı ayrı olarak aynı oranda uygulandığı miktar indiriminden farklılık yaratır⁴³⁰. Hedef indirimi, aynı işlemler için satıcıları farklı koşullara tabi tutacağından kötüye kullanma teşkil eder⁴³¹.

⁴²⁷ RK Kararı, D. SR/02-2, K. 02-60/755-305, T. 2.10.2002.

⁴²⁸ RK Kararı, D. SR/02-2, K. 02-60/755-305, T. 2.10.2002.

⁴²⁹ Görgülü, s. 19.

⁴³⁰ Kısa, s. 54.

⁴³¹ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 489.

bb) Sadakat İndirimleri

Sadakat indirimi, hâkim durumda bulunan teşebbüs tarafından, müşteriye ihtiyacının tümü veya en azından önemli bir kısmını kendisinden karşılaması ve rakip teşebbüslerden mal almaması koşuluyla indirim yapması işlemidir. Sadakat indirimleri, müşterilerin başka teşebbüslerden mal alımlarını kısıtladığı ve rakiplerin rekabet edebilme imkânını azalttığı için, kötüye kullanma durumu olarak nitelendirilmektedir⁴³².

Sadakat indiriminin iki etkisi bulunmaktadır: Birincisi, pazara yeni girecek rakiplere yönelik olarak önemli bir giriş engeli oluşturması⁴³³, ikincisi ise pazarda varolan rakip teşebbüsleri piyasa dışına itecek etkiler doğurmasıdır⁴³⁴.

Bunun nedeni, fiyat ayrımcılığı yapan hâkim durumdaki teşebbüsün alıcılarını kendisine bağlaması ve böylelikle aynı malı satan daha küçük ölçekteki teşebbüslerin piyasada alıcı bulmalarını zorlaştırmasıdır. Özellikle alıcının, başka bir üreticiden alım yapmama karşılığında ödüllendirilmesi (sadakat indirimleri- loyalty rebates) anlamını da taşımaktadır⁴³⁵.

Piyasadaki ve rekabet üzerindeki etkilerini tespit etmeksizin indirim sistemlerinin per se hukuka aykırı olduğu söylenemez. Uygulanan her indirim sisteminin amacı, rekabet üzerindeki etkileri incelenmek suretiyle kötüye kullanma sayılıp sayılmayacağına karar verilmelidir⁴³⁶.

Haklı gerekçelere dayanan “farklı fiyatlandırma” ile “ayrımcı fiyatlandırma” kavramları birbirlerinden farklıdır⁴³⁷. Örneğin; mal kısa sürede bozulan bir mal ise ya da stok fazlası bulunuyorsa veya mevsimlere göre ürünün fiyatlarında fark oluşuyorsa, yeni geliştirilen teknolojik ürünün önceki ürün yerine piyasaya sürülmesi düşünülüyorsa farklı fiyat

⁴³² Aslan, Rekabet Hukuku, s. 490.

⁴³³ Alıcılar hâkim işletmeye bağlı olduklarından ondan ayrılmaları halinde indirimden yoksun kalacaklarından, yeni satıcıya dönmek istemeyeceklerdir. Yeni giren satıcı bu pazara girmek için normal maliyetlerin yanında, bir de bu indirimin maliyetlerine katlanmak zorunda kalacaktır; Lang, J. Temple: The Common Market and Common Law Legal Aspects of Foreign Investment and Economic Integration In The European Community With Ireland As a Prototype, Chicago and London 1966, s. 358 (Aslan, s. Rekabet Hukuku, 490’ dan naklen).

⁴³⁴ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 490.

⁴³⁵ Ülgen, s. 58.

⁴³⁶ Öz, s.175.

⁴³⁷ Kısa, s. 58.

uygulaması haklı görülebilir. Önemli olan aynı mal ya da hizmeti, aynı miktarlarda, aynı ödeme ve teslim şartlarıyla satın almak isteyen alıcılar arasında ayrımcılık yapılmamasıdır⁴³⁸.

Hiçbir haklı gerekçeye dayanmayan ayrımcı fiyatlandırmaya örnek olarak, British Telecommunications kararı gösterilebilir⁴³⁹:

Bu kararında Komisyon, Birleşik Krallık'ta telekomünikasyon hizmetleri ile ilgili olarak faaliyet gösteren bir kamu kuruluşu niteliğindeki British Telecommunications'ın, başka bir AT üyesi devlet orijinli mesaj ileten acentelere daha yüksek fiyat uygulamasını, kötüye kullanma kabul etmiştir. Esasen 82. maddede yer alan ilgili düzenleme, Topluluk içindeki piyasaların tek piyasa (tek pazar) olarak ele alınabilmesi, bir başka deyişle, Topluluk'un milli piyasalara bölünmesi politikasının bir parçası olarak getirilmiş bir düzenlemedir⁴⁴⁰.

B. Fiyatlandırmayla İlgili Olmayan Kötüye Kullanım Halleri

1. Mal Tedarikinin Reddi

Serbest piyasa ekonomisinin gereği olarak, her teşebbüs istediği firmaya mal satabilir. Diğer bir ifadeyle piyasada faaliyet gösteren hiçbir teşebbüsün bir başka teşebbüse mal veya hizmet verme zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak piyasaların etkin bir rekabet ortamına kavuşturulabilmesi ve kötüye kullanmaların engellenmesi için bu kurala rekabet hukukunda istisnalar getirilmiştir. Buna göre bir teşebbüsü başka bir teşebbüse mal veya hizmet satma yükümlülüğü altına sokabilmek için, zorlanan teşebbüsün hâkim durumda olması, mal/hizmet sağlanması talebi reddedilen teşebbüsün ise, ya reddedenin sürekli müşterisi olması ya da talep edilen mal/hizmetin söz konusu piyasada faaliyet gösterebilmek için zorunlu bir unsur olması gerekmektedir⁴⁴¹.

Pazarda faaliyet gösteren ve hâkim durumda olmayan bir teşebbüs, malını istediği kişiye satmak ya da satmamak özgürlüğüne sahiptir. Ancak hâkim durumda olan bir teşebbüs bu özgürlükten mahrum bırakılmaktadır. Çünkü hâkim durumda olan teşebbüs, ürettiği malla

⁴³⁸ RK Kararı, K. 99-46/500-316, T. 11.10.1999; Güven, s. 276.

⁴³⁹ OJ 1982, L. 360/36; Kısa, s. 58.

⁴⁴⁰ Weatherill, S./ Beaumont, P.: EC Law, London 1993, s. 665 (Kısa, s. 58'den naklen).

⁴⁴¹ Güçer, s.106 vd.

ilgili pazarda büyük bir güce sahiptir. Bu gücünü, malını satmayı keyfi olarak reddederek müşterilerini piyasa dışına itmek amacıyla kullanabilmektedir⁴⁴².

