

**REKABET HUKUKUNDA
SÖZLEŞME YAPMA ZORUNLULUĞU
(Rekabet Kurulu Kararları Işığında Zorunlu Unsur
Doktrininin Değerlendirilmesi)**

Yrd. Doç. Dr. Pelin GÜVEN

Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dekan Yardımcısı



1. Genel Olarak

“Zorunlu unsur” (*essential facilities*) kavramı Borçlar Hukukunda yer alan sözleşme serbestisi ilkesi ile, Rekabet Hukukundaki; piyasalarda etkin bir rekabet ortamının sağlanması ve sürdürülebilmesi, iktisadi etkinliğin sağlanması amacıyla piyasalara yapılan müdahalenin kesiştiği noktada bulunan bir kavramdır. Rekabet Hukuku açısından “zorunlu unsur” kavramının önemi, kabulü halinde teşebbüslere sözleşme yapma zorunluluğunun getirilebilmesidir. “Zorunlu unsur” kavramından ve konumuz açısından önem taşıyan zorunlu unsurun kabulü halinde getirilebilecek olan “sözleşme yapma zorunluluğundan” bahsetmeden önce sözleşme serbestisinden bahsetmek gerekir. “Çalışma ve sözleşme hürriyeti” 1982 Anayasa’sının¹ 48 inci maddesinde yer almıştır. Buna göre;

“Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır”

Nitekim Borçlar Hukukuna hakim olan temel ilkelerden birisi de “irade serbestisi” ilkesidir². “İrade serbestisi” ilkesi başlığı altında yer alan “sözleşme serbestisi” ilkesi ise; sözleşmenin karşı tarafını seçme, herhangi bir sözleşmeyi yapıp yapmama serbestisini kapsadığı gibi, sözleşmenin konusunu serbestçe

* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Başkanı.

¹ Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 07.10.1982, Resmi Gazete Tarihi: 9.11.1982, Resmi Gazete Sayısı: 17863. 1982 Anayasasına en son 5170 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun” ile değişiklik getirilmiştir. Kabul Tarihi: 07.05.2004, Resmi Gazete Tarihi: 22.05.2004, Resmi Gazete Sayısı: 25469.

² Doktrinde irade serbestisi ilkesi; sözleşme serbestisi, eşitlik ilkesi ve şekil serbestisi şeklinde alt başlıklara ayrılarak incelenmektedir. Bkz. Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt:1, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, İstanbul 1998, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. s. 16-18.

belirleyebilme, diğer bir ifade ile istediği şekil ve içerikte sözleşme yapabilmeyi de kapsamaktadır³. Borçlar Kanunu'nun⁴ 19 uncu maddesinin ilk fıkrasında;

“Bir akdin mevzuu, kanunun gösterdiği hudut dairesinde, serbestçe tayin olunabilir” hükmü yer almaktadır.

Tarafların istedikleri şekil ve şartlarda sözleşme yapabilmesi yani *“sözleşme serbestisi”* sınırsız değildir. *“Sözleşme serbestisi”* ilkesine kanundan kaynaklanan istisnalar getirilebileceği gibi daha önceden verilmiş olan bir taahhütten kaynaklanan istisnalar da getirilebilir⁵. Sözleşme yapma serbestisine getirilen sınırlamalar kapsamında konumuz açısından önem taşıyan nokta kanunla ilgili taraflara *“sözleşme yapma zorunluluğunun”* getirilebilmesidir. Sözleşme yapma serbestisine; kamu hizmeti, kamu yararı, ulusal güvenlik, stratejik konuma sahip olma veya sosyal ve ekonomik sebepler ya da tüketicinin korunması gibi çeşitli nedenlerden dolayı sınırlama getirilebilir. Ancak sözleşme serbestisi prensibinin esas, sözleşme yapma zorunluluğunun getirilmesinin ise istisna olduğu unutulmamalıdır.

Sözleşme yapma serbestisine, kamu hukuku kapsamında yer alan kanunlarla⁶ sınırlama getirilebileceği gibi özel hukuk kapsamında ya da karma hukuk olarak adlandırılan alanda yer alan kanunlarla, olağan dönemlerde ya da kriz gibi olağanüstü dönemlerde de sınırlama getirilebilir⁷ ve ilgili taraflar sözleşme yapma zorunluluğunda bırakılabilirler. Örneğin kamu hizmeti anlayışının hakim olduğu; ulaşım hizmetlerinde; kamu kurum ve kuruluşları ile bunlara bağlı teşekküller, istedikleri kişilerle sözleşme yapma serbestisine sahip değildirler. Aranılan şartları yerine getirerek başvuran herkesle ayırım yapmadan sözleşme imzalamakla yükümlüdürler. Yine ağ şebekesine sahip olunan elektrik, su, doğalgaz gibi sektörlerde bu kapsamda sözleşme yapma zorunluluğu getirilebileceği gibi, tüketicinin korunması amacıyla ya da piyasadaki serbest

³ Borçlar Hukukunda *“sözleşme serbestisi ve sınırları”* hakkında bilgi için bkz. Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 16-17, 275 vd, Kemal Oğuzman, Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Bası, Filiz Kitabevi İstanbul, 2000, s. 19-23, Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ondördüncü Bası, İstanbul 2000, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. s. 101 vd.

⁴ 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu, Kabul Tarihi: 22.04.1926, Resmi Gazete Tarihi: 29.05.1926, Resmi Gazete Sayısı: 359.

⁵ Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 19, 137 vd., Sözleşme serbestisi kapsamında, sözleşmede şekil serbestisine getirilebilecek sınırlamalar hakkında da bkz. **age**, s. 20.

⁶ Kamu hukuku-Özel hukuk ayırımı için bkz. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, 11. Bası, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Eylül 2003, İstanbul, s. 3-4.

⁷ Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.137-140.

rekabetin korunması kapsamında ilgili piyasada hakim durumda bulunan teşebbüslere sözleşme yapma zorunluluğu getirilebilir. Sözleşme serbestisi kapsamında yer alan “sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü”, sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu durumlarda uygulanmaz.

Bu kapsamda “sözleşme yapma serbestisine” kanunlarla getirilen istisnalar açısından yürürlükte olan bazı kanunları incelersek; ilk olarak sözleşme serbestisi prensibini esas alan Borçlar Kanunu’na bakmamız gerekir. Buna göre, Borçlar Kanunu’nun 19 uncu maddesi ile getirilen sınırlamalar saklı kalmak şartıyla taraflar diledikleri şartlarda sözleşme yapabileceklerdir. Bu genel sınırlamalar maddede;

“...Kanunun kat’i surette emrelediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet; ahlaka (adaba) veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir”

şeklinde yer almıştır⁸. Buna göre, sözleşmenin konusu emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olamaz.

Sözleşme serbestisine getirilebilecek olan ve BK 19’da yer alan genel sınırlamalar dışında, konumuz açısından önem taşıyan “sözleşme yapma zorunluluğu” ile ilgili olarak, kanunlarda yer alan hükümlere baktığımızda ise çeşitli kanunlarda bu konuda açık bir hükmün yer aldığı görüyoruz. Örneğin, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun⁹’un 5 inci maddesinde sözleşme yapma zorunluluğu getiren bir hüküm yer almaktadır. Kanunun “Satıştan kaçınma” başlığını taşıyan 5 inci maddesine¹⁰ göre;

“Üzerinde “numunedir” veya “satılık değildir” ibaresi bulunmayan bir malın; ticari bir kuruluşun vitrininde, rafında veya açıkça görülebilir herhangi bir yerinde teşhir edilmesi halinde satıcı bu malların satışından kaçınamaz.

Hizmet sağlamada da haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamaz.

⁸ İrade serbestisi prensibinin esas, sınırlandırılmasının ise istisna olduğu Borçlar Hukukunda sosyal ve ekonomik nedenlerle sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlandırmaların arttığına doktrinde dikkat çekilmektedir. Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 17, 278.

⁹ 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Kabul Tarihi: 23.2.1995, Resmi Gazete Tarihi: 8.3.1995, Resmi Gazete Sayısı: 22221.

¹⁰ 4077 Sayılı Kanun’un 5 inci maddesinde 14.03.2003 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanan 4822 Sayılı Kanun ile değişiklik yapılmıştır. Yine madde ile ilgili olarak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkartılan “Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik” bulunmaktadır. Resmi Gazete Tarihi: 13.6.2003, Resmi Gazete Sayısı: 25137.

Aksine bir teamül, ticari örf veya adet yoksa, satıcı bir mal veya hizmetin satışını o mal veya hizmetin kendisi tarafından belirlenen miktar, sayı veya ebat gibi koşullara ya da başka bir mal veya hizmetin satın alınmasına bağlı kılamaz¹¹.

Diğer mal satışı ve hizmet sağlama sözleşmelerinde de bu hüküm uygulanır”.

Maddede açıkça yer aldığı gibi, üzerinde “numunedir” ya da “satılık değildir” ibaresi yer almıyorsa, satıcı vitrinde, rafta veya açık bir yerde görülebilen bir malın satışını yapmak zorunda, diğer bir ifade ile sözleşme imzalamak zorundadır.

Telekomünikasyon alanındaki yasal düzenlemelere baktığımızda ise Telgraf ve Telefon Kanunu’nda¹² sözleşme yapma zorunluluğunun getirildiğini görüyoruz. Telefon ve Telgraf Kanunu’nda 4502 sayılı Kanunla¹³ yapılan değişiklik ile hem **arabağlantı** hem **ulusal dolaşım** konusunda bazı şartların bulunması halinde **sözleşme yapma zorunluluğu getirilmiştir**. Telgraf ve Telefon Kanunu’nun 10 uncu maddesinde yer alan “*ara bağlantı konusunda sözleşme yapma zorunluluğunun getirildiği hükme göre*”;

“Bütün işletmecilerin ve kişisel telekomünikasyon tesislerini kullananların ara bağlantı talepleri, ilgili mevzuatta belirlenen haller saklı kalmak üzere, ara bağlantı sağlama yükümlülüğü olan işletmeciler tarafından karşılanır. Ara bağlantı sağlama

¹¹ 4077 Sayılı Kanun’un 5 inci maddesinde yer alan ve satıcıya aksine bir teamül, ticari örf veya adet bulunmaması halinde, bir mal veya hizmetin satışının, o mal veya hizmetin kendisi tarafından belirlenen miktar, sayı veya ebat gibi koşullara ya da başka bir mal veya hizmetin satın alınmasına bağlı kılınamayacağına ilişkin hüküm, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da yer alan bazı hükümlerle paralellik göstermektedir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un “*Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar*” başlığını taşıyan 4 üncü maddesinde örnek olarak sayılan rekabeti ihlalleri arasında;

“...f) Anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması...” hukuka aykırı ve yasak olarak kabul edilmiştir. Yine “*Hakim durumun kötüye kullanılması*” başlığını taşıyan 6 ncı maddede yer alan örnek durumlar arasında;

*“...c) Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınması...”*na ilişkin sınırlamalar getirilmesi hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmiş, hukuka aykırı ve yasak olarak kabul edilmiştir. Görüldüğü gibi Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 5 inci maddesinde yer alan hüküm, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4 ve 6 ncı maddeleri ile uyum içerisindedir.

¹² 406 sayılı Telefon ve Telgraf Kanunu, Kabul Tarihi: 4.2.1924, Resmi Gazete Tarihi:

21.2.1924, Resmi Gazete Sayısı: 59.

¹³ 4502 Sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu, Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, Telsiz Kanunu ve Posta, Telgraf ve Telefon İdaresinin Biriktirme ve Yardım Sandığı Hakkında Kanun İle Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kabul Tarihi: 27.01.2000, Resmi Gazete Tarihi: 29.01.2000, Resmi Gazete Sayısı: 23948.

yükümlülüğü olan işletmeciler, bu maddeye dayanarak çıkarılacak yönetmelik çerçevesinde Kurum tarafından belirlenir. Ancak, Türk Telekom her halde ara bağlantı sağlama görev ve yükümlülüğüne tabidir. Kurum tarafından ara bağlantı sağlama yükümlülüğü getirilen işletmeciler ve Türk Telekom “ara bağlantı yükümlüsü” olarak anılır.

Ara bağlantı yükümlüleri, ara bağlantıya ilişkin talepleri bu madde hükümleri çerçevesinde ve eşitlik, ayırım gözetmeme, şeffaflık, açıklık, maliyet ve makul kara dayalı olma ilkeleri temelinde ve ara bağlantı yükümlülerinin veya bunların ortaklarının, iştiraklerinin veya ortaklıklarının, kendi hizmetleri için sağladıkları ile aynı koşul ve kalitede karşılamakla yükümlüdürler. Ara bağlantı sağlanmasına ilişkin teknik olarak imkan dahilinde olan ve ekonomik olarak orantısız maliyetler ihtiva etmeyen talepler, makul ve haklı sebepler saklı kalmak üzere, kabul edilir.

Şebekeler arasında ara bağlantı sağlanmasına yönelik olarak işletmeciler arasında yapılacak anlaşmalar, bu Kanuna ve ilgili diğer mevzuata uygun olarak taraflar arasında imzalanır ve gerekli teknik hükümleri, koşulları ve ücretleri de ihtiva eder. Bu tür tüm anlaşmalar ile bunların ekleri ve değişikliklerinin bir tasdikli sureti Kurum’a sunulur. İmzalanan ve Kurum’da muhafaza edilen tüm ara bağlantı anlaşmaları alenidir, şu kadar ki, Kurum tarafların ticari sırlarını korumak için gerekli önlemleri alır

Ara bağlantı anlaşması ilk talepten itibaren azami üç ay içerisinde sonuçlandırılmadığı takdirde, Kurum, ara bağlantı talep eden tarafın başvurusu halinde, kamu menfaati gözetilerek belirleyeceği esaslar çerçevesinde taraflar arasında uzlaştırma prosedürü işletir ve kamu menfaati açısından makul ve gerekli gördüğü diğer tedbirleri alabilir. Kurum’un bu prosedürü başlatmasından itibaren Kurum tarafından bir dört hafta daha uzatılabilecek olan altı haftalık bir süre içinde tarafların bir anlaşmaya varamamaları halinde, Kurum bu ara bağlantı anlaşması için uygun gördüğü hüküm, koşul ve ücretleri belirlemeye yetkilidir. Bu hüküm, koşul ve ücretler, taraflar aksini kararlaştırmadıkça veya kararlaştırılıncaya kadar geçerli olur...”

Aynı maddede ara bağlantı ile ilgili olarak sözleşme yapma zorunluluğunun getirilmesi dışında, “ulusal dolaşım” (roaming) konusunda da sözleşme yapma zorunluluğu getirilmiştir. Maddeye göre;

“...Bu madde hükümleri dahilinde, mobil telekomünikasyon, data veya Kurum’un belirleyeceği diğer hizmet veya altyapı işletmecileri, aynı alandaki diğer işletmecilerin müşterilerine ait ekipmanların kendi telekomünikasyon sistemleri üzerinden de çalışabilmesine izin verilmesine yönelik yapacakları makul, ekonomik açıdan orantılı ve teknik açıdan imkan dahilindeki roaming taleplerini karşılamakla yükümlüdürler.

Kurum; ilgili işletmecilerin, uygun olduğu ölçüde kendi standart hüküm ve şartları içine dahil edebilecekleri, standart ara bağlantı referans ücret tarifeleri

yayımlar ve gerektiğinde bunları değiştirir. Kurum; bu maddenin uygulanma esaslarını ve standart referans tarifeleri, ara bağlantı ve roaming anlaşmalarının tabi olduğu ayrıntıları gösteren yönetmelikler çıkartır¹⁴ ve standart referans tarifeleri, şebeke ara bağlantıları ve roaming ile ilgili anlaşmaların telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesinde ve altyapının işletiminde serbest rekabeti engelleyici sonuçlara yol açmayacak tedbirleri alır, gerektiğinde 7.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde Rekabet Kurumuna başvurabilir”.

Maddede açıkça, ara bağlantı sağlama yükümlülüğü konusunda sözleşme yapma zorunluluğu getirildiği, hatta Türk Telekom her halükarda sözleşme yapma zorunluluğuna tabi olduğu gibi, mobil telekomünikasyon, data veya Kurum’un belirleyeceği diğer hizmet veya altyapı işletmecileri de; aynı alandaki diğer işletmecilerin müşterilerine ait ekipmanların kendi telekomünikasyon sistemleri üzerinden çalışabilmesine izin verilmesine yönelik yapacakları **makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkan dahilindeki** ulusal dolaşım (roaming) taleplerini karşılamakla diğer bir ifade ile sözleşme imzalamakla yükümlü tutulmaktadır. Bu hizmetleri yerine getiren teşebbüsler kamu teşebbüsleri ya da özel teşebbüsler olabilir.

Kanunlarla sözleşme yapma serbestisine getirilen bir sınırlama yoksa ya da konumuz açısından önem taşıyan sözleşme yapma zorunluluğuna ilişkin bir hüküm mevcut değilse, Medeni Kanun’un¹⁵ 2 nci maddesinde yer alan dürüstlük kuralına dayanılarak sözleşme yapma zorunluluğu getirilebilir¹⁶. Medeni Kanun’un “*dürüst davranma*” başlığını taşıyan 2 nci maddesine göre;

“Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.

Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz”

Nitekim tekel konumundaki teşebbüslerin haklı bir sebep olmadıkça sözleşme yapmaktan kaçınamayacakları durumu, bu kapsamda doktrinde örnek olarak gösterilen durumlar arasında yer almaktadır¹⁷. Hukuki ya da fiili tekel durumundaki teşebbüslerin haklı bir sebep bulunmadan sözleşme yapmaktan kaçınmaları durumunda sözleşme yapma serbestisinin kötüye kullanılması söz konusudur. Benzer şekilde;

¹⁴ Nitekim konu ile ilgili “Telekomünikasyon Kurumu, Ulusal Dolaşım (Roaming) Anlaşması Yapılması İle İlgili Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik” bulunmaktadır. Resmi Gazete Tarihi: 08.03.2002, Resmi Gazete Sayısı: 24689.

¹⁵ 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, Kabul Tarihi: 22.11.2001, Resmi Gazete Tarihi: 01.12.2001, Resmi Gazete Sayısı: 24607.

¹⁶ Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 138.

¹⁷ Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 138,139.

“piyasa ekonomisinin hakim olduğu hukuk sistemlerinde bu yapıdan doğabilecek bazı sakıncaları ve özellikle ekonomik gücün kötüye kullanılmasını düzeltmek amacıyla”

hukuki ya da fiili tekel olan teşebbüslerin bu güçlerini kötüye kullanmalarına ve haksız kazanç sağlamalarına engel olmak, dengesizlik ve haksızlığı önlemek için bu teşebbüslere sözleşme yapma zorunluluğunun getirilebileceği (aynen tazmin) doktrinde ifade edilmektedir¹⁸. Yine nakden tazmin yoluna da gidilebilecektir¹⁹. Doktrinde, hukuki ya da fiili tekel durumunda olan teşebbüslere; haklı bir sebep bulunmaksızın sözleşme yapmaktan kaçınmaları halinde, sözleşme yapma zorunluluğunun getirilebilmesi her ne kadar MK'nın 2 nci maddesi kapsamında değerlendirilmekte ve örnek olarak gösterilen durumlar arasında yer almaktaysa da, RKHK'nın kabul edilmesinden sonra artık, hukuki ya da fiili tekel durumunda olan teşebbüslerin, bu durumlarını kötüye kullanmaları halinde sözleşme yapma zorunluluğunun getirilebilmesinin; genel kanun özel kanun ilişkisi dikkate alındığında, öncelikle RKHK kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir.

Medeni Kanun'un 2 nci maddesindeki genel hükmün dışında Borçlar Kanunu'nun 41 inci maddesinde yer alan;

“Gerek kasten gerek ihmal ve teseyyüb yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ıka eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur.

Ahlaka mugayir bir fiil ile başka bir kimsenin zarara uğramasına bilerek sebebiyet veren şahıs, kezalik o zararı tazmine mecburdur”

hükmünün de sözleşme yapma zorunluluğunun getirilmesinde dayanak oluşturabileceği doktrinde ifade edilmektedir. Bu durumda sözleşme yapmaktan kaçınılması halinde *“Ahlaka mugayir bir fiil ile başka bir kimsenin zarara uğramasına bilerek sebebiyet verme”* durumunun oluşacağı, bunun ise madde kapsamında bir haksız fiil olduğu ve maddeye dayanılarak aynen tazmin şeklinde sözleşme yapma zorunluluğunun getirilebileceği ya da nakden tazmin yoluna gidilebileceği belirtilmektedir²⁰.

Sözleşme yapma zorunluluğunun Rekabet Hukuku alanındaki önemine bakarsak; Rekabet Hukuku ekonomi hukuku ya da ekonomik kamu hukuku

¹⁸ Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 138-139, Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 284-285.

¹⁹ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 279-280.

²⁰ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 284, aynı görüşteki yazarlar için bkz. Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.139-140.

başlığı altında yer alan²¹, ekonominin ve kamu hukukunun ağırlıklı olduğu, ancak özel hukuka ilişkin bazı hükümlerin de düzenlenmesi nedeniyle karma hukuk başlığı altında da değerlendirilebilecek bir hukuk dalıdır. Rekabet Hukukunda, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyen, bozan veya kısıtlayan anlaşmalar ile karar ve uygulamalar, piyasada hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmaları, piyasada hakim bir durum oluşturan ya da hakim bir durumu güçlendiren ve bunun sonucunda etkin rekabeti azaltan birleşme ve devralmalar yasaklanmaktadır. Ülkemizde Rekabet Hukuku alanında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK)²² 1994 yılında kabul edilmiş ve 1997 yılında Rekabet Kurulu'nun da oluşturulmasından sonra yoğun bir şekilde uygulanmaya başlanmıştır.

Rekabet Hukukunda rekabet ihlallerinin; teşebbüslerarası anlaşmalar, teşebbüs birliği kararları ve uyumlu eylemler yoluyla rekabetin ihlal edilmesi, hakim durumun kötüye kullanılması yoluyla rekabetin ihlal edilmesi ve birleşme ve devralmalar yoluyla rekabetin ihlal edilmesi şeklinde üç ana başlık altında düzenlendiğini görüyoruz. Rekabet ihlalleriyle ilgili olarak ön inceleme, ön araştırma, soruşturma ve uygulanan yaptırımlar gibi RKHK kapsamındaki uygulamalar ise doktrinde; her ne kadar farklı isimlendirmeler yapılsa da genelde benimsenen adıyla “Bağımsız İdari Otorite”²³ başlığı altında yer alan kurumlardan birisi olan, Rekabet Kurumu ve bu Kurum içerisinde yer alan Rekabet Kurulu tarafından yerine getirilmektedir.

Rekabet Hukukunda sözleşme yapma zorunluluğu “zorunlu unsur doktrini” kapsamında, hakim durumun kötüye kullanılması başlığı altında gündeme gelmiştir. “Zorunlu unsurun” kabulü halinde bu unsura sahip olan teşebbüslere sözleşme yapma zorunluluğu getirilebilmektedir.

“Zorunlu unsur” doktrini, Rekabet Hukukundaki diğer bazı doktrinler gibi (örneğin “per se” ya da “rule of reason” (haklı sebep) doktrini²⁴ gibi),

²¹ Ekonomik kamu hukuku hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Turgut Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku**, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları No: 210, Ankara 1984, s. 1 vd.

²² Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Kanun No: 4054, Kabul Tarihi: 7.12.1994, Resmi Gazete Tarihi: 13.12.1994, Resmi Gazete Sayısı: 22140.

²³ Bağımsız İdari Otoriteler hakkında bilgi için bkz. Müslüm Akıncı, **Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman**, Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ., İstanbul 1999, Şeref Gözübüyük, **İdare Hukuku**, Cilt I Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 2. Bası, Ankara 2001, Turhan Kitabevi, s. 336-352, İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, **İdare Hukuku**, İstanbul 2001, Der Yayınları, s. 352-356,

²⁴ “Per se” ve “rule of reason” doktrini hakkında bilgi için bkz. Pelin Güven, **Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi**, Genişletilmiş 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 67 vd.

Amerika’da ortaya çıkmış ve uygulanmaya başlanmıştır²⁵. “Sözleşme yapma zorunluluğu” ise “zorunlu unsur doktrini” kapsamında gündeme gelmiştir.

Yukarıda örnek olarak verilen bazı kanunlarda görüldüğü gibi, sözleşme yapma zorunluluğu bazen açıkça düzenlenmiş, kanunlarda ayrı bir hüküm olarak yer almıştır. Rekabet Hukuku açısından konuya baktığımızda ise öncelikle ne “zorunlu unsur” konusunda ne de “sözleşme yapma zorunluluğu” konusunda Avrupa Birliği Rekabet Hukuku ve Türk Rekabet Hukukunda açık bir düzenlemenin yapılmadığını görüyoruz. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un (RKHK) örnek alınarak hazırlandığı Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda konu, Roma Antlaşması’nın “teşebbüslerarası anlaşmalar, teşebbüs birliği kararları ve uyumlu eylemleri düzenleyen” 81 inci maddesinde düzenlenmediği gibi “hakim durumun kötüye kullanılması” ile ilgili 82 nci maddesinde de açıkça yer almamıştır. Uygulamada Avrupa Toplulukları Mahkemesi (ATM) kararları ile “zorunlu unsur doktrini” ve “anlaşma yapmayı reddetme” konuları incelenmiş ve belirli esaslara kavuşturulmuştur.

Sözleşme serbestisi ilkesine istisna getirilebileceğinden bahsederken gerek kamu gerek özel hukuk kaynaklı gerekse karma yapılı kanunlarla istisnalar getirilebileceğini ifade etmiştik. Dolayısıyla ekonomi hukuku başlığı altında yer alan kanunlarla da örneğin Rekabet Hukuku alanında da sözleşme yapma zorunluluğu getirilebilir. Yukarıda belirtildiği gibi Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna dayanak teşkil eden Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda, Roma Antlaşması’nın rekabete ilişkin hükümleri arasında zorunlu unsur konusu ve buna bağlı olarak da sözleşme yapma zorunluluğunun getirilmesi açıkça yer almamış, ATM kararlarıyla doktrin geliştirilmiştir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna baktığımızda ise gerek Kanunun “rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar” başlığını taşıyan 4 üncü maddesinde gerek “hakim durumun kötüye kullanılması” başlığını taşıyan 6 ncı maddesinde zorunlu unsur konusunun açıkça düzenlenmediğini görmekteyiz²⁶. Her iki maddede de en sık rastlanan

²⁵ “Zorunlu Unsur Doktrininin” tarihçesi ve ayrıntılı bilgi için bkz., Yaşar Tekdemir, “AT Rekabet Hukukunda Anlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini: Anlaşma Yapma Yükümlülüğü Veya Sözleşme Serbestisinin Sınırları”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 2, Yayın No: 0084, Ankara 2003, Hakan Suat Ölmez, **Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulaması**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 33, Yayın No: 0119, Ankara 2003.

²⁶ Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un “Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar” başlığını taşıyan 4 üncü maddesine göre; “Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.

Bu haller, özellikle şunlardır:

rekabet ihlalleri örnek olarak sayılmış, sınırlı bir sayım yapılmamıştır. Avrupa Birliği Rekabet Hukuku uygulamasında olduğu gibi, uygulamada ortaya çıkan olaylarla konu Rekabet Kurulu'nun önüne gelmiş ve “zorunlu unsur doktrini” bu

- a) *Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kar gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi,*
- b) *Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü,*
- c) *Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi,*
- d) *Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi,*
- e) *Münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması,*
- f) *Anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi,*

Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.

Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir”..

Kanunun “Hakim Durumun Kötüye Kullanılması” başlığını taşıyan 6 ncı maddesine göre 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.

Kötüye kullanma halleri özellikle şunlardır:

- a) *Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler,*
- b) *Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayırimcılık yapılması,*
- c) *Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi,*
- d) *Belirli bir piyasadaki hakimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler,*
- e) *Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması.*

kapsamda değerlendirilmiştir. Dağıtım ağından yararlandırmama veya hammadde vermeyi reddetme ya da altyapı hizmetlerinden yararlandırmama şeklinde gündeme gelen konularda hakim durumun ya da birlikte hakimiyetin kötüye kullanılması kapsamında “zorunlu unsur doktrini” ve bunun devamında da “sözleşme yapma zorunluluğu” Rekabet Kurulu’nun çeşitli kararlarında incelenmiştir²⁷.

RKHK’da açık bir hüküm bulunmaması nedeniyle, öncelikle RKHK’daki hükümler kapsamında zorunlu unsur doktrininin uygulanıp uygulanamayacağını ve bunun devamında da sözleşme yapma zorunluluğunun getirilip getirilemeyeceğini incelememiz gerekir. Zorunlu unsur doktrini Avrupa Birliği Rekabet Hukuku uygulamasında hakim durumun kötüye kullanılması kapsamında gündeme gelen bir konudur. Türk Rekabet Hukukunda hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan 6 ncı maddeye göre, teşebbüsler tek başlarına hakim durumda olabilecekleri gibi birlikte hakim durumda da bulunabileceklerdir. Tek başına ya da birlikte hakim durumda olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini sıklıkla kötüye kullandığı durumlar maddede örnek olarak sayılmıştır. En sık rastlanan kötüye kullanma halleri arasında; **“ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler”** (RKHK m. 6/a) ile **“belirli bir piyasadaki hakimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasadaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler”** de (RKHK m. 6/d) sayılmıştır. Bu kapsamda hakim durumda bulunan teşebbüs ya da teşebbüslerin; zorunlu unsura sahip olmaları durumunda (örneğin hammadde), ilgili pazarda faaliyette bulunabilmek için kendilerinden bu unsuru almak zorunda olan diğer teşebbüslerin taleplerini reddetmeleri **“ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler”** kapsamında değerlendirilebileceği gibi, zorunlu unsura sahip olan hakim durumda bulunan teşebbüs ya da teşebbüslerin üst pazarda faaliyette bulunmaları durumunda, kendilerinden alt pazarlarda kullanmak üzere bu zorunlu unsuru talep eden teşebbüslerin taleplerini reddetmeleri, diğer bir ifade ile sözleşme yapmayı reddetmeleri, **“belirli bir piyasadaki hakimiyetin yaratmış olduğu finansal,**

²⁷ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Dosya Sayısı: D3/1/Ü.G.-00/1 (İlk İnceleme), Karar Sayısı: 00-14/138-70, Karar Tarihi: 18.04.2000, Resmi Gazete Tarihi: 23.03.2002, Resmi Gazete Sayısı: 24707, Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Dosya Sayısı: D2/1/B.E.-99/3 (Soruşturma), Karar Sayısı: 00-49/529-291, Karar Tarihi: 14.12.2000, Resmi Gazete Tarihi: 16.04.2001, Resmi Gazete Sayısı: 24375, Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Dosya Sayısı: D1/2/H.H.Ü-99/2 (Önaraştırma) Karar Sayısı: 00-1/2-2, Karar Tarihi: 04.01.2000, Resmi Gazete Tarihi: 17.04.2001, Resmi Gazete Sayısı: 24376.

teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler” kapsamında değerlendirilebilecektir. Özellikle bu durum üst pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin aynı zamanda alt pazarlarda da faaliyette bulunması halinde ortaya çıkabilecektir.

RKHK'nın 6 ncı maddesinde zorunlu unsur konusu ve bunun sonucunda sözleşme yapma zorunluluğunun getirilmesi konusunda açıkça bir hüküm yer almamakla beraber, rekabetin ihlal edileceği haller Kanunda sınırlı olarak sayılmamıştır. Kaldı ki zaten rekabeti ihlal eden bütün hallerin önceden öngörülüp tespit edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle zorunlu unsura sahip olan teşebbüs ya da teşebbüslerin bu unsurdan diğer teşebbüsleri yararlandırmamaları ya da yararlanmalarına engel olacak şekilde ağır şartlar ileri sürerek fiilen yararlanmalarının engellenmesi sonucunun doğması, diğer şartlar da oluşmuşsa doğal olarak rekabet ihlallerinden birisi olarak değerlendirilecektir. Bu durumda da ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan, sözleşme yapmama şeklindeki davranışlar ya da belirli bir piyasadaki hakimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmak amacıyla sözleşme yapmaktan kaçınma, hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilecek ve yaptırım uygulanacaktır. İhlale son verilmesini sağlamak için ise zorunlu unsura sahip olan ve hakim durumda bulunan teşebbüs ya da teşebbüslere sözleşme yapma zorunluluğu getirilebilecektir.

RKHK'nın “*amaç*” başlığını taşıyan 1 inci maddesine göre, 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.** Yine **rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye** ilişkin işlemler de Kanun kapsamında yer almaktadır (RKHK m. 2). Rekabet Kurulu'nun görev ve yetkilerine baktığımızda ise; “...*Kanunda yasaklanan faaliyetler ve hukuki işlemler hakkında ...bu Kanunda düzenlenen hükümlerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp bundan sorumlu olanlara idari para cezaları uygulamak...*” Rekabet Kurulu'nun görev ve yetkileri arasında sayılmıştır (RKHK m. 27). İdari para cezaları uygulamanın temel amacı da rekabet ihlaline son verilmesini, rekabet ihlalinin engellenmesini, ortadan kaldırılmasını sağlamak, caydırıcı olmaktır. Rekabet ihlalinin ortadan kaldırılması, piyasalarda etkin rekabetin oluşumu, sözleşme yapma zorunluluğunun getirilmesi ile sağlanacaksa RKHK'nın genel

amacı kapsamında sözleşme yapma zorunluluğu getirilebilecektir. Rekabet Hukukunda her ne kadar piyasalarda etkin rekabetin sağlanması ve sürdürülmesi sonucunda tüketicinin bundan yararlanması, dolayısıyla da bu kapsamda belki de sonuçlardan birisi olarak bireysel yararın ortaya çıkması söz konusu olacaksa da, Rekabet Hukuku; kamu hukuku ağırlıklı bir alan olması itibarıyla, kamu yararının ön planda olduğu bir alandır. Dolayısıyla da kamu yararının önem taşıdığı Rekabet Hukukunda yukarıda belirtilen maddeler ve 6 ncı madde kapsamında konuyu değerlendirdiğimizde, piyasalarda etkin rekabetin sağlanması, diğer bir ifade ile ekonomik yararın, kamu yararının sağlanması amacıyla, zorunlu unsura sahip olmaktan kaynaklanan hakim durumunun kötüye kullanılması hallerinde sözleşme yapma zorunluluğu getirilebilecektir. RKHK'nın ilgili maddelerinde açıkça "*zorunlu unsur*" konusunun ve zorunlu unsura sahip olan teşebbüslerin, talep eden diğer teşebbüsleri bu unsurdan yararlandırmaması hakim durumun kötüye kullanılması hallerinden birisi olarak sayılmamışsa da ya da "*sözleşme yapma zorunluluğu getirilebilir*" diye açıkça belirtilmemişse de, bu durum sözleşme yapma zorunluluğu getirilmeyeceği şeklinde yorumlanamaz. Kaldı ki kanun tekniği bakımından da her konunun ya da her rekabet ihlalinin önceden ayrıntılı olarak öngörülüp düzenleme yapılması zordur. Bu nedenle de çok çeşitli şekillerde meydana gelebilecek olan rekabet ihlalleri ilgili maddelerde örnek olarak sayılmıştır. Tıpkı diğer rekabet ihlalleri gibi, zorunlu unsurun kullanılmaması yoluyla da rekabet ihlali meydana gelebilir. RKHK'nın genel amacı, kapsamı, ilgili maddelerin amacı, Rekabet Kurulu'nun görev ve yetkileri, Avrupa Birliği Rekabet Hukukundaki uygulamalar değerlendirildiğinde bu kapsamda RKHK'ya dayanılarak zorunlu unsura sahip olan teşebbüslere sözleşme yapma zorunluluğu getirilebileceği görülmektedir. Kaldı ki Kanunun kabulünden önce tekel durumunda olan teşebbüslerin haklı bir sebep olmadan sözleşme yapmaktan kaçınamayacakları, Medeni Kanun'un 2 nci maddesinde yer alan dürüstlük kuralına göre sözleşme yapmak zorunda oldukları Rekabet Hukuku açısından konu gündeme gelmeden önce de doktrinde ifade edilmekteydi²⁸.

Avrupa Birliği Rekabet Hukuku uygulamasında mahkeme kararlarıyla zorunlu unsur doktrini geliştirilmiş ve bunun sonucunda da; ilgili mevzuatta açık bir hüküm yer almamasına karşın, mahkeme kararlarında ihlalin ortadan kaldırılması amacıyla sözleşme yapma zorunluluğunun getirilebileceği kabul edilmiştir.

Rekabet Hukukunda sözleşme yapma zorunluluğunun getirilmesini yukarıda belirtilen temel prensipler dışında farklı bir bakış açısıyla da değerlendirmek gerekir. Rekabet Hukukunun ekonomi hukuku hatta bu başlık

²⁸ Oğuzman, Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s. 138.

altında da ekonomik kamu hukuku ağırlıklı bir alan olduğunu düşündüğümüzde konunun bir başka yönü karşımıza çıkmaktadır. Burada gözden kaçırılmaması gereken nokta Rekabet Hukukunun ekonomik kamu hukuku başlığı altında yer alan bir dal olması nedeniyle ekonomiye müdahalenin mümkün olabilmesi ve Devletin ekonomiye müdahalesinin çeşitli şekillerde gerçekleşebilmesidir. Konuyu kamu hizmeti ve kolluk faaliyeti kapsamında incelediğimizde, günümüzde idare hukukundaki klasik kamu düzeni anlayışının dışında “*ekonomik kamu düzeni*” ve “*ekonomik ve sosyal kamu düzeni*” kavramlarının gündeme geldiğini görüyoruz²⁹. Ekonomik kolluk doktrinde, “...belirli bir ekonomik kamu düzeninin kurulup korunmasını amaçlayan bu kolluk türü ekonomik kolluk olarak nitelenebilir” şeklinde tarif edilirken, yine “*Anayasa’da belirlenen ekonomik düzenin gerçekleşmesini sağlamak üzere özel girişim özgürlüğüne müdahale ve getirilen sınırlamaların tümünü içeren genel bir kavram*” olarak da değerlendirilmektedir³⁰.

1982 Anayasası’nın “*Planlama*” başlığını taşıyan 166 ncı maddesinde;

“*Ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı, özellikle sanayinin ve tarımın yurt düzeyinde dengeli ve uyumlu biçimde hızla gelişmesini, ülke kaynaklarının döküm ve değerlendirilmesini yaparak verimli şekilde kullanılmasını planlamak, bu amaçla gerekli teşkilatı kurmak Devletin görevidir...*”

hükmü yer alırken, “*Piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi*” başlığını taşıyan 167 nci maddesinde ise;

“*Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler...*”

hükmü yer almaktadır.

Nitekim RKHK’nın da dayanağını oluşturan bu madde ekonomik kamu düzeni kapsamında özel hukuk alanındaki sözleşme serbestisi prensibine kamu otoritelerinin kolluk yetkileri kapsamında müdahalesinin de temelini oluşturmaktadır³¹. Özel girişim özgürlüğünün kamu yararı³² gerekçesiyle, milli ekonomi ve sosyal amaçlarla, güvenlik ve kararlılık içinde çalışma ilkesi kapsamında kanunla sınırlanabileceği kabul edildiğinden³³, rekabet otoritesinin bu kapsamda sözleşme serbestisine istisna getirmesi, müdahalede bulunması ya da

²⁹ Turgut Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku**, s. 126-127.

³⁰ Turgut Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku**, s. 129-130.

³¹ Turgut Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku**, s. 129-130.

³² Kamu yararı ile ilgili bilgi için bkz. Pertev Bilgen, **İdare Hukuku Dersleri**, İdare Hukukuna Giriş, Filiz Kitabevi, İstanbul 1999, s. 239 vd.

³³ Turgut Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku**, s. 132 vd.

diğer bir ifade ile sözleşme yapma zorunluluğu getirmesi mümkün olacaktır. Nitekim kamu yararının idarenin faaliyetlerinin hukukilik şartı olduğu, idarenin ancak kamu yararı gerekçesiyle hareket edebileceği doktrinde ifade edilmektedir³⁴. Rekabet Kurulu'nun ulusal dolaşım ile ilgili kararında³⁵ zorunlu unsurun, **rekabet kurallarının koruduğu kamu menfaatine dayanarak sözleşme yapma serbestisine getirilen bir istisna olduğu ifade edilmiştir**. Şüphesiz Türk Rekabet Hukukunda “zorunlu unsur” ve bunun devamında “sözleşme yapma zorunluluğu” getirilebilmesi konusunda RKHK’da ayrı bir hükmün yer alması ve temel esasların belirlenmesi, sınırların tespit edilmesi; her olayın kendine özgü şartlarının dikkate alınması gerektiği unutulmadan, hukuki belirliliğin sağlanması açısından en isabetli çözüm olacaktır.

