

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

**TELEKOMÜNİKASYON SEKTÖRÜNDE HÂKİM DURUM KAVRAMI
VE HÂKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI**

HAZIRLAYAN
BERRİN ÖZGE BEYOĞLU

İSTANBUL 2010

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

**TELEKOMÜNİKASYON SEKTÖRÜNDE HÂKİM DURUM
KAVRAMI VE HÂKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI**

HAZIRLAYAN
BERRİN ÖZGE BEYOĞLU

DANIŞMAN
DOÇ. DR. TEKİN MEMİŞ

İSTANBUL 2010

ÖZET

TELEKOMÜNİKASYON SEKTÖRÜNDE HÂKİM DURUM KAVRAMI VE HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

Berrin Özge BEYOĞLU

Bu çalışmada, hızla gelişmekte olan telekomünikasyon sektörü açısından sektörde hâkim durumda bulunan işletmelerin rekabet ve telekomünikasyon hukuku açısından hâkim durumda olmaları ve bu durumun kötüye kullanıldığı hâller incelenmiş olmakla birlikte, hâkim durum kavramı ve bu kavramla ilişkili olan diğer kavramlar rekabet ve telekomünikasyon hukuku çerçevesinde değerlendirilmiştir. Telekomünikasyon sektörü açısından üzerinde önemle durulması gereken bir kavram olan etkin piyasa gücü kavramı AB Rekabet Hukuku içtihatları ve ilgili mevzuatlar çerçevesinde incelenmiştir. Ayrıca etkin piyasa gücü kavramı ile hâkim durum kavramı arasındaki benzerlikler ve farklılıklara değinilmiştir. Bunun yanı sıra, hâkim durum kavramının telekomünikasyon hukuku açısından belirlenmesine ilişkin kriterler açıklanmış, hâkim durum kavramının telekomünikasyon sektörü açısından kötüye kullanılma hâlleri RK kararları ile BTK kararları ışığında değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Telekomünikasyon, Hakim Durum, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Etkin Piyasa Gücü

ABSTRACT

THE CONCEPT OF DOMINANT POSITION IN THE TELECOMMUNICATIONS SECTOR AND ABUSE OF DOMINANT POSITION

Berrin Özge BEYOĞLU

In this study businesses that enjoy a dominant position in the rapidly evolving telecommunications sector are evaluated from the perspective of competition and telecommunications law and an analysis is made on such cases where such dominant position is abused while the concept of dominant position and other associated concepts are evaluated within the framework of competition and telecommunications law. Significant market power, another concept which has to be underlined in view of the telecommunications sector, is examined within the framework of the EU Competition Law precedents and relevant legislation. Furthermore, similarities and differences between the concepts of significant market force and dominant position are addressed. In addition, the criteria that apply to the determination of the concept of dominant position under the telecommunications law are explained and cases where the dominant position is abused in connection with the telecommunications sector are assessed in the light of Competition Law decisions and decisions adopted by the Information and Communication Technologies Authority (BTK).

Key Words: Telecommunications, Dominant Position, Abuse of Dominant Position, Significant Market Power

TEŞEKKÜR

Bu tez alıőmamda bilgilerini ve değerli vaktini esirgemeyen danışman hocam Do.Dr.Tekin Memiş'e sonsuz teşekkür eder saygılarımı sunarım.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	ii
ABSTRACT	iii
TEŞEKKÜR	iv
KISALTMALAR	viii
GİRİŞ	1

Birinci Bölüm

KAVRAMLAR VE İLGİLİ PAZAR

I- KAVRAMLAR	2
1. Hâkim Durum Kavramı	2
1.1. Hâkim Durumun Unsurları	4
1.1.1. Ekonomik Güç	4
1.1.2. Bağımsızlık	5
1.1.3. Devamlılık	5
1.2. Birlikte Hâkim Durum	6
2. Etkin Piyasa Gücü Kavramı	9
3. EPG ile Hâkim Durum Kavramının Karşılaştırılması	11
4. Doğal Tekel	13
II- İLGİLİ PAZARIN TANIMLANMASI	15
1. İlgili Pazar	15
1.1. 4054 Sayılı Kanunda İlgili Pazar Kavramı	19
1.2. Birleşme ve Devralma Tebliğinde İlgili Pazar Kavramı	20
2. Hâkim Durumun Belirlenmesinde İlgili Pazardaki Pazar Payı	20
3. Telekomünikasyon Sektöründe İlgili Piyasanın Tanımlanması	21
4. İlgili Pazarın Sınıflandırılması	24
4.1. İlgili Ürün Pazarı	24
4.2. İlgili Coğrafi Pazar	28
4.3. Zaman ve Dönem Açısından İlgili Pazar	31
5. Zorunlu Unsur Kavramı	31

İkinci Bölüm

TELEKOMÜNİKASYON ALANINDA HÂKİM DURUM

III- HÂKİM DURUMUN BELİRLENMESİ	38
1. Hâkim Durumun Belirlenmesine İlişkin Kriterler	38
1.1. Pazar Payı	38
1.2. Giriş Engelleri	40
1.2.1. Reklâm Faaliyetlerinden Kaynaklanan Giriş Engelleri	44
1.2.2. Müşteri Eylemsizliğinden Kaynaklanan Giriş Engelleri	46
1.3. Dikey Bütünlük	47
1.4. Teknolojik Üstünlük	49
1.5. Kullanılmayan Kapasite	50
1.6. Üründe Çeşitlilik	51
1.7. Ürüne Bağlılık	53
1.8. Batık Maliyetler	54
IV- ÖZEL BİR HÂKİM DURUM HALİ –ETKİN PİYASA GÜCÜ	55
1. EPG'nün İlgili Mevzuatlar Çerçevesinde Değerlendirilmesi	55
2. EPG'ne Sahip İşletmecinin Belirlenmesi	57
3. Etkin Piyasa Gücü Çerçevesinde Getirilen Yükümlülükler	61
3.1. Şeffaflık	63
3.2. Ayrım Gözetmeme	63
3.3. Hesap Ayrımı	63
3.4. Erişim Yükümlülüğü	64
3.5. Ücret Kontrolü ve Maliyet Muhasebesi	64

Üçüncü Bölüm

HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

V- KÖTÜYE KULLANMA	66
1. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Kriterleri	66
1.1. Aşırı Fiyatlandırma	66
1.2. Yıkıcı Fiyatlama	72
1.3. Çapraz Sübvansiyon	78

1.4. Fiyat Sıkıştırması	80
1.5. Ayrımcılık Yaratmak	83
1.5.1. Doğrudan Fiyat Ayrımcılığı	86
1.5.2. Dolaylı Fiyat Ayrımcılığı	87
1.6. Mal Tedarikinin Reddi	91
1.7. Bir Ürünün Tedarikinin Diğeri ile İrtibatlandırılması (Kelepçeleme)	94
VI- YAPTIRIMLAR	96
1. Rekabet Hukuku Açısından Hâkim Durumun Kötüye Kullanılma Yaptırımları	97
2. Telekomünikasyon Hukuku Açısından Hâkim Durumun Kötüye Kullanılma Yaptırımları	108
3. BTK Yaptırımları ile RK Yaptırımları Arasındaki İlişki	112
SONUÇ	116
KAYNAKÇA	123

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
ATAD	: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
Avea	: Avea İletişim Hizmetleri Anonim Şirketi
Aycell	: Aycell Haberleşme ve Pazarlama Hizmetleri Anonim Şirketi
bkz.	: Bakınız
BT	: British Telecommunication
BTK	: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu
C.	: Cilt
D.	: Dosya Sayısı
dn.	: dipnot
DSL	: Digital Subscriber Line (Sayısal Abone Hattı)
DT	: Deutsche Telecom
E.	: Esas Sayısı
EHK	: Elektronik Haberleşme Kanunu
EPG	: Etkin Piyasa Gücü
Erişim Tebliği	: Rekabet Kurallarının Telekomünikasyon Sektöründeki Erişim Anlaşmalarına Uygulanmasına İlişkin Komisyon Tebliğ
GSM	: Global System for Mobile Communications (Mobil İletişim için Küresel Sistem)
IP	: İnternet Protokolü
ISDN	: Intergrated Services Digital Network (Tümleşik Hizmetler Sayısal Ağı)
ISS	: İnternet Servis Sağlayıcı
ITU	: Uluslararası Telekomünikasyon Birliği (International Telecommunications Union)

K.	: Karar Sayısı
L.	: Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi L Serisi
Ltd. Şti.	: Limited Şirketi
m.	: Madde
MK	: Medeni Kanun
OECD	: Organization of the Economic Cooperation And Development (Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı)
OFT	: Office of Fair Trading
OJ	: Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi
Örn	: Örneğin
par.	: Paragraf
PSDN	: Public Switched Data Network
PSTN	: Public Switched Telecommunications Network (Anahtarlama Kamusal Haberleşme Şebekesi)
PTT	: Posta ve Telgraf ve Telefon İdaresi
R.A	: Roma Anlaşması
RG.	: Resmi Gazete
RK	: Rekabet Kurulu
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
SR.	: Soruşturma
SSNP	: Small But Significant Non-Transitory Increase In Price
T.	: Karar Tarihi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
Telsim	: Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri Anonim Şirketi
TELKODER	: Serbest Telekomünikasyon İşletmecileri Derneği
TTAŞ	: Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi
Turkcell	: Turkcell İletişim Hizmetleri Anonim Şirketi
TÜSİAD	: Türk Sanayici ve İşadamları Derneği
UMTH	: Uzak Mesafeli Telefon Hizmetleri
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı
Vodafone	: Vodafone Telekomünikasyon Anonim Şirketi

VoIP : Voice over Internet Protocol

GİRİŞ

Hızla gelişmekte olan bir ülke olarak Türkiye için rekabetçi bir telekomünikasyon sektörü ekonomik gelişmenin çok önemli bir parçasıdır. Bilgi çağında telekomünikasyon sektörünün en önemli özelliği, bütün sektörler için altyapı oluşturmasıdır. Türkiye'nin dünya pazarlarında rekabet gücünü sağlamlaştırabilmesi için, sağlam bir hukuki altyapıya ve teknolojiyi devamlı takip eden telekomünikasyon sektörüne sahip olması gerekmektedir.

Bu çalışmada, telekomünikasyon sektöründe hâkim durumda bulunan işletmelerin rekabet ve telekomünikasyon hukuku açısından hâkim durumda olmaları ve bu durumun kötüye kullanıldığı haller incelenecektir. Bu çalışma, üç bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümde, hâkim durum kavramı ve bu kavramla ilişkili olan diğer kavramlar rekabet ve telekomünikasyon hukuku düzenlemeleri dikkate alınarak değerlendirilmiştir. Telekomünikasyon sektörü açısından önemli bir kavram olan etkin piyasa gücü kavramı AB Rekabet Hukuku içtihatlarına dayanılarak açıklanmıştır. Ayrıca etkin piyasa gücü kavramı ile hâkim durum kavramları arasındaki benzerlikler ve farklılıklara değinilmiştir.

İkinci bölümde, hâkim durum kavramının belirlenmesine ilişkin kriterler açıklanmıştır. Telekomünikasyon sektörü açısından önemli bir kavram olan etkin piyasa gücü kavramı, ilgili mevzuatlar çerçevesinde değerlendirilmiş olmakla birlikte etkin piyasa gücüne sahip bir işletmenin belirlenmesi hususlarına değinilmiştir. Sonrasında etkin piyasa gücü çerçevesinde getirilen yükümlülükler üzerinde durulmuştur.

Üçüncü ve son bölümde ise, hâkim durum kavramının telekomünikasyon sektörü açısından kötüye kullanılma halleri açıklanmış ve kötüye kullanma hallerinin telekomünikasyon alanına yönelik ilgili Rekabet Kurulu kararları ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu kararları ışığında değerlendirilmiştir. Ayrıca kötüye kullanılma yaptırımları Rekabet ve Telekomünikasyon Hukuku açısından ilgili kararlar doğrultusunda incelenmiştir.

Birinci Bölüm

KAVRAMLAR VE İLGİLİ PAZAR

I- KAVRAMLAR

1. Hâkim Durum Kavramı

Hâkim durum R.A'nın (Roma Anlaşması) 82. maddesinde açıkça tanımlanmamıştır. Anlaşma'nın 81. maddesinden farklı olarak 82.'inci maddesinin uygulanabilmesi için pazarda hâkim durumda olan yalnız bir işletmenin varlığı yeterli olacaktır. R.A'nın hâkim duruma ilişkin maddesi, Komisyon ve Adalet Divanı'na ele alındığında öne çıkan kararlar arasında yer alan *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. V Commission* davasında hâkim durum şu şekilde tanımlanmıştır; “Bir işletmenin hâkim durumda olması, bu işletmenin, rakiplerini, müşterilerini ve kendisine mal temin eden diğer satıcıları gözönüne almaksızın, bunlardan tamamen bağımsız hareket edebilmesini ifade etmektedir. Bu durum, bir işletmenin pazar payı veya pazar payı ile birlikte sahip olduğu teknik bilgi, hammadde ya da sermaye nedeniyle söz konusu ürünün büyük bir kısmı açısından, pazarda fiyatı veya üretimi ya da dağıtımını kontrol etmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Bir işletme açısından böyle bir pazar gücünden söz edilebilmesi için bu işletmenin pazardaki diğer işletmelerin varlığına tamamen son verebilmesini sağlayacak, mutlak bir hâkimiyet sağlaması gerekmez. Farklı pazarlarda, bu gücün derecesi farklı olsa dahi söz konusu işletme ya da işletmelere davranışlarında bağımsız davranma serbestisini sağlaması yeterlidir.¹” Komisyon ve Adalet Divanı kararlarında ve yukarıda belirtilen kararda da üzerinde durulması gereken husus bir işletmenin pazarda hâkim durumda olup olmadığının tespiti için öncelikle hâkimiyetin bulunduğu pazarın tanımlanması gerekir. Bu açıdan hâkim durumda olmak soyut bir kavram olmayıp belirli bir pazara yönelik hâkimiyeti ifade etmektedir.²

¹ Öz, Aşçıoğlu Gamze, “AT ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara 2000, s. 91.

² Öz, s. 91.

Hâkim durumda olabilmek için öncelikle teşebbüs³ olmak gerekmektedir⁴. Teşebbüsler rekabet ortamında birbirlerine rakip birçok teşebbüsün arasında yaşamaya devam edebilmek için, maliyetlerini en aza indirmeye gayret etmekle birlikte, bu yolla kârlarını artırmayı hedefleyeceklerdir. Bu durum teşebbüslerin 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 olmayacaktır. 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 kalacaklardır⁵. Bu sebeple, etkin bir rekabet ortamından büyük oranda tüketiciler yararlanacaktır. Rakipler arasında öne çıkmak isteyen, daha fazla kâr elde etmeyi arzulayan teşebbüslerin fiyatlarını düşürmelerinin ya da maliyetlerin azaltılmasının sonucunda, tüketiciler, mal ve hizmetleri daha ucuza elde edebileceklerdir⁶.

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, insani kaynaklarından, hizmet kalitesinden, teknolojik üstünlüğünden, eğitilmiş personelinden, sahip olduğu patent haklarından, markanın 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 oluşabilir⁷.

4054 sayılı Rekabet Kanununda hâkim durum Kanununun 3'üncü maddesinde "*Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek, fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik*

³ RKHK madde 3'de yer alan tanıma göre teşebbüs "...piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımından bir bütün teşkil eden birimleri" şeklinde tanımlanmıştır.

⁴ Aslan, İ.Yılmaz, "Rekabet Hukuku Dersleri", Ekin Basım Yayın Dağıtım 2008, s. 159.

⁵ Kısa, Ulaş Seda, "AT Rekabet Hukukunda Hâkim Durum Rekabet Karşıtı Eylem ve İşlemlerle Kötüye Kullanılması", İstanbul 2004, s. 10.

⁶ Kısa, s. 10.

⁷ Güven, Pelin, "Rekabet Hukuku", Yetkin Kitabevi, Ankara 2008, s. 268.

parametreleri belirleyebilme gücünü ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımdan da anlaşılacağı gibi, Kanun koyucu hâkim durum kavramını fiyat, arz, üretim, dağıtım gibi ekonomik parametreleri belirleme gücü ile değerlendirerek tanımlamaya çalışmıştır⁸.

Hâkim durum telekomünikasyon sektöründe, özellikle ülkemizde bu sektör açısından Türk Telekom’un sahibi olduğu ana telekomünikasyon şebekesi ve alt yapısı dikkate alındığında 2003 yılına kadar (Türk Telekom’un özelleştirme faaliyetlerinin son bulduğu 2004 yılına kadar) telekomünikasyon sektöründe tek başına hâkim durumda bulunmuştur. Bu zamana kadar Türk Telekom’un sahip olduğu ana telekomünikasyon şebekesi ve alt yapısı karşısında, sektöre yeni girecek bir işletmenin Türk Telekom’la rekabet edecek şebeke ve altyapıyı kurması olanaksız görünmekteydi. 2004 yılından sonra Türk Telekom’un özelleştirilmesinden sonra sektöre yeni işletmeler girmeye başlamıştır.

Hâkim durum, ilgili telekomünikasyon pazarında⁹ şu şekilde tanımlanmaya çalışılmıştır; bir veya birden fazla işletmecinin rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü olarak ifade edilmiştir.

1.1. Hâkim Durumun Unsurları

1.1.1. Ekonomik Güç

Bir işletmenin hâkim durumda sayılabilmesi için belirli bir ekonomik güce sahip olması gereklidir. Bu ekonomik gücün yoğunluğunun ne olacağı ne AT ve ne de Türk Rekabet Hukuku düzenlemelerinde belirtilmiştir¹⁰. Bu hususa ilişkin olarak, bir işletmenin hâkim durumda olabilmesi için pazar koşulları dışında keyfi olarak hareket etmesini sağlayabilecek bir güce de sahip olması gerekir. Bu gücün tekel gücü olduğu

⁸ Efem, Gül/Badur, Emel, “AT Rekabet Hukuku Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar ve Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması”, Ankara 2002, s. 98-99.

⁹ 03.06.2003 tarih ve 25127 Sayılı Resmî Gazete Hâkim Konumda Bulunan İşletmecilerin Belirlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğde; İlgili telekomünikasyon terimi: Ülkenin tümünde veya bir bölümünde sunulmakta olan belirli bir telekomünikasyon hizmeti ve onunla yüksek derecede ikame edilebilen diğer telekomünikasyon hizmetlerinden oluşan pazarı ifade eder.

¹⁰ Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 160.

konusunda genel bir fikir bulunmaktadır¹¹. Bunun yanı sıra bir işletmenin veya işletmelerin tekel olmadan veya o alanda rekabeti bertaraf etmeden piyasayı önemli düzeyde etkilemesi, piyasa şartlarının kendi istekleri yönünde oluşmasını sağlaması, başka bir deyişle piyasayı yönetmesi mümkün olacaktır¹². Rekabet Kanununun 6. maddesine göre gerekli ekonomik gücün tespit edilebilmesi için 4. maddenin göz önünde tutulması gerekir. 4. maddeye göre iki veya daha fazla işletmenin aralarında anlaşarak yapabilecekleri kısıtlamayı bir işletme tek başına yapabiliyorsa o işletmenin hâkim durumda olduğu kabul edilmelidir¹³. Ayrıca ekonomik güç hâkim durum tanımından da anlaşılacağı üzere işletmelerin ve rakiplerin ilgili sektörde yer aldıkları pazar payları dikkate alınarak da ölçülmektedir. Bu sebeple ekonomik güç her olayın somut koşullarına göre tespit edilmelidir¹⁴. Telekomünikasyon sektörü açısından Türk Telekom'un gerek ana telekomünikasyon şebekesi gerekse alt yapısı, ekonomik güç açısından değerlendirildiğinde sektörde tekel durumda olduğunu göstermektedir.

1.1.2. Bağımsızlık

ATAD ve Komisyonun tüm kararlarında, işletmenin hâkim durumda sayılabilmesi için sağlayıcılardan, müşterilerden ve rakiplerinden bağımsız olarak davranabilecek konumda olması gerekir. Bir işletmenin pazar payı, know-how, hammadde elde edebilme kolaylığı, sermaye ve marka sahipliği gibi diğer büyük üstünlüklerle birleşerek, kendisine ilgili mal pazarının önemli bir bölümünde fiyatları belirleyebilme, üretimi veya dağıtımı kontrol edebilme yeteneği sağlar¹⁵.

1.1.3. Devamlılık

Ekonomistlerin önemle belirttikleri hususlardan birisi de pazardaki ekonomik gücün hâkim güç sayılabilmesi için bunun sürekli bir güç olması gerekliliğidir. Onlara göre geçici bir güç hakikilik ölçütü olmamalıdır¹⁶. Bir işletme tek başına bir pazara sahip olsa bile, yeni girişler mümkünse bu geçici tekel durumu hâkim durum olarak

¹¹ Özsunay, Ergun, "Kartel Hukuku", İstanbul 1985, s. 17.

¹² Tekinalp, Ünal, "AET Rekabet Hukukunda Piyasaya Egemen İşletme Kavramı (II)", İktisat-Maliye, 1980, Cilt XXVI, S. 12, s. 496.

¹³ Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 161.

¹⁴ Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 161.

¹⁵ Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 89.

¹⁶ Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 162.

kabul edilmemelidir¹⁷. Ancak bu sürenin ne kadar bir süre olması gerektiği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Yani çok kısa süreli bir hâkim durum AT madde 82. kapsamında değerlendirilmemelidir¹⁸. Aslan'a göre, bir hâkim durumun, kötüye kullanmaya yetecek kadar sürdüğü gösterilebiliyorsa, yani hâkim olunan süre içinde kötüye kullanma teşkil edecek davranışlar yapılabilmişse, hâkim durumun kabulü için bu süre yeterli olmalıdır¹⁹. Kanaatimce, bir işletne ilgili piyasada hâkim konumda bulunmasa dahi o anki koşullarla ve o anki piyasa şartlarını karşılayan bir hizmeti piyasaya kötüye kullanarak sunuyorsa ve bu kötüye kullanma hâli bu alanda piyasada hâkim durumda bulunan diğer işletmeleri de etkiliyorsa, hem bu işletmeciler açısından ve hem de piyasa yönünden hâkim durum kötüye kullanılmıştır. Bu kötüye kullanılma hâlinin ne kadar süre devam etmiş olması yani uzun ya da kısa sürmüş olması önemli olmamalıdır. Yani hâkim olunan süre içinde kötüye kullanma teşkil edecek davranışlar yapılabilmişse, hâkim durumun kabulü için bu süre yeterli olmalıdır.

1.2. Birlikte Hâkim Durum

Birlikte hâkimiyet durumunda teşebbüsler arasında, rakiplerin, müşterilerin ve tüketicilerinden bağımsız olarak çeşitli nedenlerden dolayı, ilgili pazarda rekabeti etkileyebilecek şekilde ortak bir politika oluşturulması ve ortak hareket edilmesi söz konusudur²⁰. ATA'nın 82. maddesi ve Rekabet Kanunu'nun 6. maddesinde birlikte hâkimlik kavramından bahsedilmiş olup, birden fazla işletmenin birlikte hâkimliğinin kötüye kullanılması yasaklanmıştır. Birlikte hâkimlik daha çok oligopolistik pazarlarda²¹ karşımıza çıkmaktadır²². Oligopol şeklindeki piyasalarda ilgili ürünün üretimi az sayıda ve birbirine yakın güçte işletmelerin elinde yoğunlaşmıştır. Ayrıca birlikte hâkimiyetin bulunduğu piyasalarda faaliyet gösteren işletmelerden herhangi birinin fiyat belirleme şekli, diğer işletmelerin piyasadaki payını etkilemektedir. Bu gibi pazarlarda rakipler eşit güçte ve az sayıda bulunmaktadır. Bu nedenle kendi pazar paylarını arttırmak için yapacakları davranışların sonucunda, kendilerinin de zarara

¹⁷ Baden Fuller, Article 86 EEC: Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position, EL Rev Vol. 4, 1979, s. 429.

¹⁸ Efem/Badur, s. 100.

¹⁹ Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 162.

²⁰ Kısa, s.22 vd.

²¹ Oligopolistik Pazar: Az sayıda firmanın faaliyet gösterdiği ve hiçbirinin tek başına hâkim durumda olmadığı pazardır. Tekdemir, Yaşar, "AT Rekabet Hukuku Işığında Birlikte Hâkimiyet Kavramı: Oligopol Sorununa Yeni Bir Yaklaşım", Ankara 2000, s. 6.

²² Tekdemir, s. 102.

uğrayacağını bilirler. Birlikte hâkimliğin bulunduğu pazarlarda kendiliğinden, herhangi bir anlaşma olmaksızın, paralel davranışlar başlamaktadır²³. Bir işletme fiyat arttırdığı zaman, genellikle rakipleri de arttırır, çünkü birbirleriyle etkin bir rekabete girmekten çekinirler²⁴. Pazarda işletme sayısının az oluşu, her bir işletme için diğer işletmelerin takip edecekleri politikayı önceden tahmin edebilme olanağı tanımaktadır²⁵.

Birlikte hâkim durum kavramına ilişkin olarak, Birleşme Tüzüğü'nün 2/3 maddesi "...ortak pazarda ya da onun önemli bir bölümünde bir hâkim durum yaratan ya da mevcut bir hâkim durumu güçlendiren ve sonucunda etkin rekabeti önemli ölçüde kısıtlayan birleşmeleri..." yasaklamaktadır.

Birlikte hâkimiyet, ekonomik birlik halinde bulunan bir grup teşebbüsün hâkim durumda olması şeklinde ortaya çıkabileceği gibi belirli bir pazarda faaliyette bulunan teşebbüslerin aralarındaki anlaşmalarla birlikte hâkim duruma gelmeleri şeklinde de ortaya çıkabilir²⁶. 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 olabilir²⁷. Bu hususu Rekabet Hukuku hükümleri açısından değerlendirdiğimizde, RKHK 6'ncı maddesinin uygulanabilmesi için piyasada tek başına hâkim durumda olmak ön koşuldur. Oysaki yukarıda bahsetmiş olduğumuz telekomünikasyon piyasasında kablo TV şebekesi ile ana telekomünikasyon şebekesi açısından her ikisi ayrı ayrı hâkim konumda bulunmalarından ötürü birlikte hâkim durumu kötüye kullanmaları halinde RKHK'nun 4'üncü madde hükmü ile değerlendirilmelidir.

²³ Tekdemir, s. 102.

²⁴ Yılmaz, İ. Aslan, "Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku", Ankara 1992, s. 192.

²⁵ Efem/Badur, s. 102.

²⁶ Güven, s. 271.

²⁷ Garzaniti, L: Telecommunications Broadcasting and the Internet E.U. Competition Law and Regulation, Sweet&Maxwell, London 2000, (Topkaya, Ferhat, "Telekomünikasyon Sektöründe Erişim Sorunları", Ankara 2003, s. 17'den naklen).

Ayrıca Rekabet Kurumu'nun vermiş olduğu kararlardan en ilginçlerinden biri de, birlikte hâkim durumda bulunmaktır. Çünkü RK²⁸ "Erişim Tebliği"nde de; zorunlu unsur olarak kabul edilen bir unsur girişini 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 "otomatikleştirmektedir"²⁹.

RK'nun birlikte hâkim durumla ilgili telekomünikasyon sektöründe vermiş olduğu Turkcell/Telsim (Roaming³⁰) kararına göre; RK, iki GSM operatörü olan Turkcell ve Telsim'in her ikisinde % 100 kapsama sağlamış oldukları ve böylece alt yapılarını tamamlamış olduklarını bu nedenle de roaming pazarında ayrı ayrı hâkim durumda olduklarını kabul etmiştir. Yeni giriş yapan ve roaming yapmak isteyen şirketler açısından herhangi biri ile sözleşme yapılması roaming sağlanması bakımından yeterli olacaktır. Bu nedenle roaming pazarında Turkcell ve Telsim birlikte hâkim durumda olduğu kabul edilmiştir³¹. Aslan'a göre bu karar bir pazarda iki ayrı şirketin ayrı ayrı hâkim durumda olup olamayacağı sorununu ortaya çıkarmış bulunmaktadır. GSM operatörünün % 100 kapsama sağlamış olması yeterli bir unsur ise, % 100 kapsama sağlayan tüm GSM operatörlerinin, roaming pazarı bakımından ayrı ayrı hâkim durumda olması gibi bir durum ortaya çıkacaktır³². Ayrıca Aslan, örneğin % 100 kapsama sağlamış olan dört GSM operatörü roaming pazarında ayrı ayrı hâkim durumda kabul edileceğinden aynı pazarda dört hâkim işletmenin var olacağını savunmuştur³³. Kanaatimce bu durum telekomünikasyon piyasasında sorun teşkil etmemelidir. Şöyle ki; bir GSM operatörünün kapsama sağlamış olması ve ayrıca

²⁸ RK 16.02.2002 tarih ve SR/02-13 sayılı Ulusal Dolaşım ile ilgili Soruşturma Raporu, s. 45- 46.

²⁹ İnceefe, Ali Mehmet, "Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II", Kayseri 2004, s. 174 vd.

³⁰ Roaming; bir cep telefonu operatörüne ait abonelerin, başka bir cep telefonu operatörünün altyapı hizmetlerinden o operatörün kapsama alanı içindeyken yararlanmasıdır.

³¹ RK Kararı, K. 99-57/614-391, T. 14.12.1999.

³² Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 176.

³³ Esasen ilgili pazar regüle edilmiş bir pazar olduğu için bu konuda rekabet kurallarının değil, regülasyon kurallarının uygulanması gerektiği ve böylece bu tuhaf durumun ortaya çıkmasının mümkün olmadığı düşünülmektedir. Söz konusu telekomünikasyon alanında regülasyon amacıyla çıkarılmış olan ilgili yasalarda, oligopolistik bir yapıya sahip olan GSM pazarında regülasyon öngören hükümler de bulunmaktadır. bkz. Yılmaz, İ.Aslan, "Rekabet Kurumunun Telekomünikasyon Alanında Kararları ve Yetkisi", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, Kayseri 2002, s. 20, Aslan, Rekabet Hukuku, s. 461, dn. 63'den naklen.

piyasada diğ er bir GSM operatörünün de kapsama sağlamış olması, roaming sağ lanması bakımından, operatörlerin piyasada tek başına hâkim durumda kabul edilebilmeleri yönünden bir sorun teşkil etmemelidir. GSM piyasasında % 100 kapsama sağlamış operatör her yönüyle ve her şekilde hizmet sunma potansiyeline ulaşmış olmakla birlikte söz konusu piyasa açısından da tek başına hâkim konumda bulunmaktadır.

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

Ulusal dolaşım ile ilgili Finlandiya'nın 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. Telia'nın ulusal dolaşım teklifine karşı, olası sözleşmenin yatırımlarının geri dönüşüne ve rekabet güçleri üzerindeki olumsuz etkiden dolayı, Sonera ve Radiolinja'nın ortak tepkilerinin, birlikte hâkimiyet için yeterli bir gösterge olarak değerlendirilemeyeceği olgusu da kararda belirtilmiştir³⁴.

2. Etkin Piyasa Gücü Kavramı

Etkin piyasa gücü kavramı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun³⁵ "Tanımlar ve Kısaltmalar" başlıklı 3. maddesi'nde şu şekilde tanımlanmıştır; "*İşletmecinin, ilgili elektronik haberleşme pazarında, tek başına ya da diğ er işletmecilerle birlikte, rakiplerinden, kullanıcılarından ve tüketicilerinden fark edilir bir şekilde bağımsız olarak hareket edebilmesine imkân sağlayan ekonomik gücü*" şeklinde tanımlanmıştır. Etkin piyasa gücü kavramı "Etkin Piyasa Gücüne Sahip İşletmecilerin Belirlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğin"³⁶ "Tanımlar" başlıklı 4'üncü maddesi'nde ise; *Etkin Piyasa Gücü: İlgili telekomünikasyon pazarında, bir veya birden fazla işletmecinin diğ er işletmeci ve kullanıcılara sunduğu hizmetlerin alım ya da satım fiyatını, arz ya da talep miktarını, piyasa şartlarını ve telekomünikasyon hizmetlerini*

³⁴ Finland, No Dominant Position In National Roaming Issues, The Link, Issue 12, Jan-Feb. 2002 par. 2, (İnceefe, s. 175'den naklen).

³⁵ 10.11.2008 tarih ve 27050 mükerrer sayılı Resmi Gazete.

³⁶ 03.06.2003 tarih ve 25127 sayılı Resmi Gazete.

vermek için kullanılan ana telekomünikasyon şebekesi unsurlarını ve kullanıcılara erişimi kontrol etme gibi ekonomik parametreleri etkileyebilme gücü olarak tanımlanmıştır. Bunun yanısıra “Hâkim Konumda Bulunan İşletmecilerin Belirlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkındaki Tebliğ’in”³⁷ “Tanımlar” başlıklı 4’üncü maddesi’nde hâkim durum kavramı; *Hakim Durum*: İlgili telekomünikasyon pazarında bir veya birden fazla işletmecinin rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü olarak tanımlanmıştır. Etkin piyasa gücü ile hâkim durum kavramları açısından iki farklı durumun işaret edildiği görülmektedir³⁸. Bu çerçevede öncelikle, etkin piyasa gücünün, hâkim durum kavramından farklı kavram olarak yorumlanmasında gerek Türk Rekabet Hukuku uygulamalarında gerekse AB Rekabet Hukuku içtihatlarında şekillenen hâkim durum kavramından faydalanılmasının mümkün görünmediğinin belirtilmesi faydalı olacaktır³⁹. AB uygulamasında 2002 düzenlemeleri öncesinde geçerli olan etkin piyasa gücü (significant market power) kavramının % 25 pazar payı esasına dayalı olması nedeniyle bu kavramdan yararlanılamayacağı; 2002 düzenlemeleri çerçevesinde yapılan yeni etkin piyasa gücü kavramının rekabet kuralları çerçevesinde geçerli hâkim durum kavramına dayalı olması nedeniyle, bu düzenlemeler çerçevesinde alınan kararların ve yapılan belirlemelerin de örnek alınamayacağı belirtilmiştir⁴⁰. Yapılan inceleme sonucunda etkin piyasa gücü kavramının; ilgili telekomünikasyon pazarı kavramının açıklanmamış olması, ilgili pazar analizinin ne şekilde yapılacağına belirtilmemesi, etkin pazar gücü kavramı ile hâkim durum kavramı arasındaki farkın belirtilmemiş olması nedenleriyle söz konusu kavramın, ilgili düzenlemelerin kapsamının ve muhatabının belirlenmesi konusunda, gerekli açıklığa sahip olmadığı düşünülmektedir⁴¹. Kavramın Türk Hukuku açısından yeni bir kavram olması ve yerleşik uygulamalara dayanmaması nedeniyle yoruma açık olduğunu düşünebiliriz. Ayrıca her iki tanımda yer alan ilgili telekomünikasyon pazarı terimi ise; ülkenin tümünde veya bir bölümünde sunulmakta olan belirli bir telekomünikasyon hizmeti ve onunla yüksek derecede ikame edilebilen diğer telekomünikasyon hizmetlerinden oluşan pazar olarak ifade edilmiştir. Bu kavramın net olarak açıklanmadığı görülmektedir.

³⁷ 03.06.2003 tarih ve 25127 sayılı Resmi Gazete.

³⁸ Piyasa Analizi Çalışmaları, “İlgili Piyasa ve Etkin Piyasa Gücü Kavramları”, Telekomünikasyon Kurumu, Ankara Mart 2005, s. 6.

³⁹ Piyasa Analizi Çalışmaları, s. 7.

⁴⁰ Directive 2002.

⁴¹ Piyasa Analizi Çalışmaları, s. 8.

406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun 4502 sayılı Kanun'un 6. maddesi ile değişik 10. maddesi'nin birinci fıkrasında⁴² anılan ara bağlantı yükümlüsünün belirlenebilmesi için önce piyasada kimin hâkim konumda olduğunun ve etkin piyasa gücüne kimin sahip olduğunun belirlenmesi gereklidir.

