

T.C
YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
İDARE HUKUKU BİLİM DALI

**ELEKTRONİK HABERLEŞME SEKTÖRÜNDE AYRIŞTIRMA UYGULAMALARI
VE TÜRK TELEKOM ÖZELLEŞTİRMESİ**

MAHMUT ESAD ÖZEK

YÜKSEK LİSANS TEZİ

DANIŞMAN

Yrd. Doç. Dr. Mehmet Bedii KAYA

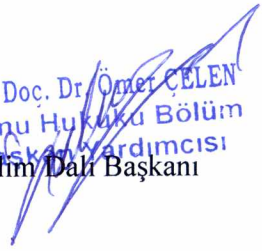
Mayıs-2016

Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı


Doç. Dr. Mesut Murat ARSLAN
Enstitü Müdürü V.

Enstitü Müdürü




Bu tezin Yüksek Lisans derecesi için gereken tüm şartları sağladığını tasdik ederim.


Yrd. Doç. Dr. Ömer ÇELEN
Kamu Hukuku Bölüm
Başkan Yardımcısı
Anabilim Dalı Başkanı

Okuduğumuz ve savunmasını dinlediğimiz bu tezin bir Yüksek Lisans derecesi için gereken tüm kapsam ve kalite şartlarını sağladığını beyan ederiz.

Danışman

Jüri Üyeleri:

1. Doç. Dr. Bülent Kent 
2. Yrd. Doç. Dr. Mehmet Bedii Kaya 
3. Doç. Dr. Mehmet Ali Zengin 

BİLİMSEL ETİK SAYFASI

Bu tezin proje safhasından sonuçlanmasına kadar olan bütün süreçlerde bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle riayet edildiğini, tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel kurallara uygun olarak atıf yapıldığını bildiririm.

Mahmut Esad ÖZEK



ÖZET

Mahmut Esad ÖZEK

Yüksek Lisans, Kamu Hukuku Bölümü

Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Mehmet Bedii KAYA

Mayıs 2015, XI+132 Sayfa

Elektronik haberleşme sektöründe ayırıştırma çözümlerinin uygulanmasın temel amacı, serbestleşme sürecinde yerleşik işletmecinin yanında pazara yeni işletmecilerin girmesi esnasında dikey güç aktarma riskinden kaynaklanan erişimin reddi, ayrımcılık uygulamaları ve çapraz sübvansiyon gibi rekabet aksaklıklarının önlenmesidir. Ayırıştırma çözümleri temelde hesap ayırımı yükümlülüğü, hukuki ayırıştırma ve yapısal ayırıştırma şeklinde sınıflandırılmıştır. Ancak bu ayırım ülkelerin pazar yapılarına göre farklılaştırılabilir. Elektronik haberleşme sektöründe uygulanan ayırıştırma çözümleri önlenmesi hedeflenen rekabet aksaklığına göre son on yıl içinde oldukça hızlı bir şekilde değişmiştir.

Türk Telekomünikasyon AŞ özelleştirmesinde Rekabet Kurulu görüşü sonrasında ihale şartnamesinde Türkiye’de kablo TV altyapısını işleten Türksat AŞ’nin yapısal olarak ayırıştırılması ile TTNNet faaliyetlerinin ayrı bir ticari şirket altında toplaması şeklinde belirlenen hukuki ayırıştırma çözümü ihale şartnamesinde yer verilmiştir. Ancak halihazırdaki mevzuat çerçevesinde ihale şartnamesine eklenen çözümlerin daha sonra değiştirilmesi gündeme geldiğinde yetki sorunları ile karşılaşılabilir.

İşbu çalışmada rekabet ve regülasyon hukuku perpektifi ile elektronik haberleşme sektöründe ayırıştırma çözümleri, bu çözümlerin uygulanması noktasında Kurumlar arasındaki yetki paylaşımı ve Türk Telekomünikasyon AŞ özelleştirmesi sırasında öngörülen ayırıştırma çözümü konuları ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Elektronik Haberleşme Sektörü, Rekabet Aksaklıkları, Ayırıştırma, Türk Telekom Özelleştirmesi.

ABSTRACT

ÖZEK, Mahmut Esad

MA, Department of Public Law

Supervisor: Assoc. Prof. Dr. Mehmet Bedii KAYA

May 2015, XI+132 Sayfa

Main objective of implementation of separation remedies in electronic communication sector is to prevent competition problems such as denial to access, discrimination, cross subsidies, which resulted from the vertically integrated firms in the course of new entries in liberalization process. Separation Remedies are basically classified as accounting separation remedy, legal separation and structural separation. However, this distinction can be differentiated according to countries market structure. Separation remedies which applied to prevent specific competition problems in electronic communication markets have changed dramatically over the past ten years according to the kind of competition problems which are aimed to prevent by.

On the process of Turk Telekom privatization, after the Competition Board non-binding opinion before the tender, in tender document it was stipulated structural separation of Turksat AŞ which operates Cable TV Infrastructre in Turkey and legal separation of TTNNet which is the retail arm of Turk Telekom boradband operation. However it can be difficult to solve jurisdiction problems when there will be a need for changing separation remedies which was stipulated in tender documents.

In respect of competition and regulation law this study adresses separation remedies in electronic communication sector, jurisdiction among the public bodies while decision process of separation remedies and separation remedy which stipulated in the course of Turk Telekom privatization.

Key Words: Electronic Communication Sector, Competition Problemsi Separation, Turk Telekom Privatization.

İÇİNDEKİLER

BİLİMSEL ETİK SAYFASI.....	III
ÖZET	IV
ABSTRACT	V
İÇİNDEKİLER.....	VI
KISALTMALAR.....	VIII
TABLolar	X
GİRİŞ	1
1 ELEKTRONİK HABERLEŞME SEKTÖRÜNDE REKABET	5
1.1 ELEKTRONİK HABERLEŞME TANIMI VE KAPSAMI.....	5
1.2 ELEKTRONİK HABERLEŞME SEKTÖRÜNDE REKABETİN TESİSİ VE KORUNMASI.....	8
1.2.1 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu hükümleri	9
1.2.2 Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu ile Rekabet Kurumu Arasında Yetki Paylaşımı	12
1.3 ELEKTRONİK HABERLEŞME SEKTÖRÜNDE DİKEY BÜTÜNLEŞİK YAPIDAN KAYNAKLANAN REKABET AKSAKLIKLARI.....	18
1.3.1 Fiyata temelli rekabet aksaklıkları	21
1.3.2 Fiyat dışı rekabet aksaklıkları	24
2 AYRIŞTIRMA ÇÖZÜMLERİ.....	27
2.1 AYRIŞTIRMA ÇÖZÜMLERİNİN TANIMI.....	27
2.2 AYRIŞTIRMA ÇÖZÜMLERİNDE FARKLI MODELLER.....	29
2.2.1 Hesap Ayrımı ve Maliyet Muhasebesi Yükümlülüğü	30
2.2.2 Fonksiyonel Ayrıştırma Yükümlülüğü.....	32
2.2.2.1 Fonksiyonların ayrıştırılması	34
2.2.2.2 Çalışanların ayrıştırılması	35
2.2.2.3 Bilgilerin ayrıştırılması	35
2.2.2.4 Finansal yapının ayrıştırılması	36
2.2.2.5 Ticari politika ve stratejilerin ayrıştırılması	37
2.2.2.6 Şeffaflık mekanizmaları	37
2.2.2.7 Fonksiyonel ayrıştırma türleri	38
2.2.3 Hukuki ayrıştırma.....	40
2.2.4 Yapısal Ayrıştırma	40
2.2.5 Diğer bazı ayrıştırma modelleri.....	42
2.3 AYRIŞTIRMA ÇÖZÜMLERİNDE AMAÇ	42
2.3.1 Elektronik haberleşme sektöründe ayrıştırma çözümlerine başvurulmasının genel amacının rekabetin tesisi ve korunması olduğu söylenebilir.....	42
2.3.2 Elektronik haberleşme sektöründe ayrıştırma çözümlerine rekabetin tesisi yanında takip edilen özel amaçlar da bulunmaktadır.	43
2.4 AYRIŞTIRMA ÇÖZÜMÜNDE KARAR VERME AŞAMALARI.....	44
2.4.1 Ayrıştırma çözümüne ihtiyacın olup olmadığının tespiti	44
2.4.2 İlgili pazarda hâkim durumda olan bir teşebbüsün varlığı	44
2.4.3 Ayrıştırılacak faaliyetlerin tespiti; ilgili pazardaki darboğaz ve rekabet aksaklıkları	45
2.4.3.1 Ayrıştırma çözümünün belirlenmesi.....	47
2.4.3.2 Ölçülülük incelemesi	50
2.4.3.3 Etkinlik incelemesi.....	51

2.5	AYRIŞTIRMA ÇÖZÜMLERİNDE YETKİ	51
2.5.1	Elektronik haberleşme mevzuatında yer alan hükümler	52
2.5.1.1	<i>Hesap ayrımı yükümlülüğü</i>	52
2.5.1.2	<i>Hukuki ayrıştırma</i>	57
2.5.1.3	<i>Yapısal ayrıştırma</i>	58
2.5.2	Rekabet Kanunu Hükümleri Kapsamında Ayrıştırma Çözümleri.....	59
2.5.2.1	<i>Rekabet İhlalleri</i>	59
2.5.2.2	<i>Birleşme ve devralma işlemleri ve koşullu izin</i>	60
2.5.2.3	<i>Özelleştirmeler</i>	62
2.5.3	Değerlendirme	63
2.6	ÜLKE ÖRNEKLERİ	64
2.6.1	Amerika Birleşik Devletleri	65
2.6.1.1	<i>Computer inquiry I- kararı (1966-1967)</i>	66
2.6.1.2	<i>Computer inquiry II kararı (1976-1981)</i>	68
2.6.1.3	<i>AT&T ayrıştırmasına ilişkin nihai karar</i>	69
2.6.1.4	<i>Computer inquiry III kararı (1985-1986)</i>	71
2.6.1.5	<i>1996 tarihli Telekomünikasyon Kanunu</i>	72
2.6.2	Avrupa Birliği	73
2.6.2.1	<i>Yeşil kitap</i>	74
2.6.2.2	<i>İlk rekabet direktifi serbestleşme ve uyumlaştırma dönemi</i>	74
2.6.2.3	<i>AB Kablo Direktifi</i>	75
2.6.2.4	<i>1998 Düzenleyici Çerçevesi</i>	76
2.6.2.5	<i>2002 Düzenleyici Çerçevesi</i>	77
2.6.2.6	<i>2009 Yılı Değişiklikleri</i>	79
2.6.3	İngiltere	79
2.6.3.1	<i>BT özelleştirilmesi</i>	79
2.6.3.2	<i>Openreach kurulması</i>	79
2.6.4	Yeni Zelanda	82
2.6.4.1	<i>Fonksiyonel ayrıştırma</i>	82
2.6.4.2	<i>Yapısal ayrıştırma</i>	83
2.6.5	Bölüm sonucu.....	83
2.7	AYRIŞTIRMA ÇÖZÜMLERİ ÜZERİNDEKİ BAZI TARTIŞMALAR VE YENİ NESİL ŞEBEKELER	84
2.7.1	Ayrıştırma uygulamalarını lehine ve aleyhine olan görüşler	84
2.7.2	Ayrıştırma uygulamalarının yeni nesil şebekeler bakımından uygulanması.....	87
3	TÜRK TELEKOM ÖZELLEŞTİRMESİ	91
3.1	ÖZELLEŞTİRME SÜRECİ	91
3.2	ANAYASAYA MAHKEMESİNİN TÜRK TELEKOM ÖZELLEŞTİRMESİ İLE İLGİLİ KARARLARI	91
3.3	ÖZELLEŞTİRME SÜRECİNDE REKABET KURUMU GÖRÜŞ VE KARARI	94
3.4	REKABET KURULU KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ	95
3.4.1.1	<i>TTNET internet servis sağlayıcılığı faaliyetlerinin hukuki ayrıştırılması</i>	96
3.4.1.1.1	<i>Amaç ve rekabet aksaklığının tespiti</i>	97
3.4.1.1.2	<i>Rekabetçi faaliyetlerle rekabetçi olmayan faaliyetlerin ayrılması</i> ...	98
3.4.1.1.3	<i>Ayrıştırma çözümünün seçimi</i>	100
3.4.1.2	<i>Kablo TV'nin yapısal olarak ayrıştırılması</i>	102
3.4.1.2.1	<i>Amaç ve Rekabet aksaklığının tespiti</i>	102
3.4.1.2.2	<i>Rekabetçi faaliyetlerle rekabetçi olmayan faaliyetlerin ayrılması</i> .	103
3.4.1.2.3	<i>Ayrıştırma çözümünün seçimi</i>	104

3.4.1.3 Mobil pazarlarda hâkim durumdaki işletmecinin Türk Telekom özelleştirmesine tek başına katılmasına izin verilmemesi	105
3.5 TÜRK TELEKOMÜNİKASYON AŞ'İN PERAKENDE HİZMET SUNAMAMASI.....	106
3.5.1 İhale şartnamesi imtiyaz sözleşmesi ilişkisi	111
3.5.2 Özelleştirmelerde yetki boşluğu	111
3.5.3 Etkinlik gerekçeleri	113
3.5.4 Danıştay kararındaki çelişki	114
3.6 TÜRK TELEKOMÜNİKASYON AŞ TEK MARKA POLİTİKASI	114
SONUÇ	116
KAYNAKÇA	121



KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AB	: Avrupa Birliği
ARCEP	: Autorite de Regulation des Communications Electroniques et des Postes
AT&T	: American Telgraph&Telephone Company
AVEA	: AVEA İletişim Hizmetleri AŞ
bkz.	: Bakınız
BT	: British Telecom
BTK	: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu
BEREC	: Body of European Regulators for Electronic Communications
BOC	: Bell Operating Companies
EC	: European Parliament and Council veya Avrupa Konseyi
EHK	: 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu
EU	: European Union
ERG	: European Regulatory Group
EPG	: Etkin Piyasa Gücü
Ex-ante	: Mevzuat İhlali Ortaya Çıkmadan Önce
Ex-post	: Mevzuat İhlali Ortaya Çıktıktan Sonra
FCC	: Federal Communications Commission
GSM	: Global System for Mobile Communication
GSM MoU	: GSM Memorandum of Understanding (Avrupa GSM Telefon Şebekesine İlişkin Protokol)
İş – Tim	: İŞ-TİM Telekomünikasyon Hizmetleri AŞ
ILEC	: Incumbent Local Exchange Companies
IP	: Internet Protocol
IPTV	: Internet Protocol Television
Kurul	: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu

LATA	: Local Access and Transport Areas
MCI	: Microwave Communication, Inc
OECD	: Organisation for Economic Co-operation and Development
OFCOM	: Office of Communications
OFT	: Office of Fair Trading
UPH	: Uydu Platform Hizmetleri
p.	: Paragraf
PON	: Pasif Optical Network
RBOCs	: Regional Bell Operating Companies
RTÜK	: Radyo ve Televizyon Üst Kurulu
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
Telsim	:Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri AŞ
TTNet	: TTNNet AŞ
Turkcell	: Turkcell İletişim Hizmetleri AŞ
Türk Telekom	: Türk Telekomünikasyon AŞ
Türksat	:Türksat Uydu Haberleşme Kablo TV ve İşletme AŞ
TZN	: Telecom New Zeland
YAPA	: Yerel Ağın Paylaşımına Açılması
YNŞ	: Yeni Nesil Şebekeler
Vodafone	: Vodafone Telekomünikasyon AŞ
VOIP	: Voice Over Internet Protocol
4054 sayılı Kanun	: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
5809 sayılı Kanun	: 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu

TABLÖLÄR

Tablo 1 Ayrıştırma Çözümlerinin Karşılaştırılması.....	48
Tablo 2 İlgili Pazar Tanımları, EPG Durumu ve Hesap Ayrımı Yükümlülüğü.....	54
Tablo 3 Yetkilendirmelere göre hizmet türleri.....	55
Tablo 4 Yetkilendirme Yönetmeliği ile Hesap Ayrımı Usul ve Esasları Kapsamında Getirilen Yükümlülükler Arasındaki Farklar	57
Tablo 5 Ayrıştırma Çözümlerinde BTK ve Rekabet Kurumunun Yetkilerinin Karşılaştırılması	64



GİRİŞ

Elektronik haberleşme sektöründe ayrıştırma uygulamaları/çözümleri; serbestleşme sürecinde hâkim durumda olan işletmecilerin (yerleşik işletmeci) yanında pazara yeni işletmecilerin girmesi esnasında, oluşabilecek bilgi asimetriği, dikey güç aktarma riskinden kaynaklanan erişimin reddi, ayrımcılık uygulamaları ve çapraz sübvansiyon gibi rekabet aksaklıklarının önlenmesi, bu yolla sektörde altyapıya dayalı yapısal bir rekabet ortamının¹ oluşturulması için öngörülmüştür.

Serbestleşmenin başlangıcında özellikle Avrupa Birliği uygulamasında fiyat temelli rekabet aksaklıkları üzerinde durulmuştur. Bu nedenle ayrıştırma çözümlerinin ilk adımı, pazardaki diğer teşebbüslere verilen erişim hizmetlerinin maliyetlerinin şeffaflaştırılmasını sağlayan hesap ayırımı yükümlülüğü olmuştur. Erişim düzenlemelerinin çeşitlenmesi ve fiyat temelli rekabet aksaklıklarına önüne geçilebilmesi ile birlikte düzenleyiciler bu kez fiyat dışı rekabet aksaklıklarına odaklanmıştır. Düzenlemelerin izlenmesi esnasında düzenleyiciler tarafından yerel erişim şebekesini işleten yerleşik işletmecinin sunduğu hizmetleri kendi perakende birimi ile pazardaki diğer işletmecilere ayırım gözetmeksizin tam bir eşitlik içinde sunulmadığı görülmüştür. Yerel erişim şebekesi üzerinden sunulan hizmetlerde tam bir eşitliğin sağlanması maksadı ile yerleşik işletmecinin diğer hizmetleri ile yerel erişim şebekesinin fonksiyonel olarak ayrılması, dikey bütünleşik yapıdan kaynaklanan kazanımların kaybedilmemesi adına uygulanmıştır. Yeni nesil şebekelerin kurulması gündeme geldiğinde elektronik haberleşme sektöründe ayrıştırma çözümlerinin yeni bir merhale kazandığı söylenebilir. Yeni nesil şebekelerin kurulumunun hızlandırılması için common law hukuk sistemindeki bazı ülkeler tarafında darboğaz unsuru niteliğindeki yerel erişim şebekesini işleten işletmecilere yeni nesil erişim şebekesinin kurulduğu yerel ağın ayrı bir şirket şeklinde yapılandırılarak kontrolünün devredilmesi şeklinde yapısal ayrıştırılması bir seçenek olarak sunulmaya başlamıştır. Bu uygulamanın arkasındaki temel saik, yapısal ayrıştırma sonrasında, farklı kontrol yapıları altında faaliyet gösterecek; darboğaz unsurunu sunan teşebbüs ile diğer toptan ve perakende hizmetleri sunan teşebbüsün kendi faaliyet alanlarına odaklanacakları ve altyapı ve hizmetler ile ilgili yatırım güdülerinin azalmayacağı beklentisidir. Bu uygulama ile yapısal ayrıştırma sonrasında teşebbüsün dikey bütünleşik yapıdan kazanımları yerel erişim şebekesi hariç korunurken, pazara yeni giriş yapan işletmeciler için darboğaz unsuru niteliğindeki yerel erişim şebekesine yerleşik işletmeci ile alternatif işletmecilerin tam bir eşitlik içinde erişimi de teminat altına alınmaktadır.

Ülkemizde ise Türk Telekomünikasyon AŞ (Türk Telekom) özelleştirmesi sırasında Rekabet Kurulu tarafından öngörülen ayrıştırma tavsiyeleri sonucu gerçekleşen özelleştirmede ortaya çıkan kurallar Türk elektronik haberleşme sektöründe en bilinenen ayrıştırma çözümdür. Bunun dışında Türk mevzuatında 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununda yer verilen hesap ayrıştırması dışında bir ayrıştırma çözümü öngörülmemiştir.

Elektronik haberleşme sektöründe ayrıştırma uygulamalarına ihtiyaç duyulmasının nedeninden de anlaşılacağı gibi ayrıştırma çözümleri ile üstüne gidilen sorun sektörün rekabete açılması ve yeni işletmecilerin pazara etkin olarak giriş sağlaması şeklinde özetlenen

¹ WALDEN, Ian, (2012), Telecommunication Law and Regulation, Oxford University Press, 4th Edition, s.32.

pazar yapısı ile ilişkili bir sorundur. Pazar yapıları ise endüstriyel iktisadın bir konusu olmakla birlikte teşebbüs davranışları ile buna karşı geliştirilen hukuki çözümlerin Türkiye’de kamu tüzel kişilikleri tarafından kamu gücü kullanımı sonucunda pazar yapısı, teşebbüslerin mülkiyet ve teşebbüs hürriyetlerini etkilemesinden dolayı aynı zamanda bir kamu hukuku konusudur.

Bu tez kapsamında ayrıştırma çözümlerinin incelenmesine ihtiyaç duyulmasının nedeni, elektronik haberleşme sektöründe daha önce müstakil olarak bu konuda hukuki anlamda bir çalışmanın yapılmamış olmasına rağmen, Türk Telekom özelleştirmesinde olduğu gibi konu hakkında önemli kararlara imza atılma ihtiyacı duyulmasıdır. Fonksiyonel ayrıştırma yükümlülüğü Avrupa Birliği elektronik haberleşme müktesebatında 2009 yılı değişikliği ile yerini almıştır. Fakat ülkemizde bu konu hakkında mevzuat geliştirilmesi ile ilgili bir çalışma yapılmamıştır. Yine güncel bir gelişme olan elektronik haberleşme sektöründeki rekabetin tesisi için girilen pazar analizleri sonucunda işletmecilere getirilen hesap ayrıştırması çözümleri de geçmişten bu güne uygulanmış, ancak hukukçular genel hatları ile dahi olsa bu konulara ilgi göstermemiştir. Nihayet sektörde son bir iki yılda görülen bütünleşme (konsolidasyon) veya tek marka olarak özetlenen teşebbüslerin kendi bünyelerinde yer alan şirketler için tek marka kullanarak tüketicileri tek elden birçok hizmetin (çoklu hizmet) sunmak istemeleri, daha önce pazara yeni işletmecilerin girmesi için düşünülen bir takım ayrıştırma uygulamalarının etkinliğini de tartışılır hale getirmektedir. Bu nedenle ayrıştırma konusu farkında olunmasa dahi elektronik haberleşme sektörünü için güncel ve yapısal değişikliklere neden olan önemli bir konudur.

Tez kapsamında rekabet hukuku ile bağlantılı olarak elektronik haberleşme sektöründe hesap ayrımı yükümlülüğü, hukuki ayrıştırma, fonksiyonel ayrıştırma ve yapısal ayrıştırma çözümleri incelenmektedir. Buna karşı yerel ağın ayrıştırılması konusu lâfzî olarak benzerlik izlenimi verse de tez kapsamında incelenmemektedir. Yerel ağın ayrıştırılması konusu, ayrıştırma seçeneklerinden farklı olarak elektronik haberleşme sektöründe erişim yükümlülükleri başlığı altında incelenmektedir. Ayrıca yerel ağın ayrıştırılması konusu daha önce Kurumsal tezlerde de incelenmiştir. Benzer şekilde bundling/tying şeklinde ifade edilen bağlı satışlara ilişkin hukuki durum ve çözümler de konu itibarıyla tez kapsamı dışındadır.

Tez yazım aşamasında bir takım zorluklarla karşılaşmıştır. Söz konusu zorluklar aynı zamanda tezdeki metoduda belirlemede önemli etken olmuştur. Öncelikle tez konusu itibarıyla rekabet hukukunu ve elektronik haberleşme hukukunun temellerini oluşturan, endüstriyel iktisat, elektronik haberleşme altyapı ve şebekeleri gibi iktisadi ve teknik konuları bünyesinde barındırmaktadır. Bu nedenle hukuki bilgi bu konunun incenmesinde tek başına yeterli olamamalıdır. İktisadi ve teknik alanlara vakıf olduğumuzu iddia etmemekle birlikte yapılan küçük hataların okuyucular tarafından mazur karşılanmalıdır. İkincisi Türkiye’de 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununda ayrıştırma uygulamalarının hesap ayrımı yükümlülüğünden öteye geçememesi nedeni ile elektronik haberleşme sektöründe konunun bütününe yönelik mevzuat açısından açık bir Kanuni dayanak bulunmamaktadır. Bu nedenle daha çok Avrupa Birliği müktesebatından yararlanılmış ve diğer ayrıştırma çözümleri söz konusu mevzuat dayanak alınarak açıklanmaya çalışılmıştır. Tarihi gelişim olarak ele alınan süreç Avrupa Birliği’nde yaşanan gelişimdir. Bu nedenle hesap ayrımı yükümlülüğü dışındaki açıklamalar olması gereken hukuk açısından ele alınmalıdır. Üçüncüsü konu hakkında doğrudan Türkçe temel kaynak bulunmamaktadır. Şimdiye kadar bazı ayrıştırma çözümleri tekil olarak uzmanlık tezi seviyesine incelenmiştir. Bunun dışında elektronik haberleşme

sektörü için konuyu bütüncül olarak ele alan herhangi bir kaynak bulunmamaktadır. Konunun rekabet hukuku ile yakından ilişkili olması nedeni ile ana kaynaklar rekabet hukuku kitapları seçilmiştir. Tez kapsamında incelenen konular temelde Avrupa Birliği yardımcı kuruluşları ve Avrupa Komisyonu alt guruplarında tartışılan ve derlenen raporlar üzerinden tedvin edilmiş olduğundan, söz konusu raporlar ve raporların hazırlanmasında yararlanılan hukuk ve iktisad profesörlerinin makaleleri kaçınılmaz bir şekilde tezin temel kaynakları haline gelmiştir.

Elektronik haberleşme sektöründe ayrıştırma çözümleri ile ilgili olarak daha önce yapılan çalışmalar kısa bir özet şeklinde geçilmek gerekirse; örneğin Özlem DAŞDEMİR tarafından Telekomünikasyon Kurumu tezleri kapsamında fonksiyonel ayrıştırma yükümlülüğü incelenmiş ve 2009 yılında Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu bünyesinde yayımlanmıştır. Aynur GÜLCÜ, ayrıca Selçuk KAHYA tarafından hesap ayrıştırması yükümlülükleri farklı açılardan uzmanlık tezi bağlamında incelenerek Telekomünikasyon Kurumu tezleri kapsamında yayımlanmıştır. Yine Türk Telekom'un özelleştirmesine ilişkin Rekabet Kurulu kararı çeşitli çalışmalarda ele alınmasına rağmen münhasıran ayrıştırma konusu kapsamında bir çalışmaya konu olmamıştır.

Rekabet hukukunda yerli kaynaklardan Yılmaz ASLAN'ın rekabet hukuku kitabı, Pelin GÜVEN'in rekabet hukuku kitabı, Mustafa ATEŞ'in rekabet hukukuna giriş kitaplarından faydalanılmıştır. Bunun yanında İngiltere ile ilgili olarak özellikle Jones and Suffrin olarak bilinen EC (European Community) Competition Law kitabından farlandılmıştır. Bunun dışında elektronik haberleşme hukuku ile ilgili olarak Oxford yayınlarında Ian WALDEN tarafından kaleme alınan Telecommunication Law and Regulation, Kluwer Law International çatısı altında yayınlarını sürdüren ve Christian Koening baş editörlüğünde hazırlanan EC Competition and Telecommunication Law kitabından faydalanılmıştır. Makaleler yönünde ise konu ile ilgili en fazla yayına imza atan Martin CAVE'in ve Robert Crandall'ın makaleleri incelenmiştir. Yabancı kuruluşlar ile ilgili olarak Avrupa Komisyonu elektronik haberleşme sektörü tavsiye kuruluşu olan BEREK'in özellikle fonksiyonel ayrıştırma ile ilgili olarak tavsiyelerinden ve BEREK'ten önce faaliyetlerini sürdüren ERG'nin sektördeki yükümlülüklerle ilişkin General Position belgesinden faydalanılmıştır. Bununla birlikte OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development) tarafından yapısal ayrıştırmanın OECD ülkelerinde izlenmesi için hazırlanan ve peyder pey çıkartılan tavsiye kararları ve raporları incelenmiştir. ITU (International Telecommunications Union) tarafından hazırlanan regulation toolkit adlı dokümanda bazı konulardaki açıklamalarını sadeliği nedeni ile tercih sebebi olmuştur.

Tezin birinci bölümde elektronik haberleşme sektörünün tanımı ve kapsamı ile ilgili açıklamalarda bulunulmuş ardından tez kapsamında sıklıkla üzerinde durulan dikey bütünleşik yapı, darboğaz unsuru ile fiyat temelli ve fiyat dışı rekabet aksaklıkları ile ilgili konulara değinilmeye çalışılmıştır.

İkinci bölümde ayrıştırma çözümleri genel olarak tanımlanmaya çalışılmış ve ayrıştırmanın unsurları ile ayrıştırma çözümlerinde farklı modellere yer verilmiştir. Daha sonra elektronik haberleşme sektöründe ayrıştırma çözümlerinin Türk Hukukunda görünümü ile ilgili bilgiler verilmiştir. Ülke uygulamalarından kazanılan deneyimlerin üzerine ayrıştırma çözümlerine eleştiriler getirildiğinden, aynı bölümde ayrıştırma uygulamaları ile ilgili ülke örneklerine değinilmiştir. Bölüm, ayrıştırma çözümlerine getirilen eleştirilerin irdelenmesi ve sabit

elektronik haberleşme pazarlarının en önemli konusu haline gelen yeni nesil şebekeler kapsamında konunun ele alınması ile sona erdirilmiştir.

Üçüncü bölümde Türk Telekom özelleştirmesi kapsamında Rekabet Kurulu görüşleri doğrultusunda şekillenen ayrıştırma çözümü ele alınmıştır. Türk Telekom özelleştirmesi ile ortaya konulan ayrıştırma çözümüne olması gereken hukuk bakımından bazı eleştiriler getirilmeye çalışılmıştır. Buna ilaveten son zamanlarda Türk Telekom'un perakende genişbant internet erişim hizmeti sunma talebine belli şartlarda izin veren Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu kararının iptaline ilişkin bir Danıştay kararı incelenmiştir.

Tez ile elektronik haberleşme sektörü yazınına yapılmak istenen katkı, ayrıştırma çözümlerinin sistematikleştirilmesi ve hukuki dayanağının netleştirilmesidir. Ayrıca getirilecek eleştiriler ile ayrıştırma çözümlerinde uygulamacılara yol gösterilmesi amaçlanmaktadır. Çözülmek istenen hukuki sorun, ayrıştırma çözümlerinin getirilmesinin şartları ve aşamaları nelerdir, ayrıştırma uygulamaları konusunda yeterli hukuki dayanak var mıdır, Türk Telekom özelleştirmesi sırasında ortaya konulan ayrıştırma çözümünün hukuki mahiyeti nedir? Sorularıdır.

1 ELEKTRONİK HABERLEŞME SEKTÖRÜNDE REKABET

Elektronik haberleşme sektörünün kendine özgü yapısı ve sektördeki rekabet aksaklıkları bilinmesi ayırıştırma uygulamalarının amacı ve kapsamının kavranması için oldukça önemlidir.

1.1 Elektronik Haberleşme Tanımı ve Kapsamı

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun (5809 sayılı Kanun) “Tanımlar” başlıklı 3’üncü maddesinde elektronik haberleşme:

“Elektriksel işaretlere dönüştürülebilen her türlü işaret, sembol, ses, görüntü ve verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesini, gönderilmesini ve alınmasını,”

olarak ifade edilmiştir. Aynı maddede elektronik haberleşme hizmeti elektronik haberleşme tanımı kapsamına giren faaliyetlerin bir kısmının veya tamamının hizmet olarak sunulması şeklinde tanımlanmıştır.

Avrupa Birliğinin (AB) 28.06.1990 tarihli ve 90/387/EEC sayılı Açık Şebeke Hükümlerinin Uygulanması Yolu İle Telekomünikasyon Sektörü İçin İç Pazar Oluşturulmasına Dair Avrupa Konseyi Direktifi’nde **telekomünikasyon** kavramının “*radio ve televizyon yayınları dışında telekomünikasyon süreçleri vasıtasıyla telekomünikasyon şebekeleri üzerinden tam veya kısmi olarak sinyallerin taşınması ve yönlendirilmesine ilişkin şartları içeren hizmeti*” ifade edeceği belirtilmiştir. 2002 telekomünikasyon paketinde yer alan 2002/21/EC sayılı Çerçeve Direktif’inin 2’nci maddesinde ise telekomünikasyon tanımındaki radyo ve televizyon yayınlarının iletilmesi hususunda getirilen istisna kaldırılarak 2002 çerçevesi ile sınırları ortaya konulan yeni dönemde radyo ve televizyon yayınlarının iletilmesini kapsayacak şekilde elektronik vasıtalarla gerçekleştirilen telekomünikasyon faaliyetine **elektronik haberleşme hizmeti**² adı verilmiş, ayrıca, elektronik haberleşme faaliyetinin içerisinde içerik hizmetlerinin düzenlenmediği ve 98/34/EC sayılı Direktifte yer verilen **bilgi toplumu hizmeti** olarak ifade edilen hizmetlerin de yer almadığı belirtilmiştir. Dünya Ticaret Örgütü (World Trade Organization) Telekomünikasyon Eki’nin tanımlar başlıklı 3’üncü maddesindeki ifadelerle elektronik haberleşme hizmeti kısaca elektronik yollarla şebekeler kullanılarak sinyallerin gönderilmesi ve alınması olarak tanımlanmıştır³.

İlgın tarafından AB mevzuatı hükümlerinden yola çıkılarak, AB düzenlemelerinde elektronik haberleşmenin “şebeke unsuru” ve “bedel unsuru” olmak üzere iki unsurdan oluştuğu ifade edilmektedir⁴. Buna göre “şebeke unsuru”, sinyallerin yayıncılık şebekeleri de olsa elektronik haberleşme şebekeleri kullanılarak iletilmesi, “bedel unsuru” ise, bu işin bir bedel karşılığında yapıyor olmasıdır.

² Tez kapsamında **telekomünikasyon** ve **elektronik haberleşme** kavramları birbirlerinin yerine kullanılmaktadır.

³ WTO, http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/12-tel_e.htm

⁴ İLGİN, Aycan, (2011), Aycan, Elektronik Haberleşme Sektöründe Yetkilendirme, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, s.4-5.

Elektronik haberleşme hizmeti, radyo, TV, internet ve yazılı basın ve yayından farklı olarak, içeriklerin iletimi ile ilgilenmekte fakat veriler ile ilgili içerik denetimi yapmamaktadır^{5,6}. Nitekim medya yayın hizmetlerinde 6112 sayılı Kanunun 14'üncü maddesinin —*Yayın hizmetlerinde, genel veya tematik içerikli yayın yapılabilir. Medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar yayın lisansı başvurusu sırasında yayınlarının türünü Üst Kurula yazılı olarak bildirir. Üst Kurul tarafından bu kuruluşlara verilecek yayın lisans belgesinde yayının türü açıkça belirtilir.*” hükmü gereğince medya yayını ile ilgili izni Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) tarafından verilmekte⁷ ve yayınlar yine aynı Kanunun ilgili maddeleri gereği RTÜK tarafından denetlenmekte ve aynı Kanunun 32'nci maddesi kapsamında yaptırımlar uygulanabilmektedir. Bunun yanında, e-ticaret kanunu kapsamında düzenlenen e-ticaret hizmetleri, internet ortamında yapılan yayın ve paylaşımlar da elektronik haberleşme hizmeti tanımı kapsamında yer almamaktadır. Ancak tanımlamalar gereği Çerçeve Direktif'in ön sözünde(dibace) belirtildiği gibi bir teşebbüs tarafından hem bilgi toplumu hizmetleri hem de elektronik haberleşme hizmetleri verilebilmelerine engel değildir⁸. İnternet içerikleri ise 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yolu ile İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun kapsamında düzenlenmektedir.

Elektronik haberleşme hizmetlerinin içerik hizmetleri ile ilgilenmemesinin istisnası katma değerli hizmetler ve Uydu Platform Hizmetleridir (UPH). Katma değerli hizmetler olarak bilinen melodi, oyun hizmetleri, hava durumu öğrenme gibi bilgi hizmetleri elektronik haberleşme hizmeti olduğu yönünde bir kabul bulunmaktadır. Bunun nedenlerinden biri söz konusu hizmetlerden faydalanmak için özellikle mobil şebekelere bağımlılığın olmasıdır. Diğer ise imtiyaz sözleşmelerinde yer alan tanımlardır. Ancak son zamanlarda internet üzerinden faydalanılan hizmetlerde bu bağımlılıktan söz etmek mümkün değildir.

Bununla birlikte koşullu erişim hizmetlerinden olan UPH'de durum biraz daha karmaşıktır. Söz konusu hizmetler, ülkemizde özellikle futbol maçlarının yayın haklarını elinde bulunduran şirketler tarafından uydu üzerinden şifreli sunulan hizmetlerdir. 28.05.2009 tarihli ve 27241 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliğinin eklerinden olan Elektronik Haberleşme Hizmet, Şebeke ve Altyapılarının Tanım, Kapsam ve Süreleri belgesinin 1.2'nci maddesinde “*Uydu Platform Hizmeti, değişik iletim ortamlarından alınan telefon hizmeti hariç olmak üzere ses, veri ve görüntü işaretlerinin sayısal uydu platformunda kodlayıcı ve çoklayıcı grupları yardımıyla sayısal ortama çevrilerek, uydu yer istasyonları vasıtasıyla sayısal paketler halinde uyduya gönderilmesi ve uydudan alınan sayısal işaretlerin uygun terminal cihazları vasıtasıyla abonelerine iletilmesi hizmetidir*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu kapsamda, UPH hizmeti, bir elektronik haberleşme hizmeti olarak bünyesinde içerik ve iletim şeklinde bir ayırım içermeyen; ses, içerik ve görüntü işaretlerinin sayısal ortama çevrilerek uyduya gönderilmesi ve uydudan alınan sayısal işaretlerin abonelerine iletilmesi hizmeti olduğu görülmektedir. Yani söz konusu yetkilendirme kapsamında sunulan hizmetin “iletim” ve “içerik” hizmeti olarak ayrılması mümkün olmayan, işletmecinin abonelerine hizmetin bütün boyutlarıyla

⁵ AVRUPA KONSEYİ, 2002/21/EC sayılı Direktif, p.5.

⁶ NIHOUL, Paul, RODFORD, Peter, (2011), EU Electronic Communication Law, Second Edition, Oxford University Press Publication, s.12-14.

⁷ ILGIN, (2011), s.17.

⁸ AVRUPA KONSEYİ, 2002/21/EC sayılı Direktif, Önsöz p. 10.

bizzat kendisi tarafından sunulması gereken hizmetlerdir⁹. Zira UPH hizmetleri açısından “iletim” ve “içerik” hizmetlerinin birbirinden ayrılması durumunda ortada elektronik haberleşme hizmeti olabilecek bir hizmetin kalmadığı söylenebilecektir.

UPH hizmetinin bünyesinde “içerik” ve “iletim” hizmeti ayırımına gidilmemesinin önemi işletmecilerin¹⁰ karşılaştıkları mali yükümlülüklerde kendisini göstermektedir. Bu kapsamda, 6802 sayılı Gider Vergileri Kanununun ‘Özel İletişim Vergisi’ başlıklı 39’uncu maddesinde (b) beninde “Radyo ve televizyon yayınlarının uydu platformu ve kablo ortamından iletilmesine ilişkin hizmetleri % 15” oranında özel iletişim vergisine tabi olduğu ifade edilmektedir. Söz konusu %15’lik vergi oranı içerik hizmetleri olarak gidilen bir ayırmada vergi matrahı olmaktan çıkmaktadır. 5809 sayılı Kanununun 11’inci maddesinin ikinci fıkrası gereği işletmecinin net satışları üzerinden alınan idari ücret matrahı sunulan hizmetin UPH üzerinden bir bütün olarak hesaplanması ile bulunmaktadır. Bu ve benzeri mali yükümlülüklerin matrahı UPH hizmetlerinde “içerik” ve “iletim” hizmetleri toplanarak bulunmaktadır.

UPH açısından iletim ve içeriğin birbirinden ayrılıp ayrılmayacağı konusu Danıştay’a intikal etmiş ve Danıştay tarafından içerik hizmetlerini verdiği ileri sürülen ve Dijital Platform Teknolojileri Hizmetleri AŞ tarafından kurulan Krea AŞ’nin her ne kadar farklı bir tüzel kişiliğe sahip olsa da UPH kapsamında elde edilen gelirin bir bütün olarak Digital Platform Teknolojileri Hizmetleri AŞ’nin matrahında yer alması gerek bir değer olduğu belirtilerek, “içerik” ve “iletim” hizmetinin UPH hizmetleri kapsamında ayrılmaması gerektiği yönündeki Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) görüşü teyit edilmiştir¹¹.

Yeni nesil erişim hizmetlerinin birçok tanımı bulunmakla birlikte tezin kapsamını arttırmamak için, söz konusu hizmetlerin IP tabanlı hizmetler olduğunu söylemekle yetinilecektir. Yeni nesil erişim hizmetlerinde özellikle VOIP, IPTV gibi hizmetlerde, internet üzerinden sunulan elektronik haberleşme hizmetine benzer hizmetlerdir. Söz konusu hizmetler özellikle son 10 yılda büyük hızla yaygınlaşarak geleneksel olarak hizmetler olarak ifade edilen ses ve mesajlaşma hizmetine alternatif oluşturmaya başlamışlardır. Ancak söz konusu hizmetler genel itibarı ile içerik hizmetleri içerisinde kabul edilmekte olup, elektronik haberleşme hizmeti sadece verilen internet hizmeti ile sınırlı tutulmaktadır. Bununla birlikte konu hakkındaki tartışmaların halen devam ettiğini söylemekte yarar vardır.

5809 sayılı Kanununun “Tanımlar” başlıklı 3’üncü maddesinde **elektronik haberleşme sektörünün** “*elektronik haberleşme hizmeti verilmesi, elektronik haberleşme şebekesi sağlanması, elektronik haberleşme cihaz ve sistemlerine yönelik üretim, ithal, satış ve bakım-onarım hizmetlerinin yürütülmesi ile ilgili sektörü,*” ifade edeceği belirtilmiştir.

Elektronik haberleşme şebekesi ise sektöre ekonomik niteliğini veren ve bu ekonomik özellikler nedeni ile birçok hukuki problemi barındıran faaliyet alanıdır. Şebeke endüstrilerinin genel yapısı, elektronik haberleşme şebekeleri ve bu şebekenin ekonomik özellikleri ile karşılaşılan rekabet problemleri ayrıştırma uygulamalarının temel çıkış noktasıdır.

⁹ DANIŞTAY 13. Dairesi, 26.10.2015 tarihli ve E:2015/4463, K:2015/3673 sayılı karar.

¹⁰ 5809 sayılı Kanununun 3 üncü maddesi gereği işletmeci, Yetkilendirme çerçevesinde elektronik haberleşme hizmeti sunan ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlayan ve alt yapısını işleten şirketi ifade etmektedir.

¹¹ DANIŞTAY 13. Dairesi, 26.10.2015 tarihli ve E:2015/4463, K:2015/3673 sayılı karar.

Elektronik haberleşme cihaz ve sistemleri ise sektörde rekabetin en hareketli olduğu kısımdır. Özellikle son kullanıcı cihazlarında ithalat ve ihracat rejimlerindeki serbestleşme ve gümrük tarifelerinin karşılıklı olarak indirilmesi ile pazarda yoğun bir rekabet gözlemlenebilmektedir. Zira sayılan tedbirler ile pazar girişlerinin önü açılarak, mevcut cihaz faaliyetinde bulunan teşebbüsler üzerinden potansiyel rekabet baskısı oluşturulmuştur. Aynı şekilde elektronik haberleşme şebekelerinin çalışması için sağlanan cihaz ve sistem tedarik pazarında da potansiyel rekabetin varlığı nedeni¹² ile ilgili pazarda etkin sayılabilecek bir rekabetten söz edilebilecektir. Bu nedenle elektronik haberleşme cihaz ve sistem pazarının ekonomik regülasyona konu olmadığı belirtilerek, burada verilen bilgiler ile yetinilecek olup, aşağıda bu konu ile ilgili ayrıntılı bilgi verilmeyecektir.

Elektronik haberleşme hizmetleri hukuki nitelikleri itibariyle birer kamu hizmetidir. Anayasa Mahkemesi kararlarında da elektronik haberleşme hizmetleri kamu hizmeti olarak nitelendirilmektedir¹³. Bununla birlikte bazı yazarlar tarafından yetkilendirmeler üzerinden bir değerlendirme yapılarak “bildirim” adı verilen yetkilendirme ile faaliyette bulunan teşebbüslerin faaliyetlerinin kamu hizmeti olmadığı belirtilmektedir.¹⁴

1.2 Elektronik Haberleşme Sektöründe Rekabetin Tesisi ve Korunması

Elektronik haberleşme sektöründe rekabet politikalarını temel amacı, tekelden rekabete geçiş aşamasında yerleşik işletmeci yanında pazara giren işletmecilerin darboğaz unsurlarına erişiminin sağlanması ve rekabet ihlallerinin önlenmesi ile bu işletmecilerin pazar dışına itilmesinin engellenmesidir. Bu durum 5809 sayılı Kanunda sıklıkla yer verilen rekabetin tesisi ve korunması ifadesi ile karşılık bulmaktadır. Pazara yeni giren işletmecilerin pazar dışına itilmesi, batık maliyetlerin yüksek olduğu sektörlerde geri dönülmez sorunlara neden olabilecektir.

Rekabet hukuku ile sektöre düzenlemeler rekabetin tesisi ve korunması açısından aynı amaçları taşımaktadırlar. Nitekim 4054 sayılı Kanunun 1’inci maddesinde;

“Bu Kanunun amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır.”

5809 sayılı Kanunun 1’inci maddesinde;

“Bu Kanunun amacı; elektronik haberleşme sektöründe düzenleme ve denetleme yoluyla etkin rekabetin tesisi, tüketici haklarının gözetilmesi, ülke genelinde hizmetlerin yaygınlaştırılması, kaynakların etkin ve verimli kullanılması, haberleşme alt yapı, şebeke ve hizmet alanında teknolojik gelişimin ve yeni yatırımların teşvik edilmesi ve bunlara ilişkin usul ve esasların belirlenmesidir.”

¹² AVRUPA KOMİSYONU, Nokia/Siemens,13.11.2006, M:4297; EC, Alcatel/Tetra, 12.02.1991, M.42; Commission Decision 91/251, 1991 O.J. (L 122) 48, 53-54, 43 (Case No. IV/M.042 Alcatel/Telettra)

¹³ ANAYASA MAHKEMESİ, 10.06.1993 tarihli ve E:1993/3, K:1993/21 sayılı karar.

¹⁴ BEYDOĞAN, Ayhan, Elektronik Haberleşme Sektöründe Yetkilendirmenin Hukuki Rejimi, Yetkin Yayınları, 2012, s.102-107.

hükmü yer almaktadır. 5809 sayılı Kanunun bazı maddelerinde yine etkin rekabetin tesisi ve korunması ile ilgili olarak BTK'ya görev ve yetkiler verilmektedir.

Bununla birlikte, rekabet hukukunda kullanılan temel araç rekabet ihlallerine karşı idari yaptırımların uygulanmasıdır. Bunun için oldukça ciddi idari para cezaları öngörülmüştür. Sektörel düzenlemelerde ise sektörde tekelden rekabete geçiş sürecinde sektöre yeni işletmecilerin etkin girişini sağlamak için erişim ve tarife düzenlemeleri gibi düzenleme araçları kullanılmaktadır. Bunun yansıması 5809 sayılı Kanun ile 4054 sayılı Kanunda görülebilir. 5809 sayılı Kanunun 13 ila 21'nci maddeleri arasında yer verilen hükümler incelendiğinde, 4054 sayılı Kanunun 4, 6 ve 7'nci maddelerinde yer verilen yasaklardan farklı olarak erişim ve tarife düzenlemelerinin detaylarının bulunduğu görülebilir.

1.2.1 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu hükümleri

Elektronik haberleşme sektöründe serbestleşme sürecinde önemli bir husus, uzun yıllar tek bir teşebbüs tarafından hizmet verilen bir pazarın serbestleşmesi ile pazara yeni teşebbüslerin girişi esnasında EPG'ye sahip olan işletmecinin **rekabeti kısıtlayıcı, engelleyici ve bozucu davranışlarının önüne geçilmesidir**¹⁵. Bu sayede pazarda etkin rekabetin tesisi ve korunması amaçlanmaktadır.

Burada karşımıza iki yeni kavram çıkmakta ve ayırtırmalar dâhil olmak üzere elektronik haberleşme sektöründe yapılan düzenlemelerde söz konusu iki kavram sürekli kullanılmaktadır. Bunlar “etkin rekabet” ve “pazar analizleri” kavramlarıdır¹⁶. Etkin piyasa gücü kavramı 5809 sayılı Kanunun 3'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,*” ifade edeceği belirtilmektedir. Etkin rekabet ifadesi 5809 sayılı Kanunda tanımlanmamış, fakat bu kavrama 27.11.2012 tarihli ve 28480 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Pazar Analizi Yönetmeliğinde dolaylı bir atıfta bulunulmuştur. Söz konusu yönetmeliğin 8'inci maddesinin ikinci fıkrasında, “*İlgili pazarda faaliyet gösteren bir veya birden çok işletmecinin ayrı ayrı etkin piyasa gücüne sahip olması ve/veya birden fazla işletmecinin birlikte etkin piyasa gücüne sahip olması durumunda bu pazarda etkin rekabetin bulunmadığı kabul edilir.*” hükmüne yer verilerek, etkin rekabetin bulunmadığı durumu ilgili pazarda EPG'ye sahip işletmecinin bulunması şartına bağlamıştır. Bu hükmün mevhumu muhalifinden ilgili pazarda EPG'ye sahip işletmecinin olmaması durumunda etkin rekabetin varlığının kabul edildiği söylenebilir. Neticede, etkin rekabet, ilgili pazarların oluşturduğu elektronik haberleşme sektöründe herhangi bir işletmecinin etkin piyasa gücüne sahip olmaması durumu olarak özetlenebilecektir.

Elektronik haberleşme hukuku bağlamında işletmeci ve teşebbüs kavramları ülkemizde farklı kullanılmaktadır. 4054 sayılı Kanunun 3'üncü maddesinde teşebbüs piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzelkişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri ifade ederken, ticari şirket kavramından daha geniş

¹⁵ BTK, (2009), s.4.

¹⁶ Tezin muhteviyatını daha fazla arttırarak asıl maksattan sapılmaması ilkesi gereği, söz konusu kavramlara ayrı bir başlık açmaya ihtiyaç duyulmamıştır.

bir uygulama alanı bulunmaktadır¹⁷. 5809 sayılı Kanun 3'üncü maddesinde ise işletmeci kavramı, yetkilendirme çerçevesinde elektronik haberleşme hizmeti sunan ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlayan ve alt yapısını işleten şirket şeklinde tanımlanarak yetkilendirme alan ticari şirketle sınırlandırılmıştır. Ancak bu durumun tercüme hatasından kaynaklandığı düşünülmektedir. Nitekim 2002/21/EC sayılı Çerçeve Direktifinde ve diğer Direktiflerde işletmeci kavramına karşılık olarak “undertaking” kavramına yer verilmekte olup, İngilizce undertaking kavramı ise rekabet hukukunda teşebbüs olarak tercüme edilmektedir.

Elektronik haberleşme hizmetlerinin kıta Avrupasında uzun yıllar boyunca devlet tekelinde olması nedeni ile pazarın serbestleşmesi sonrasında devlet desteği olmayan teşebbüslerin daha önce kamu gücünden faydalanarak yatırımlarını yapan teşebbüslere karşı rekabet edebilmesi olanaklı olmamıştır. Bunun sebebi sabit şebekelerde altyapıya dayalı rekabetin gelişmesi için güçlü sermayesi olan ve yatırım yapmaya istekli yatırımcıların bulunması ve söz konusu yatırımcıların yatırımlarını uzun vadede geri almalarının beklenmesidir. Bunun yerine elektronik haberleşme sektöründe özellikle sabit şebekelerde öncelikle hizmete dayalı rekabetin gelişmesi, hizmete dayalı rekabetten elde edilen gelirle aşamalı olarak altyapıya yatırım yapılarak, alternatif altyapıların ortaya çıkarılması şeklinde özetlenebilecek altyapıya dayalı rekabetin geliştirilmesi gerektiği fikri ortaya çıkmıştır. Yatırım merdiveni¹⁸ olarak adlandırılan bu modele göre darboğaz niteliğindeki ürünlerin yerleşik işletmeci tarafından pazara yeni giren işletmecilere kendilerine ve diğer işletmecilere sunulan koşullarda, ayırım gözetmeden sunulması için **erişim yükümlükleri** öngörülmüştür. Erişim yükümlülüklerinin pazara yeni giren işletmecilerin faaliyetlerini sürdürmeleri için gerekli fiyat düzeyinde olmasını sağlamak için de **tarife düzenleme yükümlülükleri** öngörülmüştür. Başlıca erişim ve tarife düzenleme yükümlülükleri olarak tasnif edilen yükümlülüklerin ilgili pazarda hâkim durumdaki işletmeciye getirilmesi için bir testin uygulanması ve getirilen yükümlülüklerin pazardaki mevcut rekabet aksaklıkları ile ilişkilendirilmesi, söz konusu yükümlülüğün niçin getirildiği ve ne zamana kadar devam ettirileceğine ilişkin ekonomik bir analiz uygulaması öngörülmüştür. Söz konusu analiz sürecine ise elektronik haberleşme sektöründe pazar analizleri denilmektedir.

Elektronik haberleşme sektöründe yeni işletmecilerin pazara girmesi sırasında yaşanacak gecikme ve aksaklıkların daha sonra rekabet ihlali yapan teşebbüse uygulanacak idari yaptırımlarla telafisinin oldukça güç olacaktır. Bunun nedeni yukarıda ifade edildiği gibi batık maliyetlerin geri dönüşünün olmaması nedeni ile Pazara girişin oldukça zor olması gösterilebilir. Bu nedenle AB elektronik haberleşme politikalarında elektronik haberleşme sektöründe pazar başarısızlıklarının önlenmesi için öncül tedbirlerin¹⁹ alınması eğilimi ağır basmıştır. Pazar analizleri AB'nin 2002 Elektronik Haberleşme Çerçevesinde²⁰ yer almış ve

¹⁷ ASLAN, Yılmaz, (2007), s.43.

¹⁸ Yatırım merdiveni kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. CAVE, M. (2006a), Encouraging Infrastructure Competition Via the Ladder of Investment. Telecommunications Policy, 30, 223-237.

¹⁹ Rekabet aksaklığına neden olan davranışların ortaya çıkmadan önce bu davranışlara karşı önlem alınması ex-ante (öncül) tedbirler; davranışların ortaya çıkmasından sonra söz konusu davranışların cezalandırılması ve etkisinin ortadan kaldırılması için alınan tedbirler ise ex-post (ardıl) tedbirler olarak isimlendirilmektedir.

²⁰ AB 2002 Elektronik Haberleşme Çerçevesi olarak ifade edilen müktesebat,

üye ülkelerce de kabul görmüştür²¹. Buna göre pazar analizleri sadece etkin rekabetin olmadığı, piyasa başarısızlıklarının rekabet hukuku ilke ve kuralları ile giderilmediği pazarlarda uygulanması öngörülmüştür²². Bu nedenle, Avrupa Komisyonu, AB genelinde yaptığı değerlendirmelerle elektronik haberleşme pazarlarında etkin rekabetin olup olmadığını hususlarını değerlendirilerek AB üye ülkeler tarafından analiz edilecek pazarlar rekabet hukuku ilkelerine uygun olarak belirlenmekte ve söz konusu pazarların ne şekil ve usullerle analiz edileceği kılavuzlar ile belirlenmektedir. Bu kılavuzlardan faydalanılarak AB üye ülkeleri tarafından Avrupa Komisyonu tarafından belirlenen belirli pazarlarda kendi ülke koşulları itibarıyla etkin rekabetin olup olmadığı rekabet hukuku ilke ve kuralları kullanılarak pazar analizleri icra edilmektedir²³.

Ülkemizde pazar analizleri 5809 sayılı Kanunun 6'ncı maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan "a) *Elektronik haberleşme sektöründe; rekabeti tesis etmeye ve korumaya, rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı uygulamaların giderilmesine yönelik düzenlemeleri yapmak, bu amaçla ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirmek ve mevzuatın öngördüğü tedbirleri almak.*" hükmü ile 27.11.2012 tarih ve 28480 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Pazar Analizi Yönetmeliği kapsamında yürütülmektedir.

Yukarıda ifade edildiği gibi Pazar Analizi Yönetmeliğinin 8'inci maddesinin ikinci fıkrası gereği ilgili pazarda EPG'ye sahip bir veya birden çok işletmecinin bulunması halinde etkin rekabetin olmadığı varsayılmaktadır. **Etkin rekabetin olmadığı pazar**, ise söz konusu Yönetmeliğin 10'uncu maddesi gereği, ilgili pazarda bir veya birden çok işletmecinin EPG'ye sahip olduğu pazar şeklinde tanımlanabilir.

Pazar analizi sürecinde ilgili pazarda yapılan ekonomik analiz sonucunda darboğazlar bulunmakta ve darboğazlardan kaynaklanan rekabet aksaklığının giderilmesi²⁴ için amaca uygun, orantılı sorunun kaynağına yönelik olarak, Pazar Analizi Yönetmeliğinin 10'uncu

-
- **Çerçeve Direktif**; Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (OJ L 108, 24.4.2002),
 - **Yetkilendirme Direktifi**; Directive 2002/20/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on the authorisation of electronic communications networks and services (OJ L 108, 24.4.2002),
 - **Erişim Direktifi**; Directive 2002/19/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities (OJ L 108, 24.4.2002),
 - **Evrensel Hizmet Direktifi**; Directive 2002/22/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services (OJ L 108, 24.4.2002) ve
 - **Kişisel Verilerin Korunması Direktifi**; Directive of the European Parliament and of the Council concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (OJ L 201 of 31.07.2002)

Şeklinde sayılabilir.

²¹ **AVRUPA KONSEYİ**, 2002/21/EC sayılı Direktif 21. paragraf.

²² **AVRUPA KONSEYİ**, 2002/21/EC sayılı Direktif 21. paragraf.

²³ **AVRUPA KONSEYİ**, 2002/21/EC sayılı Direktif 21. paragraf; 2002/19/EC sayılı Direktifin 13. paragrafı.

²⁴ **BTK**, (2009), s.5.

maddesinde belirtilen yükümlülüklerden en az biri getirilmektedir. Söz konusu yükümlülükler aşağıda yer verilmektedir:

- a) Erişim ve/veya arabağlantı sağlama,
- b) Şeffaflık,
- c) Ayrım gözetmeme,
- ç) Referans erişim ve/veya arabağlantı tekliflerinin yayımlanması,
- d) Hesap ayırımı,
- e) Tarife kontrolüne tabi olma,
- f) Maliyet muhasebesi,
- g) Asgari kiralık hat gurubu hizmetini sunma,
- ğ) Ortak yerleşim ve
- h) Tesis paylaşımı

Bu şekilde ilgili pazarlardaki rekabet darboğazlarının aşılması için hangi tedbirlerin hangi ağırlıkta getirileceği ve ne zamana kadar uygulanacağı hususunun pazar analiz sürecinde karar verilmesi gerekmektedir. Pazar analizleri işletmeciler ve kamuoyu ile paylaşılarak hata riskinin asgari seviyeye indirgenmesi hedeflenmiştir²⁵. Bu usul özellikle pazar analizleri kapsamında getirilen yükümlülüklerin değiştirilmesi, kaldırılması ve geri alınması kapsamında uygulanacak usul açısından, usul ve şekilde paralellik ilkesi gereği önemlidir. Zira Pazar Analizi Yönetmeliğinin 12'nci maddesinde “*Pazar analizi sonucunda ilgili pazarın yapısına göre, etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere getirilmiş olan mevcut yükümlülükler değiştirilebilir.*” ifadesine yer verilerek, pazar analizleri ile getirilen yükümlülüklerin yeni bir pazar analizi sonucunda söz konusu yükümlülüğe gerek olmadığı anlaşılmaması veya pazarda etkin rekabetin olduğunun anlaşılması halinde ortadan kaldırılacağına işaret edilmiştir. Bu yaklaşım idari işlemlerde cari olan yetki ve usulde paralellik ilkesi ile de uyumludur.

Dikkat etmek gerekirse etkin rekabetin tesisi için getirilebilecek yükümlülüklerin arasında **hesap ayırımı ve maliyet muhasebesi yükümlülüğü** de bulunmaktadır. AB'nin 2002/19/EC sayılı Erişim Direktifinin, 2009 yılında kabul edilen 2009/140/EC sayılı Direktif ile değiştirilen 13'üncü maddesi kapsamında yukarıda sayılan tedbirlerin yanında yerleşik işletmeciye ait altyapı ve erişim hizmetlerinin ayrı birimler altında faaliyetlerinin yürütülmesine ilişkin fonksiyonel ayırım yükümlülüğü de AB düzenleyici kurumları tarafından pazar analizleri ile getirilebilmektedir.

Bununla birlikte pazar analizine konu olmayan hizmetlere ilişkin rekabet aksaklıkları rekabet kuralları çerçevesinde değerlendirilmektedir²⁶.

1.2.2 Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu ile Rekabet Kurumu Arasında Yetki Paylaşımı

5809 sayılı Kanun ile 4054 sayılı Kanun arasında tamamlayıcılık ilişkisi bulunmaktadır²⁷. 4054 sayılı Kanunun “kapsam” başlıklı 2'nci maddesinde Kanunun kapsamı, bir istisna

²⁵ AVRUPA KOMİSYONU, 2002/C 165/03 SMP Guideline, Guideline of Determination of Signification Market Power in Relevant Markets, 145. Paragraf.

²⁶ BTK, (2014), s.37-38.

²⁷ ATEŞ, Mustafa, (2013), Rekabet Hukukuna Giriş, Adalet Yayınevi, Ankara, s.423.

gözetilmeksizin, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisindeki bütün mal ve hizmet piyasalarını içermektedir²⁸²⁹. Ancak bunun istisnaları özel kanunlarda gösterilebilir. Örneğin 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 19'uncu maddesinde 4054 sayılı Kanunun 7,10 ve 11'inci maddelerine istisna getirilmektedir. Ancak elektronik haberleşme sektöründe 4054 sayılı Kanunun uygulanmasında, 5809 sayılı Kanunun 7'nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “*Kurum, 07.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, elektronik haberleşme sektöründe rekabete aykırı davranış ve uygulamaları re'sen veya şikâyet üzerine incelemeye, soruşturmaya ve rekabetin tesisine yönelik gerekli gördüğü tedbirleri almaya, görev alanına giren konularda bilgi ve belgelerin sağlanmasını talep etmeye yetkilidir.*” hükmü gereği herhangi bir istisna getirmemektedir ve 4054 sayılı Kanunun saklı tutulmaktadır. Elektronik haberleşme sektöründe sektöre düzenlemelerin var olmasına rağmen 4054 sayılı Kanunun yürürlükte olmasının gerekçesi kısaca sektörel düzenlemelerin yeterli olmaması ve her iki düzenlemenin tamamlayıcılığıdır³⁰.

Örneğin TNet kararında³¹ Rekabet Kurumu perakende seviyede genişbant hizmetlerinin BTK tarafından düzenlenmediği, buna rağmen toptan seviyede genişbant hizmetlerinin düzenlendiği belirtilerek elektronik haberleşme sektöründe BTK düzenlemesi olmayan bir alanda teşebbüsün rekabet ihlali yaptığını tespit etmiş ve teşebbüse idari yaptırım uygulamıştır.

02.11.2011 tarihinde BTK ile Rekabet Kurumu Arasındaki İşbirliği Protokolü imzalanmıştır. Protokol kapsamında; iki Kurum arasında işbirliğini artırıcı mekanizmalar ve “Bilgi aktarımı”, “Görüş alınması” ve “Koordinasyon ve işbirliği” hususları düzenlemektedir³².

5809 sayılı Kanununda yer alan hükümler nedeni ile BTK-Rekabet Kurumu arasındaki elektronik haberleşme sektöründe rekabet aksaklıklarının giderilmesi ile ilgili görevler konusunda zaman zaman görev uyumsuzlukları çıkabilecektir.

Yapılan bir çalışmada, 5809 sayılı Kanun ve 4054 sayılı Kanun ilişkisinde, 5809 sayılı Kanunda düzenlenmeyen konular, 5809 sayılı Kanunda boşluk olması durumu ve 5809 sayılı Kanunda açıkça ve ayrıntılı düzenlemelerin bulunduğu durumlar olmak üzere üç durum ayrılarak konunun incelendiği görülmektedir³³.

5809 sayılı Kanunda herhangi bir düzenlemenin olmadığı durumlarda 4054 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağında şüphe bulunmamaktadır. İşletmeciler tarafından BTK düzenlemeleri olsa dahi, söz konusu düzenlemenin işletmecilere bir oyun ve karar alanı bıraktığı durumlarda, 4054 sayılı Kanun ihlal edilebilmektedir. Bu konu Rekabet Kurumu tarafından bir kararında ele alınmıştır. Buna göre BTK'nın işletmecilerin tarifelerini onaylamasına rağmen, onaylanan tarifeler kapsamında işletmecilerin kendilerine bırakılan

²⁸ **REKABET KURULU**, 25.10.2004 tarihli ve 04-68/976-236 sayılı kararı.

