



PAZAR ANALİZİ ÇALIŞMALARI

ELEKTRONİK HABERLEŞME SEKTÖRÜNDE
PAZAR ANALİZLERİNE İLİŞKİN
REHBER DOKÜMAN

BİLGİ TEKNOLOJİLERİ VE İLETİŞİM KURUMU
ANKARA
Şubat 2014



İÇİNDEKİLER

1. GİRİŞ.....	1
2. PAZAR ANALİZİ.....	2
2.1 İlgili Pazar Tanımı	3
2.1.1 İlgili Ürün Pazarı.....	3
2.1.2 İlgili Coğrafi Pazar	7
2.1.3 Zaman Açısından İlgili Pazar	8
2.1.4 Komisyon Tavsiye Kararlarında Belirtilen İlgili Pazarlar	8
3. İLGİLİ PİYASADA DÜZENLEME GEREKSİNİMİ.....	12
3.1 Pazardaki Yüksek ve Sürekli Giriş Engellerinin Varlığı.....	12
3.2 Pazarın Kendiliğinden Rekabetçi Yapıya Kavuşmasının Beklenmemesi	12
3.3 Rekabet Kurallarının Tek Başına Yeterli Olmaması	13
4. EPG'YE SAHİP İŞLETMECİNİN/İŞLETMECİLERİN BELİRLENMESİ.....	14
4.1 EPG'ye Sahip İşletmecilerin Belirlenmesine İlişkin Kriterler	15
4.1.1 Pazar Payı.....	16
4.1.2 Kolayca Tekrarlanamayan Altyapıların Kontrolü.....	18
4.1.3 Teknolojik avantajlar veya teknolojik üstünlük	19
4.1.4 Dengeleyici alıcı gücü	19
4.1.5 Finansal kaynaklara ve sermaye piyasalarına kolay ve ayrıcalıklı erişim imkânı	20
4.1.6 Ürün veya hizmet çeşitliliği	20
4.1.7 Ölçek ve kapsam ekonomileri	20
4.1.8 Dikey bütünleşme.....	20
4.1.9 Gelişmiş dağıtım ve satış ağları	21
4.1.10 Potansiyel rekabetin olmaması.....	21
4.1.11 Genişleme önünde engeller	21

4.2	Pazar Gücünün Diğer Pazarlarda Kullanımı (Leverage)	21
4.3	Birlikte EPG Olma Durumu	23
5.	EPG'YE SAHİP İŞLETMECİLERE GETİRİLEBİLECEK YÜKÜMLÜLÜKLER .	26
5.1	Erişim ve/veya Arabağlantı Sağlama Yükümlülüğü	29
5.2	Şeffaflık Yükümlülüğü	30
5.3	Ayrım Gözetmeme Yükümlülüğü	31
5.4	Referans Erişim/Arabağlantı Tekliflerini Yayımlama Yükümlülüğü	32
5.5	Hesap Ayrımı ve Maliyet Muhasebesi Yükümlülükleri	32
5.6	Tarife Kontrolüne Tabi Olma Yükümlülüğü	33
5.7	Asgari Kiralık Hat Gurubu Hizmetini Sunma Yükümlülüğü	34
5.8	Ortak Yerleşim Yükümlülüğü	35
5.9	Tesis Paylaşımı Yükümlülüğü	35
6.	YÜKÜMLÜLÜKLERİN GETİRİLMESİ, DEĞİŞTİRİLMESİ VE FARKLILAŞTIRILMASI	37
6.1	Yükümlülüklerin Getirilmesi, Değiştirilmesi ve Kaldırılması	37
6.1.1	Pazar analizleri yenilenmeksizin yükümlülüklerin getirilmesi, değiştirilmesi ve kaldırılması	38
6.1.2	Yükümlülüklerin uygulama yönteminin belirlenmesi.....	39
6.1.3	Aşağı ve yukarı yönlü yükümlülüklerin getirilmesi.....	40
6.2	Yükümlülüklerin Farklılaştırılması	40
6.3	Yükümlülüklerle İlişkin Başlangıç, Değiştirme ve Son Bulma Tarihleri ile Yükümlülüklerin Değiştirilmesi veya Kaldırılması Durumunda Geçiş Süreci	41
7.	SONUÇ.....	43
	KAYNAKLAR.....	44

KISALTMALAR

AAD	: Avrupa Adalet Divanı
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
AİDA	: Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Antlaşma
BTK	: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu
EHK	: 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu
EPG	: Etkin Piyasa Gücü
Kurul	: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu
SSNIP	: Small But Significant and Non-Transitory Increase in Price (Küçük Fakat Geçici Olmayan Fiyat Artışı)
RAT	: Referans Arabağlantı Teklifi
RET	: Referans Erişim Teklifi

1. GİRİŞ

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK), 05.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun (EHK) "Kurumun görev ve yetkileri" başlıklı 6'ncı maddesinin birinci fıkrasının (ö) bendinde yer alan;

"Elektronik haberleşme sektörüne yönelik pazar analizleri yapmak, ilgili pazarı ve ilgili pazarda etkin piyasa gücüne sahip işletmeci veya işletmecileri belirlemek"

hükmü kapsamında, elektronik haberleşme sektöründe etkin rekabetin tesisi ve korunması amacıyla öncül (*ex-ante*) bir düzenleme olarak pazar analizi çalışmalarını gerçekleştirmektedir.

BTK tarafından yürütülen pazar¹ analizi çalışmaları kapsamında elektronik haberleşme sektöründe öncül düzenleme gereksiniminin duyulabileceği hizmetlere yönelik olarak tanımlanan her bir pazar için başvurulacak *üçlü kriter testinin* sağlanması durumunda söz konusu pazara ilişkin olarak yapılacak rekabet seviyesi analizi ile pazardaki *etkin piyasa gücüne* (EPG) sahip işletmeciler belirlenmekte ve bu işletmeciler bazı yükümlülüklere tabi kılınmaktadır. Pazar analizleri kapsamında rekabetçi olmadığı düşünülen pazarlarda EPG'ye sahip işletmecilere getirilen söz konusu yükümlülükler ile bu işletmecilerin sahip oldukları pazar gücünü kötüye kullanmalarının öncül olarak önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.

Pazar analizi kapsamında öncül düzenlemeye tabi tutulmuş olan pazarlara ilişkin analizlerin yenilenmesi kapsamında daha önce EPG'ye sahip olduğu tespit edilmiş işletmecilerin bu durumlarının devam ettiğine karar verilebilmekte ve tâbi kılındıkları yükümlülükler gözden geçirilmek suretiyle değiştirilerek veya mevcut hali korunarak devam ettirilebilmektedir. Bununla birlikte daha önce tanımlanan pazarlara ilişkin olarak tekrarlanan pazar analizleri kapsamında işletmecilerin EPG konumunun devam etmediğine de karar verilebilmekte ve dolayısıyla tâbi kılındıkları yükümlülükler kaldırılabilir.

İşbu Rapor kapsamında pazar analizine ilişkin yukarıda özetlenen süreç ve bu süreç ile ilgili kavramlar açıklanmaktadır.

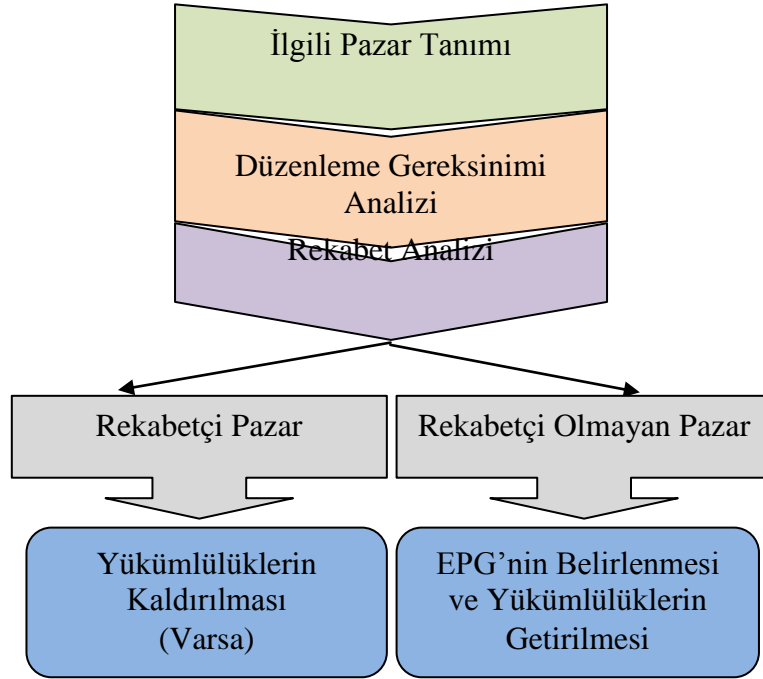
¹ Rapor kapsamında geçen "pazar" ve "piyasa" kavramları aynı anlamda kullanılmaktadır.

2. PAZAR ANALİZİ

Pazar analizi, konuyla ilgili düzenleme olan “Pazar Analizi Yönetmeliği” çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. Anılan Yönetmelik 27.11.2012 tarih ve 28480 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Pazar Analizi Yönetmeliği çerçevesinde ayrıntılarına yer verilen pazar analizi sürecine aşağıda Şekil-1 kapsamında gösterilmektedir.

Şekil 1: Pazar Analizi Süreci



Şekil-1’den de anlaşılacağı üzere; pazar analizi kapsamında ilk olarak öncül düzenlemeye aday ilgili pazar tanımlanmakta, sonrasında tanımlanan pazarın öncül olarak düzenlemeye gereksinim duyup duymadığı analiz edilmektedir. Sonraki aşamada ise öncül düzenleme ihtiyacı olan pazarın rekabet seviyesi tespit edilerek pazarın rekabetçi olup olmadığına karar verilmektedir.

Pazarın rekabetçi olmaması, pazarda EPG’ye sahip işletmecinin varlığına işaret etmektedir. Pazar analizi süreci, rekabetçi olmayan pazar yapısında EPG’ye sahip işletmecilerin tespit edilerek çeşitli yükümlülüklerle tabi kılınması ile tamamlanmaktadır.

2.1 İlgili Pazar Tanımı

Pazar analizi sürecinde ilk adım olarak dikkate alınan ilgili pazar tanımı, rekabet seviyesi analizleri için bir çerçeve oluşturmakta ve analizin yapılacağı pazar için ürün/hizmet ve coğrafya bazında sınırları belirlemektedir.

İlgili pazar tanımının ürün pazarı ve coğrafi pazar olmak üzere iki temel boyutu bulunmaktadır. İlgili pazarın hem ürün hem de coğrafi boyutlarıyla tanımlanması pazar analizi sürecinin ilk aşamasıdır. İlgili pazarın tanımlanması pratik açıdan daha uygun olması yönüyle ilgili ürün boyutunun incelenmesiyle başlar. İlgili coğrafi pazarın tanımlanması genel olarak ürün pazarının kapsam ve sınırlarının belirlenmesinin ardından yapılır. İlgili pazarın bu iki boyutunun yanı sıra bir de zaman boyutu bulunmaktadır.

İlgili pazarın belirlenmesinde talep ve arz ikamesine eşdeğer önem verilmesi, talep ve arz ikamesinin durağan olarak değerlendirilmemesi ve gelecekle ilgili öngörüler değerlendirmeye alınarak ilgili pazarın sınırlarının belirlenmesi büyük önem taşımaktadır. Bu yaklaşım ilgili pazarın belirlenmesinde teknoloji ve ekonomideki değişimlerin dikkate alınmasını mümkün hale getirecektir.

2.1.1 İlgili Ürün Pazarı

Yukarıda da ifade edildiği üzere, ilgili pazar tanımlamasının ilk aşaması ilgili ürün pazarının tespit edilmesidir. İlgili ürün pazarı, işletmeci tarafından sunulan mal ve/veya hizmetler ile bunların ikamelerinin bulunduğu pazarı kapsamaktadır. Pazar analizine ilişkin *Komisyon² pazar analizi rehber dokümanında³* ilgili ürün pazarının ne olduğuna yönelik bir tanım yapılmıştır.

Rehber dokümana göre; ilgili ürün pazarı; ürünün özellikleri, fiyatı ve kullanım amaçları açısından tüketici tarafından değiştirilebilir ya da ikame edilebilir nitelikteki bütün ürünleri ve/veya hizmetleri ifade etmektedir.

Ürün pazarı tanımlaması; ilgili ürünün sunulduğu pazarda, ürün ve/veya hizmetin ikamesinin olup olmadığının değerlendirilmesi amacıyla yapılmaktadır. İlgili ürün tanımı yapılırken ikame edilebilirlik hem talep hem de arz yönlü değerlendirmelere dayandırılmaktadır. Talep açısından, ürünler alıcıların gözünde ikame edilebilir olmalıdır.

² Avrupa Komisyonu kastedilmektedir.

³ Commission guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the Community regulatory framework for electronic communications networks and services (2002/C 165/03), (Komisyon pazar analizi rehber dokümanı), bölüm 2.2.1.

Arz açısından ise ilgili ürünü veya bu ürünle ikame olabilecek bir başka ürünü üreten ya da üretim olanaklarını kolaylıkla bu ürünleri üretmek için kullanabilecek işletmeciler bakımından bir değerlendirme yapılmaktadır.

Analizde bir ürünün diğer bir ürünle aynı pazarda sayılabilmesi için bu iki ürünün tüketici ve üreticiler için nitelikleri, kullanım amaçları ve fiyatları bakımından da benzer olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu amaçla kullanılan yöntemler aşağıda açıklanmıştır.

2.1.1.1 Varsayımsal Tekel Testi

Literatürde SSNIP (small but significant and non-transitory increase in price) testi olarak da bilinen varsayımsal tekel testinin (hypothetical monopolist test) ABD Yatay Birleşme Rehberinde yer alan tanımı özetle şöyledir: Anti tröst pazar, bir ürün ya da ürün grubu ve bu ürünlerin sunulduğu bir coğrafi alandır. Bu ürünleri sunmakta olan firmanın herhangi bir fiyat düzenlemesine tabi olmayan, kârını maksimize eden ve o alanda incelenmekte olan ürünün mevcut durumda ve gelecekteki tek tedarikçisi olan varsayımsal bir tekel olduğu; piyasadaki diğer satış koşullarının değişmeyeceği; varsayımsal tekelin kendi sunduğu ürünlerin fiyatında “*küçük ama belirgin ve geçici olmayan*”⁴ bir artış uygulaması durumunda eğer firmanın müşterileri diğer ikame ürünleri tercih ediyorsa o ikame ürünlerin de ürün grubuna dâhil edilmesi gerekmektedir. Varsayımsal tekelin, fiyatları artıramayacağı fiyat düzeyinde bu analiz sona erdirilir. İlgili pazar, bu şekilde sınırları çizilen en dar ürün grubundan oluşmaktadır⁵.