2. Zorunlu Unsur Kavramı ve Uygulanma Şartları

Önceki kısımda genel olarak “zorunlu unsur” konusunun Rekabet Hukukundaki öneminden, sözleşme yapma zorunluluğu getirilmesi sonucunu doğurduğundan bahsettikten sonra konuyu daha ayrıntılı olarak incelersek; “zorunlu unsur” genel olarak ifade edilmek gerekirse, **rakiplerin ondan faydalanmadan müşterilerine mal ya da hizmet sunamayacakları alt yapı, tesis ya da hammadde** olarak tanımlanabilir. “Zorunlu unsur”, Avrupa Birliği Rekabet Hukuku uygulamasında doğrudan kullanıldığı ilk dava olan B&I v. Sealink davasında; **“rakiplerin kullanmadan müşterilerine hizmet sunamayacakları altyapı ya da tesis”** olarak tanımlanmış ve hakim durumun kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilmiştir³⁶. Avrupa Birliği’nde Komisyon’un telekomünikasyon sektöründe rekabet hukuku kurallarının uygulanmasıyla ilgili olarak kabul ettiği Duyuru’da³⁷ ise “zorunlu unsur”;

“makul araçlarla bir benzerinin kurulmasının imkansız olduğu ve teşebbüslerin faaliyetlerini sürdürmeleri için yararlanmalarının kaçınılmaz olduğu imkan ya da altyapılar”

olarak tanımlanmıştır. Doktrindeki bir görüşe göre;

“Hakim durumdaki (ABD uygulamasında tekel durumdaki) bir firma tarafından sahip olunan, aynısının yapılması başka teşebbüsler için teknik, hukuki veya ekonomik olarak mümkün olmayan veya rasyonel olarak çok zor olan ve bağlantılı bir

³⁴ Pertev Bilgen, **İdare Hukuku Dersleri**, s. 241.

³⁵ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Dosya Sayısı: SR/02-13 (Soruşturma), Karar Sayısı: 03-40/432-186, Karar Tarihi: 9.6.2003.

³⁶ D.G.Goyder, **EC Competition Law**, Third Edition, Oxford EC Law Library, Clarendon Press.Oxford 1998, s. 347 vd., Hakan Suat Ölmez, **age**, s. 17.

³⁷ Commission Notice on the application of competition rules in telecommunication sectors, 1998, O.J.C.265.

piyasadaki rekabetçi yapı için olmazsa olmaz bir özellik sergileyen bir unsurun, talepte bulunan rakiplere geçerli bir teknik veya ticari objektif gerekçe göstermeksizin kullandırılmaması hakim durumun kötüye kullanılmasını teşkil etmektedir.”³⁸.

“Zorunlu unsur” uygulamada genelde alt pazar ve üst pazar şeklindeki dikey pazar yapılarının bulunduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır. Örneğin hammaddeye sahip olan teşebbüs ile, ilgili piyasada faaliyette bulunabilmek için yapacağı üründe bu hammaddeyi kullanmak zorunda olan teşebbüs arasındaki ilişki gibi. Ya da alt yapı, şebeke ağına sahip olan bir teşebbüs ile, hizmet sunabilmek için bu altyapıdan, şebekeden yararlanmak zorunda olan teşebbüs arasındaki ilişki gibi. Burada öncelikle ilgili ürün pazarının belirlenmesi gerekmektedir. Sonra bu pazarda hakim durumda olup olunmadığı saptanmalı ve nihayetinde de hakim durumda bulunan teşebbüs ya da teşebbüslerin zorunlu unsura sahip olup olmadıkları tespit edilmelidir. Zorunlu unsurun tespitinde; o unsurun benzerinin, alternatifinin makul şartlarda yapılamaması şartı arandığı gibi, zorunlu unsurun tespitinden sonra ise, bir rekabet ihlali olarak kabul edilip sözleşme yapma zorunluluğunun getirilebilmesi için zorunlu unsura sahip olan teşebbüs ya da teşebbüslerin bu unsurdan yararlanmak isteyen diğer teşebbüslerin taleplerini haklı bir gerekçe olmadan reddetmeleri gerekmektedir.

Hakim durum RKHK’da;

“Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü”

olarak tanımlanmıştır (RKHK m. 3). Yine, telekomünikasyon sektöründe Telekomünikasyon Kurumu tarafından kabul edilen *Hakim Konumda Bulunan İşletmecilerin Belirlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ*’de³⁹ ise “hakim konum”;

İlgili telekomünikasyon pazarında bir veya birden fazla işletmecinin rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü”

şeklinde RKHK’deki tanıma benzer şekilde tanımlanmıştır.

Zorunlu unsur doktrininin uygulanması için bazı şartlar aranmaktadır. Amerikan Rekabet Hukuku uygulamasında mahkeme kararlarıyla gelişen içtihat doğrultusunda “zorunlu unsur” doktrininin kabulü ve bunun sonucunda da anlaşma yapma zorunluluğunun getirilebilmesi için aranan şartlar;

³⁸ Hakan Suat Ölmez, *age*, s. 9.

³⁹ Hakim Konumda Bulunan İşletmecilerin Belirlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ, Resmi Gazete Tarihi: 3 Haziran 2003, Resmi Gazete Sayısı: 25127.

- hakim durumda olan teşebbüs ya da teşebbüslerin varlığı,
- bu teşebbüs ya da teşebbüsler tarafından zorunlu olarak kabul edilen, hammadde, altyapı gibi bir varlığın kontrolü,
- bu unsurun aynısının ya da benzerinin alternatif olarak pratik ve makul bir şekilde yapılmasının, pazara giriş yapmak isteyen teşebbüsler ya da diğer teşebbüsler için, imkansız olması ya da rasyonel olmaması, diğer bir ifade ile unsurun kullanımının o piyasada faaliyette bulunmak için zorunlu olması. Doğal tekel durumu, coğrafi engeller, hukuki engeller, teknik engeller, ekonomik engeller gibi çeşitli nedenlerden dolayı unsurun zorunluluğu ortaya çıkabilir. Yine bu unsurun kullanılmaması sonucunda pazarda faaliyet göstermek isteyen teşebbüslerin pazardan dışlanması söz konusu olması gerekmektedir.
- Zorunlu unsurdan yararlanmak isteyen teşebbüs ya da teşebbüslerin taleplerinin objektif ve makul gerekçeler olmadan reddedilmesi. Örneğin teknik imkansızlık, kapasite yetersizliği objektif ve makul gerekçeler arasında yer alabilir (çok ağır şartlar ileri sürme de reddetme anlamına gelen bir davranış olarak yorumlanabilmektedir)
- ve son olarak da zorunlu unsurdan yararlanmanın imkan dahilinde olmasıdır⁴⁰.

Zorunlu unsur doktrininin kabulünde piyasadaki etkin rekabetin sağlanması ve korunması amaçlanmaktadır.

Rekabet Kurulu'nun ulusal dolaşım ile ilgili kararında ise, zorunlu unsur doktrininin hakim durumda bulunan teşebbüslere anlaşma yapma zorunluluğu getirilmesi kapsamında ortaya çıkan özel bir uygulama alanı olduğu belirtilerek, **rekabet kurallarının koruduğu kamu menfaatine dayanarak sözleşme yapma serbestisine getirilen bir istisna olduğu** yer almış⁴¹ ve kararda, zorunlu unsurun genelde dikey pazar yapılarının söz konusu olduğu durumlarda ortaya çıktığı belirtilerek, zorunlu unsurun kabulü için gereken şartlar sayılmıştır. Buna göre zorunlu unsurun kabulü için;

- hakim durumda olan teşebbüs veya teşebbüslerin olması,
- bu teşebbüslerin sahip olduğu imkan/tesis/altyapı gibi bir unsurun olması,

⁴⁰ Bkz. Yaşar Tekdemir, **age**, s. 10 vd, Hakan Suat Ölmez, **age**, s. 6 vd.

⁴¹ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Dosya Sayısı: SR/02-13 (Soruşturma), Karar Sayısı: 03-40/432-186, Karar Tarihi: 9.6.2003.

- bu unsurun hukuki, teknik veya ekonomik olarak alternatifinin oluşturulmasının mümkün olmaması gerekmektedir.

Zorunlu unsura sahip olan hakim durumdaki teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmış sayılmaları için diğer bir ifade ile hakimiyetin kötüye kullanılması sonucunda bir rekabet ihlalinin ortaya çıkması için, zorunlu unsurdan yararlanmak isteyen teşebbüslerin bu taleplerinin haklı bir gerekçeye dayanmadan reddedilmesi gerekmektedir. Rekabet Kurulu'nun "*ulusal dolaşım*" la ilgili kararında, kararın "*Yapılan Tespitler ve Deliller*" bölümünde, zorunlu unsur konusunun değerlendirildiği kısımda, anlaşma yapma zorunluluğunun getirilebilmesi için Rekabet Hukukunda kabul edilen koşullar sayılmıştır. Telekomünikasyon sektörüne uyarlanan haliyle bunlar;

"1- Erişimin ilgili pazarda rekabet eden teşebbüsler için zorunlu olduğunun ve bu anlamda hizmetin mevcut şebekeye giriş yapmadan sunulmasının ekonomik olarak imkansız olduğunun belirtilmesi,

2- Talebi karşılayacak yeterli kapasitenin olması,

3- Zorunlu unsuru kontrol eden teşebbüsün mevcut hizmet ve ürün piyasasındaki talebi karşılamada yetersiz kalması, potansiyel yeni bir ürün ya da hizmetin sunulmasını engellemesi veya mevcut ya da potansiyel hizmet ve ürünler üzerindeki rekabeti kısıtlaması,

4- Erişim talep eden teşebbüs makul ve ayrımcı olmayan bir giriş fiyatı ödemeye hazır olması,

5- Reddetme eylemi için objektif haklı bir gerekçe olmaması"

olarak tespit edilmiştir⁴².

Rekabet Kurulu kararı ışığında "*zorunlu unsur*" doktrininin kabul edilerek anlaşma yapma zorunluluğunun getirilebilmesi için, aranan şartları daha ayrıntılı olarak belirtirsek;

- Hakim durumda olan teşebbüs ya da teşebbüslerin varlığı,

- Hakim durumda bulunan teşebbüs ya da teşebbüslerin ellerinde bulunan ve diğer teşebbüsler tarafından faaliyetlerini yerine getirirken ya da o pazara girerken kullanmak zorunda oldukları imkan, tesis, altyapı, hammadde gibi bir unsurun varlığı,

- Unsuru kullanmak isteyen teşebbüslerin, bu unsurun mevcut ya da potansiyel olarak hukuki, teknik veya ekonomik olarak alternatifini oluşturamamaları, aynısını ya da benzerini kuramamaları gerekmektedir. Sadece

⁴² Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Dosya Sayısı: SR/02-13 (Soruşturma), Karar Sayısı: 03-40/432-186, Karar Tarihi: 9.6.2003.

pazara giriş yapmak isteyen teşebbüs açısından değil, diğer teşebbüsler için de unsurun benzerinin kurulmasının zor olması gerekmektedir.

Hukuki, teknik ve ekonomik engeller söz konusu olabilir. Hukuki engel konusunda örnek olarak, bu unsurun hammadde olması halinde hammaddenin üretilmesinin tekel hakkı olarak kanunen bir teşebbüse tanınması olabileceği gibi, altyapının söz konusu olduğu bir durumda, bunun aynısının ya da benzerinin yapılmasının teknik olarak mümkün olmaması, aşırı pahalı olması, maliyetin yüksek olması, yine yüksek batık maliyetlerin söz konusu olması, rasyonel olmaması, teknik ve ekonomik engellere örnek olarak verilebilir. Coğrafi koşullar, unsurun yapılması için gereken uzun süre veya fiili engeller, doğal tekel olma durumu gibi nedenlerle unsurun aynısının ya da benzerinin yapımı mümkün olmayabilir.

Anlaşma yapma zorunluluğunun getirilebilmesinin ilk adımı olayda bir zorunlu unsurun bulunmasıdır. Zorunlu unsurun tespitinden sonra anlaşma yapma zorunluluğunun getirilebilmesi için başka şartlar da aranmaktadır. “Zorunlu unsur” olarak kabul edilen bir durumun varlığı halinde eğer hakim durumdaki teşebbüs ya da teşebbüsler bu durumlarına dayanarak;

- Talebin karşılanmasının ekonomik, hukuki ve teknik olarak mümkün olduğu durumlarda,

- Unsurdan yararlanmak için makul, ekonomik açıdan oranlı bir bedel ödenmesi teklif edildiği halde,

- Faaliyetlerinde kullanmaları ya da ilgili pazara giriş yapmaları için bu unsurdan yararlanmaları zorunlu olan diğer teşebbüslerin (mevcut olan rakiplerin ya da potansiyel rakiplerin veya eski ya da yeni rakiplerin) anlaşma yapma taleplerini, objektif, makul ve haklı gerekçelere dayanmadan açıkça ya da zımnî olarak reddederlerse veya bu anlama gelecek şekilde; örneğin yüksek fiyat belirleme, teknik kısıtlamalar yapma, zorluk çıkarma, mal ya da hizmet sunmayı geciktirme gibi, diğer teşebbüs tarafından kabul edilemeyecek şartlar ileri sürerlerse, Rekabet Hukukunda hakim durumun kötüye kullanılması kapsamında anlaşma yapma zorunluluğu getirilebilir.

Hakim durumdaki teşebbüs ya da teşebbüslere anlaşma yapma zorunluluğu getirilirken, talepte bulunan teşebbüse de zorunlu unsurdan yararlanmanın karşılığında ekonomik açıdan oranlı ve makul bir bedel ödeme yükümlülüğü getirilmektedir. Zorunlu unsura sahip olan teşebbüs, objektif ve haklı gerekçelere dayanarak anlaşma yapmayı reddedebilir. Hakim durumdaki teşebbüsün anlaşma yapmayı reddetmesindeki objektif ve haklı gerekçeler; ekonomik açıdan oranlı ve makul bir bedel ödenmemesi, teknik ve fiziki

imkansızlıklar, kapasite yetersizliği, etkinlik savunmaları şeklindeki gerekçeler olabilir. Tam tersi objektif ve haklı gerekçeler yoksa, talebin karşılanması hukuki ve teknik açıdan imkan dahilinde, ekonomik açıdan oranlı ve makul ise, zorunlu unsurdan yararlanma talebi reddedilemez, anlaşma yapma zorunluluğu getirilebilir. Anlaşma yapma zorunluluğunun getirilmesindeki temel amaç, piyasadaki rekabet ihlaline engel olmak, rekabet ihlalini ortadan kaldırmak, piyasadaki etkin rekabetin oluşumunu ve sürdürülmesini sağlamaktır.

Hakim durumda olan bir teşebbüs çeşitli şekillerde bu durumunu kötüye kullanabilir. Örneğin, objektif gerekçeler olmadan, uzun süreden beri iş yapılan bir müşteriyle; hakim durumda olan teşebbüsün kendisinin ilgili pazara girme niyeti olması gibi ya da müşteriyi potansiyel rakip olarak görme gibi sebeplerle, anlaşma yapmanın reddedilmesi, hakim durumun kötüye kullanılması olarak ortaya çıkan ve ATM kararlarına konu olan durumlar arasında yer almaktadır⁴³. Zorunlu unsura sahip olan hakim durumdaki bir teşebbüsün bu unsuru kullanmak, bundan yararlanmak zorunda olan müşterisine unsuru vermemesi ya da kullandırmaması hakimiyetin kötüye kullanım hallerinden biri olarak ortaya çıkmaktadır. Anlaşma yapmayı reddetme; mal ya da hizmet tedarikinin reddi, lisans vermeyi reddetme, hammadde vermeyi, yedek parça sağlamayı reddetme, pazara yeni bir rakibin girmesini engellemek amacıyla anlaşma yapmama, dağıtım ağından ya da altyapıdan yeni bir teşebbüsün yararlanmasını reddetme gibi çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir.

Hakim durumdaki teşebbüsün diğer teşebbüslerle anlaşma yapmayı reddetmesinde makul, objektif ve haklı gerekçeler varsa, teşebbüs bu gerekçelerle anlaşma yapmayı reddediyorsa teşebbüsün anlaşma yapmaktan kaçınması kabul edilmektedir. Diğer bir ifade ile artık zorunlu unsura sahip olan teşebbüs anlaşma yapmak zorunda bırakılmamaktadır. Objektif ve haklı gerekçeler ile bunun sonucu olarak anlaşma yapmanın reddedilmesi orantılı olmalıdır.

Zorunlu unsur alt pazar ve üst pazar olarak tanımlanan (dikey pazar) pazar yapılarının olduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır. Genelde üst pazarda, hakim durumda olan ya da tekel durumunda olan teşebbüs ya da teşebbüsler faaliyette bulunmakta ve bu teşebbüsler alt pazarlarda faaliyette bulunan teşebbüslerin faaliyetlerini sürdürebilmeleri için gereken zorunlu unsuru ellerinde bulundurmaktadırlar. Diğer bir ifade ile ellerinde bulundurdukları unsur alt pazarlardaki teşebbüslerin faaliyetlerini sürdürebilmeleri için zorunlu olmaktadır. Zorunlu unsur, alt yapı tesislerini elde bulundurma, dağıtım kanallarını elde bulundurma veya hammaddeyi elde bulundurma şeklinde olabilir. Örneğin, üst pazarda faaliyette bulunan teşebbüsün hammadde kaynaklarına sahip olması

⁴³ Goyder, *EC Competition Law*, s. 347 vd.

şeklinde (bor gibi bir madene sahip olması şeklinde) ortaya çıkabildiği gibi, gereken altyapıya sahip olması şeklinde de (örneğin demiryolu, liman gibi ulaştırma altyapısı veya elektrik, su, doğalgaz, telekomünikasyon şebekeleri gibi) ya da gazete piyasasında dağıtım kanallarını elde bulundurma gibi şekillerde de ortaya çıkabilmektedir. Burada üst pazarda faaliyette bulunan teşebbüs aşağı pazardaki rekabet koşullarını serbestçe belirleyebilmekte ve kontrol ettiği zorunlu unsur, rakiplerin pazara girmesi ve faaliyette bulunması için hayati bir öneme sahip olmaktadır. Zorunlu unsurun bulunması durumunda alt pazarda faaliyet göstermek isteyen teşebbüsler bu unsuru kullanmadan mal ya da hizmet sunamamaktadırlar. Örneğin üst pazar olarak kabul edilebilecek olan denizyolu ile ulaşımda limanlara sahip olan teşebbüs ile deniz ulaşımı alanında faaliyet gösteren teşebbüs arasındaki ilişki ya da gazete dağıtım şirketi ile gazete sahipleri arasındaki ilişki gibi. Gazetenin basılması, eğer dağıtım yapılmazsa bir anlam ifade etmeyecektir ya da hammadde açısından konuya baktığımızda nihai ürün elde etmek için bor hammaddesi kullanmak gerekiyorsa hammaddenin verilmemesi durumunda nihai ürün üretilmeyecektir. Genelde regülasyona tabi olan sektörlerde; bu sektörlerin genelde doğal tekel niteliğine sahip olmaları nedeniyle, zorunlu unsurun söz konusu olduğu görülmektedir⁴⁴.

Teşebbüs, zorunlu unsur olarak kabul edilen hammadde ya da altyapıyı üst pazarda tek olarak kendisi kontrol edebileceği gibi; yani hammadde sağlayıcı, altyapı sahibi, operatör ya da dağıtım kanalları sahibi olabileceği gibi, bu unsuru kullanarak aynı zamanda aşağı pazarlarda da faaliyette bulunabilir. Yani hem hammaddeyi elinde bulundurabilir hem de bu hammaddeyi bir başka ürünün üretiminde kullanarak piyasada faaliyette bulunabilir. Bu şekilde de üst pazardaki gücünü aşağı pazarlardaki rekabeti etkilemek amacıyla kullanılabilir. Üst pazarda hakim durumda olan teşebbüsün alt pazarda da hakim durumda olması şart değildir. Üst pazardaki konumunu aşağı pazardaki rekabeti ihlal edecek şekilde kullanması yeterlidir. Bazen tam tersi alt pazarda faaliyette bulunan teşebbüsün alt pazardaki hakimiyetini üst pazarda kötüye kullanması söz konusu olabilir. Örneğin elektrik iletiminde hakim durumda olan bir teşebbüs, elektrik üretimi faaliyetinde bulunan teşebbüslerin taleplerini karşılamayarak yani üretilen elektriği iletmeyerek, sahip olduğu ve zorunlu unsur olarak kabul edilen altyapıyı kullandırmayarak, bu konuda sözleşme imzalamayı reddederek de hakim durumunu kötüye kullanabilir⁴⁵. Hakim durumda bulunan teşebbüs ya da teşebbüslerin zorunlu unsuru sadece kontrol etmeleri yani sadece üst pazarda

⁴⁴ Bkz. Genelde doğal tekel durumlarının söz konusu olduğu şebeke endüstrilerinde zorunlu unsur doktrininin uygulanması hakkında bkz. Hakan Suat Ölmez, *age*, s. 41 vd.

⁴⁵ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 03-72/874-373, Karar Tarihi: 10.11.2003.

faaliyette bulunmaları mümkün olduğu gibi aynı zamanda alt pazarlarda da faaliyette bulunabilmeleri mümkündür. Örneğin hammadde alanında hakim durumdaki teşebbüs bor hammaddesini sadece kontrol edebileceği, hammadde sağlayıcısı olabileceği gibi aynı zamanda bu hammaddeyi başka bir ürün üretmek için de kullanarak bu ürün ile alt pazarlarda da faaliyet gösterebilir. Üst pazarda faaliyette bulunan teşebbüs sahip olduğu zorunlu unsuru alt pazarlarda faaliyette bulunan teşebbüslere kullandırmayarak ya da farklı şartlarda örneğin farklı fiyatlar uygulayarak kullandırarak teşebbüsler arasında eşitsizlik de yaratabilir. Burada önem taşıyan konu Rekabet Hukuku açısından zorunlu unsura sahip olan, bu unsuru kontrol eden ya da sahip olup kontrol etmenin yanı sıra kullanan teşebbüs ya da teşebbüslerin zorunlu unsurdan doğan bu hakimiyetlerini başka bir pazarda pazar gücü elde etmek (örneğin üst pazardaki konumunu alt pazarda da sürdürmek), hakimiyetini güçlendirmek, kendilerini rekabette avantajlı duruma getirmek, mevcut ya da potansiyel rakipleri arasında eşitsizlik yaratmak, ayrımcı faaliyetlerde bulunmak, daha olumsuz koşullarda hizmet sunmak, pazara yeni girişleri engellemek şeklinde kötüye kullanamayacağı, kısaca zorunlu unsura sahip olmaktan kaynaklanan konumunu kötüye kullanamayacağıdır. Aksi halde teşebbüsün hakim durumunu kötüye kullanması söz konusu olacak ve Rekabet Hukuku kapsamındaki yaptırımlara tabi tutulacak, bu aşamada da sözleşme yapma zorunluluğunun getirilmesi gündeme gelecektir.

Rekabet Hukukunda “zorunlu unsur” doktrininin uygulanıp uygulanmaması ve bunun sonucunda da sözleşme yapma zorunluluğunun getirilip getirilmemesi konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Zorunlu unsur hem üst pazarda faaliyette bulunan hem alt pazarda faaliyette bulunan teşebbüsler için farklı bakış açısıyla konunun değerlendirilmesi sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Doğal olarak zorunlu unsur doktrininden yararlanmak isteyen teşebbüsler alternatif temin kaynaklarının olmaması, kendilerinin bunları kurmalarının hukuki, teknik ya da ekonomik olarak imkansız olması ya da gerçekleştirilmesinin çok güç olması, makul olmaması, yüksek batık maliyetlerin olması nedenleriyle pazardan dışlanmalarının söz konusu olduğunu ileri sürerek alt yapı, hammadde gibi zorunlu unsurdan yararlanmak isterlerken, zorunlu unsuru elinde bulunduran teşebbüsler ise sözleşme serbestisi prensibine dayanarak maliyet ve katlandıkları riskleri belirterek, belki de uzun ve zahmetli bir süreç sonucunda elde ettikleri unsuru, mevcut durumlarını başkalarıyla özellikle de rakip olarak gördükleri teşebbüslerle paylaşmak istememektedirler. Zorunlu unsur doktrininin uygulanması, yenilik yapma güdüsünün engellenmesi, yatırım yapma isteğinin azalması, büyük emek, zaman ve para harcanarak yapılan yatırımların piyasaya yeni girecek olan teşebbüslere orantısız bir bedek karşılığında

kullanılması nedeniyle bedava kullanım probleminin ortaya çıkması gibi çeşitli sorunlara neden olmaktadır⁴⁶.

Diğer teşebbüslerin zorunlu unsurdan yararlanarak, anlaşma yapma zorunluluğu kapsamında pazara girmeleri sonucunda, pazara yeni girişlerin olmasıyla kısa vadede rekabet artacak olmasına karşın uzun vadede teşebbüslerin yenilik yapma güduları ortadan kalkacağından, teşebbüslerin sözleşme yapmak zorunda kalabilecekleri alanlara yatırım yapmak istememeleri sonucunda uzun dönemde etkinlik azalacak ve rekabet düzeni üzerinde olumsuz etkiler ortaya çıkacaktır.

“Zorunlu unsur” doktrini Rekabet Hukukunda kamu teşebbüslerinin söz konusu olması halinde daha kolay uygulanabilir olarak görülürken, özel teşebbüslerin söz konusu olduğu durumlarda itirazların yükselmesine neden olmakta, özel teşebbüslere uygulanmasında daha hassas davranılmaktadır. Haklı olarak özellikle özel teşebbüsler zorunlu unsur doktrininin kabulü sonucunda anlaşma yapmak zorunda bırakılmaları nedeniyle zorunlu unsurun söz konusu olabileceği yüksek maliyetler gerektiren, yüksek riske sahip alanlarda yatırım yapmak istemeyecek, yenilik yapma güduları yok olacaktır. Zorunlu unsurdan yararlanmak isteyen teşebbüsler ise zorunlu unsurun söz konusu olabileceği pazarlara girmeyi geciktirecekler ve diğer teşebbüslerin pazara girmesini bekleyerek onların yatırımlarından, imkanlarından, alt yapılarından yararlanma yoluna gideceklerdir.

Zorunlu unsur doktrinine; doktrinin uygulanmasının zararları ve gereksizliği, teşebbüslerin belki de büyük güçlüklerle oluşturdukları varlıklarını üçüncü kişilerle paylaşmak zorunda kalmalarının ortaya çıkartacağı olumsuz sonuçlar, doktrinin sağlam temellere dayanmadığı şeklindeki itirazlarla karşı çıkanlar olduğu gibi, sınırları belli olmayan bir uygulamanın yanlış olacağı şeklindeki görüşleriyle karşı çıkan daha farklı yaklaşımlar da bulunmaktadır⁴⁷. Zorunlu unsur doktrinine getirilen en önemli eleştirilerden birisi özellikle özel teşebbüslerin söz konusu olduğu durumlarda, özel teşebbüslerin belki de yıllar süren bir emek, sermaye, AR-GE çalışması sonucunda kendileri için oluşturdukları varlıkları paylaşmalarının; belli bir bedel karşılığı bile olsa, üçüncü kişilerle paylaşmak zorunda kalmalarının teşebbüslerin yenilik yapma güdülerinin, girişimcilik ruhunun azalmasına, yatırımların engellenmesine neden olacağı, Rekabet Hukukunun temel amacı olan ekonomik etkinliğin, verimliliğin sağlanmasının gerçekleşmesine engel olacaktır. Bir diğer eleştiri ise, harcanan

⁴⁶ Yaşar Tekdemir, *age*, s. 16-19, Hakan Suat Ölmez, *age*, s. 65 vd.

⁴⁷ Zorunlu unsur konusundaki farklı görüşler için Yaşar Tekdemir, *age*, s. 16 vd, Hakan Suat Ölmez, *age*, s. 65 vd.

emek, para, maliyet gibi unsurlarla orantısız olarak ödenen bir bedel karşılığında zorunlu unsurdan yararlanmanın ortaya çıkardığı ve doktrinde “*bedava kullanım*” olarak adlandırılan yani denk olmayan bir bedel ile yararlanmanın ortaya çıkardığı sakıncadır⁴⁸.

Zorunlu unsur doktrinini savunanlar ise hammadde ya da altyapı konusunda zorunlu unsur olarak kabul edilen varlığın alternatif temin kaynaklarının olmaması, diğer teşebbüslerin bunları kurmalarının imkansız ya da ekonomik olarak gerçekleştirilmesinin çok güç olması, makul olmaması, yüksek batık maliyetin söz konusu olması nedenleriyle pazardan dışlanmalarının, pazara girememelerinin söz konusu olması gerekçeleriyle belirli bir bedel karşılığında diğer teşebbüslerin zorunlu unsurdan yararlanmaları gerektiğini belirtmektedirler⁴⁹.

Her iki grupta yer alan görüşlerde de haklılık payı bulunmaktadır. Görüşlerin ortaya koyduğu çekinceleri dikkate alarak genel bir bakış açısıyla değerlendirmek gerekirse zorunlu unsur doktrininin rekabet hukukunda istisnai olarak uygulanması gerektiği söylenmelidir. En doğru çözüm, doktrinin temel esaslarının belirlenmesiyle birlikte (her somut olayın şartları birbirinden farklı olduğundan), Rekabet Kurulu’nun somut olaya göre; zorunlu unsur doktrininin istisnai bir uygulama olduğu ve istisnaların dar yorumlanması gerektiği şeklindeki kuralı dikkate alarak, zorunlu unsurun bulunup bulunmadığını değerlendirmesi ve sözleşme yapma zorunluluğunun getirilip getirilmeyeceğini olayın şartlarını dikkate alarak belirlemesidir.

3. Özel Teşebbüsler Açısından Zorunlu Unsur Doktrininin Uygulanması

Türk Rekabet Hukukunda “*zorunlu unsur doktrininin*” söz konusu olduğu olaylarda nasıl uygulandığını incelerken kamu teşebbüsleri ve özel teşebbüsler açısından konunun nasıl gündeme geldiği ve değerlendirildiği dikkate alınmalıdır. Konu, basın sektörü, telekomünikasyon sektörü ve bor sektöründe faaliyette bulunan teşebbüslerle ilgili olarak gündeme gelmiştir. Rekabet Kurulu’nun zorunlu unsur konusunu incelediği diğer sektörlerle ilişkin kararları bulunmakla birlikte, ayrıntılı bir analiz bu sektörlerde yapılmıştır. Yine “*zorunlu unsur doktrininin*” uygulanmasını değerlendirirken o sektörde Rekabet Kurumu’nun yanısıra sektöre özgü düzenleyici bir kurumun olup olmadığının da özellikle görev ve yetki konusunda dikkate alınması gerekmektedir.

⁴⁸ Bkz., Hakan Suat Ölmez, *age*, s. 66-67.

⁴⁹ Zorunlu unsur doktrininin uygulanmasının iktisadi nedenleri hakkında bkz., Hakan Suat Ölmez, *age*, s. 11 vd.

Zorunlu unsur doktrininin gündeme geldiği olaylardan bor sektörünün söz konusu olduğu olayda hammadde tedarikinde hakim durumda bulunan bir kamu teşebbüsünün uygulaması ya da diğer bir ifade ile hakim durumunu kötüye kullanması iddiası söz konusu olduğundan bu durum aşağıda, “*Kamu Teşebbüsleri Açısından Zorunlu Unsur Doktrininin Uygulanması*” başlığı altında incelenmiştir. Bu bölümde ise esas olarak telekomünikasyon sektöründeki zorunlu unsur uygulamasından bahsedilmekle birlikte diğer alanlarda da; örneğin basın yayın, elektrik piyasasında meydana gelen olaylarda yer alan zorunlu unsur incelemesinden de kısaca bahsedilecektir.

Basın sektörünün konu olduğu kararda açıkça “*zorunlu unsur*” kelimesi kullanılmadan ancak bu kapsamda bir inceleme yapılmıştır. Olayda, gazete ve dergi dağıtım pazarında Birleşik Basın Dağıtım A.Ş. (BBD), BİRYAY Birleşik Yayın Dağıtım A.Ş. (BİRYAY) ve YAYSAT Yayın Satış Pazarlama ve Dağıtım A.Ş. nin (YAYSAT), Star gazetesinin son satış noktalarındaki satışını engelleyerek bu gazetenin faaliyetlerini zorlaştırmaları ve yine Star gazetesinin dağıtımını yapan ve son satış noktalarına ulaştıran MEDYA Pazarlama Org. Hiz. İth. Tic. A.Ş. nin (MEDYA) aynı pazara girişinin engellenmesinin RKHK kapsamında ihlal oluşturduğu iddia edilmiştir⁵⁰. Olayda, dağıtım sektöründe faaliyette bulunan üç teşebbüsten biri olan BİRYAY, YAYSAT ve BBD gruplarının kurduğu bir ortak girişimdir. Şikayette bulunan Ulusal Basın Gazetecilik Matbaacılık ve Yayıncılık A.Ş. (ULUSAL BASIN) dir. Bu teşebbüs Star gazetesini yayınlamakta ve kendi dağıtım şirketi vasıtasıyla gazete bayilerine ulaştırmaktadır. ULUSAL BASIN, BBD ve YAYSAT’ın bayiler üzerindeki hakimiyetlerini kullanarak Star gazetesinin satışını engellemek amacıyla baskı yaptıklarını belirterek;

“her gazete grubu için ayrı bir bayilik ağının oluşturulmasının ekonomik olarak büyük bir israfa yol açmakta olduğu, bunun yanı sıra, gazetelerin nitelikleri gereği rakipleri ile aynı bayide satılmalarının gerektiği, diğer gazetelerle aynı bayide satılmayan bir gazetenin yayın hayatına devam edebilme şansının bulunmadığı, dolayısıyla, Hürriyet ve Sabah gruplarının, sahip oldukları dağıtım sistemi ve bayilik ağları sayesinde, rekabetçi bir piyasada olmaması gereken suni giriş engelleri yarattıkları, piyasaya yeni girecek şirketlerin bu dağıtım ve bayi ağından faydalanmalarının zorunlu olduğu ...” nu ifade etmiştir. ULUSAL BASIN bu nedenle; Star gazetesinin bütün bayilerde satışının sağlanması için RKHK’nın 9 uncu maddesi kapsamında tedbir kararı verilmesi, Sabah ve Hürriyet gruplarının,

⁵⁰ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Dosya Sayısı: D2/1/B.E.-99/3 (Soruşturma), Karar Sayısı: 00-49/529-291, Karar Tarihi: 14.12.2000, Resmi Gazete Tarihi: 16.04.2001, Resmi Gazete Sayısı: 24375. Benzer konuda Rekabet Kurulu’nun 17.7.2000 tarih ve 00-26/292-162 sayılı BİRYAY I olarak adlandırılan bir başka kararı daha bulunmaktadır. Bkz. www.rekabet.gov.tr

Star gazetesinin pazar dışına çıkarılması konusunda anlaşarak bayiler üzerinde baskı yapmaları nedeniyle “teşebbüsler arası anlaşma” ile ilgili olarak RKHK’nın 4 üncü maddesini ihlal ettikleri, yine birlikte hakim durumda bulunan bu teşebbüslerin hakim durumlarını kötüye kullanmaları nedeniyle RKHK’nın 6 ncı maddesini ihlal ettikleri ve bu ihlaller nedeniyle ayrıca para cezası uygulanması gerektiği gerekçeleriyle Rekabet Kurulu’na başvuruda bulunmuştur. Olayda, Rekabet Kurulu tarafından ilgili coğrafi pazar Türkiye olarak belirlenirken, ilgili ürün pazarı “gazete ve dergi dağıtım pazarı” olarak belirlenmiştir. Gazete ve dergi dağıtım pazarı, dağıtım şirketleri, ana bayilik ve tali bayiliklerden (son satış noktalarından) oluşmaktadır. Haklarında soruşturma yapılan teşebbüslerden BBD’nin, o tarihte hisselerin %40’ı Medya Holdig A.Ş.’ye, %27.6’sı Sabah Yayıncılık A.Ş.’ye, %20’si Sabah Elektronik Yayıncılık ve İletişim A.Ş.’ye, %10’u Gençlik Yayıncılık A.Ş.’ye, %2’si Feza Gazetecilik A.Ş.’ye ve kalan hisseler ise muhtelif gerçek ve tüzel kişilere aittir. BBD gazete ve dergi dağıtım piyasasının ikinci büyük şirketidir. Diğer teşebbüs olan YAYSAT’ın ise o dönemde hisselerinin %55’i Doğan Grubu şirketlerine, %45’i ise İhlas Grubu şirketlerine aittir ve gazete ve dergi dağıtım piyasasında lider konumundadır. Diğer teşebbüs olan BİRİYAY ise BBD ve YAYSAT tarafından kurulmuş ve müşterisi olan yayınevlerinin yayınlarını YAYSAT ve BBD aracılığı ile dağıtmaktadır. BİRİYAY’ın hisselerinin %49’u BBD’ye, %49’u YAYSAT’a aittir. Kalan %2 hisse ise Aydın Doğan, Dinç Bilgin ve bu kişilerin sahip oldukları teşebbüsler arasında eşit olarak paylaştırılmıştır. Rekabet Kurulu kararının “Gerekçe ve Hukuki Dayanak” kısmında YAYSAT, BBD ve BİRİYAY’ın son beş yıllık pazar payları toplamının %100’e ulaştığı, ilgili ürün pazarının (BİRİYAY’ın, YAYSAT ve BBD gruplarının kurduğu bir ortak girişim olması dikkate alındığında) düapol bir piyasa olduğu belirtilmiştir. Birlikte hakimiyetin söz konusu olduğu bu olayda, inceleme konumuz olan “zorunlu unsur” doktrininden ismen açıkça bahsedilmese de içeriği kararda yer almıştır. Karara göre;

“... Gazete ve dergi dağıtım hizmetleri pazarına giriş ve bu pazarda varolabilme açısından, özellikle şu iki unsur kritik öneme sahiptir:

- a. Yayınların okuyucuya sunumunu sağlayacak, yeterli sayıda tali bayiliğin tesis edilmesi.
- b. Bu tali bayiliklerin, yeterli miktar ve çeşitlilikte yayın ile beslenmesi.

Herhangi bir yayınevinin veya dağıtım şirketinin, tali bayilik teşkilatını besleyecek nitelikte, yayın portföyüne ulaşabilmesi için, bu yayınların, piyasada belirli bir süre tutunmaları, bunun için de diğer yayınlarla birarada satılmaları, dolayısıyla en azından bir süreliğine, mevcut dağıtım şirketlerinin kanallarını kullanmaları zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

Dolayısıyla, dağıtım piyasasına giriş, gazete ve dergi yayıncılığı piyasasında yer edinmeye; gazete ve dergi yayıncılığı piyasasında, yer edinme de, dağıtım piyasasını kullanmaya bağlı kılınmıştır.

Bizzat dağıtım piyasasına girmek söz konusu olduğunda, pazara girmek isteyen bir şirketin, şu haliyle hem başbayilikler hem de sayısı on binleri bulan son satış noktaları (tali bayilikler) oluşturması gereklidir ki, bunun mümkün veya rasyonel olup olmadığı dikkate alınmalıdır...”