Aksine bir kanaatin kabulünü gerektirmediği takdirde, piyasada hâkim durumda bulunan bir üreticinin müşterisine mal vermeyi reddetmesi, bu hâkim durumun kötüye kullanılması anlamına gelmektedir⁴⁴³. Burada her mal isteyenle sözleşme yapılması kastedilmemektedir. Burada kastedilen, eskiden beri mal veya hizmet sağlanan müşteriye, ortada haklı bir sebep yokken mal veya hizmet teminini kesmektir. Eğer hâkim işletmenin reddetmek için haklı sebepleri yoksa, müşterisini iş dışına atmak amacıyla mal veya hizmet sağlamayı kesip kesmediğinin araştırılması gerekmektedir. Eğer bu uygulamanın amacı müşteriyi zor duruma sokup onu iş dışına atmak ise, bu uygulama kötüye kullanma sayılacaktır⁴⁴⁴.

Telekomünikasyon sektör yapısı ve özellikleri nedeniyle, bu piyasada mal vermeyi reddetme veya kesme distribütör satış destek primini kaldırma şeklinde olmaktadır. Bu duruma örnek olarak, Turkcell'in uzun yıllardan beri birlikte promosyon yaptığı Başarı Elektronik ile promosyon kampanyası yapmayı kesmesi eylemi verilebilir.

Bu olayın konu olduğu kararda, 1994 yılından itibaren Başarı Elektronik'in Turkcell'den kampanyalar çerçevesinde düzenli olarak hat sağladığı, talepte herhangi bir azalma olmadığı, aksine Başarı'nın Turkcell hatlı aktivasyonlarının, desteğinin kesildiği dönemde oldukça yüksek olduğu, dolayısıyla mal vermeyi kesmek için haklı bir sebebin olmadığı RK tarafından tespit edilmiştir. Turkcell yetkilileri ile yapılan görüşmede "Başarı Elektronik ile dönem dönem birlikte çalışıldığı, ancak Başarı'nın Telsim ile çeşitli kampanyalar yürüttüğü, içinde bulunulan dönemde Başarı ile çalışılmamasının tamamen ticari bir tercih olduğu" ifade edilmiştir. Bunun sonucunda Başarı'nın %11 olan payı %1'e, Turkcell içindeki Nokia payı %25'ten %4'e düşmüştür. Başarı Elektronik'in şikayeti ve delil ve analizler sonucu, RK promosyon desteğinin kesilmesinin de mal vermeyi kesme sayılacağı ve kötüye kullanma teşkil edeceğine karar vermiş, Turkcell'in bu suretle RKHK m. 6/b'de düzenlenen yasak eylemlerde bulunduğu sonucuna ulaşmıştır⁴⁴⁵.

⁴⁴² Güçer, s. 42.

⁴⁴³ Ülgen, s. 60.

⁴⁴⁴ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 476.

⁴⁴⁵ RK Kararı, D. S.R. -01/1, K. 01-35/347-95, T. 20.7.2001.

Yukarıda da belirtildiği gibi, Turkcell'in mal vermeyi kesmek için haklı bir sebebinin olmadığı RK'ca isabetli bir şekilde belirtilmiştir. Çünkü, satışı reddetme objektif olarak haklı ve makul gerekçelere dayanmıyorsa, kötüye kullanmadan söz etmek mümkün olacaktır. Rekabet hukuku bakımından satış yapmanın reddedilmesine ilişkin olaylarda, "objektif gerekçeler" kavramı önem taşımaktadır. Buna göre, satış yapmayı reddeden bir işletme, olayın şartları çerçevesinde, objektif nedenlerle bu şekilde davranmış olduğunu kanıtlayabildiği takdirde, bu davranış kötüye kullanma sayılmayabilecektir⁴⁴⁶.

Dikkat edilmesi gerekli olan bir diğer nokta, mal satılması reddedilen işletmenin, mal satılan işletmelerle aynı durumda olup olmadığıdır. Diğer bir ifadeyle, mal satmanın ayrımcılık oluşturup oluşturmayacağıdır⁴⁴⁷. Teşebbüsün bütün alıcılara ürün satmayı reddetmesi ayrımcılık teşkil etmemektedir. Ayrıca aynı pazar aşamasında yatay olarak rakip olan iki teşebbüsün faaliyetlerini birbirine yararlandırmayı reddetmesi de ayrımcılık değildir⁴⁴⁸.

Hâkim durumda bulunan teşebbüs, ilişkinin sürekliliği ve yapılan yatırımlar nedeniyle sürekli alıcı için tek alternatif olabilmektedir. Buna karşılık tesadüfi alıcı için pazarda rakip teşebbüsler bulunması sebebiyle tek alternatif değildir. Sürekli alıcı ile tesadüfi alıcı birbirini ikame edemez. Dolayısıyla hâkim durumda bulunan teşebbüsün sürekli alıcısına ürün satmaya devam etmesine karşılık, tesadüfi alıcısına ürün satmayı reddetmesi ayrımcılık değildir⁴⁴⁹.

Diğer taraftan hâkim durumda olan bir teşebbüsün sürekli olmayan bir müşterisine de mal sağlamayı reddetmesi, bazı durumlarda kötüye kullanma kavramı içine girebilmektedir. Şayet hâkim durumda olan bir teşebbüs, reddedilen teşebbüs açısından, reddedilen teşebbüsün pazarda faaliyet gösterebilmesi için zorunlu bir madde üretmekte ise, satışın reddedilmesi, sürekli bir müşteriye karşı yapılmamış olsa dahi, kötüye kullanma teşkil edebilecektir. Bu doktrine daha da önce değinildiği gibi zorunlu unsur doktrini denilmektedir⁴⁵⁰.

RK genellikle sağlayıcının alıcıdan alacağı olmasını mal vermeyi kesme için haklı sebep olarak görmektedir. Ancak bu alacağın, gerçekten var olup olmadığı, sırf haklı sebep yaratmak amacıyla ortaya atılmış bir iddia olup olmadığını incelemelidir.

⁴⁴⁶ RK Kararı, D. S.R. -01/1, K. 01-35/347-95, T. 20.7.2001.

⁴⁴⁷ Efem/Badur, s.146.

⁴⁴⁸ Gül, Ayrımcılık Yapmak, s. 102.

⁴⁴⁹ Gül, Ayrımcılık Yapmak, s. 123.

⁴⁵⁰ Güçer, s. 42.