Varsayımsal tekel testi diğer tüm iktisadi varsayımlar gibi oldukça idealize edilmiş koşulları sembolize etmektedir. Ancak yine sonuçları itibarıyla incelemeye konu olan ilişkilerin hangi temelde işlediğini göstermesi açısından iyi bir ölçüt olarak değerlendirilebilir.

Testin özünde en küçük ürün grubunun varsayımsal bir tekel tarafından sunulduğunda rekabetçi fiyatların üzerindeki bir fiyattan kâr ederek sunulabildiği senaryonun incelenmesi yatmaktadır. Bu fiyatın genellikle en azından rekabetçi fiyatın küçük ama belirgin bir şekilde üzerinde olduğu kabul edilmektedir. Örneğin varsayımsal tekelci firma incelenen ürün grubunu kâr edemeyeceği bir fiyat ile sunamıyorsa ilgili ürün grubu çok dar

⁴ Genellikle %5-10 arasında bir fiyat artışı *küçük ama belirgin* fiyat artışını karşılar nitelikte kabul edilmektedir.

⁵ “*Horizontal Merger Guidelines*” (Ağustos 2010), U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission.

belirlenmiştir. Ya da incelenmekte olan ürün grubunun bir bölümünü rekabetçi fiyatların üzerinde bir fiyatla kâr ederek sunabiliyorsa bu durumda ürün grubu ilk başta geniş belirlenmiştir. Özetle bu test yapılırken öncelikle incelenen ürünü/ürün grubunu sunmakta olan bir varsayımsal tekelci firmanın varlığı kurgulanmaktadır. Daha sonra bu firmanın geçici olmayan küçük ama belirgin bir fiyat artışı yapmasının firma açısından kârlı olup olmayacağı değerlendirilir. Eğer kârlı ise ilgili piyasa tanımlanmıştır ve dolayısıyla bu durumda test sona erdirilir. Ama değilse bu durumda fiyat artışına karşılık olarak talebin büyük bir kısmının ürün grubunun sıkı bir ikamesi olan bir diğer ürüne kaydığı anlaşıldığından ürün grubunun doğru tespit edilmesi için testte başa dönülmektedir⁶.

Ancak testin çalışmadığı durumlar da söz konusu olabilmektedir. Örneğin; fiyatları zaten rekabetçi düzeylerin çok üzerinde olan bir işletmecinin kendi ürününe karşı gözlemlediği rekabet baskısı, diğer ürünlerin tam olarak ikame olup olmamasından değil fiyat düzeyinin hâlihazırda oldukça yüksek düzeyde olmasından kaynaklanmaktadır. Böylesine bir durumda test uygulanırsa pazar olduğundan daha geniş olarak tanımlanabilecektir. Bu durum literatürde “*Selofan Yanılgısı (Cellophane Fallacy)*”⁷ olarak bilinmektedir.

2.1.1.2 Çapraz Talep Esnekliği

Tüketiciler herhangi bir maldan ne kadar alacaklarına karar verirken sadece o malın fiyatını değil, o malla yakın ilişkisi olan diğer malların fiyatlarını da göz önünde bulundururlar. Dolayısıyla tüketici gözünde hangi malların aynı pazarda olduğunun belirlenmesi önem taşımaktadır. Bu çerçevede geleneksel olarak pazar tanımlamalarında kullanılan yöntem çapraz talep esnekliğidir. Çapraz talep esnekliği, tüketiciler açısından ürünlerden birinin fiyatındaki değişimler karşısında diğer ürünlerin miktarındaki değişimlerin bir ölçüsüdür. Başka bir deyişle herhangi bir malın fiyatındaki küçük bir değişim karşısında ikame ya da tamamlayıcı maldan talep edilen miktardaki yüzde değişimin söz konusu malın fiyatındaki yüzde değişmeye oranıdır⁸. Çapraz talep esnekliği şu şekilde belirlenebilir:

$$e = \frac{\Delta M_x / M_x}{\Delta F_y / F_y} \quad (M: \text{Ürün Miktarı}, F: \text{Ürün Fiyatı}, \Delta: \text{Fark})$$

⁶ Office of Fair Trading, (2004), Market Definition, s.5-7.

⁷ *US v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*

⁸ Zeynel Dinler, (1998), İktisada Giriş, Bursa, Ekin Kitabevi, s. 86-87.

Yukarıda verilen tanıma bağlı olarak bir ürünün fiyatındaki değişiklik diğer benzer ürünlerin talebinin miktarını da büyük ölçüde değiştiriyorsa (çapraz talep esnekliğinin pozitif olması durumunda), bu ürünler arasında çapraz talep esnekliği var demektir. Bu ise söz konusu ürünlerin tüketicinin gözünde birbirlerinin ikamesi olarak görülmesi anlamına gelmektedir. Buna karşın çapraz talep esnekliğinin negatif olduğu (tamamlayıcı mal olmaları durumunda geçerli) veya sıfıra yakın olduğu (iki ürün arasında ilişki olmadığı durumlarda geçerli) durumlarda ise, iki ürünün birbirinin yerini ikame etmediği ve söz konusu ürünlerin farklı pazarlara ait olduğu anlaşılmaktadır. Çapraz talep esnekliği, ürünün fiyatı dışında tüketicilerin zevk ya da alışkanlıklarına, ürünün kullanım amaçlarına ve kalite farklılığına bağlıdır. Bununla birlikte çapraz talep esnekliğinden hareketle ilgili piyasanın belirlenmesinde bir dizi eksiklikler bulunmaktadır. Örneğin iki ürünün aynı piyasada olup olmadığının değerlendirilmesinde, çapraz talep esneklik oranının ne olması gerektiği net değildir⁹.

2.1.1.3 Çapraz Arz Esnekliği

Çapraz arz esnekliği, mevcut durumda pazarda olmayan işletmecilerin pazarda gerçekleşecek fiyat artışı karşısında söz konusu pazara girme ihtimallerini dikkate alan bir ölçüdür. Çapraz arz esnekliği üretim faktörlerinin fiyatına; kısaca işgücü, sermaye, doğal kaynakların fiyatı ve kâra bağlı olarak değişebilmektedir. Söz konusu faktörlerin birçoğunun tüm işletmeciler açısından birbirlerine yakın olduğu varsayımında çapraz arz esnekliğinin düşük olduğu sonucu çıkar. Çapraz arz esnekliğinin kısa zaman içinde değişmemesi birçok pazar tanımlamasında çapraz arz esnekliğinin ihmal edilmesine yol açmıştır.

Ancak her ne kadar üretim faktörlerindeki değişimler kısa zaman içinde gerçekleşmese de bir malı arz eden işletmecinin daha ileri bir teknoloji kullanmak suretiyle söz konusu ürünü daha ucuza üretebilmesi ve böylece arz esnekliğinin değişmesi mümkündür. Dolayısıyla arz esnekliği bakımından ikame edilebilirlik ölçütünün talebe göre daha dar bir rolü olmasına karşın ilgili pazarın belirlenme sürecinde arz esnekliğinin de ihmal edilmemesi gerekmektedir.

Bununla birlikte çapraz arz esnekliğinin de talep esnekliği gibi ilgili piyasanın belirlenmesinde birtakım eksiklikleri bulunmaktadır. Çapraz talep esnekliğinde olduğu

⁹ MASSEY P., (2000), Market Definition and Market Power in the Competition Analysis: Some Practical Issues, *The Economic and Social Review*, Cilt. 31, No. 4, s. 309-328.

gibi, çapraz arz esnekliğinde de ürünlerin aynı piyasada değerlendirebilmesi için esneklik oranının ne olması gerektiği tam olarak belli değildir.

2.1.1.4 Fiyat Korelasyonu

Fiyat korelasyonu yönteminde; ürünlerin birinin fiyatında bir artış yapıldıktan sonra benzer ürünlerin fiyatlarındaki artışların söz konusu artışı izleyip izlemediği incelenmekte ve sonucunda fiyat artışı olan benzer tüm ürünlerin aynı ilgili pazarda olduğu farz edilmektedir. Diğer bir deyişle, bu yöntemde belirli bir süreçte benzeri fiyat eğilimlerini gösteren ürünlerin varlığı sorgulanmaktadır.

İlgili pazarın belirlenmesinde çapraz talep ve arz esnekliğinin belirlenmesi amacıyla yapılması gereken bir dizi teste rağmen fiyat korelasyonunun uygulamasında görülen kolaylık, bu yöntemin tercih edilmesine yol açmıştır. Ancak ikame ürünlerden birinin fiyatındaki artışın diğer işletmecilerin fiyat artışı yerine ürün satış miktarını artırıp daha düşük fiyattan satmayı tercih edebilmeleri ilgili pazarın belirlenmesinde fiyat korelasyonunun kullanılmasını güçleştirmektedir.

2.1.1.5 Diğer Unsurlar

Ürün pazarının sınırlarını belirlerken yukarıdaki test veya ölçütlere ilave olarak; pazardaki işletmecilerin faaliyet raporları, tüketici anketleri, tüketicilerin alışkanlıkları, ürünler arası geçiş maliyetleri, ürün özellikleri gibi faktörler de göz önünde bulundurulabilir.

2.1.2 İlgili Coğrafi Pazar

Yapılacak pazar analizinde ilgili ürün pazarı belirlendikten sonra bu pazarın coğrafi sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir. İlgili ürün pazarının belirlenmesinde kullanılan yöntemler pazarın coğrafi sınırlarının belirlenmesinde de kullanılabilir. Bununla birlikte, ilgili coğrafi pazarın belirlenmesinde; nakliye maliyetleri, malın dayanıklılığı, dağıtım sisteminin genişliği, sınır ötesi ticaret için engeller (ticari düzenlemeler, ticari engeller, kotalar vb.) gibi faktörler etkili olmaktadır. İlgili pazarın coğrafi alanı, bu ölçütlerin tespitinden anlaşılabilceği üzere, uluslararası bir pazar şeklinde belirlenebileceği gibi, tüm ülke ya da ülkenin belirli bir bölgesi de olabilmektedir.

Bu kapsamda birçok düzenlemede ilgili pazar; uluslararası, ulusal veya bölgesel olarak sınırlandırılmıştır¹⁰. Nitekim *United Brands* davasında Avrupa Adalet Divanı (AAD) ilgili coğrafi pazarı saptarken altı üye ülkeyi ilgili coğrafi pazar olarak belirlemiştir. Finlandiya düzenleyici kurumu da mobil pazarın düzenlenmesine yönelik yaptığı bir çalışmada ülkenin sadece belirli bir bölümünü ilgili coğrafi pazar olarak belirlemiştir¹¹.

BTK tarafından yapılan analizlerde ise ülkenin tamamının ilgili pazar olarak dikkate alındığı görülmektedir¹².

2.1.3 Zaman Açısından İlgili Pazar

İlgili pazarın belirlenmesinde, gerek ürün gerekse hizmetler açısından, ilgili pazarın belirli zaman veya dönemlere ayrılması gerekmektedir. Zira ilgili pazardaki ürünün arz ve talebi yılın belirli dönemlerinde artabilmekte veya azalabilmektedir. Elektronik haberleşme sektörü için konu değerlendirildiğinde ise zaman içinde gelişen ekonomik ve teknolojik şartlar ilgili pazarın talep ve arz ikamesini etkileyebilmektedir. Dolayısıyla, ilgili pazarın belirlenmesinde zaman kavramının da değerlendirilmesi gerekmektedir.

2.1.4 Komisyon Tavsiye Kararlarında Belirtilen İlgili Pazarlar

Çerçeve Direktifi'nin¹³ 15'inci maddesine göre Komisyon ve düzenleyici kurumlar; rekabet kurallarına uygun olarak ilgili pazarları belirlemek zorundadır.

Bu çerçevede, yukarıda teorik olarak bahsedilen, öncelikle söz konusu mal ya da hizmetin, başka mal ya da hizmetlerle *ikâme edilebilirlik (substitutability)* derecesinin nasıl değerlendirileceği ve rekabet hukukunda yararlanılan diğer kavramların elektronik haberleşme sektöründe ne şekilde kullanılacağı hususları açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır.

Komisyon Tavsiyesi'nde, ikâme edilebilirlik kriterinin birer izdüşümü olan ve bir mal veya hizmet talebinin, o mal veya hizmetin fiyatında, tüketicinin gelirinde ve diğer mal veya hizmetlerin fiyatlarındaki değişmelere olan duyarlılığını ifade eden "talep esnekliği" ile bir mal veya hizmetin arzının, o mal veya hizmetin fiyatındaki değişmelere olan duyarlılığını

¹⁰ Office of Fair Trading, (2004), Market Definition, s. 8-13.

¹¹ Ficaro, Notification, Case F/2003/ 0031/ Market for voice call termination on individual mobile networks.

¹² <http://www.btk.gov.tr/srth/piyasa-analizleri.htm>

¹³ Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services as amended by Directive 2009/140/EC and Regulation 544/2009.

ifade eden “arz esnekliği”nin ilgili pazarın belirlenmesinde oynadığı rol ve uygulanma biçimi açıklanmıştır. Arz ve talep esnekliğine göre Komisyon, 11 Şubat 2003 tarihli Tavsiye Kararı¹⁴ kapsamında elektronik haberleşme sektöründe perakende ve toptan pazar başlıkları altında toplam 18 adet pazar belirlemiştir.

Söz konusu Tavsiye Kararı kapsamında Komisyon tarafından belirlenen ilgili pazarlar şunlardır:

Perakende düzeyde ilgili pazarlar

1. Sabit bir yerde mesken kullanıcıları için kamu telefon şebekesine erişim,
2. Sabit bir yerde mesken kullanıcıları dışındaki kullanıcılar için kamu telefon şebekesine erişim,
3. Sabit bir yerde mesken kullanıcılarına sunulan yerel ve/veya ulusal kamu telefon hizmetleri,
4. Sabit bir yerde mesken kullanıcıları dışındaki kullanıcılar için sunulan yerel ve/veya ulusal kamu telefon hizmetleri,
5. Sabit bir yerde mesken kullanıcılarına sunulan uluslararası kamu telefon hizmetleri,
6. Sabit bir yerde mesken kullanıcıları dışındaki kullanıcılar için sunulan uluslararası kamu telefon hizmetleri,
7. Asgari kiralık hat grubu (2 Mbit/sn’ye kadar kiralık hatların belirlenen çeşitlerini içermekte ve son kullanıcılara kiralık hat sunumunu ifade etmektedir).