Rekabet Kurulu zorunlu unsur kelimesini açıkça kullanmamakla beraber; herhangi bir yayınevinin veya dağıtım şirketinin, tali bayilik teşkilatını besleyecek nitelikte yayın portföyüne ulaşabilmesi için, bu yayınların, piyasada belirli bir süre tutunmaları, bunun için de diğer yayınlarla bir arada satılmaları, dolayısıyla en azından bir süreliğine, mevcut dağıtım şirketlerinin kanallarını kullanmaları zorunluluğunun olduğunu belirterek, bu açıdan da konuyu değerlendirmiştir. Olayda, son satıcıların rakip ürünleri de satmak istemelerine rağmen BBD ve YAYSAT’ın rakip ürünleri satmaları halinde son satıcılara mal vermeyi kesmeleri ve son satıcıların yine rakip ürünleri satmamaları için tehdit edilmeleri söz konusu olmuştur. Kurul, pazarda hakim durumda bulunan bir teşebbüsün, kendi ekonomik çıkarlarını gözetmek amacıyla aldığı karar ve uyguladığı politikaların, bu amaçla orantılı olması gerektiğini, satış yapmayı reddetmeyi gerektiren gerekçelerin de bu tutumu objektif olarak haklı gösterebilir nitelikte olması gerektiğini ve **genel bir ilke olarak objektif bir gerekçe olmaksızın, mal veya hizmet tedarik etmenin reddedilmesinin veya mal tedarikininin, bu malın ileride tabi tutulacağı işleme veya pazarlanma prosedürleri üzerinde kontrolünün muhafaza edilmesi şartına bağlanması gibi eylemlerin RKHK’ya aykırı olacağını belirtmiştir.**

Son satış noktalarından faydalanamayan dağıtım şirketleri piyasanın dışına itilme tehlikesiyle karşı karşıya kalmakta ve yine potansiyel rakiplerinde piyasaya girişleri zorlaşmaktadır. Hakim durumda bulunan teşebbüsün kendisini korumak amacıyla alacağı tedbirlerin makul olması ve piyasaya girmek isteyen rakiplerin faaliyetlerini engelleyecek nitelikte olmaması gerekmektedir. Kurul kararına göre; ülkemiz koşulları ve tüketici alışkanlıkları nedeniyle son satıcılar olmadan yayınların okuyucuya ulaşmasının zor olduğu, yine piyasaya girmek isteyen herhangi bir dağıtım şirketi açısından da güç olduğu, piyasaya girmek isteyen her dağıtım şirketinin aynı veya benzer nitelikte son satıcılıklar kurmasının piyasanın geneli açısından **mümkün ve makul olmadığı** belirtilmiştir. Kurul’a göre, gazete ve dergi dağıtım piyasası açısından son satıcılar olmazsa olmaz bir öneme sahiptirler. Sonuç olarak Kurul tarafından;

“Gazete ve dergi dağıtım piyasasında birlikte hakim durumda bulunan BBD, BİRİYAY ve YAYSAT’ın,

1. Sürekli olarak, mal tedarik ettikleri, son satıcıları, dağıtımını yaptıkları ürünler ile rakip dağıtım şirketinin getirdiği ürünler arasında tercih yapmaya zorlamak ve rakip dağıtım şirketinin getirdiği ürünleri, teşhir edip satan, son satıcıların bayiliklerini iptal etmek, bu noktalara, mal tedarikini kesmek veya bu yönde tehdit ya da uygulamalarda bulunmak, dolayısıyla piyasaya yeni giren bir dağıtım şirketinin dağıttığı ürünleri bayilerine sokmamak,

2. Gazete ve dergi dağıtım piyasasındaki hakimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak gazete ve dergi yayıncılığı piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemlerde bulunmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinin (a) ve (d) bentlerini ihlal ettiklerine; ve dolayısıyla bu teşebbüslerin Kanun'un 16'ncı maddesinin ikinci fıkrası gereğince para cezası ile cezalandırılmasına OYBİRLİĞİ ile,

3. ...

L.2. İlgili dağıtım pazarının yapısı ve bu pazarın hizmet ettiği gazete ve dergi yayıncılığı piyasası ürünlerinin, satış koşulları nazara alındığında, **bu pazarda, son satış noktalarının, münhasır anlaşmalarla bağlanmasının, "Diğer sağlayıcıların, dağıtımın farklı aşamalarına girişlerinin, önemli ölçüde zorlaştırılması" sonucunu doğurucu nitelikte olması nedeniyle, rekabet ortamının bozulacağına, bu nedenle gazete ve dergi dağıtım piyasasında yapılacak olan sözleşmelerin, "rakip malları satmama veya dağıtmama" gibi münhasırlık sağlayan bir hüküm içermesi durumunda Rekabet Kurulu tebliğleri ile sağlanan muafiyetten yararlanamayacaklarına OYBİRLİĞİ ile;**

L.3. Gazete ve dergi satışı faaliyetlerini de içerecek şekilde, belediyeler tarafından kurulan ve belediyelerce veya belediyelerin yetki verdiği kişiler, üçüncü şahıslara kiralanın satış büfelerinin, ilgili pazara giriş açısından önemi, dikkate alındığında; sözkonusu yerlerde, kiracının, **"hangi dağıtım şirketlerinden gelirse gelsin, mevzuata ve yasalara uygun gazete ve dergileri, makul bir ücret veya komisyon oranı karşılığında satmasını temin edecek" düzenlemelerin yapılması için ilgili Kurul kararının yetkili mercilere bildirilmesine OYÇOKLUĞU ile;**

Danıştay yolu açık olmak üzere 14.12.2000 tarihinde ..." karar verilmiştir.

Kurul olayda; gazete ve dergi dağıtım piyasasında belediyeler tarafından kurulan ve belediyelerce veya belediyelerin yetki verdiği kişilerce, üçüncü şahıslara kiralanın satış büfelerini (mobo ve kioskları) "zorunlu unsur" olarak kabul ederken, zorunlu unsurun kullanılmaması sonucunda oluşacak rekabet ihlaline engel olmak, etkin rekabeti sağlamak için "sözleşme yapma zorunluluğu" da getirmiştir. Kurul, olayda kiracıların, hangi dağıtım şirketlerinden gelirse gelsin, mevzuata ve yasalara uygun gazete ve dergileri, makul bir ücret veya komisyon oranı karşılığında satmasını temin edecek düzenlemelerin yapılması için kararın yetkili mercilere bildirilmesine karar vermiştir.

Elektrik piyasası ile ilgili bir olayda ise⁵¹ Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile Çukurova Elektrik A.Ş. (ÇEAŞ) arasında 09.03.1998 tarihinde 1. Bölge olarak değerlendirilen bölgeler olan, “Adana, Mersin, Hatay, Osmaniye İlleri, Kahramanmaraş İlinin Üç Köyünde Elektrik Üretim, İletim, Dağıtım ve Ticareti Hizmetlerinin Yapılması İçin Görev Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi” imzalanmıştır. Sözleşme ile elektrik iletim ve dağıtım hizmeti ÇEAŞ’a verilmiş ve elektrik nakli pazarında (alt pazar) ÇEAŞ hakim duruma gelmiştir. Olayda Enerjisa Enerji Üretim A.Ş. (Enerjisa) ve Toros Elektrik Üretimi Otoprodüktör Grubu A.Ş. (Toros) tarafından hakim durumun kötüye kullanıldığı gerekçesiyle Rekabet Kurulu’na başvurulmuştur. Yapılan başvuruda teşebbüsler tarafından genel olarak ÇEAŞ’ın diğer teşebbüslerin üreteceği elektriğin nakli için gerekli sözleşmeyi imzalamadığı, ulusal iletim ve dağıtım hattına ulaşım için gerekli bağlantıyı yapmadığı, üretilen elektriği taraflar arasındaki sözleşmeye aykırı olarak satın almadığı ve naklini engellediği, bu şekilde de hakim durumunu kötüye kullandığı iddia edilmiştir. **Olayda ilgili ürün pazarı “elektrik üretimi ve nakil pazarı”, ilgili coğrafi pazar 1 Nolu bölge** olarak kabul edilmiştir. Elektrik depolanamayan bir üründür. Bu nedenle üretimin yanısıra iletim ve dağıtım çok önemlidir. Olayda, elektrik piyasasında **alt pazar elektrik nakil pazarı iken üst pazar elektrik üretim pazarıdır ve ÇEAŞ alt pazarda hakim durumda bulunmaktadır. Elektriğin nakledilmesi ve bununla ilgili altyapı** olayda, Kurul tarafından **üretim sürecinin zorunlu bir unsuru olarak** kabul edilmiştir. ÇEAŞ 1 Nolu bölgede elektrik dağıtım ve ticaretinde yani alt pazarda münhasır yetkiye sahiptir ve elektriğin nakli konusunda zorunlu unsur olan alt yapıya sahiptir. Enerjisa ve Toros teşebbüsleri ise aynı bölgede üretim seviyesinde faaliyet gösteren otoprodüktör şirketlerdir. Olayda elektrik üretimi, iletimi, dağıtım ve ticareti ile ilgili 3096 sayılı Kanun⁵² ve bu Kanuna dayanılarak çıkartılan ve bölgesel ulaşım, teknik zorunluluklar, enerji tüketimleri dikkate alınarak görev bölgelerinin ayrıldığı Yönetmeliğe⁵³ göre, otoprodüktör tesisinin üretime geçebilmesi ve enterkonekte sisteme (elektrik iletimi ve dağıtım) bağlantı için iletim ve dağıtım sistemini işleten şirketle (olayda ÇEAŞ), diğer üretici şirketlerin (olayda Enerjisa ve Toros), **Elektrik Satış Anlaşması**

⁵¹ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 03-72/874-373, Karar Tarihi: 10.11.2003.

⁵² 3096 Sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtım ve Ticareti İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun, Kabul Tarihi: 04.12.1984, Resmi Gazete Tarihi: 19.12.1984, Resmi Gazete Sayısı: 18610.

⁵³ TEK Dışındaki Kuruluşların Görevlendirilecekleri Bölgeleri Gösteren Yönetmelik, Bakanlar Kurulu Karar Tarihi: 16.08.1985, Karar No: 85/9800, Resmi Gazete Tarihi: 04.09.1985, Resmi Gazete Sayısı: 18858.

(ESA) adı verilen bir anlaşma imzalaması gerekirken ÇEAŞ haklı bir hukuki ya da teknik gerekçe göstermeden sözleşmeleri imzalamaktan kaçınmıştır. ÇEAŞ, Enerjisa şirketi ile sözleşme imzalamaktan kaçınarak bu şekilde de otoprodüktör tesisinin faaliyete geçmesini engellerken, Bakanlık ile arasında 05.11.1998 tarihinde imzalanan, “*Otoprodüktör Statüsünde Üretim Tesisi Kurulması, İşletilmesi ve Enerji Fazlası Satışına İzin Verilmesine İlişkin Sözleşme*” bulunan Toros şirketiyle ise iki tane ESA imzalamış, ancak sözleşme hükümlerine aykırı davranmış, otoprodüktör şirketlerin ürettiği enerjiyi ortaklarına nakletmemiş hatta Toros’un ortaklarına enerji naklini engellemek için sistemin bağlantı noktalarına ters güç röleleri yerleştirerek sisteme erişimi, enerjinin ortaklara naklini engellemiştir. Kısaca enerji nakil piyasasında (alt pazar) hakim durumda bulunan ÇEAŞ haklı bir ekonomik, hukuki, teknik gerekçe olmadan diğer teşebbüslerin zorunlu unsur olarak kabul edilen alt yapıya erişimi engelleyerek bu durumunu üst pazar olan elektrik üretim pazarında kötüye kullanarak fiili ve potansiyel rekabeti engellemiştir. Kurul bu kararında, ÇEAŞ’ın 1 Nolu’lu Görev bölgesinde **zorunlu unsuru elinde bulundurduğu ve elektrik nakil pazarında hakim durumda olduğu**, şikayetçi teşebbüslerin altyapıya erişimlerini engellediği, bu engellenmenin haklı bir hukuki ve teknik gerekçeye dayanmadığını belirtmiştir. Kurul bu kapsamda;

“...– Enerjisa’nın tesislerinin kabule hazır hale geldiği Aralık 2001 tarihinden “Enerji Alış ve Enerji Nakline İlişkin Sözleşme”nin imzalandığı Ağustos 2002 tarihine kadar, ÇEAŞ’ın, Enerjisa’nın sisteme bağlantı talebini çeşitli gerekçelerle reddettiği; bu nedenle Enerjisa’nın şikayetine ilişkin ihlalin Aralık 2001-Ağustos 2002 tarihleri arasındaki dönemi kapsadığı,

- ÇEAŞ’ın, Toros’un sisteme bağlantı noktalarına ters röleler yerleştirerek, söz konusu teşebbüsün sisteme erişimini, dolayısıyla ortaklarına enerji naklini engellediği hususunun 21.06.2002 tarihli Ceyhan 2. Asliye Hukuk Mahkemesi Bilirkişi Raporu ile saptandığı; ters rölelerin, 07.07.2002 tarihinde Mersin Asliye Ticaret Mahkemesinin almış olduğu ihtiyati tedbir kararının ardından, 08.08.2002 tarihinde kaldırıldığı; dolayısıyla, Toros’un şikayetine ilişkin ihlalin 21.06.2002-08.08.2002 tarihleri arasındaki dönemi kapsadığı,

- Bu çerçevede, ÇEAŞ’ın bölge elektrik üretiminde tekelleşmeye yönelik olarak, alt pazardaki (elektrik nakli pazarı) hakim durumunu kullanarak, üst pazardaki (elektrik üretim pazarı) fiili ve potansiyel rekabeti engellediği, dolayısıyla 4054 sayılı Kanun’un 6 ncı maddesi bağlamında hakim durumunu kötüye kullandığı sonucuna ulaşılmış,

2- Bu nedenle ÇEAŞ’a, Kanun’un 16 ncı maddesinin 2 nci fıkrası uyarınca 2001 yılı net satışları üzerinden taktiren %2 oranında olmak üzere 9.557.363.023.000 TL. İdari para cezası verilmesine karar verilmiştir”.

Olayda elektrik nakil pazarında hakim durumda kabul edilen ÇEAŞ'ın sahip olduğu elektrik naklindeki altyapı, **üretim sürecinin zorunlu bir unsuru olarak** kabul edilmiştir. Yine kararın bir özelliği de genelde üst pazardaki hakim durumun alt pazardaki fiili veya potansiyel rekabeti engellemek şeklinde kötüye kullanımı söz konusu olurken olayda tam tersi olarak alt pazardaki hakimiyetin (elektrik nakli pazarı) üst pazarda (elektrik üretim pazarı) kötüye kullanılması şeklinde ortaya çıkması olmuştur. Olayda zorunlu unsurdan dolayı sözleşme yapmaktan kaçınma, hakim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilmiş ancak ihlalin belirli dönemlere ilişkin olması (dolayısıyla da halen devam etmemesi) nedeniyle sözleşme yapma zorunluluğu getirilmemiş, sadece idari para cezasına hükmedilmiştir. Her iki olayda da “*zorunlu unsur*” doktrini doğru olarak uygulanmıştır.

3.1. Telekomünikasyon Sektöründe Zorunlu Unsur Doktrininin Uygulanması

3.1.1. Genel Olarak

Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda telekomünikasyon sektörü gerçekten Rekabet Hukuku uygulamasında önem taşıyan sektörlerden birisidir. Genelde kamu teşebbüslerinin elinde iken ya da diğer bir ifade ile devletin hakimiyetinde iken serbest piyasaya açılan sektörlerde etkin rekabetin sağlanması için çeşitli düzenlemeler öngörülmektedir. Bunlar özelleştirme kapsamında yapılan düzenlemeler olabileceği gibi, belirli sektörlerde o sektöre özgü düzenleyici otoritelerin oluşturulması gibi düzenlemeler de olabilmektedir. Sektöre özgü düzenlemeler özellikle telekomünikasyon, demiryolları, enerji, posta hizmetleri gibi ağ şebekesine sahip olan alanlarda gündeme gelmektedir. Bu alanlar genelde doğal tekel ya da yasal tekelin söz konusu olduğu alanlardır.

Telekomünikasyon “*Her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektro manyetik, elektro kimyasal, elektro mekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınması*” olarak tanımlanmaktadır (406 sayılı Kanun⁵⁴ m. 1). Ekonomik açıdan, şebeke (altyapı) işletimi ve altyapı üzerinden sunulan hizmetler olarak iki ayrı kısma ayrılabilen telekomünikasyon sektöründe dışsallık⁵⁵ ve doğal tekel niteliğinin bulunmasının

⁵⁴ 406 Sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu, Kabul Tarihi: 4.2.1924, Resmi Gazete Tarihi:21.2.1924, Resmi Gazete Sayısı: 59.

⁵⁵ Şebeke dışsallığı; “*bir hizmeti kullanan kişinin, o hizmeti daha fazla insan kullandığında daha fazla fayda sağlaması...*”olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Özge İçöz, **Telekomünikasyon Sektöründe Regülasyon ve Rekabet**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın No: 0098, s. 31.

piyasa aksaklıklarına neden olması nedeniyle sektörde hukuki düzenleme yapılması gerekliliğinin ortaya çıktığı doktrinde ifade edilmektedir⁵⁶. Doğal tekel durumundaki hizmet bir teşebbüs tarafından en düşük maliyetle sağlanmaktadır. Telekomünikasyon sektöründe faaliyette bulunabilmek için frekans bandı, uydu ya da kablo gibi altyapıların kurulması gerekmektedir. Telekomünikasyon sektöründe altyapının kurulum maliyetinin yüksek olması, batık yüksek maliyetlerin olması doğal tekel durumunun ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Telekomünikasyon sektöründe sabit maliyetlerin yüksek oluşu, batık maliyetlerin yüksek olması, pazarda faaliyette bulunan teşebbüsler dışındaki diğer teşebbüslerin (potansiyel rakiplerin) bu sektöre girerek faaliyette bulunmalarında bir giriş engeli oluşturmaktadır. Piyasalara giriş ve çıkışın serbest olması, giriş ve çıkışlarda hukuki ya da fiili engellerin olmaması ise piyasada serbest rekabetin sağlanması açısından önem taşımaktadır. Piyasada önceden faaliyet gösteren teşebbüslerin, piyasaya yeni girmek isteyen teşebbüsleri sahip oldukları kendi altyapılarından yararlandırmalarının önemi de bu noktada karşımıza çıkmaktadır.

Telekomünikasyon sektörü bu anlamda altyapı hizmetlerinin önem taşıdığı, tekel durumunun söz konusu olduğu, ancak uluslararası ticaretin gelişmesiyle artık sınırların ortadan kalktığı günümüzde serbestleşmenin ve rekabet ortamının sağlanmasının amaçlandığı önemli sektörlerden birisi olmuştur. Telekomünikasyon sektöründe altyapıyı sağlayan yeni şebekelerin kurulmasının maliyetinin yüksek olması, hukuki, teknik, ekonomik zorlukların olması bu sektörde faaliyette bulunmak isteyen teşebbüslerin tekel konumunda bulunan şebekeye (altyapıya) erişim yapmalarını zorunlu kılmaktadır. Tekel konumunda olan ve piyasada faaliyette bulunan teşebbüsler (operatörler) belirli şartlarda bu altyapıdan yararlanarak hizmet sunmak isteyen diğer teşebbüslere şebeke hizmeti vermek zorunda kalmaktadırlar. Öte yandan operatörler aynı zamanda alt pazarlarda da faaliyette bulunabildiklerinden, operatörlerin kendi faaliyetleri lehine ayrımcılık yaparak etkin rekabeti kısıtlamaları da söz konusu olabilmektedir. Bu nedenle “zorunlu unsur” konusu şebeke ağının söz konusu olduğu telekomünikasyon sektöründe önem taşımaktadır.

Telekomünikasyon sektöründe Telekomünikasyon Hukuku ve Rekabet Hukuku açısından gündeme gelen “zorunlu unsur” doktrininin uygulanmasını değerlendirmeden önce sırasıyla Türkiye’de konunun nasıl gündeme geldiği konusundaki gelişmeleri gözden geçirmek faydalı olacaktır.

⁵⁶ Özge İçöz, *age*, s. 30.

Telekomünikasyon sektöründeki yasal mevzuat; Kanunlar⁵⁷, Bakanlar Kurulu Kararları⁵⁸, Yönetmelikler⁵⁹, Tebliğler⁶⁰, Protokoller⁶¹, Milli Frekans

⁵⁷ 406 Sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu, Kabul Tarihi: 4.2.1924, Resmi Gazete Tarihi:21.2.1924, Resmi Gazete Sayısı: 59, 2813 Sayılı Telsiz Kanunu, Kabul Tarihi: 5.4.1983, Resmi Gazete Tarihi: 7.4.1983, Resmi Gazete Sayısı: 18011, 4502 Sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu, Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, Telsiz Kanunu ve Posta, Telgraf ve Telefon İdaresinin Biriktirme ve Yardım Sandığı Hakkında Kanun İle Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kabul Tarihi: 27.01.2000, Resmi Gazete Tarihi: 29.01.2000, Resmi Gazete Sayısı: 23948, 4673 Sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu, Posta, Telgraf ve Telefon İdaresinin Biriktirme ve Yardım Sandığı Hakkında Kanun İle Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kabul Tarihi: 12.05.2001, Resmi Gazete Tarihi: 23.05.2001, Resmi Gazete Sayısı: 24410, 4971 Sayılı Bazı Kanunlarda ve Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kabul Tarihi: 1.8.2003, Resmi Gazete Tarihi: 15.8.2003, Resmi Gazete Sayısı: 25200, 5071 Sayılı Telgraf ve Telefon Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kabul Tarihi: 21.1.2004, Resmi Gazete Tarihi: 29.01.2004, Resmi Gazete Sayısı: 25361.

⁵⁸ 30.10.2001 Tarih ve 2001/3359 Sayılı Telekomünikasyon Ruhsatı ve Genel İzinlerin Değerlerinin Belirlenmesi Hususunda Karar, Resmi Gazete Tarihi: 27.12.2001, Resmi Gazete Sayısı: 24623, Telekomünikasyon Kurumunun teklifi doğrultusunda görev ve imtiyaz sözleşmesi ile telekomünikasyon ruhsatı ve genel izinlere asgari değerlerin tesbitine ilişkin Bakanlar Kurulu Kararı, Resmi Gazete Tarihi: 27 Aralık 2001, Resmi Gazete Sayısı: 24623.

⁵⁹ Telekomünikasyon Kurumunun kuruluşundan itibaren yürürlüğe giren yönetmelikler: Telekomünikasyon Kurumu İhale Yönetmeliği, Resmi Gazete Tarihi: 22 Kasım 2000, Resmi Gazete Sayısı: 24238, Telekomünikasyon Kurumu Telekomünikasyon Uzman Yardımcılığı ve Telekomünikasyon Uzmanlığı Sınav, Görev, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, Resmi Gazete Tarihi: 21 Aralık 2000, Resmi Gazete Sayısı: 24267, Telekomünikasyon Kurumu Bütçe ve Muhasebe Yönetmeliği, Resmi Gazete Tarihi: 24 Aralık 2000, Resmi Gazete Sayısı: 24200, Telekomünikasyon Kurumu Personel Yönetmeliği, Resmi Gazete Tarihi: 27 Ocak 2001, Resmi Gazete Sayısı: 24300, Telekomünikasyon Kurumu Sicil ve Disiplin Amirleri Yönetmeliği, Resmi Gazete Tarihi: 27 Ocak 2001, Resmi Gazete Sayısı: 24300, Telekomünikasyon Kurumunun Teşkilat ve Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, Resmi Gazete Tarihi: 17 Şubat 2001, Resmi Gazete Sayısı: 24321, Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliği, Resmi Gazete Tarihi: 28 Mart 2001, Resmi Gazete Sayısı: 24356, 10 KHz-60 Ghz Frekans Bandında Çalışan Sabit Telekomünikasyon Cihazlarından Kaynaklanan Elektromanyetik Alan Şiddeti Limit Değerlerinin Belirlenmesi, Ölçüm Yöntemleri ve Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik, Resmi Gazete Tarihi: 12 Temmuz 2001, Resmi Gazete Sayısı: 24460, 15.02.2002 Tarihli 10 KHz-60 Ghz Frekans Bandında Çalışan Sabit Telekomünikasyon Cihazlarından Kaynaklanan Elektromanyetik Alan Şiddeti Limit Değerlerinin Belirlenmesi, Ölçüm Yöntemleri ve Denetlenmesi Hakkında Yönetmeliğin Değiştirilmesine Dair Yönetmelik, Tarife Yönetmeliği, Resmi Gazete Tarihi: 28 Ağustos 2001, Resmi Gazete Sayısı: 24507, Ulusal Dolaşım (Roaming) Anlaşması Yapılması İle İlgili Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, Resmi Gazete Tarihi: 08.03.2002, Resmi Gazete Sayısı: 24689, Telekomünikasyon Kurumu Tarafından İşletmecilere Uygulanacak İdari Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik, Resmi Gazete Tarihi: 1 Ağustos 2002, Resmi Gazete Sayısı: 24833, Telekomünikasyon Kurumu Gelirlerinin Tarh, Tebligat, Tahakkuk, Tahsilat Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik, Resmi Gazete Tarihi: 14 Ağustos 2002, Resmi Gazete Sayısı: 24846, GSM Telefon Aboneliğine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik,

Planı⁶² ve diğer ikincil düzenlemelerden⁶³ oluşmaktadır. Bunlar arasında yer alan

Resmi Gazete Tarihi: 27 Eylül 2002, Resmi Gazete Sayısı: 24889, 13.01.2003 Tarihli Telekomünikasyon Kurumu Yayın Yönetmeliği, 16.08.2001 Tarihli Telekomünikasyon Kurumu Yurt Dışı Lisans Üstü Eğitim Yönetmeliği, 12.07.2001 Tarihli Telekomünikasyon Kurumu Hizmet İçi Eğitim Yönetmeliği, 15.05.2003 Tarihli Telsiz ve Telekomünikasyon Terminal Ekipmanları Yönetmeliği, 406 Sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun Gecici 7 nci Maddesinin Uygulanmasına Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, Resmi Gazete Tarihi: 13.02.2004, Resmi Gazete Sayısı: 25372 – Mükerrer, 28.08.2001 tarihli Tarife Yönetmeliği, 23.05.2003 tarihli Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği, 10.02.2000 tarihli Kısa Mesafeli Erişimli Telsiz Cihazlarının Temel Standartları İle Kurma ve Kullanma Esasları Hakkında Yönetmelik, 28.10.1991 tarihli Amatör Telsizcilik Yönetmeliği, 20.04.1991 tarihli Telsiz Operatör Yönetmeliği, 24.02.1993 tarihli Performans Standartları ve Ölçme Yöntemleri Hakkındaki Yönetmelikler (TGM-ST-001/TGM-ST-008), Piyasa Gözetimi ve Denetimine Dair Yönetmelik, Resmi Gazete Tarihi: 27.02.2004, Resmi Gazete Sayısı: 25386, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun Geçici 7 nci Maddesinin Uygulanmasına Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, Resmi Gazete Tarihi: 13 Şubat 2004, Resmi Gazete Sayısı: 25372.

⁶⁰ 10 KHz-60 Ghz Frekans Bandında Çalışan Sabit Telekomünikasyon Cihazlarından Kaynaklanan Elektromanyetik Alan Şiddeti Limit Değerlerinin Belirlenmesi, Ölçüm Yöntemleri ve Denetlenmesi Hakkında Yönetmeliğin Uygulanmasına İlişkin Tebliğ, Resmi Gazete Tarihi: 09 Eylül 2001, Resmi Gazete Sayısı: 24512, 08.02.2002 tarihli 10 KHz-60 Ghz Frekans Bandında Çalışan Sabit Telekomünikasyon Cihazlarından Kaynaklanan Elektromanyetik Alan Şiddeti Limit Değerlerinin Belirlenmesi, Ölçüm Yöntemleri ve Denetlenmesi Hakkında Yönetmeliğin Uygulanmasına İlişkin Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ, Türk Telekom A.Ş. Tarifelerine Tavan Fiyat Yönteminin Uygulanmasına Yönelik Usul ve Esaslara İlişkin Tebliğ, Resmi Gazete Tarihi: 11 Ocak 2002, Resmi Gazete Sayısı: 24637, 2. Tip Telekomünikasyon Ruhsatı ve Genel İzin Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ, Resmi Gazete Tarihi: 04 Şubat 2002, Resmi Gazete Sayısı: 24661, 03.06.2003 tarihli Etkin Piyasa Gücüne Sahip İşletmecilerin Belirlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ, Resmi Gazete Tarihi: 03.06.2003, Resmi Gazete Sayısı: 25127, 03.06.2003 tarihli Hakim Konumunda Bulunan İşletmecilerin Belirlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ, Resmi Gazete Tarihi: 03.06.2003, Resmi Gazete Sayısı: 25127, 26.06.2003 tarihli Üç Haneli Kısa Numaralara İlişkin Usul ve Esaslar, 26.06.2003 tarihli, Üç Haneli Kısa Numaraların Tahsis Durumunu Gösterir Tablo.

⁶¹ ABD Regülasyon Otoritesi FCC ile 01 Aralık 2000-01 Aralık 2001 tarihlerini kapsayan, Telekomünikasyon Düzenlemelerinde Karşılıklı İşbirliği Protokolü, Denizcilik Müsteşarlığı İle GMDSS sınavlarının yapılması konusunda imzalanan Protokol, 01.05.2001, 10KHz-60 Ghz Frekans Bandında Çalışan Sabit Telekomünikasyon Cihazlarının Yer Seçimi Yapılırken Mahalli Çevre Kurallarında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Protokol, 22.08.2002, Telekomünikasyon Kurumu İle Rekabet Kurumu Arasında İşbirliği Protokolü, 16 Eylül 2002, Telekomünikasyon Kurumu İle Yıldız Teknik Üniversitesi Arasında İşbirliği Protokolü, 12 Aralık 2002, Telekomünikasyon Kurumu İle Sakarya Üniversitesi Arasında İşbirliği Protokolü, 13 Aralık 2002, Telekomünikasyon Kurumu İle Çankaya Üniversitesi Arasında İşbirliği Protokolü, 31 Ocak 2003.

⁶² www.tk.gov.tr

⁶³ 07.05.2001 Tarihli “Ulusal Roaming İle Anlaşmazlıklarda Uygulanacak Uzlaştırma İşlemine İlişkin Usul ve Esaslar” ile 10.10.2002 Tarihli “Türkiye’de Faaliyet Gösteren GSM900 ve GSM1800 İşletmecileri Arasında Makul, Ekonomik Açından Oranlı ve Teknik Açından İmkan

406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'na 4000 sayılı Kanunla getirilen deęişlikle⁶⁴ Ulaştırma Bakanlığı'nın mobil telefon, çağrı cihazı, data şebekesi, akıllı şebeke, kablo TV, ankesörlü telefon, uydu sistemleri, rehber basım ve benzeri katma değerli hizmetler konularında sermaye şirketlerine tekel oluşturmayacak koşulları da dikkate almak suretiyle (sermaye şirketlerinin devralacakları ve bizzat kuracakları tesislerin işletilmesine yönelik olarak) işletme lisans ve ruhsatı verebileceği hükme bağlanmıştır. Türk Telekom A.Ş. ile (Türk Telekom) Turkcell konsorsiyumu ve Telsim konsorsiyumu arasında ise 1- 2 Temmuz 1993 tarihlerinde; lisans sözleşmelerinin hazırlanmasına ilişkin hukuki alt yapı mevcut olmadığından, “gelir paylaşımı esasına göre hazırlanan” sözleşmeler imzalanmıştır. Daha sonra 4161 sayılı Kanunla⁶⁵ getirilen değişlikle mevcut sözleşmeler lisans sözleşmelerine çevrilerek 27 Nisan 1998 tarihinde verilen lisanslarla imtiyaz sözleşmeleri imzalanmıştır. GSM işletmecileri ile imzalanan imtiyaz sözleşmelerinde, belirlenen süre sonunda tüm ülkeyi kapsama alanına alma zorunluluğu getirilmiştir. Bu gelişmeler yaşanırken 4502 sayılı Kanun ile Telekomünikasyon Kurumu kurulmuş ve faaliyetlerine başlamıştır⁶⁶.

Türk Telekom'un PSTN alt yapısını kullanmadan mobil telekomünikasyon hizmetinin verilmesi mümkün olmadığından bu konuyla ilgili olarak Türk Telekom ve ilgili GSM operatörleri arasında ara bağlantı sözleşmeleri imzalanmıştır. Daha sonra ilgili pazarda daha fazla sayıda teşebbüsün faaliyette bulunmasını sağlamak amacıyla bir ihale yapılarak bu ihale sonucunda kazanan taraf olan İş Bankası-Telekom Italia Mobile (İş-Tim) konsorsiyumu ile 27.10.2000 tarihinde imtiyaz sözleşmesi imzalanmış ve Türkiye'nin üçüncü cep telefonu operatörü Aria adıyla 2001 yılı Mart ayında faaliyete geçmiştir. Ulaştırma Bakanlığı bu ihalede “yatırım yaparak kendi şebekesini kurmuş teşebbüslerin kendi kar-zarar hesabı sonunda, kendi iradesi ile imzalayacakları ulusal dolaşımı iki yıl süreyle yasaklamıştır”⁶⁷. Ancak Bakanlık daha sonra İş-Tim ile ulusal dolaşım yasağı içermeyen GSM 1800 İmtiyaz Sözleşmesi imzalamıştır. İş-Tim (Aria) 3 milyar dolara yakın lisans bedeli ödeyerek GSM piyasasına girmiş olan üçüncü şirkettir. Aria, Türkiye İş

Dahilinde Bir Ulusal Roaming Anlaşması İçin Telekomünikasyon Kurumu Tarafından Belirlenen Hüküm ve Şartlar”.

⁶⁴ 4000 Sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bazı Ek ve Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanun , Kabul Tarihi: 10.06.1994, Resmi Gazete Tarihi: 18.06.1994,Resmi Gazete Sayısı:21964

⁶⁵ 4161 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kabul Tarihi: 01.08.1996,Resmi Gazete Tarihi: 05.08.1996, Resmi Gazete Sayısı: 22718

⁶⁶ Telekomünikasyon Kurumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. www.tk.gov.tr

⁶⁷ Mehmet Ali İnceefe, Rekabet Kuralları ve Sektörel Düzenlemeler Üzerine Kuramsal ve Pratik Açısından Özel Bir İnceleme: ULUSAL DOLAŞIM, s. 2.

Bankası'nın %51 ortaklığı ve İtalyan Telecom Italia Mobile'nin (TIM) % 49 ortaklığı ile kurulan bir şirkettir. Bu sırada Türk Telekom kendisi de telekomünikasyon sektöründe faaliyette bulunmak istediğinden bağlı ortaklığı ile (Aycell Haberleşme ve Pazarlama Hizmetleri Anonim Şirketi) Ulaştırma Bakanlığı arasında 11.1.2001 tarihinde sözleşme imzalayarak 2001 yılı Aralık ayında "Aycell" markasıyla ticari faaliyetlerine başlamıştır. Gerek İş-Tim gerek Aycell ile imzalanan sözleşmelerde nüfusu 10.000 den fazla olan yerleşim yerlerinin 2 yıl içerisinde %50'sinin, 5 yıl içerisinde ise %90'ının kapsama alanına alınması zorunlu tutulmuştur. Bu arada Telekomünikasyon Kurumu ile telekomünikasyon hizmeti veren işletmeciler olan Türk Telekom, Turkcell, Telsim, Aria ve Aycell arasındaki Görev, GSM Görev ve İmtiyaz Sözleşmeleri⁶⁸ 4673 sayılı Kanun⁶⁹ gereğince 13.02.2002'de yenilenmiş, imzalanarak yürürlüğe girmiştir.

"Aria" markasıyla sektöre giren İş-Tim faaliyette bulunabilmek için gerekli olan "Ulusal Dolaşım" (*roaming*) hakkının tanınması konusunda kendilerine söz verildiğinden bahisle rakip teşebbüsler olan Turkcell ve Telsim tarafından gerekli işlemlerin yapılması için talepte bulunmuştur. Turkcell yetkilileri, Aria'nın ulusal dolaşım sağlanması, diğer bir ifade ile kendileriyle sözleşme imzalanması konusundaki talebi üzerine, hiç bir kurumun kendileri adına söz verme yetkisinin bulunmadığını, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 10 uncu maddesine, 4502 sayılı Kanun ile getirilen değişikliğe göre; **"roaming" konusuyla ilgili olarak sözleşme yapma zorunluluğu getirilmesi hakkında, "makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkan dahilinde"**⁷⁰ ifadesinin kullanıldığını, Aria'nın önerisinin makul ve haklı olmadığını, önerilen şartların ağır mali yük getirici, gelir azaltıcı ve pazar kaybı sonucuna neden olacağını, Aria'nın cep telefonu trafiğinin %70 ini kapsama alanına aldığını, trafiğin daha az olduğu, geri dönüşü uzun sürecek bölgelerde yatırım yapmak yerine roaming anlaşması ile Turkcell'in alt yapısını kullanarak bütün Türkiye'nin kapsama alanına alındığı şeklinde prestij ve müşteri kazanmak istediğini medyaya yaptıkları açıklamalarda

⁶⁸ Kamu hizmetlerinin görülme usulleri ve bu kapsamda imtiyaz sözleşmeleri hakkında bkz. Prof. Dr. Metin Günay, **İdare Hukuku**, 7.Bası, Aynı bası, İmaj Yayıncılık, Ankara 2003, s. 294 vd.

⁶⁹ 4673 Sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu, Posta, Telgraf ve Telefon İdaresinin Biriktirme ve Yardım Sandığı Hakkında Kanun İle Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kabul Tarihi: 12.05.2001, Resmi Gazete Tarihi: 23.05.2001, Resmi Gazete Sayısı: 24410,

⁷⁰ Telekomünikasyon sektörü açısından "makul olma, ekonomik oranlılık, teknik uyumluluk" şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Ali İnceefe, Rekabet Kuralları ve Sektörel Düzenlemeler Üzerine Kuramsal ve Pratik Açısından Özel Bir İnceleme: ULUSAL DOLAŞIM, s. 11vd.

belirtmişlerdir⁷¹. İş-Tim temsilcileri ise ulusal dolaşım konusunda anlaşma yapmak için görüştükleri Turkcell'in 555 milyon dolar isterken, Telsim'in 900 milyon dolar istediğini ve bu paranın kendileri açısından fahiş bir hava parası anlamına geldiğini, Telsim'in görüşmeler devam ederken ulusal dolaşım ile ilgili olarak anlaşma imzalamayacakları yönünde yazılı bir beyanda bulunduğunu ifade etmişlerdir⁷². Telsim daha sonra anlaşma yapmaya yanaşarak daha düşük belirlenen fiyatla teklifi kabul ederken bu sefer Turkcell'le anlaşma yapmak isteyen Aria, Telsim'le anlaşma yapmak istememiştir.

İş-Tim 2000 yılı Kasım ayında görüşmelere başlamalarına karşılık 2001 yılı Mart ayına kadar anlaşma sağlanamadığından bahisle 406 sayılı Tograf ve Telefon Kanunu'nun 10 uncu maddesine göre ulusal dolaşım anlaşmasının yapılmasına ilişkin başvuruda bulunmuştur. 4502 sayılı Kanunla, 406 sayılı Tograf ve Telefon Kanunu'nun 10 uncu maddesinde "*ulusal dolaşım*" konusu ile ilgili olarak yapılan değişikliğe göre;

"...Bu madde hükümleri dahilinde, mobil telekomünikasyon, data veya Kurum'un belirleyeceği diğer hizmet veya altyapı işletmecileri, aynı alandaki diğer işletmecilerin müşterilerine ait ekipmanların kendi telekomünikasyon sistemleri üzerinden de çalışabilmesine izin verilmesine yönelik yapacakları makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkan dahilindeki roaming taleplerini karşılamakla yükümlüdürler.

Kurum; ilgili işletmecilerin, uygun olduğu ölçüde kendi standart hüküm ve şartları içine dahil edebilecekleri, standart ara bağlantı referans ücret tarifeleri yayınlar ve gerektiğinde bunları değiştirir. Kurum; bu maddenin uygulanma esaslarını ve standart referans tarifeleri, ara bağlantı ve roaming anlaşmalarının tabii olduğu ayrıntıları gösteren yönetmelikler çıkartır ve standart referans tarifeleri, şebeke ara bağlantıları ve roaming ile ilgili anlaşmaların telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesinde ve altyapının işletiminde serbest rekabeti engelleyici sonuçlara yol açmayacak tedbirleri alır, gerektiğinde 7.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde Rekabet Kurumuna başvurabilir".

Görüldüğü gibi, madde ile "*ulusal dolaşım*" konusunda belirli şartların bulunmaması halinde sözleşme yapma zorunluluğu getirilmiştir. Telekomünikasyon Kurumu 10 uncu maddenin uygulanmasıyla ilgili olarak, uygulanacak uzlaştırma işlemiyle ilgili 04.05.2001 tarihli ve 2001/166 sayılı kararı ile "*Ulusal Roaming İle Anlaşmazlıklarda Uygulanacak Uzlaştırma İşlemine İlişkin Usul ve Esaslar*"ı kabul etmiştir. Yine "*Türkiye'de Faaliyet Gösteren GSM900 ve GSM1800 İşletmecileri Arasında Makul, Ekonomik Açıdan Oranlı ve Teknik Açıdan İmkan Dahilinde Bir Ulusal Roaming Anlaşması İçin Telekomünikasyon*

⁷¹ Sabah Gazetesi, Sabah Pazar, 3 Mart 2002, s. A 11.