Üzerinde durulması gereken hususlardan birisi de hâkim duruma ilişkin "Hâkim Konumda Bulunan İşletmecilerin Belirlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkındaki Tebliğ'in" 5'inci maddesi'nin son fıkrasında belirtilen hâkim konumda olduğuna karar verilen işletmecilerin etkin piyasa gücüne sahip olduğu da kabul edilir. Yukarıda açıkladığımız üzere her iki kavramın aynı anlama gelmediği Kurum tarafından da belirtilmiş olmasına rağmen bu yönde bir tanımın Tebliğ maddesinde yer alması çelişkili bir durum yaratmıştır. Bu kavram karmaşasına neden olan ve yukarıda da belirtilen hususlar dikkate alınarak 07.01.2007 tarihinde "Hâkim Durum/Etkin Piyasa Gücüne Sahip İşletmecilerin Belirlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkındaki Tebliğ" yürürlükten kaldırılmıştır.

3. Etkin Piyasa Gücü Kavramı ile Hakim Durum Kavramının Karşılaştırılması

EPG kavramı, 1998 düzenlemelerinde AB rekabet hukukundaki hâkim durum kavramından farklı ve daha düşük seviyede pazar gücünü işaret etmek için kullanılmıştır⁴³. Buna göre belli bir telekomünikasyon piyasasında, % 25'den fazla pazar payına sahip işletmeler etkin piyasa gücüne sahip olmaktadır. Ancak 2002 yılında yürürlüğe giren yeni direktifler ile köklü değişiklik yapılarak belirli alanlarda % 25 paya sahip işletmeci kriteri terk edilmiş ve "rekabet kuralları çerçevesinde belirlenmiş pazarlarda hâkim durumda bulunma" kriteri getirilmiştir. Çerçeve Direktif'in 14'üncü maddesi önemli bir yenilik yaparak EPG kavramını rekabet hukukunda (madde 82) kullanılan hâkim durum kavramı ile eşitlemiştir. Bunu madde 14 (2): "Bir teşebbüs tek

⁴² Madde: Bütün işletmecilerin ve kişisel telekomünikasyon tesislerini kullananların arabağlantı talepleri ilgili mevzuatta belirlenen haller saklı kalmak üzere arabağlantı sağlama yükümlülüğü olan işletmeciler tarafından karşılanır. Arabağlantı sağlama yükümlülüğü olan işletmeciler, bu maddeye dayanarak çıkarılacak yönetmelik çerçevesinde kurum tarafından belirlenir. Ancak Türk Telekom herhalde arabağlantı sağlama görev ve yükümlülüğüne tabidir. Kurum tarafından arabağlantı sağlama yükümlülüğü getirilen işletmeciler ve Türk Telekom "arabağlantı yükümlüsü" olarak anılır.

⁴³ Demiröz, Ali, "AB'nin Yeni Düzenleyici Çerçevesi Işığında Telekomünikasyon Sektörünün Düzenlenmesinde Rekabet Hukukunun Rolü", Rekabet Dergisi, s. 25.

başına ya da diğerleriyle birlikte, hâkimiyete eşit bir konuma, bir başka ifadeyle tüketicilerinden, müşterilerinden ve rakiplerinden önemli ölçüde bağımsız davranma imkânı veren ekonomik güce sahipse, bu teşebbüsün etkin piyasa gücüne sahip olduğu varsayılacaktır.” diyerek EPG’yi tanımlamıştır. Bu tanım Demiröz’e göre, AB Rekabet Hukuku içtihatlarındaki hâkim durum tanımıyla paralellik gösterdiğini ileri sürmüştür. Ayrıca Yeni Düzenleyici Çerçeve’nin EPG kavramını “hâkim durum” kavramıyla eşitleyerek, bu kavramların sektöre özgü düzenlemelerde kullanımı ve Rekabet Hukuku uygulamalarında farklılaşabileceği belirtilse de, Rekabet Hukuku ve sektörel düzenleme arasında bir paralellik kurduğu görülmektedir⁴⁴. Telekomünikasyon mevzuatında EPG kavramı açısından, ilgili telekomünikasyon pazarı kavramının açıklanmamış olması, ilgili pazar analizinin ne şekilde yapılacağına belirtilmemesi, EPG ile hâkim durum kavramı arasındaki farkın ifade edilmemiş olması nedenleriyle söz konusu kavramın, gerekli açıklığa sahip olmadığı görülmektedir. Oysa “Hâkim Konum ve/veya Etkin Piyasa Gücüne Sahip İşletmecilerin Belirlenmesi Yönetmeliği”nde iki farklı durumun işaret edilmiş olduğu da açıkça görülmektedir. Ayrıca EPG kavramı, hâkim durum kavramından farklı bir durumu ifade etmesi nedeniyle, kavramın yorumlanmasında gerek Türk Rekabet Hukuku uygulamalarında gerekse AB Rekabet Hukuku içtihatlarında yer alan hâkim durum kavramından faydanılmasının mümkün olamayacağına belirtilmesi gerekir. Bunun yanı sıra, 2002 düzenlemeleri öncesinde geçerli olan EPG kavramının % 25 pazar payı esasına dayalı olması dolayısıyla bu kavramdan da yararlanılamayacağı, 2002 düzenlemeleri çerçevesinde yapılan yeni EPG kavramının rekabet kuralları çerçevesinde geçerli hâkim durum kavramına dayalı olması nedeniyle, bu düzenlemeler çerçevesinde yapılan belirlemelerin de örnek alınmayacağı da açıkça anlaşılmaktadır. Söz konusu kavramın hukukumuz açısından yeni bir kavram olması ve yerleşik uygulamalara dayanmaması nedeniyle yoruma açık olacağını kabul etmek gerekir. Bu kavramın unsurlarının ve muhatabının net olmaması nedeniyle, işletmeler açısından da hukuki belirsizliğe yol açabilir. Ayrıca kavramın belirtilen rekabet kuralları çerçevesinde geçerli hâkim durum kavramına dayalı olarak açıklanması zamanla teknolojinin gelişmesi ile piyasada bulunan işletmelerin rekabet açısından dengelerinin nasıl değiştiği yönünde yorumlanmaya çalışılmıştır. Bunun yanı sıra Rekabet Hukuku açısından hakim durum kavramı etkin piyasa gücü kavramını da içine alacak şekilde yorumlanarak değerlendirilmelidir.

⁴⁴ Demiröz, s. 25.

4. Doğal Tekel

Doğal tekel İçöz'e göre; belirli bir pazardaki tüm talebin en az maliyetle yalnızca tek bir firma tarafından karşılanabildiği bir durum olarak ifade edilmiştir⁴⁵. Doğal tekel klasik görüşe göre ise; çok büyük ölçek ekonomisinin⁴⁶ varlığı ile açıklanmaktadır⁴⁷. Belirli endüstrilerin teknolojileri ve hizmetin niteliği öyledir ki, hizmetler tüketiciye en az maliyet veya en fazla net fayda ile ancak bir firma veya belirli sayıda seçilmiş vasıtalarla sağlanabilir⁴⁸. Ayrıca OECD⁴⁹ kavramı biraz daha açarak birden fazla firma veya tesis yerine üretimin ancak bir firma tarafından en düşük maliyetle sağlandığı durumlarda doğal tekelin ortaya çıkabileceğini savunmuştur. Yalnızca bir ürün üretiliyorsa ölçek ekonomisinin varlığı doğal tekelin oluşması için gereklidir şeklinde ifade edilmiştir. Doğal tekel konusundaki çağdaş görüş; ölçek ya da kapsam ekonomisi⁵⁰ yerine, bir firmanın üretim maliyetlerinin birden fazla firmanın maliyetleri toplamından daha az olmasının doğal tekelin oluşması için daha uygun bir açıklama olduğu şeklinde kabul edilmelidir⁵¹. Doğal tekeller genellikle büyük miktarlarda ilk yatırım gerektiren ve dolayısıyla sabit maliyetleri yüksek olan şebeke endüstrileridir. Gaz, elektrik, doğalgaz ve su şebekeleri, demiryolu ve son yıllara kadar telekomünikasyon doğal tekel olarak bilinen endüstrilerdir⁵².

Belli bir bölgede şebekeye sahip olan tek bir firmanın yeni bir şebeke kurarak, hizmet vererek rekabet ettiği durumlardan daha az maliyetli olduğu kabul edilmektedir. Her bir eve ikinci bir şebeke üzerinden hizmet götürülmesinin (şebekenin duplikasyonunun) aşırı maliyetli olması nedeniyle kaynak israfına neden olacağından, bu hizmetin tek bir şebeke üzerinden tekel olarak sunulması piyasanın yapısı gereğidir.

⁴⁵ İçöz, Özge, "Telekomünikasyon Sektöründe Regülasyon ve Rekabet", Ankara 2003, s. 9.

⁴⁶ 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. bkz. Öz, s. 113.

⁴⁷ Çakal, Recep, "Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülasyon", Devlet Planlama Teşkilatı, Temmuz 1996, s. 18.

⁴⁸ Çakal, s. 18.

⁴⁹ Çakal, s. 18.

⁵⁰ Kapsam ekonomisi; birden fazla hizmet veya ürünün ortak sunulması yoluyla üretim maliyetlerinin düştüğü bir yapıdır (<http://www.tk.gov.tr> son yararlanma:10.09.2010).

⁵¹ Çakal, s. 19.

⁵² Çakal, s. 19.

Bu durumda her bir yeni eve götürülecek olan şebeke, şebekenin sahibi olan firmanın uzun dönem maliyetlerini azaltacaktır⁵³.

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 açısından bakıldığında, bu şebekeye bağlı olduğu sürece son kullanıcıya bu şebeke üzerinden sunulacak hizmetler bakımından şebekenin sahibinin erişim tekeli altında bulunabilecektir⁵⁴.

Doğal tekel kuramına göre, telekomünikasyon endüstrisinde mevcut olan ölçek ekonomileri dolayısıyla yeni bir abone kazanılması durumunda, bu abonenin birim maliyeti azalmaktadır. Bu özellik, telekomünikasyon endüstrisinin yapılanmasında dikkate alınan en önemli faktörlerden birisi olmuştur⁵⁵.

Telekomünikasyon işletmelerinin, ölçek ekonomilerinden elde ettiği maliyet avantajına ek olarak; birden fazla mal veya hizmeti, ayrı ayrı üretmelerindenense birlikte üretmeleri sonucu tasarruf sağlamaları da söz konusudur. Kapsam ekonomileri olarak bilinen bu avantaj; telekomünikasyon alanında örnek olarak vermek gerekirse, bir telefon şirketinin hem yerel hem de uzun mesafe telefon hizmetlerini birlikte vermesi sonucu ortaya çıkabilecektir⁵⁶.

Evlere kadar ulaşan temel telekomünikasyon şebekesi olan yerel şebeke, bu açıdan doğal tekel olarak nitelendirilmektedir. Telekomünikasyon sektörünü diğer doğal tekel niteliğe haiz sektörlerden ayıran en önemli özellik, sektörde faaliyet gösteren veya gösterebilecek olan aktörlerin çok sayıda olmasıdır. Temel telekomünikasyon hizmetlerini sağlayan sabit ve mobil telefon operatörlerinin dışında kablo-TV, elektrik, gaz, su, demiryolu gibi şebekelerin operatörlerinde kendi şebekeleri boyunca çekecekleri hatlar vasıtasıyla telekomünikasyon hizmetleri sağlama olanakları

⁵³ İçöz, s. 9.

⁵⁴ 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).

⁵⁵ Arıöz, Ali, "Telekomünikasyon Sektöründe Serbestleşme Süreci", Ankara 2005, s. 8.

⁵⁶ Topkaya, s. 7.

bulunmaktadır. Bu da sektörün doğal tekel niteliği gösteren bölümlerinin de rekabete açılabilmesini anlamına gelmektedir⁵⁷.

Bundan başka, doğal tekelerde hizmetler genellikle tüketiciye bir boru hattı, yol ya da teller vb. fiziki altyapılar aracılığıyla ulaştırıldığından, tüketicinin birden fazla hat üzerinden bu hizmeti alması tercih edilebilecek bir çözüm tarzı değildir. Bu nedenle, birden fazla hat veya şebekenin varlığını doğuracak yaklaşımlar kaynakların israfına sebep olur⁵⁸.

II- İLGİLİ PAZARIN TANIMLANMASI

1. İlgili Pazar

Rekabet Hukuku'nda pazar kavramı, antitrust pazar veya ilgili pazar olarak ifade edilmiştir. Ürünler ve bölgeler arasındaki rekabetçi etkileri ve baskıları dikkate alan ilgili pazarın kapsamı, AB Komisyonu'nun, ilgili pazarın tanımlanmasına yönelik yayınladığı Duyuru'da belirttiği gibi çoğunlukla diğer bağlamlarda kullanılan tanımlamalardan farklı olarak düzenlenmiştir⁵⁹. Bir X ürünü için ilgili pazar X'in satışını hissedilir derecede etkileyen ürün grubunu ifade etmektedir. Bu ürün grubunun yaratacağı rekabetçi baskıların ne kadar etkili olacağı birçok faktöre bağlıdır. Bunlar, ilgili teşebbüsün pazar payı, rakiplerin sayısı, birbirlerine rakip olan ürünlerdeki farklılaşma derecesi ve var olan rakiplerin yanı sıra piyasaya yeni bir ürün sunmanın kolaylığı olarak sıralanabilir. Bu sayılan faktörlerin bir anlam ifade etmesi için, pazarın doğru bir şekilde tanımlanması gereklidir. Özellikle pazar paylarının, pazar gücü ve pazardaki rekabetçi kısıtlamalar hakkında yeteri kadar bilgilendirici olmasını sağlamak için pazarlar tanımlanmalıdır⁶⁰.

Rekabet politikası etkin bir rekabet ortamının yaratılması ve sürdürülmesi ile ilgili olduğu için, iki ürünün aynı pazarda yer alıp almayacakları, ürünlerin arasındaki

⁵⁷ İçöz, s. 25.

⁵⁸ Ardiyok, Şahin, "Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli", Ankara 2002, s. 34.

⁵⁹ Çetinkaya, Murat, "İlgili Pazar Kavramı ve İlgili Pazar Tanımında Kullanılan Nicel Teknikler", Ankara 2003, s. 4.

⁶⁰ Pelanz, M, Introduction to the Economics of Competition Law, Seminar for the members of the Turkish Competition Authority, 30 Haziran 2000, College of Europe, Bruges, (Çetinkaya s. 4'den naklen).

ikamenin derecesine bağlıdır. İlgili pazar analizi bu ikame edilebilirlik fikrine daha somut bir anlam kazandırma çabasıdır. Bunun için de Rekabet Hukuku'nda pazar tanımı, bir teşebbüsün sattığı ürünün fiyatını belirleyebilme davranışı çerçevesinde yapılmaktadır⁶¹.

Komisyon da, Duyuru da ilgili pazarın ne olduğuna yönelik bir tanım yapmıştır. Duyuru'ya göre; İlgili Ürün Pazarı; “ürünün özellikleri, fiyatları ve kullanım amaçları açısından tüketici tarafından değiştirilebilen ya da ikame edilebilen bütün ürünleri ve/veya hizmetleri”, Coğrafi Pazar; “ilgili teşebbüslerin ürün ya da hizmetlerin arzı ile uğraştıkları, kendi içinde rekabet şartları belirgin bir şekilde farklı olduğu için bu bölgelerden ayırt edilebilen alanı” kapsar. Tanımlardan anlaşıldığı üzere, ilgili pazar kavramı temelde ürünlerin birbirleri ile ikame edilip edilemeyeceğine göre belirlenmektedir. Bir teşebbüsün var olan pazar gücünün üzerinde yoğunlaşılması anlamına gelen böyle bir yaklaşım, ekonomik pazar kavramından farklı bir antitrust pazar tanımına yol açmaktadır⁶². İlgili pazar tanımı ikame edilebilirliği göz önünde bulundururken hem talep hem de arz yönlü değerlendirmeleri hesaba katar. Talep açısından, ürünler alıcıların gözünde ikame edilebilir olmalıdır. Arz açısından ise ilgili ürünü veya bu ürüne yakın ikame bir başka ürünü üreten ya da üretim olanaklarını kolaylıkla bu ürünleri üretmek için kullanabilen teşebbüsler olarak değerlendirilir⁶³.

Pazar gücü, “fiyatı rekabetçi seviyeden daha yukarıda belirleyebilme gücü” veya “pazarda ürün fiyatı ve miktarını algılanabilir şekilde etkileyebilme yeteneği” olarak tanımlanmaktadır. Her iki tanımın da ortak yanı, belirli bir pazar gücüne sahip firmanın piyasa değişkenlerini etkileyebilecek güce sahip olduğunu vurgulamalarıdır⁶⁴. Yukarıda bahsetmiş olduğumuz pazar gücünün ölçülmesi için öncelikle pazarın tanımlanmasına ihtiyaç vardır.

Günümüze kadar değişik pazar tanımlamaları yapılmış olmakla birlikte, bütün amaçlara uygun tek bir pazar tanımı yoktur. İlgili pazarı Stigler ve Sherwin⁶⁵ “içinde

⁶¹ OFT (1992), Market Definition in UK Competition Policy, Office of Fair Trading Research Paper No:1, (Çetinkaya, s. 4'den naklen).

⁶² Çetinkaya, s. 5.

⁶³ Çetinkaya, s. 6.

⁶⁴ Su, Tahir Kemal, “Rekabet Hukukunda Teşebbüslerin Hâkim Durumun Belirlenmesinde Pazar Gücünün Ölçülmesi”, Ankara 2003, s. 3.

⁶⁵ Stigler, G ve Sherwin, R. (1985), The Extent of the Market, Journal of Law and Economics, (Su, s.

fiyatın belirlendiği alan”; Slesinger⁶⁶ “ürün ve coğrafi bölge açısından, yaptıkları alış ve satışlarla denge fiyatını oluşturan alıcı ve satıcılar grubu”; Shepherd⁶⁷ “birbirleriyle ikame edilebilirliği yüksek olan ürünleri değiştiren alıcı ve satıcılar grubu” şeklinde tanımlamışlardır. Ürünü baz alan bu tanımlamaların dışında, Scheffman&Spiller’in⁶⁸ “potansiyel pazar gücünü elinde bulunduran en küçük ilgili grup” tanımı ile Areeda ve Turner’in⁶⁹ “pazar gücüne sahip olabilen bir firma veya anlaşma ile biraraya gelmeleri ya da birleşmeleri ile ortaya çıkacak firmalar grubu” tanımı, ilgili pazarın belirlenmesinde pazar gücünü esas almaktadır. Werden⁷⁰ de, pazarın pazar gücü esasında tanımlanmasına katılmaktadır, ancak pazar tanımlamasının firmalar değil ürünün özellikleri baz alınarak yapılmasını şiddetle savunmaktadır. Werden, Rekabet Hukuku’nda pazar tanımlamasını amaç değil, amaca ulaşmak için bir vasıta, pazarları da pazar gücü ile ilgili konuların değerlendirilmesinde yardımcı olacak araçlar olarak görmüş; pazar tanımlaması yapmadan önce pazar gücünü kimin, kime karşı ve nasıl kullandığını ortaya koymak gerektiği düşüncesiyle, pazarı üzerinde önemli miktarda pazar gücü kullanılabilen bir grup ürün ve alan olarak tanımlamıştır⁷¹. Bütün bu tartışmalar, pazar gücü ile ilgili pazarın birbirleriyle ne kadar bağlantılı kavramlar olduğunu ortaya koymaktadır.

Hâkim durumun belirlenmesinde öncelikle ilgili piyasanın incelenmesi gerekir. İlgili piyasa ya da ilgili pazarın tespiti sadece hâkim durumun kötüye kullanılmasında değil, teşebbüslerarası anlaşmalar, teşebbüs birliği kararları ve uyumlu eylemler yoluyla gerçekleştirilen rekabet ihlallerinde de önem taşıdığı gibi, yoğunlaşmaların denetlenmesinde de büyük önem taşımaktadır⁷². Avrupa Birliği uygulamasında ilgili piyasa ya da diğer bir deyişle ilgili pazar, hâkim durumun kötüye kullanılmasında yapılan değerlendirmelerde ve yoğunlaşmaların denetlenmesinde yapılan değerlendirmelerde benzer şekilde yorumlanmaktadır. Komisyon’un ilgili piyasanın

4’den naklen).

⁶⁶ Slesinger, R. (1995), The Use of Economic Analysis by the Supreme Court in Applying the Concept of the Relevant Market, European Journal of Law and Economics, (Su, s. 4’den naklen).

⁶⁷ Shepherd, W.G. (1990), The Economics of Industrial Organization, Third Edition, Prentice- Hall International Inc, New Jersey, (Su, s. 4’den naklen).

⁶⁸ Scheffman, D. Ve Spiller, P. (1987), Geographic Market Definition under the US Department of Justice Merger Guidelines, Journal of Law and Economics, Vol. 30, s. 123-47, (Su, s. 4’den naklen).

⁶⁹ Schmalensee, R. (1987), Standards for Dominant Firm Conduct: What can Economics Contribute?, The Economics of Market Dominance, s. 61-88, (Su, s. 4’den naklen).

⁷⁰ Werden, G. (1992), Four Suggestions on Market Delineation, The Antitrust Bulletin, Vol: 37, No: 1, s. 107-21., (Su, s. 5’den naklen).

⁷¹ Su, s. 5.

⁷² Güven, s. 275.

tanımı hakkında yayınladığı bir Duyuru bulunmaktadır⁷³. Bu Duyuru’da ilgili piyasanın tanımı, belirlenmesi, piyasa payının hesaplanması ile ilgili açıklamalar yer almıştır. Duyuru’nun amacı, Topluluk Rekabet Hukuku’nun uygulanmasında ilgili ürün ve ilgili coğrafi piyasa kavramının ne şekilde yorumlandığı konusunda yol göstermektir⁷⁴.

Rekabet Kurulu “İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz”u kabul etmiştir⁷⁵. Kılavuzda ilgili pazar, ilgili pazarın tanımında dikkate alınan kriterler, pazar paylarının hesaplanması ve dikkate alınacak diğer noktalarla ilgili ayrıntılara yer verilmiştir. “İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz”da, pazar tanımının, teşebbüsler arasındaki rekabetin sınırlarını tespit etmekte kullanılan bir araç olduğu ve RK’nun rekabet politikası uygulamasının çerçevesini belirlemesine olanak verdiği, pazar tanımlamasının temel amacının, incelenen teşebbüslerin karşı karşıya buldukları rekabet koşullarının belirlenmesi olduğu ifade edilmektedir. Kılavuz’a göre, bir pazarı hem ürün hem de coğrafi bölge boyutlarıyla tanımlamaktaki amaç, incelenen teşebbüslerin davranışlarını sınırlama ve etkin bir rekabetçi baskıdan bağımsız olarak davranmalarını önleme gücüne sahip rakiplerin ortaya çıkarılmasıdır⁷⁶. Kılavuzda genellikle teşebbüslerin pazar kavramını ürünlerini sattıkları alanı ya da daha geniş olarak, mensup oldukları endüstri veya sektörü ifade etmek için kullandıkları, ancak Rekabet Hukuku uygulamalarında ilgili pazar kavramının genellikle başka alanlarda kullanılan pazar kavramlarından farklı olduğu, bu Kılavuz’un yayınlanmasındaki amacın da RK’nun pazar tanımını yaparken izlediği yöntemi ve bir karara varırken dayandığı kriterleri olabildiğince açıklıkla belirtmek ve böylece teşebbüsler açısından doğabilecek belirsizlikleri en aza indirmek olduğu ifade edilmiştir.

İlgili piyasanın belirlenmesinde talep ve arz ikamesine eşdeğer önem verilmesi, talep ve arz ikamesinin durağan olarak değerlendirilmemesi ve gelecekle ilgili projeksiyonların değerlendirmeye alınarak ilgili piyasanın sınırlarının belirlenmesi gerektiği unutulmamalıdır. Bu yaklaşım ilgili piyasanın belirlenmesinde teknoloji ve ekonomideki değişmelerin dikkate alınmasını mümkün hale getirecektir.

⁷³ Commission Notice on the Definition of Relevant Market for the 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, s. 147, (Güven, s. 276’dan naklen).

⁷⁴ Güven, s. 277.

⁷⁵ Kılavuz için bkz. www.rekabet.gov.tr.

⁷⁶ Güven, s. 277.

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 geçerlidir⁷⁷. Komisyon, “Rekabet Kurallarının Telekomünikasyon Sektöründeki Erişim Anlaşmalarına Uygulanmasına İlişkin Komisyon Tebliği’nde⁷⁸” 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 getirilmiştir⁷⁹. Komisyon, daha detaylı tanımlamalara yer vermemiştir. Yeni teknolojilerle birlikte yaklaşan pazarlar, Komisyon’un bu tavrının ne derece doğru olduğunu ortaya koyduğunu göstermektedir⁸⁰.

1.1. 4054 Sayılı Kanun’da İlgili Pazar Kavramı

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da AB ve ABD’deki temel yasalarda olduğu gibi ilgili pazarın ne olduğu ve nasıl tanımlandığına ilişkin net bir tanımlama bulunmamaktadır. Bunun yanı sıra RK’nda piyasa ve ilgili piyasa kavramı açıkça yer almaktadır. Kanun’un “Amaç ve Kapsam” maddelerinde “Türkiye Cumhuriyeti sınırlarından” ve “mal ve hizmet piyasalarından” bahsedilmekle beraber “Tanımlar” bölümünde mal ve hizmet tanımı yapılarak, ilgili pazarda hem mal ve hem de hizmetlerin ürün olarak kabul edilebileceği belirtilmiştir. Kanunda rekabete aykırı anlaşmalar “belirli bir mal veya hizmet piyasasında” rekabeti bozuyorsa hukuka aykırı kabul edilirken, Kanun’un 6’ncı ve 7’inci maddelerinde de “ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durum” dan bahsedilmektedir. Bunun yanı sıra, bir anlaşmaya muafiyet verilebilmesi için, “ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması” da bulunması gereken durumlar arasındadır.

⁷⁷ Garzaniti, L, Telecommunications Broadcasting and the Internet E.U. Competition Law and Regulation, Sweet&Maxwell, London 2000, (Topkaya, s. 16’dan naklen).

⁷⁸ Notice on the Application of the Competition Rules to Access Agreements in the Telecommunications Sector Framework, Relevant Markets and Principles, OJ C 265, 1998.

⁷⁹ Erişim Tebliği, par. 45.

⁸⁰ Topkaya, s. 16.

1.2. Birleşme ve Devralma Tebliğinde İlgili Pazar Kavramı

1997/1 sayılı Birleşme Tebliği’de⁸¹ pazar tanımının nasıl yapılacağına ilişkin bazı açıklamalarda bulunmak mümkündür. Şöyle ki; Birleşme Tebliği madde 4’ göre

“Ülkenin önemli bir bölümünden oluşan coğrafi pazar, teşebbüslerin mal ve hizmetlerinin arz ve talebi konusunda faaliyet gösterdikleri, rekabet koşullarının yeterli derecede homojen ve özellikle de rekabet koşulları komşu bölgelerden hissedilir derecede farklı olduğu için bu bölgelerden kolayca ayrılabilen bölgelerdir. Coğrafi pazar değerlendirilmesi yapılırken, özellikle ilgili mal ve hizmetlerin özellikleri ile tüketici tercihleri bakımından giriş engellerinin, ilgili bölge ile komşu bölgeler arasında teşebbüslerin pazar payları veya mal ve hizmetlerin fiyatları bakımından hissedilir bir farklılığın varlığı gibi unsurlar dikkate alınır. İlgili ürün pazarının tespitinde, birleşme veya devralma konusu olan mal ve hizmetlerle, tüketici gözünde fiyatı, kullanım amaçları ve nitelikleri bakımından aynı sayılan mal veya hizmetlerden oluşan pazar dikkate alınır; tespit edilen pazarı etkileyebilecek diğer unsurlar da göz önüne alınır.”

Birleşme Tebliği’nde, genelde talep yönlü bir analiz benimsenmiş olmakla birlikte, arz yönlü analizden ise hiç bahsedilmemiştir. Yalnızca “diğer unsurlar” şeklinde bir atıf yapılarak talep dışındaki faktörlerin de göz önüne alınacağı ifade edilmiştir. Talep yönlü bir analizde de özellikle “ürün fiyatı, ürünün özellikleri ve kullanım amacı” ölçüt olarak kabul edilmiştir. Coğrafi pazarın tespit edilmesinde homojen rekabet şartlarından bahsedilerek, pazarın sınırları belirlenirken özellikle, ürünün nitelikleri, giriş engeli, pazar payı farklılığı ve fiyat farklılığı gibi unsurların dikkate alınacağı ifade edilmiştir⁸².

2. Hâkim Durumun Belirlenmesinde İlgili Pazardaki Pazar Payı

Hâkim durumun belirlenmesindeki ölçütlerden bir diğeri de pazar payıdır. Yukarıda bahsetmiş olduğumuz üzere; hâkim durumun iktisadi karşılığı olan “pazar gücünün” bu kavramı karşılayabileceği ancak pazar payının her zaman pazar gücünü tam olarak yansıtamayacağı ifade edilmiştir. Doktrinde de belirtildiği üzere, ekonomik ve finansal güç, güçlü dağıtım ağı, sahip olunan teknoloji gibi çeşitli açılardan güçlü

⁸¹ 12 Ağustos 1997 tarih ve 23078 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan, 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliği.

⁸² Çetinkaya, s. 15.

olan bir teşebbüs, ilgili piyasadaki pazar payı düşük olmakla birlikte piyasadaki rekabeti sınırlandıracak bir güce sahip olabilecektir⁸³. Örneğin düşük pazar payına sahip olan bir teşebbüs rakip teşebbüslere zarar vermek, onları piyasa dışına çıkartabilmek için yıkıcı fiyatlandırma yapabilir. Yerleşik ve yüksek pazar paylarına sahip olan teşebbüslerin faaliyette bulunduğu bir piyasada faaliyette bulunan büyük bir ekonomik güce sahip olan ancak düşük pazar payı olan uluslararası bir firma bu ekonomik gücün verdiği destekle, pazarda daha fazla paya sahip olabilmek için rekabet ihlaline yol açabilecektir. Yıkıcı fiyat uygulaması teşebbüsün, diğer ekonomik kaynaklarından destek aldığı için, kendisine çok fazla zarar vermeyecek olsa bile rakiplerine zarar verebilecektir⁸⁴.

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. Ancak teşebbüslerin pazar paylarının büyüklüğü her zaman doğrudan hâkim durumda oldukları sonucunu ortaya koymaz. Çoğu kez hâkim durumda bulunan teşebbüsler aynı zamanda da büyük pazar paylarına sahip olduklarından doğal olarak pazar payının yüksekliği hâkim durumun belirlenmesinde önemli kriterlerden birisi olarak değerlendirilmektedir⁸⁵.

3. Telekomünikasyon Sektöründe İlgili Piyasanın Tanımlanması

Telekomünikasyon sektöründe ilgili piyasaların tanımlanması ve düzenlemeye tabi olacak işletmecilerin belirlenmesi, bu işletmecilerin piyasaya giriş engelleri oluşturabilecek ve/veya rekabeti bozucu mahiyette değerlendirilebilecek faaliyetlerinin öncül (ex-ante) düzenleme çerçevesinde ele alınması önem taşımaktadır. Buna ilişkin olarak Avrupa Birliği Komisyonu tarafından yayımlanan ilgili piyasalara yönelik tavsiye kararı doğrultusunda ilgili piyasa tanımlarının ve piyasa analizlerinin yapılması öngörülmüştür⁸⁶.

Düzenleyici kurumlar tarafından piyasa tanımlaması, düzenleme yapılacak alanın belirlenmesi ve yapılan düzenlemelerin amacına ulaşması açısından önem arz

⁸³ Güven, s. 302.

⁸⁴ Güven, s. 303

⁸⁵ Güven, s. 303.

⁸⁶ Piyasa Analizi Çalışmaları, s. 3.

etmektedir. İşletmecilerin piyasada sahip oldukları gücü tespit etmek için baz alınması gereken ilgili piyasanın; işletmecilerin ürettikleri ürünlerin oluşturduğu piyasa mı, tüketici kitlesi mi yoksa bu işletmeci ile rekabet halinde olan bütün işletmecilerin dahil edilecekleri işletmeciler grubu mu olduğunun belirlenmesi gereklidir⁸⁷. Avrupa Birliğinde düzenleyici kurumlar, telekomünikasyon sektöründe daha ziyade 2002 öncesi, Rekabet Hukuku ilkelerinden bağımsız olarak düzenlenecek alanları belirlemiş ve buna bağlı olarak düzenlemelerini gerçekleştirmişlerdir. 2002 sonrasında ise ilgili piyasa tanımlamaları Avrupa Komisyonu tarafından Rekabet Hukuku ilkeleri kapsamında yapılmaya başlanmıştır. Diğer bir deyişle ilgili piyasa kavramı, düzenleyici kurumların gündemine 2002 sonrası Çerçeve Direktif'e bağlı olarak girmiştir⁸⁸. Ayrıca telekomünikasyon sektöründe pazar gücünün hesaplanmasında dikkate alınacak temel faktörler gelir, taşınan trafik miktarı ve ilgilenilen pazardaki abone sayısıdır.

- Komisyon Önerilerinde Belirtilen İlgili Piyasalar;

Komisyon Tavsiyesi'nde ikame edilebilirlik kriterinin birer izdüşümü olan ve bir mal veya hizmet talebinin, o mal veya hizmetin fiyatında, tüketicinin gelirinde ve diğer mal veya hizmetlerin fiyatlarındaki değişmelere olan duyarlılığını ifade eden talep esnekliği ile bir mal veya hizmetin arzının, o mal veya hizmetin fiyatındaki değişmelere olan duyarlılığını ifade eden arz esnekliği'nin ilgili pazarın belirlenmesinde oynadığı rol ve uygulanma biçimi açıklanmaya çalışılmıştır. Arz ve talep esnekliğine göre Komisyon, 11 Şubat 2003 tarihli tavsiyesi kapsamında telekomünikasyon sektöründe perakende ve toplam pazar başlıkları altında toplam 18 adet piyasa belirlemiştir⁸⁹. Komisyon tarafından belirlenen ilgili piyasalar şunlardır;

- Perakende düzeyde ilgili piyasalar;

- 1- Sabit bir yerde mesken kullanıcıları için kamu telefon şebekesine erişim,
- 2- Sabit bir yerde mesken kullanıcıları dışındaki kullanıcılar için kamu telefon şebekesine erişim,

⁸⁷ Piyasa Analizi Çalışmaları, s. 4.

⁸⁸ Akpınar, Ömer Fatih, "Mobil Çağrı Sonlandırma Hizmetleri Piyasasında Etkin Piyasa Gücü Kavramı; Türkiye İçin Model Önerisi", Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi, Şubat 2005, s. 76-77, (Piyasa Analizi Çalışmaları, s. 5'den naklen).

⁸⁹ Piyasa Analizi Çalışmaları, s. 10.