Bu konuya ilişkin olarak RK kararına konu olan olayda, TTAŞ'ın 23.07.2004 tarihli yazısı ile, yeni devre talebinin İstanbul 10. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde süren davaya konu tazminat tutarı olan 15.113.550.379.960 TL ödendiği takdirde Medyanet'in taleplerinin karşılanacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla, tazminat davasına konu tutarın mahkemenin kararı öncesi davalı tarafından ödenmediği gerekçesiyle, hat talebinin karşılanmamasının kabul edilmesi mümkün görünmemiştir. Ancak, TTAŞ yetkilileri ile yapılan toplantıda elde edilen bilgiler neticesinde, Medyanet'in ticari faaliyetlerinde kullanmak üzere başvurusunun sadece bu sebeple değil; Medyanet hakkında Eyüp 2. İcra Müdürlüğüne 2003/662 sayılı dosya kapsamında alacak takibinin devam ediyor olması nedeniyle de reddedildiği anlaşılmıştır. İcra takibine konu borcun ödenmesi ve aboneliğe ilişkin 3. taraf trafiği geçirmeyeceği, geçirdiği takdirde tespit edilecek zararın ödeneceğine ilişkin taahhütname imzalanması durumunda, aksini gerektiren herhangi bir objektif neden bulunmadığı müddetçe, taleplerin kabul edileceği ifade edilmiştir. Bu değerlendirmeler ışığında, Medyanet'in, TTAŞ'dan alınan hizmet karşılığında ödenmemiş borcunun bulunduğu, bu şartlar altında TTAŞ'ın, Medyanet'in hat taleplerini objektif bir gerekçeyle reddettiğinin anlaşıldığı, TTAŞ'ın icra takibi yürüttüğü alacağını tahsil etmesi durumunda Medyanet'in hat taleplerinin karşılanacağı tespitleri dolayısıyla RKHK kapsamında bir ihlal olmadığı kanaatine varılmıştır⁴⁵¹.

Olayda, mahkeme nezdinde bir davanın varlığının mal vermeyi kesme veya reddetme için haklı sebep olmayacağını belirtirken, halen devam etmekte olan bir icra takibinin varlığını yeterli olarak görülmüştür. Ancak mahkemede dava açmak veya icrada takibi yapmak için gerçekten haklı olmak gerekmemektedir. Dolayısıyla, RK'nın sırf dava veya takip olduğu gerekçesi ile haklı sebeplerin varlığı sonucuna ulaşarak soruşturma açmaması ya da rekabet ihlali olmadığına karar vermesi yerinde değildir. Bu gibi durumlarda, dava veya takiplerin haklı olduğunun da ortaya çıkmasının beklenmesi daha doğru olacaktır⁴⁵².

2. Bir Ürünün Tedarikinin Diğeri İle İrtibatlandırılması (Kelepçeleme)

Bir üreticinin belirli bir malın alıcıya satışını, alıcı tarafından başka malların alınması şartına bağlaması (tying) veya bir malın satışını bütün mal çeşidinin alımı şartına bağlaması (full line forcing) ihlal olarak nitelendirilmektedir. Bu gibi durumlarda genellikle, hâkim

⁴⁵¹ RK Kararı, D. 2004-2-74, K.: 04-63/911-220, T. 30.09.2004.

⁴⁵² RK Kararı, D. 2004-2-74, K.: 04-63/911-220, T. 30.09.2004.

durumda olunan bir ürünün satışı hâkim durumda bulunmayan bir ürünün satışıyla irtibatlandırılmasında rastlanılmaktadır. Böylelikle belirli bir ürün piyasasında hâkim durumda olan teşebbüs, bu piyasadaki gücünü kullanarak başka ürün piyasalarındaki konumunu güçlendirmek istemektedir. Ancak bunu yaptığı takdirde hem hâkim durumda olmadığı ürün piyasasında faaliyet gösteren diğer işletmelerin rekabet gücünü azaltmakta hem de hâkim durumda olduğu ürün piyasasındaki müşterilerine ilave bir yükümlülük getirmektedir. Bu nedenle, bu tür uygulamalar ciddi rekabet ihlali endişeleri doğurabilmektedir⁴⁵³.

RKHK 6/c maddesinde üç örnek verilmiş olması, bunlar dışındaki ek yükümlülük uygulamalarının kanun kapsamı dışında bırakıldığı anlamına gelmemektedir. Çünkü bu örnekler RKHK m. 6'da açıkça belirtildiği gibi tahdidi değildir⁴⁵⁴.

RKHK m. 4/II-f tekrar satışa veya alışı yönelik anlaşma, uyumlu eylem veya kararlarla öngörülen yükümlülüğün, “anlaşmanın niteliği veya ticari teamül gereği” olduğu tespit edilebildiği takdirde, bu davranış m. 4 uygulamasından muaf tutulacağını öngörmektedir. Ayrıca ATA m. 82/d'de hâkim durumdaki teşebbüs tarafından ticari teamül ya da işin niteliği gereği sözleşme konusu ile ilgisi olmayan ek birtakım yükümlülüklerin dayatılabilmesi kötüye kullanım olarak kabul edilmiştir. Ancak RKHK m. 6 bu doğrultuda bir hüküm içermemektedir. Dolayısıyla yeniden satışa veya alışı ilişkin hâkim teşebbüs tarafından getirilen yükümlülüklerin ticari teamül veya işin niteliği gereği olduğu hallerde bile, söz konusu davranışın rekabette aykırı bulunması mümkün olabilecektir. Hâkim durumdaki teşebbüs tarafından getirilen söz konusu yükümlülüklerin objektif gerekçelerle açıklanabilmesi halinde, kanun lafzına bu derece bağlı kalınmadan, bu eylemin kötüye kullanma sayılmayabileceği düşünülmektedir⁴⁵⁵.

RK bir kararında, ek yükümlülük olup olmadığını anlayabilmek için yaptığı değerlendirmede; iki ayrı ürünün varlığı, alıcının istenmeyen bir ürünü almaya zorlanıp zorlanmaması (ürünlerin bağlanması), satıcının bağlayıcı ürüne ilişkin gücünün, alıcıyı istenmeyen bir alımda bulunmaya zorlayarak bağlanan ürün pazarında bir sınırlama yaratabilmesine yetecek bir güç olması (yeterli ekonomik güç), anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı etki doğurması ölçütlerini dikkate almıştır⁴⁵⁶.

⁴⁵³ Ülgen, s. 67.

⁴⁵⁴ Güngör, s. 140.

⁴⁵⁵ Güçer, s. 110.

⁴⁵⁶ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 496.

Yukarıda anılan karara konu olayda, Turkcell'in kontrollü telefon hizmetleri distribütörlerinin, perakende düzeyinde faaliyette bulunan teşebbüslere tek başına 100'lük kontör paketi vermediklerine, teşebbüslerin distribütörler tarafından 1 paket 100'lük kontör alabilmek için 1,5 paket 250'lik kontör almak zorunda bırakıldıklarına; hatta gelecek dönemde bu oranın 1 paket 100'lük kontör alabilmek için 3 paket 250'lik kontör alınması gerekeceği yönünde daha da artacağına belirtildiğine, bu durum karşısında teşebbüslerin 100'lük kontör talebini karşılayamadıkları ve bu konudaki sıkıntının üst düzeye ulaştığına yönelik iddialar değerlendirilmiştir.

