

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2009/6823

T.T. 13.05.2010

Davacı ve Yürütmenin

Durdurulmasını İsteyen : Millenicom Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.

Vekilleri : Av. Yakup Şekip Okumuşoğlu

Orhanlar Mah. Orta Sok. No:5/302

Kdz. Eređli/ZONGULDAK

Davalı : Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu

Yeşilirmak Sok. No:16 Demirtepe/ANKARA

Vekilleri : Av. Güliz Altay,

Av. Hüsnüye Akdođan Görmez - Aynı adreste

Davalı Yanında Müdahil : Türk Telekomünikasyon A.Ş.

Vekilleri : Av. Ömer İnan Koçak, Av. Yakup Öztunç,

Av. Dr. Ahmet Bülter

Türk Telekomünikasyon A.Ş. Hukuk Başkanlığı

Aydınlıkevler/ANKARA

İstemin Özeti : Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu'nun 08.10.2009 tarih ve 2009-DK-10/510 sayılı kararın ve Kurul'un 09.09.2009 tarih ve 2009/DK10/466 sayılı kararıyla onaylanan Faturalama Hizmeti Sağlama Yükümlülüğüne İlişkin Usul ve Esasların 5. maddesinin (2) numaralı fıkrasının iptali ve yürütmenin durdurulması istenilmektedir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Ahmet EĐERCI'nin Düşüncesi : 5809 sayılı Kanun hükümleri uyarınca elektronik haberleşme sektöründe serbest rekabet ortamının oluşturulabilmesinde, sabit telefon hizmeti işletmecilerinin Türk Telekomünikasyon A.Ş. ile rekabet edebilmesinin sağlanması gerektiğinden, bu işletmeciler yönünden Türk Telekom'a getirilmiş olan faturalama hizmeti sağlama yükümlülüğünün ortadan kaldırılması için, alternatif işletmecilerin abone başına faturalama maliyetinin binmesi ve yapılan düzenlemenin buna uygun bulunması gereklidir.

Ancak uyuşmazlıkta; davalı idare tarafından muafiyete ilişkin sınırın 10 milyon TL olarak belirlenmesi açıklanmış ve saptanan bu miktar yönünden herhangi bir hukuka aykırılık bulunmamakta iken, davacı şirket ve diğer işletmecilerin abone başına faturalama maliyetinin göz önünde bulundurulmadan ve bu konuya ilişkin olarak teknik bir düzenleme getirilmeden, 10 milyon TL ciroyu aşan işletmeler yönünden Türk Telekom'a getirilmiş olan faturalama hizmeti sağlama yükümlülüğünün ortadan kaldırıldığı görüldüğünden, bu haliyle getirilen düzenleme, mevzuatta elektronik haberleşme sektörüne getirilmesi öngörülen rekabetin sağlanmasına ilişkin hükümlerine uygun bulunmamaktadır.

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2009/6823

Öte yandan, bu işleme dayanak bulunan Usûl ve Esaslar'ın 5. maddesinin 2. fıkrasındaki; Kurum tarafından gerekli görülen hallerde, Türk Telekom'un faturalama hizmeti sağlama yükümlülüğü gözden geçirilerek muafiyet tanınması dahil tedbirler alınabileceği yönündeki kuralda mevzuat hükümlerine aykırı bir yön görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, 08.10.2009 tarih ve 2009-DK-10/510 sayılı Kurul kararına yönelik olarak yürütmenin durdurulması isteminin kabulüne, davanın diğer kısmı yönünden ise yürütmenin durdurulması isteminin reddine karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Mehmet KARAOĞLU'nun Düşüncesi : Yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27 nci maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmediği anlaşıldığından, istemin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Dairemizin 09.03.2010 tarih ve E:2009/6823 sayılı ara kararının gereğinin yerine getirilmesinden sonra incelenmesine karar verilen yürütmenin durdurulması istemi, ara kararına cevabın geldiği görülmekle yeniden incelenerek gereği görüldü;

Dava; Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu'nun 08.10.2009 tarih ve 2009-DK-10/510 sayılı kararının ve Kurul'un 09.09.2009 tarih ve 2009/DK10/466 sayılı kararıyla onaylanan Faturalama Hizmeti Sağlama Yükümlülüğüne İlişkin Usul ve Esasların 5. maddesinin (2) numaralı fıkrasının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılmıştır.