- 3- Sabit bir yerde mesken kullanıcılarına sunulan yerel ve/veya ulusal kamu telefon hizmetleri,
- 4- Sabit bir yerde mesken kullanıcıları dışındaki kullanıcılar için sunulan yerel ve/veya ulusal kamu telefon hizmetleri,
- 5- Sabit bir yerde mesken kullanıcılarına sunulan uluslararası kamu telefon hizmetleri,
- 6- Sabit bir yerde mesken kullanıcıları dışındaki kullanıcılar için sunulan uluslararası kamu telefon hizmetleri,
- 7- Asgari kiralık hat grubu

- Toptan düzeyde ilgili piyasalar;

- 8- Sabit bir yerde sunulan kamu telefon şubesindeki çağrı başlatma,
- 9- Sabit bir yerde sunulan bireysel kamu telefon şebekesinde çağrı sonlandırma (sabit bir yerde sunulan kamu telefon şebekesindeki çağrı başlatma ve transit hizmetlerini içermemektedir.)
- 10- Sabit kamu telefon şebekelerindeki transit hizmetler (sabit bir yerde sunulan kamu telefon şebekesindeki çağrı başlatma ve sonlandırma hizmetlerini içermemektedir.)
- 11- Genişbant ve ses hizmetlerinin sunumu için bakır kablo ağına paylaşımlı erişimi de içeren toptan ayrıştırılmış erişim hizmetleri,
- 12- Veri akış erişimini içeren toptan geniş bant erişimi,
- 13- Toptan kiralık hat sonlandırma (terminating) kısmı,
- 14- Toptan kiralık hat omurga (trunk) kısmı,
- 15- Kamu mobil telefon şebekelerinde erişim ve çağrı başlatma piyasası,
- 16- Her bir mobil şebekede çağrı sonlandırma piyasası,
- 17- Kamu mobil şebekelerinde uluslararası dolaşıma yönelik toptan ulusal piyasa,
- 18- Son kullanıcılara yayın içeriği sunmak için yayın transmisyon hizmetleri piyasası,

Komisyon tarafından belirlenen telekomünikasyon piyasası sadece sayılan piyasalarla sınırlı olmamalıdır. 2003 yılından itibaren teknolojinin günden güne geliştiği ülkemizde (örneğin numara taşınabilirliği, yalın DSL hizmeti vs.)

telekomünikasyon piyasasının bu çerçeve sınırları içinde piyasa değerlendirmesi yapılması doğru olmayacaktır. Bunun yanı sıra, PSTN'e rakip olarak piyasaya giren VoIP (Internet Telephony veya IP-Telephony olarak bulunan da bilinen üst kavramların altında yer alan kavram, Intrnet Protokolü (IP) üzerinden ses iletimini tanımlayan bir kavramdır) uygulaması telekomünikasyon alanında kullanıcılara yeni imkânlar sunarak, özellikle görüşme ücretlerinin VoIP hizmetlerinin, özellikle PSTN'e kıyasla görüşme ücretlerinin düşük olmasının telekomünikasyon sektöründe rekabete bir hareketlenme ve hizmet çeşitliliği getirdiği görülmektedir. Bkz: Bozbel, Savaş; "VoIP Regülatif Açından Türkiye'deki Hukuki Durumun Diğer Ülkelerle Değerlendirilmesi", Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Dergisi, Kasım 2005, <http://www.e-akademi.org/makaleler/sbozbel-4.htm> 02.11.2005.

4. İlgili Pazarın Sınıflandırılması

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

4.1. İlgili Ürün Pazarı

İlgili pazar tanımının ilk aşaması ürün pazarının tespit edilmesidir. Ürün (mal veya hizmet) pazarını tanımlamak için, analize belirli bir üründen (ya da ürün grubundan) başlamak gerekir. Ürün pazarı, herhangi bir üründen hareketle tanımlanır, ancak pazar genellikle başlangıç noktası olan bu üründen daha geniş bir ürün yelpazesini kapsayabilir⁹⁰. İlgili ürün pazarı, birbirleriyle ikame edilebilen ürünlerden oluşan pazardır. İkame edilebilirliğin belirlenmesinde esas alınan iki nokta, "talep ikame edilebilirliği" ve "arz ikame edilebilirliği"dir⁹¹. Bunları belirlemek için, bir ürünün fiyatında meydana gelen değişikliklere karşı arzın (arz esnekliği) ve talebin (talep esnekliği) gösterdikleri duyarlılığı saptamak gerekmektedir. Ayrıca bir ürünün fiyatında meydana gelen değişikliğin, bir başka ürünün tüketim miktarında neden olduğu değişikliği ifade eden çapraz esneklik de ilgili ürün pazarı analizlerinde yararlı

⁹⁰ Çetinkaya, s. 17.

⁹¹ Department of Justice and Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines, 1992, (Su, s. 5'den naklen).

olmaktadır. İlgili pazar Avrupa Birliği Komisyonu ve Rekabet Kurulu tarafından firma bazında değil, ürün bazında tanımlanmaktadır⁹². ABD Yatay Birleşmeler Rehberi'nde ilgili pazarla ilgili olarak; bir ürün ya da ürün grubu ve bunların üretildiği veya satıldığı coğrafi alan şeklinde bir tanım yapılırken, Avrupa Birliği'nde Komisyon'un ilgili pazarla ilgili Duyurusunda, ilgili ürün pazarı; ürünün özellikleri, fiyatı, kullanım amacı açısından tüketici tarafından değiştirilebilen ya da ikame edilebilen bütün ürün veya hizmetleri kapsayan pazar olarak tanımlanmıştır⁹³. İlgili ürün pazarının, diğer bir ifade ile ilgili mal ya da hizmet pazarının belirlenmesi ayrıntılı ekonomik analizlerin yapılmasını gerektirir.

İlgili ürün piyasası, tüketici tarafından ürünün karakteristik özellikleri, fiyatı ve kullanım amaçları bakımından birbiriyle değiştirilebilir ya da ikame edilebilir olan malları ya da hizmetleri kapsar. Ayrıca ilgili ürün pazarı, fiziksel ve teknik özellikleri büyük oranda aynı olan ve birbirleriyle değiştirilebilen bir dizi mal ya da hizmetten meydana gelir. İlgili ürün piyasasının belirlenmesinde rekabet şartları, fiyatlar, talepteki çapraz fiyat elastikiyeti gibi faktörler de önem taşır⁹⁴. İlgili mal ya da hizmet, diğer bir ifade ile ilgili ürün piyasası ve coğrafi piyasasının tanımı, etkilenen piyasalar kavramı ile de yakından ilgilidir.

Etkilenen piyasa, ilgili mal ya da hizmet piyasasında teşebbüslerin herhangi birinin faaliyette bulunduğu, aşağı ve yukarı pazarları olduğu gibi yatay komşu pazarları da kapsar. Dolayısıyla etkilenen pazarlar, işlemi gerçekleştiren teşebbüslerin faaliyette bulunduğu yatay komşu pazarlar olabileceği gibi ilgili ürün piyasasının aşağı ve yukarı pazarları da olabilir. Avrupa Birliği uygulamasında Komisyon, ilgili ürün pazarı ve yapılan işlemde etkilenecek pazarlar şeklinde ikili bir ayırım yapmaktadır. İlgili mal yada hizmet piyasasını belirlemede fiyat artışı önemli diğer bir etkidir. Avrupa Birliği'nde Komisyon'un ilgili piyasa/pazar hakkındaki Duyuru'sunda ilgili ürün pazarını belirlemede SSNIP (small but significant non-transitory increase in price) yönteminin kullanıldığını görmekteyiz. Bu teste göre, ilgili mal ya da hizmete küçük fakat önemli, kalıcı bir fiyat artışı uygulanır. Fiyat artışı sonucunda tüketicilerin tercihlerinde meydana gelen değişiklikler incelenir. Tüketici tercihleri bir başka ürüne

⁹² Şenyücel, Orçun/ Aktaş, Cihan, "İlgili Pazar Kavramı", Rekabet Dergisi, C: 1, S: 2, Haziran 2000, s. 39.

⁹³ Çetinkaya, s. 5.

⁹⁴ Çetinkaya, s. 30.

yöneliyorsa, bu ürünlerin arasında talep ikamesi olduğu kabul edilir ve bu ürünler aynı piyasa içinde değerlendirilir⁹⁵. İlgili ürün pazarı sadece teşebbüsler tarafından üretilen malları değil, sunulan hizmetleri de kapsar⁹⁶. İlgili ürün piyasasının tanımlanmasında ürünün sadece fiziksel özellikleri değil kullanım amacı da dikkate alınır. Tüketici görüşleri, tercihleri, ürünün fiyatı, temizliği, pratikliği, sağlıklı oluşu gibi çeşitli unsurlar birlikte değerlendirilir.

İlgili ürün pazarının tanımlanmasında kullanılan en önemli yöntem olan ikame esnekliği analizinin hizmetlerarası idraki güç farklılıklar barındıran ve birbiriyle arabağlantılı veya geçişken şebekelerin mevcut olduğu telekomünikasyon sektöründe uygulanması birtakım zorluklar yaratabilmektedir⁹⁷. Sadece sabit şebeke üzerinden telefon görüşmelerinin yapılabildiği dönemlerin aksine, günümüzde aynı şebeke üzerinden birden fazla hizmetin alınıyor veya birbirlerini ikame edebilecek hizmetlerin farklı şebekeler üzerinden sunuluyor olması, ikame esnekliği analizinin yapılmasını daha da güçleştirmektedir. Örneğin uluslararası telefon ve veri hizmeti almak isteyen büyük bir firma ister tüm bu hizmetleri kendisine noktadan noktaya bağlantı sunabilen bir telekomünikasyon operatöründen alabilmekte, hatta isterse diğer şebekelerle arabağlantılar yoluyla faaliyet gösteren daha küçük şebekelere sahip operatörler aracılığıyla ihtiyaçlarını karşılayabilmektedir. Ya da internet erişimi satın almak isteyen bir kullanıcı kablo-TV, ISDN, ADSL ve yeni uygulamaya başlanılan yalın DSL gibi birçok değişik seçenекle karşı karşıya kalabilmektedir. Dolayısıyla çoğu rekabet otoritesi teknoloji odaklı bir yaklaşım yerine, müşteriler tarafından birbirinin ikamesi olarak görünen ürünlerin gruplandırılması esasına dayanan müşteri odaklı bir yaklaşımı benimsemektedir⁹⁸.

Telekomünikasyon hizmetlerine yönelik pazar tanımında Rekabet Kurulu bir kararında, telekomünikasyon hizmetlerinin “toptan” ve “perakende” olarak ikiye ayrılmış olduğunu ve ayrı pazarlar olarak kabul edildiğini belirtmiştir. Böyle bir ayırım yapılmasının en önemli nedeni, her iki grubun taleplerinin birbirinden farklı olmasıdır. Perakende tüketiciler genellikle sadece kendilerine ulaşan ürün veya hizmetleri tüketme

⁹⁵ Çetinkaya, s. 30.

⁹⁶ Aslan, AT Rekabet Hukuku, s. 213.

⁹⁷ Arıöz, s. 21.

⁹⁸ ITU (2002), Competition Policy in Telecommunications, Document No: CPT/04, (Arıöz, s. 21’den naklen).

eğiliminde iken, toptan hizmet satın alan teşebbüsler, bu hizmetleri, sundukları hizmetin girdisi olarak temin etmektedir⁹⁹. Kararın devamında telekomünikasyon hizmetleri ile ilgili yapılan pazar tanımlamalarında 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) üzerinden 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. 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. İlgili ürün pazarı analizi 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

⁹⁹ RK Kararı, D. 2005-2-51 (Özelleştirme Nihai Bildirim), K. 05-48/681-175, T. 21.7.2005.

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 tanımamaları, 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 ayrılacaktır. 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, dar bant internet erişim hizmetleri pazarı, geniş bant internet erişim hizmetleri pazarı, veri hizmetleri pazarı, ulusal ve uluslararası hizmetler pazarı, internet arabağlantı hizmetleri pazarı gibi ürün pazarları tanımlanmıştır.

4.2. İlgili Coğrafi Pazar

Bir rekabet incelemesinde, ilgili ürün pazarı belirlendikten sonra yapılacak iş, ilgili coğrafi pazarın sınırlarının tespit edilmesidir. AB Komisyon Duyurusu'nun ifadeleri doğrultusunda coğrafi pazar da ürün pazarı gibi yukarıda bahsetmiş olduğumuz SSNIP yaklaşım çerçevesinde belirlenebilir. Fiyat artışı sonucunda tüketicilerin başka bir bölgedeki ürüne yönelmesi söz konusu ise bu durumda ilgili coğrafi pazar bu bölgeleri de kapsayacak şekilde yorumlanır. Coğrafi pazar kısaca bir firmanın pazar gücünü kullanabildiği en küçük alanı ifade eder¹⁰⁰. Ayrıca “Avrupa Komisyonu Pazar Tanımı Hakkında Duyurusu'nda” coğrafi pazarı, “*rekabet şartlarının yeteri kadar homojen ve kabul edilebilir düzeyde farklı şartlara sahip komşu alanlardan ayırt edilebilen alan*” olarak tanımlamaktadır. United Brands davasında Komisyon, içinde rekabet şartlarının yeterince homojen olduğu alan olarak ilgili ürün pazarını tanımlamış ve ortak pazar içerisinde yer alan diğer ülkelerden farklı olarak, Fransa, İtalya ve İngiltere'yi, bu ülkelerdeki ithalat şartlarının değişik olması, rekabet şartlarının yeterince homojen olmaması gerekçesiyle ilgili ürün piyasası kapsamı dışında bırakmıştır¹⁰¹. 4054 sayılı Rekabet Kanunu'nun “Kapsam” başlıklı 2. maddesinde

¹⁰⁰ Çetinkaya, s. 17.

¹⁰¹ Tekinalp, Gülören/ Tekinalp, Ünal, (Tekinalp/Tekinalp), “Avrupa Birliği Hukuku”, İstanbul 2000, s.

“Türkiye Cumhuriyeti Sınırları İçinde” denilerek, coğrafi pazarın üst sınırı belirlenmiştir.

“1997/1 Sayılı Birleşme ve Devralmalar Tebliği” madde 4/4’te yapılan tanıma göre coğrafi pazar, teşebbüslerin mal ve hizmetlerin 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 bölgeler olarak tanımlanmıştır.

Rekabet Kurulu’nun yayınladığı “Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararlarının İsteğe Bağlı Bildirimine İlişkin Kılavuz’a” ek’li Bildirim Formu’nda ise ilgili coğrafi pazar; ilgili teşebbüslerin mal ve hizmetlerinin arz ve talebi konusunda faaliyet gösterdikleri, rekabet koşullarının yeterli derecede homojen olduğu ve özellikle rekabet koşulları komşu bölgelerden kayda değer ölçüde farklı olduğu için o bölgelerden ayrılabilen bölgeler olarak tanımlanmıştır. Bu sebeple ilgili coğrafi pazarı belirlemede; ürünlerin yapısı ve nitelikleri, giriş engellerinin veya tüketici tercihlerinin varlığı, komşu bölgeler arasında teşebbüslerin pazar paylarındaki gözle görülür derecede değer farklılıkları veya önemli fiyat farklılıkları ile taşıma maliyetleri dikkate alınabilecektir.

Rekabet Kurulu’nun yayınladığı “İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz’a” göre RK, coğrafi pazar’a ilişkin bir karar alırken göz önüne aldığı kriterler Kılavuz’da ayrıntılı olarak belirtilmiştir¹⁰².

442-443.

- ¹⁰² (32) Siparişlerin geçmişte başka bölgelere kaydığını gösteren bulgular: Farklı bölgeler arasında fiyat farklılıkları ve müşterilerin verdiği tepkiler, coğrafi pazarın tanımlanması açısından önemli bilgiler içermektedir.
- (33) Özel olarak pazarı belirlemek için geliştirilmiş nicel testler: Genellikle ürün pazarı tanımlamasında kullanılan nicel testler, coğrafi pazar tanımlamasında da kullanılabilir. Kurul, ürün pazarında olduğu gibi sağlam temellere dayalı analizleri göz önüne alır.
- (34) Talebin temel özellikleri: İlgili ürüne olan talebin yapısı coğrafi pazarın kapsamını tek başına belirleyebilir. Bölgesel tercihler, yerel markalara bağlılık ve bölgesel pazarda fiili olarak bulunma gerekliliği gibi faktörler, rekabetin coğrafi kapsamını sınırlamak yönünde güçlü bir potansiyele sahiptir.
- (35) Müşterilerin ve rakiplerin görüşleri: Pazarın kapsamını belirlemek amacıyla inceleme taraflarının belli başlı müşterileri ve rakipleriyle temas kurulabilir.
- (36) Satın almaların mevcut coğrafi eğilimi: Müşterilerin satın almalarının coğrafi eğiliminin incelenmesi, coğrafi pazarın olası kapsamı hakkında faydalı bilgiler sağlar. Müşterilerin, Türkiye’nin değişik yerlerinde bulunan teşebbüslerden aynı koşullarla alım yaptıkları ya da malzeme ihtiyaçlarını Türkiye’nin herhangi bir yerinde faaliyet gösteren teşebbüslerin teklif verdiği ihale yöntemleriyle karşılayabildikleri durumlarda genellikle coğrafi pazar Türkiye

İlgili coğrafi pazar ülkenin geneli olabileceği gibi ülkenin bir kısmı da olabilir. Ayrıca aynı şehir içerisinde iki ayrı coğrafi pazar belirlenebilir.

Başka bir tanımla ilgili coğrafi piyasa, Rekabet Hukuku alanında ilgili şirketlerin mal ve hizmetlerini sattıkları ve rekabet koşullarının yeterince yeksenak olduğu alan olarak tanımlanmıştır¹⁰³. Coğrafi piyasanın belirli bir ürün piyasasında faaliyet gösteren veya potansiyel olarak bu pazara girebilecek bütün şirketleri kapsayacak şekilde tanımlanması gerekmektedir. Bu nedenle coğrafi piyasa, hâkim durumda olup olmadığı araştırılan teşebbüsün faaliyette bulunduğu coğrafi alanda bulunan diğer şirketlerin yanı sıra, bu alanda faaliyet göstermeyen ancak kalıcı ve önemli bir fiyat artışı sonrasında bu coğrafi alana girebilecek diğer şirketleri de kapsamalıdır¹⁰⁴.

Telekomünikasyon sektörü günümüzde şebekelerin birbirleriyle irtibatlandırıldığı ve tam anlamıyla coğrafi sınırların ayrıştırılmadığı bir sektör haline gelmiştir. İlgili ürün pazarının tespitine dair kullanımında birtakım sıkıntılar yaşanmakla birlikte, ikame esnekliği analizi ABD’de ve AT’de ilgili coğrafi pazarın belirlenmesinde sıklıkla kullanılmaya başlanmıştır. Örneğin öncelikle noktadan noktaya pazarlar belirlenmekte daha sonra benzer pazar ve düzenleme koşullarına sahip pazarlar bir arada gruplandırılmakta ve tek bir pazar olarak addedilmektedir. AT’de benzer bir yöntem izlemekte ve işe rekabet ve düzenleme koşullarının yakın olduğu coğrafi alanı tanımlamakla başlamaktadır. Topluluk bu yaklaşımı kullanırken aynı zamanda arabağlantı ve ulusal dolaşım anlaşmalarının varlığını (veya yokluğunu) coğrafi pazarı

Cumhuriyeti’dir.

(37) Ticaret akımları/Mal sevkiyatı eğilimleri: İlgili ürünlere dair yeterli istatistiklerin mevcut olması koşuluyla, ticaret akımı bilgilerinin kullanılması yoluna gidilebilir. Ticaret akımları ve daha önemlisi bu akımların ardında yatan gerekçeler, coğrafi pazarın kapsamını belirlemek açısından çok yararlı olacak görüş ve bilgiler sağlamakla birlikte tek başlarına kesin sonuca varmak için yeterli değildir.

(38) Siparişlerin başka bölgelerdeki teşebbüslere kaydırılmasıyla ilgili engeller ve değişik maliyetleri: Nakliye maliyetlerinin yüksekliği ya da ilgili ürünün niteliklerinden kaynaklanan çeşitli sınırlamalar müşterilerin alımlarını başka bölgelere kaydırmalarını engelleyebilir. Nakliye maliyetlerinin etkisi çoğunlukla büyük hacimli, düşük değerli ürünlerde görülmektedir. Ancak burada nakliye dezavantajının başka maliyetlerdeki (işgücü veya hammadde maliyetleri) göreceli avantajlarla dengelenebileceğini de gözden kaçırmamak gerekir. Belirli bir bölgedeki dağıtım sistemine giriş koşulları ile belli sektörlerdeki yasal düzenlemelerden kaynaklanan sınırlamalar da bir bölgeyi, bölge dışındaki teşebbüslerin rekabetçi baskısından tecrit edebilir.

¹⁰³ Ülgen, Sinan, “AB’de Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması”, TÜSİAD Yayınları, İstanbul 1998, s. 35.

¹⁰⁴ Ülgen, s. 36.

tanımlamada kullanılmaktadır. Örneğin ulusal dolaşım anlaşmalarının mevcut olduğu durumlarda Topluluk, GSM hizmetleri için Avrupa çapında pazar tanımlaması yapmış, aynı şekilde şebekelerarası arabağlantı anlaşmalarının mevcut olduğu bir durumda ses hizmeti sunan yerel bir kablo şebekesi operatörünün ulusal coğrafi kapsama sahip olduğunu kabul etmiştir.

4.3. Zaman ve Dönem Açısından İlgili Pazar

Zaman ve dönem açısından ilgili piyasa, hâkim durumun belirlenmesinde kullanılan bir diğer ölçüttür. İlgili pazarın tespitinde, dönemsel özelliklerde dikkate alınır. Mevsim değişiklikleri ya da ekonomik krizlerin yaşandığı dönemler piyasanın zamansal sınırlarını çizer¹⁰⁵. Teşebbüsler belirli dönemlerde piyasalarda hâkim durumda bulunabilirler. Teşebbüslerin ilgili mal ya da hizmet piyasasında hâkim durumda olup olmadıklarını belirleyebilmek için faaliyette buldukları zaman ve dönem açısından pazardaki durumlarının değerlendirilmesi gerekir.

Telekomünikasyon sektörü için konu değerlendirildiğinde ise zaman içinde gelişen ekonomik ve teknolojik şartlar ilgili piyasanın talep ve arz ikamesini etkileyebilmektedir¹⁰⁶. Dolayısıyla, ilgili piyasanın belirlenmesinde zaman kavramının da değerlendirilmesi ve belirli bir sürenin esas alınması gerekmektedir.

Hâkim durumun belirlenmesi ayrıntılı ekonomik bir analiz gerektirir. Bu nedenle ilgili ürün piyasası, ilgili coğrafi piyasanın ve zaman ve dönem açısından ilgili piyasanın birlikte incelenmesi gerekir¹⁰⁷.

5. Zorunlu Unsur Kavramı

Bir faaliyette bulunabilmek için mutlaka yararlanılması gereken unsur, sahip bulunan teşebbüs dışında, söz konusu zorunlu unsurun başka bir alternatifinin bulunmaması veya ekonomik ve rasyonel olarak yeni bir zorunlu unsurun

¹⁰⁵ Kısa, s. 20.

¹⁰⁶ Piyasa Analizi Çalışmaları, s. 20.

¹⁰⁷ Güven, s. 302.

oluşturulamaması anlamına gelmektedir¹⁰⁸.

Borçlar hukuku'nda yer alan temel ilkelere birisi irade serbestisi ilkesidir. Sözleşme serbestisi ilkesi ile sözleşmenin karşı tarafını seçebilme, herhangi bir sözleşmeyi yapmama, sözleşmenin konusunu serbestçe belirleyebilme, diğer bir ifade ile istediği şekil ve içerikte sözleşme yapabilme imkânı söz konusu olur¹⁰⁹.

Rekabet Hukuku'nda, hâkim durumdaki teşebbüslerin anlaşma yapmaktan kaçınmaları, belirli şartlar altında, RKHK madde 6 hükmünün ihlali olarak değerlendirilebilmektedir¹¹⁰. 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, sözleşmenin 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 edilir¹¹¹.

Zorunlu unsur ilk kez Amerika'da ortaya çıkmış ve uygulanmıştır¹¹². Zorunlu unsur doktrini, Avrupa Komisyonu tarafından ilk olarak 1992 yılında liman işletmeleriyle ilgili olarak verilen "Sealink¹¹³" kararında kullanılmıştır. Kararda zorunlu unsur "Rakiplerin erişimine izin verilmediği durumda hizmet sunamamalarına yol açacak olan altyapı ve/veya hizmet, unsur" olarak tanımlanmıştır.

Birbirleriyle bağlantılı olan pazarlardan birisinde hâkim durumda olan bir teşebbüsün sahip olduğu imkan/tesis/altyapı gibi bir unsurun bağlantılı pazardaki rekabetçi yapı için vazgeçilmez olduğu ve bu unsurun alternatifinin oluşturulmasının

¹⁰⁸ Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 196.

¹⁰⁹ Eren, Fikret, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", 9. Bası, İstanbul 2006, s. 270.

¹¹⁰ Gürzumar, Berat Osman, "Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü", Ankara 2006, s. 39.

¹¹¹ Kısa, s. 24.

¹¹² Tekdemir, s. 16.

¹¹³ B&I Line/Sealink Harbours Ltd. Karar 94/19, (1992), 5 CMLR 255, (Sarı, s.9, dn. 7'den naklen).

hukuki, teknik veya ekonomik olarak mümkün olmadığı durumlarda, teşebbüse sahip olduğu bu unsur 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 çıkmaktadır¹¹⁴.

Telekomünikasyon sektöründe sabit telefon kullanıcılarına yerel ağları kullanmadan erişmek mümkün değildir. Bu nedenle yerel ağlar tüketiciye ulaşmada zorunlu unsur niteliği taşımaktadır. Pazara yeni girecek 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 başlanmıştır¹¹⁵.

4502 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle birlikte Telefon ve Telgraf Kanunu'nda, hem arabağlantı hem ulusal dolaşım konusunda bazı şartların mevcut olması halinde sözleşme yapma zorunluluğu getirilmiştir¹¹⁶.

Zorunlu unsur doktrini, telekomünikasyon endüstrisinde rekabet kurallarının gelişmesi açısından faydalı olmuştur. Erişim ve arabağlantı anlaşmalarının etkin piyasa gücüne sahip operatör açısından zorunlu hale getirilmesi, zorunlu unsur doktrinin endüstrideki yansıması olarak da kabul edilebilir. Erişim Tebliği ve bu Tebliğ'de Komisyon, firmanın zorunlu unsur niteliğinde altyapıya sahip olmasının R.A'nın 82. maddesi kapsamında hâkim durumda bulunduğu anlamına geldiğini belirtmiştir. Tebliğde telekomünikasyon sektöründe zorunlu unsur "müşterilere erişmek ve/veya rekabet edebilmek ve işlerini devam ettirebilmek için gerekli olan altyapı veya hizmet"

¹¹⁴ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 500.

¹¹⁵ Sarı, s. 9.

¹¹⁶ Telgraf ve Telefon Kanunu madde 10'a göre; "Bütün işletmecilerin ve kişisel telekomünikasyon tesislerini kullananların arabağlantı talepleri, ilgili mevzuatta belirlenen haller saklı kalmak üzere, arabağlantı sağlama yükümlülüğü olan işletmeciler tarafından karşılanır. Arabağlantı sağlama yükümlülüğü olan işletmeciler, bu maddeye dayanarak çıkarılacak yönetmelik çerçevesinde Kurum tarafından belirlenir. Kurum tarafından arabağlantı sağlama yükümlülüğü getirilen işletmeciler ve TTAŞ "arabağlantı 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 verilmesine yönelik yapacakları makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkan dahilindeki ulusal dolaşım taleplerini karşılamakla yükümlüdürler."

olarak tanımlanmıştır¹¹⁷. Erişim Tebliği'nin devamında erişim sağlanmasına ilişkin genel kurallar belirlenmiştir. Bunlar; incelenen erişim türünün, pazara yeni oyuncuların girişi için zorunlu bir nitelik taşıması, pazarda mevcut operatörlerin de rekabet edebilmeleri için zorunlu olması ya da yakın ikamesinin bulunmaması gerekmektedir. Erişim sağlanması için yeterli kapasite olmalıdır. Erişim talebinin reddedilmesi durumunda pazarda yeni mal ve hizmetlerin oluşmasının ya da pazarda mevcut mal ve hizmetler arasındaki rekabetin engelleniyor olması gerekmektedir. Erişim talep eden firmanın hiçbir fark gözetilmeden belirlenmiş makul arabağlantı ücretini ödemeyi ve erişime ilişkin olarak diğer koşulları da yerine getirmeyi taahhüt etmelidir. Erişim sağlamayı reddetmenin geçerli bir nedeni olmalıdır.

Hâkim durumdaki teşebbüslere anlaşma yapma zorunluluğuna karşın, 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 reddedilmez¹¹⁸.

RK'nın her somut olaya göre, zorunlu unsur doktrinin istisnai bir uygulama olduğu ve istisnaların dar yorumlanması gerektiği şeklindeki kuralı dikkate alarak, zorunlu unsurun bulunup bulunmadığını değerlendirmesi gerekmektedir¹¹⁹. Örneğin, TTAŞ'ın kendi santrellerinde 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 bırakmak amacıyla özel devre ve diğer altyapı taleplerini karşılamamak suretiyle hâkim durumunu kötüye kullandığına ilişkin iddianın gerçeği yansıtmadığına, sahip olduğu santraller ve

¹¹⁷ Sarı, s. 10-11.

¹¹⁸ Güven, s. 315.

¹¹⁹ Güven, s. 315.

gayrimenkullerin bir kısmında, GSM operatörlerine ait cihazların tahliyesi vasıtasıyla GSM operatörlerinin faaliyetlerini zorlaştırmak suretiyle hâkim durumunu kötüye kullandığı, dolayısıyla RKHK madde 6'yı ihlal ettiği iddialarına yönelik şikayetin reddine karar verilmiştir¹²⁰.

RK, 2813 sayılı Kanun madde 7 uyarınca telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak vereceği tüm kararlarda, BTK'nın görüşünü ve yapmış olduğu genel düzenleyici işlemleri dikkate almak zorunda olduğundan, kendisine yapılan başvuru üzerine konuya ilişkin olarak BTK'dan görüş talep etmiştir. Yapılan inceleme ve BTK'nın görüşü de dikkate alınarak; ulusal dolaşımın 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 verilmiştir¹²¹.

Taraflar soruşturma kapsamında, mahkeme kararları ile ulusal dolaşım anlaşmasının yapılması durdurulmuş iken RK'nın ulusal dolaşım verilmesi emrini içeren ve böylece mahkeme kararını etkisiz kılan bir idari işlem yapamayacağını, telekomünikasyon sektörünün regülasyona tabi bir sektör olduğunu, bu sektörün 4502 sayılı Kanun çerçevesinde BTK tarafından düzenlendiğini, bu nedenle 4054 sayılı Kanunun bu sektörde uygulanamayacağını, unsurun alternatifinin kurulmasının mümkün olduğu gerekçesiyle ulusal dolaşım konusunda zorunlu unsurun söz konusu olmadığını, maliyetlerle ilgili hususların giriş engeli oluşturmadığını, talebin karşılanmasında teknik kısıtlamaların bulunduğunu ve yeterli boş kapasite olmadığını belirtmişlerdir¹²².

RK yukarıda bahsedilen hususları dikkate alarak bir değerlendirme yapmıştır: 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

¹²⁰ RK Kararı, D. D2/1/F.T.-01/2 (Önaraştırma), K. 01-41/411-105, T. 28.08.2001.

¹²¹ RK Kararı, D: SR/02-13, K. 03-40/432-186, T. 09.06.2003.

¹²² Güven, s. 316.

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 beş 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 alanına ulaşmaya kadar diğer işletmecilerin altyapılarının “zorunlu unsur” niteliğinde olduğu kanaatine varılmıştır. Ayrıca İş-TİM'in Turkcell ve Telsim'in Türkiye geneline kapsayan GSM altyapısına alternatif kendi altyapısını kısa sürede kurmasının teknik, hukuki ve ekonomik engeller nedeniyle imkansız olduğu sonucuna varılmıştır. Bir imkan/tesis/altyapının zorunlu unsur olarak kabul edilmesinden sonra, zorunlu unsur doktrinin 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 BTK tarafından da tespit edilmiştir. BTK, İş-TİM'in teklifinin fiyat dışında makul ve yerinde, Turkcell ve Telsim'in tekliflerinin kabul edilmez 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 madde 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 etmektedir¹²³.

Aslan'a göre bu karar ile, en azından üç farklı alternatifi olan (Turkcell, Telsim ve yatırımları bizzat yapmak) bir unsurun, zorunlu unsur olarak kabul edildiğini ifade etmektedir. Dördüncü GSM operatörü roaming yapmak yerine yatırımlarını hızlandırmayı tercih etmiştir. Böylece rakiplerinden biri için zorunlu olmayan bir unsur diğeri için zorunlu kabul edilmiştir. Ayrıca geçici bir süre için zorunlu unsur kavramı kabul edilmiş olmaktadır. Çünkü GSM operatörü beş yıl sonunda zaten kendi tüm yatırımlarını kendisi yapmış olacaktır. RK kararının, istisnai birer durum kabul edilen birlikte hakimlik 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 çıkmaktadır¹²⁴

¹²³ RK Kararı, D.: SR/02-13, K. 03-40/432-186, T. 09.06.2003.

¹²⁴ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 503 vd.

İkinci Bölüm

TELEKOMÜNİKASYON ALANINDA HÂKİM DURUM

III- HÂKİM DURUMUN BELİRLENMESİ

1. Hâkim Durumun Belirlenmesine İlişkin Kriterler

Hâkim durumun tespiti için telekomünikasyon sektöründe kullanılabilecek faktörler; pazar payı, giriş engelleri, dikey bütünlük, teknolojik üstünlükler, firmanın büyüklüğü, ürün/hizmet çeşitliliği, sermaye/finansal kaynaklara kolay/imtiyazlı erişim, ölçek ve kapsam ekonomileri, batık maliyet, dağıtım ve satış ağı, potansiyel rekabetin yokluğu olarak sayılabilir¹²⁵.

AB Adalet Divanı kararlarında yer alan hâkim durumun belirlenmesinde göz önüne alınan şartlar; pazar payı, giriş engelleri, dikey bütünlük, teknolojik üstünlük, kullanılmayan kapasite, üründe çeşitlilik, fikri ve sınai mülkiyet haklarının varlığıdır¹²⁶.

1.1. 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 doğurmaz¹²⁷. Özellikle, işletme yüksek pazar payına sahip olsa bile, pazardaki diğer unsurların baskısı nedeniyle, pazar davranışlarını rakip firmalardan

¹²⁵ Arıöz, s. 21.

¹²⁶ Konukman, Pelin Doğa, "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması", İstanbul 2000, s. 36.

¹²⁷ Güven, s. 303.

bağımsız olarak belirleyemiyorsa hâkim durumda değildir¹²⁸.

Telekomünikasyon sektöründe pazar gücünün hesaplanmasında dikkate alınacak temel faktörler gelir, ilgilenilen pazardaki abone sayısı ve taşınan trafik miktarıdır¹²⁹. 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 edilmelidir¹³⁰.

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 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 görülmektedir¹³¹. Hâkim durumun belirlenmesinde ilgili teşebbüslerin pazar payı konusunda, RKKH'da ve RK Tebliğ'lerinde herhangi bir orana yer verilmemiştir.

Pazar payının elde tutulma süresi de önemli bir husustur. AB uygulamasında beş senelik bir süre boyunca korunan yüksek pazar payları, hâkim duruma işaret etmekte, üç seneden daha kısa bir sürede gözlemlenen yüksek pazar payları ise, hâkim durum için yeterli olmaktadır¹³².

Örneğin; Turkcell'in 2001 yılı itibariyle, abonelerin % 70'i Turkcell'e % 30'u ise Telsim'e aittir. Ayrıca konuşma sürelerinden aldıkları pay % 80 ve % 20'dir.

¹²⁸ Aslan, İ. Yılmaz, "Rekabet Hukuku", 4. Basım, Bursa 2007, s. 166.

¹²⁹ ITU 2002, s. 13, (Arıöz, s. 22'den naklen).

¹³⁰ Intven H./Oliver J./Sepulveda E.: Telecommunications Regulation Handbook, World Bank, Washington D. C 2000, s.15 vd., (Arıöz, s. 22'den naklen).

¹³¹ Ülgen, s. 49 vd.

¹³² Ülgen, s. 43.