Toptan düzeyde ilgili pazarlar

8. Sabit bir yerde sunulan kamu telefon şebekesindeki çağrı başlatma,
9. Sabit bir yerde sunulan bireysel kamu telefon şebekesinde çağrı sonlandırma (sabit bir yerde sunulan kamu telefon şebekesindeki çağrı başlatma ve transit hizmetlerini içermemektedir),
10. Sabit kamu telefon şebekelerindeki transit hizmetler (sabit bir yerde sunulan kamu telefon şebekesindeki çağrı başlatma ve sonlandırma hizmetlerini içermemektedir),
11. Genişbant ve ses hizmetlerinin sunumu için bakır kablo ağına paylaşımlı erişimi de içeren toptan ayrıştırılmış erişim hizmetleri,
12. Veri akış erişimini içeren toptan geniş bant erişimi,

¹⁴ Commission Recommendation of 11/02/2003 on Relevant Product and Service Markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communication networks and services (2003/311/EC).

13. Toptan kiralık hat sonlandırma (terminating) kısmı,
14. Toptan kiralık hat omurga (trunk) kısmı,
15. Kamu mobil telefon şebekelerinde erişim ve çağrı başlatma pazarı,
16. Her bir mobil şebekede çağrı sonlandırma pazarı,
17. Kamu mobil şebekelerinde uluslararası dolaşıma yönelik toptan ulusal pazar,
18. Son kullanıcılara yayın içeriği sunmak için yayın transmisyon hizmetleri pazarı.

Komisyon 17 Aralık 2007 tarihli Tavsiye Kararı¹⁵ ile öncül düzenlemeye uygun pazar sayısını 7'ye indirmiştir. Söz konusu Tavsiye Kararı ile daha önceki Tavsiye Kararı kapsamında öncül düzenlemeye elverişli olan perakende düzeydeki birinci ve ikinci pazarlar birleştirilmiş diğer perakende pazarlar ise kaldırılmıştır. Toptan düzeyde daha önce öncül düzenlemeye tabi tutulan pazar sayısı ise 11'den 6'ya düşürülmüştür.

Son Tavsiye Kararı kapsamında öncül düzenlemeye tabi kılınabilecek pazarlar aşağıda gösterilmektedir.

Perakende düzeyde;

1. Sabit bir yerde mesken kullanıcıları ile mesken kullanıcıları dışındaki kullanıcılar için kamu telefon şebekesine erişim,

Toptan düzeyde ilgili pazarlar

2. Sabit bir yerde sunulan kamu telefon şebekesindeki çağrı başlatma,
3. Sabit bir yerde sunulan bireysel kamu telefon şebekesinde çağrı sonlandırma,
4. Toptan (fiziksel) şebeke altyapısına erişim,
5. Veri akış erişimini içeren toptan geniş bant erişimi,
6. Toptan kiralık hat sonlandırma (terminating) kısmı (kiralık ya da tahsisli kapasite tedarikinde kullanılan teknolojiye bağımsız),
7. Her bir mobil şebekede çağrı sonlandırma pazarı.

Komisyon tarafından düzenlenmesi istenen ilgili pazarlar belirlenmiş olmakla birlikte, düzenleyici kurumların yukarıda listelenen pazarlar dışında “üçlü kriter testi”ni sağlayan pazarların da analizinin yapılabileceği söz konusu Tavsiye Kararı'nın 6'ncı paragrafında ifade edilmektedir. Tavsiye Kararı'nın 5'inci paragrafında ise daha önceki Tavsiye Kararı

¹⁵ Commission Recommendation of 17 December 2007 on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services

olan 2003 tarihli Komisyon Tavsiye'sinin 9'uncu paragrafında benzer şekilde söz konusu kriterler izah edilmektedir. Söz konusu kriterler aşağıda sıralanmaktadır:

1. Piyasaya girişin önünde yüksek ve geçici olmayan engel veya engellerin olması.
2. İlgili piyasada, pazar yapısının belirli bir dönem içinde kendiliğinden rekabetçi yapıya kavuşacağı beklenmemesi.
3. Rekabet kurallarının tek başına uygulanmasının pazar aksaklığını gidermede yetersiz olması.

BTK bu alandaki düzenlemelerinde söz konusu Tavsiye Kararlarını mümkün olduğunca dikkate almış olup, mevcut durum itibarıyla; gerek Pazar Analizi Yönetmeliği gerekse anılan Yönetmelik kapsamında yürütülmekte olunan pazar analizi çalışmaları AB mevzuatı ve uygulamaları ile büyük oranda paralellik göstermektedir.

3. İLGİLİ PİYASADA DÜZENLEME GEREKSİNİMİ

Bir önceki bölümde de ifade edildiği üzere; Avrupa Komisyonu'nun 17 Aralık 2007 tarihli Tavsiye Kararında (2007/879/EC) belirtilen üçlü kriter testini geçen pazarlar öncül düzenlemeye tabi tutulabileceklerdir. Pazarın öncül düzenlemeye tabi tutulabilmesi için her üç kriterin de (kümülatif olarak) sağlanması gerekmektedir.

Söz konusu Tavsiye Kararına paralel bir düzenleme niteliğindeki Pazar Analizi Yönetmeliği'nin 7'nci maddesinde de yer verilen kriterler şunlardır:

3.1 Pazardaki Yüksek ve Sürekli Giriş Engellerinin Varlığı

Pazar tanımını müteakip; pazarın, pazar analizi kapsamında öncül düzenlemeye tabi tutulması pazara giriş kolaylığının değerlendirilmesine bağlıdır. Pazara giriş önünde bir takım engeller bulunabilir. Bu engeller yapısal, yasal veya düzenleyici türde olabilmektedir.

Esas itibarıyla, pazara giriş engelinin bulunmaması, belirgin bir pazar payına sahip işletmecinin bağımsız olarak rekabet karşıtı uygulamalara girmesini engelleyen bir unsurdur. Ancak, elektronik haberleşme sektöründe frekans ya da numara gibi kıt kaynakların kullanımından dolayı belirli hizmetlerin lisans sayısını sınırlayan mevcut hukuki ve düzenleyici gereksinimler nedeniyle pazara giriş engelleri oldukça yüksektir (örn. mobil hizmetler). Ayrıca, pazara giriş için büyük miktarda yatırım yapılması ve kârlılık için kapasite programlarının uzun vadeli olması gerektiği durumlarda yüksek seviyede giriş engelleri bulunmaktadır. Öte yandan, süregelen teknolojik gelişmeler tarafından karakterize edilen pazarlarda pazara giriş önünde daha düşük engeller bulunmaktadır.

3.2 Pazarın Kendiliğinden Rekabetçi Yapıya Kavuşmasının Beklenmemesi

Tanımlanmış olan ilgili pazarın, pazar analizi kapsamında öncül düzenlemeye tabi tutulması için aranan ikinci ilave koşul; pazar yapısının belirli bir dönem içinde kendiliğinden rekabetçi yapıya kavuşacağını beklenmemesi olarak ifade edilmektedir. Belirli bir dönem içinde kendiliğinden rekabetçi yapıya kavuşacağı beklenen pazarlarda öncül düzenleme ihtiyacı öngörülmemektedir.

3.3 Rekabet Kurallarının Tek Başına Yeterli Olmaması

Üçlü kriter testinin son koşulu ise ilgili pazardaki rekabet kurallarının pazar aksaklıklarını gidermede tek başına yeterli olmamasıdır. Bilindiği üzere, rekabet kuralları genel itibarıyla ardıl (*ex-post*) olarak uygulanan kurallardır olup, ihlali cezalandırmaya yöneliktir. Dolayısıyla, rekabet kurallarının işlenmesi genel itibarıyla ihlalin gerçekleşmesine bağlıdır. Rekabet kanunu çerçevesinde öngörülen cezalar birçok durumda caydırıcı özelliğe sahip olmakla birlikte bazı durumlar için ise yetersiz kalabilmektedir. Örneğin, EPG'ye sahip işletmecinin yapacağı ihlalden ötürü alacağı cezayı ve bununla birlikte elde edeceği hasatı düşünerek ve bunlar arasında kâr-zarar analizi yapmak suretiyle ihlali gerçekleştirmeye karar verebilme ihtimali vardır. Bu ihtimal ise pazarın rekabetçi yapısında bazen telafi edilemeyecek sonuçlar doğuran zararlar olarak ortaya çıkabilmektedir. Dolayısıyla, rekabet ihlallerinin bazı durumlarda öncül olarak engellenmesi gerekmektedir.

4. EPG'YE SAHİP İŞLETMECİNİN/İŞLETMECİLERİN BELİRLENMESİ

EPG kavramı, Çerçeve Direktifi'nin 14'üncü maddesinde;

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

şeklinde tanımlanmaktadır. Pazar Analizi Yönetmeliği'nin 3'üncü maddesinde ise:

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

tanımı yer almaktadır.

Çerçeve Direktifi'nde yer alan tanım esas itibarıyla Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) içtihatlarında AB'nin İşleyişine Dair Antlaşmanın¹⁶ (AİDA) 102'nci maddesinde yer alan hâkim konum kavramına ilişkin getirilen tanımlamaya dayanmaktadır. Bir başka ifade ile yeni düzenleyici çerçeve, EPG kavramını Adalet Divanı içtihadındaki hâkim konum tanımı ile uyumlu hale getirmiştir¹⁷.

Bu durum, EPG tanımının uygulama aşamasında düzenleyici kurumların aldıkları kararların Komisyon uygulamaları ve Avrupa Birliği Mahkeme içtihatları (Adalet Divanı, Genel Mahkeme¹⁸ vs. kararları) ile uyumlu olmasını gerektirmektedir. Ancak, EPG kavramının öncül uygulamasında piyasa gücünün belirlenmesi aşamasına ilişkin metodolojide birtakım değişikliklere ihtiyaç duyulmaktadır. Özellikle bir veya birkaç işletmecinin ilgili pazarda hâkim konumda bulunup bulunmadığına ilişkin olarak yapılacak öncül değerlendirmeler AİDA 102'nci madde kapsamında rekabet kurumlarının rekabet ihlallerine ilişkin ardıl olarak yaptığı değerlendirmelerden oldukça farklı varsayımlar ve

¹⁶ The Treaty on the Functioning of the European Union.

¹⁷ Düzenleyici çerçeve kapsamında hâkim konum ve etkin piyasa gücü kavramları birbirlerinin yerine kullanılmaktadır (Bkz. Çerçeve Direktif, Dibase, paragraf 25).

¹⁸ Daha önce “Court of First Instance” olan mahkemelerin ismi Lizbon anlaşmasının kapsamında yapılan değişiklikler ile “General Court” olarak değiştirilmiştir (<http://www.olswang.com/newsarticle.asp?sid=183&aid=2829>).

beklentiler üzerine kurulabilmektedir. Öncül analizlerde, kanıt ve geçmiş davranışlara ilişkin veri eksikliği genellikle pazar analizlerinin prospektif (beklentilerden oluşan) değerlendirmeler üzerine oturtulmasını gerektirmektedir. Bu nedenle düzenleyici kurumlar tarafından yürütülen pazar analizi çalışmalarının doğruluğu söz konusu kararların alındığı anda mevcut olan veri ve bilgilerle birebir ilişkilidir.

Hâkim konum kavramının öncül olarak uygulanmasında düzenleyici kurumlar, değerlendirme altına alınması gereken ekonomik ve hukuki şartların karmaşık yapısına bağlı olarak bir olaya özgü takdir yetkisi ile donatılmış olmalıdır. Çerçeve Direktif gereği düzenleyici kurumların pazara ilişkin değerlendirmeleri düzenli aralıklarla tekrar edilmelidir. Bu kapsamda, düzenleyici kurumlar belirli zaman aralıklarında pazardaki gelişmelere karşı yeni yaklaşımlar geliştirme ve gerekli önlemleri alma imkânına sahip olacaktır.

Pazar Analizi Yönetmeliği'nin 5'inci maddesinin ikinci fıkrasında;

“Kurum tarafından ilgili pazarlara ilişkin yapılan pazar analizleri en geç üç (3) yılda bir tekrarlanır.”

hükmü yer almaktadır. Söz konusu hüküm kapsamında; BTK re'sen veya işletmecilerin talebi üzerine gerekli görmesi halinde pazar analizi çalışmasını üç yılı geçmemek şartıyla teknolojik ve ekonomik gelişmeler ışığında herhangi bir zamanda yenileyebilmektedir. Bu itibarla, aynı pazara ilişkin yapılan pazar analizi çalışmaları arasında geçen sürenin, elektronik haberleşme sektöründeki dinamik yapı da göz önünde bulundurulduğunda üç yılı aşmaması önem arz etmektedir.

4.1 EPG'ye Sahip İşletmecilerin Belirlenmesine İlişkin Kriterler

Bir pazarda EPG'ye sahip işletmecilerin bulunması, pazarda rekabetin tamamen olmayışı anlamına gelmemektedir. EPG; bu güce sahip işletmeciye, pazardaki rekabet seviyesinin artarak kendi aleyhine gelişmemesi için pazar şartları üzerinde kayda değer bir etkileme (veya belirleme) gücü vermektedir.

Ardıl bir analiz söz konusu olduğunda rekabet kurumları ADİA 102'nci madde kapsamında pazar gücünün göstergesi olabilecek çeşitli davranışlarla karşılaşabilmektedir. Ancak, öncül bir yaklaşımda pazar gücü, bahse konu işletmecinin, satışlarında veya

gelirlerinde belirgin bir kayıp olmaksızın çıktı miktarını kısıtlayıp fiyatları artırabilme gücü ile ölçülmektedir.

Bir işletmecinin pazar gücü, potansiyel rakiplerinin bulunması nedeni ile kısıtlanabilmektedir. Bu nedenle düzenleyici kurumlar hâlihazırda pazarda aktif olmayan ancak, “geçici olmayan, küçük fakat belirgin bir fiyat artışının” ardından pazara girmeye karar verebilecek işletmecilerin varlığını da göz önünde bulundurmalıdır. Bu tür bir fiyat artışının ardından üretim veya hizmet sunumuna ilişkin işlerini değiştirmek veya genişletmek yoluyla pazara girebilecek işletmeciler hâlihazırda ilgili ürün veya hizmeti sunmasalar dahi düzenleyici kurumlar tarafından potansiyel pazar iştirakçileri olarak değerlendirilmelidir.

Aşağıda da ayrıntılı olarak izah edildiği üzere, EPG bir dizi kriter esas alınarak tespit edilmekte ve bu değerlendirme yukarıda da ifade edildiği gibi mevcut pazar şartları temel alınarak ileriye dönük bir pazar analizine dayandırılmaktadır.