Elektronik haberleşme sektöründe düzenleme ve denetleme yoluyla etkin rekabetin tesisi, tüketici haklarının gözetilmesi, ülke genelinde hizmetlerin yaygınlaştırılması, kaynakların etkin ve verimli kullanılması, haberleşme alt yapı, şebeke ve hizmet alanında teknolojik gelişimin ve yeni yatırımların teşvik edilmesi ve bunlara ilişkin usûl ve esasların belirlenmesi amacıyla çıkarılan 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun görev ve yetkilerinin düzenlendiği 6. maddesinin 1. 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 gücü ne sahip işletmecilere ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirmek ve mevzuatın öngördüğü tedbirleri almak"; (b) bendinde, " Bu Kanun ve bu Kanuna dayanılarak yapılan düzenlemelere aykırı olarak, elektronik haberleşme sektöründe ortaya çıkan rekabet ihlallerini denetlemek, yaptırım uygulamak, mevzuatın öngördüğü hallerde elektronik haberleşme sektöründe rekabet ihlallerine ilişkin konularda Rekabet Kurumundan görüş almak"; (j) bendinde, "Kullanıcılara ve erişim kapsamında diğer işletmecilere uygulanacak tarifelere, sözleşme hükümlerine, teknik hususlara ve görev alanına giren diğer konulara ilişkin genel kriterler ile uygulama usul ve esaslarını belirlemek, tarifeleri onaylamak, tarifelerin denetlenmesine ilişkin düzenlemeleri yapmak" Kurum'un görevleri

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2009/6823

arasında sayılmış, Kanun'un "Rekabetin sağlanması" başlıklı 7. maddesinde de; Kurum'un, 07/12/1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, elektronik haberleşme sektöründe rekabete aykırı davranış ve uygulamaları re'sen veya şikâyet üzerine incelemeye, soruşturmaya ve rekabetin tesisine yönelik gerekli gördüğü tedbirleri almaya, görev alanına giren konularda bilgi ve belgelerin sağlanmasını talep etmeye yetkili olduğu hükme bağlanmıştır.

5809 sayılı Kanun'un 4. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde ise, "serbest ve etkin rekabet ortamının sağlanması ve korunması", elektronik haberleşme hizmetinin sunulmasında ve bu hususta yapılacak düzenlemelerde gözönüne alınması gereken ilkeler arasında yer sayılmıştır.

Dava konusu düzenlemenin yapıldığı ve Kurul kararının alındığı tarihte yürürlükte bulunan ve telekomünikasyon sektöründe rekabet ortamının oluşturulması, teknolojik gelişimin ve yeni yatırımların teşvik edilmesi, ülke genelinde telekomünikasyon hizmetlerinin yaygınlaştırılması ile tüketicilerin korunması hususlarını gözeterek tarifelerin onaylanmasına ve denetlenmesine yönelik usûl ve esasları tespit amacıyla çıkarılan Tarife Yönetmeliği'nde de, Kurul tarafından onaylanan tarifelerin serbest rekabet ortamını yansıtması gerektiği vurgulanmıştır.