Kullanım sürelerine ilişkin olarak, 1998 senesinden itibaren son üç yılın verileri karşılaştırıldığında, Turkcell abonelerinin kullanım oranlarının Telsim abonelerine göre iki katından daha fazla olduğu ortaya çıkmaktadır. Bu durum, Turkcell'in GSM hizmetleri piyasasında hâkim durumda sayılması için yeterlidir¹³³. 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 incelemiştir¹³⁴.

Türkiye'de mobil iletişim pazarında halen üç operatör bulunmaktadır. 30 Haziran 2010 yılı itibariyle pazar payı bilgileri, şirket basın bültenleri, BTK ve GSM operatörlerinin açıklamaları sonucu, Avea'nın % 19, Vodafone'un % 26, Turkcell'in % 55 pazar payına sahip olduğu belirlenmiştir. Görüldüğü üzere 2010 yılı içerisinde Turkcell'in zamanla gücünü kaybettiği, pazar payının gerilediği görülmektedir¹³⁵.

1.2. Giriş Engelleri

Piyasada giriş engeli mevcutsa, potansiyel rakiplerin piyasaya girişleri önlenir ya da daha küçük teşebbüslerin büyümelerine izin verilmez. Giriş engellerinin bulunmadığı piyasalarda potansiyel rekabet güçlüdür¹³⁶. Giriş engelleri, büyük pazar payına sahip teşebbüslerin pazar gücüne sahip olmaları ve bunu tekelci kâra dönüştürmelerinde önemli bir yer tutmaktadır¹³⁷. Giriş engelleri, yasal ve ekonomik giriş engelleri olmak üzere iki ana başlık altında incelenmektedir. Yasal giriş engelleri Aslan'a¹³⁸ göre, "patent, marka, lisans hakları gibi kanunlarla korunan haklar, en açık giriş engellerini oluşturmaktadır. Bunların giriş engeli olması korundukları bölgede başka ikame malların olmamasına bağlıdır" şeklinde açıklamıştır. Ayrıca devlet tarafından yaratılmış olan sınırlamalar da (lisanslar, işletim hakları, kotalar, vs.) yasal giriş engelleri olarak nitelendirilmektedir¹³⁹. Örneğin, France Telecom'un Orange Plc'yi devralmasına ilişkin

¹³³ RK Kararı, K. 01-35/347-95, T. 20.07.2001.

¹³⁴ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 447.

¹³⁵ <http://www.turkcell.com.tr/turkcellhakkında/yatirimciiliskileri/turkgsm pazari> (son yararlanma: 02.10.2010).

¹³⁶ Office of Fair Trading (OFT) : Barriers to Entry and Exit in Competition Policy, London 1994, s. 5, (Kısa, s. 3, dn. 6'dan naklen).

¹³⁷ Öztunalı, Aydın, "Yatay Yoğunlaşmalarda Tek Teşebbüs Hâkimiyeti, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve AB Mevzuatı Uygulamaları", Ankara 2003, s. 33.

¹³⁸ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 198.

¹³⁹ Öztunalı, s. 34.

Komisyon kararında, pazara girişlerin hükümet lisansına bağlı olduğu; mevcut elverişli frekansların sınırlı olmasından dolayı yeni lisansların vermenin mümkün olmadığı ifade edilmiştir¹⁴⁰. Ayrıca RK'unca alınan karara göre; lisans sözleşmeleri uyarınca faaliyet gösteren iki operatör şirket bulunmaktadır. 13.3.2000 tarihli ilk GSM 1800 ihalesini kazanan İş Bankası-Telekom Italia Konsorsiyumu (İş-Tim) "Aria" adıyla 2001 Mart'ta faaliyete başlamıştır. Türk Telekomünikasyon A.Ş. (TTAŞ)'in GSM operatörü "Aycell" ise faaliyete başlamıştır. Dolayısıyla 2001 yılı içinde (sunulan hizmetler açısından bir farklılık taşımaması yönüyle aynı pazar içinde değerlendirilmesi gereken 900 ve 1800 MHz frekans bantları üzerinden yürütülecek olan) mobil iletişim hizmetlerine ilişkin pazar, mevcut durumda üç aktörlü hale gelmiş olmakla beraber, Aycell'in faaliyete başlamasıyla piyasada dört aktörlü konum meydana gelmiştir. Ulaştırma Bakanlığı tarafından verilen lisans olmaksızın herhangi bir aktörün pazara girişinin söz konusu olmadığı, yani ortada yasal bir giriş engeli bulunduğu anlaşılmaktadır¹⁴¹. Ekonomik giriş engelleri, gerek pazar yapısı, ürün özellikleri, batık maliyetin derecesi, gibi yapısal unsurlardan gerekse mevcut firmaların stratejik davranışlarından (fazla kapasite yaratma, fiyatlandırma, vs.) kaynaklanabilmektedir¹⁴².

Diğer önemli bir giriş engeli de batık maliyetlerin yüksek olmasıdır. Batık maliyetlerde, başarılı olunamaması durumunda pazardan çıkışta tamamıyla ya da büyük oranda kaybedilmek zorunda kalındığından, giriş kararlarının değerlendirilmesinde önemli bir unsur olmaktadır¹⁴³. Pazardaki marka tanınırlığı ve bağımlılığı da özellikle tüketici malı pazarlarında oldukça önemli bir giriş engeli olarak kabul edilmektedir¹⁴⁴.

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 başlayacaktır¹⁴⁵.

¹⁴⁰ Case No Comp/M. 2016-France Telecom/Orange, parag. 25, 28, 33, (Yanık, Mehmet, "Rekabet Hukuku'nun Hâkim Durum ve Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Piyasa Giriş Engelleri", Ankara 2003, s. 23'den naklen).

¹⁴¹ RK Kararı, K. 01-35/347-95, T. 20.7.2001.

¹⁴² Öztunalı, s. 35.

¹⁴³ Öztunalı, s. 35.

¹⁴⁴ Öztunalı, s. 36.

¹⁴⁵ Kısa, s. 5.

Giriş engelleri, eksik rekabete neden olur. Eksik rekabet sebebiyle, rakiplerin aralarında piyasayı paylaşmaları, asgari bir fiyat tespit etmeleri, hâkim teşebbüsün rakiplerinin maliyetini arttırması, arzı kısımları, 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 oluşturulabilir¹⁴⁶.

Giriş engelleri doktrinde; “yapısal giriş engelleri” ve “davranışsal giriş engelleri” şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Buna göre yapısal giriş engelleri; kamusal düzenlemeler, yüksek sermaye gereksinimi, batık ve sabit maliyetler, mutlak maliyet avantajı, stratejik girdilere hâkimiyet, fikri mülkiyet hakkı, dışsallıklar şeklinde sıralanırken; davranışsal giriş engelleri ise, atıl kapasite yatırımları, ürün farklılaştırılması, mal vermeyi reddetme, yıkıcı fiyatlama, dikey anlaşma yoluyla piyasayı kapama, organize suç örgütleri yoluyla giriş engeli şeklinde sıralanmaktadır¹⁴⁷.

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 ekonomisinin 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, kendilerini inhisâri hak ve yetkiler veren fikri mülkiyet haklarına sahip olmaları gibi giriş engelleri ise, teşebbüslerin verimlilik esasına dayalı çalışmalarının sonucunda ortaya çıkar.

Telekomünikasyon sektöründeki en büyük giriş engeli, özellikle sabit telekomünikasyon şebekesinin hem sabit maliyetlerinin, hem de batık maliyetlerinin çok yüksek olmasından kaynaklanan haller olarak karşımıza çıkmaktadır.. Hizmetin sunulabilmesi için, bu şebekenin varlığının zorunlu olması, ancak batık maliyetlerinin

¹⁴⁶ Kısa, s. 5.

¹⁴⁷ Kısa, s. 4.

yüksek olması, piyasada en azından şebeke rekabeti açısından bir giriş engeli bulunduğu anlamına gelir. Bu nedenle, sektörün doğal tekel niteliği gösteren kısmı olan yerel telekomünikasyon şebekesine erişimin eşit ve rekabeti bozmayacak şekilde sağlanması, düzenleyici kurumların en önemli görevleri arasında yer almaktadır¹⁴⁸. Önceleri numara taşınabilirliği'nin olmaması da piyasada giriş engeli yaratan bir husus olmuştur. Şebeke değişikliğinin ek bir maliyet getirmesi, abonenin genelde şebekesini değiştirmemeyi tercih etmesine neden olmaktadır. Ayrıca, kurumsal kullanıcılar için bu maliyet oldukça yüksek olabilmektedir¹⁴⁹. Bu nedenle, 2009 yılında yürürlüğe giren Numara Taşınabilirliği Yönetmeliği¹⁵⁰ ile ve 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun "Tanımlar ve Kısaltmalar" başlıklı 3'üncü maddesi (hh) bendinde¹⁵¹ Numara Taşınabilirliği kavramının tanımına yer verilmiştir. Böylelikle piyasada rekabet açısından bu giriş engeli aşılmaya çalışılmıştır.

Uluslararası telekomünikasyon hizmetlerinde, abonelerin farklı bir operatörü tercih etmeleri durumunda, bu operatör aleyhine olan herhangi bir durum veya ek bir maliyet de giriş engeli olabilmektedir. Örneğin; Mercury aboneleri BT'nin şebekesi üzerinden uluslararası telefon hizmeti sunarken, abonelerin uzun bir kod numarası çevirmesi veya bu kod numarasını otomatik olarak çeviren mavi-tuşlu özel bir telefon satın almaları gerekmektedir¹⁵². Bu nedenle şebekelere eşit koşullarda erişimin sağlanması da rekabet açısından gerekli olmaktadır.

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

¹⁴⁸ İçöz, s. 25.

¹⁴⁹ İçöz, s. 25.

¹⁵⁰ 02.07.2009 tarih ve 27276 sayılı Resmi Gazete.

¹⁵¹ EHK madde 3/hh bendi; numara taşınabilirliği: Abonelerin numarasını değiştirmeden, hizmet aldığı işletmeciyi veya adresini veya aldığı hizmetin türünü değiştirebilmesi olarak tanımlamıştır.

¹⁵² İçöz, s. 26.

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 dışsallıklarının 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. Turkcell'in, rakibinin faaliyetlerini zorlaştıran bu uygulamaları RKHK m. 6/a¹⁵³ bendini ihlal etmiştir¹⁵⁴.

1.2.1. Reklam Faaliyetlerinden Kaynaklanan Giriş Engelleri

Giriş engellerine hâkim durumda olan bir teşebbüsün yaptığı reklam faaliyetleri açısından bakıldığında, reklamların pazara girişi engellemeye ya da pazara girmekte olan rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırmaya yönelik dışlayıcı eylemler olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği öncelikle ele alınmalıdır. Rekabet Hukuku doktrininde, özellikle ABD'de, stratejik eylemlerle girişi caydırma ya da rakiplerin maliyetlerini yükseltme kavramları çerçevesinde aşırı ya da yıkıcı reklam, aşırı kapasite yatırımı, aşırı ürün farklılaştırması ve yıkıcı ürün inovasyonu gibi rekabete aykırı davranışların ortaya çıkabileceği 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 edilmektedir¹⁵⁵. Bu husus her durumda ayrı ayrı ele alınmalıdır. Piyasada hâkim durumda bulunan işletmelerin kendi ürünlerini tanıtmaya ve bunu piyasada dikkat çekici şekilde sunma hakkı vardır. Bu durum tamamen zaman açısından piyasaya yeni giren işletmenin belli bir süre piyasada var olması ve belli bir süre sonra kapsama alanı sağlayıp sağlamamasına göre değerlendirilmelidir.

¹⁵³ RKHK madde 6/a: Ticari faaliyet alanında başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler olarak açıklanmıştır.

¹⁵⁴ R.K. Kararı; K. 01-35/347-95, T. 20.07.2001. RK'nun bu kararı "soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin nihâi 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.

¹⁵⁵ RK Kararı, D. 2005-2-22, (İlk İnceleme), K. 05-24/281-76, T. 14.4.2005.

Türkiye’de ise, Turkcell’in “Orada, burada, her yerde Turkcell” sloganıyla ve ayrıca “Sınırdan geçen Turkcell Turları” ile hemen hemen tüm televizyon kanallarında, göreceli üstünlüğü’nün reklamını yaparak, Avea’nın pazara girişi engellenmekte 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 reklamların 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 reklamların, Avea’nın şikayetinde iddia edildiği üzere RKHK madde 6’yı ihlal edecek nitelikte bir kötüye kullanma eylemi mi yoksa normal rekabetçi bir uygulama mı olduğu şu şekilde değerlendirilmiştir¹⁵⁶. Bu husus her durumda ayrı ayrı değerlendirmelidir. Piyasada hâkim durumda bulunan işletme kendi ürünlerini ve yeniliklerini daha çekici bir şekilde sunma hakkına sahiptir. Burada zamanlama kavramı önemli bir husustur.

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 beş 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 reklamlarda Turkcell’in kapsama seviyesinden kaynaklanan üstünlüğü tanıtılmıştır ve bu durumun normal bir rekabet etme yöntemi olduğu düşünülmüştür. Bununla birlikte, aşırı reklam yoluyla hâkim durumun kötüye kullanılması konusunda doktrinde ve uygulamada örnek alınabilecek bir uygulama da bulunmamıştır. Bu nedenle RK’unca yukarıdaki konuda yapılan bu değerlendirmeler ışığında, ilgili piyasada Turkcell’in hâkim durumda olduğu kabul edilse bile, Turkcell tarafından yapılan reklamların RKHK madde 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

¹⁵⁶ RK Kararı, D. 2005-2-22 (İlk İnceleme), K. 05-24/281-76, T. 14.4.2005.

faydalanmak isteyen 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 gelmektedir¹⁵⁷.

1.2.2. Müşteri Eylemsizliğinden Kaynaklanan Giriş Engelleri

Yerleşik operatörün yerel ağı elinde tutuyor olması, pazar gücünün yanı sıra bununla bağlantılı olan, “müşteri eylemsizliği” avantajını da sağlamaktadır. Müşteri eylemsizliği, kullanıcının hizmet satın aldığı operatörü değiştirmek istediği halde değiştirme işlemlerinin maliyetinin yüksek olması sebebiyle, aldığı hizmeti değiştirememesidir¹⁵⁸.

Müşteri eylemsizliğini çözebilmek için öncelikle ilgilenilmesi gereken iki sorun bulunmaktadır. Bunlardan birincisi “numara taşınabilirliği”dir. Kullanıcıların sahip olduğu numarayı operatörlerini değiştirdikleri durumlarda da koruyabilmeleri mümkün oluyorsa, numara taşınabilirliği uygulaması söz konusu demektir. Numara taşınabilirliği, telekomünikasyon sektöründe eşit rekabet koşullarının oluşabilmesi açısından hayati öneme sahiptir¹⁵⁹.

Numara taşınabilirliği'nin olmaması da giriş engeli yaratan bir durumdur. Bu nedenle numara taşınabilirliğinin sağlanması ve bunun maliyetlerinin ne şekilde karşılanacağını tespit edilmesi de rekabet açısından üzerinde önemle durulması gereken bir husustur. Bu nedenle 01.02.2007 tarihinde “Numara Taşıma Yönetmeliği” ile birlikte bu sorun çözülmüştür¹⁶⁰.

Bu yönetmelikle birlikte, bir GSM işletmecisinden hizmet alan bir abonenin, numarasını değiştirmeden başka bir GSM hattına geçmesine imkân tanınmıştır. Abonenin numarası, alan kodu dahil olmak üzere bir bütün halinde korunarak ve abone,

¹⁵⁷ Sarı, Ogün Arif, “Rekabet Kuralları Işığında Erişim Arabağlantı Anlaşmaları ve Sanal Mobil Ağ Operatörlüğü”, Ankara 2004, s. 7.

¹⁵⁸ Sarı, s. 7.

¹⁵⁹ 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).

¹⁶⁰ 01.02.2007 tarih ve 26421 sayılı Resmi Gazete.

hizmet aldığı işletmeciden ayrılıp istediği işletmeciden hizmet alabilecektir. Yani aboneler, yıllardır kullanmış olduğu “0532, 0533, 0535, 0536, 0537, 0542, 0543, 0505, 0555 v.b” ile başlayan numarasını kullanarak, Turkcell, Vodafone ve Avea’dan hizmet alabileceklerdir. Böylelikle şu anda numara taşınabilirliği ile hizmet alan aboneler yıllardır kullanmış olduğu hattını değiştirmeden, sektörde altyapı, erişim ve kapsam alanı açısından daha iyi hizmet veren GSM işletmecisinden daha az maliyetle daha kaliteli bir hizmetten faydalanabilecektir. Bu durum aslında sektörde yer alan GSM işletmecileri açısından, önemli ölçüde piyasada giriş engelini kaldırmakla birlikte, aslında sektörde daha kaliteli hizmet veren GSM operatörüne geçiş sağlanmakla birlikte, bu GSM operatörünü hakim işletme konumuna getirmektedir.

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 kalabilecektir¹⁶¹.

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 sağlanamayacaktır¹⁶². Kanaatimce numara taşınabilirliği ile birlikte piyasada hakim konumda olmayan operatörler bu yenilik sayesinde kullanıcılarının artması ile birlikte daha fazla erişim ve altyapılarını sağlayarak uzun yıllar beklemeden daha hızlı bir şekilde kapsama sağlamış olacaklardır. Böylelikle piyasada rekabet açısından denge sağlanmış olacaktır.

1.3. Dikey Bütünlük

Bir işletme, üretiminden dağıtımına kadar ürünün pazara ulaştırılmasındaki zincirde her halkayı kendisi oluşturacak şekilde bir bütünlük sağlamış ise bu rakipler

¹⁶¹ Sletten, P: Regulation and Competition in the European Market for Mobile Telecommunications, College of Europe, 1998, s. 8, (Sarı, s. 7’den naklen).

¹⁶² İçöz, s. 26.

için önemli bir giriş engeli oluşturacaktır¹⁶³. Böyle bir işletme gerçekten, üretim zincirindeki her halkayı kendisi yapabiliyorsa, dikey bütünlüğü sağlamış durumdadır¹⁶⁴. Dikey bütünlük gerek mevcut rakipler, gerekse potansiyel piyasaya girişler için tehdit oluşturabilecektir. Zira dikey bütünlüğe sahip bir işletme, ürünün ham madde olarak alınmasından pazara sunulmasına kadar geçen aşamalarda, başka işletmelerle ticari faaliyet içine girmeyecektir. Bu durum söz konusu ürünün pazarına girmeye çalışan potansiyel rakiplerin piyasaya girişlerini zorlaştıracaktır¹⁶⁵. RK hâkim durum tespiti yaparken sadece pazar payı ile yetinmemekte genellikle, teşebbüsün dikey bakımdan entegre olup olmadığına da bakmaktadır¹⁶⁶.

Dikey bütünlük, pazar kontrolünün üretimin alt veya üst düzeyine yayılmasını sağlayabilir. Potansiyel rakiplerle ilgili olarak, bu tür sermaye devirleri ya da ilave üretim süreci bilgisinin devralınması giriş engelleri yaratır. İkinci bir üretim evresi ile bütünlük, potansiyel rakibin de aynı evreye erişimini çoğu zaman zorlaştırmaktadır ve girişleri engellemekte veya geciktirmektedir¹⁶⁷. Piyasaya yeni giren firmanın kendi dağıtım şirketi yoksa, dağıtım kanallarının mevcudiyeti, piyasaya girme kararında etkili ve kritik bir faktördür. Piyasaya ilk giren ve onu ilk takip eden firmalar, en geniş ve en başarılı dağıtım ağlarını kullanırlar. Bu sebepten dolayı piyasaya daha sonra girecek olan firma böyle bir dezavantajla karşılaşır ve bu engelin üstesinden gelemedikçe piyasaya girme kararı alamaz. Bazı piyasa öncüleri ve erken girenler, potansiyel rakipler için gerekli dağıtım kanallarının mevcudiyetini sınırlayacak yönde dağıtıcıları ile tekeli nitelikte çeşitli anlaşmalar yaparlar. Bununla birlikte ürünün çeşidi de dağıtım stratejisini belirleme de önemli rol oynamaktadır¹⁶⁸.

RK'nın ilgili kararında¹⁶⁹, Turkcell'in sim kartlarını cihaz ithalatçılarına satması, bu ithalatçıların kartları cihazlar ile eşleştirerek bayilerine göndermesi ve buradan da nihâi tüketiciye satış yapılması Turkcell'in 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

¹⁶³ Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 169.

¹⁶⁴ Efem/Badur, s. 120.

¹⁶⁵ Efem/Badur, s. 120.

¹⁶⁶ Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 169.

¹⁶⁷ Yanık, s. 32.

¹⁶⁸ Yanık, s. 33.

¹⁶⁹ RK Kararı, D. S.R.-01-35/347-95, T. 20.7.2001.

kampanya düzenlemesi, mevcut ve potansiyel rakiplerin Turkcell'in birlikte kampanya düzenlediği distribütör 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.

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 dağıtıma girmiş olması, rakibi Telsim'in pazarda tutunmak için katlanmak zorunda olduğu maliyetleri arttırmış ve piyasa koşullarında kendisine bir engel yaratmıştır¹⁷⁰.

Yerleşik şebeke tarafından, pazara yeni girecek şebeke ile arabağlantının reddedilmesi sonucu uyumlu giriş bloke edilmiş olmaktadır, münhasırlık empoze edilmesi ile de uyumsuz giriş bloke edilmektedir. Böylece arabağlantının reddi ile münhasırlık uygulamaları pazara giriş engellerinin yaratılmasında birbirinin peşi sıra etkili olabilmekte ve iki tür pazara giriş stratejisini sekteye uğratabilmektedir¹⁷¹.

1.4. Teknolojik Üstünlük

Teknolojik üstünlük, pazar lideri bir firmanın sahip olduğu yeni, üstün bir teknoloji ile rakiplerin bu pazara girmelerini önler ve giriş engeli oluştur. Ancak böyle bir giriş engeli her zaman kötü bir durum olarak kabul edilmez, özellikle bu durum teknolojik buluşlardan kaynaklanıyorsa o zaman rekabetin bir sonucu olarak kabul edilmiştir¹⁷². Bazı yazarlara göre, araştırma ve geliştirme yatırımlarının büyük maliyetler gerektirdiğini, teknolojinin kopya edilebilir olduğu hallerde rakiplerin büyük masraflar yapmadan teknolojiye girebileceklerini, teknolojik üstünlüğün etkinlik sağlayarak diğer firmalara karşı maliyet avantajı sağlayacağını bu nedenle her zaman

¹⁷⁰ RK Kararı, D. S. R.-01-35/347-95, T. 20.7.2001.

¹⁷¹ Shapiro, C, "Exclusivity in Network Industries", Geo. Mason. L. Rev., Vol: 7, No: 3, (Yenişen, Derya, "Şebeke Dışsallıkları ve Rekabet", Ankara 2003, s. 52'den naklen).

¹⁷² Gyselen, Kyriazis, s. 140, (Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 170'den naklen).

giriş engeli oluşturmayacağını belirtmektedir¹⁷³. RK daha düşük pazar paylarına karşın teşebbüsün hâkim durumda olduğunu kabul etmektedir.

İşletmenin faaliyetlerinin yüksek teknoloji gerektirmesi veya işin niteliği gereği pazara girişlerin güç olması da pazara giriş engelleri arasında değerlendirilmiştir. Bazı durumlarda ilgili pazara giriş, yatırım, üretim ve pazarlama için oldukça büyük miktarlarda sermaye gerektirdiği veya belirli bir teknolojik gücün varlığını gerektirdiği için, bu durum pazara yeni girmek isteyen işletmeler açısından, caydırıcı bir nitelik taşıyabilmektedir¹⁷⁴.

Uzun süre 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 ayrı ayrı incelenmelidir¹⁷⁵. Zira TK, ar-ge faaliyetlerine yapılan yatırımları batık maliyet olarak nitelendirmektedir¹⁷⁶. Pazarda teknolojik açıdan veya bilgi birikimine dayalı üstünlüğü bulunan bir işletmecinin varlığı, yeni işletmeciler için piyasaya giriş engeli, mevcut rakip işletmeciler için ise rekabetçi bir dezavantaj olarak karşımıza çıkmaktadır. Piyasadan söz konusu faaliyetlere ilişkin geri dönüş belirli bir zaman gerektirmektedir.

1.5. 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 kapasite ise, pazardaki normal talepten fazla olan

¹⁷³ V. Korah, “Concept of Dominant Position within the Meaning of Article 86”, CML Rev. Vol. 17, 1980, s. 437., Bellamy C. W., Child G. D., “Common Market Law of Competition”, 2 nd Edition, London 1978, (Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 170’den naklen).

¹⁷⁴ Öz, s. 112.

¹⁷⁵ Sanlı, Kerem Cem, “RKHK’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçerliliği”, Ankara 2000, s. 254.

¹⁷⁶ Piyasa Analizi Çalışmaları, s. 17.

kapasitedir. Uzun dönemde fazla kapasitenin varlığı, tekel gücünün göstergesidir¹⁷⁷.

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 oluşturur¹⁷⁸.

1.6. Üründe Çeşitlilik

Piyasada kurulu firmanın marka ve ürün çeşitlendirmesiyle de girişleri engellemesi mümkündür. Teşebbüsün ürettiği ürünlerin çok çeşitli olması ya da piyasada birden fazla ürün markası ile faaliyet göstermesi hâli hâkim durum göstergesi sayılmaktadır.

Ürün çeşitliliği, ürünün gerçekten çeşitli alanlara dağıtılarak çoğalması ve ürün farklılaşması olarak iki ayrı kısımda incelenebilir. Özellikle hâkim durumda olduğu iddia edilen işletme, ilgili ürün pazarında rakiplerine oranla daha fazla türde üretim yapıyor olabilir. Bununla birlikte bu ölçüt, hâkim durumun belirlenmesinde çok güvenilir bir kriter değildir. Ürün çeşitliliğinin sağlanmış olup olmadığı, ürün pazarıyla da yakından ilgilidir¹⁷⁹. Buna karşılık ürün farklılaşması gerçek bir kalite farklılığından değil, reklamlar nedeniyle yapay olarak yaratılmışsa, giriş engeli olarak kabul edilebilir. Kalite farklılığından kaynaklanan ürün farklılaşması giriş engeli oluşturmaz. Üretici gerçekten farklı kalitede bir üretim yaparak, kendisine belirli derecede marka bağlılığı yaratacağından, bir miktar pazar gücü de sağlamış olur. Bu durum potansiyel rakipler için henüz bilinmeyen ürünlerini pazara çıkarmakta çok büyük güçlükler yaratır. Reklamlar tüketicilerin ürün kalitesi seçimini etkileyebilirler ve benzer ürünler arasında keyfi yapay ayrımlar yaratarak, sosyal maliyetlere sebep olabilirler¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 170-171.

¹⁷⁸ Konukman, s. 38.

¹⁷⁹ Efem/Badur, s.123.

¹⁸⁰ Efem/Badur, s.123.

Ürün çeşitliliği gibi, zaman zaman ürünün tek tür olması ve piyasada bu ürüne duyulan bağlılık da hâkim durum kriteri olabilir. Hâkim durumda olup olmadığı araştırılan işletmenin müşterilerinin belirli bir ürüne bağlı olmaları ve bu ürünü başka sağlayıcılardan elde edememeleri halinde, bu ürüne bağlılık, hâkimiyet ölçüsü olarak kabul edilebilir¹⁸¹.

Yüksek derecede ürün çeşitliliği, daha homojen bir ürün yapısının bulunduğu pazarlar ile karşılaştırıldığında tüketici miktarını arttırmakta ve rakiplerin piyasaya girişini veya pazar payı edinmesini güçleştirmektedir. Ayrıca, piyasadaki işletmecilerin güçlü bir markaya sahip olması da benzer etkiler doğurmaktadır. Öte yandan, bir piyasada etkin piyasa gücüne sahip olan bir işletmeci bu piyasadaki ürünlerini, rekabetle karşı karşıya olduğu farklı bir piyasadaki ürünlerle birleştirerek bir avantaj sağlayabilmektedir (örn. Telefon ve ADSL hizmetlerinin birlikte sunumu). Ancak RK K.09-07/127-38, T.18.02.2009, kararı uyarınca DSL hizmetinin sabit telefon aboneliğine bağlanması uygulanmasına son verilmesi, Türk Telekom tarafından yalnız DSL hizmetinin başlatılması için 3 ay içinde BTK'na başvuruda bulunulması konuları hükme bağlamıştır. RK bu karardan sonra hizmetin başlamaması nedeniyle yoğun başvurular sonucunda RK tarafından 27 Nisan 2009 tarihinde bir açıklama yapılarak yalnız DSL uygulamasının BTK tarafından onaylanacak bir tarife ile yürürlüğe girebilecek olduğu kamuoyuna duyurulmuştur. Bu kapsamda 14 Temmuz 2010 tarih ve 2010/DK-07/417 sayılı kararıyla sabit telefon aboneliği olmadan DSL internet erişimi hizmeti alınmasına imkân sağlayan yalnız DSL uygulamasını düzenleyen BTK, yalnız DSL uygulamasını mümkün kılarak, Türk Telekom Referans IP Seviyesinde Veri Akış Erişimi Teklifini 1 Kasım 2010 tarihi itibarıyla geçerli olacak şekilde onaylamıştır. Dolayısıyla 1 Kasım 2010 tarihinden itibaren ülkemizde sabit telefon hizmeti aboneliğine gereksiz internet hizmeti almak mümkün olacaktır.

Ayrıca Komisyon'un Telia/Telenor¹⁸³ birleşme kararında, iki şirketin birleşmesi neticesi oluşacak yeni şirket Newco'nun gerekli altyapılara sahip olması sebebiyle telefon, internet ve kablo tv gibi çeşitli hizmetleri aynı anda sunabilme imkânının, müşteri bağlılığı sağladığı belirtilmiştir. Newco'nun bu şekilde geniş ürün çeşidi ve teknolojisi, üstesinden gelinmesi çok zor giriş engelleri oluşturmaktadır.

¹⁸¹ Efem/Badur, s.123.

¹⁸³ Case No Comp/M. 1439-Telia/Telenor, parag. 375-376, (Yanık, s. 30'dan naklen).

1.7. Ürüne Bağlılık

Müşterilerin belirli bir ürüne bağlı oldukları hallerde, bunlara devamlı olarak mal veren işletmelerden başka alternatifleri olmadığı hallerde, mal veren işletmenin hâkim durumda olduğu kabul edilir¹⁸⁴.

Ürünlerinin ayırt edilebilir bir kalitede olduğunun algılanmasını sağlayabilen bir üretici, ürününe karşı bir tür marka bağımlılığı yaratacağından belirli bir miktar pazar gücünü garanti edebilecek ve ayrıca müşterilerinin tümünü kaybetme riski olmaksızın fiyatlandırma dâhil olmak üzere çeşitli satış stratejilerini uygulayabilme olanağına sahip olacaktır. Bu bağımlılık, potansiyel üreticilerin "*henüz bilinmeyen*" ürünlerini piyasaya sunmalarını güçleştirecektir.

Tüketiciler ürünleri kalitelerindeki veya performanslarındaki farklılıklar gibi nedenlerle birbirinin tam ikamesi olarak görmeyebilirler. Bunların yanısıra bir markadan diğerine geçmek bir takım maliyetleri beraberinde getirebilir. Dolayısıyla tüketici bir kere böyle bir ürünü satın aldıktan sonra o ürüne bağımlı hale gelmektedir.

Reklamlar 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 unutulmamalıdır.

Turkcell örneğinde ise aşağıda yer verilen çeşitli nedenlerden bu firmanın GSM hizmetlerinde bir farklılaşma yaratabildiği ve hizmetlerine karşı bir marka bağımlılığı oluşturabildiği görülmektedir.

¹⁸⁴ Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 172.

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 Türk telekomünikasyon mevzuatında numara taşınabilirliğinin geç düzenlenmiş olmasının aboneler açısından yaratacağı geçiş maliyetleri nedenleriyle Turkcell sadık bir tüketici kitlesi kazanmıştır¹⁸⁵.

1.8. Batık Maliyetler

Pazara girişin başarılı olamaması halinde telafi edilemeyecek olan maliyetlerin tümü batık maliyetlerdir. Bu kapsamdaki maliyetler üretim, araştırma ve geliştirme, dağıtım ve pazarlama gibi ilgili teşebbüsün faaliyet gösterdiği alana göre farklılıklar göstermektedir. Fabrika ve diğer üretim faktörlerine yapılan ve girişin başarılı olmaması durumunda telafi edilemeyecek olan tüm üretim harcamaları pazara giriş engeli yaratmakta olup, konu GSM hizmetleri piyasasına ilişkin olarak; GSM hizmetleri pazarında büyük çoğunluğu batık maliyetler kapsamına giren altyapı yatırım maliyetleri, teşebbüslerin harcamalarının en büyük kısmını oluşturmaktadır. Altyapı maliyet kaleminin büyüklüğü, pazarda faaliyet gösteren aktörlerin kendilerine talep yaratabilme süreçlerini uzatabileceği gibi, birçok aktör üzerinde de piyasaya girme konusunda caydırıcı etki yaratabilecektir.

GSM operatörleri, imzalamış oldukları lisans sözleşmelerinde yer alan altyapı yükümlülüklerinin yerine getirilmesi, bunun yanısıra abone sayısındaki artışa paralel olarak teknik kapasitelerinin artırılabilmesi ve sunulan hizmetlerin çeşitlendirilebilmesi için sürekli olarak altyapılarının geliştirilmesi zorunluluğu ile karşı karşıyadırlar. Operatörlerin hızla değişen koşullar çerçevesinde sık sık teknolojilerini güncellemeleri ve diğer teknoloji pazarları ile gerekli bağlantıları kurmaları gereklidir¹⁸⁶.

¹⁸⁵ RK Kararı, K. 01-35/347-95, T. 20.7.2001.

¹⁸⁶ RK Kararı, K. 01-35/347-95 K, T. 20.7.2001.

IV- ÖZEL BİR HÂKİM DURUM HALİ-ETKİN PİYASA GÜCÜ

1. Etkin Piyasa Gücünün İlgili Mevzuatlar Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Ülkemizde telekomünikasyon sektörünün yeni yeni özel sektöre açıldığını, bu nedenle serbest rekabet ortamının tam olarak yerleşmesi, piyasada hâkim konumda olan ve piyasayı etkileme gücüne sahip işletmeciler karşısında piyasaya yeni giren işletmecilerin tutunabilmesi için bir kısım yasal düzenlemelerin yapılması gerekli kılmaktadır.

Özellikle Türk Telekom'un sahibi olduğu ana telekomünikasyon şebekesi ve altyapısı karşısında, sektöre yeni giren bir işletmecinin Türk Telekom'la rekabet edecek şebeke ve altyapıyı kurması olanaksız olacaktır. Altyapısı tamamlanmış bir şirketin sunduğu hizmetin maliyeti de düşük olacaktır. Zira hizmeti sunmak için yeni yatırımlar yapmak yükümlüğünden kurtulmuş, bu nedenle kâr marjını düşük tutabilecek bir seviyeye gelmiştir. Yeni işletmeci için ise bu durum söz konusu olmayacaktır. Alt yapıyı kurmak, şebekeler inşa etmek zorunda kalacaktır. Bu durumda yeni işletmecinin piyasada var olması imkânsız olacaktır. Bunun yerine var olan tek bir hattın sahibine, yeni işletmecinin bir kısım bedel ödeyerek diğer işletmecinin hatlarından faydalanması, şebeke ve altyapısını kullanmasına izin vermesi yükümlülüğünün tanınması daha uygun olacaktır. Böylece hem yeni işletmeciler yeniden bir altyapı ve şebeke kurma maliyetinden kurtulacak, mevcut altyapı sahibi ise, altyapısını kurmak için ödediği maliyetin önemli bir kısmını karşılamış olacaktır. Altyapısını tamamlamış bir işletmeci, gerekirse fiyat kırma yoluyla piyasadaki diğer işletmecilerin, piyasada etkin olmasını önleyebilecektir. İşte bu nedenlerle, piyasada hâkim durumda bulunan ve piyasayı etkileyebilme gücüne sahip olan işletmecilerin belirlenmesi gereklidir. Öncelikli olarak 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu¹⁸⁷ madde 3 "Tanımlar ve Kısaltmalar" başlıklı madde'nin (r) bend'inde Etkin Piyasa Gücü kavramı;

"İşletmenin, ilgili elektronik haberleşme pazarında, tek başına ya da diğer işletmecilerle birlikte, rakiplerinden, kullanıcılarından ve tüketicilerinden fark edilir bir şekilde bağımsız olarak hareket edebilmesine imkân sağlayan ekonomik gücü"

¹⁸⁷ 10.11.2008 Tarih ve 27050 Sayılı I. Mükerrer Resmi Gazete.