²⁹ Rekabet hukuku ile ilgili kaynakların yeterince bulunulabilirliği neden ile tezin muhteviyatını arttırmamak için 4054 sayılı Kanundaki hükümlere ilişkin açıklamalara yer verilmemiştir.

³⁰ ATEŞ, Mustafa, (2013), s.423.

³¹ **REKABET KURULU**, 19.11.2008 tarihli ve 08-65/1055-411 sayılı karar.

³² **BTK**,

<http://www.btk.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FBas%C4%B1n+B%C3%BClteni%2FBasin-bulteni-BTK-RK-Protokolu.pdf>

³³ ATEŞ, Mustafa, (2013), s.422.

makas içerisinde tarife belirleyerek rekabet ihlali yapabileceği somut olayın özelliğine göre anlaşılmış ve BTK düzenlemesinin olduğu bir alanda Rekabet Kurumu tarafından soruşturma yapılarak karar verilmiştir³⁴.

Rekabet Kurumu tarafından bir konuda BTK yetkisinin olması nedeni ile 4054 sayılı Kanunun uygulanmayarak **önaraştırma veya soruşturma yapılmaktan kaçınılması** durumuna Danıştay'ca hukuka uygun bulunmamaktadır³⁵. Danıştay tarafından verilen bir kararda³⁶,

“Bir piyasanın düzenleyici ve denetleyici kurumun regülasyonuna tabi olmasının o piyasada yer alan faaliyetlerin 4054 sayılı Kanun kapsamı dışına çıkarmayacağı... düzenleyici kurumların piyasa hakkındaki tasarruflarında rekabetçi bir piyasa düzeni sağlamakla yükümlü olmalarına rağmen, piyasada gerçekleşen rekabet ihlallerinin tespit ve idari yaptırıma tabi tutulması, Kanun veya ikincil düzenlemelerle öngörülen istisnalar dışında, 4054 sayılı Kanun kapsamında Rekabet Kurulunun görev alanına girdiği görülmektedir.”

ifadelerine yer verilerek 4054 sayılı Kanunun genel kanun niteliği kapsamında tüm sektörlere uygulanacağını belirtilmektedir.

Danıştay BTK ve Rekabet Kurumu düzenlemelerini tamamlayıcı olarak görmekle birlikte BTK'nın konu ile ilgili düzenlemesi olsa dahi 4054 sayılı Kanunun uygulanacağı görüşündedir. Nitekim Danıştay tarafından verilen başka bir kararda³⁷ bu görüş desteklenmektedir. Somut olayda elektronik haberleşme sektöründe faaliyet gösteren bir işletmeci ilgili pazarda EPG'ye sahip bir işletmeciden arabağlantı talep etmiş, talebinin reddi sonrasında işletmeci Rekabet Kurumuna 4054 sayılı Kanunun ihlal edildiği gerekçesi ile başvurmuştur. Rekabet Kurumu ise konunun BTK'nın **uzlaştırma yetkileri** kapsamına girdiği gerekçesi ile davacının başvurusunu reddetmiştir³⁸. Danıştay tarafından;

“... somut uyuşmazlıkta, şikayete konu hususların uzlaştırma prosedürüne tabi tutulması da Rekabet Kurulunun konu hakkında soruşturma yapmasının önünde hukuki bir engel teşkil etmemekte olup, yukarıda genel hatlarıyla belirtildiği şekilde ve bu paralelde uzlaştırma prosedürü sonrasında Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun piyasada rekabetin tesisi yönünde bir karar alma ihtimali bulunmakta olup, bu prosedür sonucunda anti rekabetçi davranışın cezalandırılması söz konusu değildir. Bu durumda, Rekabet Kurulunun kararda belirtilen gerekçe doğrultusunda şikayet konusu iddiaları değerlendirmek suretiyle, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun görüşü ve konu hakkında idari yaptırım niteliğinde işlemler tesis edilmiş olması ihtimalinde, bu hususun da dikkate alınarak hareket edilmesi gerekmekte iken

³⁴ **REKABET KURULU**, 25.10.2004 tarihli ve 04-68/976-236 sayılı karar.

³⁵ **DANIŞTAY** 13. Dairesi, 11.10.2006 tarihli ve E.2005/5052, K.2006/3901 sayılı karar. **DANIŞTAY** 13. Dairesi, 14.11.2006 tarihli ve E.2005/1668, K.2006/4329 sayılı karar. **DANIŞTAY** 13. Dairesi, 13.02.2012 tarihli ve E:2008/13184, K:2012/359 sayılı kararı, **DANIŞTAY** 13. Dairesi, 11.03.2014 tarihli ve E:2010/4805, K:2014/832 sayılı karar.

³⁶ **DANIŞTAY** 13. Dairesi, 13.02.2012 tarihli ve E:2008/13184, K:2012/359 sayılı karar.

³⁷ **DANIŞTAY** 13. Dairesi, 11.03.2014 tarihli ve E:2010/4805, K:2014/832 sayılı karar.

³⁸ **REKABET KURULU**, 14.04.2006 tarihli ve 06-27/331-81 sayılı karar.

şikayete konu olan uygulamalar hakkında 4054 s. Kanun kapsamında herhangi bir işlem tesis edilemeyeceği gerekçesiyle konu hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığına ve şikayetin reddine ilişkin Kurul kararında ve bu karara karşı yapılan itirazın reddine ilişkin Kurul kararında hukuka uygunluk bulunmamıştır.”

ifadelerine yer verilmektedir. Bu açıdan 4054 sayılı Kanun hükümlerinin, konu hakkında sektörel düzenleme olsa dahi yürürlükte olduğu ve kanunun ihlal edilip edilmediğinin tespiti konusunda sektörel düzenlemeler gerekçe gösterilerek soruşturma açılmasından kaçınılamayacağı açıkça ifade edilmiştir.

BTK düzenlemelerinde işletmecilere herhangi bir oyun ve karar alanı bırakılmadığında ve BTK düzenlemelerinden kaynaklanan rekabet ihlallerinin mevcut olduğu Rekabet Kurumu tarafından anlaşılması halinde ne olacağı önemlidir. Yapılan bir çalışmada bu durumda Rekabet Kurumu uygulamasını sınırlayıcı veya ortadan kaldırıcı yapıda bir BTK düzenlemesinin varlığı halinde BTK veya Rekabet Kurumu işlemlerinden birinin ortadan kalkması gerektiği ifade edilmektedir³⁹. Yukarıda incelenen iptal kararlarında da BTK'nın bağlayıcı bir kararı örneğin tarife onayı gibi bir durum bulunmamaktadır.

Bununla birlikte sektörel düzenlemeler ile genel rekabet hukuku kuralları arasındaki ilişkinin sağlanması için 5809 sayılı Kanunun 7'nci maddesinin ikinci fıkrasında bir görüş alışverişi mekanizması öngörülmüştür. Buna göre; *“Rekabet Kurulu, elektronik haberleşme sektörüne ilişkin olarak yapacağı inceleme ve tetkiklerde, birleşme ve devralmalara ilişkin olarak vereceği kararlar da dâhil olmak üzere elektronik haberleşme sektörüne ilişkin olarak vereceği tüm kararlarda, öncelikle Kurumun görüşünü ve Kurumun yapmış olduğu düzenleyici işlemleri dikkate alır.”* hükmüne yer verilmektedir. Zira dikkate almaktan kasıt; etkin rekabetin tesisi ve korunması bakımından getirilen yükümlülükler ile rekabet hukuku araçları ile alınan kararların elektronik haberleşme sektörü için birbirini tamamlayıcı olması ve mükerrer işlem tesis edilmemesi anlamına geldiği belirtilebilir⁴⁰⁴¹.

Bu husus Rekabet Kurumu kararlarına da yansımaktadır. Örneğin, Rekabet Kurumu tarafından Avea hisselerinin %40'nun Türk Telekom'a devredilmesine ilişkin verilen kararda⁴² 28 Ağustos 2001 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Tarife Yönetmeliğinin tarifelerin onaylanmasına ilişkin esasları belirleyen hükümlerinin, özellikle *“aynı ve benzer telekomünikasyon hizmetlerinin sunulmasında kullanıcılar arasında ayırım yapılmasına yol açmayacaktır.”* hükmünün pazarda faaliyet gösteren işletmecilerce dile getirilen kaygıları bertaraf eder nitelikte olduğu sonucuna varılmıştır⁴³.

Danıştay tarafından elektronik haberleşme sektörüne ilişkin konularda Rekabet Kurumu tarafından BTK'dan görüşünün alınmaması şekil eksikliği sayılmaktadır. Bu konuyu aydınlatacak ilginç bir mahkeme sürecinden bahsedilebilir. Türk Telekom'a ilişkin olarak

³⁹ SARIÇİÇEK, Can, (2012), Düzenleyici Doktrin Çerçevesinde Rekabet Hukuku Uygulaması, Rekabet Kurum Uzmanlık Tezi, s.14

⁴⁰ ÖZEK, Mahmut Esad, (2011), Elektronik Haberleşme Sektöründe Yoğunlaşmalar (Birleşme ve Devralmalar), Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, s.158.

⁴¹ ÖZEK, Mahmut Esad, (2011), s.166.

⁴² REKABET KURULU, 24.08.2006 tarihli ve 06-59/772-225 sayılı karar.

⁴³ ÖZEK, Mahmut Esad, (2011), s.159.

Rekabet Kurumuna 2001 yılında internet servis sağlayıcıları tarafından yapılan rekabet ihlali başvurusunda Rekabet Kurumu tarafından hem soruşturma sürecinde hem de geçici tedbire ilişkin olarak soruşturma tarihinde cari olan 2813 sayılı Telsiz Kanununun 7'nci maddesi kapsamında Telekomünikasyon Kurumundan⁴⁴ görüş alınmıştır⁴⁵. Rekabet Kurulu kararı daha sonra Danıştay 13'üncü Dairesi tarafından, soruşturmacı üyenin Kurul kararına katılmış olması nedeniyle kararda usul yönünden iptal edilmiştir⁴⁶. Bunun ardından BTK'dan soruşturma sürecinde alanın önceki görüşler tekrar zikredilerek yeni bir karar tesis edilmiştir⁴⁷. Söz konusu Rekabet Kurulu kararının yürütmesini durdurmuştur⁴⁸. Ara kararın gerekçesinde Rekabet Kurulu kararında Telekomünikasyon Kurumu⁴⁹ görüşünün alınmamış olduğu tespit edilmiş ve kanuni olarak zorunlu görülen şekil kuralına uyulmamasının idari işlemi etkileyen bir şekil noksanlığı niteliğinden olduğunu belirtilmiştir. Söz konusu ara karar daha sonra Danıştay 13'üncü Dairesi nihai kararında da zikredilerek, dava konusu karar iptal edilmiştir⁵⁰. Danıştay kararının temyizi üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (DİDDK) tarafından:

“Ancak, Rekabet Kurulu tarafından verilmiş olan kararların olayda olduğu gibi usule ilişkin bir kısım gerekçelerle (soruşturmacı üyenin karara katılması, kurulun toplantı yeter sayısının oluşmaması v.b.) yargı yerlerince iptal edilmesi üzerine Rekabet Kurulunun önceki, yani ilk soruşturmaya konu olgu ve olayları inceleyeceği, önceki olayın dışına çıkarak farklı olguları ve olayları inceleyemeyeceği açıktır. Dolayısıyla aradan geçen süre içinde olgu, sektördeki düzenlemeler rekabet ortamı veya piyasa koşulları değişmiş olsa dahi Rekabet Kurulunca verilecek olan karar geçmişe yönelik, yani ilk soruşturma sırasındaki olgu ve tespitlere yönelik olduğundan, bu gibi durumda, Telekomünikasyon Kurumundan yeniden görüş alınması gerekmemektedir. Nitekim Telekomünikasyon sektörünün çok dinamik ve değişkenlik gösteren bir sektör olması, buna bağlı olarakta düzenlemelerin ve piyasa koşullarının çok çabuk değişmesi söz konusu olduğundan, usule ilişkin bir iptal kararı üzerine Rekabet Kurulunun kararından önce yeniden görüş alınması durumunda, ilk inceleme tarihinde mevcut olan koşullar gözetilerek verilmiş olan rekabet ihlali kararının değişen koşullar çerçevesinde artık geçerlilik taşımaması, rekabet ihlali oluşturmaya ya da tam tersi bir durum oluşabilecektir. Bu durumun ise rekabet hukuku açısından olumsuz sonuçlar doğurabileceği açıktır.”

ifadesine yer vererek mezkûr Danıştay 13'üncü Dairesi kararını bozmuştur⁵¹.

TTNet kararında⁵² ise, başvuruçular tarafından TTNet'in yürürlüğe koyduğu Yazı Fırtınası kampanyasına ilişkin geçici tedbir kararı alınması talep edilmiş, Rekabet Kurumu tarafından 4054 sayılı Kanununun 9'uncu maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca;

⁴⁴ BTK'nın karar tarihindeki adı olduğu için burada yer verilmiştir.

⁴⁵ **REKABET KURULU**, 02.10.2002 tarihli ve 02-60/755-305 sayılı karar.

⁴⁶ **DANIŞTAY 13. Dairesi**, 01.07.2005 tarihli ve E:2005/1700, K:2005/3392 sayılı karar.

⁴⁷ **REKABET KURULU**, 05.01.2006 tarihli ve 06-02/47-8 sayılı karar

⁴⁸ **DANIŞTAY 13. Dairesi**, 05.01.2006 tarihli ve E:2006/1941 sayılı yürütmenin durdurulması kararı.

⁴⁹ Dava tarihi itibarıyla 2813 sayılı Kanunun 7'nci maddesinde 5809 sayılı Kanunun 7'nci maddesinin ikinci fıkrasındaki görüş alışverişi mekanizması düzenlenmiştir. Söz konusu tarihte Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun adı Telekomünikasyon Kurumu olduğu için yukarıda bu isim kullanılmıştır.

⁵⁰ **DANIŞTAY 13. Dairesi**, 12.12.2007 tarihli ve E:20016/1941, K:2007/8734 sayılı karar.

⁵¹ **DİDDK**, 25.02.2013 tarihli ve 2008/653, K:2013/660 sayılı karar.

“Hâlihazırda devam etmekte olan ‘Yaz Fırtınası’ kampanyası da dâhil olmak üzere, TTNet AŞ’nin maliyetlerin altında ya da Türk Telekom’un toptan fiyat tarifeleri ışığında fiyat sıkıştırması niteliğinde olabilecek perakende fiyatları içeren tüm kampanyalarının durdurulması ya da söz konusu kampanyaların TTNet AŞ’nin ilgili hizmetlerdeki maliyetlerinin altında olmayacak şekilde yeniden düzenlenmesine”

karar verilmiştir⁵³. Ancak Telekomünikasyon Kurumu görüşü söz konusu davada dosyaya girmeden karar alınmıştır. Karara karşı açılan davada, Danıştay 13’üncü Dairesi tarafından geçici tedbir kararının ivediliği nedeniyle Telekomünikasyon Kurumu görüşünün bu aşamada dosyaya girmemesinin hukuka aykırı olmadığı gerekçesi ile dava reddedilmiş⁵⁴ ve söz konusu Danıştay kararı DİDDK tarafından onanmıştır⁵⁵.

BTK tarafından pazar analizleri aşamasında ilgili pazarda EPG’ye sahip işletmecilere yükümlülük getirmeden önce Rekabet Kurulu görüşü alınmaktadır. Nitekim Pazar Analizi Yönetmeliğinin 5’inci maddesinin beşinci fıkrasının (ç) bendinde “1 (Bir) aydan az olmamak üzere belirlenecek bir süre zarfında Rekabet Kurumu ve kamuoyu görüşlerine başvurur ve bu görüşleri Kurumun internet sitesinde yayımlayabilir.” hükmüne yer verilmektedir. Bu bağlamda pazar analizi sürecinde her iki kurum arasında koordinasyon sağlanmaya çalışılmıştır.

BTK’nın 15.02.2014 tarihli ve 28914 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu İdari Yaptırımlar Yönetmeliğinin “Rekabet İhlalleri” başlıklı 16’ncı maddesinde

“(1) Rekabetin tesisi, korunması, rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlayıcı uygulamaların giderilmesine yönelik ilgili mevzuatın ihlal edilmesi veya rekabete aykırı uygulamaların tespit edilmesi halinde işletmeciye bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne (%3) kadar idari para cezası uygulanır.”

hükmüne yer verilmiştir. Ancak, 5809 sayılı Kanunda rekabetin tesisi ve korunması ile ilgili genel hükümlere yer verilse de kanuni düzeyde 4054 sayılı Kanun 4, 6 ve 7’nci maddelerinde daha ayrıntılı ve düzenlemelere yer verilmekte olup, Danıştay kararı da bu yöndedir⁵⁶. 5809 sayılı Kanunda 4054 sayılı Kanundaki gibi bir rekabete aykırı davranış tanımı yapılmamaktadır. Ancak BTK tarafından öncül olarak rekabet aksaklıklarının giderilmesi için yükümlülükler getirilerek söz konusu yükümlülüklerin denetimi yapılmaktadır. BTK tarafından 5809 sayılı Kanundaki genel düzenleme yetkisine dayanılarak İdari Yaptırımlar Yönetmeliğinde rekabet ihlallerinin idari yaptırımına yer vermesi ile 4054 sayılı Kanun hükümlerini zımnen ilga edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle BTK’nın ilgili yönetmeliğine rağmen 4054 sayılı Kanunun, 5809 sayılı Kanunun 7’nci maddesinin birinci fıkrası gereği elektronik haberleşme sektöründe uygulanmasına devam olunması gerekir.

⁵² **REKABET KURULU**, 19.11.2008 tarihli ve 08-65/1055-411 sayılı karar. **Rekabet yazımında “TTNet Yaz Fırtınası Kampanyası”** veya TTNet kararı olarak bilinmektedir.

⁵³ **REKABET KURULU**, 11.07.2007 tarihli ve 07-59/676-235 sayılı karar.

⁵⁴ **DANIŞTAY** 13. Dairesi, 22.11.2011 tarihi ve E:2007/11245, K:2011/5213 sayılı karar.

⁵⁵ **DİDDK**, 04.05.2015 tarihli ve E:2012/1039, K:2015/1723 sayılı karar.

⁵⁶ **DANIŞTAY** 13. Dairesi, 13.02.2012 tarihli ve E:2008/13184, K:2012/359 sayılı karar.

1.3 Elektronik Haberleşme Sektöründe Dikey Bütünleşik Yapıdan Kaynaklanan Rekabet Aksaklıkları

Elektronik haberleşme sektöründe Türk Telekom özelleştirmesi öncesinde ve sonrasında dikey bütünleşik yapıdan kaynaklanan fiyat temelli ve fiyat dışı rekabet aksaklıklarının sıklıkla görüldüğü söylenebilecektir.

Elektronik haberleşme sektörünün en belirgin özelliği bir şebeke endüstrisi olmasıdır⁵⁷. Buna bağlı olarak sektörde dikey bütünleşik yapılar sıklıkla görülmektedir. Ancak ayrıştırma çözümleri incelenmesinden ve söz konusu çözümlerin elektronik haberleşme sektörü için genellikle dikey ayrıştırma şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Dikey bütünleşme, bir malın üretim süreci zinciri içerisinde farklı aşamaların tek bir firmada toplanması, başka bir ifade ile ham madde üretiminden ara malı ve nihai mal üretimine doğru uzanan bir endüstriyel bir yapı olarak tanımlanmaktadır⁵⁸.

Dikey bütünleşmenin ekonomik önemi, ilgili pazarlarda teşebbüs için maliyet avantajı oluşturmaktadır⁵⁹. Nitekim teşebbüslerin bir ürün sunumu için ortaklığa gitmek istemeleri durumunda ayrıntılı olarak yapacakları sözleşmelerde tarafların görev, sorumluluk ve işlemlerin sonuçlarını ele almaları gerekmesine rağmen, üretim süreçlerinin farklı aşamalarını tek çatı altında toplayan bir teşebbüste birçok şirketle yapılacak ayrıntılı sözleşmelerden ve diğer işlem maliyetlerinden kurtulmanın mümkündür⁶⁰. Dikey bütünleşik teşebbüsün paket olarak sunduğu hizmetlerin, tek tek hizmet sunmaktan daha az maliyetli olduğu, nitekim paket hizmetlerde ortak toptan maliyetlerden tasarruf edilebildiği, diğer taraftan ölçek ekonomisi nedeni ile yaptırımlar ve diğer işlemler için gereken işlem maliyetinin düştüğü belirtilmektedir⁶¹. Elektronik haberleşme sektöründe ayrıca dikey bütünleşmenin yenilikçi ürünlerin pazara sunulması ve işletmecilerin yatırım istekleri üzerindeki olumlu etkisi nedeni ile daha da önemli olduğu belirtilmektedir⁶².

Dikey bütünleşik yapıdan kaynaklanan avantajlar olduğu gibi rekabet problemleri de bulunmaktadır⁶³. Dikey bütünleşik yapıdan kaynaklanan rekabet aksaklıkları genellikle hâkim durumun kötüye kullanılması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Dikey bütünleşik bir teşebbüs, faaliyet gösterdiği toptan-perakende, daha kapsamlı bir ifade ile üst-alt pazarların birisinde veya her ikisinde hâkim durumda⁶⁴ olması durumunda, sahip olduğu pazar gücünü kullanarak rakiplerin pazara girişini engelleyebilme, mevcut rakiplerini pazar dışına itme veya rekabeti

⁵⁷ Elektronik haberleşme sektörünün yapısal ekonomik özellikleri için bkz. **REKABET KURULU**, 20.07.2001 tarihli ve 01-35/347-95 sayılı karar; **WALDEN**, Ian, (2012), s.25 vd.

⁵⁸ **BTK**, (2014), Elektronik Haberleşme Sektöründe Pazar Analizlerine İlişkin Rehber Doküman, s.20.

⁵⁹ **KOENİNG**, Christian; **BARTOSCH**, Andreas; **BRAUN**, Jens-Daniel, **ROMES**, M., (2009), EC Competition and Telecommunications Law, Kluwer Law International, 2nd edition, s.469.

⁶⁰ **CRANDALL**, Robert W.; **EISENACH**, Jeffrey A.; and **LITAN**, Robert E. (2010), "Vertical Separation of Telecommunications Networks: Evidence from Five Countries," *Federal Communications Law Journal*: Vol. 62: Iss. 3, Article 1, s.518 vd.

⁶¹ **OECD**, (2003), the Benefits and Costs of Structural Separation of Local Loop, DSTI/ICCP/TISP(2002)13/FINAL, Paris, s.29.

⁶² **CRANDALL**, Robert W. ve diğerleri, (2010), s.518 vd.

⁶³ Tez muhteviyatının aşırı artırılmamasını teminen rekabet aksaklıkları ayrıntılı bir şekilde incelenmemiştir.

⁶⁴ Hâkim durum kavramı ile Etkin Piyasa Gücü kavramı ez kapsamında birbiri yerine kullanılmaktadır.

kısıtlayarak pazar gücünü artırabilme gibi davranışlara girişebileceği kabul edilmektedir⁶⁵. Örneğin ilgili pazarda hâkim durumda olan bir teşebbüsün darboğaz niteliğinde olan yerel erişim şebekeleri üzerinde sahip olduğu toptan piyasadaki gücünü rekabet içinde olduğu alt /perakende pazarda⁶⁶ kötüye kullanma şeklinde, pazar gücünü aktarmaya çalışması durumunda dikey güç aktarımı olarak ifade edilen rekabet aksaklığı ortaya çıkmaktadır⁶⁷.

Dikey güç aktarma problemi elektronik haberleşme sektöründe darboğaz unsuru⁶⁸ niteliğindeki, özellikle elektronik haberleşme şebekesinin son kullanıcıya kadar olan kısmını diğer işletmecilere erişimine açmaması şeklinde ortaya çıkabilmektedir⁶⁹.

Darboğaz hizmetleri, büyük bölümü bir tekel ya da az sayıda tedarikçi tarafından karşılanan teknik ve ekonomik nedenlerle işletmeler tarafından karşılanması yedeklenmesi veya kopyalanması hiç de kolay olmayan hizmetler olup bu tür hizmetler perakende hizmetlerde kritik girdiler oluşturmaktadır⁷⁰. Elektronik haberleşme sektörünün şebeke endüstrisi özelliği göstermelerinden dolayı, zorunlu unsur niteliğinde olup olmadığı tartışılmaksızın, elektronik haberleşme sektöründe ilgili pazarda hâkim durumdaki dikey bütünleşik teşebbüs⁷¹ tarafından alternatif işletmecilere sunulan hizmetlerin, söz konusu hizmetin alternatif işletmecilere sunulmaması halinde alternatif işletmecilerin ilgili pazarda rekabetçi bir şekilde faaliyet gösterememesi ve pazarın da rekabetçi bir yapıya yönelik gelişmemesi halinde, söz konusu hizmet ilişkin girdi darboğaz niteliğinde olduğu kabul edilmelidir. Darboğaz unsuruna ihtiyacı olan işletmeciler, bu unsuru elinde tutan yerleşik işletmeciye bağımlı olduğundan yerleşik işletmeci/teşebbüs tarafından diğer işletmecilerin erişimini engelleyebilir⁷².

Bu bağlamda darboğaz hizmetleri hem mobil hem de sabit şebekelerde görülebilecektir. Türkiye’de ve dünyada mobil şebekelerde altyapıya dayalı rekabetin gelişmesi, başka bir ifade ile kendi altyapısı olan birden çok teşebbüsün bulunması başlangıçta darboğaz niteliğindeki hizmetlerin mobil şebekelerde görülmeyeceğini düşündürse de, özellikle hakim durumdaki işletmecinin arabağlantı vermeyi reddetmesi halinde diğer işletmecilerin ilgili pazarda faaliyetlerinin aşırı zorlaşması veya pazardan çıkma tehlikelerinin bulunması durumunda arabağlantı hizmeti de bir darboğaz oluşturduğu söylenebilecektir. Ancak elektronik haberleşme sektöründe en bilinen darboğaz, kazı maliyetleri, izinler ve uzun bir yatırım süresinin gerektirmesi nedeni ile **yerel erişim şebekesidir**⁷³.

⁶⁵ BTK, (2014), s.20.

⁶⁶ Pazar ve piyasa kavramları tez kapsamında birbiri yerine kullanılmaktadır.

⁶⁷ REY, P./TIROLE, J. (1997): ‘A Primer on Foreclosure’, IDEI, Toulouse, mimeo. 1997, s.2148.

⁶⁸ Tez kapsamında zorunlu unsur ve darboğaz unsurları birbirinin yerine kullanılacaktır. Ancak darboğaz unsuru olarak ifade edilen unsurların zorunlu unsur aradındaki farklar olarak zorunlu unsurun hiçbir şekilde ikamesi yokken, darboğaz unsurlarının ikamesi olmasına şekilde anlaşılmaktadır. Fakat, söz konusu ikame tam bir ikame olmadığı için dar tanımlanan pazarlarda, yerleşik teşebbüs yanında alternatif teşebbüslerin hizmet sunmaları için darboğaz unsurunu elde etmeler oldukça kısıtlıdır.

⁶⁹ BTK, (2009), Rekabet Problemleri ve Fonksiyonel Ayrım: Kapsam, Uygulama, Deneyimler ve Öneriler, s.9.

⁷⁰ ITU, (2011), s.128

⁷¹ Hakim durumdaki dikey bütünleşik teşebbüsler, elektronik haberleşme sektöründe genellikle özelleştirme sürecinden önce şebekelerini kamu gücünün verdiği kolaylıklarla kuran teşebbüsler olup, elektronik haberleşme sektöründe bu teşebbüslere, yerleşik işletmeci denir.

⁷² ITU, (2011), s.128.

Yerel erişim şebekesi ile ifade edilmek istenen husus elektronik haberleşme şebekelerinde özellikle sbit şebekelerde kazı maliyetlerinin yüksek olduğu, son kullanıcıya en yakın bir-iki kilometrelik (last mile) kısmıdır. Ancak başka bir görüş, yerel erişim şebekesinden, yerel erişim altyapısının anlaşılması gerektiğini de söyleyebilir. Başka bir deyişle sabit şebekede darboğaz, son kullanıcıya en yakın kablolardan oluşan şebeke değil, kazı maliyetlerini barındıran o şebekenin kurulu bulunduğu, fiziki altyapı, inşaat mühendisliği altyapısı olduğu da söylenebilir. Bu görüşe göre yerel erişim şebekesi yerleşim yerlerini kapsamaktadır. Hâkim durum ve hâkim durumun kötüye kullanılması

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun “Tanımlar” başlıklı 3’üncü maddesinde hâkim durum, “*belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü*” ifade edeceği belirtilmektedir. Aynı kanunun “Hâkim durumun kötüye kullanılması” başlıklı 6’ncı maddesinde ise “*bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır.*” hükmüne yer verilmektedir. İlgili pazarda rekabet aksaklıklarını, 4054 sayılı Kanunun 4’üncü maddesi bir yana bırakıldığında sadece hâkim durumdaki bir teşebbüs tarafından gerçekleştirilebilecektir. İlgili pazarda hâkim durumda olmayan bir teşebbüsün pazar gücünü kötüye kullanılabileceği kabul edilmemektedir⁷⁴. Bununla birlikte kötüye kullanma kapsamında, hâkim durumdaki teşebbüsün rekabeti sınırlayıcı davranışlardan kaçınma ve ilgili pazardaki davranışlarının rekabet üzerindeki etkilerini bilme gibi özel bir sorumluluğu olduğu belirtilmektedir⁷⁵.

Benzer bir kavram, elektronik haberleşme sektörü için 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununda yer verilmektedir. Buna göre 5809 sayılı Kanunun “Tanımlar ve kısaltmalar” başlıklı 3’üncü maddesinde yer verilen etkin piyasa gücü kavramı, işletmecinin, 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 ifade edeceği belirtilmektedir. 5809 sayılı Kanunun 14’üncü maddesi ve 21’nci maddesinde olduğu gibi, elektronik haberleşme sektöründe bir teşebbüsün tarife düzenlemesi ve hesap ayırım yükümlülüğüne tabi olması için ilgili pazarda Etkin Piyasa Gücüne (EPG) sahip işletmeci olarak tespit edilmesi gerekmektedir. Diğer düzenlemeler için ise bu şekilde kanuni bir kural olmamakla birlikte yönetmeliklerle bazı yükümlülüklerin sadece ilgili pazarda EPG’ye sahip işletmecilere getirilebileceği hüküm altına alınmıştır.

Elektronik haberleşme sektörünün şebeke endüstrisi özelliği göstermesi nedeni ile ilgili pazarda hâkim durumda olan teşebbüs tarafından dikey güç aktarımı şeklinde rekabet ihlallerine başvurulduğuna daha önce deyinilmiştir. AB nezdinde yapılan bir çalışmada **dikey güç aktarımından kaynaklanan rekabet aksaklıkları** aşağıdaki şekilde sınıflandırılmıştır⁷⁶:

- *Anlaşma Yapmayı Reddetme/Erişimin Reddi*

⁷⁴ ASLAN, Yılmaz, (2007), s.465.

⁷⁵ ASLAN, Yılmaz, (2007), s.466.

⁷⁶ ERG, (2006), (06) 33. Revised ERG Common Position on the approach to appropriate remedies in the ECNS regulatory framework. European Regulators Group, s.28-29.

- *Bilginin Ayrımcı Kullanımı ya da Saklanması*
- *Geciktirme Taktikleri*
- *Bağlama/ Paket Satış*
- *Makul Olmayan Koşullar*
- *Kalite Ayrımcılığı*
- *Ürünlerin Stratejik Biçimde Tasarımı*
- *Rakiplere Ait Bilgilerin Haksız Şekilde Kullanılması*
- *Fiyat Ayrımcılığı*
- *Çapraz Sübvansiyon*
- *Yıkıcı Fiyatlama*

İlgili pazardaki ürün fiyatlandırma, tariflendirmeye ilişkin olup olmamalarına göre **fiyat temelli davranışlar ve fiyat temelli olmayan/dışı davranışlar** rekabet aksaklığı oluşturan davranışlar olarak tasnif edilmektedir^{77,78}. Örneğin fiyat ayrımcılığı, çapraz sübvansiyon, yıkıcı fiyatlandırma uygulamaları fiyat temelli davranışlara örnek verilebilirken, anlaşma yapmayı reddetme, erişimin reddi, geciktirme taktikleri fiyat temelli olmayan davranışlara örnek olarak verilebilir.

1.3.1 Fiyata temelli rekabet aksaklıkları

Fiyatta temelli rekabet aksaklıklarından en yaygın olanları fiyat sıkıştırması, yıkıcı fiyatlandırma ve çapraz sübvansiyondur. Fiyat sıkıştırması dikey bütünleşik toptan ve perakende pazarların her ikisinde de faaliyet gösteren dikey bütünleşik teşebbüs tarafından toptan pazarlarda zorunlu hizmet niteliğindeki ürünleri pazardaki diğer teşebbüslere sunarken, perakende pazarda belirlediği fiyatlarla toptan ve perakende pazardaki fiyat seviyelerini rakiplerinin kâr edemeyeceği veya pazarda faaliyette bulunamayacağı şeklinde belirlemesi sonucunda perakende pazarda rekabetin kısıtlanmasına neden olması ve teşebbüsün bu davranışına ilişkin olarak toptan ve perakende fiyat farkına ilişkin objektif haklı gerekçelerinin bulunmaması olarak tanımlanabilir^{79,80}.

Türk hukukunda fiyat sıkıştırması ile ilgili rekabet hukuku bağlamında en önemli örnekler internet erişim hizmetleri pazarlarında görülmüştür. Rekabet Kurulunun Türk Telekom ve TTNNet AŞ (TTNet) faaliyetlerine ilişkin yaptığı bir soruşturma sonucunda aldığı kararda,

⁷⁷ Daha fazla bilgi için bkz. **ERG**. (2006). (06) 33.

⁷⁸ Benzer bir sınıflandırma için bkz. **ITU**, (2011), s.38.

⁷⁹ **REKABET KURULU**, 19.11.2008 tarihli ve 08-65/1055-411 sayılı karar, s.68-75; **REKABET KURULU**, 27.6.2008 tarihli ve 08-41/556-209 sayılı karar.

⁸⁰ Fiyat sıkıştırması konusunda, AB uygulamasında Türk rekabet hukuku uygulamasını da etkileyen iki karar bulunmaktadır. Bunlar Avrupa Komisyonunun (Komisyon) Telefónica kararı ile Adalet Divanının Deutsche Telekom kararlarıdır. Söz konusu kararlarda fiyat sıkıştırmasının unsurları (uygulanan test) ve rekabet hukuku kuralları ile sektörel kurallar arasındaki ilişki incelenmiştir. Söz konusu kararların ayrıntısı rekabet hukuku yazını ile Rekabet Kurulunun 19.11.2008 tarihli ve 08-65/1055-411 sayılı Kararında ayrıntılı olarak incelendiğinden tezin muhteviyatını arttırmamak için burada yer verilmemektedir. Kararların orijinal metinleri için bkz. Avrupa Komisyonu T-336/07 Telefónica and Telefónica de España v Commission A.g.k.; Judgment of the Court (Second Chamber) of 14 October 2010 — Deutsche Telekom AG v European Commission, Vodafone D2 GmbH, formerly Vodafone AG & Co. KG, formerly Arcor AG & Co. KG and Others (Case C-280/08 P).

Türk Telekom'un **2001 yılına kadar faaliyetleri incelenmiştir**⁸¹. Toptan ve perakende genişbant pazarı erişim hizmetleri olarak adlandırılabilir pazarlarda Türk Telekom'un hâkim durumda olduğu tespit edilmiştir. Söz konusu kararda Türk Telekom'un hâkim durumunu; zorunlu unsur niteliğinde bulunan hizmetler kullanılarak, kurumsal kullanıcılara (Toptan müşteriler değil, farklı pazarlarda faaliyet gösteren ticari şirketler ve genellikle esnaf işletmeleri kast edilmektedir.) **TTNet markası altında sunduğu geniş bant internet erişim hizmetlerinden alınan fiyatı düşük belirlediği, bu hizmetin sunulması için gereken altyapıların rakiplerine sunulduğu fiyatları ise, rakiplerinin ilgili pazarda rekabet edebilmelerini zorlaştıracak şekilde yüksek belirleyerek toptan ve perakende genişbant pazarı erişim hizmetleri pazarlarda hakim durumunu kötüye kullandığı tespit edilmiştir**⁸². Bunun sonucunda Türk Telekom'un 4054 sayılı Kanunun 6'ncı maddesini ihlal ettiği gerekçesi ile aynı Kanunun 16'ncı maddesi kapsamında Türk Telekom'a üç ayrı idari para cezası uygulanmıştır⁸³. Söz konusu kararda Türk Telekom ve TTNet'ten oluşan ekonomik bütünlüğün giriştiği fiyat sıkıştırması, yıkıcı fiyat ve erişimin reddi gibi fiyat temelli ve fiyat dışı üç ayrı rekabet ihlali içeren davranışı incelemesi nedeni ile önemlidir.

Sabit ses hizmetleri tarifeleri ile ilgili olarak Rekabet Kurulu tarafından yapılan diğer bir incelemede Türk Telekom'un 2003-2004 yıllarında uyguladığı arabağlantı fiyatları ile ilgilidir. Rekabet Kurumu tarafından çağrı başlatma, çağrı sonlandırma fiyatları temel alınarak söz konusu teşebbüsün tarifelerinin incelenmesi neticesinde, Türk Telekom'un perakende ses tarifelerinin Türk Telekom'dan toptan hizmet alan işletmecilere sunulan toptan hizmet tarifeleri üzerinden olduğu ve bu tarifelerin rekabetçi bir pazarda etkin rakiplerin normal kâr sağlaması için yeterli olduğu sonucuna ulaşmıştır⁸⁴.

Rekabet Kurulunun bir başka kararında TTNet'in **2007-2008 yıllarında uyguladığı perakende genişbant internet erişim pazarındaki faaliyetleri incelenmiştir**⁸⁵. Söz konusu kararda, Rekabet Kurulu tarafından, Türk Telekom ve TTNet'ten oluşan ekonomik bütünlüğün perakende genişbant internet erişim pazarında hâkim durumda olduğu ve teşebbüs tarafından **zorunlu unsur** niteliğinde sunulan söz konusu hizmetlerin toptan seviyedeki fiyatları ile perakende pazarlardaki fiyatlarının rakiplerinin pazarda faaliyette bulunamayacağı seviyede belirlendiği tespit edilmiştir⁸⁶. Sonuçta teşebbüsün **fiyat sıkıştırması uygulamaları** ile hâkim durumunu kötüye kullandığı, bu durumun Rekabet Kanununun 6'ncı maddesini ihlal anlamına geldiği belirtilerek, Türk Telekom ve TTNet'e idari para cezası uygulanmıştır⁸⁷. Rekabet Kurulunun bir kararında 2001 yılında Aria'nın pazar girdiği dönemdeki arabağlantı fiyatları incelenmiştir. Mobil pazarlarda arabağlantı fiyatlamaları yolu ile fiyat sıkıştırması uygulanması konusunda Turkcell İletişim Hizmetleri AŞ (Turkcell) ile Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri AŞ'nin (Telsim) mobil telekomünikasyon hizmetleri ve ilgili

⁸¹ Rekabet Kurulu'nun, 02.10.2002 tarihli ve 02-60/755 sayılı kararı, **DANIŞTAY** 13. Dairesi, 01.7.2005 tarihli ve E:2005/1700 K:2005/3392; E:2005/1703 K:2005/3396 sayılı karar ile soruşturmaya katılan üyenin kararda oy kullanması, bunun tarafsızlık ilkesine aykırı olduğu gerekçesi ile iptal edilmiş, söz konusu iptal sonucunda Rekabet Kurulu tarafından 05.01.2006 tarihli ve 06-02/47-8 sayılı kararı alınmıştır.

⁸² **REKABET KURULU**, 05.01.2006 tarihli ve 06-02/47-8 sayılı karar.

⁸³ **REKABET KURULU**, 05.01.2006 tarihli ve 06-02/47-8 sayılı karar, m.3/A-a, 3/B-h, 3/D maddeleri,

⁸⁴ **REKABET KURULU**, 19.11.2008 tarihli ve 08-65/1055-411 sayılı karar.

⁸⁵ **REKABET KURULU**, 19.11.2008 tarihli ve 08-65/1055-411 sayılı karar.

⁸⁶ **REKABET KURULU**, 19.11.2008 tarihli ve 08-65/1055-411 sayılı karar.

⁸⁷ **REKABET KURULU**, 19.11.2008 tarihli ve 08-65/1055-411 sayılı karar.

diğer telekomünikasyon pazarlarında 4054 sayılı Kanunu ihlal edip etmedikleri hakkında Rekabet Kurumu tarafından re'sen soruşturma yapılmış, Turkcell ve Telsim'in aralarında anlaşarak şebekeler arası arabağlantı fiyatlarını yükseltmesi ve aynı zamanda şebeke içi fiyatları düşürmeleri sonucunda Aria ve Aycell'in mobil telekomünikasyon hizmetleri pazarına girmelerini engelledikleri yönündeki iddiaların ispat edilemediği gerekçesi ile; Turkcell ve Telsim'e herhangi bir idari yaptırım uygulanmamıştır⁸⁸. Ancak düzenleyici kurumların raporları ile basın açıklamalarına da yansıyan bir gerçek, Aria'nın pazara girmeden önce Turkcell ve Telsim arasından uygulanan arabağlantı ücretleri 1,4 ABD cent seviyesinde iken, Arai'nın pazara girmesinden hemen sonra arabağlantı ücretleri 20 ABD cent seviyesine çekilmiştir⁸⁹. Bu durum için başlangıçta Aria tarafından Rekabet Kurulu'na şikâyetle bulunulmamıştır. Ancak daha sonra Avea tarafından düzenleyici kurumlara farklı zamanlarda şikâyetle bulunulmuştur⁹⁰.

Mobil pazarlardaki arabağlantı fiyatlaması yolu ile fiyat sıkıştırması konusuna BTK tarafından da özel olarak ele alınmıştır. Uzun süre mobil erişim ve çağrı başlatma pazarlarda Turkcell EPG'ye sahip işletmeci olarak tespit edilerek Turkcell'in toptan tarifeleri (arabağlantı tarifeleri - rakiplerine sunulan ve kendi tarafından kullanılan - ile perakende tarifeleri arasındaki fark) düzenlemeye tabi tutulmuştur. 25.03.2009 tarihli ve 2009/DK-07/149 sayılı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu kararının 2'nci maddesinin (b) fıkrası ile Turkcell'in mobil çağrı başlatma ve sonlandırma pazarında faaliyet gösteren **“işletmecilere uyguladığı dakika başına ağırlıklı ortalama çağrı sonlandırma ücretinin (toptan ücretin), her bir abonelik paketi bazında kullanıma bağlı olarak ortaya çıkan dakika başına ortalama şebeke içi tarifeleri (perakende ücreti) geçmemesini sağlamaya yönelik tedbirleri”**⁹¹ almakla yükümlü kılınmıştır⁹². Bu şekilde formüle edilen ex-ante (mevzuat ihlali ortaya çıkmadan önce) düzenleme ile diğer işletmecilerin kendi abonelerinin, Turkcell şebekesinden hizmet alan Turkcell abonelerine doğru çağrı yapması için zorunlu olan arabağlantı hizmetinin ücretlerinin, Turkcell'in kendi abonelerine sunduğu hizmet fiyatlarından (perakende fiyatlardan) düşük olmasını temin edilmeye ve ağırlıklandırılmış dakika başına arabağlantı fiyatı hesaplanması ile toptan ve perakende hizmetler arasındaki makasın korunmasına çalışılmıştır. Bu nedenle söz konusu karar ile BTK tarafından ex-ante olarak fiyat sıkıştırması testi uygulandığı söylenebilir. Nitekim mobil haberleşme hizmetleri pazarlarında BTK tarafından tanımlanan mobil çağrı başlatma pazarında Turkcell uzun bir süre tek başına EPG olarak belirlenirken, mobil çağrı sonlandırma pazarında mobil pazarda faaliyet gösteren üç işletmeci, her işletmeci kendi şebekesinde sonlanan çağrılar bakımından tekel olduğu varsayımı ile AB düzenlemeleri doğrultusunda EPG'ye sahip işletmeci olarak belirlenmiştir. Nihayet 2015 yılında Danıştay tarafından mobil çağrı başlatma pazarında Turkcell'i EPG olarak belirleyen Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu Kararı, mobil çağrı başlatma pazarında EPG durumu belirlenirken, mobil pazarlarda faaliyet gösteren üç işletmecinin pazar paylarının birbirine yaklaştığı, baz istasyonları sayıları arasında belirgin bir farklılığın olmadığı hususlarına değinilerek, Pazar Analizi Yönetmeliği kapsamında pazardaki

⁸⁸ REKABET KURULU, 19.10.2004 tarihli ve 04-66/956-232 sayılı karar.

⁸⁹ ATİYAS, İzak; DADALOĞLU, Toker; KOÇ, Mustafa, (2009), s.13.

⁹⁰ ATİYAS, İzak; DADALOĞLU, Toker; KOÇ, Mustafa, (2009), s.13.

⁹¹ BİLGİ TEKNOLOJİLERİ VE İLETİŞİM KURULU, 25.03.2009 tarihli ve 2009/DK-07/149 sayılı karar.

⁹² Söz konusu karar daha sonra 13.03.2013 tarihli ve 2013/DK-ETD/142 sayılı Bilgi Teknolojileri Ve İletişim Kurulu kararı ile değişikliğe uğramıştır.

oligopolistik durumun ve birlikte EPG hususları yapılan pazar analizinde incelenmediği gerekçesi ile iptal edilmiştir⁹³.

Fiyat ayrımcılığı, ilgili pazarda hâkim durumdaki teşebbüsün toptan ürün veya hizmetler için diğer teşebbüslere, perakende pazarda kendi iştirakine veya kendisine uyguladığı fiyatlardan daha yüksek fiyatlar uygulaması ve rakiplerin maliyetlerini yükselterek onları piyasa dışına itmesidir⁹⁴. Yıkıcı fiyatlandırma, toptan pazarda hâkim durumda olan bir teşebbüsün perakende pazarda maliyetlerinin altında fiyatlarla son kullanıcılara ürünlerini satarak rakiplerini pazar dışına itmesi, daha sonra zararını fiyatları yükselterek maliyet altı satış nedeni ile katlandığı zararı karşılamasıdır^{95,96}. Yıkıcı fiyatlama ile ilgili en önemli örneklerden biri AB Komisyonu Wanadoo olarak bilinen karardır⁹⁷. Türk hukukunda ise 2002 yılında alınan Türk Telekom kararının Türk Telekom'un ilgili pazarda hâkim durumda olduğu belirlendikten sonra söz konusu kararın 3/B/h maddesinde Türk Telekom'un TNet markası altında sunulan dar bant internet erişim hizmetleri karşılığında alınan fiyatların, söz konusu ürünün maliyeti altında belirlenmesi sureti ile aynı pazarda faaliyet gösteren rakip teşebbüslerin ilgili pazardaki faaliyetlerini zorlaştırarak kötüye kullandığına karar verilmiştir.

Çapraz sübvansiyon, dikey bütünleşik bir pazarda toptan pazarda hâkim durumdaki teşebbüsün perakende alt piyasalarda maliyetinin altında fiyatlama yapması ve zararını hâkim durumda olduğu toptan pazarda sunulan hizmetleri aşırı ücretlendirerek karşılamasıyla gerçekleşebilmektedir⁹⁸. Çapraz sübvansiyon, tek başına rekabet ihlali olmasından öteye diğer fiyat temelli rekabet ihlallerine bir araç olarak kullanılmaktadır⁹⁹. Örneğin toptan pazarda hâkim durumdaki dikey bütünleşik bir işletmecinin toptan pazarda sunulan hizmetlerin fiyatının aşırı belirlenmesi, perakende pazarlarda ise maliyet altı satış yapılması halinde perakende pazarlarda yapılan zararına satışın toptan pazardaki kârla sübvansiyon edilmesi söz konusu olabilir. AT&T örneğinde uzak mesafe telefon hizmetlerindeki gelirlerle, yerel telefon hizmetlerindeki zarar sübvansiyon edilmiş, elektronik haberleşme sektöründeki ölçek ekonomileri de buna eklendiğinde ABD'de belirli bir süre diğer işletmeciler yerel telefon hizmetleri pazarına girememişlerdir.

1.3.2 Fiyat dışı rekabet aksaklıkları

Elektronik haberleşme şebekelerinde özellikle sabit yerel erişim kısmının, ülkemizdeki tüm sokak ve caddeleri kapsaması nedeni ile başka bir işletmeci tarafından ikame edilmesinin kısa vadede imkân dâhilinde olmadığı yukarıda belirtilmişti. Bu durumda, elektronik haberleşme sektöründe sabit pazarlarda faaliyette bulunmak üzere yetkilendirme alan ve abonelerine hizmet sunmak isteyen işletmecilerin ekonomik tek çıkar yolu, yerleşik işletmecinin sabit şebekesini kullanmaktır. Ancak yerleşik işletmecinin kendi şebekesini kullandırma konusunda

⁹³ DANIŞTAY 13. Dairesi; 05.03.2015 tarihli ve E:2014/1750, K:2015/895 sayılı karar.

⁹⁴ WALDEN, Ian, (2012), s.500.

⁹⁵ WALDEN, Ian, (2012), s.500; KOENİNG, Christian; ve diğerleri (2009), s.124.

⁹⁶ Yıkıcı fiyatlamada maliyet altı satış şartına ilişkin detaylı açıklamada bulunulmamış olup, konu hakkında detaylı bilgi için bkz. KOENİNG, Christian; ve diğerleri (2009), s.124-129.

⁹⁷ Judgment of the Court (First Chamber) of 2 April 2009 France Télécom SA v Commission of the European Communities (Case C-202/07 P).

⁹⁸ WALDEN, Ian, (2012), s.500; KOENİNG, Christian; ve diğerleri (2009), s.134.

⁹⁹ REKABET KURULU, 04.11.2009 tarihli ve 09-52/1253-318 sayılı karar.

anlaşma yapmayı reddetmesi veya anlaşma yapsa da söz konusu anlaşmayı etkin olarak uygulamamasından kaynaklı verilen hizmetin kalitesinin yerleşik işletmecinin verdiği hizmete göre daha düşük olması gibi nedenlerle yerleşik işletmeciye alternatif olan diğer işletmecilerin yerleşik işletmeci ile rekabet etmesini imkânsız hale gelebilmektedir.

Fiyat temelli rekabet aksaklıklarına örnek olarak, erişimin reddi, ayrımcı uygulamalar, rakiplerin bilgilerinin haksız olarak kullanılması, ürünlerin stratejik ve haksız olarak birbirine bağlanarak satılması hususları verilebilir.

Mobil pazarlarda fiyat dışı rekabet aksaklıkları erişimin reddi, arabağlantı vermeme gibi durumlarla karşılaşılabirirse de, verilen hizmetin, sabit şebekelere nispeten daha basit olması nedeni ile sektörel düzenlemelerin yapılması ardından fiyat dışı ayrımcı uygulamaların mobil pazarda teşebbüsler arasında hâlihazırda önemli boyutlarda görülmediği söylenebilir. Fiyat dışı rekabet aksaklıkları bağlamında mobil pazarlar açısından en önemli örnek rekabet yazınında ulusal dolaşım olarak bilinen Rekabet Kurulu kararıdır¹⁰⁰. Ulusal dolaşım kararında GSM (Global System for Mobile Communications) altyapı hizmetleri pazarında faaliyet gösteren Turkcell ve Telsim'in, pazara yeni giren ve mevcut işletmecilerden ulusal dolaşım hizmeti satın almak isteyen İŞ-TİM Telekomünikasyon Hizmetleri AŞ'ye (İş-Tim) bu hizmeti vermemeleri sonucunda İş-Tim Rekabet Kuruluna başvurmuştur¹⁰¹. Rekabet Kurulu tarafından, GSM altyapı hizmetleri pazarında birlikte hâkim durumda bulunan Turkcell ve Telsim'e ait altyapıların, GSM hizmetleri pazarında faaliyet gösteren diğer teşebbüslerin pazara girmeleri ve son kullanıcılara hizmet sunmaları için "zorunlu unsur" niteliğinde olduğu, Turkcell ve Telsim'in sahip oldukları GSM altyapısından, İş -Tim'in ulusal dolaşım yoluyla yararlanma talebini objektif gerekçeler olmaksızın reddedildiği tespit edilerek, Turkcell ve Telsim'in 4054 sayılı Kanunun 6'ncı maddesini ihlale ettiklerine karar verilmiştir.

Sabit pazarlarda fiyat dışı rekabet aksaklıkları, yerleşik işletmeci tarafından yerel erişim şebekesinin alternatif işletmecilere kullandırılması konusunda ortaya çıkmaktadır. Örneğin, metro Ethernet hizmeti Türkiye genelinde sunulmaya başladığında, söz konusu hizmet Türk Telekom tarafından İSS'lere kullandırılmamıştır. Olay Rekabet Kurulunun öne geldiğinde, Telekomünikasyon Kurumu tarafından metro ethernet internet hizmetine ilişkin **erişim fiyatlarının henüz onaylamamış olması** nedeniyle söz konusu hizmetin internet hizmet sağlayıcılara sunulmadığı gerekçesi ile konu ile ilgili olarak önaraştırma yapılmasına ya da doğrudan soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir¹⁰².

Başka bir vakıada, Türk Telekom'un, ADSL üzerinden genişbant internet erişimi sunmak için 200.000 adet ADSL portunu, ilgili pazarda faaliyette bulunan diğer internet hizmet sağlayıcılarına toptan olarak sunmadan son kullanıcılara pazarlamaya başlayarak, ADSL

¹⁰⁰ **REKABET KURULU**, 09.06.2003 tarihli ve 03-40/432-186 sayılı karar.

¹⁰¹ Rekabet Kurulu'nun Ulusal Dolaşım kararı Danıştay 13. Dairesi tarafından 28.03.2006 tarihli ve E.2005/5699, K.2006/1555 sayılı kararı ile soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin, nihai karar toplantısına katılarak oy kullandığı gerekçesiyle iptal edilmiştir. Danıştay sonrası konu hakkında alınan yeni bir karara rastlanmamıştır. Konu hakkında Telekomünikasyon Kurumu tarafından kesilen 21.822.150.300.000.TL. idari para cezası verilmesine ilişkin 18.03.2004 tarih ve 2004/191 sayılı **TELEKOMÜNİKASYON KURULU** Kararı ulusal roaming anlaşmasının teknik açıdan imkan dahilinde olmadığı sonucunda varılarak Danıştay 13. Dairesinin 13.12.2005 tarihli ve E. 2005/1716, K. 2005/5892 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

¹⁰² **REKABET KURULU**, 28.06.2005 tarihli ve 05-41/583-150 sayılı karar.

altyapısına erişim sağlama şeklinde ifade edilen toptan pazarda sahip olduğu hâkim durumunu, ADSL internet hizmeti şeklinde ifade edilen perakende pazarda kötüye kullanarak iddiası ile yapılan soruşturmada, Rekabet Kurulu tarafından söz konusu portların dağıtımı ile ilgili olarak Telekomünikasyon Kurumu'nun **tarife onay süreci devam ettiği** ve yapılan çalışmaların portların dağıtım aşamasına getirildiği gerekçeleri ile **soruşturma açılmasına gerek olmadığına** karar verilmiştir¹⁰³. Söz konusu kararın verildiği aynı toplantıda Türk Telekom özelleştirmesine ilişkin Rekabet Kurulu görüşü kabul edilmiştir.

Yerel erişim şebekesinin kullanılmasına ilişkin olarak yukarıda yer verilen her iki örnekte de, yerleşik işletmeci tarafından hizmet sunulmaya başlansa da alternatif işletmecilere yerel erişim şebekesi kullanılmamıştır. Hizmet sunumunun geciktirilmesi olarak özetlenebilecek iddialar ile alternatif işletmecilerin yaptıkları başvurular ise konu hakkında düzenleme çalışmalarının devam etmesi nedeni ile kabul edilmemiştir. Ancak Rekabet Kurulu tarafından ilgili pazarda gerçekleşen rekabet ihlallerine ilişkin denetim yapılarak karar verilmesi (ex-post, ihlal olduktan sonra) gerekmektedir. Düzenlemelerin devam etmesi ise ancak, 4054 sayılı Kanunun 9/1 maddesi kapsamında ihlale nasıl son verileceğine ilişkin bağlayıcı olmayan görüş verilirken göz önüne alınabilir. Bu nedenle rekabet ihlali oluşturması yüksek ihtimal olan her dosyada da Rekabet Kurulu tarafından soruşturma açılmadığı anlaşılmaktadır.

Efesnet tarafından 2003 yılında Rekabet Kurumuna yapılan bir başvuruda yurt dışı tarifelerin yüksekliği başta olmak üzere internet erişim hizmetinin İSS'ler aleyhine fiyat temeli ve fiyat dışı davranışlarla zorlaştırıldığı hususu çeşitli gerekçelerle Rekabet Kurulu'na bildirilmiştir. Rekabet Kurulu tarafından yapılan önaraştırma sonrasında 4054 sayılı Kanunun 9/3 maddesi kapsamında ihlalin ne şekilde sonlandırılması gerektiği hususunda bağlayıcı olmayan görüşlerini teşebbüslere göndermiştir. Türk Telekom tarafından internet toptan erişim ve uluslararası karasal kiralık devre uygulamalarında tarifelerin maliyet esaslı belirleneceği, %20 indirimine gideceği ve belli ürünlere erişim hizmeti sağlanacağı taahhütlerinin verilmesi sonrasında Rekabet Kurulu konu hakkında soruşturma açmaktan vazgeçmiştir¹⁰⁴. Söz konusu kararda 4054 sayılı Kanun kapsamında idari yaptırım uygulanmayıp, niçin aynı Kanunun 9/3 maddesi kapsamında taahhüt yoluna gidildiğine ilişkin olarak yer verilen "*ancak açılması olası bir soruşturma sonunda alınacak kararın etkileri, usul ekonomisi, ihlal teşkil edebilecek eylemlere derhal son verilmesi halinde elde edilecek faydalar dikkate alınarak*" ifadeleri yerel erişim şebekesinde erişimin reddine ilişkin rekabet aksaklıklarında öncül düzenlemelerin, rekabet ihlallerinin tespiti ve cezalandırılmasından daha önemli olduğu hususunun Rekabet Kurulu tarafından da kabul edilmiş olduğunu göstermesi bakımından önemlidir.

¹⁰³ REKABET KURULU, 02.09.2004 tarihli ve 04-57/796-199 sayılı karar.

¹⁰⁴ REKABET KURULU, 08.01.2004 tarihli ve 04-01/27-9 sayılı karar.

2 AYRIŞTIRMA ÇÖZÜMLERİ

Ayrıştırma çözümlerinin anlaşılması için, öncelikle bu çözümlerin tanımlanması, niçin bu çözümlerin gündeme geldiği, çözüm tiplerinin neler olduğunun anlaşılması gerekir. Bu nedenle aşağıdaki bölümlerde öncelikle ayrıştırma çözümlerinin amacı ve tanımı ile başlanarak kavramsal bir çerçeve çizilmeye çalışılacaktır.

2.1 Ayrıştırma Çözümlerinin Tanımı

Ayrıştırma çözümleri ile ilgili birçok tanıma rastlanabilmektedir. Bu tanımlar darboğaz unsuru ile pazarın diğer rekabetçi bölümleri arasına Çin Seddi'nin (Chinese Wall) tabir edilen tedbirler silsilesi kurularak faaliyetler arası ayrımcılık oluşturan bilgi akışının önlenmesi ve şeffaflığın sağlanmasından, darboğaz unsurunun fiziksel ayırımına kadar çeşitlenmektedir¹⁰⁵. Rekabet Terimleri Sözlüğündeki tanımlamaya göre ayrıştırma “*Endüstride daha fazla rekabeti sağlayabilmek için üretim, dağıtım ve hizmetin çeşitli bileşenlerinin birbirinden ayrılması*” olarak ifade edilmektedir¹⁰⁶. “rekabet seviyesinin artırılması” unsuru tanımda öne çıkmaktadır. Şahin tarafından yapılan bir çalışmada, ayrıştırmanın şebeke endüstrilerinde hizmetlerin son kullanıcılara ulaştırılmasında kullanılan şebeke altyapısını işleten dikey bütünleşik teşebbüslerin yeniden yapılandırılmasını¹⁰⁷ ifade ettiği, hedefinin ise “*dikey bütünleşik yapılarda rekabete açılabilir kısımlar ile rekabetin mümkün olmadığı kısımları birbirinden ayırmak*”¹⁰⁸ olduğu belirtilmiştir.

Tanımlarda yer verilen unsurlar genel olarak, ilgili pazarda hâkim bir teşebbüsün varlığı, bu teşebbüsün dikey bütünleşik yapıda bulunması, rekabet aksaklıklarının¹⁰⁹ önlenmesinin ve/veya rekabetin sağlanması amacı; dikey bütünleşik teşebbüslerin rekabetçi olmayan faaliyetleri veya darboğaz faaliyetleri ile diğer faaliyetlerin birbirinden ayrılması şeklinde sayılabilir.

Ayrıştırma uygulamaları üretim seviyesinin hangi aşamasında olduğuna bakılarak dikey ayrıştırma ve yatay ayrıştırma olarak ikiye ayrılabilir. Dikey ayrıştırma yukarıda da belirtildiği gibi ilgili pazarda hâkim durumdaki dikey bütünleşik teşebbüsün yine dikey bütünleşik faaliyetlerinin belirli seviyelerde birbidinden ayrılmasıdır. Yatay ayrıştırma ise ilgili pazarda hakim durumdaki yatay bütünleşik teşebbüsün aynı üretim ve faaliyet seviyesinde değişik birimlere ayrılmasıdır¹¹⁰. Elektronik haberleşme sektörü için AT&T ayrıştırmasında yerel telefon hizmetleri ile uzak mesafe telefon hizmetlerinin yapısal ayrıştırılması dikey ayrıştırmaya örnek olarak verilebilir. Bunun yanında, Türk Telekom özelleştirmesinde bakır şebeke ile kablo TV şebekesinin ayrıştırılması yatay ayrıştırmaya örnek olarak verilebilir.

¹⁰⁵ PAUL de Bijl (2005), s. 4.

¹⁰⁶ REKABET KURUMU, 2014, Rekabet Terimleri Sözlüğü, 5. Baskı, s.63.

¹⁰⁷ ŞAHİN, Selen Yerensu, (2012), Enerji Sektöründe Ayrıştırma, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezis 5-.6.

¹⁰⁸ ŞAHİN, Selen Yerensu, (2012), Enerji Sektöründe Ayrıştırma, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezis 5-.6.

¹⁰⁹ 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamında her türlü çapraz sübvansiyon uygulaması değil, fakat Kanunun 6'ncı maddesi kapsamında hakim durumdaki teşebbüslerin çapraz sübvansiyon uygulamaları yolu ile hakim durumunu kötüye kullanması yasaklanmıştır.

¹¹⁰ CRANDALL R. W. (2002), “The failure of structural remedies in Sherman Act Monopolization cases” Microsoft, Antitrust and the New Economy: Selected Essays, s.5.

Ayrıştırma uygulamalarının bireyselleştirilmiş olup olmadığına göre ayrıştırma çözümleri **dar anlamda** ve **geniş anlamda** ayrıştırma olmak üzere ikiye ayrılabilir. Bu bağlamda, **dar anlamda ayrıştırma çözümleri** elektronik haberleşme sektöründe rekabetin artırılması ve belirli rekabet aksaklıklarının önlenmesi için, darboğaz unsurunu kontrol eden teşebbüsün, darboğaz üzerindeki faaliyetleri ile diğer faaliyetlerinin çeşitli seviyelerde ayrılması olarak da tanımlanabilir. **Geniş anlamda ayrıştırma** ise ilgili pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin hâkim durumda olup olmadığına bakılmaksızın, genel ve soyut kurallarla faaliyetlerin belli seviyelerde ayrıştırılması yolu ile ilgili pazarın endüstriyel yapısının belli bir rekabet seviyesinde tutulmaya çalışılmasıdır. Buradaki tasnifte rekabetin tesisi ve korunması amacı ile ayrıştırma çözümlerin getirildiği varsayılmaktadır.

Kavramsal olarak yapısal çözümlerin teşebbüsün endüstriyel yapısında, sahipliğinde ve faaliyetlerinde değişikliklere neden olduğu¹¹¹, davranışsal çözümlerin ise teşebbüse bir anlamda, yapma yapmama veya sona erdirme şeklinde bir borç veya kamu hukuku bağlamında bir yükümlülük, ödev yüklediği bilinmektedir¹¹². Ayrıştırma çözümlerinin yapısal çözümler olduğu, ayrıştırma çözümleri dışında olan elektronik haberleşme sektöründeki diğer çözüm ve yükümlülüklerin davranışsal çözümler içerdiği ve bu çözümlere uyulmaması durumunun idari yaptırımlara bağlandığı görülebilir¹¹³. Bununla birlikte yarı yapısal çözümler denilen, örneğin ilgili pazarda EPG'ye sahip işletmeciye getirilen yerel ağı ayrıştırılmış erişim sağlama yükümlülüğü, erişim sağlama ve iş süreçlerindeki değişiklikleri birlikte gerektirmektedir¹¹⁴.