4.1.1 Pazar Payı

Pazar payı, pazar gücünün tespitinde kullanılan en önemli kriterdir. Yüksek bir pazar payı tek başına EPG'nin bulunduğu dair yeterli bir gösterge olmamakla birlikte ilgili pazarda belirgin bir pazar payı olmayan bir işletmecinin EPG'ye sahip olması muhtemel değildir. Bununla birlikte, istisnai durumlar hariç genellikle %50'nin üzerindeki pazar payları EPG'ye sahip bir işletmecinin olduğunu göstermektedir¹⁹.

Komisyon uygulamalarında ise %25'in üzerinde pazar payı olmayan işletmecilerin söz konusu pazarda (tek başına) EPG'ye sahip olması genellikle olasılık dışı görülmektedir. Tek başına EPG'nin genellikle işletmecilerin %40'ın üzerinde pazar payına sahip olduğu durumlarda ortaya çıktığı kabul edilmekle birlikte daha düşük pazar paylarında da EPG'nin bulunabileceği ifade edilmektedir. %50'nin üzerindeki pazar payı ise hâkim duruma işaret eden güçlü bir karine olarak dikkate alınmaktadır²⁰.

İşletmecinin yüksek bir pazar payına sahip olduğu ve bu pazar payının zaman içinde belirli bir süre boyunca kendini koruduğu durumlarda işletmeci EPG'ye sahip olarak kabul edilebilir. Pazarda belirgin bir konuma sahip işletmecinin pazar payını kaybediyor olması pazarın daha rekabetçi bir yapıya doğru ilerlediğinin bir göstergesi olmakla birlikte peşinen

¹⁹ Hewitt I., (2005), Joint Ventures, Sweet&Maxwell.

²⁰ Komisyon pazar analizi rehber dokümanı, paragraf 75.

EPG'nin bulunmadığı anlamına gelmemektedir. Öte yandan zaman içinde pazar paylarında görülen dalgalanmalar ilgili pazarda EPG'nin olmadığına dair bir gösterge olarak değerlendirilebilir²¹.

Pazar hacminin ve pazar paylarının tespitinde kullanılan yöntemlerden satış hacimleri (*sales volume*) ve satış hâsılatlarının (*sales revenue*) her ikisi de faydalı ölçütler olarak karşımıza çıkmaktadır. Umumi ürünler (*bulk products*) için öncelik satış hacimlerine, farklılaştırılmış ürünler için ise öncelik satış hâsılatlarına verilmektedir. İhaleli veya teklifli pazarlarda (*bidding market*) ise kazanılan ve kaybedilen teklif sayısı pazar payının tespiti için kullanılabilir²².

İşletmecilerin pazar paylarının tespitinde kullanılacak kriterler ilgili pazarın karakteristik özelliklerine göre değişmektedir. Bu durumda hangi kriterlerin uygun olduğuna ilişkin yapılacak değerlendirme düzenleyici kurumların inisiyatifindedir. Örneğin; kiralık devre pazarında, bir işletmecinin pazar payının tespit edilmesi için kiralık devre gelirleri, kiralınmış kapasite veya kiralık devre sonlanma noktalarının sayıları kullanılabilir kriterler arasında sayılabilir. Ancak Komisyon'un da belirttiği üzere, salt kiralık devre sonlanma noktası sayıları pazarda mevcut olan kiralık devre çeşitlerinin analog-dijital veya kısa mesafe-uluslararası-uzak mesafe gibi ayrımlarını dikkate almamaktadır. Bu bakımdan yukarıda ifade edilen kriterlerden kiralık devre gelirleri daha şeffaf ve daha az karmaşık bir ölçüt olarak karşımıza çıkmaktadır. Benzer bir biçimde, perakende gelirler, toplam çağrı trafiği, kamu telefon işletmecilerinin sabit telefon hattı sayısı veya abone sayıları bu pazarlarda faaliyet gösteren işletmecilerin pazar paylarının ölçülmesi için kullanılabilir kriterlerdir.

EPG'nin tespitinin sadece büyük pazar paylarına dayandırılmaması gerektiği unutulmamalıdır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, yüksek oranda pazar payının bulunması söz konusu işletmecinin EPG'ye sahip olabileceğini göstermektedir. Bu nedenle düzenleyici kurumlar, EPG'nin varlığına ilişkin nihai bir karar almadan önce pazarın iktisadi özelliklerinin detaylı ve geniş bir analizini yapmak durumundadır. Bu kapsamda, pazar payının yanı sıra işletmecinin rakiplerinden, müşterilerinden ve tüketicilerden fark edilir bir derecede bağımsız hareket edebilme gücüne sahip olup olmadığının ölçümünde diğer başka kriterler de kullanılabilir. Bu kriterler Pazar Analizi Yönetmeliği'nin 9'uncu maddesinin ikinci fıkrasında aşağıdaki şekliyle sıralanmaktadır:

²¹ Komisyon pazar analizi rehber dokümanı, paragraf 75.

²² Komisyon pazar analizi rehber dokümanı, paragraf 76.

- a) Kolayca tekrarlanamayan altyapıların kontrolü,
- b) Teknolojik avantajlar veya teknolojik üstünlük,
- c) Dengeleyici alıcı gücünün düşüklüğü veya olmaması,
- ç) Finansal kaynaklara veya sermaye piyasalarına kolay ve ayrıcalıklı erişim imkânı,
- d) Ürün veya hizmet çeşitliliği,
- e) Ölçek ekonomisi,
- f) Kapsam ekonomisi,
- g) Dikey bütünleşme,
- ğ) Gelişmiş dağıtım ve satış ağları,
- h) Potansiyel rekabetin olmaması,
- ı) Genişleme önündeki engeller.

Bir işletmecinin EPG'ye sahip olup olmadığı sonucuna, yukarıda sıralanan kriterlerin bir kombinasyonundan yola çıkarak ulaşılabilmektedir. Bir başka deyişle, bu kriterlerin tekil olarak belirleyici olması gerekmemektedir.

4.1.2 Kolayca Tekrarlanamayan Altyapıların Kontrolü

Pazarda kolayca tekrar edilemeyen altyapıları kontrol eden bir işletmecinin bulunması, alternatif erişim teknolojilerinin olmaması durumunda olası rakipler için pazara giriş önünde önemli bir engel oluşturmaktadır. Bu duruma en tipik örnek, sabit bir noktadan telefon hizmetleri sunulmasını sağlayan sabit erişim şebekesidir.

Bu ve benzeri şebekeler teknik veya ekonomik açıdan tekrarlanması makul olmaması sebebiyle “zorunlu unsur” (*essential facility*) olarak nitelendirilmektedir. Zorunlu unsur doktrini mevcut genel yükümlülükleri (müşteriler arasında ayırım yapmama gibi) tamamlayıcı bir niteliktedir ve AİDA 102'nci madde kapsamında bu maddeye muhalif biçimde erişimin engellenmesi veya hizmetin arz edilmemesi yoluyla yeni pazarların gelişiminin kısıtlanması veya engellenmesi gibi- istisnai durumlarda kullanılmaktadır. Bu nedenle, zorunlu unsur kavramı esas olarak erişim konuları ve hizmet arzının yapılmadığı veya anlaşmanın reddedildiği durumlar ile ilişkilidir²³. Cari hukuk kuralları içinde bir ürün veya hizmet ancak gerçek veya potansiyel bir ikamenin olmaması halinde “gerekli” veya

²³ Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (2009/C 45/02), paragraf 78.

“zorunlu” olarak kabul edilmektedir. Zorunlu unsuru kontrol etmekte olan bir işletmeci tanım gereği bu unsurla ilgili pazarda EPG’ye sahip kabul edilmekle birlikte bu önermenin tersi her zaman için doğru değildir. Bir başka ifade ile belirli bir unsurun bir pazardaki ekonomik aktiviteler için “zorunlu” veya “vazgeçilemez” olmaması bu unsura sahip olan işletmecinin EPG’ye sahip olmaması anlamına gelmemektedir. Örneğin, alternatif şebekelerin bulunduğu bir pazarda bir şebeke işletmecisi, şebekesinin boyutu veya öneminin diğer işletmecilerden bağımsız şekilde hareket etmesine imkân vermesi durumunda EPG’ye sahip olabilecektir. Diğer bir deyişle, bu noktada önemli olan husus söz konusu unsurun “zorunlu” veya “vazgeçilemez” olup olmadığına bakılmaksızın ait olduğu işletmeciye pazarda EPG konumu sağlayıp sağlamadığıdır²⁴.

4.1.3 Teknolojik avantajlar veya teknolojik üstünlük

Pazarda teknolojik açıdan veya bilgi birikimine dayalı üstünlüğü bulunan bir işletmecinin varlığı, yeni işletmeciler için pazara giriş engeli, mevcut rakip işletmeciler için ise rekabetçi bir dezavantaj olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira araştırma ve geliştirme faaliyetlerine yapılan yatırımlar batık maliyet niteliğindedir ve pazardan söz konusu faaliyetlere ilişkin geri dönüş belirli bir zaman gerektirmektedir.

4.1.4 Dengeleyici alıcı gücü

Bilindiği üzere, EPG kavramı işletmecinin tüketicilerden bağımsız hareket edebilme esnekliğini içinde barındırmaktadır. Pazarda belirli bir seviyede pazarlık gücüne sahip müşterilerin olması (dengeleyici alıcı gücü) ise pazara arz yapan işletmecilerin bağımsız şekilde hareket edebilme kabiliyetini kısıtlamaktadır. Söz konusu pazarlık gücü, müşterinin büyüklüğünden veya pazara arz yapan işletmeciye sunacağı diğer avantajlardan (örn. diğer pazarlara daha kolay erişim imkânı vb.) kaynaklanabilmektedir. Geçiş maliyetlerinin yüksekliği ve pazara giriş önünde engeller bulunması talep yönünde bulunan müşterilerin pazarlık gücünü azaltan unsurlardır. Örneğin; işletmecinin kendi şebekesinde sonlandırma hizmetine ilişkin olarak, işletmeci bu pazarda tek el konumunda olduğundan dengeleyici alıcı gücünün olmadığı ifade edilebilir.

²⁴ Komisyon pazar analizi rehber dokümanı, paragraf 81.

4.1.5 Finansal kaynaklara ve sermaye piyasalarına kolay ve ayrıcalıklı erişim imkânı

Finansal kaynaklara ve sermaye piyasalarına kolay ve ayrıcalıklı erişim imkânı işletmecilerin pazarda rekabetçi bir politika izleyebilmesi için hayati bir öneme sahiptir. Bu noktada mevcut veya potansiyel işletmeciler arasında görülen farklılıklar pazara giriş engellerinin artmasına veya rekabet avantajlarının azalmasına yol açabilecektir.

4.1.6 Ürün veya hizmet çeşitliliği

Yüksek derecede ürün çeşitliliği, daha homojen bir ürün yelpazesinin bulunduğu pazarlar ile karşılaştırıldığında tüketici eylemsizliğini (ataletini) artırmakta ve rakiplerin pazara girişini veya pazar payı edinmesini güçleştirmektedir. Ayrıca, pazardaki işletmecilerin güçlü bir markaya sahip olması da benzer etkiler doğurmaktadır. Öte yandan, bir pazarda EPG'ye sahip olan bir işletmeci bu pazardaki ürünlerini, rekabetle karşı karşıya olduğu farklı bir pazardaki ürünlerle birleştirerek bir avantaj sağlayabilmektedir (örn. telefon ve ADSL hizmetlerinin birlikte sunumu). Rakip işletmecilerin söz konusu hizmet veya ürün kombinasyonlarını sunarak rekabet etme imkânı bulunmaması pazardaki rekabet seviyesini olumsuz şekilde etkileyecektir.

4.1.7 Ölçek ve kapsam ekonomileri

Ölçek ekonomisi çıktı miktarının artması ile ortalama maliyetlerin düştüğü bir yapıyı ifade etmektedir. Bu durum özellikle teknolojiye dayalı üretim yapılan ve değişken maliyetlere kıyasla sabit maliyetlerin çok yüksek olduğu pazarlarda görülmektedir. Kapsam ekonomisi ise birden fazla hizmet veya ürünün ortak sunulması yoluyla üretim maliyetlerinin düşmesini ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu durumun tipik bir örneği aynı şebeke üzerinden birçok farklı hizmetin sunulabildiği elektronik haberleşme sektörüdür. Ölçek ve kapsam ekonomileri potansiyel işletmeciler için pazara giriş önünde ciddi bir engel, mevcut rakipler için ise rekabet açısından dezavantaj oluşturabilmektedir.

4.1.8 Dikey bütünleşme

Dikey bütünleşik şirketler genellikle üretim zinciri içindeki farklı katmanlarda farklı alt teşebbüsleri aracılığıyla faaliyet gösteren işletmecilerdir. Dikey bütünleşik bir şirket, üst ve alt pazarların her ikisinde de sahip olduğu konum sayesinde rakiplerin pazara girişini engelleyebilme veya rekabeti kısıtlayarak pazar gücünü artırabilme imkânına sahiptir.

4.1.9 Gelişmiş dağıtım ve satış ağları

Özellikle dağıtım ve satış ağı kurulum maliyetlerinin yüksek olduğu durumlarda pazara daha önce girmiş veya dağıtım ve satış ağını güçlendirmiş işletmeciler ile diğer işletmeciler arasında rekabet imkânı açısından farklılıklar oluşmaktadır.

4.1.10 Potansiyel rekabetin olmaması

Potansiyel rekabet, yeni işletmecilerin ilgili pazara giriş imkânını ifade etmektedir. Potansiyel rekabet, mevcut rakiplerin sayısı etkin bir rekabete yol açacak seviyede olmasa dahi tarife yapılarının rekabetçi bir seviyede belirlenmesine yol açabilmektedir²⁵.

Elektronik haberleşme pazarlarında rekabetçi kısıtlar hâlihazırda pazarda bulunmayan potansiyel rakiplerin inovasyon tehdidinden de kaynaklanabilmektedir. Bu tür pazarlarda rekabete ilişkin değerlendirmeler ileriye dönük, prospektif yaklaşımları temel almalıdır.

4.1.11 Genişleme önünde engeller

Genişleme önünde engeller, pazardaki mevcut işletmecilerin çıktı miktarını artırabilme imkânının olmamasını veya sınırlı olmasını ifade etmektedir²⁶. Esas itibarıyla, genişleme önündeki engeller ile pazara giriş önündeki engelleri oluşturan şartlar benzerlik arz etmektedir. İşletmecinin genişlemesi önündeki engeller, rakip işletmecinin fiyatlarında görülen bir artış neticesinde yer değiştirecek müşterilerin tamamına arz yapılamayacak olması nedeni ile pazardaki şartları, EPG'ye sahip işletmeci lehine etkileyecektir²⁷.