şeklinde tanımlanmıştır. 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nda hâkim durum kavramına ilişkin herhangi bir tanımlama yapılmamıştır. Hatta kanun hâkim konumda olduğuna karar verilen işletmecilerin etkin piyasa gücüne sahip olduğunu kabul etmiştir. Oysaki hâkim durum birinci bölümde de bahsetmiş olduğumuz üzere, etkin piyasa gücü kavramını da içine alan bir kavramdır. Ayrıca yasa işletmecinin ilgili telekomünikasyon pazarında etkin piyasa gücüne sahip olması halinde, pazar yapıları nedeniyle yakın ilişkili olduğu diğer pazarda etkili bir faaliyet yürütmesi ve bu sayede pazar gücünü arttırması sonucunu doğuruyorsa, söz konusu işletmenin yakın ilişkili olduğu diğer ilgili telekomünikasyon pazarında da, etkin piyasa gücüne sahip olduğu kabul edilir.

406 Sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 4502 Sayılı Kanunu'nun 6. maddesi ile değişik 10. Maddesi 1.'inci fıkrası;

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

düzenlenmiştir. Burada anılan “arabağlantı yükümlüsü”nün belirlenebilmesi için herşeyden önce piyasada kimin hâkim konumda olduğunun ve etkin piyasa gücüne kimin sahip olduğunun belirlenmesi gereklidir.

Ayrıca etkin piyasa gücü kavramı;

“Etkin Piyasa Gücüne Sahip İşletmecilerin Belirlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ¹⁸⁸”de; ilk olarak ilgili pazarın tanımlanması gerekmektedir. Tebliğ'in “Tanımlar” başlıklı 4'ncü maddesinde İlgili Telekomünikasyon Pazarını;

“Ülkenin tümünde veya bir bölümünde sunulmakta olan belirli bir telekomünikasyon hizmeti ve onunla yüksek derecede ikame edilebilen diğer telekomünikasyon hizmetlerinden oluşan pazar”

olarak tanımlanmıştır. Yine Tebliğ'in “Tanımlar” başlıklı 4'ncü maddesinde Etkin Piyasa Gücü kavramı;

¹⁸⁸ 03.06.2003 tarih ve 25127 Sayılı Resmi Gazete.

“İlgili telekomünikasyon pazarında; bir veya birden fazla teşebbüsün diğer işletmeci ve kullanıcılara sunduğu hizmetlerin alım ya da satım fiyatını, arz ya da talep miktarını, piyasa şartlarını, telekomünikasyon hizmetlerini vermek için kullanılan ana telekomünikasyon şebekesi unsurlarını ve kullanıcılara erişimi kontrol etme gibi ekonomik parametreleri etkileyebilme gücü”

şeklinde tanımlanan etkin piyasa gücüne sahip işletmecinin belirlenmesinde ise 5’inci madde de belirtilen hususlar dikkate alınmak durumundadır.

Bu özellikler;

- a) Pazar payı,
- b) Piyasa şartlarını etkileyebilme gücü,
- c) Satış miktarları ile piyasa büyüklüğü arasındaki ilişki,
- d) Son kullanıcıya erişim araçlarını kontrol gücü,
- e) Mali kaynaklara ulaşabilme gücü,
- f) Piyasada ürettiği ve verdiği hizmetleri sunması ile ilgili konulardaki tecrübesi, olarak sıralanmıştır.

Yukarıda bahsedilen hususlar dikkate alınarak belirlenen etkin piyasa gücüne sahip işletmeci listesinin Tebliğ’in 6’ncı maddesi çerçevesinde Resmi Gazete’de yayımlanması öngörülmüştür. Bu Tebliğ 07.01.2007 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır¹⁸⁹.

2. Etkin Piyasa Gücüne Sahip İşletmecinin Belirlenmesi

Etkin piyasa gücü kavramı, 2002/21 sayılı AB Çerçeve Direktifi’nin 14’üncü maddesinde;

“bir işletmeci tek başına veya diğer işletmecilerle birlikte hâkim konuma (rakipleri, müşterileri ve sonuç olarak tüketicilerinden fark edilir bir derecede bağımsız hareket edebilmesini sağlayan ekonomik gücünün bulunduğu bir duruma) eşdeğer bir konuma sahip ise etkin piyasa gücüne sahip olarak kabul edilmelidir.”

şeklinde tanımlanmıştır. Bir piyasada etkin piyasa gücünün bulunması pazarda hiç rekabet olmaması anlamına gelmemektedir. Etkin piyasa gücü, işletmeciye rekabetin gelişmemesi ve rekabetçi şartların oluşarak kendi aleyhine gelişmeler olmaması için

¹⁸⁹ 07.01.2007 tarih ve 26396 Sayılı Resmi Gazete.

piyasa şartları üzerinde kayda değer bir etkileme gücü vermektedir¹⁹⁰.

Pazar payı, pazar gücünün tespitinde kullanılan en önemli kriterdir. Yüksek bir pazar payı tek başına etkin piyasa gücünün bulunduğu dair yeterli bir gösterge olmamakla birlikte ilgili piyasada belirgin bir pazar payı olmayan bir işletmecinin etkin piyasa gücüne sahip olması muhtemel değildir. Bu nedenle % 25'in üzerinde pazar payı olmayan işletmecilerin söz konusu pazarda tek başına etkin piyasa gücüne sahip olması olası değildir. Komisyon uygulamalarında tek başına etkin piyasa gücünün genellikle işletmecilerin % 40'ın üzerinde pazar payına sahip olduğu durumlarda ortaya çıktığı kabul edilmekle birlikte daha düşük pazar paylarında da etkin piyasa gücünün bulunabileceği ifade edilmektedir. İşletmecinin yüksek bir pazar payına sahip olduğu ve bu pazar payının zaman içinde belirli bir süre boyunca kendini koruduğu durumlarda işletmeci EPG'ye sahip olarak kabul edilebilir. Pazarda belirgin bir konuma sahip işletmecinin pazar payını kaybediyor olması piyasanın daha rekabetçi bir yapıya doğru ilerlediğinin bir göstergesi olmakla birlikte peşinen EPG'nin bulunmadığı anlamına gelmez. Bunun yanı sıra zaman içinde pazar paylarında görülen dalgalanmalar ilgili pazarda piyasa gücünün olmadığına dair bir gösterge olarak değerlendirilebilir¹⁹¹. İşletmecilerin pazar paylarının tespitinde kullanılacak kriterler ilgili pazarın karakteristik özelliklerine göre değişmektedir. Bu durumda hangi kriterlerin uygun olduğuna ilişkin yapılacak değerlendirme düzenleyici kurumların görevi alanına girmektedir. Örneğin kiralık hatlar pazarında bir işletmecinin piyasa gücünün tespit edilmesi için kiralık devre gelirleri, kiralanan kapasite veya kiralık devre sonlanma noktalarının sayıları kullanılacak kriterler arasında sayılabilir. Ancak Komisyon'un da belirttiği üzere, salt kiralık devre sonlanma noktası sayıları piyasada mevcut olan kiralık devre çeşitlerinin analog-dijital veya kısa mesafe-uluslararası uzak mesafe gibi ayrımlarını dikkate almamaktadır. Bu bakımdan yukarıda ifade edilen kriterlerden kiralık devre gelirleri daha şeffaf ve daha az karmaşık bir ölçüt olarak karşımıza çıkmaktadır. Benzer bir biçimde, perakende gelirler, toplam çağrı trafiği, kamu telefon işletmecilerinin sabit telefon hattı sayısı veya abone sayıları bu pazarlarda faaliyet gösteren işletmecilerin pazar paylarının ölçülmesi için kullanılacak kriterlerdir¹⁹².

¹⁹⁰ Piyasa Analizi Çalışmaları, s. 12.

¹⁹¹ AB Çerçeve Direktifi, Guidelines on Market Analysis and SMP, paragraf 75, (Piyasa Analizi Çalışmaları, s. 13'den naklen).

¹⁹² Piyasa Analizi Çalışmaları, s. 14.

Etkin piyasa gücünün tespitinin sadece büyük pazar paylarına dayandırılmaması gerekir. Yüksek oranda pazar payının bulunması söz konusu işletmecinin etkin piyasa gücüne sahip olabileceğini göstermektedir. Bu nedenle düzenleyici kurumlar, EPG'nin varlığına ilişkin nihâi bir karar almadan önce piyasanın iktisadi özelliklerinin detaylı ve geniş bir analizini yapmak durumundadır¹⁹³. Piyasaya giriş engelinin bulunmaması, belirgin bir pazar payına sahip işletmecinin bağımsız olarak rekabet karşıtı uygulamalara girmesini engelleyen bir unsurdur. Elektronik haberleşme sektöründe frekansa ya da numara gibi kıt kaynakların kullanımından dolayı belirli hizmetlerin lisans sayısını sınırlayan mevcut hukuki ve düzenleyici gereksinimler nedeniyle pazara giriş engelleri oldukça yüksektir (örn. GSM veya 3G mobil hizmetleri). Ayrıca pazara giriş için büyük miktarda yatırım yapılması ve kârlılık için kapasite programlarının uzun vadeli olması gerektiği durumlarda yüksek seviyede giriş engelleri bulunmaktadır. Ancak, süregelen teknolojik gelişmeler tarafından karakterize edilen piyasalarda pazara giriş önünde daha düşük engeller bulunmaktadır. Pazarda, kolayca tekrar edilemeyen altyapıları kontrol eden bir işletmecinin bulunması, alternatif erişim teknolojilerinin olmaması durumunda olası rakipler için piyasaya giriş önünde önemli bir engel oluşturmaktadır. Bu duruma ilişkin olarak verilebilecek örnek, sabit bir noktadan telefon hizmetleri sunulmasını sağlayan sabit erişim şebekesidir¹⁹⁴. Dikey bütünleşik bir şirket, üst ve alt pazarların her ikisinde sahip olduğu konum sayesinde rakiplerin piyasaya girişini engelleyebilme ve rekabeti kısıtlayarak pazar gücünü artırabilme imkânına sahiptir. Pazarda teknolojik açıdan veya bilgi birikimine dayalı üstünlüğü bulunan bir işletmecinin varlığı, yeni işletmeciler için piyasaya giriş engeli, mevcut rakip işletmeciler için ise rekabetçi bir dezavantaj olarak karşımıza çıkmaktadır. Yüksek derecede ürün çeşitliliği, daha homojen bir ürün yapısının bulunduğu pazarlar ile karşılaştırıldığında, rakiplerin piyasaya girişini veya pazar payı edinmesini güçleştirmektedir. Öte yandan, bir piyasada etkin piyasa gücüne sahip olan bir işletmeci bu piyasadaki ürünlerini, rekabetle karşı karşıya olduğu farklı bir piyasadaki ürünlerle birleştirerek bir avantaj sağlayabilmektedir¹⁹⁵ (örn. Telefon ve ADSL hizmetlerinin birlikte sunumu).

¹⁹³ Piyasa Analizi Çalışmaları, s. 14.

¹⁹⁴ Piyasa Analizi Çalışmaları, s. 18.

¹⁹⁵ Piyasa Analizi Çalışmaları, s. 17.

Çerçeve Direktif'in 14/3 maddesi

“Bir işletmecinin belirli bir pazarda EPG'ye sahip olduğu durumlarda, işletmeci bu pazarla yakından ilişkili diğer bir pazarda da EPG'ye sahip olarak kabul edilebilir. Bu durumda, söz konusu iki pazar arasındaki ilişkinin işletmecinin bir pazarda sahip olduğu piyasa gücünün diğer pazara da yansıtılmasına ve işletmecinin pazar gücünü artırmasına imkân verecek nitelikte olması gerekmektedir.”

ifadesini içermektedir. Bu durum özellikle, altyapı pazarında etkin piyasa gücüne sahip olan ve alt hizmet pazarlarında da boy gösteren işletmecilerin bulunduğu telekomünikasyon sektöründe sıklıkla görülmektedir. Bu tür şartlar altında düzenleyici kurumlar bu tip işletmecilerin söz konusu pazarlarla birlikte ele alındığında EPG'ye sahip olduğuna karar verebilirler. Ancak pratikte, erişim veya toptan pazar gibi üst pazarlarda (upstream) EPG olarak belirlenen bir işletmeci ile ilgili olarak, düzenleyici kurumlar Erişim Direktif'inde yer alan yükümlülüklerin kullanılması yoluyla işletmecinin alt (downstream) hizmet veya perakende pazarlarına piyasa gücünü yansıtmasını engellemek durumundadır. Bu nedenle, Çerçeve Direktif'in 14(3) maddesi ancak söz konusu öncül (ex-ante) yükümlülüklerin alt pazarlarda etkin rekabetin tesis edilmesini sağlayamadığı durumlarda gündeme gelmelidir¹⁹⁶.

“Tarife Yönetmeliğinde¹⁹⁷” Etkin Piyasa Gücü Kavramı; Yönetmeliğin “Tanımlar” başlıklı 4'üncü maddesinde;

“İşletmecinin, ilgili elektronik haberleşme pazarında, tek başına ya da diğer işletmecilerle birlikte, rakiplerinden, kullanıcılarından ve tüketicilerinden fark edilir bir şekilde bağımsız olarak hareket edebilmesine imkân sağlayan ekonomik gücü” şeklinde tanımlanmıştır. Yönetmeliğin İkinci Bölüm başlığı “*Etkin Piyasa Gücüne Sahip İşletmecilere Getirilecek Yükümlülükler*”

şeklinde düzenlenmiş olmakla birlikte, Yönetmeliğin 6'ncı maddesi “*Tarife Düzenlemeleri*”ni düzenlemekle birlikte, 7'inci madde'de “*Tarife Düzenlemesinde Uygulanacak Esaslar*”, düzenlenmiştir.

Bunun yanı sıra, etkin piyasa gücü kavramı ilgili yönetmeliklerde de düzenlenmiştir⁵⁹.

¹⁹⁶ Piyasa Analizi Çalışmaları, s. 19-20.

¹⁹⁷ 12.11.2009 tarih ve 27404 Sayılı Resmi Gazete.

⁵⁹ “Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nde” etkin piyasa gücü kavramı; Yönetmeliğin İkinci Bölüm,

Ayrıca etkin piyasa gücü kavramı, “Yerel Ağa Ayrıştırılmış Erişime İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ’de²⁰⁰”, etkin piyasa gücü kavramına Tebliğ’in 5’inci maddesinde “*Erişim Sağlama Yükümlülüğü*” başlıklı madde’de kavrama atıfta bulunmuştur.

“Ortak Yerleşim ve Tesis Paylaşımı Usul ve Esaslarına İlişkin Tebliğ’de²⁰¹”, etkin piyasa gücü kavramına Tebliğ’in 4’üncü maddesinde “*Tanımlar*” başlıklı maddede kavrama atıfta bulunulmuştur.

3. Etkin Piyasa Gücü Çerçevesinde Getirilen Yükümlülükler

Erişim Direktifi’ne göre etkin piyasa gücüne sahip işletmeciler, hizmetlerini ticari müzakerelerle belirlenmiş ücretlerle sunmak, makul fiyatlar belirlemek, rakip işletmecilerin teknolojik imkânlarının yetersiz kaldığı hallerde kendi imkânlarının kullanılmasına izin vermek ve tüm hizmetleri, istenen düzeyde ve herkesce ulaşılabilir

“Erişim ve Arabağlantı Yükümlülükleri” başlıklı kısımda 7’inci madde’de “*Yükümlülük Getirilmesi*”, 8’inci madde’de “*Erişim*”, 10’uncu madde’de “*Ayrım Gözetmeme*”, 11’inci madde’de “*Referans Erişim Teklifleri ve Şeffaflık*”, 12’inci madde’de “*Erişim Tarifelerinin Kontrolü*”, 13’üncü madde’de “*Hesap Ayrımı, Maliyet Muhasebesi ve Denetim*”, 16’ıncı madde’de “*Taşıyıcı Seçimi ve Taşıyıcı Ön Seçimi*”, maddelerinde etkin piyasa gücü kavramı yer almıştır. “Elektronik Haberleşme sektöründe Etkin Piyasa Gücüne sahip işletmeciler ile bu işletmecilere getirilecek yükümlülüklerin belirlenmesi hakkında Yönetmelik’te”; etkin piyasa gücü kavramı Yönetmeliğin “Tanımlar” başlıklı 4’üncü maddesi’nde tanımlanmıştır. Yönetmeliğin 5’inci maddesi “*Pazar analizi ilkeleri*”, başlıklı kısımda etkin piyasa gücüne sahip işletmelerin pazardaki yerleri ve diğer maddelerde pazardaki yerlerinin belirlenmesine ilişkin maddeler düzenlenmiştir. 6’ıncı madde’de “*Pazar Analizi Süreci*”, 7’inci madde’de “*İlgili pazarın tanımlanması*”, 8’inci madde’de “*İlgili pazarda düzenleme gereksinimi*”, 9’uncu madde’de “*Rekabet seviyesinin analizi*”, 10’uncu madde’de “*Yakın ilişkili pazarlar*”, Yönetmeliğin Üçüncü Bölümü “*Etkin Piyasa Gücüne Sahip İşletmecilere İlişkin Yükümlülükler*” olarak düzenlenmiş olmakla birlikte, 11’inci madde’de “*İşletmecilere getirilebilecek yükümlülükler*”, 12’inci madde’de “*Yükümlülüklerin farklılaştırılması*”, 13’üncü madde’de “*Yükümlülüklerin değiştirilmesi ve kaldırılması*”, maddelerinde etkin piyasa gücü kavramı açıklanmaya çalışılmıştır.

²⁰⁰ 19.01.2010 tarih ve 27467 Sayılı Resmi Gazete.

²⁰¹ 31.12.2003 tarih ve 25333 Sayılı Resmi Gazete.

kılmakla yükümlüdür. Direktif bu şartlardan herhangi birinde çıkacak bir anlaşmazlık halinde ulusal düzenleyici kurumlara müdahale hakkı vermektedir²⁰².

Direktif ayrıca, etkin piyasa gücüne sahip işletmecileri, makul ve teknik açıdan imkân dahilinde olan her türlü erişim talebini karşılamakla yükümlü tutmaktadır. Prensip olarak işletmeciler arasında oluşabilecek ihtilafların, öncelikle ticari müzakereyle çözülmeye çalışılması, gerekirse daha sonra düzenleyici kuruma başvurulması gerektiği de belirtilmektedir. Direktif kapsamında, talebi belli olmayan yeni bir ürünün piyasaya sunumunda da, ürünü sunan işletmecinin, etkin piyasa gücüne sahip işletmecinin teknik imkânlarından yararlanabileceği ifade edilmektedir. Direktif ayrıca böyle bir durumda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ücret belirleme konusunda göreceli olarak bir serbestlik sağlamaktadır²⁰³.

Erişim ve Arabağlantı Direktifi, ulusal düzenleyici kurumlara, rekabet ve pazar şartlarının değişmesi halinde, etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere yönelik söz konusu yükümlülükleri yeniden düzenleme hakkını da vermektedir²⁰⁴.

Yükümlülükler, “*Elektronik Haberleşme Sektöründe Etkin Piyasa Gücüne Sahip İşletmeciler ile Bu İşletmecilere Getirilecek Yükümlülüklerin Belirlenmesi Hakkında Yönetmelik*²⁰⁵”in 11’inci maddesi, “*İşletmecilere getirilebilecek yükümlülükler*”, başlıklı maddesinde sayılmıştır.

²⁰² Piyasa Analizi Çalışmaları, s. 23.

²⁰³ Piyasa Analizi Çalışmaları, s. 24.

²⁰⁴ Piyasa Analizi Çalışmaları, s. 24.

²⁰⁵ (1) Kurum, ilgili pazarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere, ilgili mevzuattaki hükümler saklı kalmak üzere, aşağıda yer alan yükümlülüklerden birini, birkaçını veya tamamını getirir:

- a) Şeffaflık,
- b) Referans erişim ve/veya arabağlantı tekliflerinin yayımlanması,
- c) Ayrım gözetmeme,
- ç) Hesap ayrımı,
- d) Erişim ve/veya arabağlantı sağlama,
- e) Tarife kontrolüne tabi olma,
- f) Maliyet muhasebesi,
- g) Taşyıcı seçimi ve önseçimi,
- ğ) Asgari kiralık hat gurubu hizmetini sunma.

3.1. Şeffaflık

Şeffaflık, özellikle telekomünikasyon alanında özel bir önem atfedildiği görülmektedir. Tüm dünyada, ve özellikle AB’de telekomünikasyon hizmetleri için temel ve yaşamsal bir politika olarak benimsenen serbest rekabete açılmanın en önemli araçlarından veya ön koşullarından biri olarak bu ilke görülmektedir²⁰⁶. Bu alanda faaliyet gösteren işletmelerin hesaplarının, muhasebe kayıtlarının şeffaf olması gerekir.

Düzenleyici kurumlar, işletmecilere ait muhasebe bilgileri, fiyat, şebekenin durumu ve referans teklifleri gibi konularda şeffaf olma zorunluluğu getirir. Bu paralel düzenleyici kurumlar işletmecilerden arabağlantı teklifinin tanımını (ilgili hüküm ve şartlar ile ücretler dahil) içeren bir referans arabağlantı teklifi yayınlamalarını isteyebileceklerdir²⁰⁷.

3.2. Ayrım Gözetmeme

Erişim Direktifi, işletmecilerin kendileriyle aynı hizmeti sunan diğer tüm girişimcilere, aynı muameleyi yapmasını ve kendi kullandıkları hizmeti diğer tüm kullanıcılar için erişebilir kılmalarını gerektirmektedir. Böylece dikey bütünleşik yapıdaki etkin piyasa gücüne sahip işletmecilerin etkin rekabeti kendi lehlerinde bozmaları engellenmektedir. Ayrımcılığın önlenmesi, tüm işletmecilere mümkün olduğunca eşit muamele yapılmasını, uygulama farklılıkların ise haklı sebeplere dayandırılmasını gerektirir. Buna göre, etkin piyasa gücüne sahip işletmeci, diğer bir işletmeciye uyguladığı farklı muameleyi objektif nedenlere dayanarak haklılığını kanıtlayabilmelidir²⁰⁸.

3.3. Hesap Ayrımı

Etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere getirilen 9 ila 13’üncü maddelerdeki yükümlülüklerden bir diğeri olan hesap ayrımı da ayrım yapmama ilkesinin bir uzantısı hükmündedir. Buna göre, ulusal düzenleyici kurumlar, dikey olarak bütünleşmiş olan

²⁰⁶ Ulusoy, Ali, “Telekomünikasyon Hukuku”, Ankara 2002, s. 145.

²⁰⁷ Piyasa Analizi Çalışmaları, s. 24.

²⁰⁸ Piyasa Analizi Çalışmaları, s. 25.

işletmecilerden toptan satış (erişim/arabağlantı) fiyatlarını ve iç para transferlerini (transfer fiyatlarını) özellikle çapraz sübvansiyonun önlenmesi amacıyla-gerektiğinde- aleni hâle getirmelerini isteyebileceklerdir. Bu bağlamda, uygulanacak olan yöntem ve muhasebe sistemi ulusal düzenleyici kurum tarafından belirlenecektir²⁰⁹.

3.4. Erişim Yükümlülüğü

Açık ve rekabetçi bir piyasada, işletmecilerin kendi aralarında erişim ve arabağlantı yapmaktan alıkoyacak engellerin bulunmaması gerekmektedir. Erişim ve arabağlantıya ilişkin olarak talepte bulunan işletmeciler, ilke olarak ticari bir temelde iyi niyetli bir şekilde müzakere etmek durumundadır. Zira, Erişim Direktifi'nin 3'üncü maddesi de bu tür bir durumu öngörmektedir. Ancak, günümüze değin düzenleyici kurumların yaşadığı tecrübeler bu durumun ancak istisnai hallerde ortaya çıktığını göstermektedir. Bu bakımdan Erişim Direktifi işletmecilerin pazar güçleri arasında büyük farklılıklar bulunduğu ve bazı işletmecilerin hizmet sunumunda diğer işletmecilere ait altyapılara ihtiyaç duyduğu durumları göz önünde bulundurarak piyasanın etkin biçimde işleyebilmesi için erişime ilişkin belirli yükümlülükler (ortak yerleşim sağlama, ayırıştırılmış erişim sağlama vb.) getirilmesini öngörmektedir²¹⁰.

3.5. Ücret Kontrolü ve Maliyet Muhasebesi

Ücretlendirmeye ilgili düzenlemelerde gözönünde bulundurulması gereken faktörlerden biri de piyasadaki rekabet ortamıdır. Rekabet ortamının istenilen seviyede olmaması halinde düzenleyici kurumlar, maliyet bazlı ücretlendirmeyi, ücretlendirmede şeffaflığı ve standartlara dayalı bir maliyet muhasebesi izlenmesini zorunlu kılabilirler. Ücretlendirmede genel olarak etkin piyasa gücüne sahip işletmecinin makul ve maliyet esaslı bir ücreti baz alması öngörülmektedir. Bununla birlikte, yeni bir ürünün (talebi belli olmayan, ikamesi olup olmadığı bilinmeyen) sunulması durumunda ise, ücretlendirmeye mümkün olduğunca az müdahale edilmesi gerektiği belirtilmektedir²¹¹. Kanun'da kural olarak her telekomünikasyon hizmetinin ücretinin maliyetini karşılayacak şekilde belirlenmesi öngörülmüş, bir hizmetin diğer hizmetlerden alınacak

²⁰⁹ Piyasa Analizi Çalışmaları, s. 25.

²¹⁰ ERG, 1 Nisan 2004, European Regulatory Group Common Position on the Approach to Appropriate Remedies in the New Regulatory Framework, (Piyasa Analizi Çalışmaları, s. 25'den naklen).

²¹¹ Piyasa Analizi Çalışmaları, s. 26.

cretlerde sbvance edilmesi, asgari hizmetler dndaki hizmetler için kabul edilmemitir²¹².

²¹² Ulusoy, Ali, "Telekomünikasyon Alanındaki Son Yasal Düzenlemeler ve Uygulamaların Değelendirilmesi", Perşembe Konferansları, Kasım-Aralık 2000, s. 80.

Üçüncü Bölüm

HÂKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

V- KÖTÜYE KULLANMA

1. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Kriterleri

1.1. Aşırı Fiyatlandırma

Aşırı fiyatlandırmayla, hâkim durumda bulunan teşebbüsler, mal ya da hizmet fiyatlarını aşırı olarak yükselterek, normal koşullarda işleyen bir rekabet ortamında kazanamayacakları kârı elde etmektedirler²¹³. RKHK’da haksız fiyatların kötüye kullanma teşkil ettiğine dair bir hüküm yer almamaktadır. Özellikle regüle edilmemiş doğal ve hukuki tekel hallerinde, haksız fiyat koymanın kötüye kullanma sayılması mümkündür. RKHK madde 6’da düzenlenen hâkim durumun kötüye kullanma halleri sadece örnek olarak sayılmış olmaları nedeniyle, 6. maddenin genel hükmüyle konunun çözümlenmesi gerekmektedir²¹⁴. Öz’e göre Kanun’un 6’ncı maddesinde açıkça belirtilmemiş olsa dahi, herhangi bir teşebbüsün bir yandan üretimi kısırarak aşırı yüksek fiyatlarla pazara mal ya da hizmet sunması halinde, örneğin tüketicinin zararına olarak üretimin kısılanması suretiyle fahiş fiyat uygulanması durumunda konuyu Kanun’un 6/2(e)²¹⁵ maddesi kapsamında değerlendirmiştir. Olayın şartları çerçevesinde bu şekilde üretimin kısılanması olmasa dahi Kanun’un 6/1’inci maddesinin yorumundan hareketle aşırı fiyat, 6’ncı madde kapsamında değerlendirilebilir²¹⁶. Ayrıca RKHK’nin 4. maddesinin (a) bendinde birden fazla işletmenin fiyatlarını saptamalarını yasaklayan bir hüküm konulmuştur. Bu durumda pazardaki tüm işletmelerin ya da bazı işletmelerin anlaşarak çok yüksek fiyatlar tespit etmeleri ile tekelin çok yüksek bir fiyat tespit etmesi de hâkim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilmelidir²¹⁷. RK, fiyatlarla ilgili soruşturmaları sıklıkla açmakta ve fiyatları çeşitli açılardan analiz ederek aşırı veya düşük olup

²¹³ Şıramun, Serpil, “AB Rekabet Hukuku’nda Kötüye Kullanma Kriterleri”, İstanbul 2005, s. 43.

²¹⁴ Aslan, “Rekabet Hukuku Dersleri”, s. 200.

²¹⁵ RKHK Madde 6/2(e):Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısılanması, olarak düzenlenmiştir.

²¹⁶ Öz, s. 171.

²¹⁷ Aslan, s. 200.

olmadığını incelemektedir. RK, aşırı fiyat uygulamanın Kanun'un 6. maddesi kapsamında bir ihlal olduğunu kabul etmektedir²¹⁸. Ayrıca RK aşırı fiyatı şu şekilde tanımlamaktadır; *“Sağlanan ürünün ekonomik değeriyle makul bir ilişki kurulamayacak derecede fazla fiyat uygulamak şeklinde tanımlanabilir”²¹⁹*.

Fiyatın aşırı olup olmadığının belirlenmesinde, aşırı fiyatlandırma ile 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. Bu şekilde karşılaştırmanın mümkün olmadığı hallerde maliyet analizi yapmak gerekecektir. Bazı durumlarda ise, her iki ölçütten de yararlanmak gerekli olacaktır²²⁰.

Fiyatın maliyetle orantılı olması gerektiğinden hareket edildiği takdirde, fiyatı aşırı olduğu öne sürülen mal/hizmetin üretiminde hâkim durumdaki teşebbüsün karşılaştığı maliyetin ortaya çıkarılması gerekmektedir. Bu da oldukça zor bir eylemdir. 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 olabilmektedir²²¹.

Bu konuda henüz ekonomik ya da hukuki temellere oturtulabilmiş 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 belirtilmiştir²²².

Aşırı fiyatlandırma ile ilgili diğer bir ölçüt ise, belli bir zaman diliminde hâkim teşebbüsün uyguladığı fiyatlar arasındaki farklılıktır. Teşebbüsün uyguladığı fiyatlar enflasyonla alakalı olmaksızın aşırı yükselmeler gösteriyorsa, bu teşebbüsün aşırı fiyat

²¹⁸ RK Kararı, K. 00-46/488-266, T. 23.11.2000.

²¹⁹ RK Kararı, K. 02-13/127-54, T. 08.03.2002.

²²⁰ Öz, s. 169.

²²¹ Ülgen, s. 54.

²²² Öz, s. 69.

uyguladığı düşünebilir²²³

Tam rekabetçi piyasalarda toplumsal refah ve etkin dağılımı hedefleyen marjinal maliyet bazında fiyatlandırma, marjinal maliyetin fiyata eşit olduğu optimum üretim seviyesinin belirlenmesini gerektirir. Yerel telekomünikasyon şebekesi gibi sektörlerde ilk yatırım maliyetinin oldukça yüksek olduğu dikkate alındığında fiyatın, marjinal maliyet seviyesinde belirlenmesinin, operatörler açısından kabul edilebilir olmayacağı kabul etmektedir²²⁴. Bunun yanı sıra, maliyetlerin belirlenmesi sırasında, şebeke üzerindeki bir hat üzerinden bir çok hizmetin eş zamanlı olarak verilebiliyor olması, sektörün karmaşık yapısı vb. sebeplerle, bir çok sorunla karşılaşılmasına neden olmaktadır²²⁵.

Telekomünikasyon sektöründe ise sorun genellikle, hâkim durumdaki firmanın elinde bulunan zorunlu unsur erişimin sağlanmasına yönelik olarak, hâkim operatör tarafından talep edilen fiyatların fahiş olup olmadığı çerçevesinde etkili olmaktadır²²⁶. 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 regülasyonunun²²⁷ yapılması kaçınılmaz olmaktadır²²⁸.

Telekomünikasyon sektöründe aşırı fiyat vakaları genellikle, yerleşik operatörün tekelinde olan 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

²²³ Anık, Gülgün, “Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, TBBB, S. 65, 2006, s. 190 vd.

²²⁴ Topkaya, s. 19.

²²⁵ Topkaya, s. 19.

²²⁶ Topkaya, s. 18.

²²⁷ 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 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).

²²⁸ Topkaya, s. 18.

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 arabağlantı anlaşmalarında etkinliği sağlamak için rekabet kurumlarının müdahalesini ya da fiyatların düzenleyici kurumlar eliyle belirlenmesini zorunlu kılmaktadır²²⁹.

Telekomünikasyon sektöründe aşırı fiyatlandırmaya ilişkin olarak görülen davalardan biri “Deutsche Telecom” ile ilgili olan davadır. Davada, Deutsche Telecom’un 1991 yılında 11 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’na geri alınmıştır²³⁰.

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 savunmuştur²³¹.

RK 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 etmiştir²³².

²²⁹ Sarı, s. 13.

²³⁰ AB Telekomünikasyon Mevzuatı, AB Danışmanlık ve Yatırım Hizmetleri A.Ş., 2000, S. 59, (Sarı, s. 14’den naklen).

²³¹ Akıncı, Ateş, “RKHK Üzerine Eleştirel Bir Bakış, RKHK’nın Küçük ve Orta Ölçekli İşlemlere Etkisi”, TES-AR Yayınları No:20, Ankara 1996, s. 51 vd.

²³² RK Kararı, K. 02-27/291-119, T. 07.05.2002.

RK, TTAŞ'ın uydu yer istasyonu işletmecilerine yönelik tarifeleri yükselterek rekabette dezavantajlı bir durum yarattığına ilişkin ilgili kararında da²³³, 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 royalti 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 royalti tarifelerine 2,4 ile 63 kat arasında artış yapmak suretiyle 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 imkanlarını kısıtlamak ve aşırı fiyat uygulayarak pazardaki rekabet koşullarını önemli ölçüde bozduğu kanaatine ulaşılmıştır. Olaya ilişkin yapılan değerlendirmeler sonucunda, 4673 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile TTAŞ tarifeler konusunda önemli bir serbestiye kavuştuğu, tekel kapsamındaki ürünlere ilişkin olarak BTK'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

²³³ RK Kararı, D. SR/02-2, K. 02-60/755-305, T. 02.10.2002.

tarifelerini aşırı bir biçimde yükselterek onları rekabette dezavantajlı konuma soktuğu anlaşılmıştır²³⁴.