Ayrıştırma çözümlerinin teşebbüs tarafından rızaen mi yapıldığı yoksa idari-yargısal bir işlemle mi uygulandığına göre ayrıştırma ihtiyari ayrıştırma ve zorunlu ayrıştırma olarak ikiye ayrılmaktadır¹¹⁵. Bu tasnifin yapılmasının sebebi, teşebbüslerin kendi iç işleyişleri, finansal yapıları nedeni ile düzenleyici herhangi müdahale veya yönlendirme olmadan farklı şirketlere veya yapılanmalara gidebilecekleri gibi, düzenleyiciler tarafından ağır yükümlülük veya idari yaptırım tehdidi altında farklı seçenek sunulması sonucunda teşebbüslerin bu seçeneklerden birini tercih etmesi sonucu ayrıştırmanın gerçekleşmesidir¹¹⁶. Ancak ihtiyari ayrıştırma düzenleyiciler tarafından da bir seçenek olarak teşebbüslere sunulabilmektedir. Düzenleyiciler tarafından teşebbüslere ihtiyari ayrıştırma çözümünün seçenek olarak sunulmasının iki gerekçesi olabilir. Bunlar, ayrıştırma çözümünün uygulanması noktasında kanuni yetki boşluklarının bulunması ve zorunlu ayrıştırmaların ayrıştırma kararı verecek merciin teşebbüsün yapısı ve faaliyeti hakkında bilgi eksikliği nedeni ile geri dönülemez zararlardan kaçınmak isteğidir.

¹¹¹ CRANDALL R. W. (2002), s.5; FAULL J. & NİKPAY, A. (2007), EC Law of Competition, Oxford University Press, s. 519.

¹¹² CRANDALL R. W. (2002), s.5; FAULL J. & NİKPAY, A. (2007), s. 519.

¹¹³ OECD, (2011), Next Generation Access Networks And Market Structure, DSTI/ICCP/CISP(2010)5/FINAL, Paris. s.75.

¹¹⁴ KOENİNG, Christian ve diğerleri (2009), s.334-341

¹¹⁵ OECD, (2011), s.75.

¹¹⁶ İtlaia Telecom ve British Telecom fonksiyonel ayrıştırması (GILBERT/TOBIN, (2012) Separation Regulation of Dominant Telecommunications Operators in Today's Legacy Networks and Tomorrow's Next Generation Network,) ile Telecom New Zealand yapısal ayrıştırması (Telecom New Zealand "Stock Exchange Announcement" 31 August 2011, <https://www.nzx.com/files/attachments/145157.pdf>) kısıtlanmış ihtiyari ayrıştırma çeşidi kapsamında ele alınabilecektir.

2.2 Ayırıştırma Çözümlerinde Farklı Modeller

Ekonomi yazınında en genel itibariyle 3 derece ayırıştırma çözüm modeli tanımlanmaktadır¹¹⁷. Bunları;

- *Hesap ayırıştırması*(Accounting Separation),
- *Fonksiyonel ayırıştırma* (Functional Separation),
- *Yapısal ayırıştırma* (Structural Separation), daha önce mülkiyetine sahip olunan faaliyetlerin mülkiyetinin ayrılması

Elektronik haberleşme hukukunda önemli çalışmalara imza atmış olan Martin Cave'e göre ise elektronik haberleşme sektöründe ayırıştırma çözüm modellerinin yedi derecesi bulunmaktadır¹¹⁸. Bunlar:

- *Sahipliğin Ayırıştırması* (Yapısal Ayırım, Ownership Separation)
- *Hukuki Ayırıştırma*
- *Fonksiyonel Ayırım* (Farklı Yönetim)
- *Fonksiyonel Ayırıştırma*
- *Sanal Ayırıştırma*
- *Toptan Departman oluşturma*
- *Hesap Ayırıştırması*

Ayırıştırma modelleri için kullanılan hesap ayırıştırması, hukuki ayırıştırması, fonksiyonel ayırıştırma, yapısal ayırıştırma gibi tanımlar; ayırıştırma kapsamında genel bir mevzuatın olmamasından ve ülke uygulamalarının hibrit çözümlere yönelmesinden dolayı bir belirsizlik içindedir¹¹⁹.

Bu bölümde yer verilen farklı ayırıştırma çözüm modelleri yukarıda ifade edildiği gibi tek tip/model ayırıştırma çözümü niteliğinden değildir¹²⁰. Nitekim uygulanan ayırıştırma çözümleri, rekabet aksaklığına, ayırıştırma amacına ve pazar yapılarına göre ele alınması nedeni ile ayırıştırma çözümlerinin pazar yapılarına göre farklılık göstermesi ayırıştırma çözümlerinin mahiyetinden kaynaklanmaktadır¹²¹. Örneğin İngiltere, İsveç ve İtalya'da uygulanan uygulanan fonksiyonel ayırıştırma çözümleri birbirinden farklılıklar göstermektedir¹²².

¹¹⁷ WALDEN, Ian, (2012), s.32; BEREC, (2011), Guidance on Functional Separation under Articles 13/A and 13b of the Revised Access Directive and National Experiences, s.5; OECD, (2001a), "Restructuring Public Utilities for Competition", s. 31,32 <http://www.oecd.org/regreform/liberalisationandcompetitioninterventioninregulatedsectors/19635977.pdf> Erişim tarihi; 10.01.2013.

¹¹⁸ CAVE, Martin, (2006b), s.91.

¹¹⁹ CRANDALL, Robert W. ve diğerleri, (2010.), s.518 vd; BEREC, (2011), s.5.

¹²⁰ WIK, (2009), Separation of Telstra: Economic Considerations International Experience, s.20.

¹²¹ WIK, (2009), s.20.

¹²² GILBERT/TOBIN, (2012).

2.2.1 Hesap Ayrımı ve Maliyet Muhasebesi Yükümlülüğü

Hesap ayrımı yükümlülüğü 1995 yılından beri AB tavsiye kararlarında yerini almaktadır¹²³. Sözleşme hürriyeti ve mülkiyet hakkına en hafif müdahalede bulunulan ayrıştırma çözüm modelidir. Bu nedenle teşebbüsler açısından en az maliyetli ayrıştırma modelidir. Düzenleyici otoriteler için, pazardaki gelişmelere en çabuk ve kolay uyum sağlayabilen bir çözümdür¹²⁴.

Çoğu zaman **hesap ayrımı**, ilgili pazarda EPG'ye sahip işletmeciler getirilen bir yükümlülüktür¹²⁵. Hesap ayrımı yükümlülüğü elektronik haberleşme sektöründe, AB'de 2002/19/EC sayılı Direktifin 11'nci maddesinde de belirtildiği gibi, ex-ante bir yükümlülük olarak rekabet ihlallerinin tespiti ve daha çok ayrımcılık şeklinde ortaya çıkabilecek olan muhtemel rekabet aksaklıklarının önlenmesi için getirilmektedir¹²⁶.

2002/19/EC sayılı Erişim Direktifinin 11'inci maddesinde;

“(1) Ulusal düzenleyici kurumlar, 8'inci maddeye uygun olarak arabağlantı/erişim yükümlülüklerine özgü bir hesap ayrımı yükümlülüğü öngörebilir.

Ulusal düzenleyici kurumlar, 10'uncu madde kapsamında ayırım gözetmemeye yükümlülüğü getirdiğinde ya da haksız çapraz sübvansiyonun engellenmesinin gerektiği durumlara dikey olarak bütünleşmiş bir şirketin toptan fiyatlarını ve iç transfer fiyatlarını açıklamasına yönelik yükümlülük getirebilir. Ulusal düzenleyici kurumlar esas alınacak şekil ve hesap yöntemini belirleyebilir.

(2) 2002/21/EC sayılı Direktif (Çerçeve Direktifi)'in 5'inci maddesi saklı kalarak, şeffaflık ve ayırım gözetmemeye ilişkin yükümlülüklerin yerinde olup olmadığının teyit edilmesi amacıyla, ulusal düzenleyici kurumlar üçüncü taraflardan kazanılan gelirlere dair bilgiler dâhil olmak üzere bu hesap kayıtlarını isteyebilir. Ulusal düzenleyici kurumlar, ticari gizliliğe ilişkin ulusal kuralları ve Topluluk kurallarını göz önünde bulundurmanın yanında, serbest ve etkin rekabetin olduğu bir pazarın gelişmesini sağlayacağı düşünülen bazı bilgileri de yayımlayabilir.”

hükmüne yer verilmektedir.

Buna göre hesap ayrımı yükümlülüğünün hedeflediği hizmetler;

- *Arabağlantı/erişim yükümlülüğü getirildiğinde söz konusu yükümlülüğe özgü olabilir¹²⁷.*
- *Veya ayırım gözetmeme yükümlülüğünün getirildiği durumlarda toptan hizmet fiyatları ile içi transfer, yani kendisine farklı bir teşebbüsmüş gibi mal sattığında ne kadar*

¹²³ AVRUPA KOMİSYONU, (1995), Kablolu Televizyon Şebekelerindeki Kısıtlamaların Kaldırılmasına İlişkin 18.10.1995 tarihli ve 95/51/EC sayılı Direktif, m.2.

¹²⁴ WALDEN, Ian, (2012), s.34.

¹²⁵ Söz konusu ayrıştırma çözümüne, yükümlülük denilmesinin nedeni 5809 sayılı Kanununun 21'inci maddesinde bu ayrıştırma çözümünün yükümlülük olarak isimlendirilmesidir.

¹²⁶ ITU, (2011), s.44.

¹²⁷ AVRUPA KONSEYİ, 2002/19/EC sayılı Direktif, m.13.

maliyete katlanılacaksa söz konusu maliyete ilişkin kayıtlar ile diğer hizmetler ayrıştırılabilir.

Hesap ayırımı yükümlülüğü öncelikle arabağlantı/erişim yükümlülüklerine tabi faaliyetler için öngörülmüş olup, ilgili pazarda EPG'ye sahip işletmecinin arabağlantı/erişim hizmetlerini ayırım gözetmeksizin alternatif işletmecilere sunumu ile ilgilidir¹²⁸. Erişim yükümlüsü işletmeci tarafından sunulan toptan hizmetler, diğer işletmecilere, ilgili pazarda EPG'ye sahip işletmecinin kendisi veya iştirakleri tarafından kullanılan hizmetlere ile muadil hizmetler sunmak için gereken şartlarda olmalıdır. Bu eşitlik ise erişim yükümlülüklerinin tarifelerinde bakımından hesap ayırımı yükümlülüğü ile sağlanabilecektir¹²⁹.

İlgili pazarda EPG'ye sahip bir işletmeciye hesap ayırımı ve maliyet muhasebesi yükümlülüğü getirilmesi durumunda, düzenlemeye konu hizmetlere ilişkin maliyetlerin muhasebe kayıtlarında nasıl dağıtıldığına ilişkin açıklamalarını düzenleyiciler ve sektör ile paylaşmak zorundadır. Buna raporlama denilmektedir¹³⁰. Raporlama, hesapların ve hesaplarda sabit ve değişken maliyetlerin nasıl dağıtıldığına ilişkin açıklamaların yayımlanması yolu ile sağlanmaktadır¹³¹. Bu şekilde düzenleyiciler ve alternatif işletmecilerce, hesap ayırımı ve maliyet muhasebesi yükümlülüğü getirilen işletmeci tarafından girişilebilecek muhtemel rekabet ihlallerinin tespiti kolaylaşmaktadır¹³². Burada bir nevi ispat külfeti getirilmekte ve ilgili pazarda hesap ayırım yükümlülüğü getirilen EPG'ye sahip işletmecinin maliyetleri dağıtırken yaptığı seçimlerin gerekçelerini tüm ilgili taraflara açıklaması zorunlu hale gelmektedir¹³³.

Ancak hesap ayırımı yükümlülüğünün kamu yararı amacı ile getirilebildiği de görülebilmektedir. Örneğin bir kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesinde, genel olarak net maliyet artı makul kar bulunarak hesaplanmalar yapılmaktadır. İdare tarafından özel kişilere merkezi bütçeden ödeme yapılması gerektiği durumlarda net maliyet artı makul karı aşan miktarlar için ödeme yapılmamaktadır. Bu nedenle temel kamu hizmetlerinin sunulduğu bir paketin hesapları ayrı, bunun yanında sunulan diğer hizmetlerin hesapları ayrı tutulması yöntemi tercih edilebilir. Zira bu şekilde kamu hizmetinin net maliyeti bulunmuş ve merkezi bütçeden özel kişilere bir ödeme yapılması gerekiyorsa, aktarılacak ödeneğin tam olarak doğru bir şekilde hesaplanması hesap ayırımı yükümlülüğü ile sağlanabilmektedir¹³⁴.

Pratikte, elektronik haberleşme sektöründe faaliyette bulunan teşebbüslerin maliyetlerini ayırıştırma konusunda bilgi asimetriği bulunmaktadır. Bilgi asimetriğinden kasıt teşebbüslerin muhasebe ve maliyet bilgileri açısından düzenleyici kurumlardan her zaman daha bilgili olduğu ve hesap ayırımı yükümlülüğünü bu bilgi üstünlüğü kullanılarak sabote edebileceğidir¹³⁵. Hesap ayırımı yükümlülüğü ile aşılacak istenen rekabet aksaklıkları genel itibariyle fiyat temelli rekabet aksaklıklarıdır. Hesap ayırımı ve maliyet muhasebesi

¹²⁸ AVRUPA KONSEYİ, 2002/19/EC sayılı Direktif, m.11.

¹²⁹ NIHOUL, Paul, RODFORD, Peter, 2011, s.273-274.

¹³⁰ NIHOUL, Paul, RODFORD, Peter, 2011, s.276.

¹³¹ ITU, (2011), s.44.

¹³² A.g.e.

¹³³ NIHOUL, Paul, RODFORD, Peter, 2011, s.277.

¹³⁴ Tren Yolu Düzenleme Genel Müdürlüğü Kamu Hizmeti Yönetmeliği m.4.

¹³⁵ WALDEN, Ian, 2012, s.34.

yükümlülüğü getirilerek, yükümlü işletmecinin rekabetçi olan ve rekabetçi olmayan ürünlerinin her biri için katlanılan sabit ve değişken maliyetler, ayrı kontrol veya kuralları olan ayrı hesap sepetlerine paylaşım suretiyle yıkıcı fiyat, fiyat sıkıştırması gibi fiyat temelli rekabet aksaklıklarının önüne geçilebilmektedir¹³⁶.

Maliyet muhasebesi yükümlülüğü, dikey bütünleşik bir teşebbüsün hesap ayrımı yükümlülüğü uygulanırken özellikle bakır altyapı gibi zamanında devlet desteği ile kurulan ve yıllar içinde amorti edilen şebekelerin sabit ve değişken maliyetlerinin hesaplarının ayrıştırılmış faaliyetlerde dağıtılmasını sağlar. Diğer bir işlevi şebeke üzerinden hizmet sunulurken, maliyetlerin iş birimlerine dağıtılmamış olduğundan, hizmet maliyetinin hangi iş birimi üzerinde bırakılması gerekip gerekmediği kararı verilirken kullanılır. Burada örnek vermek gerekirse hesap ayrımı ve maliyet muhasebesi uygulandığı varsayımı altında toptan genişbant hizmetleri ile perakende genişbant hizmetlerinde yerel elektronik haberleşme altyapısını işleten işletmeci kendi içinden toptan hizmet aldığı varsayılarak, kendine verilen hizmetin toptan maliyeti bulunur ve teşebbüsün toptan hesaplarına kaydedilir. Reklam giderleri gibi pazarlama giderleri ise perakende hesaplara kaydedilir. Bunun için maliyet modelleri kullanılarak maliyetler dağıtmakta ve işletmecinin çapraz sübvansiyon yapıp yapmadığı tespit edilmeye çalışılmaktadır. Maliyet muhasebesinin uygulanmasının sebebi, ilgili pazarda erişim yükümlülüğü getirilen yerleşik işletmecinin bakır ağdan aşırı kar elde etmesini önlemek, bunun yerine maliyet artı makul kar elde etmesine izin vermektir¹³⁷. Bu şekilde erişim talep eden diğer teşebbüslerin maliyete yakın fiyatlarla hizmet alması ve pazarda rekabet seviyesinin artması da mümkün hale gelebilecektir¹³⁸. Mahiyetleri gereği diğer ayrıştırma çözüm modellerini hesap ayrımı yükümlülüğünü içerlerinden barındırmaktadır. Ancak maliyet muhasebesi şeklinde bir yükümlülüğün ayrıca ve açıkça getirilmiş olmadıkça, diğer ayrıştırma modellerinde uygulanacağını söylemek mümkün değildir.

2.2.2 Fonksiyonel Ayrıştırma Yükümlülüğü

AB Çerçeve Direktifinin 13/A maddesinde fonksiyonel ayrıştırma “*erişim ürün ve hizmetlerinin toptan pazarda sağlanmasıyla ilgili faaliyetleri gerçekleştiren dikey bütünleşik işletmeciyi, bu hizmetleri bağımsız iş yapan bir iş birimi aracılığıyla yerine getirmesi için yükümlülük getirir. Bu yolla, bu işletmeciyi ilgili ürün ve hizmetlere erişimi, aynı sistem ve süreçler aracılığıyla ve fiyat ve hizmet seviyelerinde, aile şirketi içindeki diğer birimler de dâhil olmak üzere, tüm işletmeciler için sağlamalıdır*” ifadelerine yer verilerek tanımlanmaktadır. Başka bir ifade ile fonksiyonel ayrıştırma **erişim eşitliğinin sağlanması** için darboğaz unsurunun ayrı ve bağımsız bir iş biriminde toplanması ve bu iş biriminin erişim yükümlülüğünü kendi iştiraklerine ve diğer şirketlere tam bir eşitlik içinde verilmesinin sağlanmasıdır.

2009/140/EC sayılı Direktifi'nin 61 sayılı paragrafında, “*etkin bir ayırım gözetmeme yükümlülüğünün başarısız olması ve bahsedilen yükümlülüklerin biri veya birkaçına başvurulması neticesinde makul bir zaman diliminde altyapıya dayalı rekabetin tesisine duyulan ümidin hiç olmaması ya da çok az olması durumunda fonksiyonel ayırım yükümlülüğü*

¹³⁶ ITU, (2011), s.46.

¹³⁷ NIHOUL, Paul, RODFORD, Peter, (2011), s.273.

¹³⁸ NIHOUL, Paul, RODFORD, Peter, (2011), s.273.

uygulanabilir” denmektedir. Bu kapsamda AB nezdinde fonksiyonel ayrıştırma çözümü ayrımcılık davranışlarına yönelik olarak, AB elektronik haberleşme mevzuatında yer alan özellikle ayırım gözetmeme yükümlülüğünün yetersiz kalması halinde uygulanabilecek yardımcı bir araç olması gerektiği dile getirilmiştir¹³⁹. Fonksiyonel ayrıştırma yükümlülüğü, sektörel düzenlemelerin yetersiz kaldığı durumlarda söz konusu yükümlülüklerin tamamlanması için getirilmektedir¹⁴⁰.

Fonksiyonel ayrıştırma genellikle “Erişimin Eşitliği” kavramıyla çerçevesinde incelenmektedir¹⁴¹. Bu kapsamda iki tip eşitlikten söz edilmektedir:

- **Girdi Eşitliği:** Yerleşik işletmeci tarafından, perakende pazarda sunulan aşağı yönlü hizmetlerde, rakiplere sağlanan girdilerin kullanılmasıdır. **Dolayısıyla ürün geliştirme süreci tamamen eşittir.**
- **Çıktı Eşitliği:** Yerleşik işletmeci tarafından alternatif işletmecilere sunulan erişim ürünleri, işlevsellik ve fiyat açısından kendi perakende iş birimine sağlanan ürünler ile karşılaştırılabilir. Ancak aynı girdiler kullanılmadan, eşit ürün sunulmaya çalışılmaktadır.

Girdi ve çıktı eşitliği birbiri ile irtibatlandırılacak şebekelerin uyumu ile ilgili bir konu olup, eski şebekelerde uyum daha az olacağı varsayımında çıktı eşitliği, yeni nesil şebekeleri ise IP (Internet Protocol) tabanlı olduğu ve birbirine uyumlu olduğu varsayımı altında girdilerin eşitliği ilkesi kabul edilmektedir¹⁴². Örnek olarak İngiltere’de British Telecom (BT) ilk durumu uygularken, İtalya’da ikinci durum uygulanmıştır. Bununla birlikte İtalya’da alternatif işletmeciler tarafından kullanılan sistem ve süreçler Telekom İtalya’nın perakende seviyede kullandığı ile aynıdır¹⁴³.

Fonksiyonel ayrıştırma çözümü istisnai uygulanan bir araçtır. Başka bir ifade ile diğer yükümlülüklerin etkin rekabetin tesisi için yeterli olmadığı, yerleşik işletmecinin rekabet aksaklığına neden olan uygulamalarının önüne geçilemediği durumlarda kullanılabilir. Fonksiyonel ayrıştırmanın istisnalığının sağlanabilmesi için AB tarafından üye ülkelerin elektronik haberleşme hizmeti veren teşebbüslere fonksiyonel ayrıştırma yükümlülüğü getirebilmelerini sıkı şekil şartlarına bağlanmıştır¹⁴⁴.

Fonksiyonel ayrıştırma çözümünün uygulanması aşamasında bazı kısıtlar mevcuttur. Bu kısıtlar, darboğazın tanımlanması, işletmecinin yönetim birimlerinin ayrıştırılması ve bilgi paylaşımının ayrımcılığa neden olmayacak şekilde sınırlandırılması aşamalarında kendilerini göstereceklerdir¹⁴⁵.

¹³⁹ ERG, (2007), p.9-10.

¹⁴⁰ ERG, (2007) 44. ERG opinion on functional seperation. European Regulators Group.

¹⁴¹ BEREC, (2011), s.4

¹⁴² BEREC, (2011), s.7-8

¹⁴³ BEREC, (2011), s.8

¹⁴⁴ AVRUPA KONSEYİ, 2009/140/EC sayılı Direktif, p.60; AVRUPA KONSEYİ, 2002/19/EC sayılı Direktif, m.13.

¹⁴⁵ TEZEL, Fatih, (2011), Öncül Düzenleme Aracı Olarak Pazar Analizleri ve Yükümlülüklerin Rekabet Açısından Değerlendirilmesi, Uluslararası Örnekler ve Türkiye İncelemesi, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Uzmanlık Tezi, Ankara, s. 131.

ERG'ye (European Regulatory Group) göre fonksiyonel ayrıştırmanın unsurları, fonksiyonların ayrıştırılması, markanın ayrıştırılması, çalışanların ayrıştırılması ve bilginin ayrıştırılmasıdır¹⁴⁶. ARCEP (Autorite de Regulation des Communications Electroniques et des Postes) ve OFCOM (Office of Communications) buna stratejilerin, finansmanın ayrıştırması ile bu mekanizmaların izlenmesini eklemektedir¹⁴⁷. Söz konusu unsurlar dikkatli bir şekilde incelendiğinde, aslında bağımsız işbiriminin karar alma süreçleri, finansman ve çalışanları ile bağımsızlığı, haksız rekabete neden olabilecek bilgi akışının önlenmesi, şeffaflık ilkelerinden çıkartılan unsurlar olduğu görülmektedir. Bunların özeti ise fonksiyonel ayrıştırmaya tabi biriminin bağımsız bir teşebbüs gibi hareket etmesinin sağlanması gibi düşünülebilir. Ancak ayrı bir teşebbüsten ve ticari tüzel kişilikten farklı olarak örneğin fonksiyel ayrıştırma konusu teşebbüsün mali tabloları ana teşebbüsün onayına sunulabilmektedir. Nitekim aynı kontrol yapısı altında bulunan iştiraklerin ticari politikalarının belirlenebilmesi mülkiyet ve teşebbüs hürriyetinin en temel gereksinimlerindedir. Fonksiyonel ayrıştırmanın unsurlarına aşağıda değinilmektedir.

2.2.2.1 Fonksiyonların ayrıştırılması

Fonksiyonların ayrıştırılması, ayrı bir iş birimi kurularak ayrıştırma konusu ürünlerin, bu ürünler darboğaz unsuru olmalıdır, kurulan ayrı işbirimi çatısı altında sağlanmasıdır. Başka bir ifade ile genellikle Avrupada uygulanan yöntemde yerel erişim şebekesi üzerinden sunulan şirket faaliyetlerin ayrı bir teşebbüs gibi örgütlenerek diğer faaliyetlerden ayrılmasıdır.

Elektronik haberleşme sektöründe faaliyet gösteren işletmecilerin hizmetleri, son kullanıcılara hizmet sunulup sunulmadığına göre sınıflandırılırsa, son kullanıcılara sunulan hizmetler perakende hizmetler sınıfında, diğer işletmecilere sunulan hizmetler ise toptan hizmetler kapsamında kalmaktadır. Toptan hizmetler ise şebekenin son kullanıcıya kadar olan kısmı itibariyle sınıflandırılırsa, şebekenin santrallerden son kullanıcıya kadar olan kesimi yerel erişim şebekesi, santraller arası veya diğer şebeke kısımları ise toptan hizmetler olarak sınıflandırılabilir. Bu kapsamda fonksiyonel ayrıştırmada, ayrıştırılan fonksiyon veya faaliyet toptan hizmetlerden olan yerel erişim şebekesi üzerinden sunulan hizmetlerdir.

Yerel erişim şebekesinin ayrı bir işbirimi kurularak örgütlenmesinin nedeni şebekenin bu kesiminin yatırım maliyetleri gibi bir dizi nedenden dolayı darboğaz özelliği taşımasıdır. Sabit şebekede fiyat temelli ve fiyat dışı rekabet aksaklıkların en fazla yerel erişim şebekesi üzerinden sunulan hizmetlerde görülmektedir. Yerel erişim şebekesi üzerinden sunulan faaliyetleri yürütecek ayrı bir işbiriminin kurulması ilgili pazarda EPG'ye sahip işletmecinin kendi perakende iş birimi ile alternatif işletmecilere erişim şebekesi üzerinden sunacağı darboğaz niteliğinden erişim ürünlerini ayırım gözetmeksizin tam bir eşitlik içinde sunmasını sağlanması için güçlü bir hukuki araç olabilecektir. Bu hali ile fonksiyonların ayrıştırılması erişim yükümlülüğünü güçlendirmektedir.

¹⁴⁶ ERG, (2007) 44. ERG *opinion on functional seperation*. European Regulators Group.

¹⁴⁷ ARCEP, (2007), Functional Separation: pros and cons La Lettre De L'autorité De Régulation Des Communications Électroniques Et Des Postes.

2.2.2.2 Çalışanların ayrıştırılması

Fonksiyonel ayrıştırmanın etkin olarak uygulanabilmesi için darboğaz unsurunun ayrıştırılması sonucu elde edilen birim ile ana teşebbüs bünyesindeki diğer birimlerinin yönetim kadrosunun¹⁴⁸ ve çalışanlarının fiziki ve menfaat ilişkisinin kesilmesi gerekmektedir. Yönetim kadrosunun bağımsızlığının sağlanması için **çift görev alma yasağı**, yönetim kadrosunun tarafsızlığının sağlanması için gurup şirketlerinin **hisse senetlerinin alma yasağı** ve **iş güvencesi gibi tedbirlere** başvurulması gerektiği, bununla birlikte hukuk, muhasebe gibi yardımcı hizmetlerin ayrıştırılmasının fonksiyonel ayrıştırma için gerekli olduğu ifade edilmiştir¹⁴⁹. Bunun yanında çalışanların ayrıştırılması ile ilgili olarak İngiltere Openreach örneğinde çarpıcı bir şekilde, müdürler ve üst kademenin ödül sistemi Openreach başarısına bağlanmıştır¹⁵⁰. Ana teşebbüsün genel karlılığı üzerinden değil, fakat Openreach olarak örgütlenen yerel erişim şebekesinin performansı ve karlılığı üzerinden ödül sistemi yapılandırılarak, yerel erişim şebekesinin alternatif işletmeciler dâhil daha verimli kullanımı teşvik edilmektedir. Bunun tamamlayıcısı olarak, gurup şirketi olan BT'nin karlılığı nedeni ile yöneticiler ödül almaları yasaklanmıştır.

2.2.2.3 Bilgilerin ayrıştırılması

Fonksiyonel ayrıştırmada, "**Hassas ekonomik bilgiler**"in ana teşebbüsün diğer iş birimleri ile paylaşımının önlenerek, haksız rekabetin engellenmesi, bu yolla alt pazarlardaki alternatif teşebbüslerin, hâkim teşebbüsün iştiraki ile adil olarak rekabet edebilmelerinin sağlanması amaçlanmaktadır. "Hassas ekonomik bilgiler" ile ifade edilmek istenilen diğer şirketin müşteri kazanması için gerekli olan bilgilerdir¹⁵¹. Bu bilgiler arasında örneğin, müşterinin iletişim adresi, sözleşmesinin son bulma tarihi gibi bilgiler sayılabilecektir. Hassa ekonomik bilgilerin ayrıştırılmaması durumunda ilgili toptan pazarda hakim durumdaki teşebbüsün toptan seviyede hizmet sunduğu işletmecilerin toptan hizmet bilişim sistemlerine girdikleri veriler ile hizmet sağlayıcısını değiştirme aşamasında olan kullanıcılara ulaşılarak, daha cazip tekliflerle bu kullanıcının hakim teşebbüsün iştirakinden hizmet almasının sağlanması şeklinde örneklendirilebilecek haksız rekabet uygulamalarının önüne geçilmesinin sağlanması açısından önemlidir.

Hassas ekonomik bilgiler arasında hâkim durumdaki teşebbüsün veya rakiplerinin yatırım planları da katılabilir. Nitekim erişim şebekesinin kullanılması ile yeni bir işmodeli geliştirme aşamasında olan rakiplerin, sistem ve süreçlerdeki hareketlerinin üst pazarda faaliyet gösteren ana teşebbüs birimine raporlanması ile haksız bir rekabet avantajı kazanılması sağlanabilir.

Teşebbüsün kendi içerisindeki yatırım planlarında eşitlik konusunda ise özellikle pazar analizleri boyutu ile yükümlülüklerin getirildiği izlenmektedir. Örneğin yeni nesil erişim şebekelerinin kurulması son 10 yılda en çok üzerinde durulan ve hâlihazırda tamamlanma aşamasına gelen konulardan biridir. Bu noktada ilgili pazarda EPG'ye sahip işletmeci,

¹⁴⁸ Yönetim kadrosu şirketin politikalarının belirlenmesi, dışa karşı temsili ve yapılandırmasında karar verici birimler olarak anlaşılması gerekir.

¹⁴⁹ Bu paragraf **KENT**, Bülent, (2012), Türk ve Alman Hukukunda Elektrik Piyasasının Düzenlenmesi ve Düzenleyici Kurumları, Adalet Yayınevi, Ankara, s.88-90'dan yararlanılarak yazılmıştır.

¹⁵⁰ **BT GROUP PLC**, 2008, Annual Report.

¹⁵¹ **KENT**, Bülent, (2012), s.92-93

fonksiyonel ayrıştırma konusu işletmeci ile örtüşmektedir. İlgili pazarda EPG'ye sahip işletmeci ise yerleşik işletmeci ve fiber dönüşümü gerçekleştirmesi beklenen işletmeci olmaktadır. Bu noktada genellikle ilgili pazarda EPG'ye sahip işletmecinin erişim şebekesini işleten biriminin kurulumunu sürdürdüğü yeni nesil erişim şebekesi hakkında bilgileri perakende pazarda faaliyet gösteren iştiraki ile alternatif işletmecilere eşit bir şekilde ulaştırılması gerekir. Aksi takdirde fonksiyonel ayrıştırmadan beklenen fayda ve etkinlikler sağlanamayacaktır. Bu noktada, ilgili pazarda EPG'ye sahip işletmeciye, perakende seviyede faaliyet gösteren tüm teşebbüslerin eşit seviyede bilgi almasını teminen bakırdan fibere geçiş politikasını, yeni kurulan fiber şebekelerin hangi son kullanıcı lokasyonlarına kadar ulaştığını gösterir haritalarını ve dönüşüm için iş planı takvimini perakende seviyede faaliyet gösteren teşebbüsler ile paylaşması yükümlülüğü getirilmektedir. Ayrıca, ilgili pazarda EPG'ye sahip işletmeci tarafından yapılacak paylaşımlarda, özellikle iş planı paylaşımları, makul bir süre öncesinden yapılması gerekir. Zira ilgili pazarda faaliyet gösteren tüm kendi yatırımlarını ve iş planlarını yeni kurulan fiber şebekelere uyumlu hale getirerek ilgili pazarda EPG'ye sahip işletmecinin iştiraki ile etkin bir şekilde rekabet edebilecekleri şekilde ayarlamalarına imkân tanınmalıdır.

İlgili pazarda EPG'ye sahip işletmecinin hassas ekonomik bilgileri kullanarak “ilk giren avataji” veya haksız rekabet avantajı elde etmesini önlemek için, hassas ekonomik bilgilerin paylaşılmasını önleyici, Çin Seddi olarak tabir edilen uygulamalarla bilgi paylaşımı kısıtlamalarına gidilmektedir. Bilgi ayrıştırmasında **Çin Seddi** olarak da isimlendirilen yöntemde ana teşebbüste ayrıştırılan birimler raporlama, bir araya gelme, toplantı yapma yasağı gibi kısıtlamalara maruz bırakılmakta ve ayrıştırılan birimler arası bilgi paylaşımının önüne geçilmeye çalışılmaktadır¹⁵². Erişim, faturalama, arıza müdahale sistemleri gibi bilgi paylaşım arayüzleri boyutu ile ana teşebbüs ile ayrıştırma konusu teşebbüs sistemlerinin birbirinden ayrılması gerekir. Örneğin yerel erişim şebekesindeki birimin kendisine ait sistemlerinin kurulması bilgi ayrıştırmasında en yüksek seviyedeki tedbirlerdendir. Çin Seddi uygulaması bilgi akışının önlenmesi için çalışma binalarının ve yönetimin ayrılmasını, toptan seviyede bir ayrıştırma olduğu için fonksiyonel ayrıştırma modelinde görülmesi beklenmese bile özellikle müşteri ve çağrı merkezleri gibi kullanıcı ile iletişim halinde olunan platformların da ayrılmasını gerektirmektedir¹⁵³.

2.2.2.4 Finansal yapının ayrıştırılması

Finansal yapının ayrımı bütçenin ayrımını beraberinde getirmektedir. Ayrıca finansmanın nereden, nasıl yapılacağı ve harcamanın nereye yapılacağı da bu konuda fonksiyonel ayrıştırmanın olmazsa olmaz unsurlarıdır. Aksi takdirde teşebbüs tarafından bağımsız iş biriminin kararlarına etki edilebilecektir.

Finansal ayrıştırma aynı zamanda hesap ayrımını gerektirmektedir. Ana teşebbüs ile bağımsız birim ile teşebbüsün diğer birimleri arasında hesapların ayrılması gerekir. Nitekim alınan toptan ürünlerin maliyetleri ve yatırım maliyetleri perakende işbirimine sunulan hizmet bedelleri şeffaf bir şekilde perakende seviyede faaliyet gösteren tüm teşebbüsler ile paylaşılmalıdır.

¹⁵² BEREK, (2011), s.16

¹⁵³ BEREK, (2011), s.16

2.2.2.5 Ticari politika ve stratejilerin ayrıştırılması

Fonksiyonel ayrıştırılmış iş birimi ile ana iş birimi arasındaki ilişkide **emir ve talimat verme yasağı** bulunmaktadır. Bununla birlikte ana iş birimi fonksiyonel olarak ayrıştırılan iş biriminin mali tablolarını onaylayabilmektedir¹⁵⁴. Mali tabloların onaylanması ana iş biriminin fonksiyonel ayrıştırılmış iş biriminin **ticari politikalarını belirleyebildiğini** göstermektedir.

2.2.2.6 Şeffaflık mekanizmaları

Fonksiyonel ayrıştırma yükümlülüğün yerleşik işletmeci ile pazardaki diğer teşebbüsler arasında son kullanıcılara hizmet verme noktasında tam bir eşitlik sağlanması için getirildiği daha önce belirtilmiştir. Ancak bu amacın gerçekleşip gerçekleşmediği ancak şeffaflık mekanizmalarının kurulması ile mümkün olabilecektir. Söz konusu mekanizmalar ile diğer teşebbüsler kendilerine karşı ayrımcı bir davranışın olup olmadığını kontrol edebilecek ve pazarda otonom bir denetim mekanizması kurulacaktır. Bu nedenle toptan olarak verilen hizmetlere ilişkin hizmet kalitesi raporlamalarının yapılarak toptan hizmet alan teşebbüslere bu raporların açılması gerekmektedir. Söz konusu raporlar hizmetlerin hangi işlemecilere hangi sürelerde sağlandığı, hangi hizmetlerin hangi gerekçeler ile reddedildiği gibi unsurları içerecektir.

Fonksiyonel ayrıştırma yükümlülüğünü diğer ayrıştırma çözümlerinden ayrılan ve ona tipiklik kazandıran noktalar aşağıdaki şekilde sayılabilir¹⁵⁵:

- *Öncelikle rekabet aksaklığı bulunan şebeke birimi (darboğaz), şebekenin diğer kısımlarından yönetim anlamında farklı bir iş birimi olarak ayrılmakta, bu ayrım ise pazardaki alternatif işletmecilere rekabet aksaklıklarının bulunduğu şebeke bölümündeki hizmetlerin eşit bir şekilde sunulmasını teminen yapılmaktadır. Örneğin alternatif işletmecinin erişim şebekesi ayrı bir iş birimi içerisinde, transmisyon şebekesi ve perakende satış kısmı ise ayrı bir iş birimi içerisinde örgütlenmektedir.*
- *Çoğunlukla yerleşik işletmeciye getirilen erişim yükümlülüğüne ile doğrudan ilgili bulunmakta ve erişim yükümlülüğünü tam bir eşitlik içinde sunulmasına yöneliktir. Fonksiyonel ayrıştırma yükümlülükleri ile sektörel düzenlemeler arasında doğrudan bir ilişki bulunmaktadır.*

Fonksiyonel ayrıştırmada ayrı bir birimin hukuki statüsünün nasıl olması gerektiği konusunda bir belirsizlik olabilir. Ancak hukuki görünümünden ziyade bağımsız olarak kurulan işbiriminin ana teşebbüsten tam ticari bağımsızlığının sağlanarak bilgi akışının önlenmesi önemlidir.

Bu kapsamda, fonksiyonel ayrıştırmada ayrıma tipiklik veren unsurlar;

- *Ticari faaliyetlerinde darboğaz unsurunun bağımsız bir iş birimi olarak kurulması*
- *Bağımsız iş birimleri için ayrı lokasyonlarda işyerlerinin hazır edilmesi,*
- *Bağımsız iş birimlerinin ayrı yönetimlerinin olması,*

¹⁵⁴ KENT, Bülent, (2012), s.89-90

¹⁵⁵ ERG, (2007),

- *Bağımsız iş birimlerine ayrı işgücünün tahsis edilmesi,*
- *Bağımsız iş birimlerinin bilgi alışverişinde bulunmayacak şekilde yapılanması,*
- *Bağımsız iş birimlerinin iş destek yazılımları gibi yardımcı operasyon destek sistemlerinin ayrı veritabanlarında bağımsız olarak tutularak bilgi akışının engellenmesi,*
- *Nihayet bağımsız iş birimleri için farklı bir markaların kullanılması*

Bu unsurlar arasında sayılmaktadır¹⁵⁶.

Bağımsız iş biriminin ayrı bir tüzel kişilik olarak kurulması şart koşulmasa da bu şartlar altında Türkiye’de bu yükümlülüğün uygulanması için yerel erişim şebekesini işleten iş biriminin ayrı bir tüzel kişilik altında kurulması daha pratik olacaktır.

2.2.2.7 Fonksiyonel ayrıştırma türleri

2009 yılında 2009/140/EC sayılı Direktif ile 2002/19/EC sayılı Erişim Direktifinin 13’üncü maddesine fonksiyonel ayrıştırma yükümlülüğü eklenmiştir. Söz konusu yükümlülük 13/A maddesinde zorunlu fonksiyonel ayrıştırma 13/b maddesinde ise gönüllü fonksiyonel ayrıştırma olarak ikiye ayrılmıştır. Bir ulusal düzenleyici kurum, ilgili pazarda EPG’ye sahip bir işletmeciye fonksiyonel ayrıştırma yükümlülüğü getirmeyi düşündüğünde bu yükümlülüğün uygulanması Komisyon’un iznine tabidir¹⁵⁷. Söz konusu izin için gereken işlemler şunlardır:

- *Pazarı analizi aşaması: İlgili pazarda yapılacak pazar analizi neticesinde Erişim Direktifi’nin 9 ila 13’üncü maddesine kadar uygulanan yükümlülüklerin sonucunda etkin rekabetin tesis edilemediği sonucuna varılmalı (madde 13/A(1)).*
- *Ölçülülük analizi: Madde 13/A(2)’de belirtilen a, b, c ve d fıkralarında yer alan analiz yapılır. Bu analiz Komisyon’a önerinin temelini oluşturur.*
- *Yükümlülüklerin ortaya konması ve taslak tedbir aşaması: Taslak ölçüm, madde 13/A(3)’ün a-f fıkralarında yer alan tüm öğeleri içermeli.*
- *Komisyon’a öneri aşaması: Erişim Direktifi’nin 8(3) maddesinin ikinci paragrafında belirtilen prosedürlere uygun olarak Komisyon’a sunulur.*
- *Tavsiye Aşaması: Komisyon ulusal düzenleyici otoritenin öneri ve taslak tedbiri değerlendirir. BEREC ve Cocom (Communications Committee, AB Haberleşme Komitesi) Komisyon’a söz konusu teklif ile ilgili görüşlerini bildirir. Komisyon, BEREC ve Cocom’un görüşlerini azami derecede göz önünde bulundurarak, kararını ulusal düzenleme otoritesine bildirir.*
- *Düzenleyici yükümlülükler ile sınırlı olarak düzenleyici etki analizi aşaması: Ulusal düzenleme otoritesi Çerçeve Direktifi’nin 16’ncı maddesindeki prosedürleri takip ederek ayrılaştırılmış erişim ürünleriyle ilgili düzenli pazar analizi yapar. Bu analiz, mevcut EPG yükümlülüklerinin yeni uygulanan fonksiyonel ayırım ile beraber nasıl var olacağını değerlendirmek içindir.*
- *Fonksiyonel ayrıştırmayı düzenleme olarak iktisap etme aşaması: Yukarıdaki değerlendirmelerden sonra ulusal düzenleme otoritesi Çerçeve Direktifi’nin 6 ve*

¹⁵⁶ CAVE, Martin, (2006b), s.95.

¹⁵⁷ AVRUPA KOMİSYONU, 2002/19/EC sayılı Direktif, m 13/A(1);

7'inci maddelerine uygun olarak yükümlülüğe karar verebilir, mevcut durumu sürdürülebilir, değiştirebilir ya da yükümlülükleri kaldırabilir.

2002/19/EC sayılı Direktifin 13/b maddesine göre, EPG'ye sahip olan işletmeciler gönüllü ayrıştırma için ulusal düzenleyici otoritelerine başvurabilir. Söz konusu başvuru iki model şeklinde yapılmalıdır. Bunlar;

- *Farklı mülkiyet altındaki farklı tüzel kişiliklere yerel erişim şebekesi varlıklarını veya bunun esaslı kısmını devretme,*
- *Kendi birimi dahil tüm perakende hizmet sağlayıcılar için “tam eşit erişim ürünleri” sağlamak için ayrılmış bir iş birimi kurma*

şeklinde sayılabilir¹⁵⁸. Bu şekilde gönüllü fonksiyonel ayrıştırmanın bir türü olarak yapısal ayrıştırmanın da öngörüldüğü görülmektedir.

Gönüllü fonksiyonel ayrıştırma halinde ulusal düzenleyici kurumların rolü yeni yükümlülüklerin gerekip gerekmediği veya ilgili pazarda, pazar analizleri ile getirilen mevcut yükümlülüklerin devam etmesinin, değiştirilmesinin veya kaldırılmasının gerekip gerekmediğinin değerlendirilmesi için ilgili pazarlarının birlikte incelenmesinden ibarettir. Ayrıca gönüllü fonksiyonel ayrıştırmada da zorunlu fonksiyonel ayrıştırmadakine benzer sıkı bir şekil şartı bulunmaktadır¹⁵⁹.

Fonksiyonel ayrıştırmanın hukuki ayrıştırmadan bir takım farklılıkları vardır.

- *Bunlardan biri, fonksiyonel ayrıştırmanın konusunu darboğaz unsurlarını içeren şebeke kısmı oluşturmaktadır. Hukuki ayrıştırmada ise bu şekilde bir zorunluluk bulunmamaktadır.*
- *Başka bir fark, fonksiyonel ayrıştırmada iş biriminin bağımsızlığının sağlanması için darboğaz üzerinden sunulan hizmetlerin farklı tüzel kişiliklerin elinde toplanma zorunluluğunun olmamasıdır.*
- *Diğer bir fark ise fonksiyonel ayrıştırma yükümlülüğünün erişim hizmetlerinde ayırım gözetmeme yükümlülüğünü tamamlamak için geliştirilmiş olmasıdır. Bu nedenle ayırım gözetmeme yükümlülüğü ile arasında öncelik-sonralık ilişkisinin olduğu, öncelikle ayırım gözetmeme yükümlülüğünün getirilmesi, söz konusu yükümlülüğün etkin rekabetin tesisinde başarılı olamaması durumunda fonksiyonel ayrıştırma çözümünün getirilmesi gerektiği söylenebilir.*

Fonksiyonel ayrıştırmanın yapısal ayrıştırmadan farkı ise kontrol unsurunun değişmemesi ve erişim birimi ile diğer birimlerin aynı kontrol yapısı içerisinde örgütlenebilmesidir.

Türk elektronik haberleşme hukukunda fonksiyonel ayrıştırmaya yer verilmemiştir. Her ne kadar 2009 yılında AB tarafından çıkartılan 2009/140/EC sayılı Direktif ile 2002/19/EC sayılı Direktife eklenen 13/A ve 13/b maddelerinde zorunlu ve ihtiyari fonksiyonel ayrıştırmaya yer verilmiş ve üye devletler tarafından 2011 yılına kadar bu düzenlemeleri kendi iç hukuklarına

¹⁵⁸ BERECE, (2011), s.22

¹⁵⁹ BERECE, (2011), s.24.

geçirmeleri gerektiği belirtilmişse de Türkiye’de henüz söz konusu düzenlemeler iç hukuka yansıtılmamıştır.

2.2.3 Hukuki ayrıştırma

Hukuki ayrıştırma, elektronik haberleşme sektöründe aynı teşebbüs bünyesindeki farklı faaliyetlerin ayrı tüzel kişilikler şeklinde örgütlenmesi anlamına gelmektedir¹⁶⁰. **Hukuki ayırım** rekabetçi ve rekabetçi olmayan faaliyetlerin **farklı tüzel kişilerin altında** toplanmasıdır. Buradaki ayrıştırma çözümüne tipikliğini veren unsur belirlenen hizmet veya şebeke kısımlarının farklı tüzel kişilikler altında faaliyette bulunulmasıdır. “Farklı tüzel kişilikler” ticari şirketler bağlamında belirli ticari faaliyetlerin Türkiye’de 13.01.2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümleri kapsamında farklı ticari şirketler şeklinde teşkilatlanmasını ifade edecektir. Elektronik haberleşme sektöründe bu durum internet hizmetleri ile diğer hizmetlerin veya mobil elektronik haberleşme hizmetleri ve diğer hizmetlerin farklı tüzel kişilikler altında toplanması şeklinde ortaya çıkmıştır.

Belirli faaliyetlerin farklı tüzel kişilikler altında teşkilatlanmış olmasına rağmen hukuki ayrıştırma çözümünde “kontrol unsurunun değişmemesi” ayrıştırma çözümüne tipikliğini veren bir unsur olduğu göz önünde bulundurulduğunda ekonomik anlamda pazar gücünde bir değişiklik meydana gelmeyeceği söylenebilecektir. Ancak elektronik haberleşme sektöründe paket ve bağlı satışların¹⁶¹ son dönemde tek hizmet satışlarının önüne geçmeye başlaması nedeni ile hukuki ayrıştırmanın pazar gücünü önemli ölçüde kısıtlayan bir müdahale haline geldiği söylenebilecektir.

Hukuki ayrıştırmanın diğer ayrıştırma çözümleri ile ilişkisine bakıldığında hukuki ayrıştırma mahiyeti gereği bünyesinde hesap ayrıştırmasını barındırmaktadır¹⁶². Ayrıca mülkiyetin tek bir kontrol altında kalması nedeni ile yapısal ayrıştırma çözümünden daha hafif bir ayrıştırma çözümüdür.

Hukuki ayrıştırmanın hangi unsurları kapsamaması gerektiği konusunda çok fazla çalışma yapılmamıştır. Ancak yukarıda fonksiyonel ayrıştırma bölümünde belirtilen Çin Seddi uygulamaları, bilgi akışını önlenmesi, personelin ayrılması gibi önlemlerin hukuki ayrıştırma için de geçerli olması gerekir. Aksi taktirde şeffaflık ve ayırım gözetmemenin sağlanması için getirilen çözümlerin etkinliğinden bahsetmek mümkün değildir.

2.2.4 Yapısal Ayrıştırma

Yapısal ayrıştırma elektronik haberleşme sektöründe bir teşebbüs bünyesinde yer alana faaliyetlerin kontrol yapısının değiştirilerek, faaliyetlerin farklı teşebbüsler altında sürdürülmesi anlamında kullanılmaktadır. Burada ticari işletmelerin mülkiyeti de el değiştirmekte ayrıştırmaya konu hizmetler, tamamen birbirinden bağımsız şirketler tarafından sunulmaktadır. Yapısal ayrıştırmada genellikle elektronik haberleşme sektöründe darboğaz mahiyetinde olan yerel erişim şebekesi birimi sahipliğinin diğer faaliyetlerden koparılması

¹⁶⁰ ŞAHİN, Selen Yerensu, (2012), s.10.

¹⁶¹ Ses, görüntü ve veri hizmetlerinin aynı tarife paketi kapsamında son kullanıcılara sunulması katedilmektedir.

¹⁶² EROĞLU, Muzaffer, (2010), Enerji Sektöründe Ayrıştırma Uygulamaları, Rekabet Dergisi, 2010, 11/1: 109-148 s.138

veya daha doğru bir ifade ile “**kontrol yapısının**” ayrıştırılması ile mümkün olmaktadır. Ayrıştırma çözümüne tipikliğini veren unsur belirlenen hizmet veya şebeke bileşeninin sahipliğin/mülkiyetinin değişerek ayrı bir teşebbüse geçmesidir.

2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ’in 5’nci maddesinin ikinci fıkrasında kontrol kavramı;

“...ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla meydana getirilebilir. Bu araçlar özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tamamı ya da bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkı, bir teşebbüsün organlarının oluşumunda ya da kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmelerdir. Kontrol, hak sahipleri ya da bir sözleşmeye göre hakları kullanmaya yetkili kılınmış olan veya böyle bir hak ve yetkisi olmamakla birlikte fiilen bu hakları kullanma gücüne sahip olan kişiler veya teşebbüsler tarafından elde edilebilir.”

ifadelerine yer verilerek tanımlanmıştır. Bu tanıma göre kontrol kavramı hukuken veya fiilen bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama imkânıdır. Belirleyici etki özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tamamının veya bir kısmının sahipliği, teşebbüsün yönetim kurulu, genel kurul gibi organlarının oluşumu, teşebbüs yönetim ve kararı üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar anlamına gelmektedir¹⁶³. Kontrol unsurunun değişip değişmediği bir çok ölçüt kullanılarak tespit edilmekle birlikte, doğru bir değerlendirme yapılabilmesi için somut olayın özelliğine göre hareket edilmesi gerekmektedir.

Elektronik haberleşme sektöründe yapısal ayrıştırmanın dünyada az sayıda örneği bulunmaktadır. Burada çarpıcı olabilecek iki örnekten bahsedilecektir. Bunlardan bir Amerika Birleşik Devletleri’nde (ABD) 1984 yılında gerçekleşen **American Telephone and Telegraph Company’nin** (AT&T) ayrıştırılmasıdır. Ayrıştırma konusu yerel telefon hizmetleri ile uzak mesafe telefon hizmetleridir. Bir diğer ise 2007 yılında Moğolistan’da uygulanan yapısal ayrıştırma. Söz konusu ayrıştırma ayrıştırmaya konu faaliyetler perakende hizmetler ile toptan hizmetlerdir. Toptan hizmetlerde erişim şebekesi ve transmisyon şebekesi bulunmaktadır. Ancak söz konusu ayrıştırma 2008 yılında ayrıştırılan şirketlerin zarar etmeye başlaması ile sona erdirilmiştir¹⁶⁴.

Buraya kadar sayılanlar zorunlu yapısal ayrıştırma örnekleridir. Avusturalya ve Yeni Zelanda’da ise bir nevi ihtiyari yapısal ayrıştırma uygulanmıştır. Avusturalya ve Yeni Zelanda’da fonksiyonel ayrıştırma ile başlayan sürecin daha sonra gönüllü yapısal ayrıştırma ile son bulmuştur¹⁶⁵. Avusturalya ve Yeni Zelanda’da YNŞ kurulmasının hızlandırılması için getirilen fonksiyonel ayrıştırma çözümünün yatırımlar üzerinde arttırıcı bir etkisinin olmadığı görülmesi ardından, ayrı teşebbüsler altında yürütülen faaliyetlerde teşebbüslerin kârlılık amacı ile hareket edeceğinden kendi faaliyetlerine daha fazla yatırım yapacakları gerekçesi ile darboğaz unsurunun ana teşebbüsün diğer faaliyetlerinden ayrılmasının gerektiği sonucuna varılmıştır. Ancak buradaki ihtiyarilik, yarı ihtiyari denilebilecek bir iradedir. Zira söz konusu

¹⁶³ GÜVEN, Pelin, (2008), Rekabet Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, s. 388.

¹⁶⁴ <http://www.ictregulationtoolkit.org/en/toolkit/notes/PracticeNote/3149>

¹⁶⁵ <http://www.ictregulationtoolkit.org/en/toolkit/notes/PracticeNote/3290>

ülkelerde hükümetler tarafından yapılan analizler sonucunda, yapısal ayrıştırma yükümlülüğünün kabul edilmemesi halinde işletmecilere daha ağır yükümlülüklerin getirileceğini öngören ön düzenlemeler bulunmaktadır.

Bu bağlamda yapısal ayrıştırma uygulamasından teşebbüs ve pazar üzerinde doğuracağı etkiler ve geçmiş uygulamalardaki başarısızlıklar nedeni ile ülkeler tarafından uygulamaktan çekinildiği söylenebilir. Bununla birlikte Avustralya ve Yeni Zelanda'daki YNŞ kurumunun hızlandırılması için öngörülen yapısal ayrıştırma çözümleri yapısal ayrıştırmanın yeni bir eğilim olarak ortaya çıkması bakımından önemlidir.

2.2.5 Diğer bazı ayrıştırma modelleri

Literatürde “Toptan Departman Oluşturulması” ve “Sanal Ayrıştırma” olarak bilinen bazı ayrıştırma türleri de bulunmaktadır. Toptan bölüm oluşturulması modelinde bazı firmaların operasyonel ve hukuki yapıları, vergilendirme gibi değişik menfaat ve gerekçelerle kendi iradesi ile toptan ve perakende birimlerini ayırmalarıdır. Bu ayrıştırma seçeneği, yönetimin ayrıştırılması, ayrımcılığın önlenmesi ve bilgi akışının kesilmesi için tedbirlerin alınması gibi unsur ve şartları bünyesinde barındırmamaktadır¹⁶⁶.

Sanal ayrıştırma/bilgi ayrıştırması da ise şebekeleri, sistemleri ve yerleşkeyi fiziksel olarak ayırmadan, iç ve dış müşterilere sunulan hizmetlerde **tam eşitliğin sağlanması için** ayırım gözetmeme yükümlülüklerinin getirilmesini ifade etmektedir¹⁶⁷. Burada toptan (faturalama, sipariş ve iş takip dâhil) ve perakende birimlerin bir ara yüz vasıtasıyla iç ve dış müşteriler için eşit şekilde çalışması temin ve takip edilmektedir¹⁶⁸. Ana teşebbüs faaliyetlerinde ve organizasyon yapısından ziyade işletmesel olarak iş sisteminde yapılan ve teşebbüsün bilgi sistemleri gibi alt sistemlerinde bir değişiklik söz konusudur. Bu anlamda sanal ayrıştırmanın kuvvetlendirilmiş bir ayırım gözetmeme yükümlülüğü olduğu söylenebilir.

2.3 Ayrıştırma Çözümlerinde Amaç

2.3.1 Elektronik haberleşme sektöründe ayrıştırma çözümlerine başvurulmasının genel amacının rekabetin tesisi ve korunması olduğu söylenebilir.

Yeni serbestleşen pazarlarda yerleşik işletmecilerin, tarihi süreçte elde ettikleri avantajları kaybetmek istememeleri nedeniyle ilgili pazarda hâkim durumda kalmak için rekabet ihlallerine girişebilmektedirler¹⁶⁹. Serbestleşmenin başlarında **daroğaz** özelliği gösteren, alternatifi bulunmayan bakır kablo şebekesinin paylaşma açılmaması veya açılrsa dahi rekabet ihlalleri ile bakır şebeke üzerinden hizmet sunmak isteyen işletmecilerin hizmetlerinin engellenmesi, yavaşlatılması, kalitesin düşürülmesi gibi davranışlar oldukça sık rastlanmıştır. Söz konusu davranışlar, elektronik haberleşme sektörüne batık maliyetlere katlanarak pazara girmeye çalışan teşebbüslerin pazarın dışarısına itilmesine ve böylece elektronik haberleşme

¹⁶⁶ **RUHLE**, Ernst-Olav; **REICHL**, Wolfgang, (2008), Computer Law Riview International, Functional Separation: A new panacea in telecoms regulations, s.115

¹⁶⁷ **DAŞDEMİR** Özlem, (2009), s.26.

¹⁶⁸ **RUHLE**, Ernst-Olav; **REICHL**, Wolfgang, (2008), s.115

¹⁶⁹ **WALDEN**, Ian, (2012), s.32.

sektöründe rekabetin gelişmesine engel olabilmekteydi¹⁷⁰. Elektronik haberleşme sektöründe düzenleyiciler tarafından, genellikle bakır kablo şebekesini elinde bulunduran ve tarihsel olarak hâkim durumdaki işletmecinin giriştiği rekabet ihlallerinin önüne geçilerek pazarda etkin rekabetin sağlanmaması nedeni ile pazara yeni giriş yapan işletmecilerin sağlıklı bir şekilde faaliyetlerini sürdürebilmeleri için dikey bütünleşik yapıdaki teşebbüslerin faaliyetlerini çeşitli seviyelerde ayrıştırılmasına başvurulmuştur. Bu anlamda başlangıçta ayrıştırma çözümleri yerel bakır kablo şebekesinin paylaşımının sağlanması ve bu şebeke üzerinden sunulan hizmetlerde rekabetin tesisi ve korunması amacını taşıdığı söylenebilir.

Elektronik haberleşme sektöründe öncül düzenlemeler ile ifade edilmek istenen iki sınıf düzenleme bulunmaktadır. Bunlar, **erişim düzenlemeleri** ve **tarife düzenlemeleridir**. Ayrıştırma çözümleri bu noktada, özellikle fonksiyonel ayrıştırma, elektronik haberleşme sektöründe erişim sorunlarının başında yer alan erişimin reddi sorunu çerçevesinde darboğaz unsurunun rakip işletmecilere sunulmasını öngören erişim düzenlemelerinin tamamlayıcısı niteliğindedir. Ayrıştırma çözümlerinin, yerleşik işletmecinin darboğaz niteliğinde altyapıların kullanmaya ihtiyacı olan işletmecilere erişim sunarken, ayrımcılık davranışları ile erişim düzenlemelerini etkisizleştirmesini önleme ve söz konusu yükümlülüğe **tam olarak uygulanmasını sağlamaya** yönelik olduğu da söylenmektedir¹⁷¹.

Tarife düzenlemeleri bakımından özellikle hesap ayrımı yükümlülüğü çerçevesinde ilgili pazarda EPG'ye sahip işletmecinin çapraz sübvansiyon davranışının önüne geçilmesi ve alternatif işletmecilerin aldıkları hizmetler bakımından, ihtiyaç duymadıkları hizmetlerin fiyatlarına katlanmak zorunda bırakılmamaları, zorunlu olmayan hizmetlerin ayrıştırılması, bakımından önemlidir.

2.3.2 Elektronik haberleşme sektöründe ayrıştırma çözümlerine rekabetin tesisi yanında takip edilen özel amaçlar da bulunmaktadır.

Elektronik haberleşme sektöründe ayrıştırma çözümlerinin amacı bakır şebeke üzerinden sunulan hizmetlerde rekabetin tesisi korunması olmakla birlikte ülke ve pazar koşullarına göre önlemeye çalışılan rekabet aksaklığı ve varılmak istenen hedefler noktasında zamanla farklılıklar oluşmuştur. Örneğin yeni nesil şebekelerin (YNS) kurulumlarının başlaması ile birlikte, düzenleyicilerin ilgileri söz konusu şebekelerin kurulumlarına yönelmiş ve ayrıştırma çözümlerini yatırımların hızlandırılması¹⁷² için bir araç olarak kullanmaya başlamışlardır.

Bu görüşler çerçevesinde elektronik haberleşme sektöründe ayrıştırma uygulamalarının amacının, sektörde görülen darboğazların etkisinin ortadan kaldırılması, sektörel düzenlemelerde etkinliğin artırılması, ilgili pazarda dikey bütünleşik ve yerleşik hâkim durumdaki teşebbüsün rekabet kuralları ve mevcut sektörel düzenlemeler ile engellenemeyen fiyat temelli ve fiyat dışı rekabet aksaklığına neden olan davranışlara **girişme isteklerini azaltma**¹⁷³ ve bu davranışları **engelleme** olduğu söylenebilir¹⁷⁴.

¹⁷⁰ WALDEN, Ian, (2012), s.32.

¹⁷¹ CRANDALL, Robert W. ve diğerleri, (2010), s.495.

¹⁷² Yeni Zelanda Telekom yapısal ayrıştırması; Telecom New Zealand "Stock Exchange Announcement" 31 August 2011, <https://www.nzx.com/files/attachments/145157.pdf>

¹⁷³ BEREK, (2011), s.13;

2.4 Ayırıştırma Çözümünde Karar Verme Aşamaları

2.4.1 Ayırıştırma çözümüne ihtiyacın olup olmadığının tespiti

Ayırıştırma uygulamasına ihtiyacın tespiti, ilgili pazarın tanımlanması ve rekabetin seviyesinin ölçülmesi ile mümkün olabilecektir. Piyasa mekanizmasını çalıştığı bir ortamda elbette ayırıştırma çözümleri de gündeme gelmeyecektir. Rekabet seviyesinin yeterli olmadığı ancak getirilen erişim yükümlülükleri ile pazarın belli bir seyir halinde rekabet ortamının olumlu bir seviyeye doğru gittiği gözlemlenebiliyorsa yine erişim yükümlülüklerinin etkin rekabetin tesisinde işe yaradığından bahsedilebilecektir. Bu durumda da ayırıştırma çözümlerine ihtiyaç duyulmayacaktır.

İlgili pazar analiz edilmiş, pazarda yapısal giriş engelleri (örneğin yerel erişim şebekesinin tek bir işletmeci tarafından kontrol edilmesi ve alternatif şebekelerin olmaması-süregelen darboğaz unsuru) saptanmış, yerleşik işletmecinin pazar payı oldukça yüksek olduğu bulunmuş, tarihsel olarak getirilen erişim yükümlülükleri, ayırım gözetmeme ve hesap ayırımı yükümlülüğüne rağmen yerleşik işletmecinin pazar payında önemli bir değişiklik olmamış ise erişim düzenlemelerinin işe yaramadığından, başka bir deyişle etkin rekabetin tesisi için başka önlemlerin alınması gerektiğinden söz edilebilecektir¹⁷⁵.

2.4.2 İlgili pazarda hâkim durumda olan bir teşebbüsün varlığı

Ayırıştırma çözümlerinin elektronik haberleşme sektöründe rekabetin tesisi ve korunması için getirildiği göz önde bulundurulduğunda ilgili pazarda pazar gücünü kötüye kullanarak etkin rekabetin tesisini engelleyebilecek teşebbüslerin düzenleme konusu faaliyetlerinde ayırıştırma çözümlerinin uygulanabileceği kabul edilmelidir.