4.2 Pazar Gücünün Diğer Pazarlarda Kullanımı (Leverage)

Çerçeve Direktif'in 14(3) maddesinde;

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

²⁵ NPTA, (2004), Norwegian Post and Telecommunications Authority, Methodology for Market Analysis.

²⁶ WIK, SQUIRE SANDERS, (2003), Methodologies for Market Definition and Market Analysis.

²⁷ NPTA, (2004), Norwegian Post and Telecommunications Authority, Methodology for Market Analysis.

hükmü yer almaktadır. Pazar Analizi Yönetmeliği'nin ise 9'uncu maddesinin dördüncü fıkrasında;

“İşletmecinin ilgili pazarda etkin piyasa gücüne sahip olması, pazar yapıları nedeniyle yakın ilişkili olduğu diğer bir pazarda etkili faaliyetler yürütmesine ve bu sayede pazar gücünü artırmasına imkân sağlıyorsa, söz konusu işletmecinin yakın ilişkili olduğu diğer ilgili pazarda da etkin piyasa gücüne sahip olduğuna karar verilebilir.”

ifadesini içermektedir.

“Yakın ilişkili pazarlar” ile ilgili Çerçeve Direktifi'nde yer alan söz konusu hüküm, Adalet Divanı'nın *Tetra Pak II* davası ile ilgili verdiği karara temel teşkil eden pazar yapılarına işaret etmeyi amaçlamaktadır. Bu davada, mahkeme bir pazarda hâkim duruma sahip olan ve bu pazarla yakından ilişkili bir başka pazarda lider firma konumunda bulunan bir işletmecinin söz konusu pazarlar bir bütün olarak değerlendirildiğinde EPG'ye eşdeğer bir güce sahip olduğuna karar vermiştir. Bu durumda işletmeci, bir pazarda EPG'ye sahip bulunması ve ilişkili bir diğer pazarda da faaliyet gösteriyor olması nedeni ile piyasa gücünü bu pazara da yansıtarak müşterilerinden bağımsız şekilde hareket edebilme yetisine kavuşmuştur. *Tetra Pak II* davasında bahse konu pazarlar yatay pazarlar olmasına karşın, pazarlar arasındaki bu yakın ilişki genellikle dikey bütünleşik pazarlarda görülmektedir. Bu durum özellikle altyapı üst pazarında EPG'ye sahip olan ve hizmet alt pazarlarında da faaliyet gösteren işletmecilerin bulunduğu elektronik haberleşme sektöründe sıklıkla görülmektedir. Bu tür şartlar altında, düzenleyici kurumlar bu tip işletmecilerin söz konusu pazarlar birlikte ele alındığında EPG'ye sahip olduğuna karar verebilir. Ancak pratikte, (erişim veya toptan pazar gibi) üst pazarlarda (*upstream*) EPG olarak belirlenen bir işletmeci ile ilgili olarak, düzenleyici kurumlar Erişim Direktifi'nde yer alan yükümlülükleri getirerek işletmecinin alt (*downstream*) hizmet veya perakende pazarlarına pazar gücünü yansıtmasını engellemek durumundadır. Bu nedenle, Çerçeve Direktif'in 14(3) maddesi ancak söz konusu öncül yükümlülüklerin alt pazarlarda etkin rekabetin tesis edilmesini sağlayamadığı durumlarda gündeme gelmelidir.

Bu değerlendirmeler dikey pazarlar için olduğu gibi aynı zamanda yatay pazarlar için de geçerlidir. Söz konusu pazarların yatay veya dikey olmasından bağımsız olarak, her iki pazarın da elektronik haberleşme pazarı olması ve öncül düzenleyici yükümlülüklerin

getirilmesini makul kılacak özellikler taşıması durumunda yakın ilişkili pazarlardan bahsedilebilecektir.

4.3 Birlikte EPG Olma Durumu

Çerçeve Direktif'in 14'üncü maddesinde, bir işletmecinin tek başına veya diğer işletmecilerle birlikte EPG'ye sahip olabileceği ifade edilmektedir. Avrupa Komisyonu'nun Erişim Tebliği'nde²⁸, iki veya daha fazla işletmecinin müşterileri ve rakipleri bakımından değerlendirildiğinde tek bir işletmecinin EPG olması ile kayda değer biçimde eşdeğer özellikler göstermesi ve bu işletmeciler arasında etkin bir rekabetin olmaması, 'birlikte EPG'ye sahip olma' nedeni olarak sayılmaktadır. İşletmeciler arasında rekabetin olmaması pratikte şirketler arasında kesin ve somut bağlantılar olmasından kaynaklanabilmektedir. Ancak Komisyon bu tür bağlantıların birlikte EPG konumunun tespiti için bir ön şart olmadığını ifade etmiştir.

AB'ye paralel şekilde Pazar Analizi Yönetmeliği'nde de işletmecilerin diğer işletmecilerle birlikte EPG olabileceği EPG tanımı kapsamında hüküm altına alınmıştır. Anılan Yönetmeliğin 9'uncu maddesinin üçüncü fıkrasında; bir işletmecinin ilgili pazarda diğer işletmecilerle birlikte etkin piyasa gücüne sahip olduğunun belirlenmesinde kullanılacak kriterlere yer verilmiştir. Bu kriterler aşağıda sıralanmaktadır:

- a) Düşük talep esnekliği,
- b) Benzer pazar payları,
- c) Yüksek yapısal ya da hukuki giriş engelleri,
- ç) Kolektif olarak anlaşma yapmayı reddeden dikey bütünleşme,
- d) Dengeleyici alıcı gücü eksikliği,
- e) Potansiyel rekabet eksikliği,
- f) Pazarın olgunluk seviyesi,
- g) Talep yönünde durgun veya düşük büyüme,
- ğ) Homojen ürün veya hizmetler,

²⁸ Notice on the application of the competition rules to access agreements in the telecommunications sector - framework, relevant markets and principles (OJ C 265, 22.08.1998).

- h) Maliyet yapılarındaki benzerlik,
- ı) Teknolojik olgunluk ve yenilikçiliğin olmaması,
- i) Atıl kapasitenin olmaması,
- j) İşletmeciler arasındaki resmî veya gayri-resmî bağlantılar,
- k) Ticari davranışlara karşılık verme mekanizmaları ve fiyat paralellikleri,
- l) Fiyat rekabetinin olmaması veya düşük olması.

Komisyona, birleşmelerin kontrolüne ilişkin düzenlemeleri kapsamında çeşitli kararlarında “birlikte hâkim konum” üzerine değerlendirmeler yapmıştır. Bu davalarda, Komisyona bahse konu oligopolcü pazar yapısının bu pazarlarda uyumlu (gizli) eylemler ortaya çıkmasına yardımcı olup olmadığı üzerine eğilmiştir.

Pazar yapısının uyumlu eylem sonucunda ortaya çıkan birlikte hâkim durumun oluşmasına yardımcı olup olmadığının öncül olarak değerlendirilmesinde düzenleyici kurumlar şu hususları analiz etmelidir:

- (a) Pazarın karakteristik özelliklerinin uyumlu (gizli) eyleme yardımcı olup olmadığı ve
- (b) Bu tür bir eylemin sürdürülebilir olup olmadığı:
 - (1) diğer işletmecilerin karşı davranışları göz önüne alınarak herhangi bir oligopolcünün uyumlu eylemden sapma imkanı ve güdüsünün olup olmadığı,
 - (2) alıcıların/rakiplerin/potansiyel işletmecilerin rekabet karşıtı herhangi bir uyumlu eyleme karşı koyma imkanı ve güdüsünün bulunup bulunmadığı.

Bu analiz Komisyona tarafından birleşmelerin kontrolünde de kullanılmış olan ve Çerçeve Direktif’in II No’lu Ekinde yer alan belirli kriterler kullanılarak yapılmaktadır. II No’lu Ek’e göre bu hususlar şu şekilde ifade edilmektedir:

“İki veya daha fazla işletmeci aralarında yapısal veya diğer bağlantılar olmaması durumunda dahi 14 üncü madde kapsamında yapısı koordineli etkilere yardımcı olan bir pazarda birlikte hâkim duruma sahip olabilirler. Adalet Divanı içtihatlarına muhalif olmayacak şekilde, pazarın belirli özellikleri taşıması durumunda bu durumun ortaya çıkması olasıdır. Pazar konsantrasyonu (yoğunluğu) şeffaflık ve diğer hususlara ilişkin karakteristikler aşağıda sıralanmıştır:

- *Doymuş (olgun) pazar,*
- *Talep açısından durgun veya orta seviyede büyüme,*
- *Talep esnekliğinin düşüklüğü,*
- *Homojen ürün,*
- *Benzer maliyet yapıları,*
- *Teknik yenilikçiliğin olmayışı, teknolojik olgunluk,*
- *Fazla (kullanım dışı) kapasitenin olmayışı,*
- *Pazara giriş önünde yüksek engeller,*
- *Dengeleyici (countervailing) alıcı gücünün olmayışı,*
- *Potansiyel rekabetin olmayışı,*
- *Söz konusu işletmeciler arasında birçok resmi/resmi olmayan bağlantı olması,*
- *Misilleme/karşılık verme mekanizmaları,*
- *Fiyat rekabetin olmayışı veya kısıtlı oluşu. ”*

II No’lu Ek, yukarıda yer alan listenin detaylı bir liste olmadığını ve kullanılabilir kriterlerin tamamının bununla sınırlı olmadığını vurgulamaktadır. Söz konusu liste daha ziyade, birlikte hâkim konumun tespitinde kullanılabilir kriterleri örneklendirmek amacıyla belirlenmiştir²⁹.

²⁹ Birlikte hâkim konum kavramına ilişkin uygulamalarda düzenleyici kurumların göz önünde bulundurabileceği bir diğer husus, Komisyon’un birleşmelere ilişkin kararlarında birlikte hâkim konumun ortaya çıkıp çıkmayacağı yönündeki değerlendirmeleridir. Komisyon, *MCI WorldCom/Sprint* olayında, birleşme sonrası ortaya çıkan yapı ile *Concert Alliance*’ın ilgili telekomünikasyon hizmetleri pazarında (global telecommunications services) birlikte hâkim konuma sahip olup olmadığını incelemiştir. Bu pazarda işletmeciler ihale usulü ile seçildiğinden, Komisyon bu şirketlerden hangi ihaleyi kimin kazanacağına dair koordineli bir davranış içinde olma güdüsü üzerine eğilmiştir. Konu üzerine yapılan değerlendirmeler neticesinde Komisyon, mevcut rakiplerden gelen rekabetçi tehditler olduğuna ve şirketler arasındaki koordineli davranışın sürdürülebilir olmadığı sonucuna ulaşmıştır. *Vodafone/Airtouch* olayında, Komisyon birleşik şirketin Almanya mobil pazarında bulunan 4 işletmeciden 2’si üzerinde kontrol imkânı olacağı ve söz konusu pazara girişin frekans kısıtından ötürü güç olması nedenleriyle bu pazarda uyumlu eylemlerin ortaya çıkabileceği sonucuna ulaşmıştır (Bkz. 2002/C 165/03).

5. EPG'YE SAHİP İŞLETMECİLERE GETİRİLEBİLECEK YÜKÜMLÜLÜKLER

Tüm AB ülkelerinde elektronik haberleşme şebekelerini ve ilgili hizmetleri düzenleyici çerçeve 25 Temmuz 2003'te yürürlüğe girmiştir. İlgili servis sağlayıcılara yönelik getirilmesi muhtemel çerçeve yükümlülükleri bildiren bu paket, aynı zamanda işletmecilerin sahip oldukları haklar ile kendilerine yüklenen sorumlulukları açıklayıcı niteliktedir. Paket kapsamında 5 adet Direktif bulunmaktadır. Bunlar:

- 1) Çerçeve Direktif (2002/21/EC),
- 2) Yetkilendirme Direktifi (2002/20/EC),
- 3) Evrensel Hizmet Direktifi (2002/22/EC),
- 4) Gizlilik ve Elektronik Haberleşme Direktifi (2002/58/EC) ve
- 5) Erişim Direktifi (2002/19/EC)'dir.

Söz konusu düzenleyici çerçeve 01.12.2009 tarihinde yürürlüğe giren reform paketi kapsamında elektronik haberleşme pazarlarında daha etkin rekabetin tesisi amacıyla revize edilmiştir³⁰. 25.11.2009 tarihli ve 2009/140/EC sayılı "Daha İyi Düzenleme Direktifi" ile Erişim, Yetkilendirme, Evrensel Hizmet ve Çerçeve Direktiflerinde bir takım değişiklikler yapılmıştır. 25.11.2009 tarihli ve 2009/136/EC sayılı "Vatandaşların Hakları Direktifi" ile de Evrensel Hizmet ve E-Gizlilik Direktiflerinde değişiklikler yapılmıştır.

Düzenleyici Çerçeve kapsamında yer alan Erişim Direktifi, pazarın kontrol edilebilmesi için kullanılacak yöntemleri belirlemektedir. Direktife göre, düzenleyici kurumların pazardaki mevcut rekabet seviyesini denetlemeleri ve bu denetlemeler sonucu pazarda etkin rekabet ortamının sağlanmadığına karar vermeleri halinde müdahale etmeleri öngörülmüştür.

Direktif'e göre, EPG'ye sahip işletmeciler, hizmetlerini ticari müzakerelerle belirlenmiş ücretlerde sunmak, makul fiyatlar belirlemek, rakip işletmecilerin teknolojik imkânlarının yetersiz kaldığı hallerde kendi imkânlarının kullanılmasına izin vermek ve ilgili pazarların konusuna dahil olan hizmetleri, istenen düzeyde ve herkesçe ulaşılabilir kılmakla yükümlü kılınabilecektir. Bu kapsamda, EPG'ye sahip bir işletmeciye ilgili hizmetin erişimini sağlamanın dışında bu hizmete ilişkin olarak ayırım gözetmeme, şeffaflık, tarife kontrolü, hesap ayırımı ve maliyet muhasebesi gibi yükümlülükler de Çerçeve Direktifi'nin 8.

³⁰ Colasanti F., (2010), Regulatory Framework for Electronic Communications in the European Union.

maddesinde belirtilen hedeflere uygun, sorunun kaynağına inen, orantılı ve izah edilebilir olmasına özen gösterilerek ilgili düzenleyici kurum tarafından getirilebilmektedir.