RK, TTAŞ'ın kiralık devre fiyatlarının artış oranı, zamanı ve bu fiyatların yüksek olduğuna ilişkin kararında; Telsim'in iddiasına göre, Avrupa ve dünyada kiralık devrelerin fiyatları düşerken TTAŞ tarafından kiralık devrelere ABD Doları bazında %100'ü geçen oranlarda zam yapıldığı ve dünyada uygulanan indirim sistemleri sonucunda oluşan fiyatlardan daha yüksek bir fiyata kiralık devrelerin sağlandığı belirtilerek, bu fiyatlandırmanın bir an önce durdurulması ve hizmetin etkin olarak sağlanması, maliyetine dayandırılması gerektiği ifade edilmiştir. Turkcell'in iddiası ise, TTAŞ'ın kiralık devre fiyatlarına dilediği zaman ve oranlarda zam yaptığıdır. Kiralık devre hizmetleri, telekomünikasyon hizmetlerinin sağlanmasında gerekli bir altyapı hizmetidir. Kiralık devre fiyatları devrelerin kapasite ve mesafelerine göre belirlenmektedir. Kiralık devreler kapasitelerine göre 64 Kbps-155 Mbps; mesafelere göre ise aynı santral, çok alanlı santral, il içi ve iller arası ya da 2,50 ve 200 km olmak üzere sınıflandırılmaktadır. 11.01.2002 tarihli Tavan Fiyat Tebliğinde hizmetler A ve B sepeti olmak üzere ikiye ayrılmakta ve kiralık devreler B sepeti içerisinde yer almaktadır. Tebliğ'e göre B sepeti için tavan fiyat uygulaması 01.01.2002 tarihinden başlayıp 31.12.2002 tarihinde sona erecek şekilde bir yıllık dönemi kapsayacağı ve bu hizmetin tarifelerinin 01.01.2003 tarihinden itibaren maliyet esasına göre onaylanabileceği belirtilmektedir. BTK, görüşünde, sağlıklı maliyet hesaplarının bulunmaması nedeniyle bu yöntemin uygulanamadığı ve maliyetlerin ayrıştırılıp hizmete ilişkin sağlıklı maliyetlerin bulunması için TTAŞ'a tanınan bir yıllık sürenin makul karşılanması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca BTK görüşünde, OECD ülkeleriyle TTAŞ tarifeleri karşılaştırıldığında; TTAŞ'ın bu hizmetlerin Türkiye'deki tek sağlayıcısı olması nedeniyle, aşırı fiyat iddialarının değerlendirilmesinde ele alınabilecek kriter diğer ülkelerde bu hizmetlere ilişkin fiyat düzeyleri olmaktadır. Ayrıca TTAŞ'ın mesafelere göre yaptığı sınıflandırma ile karşılaştırılan ülkelerin sınıflandırılmaları farklılık arz etmektedir. Sonuç olarak yapılan ülkelerarası karşılaştırmadan Türkiye'de uygulanan fiyatların uluslararası fiyat düzeyi ortalamasından yüksek olmadığına karar verilmiştir. Kiralık devre fiyatlarının değerlendirilmesinde en önemli nokta maliyetlerin belirlenebilmesidir. Ancak TTAŞ'ın maliyetlerini

²³⁴ RK Kararı, D. SR/02-2, K. 02-60/755-305, T. 02.10.2002.

ayrıştırması ve sadece kiralık devrelerin maliyetlerinin bulunması ise mümkün görünmemektedir. Açıklanan nedenler doğrultusunda RK, TTAŞ'ın kiralık devrelere uyguladığı fiyatın aşırı olmadığı yönünde karar vermiştir²³⁵.

1.2. Yıkıcı Fiyatlandırma

Yıkıcı fiyat, Rekabet Kanun'un 6'ncı maddesinde kötüye kullanma sayılan davranışlar arasında açıkça sayılmamıştır. Bunun yanı sıra, yıkıcı fiyat rakipleri pazar dışına itme, pazara girişleri engelleme amacını taşıyacağından ya da bu etkiyi doğuracağından, hâkim durumda olan teşebbüs tarafından uygulandığı takdirde kötüye kullanma sayılabilecektir. Haksız fiyat uygulamalarının bir türü olan yıkıcı fiyata, pazarda rekabet üzerindeki etkileri gözönüne alınarak Rekabet Hukuku aracılığıyla müdahale edilebilmektedir²³⁶. Öz'e²³⁷ göre, Kanunun 6/2(a) maddesinde yasaklanan, rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılması ve pazara girişlerin önlenmesi yıkıcı fiyat uygulamalarıyla da ortaya çıkabileceğinden, yıkıcı fiyat uygulamalarını Kanun'un 6/2(a) maddesi kapsamında değerlendirmek mümkün olmalıdır. Yıkıcı fiyat iddiasının söz konusu olduğu hallerde fiyatın, yıkıcı fiyat olup olmadığının nasıl tespit edileceği sorunu önem kazanmaktadır. Rekabet hukuku açısından düşük fiyatla yıkıcı fiyatı birbirinden ayırmak gerekir. Aksi yönde bir yorum, fiyat rekabetini ortadan kaldıracıdır. Rekabet hukukunda genellikle maliyetin altında olan fiyatlar için yıkıcı fiyat tanımı yapılmaktadır. Dolayısıyla fiyatın yıkıcı olup olmadığına karar verirken uygulanacak ölçüt ve maliyetin hesaplanması yöntemi önem kazanmaktadır²³⁸.

Yıkıcı fiyatlandırma çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. Bunlardan birisi fiyatları düşük tutmaktır. Bu uygulamada teşebbüs, ekonomik gücünün verdiği imkânlardan faydalanarak geçici bir süre için fiyatları rakiplerinin dayanamayacağı şekilde aşırı oranlarda düşürmektedir. Bu uygulama karşısında piyasada var olanlar tutunamayarak çekilmekte, aynı zamanda caydırıcı bir etki olarak potansiyel rakiplerin de piyasaya girişleri engellenmektedir. Hâkim durumda bulunan teşebbüs bu amacını gerçekleştirip, rakiplerini engelleyip dışladıktan sonra, satış koşullarını istediği gibi belirlemekte ve özellikle fiyatları tekrar yukarıya hatta istediği seviyeye getirerek

²³⁵ RK Kararı, 2002-2-2 (Önaraştırma), K. 02-27/291-119, T. 07.05.2002.

²³⁶ Öz, s. 167.

²³⁷ Öz, s. 167.

²³⁸ Öz, s. 167.

geçmişteki zararını da telafi etmektedir²³⁹.

Bu konuda dikkat edilmesi gereken hususlardan birisi, düşük fiyatın teşebbüslerin normal koşullar altında uyguladıkları rekabet fiyatından ayırt edilmesi gereğidir. Rekabetin olduğu bir piyasada normal fiyat indirimine yönelik uygulamalar doğal olarak mevcut olabilir ve yasaklanmamalıdır. Bu açıdan kural olarak düşük fiyat uygulamaları rekabete aykırı olmamakla birlikte, sadece rakip teşebbüsün piyasaya girişini engellemek ya da piyasadaki rakibi çıkarmak amacıyla yapılmışsa kötüye kullanma olarak değerlendirilmesi gerekir²⁴⁰. Yıkıcı fiyat uygulaması doğrudan fiyatın düşük tutulması şeklinde olabileceği gibi, müşterilere çeşitli promosyonlu satışlar, örneğin indirim veya yeni mal alabilme ya da bayilere rakibin malını satmaması koşuluyla prim verilmesi şeklinde dolaylı olarak da yapılabilir²⁴¹. Bütün bu durumların varlığı halinde kötüye kullanma sonucuna varılabilmesi için, ilgili teşebbüsün amacının araştırılması gerekmektedir.

Yıkıcı fiyatlandırma, hâkim durumda bulunan bir üreticinin, rakiplerini piyasadaki silmek amacıyla, maliyetin altında fiyatlarla malını satması hususudur. Yıkıcı fiyatlandırma, maliyet altında satış veya belirli bir rakibe göre fiyatlandırma gibi olguları içerebilir²⁴².

Hâkim teşebbüs, sadece piyasadaki rakiplerini dışlamak amacıyla değil, indirim politikaları, stokların eritilmesi ve ürün modelinde değişiklik gibi, başka türlü amaçlarla da fiyat düşürme yoluna gidebilir. Bu nedenle, yıkıcı fiyatların rekabetin gereği olan fiyat indirimlerinden ayrılması her zaman kolay olmayabilmektedir. Ayrıca fiyata yapılan indirimin, yıkıcı fiyat olarak kabul edilmesi için hangi oranda olması gerektiği ve bunun ne kadar sürmesi gerektiği hususunda da tam bir değerlendirme yapmak güç olmaktadır²⁴³.

RK, 2003 yılında Aycell tarifelerini incelemiş ve tarifelerin maliyetlerin altında olduğunu tespit etmiştir. Bununla birlikte, yıkıcı fiyatlandırmanın amaç unsuru

²³⁹ Şiramun, s. 39.

²⁴⁰ Şiramun, s. 40.

²⁴¹ Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s. 451.

²⁴² Ülgen, s. 56.

²⁴³ Aslan, "Rekabet Hukuku", s. 471.

bakımından gerçekleşmediği sonucuna ulaşmıştır. Çünkü Aycell hâkim durumda değildir, maliyetin altında satış yapmış olsa da 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 edebilecekse, yıkıcı fiyat uygulanmasına 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 fiyatlamamanın varlığından söz edilemeyeceğine karar vermiştir²⁴⁴. Aycell aynı eylemi beş yıl sonra gerçekleştirmiş olsaydı, altyapısını beş yıl içinde kuran operatör açısından yıkıcı fiyat uygulamasının gerçekleşmiş olduğunu ve piyasada hâkim konumda bulunan diğer operatörleri de olumsuz yönde etkilediğini kabul etmek gerekir.

Yıkıcı fiyat sahip olunan mali güçle ilişkilendirilmektedir. Bu durum literatürde “derin cep” olarak adlandırılmaktadır. Çünkü bir teşebbüsün, yıkıcı fiyat uygulamasına girişebilmesi ancak girilen zarara, rakibine göre daha uzun süre dayanabilmesine bağlıdır²⁴⁵. Yıkıcı fiyat davranışının ekonomik geçerliliği, uzun dönem sorundur. Kısa dönemde katlanılan kayıpların uzun dönemde geri kazanılması nedeniyle, yıkıcı firmanın geniş mali kaynaklarının olması, bu davranışa devam edebilmek için bir zorunluluktur²⁴⁶.

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 edebilmektedir²⁴⁷. AT yaklaşımı hasat'ı Amerikan yaklaşımında olduğu gibi sadece eliminasyon sonrası ortaya çıkan aşırı fiyatlandırma olarak algılamamakta, rakiplerin yıpratılarak rekabetten caydırılmasıyla mevcut pazarın korunması, hasat için yeterli kabul etmektedir²⁴⁸.

²⁴⁴ RK Kararı, D. 2003-2-36 (Önaraştırma), K. 03-56/655-301, T. 14.08.2003.

²⁴⁵ Kara, Fevzi Ahmet, “Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Aracı Olarak Yıkıcı Fiyat Uygulaması”, Ankara 2003, s. 3.

²⁴⁶ Yanık, s. 39.

²⁴⁷ Kara, s. 5.

²⁴⁸ Kara, s. 57.

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 da ortaya çıkabilir²⁴⁹.

RK, yıkıcı fiyatlandırmayı rakipleri piyasa dışına atmak gayesi ile maliyetlerin altında fiyat belirlemek²⁵⁰ olarak belirtse de, Yanık’a göre, yıkıcı fiyat, piyasa terklerine neden oluyorsa veya piyasaya girişleri engelliyorsa maliyetin altında olması zorunlu değildir²⁵¹.

Yıkıcı fiyatlandırmayla ilgili olarak RK bir başka kararında, TTAŞ’ın, TTNNet 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 kullanmaları gereken kiralık hatların fiyatlandırmasına yönelik olan şikayeti inceleyerek aşağıdaki değerlendirmeleri yapmıştır²⁵²: TTNNet’in kendi dial-up abonelerine uyguladığı tarifelerle TTNNet’ten kiralık hat kullanarak dial-up abonelerine hizmet veren ISS’lere uyguladığı tarifeler arasında, ISS’ler aleyhine çok büyük farklar olduğu görülmüştür. TTAŞ’ın TTNNet 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, TTNNet 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.

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

²⁴⁹ Ekdi, Barış, “Rekabet Hukuku Açısından Yıkıcı Fiyat Uygulaması”, Rekabet Dergisi, S. 10, s. 7.

²⁵⁰ RK Kararı, K. 02-60/755-305, T. 02.10.2002.

²⁵¹ Yanık, s. 40.

²⁵² RK Kararı, D. SR/02-2, K. 02-60/755-305, T. 02.10.2002.

edilmektedir²⁵³.

AB'nin bu konuyla ilgili Wanadoo kararı çok önemli bir karardır²⁵⁴: 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 kullanılabilir 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 edilmektedir. Komisyonun bu kararında, Ağustos 2001 öncesi ve sonrası dönemler için iki test uygulanmıştır. Bu olayda Komisyon, hızla büyüyen pazarın özelliklerini de dikkate alabilmek amacıyla, maliyetlerde ve gelirlere bazı ayarlamalar/düzeltilmeler yapmıştır. Özellikle, genişleyen bir pazarda toplam maliyetlerin önemli bir kısmını oluşturan müşteri edinme maliyetleri, yıllara yayılmış ve dikkate alınmamış, böylelikle bu maliyetler sermaye harcamaları olarak kabul edilmiştir. Buna ek olarak, Komisyon, firmanın muhasebesinde kayıtlı/işlenmiş ortalama abone başına gelirleri dikkate almamış, fakat firmanın büyüme dinamiklerinin, kullanıcı başına gelirleri mekanik olarak çarpıtması durumunu düzeltebilmek için çok ayarlama yapmıştır.

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 zararı görürken, o günlerde Wanadoo da dâhil olmak üzere bütün ISS'lere toptan ADSL

²⁵³ Ülgen, s. 57.

²⁵⁴ 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.

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. 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 dâhi, kendi pazar payının tepetaklak olduğunu görmüştür. Bir ADSL hizmet sunucusu (Mangosta) ise Ağustos 2001'de pazardan çıkmıştır.

Kötüye kullanma eylemi, ancak France Telekom'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/pozitive döneceğini ortaya koymak için hazırlanmış hesaplar sunmuştur. Komisyon bu hesapların, hâkim durumdaki bir teşebbüsün davranışını ifade ettiğinin ya da yıkıcı fiyat olmadığının 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 fiyatlandırma ile rakiplerini pazar dışına çıkarmıştır. Daha sonra ise kâr elde etmek için uygun duruma gelmenin beklentisi içine girdiği açıkça ortadır²⁵⁵.

²⁵⁵ Klotz/Fehrenbach, s. 46 vd.

Sonuç olarak, yıkıcı fiyat uygulamaları telekomünikasyon gibi dikey entegre sektörlerinde çok sık karşılaşılan ihlallerden birisidir. Alt yapıya erişim sağlamanın yanı 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 getiriye, yıkıcı fiyat uyguladığı pazardaki faaliyetlerini sübvansiyon etmek için kullanması, diğer bir ifadeyle çapraz sübvansiyon da söz konusu olabilecektir²⁵⁶.

1.3. 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 tanımlanmıştır. Komisyon, “Telekomünikasyon Sektöründe Rekabet Kurallarının Uygulanmasına İlişkin Ana Hatlar”²⁵⁷ isimli belgede ise, çapraz sübvansiyon, “teşebbüsün, bir ürün piyasasındaki veya coğrafi piyasadaki faaliyetinin getirdiği maliyetin tamamını veya bir kısmını, başka bir ürün piyasasındaki ya da coğrafi piyasadaki faaliyetine aktarması” olarak tanımlamıştır²⁵⁸.

Çapraz sübvansiyona, özellikle rekabetin güçlü olduğu bir ürün piyasasındaki ya da coğrafi piyasadaki mal veya hizmetin, düşük fiyattan satılarak, rakiplerin önüne geçilebilmesi amacıyla başvurulmaktadır. Bu yolla, rekabetin pek de yoğun olmadığı diğer piyasadaki mal ya da hizmetin fiyatı yükseltilerek, elde edilen kâr ile, fiyatla azaltılmaya gidilmiş olan ürünün piyasasında katlanılan maliyeti karşılamak mümkün olabilmektedir²⁵⁹.

Hâkim durumda bulunan bir teşebbüs, rekabetin olduğu piyasadaki ürünlerin fiyatını düşürürken aradaki farkı rekabetin olmadığı piyasadaki ürünlerin fiyatını

²⁵⁶ Topkaya, s. 21.

²⁵⁷ OJ. 1991, L. 233/2, (<http://europa.eu.int/ISPO/infosoc/legreg/docs/91c23302.html>, son yararlanma: 10.09.2010).

²⁵⁸ Kısa, s. 106.

²⁵⁹ Kısa, s. 106.

artırarak karşılamaktadır. Prensip olarak çapraz sübvansiyon hukuka aykırı bir davranış olarak kötüye kullanma şeklinde yorumlanamaz. Normal ekonomik işleyiş içinde girişimciler, özellikle yeni girdikleri pazarlarda tutunabilmek için ya da kamu sektöründe hizmetin her alana götürülmesini sağlamak amacıyla çapraz sübvansiyon yöntemi kullanılmaktadır. Ancak buradaki fiyatlandırmadaki düşük fiyat yıkıcı fiyat teşkil ediyorsa ya da yüksek fiyat aşırı fiyatlandırma niteliğinde ise kötüye kullanma mevcut olacaktır²⁶⁰.

Serbestleşme hareketleri çerçevesinde yerleşik operatörün belirli alanlardaki tekelleri kaldırılırken bazı alanlardaki tekel yetkileri muhafaza edilmiştir. Yeni oluşan yapıda yerleşik operatörler elde ettikleri kârları endüstrinin rekabete açık kısımlarındaki faaliyetlerini sübvansiyon etmek için kullanmaya başlamışlar ve bunun sonucunda gerek rekabet kurumları gerekse düzenleyici kurumlar nezdinde çapraz sübvansiyon uygulamaları, incelenen konular arasında ağırlıklı olarak yer almaya başlamıştır²⁶¹.

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 kiralıklarına % 5 oranında zam yaparak konuşma hizmetlerinde "çapraz sübvansiyon" uyguladığı iddia edilmiştir. Ancak kampanyanın 3 aylık süresinin kısılalığı ve bu süre içinde GSM operatörleri üzerinde yıkıcı bir amaç ve etki yaratmadığını tespit edilmiştir. TTAŞ'ın anılan indirimli tarifelerinden kaynaklanan gelir kaybının GSM operatörlerince 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

²⁶⁰ Şiramun, s. 66.

²⁶¹ Sarı, s.15.

hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığı sonucuna ulaşılmıştır²⁶².

RK başka bir kararında; Avea'nın "Her Yöne Sınırsız" tarifesi kapsamında talep edilen ücretin maliyetin altında olduğu ve anılan tarifenin adı geçen teşebbüsün hâkim ortağı olan TTAŞ tarafından finanse edilerek çapraz sübvansiyon yolu ile yıkıcı fiyatlandırma yapıldığı iddiasına ilişkin kararında; söz konusu piyasa açısından 09.11.2008 tarihi itibarıyla numara taşınabilirliğinin hayata geçirilmiş olması ile birlikte, diğer şirketler için Turkcell'in sahip olduğu müşteri tabanının bir kısmını elde edebilme imkânı doğmuş ve fiyatlandırma stratejileri buna göre şekillendirilmeye başlanmıştır. Ayrıca arabağlantı ücretlerinin yüksek olduğu ve dolayısıyla bir operatörden başka bir operatörü aramanın aboneye yüksek maliyet yüklediği bu pazar açısından numara taşınabilirliği sonrasında ortaya çıkan müşteri tabanını genişletme olasılığı daha da büyük önem kazanmaktadır. Avea'nın Şubat ayında uygulamaya koyduğu kampanya tarifesi bu kapsamda değerlendirildiğinde, tarifenin amacının gerek yeni aboneler kazanarak gerekse numara taşınabilirliğinin hayata geçirilmesinin akabinde oluşan Turkcell'den abone olarak müşteri portföyünü genişletmek ve bunun sonucunda uzun vadede gelirlerini arttırmak olduğu yönünde RK tarafından rekabet ihlali olmadığına karar verilmiştir²⁶³.

1.4. Fiyat Sıkıştırması

Fiyat sıkıştırması, bir üretim/hizmet zincirinin hem üst hem de alt pazarında faaliyet gösteren ve özellikle üst pazarda yüksek pazar gücüne sahip dikey bütünleşik bir teşebbüsün alt pazardaki rakiplerini dışlamak veya rekabeti engellemek gibi amaçlarla uygulayabildiği bir fiyatlandırma stratejisi olarak karşımıza çıkmaktadır²⁶⁴. Fiyat sıkıştırması, alt pazarda rakiplerin dışlanması, rekabetin engellenmesi, kısıtlanması gibi olumsuz etkiler yaratabileceğinden Rekabet Hukuku kapsamında değerlendirilmektedir. Kavram, rekabet karşıtı tek taraflı firma davranışı olarak, AB ve Türkiye rekabet uygulamalarında hâkim durumun kötüye kullanılması, ABD antitrust hukukunda ise tekelleşme veya tekelleşmeye teşebbüs etme ihlali şeklinde ele

²⁶² RK Kararı, D. 2002-2-81, K. 03-28/347-147, T. 01.05.2003.

²⁶³ RK Kararı, D. 2009-2-141, (Önaraştırma), K. 09-52/1253-318, T. 04.11.2009.

²⁶⁴ Kaya, Demet Şerife, "Fiyat Sıkıştırması Ekonomik ve Hukuki Açından Bir Değerlendirme", Ankara 2008, s. 4.

alınmaktadır²⁶⁵.

Fiyat sıkıştırmasına başvuran teşebbüs, hem asıl piyasada hem de ona komşu piyasada hâkim durumdadır. Hâkim teşebbüs, asıl piyasadaki ve komşu piyasadaki fiyatlarını öyle bir seviyede tutmaktadır ki, piyasaların ne birindeki ne de diğerindeki fiyatlandırma, tek başına kötüye kullanma teşkil edecek biçimde aşırı yüksek ya da yıkıcıdır. Ancak bu fiyatlandırmalar bir arada değerlendirildiğinde, ATA 82. maddesine aykırı düşmektedir. Bu sıkıştırma, komşu piyasada faaliyette bulunan rakibi kâr elde edemeyecek bir duruma sokmakta ve onun piyasada kalamaması sonucunu doğurmaktadır²⁶⁶.

Fiyat sıkıştırması, RKHK ‘nun hâkim durumun kötüye kullanılması hallerini açıklayan 6. madde kapsamında ele alınmıştır. RK’nun fiyat sıkıştırmasını incelediği kararların oldukça sınırlı ve son dönemlere ait olduğu görülmektedir.

Bu konudaki RK’nun Türk öğrenci, öğretmen ve öğretim üyelerini kapsayan bir abone kitlesine uyguladığı ADSL kampanyasındaki indirimli ücretlerin diğer internet servis sağlayıcılara uygulanmaması nedeniyle rekabeti bozduğuna ilişkin kararıdır²⁶⁷. Kararda, fiyat sıkıştırmasının ayrıntılı incelemesine girilmemiş, Türk Telekom’un bu kampanyayı düzenleyici otorite olan BTK izin ve onayıyla gerçekleştirilmiş olması gerekçesiyle şikayet reddedilmiştir.

RK’nun “Turkcell Kurumsal Tarifeler” kararında ise, mobil telekomünikasyon piyasasında pazar lideri konumunda olan Turkcell’in kurumsal müşterilerine sunduğu bazı özel paketlerdeki ve bu paketlere ilişkin düzenlediği kampanyalardaki perakende (şebeke içi) ücretlerinin, diğer operatörlere uyguladığı ve BTK onayına tabi çağrı sonlandırma ücretinin altında belirlenmesi nedeniyle fiyat sıkıştırmasına yol açtığı şikayeti değerlendirilmiştir. Yapılan incelemede ise, şikayet RKHK kapsamında incelemeye alınmış, ancak Turkcell’in alt pazardaki perakende ortalama fiyatları ile bu pazarda etkin operatörün maliyetleri arasında, piyasada faaliyet göstermek için yeterli olabilecek bir marjı bulunduğu tespit edilerek, Turkcell’in inceleme konusu fiyatlarını

²⁶⁵ Joskow, P. L. (1985), “Mixing Regulatory and Antitrust Policies in the Electric Power Industry: The Price Squeeze and Retail Market Competition”, s. 199, (Kaya, s. 15’den naklen).

²⁶⁶ Kısa, s. 45.

²⁶⁷ RK Kararı, K. 05-55/833-226, T. 08.09.2005.

kötüye kullanma eylemi şeklinde fiyat sıkıştırması olarak nitelendirmenin mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmış ve şikayet reddedilmiştir²⁶⁸.

RK'nun "TTNet Yaz Fırtınası Kampanyası" kararında fiyat sıkıştırması ele alınmıştır. Bu geçici tedbir kararında, Türk Telekom'un perakende genişbant internet erişimi pazarında faaliyet gösteren ve fiyatları BTK düzenlemesine tabi olmayan iştiraki TTNet ADSL internet erişim hizmetine yönelik başlattığı Yaz Fırtınası kampanyasında sunduğu indirimli ücretlerin, genel olarak Türk Telekom'a ödenen toptan erişim ücreti ile TTNet'in maliyetlerini karşılamadığı tespitinde bulunulmuş, sonuç olarak; Yaz Fırtınası kampanyası da dâhil olmak üzere, TTNet maliyetlerinin altında ya da Türk Telekom'un toptan fiyat tarifeleri ışığında fiyat sıkıştırması niteliğinde olabilecek perakende fiyatları içeren tüm kampanyaların durdurulması ya da söz konusu kampanyaların TTNet'in ilgili hizmetlerdeki maliyetlerinin altında olmayacak şekilde yeniden düzenlenmesine karar verilmiştir²⁶⁹.

Fiyat sıkıştırması ile ilgili verilebilecek örnek karar, Deutsche Telekom Kararı'dır²⁷⁰. 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 geniş bant (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

²⁶⁸ RK Kararı, K. 07-56/634-216, T. 04.07.2007.

²⁶⁹ RK Kararı, K. 07-63/792-239, T. 02.08.2007.

²⁷⁰ Klotz, R/Fehrenbach, s. 41 vd.

telekomünikasyon operatörü olduğuna hükmetmiştir. Son kullanıcıya farklı türlerde hizmetler sunabilmek için, pazara yeni giren operatörlerin bu altyapıya toptan olarak erişebilmeleri gerekmektedir.

Komisyon, 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.

Komisyon kararında belirtildiği üzere, toptan fiyatlar, perakende fiyatlardan daha yüksek olduğunda, rakipler en az yerleşik operatör kadar etkin çalışsalar dâhi, hiçbir zaman kâr elde edememektedir. 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.

1.5. Ayrımcılık Yaratmak

RKHK'nin 6/b maddesine göre; “Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması” kötüye kullanma olarak düzenlenmiştir. Ayrıca RKHK'nin 4. maddesinin (e) bendi de 6. maddenin (b) bendi gibi ayrımcılığı düzenlemektedir²⁷¹. Ancak bu iki maddenin lafzından kaynaklanan bir farklılık vardır. Kanun'un 4/2(e) maddesinde eşit durumdaki kişilere ayrımcılık yapılması yasaklanmışken, Kanun'un 6/2(b) maddesinde eşit durumdaki alıcılar ifadesi kullanılmıştır. Kanun'un 6/2(b) maddesinde eşit durumda olan kişiler veya teşebbüsler yerine alıcılara ayrımcılık yapılması yasaklandığından, 6. madde, en azından bu örnek bakımından, her zaman satıcının hâkim durumda olacağı olasılığı esas alınarak düzenlenmiş ve kanun koyucu alıcının hâkim durumda olabileceği durumları gözardı etmiştir²⁷².

Bu iki düzenleme arasında amaç bakımından açık bir fark bulunmamakta,

²⁷¹ Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 188.

²⁷² Öz, s. 162.

temelde her ikisi de ayrımcı davranışlarla rekabet bakımından farklılık yaratılmasını düzenlemekte ve hâkim teşebbüsleri muhatapları karşısında eşit ve objektif davranma yükümlülüğü altına sokmaktadır. RKHK'nin 6/2(b) maddesindeki düzenlemede ise eksiklik bulunmaktadır. Zira hâkim teşebbüs sadece alıcılara değil, satıcı ve alıcılarına da farklı şartlar dayatarak onlar arasında rekabet koşulları açısından ayrımcılık yapabilir. Bu nedenle “alıcı” kavramının, hâkim teşebbüs ile ticari ilişkilerde bulunan bütün teşebbüsleri kapsayacak şekilde geniş yorumlanması mecburiyeti bulunmaktadır²⁷³.

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, ayrımcılığı 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, alıcılara üç şekilde farklı davranabilir. Bunlar farklı fiyat uygulamak, ürün satmayı veya temel kaynak faaliyetten yararlandırmayı reddetmek ve farklı koşullar ileri sürmektir²⁷⁴.

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. 6/2(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 olabilecektir²⁷⁵.

Telekomünikasyon endüstrisinde ayrımcılık; şebekelerarası 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

²⁷³ Sanlı, s. 267.

²⁷⁴ Gül, İbrahim, “Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hâkim Durumunu Kötüye Kullanması”, Ankara 2000, s. 160.

²⁷⁵ Güçer, Sülün, “Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Çerçevesinde Sınai Mülkiyet Hakları”, Ankara 2005, s. 109.

ilişkin diğer örnekleri teşkil etmektedir²⁷⁶.

Hâkim durumda olan işletmenin kendisi ile münhâsır olarak çalışmayı teşvik etmek amacıyla promosyon desteği sağlaması ve diğer işletmelere aynı desteği vermemesi kötüye kullanma teşkil etmektedir. Buna ilişkin 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, 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 madde 6/d'yi ihlal ettiği kararına varılmıştır²⁷⁷.

RK'nın bir başka kararında, 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 aboneliği olması halinde uygulanan indirimlerin ek yükümlülük olup olmadığı incelenmemiş ve Turkcell aboneliğinden ayrılma şartı koşulmadığı, Teleon aboneliği için Telsim aboneliğinin şart olmadığı, ayrı ayrı aboneliğin mümkün olduğu, farklı müşteri gruplarına farklı pazarlama stratejisi olduğu, uygulamanın GSM pazarını etkilemediği kaanatine varılmıştır²⁷⁸.

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

²⁷⁶ Garzaniti, L.: Telecommunications Broadcasting and The Internet E.U. Competition Law and Regulation Sweet&Maxwell, London 2000, s. 175, (Sarı, s. 11'den naklen).

²⁷⁷ RK Kararı, K. 01-35/347-95, T. 20.07.2001.

²⁷⁸ RK Kararı, K. 01-07/69-19, T. 06.02.2001.

etkilemediğinin belirlenmesinin mümkün olmadığı haklı olarak belirtilmiştir²⁷⁹.

1.5.1. Doğrudan Fiyat Ayrımcılığı

Hâkim teşebbüsün farklı satış fiyatları uygulayarak yaptığı ayrımcılık türüdür. Birinci derece, ikinci derece ve üçüncü derece olmak üzere üç alt kategoride incelenmektedir²⁸⁰.

a) Birinci Derece Fiyat Ayrımcılığı

Bir teşebbüs, her bir müşterisine ödemeye razı olabileceği en yüksek fiyattan mal satıyorsa, birinci derece fiyat ayrımcılığı söz konusudur. 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 tek elci tek bir fiyat belirlemeyerek daha fazla ürün satarken daha çok kâr elde edecektir²⁸¹.

b) İkinci Derece Fiyat Ayrımcılığı

Hâkim durumdaki teşebbüs aynı malın farklı gruplarının satışında farklı fiyatlar uygulayabiliyorsa ikinci derece fiyat ayrımcılığı oluşur. Çoğunlukla elektrik, doğalgaz, telekomünikasyon gibi hizmetlerin sağlanmasında karşımıza çıkmaktadır. 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 tarife uygulanmaktadır. Ancak bunun tersi de söz konusu olabilir. Yani belirli bir miktarı geçen tüketim için fiyat artırılabilir²⁸². Kontrollü hatlarda, alınan kontör miktarı arttıkça, kontör başına düşecek fiyatın azalması ve böylece yüksek kontrollü kartları alan tüketicilerin aynı telefon hizmetinden, daha ucuz

²⁷⁹ Sanlı, s. 267 vd.

²⁸⁰ Görgülü, Ümit, “Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Kapsamında Fiyat Ayrımcılığı Uygulamaları”, Ankara 2003, s. 11.

²⁸¹ Görgülü, s. 11.

²⁸² Örneğin, 1 yıllık abonelik 20 milyon iken, 2 yıllık abonelik (20+15) 35 milyon olması; bkz. Görgülü, s. 12, dn. 18.

şekilde yararlanmaları örnek olarak verilebilir. Abonelik sistemlerinde de benzer bir uygulama söz konusudur²⁸³.

c) 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 olur²⁸⁴. Pazarın gruplara bölünmesinde gelir seviyesi, yaş ve coğrafi farklılıklar gibi unsurlar öne çıkmaktadır²⁸⁵. Mobil telefon sektöründe, gece-gündüz, öğrenci-memur tarife paket uygulamaları örnek verilebilir.

1.5.2. 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 konusudur²⁸⁶.

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 ayrımcılığıdır²⁸⁷.

Teşebbüsler kendi ürünlerinin daha fazla satması için çeşitli indirim sistemleri uygulayabilmektedir. 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

²⁸³ Görgülü, s. 12.

²⁸⁴ Görgülü, s. 12.

²⁸⁵ Areeda, P. E/ Turner, D. F.: Antitrust Law; An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, Volume III, Boston 1978, s. 187, (Görgülü, s. 13'den naklen).

²⁸⁶ Görgülü, s. 15.

²⁸⁷ Gül, s. 57.

hâkim durumun kötüye kullanılmasını teşkil etmektedir²⁸⁸.

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 verilir verilmediğinin ortaya çıkarılmasıdır. İkinci olarak ise, müşterinin başka bir sağlayıcıdan alma konusunda iki olası ticari kararlarının, indirimlerle ne kadar kısıtlandığının tespiti gerekmektedir. Son olarak indirimlerin hâkim firmanın mevcut ve potansiyel rakipleri üzerinde olan etkileri ve kendi hâkim gücünü arttıracığının belirlenmesi gerekir²⁸⁹.

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 madde. 6/b'de sayılan kötüye kullanma hallerinden birini oluşturmakta olduğu iddia edildiği şikayet konusu olayda, TTAŞ bayileri ile sabit/seyyar bayilerin eşit durumdaki alıcı statüsünde olup olmadıklarının tespitini yapmıştır²⁹⁰: Yapılan incelemeye 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 kontrollü telefon, telefon fatura tahsilatı ve TTAŞ müşterileri ile sözleşme düzenleme hizmetleri de sunabilmektedir. 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 kaanatine varılmıştır.

²⁸⁸ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 489.

²⁸⁹ Yanık, s. 43.

²⁹⁰ RK Kararı, D. 2002-2-27, K. 02-15/164-68, T. 19.03.2002.

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 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 etmiştir²⁹¹. 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 alınmayacağına aşıkardığını 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 varılmıştır²⁹².

a) Hedef İndirimi

Hedef indirimi, belirli bir ürünün satışında genellikle yıllık olarak saptanan bir hedefe ulaşılması halinde yapılan indirimdir²⁹³. Ancak hedef indirimi, hedeflerin tüm

²⁹¹ RK Kararı, D. SR/02-2, K. 02-60/755-305, T. 02.10.2002.

²⁹² RK Kararı, D. SR/02-2, K. 02-60/755-305, T. 02.10.2002.

²⁹³ Görgülü, s. 19.

müşteriler için eşit bir şekilde saptandığı, belirli bir miktara ulaşan her müşteri için ayrı ayrı olarak aynı oranda uygulandığı miktar indiriminden farklılık yaratmaktadır²⁹⁴. Hedef indirim, aynı işlemler için satıcıları farklı koşullara tabi tutacağından kötüye kullanma teşkil etmektedir²⁹⁵.

b) Sadakat İndirimleri

Sadakat indirim, 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 nitelendirilmektedir²⁹⁶. Sadakat indiriminin iki etkisi bulunmaktadır. Birincisi, pazara yeni girecek rakiplere yönelik olarak önemli bir giriş engeli oluşturması²⁹⁷, ikincisi ise pazarda var olan rakip teşebbüsleri piyasa dışına itecek etkiler doğurmasıdır²⁹⁸.