Dikey bütünleşik işletmecinin rekabet aksaklığı oluşturan davranışları, bu teşebbüsün ancak hâkim durumda bulunması veya anlaşma ve uyumlu eylemlerle rekabet ihlallerine neden olması durumlarında söz konusu olabilecektir¹⁷⁶. İlgili pazarda hâkim durumda olmayan bir teşebbüsün pazar gücünü kötüye kullanılabileceği kabul edilmediğini¹⁷⁷ malumdur. Elektronik haberleşme sektöründe yerel elektronik haberleşme şebekesi gibi darboğaz unsurunu işleten yerleşik işletmecinin genellikle ilgili pazarlarda pazar gücüne sahip ve dolayısıyla hakim durumdaki teşebbüs olduğu görülebilir. Ayırıştırma çözümlerinin hâkim durumdaki teşebbüsün fiyat temelli ve fiyat dışı rekabet aksaklıklarını önlemek için geliştirilmesi nedeni hakim durumdaki teşebbüsün hakim durumunu kötüye kullanması şeklinde ortaya çıkan davranışları ayırıştırma çözümlerinin konusunu oluşturmaktadır¹⁷⁸. Bununla birlikte ilgili pazarlarda anlaşma ve uyumlu eylem şeklindeki davranışlar ayırıştırma konusu faaliyetlerin konusu oluşturmamaktadır.

¹⁷⁴ CRANDALL, Robert W. ve diğerleri, (2010), s.495.

¹⁷⁵ Amendola, G., Castelli F., Serdengecti P., 2007, Is Really Functional Separation The Next Milestone in Telecommunicarions (De)regulation? 18th European Regional ITS Conference, İstanbul, Turkey

¹⁷⁶ REKABET KURULU, 06.07.2006 tarihli ve 06-47/621-175 sayılı karar.

¹⁷⁷ ASLAN, Yılmaz, (2007), s.465.

¹⁷⁸ CAVE, Martin, (2006b), s.91.

2.4.3 Ayrıştırılacak faaliyetlerin tespiti; ilgili pazardaki darboğaz ve rekabet aksaklıkları

Elektronik haberleşme sektöründe en önemli rekabet aksaklığı, elektronik haberleşme hizmetlerinin sunumunda elektronik haberleşme şebekesinde darboğaz unsuru olarak ifade edilen faaliyetlerin bulunmasıdır. Söz konusu darboğazlar, sektöre yeni giren işletmecilerce yatırım yapılarak kısa ve orta vadede aşılabilmesi nedeni ile darboğaz unsurunu kontrol eden işletmetci tarafından, yeni işletmecilerin pazara girişleri engellenebilmekte veya zorlaştırılabilmektedir. Bu açıdan darboğaz unsuru aynı zamanda ayrıştırma çözümlerinin konusunu oluşturmaktadır.

Sabit şebekelerde darboğaz yerel erişim şebekesi olarak kabul edildiği bilinmektedir. Mobil şebekedeki darboğaz ise arabağlantı ve mobil şebekelere erişim olarak kabul edilmesi gerekir. Darboğazın olduğu şebeke kısımlarında rekabet aksaklıkları ortaya çıkmaktadır. Ortaya çıkan rekabet aksaklıklarının pazara yeni giriş yapan işletmeciler açısından geri dönülemez sonuçlara neden olmasından, söz konusu rekabet ihlallerinin ortaya çıkmadan önlenmesi gerekmektedir. Ancak uygulamada Türk Telekom özelleştirmesi sırasında öngörülen ayrıştırma uygulamasında olduğu gibi darboğaz unsurunun diğer faaliyetlerden ayrılması yerine, rekabet aksaklığının görüldüğü faaliyet alanlarının birbirinden ayrıldığı da durumlara rastlanmaktadır.

Ayrıştırmaya ilişkin çalışmalarda ayrıştırmaya konu teşebbüsün faaliyetlerinin iki seviyede birbirinden ayrılabilmesi bunların; toptan ve perakende seviye veya perakende ve erişim/diğer toptan ürünler olduğu ifade edilmektedir¹⁷⁹. Bazı hukuki düzenlemelerin ayrıştırma yapılacak şebeke kısmına ilişkin açıklama getirdikleri de görülmektedir. 2002/19/EC sayılı Erişim Direktife 2009/140/EC sayılı Direktif ile eklenen 13/A maddesinde fonksiyonel ayrıştırma tanımlanırken söz konusu yükümlülüğün işletmecinin **ilgili erişim ürünleri** (düzenlemeye tabi toptan seviyede sunulan erişim ürünleri) ile diğer ürünler arasında olması gerektiği ifade edilmiştir. Bu itibarla ayrıştırma konusu teşebbüs faaliyetleri perakende, toptan erişim ürünleri, toptan erişim dışı ürünler şeklinde de olabilmektedir¹⁸⁰.

Uygulamaya bakıldığından ise ayrıştırmaya konu faaliyetlerin toptan erişim ürünlerinden ziyade oldukça geniş bir hizmet gurubunda çeşitlenebildiği görülmektedir. Örneğin 1984 yılındaki ABD’de AT&T’nin yapısal ayrıştırılmasına ilişkin nihai karar ile bölgesel RBOC’lar yerel telefon hizmetlerinin sunumunu sağlarken, AT&T uzak mesafe telefon hizmetlerini sağlamak üzere faaliyetlerin ayrıştırıldığı görülmektedir. Burada uzak ve yerel telefon hizmetleri birbiri ile tam bir toptan-perakende ilişkisi içinde olmamasına rağmen zorunlu unsur olduğu (ABD’de doğal tekel olduğu) varsayılan yerel telefon hizmetlerinin diğer hizmetlerden ayrılması söz konusu olmuştur. ABD de firmalar uzak mesafe ve yerel telefon hizmetleri olarak ayrıştırılması uygulaması yatay ayrıştırma olarak isimlendirilen yaklaşıma örnektir¹⁸¹. Bu kararda yerel ve uzak mesafe telefon hizmetlerinin mülkiyetleri birbirinden ayrılmaktadır. Bunun sebebinin pazara yeni girecek işletmecinin öncelikle

¹⁷⁹ CAVE, Martin, DOYLE, Chris, (2007b), “Network separation and investments incentives in telecommunications,” Warwick Business School, University of Coventry, UK, s.12-13.

¹⁸⁰ CAVE, Martin, DOYLE, Chris, (2007b), s.13.

¹⁸¹ OECD, (2010), Next Generation Access Networks And Market Structure, DSTI/ICCP/CISP(2010)5/FINAL, s.43.

girişlerin daha kolay olduğu uzak mesafe hizmetleri tercih ettiği, yerel hizmetlerin ise darboğaz niteliğinden dolayı düzenlenmiş bir erişim yükümlülüğü olmadan yerleşik işletmecilerle rekabet edememeleri olduğu söylenebilir.

Singapur'da ortaya çıkan bir örnekte ise elektronik haberleşme sektöründe hükümetin başlattığı bir inisiyatif ile 2006 yılında 600 km² bir ada olan Singapur'da 500 milyon Dolar seviyesine ulaşan yeni nesil hizmetlerin kurulumu sağlamak üzere milli genişbant şebeke yatırımlarının finansmanı için bir ihale açılmıştır¹⁸². Bu ihale kapsamında fiber kabloların oluşturduğu şebeke, alt yapı ve perakende hizmetler yapısal olarak birbirinden ayrı işletilecektir¹⁸³. Buna göre **pasif altyapıyı**¹⁸⁴ inşa edecek ve işletecek olan "NetCo"; **şebekenin mimarisini** oluşturacak, kuracak ve işletecek olan "LoopCo" aynı zamanda **şebekenin toptancısı** gibi faaliyet sürdürecektir¹⁸⁵. LoopCo'dan toptan hizmetleri satın alacak olan birden çok internet servis sağlayıcısı ise perakende seviyede hizmet sunacaktır¹⁸⁶. Bu kapsamda, **pasif altyapı ve aktif altyapı** birbirinden ayrılarak, aktif altyapı kendi arasında toptan ve perakende faaliyetler şeklinde ayrıştırılmıştır¹⁸⁷. Bu itibarla Singapur, pazara giriş konusunda bir tercih yaparak işletmecilerin pazara girmeleri noktasında giriş maliyeti oluşturabilecek pasif altyapı ile şebekenin diğer bileşenlerini birbirinden ayırmıştır.

Türk Telekom özelleştirmesinde uygulanan ayrıştırma modelinde TNet adı altından toplanan Türk Telekom'un perakende faaliyetlerinin büyük bir kısmı toptan hizmetlerden ayrılmıştır. Ancak Türk Telekom'un tüm perakende faaliyetleri ayrıştırmaya konusu olmamıştır¹⁸⁸. Müşteri hizmetleri ve abone merkezleri gibi perakende faaliyetler için zorunlu olan yan hizmetler uzun bir süre Türk Telekom çatısı altında devam etmiş, nihayet tek marka politikası kapsamında tüm müşteri hizmetleri, abone merkezleri ve marka gibi son kullanıcı hizmetlerinin 2016 yılı itibarıyla birleştirilmiştir.

Fonksiyonel ayrıştırmada İngiltere örneğinde darboğaz unsuru olan yerel erişim şebekesi diğer toptan hizmetlerden ve perakende hizmetlerden ayrılmıştır. Söz konusu ayırım TNet ayırından farklı olarak sadece genişbant hizmetlerini değil, teknoloji tarafsız yaklaşım ile tüm hizmetleri kapsamaktadır. İtalya'da ise İngiltere örneğinden farklı olarak yerel erişim hizmetleri, diğer toptan hizmetlerden ayrılmamış, fakat yerel erişim hizmetlerinde altyapının bakım onarımı gibi faaliyetlerin ayrıştırılması öngörülmüştür¹⁸⁹. Böylece teknolojik yeniliği engelleme şeklinde ortaya çıkan ayrıştırmanın yan etkileri pasif unsurların aynı birimde

¹⁸² ITU, (2011), s.130.

¹⁸³ ITU, (2011), s.130; CAVE, Martin; MARTIN, Ian, (2010), Public Investment in Nationwide Next Generation Networks, Telecommunication Policy, Elsevier, Volume 34, Issue 9, s.505-512.

¹⁸⁴ Pasif altyapı, elektronik haberleşme şebekelerinin üzerlerinde kurulduğu; kanal, göz, kule gibi elektriksel ve mantıksal bağlantı oluşturmayan, inşaat mühendisliği yapılarıdır. Aktif altyapı ise genellikle şebekenin elektriksel ve mantıksal olarak birbiri ile bağlantılı şebeke için kullanılmaktadır.

¹⁸⁵ IDA, (2012), s.1.

¹⁸⁶ IDA, (2012), Fact sheet, Next Generation Nationwide Broadband Network, <http://www.ida.gov.sg/images/content/Infrastructure/nbn/images/pdf/NextGenNBNFACTSHEET.pdf> s.1.

¹⁸⁷ GILBERT/TOBIN, (2012).

¹⁸⁸ Örneğin, BTK yetkilendirmesine tabi olan perakende kiralık devre hizmetlerinin ile kurumsal müşterilere sunulan data hizmetleri gibi yetkilendirmeye tabi olmayan perakende hizmetler Türk Telekom tarafından sunulmaya devam etmiştir. Bu hizmetler arasında yüksek ciro getirisi bulunan metro ethernet hizmeti de bulunmaktadır.

¹⁸⁹ GILBERT/TOBIN, (2012), s.12.

kalması sağlanarak engellenmeye çalışılmıştır. İtalya örneği bu kapsamda, Singapur’da uygulanan pasif altyapının ayrıştırılması örneğindeki, ayrıştırılan faaliyet unsuru ile benzerlik göstermektedir.

Rekabet aksaklığının tespiti seçilecek ayrıştırma çözümünün belirlenmesinde etkilidir. AB’deki düzenleme politikasında hesap ayrıştırması yükümlülüğü ile fiyat temelli rekabet aksaklıklarının tespitine çalışılırken¹⁹⁰, fonksiyonel ayrıştırma çözümü ile ilgili pazarda EPG’ye sahip işletmeciye getirilen ayırım gözetmeme yükümlülüğünün söz konusu işletmecinin ayrımcı davranışlarının önüne geçmeye yeterli olmadığı durumlarda, erişim yükümlülüğü kapsamında ilgili pazarda EPG’ye sahip işletmecinin diğer işletmecilere sunacağı erişim ürünlerinin ayırım gözetilmeksizin tam bir eşitlik içinde verilmesi temin etmeye, bu yolla erişim ürünlerinin sunumunda ayrımcılık şeklinde ortaya çıkabilecek fiyat dışı rekabet aksaklıklarını engellenmeye çalışılmaktadır¹⁹¹. Ayrıştırma çözümünün seçimi

2.4.3.1 Ayrıştırma çözümünün belirlenmesi

Ayrıştırma çözümlerinin dikey bütünleşik işletmecinin hangi faaliyet alanlarını kapsayacak şekilde tasarlanması gerektiği hususunda net bir sınıflandırmanın yapılması mümkün değildir¹⁹². İlgili pazarda rekabetin arttırılması için, teşebbüs faaliyetlerinin birbirinden ayrılarak ayrı bir teşebbüs altında yer alıyor gibi yürütülmesi, faaliyetler arasında “kontrol ve çıkar birliği sağlamaya yönelik araçların” bertaraf edilmesi¹⁹³, ayrıştırmadan beklenen faydaları arttırabileceği ifade edilmektedir¹⁹⁴.

Ayrıştırma çözümleri ülke ve pazar koşullarına göre değişkenlik göstermektedir. Bununla birlikte sistematik anlamda konunun kavranılması için ayrıştırma seçenekleri arasında ayrıştırmanın hangi seviyede olduğu, bilgi, personel, finansman, marka ve tüzel kişi ayrıştırması gibi ayrıştırmalara gidilip gidilmediği hususuna aşağıdaki şekilde bir değerlendirme yapılmaktadır¹⁹⁵.

¹⁹⁰ CAVE, Martin, (2006b), s.91-92.

¹⁹¹ CAVE, Martin, (2006b), s.91-92.

¹⁹² RUHLE, Ernst-Olav; REICHL, Wolfgang, (2008), s.117

¹⁹³ ŞAHİN, Selen Yerensu, (2012), s.53

¹⁹⁴ ŞAHİN, Selen Yerensu, (2012), s.53

¹⁹⁵ CAVE, Martin, (2006b); GILBERT/TOBIN, (2012).

Tablo 1 Ayırıştırma Çözümlerinin Karşılaştırılması

Gereklilikler	Hesap Ayırıştırması	Sanal/Bilgi Ayırıştırma	Fonksiyonel Ayırıştırma	Hukuki Ayırıştırma	Yapısal Ayırıştırma
Çapraz sübvansiyonun önlenmesi	×	×	✓	✓	Gerek yok
Bilgilerin ayrıştırılması	×	✓	✓	✓	✓
Finansal yapıların ayrıştırılması	×	×	✓	✓	✓
Fiyat dışı eşitlik (hizmet seviyesi vb.)	×	✓	✓	✓	Gerek yok
Yönetim ayrıştırılması	×	×	✓	✓	✓
Çalışanların ayrıştırılması	×	×	✓	✓	✓
Şebeke varlıklarının ayrıştırılması	×	×	✓	✓	✓
Operasyon sistemlerinin ayrıştırılması	×	✓	✓	✓	✓
Yerel erişim şebekesinin ayrıştırılması	×	×	✓	Zorunlu Değil	Zorunlu Değil
Şeffaflık raporlama ve	Sadece fiyat	✓	✓	✓	Gerek yok
Farklı markalar	×	×	✓	✓	✓
Farklı şirket	×	×	×	✓	✓
Farklı kontrol	×	×	×	×	✓

Yukarıda tabloda yer verilen “gereklilikler” başlığı altındaki değerlendirme ölçütleri ayırıştırma çözümlerinde farklı seçenekler başlığı altında kısmen bahsedilmiştir. Söz konusu gereklilikler yapısal çözümlerin yanında, teşebbüse getirilen davranışsal yükümlülüklerdir. Bu açıdan davranışsal yükümlülüklerin yapısal yükümlülüklerin tamamlayıcısı olarak kullanıldığı görülmektedir.

Fiyat temelli rekabet aksaklıkları ile mücadelede başlangıçta hesap ayrımı ve maliyet muhasebesi yükümlülükleri kullanılmaktadır. Teşebbüsler hesap ayrımı yükümlülüğüne rağmen fiyat ayrımcılığı, çapraz sübvansiyon ve yıkıcı fiyatlama yapabilir. Ancak bu fiillerinin tespiti ve izalesi hesap ayrımı yükümlülüğü ile daha kolay hale gelmektedir. Hesap ayrımı yükümlülüğü için ayrıca elektronik haberleşme mevzuatına göre pazar analizi sürecine tabi tutularak düzenlenen bir pazar ve ürünün varlığı gerekmektedir. İlgili pazarlar ve ürünle sınırlı olarak hesap ayrımı yükümlülüğü getirilmektedir.

Yapılan bir çalışmada, hesap ayırıştırması ile yapısal ayırıştırma arasında karar verilirken, düzenleyicilerin kısa veya uzun vadedeki amaçları üzerinden yola çıkılarak; düzenleyicilerin teşebbüsün kısa vadedeki ayrımcılık gibi rekabet aksaklıklarını önlemede ve denetimde hesap

ayrımının yeterli olabiliyorsa teşebbüslerin dikey bütünleşik yapıdaki yatırım planlarının bozulmaması gerektiği belirtilmektedir¹⁹⁶. Bu bağlamda, ilgili pazarda fiyat dışı rekabet aksaklıklarından endişe duyulmuyor ve fiyat temelli rekabet aksaklıkları tarife düzenleme yükümlülükleri ile giderilebiliyorsa, hesap ayrımı yükümlülüğünün tarife düzenleme yükümlülüğünün bir tamamlayıcısı olarak getirilmesi yeterli olmalıdır. Bunun dışında fonksiyonel ayrıştırma veya yapısal ayrıştırma gibi daha ağır yükümlülüklerle tevessül edilmemelidir.

Fiyat dışı rekabet aksaklığına neden olan davranışlar hesap ayrımı yükümlülüğü ile önlenememektedir¹⁹⁷. Bunun için hukuki ayrıştırma, fonksiyonel ayrıştırma ve yapısal ayrıştırma gibi tedbirlere başvurulmaktadır.

AB hukukunda fonksiyonel ayrıştırmanın istisnai bir yükümlülük olduğu bahsedilirken, 2002/19/EC sayılı Erişim Direktifinin 13/A maddesinde, aynı direktifin 9 ila 13'üncü maddelerinde yer verilen yükümlülüklerin getirilmesine rağmen ilgili pazarda etkin rekabetin tesis edilememesi ve önemli, devam eden rekabet aksaklıklarının bulunması durumunda getirilebileceği hususuna vurgu yapılmaktadır. Fonksiyonel ayrıştırma yükümlülüğün Erişim Direktifine eklenmesine ilişkin 2009/140/EC sayılı direktifin 61'inci paragrafında "istisnai durumlarda ve altyapıda beklenen bir rekabetin olmadığı hallerde uygulanacak bir yükümlülük olduğu belirtilmektedir.

Fonksiyonel ayrıştırma yükümlülüğünde toptan ürünlerin darboğaz unsuruna göre erişim ürünleri ve diğer toptan ürünler şeklinde ayrılması ve perakende seviyede ayrı bir işbirimi olması çözüme daha yönük bir ayrıştırma modelidir. Hukuki ayrıştırmada da benzer çözümler getirilebilir. Türkiye şartlarında fonksiyonel ayrıştırma gibi bir yükümlülüğün takibinin yapılmasının zor olması nedeni ile darboğaz unsurunun ve diğer toptan hizmetler ile perakende faaliyetlerin fonksiyonel ayrıştırmada olduğu gibi ayrı birer birim şeklinde tüzel kişilikler kazandırılarak, bu şekilde şekillendirilen hukuki ayrıştırmanın fonksiyonel ayrıştırmada getirilen davranışsal yükümlülüklerle desteklenmesi daha rasyonel ve uygulanabilir bir çözüm olabilir.

Bununla birlikte hukuki ayrıştırmada yerel şebekenin ayrıştırılması halinde niçin fonksiyonel ayrıştırma çözümüne başvurulduğu sorusu ise, işletmenin konusudur. Kısa bir özet olarak burada hukuki ayrıştırmanın alternatifi olarak fonksiyonel ayrıştırma çözümünün seçilmesinin bir nedeninin ayrı bir şirketin kurulması halinde, mali yükümlülükler açısından iki farklı tüzel kişinin ortak bütçeleri üzerinden kurumlar vergisi gibi bazı mali yükümlülüklerden tasarruf etme olanağı bulunmaması olduğu söylenebilir.

Son olarak yapısal ayrıştırma ve fonksiyonel ayrıştırmanın incelendiği bir makalede "yapısal ayrıştırmanın" toplum refahı üzerindeki olumsuzluklarının bertarafı için "fonksiyonel ayrıştırma" üzerinde durulmaktadır¹⁹⁸. Bu konu daha sonra AB tarafından yapısal ayrıştırmanın yerine fonksiyonel ayrıştırmanın önerilmesine neden olduğu söylenebilir.

¹⁹⁶ Helmuth **CREMER** ve diğerleri, (2008), s.13-15.

¹⁹⁷ **WALDEN**, Ian, 2012, s.34.

¹⁹⁸ **CRANDALL**, Robert W.– **SIDAK**, J. Gregory, (2002), 'Is structural separation of incumbent local exchange carriers necessary for competition?' Vol. 19, no: 2, Yale Journal on Regulation, 335-360.

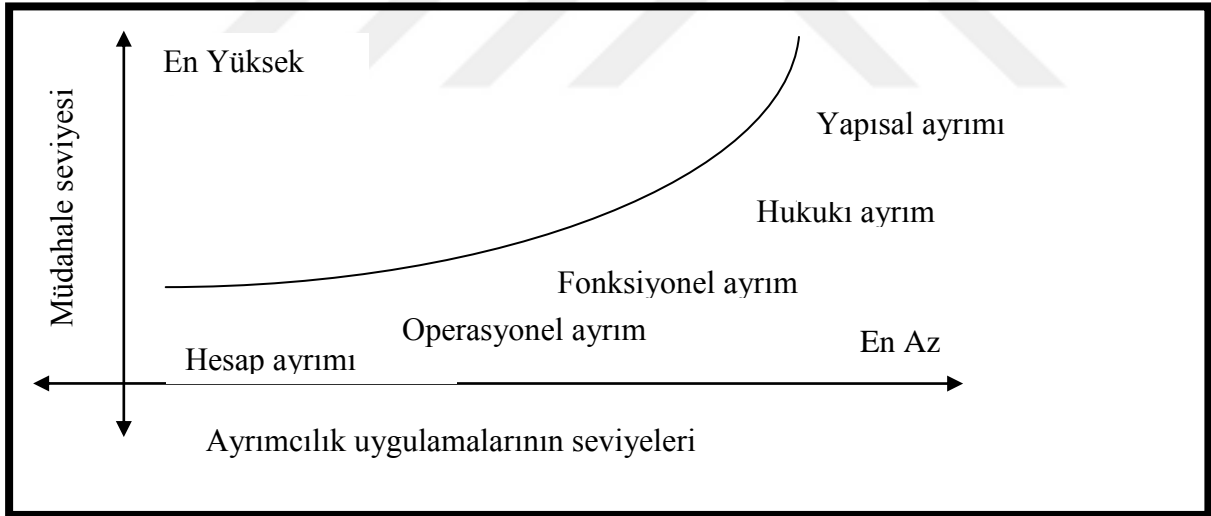
Nitekim yapısal ayrıştırmanın pazar kaynaklı ve tarihi sorunları çözmediği ifade edilmektedir¹⁹⁹.

2.4.3.2 Ölçülülük incelemesi

Ayrıştırma uygulamaları ilgili pazarda rekabetin tesisi ve korunması için getirilmektedir. Bu nedenle ilgili pazarda tespit edilen darboğazı aşabilecek, rekabet aksaklıkları ile mücadele edilebilecek en etkin ayrıştırma çözüm seçilmelidir²⁰⁰. Bununla birlikte işletmecilerin Anayasal hak ve hürriyetlerinin korunması için de hasas davranılması ve ölçülülük incelemesi yapılması gerekmektedir²⁰¹.

Ölçülülük ilkesi en temel ve yaygın tanım olarak, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunmasıdır²⁰². Ölçülülük, aynı zamanda alınacak sınırlama tedbirinin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını (aracın elverişliliği), amaç ve aracın hakkaniyetli bir oranı kapsamını (orantılılık) ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk (zorunluluk) taşımasını da içeren bir ilkedir²⁰³. Ayrıştırma çözümlerinin seçiminde öncelikle darboğazın giderilmesi için gereken en etkili araç kullanılmalıdır. Bununla birlikte teşebbüslerin kaybettikleri etkinlikler ve sözleşme hürriyetleri ile mülkiyet haklarına yapılan müdahaleler bakımından bir derecelendirmeye gidilerek işletmeciler açısından en çok etkinlik kaybına ve temel hak ve hürriyette sınırlamaya neden olan ayrıştırma çözümünün en ağır olduğu bunun tersi durumların ise hafif olduğu kabul edilmelidir.

Elektronik haberleşme sektörü çerçevesinde yapılan bir çalışmada ayrıştırma seçenekleri etkin rekabetin koşullarına bağlı olarak aşağıdaki şekilde açıklanmaktadır²⁰⁴;



¹⁹⁹ WALDEN, Ian, (2012), s.33.

²⁰⁰ OECD (2011), s.113

²⁰¹ GERADIN, Damien, (2006), Twenty years of liberalization of network industries in the European Union: Where do we go now, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=946796> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.946796>, s.19

²⁰² ANAYASA MAHKEMESİ, 30.12.2015 tarihli ve E: 2014/122, K: 2015/123 sayılı karar, p.74

²⁰³ ANAYASA MAHKEMESİ, 30.12.2015 tarihli ve E: 2014/122, K: 2015/123 sayılı karar, p.74

²⁰⁴ BEREK, (2011), s.7

Şekil 1 Ayrıştırma Çözümlerinin Teşebbüs Hürriyetine Müdahale ve Ayrımcılık Uygulamalarını Önleme Açısından Derecelendirilmesi

Buna göre mülkiyet ayrımında ayrımcılık davranışları asgari seviyeye düşerken, bu seçeneğe ancak etkin rekabetin seviyesinin çok düşük olduğunda başvurulabilecektir²⁰⁵. Ancak yapısal ayırım işletmecinin temel hak ve hürriyetlerini en fazla kısıtlayan ayrıştırma çözümü iken hesap ayrıştırmasında müdahale seviyesi diğer ayrıştırma seçeneklerine nispeten oldukça düşük seviyededir. Benzer şekilde pazardaki refah seviyesi yapısal ayrıştırma çözümünde en fazla zarar gördüğü, hesap ayrıştırması çözümünde ise bunun sınırlı kaldığı söylenebilir²⁰⁶.

2.4.3.3 Etkinlik incelemesi

Ayrıştırma çözümlerine başvurulması halinde pazarda kazanılacak etkinlikler ile kaybedilecek ekonomik fayda karşılaştırıldığında, kaybedilecek faydanın daha fazla olması durumunda yine ayrıştırma çözümlerine başvurulmamalıdır²⁰⁷. Pazarda kazanılacak etkinlikler ile kaybedilecek ekonomik faydanın karşılaştırılmasına ilişkin ampirik çalışmaların yapılması gerekir. Örneğin, yapısal ayrıştırmanın maliyeti birden çok unsur ele alınarak hesaplanmaktadır. Bunlar, ayrı bina, marka, iletişim, reklam, finansal ve idari birimler, yazılımlar, bilişim sistemleri, personel, bütçe ve vergilerin ayrı ayrı hesaplanması gibi unsurlardır. Bunun için iktisat ilminde maliyet modelleri kullanılmaktadır. Örnek vermek gerekirse, 2001 yılında ABD’de Florida eyaletinde faaliyette bulunana BellSouth firmasının yapısal olarak ayrıştırılması için 1,2 milyar dolarlık bir maliyete katlanması gerektiği, söz konusu ayrıştırma sonucunda ise yerel olarak rekabetin tesisinden yıllık azami olarak 248 milyon dolar fayda elde edileceği tahmin edilmiştir²⁰⁸. Yapılan çalışmalarda kazanılacak faydanın teşebbüs tarafından yüklenilecek maliyet ile orantılı olmadığı değerlendirilmiş ve Florida da yapısal ayrıştırma çözümü uygulanması fikrinden vazgeçilmiştir²⁰⁹.

2.5 Ayrıştırma Çözümlerinde Yetki

Yetki konusu, BTK ve Rekabet Kurumunun ilgili pazarda hâkim durumda bulunan teşebbüse etkin rekabetin korunması veya tesisi için hangi ayrıştırma çözümünü uygulayabileceği ve yukarıda sayılan ayrıştırma çözümlerinin tüm unsurları ile yükümlülük haline getirilip getirilemeyeceğine ilişkindir.

Türk Telekom özelleştirmesi 4046 sayılı Özelleştirme Kanunu kapsamında değil 406 sayılı Kanuna 4161, 4502, 4673 sayılı Kanunlar gibi, çeşitli kanunlarla eklenen hükümler çerçevesinde yerine getirilmiştir²¹⁰. Yine de ihale Telekomünikasyon Kurumu ve Özelleştirme İdaresi çalışanlarından kurulan ihale komisyonu tarafından Özelleştirme İdare Başkanlığı’na gerçekleştirilmiştir. Bunun sonucunda 04.11.2005 tarihinde İmtiyaz Sözleşmesi Telekomünikasyon Kurumu ile imzalanmıştır. Bu kapsamda, 4046 sayılı Özelleştirme

²⁰⁵ BEREK, (2011), s.7

²⁰⁶ CREMER, Helmuth ve diğerleri, (2008) Costs and Benefits of Vertical Divestiture, COMMUNICATIONS & STRATEGIES, no. 68, 4th quarter 2008, s.13-15.

²⁰⁷ PAUL de Bijl, (2005), s.14.

²⁰⁸ EU, (2007), Information Society and Media Impact Assessment SEC(2007) 1472, s.34.

²⁰⁹ EU, (2007), s.34.

²¹⁰ ÖZELLEŞTİRME İDARESİ BAŞKANLIĞI, Portföy, Telekom, Türk Telekom Özelleştirmesi, http://www.oib.gov.tr/telekom/turk_telekom.htm

Kanunu ve Özelleştirme İdaresi Başkanlığının elektronik haberleşme sektöründe ayrıştırma çözümleri ile ilgili herhangi bir yetkisi bulunmadığı düşünülmektedir.

2.5.1 Elektronik haberleşme mevzuatında yer alan hükümler

Elektronik haberleşme mevzuatında yer alan ayrıştırma çözümleri kabaca ikiye ayrılabilir. Bunlardan birincisi 5809 sayılı Kanunun 7'nci maddesinin üçüncü fıkrası ile 21'nci maddesi uyarınca yapılan pazara analizleri sonucunda ilgili pazarda EPG'ye sahip işletmeciye cari maliyet üzerinden toptan tarifelerin belirlenmesi ve fiyat sıkıştırmasının önlenmesi için getirilen hesap ayrımı yükümlülüğüdür. İkincisi, BTK'nın 5809 sayılı Kanunun 6 ve 9'uncu maddesinin 13'üncü fıkrası gereği pazara giriş şartları denilebilecek yetkilendirme şartlarının belirlenmesi bağlamında pazarın endüstriyel yapısı itibarıyla rekabetçi bir pazar yapısı tesis edebilmek için işletmecilere hesap ayrımı, hukuki ayrıştırma ve yapısal ayrıştırma sonucunu doğuracak tedbirleri alması, yasakları koymasındır. Aşağıda bu sınıflandırmaya gidilmeden ayrıştırma çözüm seçenekleri üzerinden gidilecektir.

2.5.1.1 Hesap ayrımı yükümlülüğü

5809 sayılı Kanunun 21'inci maddesi hükmü elektronik haberleşme sektöründe hesap ayrımı ve maliyet muhasebesinin yasal dayanağını oluşturmaktadır. 5809 sayılı Kanunda hesap ayrımı ve maliyet muhasebesine ilişkin getirilebilecek yükümlülükler BTK'ya ilgili pazarda EPG'ye sahip işletmecileri yükümlü kılma yetkisi veren özel bir maddede ile düzenlemeye tabi tutulmuştur. 5809 sayılı Kanunun 'Hesap ayrımı ve maliyet muhasebesi' başlıklı 21'nci maddesi aşağıdaki şekildedir:

*“MADDE 21 – (1) Kurum ilgili pazarda **etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere hesap ayrımı yükümlülüğü** getirebilir. Hesap ayrımı yükümlülüğü getirilen işletmeciler, Kurum tarafından belirlenecek hesap ayrımı ve maliyet muhasebesine ilişkin usul ve esaslar kapsamında faaliyet alanları ve iş birimleri için ayrı ayrı hesap tutma ile yükümlüdür.*

*(2) Kurum işletmecilerin hesaplarını denetleyebilir veya denetim yetkisi vermek suretiyle denetleyebilir veya işletmecilere hesaplarını bağımsız denetim kuruluşlarına denetleme yükümlülüğü getirebilir. Denetim yetkisi verilenler ve bağımsız denetim kuruluşları, bu Kanun ve **hesap ayrımı ve maliyet muhasebesine** ilişkin mevzuat hükümleri çerçevesinde inceleme ve denetimden sorumludurlar. Denetim yetkisi verilenler ve bağımsız denetim kuruluşları, denetimlere ilişkin olarak hazırladıkları raporlardaki yanlış ve yanıltıcı bilgi ve kanaatler nedeniyle doğabilecek zararlardan ve üçüncü kişilere verecekleri zararlardan sorumludurlar. Hesap ayrımı ve maliyet muhasebesi kapsamında yapılan denetime ilişkin giderler ilgili işletmeciler tarafından karşılanır.*

*(3) Kurum, işletmecilere; hesap ayrımı ve maliyet muhasebesi yükümlülükleri kapsamında hazırladıkları bilgi ve belgeleri **yayımlama yükümlülüğü** getirebilir. Kurum, gerekli gördüğü takdirde bu bilgi ve belgeleri kendisi de yayımlayabilir. Yayımlanacak bilgi ve belgelerin kapsamı Kurum tarafından belirlenir.*

(4) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin hususlar Kurum tarafından düzenlenir.”

Hesap ayrımı ve maliyet muhasebesi, 5809 sayılı Kanun sonrası çıkarılan Elektronik Haberleşme Sektöründe Etkin Piyasa Gücüne Sahip İşletmeciler ile Bu İşletmecilere

Getirilecek Yükümlülüklerin Belirlenmesi Hakkında Yönetmelik'in 11'nci maddesinde ilgili pazarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere getirilebilecek yükümlülükler arasında sayılmaktadır:

“MADDE 11 – (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) Taşıyıcı seçimi ve önseçimi,*
- ğ) Asgari kiralık hat gurubu hizmetini sunma.”*

Hesap ayrımı ve maliyet muhasebesi yükümlülüğünün ayrıntıları, Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliğinin 13'üncü maddesinin beşinci fıkrasında yer alan **“Kurum, bu maddenin uygulama esaslarını yapacağı düzenlemelerle belirler.”** hükmü gereği, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulunun 21.10.2013 tarihli ve 2013/DK-ETD/557 sayılı Kararı kabul edilen **“Hesap Ayrımı ve Maliyet Muhasebesine İlişkin Usul ve Esaslar”** (Hesap Ayrımı Usul ve Esasları) çerçevesinde düzenlenmiştir.

Telekomünikasyon Kurulunun 10.02.2004 tarihli ve 2004/73 sayılı Kararı ile onaylanan ve 21.12.2005 tarihli ve 2005/902 sayılı Kurul Kararı ile revize edilen Hesap Ayrımı ve Maliyet Muhasebesine İlişkin Usul ve Esaslar **“Kapsam”** başlıklı 2'nci maddesinde yer alan **“Türk Telekom ve GSM mobil çağrı sonlandırma hizmetleri piyasasında etkin piyasa gücüne sahip işletmecilerin hesap ayrımı ve maliyet muhasebesine ilişkin yükümlülükleri ile söz konusu yükümlülüklerin yerine getirilmesinde uygulanacak yöntemleri”** hükmü bulunmaktaydı. 2010 yılı itibariyle yapılan bir değerlendirmede; **“Usul ve Esaslar”**da yapılacak gözden geçirme çalışmalarının henüz tamamlanmadığı, Türk Telekom'un cari hesap ayrımı raporlarının detaylı bildirim eksikliği bulunduğu ve **“Usul ve Esaslar”**la tutarsızlıklar içerdiği, Türk Telekom tarafından sunulan hesap ayrımı raporlarının Türk Telekom'un EPG'ye sahip olduğu ve hesap ayrımı ve maliyet muhasebesi yükümlüsü olduğu her bir pazara ilişkin ayrı kar ve zarar hesap detaylarını içermediği hususlarında eleştirilmektedir²¹¹. 5809 sayılı Kanun sonrasında Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulunun 21.10.2013 tarihli ve 2013/DK-ETD/557 sayılı Kararı yapılan değişiklik ile **“Hesap Ayrımı ve Maliyet Muhasebesine İlişkin Usul ve Esaslar”** kapsamında sadece ilgili pazarda EPG'ye sahip işletmecilere pazardaki rekabet aksaklıkları ile orantılı olacak şekilde hesap ayrımı ve maliyet muhasebesi yükümlülüğü getirilmesi kuralı getirilmiştir²¹². Ayrıca, Hesap Ayrımı Usul ve Esasları kapsamında uygulanan hesap ayrımı yükümlülüğünde ilgili pazarda incelenen her bir ürün için ayrı ayrı hesaplar tutulması gerekmektedir. Söz konusu ürünler örneğin Fiziksel Şebeke Altyapısına Erişim Pazarında **“Yerel Ağa Ayrıştırılmış Erişim**

²¹¹ REKABET KURULU, 10.11.2010 tarih ve 10-71/1479-567 sayılı karar, s.4-5.

²¹² Hesap Ayrımı Usul ve Esaslar m.2.

Hizmetleri”²¹³ ile diğer toptan hizmetlerin örneğin “transmisyon hizmetlerinin” ayrı hesaplarda tutulması gerekmektedir. Dikkat etmek gerekirse yukarıda yer verilen hesap ayrımı yükümlülüğü toptan pazarlarda sunulan toptan hizmetler için öngörülmüştür.

Diğer taraftan Hesap Ayrımı Usul ve Esasları Ek-1’inde yer verilen Hesap Ayrımı ve Maliyet Muhasebesi Uygulamasına İlişkin Kılavuzda hesaplar, **gelir ve maliyet** olarak ayrılmakta ve maliyetler Hesap Ayrımı Usul ve Esaslarında yer verilen ilke ve usullere göre ayrılması istenilerek ayrıntılı bir yükümlülük getirilmektedir. Buna göre işlem maliyetleri ve sermayeye yönelik ayrı hesapların tutulması, ortak ve genel maliyetlerin ayrı hesaplarda tutulması ile farklı ürün ve hizmetler arasındaki transfer fiyatlamasının açıkça gösterilmesi gerekmektedir²¹⁴. Ayrıca hesaplar cari maliyetlere göre hazırlanmakta ve gelirler ve maliyetler; ürün veya hizmetler ve bu ürün veya hizmetlerin sunulmasında kullanılan şebeke bileşenleriyle nedensellik, dönemsellik ve tutarlılık esaslarına göre ilişkilendirilmesi ve şeffaflık ilkesi doğrultusunda raporlanması gerekmektedir²¹⁵. Bu bağlamda ilgili pazarda EPG’ye sahip işletmecinin hesaplarının ayrıştırılması, raporlama ve ispat külfeti ile ilgili olarak 2005/698/EC sayılı Avrupa Komisyonu Hesap Ayrımı ve Maliyet Muhasebesine İlişkin Tavsiye Kararında belirtilen asgari standartlara Hesap Ayrımı Usul ve Esasları ile uyum sağlandığı söylenebilecektir.

Hâlihazırda tanımlanan ilgili pazarlar, söz konusu pazarlarda incelenen hizmetler ile ilgili pazarda EPG’ye sahip işletmeciler aşağıdaki tabloda yer verilmektedir.

Tablo 2 İlgili Pazar Tanımları, EPG Durumu ve Hesap Ayrımı Yükümlülüğü

	İLGİLİ PAZAR	EPG	YÜKÜMLÜLÜK
1.	Sabit Telefon Şebekesine Erişim Piyasası	Türk Telekom	×
2.	Sabit Şebekeler Üzerinden Arama Hizmetlerine Yönelik Piyasalar	Türk Telekom	×
3.	Sabit Şebekede Çağrı Başlatma Piyasası	Türk Telekom	✓
4.	Sabit Şebekede Çağrı Sonlandırma Piyasası	Türk Telekom	✓
5.	Perakende Kiralık Devreler Piyasası	Türk Telekom	✓
6.	Toptan Kiralık Devreler Piyasası	Türk Telekom	✓
7.	Veri Akış Erişimini İçeren Toptan Genişbant Erişim Piyasası	Türk Telekom	✓
8.	Fiziksel Şebeke Altyapısına Erişim Piyasası	Türk Telekom	✓
9.	Mobil Şebekelere Erişim ve Çağrı Başlatma Piyasası	İptal edilmiştir ²¹⁶ .	×
10.	Mobil Çağrı Sonlandırma Piyasası	Turkcell Vodafone Avea	✓

²¹³ **BTK**, (2013), Pazar Analizleri, Toptan Fiziksel Şebeke Altyapısına Erişim Pazarı, Pazar Analizi Nihai Doküman, s.10.

²¹⁴ Hesap Ayrımı Usul ve Esasları, m.5.

²¹⁵ Hesap Ayrımı Usul ve Esasları, m.5.

²¹⁶ **DANIŞTAY** 13. Dairesi, 05.03.2015 tarihli ve E:2014/1750, K:2015/895 sayılı karar. Söz konusu kararda, ilgili Pazar analizinde Pazar paylarının birbirine yaklaştığı belirtilerek, oligopol piyasa özelliği gösteren pazarda birlikte EPG deperlendirilmesi yapılması gerekirken, söz konusu hususta bir değerlendirme yapılmadan karar alınması hukuka aykırı bulunmuştur.

Hesap ayırımı yükümlülüğünün bir başka görünümü yetkilendirme kapsamındadır. 28.05.2009 tarih ve 27241 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliğinin (Yetkilendirme Yönetmeliği) 19’uncu maddesinin (i) bendinde, “Muhasebe kayıtlarının ayırımı: İşletmeci, **her bir hizmet türü için** sahip olduğu yetkilendirme kapsamında yürüttüğü faaliyetlere ilişkin muhasebe kayıtlarını ayrı tutar. **Sabit ve mobil hizmetleri tek bir yetkilendirme altında sunan İşletmeci, sabit ve mobil hizmetlere ilişkin muhasebe kayıtlarını ayrı ayrı tutmakla yükümlüdür.**” hükmüne yer verilmektedir. Ancak hesap ayırımı usul ve esaslarında olduğu gibi Yetkilendirme Yönetmeliğinde yer verilen hükümde maliyet dağılımına yer verilmemiş olup, sadece gelir-gider bakımından yetkilendirilen hizmetler bakımında her bir hizmet için hesapların ayrı tutulması öngörülmektedir.

“Hizmet türü”nden kast edilen yetkilendirmeye tabi hizmetler; Yetkilendirme Yönetmeliğinin 27’nci maddesinde yer verilen “(1) Bildirim Formu, Kullanım Hakkı Başvuru Formu, Elektronik Haberleşme Hizmet, Şebeke ve Altyapılarının Tanım, Kapsam ve Süreleri, Sayısı Sınırlanmamış Kullanım Hakkı Yetki Belgesi örneği ile ilgili diğer metinler Kurul kararı ile belirlenir.” hüküm kapsamında Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği ve bu Yönetmeliğe istinaden çıkarılan ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulunun 07.05.2009 tarihli ve 2009/DK-08/230 sayılı kararıyla yürürlüğe giren “Elektronik Haberleşme Hizmet, Şebeke ve Altyapılarının Tanım, Kapsam ve Süreleri” (Tanım, Kapsam, Süreler Eki) ekinde yer verilmektedir. Söz konusu dokümana göre hesap ayırımına tabi hizmetlere aşağıda yer verilmektedir.

Tablo 3 Yetkilendirmelere göre hizmet türleri

TÜR	HİZMET
BİLDİRİM	Uydu Haberleşme Hizmet
	Uydu Platform Hizmet
	Altyapı İşletmeciliği Hizmeti
	İnternet Servis Sağlayıcılığı Hizmet
	Kablolu Yayın Hizmeti
	GMPCS Mobil Telefon Hizmet
	Sanal Mobil Şebeke Hizmeti
	HT-GSM 1800 MTH Hava Taşıtlarında GSM 1800 Mobil Telefon Hizmeti
SAYISI SINIRLANDIRILMAMIŞ KULLANIM HAKKI	GMPCS Mobil Telefon Hizmeti
	Ortak Kullanımlı Telsiz Hizmeti
	Altyapı İşletmeciliği Hizmet
	Sabit Telefon Hizmeti
	Rehberlik Hizmeti
	Sanal Mobil Şebeke Hizmeti
KULLANIM HAKKI/İMTİYAZ	GSM
	Genişbant Telsiz Erişim Hizmeti
	IMT-2000/UMTS
	LTE ²¹⁷

²¹⁷ Tanım, Kapsam, Süreler Ekinde LTE hizmetine yer verilmesi de 4,5 N olarak kamuoyunda bilinen hizmet kullanım hakkı yolu ile yetkilendirilen işletmeciler vasıtasıyla sunulmaktadır.

Yukarıda yer verilen hizmetler türlerine göre sınıflandırılırsalar da Yetkilendirme Yönetmeliğinin 19 (i) maddesine göre teker teker hepsi ile ilgili hesapların ayrı tutulması gerekmektedir.

Yetkilendirme Yönetmeliğinin 19 (i) maddesinde ayrıca sabit ve mobil hizmetleri tek bir yetkilendirme altında sunan işletmecilerin sabit ve mobil hizmetlere ilişkin muhasebe kayıtlarının ayrı ayrı tutulması gerektiği belirtilmektedir. Söz konusu işletmecilerin imtiyaz sözleşmesi kapsamında yetkilendirilen işletmeciler olduğu düşünülmektedir. Nitekim imtiyaz sözleşmesi ile yetkilendirilen veya sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı yetki belgesi sahibi işletmeciler yukarıdaki yetkilendirmeleri ayrı ayrı almaksızın faaliyetleri çerçevesinde yapacakları yatırımlar üzerinden hizmet sunabilmektedir. Örneğin imtiyaz sözleşmesi gereği mobil haberleşme hizmeti sunan işletmeciler baz istasyonları arasındaki transmisyonu altyapı işletmeciliği yetkilendirmesi almadan, baz istasyonlarını birbirine bağlayabilecektir. Bu durumda Yetkilendirme Yönetmeliğinin 19 (i) maddesindeki hükmün lafzına göre mobil işletmeci, transmisyon altyapısı (sabit hizmet, altyapı işletmeciliği) ile ilgili muhasebe kayıtları ile mobil haberleşme hizmetine ilişkin muhasebe kayıtlarını ayrı ayrı tutmak zorundadır. Ancak uygulamada imtiyaz sözleşmeleri ve sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı yetki belgesi süresi sonunda tesislerin beldesiz ve çalışır vaziyette kamuya devredilecek olması nedeni ile işletmeciler kendi şirketlerini kurarak altyapı ihtiyaçlarını söz konusu şirketlerden kiralama yolu ile karşılamakta bu nedenle aynı şirket bünyesinde diğer hizmetlere ilişkin faaliyetler yürütülmediği için ayrı hesaplar ortaya çıkmamaktadır.

Bu itibarla Yetkilendirme Yönetmeliğinin 19 (i) maddesinde yer verilen hüküm 5809 sayılı Kanunun 21'inci maddesi hükmü ile çelişmektedir. Yetkilendirme Yönetmeliğinde yer verilen söz konusu hükmün dayanağının 5809 sayılı Kanunun 9'uncu maddesinin birinci fıkrasında yer alan “(1) Yetkilendirme, bildirim veya kullanım hakkının verilmesi yoluyla yapılır.” ve onüçüncü fıkrasında yer alan “(13) Bildirim ve kullanım hakkı ile ilgili usul ve esaslar Kurum tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenir.” hükmü olduğu söylenebilir²¹⁸.

Esasen 5809 sayılı Kanunun 21'inci maddesi hesap ayrımı yükümlülüğünün ilgili pazarda EPG'ye sahip işletmeciye pazar analizi olarak adlandırılan bir usul ile getirilmesi gerektiğini belirtirken Yetkilendirme Yönetmeliğinin 19 (i) maddesinde işletmecilere mutlak olarak, herhangi bir pazar analizi gerekmeksizin, en başta hesap ayrımı yükümlülüğü getirilmektedir. Bu özel düzenleme karşısında Yetkilendirme Yönetmeliğinin 19 (i) bendinde yer alan “muhasebe kayıtlarının ayrımı” konusundaki yükümlülüğün yönetmelikte düzenlendiği şekilde standart olarak tüm işletmecilere getirilemeyeceği, bu yükümlülüğün ancak yapılacak pazar analizleri sonucu getirilebileceği düşünülebilecektir. Nitekim bu hususun AB Bilgi Toplumu ve Medya Genel Müdürlüğü'nün BTK'ya gönderdiği bir mektupta dile getirildiği ifade edilmiştir²¹⁹.

²¹⁸ DANİŞTAY 13. Dairesi, 05.11.2015 tarihli ve E:2011/4332, K:2015/3738 sayılı karar.

²¹⁹ ÇİFTÇİ, Tahir, 2011, Avrupa Birliği Düzenleyici Çerçevesinde Reform Çalışmaları ve Yeni Çerçevesinin Üyelik Yükümlülükleri Çerçevesinde Ulusal Mevzuata Aktarılması, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Uzmanlık Tezi, Ankara, s.126.

Tablo 4 Yetkilendirme Yönetmeliği ile Hesap Ayrımı Usul ve Esasları Kapsamında Getirilen Yükümlülükler Arasındaki Farklar

	İŞLETMECİ	HİZMET	UNSUR
Yetkilendirme Yönetmeliği	Tüm işletmeciler	Yetkilendirilmiş hizmetler	Gelirler
Hesap Ayrımı Usul ve Esasları	EPG'ye sahip işletmecilerden hesap ayrımı ve maliyet muhasebesi yükümlülüğü getirilenler	İlgili pazardaki ürün ve hizmetler ayrı ayrı hesap ayırımına konudur	Gelir ve maliyetler

Ancak özgürlükler kural, sınırlamalar istisna olduğu, hak ve hürriyetlere ilişkin sınırlamaların Anayasa'da öngörülen kanunla sınırlama ilkesi gereği 5809 sayılı Kanunda öngörülmemen sınırlamaların yönetmelik ile getirilmemesi gerektiği düşünülmektedir.

2.5.1.2 Hukuki ayırıştırma

Yetkilendirme Yönetmeliğinin geçici 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan;

*“Yetkilendirmeye ilişkin kısıtlama: **İmtiyaz ve görev sözleşmesi ile yetkilendirilmiş işletmeciler, ilave bir yetkilendirme alamaz.** Ancak, bu işletmecilerin, sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı kapsamındaki hizmet ve altyapılara ilişkin ihalelere girip giremeyecekleri **ilgili mevzuat ve ihale şartnamesinde belirtilir.** Söz konusu belirleme yapılırken, ihale konusu hizmet ve altyapının, imtiyaz veya görev sözleşmesi sahibi işletmecinin ilgili imtiyaz veya görev sözleşmesi kapsamında **yetkilendirildiği hizmetin devamı ve gelişmiş niteliğinde olup olmadığı dikkate alınır.**”*

hükmü uyarınca İmtiyaz sözleşmesi ile yetkilendirilen Turkcell İletişim Hizmetleri AŞ, (Turkcell) Vodafone Telekomünikasyon AŞ, (Vodafone) AVEA İletişim Hizmetleri AŞ (Avea) ve Türk Telekomünikasyon AŞ'nin (Türk Telekom) ayrı bir yetkilendirme alamayacağı belirtilmiştir. Somut olarak ifade etmek gerekirse, Türk Telekom tarafında İnternet Servis Sağlayıcılığı yetkilendirmesi olarak perakende internet hizmeti veremeyecek veya Sanal Mobil Şebeke İşletmeciliği yetkilendirmesi olarak mobil şebekeler üzerinden hizmet sunamayacaktır. Bu şekilde söz konusu şirketler kontrolü kendinde olan yeni bir şirket kurmak kaydı ile ilave yetkilendirme almalarına izin verilerek yasal ayırıştırma uygulamasına gidilmiştir.

Yetkilendirme Yönetmeliğinin 19 (i) maddesinde öngörülen hesap ayrımı yükümlülüğü ile geçici 4'üncü maddesinde öngörülen hüküm birlikte değerlendirildiğinde, İmtiyaz sözleşmesi ile yetkilendirilen işletmecilerin yeni bir yetkilendirme alanı içerisinde faaliyet göstermek istemeleri halinde yeni bir ticari şirket kurarak yetkilendirme alabileceklerdir. İmtiyaz Sözleşmesi ile yetkilendirilen işletmecilerin imtiyaz sözleşmelerinin kapsamı nedeni ile sözleşme konusu hizmetin devamı veya daha gelişmiş bir hizmetin sunulması halinde ilave yetkilendirme almalarına gerek bulunmamaktadır. Ancak imtiyaz sözleşmesi kapsamında hizmet sunan işletmeciler mobil ve sabit hizmetler kapsamında farklı faaliyet alanlarının hesaplarını ayrı tutmak zorundadırlar.

Yetkilendirme Yönetmeliğinin geçici 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi Türk Telekom tarafından Danıştay'ın önüne götürülmüştür. Danıştay tarafından söz konusu Yönetmeliğin geçici 4'üncü maddesinin (a) beninde yer verilen "yetkilendirmeye ilişkin kısıtlama"nın alternatif işletmecilerin ilgili pazarda EPG'ye sahip Türk Telekom ile rekabet edebilmeleri amacı ile getirildiği, ayrıca imtiyaz sözleşmelerinin imzalandığı tarihte yürürlükte olan yetkilendirme yönetmeliğinde de "imtiyaz sözleşmesi ile yetkilendirilmiş olan işletmelerin ilave bir yetkilendirme alamayacakları"nın belirtildiği ve Türk Telekom'un İmtiyaz Sözleşmesi'ni bu hususu gözeterek imzaladığı göz önünde bulundurulduğunda, davacı şirketin İmtiyaz Sözleşmesinin kapsamı dışındaki faaliyetlerde bulunamayacağını açık olduğu, dava konusu düzenlemenin, elektronik haberleşme sektöründe etkin rekabetin sağlanması amacı ile hazırlandığı görüldüğün hususlarına yer vererek Yetkilendirme Yönetmeliğinin mezkûr Geçici 4'üncü maddesinin 5809 sayılı Kanuna uygun olduğu ve söz konusu düzenlemeyi aşan bir hüküm içermediği sonucuna varılmıştır²²⁰.

4,5 G olarak bilinen LTE hizmetleri sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı yetki belgesi ile verildiğinden yukarıdaki hükmün bu yetkilendirme türünü de içerecek şekilde yeniden güncellenmesi gerekmektedir.

Ancak özgürlükler kural, sınırlamalar istisna olduğu, hak ve hürriyetlere ilişkin sınırlamaların Anayasa'da öngörülen kanunla sınırlama ilkesi gereği 5809 sayılı Kanunda öngörülmemen sınırlamaların yönetmelik ile getirilmemesi gerektiği düşünülmektedir.

2.5.1.3 Yapısal ayrıştırma

Hukuki ayrıştırma bölümünde Yetkilendirme Yönetmeliğinin geçici 4'üncü maddesi uyarınca imtiyaz sözleşmesi ile yetkilendirilen işletmecilerin ilave bir yetkilendirme alamayacakları, fakat farklı bir elektronik haberleşme hizmet türünde faaliyette bulunmak için farklı bir şirket kurmaları gerektiğinden bahsedilmiştir.

Yetkilendirme Yönetmeliğinin geçici 4'üncü maddesinin (b) bendinde;

"b) İmtiyaz sözleşmesinin devri: Kurumla İmtiyaz sözleşmesi imzalayan işletmeci, imtiyaz sözleşmesini devretmek istemesi durumunda, imtiyaz sözleşmesini devralacak şirketin 7 nci maddede yer alan şartları taşıdığına dair bilgi ve belgelerin yanı sıra Kurumca istenecek diğer bilgi ve belgelerle birlikte Kuruma devir izni için başvurur. İmtiyaz sözleşmeleri; Kurumun imtiyaz sözleşmesinin devrini uygun bulduğuna yönelik yazılı izin vermesi halinde, Danıştay görüşünün alınmasını müteakip bir ay içerisinde imtiyaz sözleşmesini devralacak şirketle yenilenir. İmtiyaz sözleşmesi ile yetkilendirilen işletmeci, bu yetkilendirmeyi Türkiye'de aynı hizmet ve altyapıya ilişkin yetkilendirme almış olan şirketlere, bu şirketlerin ortaklarına veya bu şirketlerin ortaklarının doğrudan veya dolaylı bir biçimde hisse sahibi oldukları ya da başka yollarla kontrolleri altında bulundurdukları şirketlere ve iştiraklerine ve bunların tamamının yöneticileri ile birinci ve ikinci dereceden kan ve kayın hısımlarına hangi surette olursa olsun devredemez."

ifadelerine yer verilmektedir.

²²⁰ DANIŞTAY, 13. Dairesi, 05.11.2015 tarihli ve E:2011/4332, K:2015/3738 sayılı karar.

Yetkilendirme Yönetmeliğinin geçici 4'üncü maddesinin (b) beninde korunmak istenen hukuki menfaat, özellikle yerel erişim şebekesi ve mobil şebekelerin yetkilendirmesinde gerçekleştirilen ihalelerde belirlenen alternatif şebekeleri işleten teşebbüs sayısının korunmasıdır. Örnek vermek gerekirse Turkcell tarafından Vodafone devralınamayacağı gibi Türk Telekom tarafından da Turkcell veya Vodafone devralınamayacak veya bunun tam tersi söz konusu olamayacaktır. Bu anlamda mobil elektronik haberleşme sektöründe imtiyaz sözleşmesi sahibi işletmeciler arasındaki yatay bütünleşme yasaklanmaktadır.

Yetkilendirme ihlallerinde ortaya konulan en önemli ayrıştırma örneği Türk Telekom özelleştirmesi olsa bile UMTS ve 4,5G olarak bilen LTE sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı yetki belgesinde de Yetkilendirme Yönetmeliğinin Geçici 4'üncü maddesinin (b) bendi hükümlerine benzer yasaklayıcı hükümlere yer verildiği bilinmektedir. Buradaki yapısal ayrıştırma ex-post bir müdahale olmayıp, ex-ante bir yasak şeklinde kendini göstermektedir.

Etkin rekabetin tesisi ve korunması ilkesi kapsamında sayı ile sınırlama lüzumlu olabilir. Yetkilendirme Yönetmeliğinde veya imtiyaz sözleşmeleri ile sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı yetki belgelerinde söz konusu hükümlere yer verilmesebile 4054 sayılı Kanunun 7'nci maddesi kapsamında bu sonuca ulaşılabilir. Bununla birlikte hesap ayırımı ve hukuki ayrıştırma bölümlerinde ifade edilen Anayasa'da öngörülen kanunla sınırlama ilkesi gereği 5809 sayılı Kanunda öngörülmemeyen sınırlamaların yönetmelik ile getirilmemesi gerektiği yönündeki görüş burada da geçerli olmalıdır.

2.5.2 Rekabet Kanunu Hükümleri Kapsamında Ayrıştırma Çözümleri

Rekabet Kurumu tarafından rekabet değerlendirmeleri 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 4, 6 ve 7'nci maddeleri kapsamında yapılmaktadır.

2.5.2.1 Rekabet İhlalleri

Rekabet ihlalleri 4054 sayılı Kanunun "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar" 4'üncü maddesi ile "Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması" kullanılması başlıklı 6'ncı maddesi kapsamında incelenmektedir.

Rekabet ihlalleri durumunda 4054 sayılı Kanunun 9'uncu maddesinin **birinci fıkrasında**,

*"Kurul, ihbar, şikâyet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya resen bu Kanunun 4,6 ve 7'nci maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine bu Kanunun Dördüncü kısmında belirtilen hükümler çerçevesinde, rekabetin tesisi ve **ihlalden önceki durumun korunması** için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararı bildirir."*

hükmü, **üçüncü fıkrasında** ise;

*"Kurul, birinci fıkraya göre bir karar almadan önce ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine **ihlale ne şekilde son vereceklerine ilişkin görüşlerini** yazılı olarak bildirir."*

hükmü kapsamında 4054 sayılı Kanunun 4 ve 6'ncı maddelerin ilişkin bir ihlal tespit etmesi halinde Rekabet Kurulu tarafından karar almadan önce rekabet ihlalinin ne şekilde

sonlandırılacağına ilişkin görüşleri –çözümler- ilgili teşebbüse yazılı olarak gönderilebilmektedir. Bu çözümlerin arasında ayrıştırma çözümlerinin de olması muhtemeldir. Ancak, mevcut rekabet mevzuatı kapsamında açık bir yetki olmadığından yapısal veya mülkiyet ayrıştırması uygulanması mümkün değildir²²¹.

4054 sayılı Kanunun 9'uncu maddesi bağlamında olduğu düşünülen, bazı yazarlar tarafından ayrıştırma çözümlerinin rekabet ihlallerinin ortadan kaldırılmasına yönelik olarak getirilebileceği ifade edilmiştir²²². Rekabet Kurulunun bazı kararlarının gerekçesinde bu yapısal çözümler getirilebileceği dile getirilse de bu yetkinin kullanıldığı görülmemiştir²²³. Aslan tarafından özellikle 4054 sayılı Kanunun 9'uncu maddesinin birinci fıkrası bağlamında Rekabet Kurulunun davranışsal tedbirler alabileceği ancak yapısal tedbirler almaya yetkisinin olmadığı ifade etmektedir²²⁴. 4054 sayılı Kanununda Rekabet Kuruluna verilen emir ve talimat verme yetkilerinin amacının genel çerçevesi ile ihlalden önceki durumun korunması olduğu ve pazarda ihlalden önceki rekabet seviyesini arttırmaya yönelik bu yetkinin kullanılmayacağı belirtilmektedir²²⁵.

4054 sayılı Kanunun 9'uncu maddesinin lâfzî içeriğine bakıldığında “ihlalin öncesindeki durumun korunması” için gerekli tedbirler alınabileceği bunun ötesinde rekabetin geliştirilmesi için yeni kararların alınamayacağı yönündeki görüşün kuvvetli olduğu düşünülmektedir. Nitekim özgürlüklerin kural, sınırlamaların istisna olması ve ancak kanunda açıkça gösterilen durumlarda sınırlaması esası gereği Rekabet Kurumu tarafından 4054 sayılı Kanunun 4 ve 6'ncı maddelerinin ihlali nedeni ile Kanunun 9'uncu maddesi kapsamında yapısal bir ayrıştırma çözümü öngörülememesi gerekir.

Danıştay bir kararında 4054 sayılı Kanunun 9'uncu maddesinin üçüncü fıkrası kapsamındaki görüşlerin 2577 sayılı Kanun kapsamında idari davaya konu edilebilecek icrai işlemler olmadığı belirtmektedir²²⁶.

2.5.2.2 Birleşme ve devralma işlemleri ve koşullu izin

4054 sayılı Kanununda açık olarak yer almasa da Rekabet Kurulunun birleşme ve devralmaları koşullu izne bağlayabileceği belirtilmektedir²²⁷. Buna görüşe göre 4054 sayılı Kanunun 7, 11, ve 52'nci maddesi birlikte değerlendirildiğinde bu sonuca varılmaktadır. Rekabet Kurulu tarafından şartlı izin verilen birçok birleşme ve devralma kararı bulunmakta²²⁸ olup, bu kararlardan bir kısmı Danıştay incelemesinden geçmiştir.

Nitekim Danıştay tarafından Bağımsız Gazeteciler Yayıncılık AŞ ve Kemer Yayıncılık ve Gazetecilik AŞ'nin tam kontrolünün Doğan Gazetecilik AŞ tarafından devralınması işlemine

²²¹ ASLAN, Yılmaz, (2007), s.801.

²²² YERENSU, ŞAHİN, Selen; (2012),64.

²²³ REKABET KURULU, 05.01.2006 tarihli ve 06-02/47-8 sayılı karar, s.53.

²²⁴ ASLAN, Yılmaz, (2007), s.801.

²²⁵ ASLAN, Yılmaz, (2007), s.801-802.

²²⁶ DANIŞTAY 13'üncü Dairesi, 14.01.2009 tarihli ve E:2007/367, K:2009/170 sayılı karar.

²²⁷ ASLAN, İ. Yılmaz, (2007), s.581-583; ULU, Harun, (2004), Birleşme ve Devralmalarda Ortaya Çıkan Rekabet Sorunları ve Koşullu İzin. Ankara: Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, s.70.

²²⁸ Örnek vermek gerekirse, Rekabet Kurulu, 23.08.2007 tarihli ve 07-67/836-314 sayılı kararı (sakız kararı); 16.09.2010 tarihli ve 10-59/1195-451 sayılı karar (Türk Telekom/Intel Kararı), vb.

ilişkin olarak Rekabet Kurulunun 10.03.2008 tarihli ve 08-23/237-75 sayılı kararına üzerine açılan davada verdiği kararda, dava zamanında yürürlükte olan 1997/1 sayılı Birleşme ve Devralma Tebliğinin 6'ncı maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan, Rekabet Kurulunun birleşme veya devralmalarda gerekli gördüğü bazı önlemlerin alınması ve bazı yükümlülüklerle uyulması koşuluyla izin vereceğine ilişkin kuralı, bu koşulların ancak Kanunla uyumlu ve Kanunda dayanağı olan şartlar olarak anlamak gerektiği, ticarî hayatta bu günden belirlenemeyecek iki yıl sonrası için varsayım dayalı durumlardan hareketle ayrıntılı, Rekabet Kurulunun görev ve yetkisinin tartışmalı olduğu kimi konuları da içeren şartlar konulduğu gerekçesi ile anılan kararın işleme getirilen koşullar kısmının iptaline karar verilmiştir²²⁹. Ancak Danıştay tarafından kararda “kanunla uyumlu ve kanunda dayanağı olan şartlar”ın neler olduğu belirtilmediği veya herhangi bir örnek verilmediği gibi Rekabet Kurulunun tartışmalı yetkilerinin neler olduğu ne ifade edilmiş, ne de tartışmalara son verecek bir çözüm ortaya konulmuştur. Ancak kararda Rekabet Kurulu tarafından verilen izin kararlarının şarta bağlanabileceği kabul edildiği anlaşılmaktadır²³⁰.