Çerçeve Direktifi'nin 16'ncı maddesi, ulusal düzenleyici kurumlara, rekabet ve pazar şartlarının değişmesi halinde, EPG'ye sahip işletmecilere yönelik söz konusu yükümlülükleri değiştirme/kaldırma yetkisini de vermektedir.

Ülkemiz Mevzuatı

EHK'de, BTK'nin görev ve yetkilerinin sıralandığı 6'ncı maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde;

“Elektronik haberleşme sektöründe; rekabeti tesis etmeye ve korumaya, rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı uygulamaların giderilmesine yönelik düzenlemeleri yapmak, bu amaçla ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirmek ve mevzuatın öngördüğü tedbirleri almak.”

hükmü ile “Rekabetin sağlanması” başlıklı 7'nci maddesinin üçüncü fıkrasında;

“Kurum, yapacağı pazar analizleri sonucu ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecileri belirleyebilir. Kurum, etkin rekabet ortamının sağlanması ve korunması amacıyla etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere yükümlülükler getirebilir. Aynı ve/veya farklı pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip olan işletmeciler arasında söz konusu yükümlülükler açısından farklılaştırma yapılabilir.”

hükmü yer almaktadır.

Söz konusu Kanun hükümlerinin uygulanması ve işlerliği ilgili ikincil mevzuat kapsamında sağlanmaktadır. Bu doğrultuda, Pazar Analizi Yönetmeliği'nin 10'uncu maddesinde;

“(1) İlgili pazarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere getirilecek yükümlülüklerin amaca uygun, orantılı ve sorunun kaynağına yönelik olması esastır.

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

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

ifadesi yer almaktadır.

Ayrıca, EPG’ye sahip işletmecilere getirilebilecek yükümlülüklerle ilişkin olarak; 08.09.2009 tarih ve 27343 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği’nin “Yükümlülük getirilmesi” başlıklı 7’nci maddesinde:

“İlgili pazarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere Kurum tarafından, işletmecilerin yetkilendirmeleri ile bu Yönetmeliğin 9, 14 ve 15 inci madde hükümleri saklı kalmak kaydıyla bu Yönetmeliğin 8 ilâ 16 ncı maddelerinde belirtilen yükümlülüklerden biri, birkaçı veya tamamı getirilir. Aynı ve/veya farklı pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip olan işletmeciler arasında yükümlülükler açısından ilgili pazar veya pazarlarda rekabet düzeyini etkileyen unsurlar ile 5 inci maddede yer verilen ilkeler dikkate alınarak farklılaştırma yapılabilir. Farklılaştırma, işletmecilere getirilebilecek yükümlülüklerin seçimi ve/veya seçilmiş olan yükümlülüklerin uygulama detaylarının farklılığı şeklinde olabilir.”

hükmü yer almaktadır. Madde metninde yer alan “bu Yönetmeliğin 8 ilâ 16 ncı maddelerinde belirtilen yükümlülüklerden” ifadesi ile erişim, arabağlantı, ayrım

gözetmeme, erişim tarifelerinin kontrolü, hesap ayrımı, maliyet muhasebesi, ortak yerleşim, tesis paylaşımı ile taşıyıcı seçimi ve taşıyıcı önseçimi yükümlülüklerine işaret edilmektedir.³¹

12.11.2009 tarih ve 27404 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Tarife Yönetmeliği’nin “Etkin Piyasa Gücüne Sahip İşletmecilere Getirilecek Yükümlülükler” başlıklı ikinci bölümünde yer alan 6’ncı maddesinde ise:

“Kurum, ilgili pazarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere tarife düzenlemelerine tabi olma yükümlülüğü getirmeye yetkilidir. Bu işletmecilerin tarifeleri; hizmetin sunulduğu pazarın yapısı, pazardaki rekabet koşulları ve tüketici menfaatleri dikkate alınarak aşağıdaki yöntemlerden biri veya birkaçı çerçevesinde düzenlenir.

- a) Tarifelerin bildirim usulüne tabi olması,*
- b) Tarifelere Kurumca belirlenecek usul ve esaslar kapsamında alt ve/veya üst sınır getirilmesi,*
- c) Tarifelerin maliyet esaslı yöntemle göre onaylanması,*
- ç) Tarifelerin tavan fiyat yöntemine göre onaylanması.”*

hükmü yer almaktadır.

Aşağıda, ülkemizde EPG’ye sahip işletmecilere getirilebilecek yükümlülükler özet halinde değerlendirilmektedir.

5.1 Erişim ve/veya Arabağlantı Sağlama Yükümlülüğü

EHK’nin 15’inci maddesinde erişimin kapsamı tanımlanmış olup 16’ncı maddesinde:

“...Kurum; bir işletmecinin diğer bir işletmecinin bu Kanunun 15 inci maddesinde belirtilen hususlarda erişimine izin vermemesinin veya aynı sonucu doğuracak şekilde erişim için makul olmayan süre ve şartlar ileri sürmesinin, rekabet ortamının oluşumunu engelleyeceğine veya ortaya çıkacak durumun, son kullanıcıların aleyhine olacağına karar vermesi halinde, söz konusu işletmeciye diğer işletmecilerin erişim taleplerini kabul etme yükümlülüğü getirebilir.”

hükmüne yer verilmiştir.

³¹ Bu yükümlülüklerden; arabağlantı, ortak yerleşim ve tesis paylaşım yükümlülükleri EPG’ye sahip olmayan işletmecilere de belirli koşullar altında getirilebilmektedir.

Ayrıca, 08.09.2009 tarihli ve 27343 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği’nin 7’nci maddesi ve Pazar Analizi Yönetmeliği’nin 10’uncu maddesi çerçevesinde BTK’nin ilgili pazarda EPG’ye sahip işletmecileri erişim yükümlüsü olarak belirleyebileceği ifade edilmiştir.

Açık ve rekabetçi bir pazarda, işletmecileri kendi aralarında erişim ve/veya arabağlantı yapmaktan alıkoyacak engellerin bulunmaması gerekmektedir. Erişim ve arabağlantıya ilişkin olarak talepte bulunulan işletmeciler, ilke olarak ticari bir temelde iyi niyetli bir şekilde müzakere etmek durumundadır. Nitekim Erişim Direktifi’nin 3 ve 4’üncü maddeleri de bu tür bir durumu öngörmektedir³².

Ancak günümüze değin düzenleyici kurumların yaşadığı tecrübeler bu durumun genellikle mümkün olmadığını, ticari müzakerelerin sonuçsuz kaldığını göstermektedir. Bu bakımdan, Erişim Direktifi işletmecilerin pazar güçleri arasında büyük farklılıklar bulunduğu ve bazı işletmecilerin hizmet sunumunda diğer işletmecilere ait altyapılara ihtiyaç duyduğu durumları göz önünde bulundurarak pazarın etkin biçimde işleyebilmesi için erişime ilişkin belirli yükümlülükler (ortak yerleşim sağlama, ayrıştırılmış erişim sağlama vb.) getirilmesini öngörmektedir.³³ Anılan Direktife uyumlu olarak; Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği’nin 8, 9, 14, 15 ve 16’ncı maddeleri kapsamında EPG’ye sahip işletmecilere; sırasıyla *erişim, arabağlantı, ortak yerleşim, tesis paylaşımı ve taşıyıcı seçimi ve taşıyıcı önseçimi* yükümlülüklerinin getirilebileceği hüküm altına alınmıştır.

5.2 Şeffaflık Yükümlülüğü

Şeffaflık yükümlülüğü kapsamında; işletmecilere ait muhasebe bilgileri, uygulanacak fiyatlar, şebekenin durumu ve teknik özellikleri gibi konularda şeffaf olma zorunluluğu getirilebilir. Bu paralelde düzenleyici kurumlar işletmecilerden erişim/arabağlantı teklifinin tanımını (ilgili hüküm ve şartlar ile ücretler dâhil) ve tabi olduğu teknik ve ekonomik ayrıntıları içeren bir referans erişim/arabağlantı teklifi yayınlamalarını isteyebilecektir.

Sektörde rekabetin sağlanması açısından en önemli hizmetlerden birinin erişim ve arabağlantı olduğu düşünüldüğünde, sektöre yeni girecek işletmeciler bakımından erişim ve arabağlantı koşullarının açık ve anlaşılır bir şekilde belirlenmesi büyük önem arz

³² 2002/19/EC sayılı Erişim Direktifi’nin 4 üncü maddesinde, tüm kamu haberleşme şebeke işletmecilerinin kamu elektronik haberleşmesinin sağlanması amacıyla kendi aralarında müzakere yapma hakkına ve diğer yetkilendirilmiş teşebbüsler tarafından talep edildiği takdirde müzakerelerde bulunma yükümlülüğüne sahip olduğu belirtilmiştir.

³³ European Regulators Group, (2006), Revised ERG Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework Final Version May 2006, ERG (06) 33.

etmektedir. Bu manada, şeffaflık yükümlülüğü kapsamında pazara yeni girecek işletmecilerin doğru öngörüler içinde bulunmalarının yanında işletmeciler arasında ortaya çıkabilecek olası anlaşmazlıkların önüne geçilmesi de amaçlanmaktadır.

5.3 Ayrım Gözetmeme Yükümlülüğü

Erişim Direktifi'nin 10'uncu maddesinde öngörülen ayrım gözetmeme yükümlülüğü ile EPG'ye sahip olan işletmecinin aynı konumda bulunduğu işletmeciler ile aynı şartlar altında hizmet sunması sağlanmakta ve bizatihi kendisi, iştirakleri ya da ortakları için sunmakta olduğu bilgi ve hizmetleri aynı koşullarda diğer işletmecilere de sunması sağlanmaktadır. Böylece dikey bütünleşik yapıdaki EPG'ye sahip işletmecilerin etkin rekabeti diğer işletmeciler aleyhinde bozmaları engellenmektedir. Söz konusu yükümlülük, EPG'ye sahip işletmecinin tüm işletmecilere mümkün olduğunca eşit şartlar altında hizmet sunmasını, uygulamakta olduğu farklılıkları ise haklı sebeplere dayandırmasını gerektirmektedir. Diğer bir deyişle, EPG'ye sahip işletmeci, kendisi veya iştirakleri için sunmakta olduğu hizmetler ile diğer işletmeciler için sunmakta olduğu hizmetlere yönelik uyguladığı koşullar arasında farklılık olması durumunda, bu farklılıkları objektif nedenlere dayandırarak haklılığını kanıtlayabilmelidir.

Etkin rekabet ortamının sağlanması açısından büyük öneme sahip olan ayrım gözetmeme yükümlülüğüne ilişkin olarak EHK'nin 16'ncı maddesinin beşinci fıkrasında:

“Kurum, erişim yükümlüsü işletmecilere, diğer işletmecilerin makul erişim taleplerini, bu Kanun hükümleri çerçevesinde karşılamalarına yönelik olarak eşitlik, ayrım gözetmeme, şeffaflık, açıklık, maliyet ve makul kâra dayalı olma yükümlülükleri ile erişim hizmetlerini kendi ortaklarına, iştiraklerine veya ortaklıklarına sağladıkları ile aynı koşul ve kalitede sunma yükümlülüğü getirebilir.”

hükmü yer almaktadır.

Söz konusu yükümlülük, Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin 10'uncu maddesinde;

“Kurum, ilgili pazarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere, elektronik haberleşme hizmetlerini sağlamak için kendi kullandıkları veya üçüncü şahısların elektronik haberleşme hizmetlerini sunmak için gereksinim duydukları hizmetleri, söz konusu hizmetleri talep edenlere; ayrım gözetmeksizin ve kendi ortaklarına,

iştiraklerine veya ortaklıklarına sağladıkları ile aynı koşul ve kalitede temin etme yükümlülüğü getirebilir.”

olarak tanımlanmaktadır.

5.4 Referans Erişim/Arabağlantı Tekliflerini Yayımlama Yükümlülüğü

Referans erişim/arabağlantı tekliflerinin hazırlanması ve yayımlanmasıyla ilgili olarak EHK'nin 19'uncu maddesinin birinci fıkrasında *“Kurum, erişim yükümlüsü işletmecilere referans erişim teklifi hazırlama yükümlülüğü getirebilir. Kurum tarafından referans erişim teklifi hazırlama yükümlülüğü getirilen işletmeciler, bu yükümlülüğün getirildiği tarihten itibaren üç ay içerisinde söz konusu teklifleri Kurumun onayına sunmakla yükümlüdürler”* hükmü yer almaktadır.

Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin 11'inci maddesinde Kurumun ilgili pazarda EPG'ye sahip işletmecilere, *“teknik özellikler, şebeke özellikleri, tedarik ve kullanıma ilişkin hüküm ve koşullar ile ücretler gibi belirli bilgileri aleni hâle getirme yükümlülüğü”* getirebileceğine yer verilmektedir. Anılan Kanun hükmünün ikinci fıkrasında ise:

“Kurumun ilgili pazarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere arabağlantıyı da içerecek şekilde referans erişim teklifleri hazırlama yükümlülüğü getirebileceği ve referans erişim teklifi hazırlama yükümlülüğü getirilen işletmecinin, söz konusu yükümlülüğün getirildiği tarihten itibaren en geç üç ay içinde referans erişim teklifini hazırlayarak Kuruma göndermekle yükümlü olduğu”

ifade edilmektedir.

Ayrıca, işletmeci tarafından hazırlanacak ve BTK tarafından onaylanacak olan referans erişim/arabağlantı teklifleri, sunulan hizmete ilişkin usul, esas ve ücretlerin belirlenmesinde önemli ve kritik bir role sahiptir. Zira referans erişim/arabağlantı teklifinin yayımlanması kapsamında piyasaya yeni giren işletmecilerin erişim/arabağlantı yükümlüsü işletmeciler ile yapacakları erişim/arabağlantı anlaşmalarındaki belirsizlikler asgariye indirilerek bu işletmecilerin ileriye yönelik plan yapabilmeleri sağlanmış olmaktadır.

5.5 Hesap Ayrımı ve Maliyet Muhasebesi Yükümlülükleri

Hesap ayrımı ve maliyet muhasebesi yükümlülükleri, özellikle tarife kontrolü yükümlülüğü ile ayırım gözetmeme yükümlülüğünün işler hale getirilmesi kapsamında önem arz etmektedir. Hesap ayrımı ve maliyet muhasebesi yükümlülükleri kapsamında

EPG'ye sahip işletmeci tarafından sunulan hizmetlerin maliyetlerinin belirlenmesinin yanı sıra bu hizmetlerden ötürü ayrımcılığa yol açılıp açılmadığının denetlenmesi ve söz konusu hizmetlerin diğer hizmetlerle olan ilişkisinin değerlendirilmesi sağlanmaktadır.