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 taşımaktadır²⁹⁹.

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 verilmelidir³⁰⁰.

²⁹⁴ Kısa, s. 54.

²⁹⁵ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 489.

²⁹⁶ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 490.

²⁹⁷ Lang, J. Temple: The Common Market and Common Law Legal Aspects of Foreign Investment and Economic Integration In The European Community With Ireland As Prototype, Chicago and London 1966, s. 358, (Aslan, Rekabet Hukuku, s. 490'dan naklen).

²⁹⁸ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 490.

²⁹⁹ Ülgen, s. 58.

³⁰⁰ Öz, s. 175.

Haklı gerekçelere dayanan “farklı fiyatlandırma” ile “ayrımcı fiyatlandırma” kavramları birbirlerinden farklıdır³⁰¹. 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 uygulaması haklı görülebilir. Önemli olan aynı mal ya da hizmeti, aynı miktarlarda, aynı ödeme ve teslim şartlarıyla satın almak isteyen alıcılar arasında ayrımcılık yapılmamasıdır³⁰².

Haklı gerekçeye dayanmayan ayrımcı fiyatlandırmaya örnek olarak, British Telecommunications kararı gösterilebilir³⁰³: 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 de 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 düzenlemedir³⁰⁴.

1.6. 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 reddenin sürekli müşterisi olması ya da talep edilen mal/hizmetin söz konusu piyasada faaliyet gösterebilmek için zorunlu bir unsur olması gerekmektedir³⁰⁵.

³⁰¹ Kısa, s. 58.

³⁰² RK Kararı, K. 99-46/500-316, T. 11.10.1999.

³⁰³ OJ 1982, L. 360/36, (Kısa, s. 58'den naklen).

³⁰⁴ Weatherill, S./Beaumont, P.: EC Law, London 1993, s. 665, (Kısa, s. 58'den naklen).

³⁰⁵ Güçer, s. 106 vd.

Mal tedarikin reddinin kötüye kullanma olabilmesi için mal talebinde bulunan işletmeye uzun süreden beri mal veriliyor olması, müşterinin talebinin her zamankinden farklı olmaması ve mal vermeyi kesmek için başka bir haklı sebebin olmaması gerekir³⁰⁶.

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 ilgili pazarda büyük bir güce sahiptir. Bu gücünü, malını satmayı keyfi olarak reddederek müşterilerini piyasa dışına itmek amacıyla kullanabilmektedir³⁰⁷.

Aksine bir kanaatin kabulünü gerektirmediği takdirde, piyasada hâkim durumda bulunan bir üreticinin müşterisine mal vermeyi reddetmesi, bu hâkim durumun kötüye kullanılması anlamına gelmektedir³⁰⁸. Burada her mal isteyenle sözleşme yapılması kastedilmemektedir. Burada kastedilen, eskiden beri mal veya hizmet sağlanan müşteriye, ortada haklı bir sebep yokken mal veya hizmet temini 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 müşteriye zor duruma sokup onu iş dışına atmak ise, bu uygulama kötüye kullanma sayılacaktır³⁰⁹.

Telekomünikasyon sektöründe mal vermeyi reddetme veya kesme distribütör satış destek primini kaldırma şeklinde olmaktadır. Buna ilişkin olarak Turkcell'in uzun yıllardan beri birlikte promosyon yaptığı Başarı Elektronik ile promosyon kampanyası yapmayı kesmesi eylemi verilebilir. 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, desteğin 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

³⁰⁶ Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 183.

³⁰⁷ Güçer, s. 42.

³⁰⁸ Ülgen, s. 60.

³⁰⁹ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 476.

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 ulaşılmıştır³¹⁰.

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 sayılmayabilecektir³¹¹.

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 oluşturmayacağıdır³¹². 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 değildir³¹³.

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 değildir³¹⁴.

³¹⁰ RK Kararı, D. S.R.-01/1, K. 01-35/347-95, T. 20.07.2001.

³¹¹ RK Kararı, D. S.R.-01/1, K. 01-35/347-95, T. 20.07.2001.

³¹² Efem-Badur, s. 146.

³¹³ Gül, s. 102.

³¹⁴ Gül, s. 123.

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 dâhi, kötüye kullanma teşkil edebilecektir. Bu doktrine daha da önce değinildiği gibi zorunlu unsur doktrini denilmektedir³¹⁵.

1.7. 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 durumda olunan bir ürünün satışını hâkim durumda olunmayan 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 doğurabilmektedir³¹⁶.

RKHK madde 4/2(f) tekrar satışa veya alışı yönelik anlaşma, uyumlu eylem veya kararlar öngörülen yükümlülüğün, “anlaşmanın niteliği veya ticari teamül gereği” olduğu tespit edilebildiği takdirde, bu davranış madde 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 madde 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 rekabete

³¹⁵ Güçer, s. 42.

³¹⁶ Ülgen, s. 67.

aykırı olabilecektir. Hâkim durumdaki teşebbüs tarafından getirilen söz konusu yükümlülüklerin objektif gerekçelerle açıklanabilmesi halinde, kanun lafzına bu derece bağlı kalınmadan, bu eylemin kötüye kullanma sayılmayabileceği düşünülmektedir³¹⁷.

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 almıştır³¹⁸.

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 ise "bağlam" 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

³¹⁷ Güçer, s. 110.

³¹⁸ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 496.

“bağlam” niteliğinde bir kötüye kullanma olarak değerlendirilmemiştir³¹⁹.

Çünkü RK tarafından yapılan 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 sıkıntısına 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 çözümlenmesiyle birlikte sona ermesi kaçınılmaz olan, Kanun’a aykırı olarak değerlendirilemeyecek nitelikte bir miktar zorlaması niteliğindedir. Dolayısıyla şikayet konusunda bu inceleme kapsamında herhangi bir işlem tesis edilmesine gerek görülmemiştir³²⁰.

Sonuçta, altyapı üzerinden farklı hizmetler sunulmasına olanak sağlayan bir şebeke olması nedeniyle telekomünikasyon altyapısı, bu tip rekabet ihlallerine açık bir pazardır³²¹. Bu sebeple, birlikte satımın teknik veya hukuki bir zorunluluk olup olmadığı durumlar dikkatle değerlendirilerek her somut olayın özelliği dikkate alınarak karar verilmesi gerekir.

VI- YAPTIRIMLAR

Bu bölümde yaptırımlar konusuna kısa bir şekilde değinilerek Rekabet Hukuku ve Telekomünikasyon Hukuku açısından hâkim durumun kötüye kullanılması sonucunda uygulanan yaptırımlar ile her iki hukuk alanındaki benzerlikler ve farklılıklara ilgili kararlar doğrultusunda açıklanmaya çalışılmıştır.

³¹⁹ RK Kararı, D. 2005-2-102, K. 05-70/973-269, T. 20.10.2005.

³²⁰ RK Kararı, D. 2005-2-102, K. 05-70/973-269, T. 20.10.2005.

³²¹ Garzaniti, L.: Telecommunications Broadcasting And The Internet E.U. Competition Law And Regulation, Sweet&Maxwell, London 2000, s. 180, (Sarı, s. 14’den naklen).

1. Rekabet Hukuku Açısından Hâkim Durumun Kötüye Kullanılma Yaptırımları

RK'nun rekabet ihlalleri ile ilgili olarak alabileceği kararlar, ara kararlar ve nihâi kararlar şeklinde ikiye ayrılır. Bilgi isteme, yerinde inceleme kararı, önaraştırma ve soruşturma açılması kararı, ihtiyati tedbir kararı gibi kararlar ara karar niteliğindeki kararlardır. Önaraştırma veya soruşturma açılması talebinin reddi, soruşturma sonucunda ihlalin bulunmadığına ilişkin red kararı, şartlı izin verilmesi ya da izin verilmemesine ilişkin kararlar, ihlalin olduğunun tespiti üzerine verilen ihlale son verme kararı, muafiyet, menfi tespit kararı, zımni red ya da zımni kabul kararı, idari para cezaları gibi kararlar ise nihâi kararlardır. RK'nun ön inceleme, önaraştırma, soruşturma ve sözlü savunma toplantısından sonra vereceği nihâi kararın prosedürü Kanun'da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir³²².

Rekabet Hukuku açısından önem taşıyan asıl kararlar, Kurul'un rekabet ihlali nedeniyle alacağı kararlardır. RK'nun rekabet ihlalleriyle ilgili olarak alacağı kararlar arasında; bilgi isteme ve yerinde inceleme kararı, ön inceleme, önaraştırma ve soruşturma açılması kararı, ihtiyati tedbir kararı, menfi tespit kararı, önaraştırma ve soruşturma açılması talebinin reddi, izin vermeme, ihlale son verme, izin kararı, şartlı izin kararı, muafiyet, idari para cezalarına ilişkin kararlar gibi birçok karar bulunmaktadır.

-Bilgi İsteme ve Yerinde İnceleme Kararı

RK, RKHK'nın kendisine verdiği görevleri yerine getirirken, gerekli gördüğü her türlü bilgiyi tüm kamu kurum ve kuruluşlarından, teşebbüslerden ve teşebbüs birliklerinden isteyebilir. Bu makamlar, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin yetkilileri istenen bilgileri Kurul'un belirleyeceği süre içinde vermek zorundadır (RKHK madde. 14). Yine Kurul, yerinde inceleme yetkisi ile ilgili bir karar alma yetkisine de sahiptir. Kurul, Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken gerekli gördüğü hallerde, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinden incelemelerde bulunabilir. İnceleme, Kurum emrinde çalışan uzmanlar tarafından yapılır. Uzmanlar incelemeye giderken yanlarında

³²² Güven, s. 619.

incelemenin konusunu, amacını ve yanlış bilgi verilmesi halinde idari para cezası uygulanacağını gösteren bir yetki belgesi bulundururlar (RKHK madde. 15). Yerinde incelemenin engellenmesi durumunda Kurul tarafından idari para cezasına hükmedilmektedir. Bu durumda görevli raportörlerce yerinde incelemenin engellendiğine dair bir tutanak tutulmakta, daha sonra ise Kurul tarafından karar alınmaktadır.

RK, bir kararında; Turcell'nin hâkim durumunu kötüye kullandığı ve Telsim ile Turkcell'i uyumlu eylem içinde buldukları ve hâkim durumlarını kötüye kullandıkları iddialarına ilişkin yürütülen önaraştırmalar çerçevesinde, Kurum yetkili raportörlerinin yerinde inceleme yapmalarının engelenmesi üzerine RK, Telsim ve Turkcell ile ilgili iddialara ilişkin başlatılan önaraştırmayı yürütmek üzere Kurul kararı ile görevlendirilmiş olan raportörlerin, kimliklerini ve yetki belgelerini ibraz etmelerine karşın önaraştırma ile ilgili görülen ve yukarıda belirtilen işyerlerinde 4054 sayılı RKHK'nın 14 ve 15'inci maddeleri uyarınca inceleme yapmalarına engel olunmasının araştırmanın usulüne uygun yapılmasını engellediği gözönüne alınarak, Turkcell ve Telsim'e idari para cezaları uygulanmıştır³²³.

-Ön İnceleme, Önaraştırma ve Soruşturma Açılması Kararı

Ön inceleme, yoğunlaşmaların denetlenmesinde uygulanan bir prosedürdür. Kurul resen ya da yapılan başvurular üzerine doğrudan soruşturma açılmasına veya soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının belirlenmesi için önaraştırma yapılmasına karar verebilir (RKHK madde. 40).

-İhtiyati Tedbir Kararı

Rekabet Hukukunda konu RKHK'nın 9'uncu maddesinin son fıkrasında düzenlenmiştir. Maddeye göre Kurul, nihâi karara kadar ciddi ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu durumlarda, ihlalden önceki durumu koruyucu nitelikte ve nihâi kararın kapsamını aşmayacak şekilde geçici tedbirler alabilir. Ayrıca RKHK'nın kapsam ile ilgili 2'inci maddesinde de, "...her türlü hukuki

³²³ RK Kararı, D2/1/E.Ö.-99/1, D2/1/E.Ö.-99/2, K. 569-358, T. 16.11.1999.

işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlem bu Kanun kapsamına girer” ifadesi yer almıştır. Tedbir kararı re’sen veya talep üzerine alınır. Maddede yer alan geçici tedbir kararı doktrinde ihtiyati tedbir kararı olarak adlandırılmaktadır³²⁴.

-Menfi Tespit Kararı

Teşebbüsler aralarında yaptıkları anlaşmaların, teşebbüs birliği kararlarının, uyumlu eylemlerin, birleşme ve devralmaların rekabet ihlali oluşturmadığına ilişkin verilen bir karardır. Hukuki belirliliği ve hukuki güvenliği sağlamak için teşebbüsler gerçekleştirdikleri işlemlerin rekabet hukukuna aykırılık oluşturmadığına ilişkin bir menfi tespit kararı almak istemektedirler. İlgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin başvurusu üzerine Kurul, elinde bulunan bilgiler çerçevesinde bir anlaşmanın, kararın eylemin veya birleşme ve devralmanın bu Kanunun 4, 6 ve 7’nci maddelerine aykırı olmadığını gösteren bir menfi tespit belgesi verebilir (RKHK madde 8). Yine gerçekleştirilen birleşme, devralma ya da ortak girişim işlemlerinde gerçekleştirilen işlemle ilgili piyasada hâkim bir durumun yaratılmadığı veya mevcut bir hâkim durumun güçlendirilmediği, sonucunun ortaya çıkmadığı gerekçeleriyle menfi tespit başvurusunda bulunulabilir. Kurul, menfi tespit kararı vermesinden sonra bazı şartların oluşması halinde vermiş olduğu menfi tespit kararını geri alabilir ya da tarafların belirli davranışlarını yasaklayabilir. Bu haller RKHK’nun 13’ncü maddesinde sayılmıştır. Bunun yanı sıra Etkin Piyasa Gücüne Sahip İşletmecilerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ’in 8’inci maddesinde menfi tespit kararı farklı şekilde düzenlenmiştir. Şöyle ki madde de; İşletmeciler, ilgili telekomünikasyon pazarında EPG’ne sahip olmadıklarının tespiti için Kuruma başvurarak menfi tespit kararı alabilirler. Ayrıca Hakim Konumda Bulunan İşletmecilerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ’in 9’uncu maddesinde de menfi tespit kararı hükümleri düzenlenmiş olmakla birlikte EPG Sahip İşletmecilerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ’de yer alan hükümlerle aynı niteliğe haizdir. Görüldüğü üzere menfi tespit kararı Rekabet Hukuku ve Telekomünikasyon Hukuku alanlarında farklı şekilde düzenlenmiştir.

³²⁴ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 902.

RK en son bir kararında; TTAŞ'nin bağlı şirketi olan TNet A.Ş. tarafından verilen perakende seviyede internet hizmetinin aynı zamanda TTAŞ tarafından da sunulması işlemine menfi tespit belgesi verilmesi talebi üzerine yapılan inceleme sonucunda; halihazırda TTAŞ'nin bağlı şirketi olan TNet A.Ş. tarafından verilen perakende seviyede internet erişim hizmetinin aynı zamanda TTAŞ tarafından da sunulması işleminin 4054 sayılı Kanun kapsamında bulunmadığı yönünde karar vermiştir³²⁵.

-Önaraştırma ve Soruşturma Açılması Talebinin Reddi

Rekabet ihlali bulunmuyorsa önaraştırma ve soruşturma açılmamasına karar verilir. RK, her talepte önaraştırma yapmak ya da soruşturma açmak zorunda değildir. Önaraştırma ya da soruşturma açılması talebi açıkça reddedilebileceği gibi zımni olarak da reddedilir. Kurul'un bu nihâi kararına karşı Danıştay'a başvurulur (RKHK madde 42/2, madde 55). RK tarafından soruşturma açılmasına karar verilmişse, yapılan bu soruşturma sonucunda rekabet ihlalinin bulunmadığına ilişkin red kararı da Kurul'un nihâi kararları arasında yer alır.

-İzin Vermeme, İhlale Son Verme

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 birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları devralması hukuka aykırı ve yasaktır (RKHK madde 7).

-Muafiyet

Bireysel ve grup muafiyeti olmak üzere ikiye ayrılan muafiyet, RK tarafından ilgili tebliğlerle de çıkartılabilir. Bireysel muafiyet kararının verilebilmesi için

³²⁵ RK Kararı, K. 10-71/1479-567, T. 10.11.2010.

RKHK'nun 5'inci maddesinde sayılan dört şartın hepsinin birden var olması halinde RK bireysel muafiyet kararı verir.

-İdari Para Cezaları

Türk Rekabet Hukuku uygulamasında RK, RKHK'nın çeşitli hükümlerinin ihlal edilmesi halinde para cezası uygulanmasına karar vermektedir. Rekabet Kurumu'nun yapısına benzer nitelikte bulunan diğer Sektörel Düzenleyici Kurumların da idari para cezası verme yetkisi bulunmaktadır. Örneğin Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu, Telekomünikasyon Kurumu gibi³²⁶.

İdari para cezaları RKHK'nın ikinci kısmı, üçüncü bölümünde düzenlenmiştir. İdari para cezaları, maktu para cezaları ve nispi idari para cezaları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır (RKHK madde 16, 17). Kanun'da düzenlenen bütün para cezaları idari nitelikte para cezalarıdır. İdari para cezaları ile ilgili RKHK'nın 16 ve 17'nci maddelerinde 23.01.2008 tarihli 5728 sayılı Kanunla³²⁷ değişiklik yapılmıştır. Değişiklik gerekçesinde, maddede yer alan para cezalarının niteliğinin idari para cezası olarak belirlenerek Kabahatler Kanunu'na³²⁸ uygunluğun sağlandığı ifade edilmiştir. RKHK'ya aykırı hareket edilmesi durumunda maktu ve/veya nispi idari para cezası uygulanır. İdari para cezası verilmesine ilişkin karara karşı yürütmeyi durdurma istemiyle yargı yoluna başvurulabilir. Yürütmenin durdurulması istemiyle başvurulacak yargı yolu Danıştaydır. Kurul kararlarına karşı yargı yoluna başvurulması kararların uygulanmasını ve idari para cezalarının takip ve tahsilini durdurmaz (RKHK madde 55). İdari para cezaları teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerine uygulanır (RKHK madde 16/1). Yabancı teşebbüslere para cezası uygulanabileceği gibi teşebbüsün yönetim kurulu üyeleri arasında bulunan yabancı üyelere de para cezası uygulanabilir.

Önceden idari para cezalarının miktarı, Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'ne göre tespit edilen yeniden değerlendirme oranına tabi olarak, RK'nun yayınlamış olduğu

³²⁶ Güven, s. 662.

³²⁷ 5728 Sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kabul Tarihi: 23.01.2008, Resmi Gazete Tarihi: 08.12.2008 ve 26781 sayılı Resmi Gazete.

³²⁸ 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu, Kabul Tarihi: 30.03.2005, Resmi Gazete Tarihi: 31.03.2005 ve 25772 (1. Mükerrer) sayılı Resmi Gazete.

tebliğlerle her yıl değişmekte ve güncellenmekte iken, RKHK'nın 16 ve 17'inci maddelerinde yapılan değişiklikle para cezalarının belli bir oran üzerinden kararlaştırılmasının hükme bağlanması nedeniyle artık bu konuda ayrı bir Tebliğ kabul edilmesine gerek kalmamış, mevcut Tebliğ'de yürürlükten kalkmıştır.

RKHK'nun 16'ncı maddesinin a, b ve c bendi olarak yer alan durumlardaki ihlallerin gerçekleştirilmesi halinde, teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin binde biri oranında idari para cezasına hükmedilir. (d) bendinde belirtilen durumda ise, yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması halinde ise, aynı şekilde belirlenecek olan gayri safi gelirlerin binde beşi oranında idari para cezası verir. Doktrinde, idari para cezasının uygulanmasında karteller ile diğer rekabet ihlalini gerçekleştiren teşebbüsler arasında herhangi bir ayırımın yapılmadığı, caydırıcılığı sağlamak için ise kartellere; diğer rekabet ihlallerinden farklı olarak, büyük oranda idari para cezasının uygulanması gerektiği, bunun ise kartele taraf olan teşebbüslerin ilgili ürün cirosunun en az % 50'si olması gerektiği ifade edilmektedir³²⁹.

İdari para cezası belirlenirken çeşitli unsurlar dikkate alınmaktadır. Bunlar arasında ağırlaştırıcı ya da hafifletici unsurlar bulunabilir. İhlalin süresi, tekrarı, eksik, yanlış ya da yanıltıcı bilgi verilmesi, hiç bilgi verilmemesi, belgelerin yok edilmesi, ihlalin kabul edilerek işbirliği yapılması bunlar arasında sayılabilir. RK'nun Kabahatler Kanunu'nun 17'nci maddesinin ikinci fıkrası kapsamında, ihlalin tekerrürü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi konuları dikkate almaktadır (RKHK madde 16). Maddede sınırlı bir sayım yapılmamıştır. Duruma göre, para cezasının alt ve üst sınırları içerisinde olmak kaydıyla, miktarın Kurul tarafından somut olaya göre belirlenebilmesine imkân tanınmıştır.

³²⁹ Akgün, Adnan, "Telekomünikasyon Endüstrisinde Erişim ve Arabağlantı Fiyatlandırması ve Rekabet Sorunları, Rekabet Kurumu, s. 145.

RK'nun nispi idari para cezası verme yetkisi bulunmaktadır. RK, teşebbüs veya teşebbüs birliklerine Kanunun 16'ncı maddesinin birinci fıkrasında belirtilen cezalar saklı kalmak kaydıyla; nihâi karar veya geçici tedbir kararı ile getirilen yükümlülüklerle ya da verilen taahhütlere uyulmaması, yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması, Kanun'un bilgi isteme ile ilgili 14'üncü ve yerinde inceleme ile ilgili 15'inci maddelerinin uygulanmasında, istenen bilgi veya belgenin belirlenen süre içinde verilmemesi durumunda her gün için, ilgili teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerinin karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan, bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin onbinde beşi oranında idari para cezası verilir.

Nispi para cezasının başlayabilmesi için RK tarafından bir tarihin belirtilmesi zorunludur. Aksi halde bu para cezası uygulanamaz. Süreli para cezası uygulamasına ilişkin olarak RK'nun vermiş olduğu bir kararda; Turkcell ve Telsim olayında, önaraştırma ile ilgili olarak Kurum yetkili raportörlerinin yerinde inceleme yapmalarına izin verilmemesi nedeniyle o tarihte yürürlükte olan Kanun'un 17'inci maddesi ve ilgili Tebliğ hükümlerine göre, 160.000 TL süreli para cezası uygulanmasına karar verilmiştir. Taraflardan birisi olan Telsim şirketi hakkında, yerinde inceleme yapılmasını gerektiren durumun sona ermesi nedeniyle, cezalandırmaya ilişkin kararın tebliğ edildiği tarihten, soruşturma açılmasına gerek olmadığına ilişkin kararın alındığı tarihe kadar olan 22 günlük süre için toplam 3.520.000.000 TL para cezası uygulanmıştır³³⁰.

RK'nun başka bir kararında; Turkcell ve Telsim tarafından, İŞ-TİM'in "ulusal dolaşım" (roaming) talebinin reddedilmesi suretiyle 4054 sayılı Kanun'un ihlal edilip edilmediğinin tespitine ilişkin olarak RK tarafından, Turkcell ve Telsim'in GSM telekomünikasyon altyapı hizmetleri pazarında birlikte hâkim durumda buldukları, GSM altyapı hizmetleri pazarında birlikte hâkim durumda bulunan Turkcell ve Telsim'e ait 3260 altyapıların, GSM hizmetleri piyasasında faaliyet gösteren teşebbüslerin piyasaya girişleri aşamasında "zorunlu unsur" niteliğinde olduğu, Turkcell ve Telsim'in sahip oldukları GSM telekomünikasyon altyapısından, İŞ-TİM'in ulusal dolaşım yoluyla

³³⁰ RK Kararı, K. 99-57/614-391, T. 14.12.1999.

yararlanma talebini reddettikleri ve bunun objektif gerekçelere dayanmadığı, tesbit edilmiştir. Bu tespitler ışığında, Turkcell ve Telsim'in, GSM telekomünikasyon altyapı hizmetleri pazarında hâkim durumlarını birlikte davranışları ile kötüye kullanarak, GSM 3270 hizmetleri pazarına rakiplerinin girmesine engel olan eylemleriyle, 4054 sayılı RKHK 6. maddesini ihlal ettiklerine, bu ihlalleri nedeniyle aynı Kanununun 16/2. maddesi uyarınca kastın varlığı, kusurun ağırlığı, Turkcell ve Telsim'in pazar içindeki güçleri ve muhtemel zararın ağırlığı gibi unsurlar dikkate alınarak takdire; Turkcell'e 2001 yılı net satışlarının yüzde biri oranında, Telsim'e 2001 yılı net satışlarının yüzde biri oranında para cezası verilmesine karar verilmiştir³³¹.

İdari para cezalarının uygulanmasında zamanaşımı açısından; RK'nun vereceği para cezaları ve süreli para cezalarındaki zamanaşımı süreleri ile ilgili olarak RKHK'nın "Bu kanuna göre verilen para cezalarının niteliği ve uygulanması" başlığını taşıyan 18'inci maddesi ve "para cezaları ve süreli para cezalarında zamanaşımı" başlığını taşıyan 19'ncü maddesinde 23.01.2008 tarihli 5728 sayılı Kanunla değişiklik yapılmış ve 18 ve 19'uncü maddeler yürürlükten kaldırılmıştır.

-Hukuki Yaptırımlar

a) Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma ve Kararlar

RKHK'nin 56. maddesine göre rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar ve işletme birliği kararları geçersizdir. Türk Rekabet Hukukunda bir anlaşmanın olumsuz yönleri 4. madde çerçevesinde, olumlu yönleri ise 5. madde kapsamında incelenmekte ve bu sebeple bir bütün olan anlaşma suni olarak ikiye bölünmüş olmaktadır. Rekabeti sınırlayıcı unsurlar içeren her anlaşma önce 4. maddeye göre "kanuna aykırı" ve "geçersiz" kabul edilmekte, sonra 5. madde çerçevesinde gerekli şartları haiz ise muafiyet verilmek suretiyle geçerli kılınmaktadır³³². Uyumlu eylemler, anlaşma olmadıkları ve bağlayıcı nitelik taşımadıkları, hukuken bir varlığa sahip bulunmadıkları için geçersiz olmalarına imkân yoktur³³³. RKHK'nun 56. maddesi anlamında geçersizliğin kapsamı sadece "temel ilişki" örneğinin yapılmış olan bir kartel anlaşması

³³¹ RK Kararı, K. 03-40/432-186, T. 09.03.2003.

³³² Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 281.

³³³ Tekinalp, s. 368, (Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 281, dn. 50'den naklen).

ile sınırlıdır. Kartele mensup teşebbüslerin bu kartel anlaşmasına dayanarak akdettiği başkaca sözleşmeler, ayrıca rekabeti sınırlamadıkları, bir başka deyişle kendi bünyelerinden kaynaklanan bir sebeple 4. maddeye aykırı olmadıkları sürece geçersiz kabul edilemez³³⁴.

b) Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasında Geçersizlik

Rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve kararlarla ilgili olarak otomatik geçersizlik uygun bir çözüm ise de, burada aynı çözümü önermek çok adil sonuçlar doğurmamaktadır. Söz konusu RKHK'nın 56. maddesinde esasen 6. maddeden söz edilmemektedir. Ancak Kanunun emredici hükümlerine aykırı olan anlaşmaların Borçlar Kanunu genel hükümleri çerçevesinde geçersiz olacağı kabul edilmelidir³³⁵. Bu geçersizliğin uygulanmasında somut olayın koşullarına göre hareket edilmesi gerekmektedir.

Bir anlaşmanın geçersizliği konusunda RKHK'nın 56. maddesine göre kararların mahkemeler tarafından verilmesi gerektiği ileri sürülmüş olmakla birlikte, Danıştay RK'nun da bu konuda yetkili olduğuna karar vermiştir³³⁶.

c) Tazminat

RKHK'nin 57. maddesine göre; *“Her kim bu kanuna aykırı eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur. Zararın oluşması birden fazla kişinin davranışları sonucunda ortaya çıkmış ise bunlar zarardan müteselsilen sorumludurlar.”* Esasen 57. maddenin ifadesi kanuna aykırılık olan her durumda tazminat istenebileceği gibi anlaşılabilir niteliktedir. Kanun'un 7. maddesi de diğer 4. ve 6. maddeleri gibi rekabeti bozucu olabilecek bir durumu yasaklamayı amaçlamaktadır. Davacıların özellikle, müşteriler ve rekabetin sınırlanmasından zarar gören rakipler

³³⁴ Sanlı, s. 398.

³³⁵ Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 287.

³³⁶ Danıştay 10. Daire, Esas No: 2002/693 Karar No: 2003/5295.

olduğu anlaşılmaktadır³³⁷. RKHK'nin 58/1. maddesinin birinci cümlesi zımnen müşterilerden bahsetmektedir. İkinci cümlede ise, açıkça rekabetin sınırlanmasından "etkilenen" rakiplerden bahsetmektedir. 58. maddesinin amacının dava açma hakkını sadece bunlara vermek olduğunu kabul etmek mümkün değildir. 57. maddede bu yetki zarar gören herkese tanınmıştır. Ayrıca üç kat tazminat hükmünün varlığı sadece kişilerin zararlarının tazmini amacının güdülmediğini, aksine dava açmayı cazip hale getirerek, özellikle idari makamların yetersiz kaldığı durumlarda özel kişilerin açacağı davalar yolu ile rekabet ihlallerinin önlenmesinin hedeflendiğini göstermektedir. Davacı sadece kendi zararı değil isterse zararının ya da karşı tarafın elde etmesi muhtemel kârın üç katını tazminat olarak isteyebilecektir³³⁸. Tazminat davalarında ispat yüküne ilişkin genel hukuk kuralları geçerlidir. Herkes iddiasını ispatlamakla yükümlüdür.

d) Mahkeme-Kurul Kararı İlişkisi

RKHK'nin uygulanması ile ilgili olarak ortaya çıkan en önemli sorunlardan birisi de RK kararlarının mahkeme kararlarını ne şekilde etkileyeceğidir. Bu konuda herhangi bir düzenleme yoktur³³⁹. Örneğin tazminat istemiyle mahkemeye başvurulması durumunda, aynı zamanda bir rekabet ihlali nedeniyle RK'na da başvurulmuşsa, konu hem adli yargı önüne gelecek hem de RK tarafından değerlendirilecektir. Doktrinde RK'nun idari bir organ olması, yargı organı olmaması nedeniyle mahkemenin Kurul kararıyla bağlı olamayacağı, Kurul kararının Danıştay incelemesinden geçip kesinleşmesinden sonra da mahkemenin bu kararla bağlı olmadığı belirtilerek, mahkeme kararının Yargıtay aşamasından sonra kesinleşmesi durumunda ise Danıştay kararı ile Yargıtay kararı arasında hüküm uyumsuzluğunun söz konusu olamayacağı, çünkü davaların konusu ve sebebinin farklı olduğu ifade edilmektedir³⁴⁰. Yukarıda görüşün tam tersine, adli yargının RK kararını ve bu karara karşı Danıştay'a başvurulmuşsa Danıştay kararını beklemesi gerektiği, aksi halde yargı yerleri arasında çelişkili kararlar verilebileceği ve bunun da yargılamanın uzamasına neden olabileceği ifade edildiği gibi³⁴¹ benzer şekilde adli yargıda açılacak tazminat davalarında; aynı konuda RK'nun soruşturma açmış olması halinde, mahkemenin RK kararının

³³⁷ Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 289.

³³⁸ Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 290.

³³⁹ Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 298.

³⁴⁰ Bkz. Öz, s. 189-190, (Güven, s. 767, dn. 348'den naklen).

³⁴¹ Eğerci, Ahmet, "Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi", RK, Tez, Seri No: 12, Yayın No: 0171, Ankara 2005, s. 263, (Güven, s. 769, dn. 349'dan naklen).

beklenilmesine karar vermesi, diğ er bir ifade ile konuyu bekletici mesele yapması gerektiğ i, mahkemenin genel olarak meseleyi (zorunlu bekletici sorunların pozitif hukukumuzda sınırlı sayıda açıkça belirtilmiş olması nedeniyle), ihtiyari bekletici sorun olarak kabul ederek konu ile ilgili RK kararını bekleyebileceğ i de ifade edilmektedir³⁴².

Yargıtay'ın yeni tarihli bir başka kararında, Danıştay kararının beklenmesi gerektiğ i belirtilmiştir. Yargıtay, davanın RK'nun 02.10.2001 tarihli ve 02-60/75-305 sayılı kararındaki tespitlere dayanılarak açıldığını belirtilmiştir. RK'nun kararına konu olan olayda; TTAŞ'nin internet erişim hizmetlerinin sunulması için gereken altyapıları içeren pazardaki hâkim durumunu bu pazarlar ve internet erişim hizmetleri pazarlarında kötüye kullandığı iddiası ile Kurul'a başvuruda bulunulmuştur. Kurul bu kararında diğ er konuların yanı sıra; “.....TTAŞ'nin;

A-Kurumsal kullanıcılara geniş bant internet erişim hizmetinin sunulması için gereken altyapıları içeren pazarda;

a)Bu pazardaki hâkim durumunu kurumsal kullanıcılara TNet adı altında sunduğu geniş bant internet erişim hizmetleri karşılığında alınan ücretleri düşük belirlerken, bu hizmetin sunulması için gereken altyapıları toptan ve perakende ayırımına gitmeden, rakiplerinin ilgili pazarda rekabet edilebilmelerini zorlaştıracak şekilde yüksek belirlemek suretiyle kötüye kullanarak 4054 sayılı RKHK'un 6. maddesini ihlal ettiğ ine ve bu nedenle hakkında cezai işlem uygulanmasına OYÇOKLUĞ U ile,..

B..

h)TNet adı altında yerel kullanıcılara sunulan dar bant internet erişim hizmetleri karşılığında alınan ücretleri maliyetin altında belirleyerek, rakiplerin piyasadaki faaliyetlerini güçleştirmek suretiyle kötüye kullanarak 4054 sayılı RKHK'nun 6. maddesini ihlal ettiğ ine ve bu nedenle hakkında cezai işlem uygulanmasına OYÇOKLUĞ U ile,..

D-Uzak mesafe veri aktarımına ilişkin royalty'leri içeren pazardaki hâkim durumunu, uydu yer istasyonu işletmecilerinden aldığı royalty tarifelerine 2.4 ila 64 kat

³⁴² Gürzumar, Berat Osman, “4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi”, Rekabet Dergisi, S:12, Ekim-Kasım-Aralık 2002, s. 43-46, (Güven, s. 769, dn. 350'den naklen).

arasında değişen oranlarda zam yaparak artık tekel hakkının kalmadığı bir piyasada, rakiplerinin piyasadaki faaliyetlerini zorlaştıracak ve kendisi kullanmakta olduğu halde, diğer yeniden satıcı veya kurumsal kullanıcılara belirli kapasitenin üzerinde hat kiralamayarak ve kiraladığı düşük kapasitelerden yüksek fiyat talep ederek, uydu yer istasyonu işletmecileri aleyhine bozmak ve bu yolla ISS'lerin yurtdışı çıkış imkânlarını kısıtlamak suretiyle kötüye kullanarak 4054 sayılı RKHK'nun 6. maddesini ihlal ettiğine ve bu nedenle hakkında cezai işlem uygulanmasına OYÇOKLUĞU ile..” karar vermiştir³⁴³. Ancak bu karar Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 01.07.2005 Tarih, 2005/1700 Esas, 2005/3392 Karar numaralı, kararı ile; soruşturmayı yürüten üyenin nihâi karara katılıp oy kullanmasının tarafsızlık ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle, iptal edilmiştir. İptal kararı üzerine RK yeni bir karar almıştır. RK tekrar yaptığı değerlendirme de, ilk kararına benzer şekilde karar vermiştir³⁴⁴. Yargıtay, RK'nun “Danıştay'ın iptal kararı üzerine verdiği” bu kararına işaret ederek, bu karar aleyhine Danıştay'da dava açılıp açılmadığının araştırılıp, dava açılmışsa da bu davanın sonucu beklenerek bir karar verilmesi gerektiğini ve mahkeme tarafından bu yönün gözetilmemesinin isabetsiz olduğu gibi, rekabet ihlali yapan kuruluşa yöneltilen husumetin yerinde olmadığına kabulüne karar verilmesinin de isabetsiz olup bozmayı gerektiği belirtilerek, yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir³⁴⁵.