⁷² www.ntvmsnbc.com/news. 03.07.2003

Kurumu Tarafından Belirlenen Hüküm ve Şartlar” kabul edilmiştir. Telekomünikasyon Kurumu ilerleyen dönemlerde “ulusal dolaşım” (roaming) yükümlülüğünün yerine getirilmesiyle ilgili usul ve esasları belirten bir yönetmelik kabul etmiştir⁷³. Ulusal dolaşım ile ilgili Yönetmeliğin kabul edilmesinden sonra, Yönetmeliğin 20 inci maddesi ile “Ulusal Roaming İle Anlaşmazlıklarda Uygulanacak Uzlaştırma İşlemine İlişkin Usul ve Esaslar” yürürlükten kaldırılmıştır.

Telekomünikasyon Kurumu İş-Tim’in başvurusu üzerine kabul etmiş olduğu “Ulusal Roaming İle Anlaşmazlıklarda Uygulanacak Uzlaştırma İşlemine İlişkin Usul ve Esaslar” kapsamında taraflar arasında ulusal dolaşım (roaming) anlaşmasının dört hafta içinde gerçekleştirilmesini, aksi halde uluslararası uygulamalar dikkate alınarak Kurum tarafından belirlenecek hüküm ve koşullar çerçevesinde söz konusu anlaşmanın temin edileceği kararını vermiştir. Verilen sürenin Haziran 2001 de bitmesine karşın anlaşmaya varılamaması üzerine Telekomünikasyon Kurumu ulusal dolaşım anlaşmasının hüküm ve şartlarını belirleyen bir karar almıştır. Yine Kurum tarafından ulusal dolaşım talep hakkının Kurul kararında belirlenen şartlar çerçevesinde kullanılması durumunda Turkcell açısından yasal dolaşım yükümlülüğünün doğmuş sayılacağı, en geç 15.11.2001 tarihinde anlaşmanın imzalanmasını gerektiğini aksi halde 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu’nun 2 nci maddesinin (f) bendinde yer alan;

“Kurum; Türk Telekom dahil işletmecilerle imzaladığı sözleşmelerin ve verdiği genel izin ve telekomünikasyon ruhsatlarının şartlarına uyulmasının sağlanması için gereken tedbirleri almaya, faaliyetlerin mevzuat ile görev ve imtiyaz sözleşmesi, telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin şartlarına uygun yürütülmesini izleme ve denetlemeye, aykırılık halinde ilgili işletmecinin bir önceki takvim yılındaki cirosunun % 3’üne kadar idari para cezası uygulamaya, milli güvenlik, kamu düzeni veya kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi amaçlarıyla gerekli tedbirleri almaya, gerektiğinde tesisleri tazminat karşılığında devralmaya ya da ağır kusur halinde imtiyaz sözleşmesini, telekomünikasyon ruhsatını ya da genel izni iptal etmeye yetkilidir”

hükmüne göre cezalandırılacağı, İş-Tim’e, Turkcell’e ve Telsim’e tebliğ edilmiştir. İş-Tim, Telekomünikasyon Kurumu’nun belirlediği hüküm ve şartları kabul ederek sözleşme imzalamaya hazır olduğunu bildirmiştir. Ancak Turkcell ve Telsim kabul etmeyerek, imzaladıkları imtiyaz sözleşmelerinde, diğer GSM işletmecileri ile ulusal dolaşım anlaşması imzalanması konusunun kendi insiyatiflerinin olduğunu, Telekomünikasyon Kurumu tarafından belirlenen şartlarla sözleşme yapmaları zorunluluğuna tabi tutulmalarının hukuka aykırı

⁷³ Telekomünikasyon Kurumu, Ulusal Dolaşım (Roaming) Anlaşması Yapılması İle İlgili Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, Resmi Gazete Tarihi: 08.03.2002, Resmi Gazete Sayısı: 24689.

olduğunu ve sözleşmelerinde “*tahkim*” şartının bulunmasından dolayı tahkim yoluna başvuracaklarını belirterek “*ulusal dolaşım anlaşması yapılması*” ve “*bununla ilgili yaptırımların durdurulması*” talebiyle mahkemeye başvurmuşlardır. Telsim bu kapsamda Ankara’da yetkili mahkemeden ihtiyati tedbir⁷⁴ kararı almak üzere başvuruda bulunurken, Ulaştırma Bakanlığı ile 27.04.1998 tarihinde imzaladığı ve daha sonra 4673 sayılı Kanun kapsamında Telekomünikasyon Kurumu ile yenilediği imtiyaz sözleşmesinde yer alan tahkim şartına dayanarak Paris’te bulunan Uluslararası Ticaret Odası’na da (ICC)⁷⁵ başvurmuştur⁷⁶. Milletlerarası Tahkim Divanı (ICC) 27.05.2003 tarihinde söz

⁷⁴ Ankara 5. Asliye Hukuk Mahkemesi, 15.11.2001 Tarih, Değişik İş, 2001/186 Esas, 2001/39 Karar. Başvuruda kısaca, Telsim ile Ulaştırma Bakanlığı arasında 27.4.1998 tarihinde GSM-PAN Avrupa Mobil Telefon Sisteminin kurulması ve işletilmesiyle ilgili olarak lisans verilmesine ilişkin imtiyaz sözleşmesi imzalandığı ve 4501 sayılı Kanunun geçici 1 inci maddesine göre taraflar arasında 15.5.2001 tarihinde bir ek sözleşme yapıldığı, bu ek sözleşme ile lisans sözleşmesine eklenen maddeye göre, taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümleneceğinin kararlaştırıldığı belirtilmiştir. GSM 1800 işletme lisansı alan İŞ-TİM’in daha önce GSM 900 işletme lisansı alan Telsim ve Turkcell’den Ulusal Dolaşım (Roaming) talebinde bulunduğu, özel hukuk hükümlerine göre bir ticari sözleşme olan Ulusal Dolaşım sözleşmesinin taraflar arasında kararlaştırılması gerektiği ancak taraflar arasında bir anlaşma sağlanamadığı için İŞ-TİM’in konuyu Telekomünikasyon Kurumu’na götürmesi üzerine Kurum’un bu konuda 7.5.2001 tarih ve 4546 sayılı “*Ulusal Roaming ile ilgili anlaşmazlıklarda uygulanacak uzlaştırma işlerine ilişkin usul ve esaslar*” la ilgili yazıyı ve bununla ilgili diğer belgeleri taraflarına göndererek 15.11.2001 tarihinde roaming sözleşmesinin imzalanması zorunluluğu getirdiğinden bahisle ICC kurallarına uygun şekilde tahkim davası açacaklarından Kurum tarafından gönderilen 7.5.2001 ve 18.10.2001 tarihli yazılar ile eki belge hükümlerinin kendileri için uygulanmasının durdurulması için ihtiyati tedbir kararı verilmesini talep etmişlerdir. Mahkeme ise “...1- *Aleyhine tedbir talep edilen Telekomünikasyon Kurumu’nun 7.5.2001 tarih ve 7213/4546 sayılı “Ulusal Roaming ile ilgili Anlaşmazlıklarda Uygulanacak Uzlaştırma İşlerine İlişkin Usul ve Esaslar” isimli belge hükümleri ile yine aynı konudaki 18.10.2001 tarih ve 14629/8443 sayılı “Türkiye’de Faaliyet Gösteren GSM 900 ve GSM 1800 Şebekesi İşletmeciler Arasında Makul, Ekonomik Açıdan Oranlı ve Teknik Açıdan İmkan Dahilindeki Bir Ulusal Roaming Anlaşması İçin Telekomünikasyon Kurulu Tarafından Belirlenen Hüküm ve Şartlar” isimli belge hükümlerinin ihtiyati tedbir isteyen şirket yönünden uygulanmasının durdurulmasına, 2- 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Yasasının 10/2 maddesi uyarınca ihtiyati tedbir isteyen tarafından 30 gün içinde tahkim davası açılmadığı takdirde tedbir kararının kendiliğinden ortadan kalkmasına ...karar vermiştir*”. Karara itiraz edilmesi üzerine Mahkeme Ulaştırma Bakanlığı yönünden ihtiyati tedbirin kaldırılmasına, Telekomünikasyon Kurumunun ise ihtiyati tedbire itirazının reddine karar vermiştir.

⁷⁵ ICC Hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Leyla Keser Berber, **Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Tüzüğü Uygulaması**, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999.

⁷⁶ 1982 Anayasası’nın “*Yargı yolu*” başlığını taşıyan 125’ inci maddesi kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesini de düzenlemiştir. Maddenin ilgili kısmına göre; “...*Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli ve milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar*

konusu uyuşmazlığın sözleşmeden kaynaklanan bir ihtilaf değil, Kanundan kaynaklanan bir ihtilaf olması nedeniyle diğer bir ifade ile Kanuna dayanarak yapılan bir düzenlemenin söz konusu olması nedeniyle Tahkim Divanı tarafından çözüme bağlanacak bir uyuşmazlık olmadığı, görevli olmadığı gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir. Yine Telsim'in Ulusal Dolaşım (Roaming) Yönetmeliği ile ilgili olarak Telekomünikasyon Kurumu tarafından yapılan işlemlerle ilgili olarak 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu⁷⁷ kapsamında mahkemeye başvurarak 08.04.2002 tarihinde ihtiyati tedbir kararı alması ve benzer şekilde 25.04.2002 tarihinde ICC'ye başvurması sonucunda ICC tarafından yine, yapılan işlemlerin ilgili Kanundan kaynaklanan işlemler olması nedeniyle tahkim yargılamasının dışında olduğuna 23.09.2003 tarihinde karar verilmiştir⁷⁸.

için gidilebilir... ”. Konu ile ilgili ayrı bir kanun da bulunmaktadır. 4501 Sayılı Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun, Kabul Tarihi: 21.1.2000, Resmi Gazete Tarihi: 22.1.2000, Resmi Gazete Sayısı: 23941.

⁷⁷ 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu, Kabul Tarihi: 21.6.2001, Resmi Gazete Tarihi: 5.7.2001, Resmi Gazete Sayısı: 24453. Kanunun “*İhtiyati tedbir veya ihtiyati haciz*” başlıklı 6 ncı maddesinin ilgili kısmına göre;

“Taraflardan birinin, tahkim yargılamasından önce veya tahkim yargılaması sırasında mahkemeden ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz istemesi ve mahkemenin böyle bir tedbire veya hacze karar vermesi, tahkim anlaşmasına aykırılık teşkil etmez.

...

Tahkim yargılaması öncesi veya tahkim yargılaması sırasında taraflardan birinin istemi üzerine mahkemece verilen ihtiyati tedbir ya da ihtiyati haciz kararı, hakem veya hakem kurulu kararının icra edilebilir hale gelmesiyle ya da davanın hakem veya hakem kurulu tarafından reddedilmesi halinde kendiliğinden ortadan kalkar”.

⁷⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. www.tk.gov.tr. Tahkim Divanının bu kararı vermesiyle, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun ihtiyati tedbir ve ihtiyati hacizle ilgili 6 ncı maddesinde yer alan;

“...Tahkim yargılaması öncesi veya tahkim yargılaması sırasında taraflardan birinin istemi üzerine mahkemece verilen ihtiyati tedbir ya da ihtiyati haciz kararı, hakem veya hakem kurulu kararının icra edilebilir hale gelmesiyle ya da davanın hakem veya hakem kurulu tarafından reddedilmesi halinde kendiliğinden ortadan kalkar” hükmü gereğince yetkili asliye mahkemesi tarafından verilen tedbir kararı ortadan kalkacaktır.

Turkcell’de benzer şekilde mahkemeye giderken⁷⁹ Ulaştırma Bakanlığı ile imzalanan ve yine 4673 sayılı Kanuna göre Telekomünikasyon Kurumu ile yenilenen imtiyaz sözleşmesinde bulunan tahkim şartına dayanarak Paris’te bulunan Uluslararası Ticaret Odası’na (ICC) başvurmuştur. Turkcell’e göre, 4502 sayılı Kanunda yer alan “*makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkan dahilinde*” ibaresi ile ticari bir anlaşmaya ulaşılması istenmektedir. Turkcell ile İş-Tim arasında ekonomik açıdan makul ve teknik açıdan imkan dahilinde bir anlaşma noktasına gelinememiştir. Turkcell yetkililerinin bu kapsamda yaptıkları açıklamalarda;

“...Buna ek olarak, şebekesinin kalitesini, kapsama alanını, ihtiyaç ve yatırım miktarını belirleyici abone trafiği gibi bilgi ve öngörüler gündeme getirilmemiştir. Oysa söz konusu bilgi ve öngörülerin paylaşılması Turkcell şebekesinin kalitesi ve Ulaştırma Bakanlığıyla yapılan lisans anlaşmasında belirtilen kalite düzeyinin korunması açısından kritik öneme sahiptir. Turkcell’in karşılıklı işbirliği yapılmadan, hiçbir öngörü olmaksızın bu riski alması beklenemez...Öte yandan İş-Tim’in Turkcell’in yıllardır yaptığı sabit yatırım giderlerine katılmaksızın dakika bazında ücret ödemeye dayanan teklifi Turkcell açısından haksız rekabete yol açacaktır ve kabul edilmesi beklenemez”

denilmiştir⁸⁰. Turkcell tarafından hem Ulaştırma Bakanlığı hem Telekomünikasyon Kurumu aleyhine⁸¹ ICC’ye yapılan tahkim başvurusunda, “*Türkiye’de Faaliyet Gösteren GSM900 ve GSM1800 İşletmecileri Arasında Makul, Ekonomik Açıdan Oranlı ve Teknik Açıdan İmkan Dahilinde Bir Ulusal*

⁷⁹ Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesi, Karar Tarihi: 12.11.2001, Değişik İş: 2001/373, Karar: 2001/1060. Kararda kısaca; “...1- 4686 sayılı Yasanın 3, 6 ve 10. maddeleri uyarınca ihtiyati tedbir isteminin kabulü ile, aleyhine tedbir talep edilen T.C. Ulaştırma Bakanlığı ve T.C. Telekomünikasyon Kurumu hakkında hüküm ifade etmek üzere, (a)T.C. Telekomünikasyon Kurumunun 18.10.2001 gün ve 14628-8442 sayılı yazısına konu uygulamanın, (b) “Türkiye’de faaliyet gösteren GSM 900 ve GSM 1800 Şebekesi İşletmecileri Arasında Makul, Ekonomik Açıdan Oranlı ve Teknik Açıdan İmkan Dahilindeki Bir Ulusal Roaming Anlaşması İçin Hüküm ve Şartlar” başlıklı Telekomünikasyon Kurumuna ait yazıda öngörülen ve tedbir isteyen şirket ile İŞ-TİM Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. ya da diğer bir GSM işletmecisi ile aynı yazıda belirlenen hüküm ve şartlarda bir roaming anlaşması imzalanmasının, (c) b bendinde belirtilen başlıklı yazının 22. maddesinde öngörülen yaptırımların tedbir isteyen şirket hakkında uygulanmasının ihtiyati tedbir yoluyla durdurulmasına karar verilmiştir...”. Karara karşı itiraz edilmiş ve bunun üzerine Mahkeme bu kararın 1 (b) ve (c) bentlerinde hükmedilen tedbire yapılan itirazları kabul ederek, bu tedbirlerin kaldırılmasına karar verirken, 1 (a) bendinde hükmedilen tedbire yapılan itirazın reddedilmesine karar vermiştir.

⁸⁰ <http://turk.internet.com/haber/09.07.2003>

⁸¹ Dava konusu işlemin yapılması tarihinde Ulaştırma Bakanlığı ile imzalanan imtiyaz sözleşmelerinin bulunması ve bu sözleşmelerin daha sonra 4673 sayılı Kanun kapsamında Telekomünikasyon Kurumu ile parafe edilmiş ancak imzalanmamış olması nedeniyle hem Ulaştırma Bakanlığı hem Telekomünikasyon Kurumu aleyhine tahkim yoluna başvurulmuştur.

Roaming Anlaşması İçin Telekomünikasyon Kurumu Tarafından Belirlenen Hüküm ve Şartlar” da yer alan şekilde bir ulusal dolaşım anlaşması imzalama yükümlülüğünün olmadığı tespit edilmiştir. Yine Telekomünikasyon Kurumu tarafından bu düzenlemede öngörülen yaptırımların uygulanmaması konusunda karar alınması talep edilmiştir. Turkcell’in davası da ICC tarafından, Telsim’in davasına benzer şekilde ihtilafın sözleşmeden değil ilgili Kanundan kaynaklanan bir ihtilaf olması gerekçesiyle görevsizlik yönünden reddedilmiştir⁸².

Diğer yandan olayın karşı tarafı olan İş-Tim’de (Aria) kendisine söz verilmiş olmasına rağmen ulusal dolaşım konusunda Telekomünikasyon Kurumu’nun gereken düzenlemeleri yapmadığı gerekçesiyle Mart 2003’te ICC Tahkim Kurumuna başvurmuştur.

Bu arada Aria (İş-Tim) “*Ulusal Dolaşım Anlaşması (Roaming)*” yapmayan Turkcell ve Telsim aleyhine “*Hakim durumlarını kötüye kullanarak RKHK’nın 6 ncı maddesini ihlal ettikleri gerekçesiyle*”, 25.12.2001 tarihinde Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. (Turkcell) ve Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. (Telsim) aleyhine Rekabet Kurulu’na şikayette bulunmuştur. Rekabet Kurumu bunun üzerine birlikte hakim durumun kötüye kullanılarak RKHK’nın ihlal edildiğine karar vermiştir⁸³.

Telekomünikasyon Kurumu’da bu arada Turkcell ve Telsim’le ilgili olarak Roaming Yönetmeliği ile belirlenen esaslara uymadıkları gerekçesiyle hükmedilen para cezaları dahil, çeşitli kararlar almıştır⁸⁴. Telsim aleyhine alınan kararda;

“...14.03.2002 tarih ve 4279-2278 sayılı Kurum İşlemi ile Telsim A.Ş. ’ye:

“1. *Ulusal Dolaşım Anlaşması Yapılması ile ilgili Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin Geçici 1 inci maddesi uyarınca, Telsim A.Ş. bakımından Ulusal Dolaşım yükümlülüğünün doğmuş ve söz konusu işletmecinin halihazırda Ulusal dolaşım yükümlülüğü olduğu,*

⁸² Konu ile ilgili bilgi için bkz. www.tk.gov.tr

⁸³ Soruşturma kararı için bkz. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 2-12/123-M, Karar Tarihi: 4.3.2002. Soruşturma sonucunda 9.6.2003 tarihinde 03-40/432-186 sayılı karar alınmıştır.

⁸⁴ Telekomünikasyon Kurulu’nun Turkcell ya da Telsim’le ilgili olarak çeşitli kararları arasında 2003/545, 2003/332, 2003/437, 2004/83, 2004/191 sayılı kararları da bulunmaktadır. Ancak Telekomünikasyon Kurulu kararlarının çoğunun metnine ulaşmak mümkün olmadığından karar içerikleri hakkında ayrıntılı bir bilgi elimizde bulunmamaktadır. Ticari sır, ekonomik sır ya da Devlet sırrı kapsamı dışında kararların kamuya açıklanması şeffaflık ilkesinin de gereğidir. Rekabet Kurulu kararlarının Resmi Gazete’de yayınlanma zorunluluğu bulunduğu ve ayrıca Rekabet Kurumu web sitesinde kararları yayınladığından, karar içerikleri hakkında bilgi edinmek mümkünken, Telekomünikasyon Kurumu’nun kararlarına ulaşmanın mümkün olmaması, doğal olarak açıklık ve şeffaflık konusunda şüphelerin doğmasına neden olmaktadır.

2. Bu kapsamda, Ulusal Dolaşım Yükümlülüğünün yerine getirilmesine yönelik bir ulusal dolaşım anlaşmasının Taraflar arasında iş bu tebligatın alınmasını müteakip en geç 30 gün içinde imzalanmasının bildirilmiş olduğu da dikkate alınarak;

406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun 10 uncu maddesi, Ulusal Dolaşım (Roaming) Anlaşması Yapılması ile İlgili Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 13 ve 14 üncü maddeleri ile geçici 1 inci maddesi ve 14.03.2002 tarih ve 4279-2278 sayılı Kurum İşlemi çerçevesinde doğmuş bulunan **ulusal dolaşım yükümlülüğünü** yerine getirmeyen Telsim A.Ş. hakkında Ulusal Dolaşım (Roaming) Anlaşması Yapılması ile İlgili Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 17 nci maddesi (b) bendi gereğince; adı geçen işletmecinin sekizyüzebeşyüzseksenmilyardiyüzdörtmilyondörtbiniyüzellilira (858.080.774.404.250) T.L. olan 2001 yılı cirosunun %1'i oranına tekabül eden sekiztrilyonbeşyüzseksenmilyarsekizyüzedimilyonyediyüz kırkdörtbinkırkçüçlira (8.580.807.744.043) T.L. İdari Para Cezası uygulanmasına,

Turkcell A.Ş.'nin durumunun ise Ulusal dolaşım ile ilgili tahkim davalarının neticesine göre aynı çerçevede ve eşitlik esasına göre ele alınmasına oy çokluğu ile karar verilmiştir.”⁸⁵

Benzer şekilde Turkcell aleyhine hükmedilen kararda ise;

“...1. Ulusal Dolaşım (Roaming) Anlaşması yapılması ile İlgili Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin Geçici 1 inci maddesi uyarınca, Turkcell A.Ş. bakımından Ulusal Dolaşım Yükümlülüğünün doğmuş ve söz konusu işletmecinin halihazırda Ulusal Dolaşım Yükümlülüğü olduğu,

2. Bu kapsamda, ulusal dolaşım yükümlülüğünün yerine getirilmesine yönelik bir ulusal dolaşım anlaşmasının Taraflar arasında iş bu tebligatın alınmasını müteakip en geç 30 gün içinde imzalanmasının bildirilmiş olduğu da dikkate alınarak;

406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun 10 uncu maddesi, Ulusal Dolaşım (Roaming) Anlaşması Yapılması ile İlgili Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 13 ve 14 üncü maddeleri ile geçici 1 inci maddesi ve 14.03.2002 tarih ve 4280-2279 sayılı Kurum işlemi çerçevesinde doğmuş bulunan **ulusal dolaşım yükümlülüğünü** yerine getirmeyen Turkcell A.Ş. hakkında Ulusal Dolaşım (Roaming) Anlaşması Yapılması ile İlgili Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 17 nci maddesi (b) bendi gereğince; adı geçen işletmecinin ikikatrilyonyüzseksenikitrilyonikiyüzonbeşmilyarotuzmilyonlira (2.182.215.030.000.000) T.L. olan 2001 yılı cirosunun %1'i oranına tekabül eden yalnız yirmibirtrilyonsekiyüzüymükimilyaryüzellimilyonüçyüzbinlira

⁸⁵ Telekomünikasyon Kurulu Kararı: Karar Tarihi: 08.12.2003, Toplantı No: 56, Karar No: 2003/545. Oy çokluğu ile alınan kararın karşı oy gerekçesine ulaşamadığımızdan muhalefetin içeriği hakkında bilgi sahibi olmak mümkün olmamıştır.

(21.822.150.300.000) T.L. İdari Para Cezası uygulanmasına oy çokluğu ile karar verilmiştir”⁸⁶.

Telekomünikasyon Kurumu etkin piyasa gücüne sahip olan işletmeleri ilgili yönetmeliğe göre⁸⁷ ilan ederken aralarında Turkcell ve Telsim’e de yer vermiştir⁸⁸.

Bütün bu gelişmeler devam ederken Aria ile Aycell’in birleştirilmesi çalışmaları başlamış ve birleşmeye yönelik yasal düzenleme yapılmıştır⁸⁹. Aycell’in bir başka şirket ile birleşmesi konusunu düzenleyen Yönetmelik⁹⁰ Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiş ve 15 Şubat 2004’te Aria ve Aycell arasında “*Birleşme Sözleşmesi*” imzalanmıştır.

Birleşmenin ardından Aria ve Aycell markalarının korunacağı, yeni şirkette Türk Telekom’un %40, İş Bankası’nın %20 ve İtalyan ortak olan TİM’in %40 hissesi olacağı, yönetimdeki ağırlığın ise Türk Telekom’da olacağı basında yer almış⁹¹, Aria ve Aycell’in birleşmesiyle oluşturulan TTI İletişim ve Haberleşme Hizmetleri A.Ş. faaliyete başlamıştır.

Yukarıda belirtilen gelişmeleri kısaca özetlersek “*zorunlu unsur*” konusu Telekomünikasyon Hukuku açısından, Turkcell ve Telsim’in, 406 sayılı Kanun’un 10 uncu maddesinde düzenlenen “*ulusal dolaşım konusunda sözleşme yapma zorunluluğuna*” na uymamaları, ulusal dolaşım (roaming) sözleşmesi

⁸⁶ Telekomünikasyon Kurulu Kararı: Karar Tarihi: 18.03.2004, Toplantı No: 16, Karar No: 2004/191. Oy çokluğu ile alınan kararın karşı oy gerekçesine ulaşamadığımızdan muhalefetin içeriği hakkında bir bilgiye sahip olamıyoruz.

⁸⁷ 03.06.2003 tarihli Etkin Piyasa Gücüne Sahip İşletmecilerin Belirlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ, Resmi Gazete Tarihi: 03.06.2003, Resmi Gazete Sayısı: 25127, 03.06.2003 tarihli Hakim Konumda Bulunan İşletmecilerin Belirlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ, Resmi Gazete Tarihi: 03.06.2003, Resmi Gazete Sayısı: 25127.

⁸⁸ Telekomünikasyon Kurulu Kararı, Karar Tarihi: 21.08.2003, Toplantı No: 34, Karar No: 2003/332, Konu: İlgili piyasalarda Etkin Piyasa Gücüne Sahip İşletmecilerin belirlenmesi, Resmi Gazete Tarihi: 11.9.2003, Resmi Gazete Sayısı: 25226.

⁸⁹ 4971 Sayılı Bazı Kanunlarda ve Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kabul Tarihi: 1.8.2003, Resmi Gazete Tarihi: 15.8.2003, Resmi Gazete Sayısı: 25200, 5071 Sayılı Telgraf ve Telefon Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kabul Tarihi: 21.1.2004, Resmi Gazete Tarihi: 29.01.2004, Resmi Gazete Sayısı: 25361.

⁹⁰ 406 Sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun Gecici 7 nci Maddesinin Uygulanmasına Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, Resmi Gazete Tarihi: 13.02.2004, Resmi Gazete Sayısı: 25372 – Mükerrer. Yönetmelikte amaç, kapsam, hukuki dayanak, tanımlar maddelerinin dışında lisans düzenlemesi, numara düzenlemesi, frekans düzenlemesi, imtiyaz sözleşmesinin yenilenmesi, protokoller, teminat, imtiyaz süresi, kapsama alanı ve devir yükümlülüğü, abonelik sözleşmeleri, numara değişikliklerinin duyurulması, tüketici haklarında meydana gelebilecek değişiklikler ve ilgili diğer hükümler yer almaktadır.

⁹¹ **Milliyet Gazetesi**, 15 Temmuz 2003.

imzalamaktan kaçınmaları ile ilgili olarak gündeme gelirken, Rekabet Hukuku açısından, birlikte hakim durumda kabul edilen Turkcell ve Telsim'in sahip oldukları alt yapı şeklindeki zorunlu unsurdan başkalarını yararlandırmamak şeklinde, hakim durumlarını kötüye kullanarak rekabeti ihlal etmeleri kapsamında gündeme gelmiştir.

3.1.2. Telekomünikasyon Sektöründe Zorunlu Unsur Doktrininin Uygulanması

Avrupa Birliği'nde Komisyon telekomünikasyon sektöründe rekabet hukuku kurallarının uygulanmasıyla ilgili olarak bir Duyuru kabul etmiştir⁹². Duyuru'da, "*zorunlu unsur*";

- makul araçlarla bir benzerinin kurulması imkansız olan ve
- teşebbüslerin faaliyetlerini sürdürmeleri için yararlanmalarının zorunlu olduğu/kaçınılmaz olan imkan ya da altyapılar olarak tanımlanmıştır.

Zorunlu unsurun bulunması durumunda operatörün anlaşma yapma zorunluluğunu ortaya çıkarmaktadır. Altyapıya sahip olan şebeke operatörünün anlaşma yapma yükümlülüğü altında olması için Duyuru'ya göre;

- girişe imkan vermek için yeterli kapasitenin olması,
- zorunlu unsuru kontrol eden teşebbüsün mevcut mal ve hizmet piyasasındaki talebi karşılamada yetersiz olması,
- potansiyel yeni bir mal ya da hizmetin sunulmasını engellemesi ya da mevcut veya potansiyel mal ve hizmetler üzerindeki rekabeti kısıtlaması gerekmektedir.
- Yine piyasaya giriş yapmak isteyen teşebbüs makul ve ayrımcı olmayan bir giriş fiyatı ödemeye hazır olmalı,
- ve nihayet reddetme eylemi için objektif, haklı bir gerekçe olmamalıdır.

Türk hukukunda telekomünikasyon sektöründe zorunlu unsur doktrininin uygulanması hem Telekomünikasyon Hukuku hem Rekabet Hukuku açısından "*ulusal dolaşımın sağlanması*" konusu ile birlikte gündeme gelmiştir. "*Ulusal dolaşım*" (*Roaming*), GSM işletmecilerinin aralarında yapacakları sözleşmelerle birbirlerinin şebekelerini kullanarak kapsama alanlarını genişletmeleridir. Rekabet Kurulu'nun konu ile ilgili kararında ise "*dolaşım*";

⁹² Commission Notice on the application of competition rules in telecommunication sectors, 1998, O.J.C.265.

“...bir GSM işletmecisinin abonelerinin, başka bir cep telefonu operatörünün altyapı hizmetlerinden, o operatörün kapsama alanında iken yararlanması”

olarak tanımlanmıştır⁹³.

Bu şekilde bir GSM işletmecisi kendi şebekesinin bulunmadığı bir bölgede diğer GSM işletmecisinin şebekesinden; aralarındaki anlaşma gereği belirli bir meblağ karşılığında, yararlanarak kapsama alanını genişletmektedir. “Ulusal dolaşım (roaming)” konusu Telekomünikasyon Hukukunda 406 sayılı Kanunun 4502 sayılı kanunla değiştirilen “FASIL 1: Temel İlkeler, Esaslar ve Tanımlar” kısmında;

“Bir işletmeciye ait hizmetlerin, teknik uyumluluk şartları saklı kalmak üzere, diğer bir işletmecinin müşterilerine ait ekipmanlar üzerinden çalışmasına veya bir diğer sisteme ara bağlantısına imkan sağlayan sistemlerarası dolaşım” olarak tanımlanırken, “ara bağlantı” ise; “iki ayrı telekomünikasyon şebekesi arasındaki telekomünikasyon trafiğinin gerçekleştirilmesini teminen iki şebekenin birbirlerine irtibatlandırılması”

olarak tanımlanmıştır.

4502 sayılı Kanunla 406 sayılı Kanunun 10 uncu maddesine getirilen değişikliğe göre ulusal dolaşım (roaming) konusunda anlaşma yapma zorunluluğu getirilmiştir. Buna göre;

“...**Bu madde hükümleri dahilinde, mobil telekomünikasyon, data veya Kurum’un belirleyeceği diğer hizmet veya altyapı işletmecileri, aynı alandaki diğer işletmecilerin müşterilerine ait ekipmanların kendi telekomünikasyon sistemleri üzerinden de çalışabilmesine izin verilmesine yönelik yapacakları makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkan dahilindeki roaming taleplerini karşılamakla yükümlüdürler.**

Kurum; ilgili işletmecilerin, uygun olduğu ölçüde kendi standart hüküm ve şartları içine dahil edebilecekleri, standart ara bağlantı referans ücret tarifeleri yayınlar ve gerektiğinde bunları değiştirir. Kurum, bu maddenin uygulanma esaslarını ve standart referans tarifeleri, ara bağlantı ve roaming anlaşmalarının tabi olduğu ayrıntıları gösteren yönetmelikler çıkarır ve standart referans tarifeleri, şebeke ara bağlantıları ve roaming ile ilgili anlaşmaların telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesinde ve altyapının işletiminde serbest rekabet engelleyici sonuçlara yol açmayacak tedbirleri alır, gerektiğinde 7.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde Rekabet Kurumu’na başvurabilir”.

Avrupa Birliği’nde genel olarak bütün sektörlerde (ilgili mevzuatta öngörülen istisnalar hariç) rekabet kurallarını uygulayan rekabet otoritesi

⁹³ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Dosya Sayısı: SR/02-13, Karar Sayısı: 03-40/432-186, Karar Tarihi: 9.6.2003.

Komisyon olduğu gibi, özel olarak telekomünikasyon sektöründe rekabet kurallarını uygulayan organ da Komisyon'dur. Nitekim yukarıda belirtildiği gibi Komisyon telekomünikasyon sektöründe rekabet hukuku kurallarının uygulanmasıyla ilgili olarak bir Duyuru kabul etmiştir. Diğer bir deyişle, sektörel düzenleyici kurum ile Komisyon'un yetkisinin çatışması söz konusu değildir.

Oysa Rekabet Kurulu'nun "*zorunlu unsur doktrini*" kapsamında bir değerlendirme yaptığı dağıtım sektörü ve bor olaylarından farklı olarak telekomünikasyon sektöründe aynı zamanda sektörel düzenleyici bir otorite de bulunmaktadır. Rekabet Kurumu'nun yanısıra telekomünikasyon sektöründe sektörel düzenleyici bir kurum olan Telekomünikasyon Kurumu'nun bulunması ve Telekomünikasyon Kurumu'nun ilgili mevzuatında da rekabete ilişkin bazı hükümlerin bulunması bu iki kurum arasındaki yetki ve görev ayırımı konusunu gündeme getirmiştir.

Sektöre özgü düzenleyici kurumların olmadığı piyasalarda Rekabet Kurulu'nun zorunlu unsur doktrinini uygulaması ve bunun sonucunda ihlali sona erdirmek için sözleşme yapma zorunluluğu getirmesinde tek yetkili organ olması nedeniyle bir sıkıntı yaşanmazken, düzenleyici kurumların olduğu piyasalarda; bu düzenleyici kurumların kendi ilgili mevzuatlarında özel hükümlerin bulunması ya da diğer bir ifade ile rekabete ilişkin bazı yetkiler verilmesi nedeniyle bir yetki karmaşası gündeme gelebilmektedir. Nitekim telekomünikasyon sektöründe böyle bir problem yaşanmıştır.

Turkcell ve Telsim şirketleri aleyhine Rekabet Kurumuna bir çok başvuru olmasına rağmen bu başvuruların hepsinde zorunlu unsur kavramı açıkça değerlendirilmemiştir. 4502 sayılı Kanunla "*ara bağlantı sağlama yükümlülüğünün*" kabul edilmesinden sonra Turkcell ve İş-Tim Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. (İş-Tim) arasında "*Şebekelerarası Ara Bağlantı Sözleşmesi*" imzalanmıştır. Bu sözleşme ile ilgili olarak Rekabet Kurulu'na, Turkcell ve İş-Tim arasında imzalanan "*Şebekelerarası Ara Bağlantı Sözleşmesine*" menfi tespit belgesi verilmesi talebiyle yapılan başvuruda, "*zorunlu unsur*" kelimesi kullanılmadan dolaylı olarak konu ele alınmıştır⁹⁴. Olayda 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 10 uncu maddesine 4502 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikle düzenlenen "*ara bağlantı sağlama yükümlülüğü*" kapsamında yapılan sözleşmeye menfi tespit belgesi verilmesi talep edilmiştir. Talepte bulunduğu sırada Telekomünikasyon Kurumu tarafından konunun ayrıntılarını düzenleyen bir yönetmelik çıkartılmamıştı. İlgili ürün pazarının

⁹⁴ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Dosya Sayısı: D2/1/E.Ö.-01/1 (Menfi Tespit), Karar Sayısı: 01-28/277-81, Karar Tarihi: 19.06.2001, Resmi Gazete Tarihi: 29.12.2001, Resmi Gazete Sayısı: 24625.

“GSM hizmetleri pazarı”, ilgili coğrafi pazarın “Türkiye Cumhuriyeti sınırları” olarak kabul edildiği olayda Rekabet Kurulu, sözleşmenin incelenmesi safhasında, 406 sayılı Kanununun 10 uncu maddesine 4502 sayılı Kanunla getirilen değişiklikle;

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

hükmü ile ara bağlantı yükümlülüğünün getirildiğini belirtmiştir. Rekabet Kurulu ara bağlantı sözleşmesi imzalanmadığı takdirde, piyasaya yeni giren bir işletmecinin bütün şebekeyi kendisi kurmadığı sürece, telekomünikasyon hizmeti sunmasının mümkün olamayacağını belirterek, amacı ara bağlantı sözleşmesi ile taraflardan herhangi birinin şebekesine gelen çağrının aranan abonenin telefon numarasına ya da aranan tarafın şebekesine bağlı başka bir telekomünikasyon şebekesine ulaştırılması olarak belirlenen, ara bağlantı sözleşmesinin 4054 sayılı Kanununun 4 ve 6 ncı maddelerine aykırılık teşkil etmediğine ve menfi tespit belgesi verilmesine karar vermiştir.

Rekabet Kurulu'nun daha sonraki bir kararında ise Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin (Türk Telekom) GSM alt pazarındaki faaliyetleri ile RKHK'yi ihlal ettiği şikayeti incelenmiştir⁹⁵. Türk Telekom, hisselerinin tamamı Hazineye ait olan ve özel hukuk hükümlerine tabi olan bir şirket olması itibarıyla RKHK kapsamında bir teşebbüstür. Şikayette bulunan Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.(Turkcell) dir. Olayda, ilgili pazar “GSM hizmetleri alt yapısı sağlama” pazarıdır ve bu pazarda Türk Telekom'un mevcut PSTN altyapısını kullanmadan GSM operatörlüğü faaliyeti yapılması söz konusu değildir. Olayda Telekom'un özel devre ve alt yapı kiralarnı fahiş olarak artırdığı ve Aycell'e farklı fiyat uygulayarak ayırmacılık yaptığı, Türk Telekom'un işletmelerle yaptığı özel devre kiralama sözleşmelerinin sürelerini; yasal tekel durumunun sona ermesinden sonra da fiili olarak tekel durumunu sağlayacak şekilde uzatmak istediği, kendisine ait santrallerden bir kısmında bulunan ve GSM operatörlerine ait cihazların tahliyesini istemek suretiyle GSM operatörlerinin faaliyetlerini zorlaştırdığı, Turkcell'in özel devre ve diğer altyapı taleplerini karşılamadığı, genel bir ifadeyle bu şekilde RKHK'nın 6 ncı maddesinde yer alan hakim

⁹⁵ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Dosya Sayısı: D2/1/F.T.-01/2 (Önaraştırma), Karar Sayısı: 01-41/411-105, Karar Tarihi: 28.8.2001, Resmi Gazete Tarihi: 01.04.2003, Resmi Gazete Sayısı: 25066.

durumun kötüye kullanıldığı iddia edilmiştir⁹⁶. “Zorunlu unsur” konusu bu kararda da açık bir şekilde incelenmemiş ancak, Türk Telekom’un baz istasyonları arasında, baz istasyonları ile santraller arasında ve GSM operatörlerinin birimleri arasında transmisyonu sağlamada tekel olduğu ve bu transmisyonu sağlamak zorunda olduğu ve GSM operatörlerinin bu hizmetleri Türk Telekom’dan almak zorunda oldukları, Türk Telekom’un; GSM operatörleri tarafından talep edilmesi halinde, arabağlantının sağlanmasında kullanılan özel devreleri temin etmek zorunda olduğu kararda yer almıştır.

Rekabet Kurulu’nun karşısına gelen bir başka olayda ise Türk Telekom Rekabet Kurumu’na şikayette bulunmuştur⁹⁷. Olayda, Doğan İletişim Elektronik Servis Hizmetleri A.Ş. (Doğan İletişim), Superonline Uluslararası Elektronik Bilgilendirme ve Haberleşme Hizmetleri A.Ş. (Superonline) ve Türk Nokta Net Bilgi Hizmetleri A.Ş.’nin sundukları portal hizmetlerini ücretlendirmeleri, ücretin ödenmemesi durumunda ise bu hizmeti kullanıma kapatmaları nedeniyle RKHK’yı ihlal ettikleri ileri sürülmüştür. Olayda, internet hizmetleri pazarı; internet servis sağlayıcılığı pazarı ve içerik hizmetleri pazarı olarak iki alt pazara ayrılarak incelenmiştir. Olayda, ilgili ürün pazarı internet üzerinden sağlanan içerik hizmetleri pazarı olarak belirlenirken, ilgili coğrafi pazar ise Türkiye Cumhuriyeti sınırları olarak tespit edilmiştir. “Zorunlu unsur” açısından önemli olan konu, olayda Kurul’un portal hizmetlerine erişimin, herhangi bir internet servis sağlayıcının faaliyetlerini sürdürebilmesi için zorunlu unsur olarak görülmediği yolundaki görüşüdür. Kurul ücretlendirme işleminin tüm internet servis sağlayıcıları abonelerini kapsayacak şekilde ayırım yapılmadan uygulanması nedeniyle RKHK’nın 4 ve 6 ncı maddelerine aykırılık teşkil etmediğine karar vermiştir.