Buna göre Rekabet Kurulu doğrudan işletmecinin faaliyetlerinin yapısal olarak birbirinden ayrılmasında veya kanun koyucu, düzenleyici gibi doğrudan kural koymak yerine, 4054 sayılı Kanunun 7'nci maddesi kapsamında bir birleşme ve devralma işleminin “*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*” etkide olduğunun düşünülmesi halinde teşebbüs ile müzakere ederek, söz konusu işlemin 4054 sayılı Kanunun 7'nci maddesi belirtilen etkin rekabeti azaltıcı etkisini gidermeye yönelik şartlar koyması, teşebbüsün ise söz konusu şartları yerine getireceğini taahhüt etmesi halinde işleme izin verilebileceği belirtilmektedir²³¹.

Birleşme ve devralmalar kapsamında 4054 sayılı Kanunun 9'uncu maddesinin birinci fıkrasında yer verilen davranışsal tedbirleri aşarak yapısal tedbirlere varan müdahalelerin olabileceği iddia edilmektedir²³². Bunun durumun rasyonel bir açıklaması 4054 sayılı Kanunun birleşme ve devralmalara özgü olarak 11'inci maddesinde getirilen hüküm olabilir. Nitekim söz konusu maddesinin (b) bendinin metninde;

*“b) Birleşme veya devralmanın 7'nci maddenin birinci fıkrası kapsamına girdiğine karar vermesi halinde; para cezası ile birlikte, birleşme veya devralma işleminin sona erdirilmesine; hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş olan tüm fiili durumların ortadan kaldırılmasına; şartları ve süresi **Kurul tarafından belirlenecek şekilde ele geçirilen her türlü payın veya mal varlığının eğer mümkünse eski maliklerine iadesine, bu mümkün olmadığı takdirde üçüncü kişilere temlikine** ve devrine; bunların eski malik veya üçüncü kişilere temlik edilmesine kadar geçen süre içinde devralan kişilerin devralınan teşebbüslerin yönetimine hiçbir şekilde katılamayacağına ve gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınmasına karar verir.”*

²²⁹ DANIŞTAY 13'üncü Dairesi, 15.03.2010 tarih ve E.2008/13171, K.2010/2225 sayılı karar.

²³⁰ ÖZEK, Mahmut Esad, (2011), Elektronik Haberleşme Sektöründe Yoğunlaşmalar (Birleşme ve Devralmalar), Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, s.71; VAROL, Nazlı (2009), Rekabeti Kısıtlayıcı Birleşme ve Devralmalarda Çözümler ve Taahhütler, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, s.76.

²³¹ ASLAN, İ. Yılmaz, (2007), s.581-588;

²³² REKABET KURULU, 05.01.2006 tarihli ve 06-02/47-8 sayılı karar, s.53.

ifadelerine yer verilerek birleşme ve devralma işlemleri için yapısal ayrıştırma çözümüne gidilebildiği anlaşılmaktadır.

Ayrıca kararda bulunması gereken unsurlar arasında “*verilen karar ile taraflara verilen görevler ve tanınan haklar şüphe ve tereddüde yol açmayacak şekilde açık yazılmalıdır*” hükmünün Rekabet Kurulunun kararında birleşme ve devralma taraflarına bazı görevler verebileceğini gösterdiği belirtilmektedir²³³.

4054 sayılı Kanunun 9’uncu maddesinin birinci fıkrasında yer alan hüküm özellikle özelleştirme yolu ile girişilen birleşme ve devralma işlemlerde de kendisini göstermektedir.

2.5.2.3 Özelleştirmeler

Özelleştirmeler de bir devralma işlemi sayılmakta ve 4054 sayılı Kanunun “*Birleşme veya Devralma*” başlıklı 7’nci maddesi kapsamında olduğu ve verilen görüşlerin 4054 sayılı Kanunun 7’nci maddesinde “*rekabeti önemli ölçüde azaltma*” dışındaki hususlar da içermesini rekabet savunuculuğu kapsamında değerlendirilmektedir²³⁴. Bu çerçevede Özelleştirme işlemlerindeki Rekabet Kurulunun görüşü hukuki açıdan “tüketilmesi gerekli bir şekil işlemi”²³⁵ olduğundan, eksikliği halinde özelleştirme işlemi şekil/usul açısından sakatlayacağı²³⁶, ancak uyulmaması halinde Kurulun izin aşamasında 7’nci madde kapsamında birleşme ve devralma işleminin rekabeti önemli ölçüde azaltması halinde uygulayacağı işleme izin vermeme yaptırımını dışında rekabet hukuku açısından herhangi bir yaptırımını bulunmadığı belirtilmektedir²³⁷.

Bir teşebbüsün ortaklık paylarının ya da diğer hak ve araçların tümünün veya bir kısmının teşebbüsün üzerindeki kontrolü değiştirecek ya da karar organlarını etkileyecek şekilde yahut mal veya hizmet üretimine yönelik birimlerin özelleştirme yolu ile her türlü devri **2013/2 sayılı Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ** kapsamındadır²³⁸. Özelleştirilecek teşebbüs hakkında Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca 2013/2 sayılı Tebliğin 2’nci ve 3’üncü maddeleri kapsamında bir devir olması halinde söz konusu devir için öncelikle Rekabet Kurumuna ön bildirimde bulunularak görüşü talep edilmesi zorunludur²³⁹. Rekabet Kurumu tarafından başvuruya konu özelleştirme işlemi, bir rekabet aksaklığı veya birleşme ve devralma testini

İ. Yılmaz, (2007), s.583.

²³⁴ **REKABET KURUMU**, 2013/2 sayılı Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğin 1’inci maddesi, **ATEŞ**, Mustafa, (2013), Rekabet s.176-177; **TEMEL**, Esmâ, (2012), Özelleştirme Uygulamaları ve Rekabet Politikası, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara s.23-24

²³⁵ **TEMEL**, Esmâ, (2012), Özelleştirme Uygulamaları ve Rekabet Politikası, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara s.52

²³⁶ **TEMEL**, Esmâ, (2012), s.52

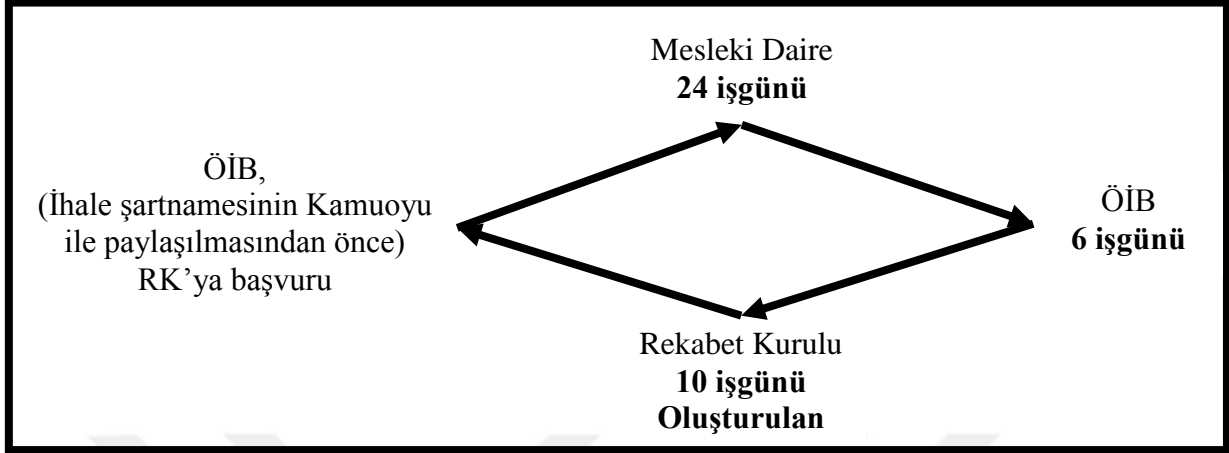
²³⁷ **TEMEL**, Esmâ, (2012), s.52.

²³⁸ **REKABET KURUMU**, 2013/2 sayılı Tebliğ, m.2.

²³⁹ Danıştay Çeşme Limanının işletme hakkı devri yolu ile özelleştirmesinde özelleştirilen kuruluşun hukuki ve fiili imtiyazlarının varlığına karşın Rekabet Kurumu görüşü alınmadan ihaleye çıkılmış olmasının hukuka aykırı bulmuştur (**DANIŞTAY** 13. Dairesi, 28.02.2006 tarihli ve E:2005/7150, K:2006/1231 sayılı karar. **ÖZEK**, Mahmut Esad, 2011, Elektronik Haberleşme Sektöründe Yoğunlaşmalar (Birleşme ve Devralmalar), Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, s.24-25).

gececek yeterlilikte gözükmemesi halinde Rekabet Kurumu görüşünde bu durum ve bu durumda yapılması gerekenler ile ilgili yol gösterici bazı açıklamalara yer verilebilir²⁴⁰.

Şekil 2 Özelleştirmelerde Rekabet Kurumuna Önbildirim Süreci



Önbildirimden sonra Özelleştirme Yüksek Kurulunun özelleştirilecek teşebbüs ya da mal veya hizmet üretimine yönelik birimin **nihai devir işlemine ilişkin kararından önce**, Özelleştirme İdaresi Başkanlığının Özelleştirme Yüksek Kuruluna sunacağı Özelleştirme Yüksek Kurulu karar taslağında yer alacak her teklif sahibi için bağımsız dosyalar Rekabet Kuruluna gönderilerek izin alınmaktadır²⁴¹. Rekabet Kurulu tarafından bu aşamada 4054 sayılı Kanunun 7'nci maddesi kapsamında değerlendirilerek özelleştirme işlemine izin verip vermeyeceğine karar verilmektedir. Bu noktada önbildirim usulü, özelleştirme işlemine izin verme sürecinde yaşanabilecek muhtemel aksaklıkların önüne geçilmesi ve özelleştirme süreçlerinin aksamaması için öngörülen bir yöntemdir²⁴².

Rekabet Kurumu tarafından elektronik haberleşme sektöründe özelleştirme işlemleri kapsamında öngörülen en önemli ayrıştırma örneği Türk Telekom özelleştirmesi olup, söz konusu özelleştirme ilerleyen bölümlerde ele alınacaktır. Ancak burada Türk Telekom'a getirilen ayrıştırma çözümlerinin Danıştay'ın önüne geldiğinde Danıştay tarafından bu çözümlere ilişkin kararda herhangi bir hukuka aykırılık bulunmadığına karar verildiği belirtilmelidir²⁴³. Böylece özelleştirme kararlarında Danıştay tarafından ayrıştırma çözümlerinin getirilebileceği kabul edildiği söylenebilir.

2.5.3 Değerlendirme

Yukarıda ayrıştırma çözümleri nedir, söz konusu ayrıştırma çözümlerine ihtiyaç var mıdır? İhtiyaç varsa ayrıştırma çözümlerini uygulamak için yetki var mıdır? Sorularına cevap

²⁴⁰ REKABET KURUMU, 2013/2 sayılı Tebliğ m.4/1; ÖZEK, Mahmut Esad, 2011, Elektronik Haberleşme Sektöründe Yoğunlaşmalar (Birleşme ve Devralmalar), Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, s.24-25.

²⁴¹ REKABET KURUMU, 2013/2 sayılı Tebliğ, m.6.

²⁴² ASLAN, İ. Yılmaz, (2007), s.612.

²⁴³ Danıştay 13'üncü Dairesi; 22.05.2007 tarihli ve E:2005/7969, K:2007/3383 sayılı Karar ve bu kararın onanmasına ilişkin DİDDK, 03.11.2011 tarihli ve E:2007/2506, K:2011/1001 sayılı Karar.

verilmeye çalışılmıştır. Ardından BTK ve Rekabet Kurumunun konu hakkında yetkileri incelenmiştir. Bu bağlamda her iki kurumun yetkilerine ilişkin değerlendirmeler aşağıda yer verilen tabloda özetlenmiştir:

Tablo 5 Ayırıştırma Çözümlerinde BTK ve Rekabet Kurumunun Yetkilerinin Karşılaştırılması

	5809 m.6, 7	5809 m.9	4054 m.4	4054 m.6	4054 m.7
Hesap ayrımı	✓	✗	✗	✗	✓
Toptan bölüm ayırıştırması	✗	✗	✗	✗	✓
Sanal ayırıştırma	✗	✗	✗	✗	✓
Fonksiyonel ayırıştırma	✗	✗	✗	✗	✓
Hukuki ayırıştırma	✗	✗	✗	✗	✓
Yapısal ayırıştırma	✗	✗	✗	✗	✓

Yukarıda belirtildiği gibi BTK ve Rekabet Kurumu amaçsal olarak elektronik haberleşme sektöründe etkin rekabetin tesisi ve korunmasını amaçlasalar da kullandıkları yöntemler farklıdır. BTK tarafından elektronik haberleşme sektöründe yeni işletmecilerin girişi sağlamak için sürekli bir düzenleme ve izleme faaliyeti yerine getirilmekte, ilgili pazarda EPG'ye sahip işletmecilere ayrıntılı yükümlülükler getirilebilmektedir. Ayrıca 5809 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesi gereği yetkilendirme düzenlemeleri kapsamında pazara giriş koşulları düzenlenmektedir. Bu koşullar arasında bazen pazarın endüstriyel yapısını etkileyecek ayırıştırma düzenlemelerine de yer verilmektedir. Rekabet Kurumu ise sürekli izleme ve denetim gerektiren yükümlülükler getirmekten ziyade rekabet ihlallerine ilişkin idari yaptırımlar uygulamaktadır. Buna sektörel düzenleyici kurum tarafından sektördeki bilgi birikimini Rekabet Kurumundan daha fazla olması da eklenebilir.

Bununla birlikte ayırıştırma uygulamalarına ilişkin hükümler özgürlüklerin sınırlandırılması ile ilgili olması nedeni ile kanunda yer verilmesi gerektiği, kanuni güvencelere sahip olması, hem anayasal sistemimiz hem de hukuki öngörülebilirlik açısından daha tutarlı olacağı düşünülmektedir.

2.6 Ülke Örnekleri

Bir ülke tarafından uygulanan ayırıştırma çözümü modeli, diğer bir ülkedeki pazar payının farklı olması ve karşılaşılan rekabet sorunlarının farklılaşabilmesi nedeni ile başka bir ülkedeki pazar yapısına uygun olmayabilir²⁴⁴. Ancak konu daha çok ülkelerin karşılaştıkları sorunlar ve bu sorunlara karşı geliştirilen çözümlerin incelenmesi şeklinde irdelenmesi, yapılan hataların tekrarlanmaması için faydalı olacaktır²⁴⁵.

ABD'de elektronik haberleşme tarihi içerisinde ilginç ayırıştırma örneklerinin olmasına rağmen, serbestleşme sonrası ayırıştırma çözümlerine daha yoğun ve sistematik yaklaşılması

²⁴⁴ GILBERT/TOBIN, (2012).

²⁴⁵ GILBERT/TOBIN, (2012).

ve rekabet aksaklıkları ile ilgili hususlarda ülkemiz problemleri ile daha benzer nitelikte olması nedeni ile ABD ile ilgili ülke örnekleri yakın tarihten seçilmiştir.

En bilinen ayrıştırma uygulaması 1984 yılında AT&T'nin ayrıştırılmasına ilişkin ABD mahkemesinin nihai kararı olmakla birlikte ABD'de AT&T'nin yerel ve uzak mesafe şirketlerine ayrılması ile başlayan ayrıştırma uygulamalarını, AB'deki düzenlemeler, özellikle de 1995 yılında yayımlanan Kablo Direktifi izlemiştir²⁴⁶. 2005 yılında gerçekleşen Türkiye'de Türk Telekom özelleştirilmesi sırasında öngörülen hukuki ayrıştırmayı, aynı yıl İngiltere'de British Telecom'un fonksiyonel olarak ayrıştırılması takip etmiştir. İngiltere'deki ayrıştırma AB mevzuatına da ilham vermiştir.

Ayrıştırma uygulamalarının ilke defa gündeme geldiği ABD, daha sonra AB ve İngiltere ile Yeni Zelanda incelenecektir. Fonksiyonel ayrıştırma uygulayan İtalya, İspanya, İrlanda, Avusturya gibi örnekler olsa da aşağıda incelenen örnekler alanlarında ilk olmaları veya fonksiyonel ayrıştırma yanında diğer ayrıştırma çözümlerinin de denenmesinden ötürü önemlidir.

2.6.1 Amerika Birleşik Devletleri

Bilindiği gibi ABD'de federe devlet sistemi uygulanmaktadır. Bu bağlamda federal devlet ve 50 adet federe devlet olmak üzere kademeli bir yapı mevcuttur. Bu ayrımın bir sonucu olarak Federal anayasa ve Federe devlet anayasaları bulunmaktadır. Federal anayasa tarafından sınırlandırılan konularda federal devlet anayasasına göre işlem yapılmaktadır²⁴⁷. Bunun denetimini ise Federal Anayasa Mahkemesi yapmaktadır.

ABD hukuku, İngiliz Common Law sistemi özelliği taşımaktadır²⁴⁸. Common Law sistemi Türkiye'de de uygulanan kıta Avrupa hukuk sisteminin karşiti olarak kullanılmaktadır. Bu hukuk sisteminde kazuistik olarak tedvin edilmiş kanunlar bulunmamakta ve örf ve adet hukuku önemli bir yer tutmaktadır. Mahkeme kararları ileride verilecek kararlar için referans ve bağlayıcı olmaktadır. Bu bağlamda yargıçların hukuk sistemi olarak da adlandırılır²⁴⁹. Ancak ABD telecommunication act incelendiğinde ülkemizde halihazırda yürürlükte bulunan 5809 sayılı Kanundan çok daha ayrıntılı olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

GÖZLER tarafından Common Law olarak adlandırılan hukuk sistemine ilişkin aşağıdaki ortak özelliklere yer verilmektedir²⁵⁰:

- *Tedvin edilmemesi; Common Law bir kanunlaştırma hareketi sonucunda değil yargıçların örf ve adet kurallarına bakarak hukuk kurallarını oluşturmasıyla başlamıştır. Kanunlar, dağınık haldedir. Kara Avrupası hukuk sisteminde olduğu gibi Medeni Kanunlar, Ticaret Kanunları yoktur.*

²⁴⁶ CAVE, Martin, (2006b), No 64, s.1

²⁴⁷ GÖZLER, Kemal, (2013), Genel Hukuk Bilgisi, Ekin Kitabevi, 13. Baskı.

²⁴⁸ KING, Edward, HAWLEY, Joseph; İngiliz Common Law gelişimi, çeviren İlhan LÜTEM, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/342/3520.pdf> erişim tarihi 24.03.2016.

²⁴⁹ KING, Edward, HAWLEY, Joseph; İngiliz Common Law gelişimi, çeviren İlhan LÜTEM, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/342/3520.pdf> erişim tarihi 24.03.2016.

²⁵⁰ GÖZLER, Kemal, (2013).

- *İçtihatî Niteliktedir: Her yargıç davayı sonuçlandırırken ondan önce görülmüş benzer davaların kararlarıyla bağlıdır.*
- *Kamu Hukuku - Özel Hukuk Ayrımı Yoktur: Bu hukuk sisteminde, özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklar ile devlet ile özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklarda yargılama açısından hiçbir fark yoktur.*
- *Örf ve Adet, Hukukun Asli Kaynakları Arasında Yer almaktadır: Hâkimler, bir örf ve adet kuralı varsa bunu uygular.*
- *Yargı Birliği İlkesi Geçerlidir: Anglo-Sakson hukuk sisteminde mahkemeler, adli mahkemeler ve idare mahkemeleri olarak ayrılmamıştır. Mahkemeler, değişik isimler taşıyabilir fakat tüm mahkemeler tek ve en yüksek mahkemeye tabidir.*

ABD’de en bilinen ayrıştırma kararı AT&T hakkında 1982 yılında verilen ve 1984 yılında yürürlüğe giren karar olsa da ayrıştırma uygulamaları daha da önceye dayanmaktadır. Ancak konuya Computer inquiry olarak bilinen kararlardan başlanacaktır.

2.6.1.1 Computer inquiry I- kararı (1966-1967)

1960’ların sonunda bilgisayar teknolojisi yaygınlaşmış ve yeni teknoloji telekomünikasyon pazarlarındaki hizmetler ile benzer hizmetlerin sunulmasına olanak sağlamaya başlamıştır. Bu gelişmeler karşısında FCC tarafından Computer Inquiry I olarak bilinen soruşturmada bilgisayar kullanımı ve bilgisayar yolu ile gönderilen verilerin telefon ile yakınsaması incelenmiştir²⁵¹. FCC’nin temel endişesi telefon hizmetlerindeki hakim durumun yeni hizmetler üzerine aktarılmamasıdır²⁵².

FCC tarafından 1934 tarihli İletişim Kanunundaki “telekomünikasyon” tanımı ile “veri işleme” (data processing) ayrı olduğu, nitekim “telekomünikasyonun” sinyallerin içeriğine dokunulmaksızın iletimini içerdiği, “veri işlemenin” ise programlar yolu ile bilgisayarlar kullanarak verinin alınması, kaydedilmesi, çeşitlendirilmesi, birleştirilmesi ve hesaplanması faaliyetleri olduğu belirtilmiştir²⁵³. Bununla birlikte üçüncü olarak telekomünikasyon ve veri işleme hizmetlerinin birlikte sunulduğu hizmetlerde ise “hibrit hizmetlerin” yer aldığı gıri bir alan tanımlanmıştır²⁵⁴. Ancak FCC tarafından özellikle hibrit olarak ifade edilen hem “telekomünikasyon hizmeti” hem de “veri işleme hizmeti” özelliklerini taşıyan hizmetlerin olduğu ve her iki pazarın sınırlarının bu nedenle hızlı değiştiği ve sınırlarının çizilmesinin zor olduğu da kabul edilmiştir²⁵⁵.

FCC tarafından hizmetler arasındaki ikame ilişkisi incelenerek “veri işleme pazarı”, “telekomünikasyon pazarı” ve “hibrit hizmetler pazarı” olmak üzere üç pazar tanımlanmış, AT&T’nin “veri işleme pazarı” için darboğaz hizmetleri sağladığı²⁵⁶ ve diğer iki pazarda

²⁵¹ MULLER, L. Milton; (2010), Networks and States: The Global Politics of Internet Governance, the IMT Press, s.56

²⁵² COATES, Kevin; (2011), Competition Law and Regulation of Technology Markets, Oxford University Press, s.334.

²⁵³ COATES, Kevin; (2011), s.334.

²⁵⁴ CANNON, Robert, (2003), "The Legacy of the Federal Communications Commission’s Computer Inquiries," Federal Communications Law Journal: Vol. 55: Iss. 2, Article 2, s. 174

²⁵⁵ COATES, Kevin; (2011), s.335.

²⁵⁶ CYBERTELECOM, <http://www.cybertelexcom.org/ci/ci.htm>

potansiyel oyuncu olduğu belirtilmiş, ancak “veri işleme pazarında” birçok oyuncu olduğu, bu oyuncuların sayısının ise giderek arttığı, bu nedenle “veri işleme pazarının” tekelleştigiğine ilişkin bir kanıtın olmadığı belirtilerek “veri işleme pazarı” rekabetçi bir pazar olduğu tespiti yapılmıştır²⁵⁷. Ancak FCC kararında “veri işleme pazarının” “telekomünikasyon hizmetleri pazarında” sunulan hizmetlere bağımlı olduğunu ve telekomünikasyon hizmetlerini sunan şirketlerin aynı zamanda veri hizmetleri pazarında da faaliyette bulunduğunu belirterek her iki pazar arasında **dikey bütünleşik bir ilişkiye** işaret etmiştir²⁵⁸²⁵⁹.

Aynı kararda “iletişim pazarları” incelendiğinde, söz konusu pazarların tekelleştigi, bununla birlikte pazarlar arasındaki rekabet ilişkisine ilişkin bazı endişelerin ortaya çıktığı belirtilmiştir. Söz konusu endişeler:

- *Common Carrier hizmetlerinin (AT&T tarafından sunulmaktadır) veri işleme hizmetlerinden olumsuz etkileneceği,*
- *Veri işleme maliyetlerinin common carrier hizmetleri kullanan telefon müşterilerine yansıtılabileceği,*
- *Common Carrier hizmetlerinden sağlanan gelirlerin veri işleme hizmetlerinin maliyetlerini düşürmek için çapraz sübvansiyon edilebileceği ve*
- *Common Carrierlar tarafından veri işleme hizmetlerinin verilmesinin veri işleme pazarındaki rekabete zarar verebileceği*

hususlarına değinilmiş ve çözüm olarak common carrierların veri işleme pazarında **farklı bir şirket kurarak** faaliyette bulunmasına izin verilmiştir²⁶⁰. Bu şirket azami ayrıştırma şartlarını sağlaması gerekmektedir. **Azami ayrıştırmadan** kasıt ise **ayrı şebekesi, personeli yöneticisi, muhasebe defterleri ve varlıklarının bulunmasıdır**²⁶¹. Azami ayrıştırma ancak yıllık cirosu 1.000.000 \$ ve üzerinde olan şirketler için uygulanması öngörülmüştür²⁶².

Telekomünikasyon şirketlerinin “veri işleme” pazarındaki faaliyetleri, kendi şebekelerinin yoğun olduğu zamanlarda şebeke yönetimi için edindikleri bilgisayarları kullanmaları ile başlamıştır²⁶³. FCC ise veri işleme hizmetlerinin temel girdisi niteliğinde olan “iletişim hizmetleri” pazarında hakim durumda olan teşebbüslerin veri işleme pazarına girerek çapraz sübvansiyon, ayrımcılık gibi davranışları kullanarak tekel oldukları telekomünikasyon hizmetleri pazarındaki pazar gücünü “veri işleme pazarına” aktarmalarından çekinmiştir²⁶⁴.

Computer inquiry I kararından öngörülen ayrı bir şirket kurulması ve bu şirketin ayrı elektronik haberleşme şebekesi, personeli ve varlıklarının olmasının nedeni olarak, ses ve diğer telekomünikasyon hizmetlerini domine eden AT&T’nin tekel etkilerinden bağımsız bilgi toplumu hizmetleri veya bilgisayar hizmetlerinin oluşturulmasını sağlamak olduğu

²⁵⁷ COATES, Kevin; (2011), s.334-335.

²⁵⁸ *Computer I Final Decision*, supra note 24, para. 7; *Computer I Notice of Inquiry*, supra note 9, para. 1

²⁵⁹ CANNON, Robert, (2003), s. 180.

²⁶⁰ COATES, Kevin, (2011), s.335.

²⁶¹ COATES, Kevin, (2011), s.335.

²⁶² *Computer I Final Decision*, supra note 24, para. 23; *Computer I Tentative Decision*, supra note 5, para. 36.

²⁶³ CANNON, Robert, (2003), s.175-176.

²⁶⁴ CANNON, Robert, (2003), s.176.

belirtilmektedir²⁶⁵. Düzenlemeye tabi telekomünikasyon altyapıları ile “veri işleme pazarlarının” ayrıştırılmasının bugünkü ideal kısıtlanmamış küresel interneti ortaya çıkarttığı söylenmektedir²⁶⁶. Nitekim, paketlerin yazılımlar yolu ile bilgisayarlar arasında aktarılması şeklinde tanımlanabilecek internet, telekomünikasyon hizmetlerinden farklı olarak bilgi toplumu hizmetleri kapsamında ele alınmakta ve tasnif sayesinde pazara girişler daha kolay ve herkese açık durumdadır, bununla birlikte pazarda faaliyet gösterenler ağır düzenleme yükü altında bulunmamaktadır²⁶⁷.

2.6.1.2 Computer inquiry II kararı (1976-1981)

Bu soruşturmadan önce Computer Inquiry I’de yapılan tanımları zorlayan teknolojik gelişmelerden de bahsetmek gerekir. Bilgisayar işlemcileri olan CPU’ların ucuzlaması ile son kullanıcı birimlerinde bilgisayar işlemcilerinin kullanılmaya başlanması, telekomünikasyon cihaz üreticilerinin yazılı mesaj gönderen son kullanıcı cihazlarını üretmesine neden olmuştur. IBM tarafından AT&T’nin yazılı mesaj gönderen cihazlar ile bilgisayar pazarına girmesinden duyulan rahatsızlıkta dillendirilmeye başlanmıştır²⁶⁸. Bu süreçte ise 1972’de ARPANet faaliyete geçmiş, 1974 yılında ise doktora tezi olarak hazırlanan IP ortaya çıkmış, 1983 yılında ARPANet tarafından IP teknolojisi kullanılmaya başlanmıştır²⁶⁹. Bu şekilde yaşanan gelişmeler Computer Inquiry I davasında yapılan pazar tanımlarını zorlamaya başlamış, özellikle hibrit pazar tanımı son kullanıcı cihazlarında bilgisayar kullanımı nedeniyle oldukça tartışılır hale gelmiştir²⁷⁰. Nitekim hangi cihazın telekomünikasyon pazarına dahil olan son kullanıcı cihazı hangi cihazın ise düzenlenmeyen bilgisayar cihazı olduğu konusunda belirsizlikler ortaya çıkmıştır²⁷¹. Diğer taraftan FCC telekomünikasyon işletmecilerinin tereddüt yaşamadan şebekelerinde bilgisayar sistemlerini kullanmalarının önünü açacak açıklıkta bir tanıma ihtiyaç duymuştur²⁷². Bunun nedeni ise telekomünikasyon işletmecileri tarafından, kullandıkları bilgisayar bileşenlerinin Computer Inquiry I kararında ortaya çıkan azami ayrıştırma tedbirleri kapsamında değerlendirilebileceğini düşünmeleri olmuştur²⁷³.

FCC tarafından Computer Inquiry I kararında yapılan, telekomünikasyon, veri işleme ve hibrit hizmetler ayrımının tekrar gözden geçirilerek, daha basit bir şekilde, “**temel hizmetler**” (daha sonra bunlara telekomünikasyon hizmetleri denilecektir²⁷⁴) ve “**gelişmiş hizmetler**”²⁷⁵

²⁶⁵ MULLER, L. Milton; (2010), Networks and States: The Global Politics of Internet Governance, the IMT Press, s.56

²⁶⁶ MULLER, L. Milton; (2010), s.56

²⁶⁷ MULLER, L. Milton; (2010), s.56

²⁶⁸ CANNON, Robert, (2003s.182.

²⁶⁹ CANNON, Robert, (2003s.182.

²⁷⁰ CANNON, Robert, (2003), s.182.

²⁷¹ WIK Consultant, (2009), s.15.

²⁷² CANNON, Robert, (2003), s.184.

²⁷³ CANNON, Robert, (2003), s.184.

²⁷⁴ WIK Consultant, (2009), s.15

²⁷⁵ “Gelişmiş hizmetler” (enhanced services) genellikle elektronik haberleşme yazınında Türkçeye “katma değerli hizmet” olarak çevrildiği anlaşılrsa da günümüzde Türkiye’de “bilgi veya bilgi toplumu hizmetleri” ile “katma değerli hizmetler” birbirinden farklı yorumlanmaktadır. Buna göre “bilgi toplumu hizmetleri” 5809 sayılı Kanun kapsamında “elektronik haberleşme hizmeti” sayılmasa da “katma değerli hizmetler” Elektronik Haberleşme Sektöründe Yetkilendirme Yönetmeliğinin 4’üncü maddesi kapsamında “katma değerli elektronik haberleşme hizmetleri” şeklinde tanımlanarak elektronik haberleşme hizmeti olarak yorumlanmıştır.

(enhanced services daha sonra bu hizmetlere bilgi toplumu hizmetleri denilecektir²⁷⁶) ayrımına gidilmiştir²⁷⁷. Temel hizmetler ve gelişmiş hizmetler arasında toptan ve perakende ilişkisi olduğu, telekomünikasyon hizmetleri pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin aynı zamanda gelişmiş hizmetler pazarında da faaliyet göstermeleri nedeni ile dikey bütünleşik bir yapının ortaya çıktığı ve temel hizmetler pazarındaki tekel yapının gelişmiş hizmetlere aktarılması tehlikesinin devam ettiği, **bu nedenle her iki pazarda faaliyet gösteren şirketler için azami ayrıştırma çözümlerine devam edilmesi gerektiğine karar verilmiştir**²⁷⁸.

Son olarak Computer Inquiry I kararında son kullanıcı cihazları henüz bilgisayar işlemleri yapmadığı için gündeme gelmeyen bir konuda Computer Inquiry II kararında gündeme gelmiştir. **Buna göre telekomünikasyon işletmecileri temel hizmetler ile son kullanıcı cihazlarını paket olarak satamayacaklardır**²⁷⁹. **Bu yasak daha sonra 2001 yılında kaldırılmıştır**²⁸⁰.

2.6.1.3 AT&T ayrıştırmasına ilişkin nihai karar

ABD'deki telekomünikasyon regülasyonlarındaki modern çağın başlangıcı AT&T'nin ayrıştırılması sayılmaktadır²⁸¹. ABD telefon pazarında 20'inci asrın başında filizlenmeye başlayan rekabetin aşağıda sayılan nedenlerle başlamadan sona erdiği söylenmektedir²⁸².

- *Kasıtlı olarak doğal tekel kavramı kapsamında birden fazla şebekeye ve teşebbüse izin verilmemesi*
- *Evrensel hizmet yükümlülüklerinin tek bir teşebbüsün tarafından daha iyi yerine getirileceği inancı*
- *Evrensel hizmet yükümlülüğünün sosyal amaçlarını gerçekleştirmek için yapılan tarife düzenlemeler (Çapraz sübvansiyona izin verilmesi)*

Telekomünikasyon hizmetlerinin hızlı, etkili, ülke çapında ve dünya çapında yeterli şebeke üzerinden ve makul ücretlerle sunulması sloganları için yerel telekomünikasyon tarifeleri, uzak mesafe ve yurt dışı çağrılar üzerine yüksek ücretler konularak, buralardan gelen gelirle sübvansiyon ediliyordu²⁸³. 1960'lı yıllarda mikro dalga frekans teknolojisinin ortaya çıkması ile 1969 yılında Federal Communications Commission (FCC) tarafından Microwave Communication Inc (MCI) şirketine lisans verilmiştir²⁸⁴. Daha sonra ufak da olsa uzak mesafe telefon hizmetlerinde AT&T tarafından bir alternatif ortaya çıkmaya başlamıştır. 1976 yılında FCC'nin aldığı bir karar ile uzak mesafe telefon hizmetlerinde MCI ve diğer "Common Carrier"ların AT&T ile rekabet edebileceği belirtilmiştir²⁸⁵. AT&T şebekesinin pazara yeni

²⁷⁶ WIK Consultant, (2009), s.15.

²⁷⁷ COATES, Kevin; (2011), s.335.

²⁷⁸ COATES, Kevin; (2011), s.335.

²⁷⁹ CANNON, Robert, (2003), s.194.

²⁸⁰ CANNON, Robert, (2003), s.194.

²⁸¹ COATES, Kevin; (2011), s.335.

²⁸² THIERER, Adam D; (1994), Unnatural Monopoly: Critical Moments in the Development of the Bell System Monopoly, Cato Jour'nal, Vol. 14, No. 2, s.268.

²⁸³ WALDEN, Ian, (2012), s.190.

²⁸⁴ WALDEN, Ian, (2012), s.190.

²⁸⁵ WALDEN, Ian, (2012), s.190.

giren işletmecilerin erişimine (arabağlantı) açılmamasına cevap olarak MCI tarafından yapılan başvuru neticesinde 1974 yılında Adalet Bakanlığı tarafından AT&T'nin²⁸⁶;

- *AT&T'nin Western Electrics ile ilişkisinin rekabet yasalarına aykırı olduğu,*
- *AT&T'nin uzak mesafe telefon hizmetleri pazarında tekelleştiği,*
- *AT&T tarafından telekomünikasyon işletmecileri ile arabağlantı yapılmadığı, aynı şekilde son kullanıcı donanımlarında da standart sorunları ortaya çıkartıldığı bunun ise anti tröst yasalarına göre yasaklanan “anlaşma yapmayı reddetme” niteliğinde olduğu,*
- *AT&T'nin çok çeşitli ayrımcılık uygulamaları geliştirdiği bu hususun ise AT&T'nin maliyetini arttırdığı, (AT&T'nin maliyetinin artması, pazarda faaliyet gösteren diğer şirketlere vereceği erişim fiyatlarını arttırmaktadır.)*
- *AT&T tarafından düzenleme süreçlerinin sabote edildiği, rakiplerine yeterince bilgi sağlanmadığı,*
- *AT&T tarafından ayrımcı fiyatlama yapıldığı, yıkıcı fiyatlama niteliğinde eylemlere girişildiği, bazı müşterilerine diğerlerine göre avantajlı fiyatlar sağlandığı,*

iddiaları ileri sürülerek bir dava açılmıştır.

Dava sürecinde AT&T'nin mevcut tekelinin kırabilmesi için ayrıştırma çözümleri gündeme gelmiştir. AT&T'nin ayrıştırılması ile ilgili birçok senaryo üzerinde tartışılmıştır. Bunlardan bazıları; hesap ayırımının uygulanması ile çapraz sübvansiyon uygulamalarının önlenmesi, sadece şirket seviyesinde ayrıştırma yapılması fakat mülkiyete ilişkin haklara dokunulmaması, AT&T'nin yerel şirketlerin hisseleri üzerinden sahiplik bakımından kısıtlamaya gidilmesi şeklinde sayılabilir²⁸⁷.

Açılan soruşturmada, yaklaşık 8 yıllık inceleme sonucunda 1982 yılında alınan nihai kararda AT&T'nin hâkim durumunu kötüye kullandığı ve tekelleştigi hükmedilmiştir²⁸⁸. Ayrıca ABD kanunlarının verdiği yetkilere dayanılarak AT&T, 22 yerel şirketin faaliyette bulunduğu 7 bölgeye ayrılmıştır. Ayrıca alınana karara göre AT&T yalnızca uzak mesafe hizmetler verebilecek ve yerel hizmetler için yedi Bölgesel Bell İşletme Şirketleri (Regional Bell Operating Companies-RBOCs) kurulacaktır. RBOC'lar kendi bölgelerinden başlatılan çağrılar için uzak mesafe hizmet vermeleri yasaklanmış, AT&T'nin ise sadece uzak mesafe

²⁸⁶ **ECONOMIDES**, Nicholas; (2005), Telecommunications Regulation: An Introduction *The Limits and Complexity of Organizations*. Ed. Richard R. Nelson. New York: Russell Sage Foundation Press, s.54.

²⁸⁷ **HUTTON**, Thomas J; (1981) The Proposed Deregulation of Domestic Common Carrier Telecommunications, 69 Cal. L. Rev. 455 s.486-496.

²⁸⁸ **United States v. Western Electric Company, Inc., and American Telephone and Telegraph Company**, Modification of Final Judgment, Civil Action No. 82-0192 (August 24, 1982) (http://web.archive.org/web/20060827191354/http://members.cox.net/hwilkerson/documents/AT&T_Consent_Deecree.pdf);

hizmetler vermesine izin verilmiştir²⁸⁹. RBOC'ların bilgisayar hizmetleri pazarına girmeleri ve telefon donanımları imalatı yapmaları yasaklanmıştı.

1984 yılına gelene kadar 1913 yılında Kingsburg taahhütnamesi ve 1956 yılında ise Adalet Bakanlığı'nın 7 yıl süren bir davasından sonra aldığı karar ile AT&T'nin telekomünikasyon işletmeciliği ile **cihaz üretiminin birbirinden ayrılmasına** şahit olunmuştur²⁹¹. 1984 yılında Karar sonucunda, AT&T ayrıştırmada 2 temel varsayım bulunmaktadır²⁹⁴. Bunlardan birincisi yerel erişim şebekesi ile uzak mesafe hizmetler **temel iki hizmet birimi olmasıdır**. Söz konusu sınırlar nedeniyle işletmeciler kendi iş stratejilerini tanımlamaktaydı. İkincisi ise yerel erişim şebekesi ve hizmetlerinin **doğal tekel** niteliğinde olmasıdır²⁹⁵. Bu nedenle RBOC'lar yine düzenleme dışında tutulmuştur²⁹⁶. RBOC'lar ayrıca LATA²⁹⁷ (Local Access and Transport Areas) olarak nitelendirilen yerel erişim hizmetlerinin başka bir bölgeye taşınması yasaklanmıştır.

2.6.1.4 Computer inquiry III kararı (1985-1986)

Computer Inquiry III soruşturması Computer Inquiry I ve Computer Inquiry II'deki yükümlülüklerin AT&T'nin ayrıştırılmasına ilişkin 1984 tarihli nihai karara göre gözden geçirilmesinden ibarettir²⁹⁸.

Computer Inquiry III soruşturmasında FCC tarafından yapısal ayrıştırma ile ilgili ilginç bir yorum yapılmıştır. Buna göre;

“Yapısal ayrıştırmada, AT&T'nin temel hizmetleri ile etkin olarak birleştirilecek veya bütünleştirilebilecek katma değerli hizmetlerin sunulması yasaklanmıştır. Fakat bu husus ile yapısal ayrıştırmadan beklenen maliyet etkin yaklaşımdan uzlaşmaktadır. Bizim yaptığımız yapısal ayrıştırma düzenlemeleri sonucunda, kamuya faydalı olabilecek hizmetlerin sunumunun hiçbir zaman mümkün olmaması gibi bir sonuç ortaya çıkabilecektir. AT&T'nin katma değerli hizmetlerine ilişkin faaliyetlerinin yapısal ayrıştırma düzenlemesi ile yasaklanması sonucunda, AT&T'nin teknoloji ve deneyim gibi girdileri kullanarak kapsam ekonomisi gerçekleştirilme fırsatlarını kullanmasını ve farklı ürünler ortaya çıkartılabilmesi de önlemektedir. Yeni hizmetler ve kapsam ekonomilerinin ortaya çıkması fırsatlarından

²⁸⁹ *United States v. Western Electric Company, Inc., and American Telephone and Telegraph Company*, Modification of Final Judgment, Civil Action No. 82-0192 (August 24, 1982) (http://web.archive.org/web/20060827191354/http://members.cox.net/hwilkerson/documents/AT&T_Consent_Decree.pdf);

²⁹⁰ ITU, (2011),

²⁹¹ **ECONOMIDES**, Nicholas; (2005), s.55.

²⁹² ITU, (2011),

²⁹³ ITU, (2011),

²⁹⁴ ITU, Dr. Musab Barakat Ahmed Ali, PhD.;FCCA;FCMI, Chartered Certified Accountant Practicing firm Barakat&co Senior partner & CEO Consultant, Sunum. slayt 39-45.

²⁹⁵ ITU, Dr. Musab Barakat Ahmed Ali, slayt 39-45.

²⁹⁶ **ABD**, 1996 Telecommunications Act, p.42

²⁹⁷ **ABD**, 1996 Telecommunications Act, p.42.

²⁹⁸ **COATES**, Kevin; (2011), *Competition Law and Regulation of Technology Markets*, Oxford University Press, s.337.

*vazgeçilmesinin maliyetinin yanına; personel ve tesislerin gereksiz olarak yeniden inşasının (dublikasyonunun) açık maliyeti de eklenmektedir*²⁹⁹.

Sonuç olarak, FCC tarafından, ABD’de uygulanan yapısal ayrıştırmanın AT&T ve tüketiciler için katma değerli hizmetlerde ve yeni hizmetlerde önemli etkisizlikler oluşturduğu ve yapısal ayrıştırmanın kaldırılması ile yerine yapısal olmayan önlemlerin alınması gerektiği ifade edilmiştir³⁰⁰³⁰¹.

Computer Inquiry III soruşturmasında Computer Inquiry I ve Computer Inquiry II soruşturmalarında temel felsefesinde bir değişiklik olmamış, dikey bütünleşik yapıdan ve darboğazlardan kaynaklanan rekabet aksaklığı endişeleri devam etmiştir³⁰². Ancak darboğaz unsurunun aşılması için uygulanması gereken kurallar noktasında, yeni kuralların getirildiği ve çözümlerin yapısal çözümlerden davranışsal çözümlere doğru kaydırıldığı görülmektedir³⁰³. Ayrıca 1996 tarihli Telekomünikasyon Kanunundan sonra bilgi toplumu hizmetleri olarak anılacak olan gelişmiş hizmetler, giriş engellerinin bulunmaması ve tekelleşme riskinin olmaması gerekçeleri ile düzenlenmemiştir³⁰⁴.

1986 yılında Computer Inquiry III nihai kararı açıklanmış, 1986 yılında ilk İnternet Hizmet Sağlayıcı (Internet Service Provider-ISP) İşletmeci faaliyete başlamış, 1991 yılında ise World Wide Web dünyada kullanılmaya başlamıştır. 1998 yılında ise ABD’de 7000 tane ISP faaliyetini sürdürmeye başlamıştır³⁰⁵.

2.6.1.5 1996 tarihli Telekomünikasyon Kanunu

1984 yılındaki nihai karardan sonra RBOC’lar uzak mesafe telekomünikasyon hizmetleri verememekte, uzak mesafe işletmecileri ise yerel telekomünikasyon hizmetleri vermeye, kablo işletmecileri ise diğer telekomünikasyon hizmetlerini vermek istemekteydi³⁰⁶. Diğer taraftan teknolojinin gelişmesi ile birlikte telekomünikasyon hizmeti ve bilgi hizmetleri ayrımının da devam ettirilmesi güçleşmişti³⁰⁷. Bunlar 1996 tarihli Telekomünikasyon Kanununun arka planında yer alan nedenler olarak belirtilmektedir³⁰⁸.

1996 tarihli Telekomünikasyon Kanununun (Public Law 104-104) temel amacı isteyen kişilerin telekomünikasyon hizmet pazarlarına girmesi ve isteyen işletmecilerin istediği telekomünikasyon hizmetlerini sunabilmesidir³⁰⁹. 1996 tarihli Telekomünikasyon Kanunu altyapı temelli rekabet tesisini amaçlamakta olduğu, bununla birlikte altyapı temelli rekabet tesis edilinceye kadar da diğer telekomünikasyon işletmecilerinin talep etmeleri halinde yerleşik işletmecilerin diğer telekomünikasyon işletmecilerine zorunlu olarak erişim

²⁹⁹ Computer III s.79-81.

³⁰⁰ Computer III s.79.

³⁰¹ WIK-Consult, (2009).

³⁰² CANNON, Robert (2003) s.203

³⁰³ CANNON, Robert (2003), s.203

³⁰⁴ CANNON, Robert (2003), s.203-204

³⁰⁵ CANNON, Robert (2003), s.204.

³⁰⁶ COATES, Kevin, (2011), s.337.

³⁰⁷ COATES, Kevin, (2011), s.337.

³⁰⁸ COATES, Kevin, (2011), s.337.

³⁰⁹ ABD, (1996) Telecommunications Act, giriş bölümü.

hizmetlerini sağlanması hususunu düzenlediği kanunun lafzından anlaşılmaktadır³¹⁰. Ancak 1996 tarihli Kanunun asıl amacı hızlı değişimlerin olduğu pazarlarda yapısal ayrıştırmaya yolu ile yapılan yanlışları düzeltmekti³¹¹. IP hizmetleri sonrasında RBOC'ların sadece kendi bölgelerinde hizmet sunabilmeleri, AT&T'nin uzak mesafe hizmet sunması gibi bir ayrıma gitmenin bir anlamı kalmamıştı. 1984 yılında verilen mahkeme kararı da bu yüzden 1996 tarihinde bir kanunla deyim yerinde ise mülga edilmiştir³¹².

1996 tarihli Telekomünikasyon Kanunu temel hizmet ve geliştirilmiş hizmet ayrımını kaldırmış bunun yerine telekomünikasyon hizmetleri ve bilgi hizmetleri tanımlarını ikame etmiştir³¹³. Telekomünikasyon hizmetleri yine düzenlemelere tabi iken bilgi hizmetleri, giriş engelleri ve darboğazların telekomünikasyon hizmetlerine nispeten daha az olması nedeni ile çok daha az düzenlemeye tabi tutulmuştur³¹⁴.

1996 tarihli Telekomünikasyon Kanununun 271'inci bölümünde RBOC'ların rekabetçi hizmetleri (interLATA³¹⁵ dâhil) verebilmeleri için faaliyetlerini ayrıştırmaları hüküm altına alınmıştır. Buna göre Bell Operating Companies (BOC)'lar tarafından kurulacak iştirakler;

- *Operasyonel bağımsızlıkları olmalıdır.*
- *Bağımsız hesapları, defterleri ve kayıtları olmalıdır.*
- *Bağımsız çalışanlar, direktörler ve yöneticileri olmalıdır.*
- *Kendi mal varlıkları ve ticari itibarları (kredibiliteleri) olmalıdır.*
- *RBOC'lar ile yapılacak tüm anlaşmalar yazılı ve kamuoyuna açık olmalıdır.*

Ayrıca RBOC'lar kendi iştirakleri lehine ayrımcılık davranışlarında bulunmaktan yasaklanmakta ve rakip işletmecilere karşılaştırılabilir hizmet sunma ile yükümlü kılınmaktadır. Incumbent Local Exchange Companies (ILEC) olarak nitelendirilen işletmeciler toplamda 14 maddelik (m.271/c/2/b) bir listenin yerine getirilmesinden sorumludur. Bu hükümlerden anlaşıldığı kadarı ile RBOC'lar tarafından uzak mesafe hizmetler verilmesi istenmesi **halinde operasyonel veya hukuki ayrıştırma** benzeri bir ayrıştırma yapması şart koşulmuştur. Bu ayrıştırmaya ilişkin denetim mekanizmaları, bilgi ayrıştırması, hesap ayrıştırması, erişim hizmetleri, bilgilerin kamuoyu ile paylaşılması vb. konularda oldukça kapsamlı kanuni düzenlemelere gidilmiştir³¹⁶.

2.6.2 Avrupa Birliği

AB kendi içerisinde bağımsız bir hukuk sistemi kurmaktadır³¹⁷. Topluluk hukuku olarak adlandırılan bu hukuk düzeninin başlıca iki özelliği bulunmaktadır. Bunlardan birincisi topluluk hukukunun üye devletlerin iç hukukuna önceliği ilkesi, bir diğer ise topluluk

³¹⁰ COATES, Kevin, (2011), s.338.

³¹¹ CRANDALL R. W. (2002), s.5.

³¹² CRANDALL R. W. (2002), s.5.

³¹³ CANNON, Robert (2003) s.193.

³¹⁴ CANNON, Robert (2003) s.193.

³¹⁵ ABD, (1996) Telecommunications Act, p.42 interLATA hizmetler yerel şebekeden başlayıp, başka bir yerel şebekede sonlanan hizmetler için kullanılmaktadır.

³¹⁶ ABD, (1996), Telecommunications Act, m.271,272.

³¹⁷ ÜNAL, ŞEFER (2007), Avrupa Birliği Hukukuna Giriş, Yetkin Yayınları, Ankara, s.38.

hukukunun birlik içerisindeki bireylere doğrudan uygulanabilmesidir³¹⁸. AB topluluk hukukunun oluşturulmasında en etkin organlar AB parlamentosu ve Komisyondur. AB hukukunun temel kaynakları AB kurucu antlaşmaları, tüzükler, direktifler (yönerge), kararlar ve tavsiye/görüşlerdir³¹⁹. Bunların etkilerine bakıldığında, birincil kaynaklar antlaşmalardır. Tüzükler üye ülkeleri doğrudan bağlamaktadır. Direktifler üye ülkeler için bir konuda asgari standartları belirlemekte ve daha yüksek standartları üye ülkelere bırakmaktadır³²⁰. Üye ülkelere daha fazla esneklik verildiği için direktifler elektronik haberleşme sektörü gibi hızlı değişen alanlarda tercih edilmektedir. Kararlar belli bir somut olay için geçerlidir³²¹. Tavsiyeler ise bağlayıcı olmamakla birlikte AB hukuku uygulayıcıları tarafından göz önünde bulundurulmaktadır³²².

AB topluluk hukukunun korunması ve AB antlaşmalarının ve topluluk hukukunun ihlali halinde farklı mekanizmalar olmakla birlikte Kurucu antlaşmanın 258'inci maddesine göre Avrupa Adalet Divanı devreye girmektedir. Bunun için antlaşmada iptal davası dâhil birçok dava düzenlenmiştir. Genel mahkeme ise Adalet divanının iş yükünün azaltılması için kurulmuş ilk derece mahkemesi benzeri bir mahkemedir³²³.

2.6.2.1 Yeşil kitap

AB'de telekomünikasyon hizmeti özel şirketler eli ile tekel olarak değil, kamu eli ile tekel şeklinde yürütülmekteydi. Telekomünikasyon Hizmetleri ve Araçları İçin Ortak Bir Pazarın Oluşturulması Hakkında Yeşil Kitap'ta (1987) Komisyon tek Avrupa pazarında telekomünikasyon piyasalarının uyumlaştırılması (harmonisation) ve rekabete açılması gerektiğini (serbestleşme) belirtmiştir³²⁴.

İlk serbestleşme telekomünikasyon son kullanıcı donanımlarında (terminal ekipmanları) başlamıştır. 88/310/EC sayılı Direktif kapsamında telekomünikasyon son kullanıcı donanımlarının üretimi, ithal ve ihracı konusunda imtiyazların ve piyasa girişteki engelleyici onay aşamalarının kaldırılması gerektiği hususu belirtilmiştir³²⁵.

2.6.2.2 İlk rekabet direktifi serbestleşme ve uyumlaştırma dönemi

Telekomünikasyon son kullanıcı donanımlarının ardından sırada telekomünikasyon pazarlarındaki tekellere gelmiştir³²⁶. 90/388/EEC sayılı Hizmetler Direktifi telekomünikasyon piyasasında tam rekabet uygulamaları başlatılması için düzenleme fonksiyonu ile işletmecilik fonksiyonun ayrıştırılması öngörülmüştür³²⁷. Aynı direktifte belirli telekomünikasyon hizmetlerinin rekabete açıldığını ve Üye Devletlerden herhangi bir işletmecinin bu hizmetleri sunmak üzere yetkilendirilmesini sağlamak için gerekli önlemleri almaları üye ülkelerden

³¹⁸ ÜNAL, ŞEFER (2007), s.38.

³¹⁹ KLAUS-Dieter Borchardt, (2010), EU, The ABC of European Union Law, s.88.

³²⁰ ÜNAL, ŞEFER, (2007), s.79.

³²¹ KLAUS-Dieter Borchardt, (2010), EU, s.93.

³²² KLAUS-Dieter Borchardt, (2010), s.95.

³²³ KLAUS-Dieter Borchardt, (2010), s.71.

³²⁴ NIHOUL S. ve RODFORD S., (2011), s.4.

³²⁵ KOENİNG, Christian ve diğerleri, (2009) s.43.

³²⁶ KOENİNG, Christian ve diğerleri, (2009) s.45.

³²⁷ AVRUPA KOMİSYONU 90/388/EEC sayılı Direktif, m.2/1.

talep edilmiştir. Ses telefonu dışındaki tüm telekomünikasyon hizmetlerinden münhasır hakların (exclusive rights) kaldırılması istenilmiş ve bu yolla ses telefonu dışında tüm pazarlar rekabete açılmıştır³²⁸. Bu hizmetler telex hizmeti, mobil haberleşme, radyo ve televizyon yayıncılığıdır³²⁹. Ses telefonundaki münhasır hakları ise 01.01.1998 tarihine kadar devam etmiştir.

Rekabet üzerindeki sınırlamalar kalkarken, serbestleşen hizmetlerin işletmeciler tarafından verilmesi için kiralık hatların kullanılması gerekmektedir. Kamu tekeli ile kurulmuş şebekeleri işleten yerleşik işletmecilerin alternatif işletmecilerin kiralık hatları sunarken kendilerine sundukları fiyatlarla vermemiş, bu husus fiyat temelli ayrımcılık davranışları gündeme getirmiştir. Nitekim yerleşik işletmeci, şebekedeki maliyetler ve işleyiş hakkında alternatif işletmecilerden ve düzenleyicilerden daha çok bilgi sahibidir. Bu ise maliyetleri şişirerek, verilecek kiralık hat erişim hizmetinin tarifelerini yükseltmelerini sağlayabilmektedir. 92/44/EC sayılı Kiralık Devre Direktifi'nin "tarife ilkeleri ve maliyet muhasebesi" başlıklı 10'uncu maddesi ile öncelikle fiyat temelli rekabet aksaklıklarının giderilmesi için maliyetlerin nasıl dağıtılacağına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler ortaya konulmuştur.

2.6.2.3 AB Kablo Direktifi

Kablolu televizyon şebekelerindeki kısıtlamaların kaldırılmasına ilişkin 18.10.1995 tarihli ve **95/51/EC** sayılı Komisyon Direktifinde (Kablo Direktifi) *şeffaflığını sağlamak ve ayrımcılığa yol açan davranışları önlemek için özellikle telekomünikasyon hizmetlerinin sağlayıcısı sıfatıyla her bir şebekenin ve faaliyetinin sunulması ile ilgili mali hesapların ayrılmasını sağlamak...* ile yükümlü tutulmuştur. 1995 tarihli Kablo TV Direktifinde hesap ayırım yükümlülüğünün öngörülmesindeki başlıca amacının şeffaflık ve ayrımcı davranışları önlemek olduğu görülmektedir. **1999/64/EC** sayılı Direktif ile Kablo Direktifinin giriş bölümünün (preamble) 2 numaralı paragrafında serbestleştirilmiş hizmetlerin sunulmasına yönelik alternatif altyapıların kullanımını engelleyen hukuki kısıtlamaların ve özellikle kablo TV şebekelerinin kullanımına getirilen kısıtlamaların süregelen **darboğazın ana sebebi** olduğu ifade edilmiştir. Bu bağlamda Direktifin 2'nci maddesinde üye ülkelerin kablo TV altyapısı sağlayan teşebbüslerin, kablo TV faaliyetlerinin diğer faaliyetlerinden **ayrı mali hesaplar oluşturmalarını** gerekli kılarak hesap ayırıştırması yükümlülüğü şart koşulmuştur. Ayrıca 95/51/EC sayılı Direktifin 2'nci maddesinin üçüncü paragrafı Komisyonun, 1 Ocak 1998 tarihinden önce, ilgili Direktifin amaçlarıyla bağlantılı olarak, kablo TV şebekelerinin ve kamu telekomünikasyon şebekelerinin tek bir işletmeci tarafından ortak temininin yaratacağı etkilerin kapsamlı bir değerlendirmesini yapmasını gerekli kılmıştır. Komisyon tarafından yapılan araştırmalarda yerel erişim piyasalarında yüksek düzeyde bir rekabet olmaksızın, telekomünikasyon şebekelerinin ve kablo TV şebekelerinin ortak mülkiyetinin tek bir teşebbüste olmasının, tüketicilerin, hizmet sağlayıcılarının ve bir bütün olarak Avrupa ekonomisinin zararına olmak üzere tam bir multimedya altyapısına doğru gelişimi

³²⁸ AVRUPA KOMİSYONU 90/388/EEC sayılı Direktif, m.2/1.

³²⁹ AVRUPA KOMİSYONU 96/19/EC sayılı Direktif, p.1.

³³⁰ AVRUPA KOMİSYONU, (1995), Commission Directive 95/51/EC of 18 October 1995 amending Directive 90/388/EEC with regard to the abolition of the restrictions on the use of cable television networks for the provision of already liberalized telecommunications services.

yavaşlatacağı sonucuna varmıştır³³¹. Topluluk dâhilinde, telekomünikasyon ve kablo TV hizmetlerinin tek bir işletmeci tarafından sağlanmasının, piyasaya yeni girenlere kıyasla hâkim telekomünikasyon işletmecileri için asimetric bir başlama pozisyonu oluşturduğu ifade edilmiştir³³². Ancak yapılan değerlendirmelerde hem kablo TV şebekesini hem de ana telekomünikasyon şebekesini elinde aynı zamanda tutan işletmecilerin kablo TV şebekesine yatırım/modernizasyon yapmak istemedikleri, zira bu kuruluşun telekomünikasyon şebekesinde veya kablo TV şebekesinde önemli derecede iyileştirme yapması diğer şebekesinde iş kaybına yol açtığı, bunun ise yeni ileri haberleşme hizmetleri sunmasını geciktireceği sonucuna varılarak ana telekomünikasyon şebekesi ile kablo TV şebekesinin tüzel kişiliklerinin ayrıştırılması gerektiği belirtilmiştir³³³.

Bunun sonucu olarak 90/388/EEC sayılı Direktifin 9'uncu maddesi değiştirilerek belirli şartlarda,

*“Her Üye Ülke, bir telekomünikasyon kuruluşunun kamu telekomünikasyon şebekesi için kullandığı **tüzel kişiliğini**, kablo TV şebekesini işletirken kullanamayacağını temin edecektir.”*

hükmünü kabul etmiştir. Söz konusu Direktif aynı zamanda kablo TV şebekesi ile bakır şebeke arasında arabağlantı yapmayı engelleyen tüm sınırlamaların da kaldırılmasını öngörmüştür.

2.6.2.4 1998 Düzenleyici Çerçevesi

1998 düzenleyici çerçevesi ile kast edilen tam serbestleşme ve etkin rekabetin bu tarihte gerçekleşeceğinin beklenmesidir. 1998 çerçevesi;

- 97/33/EC sayılı Açık Şebeke Tedariki Koşulları Direktifi³³⁴,
- 97/66/EC sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi Direktifi³³⁵,
- 97/13/EC sayılı Bireysel Lisans Direktifi,
- 97/51/EC sayılı Rekabet Direktifi³³⁶ ve
- 98/10/EC Asgari Telekomünikasyon Hizmetleri Direktifi³³⁷

oluşturmaktadır. Bu direktiflerde asıl amaç arabağlantı kuralları ile şebekelerin birbirleri ile bağlantısını sağlamanın yanında, bu bağlantının sağlanması için telekomünikasyon şebeke ve

³³¹ AVRUPA KOMİSYONU 1999/64/EC, p.4

³³² AVRUPA KOMİSYONU, 1999/64/EC p.5.

³³³ AVRUPA KOMİSYONU, 1999/64/EC p.10.

³³⁴ Directive 97/33/EC of the European Parliament and of the Council of 30 June 1997 on Interconnection in Telecommunications with regard to Ensuring Universal Service and Interoperability Through Application of the Principles of Open Network Provision (ONP)

³³⁵ Directive 97/66/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 1997 Concerning the Processing of Personal Data and The Protection of Privacy in the Telecommunications Sector

³³⁶ Directive 97/51/EC of the European Parliament and of the Council of 6 October 1997 Amending Council Directives 90/387/EEC and 92/44/EEC for the Purpose of Adaptation to a Competitive Environment in Telecommunications

³³⁷ Directive 98/10/EC of the European Parliament and of the Council of 26 February 1998 on the Application of Open Network Provision (ONP) to Voice Telephony and on Universal Service for Telecommunications in a Competitive Environment

donanım standartlarının uyumlu olması ve şebekelerinin arabağlantı yapılmaya uygun kurulmasıdır³³⁸.

1998 düzenleyici çerçevesinde, rekabet ilke ve kuralları tam olarak gözetilmemiştir. Düzenlemeye tabi olan ilgili pazarlar yine rekabet ilke ve kuralları dikkate alınmadan belirlenmiştir. Ayrıca söz konusu pazarlarda düzenleyiciler kurumlar tarafından %25 pazar payına sahip işletmecileri, diğer bazı kriterler kullanılarak ilgili pazarda EPG'ye sahip işletmeci olarak belirle imkânı tanınmıştır.

97/33/EC sayılı Direktifin 8'inci maddesi kapsamında ilgili pazarda EPG'ye sahip işletmecilere arabağlantı hizmetlerinde hesap ayırımı yükümlülüğü getirebilmesi öngörülmüştür. 98/322/EC sayılı Tavsiye Kararını 2'nci bölümünde hesap ayırımı ve maliyet muhasebesi hususlarını düzenlemiştir. Bu direktifin yerini daha sonra 2005/698/EC sayılı direktif alacaktır.

2.6.2.5 2002 Düzenleyici Çerçevesi

2002 Düzenleyici Çerçevesi rekabet hukuku kural ve ilkeleri ile tam olarak uyumlu kurallar koymaktadır³³⁹. Ekonomi kurallarının evrensel olduğu göz önünde bulundurulduğunda, rekabet hukuku ilke ve kurallarının kullanılması ile rekabet aksaklığı görülen pazarların incelenmesi ve yine rekabet hukuku ilke ve kuralları ile paralel yükümlülüklerin getirilmesi, düzenlemenin kesin olarak gerekli olduğu pazarlarda düzenlemenin orantılı olarak yapılması sağlanmaktadır³⁴⁰.