RK, şikayete konu eylemlerin Kanun'a aykırılık taşımaları için iki unsurun birlikte varlığını aramaktadır. İlk olarak anılan eylemlerin hâkim durumdaki bir firma/firmalar tarafından gerçekleştiriliyor olması şarttır. İkinci olarak ise belirtilen eylemlerin RKHK m. 6 kapsamında yer alan bir kötüye kullanma, bahis konusu olayda "bağlama" niteliğinde bir uygulama olması gerekmektedir. Karara konu davranışların ilgili coğrafi pazarın yalnızca belli bir bölgesindeki belli sayıdaki teşebbüsler tarafından gerçekleştirildiği RK tarafından tespit edilmiştir. Bu teşebbüslerin, belirtilen bölge açısından dikey ilişkilerinde ne tür bir imtiyaza sahip oldukları her ne kadar bilinmese de tedarik zinciri üzerindeki konumları, söz konusu eylemlerin hâkim durumdaki bir teşebbüs tarafından gerçekleştirilmediği kanısını oluşturmuştur. Hâkim durumda olmayan teşebbüsün yaptığı şikayete konu olan eylemler, RKHK m. 6 kapsamında "bağlama" niteliğinde bir kötüye kullanma olarak değerlendirilmemiştir⁴⁵⁷.

Çünkü RK tarafından yapılan ve bizim de katıldığımız görüşe göre, kötüye kullanma şeklinde bir "bağlama" uygulamasının varlığından söz edilebilmesi için satıcı tarafından alıcıya, ilgili ürünü söz konusu üründen farklı bir ürünle birlikte satın alması koşulunun getirilmesi gerekmektedir. Söz konusu olayda ise, hemen hemen her bakımdan homojen nitelikteki 250'lik ve 100'lük kontör paketlerinin, iki ayrı ürün olarak tanımlanamayacağı ortadadır. Şikayet konusu eylemler ancak, geçici bir arz sıkıntısının neden olduğu durum karşısında, ellerinde 100'lük kontör paketleri bulunmamasının kendilerine sağladığı avantajları ticari bir getiriye dönüştürme amacındaki bazı teşebbüsler tarafından uygulanan ve arz sıkıntısının çözülmesiyle birlikte sona ermesi kaçınılmaz olan, Kanun'a aykırı olarak değerlendirilemeyecek nitelikte bir miktar zorlaması

⁴⁵⁷ RK Kararı, D. 2005-2-102, K. 05-70/973-269, T. 20.10.2005.

niteliğindedir. Dolayısıyla şikayet konusunda bu inceleme kapsamında herhangi bir işlem tesis edilmesine gerek görülmemiştir⁴⁵⁸.

Sonuçta, altyapı üzerinden farklı hizmetler sunulmasına olanak sağlayan bir şebeke olması nedeniyle telekomünikasyon altyapısı, bu tip rekabet ihlallerine açık bir pazardır⁴⁵⁹. Bu sebeple, birlikte satımın teknik veya hukuki bir zorunluluk olup olmadığı durumlar dikkatle değerlendirilerek her somut olayın özelliği dikkate alınarak karar verilmesinin gerektiği düşüncesinin haklı olduğu kanaatindeyiz.

⁴⁵⁸ RK Kararı, D. 2005-2-102, K. 05-70/973-269, T. 20.10.2005.

⁴⁵⁹ Garzaniti, L.: Telecommunications Broadcasting And The Internet E.U. Competition Law And Regulation, Sweet&Maxwell, London 2000, s. 180 (Sarı, s. 14'den naklen).

SONUÇ

İçinde bulunduğumuz teknoloji çağında, telekomünikasyon sektörünün ekonomik gelişmeye katkıları inkâr edilemez. Sahip olduğu doğal tekel özelliğinin sektörün tamamında geçerli olmadığı görüşünün egemen olmasıyla birlikte, sektörün rekabete açılmasına yönelik gelişmeler de hızlanmıştır.

Telekomünikasyon sektörünün doğal tekel olma özelliği dışında, bir abonenin telekom hizmetlerinden elde ettiği fayda ile, diğer abonelerin sisteme katılmasıyla birlikte artış göstermesi sonucu oluşan pozitif dışsallığa sahip olma özelliği de bulunmaktadır. Bu nedenle telekomünikasyon alt yapısı üzerinden verilen hizmet değerinin, o hizmeti alan, birbirine bağlı abone sayısı ile doğru orantısı vardır.

Küçük şebeke operatörlerinin piyasada faaliyet gösterebilmeleri için, büyük şebekelerle bağlantısının oluşması ve bu sayede küçük operatörlerin abone kazanması gerekmektedir. Bu bağlantının olmaması durumunda, piyasada ilk olma avantajını yakalamış olan firmanın bazı mal ve hizmetlerde tek sağlayıcı olma tehlikesi söz konusu olacaktır. Özellikle piyasaya yeni girecek olan yeni operatörlerin önüne bazı teknik ve finansal engeller çıkararak, yeni operatörlerin yeteri kadar müşteri kazanamamalarına yol açılması, kendileriyle rekabet etmelerini engelleyebilmektedir.

Türkiye’de GSM alanında Turkcell ilk olmanın avantajını yaşamıştır. Tüketicilerin bu şebekeyi tercih etmesinin nedeni aynı şebeke içinde iletişimin teknik olarak daha sorunsuz olacağına dair kanırlardır. Ayrıca diğer bir etken, tüketicilerin bu şebekenin gelecekteki büyüklüğü hakkında olumlu beklenti içinde olmalarıdır. Nitekim RK’nın da 2001 yılında verdiği bir kararında belirttiği üzere, Turkcell, geniş bir abone kitlesince kullanılmış olmasından dolayı yarattığı dışsallıklar nedeniyle, abone sayısını korumuştur. Turkcell abonelerinin ürün bağımlılığı, bağlayıcı etkiler doğurmuş ve Turkcell’i seçen bir tüketici, iletişim halinde olduğu başka tüketicilerin de aynı tercihi yapmalarına neden olmuştur.

Doğal tekellerin yarattığı etkinsizliklerin giderilmesi, şebeke dışsallıklarının ortadan kaldırılması ve ekonomik etkinliğin yeniden sağlanabilmesi gibi amaçlar, devletin sektörlere müdahalesi için gerekçe oluşturmakta, piyasa aksaklıklarının devletin çeşitli

kurumları aracılığıyla giderilmesi amaçlanmaktadır. Bu kurumlara çok önemli görevler düşmektedir.