Bununla birlikte, hesap ayrımı yükümlülüğü, ayırım gözetmeme yükümlülüğünün bir uzantısı olarak düşünülebilmektedir. Buna göre, ulusal düzenleyici kurumlar, dikey bütünleşik işletmecilerden toptan satış (erişim/arabağlantı) fiyatlarını ve iç para transferlerini (transfer fiyatlarını) özellikle çapraz sübvansiyonun önlenmesi amacıyla – gerektiğinde – aleni hale getirmelerini isteyebileceklerdir. Bu bağlamda, uygulanacak olan yöntem ve muhasebe sistemi ulusal düzenleyici kurum tarafından belirlenecektir.

Bu husus, EHK'nin 21'inci maddesinin ilk fıkrası ile:

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

hüküm altına alınmıştır. Ayrıca Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin 13'üncü maddesinde;

“Kurum, ilgili pazarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere, hesap ayrımı ve/veya maliyet muhasebesi yükümlülüğü getirebilir.” ile

“Kurum, bu maddenin uygulama esaslarını yapacağı düzenlemelerle belirler.”

hükümlerine yer verilmektedir.

5.6 Tarife Kontrolüne Tabi Olma Yükümlülüğü

Tarife kontrolü kapsamında gerek toptan düzeydeki tarifelerin gerekse perakende seviyedeki ücretlerin kontrole tabi tutulması, pazara yeni girecek olan veya pazarda faaliyet gösteren işletmeciler için büyük önem taşımaktadır.

Söz konusu yükümlülüğe ilişkin olarak, EHK'nin 13'üncü maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinde:

“İşletmecinin ilgili pazarda etkin piyasa gücüne sahip olduğunun belirlenmesi halinde Kurum, tarifelerin onaylanması, izlenmesi ve denetlenmesine ilişkin

yöntemleri ve tarifelerin alt ve üst sınırları ile bunların uygulama usul ve esaslarını belirleyebilir”

hükmü yer almaktadır. Bu kapsamda, tarife kontrolü yükümlülüğü Pazar Analizi Yönetmeliği'nin 10'uncu maddesi gereği EPG'ye sahip işletmecilere getirilebilecek yükümlülüklerden birisi olarak belirtilmiştir.

Elektronik haberleşme sektöründe perakende tarifelerin düzenlenme yöntem ve detaylarını içeren Tarife Yönetmeliği'nde, ilgili pazarda EPG'ye sahip işletmeciye getirilebilecek tarife kontrolü yükümlülüğünün; tarifelerin bildirim usulüne tabi olması, tarifelere Kurumca belirlenecek usul ve esaslar kapsamında alt ve/veya üst sınır getirilmesi, tarifelerin maliyet esaslı yönetime göre onaylanması, tarifelerin tavan fiyat yöntemine göre onaylanması şeklindeki yöntemlerden bir veya birkaçının uygulanması ile sağlanacağı ifade edilmektedir. Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin 12'nci maddesinin ikinci fıkrasında ise ilgili pazarda EPG'ye sahip olan işletmecilerin erişim tarifelerini maliyet esaslı olarak belirleme yükümlülüğünün getirilebileceği, bu durumda işletmecilerin erişim tarifelerini maliyet esaslı belirlediğini ispat etmek yükümlülüklerinin olduğu ifade edilmektedir.

5.7 Asgari Kiralık Hat Gurubu Hizmetini Sunma Yükümlülüğü

Perakende seviyede sunulacak kiralık devrelerin BTK tarafından belirlenen asgari hizmet kalite standartları ile sunulabilmesi, tüketicilerin daha kaliteli ve daha ucuz hizmet alabilmeleri için gerekli bir husustur.

Söz konusu yükümlülük, Pazar Analizi Yönetmeliği'nin 10'uncu maddesi gereği EPG'ye sahip işletmecilere getirilebilecek yükümlülüklerden birisi olarak belirlenmiştir. AB'de ise asgari kiralık hat gurubu hizmetini sunma gerekliliği 2002/77 sayılı Direktifle getirilmiş olup, 2007 yılında tanımlanan (düzenlemeye tabi) pazarlar arasından çıkarılmasına ve bu hizmetlerin rekabetçi bir biçimde sunulmasına paralel olarak 2009/136/EC sayılı Direktif kapsamında kaldırılmıştır³⁴. Diğer taraftan, 2007/879/EC sayılı Komisyon Tavsiyesi'nde zikredilen 7 pazar dışında da düzenleme gereksinimi olduğu saptanan (etkin rekabetin mevcut olmadığı) pazarların düzenleyici kurumlarca öncül düzenlemeye tabi tutulabileceği ifade edilmiştir. Nitekim, ülkemizde de perakende kiralık devre pazarının bu nitelikleri haiz olduğu değerlendirilerek düzenlenmesine belirli bir süre daha devam edilmiştir.

³⁴ Directive 2009/136/EC, paragraf 19.

Hali hazırda bu tür bir yükümlülük Pazar Analizi Yönetmeliği kapsamında korunarak gerektiği takdirde etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere getirilebilecek yükümlülükler arasında zikredilmektedir.

5.8 Ortak Yerleşim Yükümlülüğü

İşletmecilerin elektronik haberleşme şebeke ve altyapılarında, diğer işletmecilerin ortak kullanım olanaklarına sahip olmalarını amacıyla, santrallerde bina paylaşımı ve fiziksel ortak yerleşim yapılması ya da baz istasyonu direk veya kuleleri gibi ilgili tesislerin de diğer işletmecilerin paylaşımına ya da kullanıma açması, kaynakların etkin kullanılması ile erişim ve/veya arabağlantının sağlanması açısından gerekli görülmekte, bu husus düzenleyici kurumlarca belirli durumlarda yükümlülük konusu olmaktadır. Aynı zamanda erişim yükümlülüklerinin tam olarak uygulanmasını teminen pazar analizleri kapsamında erişim yükümlülüğünü tamamlamak üzere ortak yerleşim yükümlülüğü getirilebilmektedir.

Ortak yerleşim yükümlülüğü ile ilişkili olarak Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliğinin 14'üncü maddesinin birinci fıkrasında:

“Kurum, işletmecilere kendi tesislerinde, diğer işletmecilerin ekipmanları için maliyet esaslı bir bedel karşılığında, başta fiziksel ortak yerleşim olmak üzere her türlü ortak yerleşim sağlama yükümlülüğü getirebilir.”

hükmüne yer verilmiştir.

5.9 Tesis Paylaşımı Yükümlülüğü

Söz konusu yükümlülük, alternatif işletmecilerin özellikle sabit pazara kolay giriş yapabilmelerini teminen önem arz etmektedir. Bu imkânın oluşabilmesi için sabit şebekedeki yerleşik işletmecinin kendi şebekesinde yapacağı değişiklikler ile bu iki hizmetin verilebilmesini mümkün kılması gerekmektedir.

Daha önce Evrensel Hizmet Direktifi'nin 19'uncu maddesinin birinci fıkrası kapsamında üye ülkelere doğrudan getirilmiş bir yükümlülük olan taşıyıcı seçimi ve taşıyıcı önseçimi yükümlülükleri, söz konusu Direktif'te 2009 yılında yapılan değişiklikler ile kaldırılmıştır. Öte yandan, söz konusu yükümlülük, Ülkemiz açısından Erişim Direktifi'nin 12'nci maddesinde düzenlenen erişim yükümlülüğü kapsamında varlığını muhafaza etmektedir.

Söz konusu yükümlülüklerin AB mevzuatı kapsamında doğrudan getirilmiş bir yükümlülük olarak kalmasının teknolojik gelişmeye zarar verebileceği düşünüldüğünden bu değişikliğe gidilmiştir. Bununla birlikte, ulusal düzenleyici otoritelerin yapacakları pazar analizleri sonucunda söz konusu yükümlülükleri Çerçeve Direktifi'nde yer alan prosedüre uygun olmak kaydıyla ve Erişim Direktifi'nin 12'nci maddesine uygun bir şekilde getirebilecekleri ifade edilmektedir.³⁵

Daha önce, Çerçeve Direktifin 12'nci maddesi kapsamında, üye ülkelere için tesis paylaşımı, işletmecilere getirilebilecek bir yükümlülük olmaktan çok, düzenleyici kurum tarafından teşvik edilmesi gereken bir husus olarak belirtilmiştir. Söz konusu yükümlülük, 2009 yılında Erişim Direktifinde yapılan değişiklik ile; söz konusu Direktifin 12'nci maddesinde, üye ülkelerin düzenleyici kurumları tarafından işletmecilerin tesislerini kamuya veya üçüncü şahıslara ait bir arazinin üzerine veya altına yerleştirebildiği veya bu tür arazileri kullanabildiği veya kamulaştırma müessesesinden yararlanabildiği hallerde, orantılılık ilkesi göz önünde bulundurularak, işletmecilere getirilebilecek bir yükümlülük olarak düzenlenmiştir³⁶.

Söz konusu yükümlülüğe ilişkin olarak ülkemiz mevzuatında, Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin 15'inci maddesinde:

“Bir işletmecinin tesislerini kamuya veya üçüncü şahıslara ait bir arazinin üzerine veya altına yerleştirebildiği veya bu tür arazileri kullanabildiği veya kamulaştırma müessesesinden yararlanabildiği hallerde Kurum; çevrenin korunması, kamu sağlığı ve güvenliği, şehir ve bölge planlaması ve kaynakların etkin kullanılması gereklerini gözeterek ve bu kapsamda yapılacak düzenlemelerin rekabet üzerindeki etkileri ile 8 inci maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen hususları dikkate alarak ilgili işletmeciye söz konusu tesisleri ve/veya araziye makul bir bedel karşılığında diğer işletmecilerle paylaşma yükümlülüğü getirebilir.”

hükmü yer almaktadır.

³⁵Directive 2009/136/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 amending Directive 2002/22/EC on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services, Directive 2002/58/EC concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector and Regulation (EC) No 2006/2004 on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws (Directive 2009/136/EC),

6. YÜKÜMLÜLÜKLERİN GETİRİLMESİ, DEĞİŞTİRİLMESİ VE FARKLILAŞTIRILMASI

6.1 Yükümlülüklerin Getirilmesi, Değiştirilmesi ve Kaldırılması

Pazar analizleri, ilgili pazarda EPG'ye sahip işletmecinin belirlenmesi süreçleridir. İlgili pazarda EPG'ye sahip işletmecinin mevcudiyeti, ilgili pazarda etkin rekabetin olmadığını göstermektedir. İlgili pazarda etkin rekabetin tesisi için ise Pazar Analizi Yönetmeliği'nin 10'uncu maddesinde sayılan yükümlülükler getirilmektedir.

Aynı şekilde pazar analizleri neticesinde ilgili pazarda EPG'ye sahip işletmecinin bulunmadığının tespiti halinde, daha önce ilgili pazarda EPG'ye sahip olduğu belirlenen işletmeciye getirilen tüm düzenleyici yükümlülüklerin kaldırılması gerekmektedir. Ancak Pazar Analizi Yönetmeliği'nin 13'üncü maddesinin birinci fıkrası gereği Kurum tarafından yükümlülüklerin değiştirilmesi veya kaldırılması hususunda geçiş sürecinin sağlıklı bir şekilde yürütülmesini teminen belirli bir süre öngörülebilecektir.

Pazar Analizi Yönetmeliği'nin 10'uncu maddesinin bir ve ikinci fıkralarında aşağıdaki hükümlere yer verilmektedir:

“İlgili pazarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere getirilecek yükümlülüklerin amaca uygun, orantılı ve sorunun kaynağına yönelik olması esastır.

İlgili pazarda EPG'ye sahip işletmecinin bulunması söz konusu pazarda etkin rekabetin olmadığını göstermektedir. Düzenleyici Kurumlar ilgili pazarda etkin rekabetin olmadığı durumlarda yukarıda belirtilen yükümlülüklerin birini birkaçını veya tamamını getirerek rekabet aksaklığını gidermeye çalışacaklardır.”

Yükümlülüklerin amaca uygun olması, ilgili pazarda EPG'ye sahip işletmeciye getirilecek yükümlülüklerin ilgili pazarda etkin rekabetin tesisi ve korunması için getirilmesidir. Yükümlülüklerin orantılı olması, AB düzenlemeleri kapsamında orantılılık olarak ifade edilen belli bir rekabet probleminin ortadan kaldırılması için gerekenden fazla yükümlülük getirilmemesidir. Başka bir ifade ile rekabet aksaklığının giderilmesi için daha az maliyetli bir yükümlülük getirilmesi yeterli iken daha maliyetli bir yükümlülük getirilmemesidir. Yükümlülüklerin sorunun kaynağına yönelik olması ise ilgili pazarda tanımlanan rekabet aksaklıklarının, getirilen yükümlülükler ile giderilebilir olmasıdır. Örneğin ilgili pazarda

rekabet aksaklığı olarak tanımlanan bir erişim probleminin bulunması durumunda, getirilen erişim yükümlülüğünün söz konusu sorunu ortadan kaldıracak nitelikte olması gerekir.

Pazar Analizi Yönetmeliği'nin 12'nci maddesinin birinci fıkrasında:

“Pazar analizi sonucunda ilgili pazarın yapısına göre, etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere getirilmiş olan mevcut yükümlülükler değiştirilebilir. İlgili pazarda etkin piyasa gücüne sahip işletmeci olmadığına karar verilmesi halinde işletmecilere bu Yönetmeliğin 10 uncu maddesinde sayılan yükümlülükler getirilmeyerek, mevcut yükümlülükler kaldırılır.”

hükmüne yer verilmektedir. Bu doğrultuda, pazar analizi sonucunda ilgili pazarda EPG'ye sahip hiç bir işletmecinin olmadığına karar verilmesi halinde herhangi bir yükümlülük getirilmeyecek, daha önce getirilen mevcut yükümlülükler ise işletmeciler üzerinden kaldırılacaktır.

6.1.1 Pazar analizleri yenilenmeksizin yükümlülüklerin getirilmesi, değiştirilmesi ve kaldırılması

Pazar Analizi Yönetmeliği'nin 10'uncu maddesinin beşinci fıkrasında pazar analizlerinin yenilenmeksizin yükümlülüklerin getirilmesine ilişkin aşağıdaki hükme yer verilmektedir:

“ Kurum, mevcut ya da muhtemel bir rekabet sorununun çözümüne yönelik olarak ilgili pazar analizini yenilenmeksizin; konuya ilişkin objektif nedenlere dayalı gerekçelerini belirtmek suretiyle ilgili pazarda etkin piyasa gücüne sahip olan işletmeciye ilave yükümlülük veya yükümlülükler getirebilir.”