AB tarafından 2002 yılında belirlenen telekomünikasyon düzenlemeleri sayesinde pek çok pazar rekabete açılmış ve önceden devlete ait tekel işletmeciler pazarlardaki hâkim konumlarını kaybetmeye başlamıştır³⁴¹.

2002 Düzenleyici Çerçevesi ile kabul edilen önemli ilkeler:

- *Teknoloji tarafsızlık,*
- *Girişlerin kolaylaştırılması,*
- *Genel rekabet kurallarının hâkimiyet ve*
- *Rekabet aksaklıklarına karşı pazar analizleri ve düzenleyici yükümlülükler (Hesap ayırıştırma yükümlülüğü)*

Elektronik haberleşme için yeni düzenleyici çerçeve 2002 Düzenleyici Çerçevesi, 24 Temmuz 2003 tarihinden itibaren AB çapında uygulanmaktadır³⁴².

2002/21/EC sayılı Çerçeve Direktifi 16'ncı maddesine uygun olarak gerçekleştirilen pazar analizinin sonucunda bir işletmecinin belirli bir pazarda EPG'ye sahip olduğunun belirlendiği

³³⁸ NIHOUL S. ve RODFORD S., (2011), s.8.

³³⁹ AVRUPA KOMİSYONU, 2002/21/EC sayılı Direktifi.

³⁴⁰ ERG (2006), s.22; AVRUPA KONSEYİ, 2002/21/EC sayılı Direktif, m.8.

³⁴¹ BTK, (2008), 2007 AB Telekomünikasyon Reformu, Ankara, s.9.

³⁴² AVRUPA KONSEYİ, 2002/21/EC sayılı Direktif, m.28.

, ulusal düzenleyici kurumlar söz konusu Direktifin 9 ila 13 arasındaki maddelerinde belirtilen yükümlülükleri uygular, değiştirir veya kaldırır³⁴³.

2002/21/EC sayılı Erişim Direktifinin 11'inci maddesinin kapsamında bir ulusal düzenleyici kurum, pazar analizi sonucunda arabağlantı ve/veya erişime ilişkin belirli faaliyetlerle ilgili olarak hesap ayırımı yükümlülükleri getirebilecektir³⁴⁴. Söz konusu yükümlülük ise ayırım gözetmemeye ilişkin bir yükümlülüğün olduğu ya da haksız çapraz sübvansiyonun engellenmesinin gerektiği durumlara uyumluluğu sağlamak amacıyla, dikey olarak bütünleşmiş bir şirketin toptan fiyatlarını ve iç transfer fiyatlarını açıklamasına yönelik bir yükümlülük olarak açıklanmaktadır³⁴⁵.

2002/21/EC sayılı Çerçeve Direktifinin 15/1 maddesine göre Komisyon tarafından Üye ülkelerin tanımlayacakları pazarlara ilişkin tavsiye kararları yayımlayacaktır. Söz konusu tavsiye kararında yer alan pazarların dışında ülke koşullarına göre yeni pazarlarda tanımlayabilecekleridir. Ancak bu durumda, söz konusu pazarlara ilişkin gerekçelerini Komisyona bildirmeleri gerekmektedir. Komisyon tarafından pazarlara dair gönderilen gerekçelerin yerinde olmadığı düşünülmesi halinde ülke hakkında inceleme başlatılabilmektedir.

2005 yılı Komisyon tarafından Hesap Ayırımı Tavsiye Kararı çıkartılarak hesap ayırımı yükümlülüğünün detaylarına ilişkin düzenleme yapılmıştır³⁴⁶. Düzenleyici çerçevenin bu ilk halinde hesap ayırımı dışında bir ayrıştırma yükümlülüğü öngörülmemiştir.

2009 yılı öncesinde AB'de fonksiyonel ayrıştırmaya ilişkin herhangi bir mevzuat hükmü bulunmamasına rağmen yerel erişim şebekesine erişim hizmetleri pazarında ve genişbant erişim hizmetleri pazarında İngiltere, İtalya ve İsveç yerleşik teşebbüsün yerel erişim hizmetlerinin diğer hizmetlerinden fonksiyonel ayrıştırmaya karar vermişlerdir. Bunu yaparken, karar tarihinde konu ile ilgili herhangi bir mevzuat olmaması nedeni ile 2002/21/EC sayılı Direktifin 8/3 maddesinde belirtilen Komisyondan da herhangi bir izin almaya gerek duymamışlardır³⁴⁷. Söz konusu ülkeler fonksiyonel ayrıştırmayı teşebbüslerin bir seçenek olarak sunmuş ve ilgili pazarlarda getirilecek ağır yükümlülüklerle karşı fonksiyonel ayrıştırma uygulanması seçeneğini teşebbüslerin tercihine bırakarak bir nevi ihtiyari ayrıştırma uygulamışlardır³⁴⁸.

³⁴³ AVRUPA KONSEYİ, 2002/19/EC sayılı Direktif, m.8/2.

³⁴⁴ AVRUPA KONSEYİ, 2002/19/EC sayılı Direktif, m.11/1.

³⁴⁵ AVRUPA KONSEYİ, 2002/19/EC sayılı Direktif, m.11/2.

³⁴⁶ AVRUPA KOMİSYONU, (2005/698/EC) Rec. on Acc. Sep. Commission Recommendation on accounting separation and cost accounting systems under the regulatory framework..

³⁴⁷ OXERA, (2009), Vertical Separation in Telecommunication Sector, What are Its Implication for the Portuguese market, s.5.

³⁴⁸ OXERA, (2009), s.5.

2.6.2.6 2009 Yılı Değişiklikleri

2006 yılında AB Komisyonu tarafından 2002 Elektronik Haberleşme Düzenleyici Çerçevesinin (2002 Düzenleyici Çerçevesi) gözden geçirilmesi kararlaştırılarak, “Telekom Reform Paketi” olarak çalışmaları başlatılmıştır³⁴⁹. Söz konusu çalışmalar sonucunda;

- 2009/136/EC sayılı Vatandaş Hakları Direktifi ve
- 2009/140/EC sayılı Daha İyi Düzenleme Direktifi

kabul edilmiştir. AB Çerçeve Direktifi'nin gözden geçirilmesi sürecinde Kasım 2009'da onaylanan 2009/140/EC sayılı Daha İyi Düzenleme Direktifi³⁵⁰ standart olmayan bir tedbir olarak fonksiyonel ayrıştırma yükümlülüğü kabul edilmiştir³⁵¹. Fonksiyonel ayrıştırma yükümlülüğü ön onay prosedürüne tabidir³⁵². 2002/19/EC sayılı Erişim Direktif'inin 16'ncı maddesine göre üye ülkeler Komisyonun öngördüğü ilgili pazarları analiz etmek, ilgili pazarlarda EPG'ye sahip teşebbüslerin bulunması halinde söz konusu teşebbüsler ile bu teşebbüslere getirilen yükümlülükleri Komisyona bildirmekle yükümlüdürler. Ancak fonksiyonel ayrıştırmada bu sürecin dışına çıkılarak, ayrıştırma yapılamadan önce Komisyondan ön izin alınması gerekmektedir.

2.6.3 İngiltere

İngiltere'de Common Law hukuk sistemi yürürlükte. Elektronik haberleşme sektörü açısından 1980'lerde öncelikle cihaz pazarında başlayan serbestleşme, 1981 yılında posta hizmetleri ile Telekom hizmetlerin ayrıştırılması ile devam etmiş³⁵³, daha sonra kiralık devrelere ilişkin yoğun talep nedeni ile şebeke bileşenlerine ile devam etmiştir³⁵⁴.

2.6.3.1 BT özelleştirilmesi

İngiltere'de 1984 yılında Telekomünikasyon Kanunu ile bağımsız bir düzenleyici kurum kurulmuş ve BT'nin imtiyazları kaldırılarak Mercury Telecom tarafından BT'nin sunduğu hizmetlerin sunulması sağlanmıştır. Bunun yanında duopol döneminde olarak adlandırılan süreçte altyapı rekabetinin geliştirilmesi için kablo TV altyapısından tüm hizmetlerin sunumuna izin verilmiştir. 2001 yılında devletin elinde bulunan tüm BT hisseleri halka arz edilerek BT'nin özelleştirilmesi sona ermiştir³⁵⁵.

2.6.3.2 Openreach kurulması

İngiltere'de 1991 yılında duopol imtiyazları kaldırılarak pazar yeni işletmecilerin girişleri sağlanmış ve duopol dönemi sona ermiştir. BT'nin özelleştirildiği 1982 yılında yapısal

³⁴⁹ BEREK, (2011), s. 3 vd.

³⁵⁰ AVRUPA KONSEYİ, (2009a). (2009/140/EC) Better regulation directive. amending Directives 2002/21/EC, 2002/19/EC and 2002/20 in electronic communications networks and service .

³⁵¹ BEREK, (2011), s. 3 vd.

³⁵² BEREK, (2011), s. 3 vd.

³⁵³ <http://home.bt.com/news/bt-life/history-of-bt/a-short-history-of-telecommunications-in-the-uk-11363870786446>

³⁵⁴ Bu bölüm ağırlıklı olarak WALDEN, Ian, (2012), s.38-40 yararlanılarak hazırlanmıştır.

³⁵⁵ https://www.btplc.com/Thegroup/BTsHistory/History_of_BT.pdf

ayrıştırmaya ilişkin hususlar gündeme gelmiş ancak hükümet tarafından BT'nin dikey olarak ayrıştırılmadan güçlü bir şirket olarak özelleştirilmesine karar verilmiş, fakat gerek Mercury Telecom gerekse de 1991 yılında pazar girmeye başlayan işletmecilerin BT ile rekabet edebilmeleri ve BT'nin yerel erişim şebeke altyapısını ayırım gözetmeksizin rekabetçi fiyatlarla kullanarak son kullanıcılara hizmet verebilmeleri için BT'nin ayrıştırılmasına ilişkin ihtiyaç devam etmiştir³⁵⁶.

2001 yılında BT tarafından rakip işletmeciler yerel şebeke altyapısına erişim izini verilmiş ve 2001-2005 yılları arasında 150.000 civarı devre Yerel Ağın Paylaşımına Açılması (YAPA) modeli ile rakip işletmecilere sunulmuştur. Ancak yapılan çalışmalarda ilgili pazarda rekabetin oldukça düşük kaldığı ve İngiltere pazarındaki fiyat seviyesinin diğer ülkelere nispeten oldukça yüksek olduğu ortaya konularak yerel erişim şebekesinin ayırım gözetmeksizin, etkin ve rekabetçi fiyatlar ile alternatif işletmecilere sunulması için 2003 yılında OFCOM tarafından "Telekomünikasyon Sektörünün Stratejik Gözden Geçirilmesi (Strategic Review of Telecommunications)" başlıklı bir çalışma başlatmıştır³⁵⁷³⁵⁸.

Gözden geçirme sonucunda yayımlanan 2'nci aşama kamuoyuna danışma dokümanında, İngiltere düzenleyici kurumu OFCOM tarafından ayrıştırma uygulamasının **temel sebebi olarak iki sorun gösterilmektedir**³⁵⁹;

- **Bunlardan birincisi, sabit elektronik haberleşme pazarlarında süregelen ve kemikleşmiş darboğaz sorunudur.** Burada altyapıya dayalı rekabetin olmayışı ve kablo TV hizmetlerinin yeterince yaygın olmaması nedeni ile BT altyapısı ile ikame olmaması ve kablo TV işletmecileri dâhil işletmecilerin yeni altyapı kurulum planlarının olmaması olarak gösterilmektedir.
- **İkinci problem ise erişim eşitliği problemidir.** Yillardır devam eden düzenlemelere rağmen ilgili pazarda halen devam eden ayrımcılık davranışları olduğu, bu davranışların özellikle darboğaz unsuruna ilişkin getirilen yerel ağın paylaşımına açılması, taşıyıcı önseçimi ve kiralık devrelerde görüldüğü, bunun ise 20 yıldır ürün geliştirmelerinin yavaşlığı, kötü kalite, kötü işlem hızı ve genel olarak şeffaflığın olmayışı problemleri ile karşılaşıldığı, erişim eşitliği sorunu nedeni ile 20 yıldır BT tarafından rakiplerine ve kendi perakende birimine farklı koşullardan hizmet verdiği, BT'den hizmet alan rakiplerin ise BT'nin perakende birimi karşısında dezavantajlı olduğu

hususları ifade edilmiştir.

Bu kapsamda İngiltere düzenleyici kurumu OFCOM'un ayrıştırma uygulamasındaki **temel gayesi BT'nin YAPA hizmeti sunumundaki yavaşlığı ve bazı hizmetleri rakiplerine sunmada geri kalmasıdır**³⁶⁰.

Bu kapsamda, OFCOM tarafından 3 düzenleme modeli teklif edilmiştir³⁶¹. Bunlar;

³⁵⁶ WALDEN, Ian, (2012), s.39

³⁵⁷ Tarihi süreçteki gelişmeler için OXERA, (2009), s.5'ten yararlanılmıştır.

³⁵⁸ OXERA, (2009), s.5.

³⁵⁹ OFCOM, (2004), Strategic Review of Communications, phase 2 Consultation documents, p.4.92, s.54.

³⁶⁰ GILBERT/TOBIN, (2012).

- *Deregülasyon ve Rekabet hukuku hükümlerine güvenme*
- *2002 tarihli Enterprise Act kapsamında Rekabet Komisyonu'na durumu aktarmak veya*
- *Kemikleşmiş ekonomik darboğazı ve erişim eşitliğini düzenlemek veya BT tarafından ihtiyari ayrıştırma yolunun seçilmesi*

şeklinde. Bunlar açıklamak gerekirse; ilk seçenekte Deregülasyon'un mevcut düzenleyici çerçeve ve sektöre deneyimleri nedeni ile mümkün olmadığı ifade edilmektedir³⁶².

İkinci seçenek olan 2002 tarihli Enterprise Act hükümlerine güvenilmesi söz konusu kanunun 131'inci maddesi gereği düzenleyici kurumların rekabet komisyonuna konuyu intikal ettirme yetkisinden kaynaklanmaktadır. İngiltere'de Rekabet Komisyonu tarafından yapısal ayrıştırma tedbirleri alınabilmektedir. Ancak bu tedbirler tek başına düzenlemelerin ilgili pazardan kaldırılmasına da neden olmamaktadır.

Üçüncü seçenek olarak OFCOM 16 perakende pazar ve 14 toptan pazar tanımlayacağını ve bu pazarlar üzerinden tarife düzenlemesi yapacağını ifade etmektedir³⁶³. Bu ifadeleri biraz açmak gerekir. Elektronik haberleşme sektörüne kural olarak ölçülülük ilkesi gereği pazar analizleri ile toptan seviyede düzenlemeler ile perakende seviyedeki (perakende pazarlar) rekabet aksaklıklarının giderilememesi durumunda perakende pazarlar tanımlanmakta ve perakende tarifeler söz konusu pazarların tanımlanması ile düzenlenmektedir³⁶⁴. 2003 tarihli Pazar Analizleri Tavsiye Kararında Komisyon tarafından 7 perakende pazar ve 9 toptan pazarın tanımlanması önerilmekte ancak, üye ülkelerin gerekmesi ve gerekçelerini açıklayarak Komisyondan izin alması halinde bu sayının arttırılabileceği belirtilmektedir³⁶⁵. Bu nedenle OFCOM tarafından öngörülen düzenlemeler, AB tarihinde görülmemiş nitelikte ağır düzenlemeler olduğu söylenebilir.

Üçüncü seçenekte, belirlenen süregelen darboğaz sorunu ile erişim eşitliği sorununun çözümü için fonskiyonel ayrıştırma seçeneğine yer verilerek ağır düzenlemelerin alternatifi olarak öngörülen bu seçenek ile ilgili BT tarafından hızlı ve net bir şekilde cevabını bildirmesini istenmiştir³⁶⁶. bu süreçte ikinci seçenekteki Rekabet Komisyonuna konunun götürülmesi de halen gündemde tutulmuştur. 2005 yılında BT tarafından yerel erişim şebekesi olan Openreach'in kuruması teklifi ve bir dizi taahhüt ile BT'nin talebine cevap verilmiştir³⁶⁷. Bu kapsamda OFCOM tarafından 2003 yılında başlatılan inceleme süreci BT tarafından verilen taahhütler ile sona erdirilmiştir³⁶⁸.

³⁶¹ OFCOM, (2004), s.13-17.

³⁶² OFCOM, (2004), s.13.

³⁶³ OFCOM, (2004), s.15-17.

³⁶⁴ AVRUPA KOMİSYONU, (2002/C 165/03) SMP Guidelines. *Guidelines on determination of Significant Market Power in Relevant Markets*, p.84.

³⁶⁵ AVRUPA KOMİSYONU, (2003). (2003/311/EC) Recommendation. Commission Recommendation on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council.

³⁶⁶ OFCOM, (2004), p.1-39.

³⁶⁷ OFCOM, (2005), Undertaking Which have been Offered by British Telecommunication Plc. (BT): a Notice under section 155(1) of the Enterprise Act 2002, Consultation Document, June 2005.

³⁶⁸ OFCOM, (2005).

2.6.4 Yeni Zelanda

Yeni Zelanda öncelikle Fonksiyonel ayrıştırma ile darboğaz unsurunu diğer toptan ürünler ve perakende birim ile ayrılması ardından YNŞ kurulumunda ülke stratejisi gereği Telecom New Zealand'ı (TNZ veya Yeni Zelanda Telekom, 2014 yılında adını Spark New Zealand olarak değiştirmiştir) yapısal ayrıştırmaya yöneltmiş ve yapısal ayrıştırma 2011 yılında gerçekleşmiştir.

2.6.4.1 Fonksiyonel ayrıştırma

Yeni Zelanda da fonksiyonel ayrıştırma çözümünün amaçları olarak Yeni Zelanda Telekomünikasyon Kanuna eklenen 96/A maddesinde:

- *Yeni Zelanda da rekabetin geliştirilmesi ile uzun dönemde vatandaşlara fayda sağlanması,*
- *Şeffaflık, ayırım gözetmemeksizin bir şekilde, belirlenen telekomünikasyon hizmetlerinin sunulması ve*
- *Telekomünikasyon hizmet ve altyapılarında yatırımın kolaylaştırılması*

olarak tespit edilmiştir. Daha sonra 31.03.2008 tarihinde yürürlüğe giren kararla TNZ beş ayrı işbölümüne ayrılmıştır. Bunlar,

- *Genişbant internet erişim, mobil hizmetler ile sabit hatlara ilişkin perakende iş birimi,*
- *YNŞ hizmetlerini sunan toptan birim,*
- *Yerel erişim hizmetlerini sunan toptan birim,*
- *Kurumsal kullanıcılara teknoloji hizmetlerini sunan birim ve*
- *Avustralya operasyonunu yönetim ayrı birim.*

Yeni Zelanda da 2006 yılında başlayan çalışmalar 31.03.2008 yılında TNZ'nin fonksiyonel olarak ayrılması ile sona ermiştir³⁶⁹.

Yeni Zelanda da uygulanan fonksiyonel ayrıştırma, İngiltere'deki çözümde olduğu gibi, öncelikle yerleşik işletmeci tarafından işletilen yerel şebekesinin ayırım gözetmemeksizin tam bir eşitlik içinde tüm işletmecilere erişimin sağlanması şeklinde düzenlenmiştir³⁷⁰. Yeni Zelanda ve İngiltere'de uygulanan fonksiyonel ayrıştırma arasındaki farklılık ise Yeni Zelanda da toptan hizmetler (toptan erişim ve toptan birim) arasında maliyetten tasarruf sağlamak için (İngiltere'de bilişim sistemlerinin ayrılması için 500 milyon Avro harcanmıştır.) bazı sistemlerin ortak kullanımına izin verilmiştir³⁷¹.

³⁶⁹ Ministry of Economic Development, New Zealand, *Operational Separation of Telecom*. <http://www.mbie.govt.nz/info-services/sectors-industries/technology-communications/communications/previous-reviews-and-consultations/telecom-separation>

³⁷⁰ GILBERT/TOBIN, (2012), s.5.

³⁷¹ GILBERT/TOBIN, (2012), s.7.

2.6.4.2 Yapısal ayrıştırma

Yeni Zelanda'da TNZ'ye fonksiyonel ayrıştırma yükümlülüğü 2008 yılında getirilmiş, ardından YNŞ kurulmasının hızlandırılması maksadı ile yeni yükümlülükler getirilmesi kararlaştırılmıştır³⁷². Bununla birlikte düzenleyici kurum tarafından TNZ, yeni ve daha ağır yükümlülüklerin getirilmesi ile daha önce fonksiyonel ayrıştırma konusu olan bakır ve fiber erişim şebekelerinin hisselerini devretmesi arasında seçim yapamaya davet edilerek, TNZ'ye bir nevi rızai ayrıştırma uygulamaya zorlanılmıştır. Ayrıca TNZ yapısal ayrıştırmayı kabul ederek hükümetin sübvansiyonlu olarak başlayan YNŞ kurulmasını sağlayacak finansman inisiyatifine de katılabilecektir³⁷³. Neticede 2011 yılında TNZ, Yeni Nesil Erişim Şebekesini kontrol eden 'Chorus' ve mobil hizmetler, perakende hizmetler, transmision şebekesi ve uluslararası okyanus tabanı haberleşme altyapısına sahip olan 'New Telecom' olmak üzere ayrı teşebbüslerin kontrolü altına alınarak yapısal ayrıştırma gerçekleştirilmiştir.

Bu süreçteki ana fikir, yapısal ayrıştırmada ayrı kontrol yapıları altındaki teşebbüslerin kendi şirket faaliyet alanlarına yoğunlaşacakları ve bu alanlarda faaliyetlerini geliştirecekleri, yatırım yapacakları düşüncesidir³⁷⁴. Aynı kontrol yapısı altında olan işletmelerin fonksiyonel ayrıştırma gibi ayrıntılı yükümlülükler altında hizmet sunmaları nedeni ile yatırım güdülerindeki azalma bu surette izale edilmeye çalışılmaktadır. Bu anlamda **1999/64/EC** sayılı Direktif ile amaçlanan kablo TV şebekesinin modernize edilmesi, yatırımların arttırılması gayesinin Yeni Zelanda'da bu sefer YNŞ yatırımlarında kendini göstermiştir.

2.6.5 Bölüm sonucu

Elektronik haberleşme sektöründe ayrıştırma çözümleri ABD'de mevcut tekelin üst pazardaki pazar gücünü yeni gelişen pazarlara aktarmaması için hukuki ayrıştırma şekli ile ortaya çıkmıştır. ABD'de devam eden yıllarda AT&T'nin yapısal ayrıştırma yükümlülüğü öngörülmüşse de 1996 yılında çıkartılan Telekomünikasyon Kanunu ile yapısal ayrıştırma çözümünü teminat altına alan yasaklar ortadan kaldırılmış, fakat yerel telefon şebekesi işletmecilerinin uzak mesafe telefon hizmeti vermeleri hukuki ayrıştırma yükümlülüğüne tabi tutulmuştur.

AB'de ayrıştırma uygulamaları serbestleşmenin başlangıcında fiyat temelli rekabet aksaklıklarının önlenmesi için gündeme gelmiştir. Bu nedenle ayrıştırma çözümlerinin AB'de ilk adımı, pazardaki diğer teşebbüslere verilen erişim hizmetlerinin maliyetlerinin şeffaflaştırılmasını sağlayan hesap ayırımı yükümlülüğü olmuştur. Erişim düzenlemelerinin çeşitlenmesi, fiyat temelli rekabet aksaklıklarına önüne geçilebilmesi ile birlikte ayrıştırma çözümleri bu kez fiyat dışı rekabet aksaklıklarına odaklanmıştır. Yerel erişim şebekesini işleten yerleşik işletmecinin yerel erişim şebekesinde sunulan hizmetleri kendi perakende birimi ile pazardaki diğer işletmecilere ayırım gözetmeksizin tam bir eşitlik içinde sunulmadığı görülmüştür. Yerel erişim şebekesi üzerinden sunulan hizmetlerde tam bir eşitliğin sağlanması maksadı ile yerleşik işletmecinin diğer hizmetleri ile yerel erişim şebekesinin birbirinde ayrılması ayrıştırma çözümleri için ikinci bir aşamadır.

³⁷² Telecom New Zealand "Stock Exchange Announcement" 31 August 2011, <https://www.nzx.com/files/attachments/145157.pdf>

³⁷³ GILBERT/TOBIN, (2012), s.12.

Yeni nesil şebekelerin kurulması gündeme geldiğinde elektronik haberleşme sektöründe ayrıştırma çözümlerinin yeni bir merhale kazandığı söylenebilir. Yeni nesil erişim şebekelerinin kurulması yüksek maliyetler gerektirmektedir. Bunun yanında ayrıştırma çözümlerinin yatırım ve etkinlik bakımından etkilerinin oldukça kısıtlı olduğunu gösteren ampirik çalışmalar yapılmıştır. Buna rağmen yeni nesil şebekelerin kurulmasının hızlandırılması için Common Law hukuk sistemindeki bazı ülkeler tarafında darboğaz unsuru niteliğindeki yerel erişim şebekesini işleten işletmecilere yapısal ayrıştırılma çözümü bir seçenek olarak sunulmaya başlamıştır.

2.7 Ayrıştırma Çözümleri Üzerindeki Bazı Tartışmalar ve Yeni Nesil Şebekeler

Ayrıştırma çözümlerinin lehine ve aleyhine olan görüşlerin ve bu çözümlerin yeni nesil şebekelerde yatırımların üzerindeki etkisinin her bir ayrıştırma çözümü açısından ayrı ele alınması gerektiği değerlendirilmektedir. Ancak, tez konusunun gereksiz bir şekilde genişletilmemesini teminen burada konu özet şekli ile ele alınacaktır.

2.7.1 Ayrıştırma uygulamalarını lehine ve aleyhine olan görüşler

Ayrıştırma uygulamalarının teşebbüslerin ticari faaliyetlerinde temelden değişikliklere neden olması, teşebbüsler üzerinde ciddi finansal yük oluşturması, ticari faaliyet alanını kısıtlaması, bunun yanında ayrıştırma uygulamalarından etkin rekabetin tesisi anlamında beklentinin yüksek olması, buna rağmen ayrıştırma çözümlerinin uygulanmasından sonra oluşması beklen piyasadaki gelişmenin oluşmaması nedeni ile ayrıştırma çözümlerinin uygulanıp uygulanmaması, uygulanacak ise hangi ayrıştırma çözümünün uygulanması gerektiği hususlarında tartışmalar sürmektedir.

Söz konusu tartışmalarda başlıca iki eğilimin olduğu söylenebilir. Bunlarından ayrıştırma uygulamalarının lehine olan görüşleri temsil eden isim İngiltere’de Martin Cave’dir. Martin Cave AB politikaları bağlamından 2004-2007 yılları arasında ayrıştırma uygulamaları ile ilgili çalışmalarda bulunmuştur. Aleyhine olan isim ise ABD’den Robert Crandall’dır. Bir diğer isim ise yine ABD’den George Sidak’tır. Bununla birlikte konu ile ilgili ekonomik perspektifte yapılan birçok ampirik çalışma bulunduğunu söylemek gerekir³⁷⁵.

Ayrıştırma uygulamalarına taraf olanların başlıca delili, dikey bütünleşik elektronik haberleşme altyapısını kontrol eden teşebbüsün bulunduğu ve alternatif erişim teknolojilerinin veya şebekelerinin söz konusu olmadığı pazarlarda, yerleşik işletmecinin potansiyel rakiplerin pazara girişinin önemli ölçüde engellendiği, mevcut rakiplerin ise rekabet açısından oldukça dezavantajlı olduğundan pazar dışına itilebileceği belirtilmektedir. Yerleşik işletmecinin rakiplerinin pazardan itilmesi ile pazarın tekelleşmesinde **tüketici refahının olumsuz etkilendiği de ortadadır**³⁷⁶. Bu nedenle ayrıştırma çözümleri ile yerleşik işletmecinin işlettiği darboğaz niteliğindeki şebekenin ayrıştırılarak erişim eşitliğinin şeffaf bir şekilde sağlanması gerekmektedir.

³⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **OXERA**, (2009), s.9-21

³⁷⁶ **REKABET KURULU**, 10.11.2010 tarih ve 10-71/1479-567 sayılı Rekabet Kurulu Kararı. s.7.

Dikey bütünleşik yerleşik işletmecilerin faaliyetlerinde yapısal değişikliğin potansiyel faydası olarak aşağıdaki hususlar sayılmaktadır³⁷⁷:

- Şebekesine ayırım gözetmeden **esit erişim sağlaması** için hâkim durumdaki işletmeci için sürekli teşvik verilmesi,
- Yerleşik işletmecinin şebekesine erişimin arttırılması, dolayısıyla yeni girenler veya yerleşik işletme tarafından **yeniliğin** arttırılması,
- Yerleşik işletmecinin perakende kolunun toptan erişim sağlayıcıya ayrıcalıklı muamele olmaması yolu ile “**pazarda yeni işletmecilere bir oyun alanı**” oluşturulması,
- **Yeni işletmecilerin yerel erişim şebekesinde rekabet edebilmeleri için cesaretlendirmesi**, alternatif işletmecilerin pazardaki düzenlemelerin uygulanabilirliği ve etkinliğine güvenleri arttıkça pazarda yatırımlarının ve rekabet etme isteklerinin artması³⁷⁸,
- Yerleşik işletmecinin toptan ve perakende bölümleri arasında, **ücret ve pazarlama açısından muhtemel çıkar çatışmasını ortadan kaldırması**, bu sayede kendi iştiraklerine veya iç kullanımına sunduğu hizmetlerde ayrımcılık yapma güdüsünü azaltması³⁷⁹,
- Hizmet kalitesini, şebeke güvenilirliği ve zorunlu şebeke unsurlarına erişimi daha iyi düzenlemek için **toptan şebeke üzerine odaklanan bir düzenleyiciyi mümkün kılmak** ve
- **Saydamlık ve gözetimi geliştirmek**, bunlar, yerleşik İşletmecinin şebeke ve perakende bölümleri arasında çapraz sübvansiyonu ortadan kaldırmak ve ayırım gözetmeme yükümlülüğününün uygulanıp uygulanmadığının görülmesi ve ispatı için yardımcı olacaktır. Ancak diğer ayırıştırma çözümlerinden önce saydamlık ile ilgili hususlarda hesap ayırıştırmasının yeterli olup olmadığı öncelikle tartışılacaktır³⁸⁰.

Ayırıştırma uygulamalarına karşı olanların temel gerekçeleri ise; elektronik haberleşme sektöründe diğer şebeke endüstrilerinin aksine darboğazların **rekabete açık faaliyetlerden ayrılacağı noktaların belirgin olmaması ve mevcut noktaların da teknolojik gelişmelere bağlı olarak zamanla yer değiştirmesidir**³⁸¹. Bu belirsizlikler nedeni ile yapılacak ayırıştırma uygulaması doğru sonuçlara ulaşmaması ve ayırıştırma uygulamalarının rekabet seviyesi ve yatırıma gerçek bir etkisinin olmaması şeklinde özetlenebilir³⁸².

Diğer taraftan **yenilikçi** (innovatif) pazarlarda dikey bütünleşik yapıdan kaynaklanan faydaların elde edilmesi için ölçek ekonomilerinden yararlanılırken ayırıştırma çözümleri ile teşebbüslerin **innovasyondaki güdülerini azaltıldığı** savunulmaktadır³⁸³.

³⁷⁷ OECD (2011), s.39-40

³⁷⁸ TEPPAYAYON, Orada; BOHLIN, Erik, (2010), Functional separation in Swedish broadband market: Next step of improving competition, Telecommunication Policy, v.34, i.7, s.378

³⁷⁹ TEPPAYAYON, Orada; BOHLIN, Erik, (2010), s.377

³⁸⁰ TEPPAYAYON, Orada; BOHLIN, Erik, (2010), s.377

³⁸¹ DAŞDEMİR Özlem, (2009), s.32.

³⁸² CRANDALL, Robert W. ve diğerleri, (2010), s.538-539.

³⁸³ CRANDALL, Robert W. ve diğerleri, (2010), s.509.

Nihayet ayrıştırma çözümlerinin teşebbüslerin yatırım yapma güdülerini zayıflattığı bunun ise özellikle yeni nesil şebekelerin kurulumu konusunda pazara bir takım zorluklar çıkarttığı konusunda ayrıştırma çözümleri eleştirilmektedir.

Ayrıştırma çözümlerine karşı olanlar özellikle Bu eleştiri ülke örnekleri ile desteklenmektedir. Genişbant pazarında fonksiyonel ayrıştırma çözümünü uygulayan Avusturya, İtalya, İsviçre ve Yeni Zelanda ile diğer OECD ülkeleri karşılaştırıldığından bu dört ülkedeki genişbant hız ve haneye ulaşım sayısı OECD ortalamasının altında kaldığı tespit edilmiştir³⁸⁴. İngiltere’de ise diğer AB üyesi ülkelere daha hızlı bir genişbant yaygınlığı görülmüştür³⁸⁵. Ancak 2012 yılına gelindiğinde İngiltere’de uygulanan fonksiyonel ayrıştırma çözümünün YNŞ’lerin kurulumunu İngiltere’yi diğer AB ülkelerinin gerisinde bıraktığına ilişkin görüşler dillendirilmeye başlamıştır³⁸⁶. BT’den Openreach’in fonksiyonel olarak ayrılmasının 10’uncu yıldönümünde yayımlanan bir ampirik bir çalışma sonucunda fonksiyonel ayrıştırmanın gerçekleştirildiği 2005 yılından sonra İngiltere sabit genişbant pazarında diğer ülkelere nispeten fiyatların düşmesine rağmen, uzun vadede yatırımlar ve fiyatlar arasında bir tercih sorunu (trade-off) ortaya çıktığı, 2005 yılından itibaren hizmet kalitesinin ve yerel erişim şebekesine yatırımların azaldığı, bunun 2005 yılından beri fonksiyonel ayrıştırma yükümlülüğünün kısa vadede İngiltere’deki tüketicisine bazı faydalar sağlamasına rağmen, yeni nesil şebekelere olan yatırımda OECD ülkeleri arasında oldukça gerilerde kaldığı, belirtilerek uzun vadede fonksiyonel ayrıştırma yükümlülüğünün İngiltere’deki tüketiciler için olumsuz etkilerinin olduğu ortaya konulmuştur³⁸⁷. Söz konusu çalışma ampirik veriler üzerinden yapılması ve bir vakıa olarak fonksiyonel ayrıştırmanın sonucunu göstermesi açısından önemlidir.

AB’de ise ilk defa 1990’ların ortalarında kabul edilen **hesap ayrıştırması** üzerinde oldukça çok durulmuş 2002 Düzenleyici Çerçevesi kapsamında özellikle fiyat sıkıştırması karşısından uygulanmak üzere tavsiye edilmiş ve 2005 yılında hesap ayrıştırması konusunda bir rehber yayımlanmıştır. Ancak 2006 yılından başlayarak 2002 Düzenleyici Çerçevesinin gözden geçirilmesi çalışmalarında **fonksiyonel ayrıştırma çözümleri** özellikle yapılan tüm düzenleme ve getirilen tüm yükümlülükler rağmen giderilemeyen darboğazlar ve müzmin pazar başarısızlıklarının olması durumunda sıkı şekil şartlarına bağlanarak fonksiyonel ayrıştırma yükümlülüğü kabul edilmiştir. Ancak AB tarafından bu değişiklikler İngiltere, İtalya, Polonya gibi ülkeler tarafından işletmeciler ile anlaşarak fonksiyonel ayrıştırma çözümüne başvurmaları ardından alınmıştır.

Aynı şekilde ayrıştırma çözümlerini uygulayan ve uygulamayan ülkelere ilişkin yapılan bir çalışmada, ayrıştırma çözümünden vazgeçen ABD’de işletmecilerin gelirleri içinde fiber yatırımlara ayırdıkları payın fonksiyonel ayrıştırma uygulayan İngiltere’ye nispeten iki katı olduğu belirtilmiş ve ayrıştırma uygulamalarını yeni yatırımlara yönelik işletmeci eğilimlerini kötü etkilediği ifade edilmiştir³⁸⁸. Nihayet 1984 yılından sonra 1996 yılından çıkartılan Telekomünikasyon Kanunu sonrasında ABD yaklaşımı da nihai olarak zorunlu yapısal

³⁸⁴ CRANDALL, Robert W. ve diğerleri, (2010), s.520

³⁸⁵ CRANDALL, Robert W. ve diğerleri, (2010), s.519.

³⁸⁶ CRANDALL, Robert W. ve diğerleri, (2010), s.518 vd.; GILBERT/TOBIN, (2012), s.7.

³⁸⁷ SIDAK, J. George; VASSALLO, Andrew P. (2015) Did Separating Openreach From British Telecom Benefits Consumers, World Competition 38, no:1, 31-76.

³⁸⁸ CRANDALL, Robert W. ve diğerleri, (2010), s.522

tedbirlere, davranışsal tedbirlere doğru bir kaymaya neden olmuştur. ABD örneğinde **1984 yılında AT&T'nin yapısal olarak ayrıştırılması** ardından çıkartılan 1996 tarihli Telekomünikasyon Kanunu kapsamında ABD tarafından şebekenin diğer işletmecilere erişime açılması kabul edilmiş olmasına rağmen **yapısal ayrıştırma konusunda herhangi bir hüküm kabul edilmemiş**, hatta mevcut yasaklar kalkmış ve yerel şirketlerle uzak mesafe şirketlerin birleşmesinin önü açılarak dikey bütünleşik yapılar teşvik edilmiştir³⁸⁹. Computer Inquiry III soruşturmasında FCC tarafından yapısal ayrıştırma ile AT&T'nin katma değerli hizmetlerine ilişkin faaliyetlerinin yapısal ayrıştırma düzenlemesinin ile AT&T'nin teknoloji ve deneyim gibi girdi ve kıymetli girdilerinin kullanarak kapsam ekonomisi gerçekleştirilme fırsatlarını kullanmasını ve farklı ürünlerin ortaya çıkartılabilmesini de önlemediği ifade edilmiştir³⁹⁰. Sonuç olarak, FCC tarafından, ABD'de uygulanan yapısal ayrıştırmanın AT&T ve tüketiciler için katma değerli hizmetlerde ve yeni hizmetlerde önemli etkinsizlikler oluşturduğu ve yapısal ayrıştırmanın kaldırılması ile yerine yapısal olmayan önlemlerin alınması gerektiği ifade edilmiştir³⁹¹.

ABD'de Crandall tarafından yapılan bir çalışmada, teorik ve ampirik incelemeler sonucunda, elektronik haberleşme sektöründe faaliyette bulunana dikey bütünleşik teşebbüslerin dikey ayrıştırma çözümleri ile şebekelerinin ayrıştırılmasının veya yerel ağa ayrıştırılmış erişim çözümlerine zorlanmasının ekonomik etkinliği ve yenilikçi ürünleri azalttığı, pazar performansını düşürdüğü gözlemlenmiştir³⁹². Aynı çalışmada dikey ayrıştırma çözümleri sonucunda yatırım miktarının artmadığı, genişbant penetrasyonun çoğalmadığı, hatta YNŞ yatırımlarına engel olduğu ifade edilmektedir³⁹³.

2012 yılında Yeni Zelanda tarafından hükümet destekli bir YNŞ girişimi başlatılmış ve yerleşik işletmecinin bu girişimden faydalanması ancak yapısal ayrıştırmayı kabul etme şartına bağlanmıştır. Bunun sonucu yerleşik işletmeci yerel erişim şebeke birimindeki hisselerini devretmeyi tercih ederek bu pazardan ayrılmıştır. Bunun temel gerekçesini ise yapısal olarak ayrıştırılan teşebbüs bünyesinde kurulan yeni şirketlerin diğer teşebbüslerin menfaat ve kârlılığına bakmaksızın kendi faaliyet alanından yöneleceği ve daha fazla yatırım yapacağı beklentisidir.

Bu bağlamda pazarlardaki rekabet ve yatırım durumları ile mevcut teknolojiler göz önünde bulundurularak rekabet darboğazları ile mücadelede ayrıştırma çözümleri uygulanabilmektedir. Ancak teknolojik yeniliklerin oldukça fazla olduğu telekomünikasyon sektöründe ülkeler ayrıştırma uygulamalarında özellikle AT&T ayrıştırmasından sonra oldukça dikkatli davranmakta ve dikey bütünleşik yapının sağlayabileceği etkinlikleri ve güçlü şirketlerini kaybetmek istememektedirler.

2.7.2 Ayrıştırma uygulamalarının yeni nesil şebekeler bakımından uygulanması

YNŞ, elektronik haberleşme sektöründe sabit şebekeler için bakır hizmetlerden fiber hizmetlere doğru geçişi veya daha genel anlamı ile devre anahtarlamalı hizmetlerden paket

³⁸⁹ CRANDALL, Robert W. ve diğerleri, (2010), s.519 vd.

³⁹⁰ Computer III s.79-81.

³⁹¹ Computer III s.79.

³⁹² CRANDALL, Robert W. ve diğerleri, (2010), s.538.

³⁹³ CRANDALL, Robert W. ve diğerleri, (2010), s.538.

anahtarlamalı hizmetlere geçişi ifade etmek için kullanılan bir kavramdır. YNŞ'lerin inşası, mevcut şebekeler yanında yeni ve yüksek yatırımların gerekmesi, hâlihazırda mevcut şebekeler üzerinden geliştirmeler yapılarak IP tabanlı hizmetlerin sunuluyor olması, ağır düzenlemeler nedeni ile yeni yapılacak yatırımların karşılanamaması (amorti edilememesi) hususundaki belirsizlik gibi nedenlerle bakır şebekeyi tarihsel olarak işleten hâkim durumdaki yerleşik işletmeci tarafından geciktirilmektedir³⁹⁴³⁹⁵.

Yerleşik işletmeciler, hâlihazırda kullandıkları bakır kablolar üzerinden gelir elde edebilmekte olup, bu bakır şebekelerden hâlihazırda gelir üretilebilme etkisi YNŞ yatırımını geciktirmektedir³⁹⁶. Bir diğer etki ise, yapılan yeni yatırımların geri dönüşü beklenmeksizin yatırım yapmayan teşebbüsler ile şebekenin paylaşılma zorunluluğudur. Nitekim mevcut düzenleyici çerçeveler nedeni ile erişim yükümlülükleri kapsamında işletmeciler yaptıkları yatırım sonucu geliştirdikleri şebekelerini derhal diğer işletmecilerle paylaşılması gerekir³⁹⁷. Bu nedenle bir anlamda YNŞ yatırımının diyeti olarak Avrupa Kurumları tarafından yerleşik işletmecilerin yatırımlarının garanti altına alınmasını temin edecek bazı tedbirler alınmasına neden olmuştur. Komisyon tarafından devlet yardımlarının YNŞ kurulumunda kullanılmasına ilişkin olarak 30.9.2009 tarihli ve C 235 sayılı Rehber yayımlanmıştır³⁹⁸. Söz konusu rehberde ülkelerdeki altyapıya göre beyaz, gri ve siyah bölge tanımlamaları yapılmış, beyaz bölgeler herhangi bir altyapının bulunmadığı, gri bölgeler tek bir altyapının bulunduğu, siyah bölgeler ise alternatif birden çok altyapının bulunduğu bölgeler olarak belirlenmiştir. Beyaz bölgelere devlet yardımı verilmesine izin verilmekte, gri bölgelerde işletmecilerin altyapıyı yenileme konusundaki arz-talep ilişkisine bakılmakta, siyah bölgelerde ise devlet yardımı verilmemektedir. Ancak erişim yükümlülüklerinin bu üç bölgede de kaldırılmadığına dikkat edilmesi gerekir.

Komisyon tarafından YNŞ'lerdeki düzenlemelere ilişkin olarak alınan 2010/572/EU sayılı YNŞ Tavsiye Kararında, fiyat temelli aksaklıkları ve maliyet esaslı tarife kontrolü yükümlülüğünün getirilmesi halinde bu yükümlülüğünün etkin denetiminin sağlanması için yükümlülük getirilen toptan hizmetler ile diğer hizmetlerin hesap ayrımı yükümlülüğü ile ayrıştırılması tavsiye edilmektedir. Tavsiye kararının 5'inci ve 39'uncu maddelerinde yerel erişim şebekesi ile ilgi getirilen yükümlülüklerin devam edeceği açıkça ifade edilmektedir. Böylece Komisyon'un, üye ülkelerin YNŞ teşviki için yerleşik işletmeci üzerindeki erişim ve tarife düzenleme yükümlülüklerini kaldırmalarını kabul etmeyecektir. Hatta Tavsiye Kararının 39'uncu maddesinde YNŞ kurulumunda şebeke bileşenlerinin alternatif işletmecilerin yatırımlarını etkileyecek şekilde yapılması durumunda bu geçişten asgari 5 yıl önce bunun duyurulması şartı getirilerek pazara yeni giren işletmeciler koruma yönünde muhafazakâr bir tavır takındığı söylenebilir. Bununla birlikte Tavsiye Kararının 39'uncu paragrafında, düzenleyici otoritelerin fonksiyonel ayrıştırma veya benzer düzenlemelerle YNŞ'lere eşit erişimi teminat altına aldıkları durumlarda diğer düzenleyici yükümlülükleri hafifletebilecekleri veya esnek davranabilecekleri belirtilmektedir. Bu kapsamda, AB tarafından elektronik haberleşme sektöründe 2002 yılı çerçevesinde yer alan düzenlemelerin herhangi bir istisna olmadan devamının sağlanması kuralının getirildiği, ancak ayrıştırma

³⁹⁴ GILBERT/TOBIN, (2012).

³⁹⁵ NIHOUL, Paul, RODFORD, Peter, (2011), s.10.

³⁹⁶ NIHOUL, Paul, RODFORD, Peter, (2011), s.10.

³⁹⁷ NIHOUL, Paul, RODFORD, Peter, (2011), s10.

³⁹⁸ NIHOUL, Paul, RODFORD, Peter, (2011), s.10.

çözümlerinin uygulanması halinde, erişim ve tarife yükümlülükleri ölçülü olarak esnetilebileceği söylenebilecektir. Söz konusu rehberin uygulanması ile ilgili olarak, Litvan'ya tarafından yapılan bir başvuruda YNŞ altyapısı olamayan ve işletmeciler tarafından YNŞ kurulumu planlanmayan kırsal alanlarda (beyaz bölge) devlet yardımını incelemiştir. Litvanya tarafından yerel ağa erişim yükümlülüklerinin kaldırılmadığı ve devlet yardımlarının antlaşma hükümlerine aykırı olmadığı yapılan ölçülülük analizi sonrasında kabul edilmiştir³⁹⁹.

Son olarak, AB tarafından YNŞ yatırımlarının hızlandığı esnada işletmecilerin yatırım güdülerinin kırılmaması için ayrıştırma çözümlerine karar vermeden önce ülkelerin dikkatle değerlendirme yapmaları, gerekmesi halinde fonksiyonel ayrıştırma çözümlerine başvurmaları, yapısal ayrıştırmalardan kaçınmaları önerilmektedir⁴⁰⁰.

Bu tutum OECD tarafından 2002 yılında yayımlanan yapısal ayrıştırma raporunda yer verilen

“yerel ağın yapısal ayrıştırılmasından elde edilecek faydanın belirsiz olduğu buna karşın ortaya çıkacak maliyetlerin belirli ve yüksek olduğu, yapısal ayrıştırmadan elde edilecek faydanın ortaya çıkacak maliyetleri geçeceği konusunda şüpheler olduğu ve bu nedenle ülkelerin yapısal ayrıştırma yapmak yerine mevcut düzenlemelerde iyileştirmeler yapmalarının daha akıllıca olacağı”

ifadelerinden üye ülkelere yapısal ayrıştırma çözümünü tavsiye etmediği anlaşılmaktadır⁴⁰¹.

OECD tarafından 2012 yılında yayımlanan yapısal ayrıştırmaya ilişkin ülke incelemelerinin ele alındığı raporda⁴⁰²,

“Ayrıştırma çözümlerinin teşebbüslerin yatırım güdüleri/planları üzerinde olumsuz etkisi olup olmadığı konusu, ilerleyen yıllarda bakır şebekenin yüksek hızlı genişbant hizmetlerinin verilebileceği fiber şebeke ile değiştirilebilmesi için oldukça yüksek miktarlarda yatırım, telekomünikasyon sektöründe ön plana çıkmaktadır. Genişbant gelişiminin yüksek toplumsal fayda sağladığı, bunun yanında ayrıştırma çözümlerinin getirdiği verimlilik maliyetleri göz önüne alındığında, bazı yorumcuların, dikey ayrıştırma çözümlerinin elektronik haberleşme sektörünün gelişmişliği için düzenleyici gözetim ışığında telekomünikasyon piyasasını düzenlemede uygun bir araç olmaya devam edip etmediği konusunu sorgulamaktadır.”

ifadelerine yer verilerek, YNŞ hizmetleri için yapısal ayrıştırma konusunda şüphelerin olduğunu dile getirmektedir. Bu bağlamda geçen yıllara rağmen OECD, yapısal ayrıştırma çözümünü ülkelere tavsiye etmemeye devam etmektedir.

Bazı düzenleyiciler tarafından ayrıştırma çözümlerinin YNŞ kurulumu için kullanılması gündemdedir. Yukarıda yer verilen ayrıştırma çözümlerinin yatırım ortamına olan etkisi

³⁹⁹ **AVRUPA KOMİSYONU**, (2011), 09.11.2011 tarihli ve C (2011)7699 final sayılı Komisyon Kararı.

⁴⁰⁰ **BEREC**, (2011), s.16-17.

⁴⁰¹ **OECD**, (2003), The Benefits and Cost of Structural Separation of the Local Loop, DSTI/ICCP/TISP 13/FINAL, s.32

⁴⁰² **OECD** (2011), s.109-110.

üzerindeki tartışmalar ve ampirik çalışmalar bir yana, uygulamada ayrıştırma çözümleri YNŞ yatırım beklentileri ile yeni bir boyut kazandığı gözlemlenmektedir.

Yeni Zelanda örneğinden olduğu gibi, rekabet aksaklıklarına ilişkin endişelerin yanında, yapısal ayrıştırma çözümleri ile ayrıştırılan teşebbüslerin, kendi faaliyet alanları ile ilgileneceği ve yatırım yapma isteklerinin artacağı düşüncesi ile ihtiyari ayrıştırma çözümlerinin uygulanması yoluna gidilmeye başlandığı söylenebilecektir. Singapur'da olduğu gibi fiziki şebeke altyapısı veya inşaat alanları (gözler ve kanalların) ayrılması yoluna gidildiği de görülmektedir. Ancak Singapur örneği, coğrafi açıdan oldukça küçük bir ada devleti olması nedeni ile örnek alınmayabileceği söylenebilir. Bununla birlikte fiziki koşulların yatırım hızı ile etkisi olduğu, büyük coğrafyalarda tüm işletmecilerin ülkenin her köşesine yatırım yapmak istemeyeceği de söylenebilir. Bu açıdan Singapur örneği dikkate değerdir.

Bu bağlamda, YNŞ uygulamalarının oldukça yüksek meblağlar içerdiği, fonksiyonel ayrıştırmanın teşebbüslerin yatırım kararları ve yatırımları üzerinde pozitif yönlü fazla bir etkisi olmadığı düşünüldüğünde, sadece yatırımın artırılması amacı ile fonksiyonel ayrıştırmaya başvurulmaması gerektiği söylenebilir. Yeni Zelanda örneğinde olduğu gibi YNŞ yatırımları için hükümet desteği, ortak girişim veya farklı şekilde fonlama yöntemlerinin mevcut olduğu durumlarda ihtiyari yapısal ayrıştırma bir çözüm olarak değerlendirilebilecektir. Bu sayede YNŞ altyapılarına ayırım gözetmeksizin ve maliyet esaslı fiyatlarla alternatif işletmecilerin erişiminin temin edilebileceği düşünülmektedir. Bunun yanında, Yeni Zelanda örneğindeki ayrıştırma tipinde yerel erişim şebekesini kontrol eden işletmecinin fiyat temelli ve fiyat dışı uygulamalara yönelme eğilimlerinin daha az olacağı söylenebilir.

3 TÜRK TELEKOM ÖZELLEŞTİRMESİ

Türk Telekom özelleştirilmesi ile ortaya konulan ayrıştırma çözümü Türk elektronik haberleşme sektöründeki en önemli ayrıştırma örneğidir. Bu örneğin sistematığı, öngördüğü faydalar ve ortaya çıkardığı hukuki sorunları nedeniyle incelenmesi önemlidir.

3.1 Özelleştirme Süreci

01.08.1996 tarihli ve 4161 sayılı “Telgraf ve Telefon Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 406 sayılı Kanunun Ek 17 ve Ek 18’inci maddelerine eklenen fıkralar ile Türk Telekom’un özelleştirilmesine ilişkin hükümlere yer verilmiştir⁴⁰³. 2000’li yıllarda 2 kez ihaleye çıkılmasına rağmen söz konusu ihalelere herhangi bir teklif gelmemiştir.

Nihayet Bakanlar Kurulunun 13.11.2003 tarihli ve 2003/6403 sayılı kararı ile şirket hisselerinin en az %51’inin tek seferde blok olarak satılması ve blok satışı müteakip, özelleştirmeden arta kalan hisselerin Bakanlar Kurulunca belirlenecek yöntemlerle halka arzın dâhil belirlenecek diğer metotlar ile özelleştirilmesi kararlaştırılmıştır⁴⁰⁴.

Ardından Bakanlar Kurulunun 15.10.2004 tarihli ve 7931 sayılı kararı ile şirket hisselerinin %55’nin blok olarak satılması ve bu çerçevede 31.12.2004 tarihine kadar ihale ilanına çıkılması kararlaştırılmıştır⁴⁰⁵.

Türk Telekom’un %55 oranındaki hissesinin blok olarak satışına ilişkin ihalenin sonucu Bakanlar Kurulunun 25.07.2005 tarihli ve 2005/9146 sayılı kararı ile onaylanmış ve 02.08.2005 tarihli ve 25894 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak ihale sonucu kesinleşmiştir⁴⁰⁶. Müteakiben, Türk Telekom ile Oger Telecoms Ortak Girişim Grubu arasındaki Hisse Satış Sözleşmesi 24.08.2005 tarihinde imzalanmış, Türk Telekom’un özelleştirilmesine yönelik Hissedarlar Sözleşmesi ve Hisse Rehini Sözleşmesi ve İmtiyaz Sözleşmesi 14.11.2005 tarihinde imzalanarak hisse devri gerçekleştirilmiştir⁴⁰⁷. Ardından Türk Telekom’un %15 oranındaki hissesinin 31.12.2008 tarihine kadar Halka Arz Yöntemi ile özelleştirilmesine karar verilmiş ve 2008 yılında halka arz gerçekleştirilmiştir⁴⁰⁸.

3.2 Anayasaya Mahkemesinin Türk Telekom Özelleştirilmesi İle İlgili Kararları

Telekomünikasyon Anonim Şirketi Kurulması Hakkında 509 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile başlamıştır. 509 sayılı Kanun Hükmünde Kararname yetki yasası nedeni ile

⁴⁰³ Buradaki çalışma Anayasa Mahkemesi Kararları gerekçeleri üzerinden toplanan bilgilerden hazırlanmıştır.

⁴⁰⁴ **ÖZELLEŞTİRME İDARESİ BAŞKANLIĞI**, Portföy, Telekom, Türk Telekom Özelleştirilmesi, http://www.oib.gov.tr/telekom/turk_telekom.htm

⁴⁰⁵ **ÖZELLEŞTİRME İDARESİ BAŞKANLIĞI**.

⁴⁰⁶ Türk Telekom’un %55 oranındaki hissesinin blok satışına ilişkin 04.07.2005 tarihli ihale komisyonu kararının iptali için açılan dava Danıştay 13. Dairesi tarafından ihalede hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesi ile reddedilmiştir. **DANIŞTAY 13. Dairesi**, 22.05.2007 tarihli ve E:2005/7666 ve K:2007/3376 sayılı karar.

⁴⁰⁷ **ÖZELLEŞTİRME İDARESİ BAŞKANLIĞI**.

⁴⁰⁸ **ÖZELLEŞTİRME İDARESİ BAŞKANLIĞI**.

iptal edilmiştir⁴⁰⁹. Daha sonra çıkartılan 4000 sayılı Kanun ile Türk Telekom kurulmuş, ayrıca 406 sayılı Kanuna Ek-17 ve 18'inci maddeler eklenerek Türk Telekom'un özelleştirilmesi Ulaştırma Bakanlığı tarafından tekel oluşturmayacak koşullarla yapılması öngörülmüş, buna ilişkin usul esasların belirlenmesi de Ulaştırma Bakanlığına bırakılmıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi tarafından, Anayasanın tekelleşme yanında 167'nci maddenin kartelleşmeyi (oligopol yapıları) önlenme görevi de verdiği, kanuni düzenlemenin ise bu kapsamda tedbirleri içermediği, tekel niteliğindeki kamu hizmetlerinin imtiyaz sözleşmesi ile özel kişilere gördürülebileceği, ayrıca şirket hisse değerlerinin belirlenmesi dâhil ihale şartlarının Ulaştırma Bakanlığı tarafından belirleneceği belirtilerek yasama yetkisinin ucu açık bir şekilde yasama yetkisinin devredildiği ve diğer gerekçeler ile 406 sayılı Kanuna eklenen Ek-17 ve 18'inci maddelerinin bazı fıkralarının söz konusu maddelerdeki bazı hükümler iptal edilmiştir⁴¹⁰.

Ardından 4107 sayılı Kanun ile bu defa Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca 4046 sayılı Özelleştirme Kanunu kapsamında özelleştirme yapılacağı ifade edilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi 4000 sayılı Kanunda yer verilen yetki devri gerekçeleri ile benzer gerekçelerle 406 sayılı Kanunun Ek-17 ve 18'inci maddesinin bazı fıkralarının iptaline karar verilmiştir⁴¹¹.

Daha sonra çıkartılan 4161 sayılı Kanunla 406 sayılı Kanunun 17 ve 18'inci maddelerinde Türk Telekom'un özelleştirmesine ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Anayasa Mahkemesi tarafından söz konusu kanunun özelleştirmeye ilişkin hükümleri iptal edilmemiştir⁴¹². Söz konusu Kanunun 4'üncü maddesi ile 406 sayılı Kanuna eklenen Geçici 6'ncı madde ile lisans sözleşmelerinin Danıştay'ın incelemesinden geçirildikten sonra imzalanması öngörülmüş, hisse değerlerinin uluslararası kabul görmüş yöntemlerle belirleneceği, bunun bakanlar kurulu kararı ile onaylanacağı öngörülmüş, ayrıca ihalenin ihale komisyonu ve değer tespit komisyonları kurularak yapılacağı, söz konusu komisyonların seçimi gibi şartlar kanunda ayrıntılı olarak yer verilmiştir.

Diğer taraftan 4161 sayılı Kanuna girmese de Türk Telekom'un özelleştirme çalışmaları 05.08.1996 tarihinde yürürlüğe giren 4161 sayılı Kanun çerçevesinde yürütülürken aynı zamanda Türk Telekomünikasyon sektörünün ve Türk Telekom'un sektördeki yerinin yeniden düzenlenebilmesini teminen 406 Sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun, 3348 Sayılı Ulaştırma Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri hakkında Kanununun ve 2813 Sayılı Telsiz Kanunu'nun bazı maddelerinin değiştirilmesini ve bu kanunlara bazı yeni maddeler eklenmesini öngören⁴¹³ 4502 sayılı Kanun 27.01.2000 tarihinde kabul edilmiştir.

Özelleştirmeler ile ilgili çıkarılan kanunlarda idareye verilen yetkilere ilişkin kanunlar birçok kez Anayasa Mahkemesine taşınmıştır. Anayasa Mahkemesi kararlarında, karşılıklılık, özelleştirmelerin milli bağımsızlık esaslarına göre belli sınırlar dâhilinde yapılması, yasama tarafından yürütmeye yetki devrinin ayrıntılarının kanunla düzenlenmesi ve özel tekel oluşturulmaması şeklinde sayılabilecek bazı noktalar bağlamında incelemiş ve birkaç kez bu

⁴⁰⁹ ANAYASA MAHKEMESİ, 21.10.1993 tarihli ve E:1993/33, K:1993/40-2 sayılı karar.

⁴¹⁰ ANAYASA MAHKEMESİ, 07.07.1994 tarihli ve E:1994/49, K1994/45-2 sayılı karar.

⁴¹¹ ANAYASA MAHKEMESİ, 22.12.1994 tarihli ve E:1994/70, K1994/65-2 sayılı karar.

⁴¹² ANAYASA MAHKEMESİ, 23.01.1997 tarihli, E:1996/57 ve K:1997/3 sayılı karar.

⁴¹³ http://www.oib.gov.tr/telekom/telekom_ozellestirme.htm

kanunlar iptal edilmiştir⁴¹⁴. Anayasa Mahkemesinin kararların gerekçelerinin kararın verildiği zaman itibariyle oldukça fazla denebilecek boyutta eleştirilmesine rağmen⁴¹⁵ idare tarafından Anayasa Mahkemesinin kararlarında yer verilen gerekçeler doğrultusunda 4502 sayılı Kanun ile Telekomünikasyon Kurumunun kurulması, 4502 sayılı Kanunun 2'nci maddesi ile değiştirilen 406 sayılı Kanunun 2/c maddesi ile telekomünikasyon şebekeleri üzerinden sunulan ulusal ve uluslar arası ses iletimini ihtiva eden telefon hizmetlerini, 31.12.2003 tarihinde Türk Telekom'un tekel olarak hakkının sona erdirilmesi, 4673 sayılı Kanun ile Türk Telekom özelleştirmesinde altın hisse uygulamasının gelmesi gibi tedbirler alınmıştır. Bu itibarla yıllar geçtikçe Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçelerinin ne kadar önemli olduğu yasamanın çıkarttığı kanunlardan da anlaşılmaktadır. Ancak konumuz gereği Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçesinin konumuzu ilgilendiren kısmı olan tekel oluşumunun engellenmesi ile devam edilecektir.

Anayasa Mahkemesi tarafından; özelleştirme sonrasında kamu tekelinin özel tekele dönüştürülmesi ve tekelleşme ve kartelleşmeyi önleyici tedbirler alınmadan özelleştirmenin yapılması hususları 1982 Anayasasının “Piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemek” başlıklı 167'nci maddesine ve “Tüketicilerin korunması” başlıklı 172'nci maddesine aykırı görülmektedir. Bu bağlamda, Ulusoy tarafından Telekomünikasyon Kurumunun kuruluşuna dair 406 ve 2813 sayılı Kanunlarda değişiklik yapan 4502 sayılı Kanuna karşı açılan davada⁴¹⁶ Anayasa Mahkemesi tarafından kanun koyucunun Anayasa'nın 167 ve 172'nci maddelerinden dayanağını alan **serbest rekabet ilkesine** uymasını bir zorunluluk olarak ortaya konulduğu ifade edilmektedir⁴¹⁷. Örneğin Anayasa Mahkemesinin, kamuoyunda Türkiye Elektrik Kurumu (TEK) yasası olarak da bilinen 3987 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesi ile Özelleştirme Sonucunda Doğabilecek İstihdamla İlgili Sorunların Çözümlemesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararnameler Çıkarılması Amacıyla Yetki Verilmesine Dair Kanuna ilişkin olarak verdiği bir kararda⁴¹⁸:

“Özelleştirilecek kuruluş tekel konumunda ise, kamu tekelinin yerini özel tekelin alması kaçınılmazdır. Kamu tekeli durumunda, mal ya da hizmet üretimine Devlet'in doğrudan karışması olanağı varken özel tekel durumunda, bu olanak söz konusu olmayacak, mal ve hizmet fiyatları kamu tekeline olduğundan daha yüksekte belirleneceği gibi kalite de olumsuz etkilenecektir.

*Elektrik, su, telekomünikasyon gibi **temel kamu hizmeti** üreten ve doğal tekel niteliği taşıyan ve stratejik yönden önemli olan kamu iktisadi teşebbüslerinin özelleştirilmesi önlem alınmadığında özel tekelleşme olanağı sağlanması, başka bir anlatımla kamu görevlerinin özel sektöre devri anlamına gelir. Bu durumda gerçek ve tüzelkişilerin uyacağı koşullar ile devletçe yapılacak gözetim ve denetimin ilke ve yöntemleriyle uygulanacak yaptırımların gösterilmesi zorunludur.*

Bu nedenle, Özelleştirme Yasası'nda mal ya da hizmet üretiminin belirli sermaye gruplarının elinde toplanmasını, tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önleyecek önlemlerin

⁴¹⁴ VURAL, Fuat Savaş, (1995), Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme (iktisadi yaklaşım), Anayasa Yargısı Derigisi, S.15, s.79-98.

⁴¹⁵ Bazı eleştirel için bkz. VURAL, Fuat Savaş, (1995), s.79-98.

⁴¹⁶ ANAYASA MAHKEMESİ, 07.05.2002 tarihli ve E:2002/17, K:2002/46 sayılı karar.

⁴¹⁷ ULUSOY, Ali, (2004) Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Yayınları, s.141.

⁴¹⁸ ANAYASA MAHKEMESİ, 07.07.1994 tarihli ve E:1994/49, K:1994/45-2 sayılı karar.

alınması gerekir. Tersî durum, düzenlemeyi Anayasa'nın 167. ve 172. maddelerine aykırı kılar.”

ifadelerine yer verilmiştir. Anayasa Mahkemesinin söz konusu gerekçeleri Rekabet Kurumu ve sektörel düzenleyici kurumların kurulmasına da sebep olduğu söylenebilir. Nitekim Rekabet Kurumunu kuran 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun 07.11.1994 tarihlidir. Telekomünikasyon Kurumu kuruluşuna dair 4502 sayılı Kanun ise 29.01.2000 tarihlidir.