Telekomünikasyon sektöründe **ulusal dolaşım (roaming)** ve zorunlu unsurla doğrudan ilgili olan karar ise Rekabet Kurulu’nun 9 Haziran 2003

⁹⁶ Olayda, özel devre ve altyapı kiralalarının fahiş oranlarda artırılması ve Aycell’e farklı uygulamada bulunularak ayrımcılık yapılması, Türk Telekom’un özel devre kiralama sözleşmelerinin süreleri ile yasal tekel süresini fiili olarak uzatmak istemesi, Türk Telekom’un santrallerinin bir kısmındaki GSM operatörlerine ait olan cihazların tahliyesi vasıtasıyla GSM operatörlerinin faaliyetlerinin zorlaştırılması ve Turkcell’in özel devre ve diğer altyapı taleplerinin karşılanmaması konularındaki iddialar, Önerştirmede ayrıntılı bir şekilde incelenerek sonuçta RKHK’nın 6 ncı maddesinde yer alan hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin herhangi bir tespiti ulaşılamaması nedeniyle, Türk Telekom hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığına OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

⁹⁷ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Dosya Sayısı: D2/1/Ö.İ./02-01, Karar Sayısı: 02-09/89-40, Karar Tarihi: 19.02.2002, Resmi Gazete Tarihi: 20.06.2003, Resmi Gazete Sayısı: 25144.

tarihinde taraflara açıkladığı karardır⁹⁸. Olayda, İş-Tim Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. (İş-Tim) 25.12.2001 tarihinde Rekabet Kurulu'na, Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. (Turkcell) ve Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. (Telsim) aleyhine şikayette bulunmuştur. Şikayet konusu, Turkcell ve Telsim'in, İş-Tim'in ulusal dolaşım (roaming) talebini kabul etmeyerek RKHK'yı ihlal ettikleri iddiasıdır. İş-Tim, ulusal dolaşım talebinin reddedilerek RKHK'nın "*Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*" başlığını taşıyan 6 ncı maddesinin (a)⁹⁹ ve (e)¹⁰⁰ bentlerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. İş-Tim, rekabeti bozucu uygulamaların tespitini sağlamak ve bu uygulamaları engellemek için RKHK'nın öngördüğü tüm tedbirlerin alınmasını ve 9 uncu maddeye göre geçici tedbir olarak ulusal dolaşıma başlatma kararı verilmesini, kendisine karşı yapılan uygulamanın o güne kadar sebep olduğu ve ulusal dolaşım yürürlüğe girene kadar sebep olacağı zararların tazmininin sağlanması için gerekli tespitlerin yapılmasına karar verilmesini talep etmiştir. Rekabet Kurulu kendisine yapılan başvuru üzerine 2813 sayılı Telsiz Kanunu'nun 7 nci maddesi gereğince; telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak yapacağı inceleme ve tetkiklerde ve birleşme ve devralmalara ilişkin olarak vereceği kararlar da dahil olmak üzere telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak vereceği tüm kararlarda, öncelikle Telekomünikasyon Kurumu'nun görüşünü ve yapmış olduğu genel düzenleyici işlemleri dikkate almak zorunda olduğundan bu doğrultuda konuya ilişkin olarak Telekomünikasyon Kurumu'ndan görüş talep etmiştir. Yapılan inceleme ve Telekomünikasyon Kurumu'nun görüşü de dikkate alınarak; olayda ulusal dolaşım talebinin reddedilmesi söz konusu olduğundan, ulusal dolaşımın piyasaya yeni girecek olan teşebbüsler için zorunlu unsur olarak kabul edildiği ve yeni girecek olan teşebbüsle ulusal dolaşım anlaşması yapılmasının reddedilmesi yoluyla hakim durumun kötüye kullanılması söz konusu olabileceğinden, ciddi ve yeterli kanıtların olduğundan bahisle soruşturma açılmasına, tedbir talebinin ise soruşturma aşamasında değerlendirilmesine karar verilmiştir.

Soruşturma kapsamında taraflar; mahkemelerden alınan tedbir kararları nedeniyle Rekabet Kurulu'nun karar alma yetkisinin olmadığını, telekomünikasyon alanında ulusal dolaşım, hakim durumunun belirlenmesi gibi

⁹⁸ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Dosya Sayısı: SR/02-13 (Soruşturma), Karar Sayısı: 03-40/432-186, Karar Tarihi: 9.6.2003.

⁹⁹ Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un "*Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*" 6 ncı maddesinin "a" bendine göre; "...a) Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler" kötüye kullanma halleri arasında sayılmıştır.

¹⁰⁰ Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un "*Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*" 6 ncı maddesinin "a" bendine göre; "...Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması" hakim durumun kötüye kullanılması halleri arasında yer almıştır.

konularda Rekabet Kurulu'nun değil Telekomünikasyon Kurumu'nun yetkili olduğunu, Rekabet Kurulu'nun ilgili pazar tespitinin doğru olmadığını, yine birlikte hakim durum tespitinin doğru olmadığını, zorunla unsura erişim konusunda birlikte red eyleminin bulunmadığını, ulusal dolaşım konusunda zorunlu unsurun söz konusu olmadığını, unsurun alternatifinin kurulmasının mümkün olduğunu, ekonomik zorluk ve maliyetlerin giriş engeli olması şeklinde bir zorluk olmadığını, talebin karşılanmasında teknik kısıtlamaların olduğunu, yeterli boş kapasite olmadığını, Rekabet Kurulu'nun önceden Ulaştırma Bakanlığı'na verdiği Görüşte, ulusal dolaşımın yasaklanmasını talep ederken şimdi tam tersi bir görüşte olduğunu, kendilerinden ulusal dolaşımın talep edilmediğini, İş-Tim'in kendilerinin sahip olduğu unsurdan adeta bedava yararlanmak istediğini savunmalarında ileri sürmüşlerdir.

Rekabet Kurulu kararının, yetki konusu başta olmak üzere, ileri sürülen tüm iddialar dikkate alınarak ayrıntılı bir şekilde incelenmesi gerekmektedir. Ancak değerlendirme yapmadan önce taraflardan Telsim'in savunmasında yer verdiği ve Turkcell-Telsim olayının gündeme gelmesinden önce Rekabet Kurumu tarafından Ulaştırma Bakanlığı için hazırlanan Görüş'te¹⁰¹ "*ulusal dolaşımın*" yasaklanmasını isterken, kendi olaylarının gündeme gelmesinden sonra ise önceki Görüşünün tam tersine ulusal dolaşımın zorunlu unsur olarak kabul edilmesini istediği şeklindeki iddasını incelemek gerekmektedir. Rekabet Kurulu'nun Ulaştırma Bakanlığı'na verdiği Görüş'te;

"...tamamen ticari nitelik gösteren "ulusal dolaşım" sözleşmelerinin ...yatırım yaparak kendi şebekesini kurmuş teşebbüslerin "kendi kar-zarar hesabı sonunda, kendi iradesi ile" imzalanabileceği ve "roaming" anlaşmalarının zorunlu tutulması"nın "piyasaya yeni girecek teşebbüsü de çok büyük yatırım maliyetinden kurtarması nedeniyle rakipleri karşısında avantajlı" duruma geçireceğini ve "rekabeti bozucu bir durum" yaratacağını, bu nedenle de, "zorunluluğun bu aşamada getirilmesi uygun olmayacağı"

yer almıştır¹⁰². Rekabet Kurulu daha sonra ulusal dolaşım ile ilgili kararında bu görüşünden dönmüş ve önceden ilk Görüşünü belirttiği dönemde ulusal dolaşıma karşı çıkılmasının nedeni olarak;

"...Prensip olarak, ulusal dolaşımın "ex ante" olarak düzenlenmesinin yerinde olmadığı gerekçesiyle, 4502 sayılı Kanunun çıkarılması sırasında ulusal dolaşımın yer almaması yönünde görüş hazırlanmıştır. Bu görüş telekomünikasyon sektörünün dinamik bir sektör olması ve pazar koşullarının sürekli değişmesine dayanmaktadır.

¹⁰¹ Rekabet Kurulu tarafından Ulaştırma Bakanlığı'na gönderilen 26.11.1998 tarih ve 2439 sayılı Görüş.

¹⁰² Aktarılan kısım için bkz. Mehmet Ali İnceefe, Rekabet Kuralları ve Sektörel Düzenlemeler Üzerine Kuramsal ve Pratik Açısından Özel Bir İnceleme: ULUSAL DOLAŞIM, s. 2.

Rekabet Kurumunun görüşünde kastedilen; ulusal dolaşımın bir otorite tarafından öncelikle zorunlu tutulmaması, sürecin tarafların müzakerelerine bırakılması, şayet bir rekabet ihlali ortaya çıkar ise devreye “ex-post” olarak girilmesinin gerektiği yönündedir..”

şeklindeki gerekçeleri ileri sürmüştür¹⁰³. Kararda, bu görüşün o günün şartlarına göre alındığı belirtilerek, Avrupa Birliği’nde telekomünikasyon sektöründe de kriz nedeniyle önceden üçüncü nesil hizmetler için ayrı bir şebeke kurulmasının zorunlu tutulması söz konusu iken, kurulum için sektördeki yüksek maliyetler nedeniyle altyapıda ortaklık anlaşmalarına muafiyet verilmeye başlanması şeklinde bir fikir değişikliğinin olduğu dayanak olarak alınırken, Rekabet Kurumu’nun hızlı gelişme ve değişimlerin yaşandığı telekomünikasyon sektöründeki görüş değişikliğinin piyasanın bugünkü şartlarına uygun olduğu ifade edilmiştir. Rekabet Kurumu’nun; tıpkı diğer kurumlar gibi, yeni gelişme ve değişimler karşısında oluşan piyasa şartlarına, rekabet yapısına göre görüş değiştirmesi mümkündür. Rekabet Kurulu önceden bildirmiş olduğu görüşü, haklı gerekçelerin bulunması durumunda sonradan değiştirebileceği gibi, Rekabet Kurulu kararlarında da görüş değişikliği ortaya çıkabilir. Mahkeme kararlarındaki duruma benzer şekilde daha önce Rekabet Kurulu’nun bazı kararlarında görüş değişikliğine gittiği görülmüştür¹⁰⁴. Rekabet Hukuku zaten Avrupa Birliği uygulamasında case law (vaka hukuku, içtihat hukuku) şeklinde gelişen bir alandır ve somut olaylara göre yeni koşulların gündeme gelmesi söz konusudur. Buna göre, Kurulun ulusal dolaşımın önceden zorunlu tutulmaması şeklindeki ilk görüşünün gerekçesinde yer alan; önceden ulusal dolaşımın bir otorite tarafından zorunlu tutulmaması, sürecin tarafların müzakerelerine bırakılması, şayet bir rekabet ihlali ortaya çıkar ise devreye “ex-post” olarak girilmesinin gerektiği şeklindeki gerekçelerinde haklılık payı bulunmaktadır. Nitekim görüş gerekçesi, RKHK’da zorunlu unsur konusunun düzenlememesi ve ortaya çıkan durumlara, rekabet ihlallerine göre Rekabet Kurulu’nun, doktrini uygulaması şeklindeki hareket tarzı ile de uyum içerisindedir. Rekabet Kurulu’nun görüşüne rağmen, Telekomünikasyon Kurumu tarafından ulusal dolaşım konusunda sözleşme imzalanması zorunluluğu ile ilgili düzenleme yapılmıştır. Bu durumda ulusal

¹⁰³ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Dosya Sayısı: SR/02-13 (Soruşturma), Karar Sayısı: 03-40/432-186, Karar Tarihi: 9.6.2003.

¹⁰⁴ Farklı görüşteki kararlar için bkz. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 42/278-23, Karar Tarihi: 10.12.1997, Resmi Gazete Tarihi: 17.11.1998, Resmi Gazete Sayısı: 23526, Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 99-12/93-35, Karar Tarihi: 03.03.1999, Resmi Gazete Tarihi: 10.09.1999, Resmi Gazete Sayısı: 23812. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Pelin Güven, **Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi**, s. 181 vd.

dolaşım konusu telekomünikasyonla ilgili mevzuatta açıkça düzenlendiğinden kanunen sözleşme yapma zorunluluğu bulunmaktadır.

Ulusal dolaşım ile ilgili soruşturma kapsamında, telekomünikasyon sektörü içerisinde yer alan GSM hizmetleri sektörü ayrıntılı bir incelemeye tabi tutulmuştur. Bu çerçevede olayda telekomünikasyon hizmetlerinde; büyük hacimde ve değişik nitelikte hizmet tüketmeleri nedeniyle erişim hizmetlerini toptan satın alan kurumsal kullanıcılar ile birbirine benzer nitelikteki hizmetleri tüketen daha küçük hacimli yerel kullanıcılar arasında bir ayırım yapılmıştır. Olayda **ilgili ürün pazarları GSM altyapı hizmetleri (duapol) pazarı ve GSM hizmetleri (oligopol) pazarı olarak, ilgili coğrafi pazar ise Türkiye Cumhuriyeti olarak kabul edilmiştir.** GSM altyapı hizmetleri pazarı ile son kullanıcılara sunulan hizmetleri kapsayan GSM hizmet pazarı birbirlerinden farklı pazarlardır ve GSM altyapı hizmetleri bu anlamda üst pazar konumunda iken GSM hizmetleri ise alt pazarı oluşturmaktadır. GSM altyapı hizmetleri kullanılarak GSM hizmetleri sunulabilmektedir. GSM hizmetlerinin sunulmasında baz istasyonları, bu baz istasyonlarını kontrol istasyonları ve GSM santrallerinden oluşan altyapı, şebeke önem taşımaktadır.

GSM hizmetleri şeklindeki kablosuz telekomünikasyon hizmetlerinin sunulabilmesi için kullanıcının bulunduğu yere hizmet vermek üzere bir baz istasyonunun yerleştirilmesi gereklidir. GSM piyasasında faaliyet kapasitesi yine tahsis edilecek frekans kaynağı ile de sınırlıdır. Frekans tahsisi yapılsa bile bu sektörde faaliyette bulunmak için yukarıda belirtilen bir altyapıya, şebekeye sahip olmak gerekmektedir. Şebekenin kapsama alanı ne kadar genişse kullanıcı açısından tercihi o denli yüksek olacaktır. Daha önceden piyasada faaliyette bulunan teşebbüsler varsa ve kendi şebekelerini kurmuşlarsa piyasaya yeni girmek isteyen teşebbüs ya da teşebbüsler bundan yararlanmak istediklerinde “*dolaşım*” konusu bir sorun olarak ortaya çıkabilecektir. “*Dolaşım*”, uluslararası dolaşım, bölgelerarası dolaşım ve ulusal dolaşım olarak üç başlık altında ele alınabilir. Olayda *ulusal dolaşım* konusu gündeme gelmiştir. Piyasaya yeni girmek isteyen bir teşebbüs ya kendi şebekesini, alt yapısını kuracak ya da mevcut şebekeden yararlanmak için ulusal dolaşım anlaşması imzalayacaktır¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Cep telefonu hizmetlerinde ulusal dolaşımın sağlayacağı faydalar kararda; “*Birbirine yakın büyüklükte kapsama alanına sahip işletmeciler yoluyla piyasada rekabetin artması, altyapının daha etkin kullanılması, çevrenin daha az kirletilmesi, kısıtlı kaynak niteliğindeki frekans bandının daha etkin kullanımı, frekans bandının daha değerli kılınması*” olarak belirlenirken olası zararları ise; “*daha iyi altyapı sağlamaya yönelik rekabetin kısıtlanması, kapsama alanını genişletmek yönündeki motivasyonu azaltması*” olarak belirtilmiştir. Yine ulusal dolaşım hizmetinden faydalanmak isteyen yeni teşebbüsün; “*Kendi altyapısı ile sağlanan kapsama alanı dışındaki elde edilecek abonelerden gelen gelirler, dolaşım ile sağlanan kapsama alanında*

Rekabet Kurumu raporörleri, Turkcell ve Telsim'in bu pazarda birlikte hakim durumda bulunduğunu, İŞ-TİM'in GSM hizmetleri pazarına girebilmesi için kendi altyapısını hemen oluşturmasının mümkün olmadığını, Turkcell ve Telsim'in altyapılarının "zorunlu unsur" olduğunu ve bu unsurdan yararlanmak isteyen İŞ-TİM'in talebinin objektif gerekçelere dayanmadan reddedildiğini bu nedenle de Turkcell ve Telsim'in, İŞ-TİM'in GSM telekomünikasyon altyapı hizmetlerinden ulusal dolaşım kapsamında yararlanmak istemesi teklifini objektif gerekçelere dayanmadan reddetmelerinin RKHK'nın 6 ncı maddesinin "a" bendi kapsamında hakim durumun kötüye kullanılması olduğunu ve Kanun'un 16 ncı maddesi gereğince idari para cezası ile cezalandırılmaları gerektiğini belirtmişlerdir. Yine ihlal edilen piyasalardaki rekabetin yeniden sağlanması için alınacak tedbirler kapsamında ise;

"...1- Soruşturmanın gerekçeli kararının Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihten başlamak üzere "varsa" İŞ-TİM'in ulusal dolaşım ile ilgili talebini ayrıntılı bir şekilde Rekabet Kurumu ile Turkcell ve Telsim'e bir hafta içinde bildirmesi, Turkcell ve Telsim'e bildirimde bulunduğunu Rekabet Kurumuna belgelendirmesi. İŞ-TİM'in diğer işletmecilere bildireceği bu talebinde, anlaşma süresine ilişkin olarak süre bitim tarihinin (altyapı yükümlülüğüne ilişkin süre sonu olan) 27.10.2005 tarihinden daha sonraki bir tarih olmaması (bu süreden sonra ulusal dolaşım yapmak tarafların isteğine ve 406 sayılı kanun hükümlerine tabi olacaktır),

2- i) Yukarıdaki madde gereği İŞ-TİM'in talebinin Turkcell ve Telsim'e tebliğ tarihinden itibaren en fazla 10 gün içinde, İŞ-TİM ile Turkcell ve İŞ-TİM ile Telsim arasında ulusal dolaşım anlaşması koşullarının müzakere edilmesi, mutabakata varılan işletme ile anlaşma yapılması,

ii) Belirtilen sürede iki işletme ile de mutabakata varılamaması halinde, takip eden 4 gün içinde yapılan görüşmeler ile mutabakata varılan ve varılmayan hususları belirlemek üzere her iki işletme için ayrı ayrı düzenlenecek raporun, İŞ-TİM tarafından Rekabet Kurumuna ve Telekomünikasyon Kurumuna bildirilmesi ve Telekomünikasyon Kurumuna yapılan bildirimden Rekabet Kurumuna belgelendirilmesi,

iii) Telekomünikasyon Kurumu tarafından o günkü koşullara göre belirlenecek ve taraflara bildirilecek hüküm ve şartlar dahilinde, bu hususun kendilerine tebliğ tarihinden itibaren 10 gün içinde, İŞ-TİM ile Turkcell veya İŞ-TİM ile Telsim arasında anlaşma yapılması,

bulunan abonelere doğru yapılacak aramalardan oluşacak ilave gelirler, daha fazla kapsama alanı ile ulaşılabilecek ölçek ekonomileri ve pazarlama gibi genel giderler konusunda sağlanacak verimlilik artışları, kapsama alanının artışı nedeniyle yeni abone edinmedeki kolaylık" şeklinde fayda elde edeceği kararda yer alırken, hizmeti sunan GSM operatörünün ise, " dolaşım dolayısıyla oluşacak ilave trafik üzerinden sağlanacak gelirler, dolaşım hizmeti sunularak piyasadan hizmet almaya başlayacak yeni abonelerin yaratacağı arabağlantı gelirleri" şeklinde fayda elde edeceği kararda yer almıştır. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Dosya Sayısı: SR/02-13, Karar Sayısı: 03-40/432-186, Karar Tarihi: 9.6.2003.

iv) *Belirtilen sürede anlaşma yapılamaması halinde İŞ-TİM tarafından Turkcell ve Telsim'in anlaşma yapmayı reddettiklerinin İŞ-TİM tarafından Rekabet Kurumuna bildirilmesi,*

3- Yukarıda 2. madde hükmünün, Turkcell ve Telsim tarafından süresi içinde yerine getirilmemesi halinde, her iki işletmeci hakkında kendilerine B (iii) bendinde tanınan 10 günlük sürenin bittiği tarihten itibaren 4054 sayılı Kanunun 17. maddesinin (a) bendi ve içinde bulunulan yıl için Rekabet Kurulu tarafından para cezalarının yeniden değerlendirilmesinde artırılmasına ilişkin olarak yayımlanan Tebliğ uyarınca süreli para cezası uygulanması gerektiği”

raporda belirtilmiştir.

Rekabet Kurulu ise raportörlerin bu görüşüne karşılık; öncelikle RKHK kapsamında rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı eylemlere karşı telekomünikasyon sektöründe de görevli ve yetkili olduğunu belirtirken, Turkcell ile Telsim'in GSM telekomünikasyon altyapı hizmetleri pazarında birlikte hakim durumda bulduklarını ve ilgili pazarda Turkcell ve Telsim'e ait olan altyapıların, GSM hizmetleri piyasasında faaliyet gösteren teşebbüslerin piyasaya girişleri aşamasında “zorunlu unsur” niteliğinde olduğunu kabul etmiştir. Turkcell ile Telsim'in birlikte davranarak hakim durumda oldukları GSM telekomünikasyon altyapısından, rakiplerinin yani İş-Tim'in ulusal dolaşım (roaming) yoluyla yararlanma talebini objektif gerekçelere dayanmadan reddederek RKHK'nın hakim durumun kötüye kullanılmasıyla ilgili olan 6 ncı maddesini ihlal ettiklerine oyçokluğu ile karar verilmiştir. Rekabet Kurulu kastın varlığı, kusurun ağırlığı ve Turkcell ve Telsim'in pazardaki güçleri ve muhtemel zararın ağırlığını dikkate alarak Turkcell'e 2001 yılı net satışlarının yüzde biri oranında olan 21.822.150.300.000 TL idari para cezası verilmesine, Telsim'e ise yine 2001 yılı net satışlarının yüzde biri oranında olan 8.580.807.700.000 TL idari para cezası verilmesine oy çokluğu ile karar vermiştir. İhlale son verilmesi kapsamında ise ihlale nasıl son verileceğinin ve ilgili pazarlarda rekabetin yeniden tesisi için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışların, telekomünikasyon sektöründe ilgili düzenlemeleri yapmakla görevli Telekomünikasyon Kurumu tarafından saptanmasının yerinde olacağına ve anılan Kurum tarafından belirlenecek koşulların Rekabet Kurumu'na iletilmesinin ardından, Rekabet Kurulu'nca da benimsenmesi koşuluyla 4054 sayılı Kanun'un 9/1¹⁰⁶ inci maddesi doğrultusunda ilgili taraflara bildirilmesine yine oy çokluğu ile karar verilmiştir¹⁰⁷.

¹⁰⁶ 4054 Sayılı RKHK'nın “İhlale Son Verme” başlığını taşıyan 9 uncu maddesinin 1 inci fıkrasına göre: “Kurul, ihbar, şikayet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya resen bu Kanunun 4, 6 ve 7 inci maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine bu Kanunun Dördüncü kısmında belirtilen hükümler çerçevesinde, rekabetin tesisi ve ihlalden

Rekabet Kurumu kararını verirken gerekçe ve hukuki dayanak olarak;

- Ulusal dolaşımın; pazara giriş maliyetlerinin yüksek olması nedeniyle, pazara yeni giren teşebbüslerin kapsama alanından yararlanmalarının sağlanması sonucunda yeni giren teşebbüslerin de abone kaydederek önceki operatörler gibi abonelerden elde ettikleri gelirlerle yatırımlarını finanse etmelerine olanak sağlayacak olması,

- Turkcell ve Telsim tarafından ulusal dolaşımın sağlanması karşılığında talep edilen ücretlerin hizmetin sağlanmasının reddi anlamına gelecek şekilde yüksek olduğu,

- İş-Tim ve Aycell ile imzalanan lisans sözleşmelerinde nüfusu 10.0000'den fazla olan yerlerin 2 yıl içinde %50'sinin, 5 yıl içinde %90'ının kapsama alanına alınacağı yer aldığından bu şartın pazara yeni giriş yapacak olan teşebbüslerin kendi yatırımlarını yapmalarını sağlayacağı, diğer bir ifade ile yatırım yapmaktan kaçınmalarına engel olacağı,

- Turkcell ve Telsim'in GSM altyapı hizmetleri pazarında birlikte hakim durumda oldukları,

- İş-Tim'in Turkcell ve Telsim ile rekabet edebilecek duruma gelene kadar altyapıdan yani ulusal dolaşımdan yararlanmak zorunda olduğu ve Turkcell ve Telsim'in altyapısına alternatif olabilecek başka bir unsurun bulunmadığı,

- Turkcell ve Telsim'in objektif gerekçeler olmadan İş-Tim'in zorunlu unsura erişimini reddetmelerinin RKHK'nın 6 ncı maddesinin (a) bendi kapsamında; *"Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler"* şeklinde birlikte hakimiyetin kötüye kullanılması olduğu şeklindeki gerekçeler yer almıştır.

Oyçokluğu ile alınan kararın karşı oy gerekçelerinde ise;

- para cezasına hükmedilmesinde ağırlaştırıcı unsurların yer almadığı,
- olayda zorunlu unsurun söz konusu olmadığı, Avrupa Birliği'nde dahi zorunlu unsur uygulamasının tartışmalı olduğu,
- ulusal dolaşımdan yararlanmanın tamamen ekonomik bir olay olduğu,
- teşebbüslerin işbirliği içerisinde olduklarının ispat edilemediği,

önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararı bildirir.

¹⁰⁷ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Dosya Sayısı: SR/02-13, Karar Sayısı: 03-40/432-186, Karar Tarihi: 9.6.2003.

- olayda Telekomünikasyon Kurumu'nun yetkili olduğu,
- Telekomünikasyon Kurulu kararına karşı hukuki yolların geçişmesinin Rekabet Hukuku açısından önem taşımadığı ve ihlal için bir gerekçe olmadığı,
- kendi altyapısını oluşturana kadar zorunlu unsurun kabulünün söz konusu olamayacağı, diğer bir ifade ile taahhüt gereği üç yıl sonra ortadan kalkacak olan bir durum için zorunlu unsurun söz konusu olamayacağı,
- her iki teşebbüs tarafından talebin reddinin söz konusu olmadığı,
- Rekabet Kurumu tarafından, ihlale son verilmesi için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışların Telekomünikasyon Kurumu tarafından yapılması şeklindeki kararıyla Telekomünikasyon Kurumu'nun işlem yapmaya zorlanamayacağı, bu Kurumun yaptığı işlemin Rekabet Kurumu tarafından benimsenmesinin yasal bir dayanağı olmadığı,
- gerçek pazarın bölünerek altyapı pazarı şeklinde ayrı bir pazar oluşturulamayacağı,
- Rekabet Kurulu'nun ihlali tespit etmesi halinde RKHK gereğince ihlale nasıl son verileceğini de göstermek zorunda olduğu, ilgili düzenlemelerin Telekomünikasyon Kurumu tarafından yapılmasının öngörülmesinin buna çelişki oluşturduğu ve kamu kurumlarının yetki ayrımını zedeleyeceği, böyle bir onaylı tedbirin RKHK'da olmadığı, Rekabet Kurulu'nun, Telekomünikasyon Kurumu kararlarını uygunluk açısından denetleme yetkisinin olmadığı, ihlale son verme konusunda Telekomünikasyon Kurumu'nun yetkisi söz konusu ise Rekabet Kurumu'nun yetkisinin olmadığı yer almıştır¹⁰⁸.

Kararın; tarafların iddiaları, raportörlerin görüşü, sonuç kısmı ve karşı oy gerekçeleri ışığında ayrıntılı olarak değerlendirilmesi gerekir.

İddialardan biri tarafların mahkeye başvurup ihtiyati tedbir kararı almaları karşısında Rekabet Kurulu'nun karar alamayacağıdır. Söz konusu olayda taraflar, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'na dayanarak¹⁰⁹;

¹⁰⁸ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Dosya Sayısı: SR/02-13, Karar Sayısı: 03-40/432-186, Karar Tarihi: 9.6.2003.

¹⁰⁹ 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu, Kabul Tarihi: 21.6.2001, Resmi Gazete Tarihi: 5.7.2001, Resmi Gazete Sayısı: 24453. Kanunun "*İhtiyati tedbir veya ihtiyati haciz*" başlıklı 6 ncı maddesinin ilgili kısmına göre;

"Taraflardan birinin, tahkim yargılamasından önce veya tahkim yargılaması sırasında mahkemeden ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz istemesi ve mahkemenin böyle bir tedbire veya hacze karar vermesi, tahkim anlaşmasına aykırılık teşkil etmez.

“tahkim yoluna başvuracakları gerekçesiyle”; 4686 sayılı Kanunun 3 üncü maddesine göre yetkili asliye hukuk mahkemesinden ihtiyati tedbir talep etmiş ve bu yönde karar almışlardır. 4686 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinde tarafların yetkili mahkemeden ihtiyati tedbir alabilecekleri yer alırken hangi durumlarda ihtiyati tedbir kararının alınabileceği açıklanmamıştır. Yine aynı maddenin devamında yer alan “*Tarafların, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile İcra ve İflas Kanununa göre istemde bulunma hakları saklıdır...*” hükmüne ve 17 nci maddesinde yer alan; “*Bu kanunda düzenlenen konularda, aksine hüküm bulunmadıkça, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanmaz...*” hükmünü bu kapsamda değerlendirdiğimizde hangi durumlarda ihtiyati tedbir kararı alınacağına ilişkin bu kanunda bir açıklık bulunmadığından, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun (HUMK)¹¹⁰ ilgili 103 üncü maddesine bakmamız gerekir. Maddeye göre;

“101 ve 102’nci maddelerde gösterilen hallerden başka tehirdede tehlike olan veya mühim bir zarar olacağı anlaşılan hallerde tehlike veya zararı defî için hakim icap eden ihtiyati tedbirlerin icrasına karar verebilir”

Bu kapsamda mahkemeye başvurmak mümkün olduğundan mahkemeden alınan tedbir kararına da uymak zorunludur. Tedbir kararına uyulmaması halinde HUMK’nın 113/A maddesi uyarınca ceza uygulanması söz konusudur. 113/A maddesi kapsamında; ihtiyati tedbir kararının uygulanması dolayısıyla verilen emre uymayan veya o yolda alınmış tedbire aykırı davranışta bulunan kimse, eylemi Türk Ceza Kanunu’na göre daha ağır bir cezayı gerektirmediği taktirde, aidolduğu ceza mahkemesince bir aydan altı aya kadar hapisle cezalandırılır. Yine Anayasa’nın 138 inci maddesinin son fıkrasına göre; yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.

Bu kapsamda yetkili mahkeme tarafından alınmış bir ihtiyati tedbir kararı varken Rekabet Kurulu’nun soruşturmaya devam edip edemeyeceği ve bunun sonucunda da karar alıp alamayacağı konusu gündeme gelmektedir. Nitekim Kurul’un ulusal dolaşım kararında konu ayrıntılı olarak incelenmiştir. Mahkemeye yapılan başvuruda ihtiyati tedbir kararının konusunu; Telekomünikasyon Kurulu tarafından kabul edilen ve 406 sayılı Telgraf ve

Tahkim yargılaması öncesi veya tahkim yargılaması sırasında taraflardan birinin istemi üzerine mahkemece verilen ihtiyati tedbir ya da ihtiyati haciz kararı, hakem veya hakem kurulu kararının icra edilebilir hale gelmesiyle ya da davanın hakem veya hakem kurulu tarafından reddedilmesi halinde kendiliğinden ortadan kalkar”.

¹¹⁰ 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Kabul Tarihi: 18.06.1927, Resmi Gazete Tarihi: 2-3-4.7.1927, Resmi Gazete Sayısı: 622, 623, 624.

Telefon Kanunu'nun 10 uncu maddesine dayanılarak çıkartılan düzenlemelerin taraflar hakkında uygulanmaması, tarafların tahkim yoluna başvuracakları şeklindeki talepleri teşkil etmektedir (Olayda taraflar Turkcell, Telsim ve Telekomünikasyon Kurumu'dur). Mahkeme de zaten her iki tarafın yani Turkcell ve Telsim'in başvurularında benzer şekilde, aleyhine tedbir talep edilen Telekomünikasyon Kurumu'nun ulusal dolaşım ile ilgili düzenlemelerinin ihtiyati tedbir isteyen şirket yönünden uygulanmasının durdurulmasına ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Yasasının 10/2 maddesi uyarınca ihtiyati tedbir isteyen tarafından 30 gün içinde tahkim davası açılmadığı takdirde tedbir kararının kendiliğinden ortadan kalkmasına karar vermiştir. Dolayısıyla tedbir kararı, Telekomünikasyon Kurumu tarafından kabul edilen ilgili düzenlemelerin uygulanmaması ve sözleşmelerde tahkim şartı kabul edilmiş olduğu için tahkime başvurulmasını kapsamaktadır. Kararın taraflar dışındaki üçüncü muhatabı Telekomünikasyon Kurumudur. Oysa ki Rekabet Kurulu'nun yetkileri Telekomünikasyon Kurumu düzenlemelerine değil, Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna (RKHK) dayanmaktadır. Telekomünikasyon Hukuku ile ilgili mevzuat ve Rekabet Hukuku ile ilgili mevzuatın amacı ve kapsamı birbirinden farklıdır. Rekabet Kurulu rekabet ihlalinin olup olmadığı konusunda soruşturma yaparken RKHK'ya dayanmaktadır. Sonuç itibarıyla mahkemenin ihtiyati tedbir kararı Rekabet Kurulu'nun soruşturma yaparak karar almasına engel oluşturmayacaktır. Mahkemenin verdiği tedbir kararı RKHK'nın uygulanması ve Rekabet Kurulu'nun bu kapsamdaki işlemleri ile ilgili olmadığından, Rekabet Kurulu kendi soruşturmasına devam edebilecek ve ilgili kararları alabilecektir. Nitekim Rekabet Kurulu'nun ulusal dolaşım ile ilgili kararında da;

"... Turkcell ve Telsim başvuruları üzerine verilen ihtiyati tedbir kararlarında, bu kararların muhatabı olarak, doğal bir şekilde, hakkında tedbir kararı istenen Telekomünikasyon Kurumu gösterilmektedir. Dolayısıyla Turkcell ve Telsim ile Telekomünikasyon Kurumu arasındaki imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklandığı adli mahkemelerce kabul edilen uyuşmazlığa ilişkin bu ihtiyati tedbir kararlarının muhatabının Rekabet Kurulu değil, bu kararların dikkate aldığı uyuşmazlığın tarafı olan Telekomünikasyon Kurumu olduğu görülmektedir.

Diğer taraftan yukarıda yapılan değerlendirme ve tespitler neticesinde, Telekomünikasyon Kurumunun 406 sayılı Kanununun 10/V. Maddesine göre yaptığı işlemler ile Rekabet Kurumunun 4054 sayılı Kanununun 6. maddesine göre yapılan işlemler birbirinden farklı olduğu ve bu maddelerin farklı menfaatleri koruduğu açıktır. Mahkemelerden alınan tedbir kararları Telekomünikasyon Kurumunun 406 sayılı Kanuna göre yapmış olduğu işlemlere yöneliktir. Tahkime konu uyuşmazlık ile Rekabet Kurulunun ulusal dolaşım ile ilgili soruşturma yaptığı konular farklıdır.

Turkcell ve Telsim'in 1998 yılında Ulaştırma Bakanlığı ile imzalamış oldukları imtiyaz sözleşmeleri, daha sonra çıkarılan 4673 sayılı Kanun gereğince

Telekomünikasyon Kurumu, Ulaştırma Bakanlığı yerine geçecek şekilde yenilenmiştir. Bu işlemde sonra Ulaştırma Bakanlığı imtiyaz sözleşmesinin tarafı olmaktan çıkmış ve aynı Rekabet Kurumu gibi söz konusu imtiyaz sözleşmeleri açısından üçüncü kişi sıfatını kazanmıştır. Dolayısıyla imtiyaz sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıklar açısından yapılacak işlemlerin Ulaştırma Bakanlığı ve Rekabet Kurumu gibi üçüncü taraflar nezdinde hak veya yükümlülük doğurması söz konusu değildir. Nitekim, yukarıda açıklandığı gibi Telsim'in talebi üzerine, Ankara 5. Asliye Hukuk Mahkemesi ilk önce hem Telekomünikasyon Kurumu hem de Ulaştırma Bakanlığı aleyhine tedbir kararı vermiş fakat yapılan itiraz üzerine, artık Telsim ile yapılan; imtiyaz sözleşmesinin bir tarafı olmayan Ulaştırma Bakanlığı bakımından tedbiri kaldırmıştır.

...

Dolayısıyla söz konusu tedbir kararları, teşebbüslerin Telekomünikasyon Kurumu tarafından sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlık çerçevesinde, 406 sayılı Kanuna dayanılarak ulusal dolaşım sözleşmesi yapmaya zorlanmasının ve aksi halde bu Kurumun yaptırım uygulamasının durdurulmasına ilişkin olduğu; anılan uyuşmazlığa taraf olmayan Rekabet Kurulunun ise bu konuda 4054 sayılı Kanuna dayanarak açtığı bir soruşturmada bu Kanunun ihlali gerekçesiyle karar verilmesinin Anayasanın 138. maddesi ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 113/A. maddesine aykırı olamayacağı kanaatine varılmıştır..."

denilmiştir.

Mahkemenin, imtiyaz sözleşmenin artık tarafı olmayan ve üçüncü kişi durumuna gelen Ulaştırma Bakanlığı yönünden tedbir talebini kaldırması yönündeki kararı, tedbir talebinin sadece imtiyaz sözleşmesinin tarafı olan Telekomünikasyon Kurumunu kapsadığına, diğer bir ifade ile Rekabet Kurumu'nu kapsamadığına ilişkin olarak Kurul kararında dayanak kabul edilmiştir.

Rekabet Kurulu kararının sonuç kısmında, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisindeki tüm mal ve hizmet piyasalarındaki rekabetin tesisi ve korunması amacıyla hedefleyen RKHK'nın kapsamı çerçevesinde, rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı eylemlere karşı her piyasada olduğu gibi telekomünikasyon piyasasında da Rekabet Kurulu'nun görevli ve yetkili olduğu belirtilmiştir. Rekabet Kurulu kararında bunun belirtilmesinin sebebi, telekomünikasyon sektöründe sektörel düzenleyici kurum olan Telekomünikasyon Kurumu'nun bulunması ve yine telekomünikasyonla ilgili mevzuatta Telekomünikasyon Kurulu'na bu sektöre yönelik olarak rekabetin tesisi ile ilgili bazı yetkilerin verilmiş olması ve bunun da Rekabet Kurulu ile Telekomünikasyon Kurulu arasında yetki çatışmasını gündeme getirmesidir.

Somut olayda, telekomünikasyon sektöründe görevli ve yetkili olan Telekomünikasyon Kurumu ile sektör ayrımı yapmayan ve RKHK gereğince

bütün sektörlerdeki rekabet ihlallerinde görevli ve yetkili olan Rekabet Kurumu arasında yetki çatışmasının ortaya çıktığını görüyoruz.

Öncelikle genel olarak telekomünikasyon sektöründe meydana gelen rekabet ihlalleriyle ilgili; RKHK dışında telekomünikasyonla ilgili mevzuatta da rekabete ilişkin hükümler yer aldığından, Telekomünikasyon Kurumu'nun mu yoksa Rekabet Kurumu'nun mu yetkili olduğunun, diğer bir ifade ile telekomünikasyon sektöründe Rekabet Kurulu'nun yetkisinin tamamen ortadan kalkıp kalkmadığının belirlenmesi gerekir. Telekomünikasyonla ilgili mevzuat RKHK'ya göre özel nitelikte olduğundan acaba Rekabet Kurumu'nun yetkisini Telekomünikasyon Kurumu lehine ortadan kaldırmış olacak mıdır?