Bu kurumlardan birisi, sektörde düzenleme görevini yerine getirmesi ve sağlıklı bir sektör olarak işlemlerini amaç edinen TK ve ekonominin genelinde rekabetin tesis edilmesi için faaliyet gösteren RK'dır. Bu iki kurumun ortak noktası, her iki kurumun da telekomünikasyon sektöründe rekabet koşullarının yaratılması ve sürdürülmesi konusunda yetki ve sorumluluklara sahip olmasıdır. Ancak iki kurumun görev alanlarının çatıştığı sonucuna varmak yanlıştır. Yetki ve görev probleminin kaynağı, RKHK ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nda yer alan düzenlemelerdeki çakışma ve bu iki yasanın işaret ettiği kurumların farklı olmasından kaynaklanmaktadır.

TK'nın teknik ve ekonomik olarak düzenleme ve denetim görevleri ile RK'nın rekabeti kısıtlayan anlaşmaların ve birleşme ve devralmaların kontrolü, hâkim durumun kötüye kullanılmasının yasaklanması görevi birbirine karıştırılmamalıdır. Söz konusu görevler birbirinin yerine geçebilecek görevler olmayıp, birbirini tamamlayıcı niteliktedir.

Gerektiği hallerde konuların koordinasyon içinde beraberce çözülmesi için, 16.09.2002 tarihinde imzalanan "Rekabet Kurumu ile Telekomünikasyon Kurumu Arasındaki İşbirliği Hakkında Protokol" özveri ile işletilmelidir.

Hâkim durumda bulunmak hukuka aykırı olmamakla birlikte, kanun koyucu birleşme ve devralma yoluyla teşebbüsün bu aşamaya gelip, hâkim durumun kötüye kullanma halinin gerçekleşmesini önlemeyi amaçlamaktadır.

Türk telekomünikasyon sektöründe birleşme ve devralmalar konusunda şu an için verilebilecek en iyi örnek, TTAŞ'ın %55 oranındaki hisselerinin, 14.11.2005 tarihi itibarıyla, Oger Telecom Ortak Girişim Grubu'na devredilmesidir.

Söz konusu özelleştirmeye ilgili olarak, RK tarafından Özelleştirme İdaresi'ne bildirilen görüş, OECD Rekabet Hukuku ve Politikası departmanı tarafından, özelleştirmelerde rekabetçi yaklaşımların sergilenmesi bakımından en iyi örneklerden birisi olarak ele alınmıştır.

Ancak kanaatimize göre, TTAŞ'ın blok satış yöntemiyle yabancı bir özel şirkete satılması, ülkemiz açısından pek de olumlu karşılanması gereken bir gelişme değildir.

İleriki yıllarda bu devralmanın beklenen fayda yerine, rekabetin gelişimi ve tüketiciler için olumsuz sonuçlar doğurabileceği ihtimalini göz ardı etmemek gerekmektedir.

Hâkim durum tespit edilirken doğru bir piyasa tanımlamasının yapılması önem arz etmektedir. Davalarda kullanılan piyasa tanımlaması, davanın ne şekilde sonuçlanacağına belirleyici olmaktadır. İlgili piyasa tanımlandıktan sonra, hâkim durumun belirlenmesinde göz önüne alınan diğer ölçütlere bakılmaktadır. Bunlar; pazar payı, giriş engelleri, dikey bütünlük, teknolojik üstünlük, kullanılmayan kapasite, üründe çeşitlilik, fikri ve sınai mülkiyet haklarının varlığıdır.

Pazar payı hâkim durumun belirlenmesinde önem taşımaktadır. Pazar payının çok yüksek olması halinde başka etkenlere bakılmadan hâkim durumun belirlenebilmesi mümkün iken, pazar payının düşük olması halinde diğer unsurlar da dikkate alınır. Telekomünikasyon sektöründe pazar gücünün hesaplanmasında dikkate alınacak temel faktörler gelir, taşınan trafik miktarı ve ilgilenilen pazardaki abone sayısıdır.

2006 yıl sonu itibariyle pazar payı bilgileri, şirket basın bültenleri, TK ve GSM operatörlerinin açıklamaları sonucu, Avea'nın % 16, Telsim'in (Vodafone) % 24, Turkcell'in %60 pazar payına sahip olduğu belirlenmiştir. Bu durum, yeni abonelerin kazanımında Vodafone ve Avea'nın yarıştığını ve Turkcell'in 2006 yılı içerisinde hız kaybederek, %7-8 oranında pazar payının gerilediğine işaret etmektedir.

Teşebbüsler ilgili piyasaya girerken bazı zorluklarla karşılaşabilmektedirler. Diğer bir ifadeyle, karşılaştıkları bu giriş engellerinden bir kısmı, teşebbüsler tarafından meydana getirilirken; bir kısmı da ya piyasanın özelliklerinden ya da teşebbüsün kendi dürüst çabasının bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.

Telekomünikasyon alanında mevcut olan önemli bir giriş engeli müşteri eylemsizliğinden kaynaklanmaktadır. Müşteri eylemsizliğini sorununu "numara taşınabilirliği" yöntemi ile çözmek mümkündür. Kullanıcıların sahip olduğu numarayı operatörlerini değiştirdikleri durumlarda da koruyabilmeleri mümkün oluyorsa, numara taşınabilirliği uygulaması söz konusu demektir. Numara taşınabilirliğinin olmaması piyasaya giriş engeli yaratan hususlardan biridir. Bu nedenle, 01.02.2007 tarihi itibariyle Numara Taşıma Yönetmeliği ile birlikte bu sorun çözülmüştür. Bu yönetmelikle, bir GSM işletmecisinden

hizmet alan abonenin, numarasını değiştirmeden başka bir GSM hattına geçmesine imkân tanınmaktadır.

Bir teşebbüsün pazarda tek başına hâkim durumda bulunabilmesi gibi, birden fazla teşebbüsün de birlikte hâkim durumda olabilmesi mümkündür. Birlikte hâkimiyet, ekonomik birlik halinde bulunan bir grup teşebbüsün hâkim durumda olması şeklinde ya da teşebbüslerin aralarındaki anlaşmalarla birlikte hâkim duruma gelmeleri şeklinde ortaya çıkabilir.

RK'nın birlikte hâkimlikle ilgili belki de en ilginç kararı Turkcell/ Telsim ulusal dolaşım (roaming) kararıdır. Söz konusu karara göre, bu iki teşebbüs ayrı ayrı %100 kapsama alanı sağlamış olmaları ve böylece alt yapılarını tamamlamış olmaları nedeniyle, roaming pazarı bakımından 2003 yılı itibariyle, hâkim durumdadır. Çünkü yeni giriş yapan ve roaming yapmak isteyen şirketler bakımından herhangi biri ile sözleşme yapılması roaming sağlanması bakımından yeterli olmaktadır.

Kanaatimize göre, birlikte hâkim durumdan söz edebilmek için teşebbüslerin ortak hareket etmesi, teşebbüslerin aralarında izlenecek ortak bir politikanın belirlenmiş olması gerekmektedir. Yukarıda yer alan roaming kararında, teşebbüslerin ayrı ayrı %100 kapsama alanına sahip olmaları ile birlikte hareket ettikleri yönündeki sonuç arasında herhangi bir ilişki görülmemektedir.