3.3 Özelleştirme Sürecinde Rekabet Kurumu Görüş ve Kararı

1998/4 sayılı Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliği⁴¹⁹ gereği Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nca ihale koşullarının kamuoyuna duyurulmasından önce Rekabet Kurulunun görüşü alınmak üzere Rekabet Kurumu'na ön bildirimde bulunulmuş, Rekabet Kurulunun 02.09.2004 tarihli ve 04-57/797 sayılı toplantısında görüş oluşturularak ve Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'na bildirilmiştir.

Ancak burada Rekabet Kurulu görüşü oluşturulmadan önce 1988/4 sayılı Tebliğin 4'üncü maddesinin üçüncü fıkrasında göre özelleştirme ile ilgili olarak 24 işgünü içinde oluşturulacak Mesleki Daire görüşü Özelleştirme İdaresi Başkanlığına gitmekte ve 6 işgünü içerisinde Özelleştirme İdaresi Başkanlığı bu görüşe cevaben gönderdiği yazı sonrasında 10 işgünü içerisinde Rekabet Kurulu karar vermektedir. Buna göre Türk Telekom özelleştirmesine ilişkin **Rekabet Kurumu 2'nci Dairesinin 02.08.2004 tarihli görüşü (Mesleki Daire), Rekabet Kurumu'nun 04.08.2004 tarihli ve 2959 sayılı yazısı ile Özelleştirme İdaresi Başkanlığına gönderilmiştir. Bu görüşte Rekabet Kurulu görüşünde yer verilmeyen bazı noktaların aydınlatılması için önemlidir.**

Rekabet Kurulunun 02.09.2004 tarihli ve 04-57/797 sayılı toplantısında alınan ve ön bildirime ilişkin görüşünde;

A.

1. Kablo TV altyapısının, bu altyapıya ilişkin mülkiyet ve işletime dair tüm haklar ile birlikte en geç Türk Telekom'un devir işlemi takip eden bir yıllık süre zarfında tamamlanmak üzere ayrı bir tüzel kişilik haline getirilmesi ve bu tüzel kişinin kontrolünün devredilmesi,
2. TTNNet internet servis sağlayıcılığı faaliyetlerinin, en geç Türk Telekom'un devir tarihini takip eden altı aylık süre zarfında tamamlanmak üzere diğer iş birimlerden ayrı bir tüzel kişiliğe kavuşturulması,
3. GSM mobil telekomünikasyon hizmetleri pazarında hâkim durumda olan teşebbüsün tek başına ihaleye katılmasına izin verilmemesi; bu teşebbüsün herhangi bir konsorsiyum içerisinde ihaleye katılabilmesinin ancak bu kuruluşun Türk Telekom

⁴¹⁹ Söz konusu Tebliğ 18.04.2013 tarihli ve 28622 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2013/2 sayılı sayılı Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ ile yürürlükten kaldırılmıştır.

üzerinde doğrudan ya da dolaylı kontrol hakkına sahip olamaması halinde mümkün olabileceği; bu teşebbüsü doğrudan ya da dolaylı biçimde kontrol eden kişi ya da grupların Türk Telekom ihalesine tek başlarına, birlikte ve/veya ayrı ayrı herhangi bir konsorsiyum içerisinde katılabilmelerinin, ancak ihale sonrasında bu teşebbüsteki ve/veya bu teşebbüs üzerinde doğrudan ya da dolaylı kontrol hakkına sahip her türlü teşebbüsteki kontrol hakkı tanıyan tüm araçları kendi ekonomik bütünlükleri dışında bir şahsa devretmeleri halinde mümkün olacağı,

...

B.

Alıcı adayları belli olduktan sonra 1998/4 sayılı Tebliğ'in 5'inci maddesi uyarınca yapılacak değerlendirmede 4054 sayılı Kanunun ilgili maddelerine aykırılıklar ve sakıncalar belirlenmesi halinde, devirle ilgili koşul ve yükümlülükler getirilebileceği veya devre izin verilmeyebileceği, dolayısıyla bu hususun ihaleye katılacak teşebbüslerin bilgisine sunulması bakımından ihale şartnamesinde belirtilmesinin gerekli olduğu

...

ifade edilmiştir.

İhalenin ardından Rekabet Kurulunun 21.07.2005 tarih ve 05-48/681-175 sayılı kararında,

“Türk Telekomünikasyon AŞ'nin %55 oranındaki hissesinin blok satış yoluyla özelleştirilmesi için yapılan ihalede en yüksek teklif sahipleri olan; Oger Telecoms Ortak Girişim Grubu ve Etisalat Ortak Girişim Grubu için, ...

Yukarıda adları belirtilen ortak girişim gruplarından herhangi birisinin Türk Telekomünikasyon AŞ'nin %55 oranındaki hissesini devralmasının, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamında, hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumu güçlendirmeye yönelik olarak, rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğurmayacağına ve bu nedenle başvuru konusu işleme izin verilmesine”

karar verilmiştir⁴²⁰.

3.4 Rekabet Kurulu Kararının Değerlendirilmesi

Türk Telekom özelleştirmesinde iki tür ayrıştırma çözümü uygulanmıştır. Bunlar, TTNNet markası altındaki faaliyetlerin ayrı bir tüzel kişiliğe kavuşturulması şeklinde ifade edilen hukuki ayrıştırma ile kablo TV altyapısının mülkiyetinin devri şeklinde özetlenen yapısal ayrıştırma. Mobil pazarlarda hâkim durumdaki işletmecinin Türk Telekom özelleştirmesine

⁴²⁰ Rekabet Kurulu'nun 21.07.2005 tarihli ve 05-48/681-175 sayılı kararına karşı açılan davada **DANIŞTAY** 13. Dairesinin 22.05.2007 tarihli ve E:2005/7877, K:2007/3384 sayılı kararında Rekabet Kurulu'nun 02.09.2004 tarihli ve 04-57/797 sayılı toplantısında alınan ve ön bildirimle ilişkin görüşü ve Rekabet Kurulu'nun 21.07.2005 tarihli ve 05-48/681-175 sayılı kararının hukuka uygun olduğuna karar verilmiştir.

katılamaması şeklinde ifade edilebilecek yasağın ise doğrudan sektörde yapısal ayrıştırmaya neden olmasa da yapısal olarak teşebbüslerin bütünleşmesine engel olunduğu söylenebilir.

Ayrıştırılan teşebbüs özelleştirmeye konu olan Türk Telekom, sabit pazarda genişbant ve ses hizmetlerinde toptan ve perakende pazarlarda hâkim durumda olduğu maruf ve meşhur olduğu için ilgili pazarda hâkim durumda bir teşebbüsün olması ile ilgili hususun üzerinden daha fazla durulmayacaktır.

3.4.1.1 TTNET internet servis sağlayıcılığı faaliyetlerinin hukuki ayrıştırılması

Türk Telekom'un özelleştirilmesine ilişkin ihale sürecinde Rekabet Kurulunun, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'na (ÖİB) gönderilmek üzere 02.09.2004 tarihli ve 04-57/797 sayılı toplantısında oluşturduğu görüşün A.2. maddesinde *"TTNet internet servis sağlayıcılığı faaliyetlerinin, en geç Türk Telekom'un devir tarihini takip eden altı aylık süre zarfında tamamlanmak üzere diğer iş birimlerden ayrı bir tüzel kişiliğe kavuşturulması"* ifadesine yer verilmiş, bunun üzerine söz konusu husus ÖİB tarafından ihale şartnamesine derç edilmiştir⁴²¹. Rekabet Kurulunun, Türk Telekom'un %55 oranındaki hissesinin blok satış yöntemiyle özelleştirilmesine yönelik izin talebine ilişkin 21.07.2005 tarih ve 05-48/681-175 sayılı kararının I.3.5. başlığı altında *"söz konusu husus bakımından özelleştirme işleminde Rekabet Kurulu Görüşü doğrultusunda hareket edildiği anlaşılmaktadır."* tespitine yer verilerek sonuç bölümünde söz konusu işleme izin verilmiştir⁴²². Böylece TTNet AŞ (TTNet), Türk Telekom iştiraki olarak 26 Nisan 2006 tarihinde kurulmuş ve 14 Mayıs 2006 tarihinde *"İnternet Servis Sağlayıcı Lisansı"* olarak perakende internet erişim hizmetleri sunmak üzere faaliyete başlamış olup; bunun üzerine Türk Telekom, abonelerini yeni kurulan TTNet'e devrederek bu alandaki perakende faaliyetlerine son vermiştir⁴²³. Ancak TTNet markası altında sunulmayan bazı hizmetler, metroethernet hizmeti gibi, Türk Telekom tarafından belli bir süre daha sunulmaya devam edilmiştir.

İhale sonucu itibarıyla, Türk Telekomünikasyon AŞ (Türk Telekom) ile Oger Telecoms Ortak Girişim Grubu arasındaki Hisse Satış Sözleşmesi 24.08.2005 tarihinde imzalanmış; Türk Telekom'un özelleştirmesine yönelik Hissedarlar Sözleşmesi ve Hisse Rehini Sözleşmesi ile İmtiyaz Sözleşmesi 14.11.2005 tarihinde imzalanarak hisse devri gerçekleştirilmiştir. Müteakiben, 1998/4 sayılı Tebliğ gereği ÖİB tarafından Rekabet Kurulu'na nihai bildirimde bulunmuştur.

Bunun üzerine Rekabet Kurulu, 21.07.2005 tarih ve 05-48/681-175 sayılı kararında⁴²⁴:

"Rekabet Kurulu görüşünde yer alan bir diğer konu olan "Türk Telekom'un internet faaliyetlerini sürdürdüğü TTNet'in ayrı bir tüzel kişiliğe kavuşturulması" için ise, yine Kurul görüşünde en geç hisse devri sonrasına ilişkin 6 ay süre tanınması nedeniyle henüz bir işlem tesis edilmediği, ancak ihale şartnamesinde konuya yer verilmesi, Özelleştirme İdaresi'nden Kurum'a gelen yazı ile konunun tekrar teyit edilmesi ve muhtemel alıcıların bu yöndeki yazılı beyanları göz önüne alındığında, söz konusu

⁴²¹ REKABET KURULU, 10.11.2010 tarihli ve 10-71/1479-567 sayılı karar.

⁴²² REKABET KURULU, 10.11.2010 tarihli ve 10-71/1479-567 sayılı karar.

⁴²³ TTNET, <http://www.ttnet.com.tr/bireysel/Hakkında/Sayfalar/Hakkimizda.aspx>

⁴²⁴ REKABET KURULU, 21.07.2005 tarihli ve 05-48/681-175 sayılı karar, s.18.

*husus bakımından özelleştirme işleminde **Rekabet Kurulu Görüşü doğrultusunda hareket edildiği anlaşılmaktadır.***

ifadelerine yer vererek söz konusu işleme nihayetinde izin vermiştir.

TTNet internet servis sağlayıcılığı faaliyetlerinin ayrı bir tüzel kişiliğe kavuşturulması şeklinde ayrıştırma çözümü, ayrıştırmayı destekleyen unsurlara yer verilmemesi nedeniyle etkisiz kalmıştır. Aşağıda bu ayrıştırma çözümünün amacı, hangi rekabet aksaklığına nedeni ile getirildiği, hangi faaliyetlerin ayrıldığı ve seçilen ayrıştırma çözüm tipine ilişkin incelemelerde bulunmaktadır.

3.4.1.1.1 Amaç ve rekabet aksaklığının tespiti

Rekabet aksaklığının tespiti konusunda Rekabet Kurulu görüşü ile **Mesleki Dairenin, 02.08.2004 tarihli görüşünü incelemkte fayda bulunmaktadır.** Rekabet Kurulunun 02.09.2004 tarihli ve 04-57/797 sayılı toplantısında verilen ön bildirimle ilişkin görüşüne esas olan **Rekabet Kurumu 2.Dairesinin (Mesleki Daire) 02.08.2004 tarihli görüşünde;**

“Türk Telekom’un hâlihazırda sunduğu katma değerli hizmetler ile altyapı hizmetleri arasında gerekli ve yeterli şeffaflığın sağlanamaması, sektörde rekabetin tesisi ve korunması bakımından karşılaşılan en önemli sorundur. Keza şeffaflığın sağlanamaması rekabete açık alanlarda girdi olarak sunulan altyapı hizmetleri ile piyasaya sunulan son kullanıcı hizmetleri arası tarifelerde yaşanan çarpıklığın hallini de kaçınılmaz olarak güçleştirmektedir.

Bu minvalde, Ayrıştırma başlığı altında yerleşik operatörün rekabetçi pazarlarda sunduğu hizmetlerde çapraz sübvansiyon yoluyla diğer firmaların girişini engellediği ve/veya faaliyetlerini zorlaştırdığı dikkate alınarak, yapılacak özelleştirme sonrasında bu hususun bir daha cereyan etmemesi veya bu olasılığın en aza indirgenmesi amacıyla bir dizi tedbir alınması gerekmektedir.

...
Altyapı tekeli ve katma değerli hizmetlerin tek bir tüzel kişilik altında sunulması nedeniyle ortaya çıkan hâkim durumun kötüye kullanılması sorunlarının giderilmesi, diğer bir ifade ile

- *Bu sorunlar arasında başat konumda olan “**maliyetin altında satışlar, ayrımcılık ve çapraz sübvansiyonun**” tekrarının engellenmesi ve*
- *Bu sayede nihai olarak Türk Telekom’dan hizmet temin eden işletmeciler lehine **şeffaflığın sağlanması***

Ancak bu şekilde mümkün olabilecektir.

Diğer ülkelerin bugüne kadarki uygulamaları dikkate alındığında, çapraz sübvansiyonun önlenmesinde son iki yolun ilk yola nazaran daha etkin sonuçlar doğurduğu anlaşılmaktadır.”

ifadelerine yer verilmektedir. Bu kapsamda ayrıştırma çözümleri ile sağlanmak istenen temel faydanın **fiyat temelli rekabet aksaklıkları ile mücadele** ve pazardaki alternatif işletmeciler için **tarifelerde şeffaflığın sağlanması** olduğu anlaşılmaktadır. Ancak burada fiyat dışı

rekabet aksaklıkları ile ilgili herhangi bir bilgiye yer verilmemesinin sebebinin, sektörel düzenleyici kurum tarafından erişim/arabağlantı sağlama, ayırım gözetmeme gibi yükümlülüklerin ilgili pazarda hâkim durumdaki işletmecilere getirilmesi olabilir.

Bu kapsamda, Rekabet Kurumu tarafından ayırıştırma çözümünde mücadele edilmek istenen rekabet aksaklığı, fiyat sıkıştması ve fiyat temelli rekabet ihlalleri olarak tespit edilmiştir.

3.4.1.1.2 Rekabetçi faaliyetlerle rekabetçi olmayan faaliyetlerin ayrılması

Daha önce de ifade edildiği gibi, ayırıştırma çözümlerinin en önemli amacı rekabetin tesisi ve korunmasıdır. Dikey bütünleşik yapılarda ise rekabet aksaklıklarının en büyük nedenlerinin birisi **darboğaz niteliğindeki unsurların kontrolü** yolu ile ilgili pazarda EPG'ye sahip işletmecinin rekabetçi olmayan pazardaki gücünü diğer pazarlara aktarmasıdır. Ayırıştırma çözümleri ile söz konusu unsurlar üzerinde kontrol devam etmekle birlikte ayrımcılık uygulamalarının veya diğer rekabet aksaklıklarının önlenmesi için başvuru çözümleridir. Ancak bunun içinde asgari bazı unsurlar aranmalıdır. Aksi takdirde ayırıştırma çözümü etkisiz kalacaktır. Bu unsurların başında, bilgi ayırıştırması, finansman, yönetim, marka, çalışanların ve satış yerlerinin fiziki ayırıştırması bulunmaktadır.

Mesleki Daire görüşünde yerleşik işletmecinin şebekesi darboğaz unsuru olarak tespit edilmektedir. Bu husus “*Telekomünikasyon altyapılarının, özellikle yerel telefon şebekesinin düplikasyonu önünde, bunu ekonomik açıdan irrasyonel kılacak yatırım engelleri bulunması, bu altyapıya rakip başka bir yerel telefon şebekesinin gelişmesine ciddi ölçüde sekte vurmaktadır. Bu çerçevede serbestleşmenin önündeki en büyük engel, yerel telefon şebekesine erişimde (yerleşik operatör şebekesinde) yaşanan “darboğaz”dır.*” ifadelerine yer verilerek açıklanmaktadır. Söz konusu ifadelerden de anlaşılacağı yerel telefon şebekesi olarak ifade edilen yerel erişim şebekesinin darboğaz unsuru olarak tespiti isabetlidir.

Ancak darboğazın tespitine rağmen darboğaz unsuru ile ilgili herhangi bir ayırıştırma öngörülmemiş, bunun yerine rekabet aksaklıklarının görüldüğü “**perakende genişbant internet erişim hizmetlerine**” odaklanılmıştır. Rekabet Kurulu kararında veri ve internet hizmetlerinin sunulması için gerekli altyapının kurulması ve işletilmesi konusunda Türk Telekom'a rakip olacak işletmecilerin pazara girişi, ortada yasal bir engel bulunmamasına karşın, **gerekli lisanslar verilmediği** için mümkün olamaması, altyapı kurulması ve işletilmesi konularında tekel olan Türk Telekom'un aynı zamanda **bu altyapılar üzerinden katma değerli hizmetler (veri ve internet) sunmasından** kaynaklanan sorunların “Türk Telekom'un bu hali ile devredilmesi durumunda, el değiştirme ertesinde de devam edebileceği” hususlarındaki açıklamalarından rekabet aksaklıklarının görüldüğü yerin **toptan hizmetler** olarak saptandığı, **hatta toptan hizmetler arasında internet erişim hizmetlerinin** münhasıran rekabet aksaklığının yaşandığı ürün olarak algılandığı anlaşılmaktadır⁴²⁵.

⁴²⁵ **REKABET KURUMU**, 04.08.2004 tarihli ve 2959 sayılı yazı ile Özelleştirme İdaresi'ne gönderilen mesleki daire görüşü.

TTNet'in hukuki ayrıştırılmasında darboğaz unsurunun ayrımı yerine rekabet aksaklıklarının görüldüğü⁴²⁶ perakende genişbant gibi pazarın belli bir kısmının hukuken ayrıştırılması öngörülmüştür.

Rekabet aksaklığının nedenleri ve görüldüğü faaliyet alanına ilişkin yapılan tespiti şuan için yetersiz kalmaktadır. Hatta ayrıştırma sonrasında pazar paylarından anlaşıldığı üzere, yapılan ayrıştırmanın perakende genişbant internet hizmetleri pazarına etkisi olmamış denilebilir. Nitekim perakende genişbant erişim pazarındaki 10 sene boyunca işletmecilerin gelir, abone bazında pazar paylarındaki gelişme incelendiğinde internet pazarındaki gelişme sınırlı olduğu anlaşılmaktadır⁴²⁷.

Rekabet Kurulunun 07.05.2007 tarihli ve 07-38/411-M sayılı kararı uyarınca Türk Telekom ve TTNNet'in geniş bant internet erişim hizmetleri pazarında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu (4054 sayılı Kanun) ihlal edip etmediklerinin tespiti için, 4054 sayılı Kanunun 41'inci maddesi uyarınca soruşturma açılmıştır. Rekabet Kurumu'nun Türk Telekom ve TTNNet hakkında aldığı 19.11.2008 tarih ve 08-65/1055-411 sayılı karar, Türk Telekom ile TTNNet arasında gerçekleştirilen işlevsel ayrımın henüz istenilen sonuçlara ulaşmadığını göstermektedir. Söz konusu kararda Rekabet Kurumu, Türk Telekom ve TTNNet'den oluşan ekonomik bütünlüğün **fiyat sıkıştırması ve fiyat dışı ayrımcılık uygulamaları** ile hâkim durumlarını kötüye kullanmak sureti ile Rekabet Kanunu'nu ihlal ettikleri gerekçesiyle, Türk Telekom ve TTNNet'e idari para cezası uygulamıştır⁴²⁸. Bu bakımdan, fiyat sıkıştırması hususunda şeffaflık ve tespit edilebilirlik sağlansa da ilgili teşebbüs tarafından fiyat sıkıştırması vuku bulmuştur.

Bu soruşturma sonucunda alınan 19.11.2008 tarihli ve 08-65/1055-411 sayılı kararı Rekabet Kurulu kararında;

*“Türk Telekomünikasyon AŞ ve TTNNet AŞ'den oluşan ekonomik bütünlüğün, toptan genişbant internet erişim hizmetleri pazarında ve perakende **genişbant internet erişim hizmetleri pazarında hâkim durumda bulunduğu,** Türk Telekomünikasyon AŞ ve TTNNet AŞ'den oluşan ekonomik bütünlüğün, toptan genişbant internet erişim hizmetleri pazarındaki hâkim durumunu, perakende genişbant internet hizmetleri pazarında fiyat sıkıştırması yoluyla kötüye kullandığına, bu suretle **4054 sayılı Kanununun 6. maddesini ihlal ettiğine,** Kararın gerekçesinde belirlenen ilkeler çerçevesinde fiyat sıkıştırmasına yol açacak uygulamalardan kaçınılmasına, 4054 sayılı Kanununun 6. maddesine aykırı uygulamaları nedeniyle, aynı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca Türk Telekomünikasyon AŞ ve TTNNet AŞ ekonomik bütünlüğünün, ilgili ürün pazarındaki 2007 mali yılı sonunda oluşan toplam ciroları baz alınarak Türk Telekomünikasyon AŞ ve TTNNet AŞ'ye müteselsilen 12.394.781,16 YTL idari para cezası verilmesine karar verilmiştir.”*

⁴²⁶ Örnek olarak bkz. TİSSAD olarak bilinen kararda, 2.10.2002 tarihli ve 02-60/755-305 sayılı Rekabet Kurulu kararının 2/A-a, 2/B-h ve D maddeleri ile genişbant internet erişim hizmetleri pazarındaki faaliyetleri nedeni ile Türk Telekom'a idari para cezası kesilmiştir.

⁴²⁷ **BTK**, (2012a), Pazar Analizi Çalışmaları, Toptan Fiziksel Şebeke Altyapısına Erişim Pazarı, Nihai Doküman, s.19.

⁴²⁸ **DAŞDEMİR**, Özlem, (2009), Ankara.

ifadelerine yer verilmektedir.

Buna ek olarak 2007 yılında “TTNet’in ‘Yaz Fırtınası’ kampanyasının⁴²⁹ 4054 sayılı Kanunun 6’ncı maddesine aykırılık teşkil ettiğine ilişkin şikâyetler ve konuya ilişkin geçici tedbir talebi” ile ilgili olarak Rekabet Kurulu tarafından,

“...2- Geçici tedbir taleplerine ilişkin olarak: 4054 sayılı Kanunun 9. maddesinin ‘Kurul, nihai karara kadar ciddi ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu durumlarda, ihlalden önceki durumu koruyucu nitelikte ve nihai kararın kapsamını aşmayacak şekilde geçici tedbirler alabilir.’ şeklindeki dördüncü fıkrası çerçevesinde;

a) Hâlihazırda devam etmekte olan ‘Yaz Fırtınası’ kampanyası da dâhil olmak üzere, TTNet AŞ’nin maliyetlerin altında ya da Türk Telekom’un toptan fiyat tarifeleri ışığında **fiyat sıkıştırması niteliğinde** olabilecek perakende fiyatları içeren tüm kampanyalarının durdurulması ya da söz konusu kampanyaların TTNet AŞ’nin ilgili hizmetlerdeki maliyetlerinin altında olmayacak şekilde yeniden düzenlenmesine,”

hususlarına karar verilmiştir⁴³⁰. Ardından Rekabet Kurulu tarafından konu hakkında nihai olarak,

“Türk Telekomünikasyon AŞ ve TTNet AŞ’den oluşan ekonomik bütünlüğün, toptan genişbant internet erişim hizmetleri pazarındaki hâkim durumunu, perakende genişbant internet hizmetleri pazarında fiyat sıkıştırması yoluyla kötüye kullandığına, bu suretle 4054 sayılı Kanunun 6. maddesini ihlal ettiğine”

Karar verilerek⁴³¹, söz konusu ekonomik bütünlüğün ilgili pazarda oluşan ciroları üzerinden 12.394.781,16 TL idari para cezası kesilmiştir.

Yukarıda yer verilen kararlardan Türk Telekom özelleştirmesi sırasında öngörülen TTNet faaliyetlerinin ayrı bir tüzel kişiliğe kavuşturulması şeklindeki ayrıştırmada, ayrıştırmayı destekleyecek unsurlara yer verilmemesi nedeniyle rekabet karşıtı uygulamaların önüne geçilememesine rağmen, bu uygulamaların tespit edilebildiği anlaşılmaktadır. **Ancak ayrıştırma çözümlerinin elektronik haberleşme sektöründe uygulanmasının ana gerekçesi, tekelden rekabete geçiş sırasında piyasaya yeni girecek işletmecilere karşı yapılacak rekabete aykırı uygulamaların geri dönülmez zararlara neden olmasından dolayı bu davranışların önüne geçilmesidir.** Başka bir deyişle rekabet aksaklığının tespit edilmesi ve buna yaptırım uygulanması yeni oluşan pazarda, işletmecilerin pazara giriş sürecinde, deyim yerindeyse maçın başlarken bitmesi anlamına gelebilecektir.

3.4.1.1.3 Ayrıştırma çözümünün seçimi

Türk Telekom’un özelleştirilmesi kararında Rekabet Kurumu tarafından verilen görüşte dikey bütünleşik yapıdan kaynaklanacak problemlerin izlenebilmesi için hukuki ayrıştırma yolu tercih edilmiştir. Bu hali ile TTNet’in ayrıştırılması yukarıda belirttiğimiz gibi Netco

⁴²⁹ Rekabet yazımında “Yaz Fırtınası” veya “TTNet” kararı olarak bilinmektedir.

⁴³⁰ REKABET KURULU, 11.07.2007 tarihli ve 07-59/676-235 sayılı karar.

⁴³¹ REKABET KURULU, 19.11.2008 tarihli ve 08-65/1055-411 sayılı karar.

örneğinde olduğu gibi toptan ve perakende faaliyetlerin ayrıştırılmasıdır. Bu ayrıştırmanın uygulanması kolay olmasına rağmen, kararda bu ayrıştırmayı **destekleyecek bilgi, yönetim ve personel ayrıştırılması ile ilgili hükümlere yer verilmemiştir.**

Örneğin *Çin Seddi* (chinesswall) olarak ifade edilen ana teşebbüs ile TTNNet arasında bilgi akışını kesecek, Türk Telekom ve TTNNet'in ayrı birer şirket gibi davranmalarını sağlayacak uygulamalar öngörülmemiştir⁴³². Nitekim daha sonra Türk Telekom'un TTNNet lehine ayrımcılık yapması⁴³³ veya Türk Telekom ofislerinden satışların yapılarak Türk Telekom'un satış ve pazarlama ağlarının TTNNet tarafından kullanılması, hatta perakende internet aboneliklerinin iptal taleplerinde Türk Telekom müdürlüklerinden yapılabilmesi gibi Türk Telekom ve TTNNet'in ortak hareket edebilmesini sağlayan ve alternatif işletmecilerin piyasaya girişlerini zorlaştıran birçok uygulamanın önüne geçilemediği bilinmektedir⁴³⁴.

Bu konuda TTNNet ayrıştırmasının “işlevsel ayrıştırma” olduğu, söz konusu ayrıştırmada darboğaz unsurunun ayrıştırılmadığına belirtilmektedir⁴³⁵. Nihayet özelleştirme işlemi sırasında öngörülen bu ayrıştırmanın pazar yapısı ve ortaya çıkan rekabet ihlalleri incelendiğinde etkisiz kaldığı, uygulanmadığı söylenebilir. **Sonuç olarak, TTNNet'in ayrı bir tüzel kişiliğe kavuşturulması çözümünün güçlendirilmiş bir hesap ayrımı yükümlülüğü olarak ortaya çıkarıldığı anlaşılmaktadır.** Nitekim yukarıda belirtilen Rekabet Kurumunun 2'nci Daire tarafından Özelleştirme İdaresi Başkanlığına gönderilen Mesleki Daire görüşünün 55'inci sayfasında yer verilen hesap ayrımının işletilse bile gerçek maliyetleri göstermeyeceği şeklindeki görüşler, öngörülen hukuki ayrıştırmanın hesap ayrımı yükümlülüğünü güçlendirme gayesi güttüğünü göstermektedir.

Yukarıda açıklandığı gibi AB'de Kablo TV Direktifi ile 1990'lı yıllarda öngörülen ayrıştırma çözümü hesap ayırımıdır. Bu çözümün öngörülmesinin sebebi de Rekabet Kurulunun Türk Telekom özelleştirmesinde yer verilen şeffaflığın sağlanması ve çapraz sübvansiyonun önlenmesidir. Ancak Kablo TV Direktifinde bu amacın erişim/arabağlantı ürünlerinin sunulmasında yaşanan fiyat temelli aksaklıkların giderilmesi için geliştirildiği belirtilmektedir. Rekabet Kurulu doğrudan bunu söylemese de toptan genişbant ürünlerinin perakende seviyede sunulması ifadesinden bunu kastettiği anlaşılmaktadır. 2000'li yılların ortalarında yükselişe geçen fonksiyonel ayrıştırmada çözümünde ise darboğaz unsurunun, yani yerel erişim şebekesinin ayrıştırılması gündeme gelmiştir. Buradaki temel amaç ayırım gözetmeksizin tam bir eşitlik içinde yerleşik işletmecinin kendi perakende birimi ile diğer alternatif işletmecilere bu hizmetleri sunmasıdır. Ancak yatırımlar üzerindeki etkileri nedeni ile son zamanlarda, YNŞ yatırımlarının artırılması gayesi ile de daha önceki endişelere eklenmiş ve ihtiyari yapısal ayrıştırma konuşulmaya başlanmıştır. TTNNet ayrıştırması bu noktada 1990'lı yılların ortasında ortaya çıkan hesap ayrımı yükümlülüğünün sebepleri ile sınırlı kalmış bir uygulamadır.

⁴³² ÖZEK, Mahmut Esad, (2011), s.162-163.

⁴³³ BTK, (2011), Ortak Yerleşim Kararı, 10.05.2011 tarih ve 2011/DK-07/232 sayılı kararında ortak yerleşim yükümlülüğünün tam olarak yerine getirilmediğinden bahisle Türk Telekom aleyhine idari para cezası kesilmiştir.

⁴³⁴ ÖZEK, Mahmut Esad, (2011), s.162-163.

⁴³⁵ DAŞDEMİR, Özlem, (2009), s.117.

Yapılması gereken belki de TTNNet faaliyetlerinin ayrı bir tüzel kişilik haline getirilmek şeklinde ifade edilen ayrıştırma çözümünün gözden geçirilmesi ve basit ve uygulanabilir bir ayrıştırma çözümü ile değiştirilmesidir. Bu noktada asıl darboğaz olan; yatırımı ve tekrar inşası büyük maliyet gerektiren yer altı göz ve kanalların ayrıştırmaya tabi tutulması gerekmektedir. Söz konusu kanalların tüm işletmecilere açılması halinde, fiber şebekelerin kurulma maliyetleri çok büyük oranda düşürecektir. Seçilecek ayrıştırma çözümü ise darboğaz unsurunun yapısal olarak tüm işletmecilerden bağımsız bir yapıya kavuşturulmasıdır. Bu sayede darboğaz unsuruna erişim ve yatırım teminat altına alınabilecektir. Bu nedenle seçilecek ayrıştırma yöntemi finansman modelleri ile desteklenen yarı ihtiyari yapısal ayrıştırma çözümü olmalıdır. Ancak bu konu zaman zaman işletmeciler tarafından dillendirilse de ayrıştırma çözümlerinde yaşanan talihsizlikler nedeniyle bu çözümlerin tartışılmasını uzun süre ertelenebilecektir.

3.4.1.2 Kablo TV'nin yapısal olarak ayrıştırılması

Kablo TV altyapısı ve bu altyapıya ilişkin mülkiyet ve işleme hakları, Rekabet Kurulu görüşü doğrultusunda özelleştirme işlemi dışında tutulmuştur. Bu duruma ilişkin açıklama ve hükümler ihale şartnamesi ve hisse satış sözleşmesinde de yer yerilmiştir⁴³⁶.

Rekabet Kurulunun kablo TV altyapısına ilişkin görüşünden önce uydu işletmeciliği 5189 sayılı Kanun ile 406 sayılı Kanuna eklenen 33'üncü madde ile Türksat Anonim Şirketine devredilmiştir. Kablo TV şebekesi, 21.04.2005 tarih ve 5335 sayılı Kanun'la Türksat AŞ'ye devredilmiştir⁴³⁷. Bu kapsamda, 18.05.2005 tarihinde Türk Telekom ile Türksat AŞ arasında 5335 sayılı Kanun'a Dayanan Ana Devir Protokolü imzalanmış ve söz konusu Protokol'ün 01.07.2005 tarihinde yürürlüğe gireceği belirtilmiştir. Bu tarihten itibaren kablo TV şebekesi Türksat AŞ tarafından işletilmekte ve bu şebeke üzerinden, 22 il kapsamında kablo TV ve genişbant internet hizmeti başta olmak üzere çeşitli hizmetler verilmektedir. 406 sayılı Kanunun 33'üncü maddesinde Türksat AŞ'nin görevleri düzenlenmektedir⁴³⁸.

3.4.1.2.1 Amaç ve Rekabet aksaklığının tespiti

02.08.2004 tarihli Mesleki Daire görüşünde⁴³⁹;

- *Şebeke erişimi hizmetlerinin sunulması bakımından kablo TV ve yerel telefon şebekesinin ve bu altyapılar üzerinden sunulan hizmetlerin birbirine ikame olduğuna ve*
- *Şebeke erişim hizmetleri konusunda çifte tekele sahip olunmasının yarattığı olumsuzluklara,*
- *Anayasa'nın yasal tekellere, ancak varlıklarının zorunlu olduğuna dair rasyonel ekonomik gerekçelerin ortaya konulması durumunda, cevaz verdiği,*
- *Kablo TV altyapısının kurulması ve işletilmesi faaliyetinin zannımızca ortada bir zorunluluk olmamasına karşın bugüne kadar tekel olarak tutulduğu,*

⁴³⁶ REKABET KURULU, 21.07.2005 tarihli ve 05-48/681-175 sayılı karar.

⁴³⁷ TÜRKSAT, <http://www.turksat.com.tr/tr/turksatin-kurulusu-ve-faaliyet-alanlari>

⁴³⁸ TÜRKSAT.

⁴³⁹ REKABET KURUMU, (2004), 2.Dairesinin (Mesleki Daire) 02.08.2004 tarihli görüşü, s.87.

- “Serbestleşmenin gerçek anlamda hayata geçirilmesi önünde en büyük engel olan, ancak altyapılar arası rekabet yaratılmak suretiyle aşılabilecek olan darboğazın (ve bunun “hizmetlerde tekelleşme” gibi yan etkilerinin)” birbirine rakip iki altyapıda tek bir teşebbüse tekel hakkı verilmek suretiyle (şebeke erişim hizmetleri konusunda tekel yaratılarak) kalıcı hale getirildiği,
- Türk Telekom’un kablo TV’yi de içerecek şekilde bir bütün olarak devri ile bugüne kadar haklı gerekçe olmaksızın yaratılmış olan bu tekel halinin fiilen devamına izin verilmiş olacağı,
- Şebeke erişim hizmetleri konusunda bu şekilde bir tekel yaratılmasının ya da bir teşebbüse birbirine rakip iki altyapıda da tekel hakkı tanınmasının ya da bu durumun fiilen devamına yol açacak bir devir yapılmasının, bu haklara / altyapıya sahip olacak teşebbüsü
- Fiyat hareketlerinin düşüş yönünde gelişmesini sağlayacak piyasa mekanizmasının oluşmaması,
- Hizmet çeşitliliğinin sınırlandırılması,
- Rakiplerinin sunacakları hizmetlerin maliyetini belirleme imkanı verilmesi,
- Kablo TV şebekesinin genişletilmesi ve geliştirilmesi yönünde saiklerin ortadan kaldırılması
- ile sonuçlanan bir menfaat çatışması içine sokabileceği ya da bu teşebbüsü tekel hakkını kötüye kullanmaya itebileceği,

ifadelerine yer verilmektedir. Bu anlamda ayrıştırma çözümü ile hedeflenen rekabet aksaklığından öte temelde tekelleşmenin önlenmesi, altyapıya dayalı rekabetin tesisidir. Bu husus Mesleki Daire görüşünde şebeke erişim hizmetlerinde tekel durumunun korunması ve özelleştirme ile kalıcı hale getirilmesinin engellenmesi gerektiği hususunda ayrı bir başlık altında incelenmektedir.

Bunun yanında kablo TV altyapısının yapısal olarak ayrıştırılması ile yatırımların arttırılması da amaçlanmıştır. Nitekim “kablo TV şebekesinin genişletilmesi ve geliştirilmesi yönünde saiklerin ortadan kaldırılması” ifadelerine yer verilerek kablo TV altyapısına **yatırım saiklerinin devamının sağlanması da ayrıştırma amaçları arasında sayıldığı** söylenebilir.

Bu hali ile ayrıştırma çözümündeki yatırım saikinin korunması amacı **99/64/EC** sayılı Komisyon Direktifinde yer verilen kablo TV altyapısının hukuki ayrıştırılması amacı ile paralel olduğu söylenebilir.

Bununla birlikte buradaki bir diğer amacın, 4054 sayılı Kanunun 7’nci maddesinde yasaklanan hâkim duruma gelmek veya hâkim durumu güçlendirmek suretiyle ilgili pazardaki rekabet seviyesinin önemli ölçüde azalması durumundan kaçınılması olduğu söylenebilir. Nitekim yerel erişim şebekesinin darboğaz olarak kabul edildiği elektronik haberleşme sektöründe yerel erişim şebekesi ve kablo TV şebekesinin tek bir teşebbüsün eline geçmesi, ilgili pazardaki mevcut hâkim durumun güçlenmesi veya darboğazın devamını sağlayacak ve etkin rekabetin önemli ölçüde azalmasına neden olacaktır.

3.4.1.2.2 Rekabetçi faaliyetlerle rekabetçi olmayan faaliyetlerin ayrılması

Kablo TV’nin yapısal olarak ayrıştırılmasında rekabetçi olan faaliyetlerin tespit yerine Mesleki Daire görüşünde kablo TV altyapısının “...kullanıcılara hizmet vermek isteyen veri

ve/veya internet servis sağlayıcıları açısından yerel telefon şebekesinin en önemli alternatifi durumunda” olduğu belirtilerek⁴⁴⁰ altyapıya dayalı rekabetin tesisinde alternatif altyapıların sahipliğinin birbirinden ayrılması gerektiği ifade edilmiştir.

3.4.1.2.3 Ayrıştırma çözümünün seçimi

02.08.2004 tarihli Mesleki Daire görüşünde⁴⁴¹;

“Mevcut durumda Türk Telekom’un bir bütün halinde özelleştirilmesi söz konusudur. Böyle bir özelleştirme yapılması durumunda, yukarıda yer verdiğimiz açıklamalar dikkate alındığında, serbestleşmenin en önemli unsurlarından biri olan altyapı rekabetinin özelleştirme ertesinde de sağlanması mümkün görünmemektedir...

- Türk Telekom’un bir bütün olarak devrinin, şebeke erişim hizmetlerinde kablo TV altyapısı ile yerel telefon şebekesinden oluşan **çifte tekelin devamına yol açacağı ve altyapı rekabetinin tesisi hedefiyle tamamen zıt bir uygulama oluşturacağı,**
- Şebeke erişim hizmetleri konusunda bu şekilde bir tekel yaratılmasının ya da bir teşebbüse birbirine rakip iki altyapıda da tekel hakkı tanınmasının ya da bu durumun fiilen devamına yol açacak bir devir yapılmasının, bu haklara / altyapıya sahip olacak teşebbüsü
 - Fiyat hareketlerinin düşüş yönünde gelişmesini sağlayacak piyasa mekanizmasının oluşmaması,
 - Hizmet çeşitliliğinin sınırlanması,
 - Rakiplerinin sunacakları hizmetlerin maliyetini belirleme imkânı verilmesi,
 - **Kablo TV şebekesinin genişletilmesi ve geliştirilmesi yönünde saiklerin ortadan kaldırılması**ile sonuçlanan bir **menfaat çatışması** içine sokabileceği ya da bu teşebbüsü tekel hakkını kötüye kullanmaya itebileceği,
- Bu durumun ise özelleştirmenin yargısal denetimi aşamasında sorunlar doğurabileceği,
- Avrupa uygulaması çerçevesinde “kablo TV ve yerel telefon şebekesinin ayrı tüzel kişilerde toplanmasının yeterli olacağı” şeklinde yapılabilecek bir yorumun hatalı olduğu,
- Bu nedenle kablo TV altyapısının ve (bu altyapı hariç) Türk Telekom’un farklı teşebbüslere satılması suretiyle bir özelleştirme yapılması gerektiği,

ifade edilerek **yapısal ayrıştırma** öngörülmüştür.

⁴⁴⁰ REKABET KURUMU, 2.Dairesinin (Mesleki Daire) 02.08.2004 tarihli görüşü, s.28.

⁴⁴¹ REKABET KURUMU, 2.Dairesinin (Mesleki Daire) 02.08.2004 tarihli görüşü, s.17.

Alternatif şebekelerin oluşturularak rekabetin artırılması, altyapıda tekel oluşturulmaması, şebekenin daha etkin işletilmesinin sağlanması ve şebekenin modernizasyonu yolu ile altyapıya yatırımın artırılması hususları Kablo TV'nin ayrıştırılması ile ilgili olan temel sebeplerdir⁴⁴². Ancak günümüzde Türksat kontrollündeki kablo TV altyapısı 22 ilde faaliyet göstermesine rağmen yeterince etkin kullanılamamaktadır⁴⁴³. Ayrıca kablo TV şebekesinin yaygınlığı, eriştiği hane sayısı ve fiber uzunluğu bakımından Türk Telekom ve Superonline fiber şebekesinin oldukça altında kalmıştır⁴⁴⁴. Bu itibarla, alternatif şebekelerin oluşturulması, yatırımların artırılması gibi hedeflerin bu ayrıştırma çözümü ile yakalanamadığı anlaşılmaktadır.

Özelleştirme esnasında kablo TV şebekesinin devletin elinde kalmasının yerine başka bir teşebbüse ihale edilmesi öngörülseydi belki bugün ayrıştırmadan beklenen alternatif altyapı olma gayesi gerçekleşmiş olacaktı. Bu nedenle ayrıştırma çözümleri ile şebekelerin alternatif olarak ayrılmasının öngörülmesi halinde alternatif şebekenin de işlerliğinin temin edilmesi pazardaki rekabet seviyesinin iyileştirilmesi için önemli olduğu anlaşılmaktadır.

30.05.2014 tarihinde Kalkınma Bakanlığı tarafından yayınlanan, 2014–2018 arası “Bilgi Toplumu Stratejisi ve Eylem Planı”nın 44’üncü sayfasında bulunan 138 sayılı maddede “Genişbant İnternet Hizmetleri içerisinde kablo internet altyapısı, altyapıya dayalı rekabeti sağlaması açısından alternatif bir şebeke olarak önemli bir konumdadır” ifadelerine yer verilmekte ve aynı planın 79’uncu sayfada 11’inci Eylem olarak 2015 sonuna kadar “Kablo TV ve İnternet Altyapısının Özelleştirilmesi” hedefi bulunmaktaydı. Ancak kablo TV altyapısı üzerinden şebeke dışı ses hizmetlerinin verilememesi, ayrıca Türksat’ın kamu kurum ve kuruluşları ile e-devlet altyapısını kurması nedeni ile kısa ve orta vadede kablo TV şebekesinin özelleştirilmesi pek mümkün görülmemektedir.

3.4.1.3 Mobil pazarlarda hâkim durumdaki işletmecinin Türk Telekom özelleştirmesine tek başına katılmasına izin verilmemesi

Özelleştirmede pazardaki oyuncu sayısının belli bir seviyede tutulması için özelleştirme zamanında mobil pazarda tek başına hâkim durumdaki işletmecinin ihaleye katılmasını önlemek için Rekabet Kurulu görüşünde;

*“GSM mobil telekomünikasyon hizmetleri pazarında **hâkim durumda olan teşebbüsün** tek başına ihaleye katılmasına izin verilmemesi; bu teşebbüsün herhangi bir konsorsiyum içerisinde ihaleye katılabilmesinin ancak bu kuruluşun Türk Telekom üzerinde doğrudan ya da dolaylı kontrol hakkına sahip olamaması halinde mümkün olabileceği; bu teşebbüsü doğrudan ya da dolaylı biçimde kontrol eden kişi ya da grupların Türk Telekom ihalesine tek başlarına, birlikte ve/veya ayrı ayrı herhangi bir konsorsiyum içerisinde katılabilmelerinin, ancak ihale sonrasında bu teşebbüsteki ve/veya bu teşebbüs üzerinde doğrudan ya da dolaylı kontrol hakkına sahip her türlü teşebbüsteki kontrol hakkı tanıyan tüm araçları kendi ekonomik bütünlükleri dışında bir şahsa devretmeleri halinde mümkün olacağı,”*

⁴⁴² REKABET KURUMU, 2.Dairesinin (Mesleki Daire) 02.08.2004 tarihli görüşü.

⁴⁴³ BTK, (2012b), Pazar Analizleri, Veri Akış Erişimini İçeren Toptan Genişbant Pazarı, Nihai Doküman, s.14-32.

⁴⁴⁴ BTK, (2012b), s.14-32.

doğrultusunda özelleştirmenin yapılmasının ileride daha rekabetçi bir piyasa yapısı oluşmasını sağlayacağı ifade edilmiştir⁴⁴⁵.

02.08.2004 tarihli Mesleki Daire görüşünde;

- *“Böyle bir durum öncelikle, hem sabit hem de mobil ses hizmetlerinde mevcut ayrı hakim durumların tek elde toplanması muhtemel rekabet ihlallerine zemin yaratacaktır.*
- *Türk Telekom’un, TT&TIM üzerindeki kontrol haklarının da Turkcell’e devredilmesiyle GSM hizmetleri piyasasında hakim durumun güçlendirilmesi söz konusu olacaktır. Sadece bu sebeple bile bu şekildeki bir devralmaya 4054 sayılı Kanun’un 7’nci maddesi çerçevesinde izin verilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.*
- *Diğer yandan, Turkcell’in TT&TIM’de sahip olacağı kontrolden vazgeçmesi durumunda bile, devralmanın gelecekte potansiyel olarak aynı pazarda kabul edilebilecek olan*
- *son kullanıcılara sunulan ses hizmetleri ile*
- *GSM ve PSTN şebekelerine toptan erişim hizmetlerinde*
- *yoğunlaşma doğuracak nitelikte olması sebepleriyle yine devralmaya izin verilmemesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.”*

ifadelerine yer verilerek Türkiye’de GSM mobil telekomünikasyon hizmetleri pazarında hâkim durumda olan teşebbüslerin tek başına ihaleye katılamayacakları hususu ihale şartnamesinde yer verilmiştir⁴⁴⁶. Özelleştirme İdaresi’nce taraflardan Rekabet Kurulu Görüşü’nde yer alan ifadelere aynen uyacaklarına dair taahhütnameler alındığı bilinmektedir⁴⁴⁷. Nitekim özelleştirmeyi mobil pazardaki hâkim işletmecinin kazanması durumunda teşebbüsün mobil imtiyaz sözleşmesi veya Türk Telekom imtiyaz sözleşmesi arasında bir seçim yapması gerekecektir.

Buradaki amaç 4054 sayılı Kanunun 7’nci maddesinde yasaklanan hakim duruma gelmek veya hakim durumu güçlendirmek suretiyle ilgili pazardaki rekabet seviyesinin önemli ölçüde azalması durumunun engellenmesidir. Bu itibarla kablo TV şebekesinde olduğu gibi mobil pazarlarda hâkim durumdaki teşebbüsün tek başına ihaleye girme yasağı pazarda tekelleşmeyi önleme ve altyapıya dayalı rekabeti tesis etme amaçlarını taşıdığı söylenebilir.

3.5 Türk Telekomünikasyon AŞ’nin perakende hizmet sunamaması

Perakende internet servis sağlayıcılığı⁴⁴⁸ faaliyetlerinin TTNNet’e devredilmesi sonrasında Türk Telekom’un perakende internet erişim hizmetlerini TTNNet aracılığı ile ayrı bir tüzel kişilik altında devam ettirmektedir.

Perakende genişbant internet erişim hizmetlerinin sunumu ilgili olarak, 2006 yılında Türk Telekom tarafından ADSL sunmak üzere BTK onayına sunulan ADSL tarifeleri, 12.07.2006

⁴⁴⁵ REKABET KURULU, 21.07.2005 tarihli ve 05-48/681-175 sayılı karar, s.15

⁴⁴⁶ REKABET KURULU, 21.07.2005 tarihli ve 05-48/681-175 sayılı karar, s.17.

⁴⁴⁷ REKABET KURULU, 21.07.2005 tarihli ve 05-48/681-175 sayılı karar, s.17.

⁴⁴⁸ Özelleştirme sırasında ayrıştırılan faaliyete “TTNet internet servis sağlayıcılığı faaliyeti” denilse de, daha doğru bir ifade ile “perakende genişbant internet erişim hizmetleri” olarak adlandırılabilir.

tarıhli ve 2006/DK–07/433 sayılı Kurul Kararı⁴⁴⁹ kapsamında onaylanmamak (reddedilmek) suretiyle Türk Telekom'un perakende seviyede internet hizmeti sunma konusunda faaliyette bulunamayacağı hususu hükme bağlanmıştır⁴⁵⁰. Söz konusu kararda;

“Perakende satış tarifelerinin, Türk Telekom'un İnternet Servis Sağlayıcılığı konusunda faaliyette bulunamayacağı, bu durumun ilgili Rekabet Kurulu Kararında ve İhale Şartnamesinde bir yükümlülük olarak yer aldığı hususu gereğince onaylanmaması”

hususlarına yer verilmiştir.⁴⁵¹

Türk Telekom tarafından Rekabet Kurumuna yapılan başvuruda; hâlihazırda Türk Telekom'un iştiraki olan TNet tarafından sunulan perakende seviyede internet erişim hizmetleri Türk Telekom tarafından da sunulmak istendiği belirtilmiş, bu durumun 4054 sayılı Kanunu ihlal etmediği yönünde menfi tespit belgesi verilmesi talep edilmiştir⁴⁵².

Türk Telekom tarafında yapılan menfi tespit başvurusunda Türk Telekom'un perakende internet erişim hizmetleri sunmasının 4054 sayılı Kanunun ilgili hükümlerini ihlal etmeyeceği yönünde bir menfi tespit kararı alınmasını talep etmektedir. Bunun gerekçeleri olarak ise

- *“Operasyonel ve maliyet duplikasyonlarının ortadan kaldırılması, olumlu kapsam ekonomilerinden yararlanma ve özellikle kriz dönemlerinde etkinlik ve verimlilik sağlanmasının büyük önem arz etmesi ve*
- *Pazarın hâlihazırda içinde bulunduğu durum, Türk Telekom'un maruz kaldığı yoğun rekabet baskısı ve yakınsama olgusu”*

gibi gerekçeler ileri sürülmektedir⁴⁵³. Türk Telekom buradaki gerekçeleri ayrıştırma karşısında **etkinlik gerekçeleri** olarak ele alınabilecektir.

Rekabet Kurulu Kararında Türk Telekom'un özelleştirilmesi aşamasında “TNet internet servis sağlayıcılığı faaliyetlerinin ayrı bir tüzel kişiliğe kavuşturulması”na ilişkin görüşün temelinde yer alan **rekabetçi endişelerin** hâlihazırda devam ettiğini belirtilerek konunun 4054 sayılı Kanun kapsamına girip girmediğini ele almış, sonuçta söz konusu talebin 4054 sayılı Kanunun 4, 6 ve 7'nci maddeleri kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirterek başvuru reddedilmiştir⁴⁵⁴.

Ancak 2011 yılına gelindiğinde Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından olumsuz bir görüş verilmemesi, Rekabet Kurulunun 10.11.2010 tarih ve 10–71/1479–567 sayılı kararında söz konusu hususun 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığına ilişkin karar sonrasında Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu tarafından;

⁴⁴⁹ REKABET KURULU, 21.07.2005 tarihli ve 05-48/681-175 sayılı karar, s.7.

⁴⁵⁰ DANIŞTAY 13. Dairesi, 02.05.2012 tarihli ve E:2011/4332 sayılı ara karar.

⁴⁵¹ REKABET KURULU, 21.07.2005 tarihli ve 05-48/681-175 sayılı karar, s.7.

⁴⁵² REKABET KURULU, 10.11.2010 tarihli ve 10-71/1479-567 sayılı karar, s.1.

⁴⁵³ REKABET KURULU, 10.11.2010 tarihli ve 10-71/1479-567 sayılı karar, s.2.

⁴⁵⁴ REKABET KURULU, 10.11.2010 tarihli ve 10-71/1479-567 sayılı karar.

“TTNet AŞ tarafından verilen perakende seviyede internet erişim hizmetinin aynı zamanda Türk Telekomünikasyon AŞ tarafından da sunulması işleminin 4054 sayılı Kanun kapsamında bulunmadığı” tespiti ve mezkûr kararı BTK’ya bildirilen 01.02.2011 tarih ve 140/106–615 sayılı Rekabet Kurumu yazısında yer alan “... Bir başka ifadeyle, Türk Telekomünikasyon AŞ'nin perakende internet hizmeti sunmasında rekabet hukuku mevzuatı açısından sakınca görülmemiştir” ifadesi kapsamındaki görüş, elektronik haberleşme mevzuatı kapsamında Türk Telekom’un perakende seviyede internet sunmasını engelleyecek bir hükmün bulunmaması, Kurumumuz ve Türk Telekom arasında imzalanan İmtiyaz Sözleşmesi’nin sözleşmenin kapsamına ilişkin 3’üncü maddesinin perakende düzeyde internet hizmeti sunumunu ihtiva etmesi ve ayrıca Türk Telekom’un perakende seviyede çoklu hizmetlerle (ses, internet, görüntü vb.) faaliyet göstermesinin, multimedya (çoklu ortam) ankesör gibi yenilikçi hizmetlerin sunumu, şebekelere yapılacak yeni yatırımların teşvik edilmesi, yakınsamanın da etkisiyle ‘üçlü oyun’ hizmetlerinin pazarda sunulması ve ülkemizin bu hizmetlerden azami seviyede faydalanabilmesi, hâlihazırda kurulu olan bakır şebeke dışında fiber şebeke vb. altyapıların da kurulması ve geliştirtmesine yönelik olumlu katkısı, etkinlik artışı ve tüketici refahında artışların gerçekleşmesi bakımından önem arz edebileceği değerlendirmeleri çerçevesinde, Türk Telekom’un perakende seviyede genişbant internet hizmeti sunma talebine:

- a) Hâlihazırda sunmakta olduğu diğer hizmetlerle birlikte; çoklu hizmet (ses, internet, görüntü vb.) olarak sunması,
- b) Türk Telekom’un mezkûr Menfi Tespit Başvurusu’na istinaden Rekabet Kurumu’na iletilen Kurumumuzun 06.08.2010 tarih 03–51487 sayılı Görüşünde belirtilen ve genellikle dikey bütünleşik pazarlara özgü rekabet karşıtı uygulamaların bertaraf edilebilmesi için, Kurumumuz ve Türk Telekom arasında imzalanan İmtiyaz Sözleşmesi’nin ‘Tarife’ başlıklı 9’uncu maddesi çerçevesinde perakende düzeyde sunulacak tarifelerin toptan düzeye de yansıtılması koşuluyla tarife onayına tabi olması ve
- c) Konunun gerekli taraflarca değerlendirilmesini, ilgili pazarlarda öngörülen sürece ilişkin hazırlık işlemlerinin tamamlanmasını ve konuya ilişkin gerekli düzenlemelerin tespiti ve oluşturulmasını teminen 01.01.2012 tarihinden itibaren geçerli olması...”

şartları çerçevesinde Türk Telekom’un perakende seviyede genişbant internet hizmeti sunmasına izin verilmiştir⁴⁵⁵. Ancak söz konusu karar Danıştay 13. Dairesi’nin 23.01.2012 tarih ve E.2011/3836 sayılı ve 23.01.2012 tarihli ve E.2011/3845 sayılı kararları ile 04.08.2011 tarihli ve 2011/DK–10/411 sayılı işbu Kurul Kararının yürütmesi durdurulmuştur.

Danıştay 13. Dairesi’nin 23.01.2012 tarihli ve 2011/3845 Esas sayılı Kararı kapsamında;

*“Türk Telekomünikasyon A.Ş’nin %55 Oranındaki Hisselinin Blok Satışına ilişkin ihale Şartnamesi’nin 16.2. maddesinde “TTNet internet servis sağlayıcılığı faaliyetlerinin en geç Türk Telekom’un devir tarihini takip eden 6 aylık süre zarfında tamamlanmak üzere diğer iş birimlerinden ayrı bir tüzel kişiliğe kavuşturulmasının” öngörülmesinin amacı **Türk Telekom’un hem toptan hem de perakende piyasada internet hizmeti sunmasının doğuracağı rekabete aykırı sonuçların engellenmesi**”*

⁴⁵⁵ BİLGİ TEKNOLOJİLERİ VE İLETİŞİM KURULU, 04.08.2011 tarihli ve 2011/DK-10/411 sayılı karar.

olduğu açıktır. Bu nedenle, ihale şartnamesinde halen mevcut olan hükmün hisse devrine izin verilmesinin bir gereği ve koşulu olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Hisse devrinin koşullarından biri olarak Türk Telekom tarafından kabul edilen bu şartın daha sonra gereklerinin yerine getirilmemesi ise ayrı bir tüzel kişilik tarafından perakende internet hizmetlerinin sunulmasının getireceği etkilerin ortadan kaldırılması anlamına gelecektir.”

...
Ayrıca, Rekabet Kurulu'nca alınan 10.11.2010 tarihli kararın, perakende internet hizmetinin Türk Telekom tarafından sunulmasının rekabete aykırılık oluşturmayacağı şeklinde olmadığı, aksine, karar içeriğinde rekabete aykırılık oluşturabilecek durumların ortaya çıkmasının mümkün olduğunun ifade edildiği, kararın sonuç bölümünde ise başvuru konusunun 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığı belirtildiğinden, davalı idarece Rekabet Kurumu işleminin rekabet açısından sakınca doğmayacağını belirten bir işlem niteliğinde sayılamayacağı görülmektedir. Yine Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın 02.03.2011 tarihli yazısında da ihale şartnamesinde eklenen hükümde herhangi bir değişiklik yapılmadığı belirtilerek bu konuda idarelerince görüş verilmesinin yerinde olmayacağı değerlendirildiğinden, esasen herhangi bir idari makam tarafından dava konusu işlemin tesisine yönelik olarak olumlu bir görüş de sunulmamıştır.”

değerlendirmelerine yer verilerek Türk Telekom tarafından perakende seviyede internet hizmeti sunulmaması hususu, **özelleştirme işleminin halen geçerli bir koşulu olarak değerlendirmiştir.** Danıştay tarafından ihale şartnamesine giren koşulların kemikleşmesi ve değişmezliği varsayıldığı anlaşılmaktadır. Ancak rekabet hukuk değerlendirmeleri Pazar şartlarına göre değişmekte ve zaman zaman gözden geçirilerek gerek olmayan yükümlülüklerin kaldırılması, rekabet aksaklıklarını önlenememesi halinde ise tedbirlerin değiştirilmesi gerekmektedir.

Nihayet Danıştay 13'üncü Dairesi,

Türk Telekom'un hem toptan hem de perakende piyasada internet hizmeti sunmasının doğuracağı rekabete aykırı sonuçların engellenmesi amacıyla Türk Telekomünikasyon AŞ'nin %55 Oranındaki Hisselinin Blok Satışına ilişkin İhale Şartnamesinin 16.2. maddesinde yer alan, “TTNet internet servis sağlayıcılığı faaliyetlerinin en geç Türk Telekom'un devir tarihini takip eden 6 aylık süre zarfında tamamlanmak üzere diğer iş birimlerinden ayrı bir tüzel kişiliğe kavuşturulması kuralı” kapsamında gerçekleştirilen özelleştirme ihalesinde, ihale uhdesinde kalan Oger Telecoms Ortak Girişim Grubu tarafından teklifin şartnamedeki hükümlere bağlı kalınarak şartsız olarak verildiği, ihale komisyonu tarafından Türk Telekom'un %55 oranındaki hissesinin ihale şartnamesi hükümleri çerçevesinde anılan gruba satılmasına karar verildiği, Rekabet Kurulu'nca satışa bu şartlarla izin verildiği ve son olarak Bakanlar Kurulu tarafından da sözleşmelerin ihale şartnamesi çerçevesinde imzalanacağı şartı ile satışa onay verildiği dikkate alındığında; satış gerçekleştirildikten ve imtiyaz sözleşmesi imzalandıktan sonra İmtiyaz Sözleşmesinin bir parçası haline gelen şartname hükümlerine ve ihale safhasındaki taahhütlere aykırı olarak bir faaliyette bulunulamayacağı açık olup, tüm bunlara aykırı olarak Türk Telekomünikasyon AŞ'nin perakende seviyede genişbant internet hizmeti sunma talebine izin verilmesine

ilişkin Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulunun 04.08.2011 tarihli ve 2011/DK-10/411 sayılı kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Öte yandan, Rekabet Kurulunca alınan 10.11.2010 tarihli kararın, perakende internet hizmetinin Türk Telekom tarafından sunulmasının rekabete aykırılık oluşturmayacağı şeklinde olmadığı, aksine, karar içeriğinde rekabete aykırılık oluşturabilecek durumların ortaya çıkmasının mümkün olduğunun ifade edildiği, kararın sonuç bölümünde ise başvuru konusunun 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığı belirtildiğinden, davalı idarece Rekabet Kurumu işleminin rekabet açısından sakınca doğmayacağını belirten bir işlem niteliğinde sayılmayacağı görülmektedir. Yine Özelleştirme idaresi Başkanlığının 02.03.2011 tarihli yazısında da, ihale şartnamesine eklenen hükümde herhangi bir değişiklik yapılmadığı belirtilerek bu konuda idarelerince görüş verilmesinin yerinde olmayacağı değerlendirildiğinden, esasen herhangi bir idari makam tarafından dava konusu işlemin tesisine yönelik olarak olumlu bir görüş de sunulmamıştır.

Bunun yanında, özelleştirmeye ilişkin ihale şartnamesinde, GSM için "hiçbir zaman" şeklinde taahhütte bulunmuşken, İnternet servis sağlayıcılığına yönelik bir süre öngörülmediği, dolayısıyla ilelebet böyle bir yükümlülük getirilemeyeceği iddia edilmekle birlikte; Şartnamenin 16.3. maddesinde yer alan şartın, ihaleye Türkiye'de GSM mobil telekomünikasyon hizmetleri pazarında hâkim durumda olan şirketlerin katılması durumunda anılan katılımcıların Türk Telekom üzerinde hiçbir zaman doğrudan ya da dolaylı kontrol hakkına sahip olamayacaklarına ve ihalenin bu katılımcıların uhdesinde kalması durumunda kontrol hakkı tanıyan tüm araçların en geç devir tarihine kadar kendi ekonomik bütünlükleri dışında bir şahsa devredilmesine yönelik olup, anılan katılımcıların ihaleyi kazanmaları durumunda Türk Telekom üzerinde kontrol hakkına sahip olmaları suretiyle telekomünikasyon hizmetleri piyasasının bir ticari bütünlüğün kontrolüne geçerek piyasada rekabetin tamamen ortadan kalkmasını engellemek amacıyla aktarılan şartın getirildiği görülmektedir. Oysa Şartnamenin 16.2. maddesinde yer alan şartın, 16.3. maddesinde olduğu gibi doğrudan veya dolaylı kontrolün veya bir ticari bütünlüğün hâkim durumda olmasının yasaklanmasına ilişkin olmayıp, internet servis sağlayıcılığı faaliyetlerinin diğer iş birimlerinden ayrı bir tüzel kişiliğe kavuşturulması suretiyle genişbant internet erişimi piyasasında dikey bütünleşik yapıya engel olunması suretiyle toptan internet tarifelerinin kontrolü amacıyla getirildiği, nitekim oluşturulacak şirketin Türk Telekom ile ayrı tüzel kişiliği haiz olması dışında Türk Telekom'un doğrudan veya dolaylı kontrolünde olmasını engelleyecek bir şartın bulunmadığı, öte yandan, İnternet Servis Sağlayıcılığı faaliyetlerinin altı ay içerisinde ayrı bir tüzel kişiliğe kavuşturulmasının öngörülmesine rağmen, Türk Telekom'un koşulların değişmesi ya da belirli bir sürenin geçmesi durumunda internet servis sağlayıcılığı faaliyetlerini kendi tüzel kişiliği bünyesinde tekrar sunabileceğine ilişkin herhangi bir hususa yer verilmediği dikkate alındığında, anılan şartın imtiyaz süresince korunması gerektiği anlaşılmasından, Şartnamenin 16.2. maddesinde yer alan düzenlemeyi anlamsız hale getirecek nitelikteki bu iddiaya itibar edilmemiştir."

ifadelerine yer verilerek Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulunun Türk Telekom'un perakende seviyede genişbant internet hizmeti sunmasına ilişkin kararını iptal etmiştir⁴⁵⁶. Söz konusu karar bazı önemli yönleri bulunmaktadır:

3.5.1 İhale şartnamesi imtiyaz sözleşmesi ilişkisi

Öncelikle ihale hukuku kapsamında **ihale şartnamesinin ömrü**, sözleşme yapılıncaya kadardır. Başka bir deyişle ihale şartnamesi gibi tek taraflı işlemler, daha sonra yapılacak sözleşme ile sona ermektedir. İmtiyaz sözleşmelerinde de kamu hizmeti söz konusu olsa da durum benzer olmalıdır. Anayasanın 155'inci maddesinde yer alan Danıştay denetmi sözleşmenin taraflarca karşılıklı mutabakatla değişebileceğinin istisnası olmalıdır. Yukarıdaki kararda Danıştay, taraflar arasında imzalanan imtiyaz sözleşmesine bakılmadan ihale şartnamesinin halen geçerli olduğu yorumunu yapmaktadır. Söz konusu yorum, tarafların anlaşması ile sözleşmeyi değiştirebilme ihtimallerini de ihale şartnamesindeki hükümler ile sınırladığı düşünülmektedir.