2. Telekomünikasyon Hukuku Açısından Hâkim Durumun Kötüye Kullanılma Yaptırımları

5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanun'un Altıncı Kısım “Denetim” başlıklı 59'ncü maddesinde; Kurum re'sen veya kendisine intikâl eden ihbar ve şikâyet üzerine bu Kanunda belirlenen görevleri ile ilgili olarak, elektronik haberleşme sektöründe yer alan gerçek ve tüzel kişileri denetleyebilir. Ayrıca Kurum gerekli gördüğü hallerde, yerinde inceleme ve denetim yapabilir ve/veya yaptırabilir. Denetimle görevlendirilenler, inceleme ve denetime giderken yanlarında denetimin konusunu, amacını ve yanlış bilgi verilmesi halinde idari para cezası uygulanacağını gösteren bir yetki belgesi bulundurulur.

³⁴³ RK Kararı, D. SR/02-2, K. 02-60/755-305, T. 02.10.2002.

³⁴⁴ RK Kararı, D2/1/F.T.-01/1, (Danıştay'ın İptal Kararı Üzerine Verilen), K. 06-02/47-8, T. 05.01.2006.

³⁴⁵ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, Karar Tarihi: 29.11.2007, Esas No: 2007/3229, Karar No: 2007/10677.

Kurum, mevzuata, kullanım hakkı ve diğer yetkilendirme şartlarına uyulmasını izleme ve denetlemeye, aykırılık halinde işletmecilere bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne kadar idari para ceza uygulamaya, milli güvenlik kamu düzeni veya kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi ve kanunlarla getirilen hükümlerin uygulanması amaçlarıyla gerekli tedbirleri almaya, gerektiğinde tesisleri tazminat karşılığında devralmaya, belirlediği süre içerisinde yetkilendirme ücretinin ödenmemesi ya da ağır kusur halinde verdiği yetkilendirmeyi iptal etmeye yetkilidir. Ancak, Kurum ulusal çapta verilecek frekans bandı kullanımını ihtiva eden ve sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi gereken elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin yetkilendirmelerin iptalini gerektiren hallerde Bakanlığın görüşünü alır (EHK madde 60).

Kurum, işletmecinin faaliyete yeni başlamış olması halinde, ihlalin niteliği, ihlal neticesinde herhangi bir ekonomik kazanç elde edilip edilmemesi, iyi niyet ve gönüllü bildirim gibi ölçütleri de dikkate alarak önceden belirleyeceği usul ve esaslar çerçevesinde bin liradan bir milyon liraya kadar idari para cezası ile bu Kanunda belirtilen diğer idari yaptırımları uygulamaya yetkilidir (EHK madde 60/2).

Kurum, RK gibi kamu hizmetinin gerekleri ve kamu düzeninin korunması amacıyla yönetmelikle önceden belirleyeceği hallerde, işletmecinin faaliyetini geçici olarak durdurulmasına ya da ihlalin önlenmesi için işletmeciye somut tedbirler uygulama zorunluluğu getirmeye yetkilidir (EHK madde 60/3).

Kurum tarafından verilen idari para cezaları, 6183 sayılı AAUK Kanun hükümlerine tabi olup, idari para cezalarına karşı açılacak davalar hakkında 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu uygulanır (EHK madde 61/1).

Elektronik Haberleşme Kanununun 63'ncü maddesinde cezai yaptırımlar düzenlemiştir. Ayrıca 05.09.2004 tarih ve 25574 sayılı İşletmecilere Uygulanacak İdari Para Cezaları ile Diğer Müeyyide ve Tedbirler Hakkında Yönetmelik düzenlenmiştir.

BTK' u bir kararında; Turkcell'in "1 Dakikadan Sonra Şebeke İçi 60 Dakika Bedava" kampanyası hakkında yapılan önaraştırmada, işletmeciler tarafından tüketicilere sunulacak tarife ve kampanyalara ilişkin olarak tarife şeffaflığının

sağlanması, tüketici menfaatlerinin gözetilmesi ve tüketici algısının artırılmasını teminen, Turkcell'in bu kampanyası ve benzer ücretlendirme ve benzer ücretlendirme kurgusuna sahip kampanyaların ücretlendirme ve kullanım kurgusunun, birlikte kullanılan tarife özelliği doğrultusunda tüketici aleyhine sonuçlanmamasını teminen açık ve ayrıntılı olarak duyurulması hususunda uyarılmasına karar vermiştir.

BTK'nun 19.10.2010 tarih ve 2010/DK-08/580 Karar sayılı idari ücretlerin ödenmemesi ve gelir tablolarının gönderilmemesi kararı; BTK tarafından İşletmecilere Uygulanacak İdari Para Cezaları İle Diğer Müeyyide ve Tedbirler Hakkında Yönetmeliğin 6'ncı ve 7'nci maddeleri ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu uyarınca; 2010 yılında ödenecek idari ücrete esas olmak üzere 2009 yılı net satışlarını ihtiva eden gelir tablosunu bugüne kadar Kurum'a göndermeyerek Telekomünikasyon Kurumu tarafından İşletmecilere Uygulanacak İdari Para Cezaları İle Diğer Müeyyide ve Tedbirler Hakkında Yönetmeliğin "Bilgi ve Belgelerin Süresi İçinde Verilmemesi" başlıklı 6'ncı maddesinde belirtilen belge gönderme yükümlülüğünü ihlal eden 1 NET Telekom ve İletişim Hiz. Paz. San. Tic. Ltd. Şti., ARYATEL Telekomünikasyon İletişim Elektronik San. ve Tic. Ltd. Şti., AVAY Telekomünikasyon ve Haberleşme Tic. Ltd. Şti., BETA İletişim Hiz. Teknoloji San. ve Tic. Ltd. Şti., CANMARLA İletişim Hizmetleri Ltd. Şti., FIRSTPHONE Telekomünikasyon Hizmetleri Ltd. Şti., FİBERTEL Trans Balkan Telekomünikasyon Sistemleri Ve Hizmetleri A.Ş., GLOBALMTV Dış. Tic. Ltd. Şti., HALKTELL İletişim ve Telekomünikasyon Tic. Ltd. Şti., KAYNAKLAR Telekomünikasyon Bilişim Teknoloji Bilgisayar San. Ve Tic. Ltd. Şti., METEKSAN Net İletişim Hizmetleri A.Ş., PT Telekomünikasyon ve İletişim Hizmetleri A.Ş., SARTELNET Telekomünikasyon ve Hizmetleri Tic. Ltd. Şti. ve CELLFON Telekomünikasyon Ltd. Şti.'nin 2009 yılı gelir tablosunda belirtilen net satış tutarının % 0,5'i (binde beşi) oranına isabet eden tutarında idari para cezası kesilmesi, TELE 34 Telekomünikasyon Ltd. Şti.'nin ise 2009 yılı Gelir Tablosunda belirtilen net satışlar tutarının % 0,66 oranında idari para cezası kesilmesine, karar verilmiştir.

BTK'nun 22.09.2010 tarih ve 2010/DK-10/543 sayılı bir başka kararında; Turkcell tarafından "BizBize Kamu Her Yöne 1500" tarife alt seçeneğinin 2011 yılına kadar sürdürüleceği bilgilendirmesinin kamuoyuna duyurulmasına rağmen söz konusu tarife değiştirilmiştir. Bu nedenle, işletmeciler tarafından yapılan bilgilendirmelerin tüketicileri yanıltmaması ve bilgilendirmelerde kullanılan ifadelerin haksız şart

niteliğinde hükümler içermemesi gerektiği ve yapılan değişikliklerin haklı bir nedene dayanmaksızın ahde vefa ve sözleşmeye bağlılık kurallarının gereklerine aykırı olarak tarife seçeneğinde aboneyi mağdur eden değişikliklerin yapılamayacağı hususu ile 25.03.2009 tarih ve 2009/DK-07/149 sayılı Kurul Kararına uyumun sağlanması hususları da dikkate alınarak; İşletmecinin benzer şekilde uygulamaya koyduğu “BizBize Kamu Her Yöne 1200” tarif paketi alt seçeneğinin 01.01.2011 tarihine kadar sürdürüleceği bilgilendirmesini yapmasına rağmen haklı bir nedene dayanmaksızın tek taraflı bir şekilde ahde vefa ve sözleşmeye bağlılık kurallarının gereklerine aykırı olarak, tarife seçeneğinde aboneyi mağdur eden değişiklikleri yapması nedeniyle 15.10.2009 tarihli ve 2009/DK-10/529 sayılı Kurul Kararı da dikkate alınarak, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu’nun 60’ncü maddesinde yer alan;

“Kurum; mevzuata, kullanım hakkı ve diğer yetkilendirme şartlarına uyulmasını izleme ve denetlemeye, aykırılık halinde işletmecilere bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne kadar idarî para cezası uygulamaya, millî güvenlik, kamu düzeni veya kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi ve kanunlarla getirilen hükümlerin uygulanması amaçlarıyla gerekli tedbirleri almaya, gerektiğinde tesisleri tazminat karşılığında devralmaya, belirlediği süre içerisinde yetkilendirme ücretinin ödenmemesi ya da ağır kusur halinde verdiği yetkilendirmeyi iptal etmeye yetkilidir.” hükmü ve Telekomünikasyon Kurumu Tarafından İşletmecilere Uygulanacak İdari Para Cezaları İle Diğer Müeyyide ve Tedbirler Hakkında Yönetmeliğin 11’inci maddesinde yer alan,

“Aşağıda belirtilen hallerde, işletmecinin bir önceki takvim yılındaki cirosunun %2’sine (yüzde iki) kadar idari para cezası uygulanır;

a) İşletmecinin, tüketici haklarına ilişkin kurum düzenlemeleri ve yetki belgesinden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemesi, tüketiciye yanlış veya yanıltıcı bilgi vermesi....” hükmü ile aynı yönetmeliğin 34’üncü maddesinde yer alan *“Bu Yönetmelikte düzenlenmemiş olmakla birlikte, İşletmecilerin faaliyetlerinin mevzuat ve yetki belgesi şartlarına aykırı durumlarının tespit edildiği diğer hallerde Kurul kararına göre işlem yapılır”* hükmü göz önünde bulundurularak Turkcell’e 5809 sayılı Kanunun 60’ncü maddesi ile Telekomünikasyon Kurumu Tarafından İşletmecilere Uygulanacak İdari Para Cezaları İle Diğer Müeyyide ve Tedbirler Hakkında Yönetmelik’in 11’inci maddesinin gereği ihlalin gerçekleştiği 10.01.2010 tarihinden bir önceki takvim yılı olan 2009 yılındaki net satışlarının %2’sine (yüzde iki) kadar idari para cezasının, aynı

Yönetmeliğin “İdari para cezalarının uygulamasında göz önünde bulundurulacak ölçütler” başlıklı 32’nci maddesinin (d) bendinde yer alan “tekrarlanan ve devam eden eylemin varlığı” ile tarife paketi alt seçeneğinde yer alan abone sayısı, sabit ücrette yapılan fiyat artışının miktarı, paket aşım ücretlerinde görülen artış, bu değişikliklerin yürürlükte kaldığı süre ile tarife paketinin yürürlüğe girdiği tarih göz önünde bulundurularak, Turkcell hakkında 2009 yılı net satışları olan 8.025.025.000 TL’nin %0,33 (on binde otuzüç)’i oranına tekabül eden tutarda idari para cezası uygulanmasına karar vermiştir.

3. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Yaptırımları ile Rekabet Kurumu Yaptırımları Arasındaki İlişki

4502 sayılı kanunla BTK kurulmuş, başlangıçta düzenleyici ve denetleyici yetkileri Ulaştırma Bakanlığı ile paylaştırılmış ve yaptırımlarla donatılmışken, daha sonra çıkarılan 4673 sayılı kanunla, Ulaştırma Bakanlığına verilen yetkiler de BTK’da toplanmıştır. 406 sayılı Kanunun 2/a ve 3/a maddesine göre telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi maddede sayılan istisnalar dışında imtiyaz, ruhsat veya genel izine tabidir. Bu imtiyaz, ruhsat veya genel izni vermeye hem aynı madde hem de 2813 sayılı Kanunun 7. maddesinin (g) bendinde 4673 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonucunda BTK yetkili olmuştur. Dolayısıyla telekomünikasyon sektörüne girişlerin BTK kontrolünde olduğunu söyleyebiliriz. BTK, işletmelerin piyasadaki faaliyetlerini de düzenlemeye yetkisi bulunmaktadır. Bir işletmenin piyasa faaliyetlerinin temelini iki hususun oluşturduğu kabul edilebilir. Birincisi, faaliyet konusu hizmetin sunulması ve ikinciside bunun ücretlendirilmesidir. Her iki hususta da BTK’ya çeşitli düzenleme yetkileri tanınmıştır³⁴⁶. Yukarıda da belirtilmiş olduğu üzere, BTK imtiyaz, ruhsat ya da genel izin şartlarını belirlerken, telekomünikasyon iş ve hizmetleri karşılığında alınacak ücretlerin hesaplanmasına ilişkin esaslar ve bunların yeniden belirlenmesine ilişkin ilkeleri de belirleyecektir. 406 sayılı Kanunun 4. maddesinde sayılan ilkelere göre ücretler, makul, eşitlikçi, hizmetin devamlılığını sağlamaya yeterli, kaynakların etkin kullanımı esasına dayalı olmalıdır. Görüldüğü üzere BTK, hem doğrudan tüketiciye sunulan hizmetlerin ücret esaslarını hem de telekomünikasyon alanında faaliyet gösteren işletmelerin birbirlerine sundukları hizmetlerin ücret esaslarını belirleyebilme

³⁴⁶ Aslan, RK’un Telekomünikasyon Alanında Kararları ve Yetkisi, s. 32.

yetkisine sahip bulunmaktadır³⁴⁷. 4502 sayılı Kanunun BTK'ya genel olarak telekomünikasyon sektöründe serbest rekabetin sağlanması ve korunması görevini de vermektedir. 406 sayılı Kanunun 4. maddesinin (ı) bendine göre BTK telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesine ve/veya telekomünikasyon alt yapısı işletimine ilişkin olarak yapacağı düzenlemelerde, genel olarak tüm telekomünikasyon alanlarında (.....) serbest rekabetin sağlanması ve korunması ilkesini dikkate alır³⁴⁸. Ayrıca 5809 sayılı Kanunun 7. maddesinde rekabetin sağlanması hükümleri düzenlenmiştir. Bu hükümler karşısında, BTK'nın genel olarak, yaptığı her türlü düzenleyici işlemlerde serbest rekabetin sağlanması ve korunması ilkesini dikkate alması gerektiği, yapacağı denetimlerde de rekabeti bozucu uygulamaları denetim kapsamına alacağı, rekabeti bozucu uygulamalar tespit etmesi halinde, bunlara yaptırım uygulayabileceğini kabul etmek gerekmektedir³⁴⁹. 4502 sayılı kanunla yapılan değişiklikler BTK'ya yaptırım uygulama yetkisi vermemekteydi. Bu nedenle BTK'nın sadece düzenleyici yetkilerinin olduğu denetleme ve yaptırım uygulama yetkisinin bulunmadığı bu nedenle rekabetin korunması konusunda da yetkili olmasının mümkün olmadığı dolayısıyla RK yetkilerinin devam ettiği sonucuna ulaşılmıyordu. 4673 sayılı Kanunla Bakanlığa verilen yetkiler BTK'ya devredilmiş ve BTK'ya yaptırım uygulama yetkisi de verilmiştir.

4054 sayılı RKHK'nu genel bir kanundur. Amacı rekabetin korunması olan bu kanunu uygulama yetkisi esas olarak RK'na verilmiştir. Bu haliyle RK'un ekonominin tüm sektörlerinde rekabetin korunması konusunda genel yetkili kurum olduğu açıktır. Kanun koyucu telekomünikasyon sektörünün özelliklerini dikkate alarak sektöre özgü bazı düzenlemeler yapmış ve bu düzenlemeleri uygulama yetkisini BTK'ya vermiştir³⁵⁰.

Yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere, 406 sayılı Kanunun 4. maddesi, 2813 sayılı Kanunun 7. maddesinin (j) bendi ve son iki fıkrası ve 5809 sayılı Kanunun 7. maddesine bakıldığında kanun koyucunun telekomünikasyon sektöründe rekabetin

³⁴⁷ Ulusoy, Perşembe Konferansları, s. 83, (Aslan, RK'un Telekomünikasyon Alanında Kararları ve Yetkisi, s. 33, dn. 16'dan naklen).

³⁴⁸ BTK aynı Kanunun 10. Maddesinin son fıkrasına göre, standart referans tarifeleri, ara bağlantı ve roaming anlaşmalarının tabi olduğu ayrıntıları gösteren yönetmelikler çıkarır ve standart referans tarifeleri, şebeke ara bağlantıları ve roaming ile ilgili anlaşmaların telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesinde ve alt yapının işletiminde serbest rekabeti engelleyici sonuçlara yol açmayacak tedbirleri alır.

³⁴⁹ Ulusoy, Perşembe Konferansları, s. 91, (Aslan, RK'un Telekomünikasyon Alanında Kararları ve Yetkisi, s. 33, dn. 17'den naklen).

³⁵⁰ Aslan, RK'un Telekomünikasyon Alanında Kararları ve Yetkisi, s. 37.

sağlanması, korunması yetkisini BTK'ya verildiği görülmektedir. Bu durumda, telekomünikasyon sektöründe rekabetin korunması konusunda genel yetkili kurumun BTK olduğunun kabulü gerekir. Aslan'a göre telekomünikasyon sektöründe rekabetin korunması ile ilgili konularda genel yetkili kurumun BTK olduğu, istisnai yetkili kurumun da RK olduğunu ve RK bu sektörle ilgili kararlarında genel yetkili olan BTK'nın görüş ve düzenlemelerini dikkate alması gerektiğini savunmuştur³⁵¹.

Kanun bazı konularda ihtilafların çözümlenmesinde kurumların yetkileri özel olarak düzenlemiştir. Bu hususlarda ihtilafların çözümlenmesinde genel 4054 sayılı RKHK'nun uygulanması mümkün olmayacak, telekomünikasyon hukukuna ilişkin özel çözüm yolları uygulanacaktır. Örneğin, 406 sayılı Kanunun 10. maddesinde arabağlantı ve roaming ile ilgili çıkabilecek ihtilaflar öngörülerek bir çözüm tarzı öngörülmüştür. Bu çözüm yolu ise, tarafların arabağlantı ve roaming konusunda anlaşamaması halinde, BTK bir yönetmelikle düzenleme yaparak arabağlantı ve roaming anlaşmalarının ayrıntılarını gösterecektir. Aslan'a göre, bu düzenlemeyi yaparken BTK, tamamen serbest hareket edemez. Şöyle ki, uyması gereken ilkeler kanunda gösterilmiştir. Bu hususta yetki BTK'ya verilmiş olmakla birlikte, RK'ya da belirli bir rol biçilmiştir. Bu husus, "başvurulabilir" kelimesine verilecek anlama bağlı olarak iki şekilde açıklanabilir. Birincisi, bu başvurunun, 4054 sayılı RKHK'nın 40. maddesi anlamında başvuru olduğu ve RK'dan soruşturma açılmasının talep edilebileceği şeklinde anlaşılabilir. İkincisi, BTK rekabetin sağlanması ve korunmasını içeren bir düzenleme yapacağı için, yapacağı düzenleme için RK'dan görüş isteyebilecektir. Her hâlükârda BTK bu başvuruyu yapıp yapmamakta serbest davranabilecektir³⁵². Ancak telekomünikasyon mevzuatı ile kesin olarak RK'yı yetkili gösteren hükümler konusunda da BTK'nın yetkisi yine kanunda gösterilmiş ise olabilir. Örneğin birleşmelerle ilgili olarak, RK'nın yetkisi kesin olarak belirtilmiştir.

RK'nun bir kararında, GSM operatörlerinin bayileri ile ilişkilerinde husus telekomünikasyon sektörüne ilişkin olmakla birlikte ancak telekomünikasyon mevzuatına aykırılık olması ihtimali zayıf olan bir konudur, dolayısıyla böyle bir konuda RK'nun yetkili olması gerekir³⁵³.

³⁵¹ Aslan, RK'un Telekomünikasyon Alanında Kararları ve Yetkisi, s. 38.

³⁵² Aslan, RK'un Telekomünikasyon Alanında Kararları ve Yetkisi, s. 39.

³⁵³ RK Kararı, K. 00-20/198-107, T. 30.05.200.

İki kurumun aynı anda yetkili olması hususu Aslan'a göre şöyle değerlendirilmiştir; her iki kurumun idari yapısı nedeniyle idari makam olmalarından ötürü birbirinin astı veya üstü olamayacakları için eşit düzeyde iki idari makam olmaları yetki çatışmasına sebep olacaktır. Ona göre konu bakımından yetki ilkesi ile bu yetki çatışması çözümlenecek ve BTK bu konuda yetkili sayılacaktır. Ayrıca her iki kurumun aynı anda yetkili olması ilgili işletmeye tek bir fiil nedeniyle iki ayrı ceza uygulanarak Ceza Hukuku genel hükümleri ihlal edilmiş olacaktır. Şöyle ki, Ceza Hukuku genel hükümlerinde, "bir hareket nedeniyle iki ceza uygulanmaz" ilkesi düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra İdare Hukuku alanında bir işletmeye belirli bir idari makam tarafından iki farklı sıfatı ya da niteliği nedeniyle iki ayrı ceza verilmesi mümkündür. Örneğin RK'nun bir kararında RK ilgili işletmeye tek bir yerinde incelemeye izin vermemesi nedeniyle hem 16. maddenin 1. fıkrasının (b) bendine göre hem de 17. maddenin (d) bendine iki ayrı yaptırım uygulamıştır³⁵⁴. BTK ile genel düzenleyici olan RK arasında henüz yeterli bir işbölümünün ve koordinasyonun sağlanmadığı belirtilmiş olmakla birlikte, sektörde rekabeti engelleyecek oluşumların önüne geçilmesi, işletmecinin hukuki ya da fiili tekel olduğuna karar verilmesi, telekomünikasyon faaliyetlerinin tam bir rekabet içinde yürütülmesini sağlamak, rekabete aykırı davranış, plan ve eylemleri re'sen veya şikayet üzerine incelemeye ve bilgi ve doküman istemeye RK'nun yapacağı incelemelerde, birleşme ve devralmalara ilişkin olarak vereceği kararlar da dahil olmak üzere öncelikle Kurumun görüşünü ve genel düzenleyici işlemleri dikkate alacağı hükümleri göz önüne alındığında, rekabetin sağlanması konusunda genel yetkinin BTK'da olduğu sonucuna ulaşılabilir³⁵⁵.

Sonuç olarak, telekomünikasyon sektöründe söz konusu konu telekomünikasyon mevzuatına aykırılık teşkil etmiyorsa sadece rekabet kurallarına aykırılık teşkil ediyorsa RK yetkili olacaktır. Ancak RK bu gibi konularda karar verirken BTK'dan görüş almak ve BTK'nın bu konuda düzenlemeleri dikkate alması gerekli olacaktır.

³⁵⁴ Aslan, RK'un Telekomünikasyon Alanında Kararları ve Yetkisi, s. 42.

³⁵⁵ Memiş, Tekin; "Telekomünikasyon Düzenlemelerinin Hukuki İlkeleri ve Eğilimler", Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Ağustos 2005, S. 54. Yararlanma <http://e-akademi.org/arşiv>.

SONUÇ

Telekomünikasyon sektöründe, özellikle ülkemizde bu sektör açısından Türk Telekom'un sahibi olduğu ana telekomünikasyon şebekesi ve alt yapısı dikkate alındığında 2003 yılına kadar (Türk Telekom'un özelleştirme faaliyetlerinin son bulunduğu 2004 yılına kadar) telekomünikasyon sektöründe tek başına hakim durumda bulunmuştur. Bu zamana kadar Türk Telekom'un sahip olduğu ana telekomünikasyon şebekesi ve alt yapısı karşısında, sektöre yeni girecek bir işletmenin Türk Telekom'la rekabet edecek şebeke ve altyapıyı kurması olanaksız görünmekteydi. 2004 yılından sonra Türk Telekom'un özelleştirilmesinden sonra sektöre yeni işletmeler girmeye başlamıştır. Böylelikle, doğal tekel olan telekomünikasyon sektörünün rekabet açılması sağlanmıştır.

Bu hususa ilişkin olarak RK'nın vermiş olduğu ilginç kararlarından birisi olan; birlikte hâkim durumla ilgili telekomünikasyon sektöründe vermiş olduğu Turkcell/Telsim (Roaming) kararına göre; RK, iki GSM operatörü olan Turkcell ve Telsim'in her ikisinde % 100 kapsama sağlamış oldukları ve böylece alt yapılarını tamamlamış olduklarını bu nedenle de roaming pazarında ayrı ayrı hâkim durumda olduklarını kabul etmiştir. Yeni giriş yapan ve roaming yapmak isteyen şirketler açısından herhangi biri ile sözleşme yapılması roaming sağlanması bakımından yeterli olacaktır. Bu nedenle roaming pazarında Turkcell ve Telsim birlikte hâkim durumdadırlar. Bir GSM operatörünün kapsama sağlamış olması ve ayrıca piyasada diğer bir GSM operatörünün de kapsama sağlamış olması, roaming sağlanması bakımından, operatörlerin piyasada tek başına hâkim durumda kabul edilebilmeleri yönünden bir sorun teşkil etmemelidir. GSM piyasasında % 100 kapsama sağlamış operatör her yönüyle ve her şekilde hizmet sunma potansiyeline ulaşmış olmakla birlikte söz konusu piyasa açısından da tek başına hâkim konumda bulunmaktadır.

Hakim durumun belirlenmesinde önemli kriterlerden olan pazar payı açısından; Türkiye'de mobil iletişim pazarında halen üç operatör bulunmaktadır. 30 Haziran 2010 yılı itibarıyla pazar payı bilgileri, şirket basın bültenleri, BTK ve GSM operatörlerinin açıklamaları sonucu, Avea'nın % 19, Vodafone'un % 26, Turkcell'in % 55 pazar payına sahip olduğu belirlenmiştir. Görüldüğü üzere 2010 yılı içerisinde Turkcell'in zamanla

gücünü kaybettiği, pazar payının gerilediği görülmektedir.

Numara taşınabilirliği, telekomünikasyon endüstrisinde eşit rekabet koşullarının oluşabilmesi açısından hayati öneme sahiptir. Numara taşınabilirliği'nin olmaması da giriş engeli yaratan bir durumdur. Bu nedenle numara taşınabilirliğinin sağlanması ve bunun maliyetlerinin ne şekilde karşılanacağına tespit edilmesi de rekabet açısından üzerinde önemle durulması gereken bir husustur. Bu nedenle 01.02.2007 tarihinde "Numara Taşıma Yönetmeliği" ile birlikte bu sorun çözülmüştür. Böylelikle şu anda numara taşınabilirliği ile hizmet alan aboneler yıllardır kullanmış olduğu hattını değiştirmeden, sektörde altyapı, erişim ve kapsam alanı açısından daha iyi hizmet veren GSM işletmecisinden daha az maliyetle daha kaliteli bir hizmetten faydalanabilecektir. Bu durum aslında sektörde yer alan GSM işletmecileri açısından, önemli ölçüde piyasaya giriş engelini kaldırmakla birlikte, aslında sektörde daha kaliteli hizmet veren GSM operatörüne geçiş sağlanmakla birlikte, bu GSM operatörünü hakim işletme konumuna getirmektedir.

Ayrıca üzerinde durulması gereken sektör açısından önemli bir kavram olan etkin piyasa gücü kavramı, hâkim durum kavramı ile olan benzerlik ve farklılıklar açısından, ilgili telekomünikasyon pazarı kavramının açıklanmamış olması nedenleriyle söz konusu kavramın, ilgili düzenlemelerin kapsamının ve muhatabının belirlenmesi konusunda, gerekli açıklığa sahip olmadığı görülmektedir. Kavramın Türk Hukuku açısından yeni bir kavram olması ve yerleşik uygulamalara dayanmaması nedeniyle yoruma açık olduğu düşünülebilir.

Yıkıcı fiyat uygulamaları telekomünikasyon gibi dikey entegre sektörlerde çok sık karşılaşılan ihlallerden biridir. Alt yapıya erişim sağlamanın yanı 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 olabilecektir.

Fiyat sıkıştırması, alt pazarda rakiplerin dışlanması, rekabetin engellenmesi, kısıtlanması gibi olumsuz etkiler yaratabileceğinden Rekabet Hukuku kapsamında değerlendirilmektedir. Kavram, rekabet karşıtı tek taraflı firma davranışı olarak, AB ve Türkiye rekabet uygulamalarında hâkim durumun kötüye kullanılması, ABD antitrust hukukunda ise tekelleşme veya tekelleşmeye teşebbüs etme ihlali şeklinde ele alınmaktadır.

Telekomünikasyon endüstrisinde ayrımcılık; şebekelerarası 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 etmektedir.

Sonuç olarak, Türk telekomünikasyon sektörü her geçen gelişmeyle birlikte, dünya standartlarına ulaşması için, sektörün yeniden yapılandırılması için sektörde düzenleme görevini yerine getirmeyi amaç edinen BTK ve ekonominin genelinde rekabetin tesis edilmesi için faaliyet gösteren Rekabet Kurumudur. Bu iki Kurumun ortak noktası her iki Kurumun da telekomünikasyon sektöründe rekabet koşullarının yaratılması ve sürdürülmesi konusunda yetki ve sorumluluklara sahip olmalarıdır. Bu iki Kurum arasında koordinasyonun sağlanması ile hedeflere ulaşılabacaktır.

KAYNAKÇA

- Akgün, Adnan Telekomünikasyon Endüstrisinde Erişim ve Arabağlantı Fiyatlandırması ve Rekabet Sorunları, Rekabet Kurumu.
- Akıncı, Ateş RKHK Üzerine Eleştirel Bir Bakış, RKHK'nun Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi, TES-AR Yayınları No: 20, Ankara 1996.
- Anık, Gülgün Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, TBBD, S. 65, 2006.
- Ardıyok, Şahin Doğal Tekeller ve Düzenleyici Düzenleyici Kurumlar; Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli, Ankara 2002.
- Arıöz, Ali Telekomünikasyon Sektöründe Serbestleşme Süreci, Ankara 2005.
- Aslan, İ. Yılmaz Rekabet Hukuku Dersleri, Ekin Basım Yayım Dağıtım 2008, (Kısaca: Rekabet Hukuku Dersleri).
- Aslan, İ. Yılmaz Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ankara 1992, (Kısaca AT Rekabet Hukuku).
- Aslan, İ. Yılmaz Rekabet Hukuku, 4. Basım, Bursa 2007, (Kısaca: Rekabet Hukuku).
- Aslan, İ. Yılmaz Rekabet Kurumu'nun Telekomünikasyon Alanındaki Kararları Ve Yetkisi, Rekabet Hukuk'nda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, Kayseri 2003.
- Bozbel, Savaş; "VoIP Regülatif Açından Türkiye'deki Hukuki Durumun Diğer Ülkelerle Değerlendirilmesi", Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Dergisi, Kasım 2005, <http://www.e->

akademi.org/makaleler/sbozbel-4.htm 02.11.2005.

- Çakal, Recep Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regölasyon, Devlet Planlama Teşkilatı, Ankara 1996.
- Çetinkaya, Murat İlgili Pazar Kavramı ve İlgili Pazar Tanımında Kullanılan Nicel Teknikler, Ankara 2003.
- Demiröz, Ali AB'nin Yeni Düzenleyici Çerçevesi Işığında Telekomünikasyon Sektörünün Düzenlenmesinde Rekabet Hukukunun Rolü, Rekabet Dergisi.
- 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.
- Eren, Fikret Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, İstanbul 2006.
- Fuller, Baden Article 86 EEC: Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position, EL, Rev Vol. 4, 1979.
- Görgülü, Ümit Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Kapsamında Fiyat Ayrımcılığı Uygulamaları, Ankara 2003.
- Gül, İbrahim Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara 2000.
- Güçer, Sülün Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Çerçevesinde Sınai Mülkiyet Hakları, Ankara 2005.
- Gürzumar, Berat Osman Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Ankara 2006.

- Güven, Pelin Rekabet Hukuku, Ankara 2008.
- İçöz, Özge Telekomünikasyon Sektöründe Regülasyon ve Rekabet, Ankara 2003.
- İnceefe, Ali Mehmet Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II, Kayseri 2004.
- Kara, Fevzi Alper Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Aracı Olarak Yıkıcı Fiyat Uygulaması, Ankara 2003.
- Kaya, Demet Şerife Fiyat Sıkıştırması Ekonomik ve Hukuki Açından Bir Değerlendirme, Ankara 2008.
- Kısa, Ulaş Seda 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.
- Konukman, Doğa Pelin Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Göre Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, İstanbul 2000.
- Memiş, Tekin; “Telekomünikasyon Düzenlemelerinin Hukuki İlkeleri ve Eğilimler”, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Ağustos 2005, S. 54. Yararlanma <http://e-akademi.org/arşiv>.
- Notice on the Application of the Relevant Markets and Principles, OJ C 265, 1998. of the Competition Rules to Access Agreements in the Telecommunications Sector.

- Öz, Aşçıoğlu Gamze AT ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara 2000.
- Özsunay, Ergun Kartel Hukuku, İstanbul 1985.
- Öztunalı, Aydın Yatay Yoğunlaşmalarda Tek Teşebbüs Hâkimiyeti, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve AB Mevzuatı Uygulamaları, Ankara 2003.
- Piyasa Analizi Çalışmaları İlgili Piyasa ve Etkin Piyasa Gücü Kavımları, BTK, Ankara 2005.
- Sanlı, Cem Kerem RKHK'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçerliliği, Ankara 2000.
- Sarı, Ogün Arif Rekabet Kuralları Işığında Erişim Arabağlantı Anlaşmaları ve Sanal Mobil Ağ Operatörlüğü, Ankara 2004.
- Su, Tahir Kemal Rekabet Hukukunda Teşebbüslerin Hâkim Durumunun Belirlenmesinde Pazar Gücünün Ölçülmesi, Ankara 2003.
- Şenyücel, Orçun/ İlgili Pazar Kavramı, Rekabet Dergisi, C:1, S: 2, Haziran 2000.
- Aktaş, Cihan
- Şıramun, Serpil AB Rekabet Hukuku'nda Kötüye Kullanma Kriterleri, İstanbul 2005.
- Tekdemir, Yaşar AT Rekabet Hukuku Işığında Birlikte Hâkimiyet Kavramı: Oligopol Sorununa Yeni Bir Yaklaşım, Ankara 2000.
- Tekinalp, Gülören/ Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul 2000.
- Tekinalp, Ünal

- Tekinalp, Ünal AET Rekabet Hukukunda Piyasaya Egemen İşletme Kavramı (II), C: XXVI, S: 12, İktisat-Maliye, 1980.
- Topkaya, Ferhat Telekomünikasyon Sektöründe Erişim Sorunları, Ankara 2003.
- Ulusoy, Ali Telekomünikasyon Hukuku, Ankara 2002.
- Ulusoy, Ali Telekomünikasyon Alanındaki Son Yasal Düzenlemeler ve Uygulamaların Değerlendirilmesi, Perşembe Konferansları, Kasım-Aralık 2000.
- Ülgen, Sinan AB’de Hakim 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.