RK'nın yine aynı ulusal dolaşımla ilgili kararında, zorunlu unsur doktrininin hâkim durumda bulunan teşebbüslere anlaşma yapma zorunluluğu getirilmesi kapsamında ortaya çıkan özel bir uygulama alanı olduğu belirtilmiş ve rekabet kurallarının koruduğu kamu menfaatine dayanarak sözleşme yapma serbestisine getirilen bir istisna olduğu görüşü yer almıştır.

RK, zorunlu unsur kavramını yine tartışılan roaming kararında oldukça esnetmiş bulunmaktadır. RK bu kararında zorunlu unsur kavramına çok geniş bir açıdan bakarak, istisnai kavramları bir araya getirerek zorunlu unsur doktrinine farklı bir bakış açısı getirmiştir.

RK'nın bu konudaki değerlendirmelerini ve kararını dikkate aldığımızda, zorunlu unsurun belirlenmesi için gerekli şartlardan olan; zorunluluğun herkes için aynı derecede olması, işin alternatifinin olmaması, işin yapılabilmesi için her zaman bu unsura ihtiyaç olması kavramlarının göz ardı edildiği açıktır. Bu karar ile, birden çok alternatifi olan bir unsur,

zorunlu unsur olarak kabul edilmiştir. Böylece rakiplerinden biri için zorunlu olmayan bir unsur diğeri için zorunlu olmuştur. Ayrıca, söz konusu unsurun işin yapılabilmesi için “her zaman” zorunlu olması gerekliliği aranmamış, “derhal” pazara girebilmek için zorunlu olması yeterli görülmüştür. RK şimdiye kadar teşebbüslere uygulanan cezaların çok üstünde para cezaları uygulamıştır.

En doğru çözüme ulaşabilmek için RK'nın, somut olaya göre istisnaların dar yorumlanması gerektiği şeklindeki kuralı dikkate alarak, zorunlu unsurun bulunup bulunmadığını değerlendirmesi gerekmektedir.

Hâkim durumun kötüye kullanılması halleri, fiyat politikalarıyla olabileceği gibi, fiyatlandırmayla ilgili olmadan da gerçekleştirilebilir. Aşırı ve yıkıcı fiyatlandırma, çapraz sübvansiyon, fiyat sıkıştırması, fiyat ayrımcılığı yaratılması ve dolaylı olarak indirim sistemleriyle fiyat ayrımcılığına neden olunması, fiyat politikalarıyla kötüye kullanma hallerine örnek olurken; mal vermenin reddi ve kelepçeleme yöntemi ise fiyatlandırmayla ilgili olmayan kötüye kullanma halleri olarak sayılabilmektedir.

Hâkim durumun kötüye kullanılma hallerinden biri olan ayrımcılık, telekomünikasyon endüstrisinde; sinyalleşme protokolleri, tarifeler, şebekeler arası irtibat gibi konularda meydana gelebilir. Hangi ayrımcı uygulamaların rekabeti kısıtlayıcı nitelikte olduklarını gösteren bir liste ya da formül yoktur. Ayrımcı uygulamaların, olay bazında değerlendirilmeleri gerekmektedir.

Telekomünikasyon sektöründe sorun genellikle, zorunlu unsura alternatif kaynakların yokluğu nedeniyle hâkim ya da tekel konumundaki operatörün aşırı fiyat uygulaması konusunda ortaya çıkmaktadır. Ayrıca, alt pazarlarda faaliyet gösteren operatörlerin, ana operatör tarafından uygulanan aşırı fiyata maruz kalmaları, bu sektörler için önemli bir giriş engeli oluşturmaktadır.

Yıkıcı fiyat uygulamalarında ise genellikle, teşebbüsün daha kârlı alanlarda gösterdiği faaliyetlerden elde ettiği getiriyi, yıkıcı fiyat uyguladığı pazardaki faaliyetlerini sübvansiyon etmek amacıyla kullanması söz konusu olmaktadır.

Şu an telekomünikasyon sektörü için gündemde olan çapraz sübvansiyona en iyi örnek, son dönemde TTAŞ'ın tarifelerine yaptığı zama ilişkindir. TTAŞ, şehirlerarası

konuşma ücretlerine % 80 oranında "indirim" yaparken, toplam telefon trafiğinin % 85'ini oluşturan şehirçi konuşma ücretlerine % 27 oranında "zam" yapmıştır. TELKODER, TTAŞ'ın yeni tarifesine karşı 29.01.2007 tarihinde Danıştay 13. Dairesi'ne dava açmıştır ve yeni tarife onay veren TK kararının, Tarife Yönetmeliği'nde tavan fiyat uygulamasına yönelik hükümlerin iptali ve yürütmenin durdurulması talep edilmiştir. TELKODER, TTAŞ'ı, "hâkim durumunu kötüye kullanmak, aşırı fiyatlandırma yapmak, çapraz sübvansiyon ve yıkıcı fiyat uygulamasında bulunmakla" suçlarken, maliyet esaslı tarife belirlenmesini istemiştir.

Şehirlerarası ve uluslararası görüşmelerde % 80 oranında aşırı indirim yapılıyor gibi görünse de, uzak mesafe görüşmeleri toplam görüşmelerin çok küçük bir bölümünü oluşturmaktadır. Burada asıl niyet, kullanımın büyük bölümünü oluşturan şehirçi görüşmelerde zam yapmak, buna karşılık yapılan yıkıcı indirimle az da olsa rekabet ortamının sağlandığı şehirlerarası ve uluslararası görüşmelerde diğer şirketlerin önünü kesmektir.

TTAŞ'ın Oger Grubu'na devri 6,5 milyar ABD dolar karşılığı yapılmıştır. 2007 yılı taksit ödemesi ise 1 milyar ABD doları olmuştur. Yapılan bu zam, Oger Grubuna 800 milyon ABD doları civarında kazanç sağlamıştır. Bu nedenle, ilk taksitin bizzat tüketici tarafından ödendiği yönünde eleştiriler mevcuttur. Bu durum, TTAŞ'ın özelleştirilmesi konusunda bahsettiğimiz görüşü destekleyici nitelik arz etmektedir.

2004 yılından itibaren TTAŞ'ın tekel hakkı telekomünikasyon piyasasında sona ermiştir. Ancak tekel hakkının sona ermesiyle birlikte piyasanın serbest bir ekonomi pazarına dönüşmesi için zamana ihtiyacı vardır. TTAŞ, artık piyasada tek olmadığını, piyasanın rekabete açıldığını, ancak lider durumda bulunduğu için yaptığı her davranışta artıniyet aranmasının üzerinde bir baskı oluşturduğunu belirtse de, TTAŞ'ın tekel hakkının sağladığı avantajları halen pazarda sürdürdüğü gerçeğini değiştiremeyecektir.