Danıştay tarafından İmtiyaz Sözleşmelerine hiç gidilmeden İhale şartnamesinin taraflar için kesin bağlayıcılığına gönderme yapmaktadır. İhale şartnamesinde ve İmtiyaz Sözleşmesinde Türk Telekom'un perakende internet hizmeti sunamayacağına yönelik açık bir hükme yer verilmemiştir. Buna rağmen Türk Telekom'un telekomünikasyon hizmetlerini sunma konusunda geniş bir yetki ile donatılmıştır.

Nitekim BTK tarafından 12.07.2006 tarih ve 2006/DK-07/433 sayılı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu Kararında; Türk Telekom'un perakende seviyede internet sunma talebi, Rekabet Kurulunun 10.11.2010 tarih ve 10-71/1479-567 sayılı kararında "*TTNet AŞ tarafından verilen perakende seviyede internet erişim hizmetinin aynı zamanda Türk Telekomünikasyon AŞ tarafından da sunulması işleminin 4054 sayılı Kanun kapsamında bulunmadığı*" tespiti yapılmış, ancak Rekabet Kurumu, mezkûr kararı BTK'ya bildirilirken "*... Bir başka ifadeyle, Türk Telekomünikasyon AŞ'nin perakende internet hizmeti sunmasında rekabet hukuku mevzuatı açısından sakınca görülmemiştir*" ifadesine yer vermiş, bu kapsamda söz konusu talebin öncelikle **elektronik haberleşme mevzuatı ve İmtiyaz Sözleşmesi kapsamında uygunluğuna** dikkat çekilmiştir⁴⁵⁷. Bununla birlikte elektronik haberleşme mevzuatı ve İmtiyaz Sözleşmesi kapsamında Türk Telekom'un perakende internet hizmeti sunmasını engelleyen herhangi bir hüküm bulunmadığı, aksine imtiyaz sözleşmesinin buna cevaz verdiği anlaşılmaktadır⁴⁵⁸. Ancak Danıştay tarafından Türk Telekom'un perakende internet faaliyetlerinde bulunmasının Türk Telekom'un özelleştirilmesine ilişkin ihale şartnamesine aykırı bulunmuştur⁴⁵⁹.

3.5.2 Özelleştirmelerde yetki boşluğu

Rekabet Kurulunun 10.11.2010 tarih ve 10-71/1479-567 sayılı kararında özelleştirme sırasında Rekabet Kurumunun rolündeki **kanuni boşluğu göstermesi** bakımından önemlidir. Nitekim Rekabet Kurumunun özelleştirmelerdeki yetki ve görevleri özelleştirmeden önce

⁴⁵⁶ **DANIŞTAY**, 13'üncü Dairesi, 03.11.2015 tarihli ve E:2011/3845, K:2015/3732 sayılı karar.

⁴⁵⁷ **DANIŞTAY**, 13'üncü Dairesi 2011/4336 Esas sayılı dava dosyası.

⁴⁵⁸ **DANIŞTAY**, 13'üncü Dairesi 2011/4336 Esas sayılı dava dosyası.

⁴⁵⁹ **DANIŞTAY**, 13'üncü Dairesi 2011/4336 Esas sayılı dava dosyası.

Rekabet Kurumu görüşü vermek ve özelleştirme sonrası da Rekabet Kurulu tarafından 4054 sayılı Kanunun 7'nci maddesi kapsamında özelleştirmeye izin vermek veya vermemek şeklindedir. Ancak özelleştirme sonrasında verilen görüş ve kararın değişmesi gerektiğinde ne yapılacağı kanunda belirtilmemektedir. Söz konusu kararında ise özelleştirme sonrasında ayırıştırma yönteminde veya imtiyaz sözleşmesi ile ihale şartnamesinde yapılacak değişikliklerin Rekabet Kurulu yetkisi dâhilinde olmadığı belirtilmektedir.

Birleşme ve devralmalar bakımından koşullu izinlerdeki şart ve taahhütlerin 4054 sayılı Kanun kapsamında izlenmesi ve yaptırıma bağlanması kabul edilebilse de özelleştirme kararlarındaki koşulsuz verilen izinlerde, ihale şartnamesine dercedilerek ihale şartı yapılması durumunda, söz konusu şart ve koşulların Rekabet Kurulu yetkisini aştığı anlaşılmaktadır. Bunun yerine Birleşme ve devralmalarda olduğu gibi Rekabet Kurulu tarafından yapılan Pazar analizleri çerçevesinde yapılacak ihalenin 4054 sayılı Kanunun 7'nci maddesinde belirtilen hâkim durum oluşturmak veya mevcut hâkim durumu güçlendirmek suretiyle rekabeti önemli ölçüde azaltacak mahiyette olduğu değerlendirilmesi durumunda, şart ve yükümlülükler öngörülebilir ve bu şart ve yükümlülüklerle ilişkin ihale üzerinde kalan isteklinin taahhüt vermesi ihale şartnamesinde öngörülebilir. Bu durumda şart ve yükümlülüklerin değişmesi ve gözden geçirilmesi gerektiğinde verilen taahhütler çerçevesinde Rekabet Kurumu tarafından gözden geçirme yapılabilir. Başka bir seçenek de Rekabet Kurumu ile BTK'nın 5809 sayılı Kanunun 7'nci maddesi ve aralarında imzalanan protokol çerçevesinde ayırıştırma konusunda anlaşmaları ve ihale şartnamesine söz konusu ayırıştırma modelinin takibi ve gerektiğinde değiştirilmesi ve kaldırılmasının BTK kararları ile yapılacağı belirtilebilir. İhaleye katılan teşebbüsün de bu konuda taahhüt vermesi istenebilir.

Danıştay kararına katılmamakla birlikte, Danıştay 13. Dairesi'nin 03.11.2015 tarihli ve E:2011/3845 ve K:2015/3732 sayılı Kararında belirtildiği üzere özelleştirme sırasında verilen Rekabet Kurulu görüşlerinin ihale şartnamesine geçirilmesi ve ihale şartı yapılması durumunda çok uzun yıllar "imtiyaz süresince" geçerli hale geldiği anlaşılmaktadır.

Diğer taraftan, Danıştay tarafından birleşme devralmalardaki koşullu izinler için yapılan değerlendirme, ihale şartnamesi ve özelleştirme sürecinde Rekabet Kurumunun görüşünün ihale şartnamesine girmesi ve koşullu izne dönüşmemesi nedeni ile kabul görmemektedir. Nitekim Danıştay 13'üncü Dairesi tarafından 15.03.2010 tarihli ve E.2008/13171, K.2010/2225 sayılı kararında yer verilen Bağımsız Gazeteciler Yayıncılık AŞ ve Kemer Yayıncılık ve Gazetecilik AŞ'nin tam kontrolünün Doğan Gazetecilik AŞ tarafından devralınması işlemine ilişkin olarak Rekabet Kurulunun birleşme veya devralmalarda gerekli gördüğü bazı önlemlerin alınması ve bazı yükümlülükler uylması koşuluyla izin vereceğine ilişkin kuralı, bu koşulların ancak Kanunla uyumlu ve Kanunda dayanağı olan şartlar olarak anlamak gerektiği, **ticarî hayatta bu günden belirlenemeyecek iki yıl sonrası için varsayım davalı durumlardan hareketle ayrıntılı, Rekabet Kurumunun görev ve yetkisinin tartışmalı olduğu kimi konuları da içeren şartlar konulduğu gerekçesi** ile anılan kararın işleme getirilen koşullar kısmının iptaline karar verilmiştir. Söz konusu yorumun Türk Telekom özelleştirmesinde ve perakende internet başvurularında neden yer verilmediği kararda açıklama bulmamaktadır.

Bu noktada söylenebilecek son söz Rekabet Kurumu 2'nci Daire tarafından önbildirim sonrasında oluşturularak Özelleştirme İdaresi Başkanlığına gönderilen görüşünün 55 ve

56'ncı sayfalarında Türk Telekom'un özelleştirilmesine ilişkin 20.4.2000 tarih ve 740 sayılı Daire Görüşü'nde konuya ilişkin yer verilen,

Türk Telekom'un katma değerli hizmetlerde bağlı ortaklık olarak örgütlenmesi, holdingleşme vb. kurum içi yeniden yapılanma ile ilgili hususlar özelleştirme sonrasında stratejik yatırımcı grubuna bırakılmalı ancak, özellikle ölçek olarak temel telekomünikasyon hizmetleri seviyesine ulaşan GSM cep telefonu işletmeciliği gibi katma değerli hizmetler mutlaka şeffaflığı sağlayacak şekilde ayrı tüzel kişilikler halinde örgütlenmesi sağlanmalıdır. Bu istisna dışında, stratejik yatırımcı grubu Türk Telekom'u kendi yönetim kültürünü yansıtacak şekilde yeniden yapılandırarak en etkin yönetim tarzını oluşturacaktır.

Hususlarda 2004 yılına gelindiğinde niçin değişikliğe gidildiği açıklanırken, bu değerlendirme ve görüş değişikliğine, 4502 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden bu yana yaşanan gelişmeler, Rekabet Kurumu'nca sektöre ilişkin yapılan ve yukarıda listesine yer verilen incelemelerin neden olduğu, zira

- *Türk Telekom'un TNet altyapısını 25.6.1999 tarihinde, yani önceki görüşün verilmesinden henüz 10 ay önce hizmete soktuğu,*
- *Piyasanın bugünkü yapısının esasen Görüş tarihinden sonra yaşanan gelişmeler ile şekillendiği*

dikkate alındığında, önceki Görüş'ün verildiği 2000 yılından itibaren piyasa yapısında görülen hızlı değişme, söz konusu Görüş değişikliğinin ardında yatan temel gerekçeyi oluşturduğu ifade edilmektedir. Elektronik haberleşme sektöründe Rekabet Kurumu dahi 1999 yılında verdiği görüşü 2004 yılında değiştirme ihtiyacı duymuşken 2015 yılında Danıştay'ın ihale şartnamesinde yer verilen hükümlerin değişmez olduğu sonucuna götürecek bir karar vermesi, elektronik haberleşme sektörü dinamikleri ile bağdaşmamaktadır.

Bu nedenle 2004 yılından 2015 yılına gelindiğinde yaşanan gelişmeler 2000 yılından 2004 yılına kadar olan gelişmelerden oldukça fazla olduğu kabul edilmeli ve Danıştay tarafından kaleme alınan gerekçedeki değişmezlik varsayımının elektronik haberleşme sektörü için geçerli olmadığı kabul edilmelidir⁴⁶⁰.

3.5.3 Etkinlik gerekçeleri

Türk Telekom'un etkinlik gerekçelerine karşılık, mahkemenin Rekabet Kurulu kararındaki rekabet endişelerinin devam ettiği yönündeki gerekçelere dayanmaktadır. Rekabet Kurulu gerekçelerinde hangi rekabet endişelerinin devam ettiği ve diğer düzenleyici yükümlülüklerin bunlarla niçin başa çıkmada yeterli olmadığı tam olarak gösterilmemektedir. Ancak Danıştay tarafından ifade edilen "**internet servis sağlayıcılığı faaliyetlerinin diğer iş birimlerinden ayrı bir tüzel kişiliğe kavuşturulması suretiyle genişbant internet erişimi piyasasında dikey bütünleşik yapıya engel olunması suretiyle toptan internet tarifelerinin kontrolü amacıyla getirildiği**" hususu 5809 sayılı Kanunda yer verilen tarife düzenlemeleri ve erişim

⁴⁶⁰ İmtiyaz sözleşmelerinin tarafların anlaşması durumunda değiştirilebileceği hususunda hükümler bulunmakta olup, söz konusu değişikliklerin kamu yararı bağlamında idare tarafından yapılması durumunda da değişikliğin kamu yararı bakımından mahkemelerce denetleneceği de bilinmektedir.

yükümlülükleri ile yerine getirilmektedir. Danıştay tarafından elektronik haberleşme sektöründe hâlihazırda uygulanan düzenlemeler tartışma konusu yapılmayarak ayırıştırılmaya ilişkin hususların ihale şartnamesinde yer verildiği ve değişmeyeceği şeklinde destek bir gerekçeye de başvurulduğu görülmektedir. Ayrıca ayırıştırma çözümlerinin amacı dikey bütünleşik yapıya engel olmak değil, dikey bütünleşik yapıdan kaynaklanan rekabet aksaklıklarına engel olunmasıdır. Başka bir deyişle ayırıştırma çözümü ardından teşebbüsler dikey bütünleşik halde kalabilir. Nitekim TTNet ayırıştırılmasında Türk Telekom grubu dikey bütünleşik yapısını korumuştur.

3.5.4 Danıştay kararındaki çelişki

Son olarak, Danıştay bu kararı bir bakıma kendi içinde çelişki barındırmaktadır. Nitekim söz konusu kararda ihale şartnamesindeki hükümlerin imtiyaz süresince geçerli olduğu belirtilmesini yanında gerek yukarıda yer verilen konuya ilişkin yürütmenin durdurulması kararında gerekse de daha sonraki nihai kararda Rekabet Kurumunun veya diğer kurumların konuya ilişkin olumlu görüşünün alınmadığından bahsedilmektedir. Bunun mevhumu muhalifinden Danıştay'ın BTK'nın Rekabet Kurumundan konuya ilişkin olumlu görüşünün olması veya ihale tarihindeki rekabet endişelerinin ortadan kalkması durumunda Türk Telekom'un perakende seviyede internet hizmeti verebileceğini kabul ettiği anlaşılmaktadır.

3.6 Türk Telekomünikasyon AŞ Tek Marka Politikası

Yukarıda yer verilen mahkeme kararları sonrasında Türk Telekom tarafından mobil haberleşme hizmetlerini veren şirketi Avea ve perakende genişbant internet erişim hizmetleri veren TTNet markalarının 27.01.2016 tarihinden itibaren Türk Telekom markası altında birleştirileceği duyurulmuştur⁴⁶¹. Bu kapsamda Kamu Kurum ve kuruluşlarından herhangi bir izin alınmamıştır. Ayırıştırma sırasında yukarıda yer verildiği gibi hukuki ayırıştırmanın unsurlarından biri olan marka ayırıştırılmasını teminat altına alacak herhangi bir hükme yer verilmediği için Türk Telekom tarafından girilen marka birleştirme stratejisine de müdahalede bulunulamadığı düşünülmektedir.

Ayrıca Son zamanlarda Türk Telekom grubunun organizasyon yapısında yapılan değişiklikler ile ilgili olarak "*Türk Telekom Grubu'nun dikey bütünleşik yapısını çeşitli uygulamalarıyla güçlendirdiği ve böylelikle pazarda mevcut olan giriş engellerinin ve dikey bütünleşik yapının sebep olduğu pazar kapatıcı etkinin artmasını ve kalıcılaşmasını sağlayarak hâkim durumunu kötüye kullandığı iddiası ve ihlal teşkil ettiği iddia edilen eylemlere yönelik geçici tedbir uygulanması*"⁴⁶² talebi ile Rekabet Kurumuna yapılan başvuruda Rekabet Kurulu tarafından özetle Türk Telekom, Avea ve TTNET'in aynı ekonomik bütünlüğü oluşturan tüzel kişilikler olduğu ve Kanun kapsamında aynı teşebbüs olarak değerlendirilmesi gerektiği, ancak talep konusu işlem **ekonomik bütünlüğün tek taraflı bir eylemi** olduğu için söz konusu işlemin 4054 sayılı Kanunun 4'üncü ve 7'nci maddeleri kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı, buna ilave olarak Türk Telekom Grubu şirketleri arasında koordinasyonu artırmaya ve kapsam ekonomilerinden daha iyi faydalanmaya yönelik bir yeniden yapılanma olduğu, söz konusu yapılanmanın teşebbüsün

⁴⁶¹ <https://www.turktelekom.com.tr/hakimizda/medya-merkezi/basin-bultenleri/Sayfalar/turk-telekom-tek-marka.aspx>

⁴⁶² REKABET KURULU, 04.11.2014 tarihli ve 14-43/789-352 sayılı karar.

iç etkinliğinin artırılması sonucunda ortaya çıkan bir durum olup rekabet hukuku kapsamında teŖebbüsün kendi iç etkinliğinden kaynaklanan bu tür bir duruma 4054 sayılı Kanunun 6'ncı maddesi kapsamında da müdahale edilmesinin mümkün olmadığı ifade edilerek yapılan başvuru reddedilmiştir⁴⁶³.



⁴⁶³ REKABET KURULU, 04.11.2014 tarihli ve 14-43/789-352 sayılı karar.

SONUÇ

Ayrıştırma çözümleri, ilgili pazarda hâkim durumda olan teşebbüsün darboğaz niteliğinde olan ürünleri ile diğer ürünlerinin belli seviye ve tedbirlerle birbirinden ayrılmasıdır. Darboğaz unsuru, üstesinden gelinmek istenen rekabet aksaklığına göre farklı ayrıştırma çözümü tiplerine tabi tutulabilmektedir.

Elektronik haberleşme sektöründe ayrıştırma çözümlerinin uygulanmasının temel amacı, serbestleşme sürecinde yerleşik işletmeci yanında pazara yeni işletmecilerin pazara girişleri esnasında dikey güç aktarma riskinden kaynaklanan erişimin reddi, ayrımcılık uygulamaları ve çapraz sübvansiyon gibi rekabet aksaklıklarının önlenmesidir. Bu yolla sektörde altyapıya dayalı rekabet ortamının oluşturulması hedeflenmektedir. Bunun dışında vergilendirme gibi diğer bazı kamu yararı amaçları ile ayrıştırma çözümlerine başvurulduğu da görülmektedir.

Ayrıştırma çözümleri temelde hesap ayrımı yükümlülüğü, hukuki ayrıştırma, fonksiyonel ayrıştırma ve yapısal ayrıştırma olarak sınıflandırılmaktadır. Hesap ayrımı yükümlülüğünde, işletmecinin sunduğu erişim ürünleri veya rekabet aksaklığı görülen ürünlerinin diğer ürünlerden hesaplarını ayrılması, iç transferlerin ve maliyet dağılımlarının gerekçelerinin düzenleyicilere raporlanması ve asgari olarak ana hesaplara ilişkin bilgilerin menfaat sahibi diğer işletmeciler veya kamuoyu ile paylaşılması şeklinde özetlenebilecektir. Fonksiyonel ayrıştırmada ise sabit şebekelerde zorunlu unsur veya darboğaz unsuru olarak nitelendirilen yerel erişim şebekesinin diğer faaliyetlerden ayrılması söz konusudur. Ancak ayrıştırmanın asgari standartları olarak bilgi ayrıştırılması, yönetim sistemleri ile bilişim sistemlerinin, pazarlama altyapısının, personel ve yöneticilerin, finansmanın ayrıştırılması gibi unsurları uyulması gerekmektedir. Hukuki ayrıştırmada, belli bir faaliyetin farklı bir ticari şirket altında toplanması söz konusudur. Ancak ayrıştırma çözümlerinin etkin rekabetin tesisi için yapıldığı düşünüldüğünde fonksiyonel ayrıştırmada olduğu gibi hukuki ayrıştırmada da asgari standartların aranması gerekir. Aksi halde ayrıştırma çözümü etkisiz kalacaktır. Yapısal ayrıştırma ise en radikal ayrıştırma türüdür. Aynı teşebbüs altında bulunan belli bir faaliyetin, elektronik haberleşme sektörü için genellikle darboğaz niteliğinde bulunan yerel erişim şebekesi veya alternatif olabilecek şebekelerin, kontrolünün teşebbüsten ayrılarak farklı bir teşebbüse devredilmesidir.

Ayrıştırma çözümlerine karar verilmeden önce ayrıştırma çözümüne gerek olup olmadığı ilgili pazarın tanımlanması ve rekabetin seviyesinin ölçülmesi ile değerlendirilmelidir. Piyasa mekanizmasını çalıştığı bir ortamda ayrıştırma çözümleri de gündeme gelmeyecektir. Rekabet seviyesinin yeterli olmadığı ancak getirilen erişim yükümlülükleri ile pazarın belli bir seyir halinde olgunlaşmaya doğru gittiği gözlemlenebiliyorsa yine ayrıştırma çözümlerine ihtiyaç duyulmayacaktır. Ancak ilgili pazarda getirilen tüm düzenleyici yükümlülüklerle rağmen yerleşik işletmecinin pazar payında önemli değişme olmamış ve rekabet aksaklıkları görülmeye devam etmiş ise ayrıştırma çözümleri düşünülebilir. Bunun için öncelikle ilgili pazarda darboğazın nedenlerini, önlenmek istenen rekabet aksaklıklarını, başka bir deyişle ayrıştırılacak faaliyetin tespit edilmesi gerekir. Bunun ardından rekabet aksaklıklarını giderebilecek, bu aksaklıklarla ölçülü olabilecek, rekabet aksaklığını giderirken teşebbüsün mülkiyet ve teşebbüs hürriyetini en az sınırlayacak ayrıştırma çözümünün seçilmesi gerekir.

Ayrıştırma çözümlerinde ayrıştırılacak faaliyetler ve giderilmek istenen rekabet aksaklığı bakımından son 30 yılda oldukça hızlı bir değişim yaşanmıştır. 30 yıl içinde elektronik haberleşme sektöründe darboğazın ve giderilmek istenen rekabet aksaklıklarının ne olduğu sorusuna verilen cevaba göre ayrıştırma konusu faaliyet alanı ve ayrıştırma çözümü farklılaşmıştır. Serbestleşmenin başlangıcında fiyat temelli rekabet aksaklıkları üzerinde durulmuştur. ABD’de fiyat temelli rekabet aksaklıkları AT&T’nin uzak mesafe telefon hizmetlerinden elde ettiği geliri yerel telefon hizmetlerinin finansmanında kullanması şeklinde ortaya çıkmıştır. AT&T tarafından girilen fiyat temelli rekabet aksaklıkları AT&T’nin şebekesindeki ölçek ekonomisi nedeni ile sağladığı maliyet avantajı nedeni ile kendi yerel erişim şebekesi olmayan işletmeciler için daha ağır bir hale gelmiştir. Ayrıca yerel erişim şebekelerinin kısa ve orta vadede kurulamayacak olması nedeni ile yerel telefon hizmetleri pazarına diğer işletmecilerin girememesi ABD’de AT&T’nin tekelleşmesi sorunu şeklinde ortaya çıkmıştır. Her ne kadar fiyat temelli rekabet aksaklıkları ile mücadele için ABD tarafından birçok ayrıştırma çözümü bir arada uygulanmıştır. ABD’de yapısal ayrıştırma ile yerel ve uzak mesafe telefon hizmetleri birbirinden ayrılrsa da IP teknolojisinin ortaya çıkması ile bu ayrımın bir önemi kalmamıştır. Bu nedenle 1996 tarihli Telekomünikasyon Kanunu ile ABD elektronik haberleşme sektöründe ayrıştırma çözümleri için getirilen tedbirler ortadan kaldırılmıştır.

AB’de ayrıştırma çözümleri ABD’nin aksine hesap ayırımı yükümlülüğü ile 1995 yılından itibaren başlamıştır. 95/51/EC sayılı Kablo TV Direktifi ile yerel telefon şebekesi ile kablo TV şebekesini işleten teşebbüsün “kablo TV şebekesi üzerinden yürütülen faaliyetlere” ilişkin ayrı hesapların tutulması bir yükümlülük olarak ortaya çıkmıştır. 1998 yılında Açık Şebeke Şartları ile birlikte bu defa hesap ayırımı yükümlülüğünün çapraz sübvansiyon gibi fiyat temelli rekabet aksaklıklarının önlenmesi için “arabağlantı hizmetlerinde” uygulanması öngörülmüştür. 1999 yılında 99/64/EC sayılı Direktif ile yerel telefon şebekesi ile kablo TV şebekesini işleten teşebbüsün kablo TV şebekesini farklı bir tüzel kişilik altında toplanması istenilmiş, bunun ana gerekçesi olarak da yerel erişim şebekesi (o tarihte bakır kablo şebekesi) ile kablo TV şebekesini birlikte kontrol eden teşebbüsün kablo TV şebekesine yatırım yapmaması olarak gösterilmiştir. 2002 Çerçevesinde hesap ayırımı yükümlülüğü devam ettirilmiştir, ancak hesap ayırımı yükümlülüğü sadece arabağlantı hizmetleri değil tüm “toptan erişim yükümlülüğü getirilen tüm hizmetlere” getirilebilecek bir düzenleyici yükümlülük olarak kapsamı teşmil edilmiştir. Hesap ayırımı yükümlülüğü, fiyat temelli rekabet aksaklıkları için şeffaflaştırma işlevini görse de fiyat dışı rekabet aksaklıkları için herhangi bir işlevinin olmaması, ayrıca darboğaz niteliğindeki yerel erişim şebekesinin tüm işletmecilere şeffaf ve eşit erişim sunacak şekilde yeniden yapılandırılması ihtiyacı yeni ayrıştırma çözümleri arayışını başlatmıştır. Bu arayış içinde öncelikle hukuki ayrıştırma çözümü akla gelse de, hukuki ayrıştırma çözümünün ilk başlarda fiyat temelli ve fiyat dışı rekabet aksaklıkları ile gündeme gelmemesi, sadece kablo TV şebekesinde yatırımların arttırılmasına odaklanması, yerel erişim şebekesi gibi darboğazların aşılması için şebekenin bu kısmına özgü bir ayrıştırma çözümüne ihtiyaç duyulması ve ayrıca bazı mali kaygılar nedeni ile hukuki ayrıştırmadan farklı bir ayrıştırma çözüm geliştirilmiştir. Fonksiyonel ayrıştırma olarak adlandırılan yeni ayrıştırma çözümünde, hukuki ayrıştırmaya benzese de teşebbüsün belli bir faaliyet alanına özgülenmesi nedeni ile hukuki ayrıştırma çözümünden amaçsal bir farklılık bünyesinde taşımaktadır. Fonksiyonel ayrıştırmada yerel erişim şebekesi üzerinden sunulan hizmetlerde tam bir eşitliğin sağlanması maksadı ile yerleşik işletmecinin diğer hizmetleri ile yerel erişim şebekesinin birbirinde ayrılması fikri kabul edilmiştir. Burada gelinen son

noktada darboğazın yerel erişim şebekesi olduğuna karar verilerek, yerel erişim şebekesinde erişimin reddi gibi fiyat dışı rekabet aksaklıklarına da odaklanılmaya başlanılmıştır.

Nihayet, yeni nesil şebekelerin kurulması gündeme geldiğinde elektronik haberleşme sektöründe ayrıştırma çözümleri yeni bir aşama kaydedilmiştir. Ampirik çalışmalar ve uluslararası kuruluşların tavsiye kararları ayrıştırma çözümlerinin yerel erişim şebekesini işleten teşebbüslerin yeni nesil şebekelere ilişkin yatırım isteklerini zayıflattığı, bu nedenle yeni nesil şebekelerin kurulmasında ayrıştırma çözümlerinin kullanılması noktasında üye ülkelerin temkinli olmasını tavsiye etmesine rağmen yeni nesil şebekelerinin kurulmasının hızlandırılması için Common Law hukuk sistemindeki bazı ülkeler tarafından darboğaz unsuru niteliğindeki yerel erişim şebekesininin yapısal ayrıştırılmaya tabi tutulduğu görülmüştür. Singapur gibi bazı mikro devletler yerel erişim şebekesinden ziyade erişim şebekesinin kurulu bulunduğu pasif altyapı üzerinde durarak yeni nesil şebekelerinin kurulumu için kendi stratejilerini belirlemiştir.

Türk hukukuna bakıldığında, ayrıştırma çözümlerinin Türk elektronik haberleşme hukukunda tam olarak sistematikleştirilemediği anlaşılmaktadır. 5809 sayılı Kanunun 7'nci maddesinin üçüncü fıkrası ve 21'nci maddeleri kapsamında AB müktesebatında olduğu gibi pazar analizleri süreçleri sonunca ilgili pazarda EPG'ye sahip işletmeciyi veya işletmecilere incelenen ürün ile diğer ürünler arasında hesap ayrımı yükümlülüğü getirebilmektedir. 2013 yılında yayımlanan Hesap Ayrımı Usul ve Esasları ile de söz konusu yükümlülüğün tam olarak şartları ortaya konulmuştur. Bunun dışında BTK'nın pazara giriş şartlarını düzenleme işlevi kapsamında Elektronik Haberleşme Sektöründe Yetkilendirme Yönetmeliğinin 19(i) ve geçici 4. maddesinin (a) ve (b) bentlerinde sırası ile hesap ayrımı, hukuki ayrıştırma ve ex-ante olarak tekelleşmeyi önleyecek ve dolaylı olarak yapısal ayrıştırmayı sağlayacak tedbirlere yer verilmiştir.

Türk hukukunda 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda açıkça ayrıştırma çözümü şeklinde yükümlendirici bireysel işlemlere yer verilmemiştir. Ancak 4054 sayılı Kanunun birleşme ve devralmaları düzenleyen 7'nci maddesi kapsamında bir birleşme ve devralma işleminin "*ilgili pazarda hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak*" olduğu değerlendirilmesi halinde, aynı Kanunun 11'nci maddesi kapsamında yapısal ayrıştırmaya ilişkin şartlar getirebilecek, birleşme ve devralma işlemine konu teşebbüsün bu şartları kabul ettiğine ilişkin taahhüt vermesi durumunda Rekabet Kurulu tarafından bu işleme izin verilebilecektir. Özelleştirme işlemleri mahiyeti itibarıyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 7'nci maddesi bağlamında bir birleşme ve devralma işlemi sayılmaktadır. Özelleştirme işlemleri de 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamında Rekabet Kurumunun 2013/2 sayılı Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliği ile düzenlenmiştir. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 4 ve 6'ncı maddeleri bağlamında bir rekabet ihlalinin tespiti halinde "ihlale son verme" başlıklı 9'uncu maddesi bağlamında yapısal tedbirlerin getirebileceği iddia edilse de, yapısal tedbirlerin teşebbüsün hak ve hürriyetine ağır bir müdahale anlamına geldiği değerlendirilerek açık kanuni yetki bulunmadan bu yola tevessül edilmemesi gerektiği düşünülmektedir.

Türk Telekom'un özelleştirilmesi sürecinde, Rekabet Kurulunun 02.09.2004 tarihli ve 04-57/797 sayılı toplantısında alınan ve önbildirime ilişkin görüşünde;

- *Kablo TV altyapısının, bu altyapıya ilişkin mülkiyet ve işleme dair tüm haklar ile birlikte en geç Türk Telekom'un devir işlemini takip eden bir yıllık süre zarfında tamamlanmak üzere ayrı bir tüzel kişilik haline getirilmesi ve bu tüzel kişinin kontrolünün devredilmesi,*
- *TTNet internet servis sağlayıcılığı faaliyetlerinin, en geç Türk Telekom'un devir tarihini takip eden altı aylık süre zarfında tamamlanmak üzere diğer iş birimlerden ayrı bir tüzel kişiliğe kavuşturulması,*
- *GSM mobil telekomünikasyon hizmetleri pazarında hâkim durumda olan teşebbüsün tek başına ihaleye katılmasına izin verilmemesi*

şartlarına yer verilmiştir. Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından söz konusu görüşte yer verilen şartlar tırnak içine alınarak aynen ihale şartnamesinde yer verilmiş, ihale ardından, ihale komisyonu ihale kararı almadan önce Rekabet Kurumuna başvurulduğunda, Rekabet Kurulunun 21.07.2005 tarih ve 05-48/681-175 sayılı kararı ile özelleştirmeye ilişkin en yüksek teklif veren teşebbüslerden birinin ihaleyi alması noktasında Rekabet Kurulu tarafından izin verilmiştir.

TTNet'in hukuki ayrıştırması sebebine bakıldığında “**maliyetin altında satışlar, ayrımcılık ve çapraz sübvansiyonun**” tekrarının engellenmesi ve bu sayede nihai olarak Türk Telekom'dan hizmet temin eden işletmeciler lehine şeffaflığın sağlanması şeklinde sayıldığı görülmektedir. Ancak söz konusu sebepler hesap ayrımı yükümlülüğü ile engellenebilen fiyat temelli rekabet aksaklıklarıdır. TTNet faaliyetlerinin hukuki ayrıştırması noktasında, öngörülen rekabet aksaklıklarının önlenmesinde hesap ayrımının niçin yeterli olmadığı sorusu ise hesap ayrımı düzenlemelerinin henüz yürürlüğe girmemesi, girmesi halinde dahi gerçek maliyetlerin ortaya çıkartılamayacağı gerekçelerine yer verildiği görülmektedir. Ancak hesap ayrımına ilişkin bu şekilde bir eleştiriye çalışma kapsamında herhangi bir kaynakta rastlanmamıştır. Gerçek maliyetlerin hesaplanması, elektronik haberleşme şebekelerinde olduğu gibi devlet desteği ile kurulan devasa şebekelerde her zaman için zor olmakla birlikte hukuki ayrıştırmanın bu zorluğu nasıl izale ettiği anlaşılammıştır. Ayrıca seçilen perakende genişbant internet erişim hizmetlerine ilişkin seçilen ayrıştırma çözümünde iştirak ile ana teşebbüs arasında ortak hareket edebilmeyi engelleyen, ayrıştırılan faaliyetlerin ayrı bir teşebbüsmüş gibi davranmasını sağlayan bilgi, personel ayrıştırması ve fiziki ayrıştırmaya ilişkin kurallara yer verilmediğinden hukuki ayrıştırma etkisiz kalmıştır. Bu görünümü ile TTNet'in hukuki ayrıştırması AB'de 1990'lı yılların ortasında ortaya çıkan hesap ayrımı yükümlülüğünün sebepleri ile sınırlı kaldığı anlaşılmaktadır.

Sektörel düzenlemelerde temel amaç ilgili pazarları rekabete açmaktır. Bunun için halihazırdaki geline noktada darboğaz sayılan yerel erişim şebekesine, diğer işletmecilerin maliyet temelli ve ayırım gözetmeksizin erişimlerinin sağlanması ile bu darboğazın aşılmasına çalışılmaktadır. TTNet'in hukuki ayrıştırılmasında darboğaz unsurunun ayrımı yerine perakende genişbant gibi pazarın belli bir kısmının hukuken ayrıştırılması öngörülmüştür. Ancak TTNet hukuki ayrıştırmasının uygulandığı tarihlerde, ülke uygulamalarında darboğaz unsurunun diğer ürünlerden ayrılması şeklinde bir yaklaşımın henüz gündemde olmaması nedeni ile Türkiye'de de elektronik haberleşme sektöründe darboğaz niteliğindeki yerel erişim şebekesinin ayrıştırılması fikri ortaya çıkmamıştır.

Türksat yapısal ayrıştırılmasında hedeflenen ise, rekabet aksaklıklarının ortadan kaldırılmasından öte altyapıya dayalı rekabetin tesisidir. Ayrıca Türk Telekom'un Kablo TV altyapısına yatırım yapmadığı belirtilerek kablo TV şebekesine yatırımların artırılmasının da amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bu hali ile ayrıştırma çözümündeki yatırım saikinin korunması amacı **99/64/EC** sayılı Komisyon Direktifinde yer verilen kablo TV altyapısının hukuki ayrıştırılması amacı ile paralel olduğu söylenebilir. Ancak söz konusu amaç şebekenin devlet eli ile işletilmesi nedeni ile çok fazla yerine geldiği de söylenemez.

Türk Telekom özelleştirmesi Türkiye'de görülen en kapsamlı ayrıştırma örneği olsa bile hukuki ayrıştırmanın getiriliş sebepleri incelendiğinde söz konusu sebepler hesap ayrıştırması araçları ile de giderilebilecek niteliktedir. Özellikle TTNNet'in farklı bir tüzel kişiliğe kavuşturulmasında, ayrıştırmayı destekleyen unsurlara yer verilmemesi ayrıştırmayı etkisiz hale getirmiştir. Bu nedenle TTNNet'in hukuki ayrıştırması **güçlendirilmiş bir hesap ayrımı görünümünü almıştır.**

İhale şartnamesine ayrıştırma çözümlerinin eklenmesi ancak söz konusu çözümlerin gözden geçirilmesine ilişkin hükümlerin eklenmemesi gibi sebepler, özelleştirme ihalelerindeki ayrıştırma çözümlerinin değişmez şekilde kemikleşme gibi bir tehlikeyi beraberinde getirmektedir. Çalışma kapsamında ortaya konulmaya çalışıldığı gibi son 30 yıl içinde ayrıştırma çözümlerinin sebepleri ve ayrıştırmaya konu faaliyetler oldukça değişmiş olduğu göz önünde bulundurulduğunda, ihale şartnamelerinde veya başka hukuki dokümanlarda yer verilen ayrıştırma çözümlerinin belli aralıklarla gözden geçirilmesi gerektiği kabul edilmelidir.

Rekabet Kurulunun 10.11.2010 tarihli ve 10-71/1479-567 sayılı kararı, özelleştirme sırasında Rekabet Kurulu tarafından alınan kararların gözden geçirilmesi esnasında yetki boyut ile **kanuni boşluğu göstermesi** bakımından önemlidir. Nitekim Rekabet Kurumunun özelleştirmelerdeki yetki ve görevleri özelleştirmeden önce Rekabet Kurumu görüşü vermek ve özelleştirme sonrası da Rekabet Kurulu tarafından 4054 sayılı Kanunun 7'nci maddesi kapsamında özelleştirmeye izin vermek veya vermemek şeklindedir. Ancak özelleştirme sonrasında verilen görüş ve kararın değişmesi gerektiğinde ne yapılacağı kanunda belirtilmemektedir. Bu sorun, Rekabet Kurulunun 10.11.2010 tarihli ve 10-71/1479-567 sayılı kararında özelleştirme sonrasında ayrıştırma yönteminde veya imtiyaz sözleşmesi ile ihale şartnamesinde yapılacak değişikliklerin Rekabet Kurulu yetkisi dâhilinde olmadığı belirtilerek daha da belirgin hale gelmiştir. Söz konusu boşluğun kanuni düzenleme ile doldurulmasının yanında, özelleştirme sırasında teşebbüslerden ayrıştırma çözümlerine ilişkin taahhüt alınması veya BTK ile koordineli bir şekilde getirilecek yükümlülüklerin yine BTK tarafından gözden geçirileceği şeklinde yöntemlerin ihale şartnamesine ve imtiyaz eklenmesi, geri dönülmezlik sorununu çözebilecektir.

KAYNAKÇA

AKCOLLU, F. Y. (2003), Elektrik Sektöründe Rekabet ve Regülasyon, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

ARCEP, (2007), Functional Separation: pros and cons La Lettre De L'autorité De Régulation Des Communications Électroniques Et Des Postes.

ARIÖZ, Ali; (2005), Telekomünikasyon Sektöründe Serbestleşme Süreci, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

ASLAN, İ. Yılmaz, (2007), Rekabet Hukuku, Ekin Kitapevi, Bursa.

ATEŞ, Mustafa, (2013), Rekabet Hukukuna Giriş, Adalet Yayınevi, Ankara.

ATİYAS, İzak; **DADALOĞLU**, Toker; **KOÇ**, Mustafa, (2009), Mobil Elektronik Haberleşme Pazarında Geçiş Maliyetlerinin İşletmecilerin Fiyatlandırma Stratejileri Üzerine Etkileri Ve Etkin Rekabetin Tesis Edilmesine Yönelik Regülasyon Politikaları, 2. Rekabet Ekonomisi Sempozyumu, Pamukkale Üniversitesi, Denizli.

BROCK, G. W; (1981), The Telecommunications Industry: The Dynamics of Market Structure. Cambridge: Harvard University Press.

BRAND, Henk, (1998), The Law and Regulation of Telecommunications Carriers, Artech House Telecommunications Library.

BTK, (2002), Tekel Sonrası Telekomünikasyon Hizmetleri Pazarı, PSTN Hizmetlerinin Rekabete Açılması Üzerine Analizler.

BTK, (2008), 2007 AB Telekomünikasyon Reformu, Ankara.

BTK, (2009), Rekabet Problemleri ve Fonksiyonel Ayrım: Kapsam, Uygulama, Deneyimler ve Öneriler.

BTK, (2010), Genişbant ve Fiber: İktisadi Düzenleyici İncelemeler, Deneyimler ve Öneriler.

BTK, (2012a), Pazar Analizleri, Toptan Fiziksel Şebeke Altyapısına Erişim Pazarı, Nihai Doküman.

BTK, (2012b), Pazar Analizleri, Veri Akış Erişimini İçeren Toptan Genişbant Pazarı, Nihai Doküman.

BTK, (2014), Elektronik Haberleşme Sektöründe Pazar Analizlerine İlişkin Rehber Doküman.

CANON, Robert, (2003), "The Legacy of the Federal Communications Commission's Computer Inquiries," Federal Communications Law Journal: Vol. 55: Iss. 2, Article 2.

CAVE, Martin, (2002), "Is LoopCo the answer?", info, 4(4), pp. 25-31.

CAVE, Martin, (2004), Economic aspects of the new regulatory regime for electronic communications services, in P.-A. Buigues, & P. Rey (Eds.): The economics of antitrust and regulation in telecommunications: Perspectives for the new European regulatory framework (s.27-44).

CAVE, M. (2006a), Encouraging Infrastructure Competition Via the Ladder of Investment. Telecommunications Policy, 30, 223-237.

CAVE, Martin, (2006b), "Six degrees of separation: operational separation as a remedy in European telecommunications", Communications & Strategy, No 64, pp 89-104.

CAVE, M., **CORREA L.**, **CROCIONI P.**, (2006), Regulating for Non-Price Discrimination-The Case of UK Fixed Telecoms.

CAVE, Martin and **DOYLE**, C (2007a), "Contracting across separated networks in telecommunications: lessons from theory and practice", Communications & Strategies, No 68, pp. 21-40.

CAVE, M. and **DOYLE**, C (2007b), Network separation and investment incentives in telecommunications, CMUR Discussion Paper, Warwick Business School, August.

CAVE, Martin; **MARTIN**, Ian, (2010), Public Investment in Nationwide Next Generation Networks, Telecommunication Policy, Elsevier, Volume 34, Issue 9.

COATES, Kevin; (2011), Competition Law and Regulation of Technology Markets, Oxford University Press, London.

CRANDALL R. W. (2002), "The failure of structural remedies in Sherman Act Monopolization cases" Microsoft, Antitrust and the New Economy: Selected Essays.

CRANDALL, Robert W.– **SIDAK**, J. Gregory, (2002), 'Is structural separation of incumbent local exchange carriers necessary for competition?' Vol. 19, no: 2, Yale Journal on Regulation, 335-360.

CRANDALL, Robert W.; **EISENACH**, Jeffrey A.; and **LITAN**, Robert E. (2010), "Vertical Separation of Telecommunications Networks: Evidence from Five Countries," *Federal Communications Law Journal*: Vol. 62: Iss. 3, Article 1.

CREMER, Helmuth ve diğerleri, (2008) Costs and Benefits of Vertical Divestiture, COMMUNICATIONS & STRATEGIES, no. 68, 4th quarter 2008.

ÇİFTÇİ, Tahir, (2011), Avrupa Birliği Düzenleyici Çerçevesinde Reform Çalışmaları ve Yeni Çerçevesinin Üyelik Yükümlülükleri Çerçevesinde Ulusal Mevzuata Aktarılması, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Uzmanlık Tezi, Ankara.

DAŞDEMİR Özlem, (2009), Telekomünikasyon Sektöründe Ayrıştırma Politikaları: Fonksiyonel Ayrıştırma ve Türkiye İncelemesi, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

DOĞANAY, Muhammet, (2014), Elektronik Haberleşme Sektöründe Rekabet Düzenleme Aracı Olarak Ayrım Gözetmeme Yükümlülüğü, Hukuki Mahiyeti, Kapsamı Ve Sınırları, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi.

ECONOMIDAS, Nicolas, (1998) The Telecommunications Act and Its Impact, New York University, Center for Law and Business, Working Paper No. 99-003.

ECONOMIDES, Nicholas; (2005), Telecommunications Regulation: An Introduction *The Limits and Complexity of Organizations*. Ed. Richard R. Nelson. New York: Russell Sage Foundation Press.

ERG (2006). ERG (06) 33. Revised ERG Common Position on the approach to appropriate remedies in the ECNS regulatory framework. European Regulators Group.

ERG (2007). ERG (07) 44. ERG *opinion on functional separation*. European Regulators Group.

EROĞLU, Muzaffer, (2010), Enerji Sektöründe Ayrıştırma Uygulamaları, Rekabet Dergisi, 2010, 11/1: 109-148.

FAULL J. & NIKPAY, A. (2007), EC Law of Competition, Oxford University Press.

GERADIN, Damien, (2006), Twenty years of liberalization of network industries in the European Union: Where do we go now.

GILBERT/TOBIN, (2012), Peter Waters, Moya Dodd, Oliver Damian, Andrew De Celis and Simon Muys Separation regulation of dominant telecommunications operators in today's legacy networks and tomorrow's next generation Networks.

GÖZLER, Kemal, (2013), Genel Hukuk Bilgisi, Ekin Kitabevi, 13. Baskı.

GÜLCÜ, Aynur, (2005), Telekomünikasyon Sektöründe Hesap Ayrımı: GSM İşletmecilerine Yönelik Hesap Ayrımı Kılavuzu Esaslarının Belirlenmesi, Telekomünikasyon Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

GÜVEN, Pelin, (2008), Rekabet Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara.

HUTTON, Thomas J; The Proposed Deregulation of Domestic Common Carrier Telecommunications, 69 Cal. L. Rev. 455 (1981) s.486-496.

JONES, A., & **SUFRIN**, B. (2007), *EC Competition Law*. New York: Oxford Un. Press.

IDA, (2008), "Industry structure for next generation access networks", Consultation paper issued by the Info-communications Development Authority of Singapore.

IDA, (2012), Fact sheet, Next Generation Nationwide Broadband Network. <http://www.ida.gov.sg/images/content/Infrastructure/nbn/images/pdf/NextGenNBNFACTSHEET.pdf>

ILGIN, Aycan, (2011), Aycan, Elektronik Haberleşme Sektöründe Yetkilendirme, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

ITU, (2011), Telecommunication Regulation Handbook, Tenth Anniversary Edition, The World Bank, Infodev,

ITU, Dr. Musab Barakat Ahmed Ali PhD.;FCCA;FCMI, Chartered Certified Accountant Practicing firm Barakat&co Senior partner & CEO Consultant, Sunum. slayt 39-45.

KARABACAK, N. Bengü, (2007), Telekomünikasyon Hizmetleri Pazarında Fiyat Düzenlemeleri, Fiyat Sıkıştırması Sorunu, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Uzmanlık Tezi, Ankara.

KENT, Bülent, (2012), Türk ve Alman Hukukunda Elektrik Piyasasının Düzenlenmesi ve Düzenleyici Kurumları, Adalet Yayınevi, Ankara.

KING, Edward, **HAWLEY**, Joseph; İngiliz Common Law gelişimi, çeviren İlhan LÜTEM, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/342/3520.pdf>

KOENING, Christian; **BARTOSCH**, Andreas; **BRAUN**, Jens-Daniel, **ROMES**, M. (2009) EC Competition and Telecommunications Law, 2nd edition.

LLOYD, Mark, (2006), AT&T and Whatever Happened to Antitrust?

MARCUS J. Scott, **WERNICK** Christian, **CARTER** Kenneth R., (2008), Network Neutrality: Implications for Europe.

MULLER, L. Milton; (2010), Networks and States: The Global Politics of Internet Governance, the IMT Press.

MUELLER, L. Milton, (2013), "Universal Service: Competition, Interconnection and Monopoly in the Making of the American Telephone System" Book 18.

NIHOUL S. ve RODFORD S., (2011), EU Electronic Communications Law, Oxford University Press, 2nd edition, London.

OECD, (2001a), "Restructuring Public Utilities for Competition", Paris.

OECD (2001b), Recommendation of the OECD Council Concerning Structural Separation in Regulated Industries. Paris. 26 April C(2001)78.

OECD (2003), The benefits and costs of structural separation in the local loop, DST/ICCP/TISP(2002)13/FINAL, Paris.

OECD, (2005), Working Party on Telecommunication and Information Services Policies, *The Benefits and Costs of Structural Separation of the Local Loop*.

OECD (2006), Report of experiences in the implementation of the Recommendation concerning structural separation in regulated industries, Paris. (C(2006)65).

OECD, (2010), Next Generation Access Networks And Market Structure, DSTI/ICCP/CISP(2010)5/FINAL.

OECD (2011), Next Generation Access Networks And Market Structure, DSTI/ICCP/CISP(2010)5/FINAL, Paris.

OFCOM, (2004), Strategic Review of Communications, phase 2 Consultation documents.

OFCOM, (2005), Final statement on the strategic review of telecommunications and undertakings in lieu of a reference under the Enterprise Act 2002 – Statement, 22 September, London.

ÖĞURLU, Yücel, Danıştay 135’inci Yıl Sempozyumu, ilk Örneklerinden Günümüze Danıştayın Ölçülülük İlkesine Yaklaşımı.

OXERA, (2009), Vertical Separation in Telecommunication Sector, What are Its Implication for the Portuguese market.

ÖZBUDUN, Ergun, (2003), Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara.

ÖZEK, Mahmut Esad, (2011), Elektronik Haberleşme Sektöründe Yoğunlaşmalar (Birleşme ve Devralmalar), Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

PAUL de Bilj, (2005), "Structural separation and access in telecommunications markets", CESIFO working paper No. 1554 Category 9, Industrial Organisation, September.

PAUL W. MacAvoy, (1998), “Testing for Competitiveness of Markets for Long Distance Telephone Services: Competition Finally?” Review of Industrial Organization 13: 295–319.

PTS, (2007), Improved Broadband Competition Through Functional Separation.

REKABET KURUMU, (2014) Rekabet Terimleri Sözlüğü, 5. Baskı, Ankara.

REY, P./**TIROLE**, J., (1997): ‘A Primer on Foreclosure’, IDEI, Toulouse, mimeo.

RUHLE, Ernst-Olav; **REICHL**, Wolfgang, (2008), Computer Law Riview International, Functional Separation: A new panacea in telecoms regulations.

PITSCH, Peter K; **BRESNAHAN**, Arthur W.; (1995), Common Carrier Regulation of Telecommunications Contracts and the Private Carrier Alternative.

SARIÇİÇEK, Can, (2012), Düzenleyici Doktrin Çerçevesinde Rekabet Hukuku Uygulaması, Rekabet Kurum Uzmanlık Tezi, Ankara.

ŞAHİN, Selen Yerensu, (2012), Enerji Sektöründe Ayrıştırma, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

SIDAK, J. George; **VASSALLO**, Andrew P. (2015) Did Separating Openreach From British Telecom Benefits Consumers, World Competition 38, no:1.

- TAN**, Turgut, (2010), Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, Turhan Kitapevi, Ankara.
- TEMEL**, Esmâ, (2012), Özelleştirme Uygulamaları ve Rekabet Politikası, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.
- TEPPAYAYON**, Orada; **BOHLIN**, Erik, (2010), Functional separation in Swedish broadband market: Next step of improving competition Telecommunication Policy, v.34, i.7.
- TEZEL**, Fatih, (2011), Öncül Düzenleme Aracı Olarak Pazar Analizleri ve Yükümlülüklerin Rekabet Açısından Değerlendirilmesi, Uluslararası Örnekler ve Türkiye İncelemesi, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Uzmanlık Tezi, Ankara.
- THIERER**, Adam D; (1994), Unnatural Monopoly: Critical Moments in the Development of the Bell System Monopoly, Cato Journal, Vol. 14, No. 2.
- TÜRKKAN**, Erdal, (2001), Rekabet Teorisi ve Endüstri İktisadı, Turhan Kitapevi, Birinci Baskı, Ankara.
- ULU**, Harun, (2004), Birleşme ve Devralmalarda Ortaya Çıkan Rekabet Sorunları ve Koşullu İzin, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.
- ULUSOY**, Ali, (2002), Telekomünikasyon Hukuku, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara.
- ULUSOY**, Ali, (2004) Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Yayınları.
- United States v. Western Electric Company, Inc., and American Telephone and Telegraph Company*, Modification of Final Judgment, Civil Action No. 82-0192 (August 24, 1982).
- ÜNAL**, ŞEFER (2007), Avrupa Birliği Hukukuna Giriş, Yetkin Yayınları, Ankara.
- ÜNVER**, Bilal, (2005), Telekomünikasyon Sektöründe Erişim Sorunlarının Hukuksal Analizi ve Türkiye İçin Çözüm Önerileri, Telekomünikasyon Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.
- WALDEN**, Ian, (2012), Telecommunication Law and Regulation, Oxford University Press, 4th Edition, London.
- WHALLEY**, Jason & **CURWEN**, Peter, (2009), Is Functional Separation BT-Style the Answer? COMMUNICATIONS & STRATEGIES, no. 71, 3rd quarter p. 145-165.
- WIK**, Consultant, (2009), Separation of Telstra, Economic Considerations, International Experience.
- WILSON**, Kevin G. 2000, Deregulating telecommunications: U.S. and Canadian telecommunications, 1840-1997. Rowman & Littlefield.
- WU**, Tim; (2007), A Brief History of American Telecommunications Regulation, Columbia University - Law School, Oxford Encyclopedia of Legal History.
- WU** Tim, (2007), Wireless Carterfone, International Journal of Communication, Cilt 1.

VURAL, Fuat Savaş, (1995), Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme (iktisadi yaklaşım), Anayasa Yargısı Derigisi, S.15.



REKABET KURULU KARARLARI:

REKABET KURULU, 13.03.2001 tarihli ve 01-12/114-29 sayılı karar.

REKABET KURULU, 20.07.2001 tarihli ve 01-35/347-95 sayılı karar

REKABET KURULU, 02.10.2002 tarihli ve 02-60/755-305 sayılı karar.

REKABET KURULU, 09.06.2003 tarihli ve 03-40/432-186 sayılı karar.

REKABET KURULU, 02.09.2004 tarihli ve 04-57/796-199 sayılı karar.

REKABET KURULU, 02.09.2004 tarihli ve 04-57/797 sayılı görüş.

REKABET KURULU, 19.10.2004 tarihli ve 04-66/956-232 sayılı karar.

REKABET KURULU, 25.10.2004 tarihli ve 04-68/976-236 sayılı karar.

REKABET KURULU, 28.06.2005 tarihli ve 05-41/583-150 sayılı karar.

REKABET KURULU, 21.07.2005 tarihli ve 05-48/681-175 sayılı karar.

REKABET KURULU, 05.01.2006 tarihli ve 06-02/47-8 sayılı karar.

REKABET KURULU, 14.04.2006 tarihli ve 06-27/331-81 sayılı karar.

REKABET KURULU, 06.07.2006 tarihli ve 06-47/621-175 sayılı karar.

REKABET KURULU, 24.08.2006 tarihli ve 06-59/772-225 sayılı karar.

REKABET KURULU, 11.07.2007 tarihli ve 07-59/676-235 sayılı karar.

REKABET KURULU, 07.05.2007 tarihli ve 07-38/411-M sayılı karar.

REKABET KURULU, 27.06.2008 tarihli ve 08-41/556-209 sayılı karar.

REKABET KURULU, 19.11.2008 tarihli ve 08-65/1055-411 sayılı karar.

REKABET KURULU, 04.11.2009 tarihli ve 09-52/1253-318 sayılı karar.

REKABET KURULU, 10.11.2010 tarihli ve 10-71/1479-567 sayılı karar.

REKABET KURULU, 04.11.2014 tarihli ve 14-43/789-352 sayılı karar.

BİLGİ TEKNOLOJİLERİ VE İLETİŞİM KURULU KARARLARI:

TELEKOMÜNİKASYON KURULU, 18.03.2004 tarihli ve 2004/191 sayılı karar.

TELEKOMÜNİKASYON KURULU, 12.07.2006 tarihli ve 2006/DK-07/433 sayılı karar.

BİLGİ TEKNOLOJİLERİ VE İLETİŞİM KURULU, 25.03.2009 tarihli ve 2009/DK-07/149 sayılı karar.

BİLGİ TEKNOLOJİLERİ VE İLETİŞİM KURULU, 04.08.2011 tarihli ve 2011/DK-10/411 sayılı karar.

BİLGİ TEKNOLOJİLERİ VE İLETİŞİM KURULU, 13.03.2013 tarihli ve 2013/DK-ETD/142 sayılı karar.

BİLGİ TEKNOLOJİLERİ VE İLETİŞİM KURULU, 21.10.2013 tarihli ve 2013/DK-ETD/557 sayılı karar.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI:

ANAYASA MAHKEMESİ, 10.06.1993 tarihli ve E:1993/3, K:1993/21 sayılı karar.

ANAYASA MAHKEMESİ, 21.10.1993 tarihli ve E:1993/33, K:1993/40-2 sayılı karar.

ANAYASA MAHKEMESİ, 07.07.1994 tarihli ve E:1994/49, K:1994/45-2 sayılı karar.

ANAYASA MAHKEMESİ, 22.12.1994 tarihli ve E:1994/70, K:1994/65-2 sayılı karar.

ANAYASA MAHKEMESİ, 23.01.1997 tarihli ve E:1996/57 ve K:1997/3 sayılı karar.

ANAYASA MAHKEMESİ, 07.05.2002 tarihli ve E:2002/17, K:2002/46 sayılı karar.

ANAYASA MAHKEMESİ, 30.12.2015 tarihli ve E:2014/122, K:2015/123 sayılı karar.

DANIŞTAY KARARLARI:

DANIŞTAY 13. Dairesi, 01.07.2005 tarihli ve E:2005/1700, K:2005/3392 sayılı karar.

DANIŞTAY 13. Dairesi, 01.07.2005 tarihli ve E:2005/1703 K:2005/3396 sayılı karar.

DANIŞTAY 13. Dairesi, 13.12.2005 tarihli ve E:2005/1716, K:2005/5892 sayılı karar.

DANIŞTAY 13. Dairesi, 05.01.2006 tarihli ve E:2006/1941 sayılı yürütmenin durdurulması kararı.

DANIŞTAY 13. Dairesi, 28.02.2006 tarihli ve E:2005/7150, K:2006/1231 sayılı karar.

DANIŞTAY 13. Dairesi, 28.03.2006 tarihli ve E:2005/5699, K:2006/1555 sayılı karar.

DANIŞTAY 13. Dairesi, 11.10.2006 tarihli ve E:2005/5052, K:2006/3901 sayılı karar.

DANIŞTAY 13. Dairesi, 14.11.2006 tarihli ve E:2005/1668, K:2006/4329 sayılı karar.

DANIŞTAY 13. Dairesi, 22.05.2007 tarihli ve E:2005/7666, K:2007/3376 sayılı karar.

DANIŞTAY 13. Dairesi, 22.05.2007 tarihli ve E:2005/7877, K:2007/3384 sayılı karar.

DANIŞTAY 13. Dairesi, 16.11.2007 tarihli ve E:2007/10830, K:2007/7326 sayılı karar.

DANIŞTAY 13. Dairesi, 12.12.2007 tarihli ve E:2006/1941, K:2007/8734 sayılı karar.

DANIŞTAY 13. Dairesi, 14.01.2009 tarihli ve E:2007/367, K:2009/170 sayılı karar.

DANIŞTAY 13. Dairesi, 15.03.2010 tarihli ve E:2008/13171, K:2010/2225 sayılı karar.

DANIŞTAY 13. Dairesi, 02.05.2012 tarihli ve E:2011/4332 sayılı ara karar.

DANIŞTAY 13. Dairesi, 22.11.2011 tarihi ve E:2007/11245, K:2011/5213 sayılı karar.

DANIŞTAY 13. Dairesi, 23.01.2012 tarihli ve E:2011/3836 sayılı ara karar.

DANIŞTAY 13. Dairesi, 13.02.2012 tarihli ve E:2008/13184, K:2012/359 sayılı karar.

DANIŞTAY 13. Dairesi, 11.03.2014 tarihli ve E:2010/4805, K:2014/832 sayılı karar.

DANIŞTAY 13. Dairesi, 05.03.2015 tarihli ve E:2014/1750, K:2015/895 sayılı karar.

DANIŞTAY 13. Dairesi, 26.10.2015 tarihli ve E:2015/4463, K:2015/3673 sayılı karar.

DANIŞTAY 13. Dairesi, 03.11.2015 tarihli ve E:2011/3845, K:2015/3732 sayılı karar.

DANIŞTAY 13. Dairesi, 05.11.2015 tarihli ve E:2011/4332, K:2015/3738 sayılı karar.

DİDDK, 25.02.2013 tarihli ve E:2008/653, K:2013/660 sayılı karar.

DİDDK, 04.05.2015 tarihli ve E:2012/1039, K:2015/1723 sayılı karar.

AVRUPA BİRLİĞİ MÜKTESEBATI:

AVRUPA KONSEYİ (1990), Council Directive 90/387/EEC of 28 June 1990 on the establishment of the internal market for telecommunications services through the implementation of open network provision.

AVRUPA KONSEYİ (1990), Commission Directive 90/388/EEC of 28 June 1990 on competition in the markets for telecommunications services.

AVRUPA KOMİSYONU, (1995) Commission Directive 95/51/EC of 18 October 1995 amending Directive 90/388/EEC with regard to the abolition of the restrictions on the use of cable television networks for the provision of already liberalized telecommunications services.

AVRUPA KONSEYİ (1998) Directive 98/34/EC of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 Laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations and of rules on Information Society services.

AVRUPA KONSEYİ (1999) Commission Directive 1999/64/EC of 23 June 1999 amending Directive 90/388/EEC in order to ensure that telecommunications networks and cable TV networks owned by a single operator are separate legal entities (Text with EEA relevance).

AVRUPA KONSEYİ, (2002a), (2002/19/EC) Access Directive. Directive 2002/19/EC on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities.

AVRUPA KONSEYİ, (2002b), (2002/20/EC) Authorisation Directive. Directive 2002/20/EC on the authorisation of electronic communications networks and services.

AVRUPA KONSEYİ, (2002c), (2002/21/EC) Framework Directive. Directive 2002/21/EC on a common regulatory framework for electronic communications networks and services.

AVRUPA KONSEYİ, (2002d), (2002/22/EC) Universal Services. Directive 2002/22/EC on Universal Services.

AVRUPA KOMİSYONU. (2002e), (2002/C 165/03) SMP Guidelines. *Guidelines on determination of Significant Market Power in Relevant Markets*.

AVRUPA KOMİSYONU, (2005), (2005/698/EC) Rec. on Acc. Sep. Commission Recommendation on accounting separation and cost accounting systems under the regulatory framework.

AVRUPA KONSEYİ, (2009a). (2009/140/EC) Better regulation directive. amending Directives 2002/21/EC, 2002/19/EC and 2002/20 in electronic communications networks and service.

AVRUPA KONSEYİ, (2009b), (2009/136/EC) Citizens' Rights Directive.

BEREC, (2011), Guidance on functional separation under Articles 13/A and 13/B of the revised Access Directive and national experiences.

AVRUPA KOMİSYONU, (2013), Commission Recommendation of 11.09.2013 on Consistent Non-Discrimination Obligations and Costing Methodologies to Promote Competition And Enhance the Broadband Investment Environment, C(2013) 5761.

İNTERNET SAYFALARI (Son erişim tarihi: 11.05.2016)

http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/12-tel_e.htm

http://www.cyberte telecom.org/notes/common_carrier.htm#dis

<http://www.cyberte telecom.org/ci/ci.htm>

<http://www.btk.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FBas%C4%B1n+B%C3%BClteni%2FBasin-bulteni-BTK-RK-Protokolu.pdf>

<https://www.nzx.com/files/attachments/145157.pdf>

http://www.oib.gov.tr/telekom/turk_telekom.htm

<https://www.turktelekom.com.tr/hakkimizda/medya-merkezi/basin-bultenleri/Sayfalar/turk-telekom-tek-marka.aspx>

<http://home.bt.com/news/bt-life/history-of-bt/a-short-history-of-telecommunications-in-the-uk-11363870786446>

<http://www.telekomculardernegi.org.tr/haber-572-telekomda-serbetlesme-nasil--.html>

<http://www.turksat.com.tr/tr/turksatin-kurulusu-ve-faaliyet-alanlari>

<http://www.ttnet.com.tr/bireysel/Hakkinda/Sayfalar/Hakkimizda.aspx>