Konuya öncelikle genel kanun özel kanun kapsamında yaklaşmak gerekmektedir. Yürürlükteki bir kanun açıkça veya zımnen bir başka kanun ile yürürlükten kaldırılabilir. Yeni kabul edilen bir kanun ile önceki kanun tamamen yürürlükten kaldırılabileceği gibi bazı hükümleri de yürürlükten kaldırılabilir. Açıkça önceki kanunun yürürlükten kaldırılması halinde bir sorun yaşanmazken zımnen yürürlükten kaldırmada, eğer eski kanun ve yeni kanun genel nitelikte ise daha sonraki tarihli yeni kanunun eski kanunu yürürlükten kaldırdığı kabul edilir. Yine her iki kanun da özel nitelikte ise aynı şekilde yeni tarihli özel kanunun eski tarihli özel kanunu yürürlükten kaldırdığı kabul edilir. Eski tarihli kanun genel, sonraki tarihli kanun özel bir kanun ise bu kanunun eski tarihli genel kanunu yürürlükten kaldırdığı kabul edilir. Eğer eski tarihli kanun özel, sonraki tarihli kanun genel bir kanun ise yasa koyucunun amacına bakmak gerekir¹¹¹. Yine iki kanun hükmünün çatışması söz konusu ise eski hükmün yürürlükten kalkmasının kabulü için; *"...eski ve yeni hükümlerin aynı konuyu düzenlemeleri ve sonraki hükümle önceki hükmün bir arada uygulanmasının imkansız olması gerekir"*¹¹². Eğer kabul edilen yeni hüküm eski hükme göre özel bir alanı düzenliyorsa, yeni hükmün düzenlediği alanlarda eski hüküm zımnen yürürlükten kalkmış olur. Bu genel ilkeler doğrultusunda 1994 tarihli ve sektör ayırımı yapmaması nedeniyle bu anlamda genel kanun niteliğinde olan RKHK'nın, telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak yetkisinin daha sonraki tarih olan 2000 yılında, Telgraf ve Telefon Kanunu ve Telsiz Kanununa getirilen değişiklik ile kaldırılıp kaldırılmadığının incelenmesi gerekir. Her iki kanunda da konuya ilişkin açık bir düzenleme yapılmamış olması nedeniyle zımnen yürürlükten kalkmanın söz konusu olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. İlgili düzenlemelere önce amaç açısından baktığımızda, RKHK'nın amacı; mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasada

¹¹¹ Abdullah Dinçkol, **Hukukun Temel Kavramları**, İstanbul Der Yayınevi, 2002, s. 102-105.

¹¹² Oğuzman/Barlas, **Medeni Hukuk**, s. 36.

hakim durumda olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır (RKHK m. 1). Nitekim Rekabet Kurumu da mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünün ve gelişmesinin temini ile, RKHK'nın uygulanmasını gözetmek ve Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirmek üzere kurulmuştur. Telgraf ve Telefon Kanunu'nda ise, telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve telekomünikasyon altyapısı tesisi ve işletilmesinin bu Kanuna tabi olduğu yer almıştır (406 sayılı Kanun m. 1). Telekomünikasyon Kurumu, 2813 sayılı Telsiz Kanunu'nun 7 nci maddesinde yer aldığı şekliyle Telsiz Kanunu ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nda belirtilen genel esaslar çerçevesinde, Kanunlarla öngörülen yetki ve sorumlulukları uygulamak ve verilen diğer görevleri yapmak üzere kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip özel bütçeli olarak kurulan bir kurumdur. Telsiz Kanunu'nun amacı ise 1 inci maddesinde yer aldığı gibi; haberleşme maksadıyla kullanılan ve elektromanyetik dalgalar yoluyla açık veya kodlu veya kriptolu ses, data ve resim vermeye veya almaya yarayan her türlü telsiz sisteminin kurulmasına, işletilmesine müsaade edilmesi ve kontrolü ile telsiz haberleşmesi alanındaki politika, hedef ve ilkelerin tespitine ilişkin usul ve esasları belirlemek ve bu konuda gerekli düzenlemeleri yapmaktır. Görüldüğü üzere kanunların genel amacı birbirinden farklıdır.

Her iki Kanunda da yer alan rekabete ilişkin hükümlere baktığımızda; 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nunda yer alan rekabete ilişkin hükümleri genel olarak başlıklar halinde sıralarsak, 406 sayılı Kanunun 4 üncü maddesine göre;

1) *“Telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesinde ve/veya telekomünikasyon altyapısı işletiminde ve bu hususlarda yapılacak düzenlemelerde aşağıdaki ilkeler nitelik ve nicelik itibarı ile gözönüne alınır.*

...

*1)Bu Kanunda aksi belirtilmiş olmadıkça, telekomünikasyon hizmetlerine ve/veya altyapısına ilişkin imtiyaz sözleşmesi veya telekomünikasyon ruhsatı yoluyla yapılacak yetkilendirmelerde ve genel olarak tüm telekomünikasyon alanlarında, 7.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı **Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri ve Türk Telekom'un bu Kanunda belirlenen tekel hakları saklı kalmak kaydıyla, serbest rekabet ortamı sağlanması ve korunması...**” .*

Madde hükmüne göre 406 sayılı Kanunda aksi belirtilmedikçe RKHK hükümleri uygulanacağından eğer 406 sayılı Kanunda aksi belirtilmişse RKHK hükümleri uygulanmayacaktır.

2) Ulusal dolaşım konusu 406 sayılı Kanun'un 10 uncu maddesinde zorunlu tutulmuş ve bu konudaki yetki Telekomünikasyon Kurumu'na tanınmıştır. Maddede;

"...Kurum; ilgili işletmecilerin, uygun olduğu ölçüde kendi standart hüküm ve şartları içine dahil edebilecekleri, standart ara bağlantı referans ücret tarifeleri yayınlar ve gerektiğinde bunları değiştirir. Kurum; bu maddenin uygulanma esaslarını ve standart referans tarifeleri, ara bağlantı ve roaming anlaşmalarının tabi olduğu ayrıntıları gösteren yönetmelikler çıkarır ve standart referans tarifeleri, şebeke ara bağlantıları ve roaming ile ilgili anlaşmaların telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesinde ve altyapının işletiminde serbest rekabeti engelleyici sonuçlara yol açmayacak tedbirleri alır, gerektiğinde 7.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde Rekabet Kurumuna başvurabilir"

denilmektedir. Nitekim Telekomünikasyon Kurumu'nun kabul ettiği "*Ulusal Dolaşım (Roaming) Anlaşması Yapılması İle İlgili Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik*" te ulusal dolaşım anlaşması yapılması konusundaki ayrıntılar düzenlenirken, "*Ulusal Dolaşım Anlaşmasının Tabi Olacağı İlkeler*" başlıklı 12 nci maddede telekomünikasyon hizmetlerinin sunulması ve altyapının işletilmesinde serbest rekabet ortamının sağlanması ve korunması yer alırken, 16 ncı maddede de ulusal dolaşım ile ilgili olarak tarafların aralarında yapacakları anlaşmaların telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesinde ve altyapısının işletilmesinde serbest rekabeti engelleyici sonuçlara yol açmayacak nitelikte olmasının esas olduğu ve Telekomünikasyon Kurumu'nun gerektiğinde rekabetin tesisi amacıyla 4054 sayılı Kanun hükümleri kapsamında Rekabet Kurumu'na başvuracağı yer almıştır.

3) Yine 406 sayılı Kanun'un "*Telekomünikasyon Hizmetlerinin Ücret Esasları*" başlığını taşıyan kısımda yer alan 29 uncu maddede;

"...Aşağıdaki hallerde Kurum, hat ve devre kiralari da dahil olmak üzere ücretlerin hesaplanma yöntemlerini ve üst sınırlarını, makul ve ayırım gözetmeyen şartlarla, 30 uncu maddede belirlenen genel ilkeler çerçevesinde çıkarılacak yönetmelikler, tebliğler ve sair idari düzenlemeler, imtiyaz sözleşmeleri ve telekomünikasyon ruhsatlarının hüküm ve şartları da gözetilerek tayin ve tespit etmeye yetkilidir..." derken Kurumun ücret belirlemede dikkate alacağı konular arasında aynı maddenin "b" bendinde;

"b) İlgili telekomünikasyon hizmetlerinde, bir işletmecinin hukuki veya fiili bir tekel olduğunun veya ilgili hizmet veya coğrafi piyasada hakim konumda bulunduğu Kurum tarafından belirlendiği haller"

denilmek suretiyle Telekomünikasyon Kurumu'nun telekomünikasyon hizmetlerinde, bir işletmecinin hukuki veya fiili bir tekel olduğunu veya ilgili

hizmet veya coğrafi piyasada hakim konumda bulunduğunu belirleyebileceği hükme bağlanmıştır. Nitekim Kurum'un "*Hakim Konumda Bulunan İşletmecilerin Belirlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliği*"¹¹³ bulunmaktadır. Tebliğ'de hakim konum, RKHK'da yer alan tanıma benzer şekilde "*ilgili telekomünikasyon pazarında bir veya birden fazla işletmecinin rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü*" olarak tanımlanmıştır. Telekomünikasyon Kurumu hakim konuma sahip işletmecileri belirleyeceği gibi, birlikte hakim konumda olan işletmecileri de belirleyebilme yetkisine sahiptir. Yine Telekomünikasyon Kurumu başvuru üzerine hakim konumda olunmadığına ilişkin menfi tespit kararı verebileceği gibi, belirli durumlarda bu kararını geri alabilme yetkisine de sahiptir. Bu kapsamda Telekomünikasyon Kurulu'nun Rekabet Kurulu'na benzer yetkilere sahip olduğu görülmektedir. Tebliğ'de, Telekomünikasyon Kurulu'na hakim durum ile ilgili yetki tanınırken, hakim durumun kötüye kullanılmasından ve bu durumda uygulanacak yaptırımlardan bahsedilmemiştir.

Rekabet Kurulu kararında da belirtildiği gibi, ulusal dolaşım yapma zorunluluğu ile ilgili olarak Telekomünikasyon mevzuatında "*hakim durumda olma şartı*" aranmadığından hakim durumda olmayan teşebbüslere de ulusal dolaşım anlaşması yapma zorunluluğu getirilebilecek ve buna uyulmaması halinde yaptırım uygulanabilecektir. 406 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin "*f*" bendine göre;

" Kurum, Türk Telekom dahil işletmecilerle imzaladığı sözleşmelerin ve verdiği genel izin ve telekomünikasyon ruhsatlarının şartlarına uyulmasının sağlanması için gereken tedbirleri almaya, faaliyetlerin mevzuat ile görev ve imtiyaz sözleşmesi, telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin şartlarına uygun yürütülmesini izleme ve denetlemeye, aykırılık halinde ilgili işletmecinin bir önceki takvim yılındaki cirosunun % 3'üne kadar idari para cezası uygulamaya, milli güvenlik, kamu düzeni veya kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi amaçlarıyla gerekli tedbirleri almaya, gerektiğinde tesisleri tazminat karşılığında devralmaya ya da ağır kusur halinde imtiyaz sözleşmesini, telekomünikasyon ruhsatını ya da genel izni iptal etmeye yetkilidir"

¹¹³ Hakim Konumda Bulunan İşletmecilerin Belirlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ, Resmi Gazete Tarihi: 3 Haziran 2003, Resmi Gazete Sayısı: 25127. Telekomünikasyon Kurumu'nun Etkin Piyasa Gücüne Sahip İşletmecilerin Belirlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliği'de bulunmaktadır. Resmi Gazete Tarihi: 3 Haziran 2003, Resmi Gazete Sayısı: 25127.

Aynı maddenin “g” bendinde ise, 2 nci maddedeki hükümlerin, cezaların ve 4 üncü maddede belirtilen ilkelerin uygulanma esaslarını göstermek üzere yönetmelikler çıkarılacağı yer almıştır¹¹⁴.

2813 Sayılı Telsiz Kanunu’ndaki rekabete ilişkin düzenlemelere baktığımızda Kanunun 5 inci maddesinde Telekomünikasyon Kurumu ile ilgili hükmün yer aldığını görüyoruz. 2813 Sayılı Kanunun 5 inci maddesine 4502 Sayılı Kanunun 14 üncü maddesiyle getirilen değişiklikle Telekomünikasyon Kurumu kurulmuştur. Kurumun karar organı Telekomünikasyon Kurulu’dur ve bir başkan ile dört üyeden oluşmaktadır. 2813 sayılı **Telekomünikasyon Kurumu’nun görevlerini düzenleyen 7 nci maddenin “ı” bendinde;**

“... Telekomünikasyon hizmetleri ve altyapısı ile ilgili olarak işletmecilerin ve bu alanda kanuna uygun olarak ticari faaliyet içinde bulunanların, hizmetlerin yürütülmesi, altyapının işletilmesi ve çeşitli telekomünikasyon teçhizat ve cihazları üreten veya satanların bu hizmet ve faaliyetlerini Türkiye dahilinde tam bir rekabet ortamı içinde gerçekleştirmelerini sağlamak, teşvik edici tedbirleri almak” sayılmışken “m” bendinde açıkça;

“Kanunlarda verilen diğer görevleri yerine getirmek.

Kurum telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve altyapısının işletilmesi ile ilgili hususları ve ayrıca hem bu hizmetlerde hem de genel olarak telekomünikasyon sektöründe rekabete aykırı davranış, plan ve uygulamaları re’sen veya şikayet üzerine incelemeye ve görev alanına giren konularda bilgi ve dokümanların sağlanmasını talep etmeye yetkilidir. Kurum, telekomünikasyon hizmetleri ve altyapısı ile ilgili yönetmeliklerin ve diğer genel idari işlemlerin yayınlanmasından önce ilgili tarafların kamuya açıklanacak olan ve üzerinde ilgili tarafların yorum yapabileceği görüşlerini bildirmesine imkan verebilmek için gerekli tedbirleri alabilir. Kurum tüketici menfaatlerinin korunması için de gerekli tedbirleri alır” denilmiştir. “m” bendinin devamında ise;

“Rekabet Kurulu, telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak yapacağı inceleme ve tetkiklerde ve birleşme ve devralmalara ilişkin olarak vereceği kararlar da dahil olmak üzere telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak vereceği tüm kararlarda, öncelikle Kurum’un görüşünü ve Kurum’un yapmış olduğu genel düzenleyici işlemleri dikkate alır” demektedir.

Maddede telekomünikasyon sektöründe rekabete aykırı davranış, plan ve uygulamalarda re’sen veya şikayet üzerine inceleme yapmaya Telekomünikasyon Kurumu açıkça yetkili kılınmışken hemen altında da Rekabet Kurulu’nun da telekomünikasyon sektöründe inceleme yapacağı ifade edilmiştir. Eğer maddenin

¹¹⁴ Telekomünikasyon Kurumu bu kapsamda “01.08.2002 tarihli Telekomünikasyon Kurumu Tarafından İşletmecilere Uygulanacak İdari Para Cezalarına İlişkin Yönetmeliği” kabul etmiştir. Bkz. www.tk.gov.tr

ikinci kısmında, Rekabet Kurulu'nun telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak yapacağı inceleme ve tetkiklerde ve birleşme ve devralmalara ilişkin olarak vereceği kararlar da dahil olmak üzere telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak vereceği tüm kararlarda, öncelikle Kurum'un görüşünü ve Kurum'un yapmış olduğu genel düzenleyici işlemleri dikkate alacağı şeklinde bir hüküm öngörülmemiş olsaydı, maddenin ilk kısmında yer alan

“Kurum telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve altyapısının işletilmesi ile ilgili hususları ve ayrıca hem bu hizmetlerde hem de genel olarak telekomünikasyon sektöründe rekabete aykırı davranış, plan ve uygulamaları re’sen veya şikayet üzerine incelemeye ve görev alanına giren konularda bilgi ve dokümanların sağlanmasını talep etmeye yetkilidir..” hükmüne dayanarak, telekomünikasyon alanındaki rekabet ihlallerinde tek olarak Telekomünikasyon Kurumu'nun görevli ve yetkili olacağını söyleyebilecektik. Ancak madde devamında Rekabet Kurulu'nun da yetkilerinin devam ettiğinin kabul edilmesi, madde içerisinde aynı alanda yetkili iki ayrı kurumun olması şeklinde yetki çatışmasına yol açan karmaşık bir düzenlemeye neden olmuştur. Bu durumda kanun koyucunun telekomünikasyon sektöründe de Rekabet Kurulu'nun yetkilerinin tamamen ortadan kalkmadığı şeklinde bir iradesinin olduğunu söylemek mümkündür.

“Telekomünikasyon Kurumunun Teşkilat ve Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik” hükümlerine baktığımızda ise *“Kurulun Görev ve Yetkisi”* başlığını taşıyan 9 uncu maddesinde;

“...a) Kanunda yasaklanan faaliyetler ve hukuki işlemler ve lisans ihlalleri hakkında başvuru üzerine veya re’sen inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak; ihlal tespiti durumunda ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri almak ve gerekli cezaları uygulamak...”,

yer almışken *“Kurumun İlkeleri”* başlığını taşıyan 31 inci maddesine göre;

“... ”

9) 2813 sayılı Telsiz Kanunu ile 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununda aksi belirtilmiş olmadıkça, telekomünikasyon hizmetlerine ve/veya altyapısına ilişkin imtiyaz sözleşmesi veya telekomünikasyon ruhsatı yoluyla yapılacak yetkilendirmelerde ve genel olarak tüm telekomünikasyon alanlarında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri ve Türk Telekom'un bu Kanunda belirlenen tekel hakları saklı kalmak kaydıyla, serbest rekabet ortamı sağlanması ve korunması, ... ”

telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesinde ve/veya telekomünikasyon altyapısı işletiminde ve bu hususlarda yapılacak

düzenlemelerde dikkate alınacak ilkeler arasında yer almıştır. Yine Telekomünikasyon Kurumu'nun görevleri arasında;

“...8) Telekomünikasyon hizmetleri ve altyapısı ile ilgili olarak işletmecilerin ve bu alanda kanuna uygun olarak ticari faaliyet içinde bulunanların, hizmetlerin yürütülmesi, altyapının işletilmesi ve çeşitli telekomünikasyon teçhizat ve cihazları üreten veya satanların bu hizmet ve faaliyetlerini Türkiye dahilinde tam bir rekabet ortamı içinde gerçekleştirmelerini sağlamak, teşvik edici tedbirleri almak,

...

13) Telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve altyapısının işletilmesi ile ilgili hususları ve ayrıca hem bu hizmetlerde hem de genel olarak telekomünikasyon sektöründe rekabete aykırı davranış, plan ve uygulamaları re'sen veya şikayet üzerine incelemek; görev alanına giren konularda bilgi ve dokümanların sağlanmasını talep etmek,

...

16) Rekabet Kurumu'nun, telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak yapacağı inceleme ve tetkikler ile şirket birleşme ve devralmaları ile vereceği kararlar dahil olmak üzere vereceği tüm kararlarda, görüş bildirmek,

...

29) Roaming taleplerini karşılamakla yükümlü hizmet veya altyapı işletmecilerini, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun 10 uncu maddesi hükümleri dahilinde belirlemek,

...

32) Standart referans tarifeleri, şebeke ara bağlantıları ve roaming ile ilgili anlaşmaların telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesinde ve altyapının işletiminde serbest rekabeti engelleyici sonuçlara yol açmamasına yönelik tedbirleri almak, gerektiğinde 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun hükümleri çerçevesinde Rekabet Kurumuna başvurmak,

sayılmıştır.

Yönetmeliğin, ücretlerin hesaplanma yöntemlerini ve üst sınırlamalarını belirleme ile ilgili 35 inci maddesinde ise, ilgili telekomünikasyon hizmetlerinde, bir işletmecinin hukuki veya fiili bir tekel olduğunun veya ilgili hizmet veya coğrafi piyasada hakim konumda bulunduğu Kurum tarafından belirlendiği hallerde makul ve ayırım gözetmeyen şartlarda ücretin hesaplanacağı yer almıştır. Telekomünikasyon Kurulu tarafında da RKHK'daki düzenlemeye benzer şekilde ön araştırma ve soruşturma yapılmasına karar verilebilir. Telekomünikasyon Kurumu'nun Ana Hizmet Birimleri arasında yer alan “Sektörel Rekabet ve Tüketici Hakları Dairesi Başkanlığı”nın görevleri arasında ise;

“...a) Telekomünikasyon sektöründe faaliyet gösteren birimlerin tam bir rekabet ortamı içerisinde çalışmalarını sağlamak ve bu hususta teşvik edici tedbirleri almak,

b) Telekomünikasyon sektöründe rekabete aykırı davranış, plan ve uygulamaları incelemek ve bu konularda her türlü bilgi ve dokümanı temin etmek ve rekabet artırıcı çabalarda şeffaflık ilkesini gözetmek,

...

i) Rekabet Kurumu ile ilişkileri yürütmek, gerekli durumlarda Rekabet Kurumu'nu harekete geçirmek,

j) Bir işletmecinin hukuki ve fiili bir tekel olup olmadığını veya ilgili hizmet ya da coğrafi piyasada hakim konumda olup olmadığını tespit etmek...” sayılmıştır.

406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu, 2813 sayılı Telsiz Kanun ve telekomünikasyonla ilgili yukarıda belirtilen diğer mevzuatla ilgili olarak genel bir değerlendirme yapmak gerekirse Telekomünikasyon Kurumu;

- 406 sayılı Kanunda aksi belirtilmedikçe 4054 sayılı Kanundaki hükümler saklı kalmak üzere, serbest rekabet ortamının sağlanması ve korunmasına,

- ulusal dolaşım konusunda serbest rekabeti engelleyici sonuçlara yol açmayacak tedbirlerin alınmasına, gerektiğinde 4054 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde Rekabet Kurumuna başvurulmasına,

- Kanunda yasaklanan faaliyetler ve hukuki işlemler ve lisans ihlalleri hakkında başvuru üzerine veya re'sen inceleme, araştırma ve soruşturma yapmaya; ihlal tespiti durumunda ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri almaya ve gerekli cezaları uygulamaya,

- telekomünikasyon hizmetlerinde, bir işletmecinin hukuki veya fiili bir tekel olduğunu veya ilgili hizmet veya coğrafi piyasada hakim konumda bulunduğunu belirlemeye, hakim konumla ilgili menfi tespit kararı vermeye ve verdiği bu kararı şartlar oluşmuşsa geri almaya,

- işletmecilerin ve bu alanda kanuna uygun olarak ticari faaliyet içinde bulunanların, hizmetlerin yürütülmesi, altyapının işletilmesi ve çeşitli telekomünikasyon teçhizat ve cihazları üreten veya satanların bu hizmet ve faaliyetlerini Türkiye dahilinde tam bir rekabet ortamı içinde gerçekleştirmelerini sağlamaya, teşvik edici tedbirleri almaya,

- telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve altyapısının işletilmesi ile ilgili hususları ve ayrıca hem bu hizmetlerde hem de genel olarak telekomünikasyon sektöründe rekabete aykırı davranış, plan ve uygulamaları

re'sen veya şikayet üzerine incelemeye ve görev alanına giren konularda bilgi ve dokümanların sağlanmasını talep etmeye yetkilidir.

Telekomünikasyon Kurumuna rekabete ilişkin olarak yukarıda kısaca özetlenen yetki ve görevler verilirken, öte yandan yine aynı mevzuatta Rekabet Kurulu, telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak yapacağı inceleme ve tetkiklerde ve birleşme ve devralmalara ilişkin olarak vereceği kararlar da dahil olmak üzere telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak vereceği tüm kararlarda, öncelikle Telekomünikasyon Kurumu'nun görüşünü ve Kurum'un yapmış olduğu genel düzenleyici işlemleri dikkate alır, denilmek suretiyle Rekabet Kurulu'nun bu sektördeki yetkileri de tamamen ortadan kaldırılmamıştır. Yine Telekomünikasyon Kurumu'nun, "*Hakim Konumda Bulunan İşletmecilerin Belirlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ*"inde, hakim durumun kötüye kullanılması halinde uygulanacak yaptırımlarla ilgili olarak açık bir hüküm öngörülmediğinden Telekomünikasyon Kurumunun (RKHK'nın kabulünden çok daha sonraki bir tarihte ve RKHK'da örnek olarak alabileceği ilgili hüküm varken), sadece hakim durumu alarak, hakim durumun kötüye kullanılması durumunda uygulanacak yaptırımlar konusunda bir düzenleme getirmemesi bilerek bu konunun düzenlenmediğini ortaya koymaktadır. Bu doğrultuda Rekabet Kurumu telekomünikasyon sektöründe meydana gelen rekabet ihlalleriyle ilgili olarak RKHK kapsamında gereken yaptırımları uygulayabilecektir. Nitekim Rekabet Kurulu ulusal dolaşım ile ilgili kararının ilk kısmında, telekomünikasyon pazarında rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı eylemlere karşı diğer piyasalarda olduğu gibi Rekabet Kurulu'nun görevli ve yetkili olduğuna karar vermiştir. Olayda, ulusal dolaşım konusundaki özel durum saklı kalmak şartıyla –ki bu konu aşağıda incelenecektir- hakim durumun kötüye kullanılıp kullanılmadığı ve bunun sonucunda da bir rekabet ihlalinin meydana gelip gelmediği konusunda Rekabet Kurulu'nun yetkisi devam etmektedir. Her iki kanunun amacı birbirinden farklıdır.

Rekabet Kurulu kararında, bir eylem ile iki ayrı kanun hükmünün ihlalinin mümkün olduğu, (diğer bir ifade ile ulusal dolaşım anlaşması imzalanmamasının hem 406 sayılı Kanunun 10 uncu maddesine hem RKHK'nın hakim durumun kötüye kullanılmasıyla ilgili 6 ncı maddesine aykırılık teşkil edebileceği), teşebbüs ya da teşebbüslerin aynı fiilden dolayı hem 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununa, hem 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna göre cezalandırılabilirliği belirtilerek, ceza hukukunda yer alan "*bir fiile iki ayrı cezanın verilemeyeceği*" ilkesi kapsamında olay değerlendirilmiştir. Bu ilkenin idare hukukunda verilen idari yaptırımlara uygulanamayacağı (örneğin imar mevzuatına aykırı bir inşaatın hem belediye ilgili ilgili mevzuata hem çevre ile ilgili mevzuata aykırılığından dolayı idare tarafından yaptırım

uygulanabileceği), doktrinden örnekler verilerek ifade edilmiş ve ayrı yaptırımların uygulanabileceği, telekomünikasyon sektöründe de Rekabet Kurulu'nun görevli ve yetkili olduğu kabul edilmiştir¹¹⁵. Kurulun bu görüşüne katılmaktayız. Çünkü her iki kanun hükmünün amacının farklı olması nedeniyle, teşebbüslerin ulusal dolaşım anlaşması imzalamamak suretiyle, ulusal dolaşım zorunluluğunu düzenleyen telekomünikasyon ile ilgili mevzuata aykırılık oluşması nedeniyle yaptırıma tabi tutulmaları ayrı bir durum, yine aynı zamanda hakim durumda bulunan bu teşebbüslerin sahip oldukları hakimiyetlerini ulusal dolaşım anlaşması imzalamamak suretiyle kötüye kullanarak rekabet ihlalinde bulunmaları ve RKHK'da düzenlenen yaptırıma tabi olmaları ayrı bir konudur. Her iki kanunun koruduğu menfaat, amacı, yaptırımları birbirinden farklıdır. Bu nedenle telekomünikasyonla ilgili mevzuatta; birbiri ile çelişkili, rekabetin sağlanması ile ilgili ne zaman kimin yetkili olduğu konusunda, açık olmayan ve karmaşık ifadeler kullanılmasına rağmen, kanun koyucunun iradesinin Rekabet Kurulu'nun bu sektördeki rekabet ihlalleriyle ilgili olan yetkisinin genel olarak ortadan kalkmadığı yönünde olduğunu söyleyebiliriz.

Telekomünikasyon sektöründe genel olarak Rekabet Kurulu'nun yetkisinin ortadan kalmadığını belirttikten sonra, ulusal dolaşım ile ilgili olarak ise somut olaya göre daha ayrıntılı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Çünkü ulusal dolaşım konusunda; anlaşma imzalama zorunluluğu, prosedür, anlaşma imzalanmaması halinde uygulanacak yaptırımlar, telekomünikasyonla ilgili mevzuatta ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve açıkça Telekomünikasyon Kurulu yetkili kılınmıştır. Öte yandan Rekabet Kurulu'da ulusal dolaşım anlaşması yapılmamasının, hakim durumun kötüye kullanılması durumunu oluşturması halinde gereken yaptırımları uygulama konusunda yetkili olacağından ve **zorunlu unsur doktrini kapsamında ihlalin sona erdirilmesi için anlaşma yapma zorunluluğu getirebileceğinden**; ancak yine ulusal dolaşım ile ilgili anlaşma yapma zorunluluğu 406 sayılı kanunda açıkça düzenlenmiş ve yine açıkça Telekomünikasyon Kurumu yetkili kılınmış olduğundan, somut olay bazında bir yetki çatışması gündeme gelecektir. Hakim durumun kötüye kullanılması yoluyla rekabetin ihlal edilmesinin ayrı, rekabet ihlalinin sona erdirilmesi için alınması gereken tedbirlerin ya da somut olayda anlaşma yapma zorunluluğunun getirilmesinin ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda, Rekabet Kurulu'nun hakim durumun kötüye kullanılması durumunun olduğunun tespiti halinde idari para cezasına hükmetmesinde bir sorun yaşanmazken - kaldı ki kanaatimizce olayda hakim durumun kötüye kullanılması söz konusu değildir- olayda eğer bir ihlal varsa ihlalin sona erdirilmesi için yapılması gereken anlaşma

¹¹⁵ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Dosya Sayısı: SR/02-13, Karar Sayısı: 03-40/432-186, Karar Tarihi: 9.6.2003.

imzalanması zorunluluğunun getirilmesi konusunda bir problem ortaya çıkmaktadır. Rekabet Kurulu kararının ikinci kısmında ihlale son verilmesi ile ilgili olarak;

“...Rekabet Kurulu tarafından tespit edilen bu ihlale nasıl son verileceğinin ve ilgili pazarlarda rekabetin yeniden tesisi için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışların, telekomünikasyon sektöründe ilgili düzenlemeleri yapmakla görevli Telekomünikasyon Kurumu tarafından saptanmasının yerinde olacağı ve anılan Kurum tarafından belirlenecek koşulların Rekabet Kurumu’na iletilmesinin ardından, Rekabet Kurulu’nca da benimsenmesi koşuluyla 4054 sayılı Kanun’un 9/1¹¹⁶ inci maddesi doğrultusunda ilgili taraflara bildirilmesi”

gerektiği yer almıştır.

Rekabet Kurulu kararında, rekabetin yeniden oluşturulması ve ihlalden önceki durumun korunması için RKHK’nın 9 uncu maddesi kapsamında yapılması gerekenler belirtilirken Telekomünikasyon Kurumu ile işbirliğine işaret edilmiştir. Rekabet Kurulu burada Telekomünikasyon Kurumu tarafından önceden yapılan işlemlerin; itiraz, tedbir, tahkim yoluna başvurma gibi çeşitli nedenlerle kesintiye uğraması nedeniyle, bu gelişmelerin de dikkate alınarak ulusal dolaşım ile ilgili güncellenen koşulların Telekomünikasyon Kurumu tarafından Rekabet Kurumuna bildirilmesinin, *“Rekabet Kurulunun bildireceği koşulların hukuka uygunluğunun teminat altına alınması açısından faydalı olacağına”* gerekçeler kısmında yer vermiştir.

Rekabet Kurulu kararında, olayda zorunlu unsura sahip olan teşebbüslerin sahip oldukları bu zorunlu unsurdan yararlanmak isteyen teşebbüsle anlaşma yapmayı reddederek hakim durumlarını kötüye kullandıkları ifade edildiğinden, ihlale son verilmesi için yapılması gereken zorunlu unsura sahip olan teşebbüslerin anlaşma imzalamak zorunda bırakılmalarıdır. Diğer bir ifade ile, olayda Turkcell ve Telsim zorunlu unsur olarak kabul edilen altyapıdan, ulusal dolaşım anlaşması imzalayarak diğer teşebbüsleri yararlandırmak zorunda bırakılacaklardır. İhlalin sona ermesi ulusal dolaşım anlaşması imzalanmasına bağlıdır. Oysaki ulusal dolaşım konusunda anlaşma yapma zorunluluğu zaten açık bir şekilde 406 sayılı Kanununun 10 uncu maddesinde düzenlenmiş ve bu konudaki yetki Telekomünikasyon Kurumuna verilmiştir. Burada bir şüphe yoktur. Telekomünikasyon Kurumu ve Rekabet Kurumu arasında bir hiyerarşi

¹¹⁶ 4054 Sayılı RKHK’nın *“İhlale Son Verme”* başlığını taşıyan 9 uncu maddesinin 1 inci fıkrasına göre: *“Kurul, ihbar, şikayet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya resen bu Kanunun 4, 6 ve 7 inci 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.*

yoktur. Bu nedenle ihlalin sona ermesi ve rekabetin tesisi için; adeta bir teşebbüs gibi, Telekomünikasyon Kurumu tarafından belirlenecek koşulların Rekabet Kurulu tarafından benimsenmesi, onaylanması ve sonra RKHK'nın 9/1 maddesi kapsamında ilgili taraflara bildirilmesi söz konusu değildir. İhlalin sona erdirilmesi için yapılması gereken açıktır. Ulusal dolaşım anlaşmasının imzalanması gerekmektedir. Ulusal dolaşım anlaşması ile ilgili konular zaten telekomünikasyonla ilgili mevzuatta ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle Telekomünikasyon Kurulu'nun zaten ihlale son verilmesi kapsamında yapacağı işlemler normalde kanunda açıkça yer almaktayken, Rekabet Kurulu kararında yer aldığı şekilde; telekomünikasyon sektöründeki ilgili düzenlemeleri yapmakla görevli olan Telekomünikasyon Kurumu tarafından, bu ihlale nasıl son verileceğinin ve ilgili pazarlarda rekabetin yeniden tesisi için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışların, belirlenmesi ve belirlenen bu koşulların Rekabet Kurumu'na iletilmesi, Rekabet Kurulu tarafından benimsenmesi koşuluyla ilgili taraflara bildirilmesi söz konusu olmayacaktır. Diğer bir ifade ile Telekomünikasyon Kurumu'nun ulusal dolaşım konusunda kanundan doğan yetkisini kullanabilmesi için Rekabet Kurulu'nun onayı şartı bulunmamakta, böyle bir onay prosedürü ne telekomünikasyonla ilgili mevzuatta ne de RKHK'da yer almamaktadır.

406 sayılı Kanun, 2813 sayılı kanun ve telekomünikasyonla ilgili mevzuata göre ulusal dolaşım anlaşması konusunda tek yetkili organ Telekomünikasyon Kurumu'dur. Olayda zorunlu unsurun ve devamında hakim durumun kötüye kullanılmasının Rekabet Kurulu tarafından kabulü halinde dahi, ihlalin sona erdirilmesi için yapılması gerekenler, alınması gereken tedbirler içerisinde gündeme gelen ulusal dolaşım anlaşması imzalanması ile ilgili konularda Rekabet Kurulu yetkili olmayacaktır. Ulusal dolaşım ile ilgili olarak sözleşme yapma zorunluluğu konusunda açık bir hüküm varken Rekabet Kurulu'nun içtihat hukukuna dayanarak ulusal dolaşım konusunda anlaşma yapma zorunluluğu getirmesi ve esaslarını tespit etmesi, kısaca bu konuda yetkili olması söz konusu değildir. Dolayısıyla Rekabet Kurulu tarafından ihlalin olduğu kabul edildiğinden, ihlale son verilmesiyle ilgili olarak eğer ulusal dolaşım anlaşması imzalanması zorunluluğu bulunuyorsa;

“ihlalin sona erdirilmesi için ulusal dolaşım anlaşması imzalanması zorunluluğunun bulunduğu, ulusal dolaşım anlaşması imzalanması zorunluluğunun ise 406 sayılı Kanununun 10 uncu maddesi ve ilgili mevzuatta açık bir şekilde düzenlendiği ve bu konuda yetkinin Telekomünikasyon Kurumuna tanındığı, bu nedenle de ulusal dolaşım anlaşması imzalanması ve gereken tedbirlerin alınması kapsamında ulusal dolaşım ile ilgili Telekomünikasyon Kurumu'nun yetkili olduğu, Telekomünikasyon Kurumu'nun

bu kapsamda yapacağı işlemler sonucunda ihlalin sona ereceği” şeklinde karar verilmesi gerekirdi. Oysa Rekabet Kurulu, kararda; ihlale nasıl son verileceğinin ve ilgili pazarlarda rekabetin yeniden tesisi için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışların, telekomünikasyon sektöründe ilgili düzenlemeleri yapmakla görevli Telekomünikasyon Kurumu tarafından saptanmasının yerinde olacağını belirtirken, kararın devamında da anılan Kurum tarafından belirlenecek koşulların Rekabet Kurumu’na iletilmesinin ardından, Rekabet Kurulu’nca da benimsenmesi koşuluyla ilgili taraflara bildirilmesi gerektiğine karar vermiştir. Burada ulusal dolaşım anlaşması imzalanması ve prosedürle ilgili olarak Telekomünikasyon Kurumu yetkili olduğundan artık Telekomünikasyon Kurumu tarafından belirlenecek koşulların Rekabet Kurumunun onayına sunulması, daha sonra Rekabet Kurulu onay verirse ilgili taraflara bildirilmesi söz konusu olmayacaktır. Telekomünikasyon Kurumunun ilgili prosedürü yerine getirip, işlemi yapması yeterli olacaktır. Bu nedenle kararın ikinci kısmına katılmamaktayız.

Aslında olayda görüldüğü gibi her iki Kurumun da telekomünikasyon sektöründe adeta içiçe geçmiş şekilde yetkileri bulunmaktadır. Aslında burada bir yetki devrinden ziyade bir yetki parçalanmasından bahsetmek daha doğrudur. Bu şekilde telekomünikasyon sektöründe rekabete ilişkin olarak bazı durumlarda kısmen Telekomünikasyon Kurumu’nun, bazı durumlarda ise kısmen Rekabet Kurumu’nun yetkili olması aslında olması gereken, arzu edilen bir durum değil ancak mevcut düzenlemeler karşısında olan durumdur. Örneğin hakim durumun tespitinde ya da menfi tespit belgesi verilmesinde her iki Kurum da yetkili kılınmıştır. Olması gereken (de lege ferenda) rekabete ilişkin hükümlerin adeta tek tek alınarak ya da sektörel ayırım yapılarak ayrı ayrı kanunlarda bir bütün oluşturmaksızın düzenlenmesi yerine ya esas kanun olan RKHK’da düzenlenmesi ya da böyle bir ayırım yapılacak şekilde ilgili kanunlarda bir düzenlemenin yapılması, ancak her halükarda sınırın belirlenmesidir. Özel kanunlarda RKHK’ya genel, açık bir atıf verilerek bu bütünlük sağlanabileceği gibi, Bankalar Kanunu’nun 18 inci maddesinde yer alan;

“...bankaların Bankalar Kanunu’na göre yapılacak birleşme ve devirlerinde, devir veya birleşmeye konu bankaların toplam aktiflerinin sektör içindeki paylarının yüzde yirmiye geçmemesi kaydıyla 4054 sayılı RKHK’nın 7, 10, 11 inci maddeleri uygulanmaz...”

şeklindeki hüküm gibi açık bir hüküm ile de konu düzenlenebilir. Böylece farklı kurumlara rekabete ilişkin olarak benzer yetkiler verilerek bir karmaşanın da ortaya çıkması engellenmiş olacaktır.

Teşebbüslerin her iki kuruma da başvurularının mümkün olduğu durumlarda kendi lehlerine olabilecek kararı almak amacıyla kurumlardan kendi menfaatlerine yakın olana başvurularına engel olmak ya da birbiriyle çelişebilecek kararların alınmasına engel olmak, yetki ve görev ayırımını netleştirmek için kurumlar arasında bir işbirliğine ihtiyaç vardır. Örneğin birleşme ve devralmaların denetlenmesinde RKHK'nın hakim durum oluşturan ya da hakim durumu güçlendirecek şekilde diye devam eden 7 nci maddesine göre, hukuka aykırılık ve yasak yaptırımından önce hakim durumun oluşup oluşmadığının ya da hakim durumun güçlenip güçlenmediğinin tespit edilmesi gerekir. Buna göre Rekabet Kurulu'nun bunu tespit etmesi gerekecektir. Diğer yandan 406 sayılı Kanununun 29 uncu maddesine göre Telekomünikasyon Kurumu; telekomünikasyon hizmetlerinde, bir işletmecinin hukuki veya fiili bir tekel olduğunu veya ilgili hizmet veya coğrafi piyasada hakim konumda bulunduğunu belirleyebileceğinden ve Kurumun "*Hakim Konumda Bulunan İşletmecilerin Belirlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliği*"¹¹⁷ bulunduğundan telekomünikasyon sektöründe hakim durumda olan işletmecileri de Telekomünikasyon Kurumu belirleyecektir. Ya da bir adım ileriye Telekomünikasyon Kurumu'nun başvuru üzerine hakim konumda olunmadığına ilişkin menfi tespit kararı verme yetkisi bulunmaktadır. Rekabet Kurumunun da başvuru üzerine hakim durumda olunmadığına ilişkin menfi tespit kararı verme yetkisi bulunmaktadır. Kurumlar arasında birinde teşebbüsün hakim durumda olduğuna ilişkin, diğerinde ise teşebbüsün hakim durumda olmadığına ilişkin farklı kararlar ortaya çıkarsa ne olacaktır?