Telekomünikasyon sektörünün tam bir rekabet pazarına dönüşebilmesi için elbetteki zamana ihtiyaç vardır. Ancak geçen zamanla birlikte, kağıt üstünde yer alan düzenlemelerin rastgele uygulanmasından ziyade, regülasyonun hakikaten gerçekleşmesi amacıyla hareket edilerek ilgili sorunların aşılması ve telekomünikasyon sektörünün etkin bir serbest piyasa ekonomisine dönüşmesi gerekmektedir. Bunun için öncelikle TK'nın, Türkiye'deki rekabet dünyasından kendisini ayrı tuttuğu ve tamamen kendisini yetkili ve

haklı gören düşünce biçiminden sıyrılması, RK ile karşılıklı uyum içinde çalışmaları ve aralarında imzaladıkları protokole uygun bir şekilde davranması gerekmektedir. Böylece hem telekomünikasyon sektörü, hem tüketiciler, hem de görev ve yetkilerinin sınırlarını bilerek hareket eden kurumlar bundan yarar sağlayacaktır.

KAYNAKÇA*:

- Akıncı, Ateş : Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Ankara 2001, (Kısaca: Yatay Kısıtlanma).
- Akıncı, Ateş : Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Üzerine Eleştirel Bir Bakış, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi, TES-AR Yayınları No: 20, Ankara 1996, s. 51-68, (Kısaca: Eleştirel Bir Bakış).
- Alkin, Erdoğan : İktisat, İstanbul 1992.
- Anık, Gülgün : AT Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, TBBD, S. 65, 2006, s 189-199.
- Ardıyok, Şahin : Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli, Ankara 2000.
- Ardıyok, Şahin : Türk Telekomünikasyon A.Ş'nin Özelleştirilmesi: Sektörde Doğum Sancıları, Rekabet Dergisi, S. : 5, s. 17-59.
- Arıöz, Ali : Telekomünikasyon Sektöründe Serbestleşme Süreci, Ankara 2005.
- Aslan, İ. Yılmaz : Rekabet Kurumu'nun Telekomünikasyon Alanındaki Kararları ve Yetkisi, Rekabet Hukuku'nda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, Kayseri 2003, s. 25- 43, (Kısaca: Sempozyum).

* Kaynakçada birden fazla eseri kullanılan yazarlar için, kısaca belirtilen eser adları dipnotta kullanılmıştır.

- Aslan, İ. Yılmaz : Rekabet Hukuku, 4. Basım, Bursa 2007 (Kısaca: Rekabet Hukuku).
- Aslan, İ. Yılmaz : Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ankara,1992 (Kısaca: AT Rekabet Hukuku).
- Atiyas, İzak : Doğal Tekellerin Regülasyonu ve Rekabet, Perşembe Konferansları, Aralık 1999, s. 49-76, (Kısaca: Regülasyon ve Rekabet)
- Atiyas, İzak : Rekabet Politikasının İktisadi Temelleri Üzerine Düşünceler, Rekabet Dergisi, C.1, S.1, s. 25-47, (Kısaca: Rekabet Politikası).
- Badur, Emel : Türk Rekabet Hukuku'nda rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, Uyumlu Eylem ve Kararlar, Ankara 2001, (Kısaca: Sınırlayıcı Anlaşmalar).
- Badur, Emel : AT Rekabet Hukuku'nda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara 1999, (AT Rekabet Hukuku).
- Bakkalcı, Şebnem Meral : Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanuna Göre Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, İzmir 1996.
- Boylaud,O. / Nicoletti, G. : Regulation, Market Structure and Performance in Telecommunications, OECD Economics Department Working Papers, Paris 2000, (<http://www.oecd.org>).
- Cengiz, Süleyman : Alman Hukuku Işığında Pazarda Göreli Güçlü Teşebbüs Kavramı ve Teşebbüsler Arasında Bağımlılık İlişkisi, Ankara 2003.

- Commission of the European Communities : Guidelines On Market Analysis And The Assesment Of Significant Market Power Under The Community Regulatory Framework For Electronic Communications Networks And Services 2002, ([http://www.ivir.nl/legislation/telecom/eu/2002-C_165-03\(GuidelinesMarketAnalysis\).pdf](http://www.ivir.nl/legislation/telecom/eu/2002-C_165-03(GuidelinesMarketAnalysis).pdf))
- Commision Notice On The Definition of Relevant Market for Purposes of Comumunity Competition Law(97/ C 372/03) : European Commision, Brussels, Luxembourg 1998 (www.antimon.gov.sk)
- Confraria, J.; Noronha J. Vala, R. and Amente : On the Use of LRIC Models in Price Regulation, 2003, Instituto das Comunicações de Portugal.
- Çakal, Recep : Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülasyon, Devlet Planlama Teşkilatı, Ankara 1996.
- Çetinkaya, Murat : İlgili Pazar Kavramı ve İlgili Pazar Tanımında Kullanılan Nicel Teknikler, Ankara 2003.
- Doğan, Soysal Devlet : Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Tez, İstanbul 2002.
- Duran, Lütfi : İdare Hukuku Meseleleri, İstanbul 1964.
- Efem, Gül/Badur, Emel : AT Rekabet Hukuku: Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar ve Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara 2002.

- Ekdi, Barış : Rekabet Hukuku Açısından Yıkıcı Fiyat Uygulaması, Rekabet Dergisi, S. :10, s. 3-28.
- Ekergil, Vedat : Telekomünikasyon Sektöründe Maliyetleme ve Maliyete Dayalı Fiyatlandırma Yaklaşımları: Bir Telekomünikasyon A.Ş için Model Önerisi, Eskişehir 2006.
- Eren, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, İstanbul 2006.
- Erol, Mesut : Doğal Tekellerin Düzenlenmesi ve Telekomünikasyon Sektöründe Düzenleyici Kurum, DPT Uzmanlık Tezi, 2003.
- Esin, Zümrüt : Avrupa Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Tez, İstanbul 1997.
- Görgülü, Ümit : Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Kapsamında Fiyat Ayrımcılığı Uygulamaları, Ankara 2003.
- Güçer, Sülün: : Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Çerçevesinde Sınai Mülkiyet Hakları, Ankara 2005.
- Güçlü, Serdar : RK TT Özelleştirme Görüşü Dünya Literatüründe (<http://turk.internet.com/haber/yazigoster.php3?yaziid=14721>)
- Gül, İbrahim : Kamu Kuruluşlarına Bağlı Teşebbüslerin Rekabete Aykırı Davranışları Rekabet Yasası İle Yasaklanmış mıdır?, Sayıştay Dergisi, 1998, S. :31, s.151-168, (Kısaca: Makale).