Pazar Analizi Yönetmeliği'nin 12'nci maddesinin ikinci fıkrasında pazar analizleri yenilenmeksizin mevcut yükümlülüklerin değiştirilmesi veya kaldırılmasına ilişkin aşağıdaki hükme yer verilmektedir:

“ Kurum, mevcut ya da muhtemel bir rekabet sorununun çözümüne yönelik olarak ilgili pazar analizini yenilenmeksizin; konuya ilişkin objektif nedenlere dayalı gerekçelerini açıklamak suretiyle ilgili pazarda etkin piyasa gücüne sahip olan işletmecinin mevcut yükümlülüklerinde değişiklik yapabilir ya da söz konusu yükümlülükleri kaldırabilir.”

Mevcut veya muhtemel bir rekabet sorunun çözülmesi için, ilgili pazarın yapısında pazar analizlerinin yenilenmesine gerek olacak boyutta bir değişikliğin olmamasına rağmen,

örneğin öngörülme yen veya yeni ortaya çıkan bir rekabet aksaklığının sonradan tespit edilmesi hallerinde, pazar analizi süreci işletilmeden söz konusu rekabet aksaklığının giderilmesine matuf, amaca uygun, orantılı ve sorunun kaynağına yönelik yükümlülük getirilebilecektir. Bu husus idari usul ekonomisine uygun olduğu kadar, ilgili pazarda etkin rekabetin tesisi için rekabet aksaklıklarına müdahale için zaman kaybedilmemesi açısından da önemlidir.

Benzer şekilde, pazardaki rekabet aksaklıklarına yönelik getirilen yükümlülüklerin; yeni yükümlülüklerin getirilmesi veya sonradan tanımlanan rekabet aksaklığı ile getirilen yükümlülüğün amaca uygun, orantılı ve sorunun kaynağına yönelik olmaktan çıkması halinde ilgili pazar analizi değiştirilmeksizin EPG'ye sahip işletmeciye getirilen yükümlülük değiştirilebilecek veya kaldırılabilir.

Pazar analizi yenilenmeksizin yükümlülüklerin getirilmesi, değiştirilmesi veya kaldırılması ancak mevcut ve muhtemel bir rekabet probleminin çözümüne yönelik olacaktır. İlgili pazar kapsamında EPG'ye sahip işletmecilerin tespitine ilişkin olarak ise pazar analizi yenilenmeksizin değişiklik yapılamayacaktır.

6.1.2 Yükümlülüklerin uygulama yönteminin belirlenmesi

Bununla birlikte Pazar Analizi Yönetmeliği'nin 10'uncu maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan:

“Bu maddenin ikinci fıkrasında belirtilen yükümlülükler etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere getirilirken ilgili diğer mevzuat hükümlerinde yer verilen yöntemler esas alınabileceği gibi bu maddenin birinci fıkrası dikkate alınarak başka yöntemler de belirlenebilir.”

hükmü doğrultusunda Kurum'un yükümlülüklerin uygulanmasına ilişkin olarak, ilgili pazar özelinde mevzuatta belirlenen yöntemlerden farklı bir yöntem belirleyebileceği hüküm altına alınmaktadır.

Somutlaştırmak gerekirse tarife düzenleme yükümlülüğü getirilmiş olan bir pazarda Tarife Yönetmeliği'nin 6'ncı maddesinde belirlenen yöntemler dışında başka bir yöntemin getirilmesi Pazar Analizi Yönetmeliği'nin 10'uncu maddesi çerçevesinde mümkün olabilecek; somut olayın özelliklerine göre amaca uygun ve orantılı ise söz konusu yükümlülüğün kapsamı Tarife Yönetmeliği'nin 6'ncı maddesinde zikredilmeyen sair yöntemler ışığında belirlenebilecektir.

6.1.3 Aşağı ve yukarı yönlü yükümlülüklerin getirilmesi

Bununla birlikte Pazar Analizi Yönetmeliği'nin 10'uncu maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan:

“Kurum, biri diğerinin temel girdisi niteliğinde olan hizmetlerin veya dikey bütünleşik pazarların toptan veya perakende yönüne ilişkin gerçekleştirdiği pazar analizleri kapsamında etkin piyasa gücüne sahip olduğu tespit edilen işletmecilere aşağı/yukarı yönlü olarak bu maddenin ikinci fıkrasında sıralanan yükümlülüklerden birini, birkaçını veya tamamını getirebilir.”

hükmü gereği, dikey bütünleşik yapıdaki pazarlarda rekabet problemlerinin çözümü için rekabet aksaklığı olduğu düşünülen toptan veya perakende yükümlülüklerin birlikte (ilgili toptan/perakende pazarda) getirilebileceği ifade edilmektedir.

Bu itibarla “aşağı/yukarı yönlü” ifadesi ile alt ve üst pazar ilişkisi olan pazarlar kastedilmektedir. Bu hüküm ile üst pazarda getirilen, üst pazara ilişkin yükümlülüklerin yanında alt pazara yönelik olarak da spesifik yükümlülüklerin getirilebilmesi hususunda Kurumun yetkili olduğu hüküm altına alınmaktadır.

6.2 Yükümlülüklerin Farklaştırılması

Pazar Analizi Yönetmeliği'nin 11'inci maddesinin birinci fıkrasında aşağıdaki hükümlere yer verilmektedir:

“Aynı veya farklı pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip olan işletmeciler arasında yükümlülükler açısından farklılaştırma yapılabilmesi gibi ilgili pazarın farklı alt pazarlarında yer alan ürün, altyapı ve hizmetler bakımından etkin piyasa gücüne sahip olan işletmeci ya da işletmecilere yönelik farklılaştırma da yapılabilir. Farklılaştırma, işletmecilere ilgili pazarda getirilebilecek yükümlülüklerin seçimi veya seçilmiş olan yükümlülüklerin uygulama detaylarının farklılığı şeklinde olabilir.”

Buna göre;

- Aynı veya farklı pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip olan işletmeciler arasında yükümlülükler açısından veya

- İlgili pazarın farklı alt pazarlarında yer alan ürün, altyapı ve hizmetler bakımından etkin piyasa gücüne sahip olan işletmeci ya da işletmecilere yönelik

olarak farklılaştırma yapılabilecektir. Farklılaştırma ise:

- Yükümlülüklerin seçimi veya
- Seçilen yükümlülüklerin uygulama detaylarının farklılığı

şeklinde olabilecektir.

6.3 Yükümlülüklerle İlişkin Başlangıç, Değişirme ve Son Bulma Tarihleri ile Yükümlülüklerin Değiştirilmesi veya Kaldırılması Durumunda Geçiş Süreci

Pazar Analizi Yönetmeliği'nin 13'üncü maddesinin birinci fıkrasında:

“Kurum, yükümlülüklerle ilişkin başlangıç, değiştirme ve son bulma tarihlerini belirleyebilir.”

ifadesine yer verilmektedir. Bu bağlamda ilgili pazarda EPG'ye sahip işletmeciye getirilen yükümlülüklerin etkin bir şekilde uygulanmasını teminen yükümlülüklerin başlangıç, değiştirme ve son bulma tarihleri Kurul tarafından belirlenebilecektir. Süreler belirlenirken Pazar Analizi Yönetmeliği'nin 10'uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen ilgili pazarda EPG'ye sahip işletmecilere getirilen yükümlülüklerin amaca uygun, orantılı ve sorunun kaynağına yönelik olması kuralı saklıdır.

Pazar Analizi Yönetmeliği'nin 13'üncü maddesinin ikinci fıkrasında:

“Kurum, yükümlülüklerin değiştirilmesi veya kaldırılması hususunda geçiş sürecinin sağlıklı bir şekilde yürütülmesini teminen belirli bir süre öngörebilir.”

hükmüne yer verilmektedir. İlgili pazarda EPG'ye sahip işletmeciye getirilen yükümlülükler ile etkin rekabetin tesisi ve korunması amaçlanırken yükümlülüklerin değiştirilmesi ve kaldırılması yoluyla yükümlülüklerle ilişkin düzenleyici çerçevesinin değişmesi durumunda ilgili pazarda faaliyet gösteren işletmecilerin faaliyetlerini değişmesi öngörülen düzenleyici çerçeveye uygun gerçekleştirebilmelerini teminen Kurul tarafından belirli geçiş süreleri belirlenebilecektir. Pazar Analizi Yönetmeliği'nin 12'nci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi gereği ilgili pazarda herhangi bir işletmecinin EPG'ye sahip olmadığı tespit edilmesi halinde işletmecilere yükümlülük getirilemeyeceği gibi daha önce ilgili pazarda EPG'ye sahip olan ancak yenilenen pazar analizinde EPG'ye sahip

olmadığı tespit edilen işletmeciye önceden getirilen yükümlülüklerin kaldırılması gerekecektir. Bu anlamda yukarıda yer verilen Pazar Analizi Yönetmeliği'nin 13'üncü maddesinin ikinci fıkrası hükmü, aynı Yönetmeliğin bahsi geçen 12'nci maddesinin birinci fıkrası hükmünü tamamlayan, bu yönüyle beraber düşünülmesi gereken bir nitelik arz etmektedir. Bir önceki paragrafta belirtildiği gibi Pazar Analizi Yönetmeliği'nin 10'uncu maddesi hükmü saklıdır.

7. SONUÇ

Raporun giriş kısmında da ifade edildiği üzere; BTK, elektronik haberleşme sektöründe etkin rekabetin tesisi ve korunması amacıyla öncül bir düzenleme olarak pazar analizi çalışmalarını gerçekleştirmektedir.

Pazar analizi çalışmaları kapsamında ilgili pazarlardaki rekabet seviyesinin incelenmesi ile EPG'ye sahip işletmecilerin belirlenmesi ve EPG olarak belirlenen işletmecilere bazı yükümlülüklerin getirilmesi ile bu işletmecilerin sahip oldukları pazar gücünü kötüye kullanmalarının öncül olarak önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.

BTK'nin bu alandaki temel düzenlemesi olan Pazar Analizi Yönetmeliği, Komisyonun 2002/C 165/03 sayılı pazar analizi rehber dokümanı ile uyumlu olup, söz konusu Yönetmelik kapsamında gerçekleştirmekte olduğu pazar analizleri çalışmalarında Komisyonun elektronik haberleşme sektöründe öncül düzenlemeye uygun ilgili ürün ve hizmet pazarlarına ilişkin 2003 ve 2007 yıllarında yayımlanmış olduğu Tavsiye Kararlarını en üst seviyede dikkate almıştır. Bu kapsamda; BTK'nin, AB uygulamalarına paralel olarak belirlemiş olduğu 11 ayrı pazar için Pazar Analizi Yönetmeliği çerçevesinde yürütülen pazar analizi çalışmaları 2010 yılı başı itibarıyla tamamlanmıştır. Yeni dönem itibarıyla; ilgili pazar analizleri 2013 yılı Nisan ayı itibarıyla tamamlanmıştır³⁷.

İşbu Rapor ile pazar analizi süreci ve bu süreçle ilgili kullanılmakta olan kavram ve tanımlamalar üzerinde durulmuş olup, BTK tarafından Pazar Analizi Yönetmeliği kapsamında kamuoyu görüşüne sunulacak olan pazar analizi dokümanlarına ilişkin aydınlatıcı bir kılavuz doküman sunulması hedeflenmiştir.

³⁷ Bununla birlikte Pazar Analizi Yönetmeliği'nin 5'inci maddesinin üçüncü fıkrasında "*Kurum, bu Yönetmeliğin 10, 11, 12 ve 13 öncü madde hükümleri saklı kalmak kaydıyla pazar analizleri ile getirilen tanım, kapsam ve yükümlülükler dâhil olmak üzere pazar analizi dokümanlarının geçerlilik süresini, konuya ilişkin objektif nedenlere dayalı gerekçelerini belirtmek kaydıyla 3 yıla kadar uzatabilir*" hükmü yer almaktadır. Nitekim bu doğrultuda "Sabit Telefon Şebekesine Erişim Hizmetleri Pazarı" ile "Sabit Şebeke Üzerinden Arama Pazarı"na ilişkin pazar analizlerinin yenilenme çalışmaları 19.12.2012 tarihli ve 2012/DK-10/633 sayılı Kurul Kararı ile 2013 yılı sonuna kadar ertelenmiş ve söz konusu iki pazara ilişkin mevcut pazar analizlerinin bu süre zarfında geçerliliğini sürdürmesine hükmedilmiştir.

KAYNAKLAR

BTK, 2011, Pazar Analizleri, <http://www.btk.gov.tr/srth/piyasa-analizleri.htm>, (12.05.2011)

Colasanti F., 2010, Regulatory Framework for Electronic Communications in the European Union, Situation in December 2009.

Çetinkaya, M., 2003, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, İlgili piyasa kavramı ve ilgili piyasanın tanımlanması. Rekabet Kurumu.

Dinler Z., İktisada Giriş, Bursa, 1998, Ekin Kitabevi.

EC, 2002, Commission guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the Community regulatory framework for electronic communications networks and services (2002/C 165/03).

EC, 2003, Commission Recommendation of February 11 2003 on Relevant Product and Service Markets within the Electronic Communications Sector Susceptible to Ex-ante Regulation in Accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a Common Regulatory Framework for Electronic Communications Networks and Services.

EC, 2007, Commission Recommendation of 17 December 2007 on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (2007/879/EC).

EC, 2009, Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services as amended by Directive 2009/140/EC and Regulation 544/2009.

EC, 2009, Directive 2009/136/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 amending Directive 2002/22/EC on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services, Directive 2002/58/EC concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector and Regulation (EC) No 2006/2004 on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws.

EC, 2009, Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (2009/C 45/02).

ERG, 2004, European Regulatory Group Common Position on the Approach to Appropriate Remedies in the New Regulatory Framework.

FICARO, 2003, Notification, Case F/2003/0031/ Market for voice call termination on individual mobile networks.

Hewitt I., 2005, Joint Ventures, Sweet&Maxwell, London.

NPTA, 2004, Methodology for Market Analysis.

OFT, 2004, Market Definition, İngiltere.

OFTTEL, 2002, Yeni AB Direktifleri (No:2002/21/EC - 24.04.2002) Çerçevesinde Yeni Yükümlülüklerin Yürürlüğe Konması, İngiltere.

OLSWANG, 2011, Competition Litigation & Regulatory Disputes News, <http://www.olswang.com/newsarticle.asp?sid=183&aid=2829> (12.05.2011).

U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, 1992, Horizontal Merger Guidelines, (DOJ-1992).

WIK, SQUIRE SANDERS, 2003, Methodologies for Market Definition and Market Analysis.