Telekomünikasyon ile ilgili mevzuatta RKHK'na benzer şekilde bazı rekabete ilişkin hükümlerin yer alması bu konuda Telekomünikasyon Kurumu ile Rekabet Kurumu arasında bir işbirliği zorunluluğunu ortaya çıkartmıştır. Telekomünikasyon Kurumu ile Rekabet Kurumu arasında 16.09.2002 tarihinde bir İşbirliği Protokolü imzalanmıştır¹¹⁸. Her iki kuruma başvurunun mümkün olduğu durumlarda, İşbirliği Protokolüne göre olayın çözümlenmesi gerekmektedir. Protokolün imzalanma gerekçesinde;

"... tarafların telekomünikasyon sektöründe serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamının tesisine ve geliştirilmesine yönelik yetki ve görev alanlarına giren konuların daha etkin bir şekilde ele alınmasına ilişkin usulü belirlemek, işletmecilerin

¹¹⁷ Hakim Konumda Bulunan İşletmecilerin Belirlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ, Resmi Gazete Tarihi: 3 Haziran 2003, Resmi Gazete Sayısı: 25127. Telekomünikasyon Kurumu'nun Etkin Piyasa Gücüne Sahip İşletmecilerin Belirlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliği'de bulunmaktadır. Resmi Gazete Tarihi: 3 Haziran 2003, Resmi Gazete Sayısı: 25127.

¹¹⁸ Rekabet Kurumu ile Telekomünikasyon Kurumu Arasında İşbirliği Hakkında Protokol için bkz. www.tk.gov.tr

şikayetlerini veya bildirimlerini her iki Kuruma ve Kurumlardan birine götürerek birbirleriyle çelişebilecek nitelikte ve/veya kendisi için en uygun yönde kararlar aldırma amacıyla hareket etmelerini engellemek, ilgili mevzuat ve kavramların yorumlanmasında müşterekliğin sağlanması ve karşılıklı işbirliği ile bilgi aktarımına yönelik kararlar alınmasını sağlamak”

amacıyla bu Protokolün imzalandığı yer almıştır (Protokol m. 3). 17 Maddeden oluşan ve taraflar, tanımlar, amaç, kapsam, hukuki dayanak, bilgi aktarımı, usul ve esaslar, yürütme, yürürlük ve diğer hükümlerle ilgili düzenlemeler getiren Protokol taraflar arasında telekomünikasyon sektöründe işbirliğini sağlamak amacıyla oluşturulmuştur. Protokol telekomünikasyon sektöründe Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde rekabeti etkileyen ve bu sektörde rekabetin gelişmesine ve korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin her türlü hukuki işlem ve davranışlar konusunda Telekomünikasyon Kurumu ile Rekabet Kurumu arasındaki işbirliğini kapsamaktadır. Protokole göre Koordinasyon Komitesi ve Çalışma Grubu oluşturulmuştur. Telekomünikasyon sektöründe rekabete ilişkin olarak yapılan başvurular Çalışma Grubu toplantılarında görüşülerek, yapılması gerekenler tespit edildikten sonra başvurulara ilişkin bilgi ve belgeler taraflara iletilerek kayıt altına alınacaktır. Acil olanlar ise toplantı beklenmeyerek başvuru tarihinden itibaren en geç beş iş günü içerisinde diğer taraf bildirilecektir (Protokol m. 7).

Telekomünikasyon Kurumu ve Rekabet Kurumu telekomünikasyon sektöründe yürüttükleri soruşturmalarda soruşturma raporlarını ilgililere tebliğ ederken, aynı zamanda konuya ilişkin yazılı görüş almak üzere birbirlerine de göndereceklerdir. Yazılı görüş en geç 30 (30) gün içerisinde diğer tarafa bildirilirken, soruşturma raporlarının tamamlanmasından sonra görüş almayı gerektirecek nitelikte yeni bulgular ortaya çıktığında taraflar birbirlerinin görüşlerine yeniden başvurabileceklerdir (Protokol m. 8). Protokolde birleşme ve devralmalar, menfi tespit ve muafiyet, aynı başvurunun her iki Kuruma yapılması ve hakim konunun tespiti ile ilgili konularda da düzenleme yapılmıştır. Rekabet Kurumu telekomünikasyon sektöründe yapacağı ve RKHK'ya göre bildirilmesi zorunlu olan birleşme ve devralmalarla ilgili olarak karar vermeden önce Telekomünikasyon Kurumunun yazılı görüşünü alacaktır. Telekomünikasyon Kurumu yazılı görüşünü on gün içerisinde oluşturarak gönderecektir. Yine benzer şekilde menfi tespit ve muafiyet başvurularına ilişkin olarak da Rekabet Kurulu tarafından karar alınmadan önce Telekomünikasyon Kurumunun yazılı görüşü alınacak ancak burada yazılı görüş otuz (30) gün içerisinde bildirilecektir (Protokol m. 9,10).

İşbirliği Protokolüne göre telekomünikasyon sektöründe rekabete ilişkin aynı başvurunun her iki kuruma da yani hem Telekomünikasyon Kurumu hem

Rekabet Kurumu'na yapılması halinde Protokole göre oluşturulan Çalışma Grubunun taraflar arasındaki koordinasyonu sağlayacağı ve çalışmalarla ilgili olarak Koordinasyon Komitesini bilgilendireceği öngörülmüştür (protokol m. 11). Çalışma Grubu Koordinasyon Komitesi, Rekabet Kurumu ilgili başkan yardımcısı, II. Daire başkanı ve Telekomünikasyon Kurumu ilgili başkan yardımcısı, Sektörel Rekabet ve Tüketici Hakları Dairesi Başkanı ile her iki kurum tarafından belirlenen en fazla beşer personelden oluşmaktadır.

Hakim durumun tespitiyle ilgili olarak ise, Telekomünikasyon Kurumu tarafından hakim durumda bulunup bulunmadığının tespitinden önce Rekabet Kurumunun yazılı görüşünü alması gerekmektedir. Rekabet Kurumunun on beş (15) gün içerisinde yazılı görüşünü bildirmesi gerekmektedir. Yine imtiyaz sözleşmesi gerektiren telekomünikasyon hizmetlerinde Telekomünikasyon Kurulu tarafından karar verilmeden önce Rekabet Kurumunun yazılı görüşünün alınması gerekir. Rekabet Kurumunun yirmi gün (20) içerisinde görüşünü bildirmesi gerekir. Telekomünikasyon Kurumu ihale sonrasında imtiyaz sözleşmesini imzalayacak tarafın belli olması halinde RKHK ve ilgili mevzuat gereğinde karar vermeden önce Rekabet Kurumuna izin başvurusunu iletacaktır (protokol m. 12,13). Protokolde belirtilen sürelerde görüş bildirilmemesi durumunda olumlu görüş bildirilmiş sayılacaktır. Telekomünikasyon Kurumu ve Rekabet Kurumu telekomünikasyonla ilgili genel nitelikteki düzenlemeleri yürürlüğe koymadan önce birbirlerinin görüşlerini alacaklardır.

Telekomünikasyon sektöründe yetki karmaşası ile ilgili olarak ilgili mevzuatta değişiklik yapıncaya kadar, olaylarla ilgili olarak farklı kararlar ya da yorumların ortaya çıkmaması için mutlaka İşbirliği Protokolünün hayata geçirilmesi gerekmektedir. Ulusal dolaşım ile ilgili olarak hem Telekomünikasyon Kurulu'nun hem Rekabet Kurulu'nun kararı bulunmakta, ancak bu kararlarda taraflar arasında İşbirliği Protokolünün uygulandığı konusunda hiç bir bilgi yer almamaktadır.

Rekabet Kurulu kararını usul dışında esasa ilişkin olarak incelediğimizde; Rekabet Kurulu kararında, GSM altyapı hizmetleri zorunlu unsur olarak kabul edilirken, Turkcell ve Telsim'in birlikte hakim durumda oldukları bu pazarda, pazara girmek isteyen diğer teşebbüslerin ulusal dolaşımdan yararlanma konusundaki taleplerini objektif gerekçelere dayanmadan reddetmeleri hakim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilmiştir. Olayda, kastın varlığı, kusurun ağırlığı, teşebbüslerin pazardaki güçleri ve muhtemel zararın ağırlığı dikkate alınarak 2001 yılı net satışlarının %1'i oranında idari para cezasına hükmedilmiştir.

Rekabet Hukukunda “zorunlu unsurun” kabulü için;

- hakim durumda olan teşebbüs veya teşebbüslerin olması,
- bu teşebbüslerin sahip olduğu imkan/tesis/altyapı gibi bir unsurun olması,
- bu unsurun hukuki, teknik veya ekonomik olarak alternatifinin oluşturulmasının mümkün olmaması gerekmektedir.

Bu açıdan Turkcell-Telsim kararını incelediğimizde; kararın inceleme ve değerlendirme bölümünde telekomünikasyon sektöründe GSM altyapısının zorunlu unsur olup olmadığı ve bu kapsamda anlaşma yapma zorunluluğunun getirilip getirilmeyeceği konusunda ayrıntılı bir analiz yapılmıştır. Ayrıntılara geçmeden önce İş-Tim ve Aycell ile imzalanan lisans sözleşmelerinde nüfusu 10.0000'den fazla olan yerlerin 2 yıl içinde %50'sinin, 5 yıl içinde %90'ının kapsama alanına alınacağını özellikle belirtmek gerekir. Olayda GSM altyapı hizmetleri olmaksızın GSM hizmetleri pazarında bir teşebbüsün faaliyette bulunmasının mümkün olmaması, altyapı sisteminin kurulması için büyük yatırımların gerekmesi, piyasada ilk önce faaliyette bulunan teşebbüslerin kapsama alanının %100'e yaklaştığı bir pazarda yeni bir teşebbüsün piyasaya girmesinde, kapsama alanının büyük önem taşıması nedenleriyle altyapı hizmetleri zorunlu unsur olarak kabul edilmiştir. İş-Tim'in imzalamış olduğu imtiyaz sözleşmesinde 5 yıl içinde %90 kapsama alanına ulaşması şartının getirilmesinin ise; bu süre zarfında piyasaya girip rekabet edebilmesi için altyapıya gereksinimi olması nedeniyle, bu unsurun zorunlu unsur olarak kabulünü engellemediği, zorunlu unsurdan yararlanmasına engelleyici bir hükmün bulunmadığı kararda yer almıştır. Kararda;

“...Piyasanın şebeke niteliği, şebeke dışsallıkları, yerleşik operatörlerin pazar payları gibi hususlar dikkate alındığında, piyasadaki rekabetin İŞ-TİM ve Aycell'in kapsama alanlarını diğer operatörlerin büyüklüğüne ulaştıracakları zamana kadar ertelenmesinin, piyasa üzerinde istenilen etkiyi yapmayacağı, aksine bu sürenin sadece yerleşik operatörlerin hakim durumlarını daha da güçlendirmelerine neden olacağı açıktır. Bu nedenle, ulusal dolaşım piyasaya giriş açısından bir zorunluluktur”

denilerek, İş-Tim'in GSM hizmetleri pazarında rekabet edebilecek şekilde yeterli kapsama alanına ulaşana kadar pazarda faaliyette bulunan diğer teşebbüslerin altyapılarının zorunlu unsur olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir¹¹⁹. Olayda, unsurun benzerinin yapılmasında kısa sürede altyapının gerçekleştirilmesinin mümkün olmaması, GSM 900 frekans bandı ile GSM 1800 frekans bandı arasındaki kapsama alanlarının genişliği konusundaki farklar gibi zorlukların teknik zorlukları oluşturduğu, baz istasyonlarının kurulacağı yerlerin

¹¹⁹ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Dosya Sayısı: SR/02-13 (Soruşturma), Karar Sayısı: 03-40/432-186, Karar Tarihi: 9.6.2003.

kiralanması, yapı ruhsatlarının alınması, çevrenin ve halk sağlığının korunması kapsamında gündeme gelen hukuki zorlukların olduğu ve İş-Tim'in yüksek lisans ücreti ödemesinin yanında, altyapının kurulmasının da yüksek maliyet gerektirmesi, piyasada tutunabilmek için daha çok reklam, satış, pazarlama giderlerine katılmanın gerekmesi gibi ekonomik zorlukların bulunduğu ifade edilmiştir. Kısaca olayda, pazara girişte hukuki, teknik ve ekonomik zorlukların olduğu belirtilmiştir. İmtiyaz sözleşmesinde öngörülen 5 yıllık süre nedeniyle zorunlu unsurun varlığı 5 yıl olarak kabul edilmiştir. İş-Tim'in bir yandan kendi altyapısını kurmasının ve süre sınırının kabul edilmesinin doktrinin uygulanmasını kolaylaştırdığı ve doktrine yönelik; doktrinin sınırsız uygulanmasının unsurdan yararlananları bedavacılığa alıştıracağı, taraf teşebbüslerin motivasyonlarını düşüreceği şeklindeki eleştirileri de gidereceği ifade edilmiştir. Unsurun benzerinin kurulmasının olayda sadece İş-Tim açısından değil, pazardaki diğer teşebbüs olan Aycell açısından da zor olması, unsurun benzerinin kurulmasının sadece pazara giriş yapmak isteyen teşebbüsler değil, diğer teşebbüsler için de zor olması gerektiği şartına dayanak olarak kabul edilmiştir. Turkcell ve Telsim'in ulusal dolaşıma karşılık olarak makul ölçüdeki karın üzerinde yüksek fiyat istemeleri ise, ulusal dolaşım talebinin reddi olarak kabul edilmiştir. Yine Turkcell ve Telsim tarafından, ulusal dolaşımın sağlanmasında teknik kısıtların bulunduğunu konusundaki iddiaları kabul görmemiş, bu durum anlaşma yapmayı reddetme eylemi olarak kabul edilmiştir.

Rekabet Kurulu kararında; yukarıda belirtildiği gibi, pazara girişte teknik, ekonomik ve hukuki engeller bulunduğu kabul edilerek, bu kapsamda Turkcell ile Telsim'in sahip olduğu ulusal dolaşıma konu olan alt yapı zorunlu unsur olarak kabul edilmiştir. Zorunlu unsurun kabulü için unsurun aynısının ya da benzerinin teknik, ekonomik ve hukuki açıdan yapılmasının imkansız ya da çok güç olması gerekmektedir. Kurul her üç durumun da olduğunu kararında belirtmiştir. Turkcell ve Telsim iki ayrı teşebbüs olarak benzer dönemlerde, kararda zorunlu unsur olarak kabul edilen GSM telekomünikasyon alt yapı hizmetlerini hukuki, teknik ve ekonomik zorluklara, hatta baz istasyonlarının sağlığa zararlı olduğu konusundaki kamuoyu baskısına rağmen birbirleriyle rekabet ederek kurmuşlardır. Bu zorluklara rağmen piyasanın diğer teşebbüsler açısından karlı bir alan olması, dışarıda piyasaya yeni girişler yapılmak istenmesi sonucunu doğurmuştur. Nitekim İş-Tim ve Aycell; piyasaya ilk giren teşebbüslerin yaşadıkları hukuki, ekonomik ve teknik zorlukları bilmelerine rağmen, bu piyasaya girerek faaliyette bulunmak istemişlerdir. İş-Tim ile 27.10.2000 tarihinde, Aycell ile 11.1.2001 tarihinde imzalanan imtiyaz sözleşmelerinde ise her iki teşebbüse de 2 yıl içinde nüfusu 10.000 den fazla olan yerleşim yerlerinin %50'sini, 5 yıl içinde ise %90'ını kapsama alanına alma zorunluluğu getirilmiş ve her iki teşebbüs de imtiyaz sözleşmesini imzalarken

yüksek bir bedel ödemenin yanı sıra, kendilerine büyük bir maliyet getirecek olan altyapıyı oluşturma yükümlülüğünün bilincinde olarak sözleşmeyi imzalamışlardır. Kararda, gerek İş-Tim'in gerek Aycell'in o tarihe kadar yerleşim yerlerinin ne kadarını kapsama alanı içerisine aldıkları, alt yapı kurdukları konusunda ayrıntılı bir bilgi verilmemiş de, Rekabet Kurulu kararının alındığı tarihe kadar önemli bir alanın kapsama alanı içine alınmış olması muhtemel gözükmektedir.

Piyasada önceden beri faaliyette bulunan teşebbüsler olan Turkcell ve Telsim halen kapsama alanlarını genişletmek için altyapı kurma çalışmalarına devam etmektedirler. Bu piyasada kısa sürede gerçekleştirilen bir hizmet değil, yıllar içerisine yayılan bir hizmet sözkonusudur. Bu nedenle ilgili pazarda ilk faaliyette bulunan teşebbüsler dahi altyapı çalışmalarına devam ederken, pazara girecek olan diğer teşebbüsler tarafından unsurun benzerinin yapılması, gereken altyapının kurulması doğal olarak uzun bir zamana ihtiyaç duyacaktır. Kaldı ki birbirine yakın sayılabilecek bir dönem içerisinde ilk olarak pazarda faaliyete başlayan teşebbüsler; Turkcell ve Telsim, kararda zorunlu unsur olarak kabul edilen GSM telekomünikasyon alt yapı hizmetlerini, yüksek maliyetlerine rağmen, ayrı ayrı kurmuşlardır.

GSM 900 frekans bandı ile GSM 1800 frekans bandı arasındaki kapsama alanlarının genişliği konusundaki farklar gibi zorlukların teknik zorlukları oluşturduğu kararda yer almıştır. Pazara girişte teknik açıdan zorlukların olup olmadığının belirlenmesi o konuda uzman olan kişiler tarafından tespit edilmesi gereken bir konudur. Ama baz istasyonlarının kurulacağı yerlerin kiralanması, yapı ruhsatlarının alınması, çevrenin ve halk sağlığının korunması kapsamında gündeme gelen hukuki zorlukların olduğu konusunu değerlendirirken, öncelikle şunu söylememiz gerekir ki, bütün bu hukuki zorluklara pazara ilk giren teşebbüsler de katlanmışlardır. Örneğin baz istasyonları kurulurken, bunların sağlığa zararlı olduğu, kanserojen etki yarattığı konusunda medyada olumsuz kampanyalar yer almıştır. Bu kampanyalar sonucunda da baz istasyonlarının kurulacağı yerlerin fiyatları yükselmiş ve teşebbüslere maliyeti artmıştır. Keza yapı ruhsatı alma konusundaki zorluklar, o dönemler için farklı yoğunlukta olsa bile, söz konusu olmuştur. Ayrı ayrı altyapı tesislerini kurmanın hukuki anlamda çeşitli zorlukları olmasına rağmen her iki teşebbüs de bunu yapmış ve ayrı ayrı altyapılarını oluşturmuşlardır.

Kurul kararında, İş-Tim'in yüksek lisans ücreti ödemesinin yanında, altyapının kurulmasının da yüksek maliyet gerektirmesi, piyasada tutunabilmek için daha çok reklam, satış, pazarlama giderlerine katılmanın gerekmesi gibi (teknik ve hukuki zorlukların yanı sıra) ekonomik zorlukların bulunduğu ifade

edilmiştir. İş-Tim, kendisi yüksek bir bedel ödeyerek GSM hizmetleri pazarında faaliyette bulunmayı tercih etmiştir. İş-Tim'in bu piyasada faaliyette bulunabilmek için zorunlu olarak altyapı kurması gerektiğinin, müşteri kazanabilmek için reklam, satış, pazarlama gibi faaliyetlerde bulunmasının zorunlu olduğunun farkında olması gerekmektedir. Dolayısıyla bir ticaret şirketi olarak ödemiş olduğu lisans ücretinin yanısıra, kurması gereken altyapı ve diğer işlemler için ödemesi gereken fiyatı ve nihayetinde toplam maliyeti önceden tahmin ederek bu piyasada faaliyette bulunmak istemiştir. Piyasada daha önce faaliyette bulunan ve farklı zamanlarda piyasaya giren şirketlerin, aynı ekonomik zorluklar olmasına rağmen kendi altyapılarını ayrı ayrı kurmuş olmaları, ekonomik zorluğun bu piyasaya girişte önem taşımakla birlikte, zorunlu unsur olarak kabulünü engellemektedir. Kaldı ki bizzat imzalanan sözleşmelerde yer alan, belirli süreler sonunda belirli büyüklükteki yerlerin %90'ının kapsama içerisine alınacağına ilişkin hüküm, somut olayda ekonomik, teknik ve hukuki olarak zorunlu unsurun bulunduğu kabul edilmediğinin bir göstergesi olarak da kabul edilmelidir. Eğer hukuki, teknik ya da ekonomik zorluklar nedeniyle zorunlu unsur kabul edilseydi, piyasaya yeni giren teşebbüslerin 2 yıl içinde nüfusu 10.000 den fazla olan yerleşim yerlerinin %50'sini, 5 yıl içinde ise %90'ını kapsama alanına alma zorunluluğu getirilmez, zorunlu unsur olması nedeniyle doğrudan sözleşmelerde ulusal dolaşım konusunun düzenlenmesi gerekirdi. Piyasaya yeni girecek olan teşebbüslerin kendi altyapılarını kurarken bir yandan da önceden faaliyette bulunan teşebbüslerin altyapılarından yararlanmaları, bu durumda piyasada önceden faaliyet gösteren teşebbüsler aleyhine bir sonuç doğuracak ve benzer şekilde altyapının önem taşıdığı diğer sektörlerde teşebbüsler; ilk kez piyasaya giren teşebbüs olmak yerine bir başkasının ardından piyasaya girmek için bekleyecekler, kurulu altyapıdan yararlanmak isteyecekler, yani bu alanlarda girişimcilik güdüsü azalacaktır.

Telekomünikasyon alanında piyasaya giren teşebbüsler faaliyette bulunurken doğal olarak geri dönüşümü yüksek olan alanlara yatırım yapmayı öncelikle tercih edecek, geri dönüşü uzun zaman alacak olan yerlere ise yatırım yapmaktan kaçınacaklardır. Bu kapsamda piyasaya yeni girecek olan bir teşebbüs de geri dönüşümü yüksek olan yerleri öncelikle kapsama alanına almak isteyecek, diğer alanlarda ise daha önceden burada altyapı hizmeti kurmuş olan teşebbüsün altyapısından yararlanmak isteyecektir. Diğer bir ifade ile, ulusal dolaşımdan yararlanmak isteyecektir. Bu durumda ise ulusal dolaşımdan yararlanılmak istenmesi, pazara yeni girecek olan teşebbüsleri avantajlı duruma getireceği gibi, daha önceden bu pazarda faaliyete başlamış olan teşebbüsleri de cezalandırmak anlamına gelecektir. Teşebbüsler zaten ilk olmanın getirdiği zorlukların yanısıra, bu şekilde sözleşme imzalamak zorunda kaldıklarında hem bedavacılık sorunu gündeme gelecek hem de teşebbüslerin girişimcilik güdüsü azalacaktır. Rekabet

Hukukun temel amacı rekabetin korunmasını sağlamak, ekonomik etkinliği, verimliliği sağlamak ise buradaki ekonomik etkinliğin ne olacağının çok iyi değerlendirilmesi gerekmektedir. Somut olayda uzun bir süre geçmiş olan ve %90 kapsama alanına ulaşmak için 2 yıldan az bir süresi kalan pazara yeni giren teşebbüslere, pazarda önceden faaliyette bulunan teşebbüslere ulusal dolaşım anlaşması imzalanması yükümlülüğu getirilmek suretiyle sağlanacak avantajın ekonomik etkinlik kapsamında çok iyi değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle kalan 2 yıl için zorunlu unsurun kabulü söz konusu değildir. Kapsama alanına alınmamış olan bölgelerde unsurun ekonomik, teknik ve hukuki olarak alternatifinin oluşturulması, diğer bir ifade ile bu bölgelerin kapsama alanı içerisine alınması için gereken altyapıyı oluşturma mümkündür. Dolayısıyla da somut olayda GSM altyapı hizmetleri İş-Tim açısından piyasaya girişte zorunlu unsur olarak kabul edilemez. Bu nedenle de zorunlu unsura sahip olmayan teşebbüslerin objektif gerekçelere dayanmayan bir şekilde anlaşma yapmayı reddederek hakim durumlarını kötüye kullanmaları söz konusu değildir.

Yine Kurul kararında, zorunlu unsura sahip olunduğunun kabul edilmesi nedeniyle piyasaya yeni giriş yapmak isteyen teşebbüsün (İş-Tim) unsurdan yararlanma konusundaki talebinin reddedilmesi, anlaşma yapmanın reddedilmesi olayda hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmiş ve kastın varlığı, kusurun ağırlığı, teşebbüslerin pazardaki güçleri ve muhtemel zararın ağırlığı nedeniyle yüksek para cezalarına hükmedilmiştir. Rekabet Kurulu, Turkcell ve Telsim'in anlaşma yapmaya yanaşmamalarını, Rekabet Kurumu tarafından soruşturma başlatılmasına karşın işbirliğine yanaşmayarak ihlale devam etmelerini, iki teşebbüsün ilgili piyasadaki ekonomik büyüklüklerini, ihlal nedeniyle GSM hizmetleri piyasasında yüksek fiyat oluşmasını, ihlalin ağır ihlal olarak kabul edilmesinin gerekçeleri olarak saymış ve kararda teşebbüslerin 2001 yılı cirolarının %1'i oranında para cezası uygulanması gerektiği yer almıştır.

Rekabet Hukukunda zorunlu unsurun kabulü durumunda sözleşme yapma zorunluluğunun getirilebilmesi için;

- zorunlu unsurdan yararlanmak isteyen teşebbüs ya da teşebbüslerin taleplerinin objektif ve makul gerekçeler olmadan reddedilmesi ve

- zorunlu unsurdan yararlanmanın imkan dahilinde olması gerekmektedir.

Yine Telekomünikasyon Hukukunda da ulusal dolaşım anlaşması imzalanması makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkan dahilindeki bir talep halinde söz konusu olmaktadır. Bu üç şart birlikte aranmaktadır. Somut olayda taraflar arasındaki en büyük anlaşmazlık ödenecek fiyat konusunda olmuştur. Gerçekten altyapıya sahip olan teşebbüslerin istediği bedel ile, bu altyapıdan yararlanmak isteyen teşebbüslerin ödemeyi teklif ettikleri bedel

arasında büyük bir fark bulunmaktadır. Dolayısıyla teknik açıdan imkan dahilinde olan ancak makul olmayan ya da ekonomik açıdan oranlı olmayan roaming taleplerini teşebbüsler kabul etmek zorunda değildirlir.

Teşebbüslerin sözleşme serbestisi prensibinin esas olduğu normal piyasa koşullarında, sahip oldukları varlıkları paylaşmak zorunda kalmaları ya da diğer bir ifade ile sözleşme yapmak zorunda kalmaları durumunda yapacakları ilk davranış sahip oldukları varlıkları paylaşmamak şeklinde olacaktır. Çünkü sözleşme yapma zorunluluğu istisnai bir uygulamadır. Nitekim olayda teşebbüsler sözleşme serbestisi prensibine dayanarak tahkim dahil bütün yollara başvurmuşlar, anlaşma yapmaktan kaçınmışlardır. Turkcell ve Telsim yerine Aria ve Aycell’de söz konusu olsaydı muhtemelen bu teşebbüslerin de benzer şekildeki davranışlar içerisine girmeleri beklenecekti. Yine RKHK’nın 6 ncı maddesi hakim durumda olmayı değil, hakim durumun kötüye kullanılmasını yasakladığından zorunlu unsur doktrininin uygulanma şartlarının da bulunmadığı olayda hukuki yollara başvurulmasının süreci geciktirmiş olması kastın varlığı, kusurun ağırlığı olarak değerlendirilemeyeceği gibi teşebbüslerin pazar güçlerinin de bu olayda idari para cezasının ağırlaştırılmasında bir gerekçe olarak değerlendirilmemesi gerekir. Dolayısıyla olayda ihlal olduğu kabul edilse bile ihlali ağırlaştırıcı sebepler de bulunmamaktadır. Bu nedenle olayda zorunlu unsurun olmadığı, dolayısıyla da zorunlu unsurdan yararlandırmama şeklinde hakim durumun kötüye kullanılmasının ortaya çıkmadığı, ihlali ağırlaştırıcı sebeplerin olmadığı, idari para cezasına hükmedilemeyeceği kısacası hakim durumun kötüye kullanılmasının söz konusu olmaması nedeniyle Rekabet Kurulu kararında sonuç kısmında yer alan görüşlere katılmamaktayız.

4. Kamu Teşebbüsleri Açısından Zorunlu Unsur Doktrininin Uygulanması

“Zorunlu unsur” doktrininin kamu teşebbüsleri açısından uygulanmasına Avrupa Birliği Rekabet Hukuku uygulamasında daha ılımlı yaklaşılmaktadır. Türk Rekabet Hukukunda kamu teşebbüsleri açısından “zorunlu unsur” doktrini “bor sektörü ile ilgili olaylarda” gündeme gelmiştir. Olayda yasadan kaynaklanan bir tekel hakkı söz konusudur. Yine bu sektörde sektörel düzenleyici bir kurumun olmaması Rekabet Kurumu’nun doktrini yetki tartışması olmadan rahatlıkla ele alması sonucunu doğurmuştur.

Türk Rekabet Hukuku uygulamasında teşebbüslerin ya da teşebbüs birliklerinin bir kanundan kaynaklanan tekel hakları RKHK’nın kapsamı dışında değerlendirilmektedir. Kurul’un bir kararında, RKHK’nın kapsamında yer alan bir teşebbüs birliğinin, yasadan kaynaklanan tekel hakkının RKHK kapsamı dışında kaldığı ve bu teşebbüsün yasadan kaynaklanan haklarını aşarak, yasal

olmayan uygulamalarda bulunduğu iddiasının muhatabının, mevzuatın gösterdiği merciler olduğu ifade edilmiştir¹²⁰. Yeni tarihli benzer diğer kararlarında ise (olaylarda kanundan kaynaklanan asgari ücret tarifelerinin belirlenmesi sözkonusuydu), asgari ücret tarifesi belirlenmesinin rekabeti kısıtlayıcı etkileri olmasına rağmen, bunun kanundan kaynaklanan bir yetkiye dayandığı ve ilgili kanun hükümleri ile bu nedenle RKHK arasında ihtilaf olmasından dolayı, RKHK'ya uygun şekilde yasal düzenlemede değişiklik yapılması amacıyla TBMM, Başbakanlık ve ilgili Bakanlık nezdinde girişimlerde bulunulmasına karar verilmiştir¹²¹.

Kamu teşebbüslerinin söz konusu olduğu bor olayıyla ilgili olarak Rekabet Kurulu'nun bir kaç kararı bulunmaktadır. Kurul'un ilk kararında¹²² Bor Sanayi Dış Ticaret Ltd. Şti (Bor Ltd.), Eti Holding A.Ş.'nin bor pazarındaki hakim durumunu kötüye kullanarak RKHK'yı ihlal ettiği iddiası ile hakkında soruşturma açılarak ceza verilmesine yönelik olarak Rekabet Kurulu'na başvurmuştur. Olayda Bor Ltd.; Türkiye'de bor madenlerinin işletme hakkının

¹²⁰ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Karar Sayısı: 99-12/91-33, Karar Tarihi: 03.03.1999, Resmi Gazete Tarihi: 09.09.1999, Resmi Gazete Sayısı: 23811.

¹²¹ Rekabet Kurulu'nun karşısına gelen olaylarda Türkiye Barolar Birliği'nin, Türk Dişhekimleri Birliği'nin, Türk Tabipler Birliği'nin, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği'nin, Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavir Odaları Birliği'nin, üyelerinin çeşitli hizmetlerde uygulayacağı ücretler ile ilgili alt sınır belirlemek yoluyla 4054 sayılı RKHK'yı ihlal etmeleri söz konusuydu. Ancak ihlal bu kurum ve kuruluşlarının kendi kanunlarında öngörülen yetkinin kullanılması sonucu oluşmaktaydı. Kurul bu olayların tümünde ilgili kanunlarda asgari ücret tarifesi belirleme yetkisinin düzenlenmiş olması nedeniyle, bu durumun aynı zamanda RKHK'ya aykırılık oluşturması sonucu da ortaya çıktığından olası yasal düzenlemelerde bu durumun gözönünde bulundurulmasına ilişkin görüş bildirilmesine, RKHK'nın 27(g) ve 30 (f) maddeleri kapsamında yasal düzenleme değişikliği talebi ile TBMM, Başbakanlık ve ilgili Bakanlık nezdinde girişimlerde bulunulmasına ve gereken değişiklikler sağlandıktan sonra, asgari fiyat tarifesi yayınlama talebinde bulunan meslek birliklerinin olası taleplerinin muafiyet kapsamında ayrıca değerlendirilmesine oybirliği ile karar vermiştir. Türkiye Barolar Birliği Kararı için bkz., Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2003-4-145, Karar Sayısı: 03-73/876(a)-374, Karar Tarihi: 13.11.2003, Türk Dişhekimleri Birliği kararı için bkz., Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2003-4-145, Karar Sayısı: 03-73/876(b)-375, Karar Tarihi: 13.11.2003, Türk Tabipleri Birliği kararı için bkz., Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2003-4-145, Karar Sayısı: 03-73/876(c)-376, Karar Tarihi: 13.11.2003, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği kararı için bkz., Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2003-4-145, Karar Sayısı: 03-73/876(e)-378, Karar Tarihi: 13.11.2003, Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği kararı için bkz., Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2003-4-145, Karar Sayısı: 03-73/876(d)-377, Karar Tarihi: 13.11.2003.

¹²² Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Dosya Sayısı: D1/2/H.H.Ü-99/2 (Önaraştırma) Karar Sayısı: 00-1/2-2, Karar Tarihi: 04.01.2000, Resmi Gazete Tarihi: 17.04.2001, Resmi Gazete Sayısı 24376.

Etibank'a verildiğini¹²³, Etibank'ın dünya bor madeni yataklarının %63'üne ve dünya bor madeni ticaretinin ise %95'ine sahip bir tekel olduğunu, Etibank'ın sahip olduğu tekel hakkının tinkalin üretimi ile ilgili olduğu ve tinkalin de boraksın doğal, işlenmemiş hali olduğu ve boraks dekahidrat ile boraks pentahidratın hammaddesini oluşturduğunu belirtmiştir. Bor Ltd., kendisinin boraks üretimi ile uğraştığını ve boraksın hammaddesi olan tinkal cevherini Etibank'tan satın aldığını, tinkalin boraks üretimi için ikamesi mümkün olmayan bir cevher olduğunu, Etibank dışında başka bir yerden temin imkanının mümkün olmadığını ileri sürülmüştür. Bor Ltd. ayrıca Etibank'ın RKHK kapsamında tekel konumunda olan bir teşebbüs olduğunu ve alıcılar arasında ayırmacılık yaparak farklı fiyatlardan tinkal madenini sattığını belirtmiştir. Olayda Etibank tinkal madenini kendi müesseselerine 42 USD/ton, yurt dışı piyasalara 141 USD/ton ve yurt içi piyasalara ise 230 USD/ton fiyattan satmakta, seramik ve cam sektöründe kullanılacak olan tinkale iskonto yaparken, boraks üretiminde kullanılacak olan tinkale bu iskontoyu uygulamayarak boraks üretimi ile uğraşan şirketleri iskontodan yararlandırmamaktadır. Etibank kendi müesseselerine en ucuz fiyattan hammadde satarken, daha yüksek bir fiyata yurt dışı alıcılara satış yapmakta en yüksek fiyatı ise yurt içi alıcılara uygulamaktadır. Bor Ltd., Etibank'ın kendi müesseselerine en ucuz fiyattan hammadde satarken, yurt dışı alıcılara daha yüksek fiyattan, kendilerine yani yurt içi alıcılara ise en yüksek fiyattan hammadde satarak hakim durumunu bir başka pazarda kötüye kullandığını, bunun RKHK'nın ilgili 6 (d) maddesine aykırılık oluşturduğunu iddia etmiştir¹²⁴. Yine Bor Ltd., Etibank'ın eşit durumdaki alıcılar arasında ayırmacılık yaptığını, farklı fiyat politikası uygulaması nedeniyle pazara girişlerin engellendiğini, Etibank'ın önceleri yüksek fiyattan mal vermesi daha sonra ise mal vermeyi kesmesi nedenleriyle bor ürünleri üreticisi olan firmaların iflaslarına neden olduğunu ve fiyat politikasının bor ürünleri piyasasında faaliyet gösteren, diğer bir ifade ile piyasada kalan tek firma olan Bor Ltd'in üretim kapasitesinin altında çalışmasına ve nihayet 1997 yılında da faaliyetlerine son vermesine neden olduğunu, bu durumun RKHK'nın 6 (a) ve (b) bentlerine aykırı olduğunu

¹²³ Etibank'ın özelleştirilmesi kapsamında bankacılık bölümü özelleştirilirken, Etibank Madencilik Genel Müdürlüğü 26 Ocak 1998 Tarih ve 98/10552 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile (Resmi Gazete Tarihi: 4 Şubat 1998, Resmi Gazete Sayısı: 23248) Eti Holding A.Ş.'ye dönüştürülmüştür. Eti Holding A.Ş.'ye bağlı 7 bağlı ortaklık, 12 işletme, Maden Müdürlüğü ve 3 iştirak bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz., www.dtm.gov.tr, www.maden.org.tr

¹²⁴ 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un "*Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*" başlığını taşıyan 6 ncı maddesinin "d" bendine göre; "*Belirli bir piyasadaki hakimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler*" kötüye kullanma halleri arasında örnek olarak sayılmıştır.

belirtmiştir¹²⁵. Bor Ltd. özetle, bir ton boraks dekahidrat üretebilmek için gerekli olan tinkal maliyetinin kendilerine uygulanan satış fiyatı sonucunda 310 USD olduğunu, buna karşın boraks dekahidratın piyasa satış fiyatının 320 USD/ton olduğunu, fiyat farkı uygulamasının ve iskonto yapılmamasının ürünlerin maliyetinin yüksek olması nedeniyle ihracatta da rekabet güçlerini düşürdüğünü ve yurt dışındaki rakipleriyle eşit koşullarda dünya pazarında rekabet edebilmelerine engel olduğunu belirtmiş ve Etibank'ın tüketicinin zararına olarak üretimi ve pazarlamayı kısıtladığını ileri sürmüştür. Şikayet üzerine Rekabet Kurulu tarafından ön araştırma yapılmasına karar verilmiştir. Ön araştırma safhasında raportörler; RKHK kapsamında bir teşebbüs olan Eti Holdingin sahip olduğu tekel konumu nedeniyle hakim durumda olduğunu ve 2840 sayılı “*Bor Tuzları, Trona ve Asfaltit Madenleri ile Nükleer Enerji Hammaddelerinin İşletilmesi, Linyit ve Demir Sahalarının Bazılarının İadesini Düzenleyen Kanun*”¹²⁶ un 2 nci maddesinde yer alan “*Bor tuzları, uranyum ve toryum madenlerinin aranması ve işletilmesi Devlet eliyle yapılır...*” hükmüyle **tekel hakkının bor cevheri olan tinkalin topraktan çıkartılması ve konsantre edilmesiyle sınırlı olduğunu ve rafinasyon ile uç ürün üretiminin bu yasanın vermiş olduğu tekel hakkının kapsamı dışında kaldığını belirtmişlerdir**. Bu nedenle de raportörler;

“*Eti Holding A.Ş. 'nin;*

Hammade temini konusundaki yasal tekel hakkının verdiği güçten yararlanarak, rafine bor ürünleri üretiminde, tinkal hammaddesine ilişkin olarak uyguladığı fiyat politikaları ile, rakiplerinin piyasadaki faaliyetlerini zorlaştırmak, 1997 yılında sektörde kalan son rakibinin üretimini durdurmasından bu yana da, yine uyguladığı fiyat politikaları ile, faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine engel olmak suretiyle, 6 ncı maddenin (a) bendinde tanımlanan eylemi gerçekleştirmesi,

Bir bor uç ürünü olan sodyum perborat üretimi için yurt dışına önemli miktarda konsantre tinkal ve rafine bor ürünleri satışı yapmasına rağmen, aynı ürünün üretimi için yurt içinden gelen talebi karşılamayarak, konsantre tinkal ve rafine bor ürünlerindeki hakim durumunu ayrı bir ürün pazarı olan bor uç ürünlerinde kötüye

¹²⁵ 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un “*Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*” başlığını taşıyan 6 ncı maddesinin “a” bendine göre; “*Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler*” “b” bendine göre ise; *Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayırıcılık yapılması*” hakim durumun kötüye kullanılması halleri arasında sayılmıştır.