- Gül, İbrahim : Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hâkim Durumunu Kötüye Kullanması, Ankara 2000 (Kısaca: Ayrımcılık Yapmak).
- Gürzumar, Oman Berat : Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Ankara 2006.
- Güngör, Ümit : “Tekelleşme” Rekabet Kanunu İle Yasaklanıyor mu?, Yaklaşım Dergisi, S. 70, 1998, s. 134-142.
- Güven, Pelin : Rekabet Hukuku, Ankara 2005.
- Hekimoğlu, T. Bülent : MVNO Trendi Türkiye’de, 2004 (<http://turk.internet.com/>).
- Intven H./ Oliver J./ Sepulveda E. : Telecommunications Regulation Handbook, World Bank, Washington D.C 2000, (<http://www.infodev.org>).
- İçöz, Özge : Telekomünikasyon Sektöründe Regülasyon ve Rekabet, Ankara 2003.
- İnan, Nurkut : 4054 sayılı RKHK ve Bu Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak, Sempozyum, Ankara 2005, s. 297- 342.
- İncefe, Mehmet Ali : Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II, Kayseri 2004, s. 135-189.
- İşmen, Tolga / Zuvın, Serap : Rekabet Hukukunda İlgili Pazarın Tanımlanması, Rekabet Bülteni, S.:3, İstanbul 2000.

- Kara, Alper Fevzi : Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması
Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Aracı
Olarak Yıkıcı Fiyat Uygulaması, Ankara 2003.
- Karakeçili, Feridun : Avrupa Topluluğunda Piyasalarda Yoğunlaşmanın
Denetimi Birleşmeler, Devralmalar ve Ortak
Girişimler (Joint-Ventures), İKV. Yayınları, No: 143,
İstanbul 1997.
- Karakelle, İsmail Hakkı : Pazara Giriş Engellerine Karşı Rekabet
Hukuku ve Politikası, Rekabet Politikası ve
Politikalar Kongresi, Ankara 2003.
- Katırcıoğlu, Erol : İktisatta Güç Kavramı Üzerine, Perşembe
Konferansları, Ocak 2000, s. 35-70.
- Kekevi Gökşin : Anlaşma, Uyumlu Eylem, ve Birlikte Hâkim
Durumun Kötüye Kullanılmasında Kolaylaştırıcı
Eylemler, Ankara 2003.
- Kısa, Seda Ulaş : AT Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun
Rekabet Karşıtı Eylem ve İşlemlerle Kötüye
Kullanılması, İstanbul 2004.
- Klotz, Robert/Jerôme,
Fehrenbach : Telekomünikasyon Sektöründe Fiyat Yoluyla
Rekabet İhlalleri Hakkında İki Komisyon Kararı,
Rekabet Dergisi, S. 15, 2003, s. 41 -55.
- Konukman, Pelin Doğa : Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Göre
Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Tez, İstanbul
2000.

- Laffont, J-J./ Tirole,J. : Competition in Telecommunications, The MIT Press Cambridge, London 2000.
- Müftüoğlu, M. Tamer : Rekabet Kanunu ve İki Yıllık Uygulaması, Rekabet Dergisi, C.1, S.1, s. 5-24.
- Notice on the Application of the Competition Rules to Access Agreements in the Telecommunications Sector : Relevant Markets and Principles, OJ C 265, 1998 (<http://eur-lex.europa.eu>)
- Oğurlu, Yücel : İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, Ankara 2001.
- Oğuz, Fuat : Rekabet Politikası ve Regülasyon: Dost mu Düşman mı?, Rekabet Forumu, S. 33, s. 23-24, 2007, (www.rekabetderneği.org).
- Organisation For Economic and Co-operation Development (OECD) : Joint Group on Trade and Competition, Competition and Trade Effects of Abuse of Dominice, Paris 2000, (<http://www.oecd.org>).
- Ölmez, Hakan Suat : Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulaması, Ankara 2003.
- Öz Aşçıoğlu, Gamze : AT ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara 2000.
- Özay, İl Han : İdari Yaptırımlar, İstanbul 1985.
- Parsons, S.G. : Vertical Price Squeezing, Journal of Economic Thory, Vol 37, 1998.

- Pınar, Hamdi : Uluslararası Rekabette Fikri Mülkiyet Haklarının Önemi ve Türkiye, İstanbul 2004, (Kısaca: Fikri Hakların Önemi).
- Pınar, Hamdi : Fikri Mülkiyet Hakları ve Rekabet Hukuku, Rekabet Dergisi 2005, S.23, s. 30-87, (Kısaca: Fikri Haklar).
- Sanlı, Kerem Cem : RKHK’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçerliliği, Ankara 2000.
- Sarı, Arif Ogün : Rekabet Kuralları Işığında Erişim Arabağlantı Anlaşmaları ve Sanal Mobil Ağ Operatörlüğü, Ankara 2004.
- Sirel, Esen : Telekomünikasyon Pazarının Tanımı: Evdeki Telefon veya O Telefonla Aranabilen Her Yer: Dünya?, Rekabet Bülteni, S.:3, 2000, ESC Consulting.
- Su, Kemal Tahir : Rekabet Hukukunda Teşebbüslerin Hâkim Durumunun Belirlenmesinde Pazar Gücünün Ölçülmesi, Ankara 2003.
- Şıramun, Serpil : AB Rekabet Hukuku’nda Kötüye Kullanma Kriterleri, İstanbul 2005.
- Tekdemir, Yaşar : AT Rekabet Hukuku’nda Anlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini: Anlaşma Yapma Yükümlülüğü ya da Sözleşme Serbestisinin Sınırları, Ankara 2003.

- Tekinalp Gülören/
Tekinalp Ünal : Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul 2000.
- Topkaya, Ferhat : Telekomünikasyon Sektöründe Erişim Sorunları,
Ankara 2003.
- Türkay, Orhan : Mikro İktisat Teorisi, Ankara 1993.
- Türkkan, Erdal : Rekabet Teorisi ve Endüstri İktisadı, Ankara 2001.
- Ulusoy, Ali : Telekomünikasyon Alanındaki Son Yasal
Düzenlemeler ve Uygulamaların Değerlendirilmesi,
Perşembe Konferansları, Kasım-Aralık 2000, s. 57-
95.
- Ülgen, Sinan : AB’de Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması,
TÜSİAD Yayınları, İstanbul 1998.
- Yanık, Mehmet : Rekabet Hukuku’nun Hâkim Durum ve Hâkim
Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında
Piyasa Giriş Engelleri, Ankara 2003.
- Yenişen, Derya : Şebeke Dışsallıkları ve Rekabet, Ankara 2003.
- Yeşil, İsmail : Rekabet Kurumu Kararları Işığında
Telekomünikasyon Sektörü, Rekabet Forumu, Aralık
2006 (www.rekabetdernegi.org).
- Yılmaz, Kâmil : Türk Telekomünikasyon Sektöründe Reform:
Özelleştirme, Düzenleme ve Serbestleşme, Perşembe
Konferansları, Ankara 2000, s. 3-38.