¹²⁶ 2840 sayılı Bor Tuzları, Trona ve Asfaltit Madenleri ile Nükleer Enerji Hammaddelerinin İşletilmesi, Linyit ve Demir Sahalarının Bazılarının İadesini Düzenleyen Kanun, Kabul Tarihi: 10.6.1983, Resmi Gazete Tarihi: 13.6.1983, Resmi Gazete Sayısı: 18076.

kullanmak suretiyle 6 ncı maddenin (d) bendinde tanımlanan eylemi gerçekleştirmesi nedeniyle ilgili teşebbüs hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41 inci maddesi uyarınca soruşturma açılması gerektiği düşünülmektedir” şeklinde rapor vermişlerdir. Raportörlerin bu görüşlerine rağmen Rekabet Kurulu aksi yönde olarak, **2840 sayılı Kanun'un verdiği ve 3213 sayılı Maden Kanunu'nun¹²⁷ koruduğu tekel hakkının, bor madeni olan tinkalin topraktan çıkartılması, konsantre ve rafine edilmesi, söz konusu ürünlerden bor uç ürünü ve nihai ürün elde edilmesi ve bunların pazarlanması süreçlerini kapsadığını, yasadan kaynaklanan tekel hakkının kullanımından doğan işlem ve eylemlerin RKHK'nın kapsamı dışında kaldığını, hakim durumun kötüye kullanıldığı şeklindeki iddiaların yasal tekel hakkının kullanımından kaynaklandığını bu nedenle de soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına oyçokluğu ile karar vermiştir¹²⁸.**

¹²⁷ 3213 sayılı Maden Kanunu, Kabul Tarihi: 4.6.1985, Resmi Gazete Tarihi: 15.6.1985, Resmi Gazete Sayısı: 18785.

¹²⁸ Oy çokluğu ile alınan kararın muhalefet şerhi önemli olması nedeniyle buraya aynen aktarılmıştır. Buna göre; “REKABET KURUMU BAŞKANLIĞI'NA (Muhalefet Şerhi)

Kurulumuzca alınan 04.01.2000 tarih ve 00-01/2-2 sayılı karara aşağıdaki nedenlerle katılmıyorum.

Eti Holding A.Ş. yetkililerinin işletme kavramına getirdikleri yorum, hem yerinde incelemeler sırasında Eti Holding A.Ş. Genel Müdür yardımcısı Ergün YİĞİT'in ifadelerine hem de Eti Holding A.Ş. Yönetim Kurulu'nun 26.10.1999 tarih, 61/7 sayılı kararına göre;

Bor cevherinin üretimi, zenginleştirilmesi, rafine edilmesi ve pazarlanması konularını kapsayacak biçimde yorumlanması gerektiği şeklindedir. Bu yorumla Eti Holding A.Ş.'nin hukuki tekel hakkının kapsamı, rafine Bor ürünlerini de kapsayacak biçimde genişlemektedir. Eti Holding A.Ş. Yetkililerinin kendi yorumlarına göre bu tekel hakkı, cevherin topraktan çıkarılması, zenginleştirilmesi ve rafine edilmesi ve bu ürünlerin pazarlanması faaliyetlerini kapsamaktadır. Buna göre, Bor Uç Ürünleri sözkonusu tekel hakkının dışında kalmaktadır.

Rafine işlemi, cevherin içerisindeki Boroksit (B2O3) oranının artırılmasından ibarettir. Yani tamamen borla ilgili bir zenginleştirme işlemidir. Oysa uç ürünlerinin içerisinde Bor bileşiğinin yanında farklı maddelerde bulunmaktadır. Örneğin, Sodyum Perborat üretimi için Boraks Pentahidrat veya Dekahidratın yanında Hidrojen Peroksit denilen farklı bir kimyasal madde gereklidir. Buna göre Bor Uç ürünü denildiği zaman, içerisinde Boroksit (B2O3) ile birlikte farklı maddeler içeren ürünler anlaşılmaktadır. Esasen, 2840 sayılı Kanun'un vermiş olduğu tekel hakkı Bor Tuzları ile ilgilidir. OYSA BOR UÇ ÜRÜNLERİ, ARTIK BOR TUZU OLMAKTAN ÇIKMAKTADIR.

Eti Holding A.Ş.'nin Sodyum Perborat üretilmesi şartıyla, yurt dışına yılda 200 Bin Ton civarında Tinkal satışı vardır. Buna karşılık yurt içindeki Akkim firmasının yine Sodyum Perborat üretmek amacıyla 28.04.1998 tarihindeki, yılda 15-25 Bin Tonluk Tinkal veya Rafine Bor ürünü talebi olumsuz karşılanmıştır.

BURADA “İŞLETME” KAVRAMININ YORUMUNUN ETİ HOLDİNG A.Ş.'NİN YAPTIĞI GİBİ, SADECE RAFİNE BOR ÜRÜNLERİNİ KAPSAR ŞEKİLDE KABUL EDİLMESİDİR. BU HALDE, ETİ HOLDİNG A.Ş.'NİN BOR UÇ ÜRÜNLERİ PAZARINDA HUKUKİ TEKEL HAKKI BULUNMAMAKTADIR. BU DOĞRULTUDA, ETİ HOLDİNG

Bor madeniyle ilgili olarak “2840 sayılı Bor Tuzları, Trona ve Asfaltit Madenleri ile Nükleer Enerji Hammaddelerinin İşletilmesi, Linyit ve Demir Sahalarının Bazılarının İadesini Düzenleyen Kanun”¹²⁹ bulunmaktadır. Stratejik ve ekonomik önemi bulunmasından dolayı bu madenler Devlet eliyle işletilecek madenler kapsamında düzenlenmiştir. Dolayısıyla burada Kanun tarafından tanınmış bir tekel hakkı bulunmaktadır. Maden Kanunu’nun 49 uncu maddesinde ise; “2840 sayılı Kanun hükümleri saklıdır. Ancak, bu Kanunun yürürlük tarihinden sonra bulunacak bor, trona ve asfaltit madenlerinin aranması ve işletilmesi bu Kanun hükümlerine tabidir. Bunların ihracatına ait usul ve esaslar Bakanlar Kurulunca tespit edilir” denildiği için, Maden Kanunu’nun yürürlüğe girdiği tarih olan 15.06.1985 tarihinden sonra bulunan bor tuzları Maden Kanunu kapsamında özel sektör tarafından da işletilebilecek, ancak bu tarihten önce bulunmuş olan bor tuzları 2840 sayılı Kanuna göre Devlet tarafından işletilebilecektir. Rekabet Kurulu’nun karşısına gelen olayda, ilgili pazarda tek satıcı olan ve hakim durumda bulunan Etibank’ın farklı fiyat politikası izleyerek kendi müesseselerine daha ucuz fiyattan ürün satarken, yurt dışı alıcılara bundan daha yüksek bir fiyat uygulaması, davacıya ise daha pahalı bir fiyattan satması suretiyle alıcılar arasında ayırimcılık yaptığı ve daha sonra ise mal vermeyi keserek hakim durumunu kötüye kullandığı iddiası Rekabet Kurulu tarafından değerlendirilmiştir. Değerlendirme yapılırken, uygulamada 2840 sayılı Kanun’un 2 nci maddesine göre, bor tuzlarının aranması ve işletilmesinin Devlet tarafından yapılması zorunluluğunun, bu maddenin zenginleştirilmesi, rafinasyonu ve pazarlamasını da kapsayıp kapsamadığı konusunda oluşan duraksamanın giderilmesi amacıyla Danıştay’dan istişari görüş isteminde bulunulmuştur. Danıştay Birinci Dairesi, “işletme” teriminin olayda önem taşıdığını belirterek ayrıntılı bir değerlendirme sonucunda 2840 sayılı Kanunun 2 nci maddesi

A.Ş.’NİN BU PAZARA YÖNELİK OLARAK HAMMADDE SATMAYI REDDETMESİNİN (ÖZEL OLARAK AKKİMİN TALEBİNİN KABUL EDİLMEMESİ RAFİNE BOR ÜRÜNLERİ PAZARINDAKİ HAKİM DURUMUNU BOR UÇ ÜRÜNLERİ (ÖZEL OLARAK DA SODYUM PERBORAT) PAZARINDA KÖTÜYE KULLANILMASI KANAATİNDEYİM.

Günümüzde dahi yurt dışındaki Sodyum Perborat üreticilerinin hammadde talebi karşılanırken, iç piyasada yerleşik bulunan ve yurt dışındakilerle aynı üretimi gerçekleştirecek olan bir teşebbüsün talebinin karşılanmamasının da hakim durumun kötüye kullanılması anlamına geldiği izahıta varestedir.

Bu nedenlerle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 41. maddesi gereğince soruşturma açılması ve aynı Kanunun 9/3 maddesinin tatbik edilmesinin uygun olacağı görüş ve kanaatiyle ekseriyetin kabulüne katılmadığımı saygıyla arz ederim. 05.01.2000, Mehmet Zeki Uzun”

¹²⁹ 2840 sayılı Bor Tuzları, Trona ve Asfaltit Madenleri ile Nükleer Enerji Hammaddelerinin İşletilmesi, Linyit ve Demir Sahalarının Bazılarının İadesini Düzenleyen Kanun, Kabul Tarihi: 10.6.1983, Resmi Gazete Tarihi: 13.6.1983, Resmi Gazete Sayısı: 18076.

uyarınca bor tuzlarının aranması ve işletilmesinin Devlet eliyle yapılması zorunluluğunun, bu madenin zenginleştirilmesini, rafinasyonunu ve pazarlamasını da kapsadığına karar vermiştir. Danıştay Birinci Dairesinin görüşüne göre;

“...Diğer yandan, bor mineralleri ve rafine ürünlerinin yabancı ülkelerde endüstriyel hammadde, yarı mamül ve mamül madde olarak çok geniş alanda kullanıldığı göz önüne alındığında, borun yurt dışına satışı yanında, yurt içindeki gerçek kişi ve kuruluşlara da satışının yapılmasında engel bulunmamaktadır. Ticari açıdan bir değerlendirme yapıldığında ham bor ve rafine ürünlerinin yurt içinde de satışının yapılabilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Aksi bir düşünce yani bunların yurt içinde sadece kendi imalatında kullananlar dışındaki Türk vatandaşlarına satılmaması halinde, yabancılar karşısında Türk vatandaşı aleyhine eşitsizlik yaratılacağı gibi, rekabet kuralları da ihlal edilecektir. Bor tuzlarının Türk vatandaşlarına satılması halinde Türk vatandaşı yurt içinde istediği tesisi kurabilecek ve borun uç ürünlerini elde ederek bunların yurt içinde veya yurt dışında satabilecektir. Borun yurt içinde Türk vatandaşlarına satışı yapılmadığı için hamboru alan yabancı yurt dışında bu tesisleri kurarak elde ettiği bor uç ürünlerini istediği fiyatla Dünya’ya ve Türkiye’ye satabilmekte ve Dünya bor piyasasını istediği gibi yönlendirmektedir”.

Danıştay Birinci Dairesi;

“...Sonuç olarak; açıklanan nedenlerle 2840 sayılı Yasanın değişik 2 nci maddesi uyarınca bor tuzlarının aranması ve işletilmesi Devlet eliyle yapılması zorunluluğunu, bu madenin zenginleştirilmesini, rafinasyonunu ve pazarlamasını da kapsadığı, ancak Eti Holding A.Ş. tarafından ham bor ve işlenebildiği ölçüde rafine bor olarak yurt dışına ihraç edilerek satılan bor tuzlarının, aynı biçimde ham bor ve rafine bor olarak yurt içinde isteyen Türk vatandaşı kişi ve firmalara da satılabileceği, Türk vatandaşı kişi veya firmanın satın aldığı boru ülke içinde kuracağı tesislerde işleyip elde edeceği ürünleri yurt içinde veya yurt dışında satabilmesinde hukuki bir engel bulunmadığı sonucuna ulaşılarak dosyanın Danıştay Başkanlığına sunulmasına 1.5.2000 gününde oybirliği ile karar verildi”¹³⁰ demiştir.

Rekabet Kurulu ise olayda, 2840 sayılı Kanun’un verdiği ve Maden Kanunu’nun koruduğu tekel hakkının, bor madeni olan tinkalin istihracı (topraktan çıkarılması), konsantre ve rafine edilmesi, söz konusu ürünlerden bor uç ürünü ve nihai ürün elde edilmesi ve bunların pazarlanması süreçlerini kapsadığını, diğer bir ifadeyle bu konuda Eti Holding A.Ş.’nin tekel hakkına sahip olduğunu ve hakim durumun kötüye kullanıldığı yolundaki iddiaların söz konusu yasal tekel hakkının kullanımından kaynaklandığını ve herhangi bir yasanın

¹³⁰ Danıştay Birinci Dairesi, Karar Tarihi: 1.5.2000, Esas No: 2000/50, Karar No: 2000/67.

uygulanmasından kaynaklanan işlem ve eylemlerin RKHK kapsamı dışında kaldığını belirterek ilgili teşebbüs hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığına oy çokluğuyla karar vermiştir¹³¹. Rekabet Kurulu'nun red kararına karşı, Bor Ltd. kararın iptali istemiyle Danıştay'a başvurmuştur¹³². Davalı Rekabet Kurumu, 2840 sayılı Kanun uyarınca Eti Holdingin bor tuzlarının aranması ve işletilmesi konularında yasal tekel hakkı olduğu, 2840 sayılı Kanun'un "işletme" kavramının içeriği hakkında Danıştay 1. Dairesince verilen istişari görüşte belirtildiği gibi, bor madeni olan tinkalin topraktan çıkartılması, konsantre ve rafine edilmesi, söz konusu ürünlerden bor uç ürünü ve nihai ürün elde edilmesiyle bunların pazarlanmasının da tekel hakkı kapsamı içerisinde bulunduğunu bu nedenle de dava konusu işlemin hukuka uygun olduğunu belirterek davanın reddinin gerektiğini ileri sürmüştür. Eti Holding ise;

"Tinkalin bir uç ürün olmayıp cevher olduğu, Bandırma Boraks Müessesesinin 4054 sayılı Kanununun 3. maddesindeki teşebbüs tanımındaki "ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler" kapsamında olduğu, ona uygulanan fiyatın bünye içi tüketime yönelik sembolik fiyat olduğu, dolayısıyla davacı şirketle aynı durumdaki alıcı olarak değerlendirilemeyeceği, yurtiçindeki tüm firmalara aynı fiyatın uygulandığı, dış piyasaya iç piyasanın fiyatının üzerinde fiyatlar uygulandığı, dünya piyasası paralelinde rakip ülke ve firmaların fiyatı, müşterinin cinsi, nihai tüketici, aracı olup olmadıkları ulaşım ve taşıma masrafları gibi birçok unsurlar dikkate alınarak esnek fiyat politikasıyla pazar payının ve döviz gelirinin artırılmasına çalışıldığı, buna müdahalesinin ülkenin kaybına yol açacağı ..." gerekçeleriyle davanın reddini savunmuştur.

Danıştay Onuncu Dairesi konuyu RKHK, 2840 sayılı Kanun, Maden Kanunu ve Danıştay Birinci Dairesinin vermiş olduğu görüş kapsamında inceleyerek;

"...Danıştay 1. Dairesinin anılan kararında da belirtildiği üzere, 2840 sayılı Kanunun amacının bor tuzlarının maden sahasından çıkartılması, zenginleştirilmesi, rafinasyonu, bunlardan her türlü uç ürün elde edilmesi ve pazarlanmasının tek elden yapılmasıyla ülkenin Dünya bor pazarındaki etkinliğinin artırılarak borun en verimli şekilde değerlendirilmesini sağlamak olduğu dikkate alındığında, davacı şirketin, Etibank'ın yasal tekel hakkının bor cevherinin topraktan çıkartılması ve konsantre edilmesi ile sınırlı olduğu ve bundan sonraki rafinasyon ile uç ürün elde edilmesi safhalarını kapsamadığı yolundaki iddiaları yerinde görülmemiştir.

¹³¹ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Dosya Sayısı: D1/2/H.H.Ü-99/2 (Önaraştırma) Karar Sayısı: 00-1/2-2, Karar Tarihi: 04.01.2000, Resmi Gazete Tarihi: 17.04.2001, Resmi Gazete Sayısı 24376.

¹³² Danıştay Onuncu Dairesi, Karar Tarihi: 5.2.2003, Esas No: 2001/306, Karar No: 2003/424.

Kaldı ki davacı şirketin sahibi bulunduğu tesiste, bor uç ürünü değil, rafine bor ürünü sayılan ve tinkalin saflaştırılmasıyla elde edilen boraks dekahidrat üretildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, 2840 sayılı Kanunun verdiği yasal tekel hakkına sahip bulunan Etibank'ın hakim durumunu kötüye kullandığından bahisle yapılan şikayet başvurusu üzerine ön inceleme yaptırılarak söz konusu iddiaların, yasal tekel hakkının kullanımından kaynaklandığı ve 4054 sayılı Kanunun kapsamı dışında kaldığından bahisle, Eti Holding A.Ş. hakkında soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı yolunda tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır...

denilerek yasal dayanaktan yoksun bulunan davanın oyçokluğu ile reddine karar vermiştir¹³³.

¹³³ Danıştay Onuncu Dairesi, Karar Tarihi: 5.2.2003, Esas No: 2001/306, Karar No: 2003/424. Kararda karşı oy gerekçesi ayrıntılı bir şekilde yer almıştır. Önem taşıması nedeniyle gerekçe buraya kısmen aktarılmıştır. Buna göre; "4054 sayılı yasanın 6 . maddesinde, 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 kullanmasının hukuka aykırı ve yasak olduğu belirtildikten sonra yer verilen beş bentte de bu hallerin neler olduğu düzenlenmiştir.

Yasanın 2. maddesinin gerekçesinde belirtildiği üzere, rekabet kurallarının, kamu kurumlarına veya özel kişilere ait olmasının önemi olmaksızın ekonomik faaliyette bulunan her teşebbüse uygulanması zorunluluğu karşısında bir kamu işletmesinin, yasanın kendisine sağladığı tekel hakkını yasanın 6. maddesi kapsamında kötüye kullanması halinde, bu tekel hakkının, yasal düzenlemeler çerçevesinde tanınmış olması, bu işletmeye rekabet hukuku kurallarının uygulanmayacağı anlamına gelmeyecektir.

2840 sayılı...Kanunun 2 nci maddesinde, "Bor tuzları, uranyum ve toryum madenlerinin aranması ve işletilmesi Devlet eliyle yapılır. Bu madenler için 6309 sayılı Maden Kanunu gereğince gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerine verilmiş olan ruhsatlar iptal edilmiştir." hükmü yer almış, daha sonra yürürlüğe giren 3213 sayılı "Maden Kanunu'nun 49 uncu maddesinde de "2840 sayılı Kanun hükümleri saklıdır. Ancak, bu Kanununun yürürlük tarihinden sonra bulunacak bor, trona ve asfaltit madenlerinin aranması ve işletilmesi bu Kanun hükümlerine tabidir Bunların ihracına ait usul ve esaslar Bakanlar Kurulunca tespit edilir" hükmüne yer verilmiştir.

Madencilik faaliyetlerinin, arama, ön işletme ve işletme olarak belirlendiği 3213 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliği hükümlerinden, madenin işletilmesi kavramının maden cevherinin istihracına ve pazarlanmasına yönelik faaliyetleri kapsadığı anlaşıldığından, 2840 sayılı Kanunda yer verilen bor madenlerinin devlet eliyle işletilmesine ilişkin düzenlemenin, bor tuzu madenlerinin bu anlamda işletilmesinin ön gördüğü, cevherin işlenerek yeni bir ürün elde edilmesini ifade etmeyeceği açıktır.

Bu itibarla Devlete ait olan bor madenlerini işleten, bir kamu iktisadi teşebbüsü olan Eti Holding A.Ş. boraksın işlenmemiş hali olan tinkalin çıkartılması ve pazarlanması konusunda Türkiye'de yasal tekel konumunda olmasına karşın, tinkalden elde edilen boraks pentahidrat, boraks dekahidrat üretiminde yasadan doğan bir tekel hakkı bulunmamaktadır. Nitekim aksine bir düzenleme bulunsaydı davacı şirketin boraks dekahidrat üretimi yapması mümkün olmazdı..

Kurul karşısına gelen bir diğer olayda¹³⁴ Ceytaş Madencilik Tekstil San. ve Tic. A.Ş. (Ceytaş), benzer şekilde Eti Holding A.Ş.'nin (Eti Holding) hakim durumunu kötüye kullanmak suretiyle RKHK'yı ihlal ettiği iddiasında bulunmuştur. Eti Holding (yukarıda bahsedilen Danıştay 1. Dairesinin görüşü kapsamında), ilgili ürün pazarı olan bor ürünlerinin topraktan çıkartılması, konsantre ve rafine edilmesi ile pazarlanması konularında 2840 sayılı Kanun ile münhasıran faaliyette bulunan tek teşebbüstür.

Rekabet Kurulu'nun bu kararının diğer karardan daha farklı olan yönü, daha ayrıntılı bir analiz yapılarak RKHK'nın hakim durumun kötüye kullanılması ile ilgili 6 ncı maddesinin (a) ve (b) bentleri kapsamında makale konumuz olan "zorunlu unsur" doktrini açısından da konunun incelenmesi olmuştur. RKHK'nın 6 ncı maddesine göre;

"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. Kötüye kullanma halleri özellikle şunlardır: a) Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler, b) Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayırimcılık yapılması,..."

örnek olarak sayılan durumlar arasındadır. Serbest piyasa ekonomisinde teşebbüsler istedikleri diğer teşebbüslerle; sözleşme serbestisi prensibi çerçevesinde anlaşma yapabilirler. Ancak Rekabet Hukukunda bazı istisnai durumlarda sözleşme yapma zorunluluğu söz konusu olabilmektedir. Rekabet hukukunda "Zorunlu unsur" kapsamında sözleşme yapma zorunluluğu bu olayda Kurul kararında RKHK'nın 6 ncı maddesinin (a) bendi kapsamında değerlendirilmiştir. Kararda, hakim durumda bulunan bir teşebbüse ancak iki halde satış yapma zorunluluğu getirilebileceği, bunlardan ilkinin hakim durumda bulunan bir teşebbüsten mal talebinde bulunan müşterinin, hakim durumdaki teşebbüsün sürekli alıcısı durumunda olması, ikincisinin ise bir teşebbüsün belli

Açıklanan nedenlerle tinal cevheri pazarında, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 3 üncü maddesinde tanımlanan, belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek, fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü ifade eden hakim duruma sahip bulunan Eti Holding A..Ş. hakkında, davacı şirketin 6. madde kapsamındaki iddialarının Rekabet Kanunu gereğince soruşturulması gerekirken soruşturma açılmaması yolundaki Kurul kararının iptali gerektiği oyu ile karara katılmıyorum."

¹³⁴ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Dosya Sayısı: D1/1/H.H.Ü-00/3 (İlk İnceleme), Karar Sayısı: 00-50/533-295, Karar Tarihi: 21.12.2000.

bir faaliyette bulunabilmesi için zorunlu olan unsurun hakim durumda bulunan bir teşebbüsün elinde olması gerektiği ifade edilmiştir. “Zorunlu Unsur” kararda;

“Bir faaliyette bulunabilmek için mutlaka yararlanılması gereken ve hakim durumda bulunan teşebbüs dışında, söz konusu kaynak faaliyetin başka bir alternatifinin bulunmaması veya ekonomik ve rasyonel olarak yeni bir alternatif kaynağın oluşturulamaması anlamına gelmektedir. Bu şekilde bir temel kaynak faaliyetine sahip olan bir teşebbüs, imkanları nispetinde ve makul şartlarla her isteyene bu mal veya hizmeti satmak zorundadır”

şeklinde tanımlanarak, olayda zorunlu unsur bulunmadığı ve Kanununun 6 ncı maddesinin (a) bendinin ihlal edilmediği belirtilmiştir. RKHK'nın 6 ncı maddesinin (b) bendinin ihlal edildiği iddiasının değerlendirilmesinde ise, hakim durumda bulunan bir teşebbüsün aynı ve eşit durumdaki alıcılara farklı davranmasının hakim durumun kötüye kullanılmasına neden olabileceği, aynı ve eşit durumda bulunmayan alıcılara farklı davranılmasının ayrımcılık sayılmayacağı dolayısıyla hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilemeyeceği, olayda yurt içi alıcılar ile yurt dışı alıcılar arasında ayrımcılık iddiasının söz konusu olduğu belirtilerek bu iki alıcı grubunun aynı ve eşit durumda olmadıkları dolayısıyla da RKHK'nın 6 ncı maddesinin (b) bendinin ihlalinin gerçekleşmediği belirtilmiştir. Rekabet Kurulu hangi alıcıların birbirleriyle aynı ve eşit sayılacağı konusunda bir kıstas getirmiştir. Karara göre; “...Farklı uygulama yurt içi ve yurt dışı piyasalar arasındadır. Bu nedenle, yurt dışındaki ve yurt içindeki alıcıların eşit durumda olup olmadıkları önem taşımaktadır. Öncelikle yurt dışı piyasalarla yurt içi piyasalardaki rekabet koşullarının birbirinden farklı olduğu ifade edilmelidir. Hangi durumda alıcıların eşit sayılacağı konusunda, şu şekilde bir kıstas getirilebilir. Birbirini ikame edebilen alıcılar eşit durumda kabul edilmelidir. Alıcıların birbirini ikame edebilmesi, alıcıların hakim durumda bulunan teşebbüsle ilişkilerinde karşılıklı olarak yer değiştirmeleri durumunda bir uygunsuzluğun ortaya çıkmaması anlamına gelmektedir. Alıcıların birbirini ikame edebilirliği hakim durumda bulunan teşebbüs gözüyle değil, alıcılar gözüyle değerlendirilmelidir. Aksi bir düşünce yanlış sonuçlara götürebilir. Buna göre; yurt dışındaki alıcılarla yurt içindeki alıcıların birbirinin yerine kolaylıkla geçemeyeceği görülmektedir. Buna göre; yurt dışındaki alıcılarla yurt içindeki alıcılar aynı ve eşit durumda olmadıklarından, 4054 sayılı Kanun'un 6 ncı maddesinin (b) bendi anlamında bir ayrımcılık söz konusu olmayıp, bu nedenle hakim durumun kötüye kullanılma fiili gerçekleşmemiştir...”.

Olayda sonuç olarak yine, hakim durumun kötüye kullanılmasının söz konusu olmadığına ve önaraştırma yapılmasına veya soruşturma açılmasına gerek olmadığına oyçokluğu ile karar verilmiştir¹³⁵. Rekabet Kurulu'nun bu kararının;

¹³⁵ Rekabet Kurumu Başkanlığı, Kurul Kararları, Dosya Sayısı: D1/1/H.H.Ü-00/3 (İlk İnceleme), Karar Sayısı: 00-50/533-295, Karar Tarihi: 21.12.2000.

zorunlu unsur doktrininin açıkça tanınması ve uygulanması, eski ve yeni müşteri ayırımı yapılmaması ve rakiplerin değil rekabetin ve etkinliğin korunması yaklaşımını ortaya koyması açılarından önem taşıdığı, kararın kendi içerisinde tutarlı olduğu ve etkinliği esas aldığı için zorunlu unsur doktrininin uygulanmasında iyi bir başlangıç olduğu doktrinde ifade edilmektedir¹³⁶. Doktrinde Kurul kararında; bor ürünlerinin ancak üretimlerinde bor kullanılan ve nihai ürün olan deterjan, cam, seramik gibi ürünlerin üretimi için temel kaynak olarak zorunlu unsur sayılabileceği belirtilerek, üst pazar olan bor ürünlerinin bu gibi aşağı pazarlarda zorunlu unsur sayılacağı tespit edildiği, olayda Ceytaş'ın isteminin zorunlu unsur doktrinine giriş talebi değil, zorunlu unsur doktrinine ortak olma talebi olduğu ve Kurul kararının haklı olduğu ifade edilmiştir. Bu görüşe göre;

“Kurul kararı bu yönüyle haklıdır. Zorunlu unsur olarak kabul edilen imkan/altyapı gibi unsurlar ancak bir alt piyasaya girmek için zaruri olduğu müddetçe rakiplere açılmaktadır. Eğer rakip imkan/altyapının kendisine sahip olma imkanını doğurabilecek bir talepte bulunursa bu talebin reddedileceği doktrin açısından açıktır.

Karar'da bor maddesinin hangi ürünler için zorunlu unsur sayılabileceği de belirtilerek Doktrinin uygulaması açısından yerinde bir değerlendirmede bulunulmuştur”¹³⁷.

Teşebbüsün hakim durumda olması değil, bu hakim durumun kötüye kullanılması Rekabet Hukuku açısından yaptırıma tabi tutulduğundan, teşebbüslerin yasal ya da fiili tekel durumunda olmaları yaptırıma tabi tutulmaz. Ancak teşebbüsün yasadan kaynaklanan tekel hakkını kötüye kullanması yaptırıma tabi olacaktır. Nitekim RKHK'nın 6 ncı maddesinin gerekçesinde *“...Bazı durumlarda teşebbüs, hakim duruma yasaların sağladığı korumalar nedeniyle de gelebilir. Özellikle sınai ve ticari mülkiyet hakları böyle bir koruma sağlar. Bu hakların kullanımı hiç bir şekilde rekabeti ortadan kaldırma amacına hizmet etmemelidir...”* denilerek yasadan kaynaklanan tekel durumu, hakim durum olsa bile bu hakkın kullanımının rekabeti ortadan kaldırma amacıyla uygulanamayacağı açık bir şekilde yer almıştır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta yasadan kaynaklanan tekel hakkının kullanımı sonucunda, rekabeti ortadan kaldırma amacı olmaksızın sadece o hakkın kullanılmasıyla bir rekabet ihlali meydana geliyorsa, burada bu hakkın doğal kullanımı sonucunda ortaya çıkan bir durum olduğundan Rekabet Kurulu'nun bu durumda; Rekabet Hukuku ile ilgili mevzuatta yapılması gereken değişiklikler konusunda görüş bildirerek mevzuattaki değişikliklerin yapılmasını sağlama görevi bulunmaktadır. Teşebbüsün, kanundan kaynaklanan bir tekel hakkı söz konusu ise ve bu hakkın

¹³⁶ Yaşar Tekdemir, *age.*, s. 59-60.

¹³⁷ Hakan Suat Ölmez, *age.*, s. 26-27.

kullanımı ile rekabet ihlali ortaya çıkıyorsa tam tersi olduğunda yani hakkını kullanmadığında da, Kanundan doğan haklarını kullanmadığından dolayı teşebbüsün bu sefer tam tersi bir açıdan sorumluluğu ortaya çıkabilecektir. Bu durumda çözüm olarak ilgili mevzuatın RKHK'ya uygun olarak değiştirilmesi gerekmektedir. Ancak rekabet ihlali teşebbüsün yasadan kaynaklanan tekel hakkını kullanması sonucu olarak değil, yasadan kaynaklanan tekel hakkını kötüye kullanması sonucunda ortaya çıkıyorsa bu durumda artık RKHK'nın ilgili hükümleri uygulanacaktır. Avrupa Birliği uygulamasında da yasadan kaynaklanan tekel hakkının kötüye kullanılması durumu ATA kapsamında değerlendirilmekte ve yaptırıma tabi tutulmaktadır¹³⁸.

Teşebbüs zorunlu unsur olarak kabul edilen varlığı; örneğin hammadde ya da altyapıyı, üst pazarda tek olarak kendisi kontrol edebileceği gibi, örneğin hammadde sağlayıcı ya da operatör olabileceği gibi bu unsuru kullanarak aynı zamanda aşağı pazarlarda da faaliyette bulunabilir. Bu şekilde de üst pazardaki gücünü aşağı pazarlardaki rekabeti etkilemek amacıyla kullanabilir. Her iki olayda da Eti Holdingin bağlı ortaklığı vasıtasıyla piyasada hammadde sağlayıcısı pozisyonunun dışında faaliyette bulunduğu görülmektedir.

Rekabet Kurulu'nun bu kararlarının “zorunlu unsur” kavramının tanımının yapılmasının önemi dışında, sözleşme yapma zorunluluğu açısından da; örneğin eşit durumdaki alıcılarla eşit şartlarda sözleşme yapma zorunluluğu açısından da incelenmesi gerekir. Olayda eşit durumdaki alıcılara farklı fiyat uygulanıp uygulanmadığı ve Kurul'un kararda açıkça işaret ettiği, eşit durumdaki alıcı tanımının hakim durumdaki teşebbüse göre değil de alıcılara göre yapılması gerektiği görüşünün değerlendirilmesi gerekir. Kurul'a göre, birbirini ikame eden alıcılar eşit durumda kabul edilir. Alıcıların birbirini ikame edebilmesi ise alıcıların hakim durumda bulunan teşebbüsle olan ilişkilerinde karşılıklı olarak yer değiştirmeleri durumunda bir uygunsuzluğun ortaya çıkmaması olarak tanımlanmaktadır. Buna göre de yurt içi alıcılar ile yurt dışı alıcılar eşit alıcılar değildir. Diğer yandan Eti Holding ise savunmasında alıcılar arasında farklı fiyat uyguladığını kabul ederken kendisine göre yani hakim durumdan olan bir teşebbüs açısından alıcı tanımını yapmakta ve dünya piyasası paralelinde rakip ülke ve firmaların fiyatı, müşterinin cinsi, nihai tüketici, aracı olup olmadıkları ulaşım ve taşıma masrafları gibi birçok unsurlar dikkate alınarak esnek fiyat politikasıyla pazar payının ve döviz gelirinin artırılmasına çalışıldığı ve nedenle de yurt içi alıcılar ile yurt dışı alıcılar arasında farklı fiyat uygulandığını belirtmektedir. Eti holding bu kapsamda yurtiçindeki tüm firmalara aynı fiyatın uygulandığını belirtirken dış piyasaya iç piyasanın fiyatının üzerinde fiyatlar uygulandığını ifade

¹³⁸ Öz, *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, s. 105-106.

etmektedir. Ancak somut olayda görüldüğü gibi yurt içi alıcılara tam tersi daha yüksek bir fiyat uygulanmaktadır.

Rekabet Hukukunda genel anlamda “*ikame kavramı*” değerlendirilirken “talep açısından ikamede “*bir mal ya da hizmetin tüketici gözünde nitelikleri, kullanım amaçları ve fiyatları bakımından birbirinin yerine kullanılabilmesi ya da ikame edilebilmesi*” esas olarak alınırken tüketici noktasından hareket edilmektedir¹³⁹. Bir teşebbüsün yüksek maliyet gerektirmeyen ve kısa sürede gerçekleştirebileceği bir değişiklik o ürün yerine başka bir ürünü üretebilmesi olarak tanımlanabilen arz açısından ikamede ise yine arz eden teşebbüs hareket noktasını oluşturmaktadır. Dolayısıyla olayda da alıcı kavramı, alıcıların birbirini ikame edip edemeyecekleri bu nedenle de eşit durumda olup olmadıkları hakim durumda bulunan teşebbüs açısından değerlendirilmelidir. Uygulamada şirketler çeşitli durumlara göre alıcılar arasında farklılık yaratabilmektedirler. Örneğin yüklü alım yapanlar ile az miktarda alım yapanlar ya da ürünü kullanacakları alanlarla ilgili olarak teşvik amacıyla teşebbüsler arasında yapılan ayırım gibi. Nitekim olayda Eti Holding de dünya piyasası paralelinde rakip ülke ve firmaların fiyatı, müşterinin cinsi, nihai tüketici, aracı olup olmadıkları, ulaşım ve taşıma masrafları gibi etkenlere göre alıcılar arasında farklı fiyat uygulamalarının yapıldığını beyan etmiştir.

Konuyu bu kapsamda incelersek, bor olayında yurt içi alıcılardan birisi olan ve en ucuz fiyatla hammaddenin verildiği Bandırma Boraks Müessesesi Eti Holdinge bağlı bir ortaklıktır. Dolayısıyla RKHK'nın 3 üncü maddesi kapsamında, ekonomik bağımsızlık söz konusu olmadığından teşebbüs tanımındaki “*ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler*” içerisinde yer almaktadır. Bu nedenle de Eti Holdingle birlikte tek bir teşebbüs olarak kabul edilir. Bağlı ortaklık diğer bağımsız alıcılardan eşit statüde değildir. Nitekim Eti Holding'de bunu belirterek bağlı ortaklığa uygulanan fiyatın bünye içi tüketime yönelik sembolik fiyat olduğunu ve bu bağlı ortaklığın diğer alıcılardan eşit statüde değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir. Bağlı ortaklık dışındaki diğer alıcıları incelediğimizde olayda yurt dışı alıcılar ile diğer yurt içi alıcılar söz konusudur. Yurt içi alıcılar ile yurt dışı alıcılara farklı fiyat uygulanmakta ancak bu uygulamanın dayanağı ya da gerekçesi belirtilmemektedir. Hakim durumda bulunan bir teşebbüsün yurt içi alıcılar ile yurt dışı alıcılar arasında farklı fiyat uygulamasının objektif, makul bir gerekçesi olmalıdır. Aksi halde yurt dışı alıcı daha ucuza aldığı hammaddeyi kullanarak ürünü üretecek ve belki de tekrar

¹³⁹ Rekabet Hukukunda talep ve arz ikamesi hakkında ayrıntılı bilgi için **bkz.**, Güven, **Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi**, s. 157 vd.

ülkeye o ürünü daha yüksek fiyattan satacaktır. Oysaki yurt içi alıcılara aynı fiyattan hammadde verildiğinde ürünün üretilmesi daha ekonomik ve sonuçta da tüketicinin yararına olabilecektir. Burada “işletme” kelimesi pazarlamayı da kapsar şekilde yorumlansa bile eğer hakim durumdaki bir teşebbüs pazarlamaya kadar olan aşamaların tümünü kendisi yapmıyorsa, örneğin hammaddeyi satın başka teşebbüslerin ürünü üretilip pazarlamasına imkan veriyorsa artık bu aşamalarda eşit durumda bulunan alıcılara ya da teşebbüslere karşı ayrımcılık yapamayacaktır. Tekel hakkının olması bu hakkın kötüye kullanılmasına imkan vermeyecektir. Diğer bir ifade ile, teşebbüsler tekel hakkının arkasına sığınamayacaklardır. Olayda sektörel istisna ya da imtiyaz söz konusu değildir. Üretilen ürün konusunda farklılık bulunmamaktadır. Alımların büyük miktarda ya da az miktarda olmasından bahsedilmemiştir. Kısaca yurt içi alıcılar ile yurt dışı alıcılar arasında ayırım yapılmasının gerektiren fark nedir, bu açıklanmamıştır. Kaldı ki olayda zorunlu unsurun kendisi olan hammadde bir başka ürünün kullanımı için talep edilmektedir. Tinkal hammaddesi, boraks dekahidrat üretimi için talep edilmektedir. Tinkal boraksın doğal, işlenmemiş hali olduğundan, boraks dekahidrat ile boraks pentahidratın hammaddesini oluşturmaktadır. Zorunlu unsurun hammadde olduğu durumlarda zaten bir başka ürünü üretebilmek için o hammaddeye ulaşmak zorunludur. Bu nedenle talep zorunlu unsurun kendisine sahip olmayı istemek kapsamında değerlendirilemez. Olayda hakim durumda olduğu ve zorunlu unsura sahip olduğu şüphesiz bulunan Eti Holdingin aynı ürünü üretecek olan firmalara sadece yurt içi alıcılar ile yurt dışı alıcılar oldukları gerekçesiyle makul, objektif ve haklı bir gerekçe göstermeden farklı fiyat uygulaması, RKHK'nın 6 (b) maddesi kapsamında eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek ayrımcılık yapılması kapsamında hakim durumun kötüye kullanıldığı konusunda ciddi şüpheler taşımaktadır. Her iki olayda da soruşturma açılarak konunun ayrıntılı olarak değerlendirilmesi ve RKHK'nın 6 ncı maddesinin ihlalinin oluşup oluşmadığının belirlenmesi gerekirken yukarıdaki yer aldığı şekilde karar verilmesi isabetli olmamıştır.