Sözü edilen mevzuat hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden; Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na, elektronik haberleşme sektöründe, serbest rekabetin tesis edilmesi ve korunmasına, rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı uygulamaların giderilmesine yönelik düzenlemeleri yapmak, gereken hallerde Kanunlarda öngörülen yaptırımları uygulamak hususlarında görev ve elektronik haberleşme sektöründe, hizmetlerin yürütülmesi ve alt yapısının işletilmesi ile ilgili olarak sektörün faaliyetlerini tam bir rekabet ortamı içinde gerçekleştirmesini sağlamak konusunda yetki verildiği, Kurumun bu kapsamda, tarifelerin onaylanması ve denetlenmesince, serbest ve etkin rekabet ortamının sağlanmasını ve korunmasını gözönünde bulundurması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Öte yandan; 5809 sayılı Kanun'un Geçici 2. maddesinin 1. fıkrasında, bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin ile yetkilendirilmiş olan işletmecilerin, bu Kanun uyarınca Kurum'a bildirimde bulunmuş veya gerekli olduğu durumlarda yetkilendirilmelerinde ki süre ile sınırlı olarak kullanım hakkı almış sayılacaklarının hükme bağlanması, Kurum tarafından hazırlanıp 28.05.2009 tarih ve 27241 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konulan Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği'nin Geçici 1. maddesinin 4. fıkrasında da, Uzak Mesafe Telefon Hizmeti'ne (UMTH) ilişkin olarak Kurum'dan 2. Tip Telekomünikasyon Ruhsatı almış olan işletmecilerin, numara tahsis durumlarına göre Sabit Telefon Hizmeti'ne yönelik Kurum'a bildirimde bulunmuş ya da Kurum'dan kullanım hakkı almış sayılacaklarının öngörülmesi sonucunda, UMTH işletmecilerinin Sabit Telefon Hizmeti olarak faaliyetlerini yürütebilmelerine olanak sağlandığı anlaşılmaktadır.

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2009/6823

Bu mevzuat hükümleri çerçevesinde, arama bazında taşıyıcı seçimi yöntemi (B Tipi UMTH) ile sabit telefon hizmeti sunmak üzere yetkilendirilmiş olan işletmecilere Türk Telekom'un faturalama hizmeti sağlama yükümlülüğüne ilişkin usul ve esasları ortaya koymak amacıyla Faturalama Hizmeti Sağlama Yükümlülüğüne İlişkin Usul ve Esaslar hazırlanmış ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun 09.09.2009 tarih ve 2009/DK10/466 sayılı kararıyla onaylanarak yürürlüğe konulmuştur.

Faturalama Hizmeti Sağlama Yükümlülüğüne İlişkin Usul ve Esaslar (Usul ve Esaslar)'ın 5. maddesinin 1. fıkrasında, Türk Telekom'un, işletmecilerden talep edenlere aralarında uzlaşacakları ücretler üzerinden faturalama hizmeti sağlamakla yükümlü olduğu, söz konusu hizmetin sunum koşullarını ve ücretlerini eşit şartlar altındaki işletmeciler arasında ayırım gözetmeyecek şekilde yürüteceği; iptali istenilen 2. fıkrasında da, Kurum tarafından gerekli görülen hallerde, Türk Telekom'un faturalama hizmeti sağlama yükümlülüğü gözden geçirilerek muafiyet tanınması dahil tedbirler alınabileceği kurala bağlanmış olup, belirtilen kuralın yukarıda ayrıntısı ile aktarılan mevzuat hükümlerine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Uyuşmazlığın, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu'nun 08.10.2009 tarih ve 2009-DK-10/510 sayılı kararına ilişkin kısmına gelince;

Türk Telekom'un Usul ve Esaslar kapsamında (B) Tipi UMTH ile sabit telefon hizmeti sunmak üzere yetkilendirilmiş olan işletmecilere faturalama sağlama yükümlülüğüne ilişkin olarak; sabit telefon hizmeti piyasasında yer alan işletmeciler arasında gerçekleşen fiyata dayalı rekabete ilave olarak hizmet kalitesi bazında da rekabetin sağlanmasının ve bu kapsamda söz konusu piyasada yapılacak olan yatırımların artırılmasının temininin ve (B) Tipi UMTH ile sabit telefon hizmeti sunmak üzere yetkilendirilmiş olan işletmecilerden yıllık ciro bazında belirli bir büyüklüğe ulaşanların sabit telefon hizmeti piyasasındaki son kullanıcıların algısında kendi işletmeci hüviyetlerini güçlendirmelerinin sağlanması amacıyla Kurul'un dava konusu 08.10.2009 tarih ve 2009-DK-10/510 sayılı kararıyla, (B) Tipi UMTH ile sabit telefon hizmeti sunmak üzere yetkilendirilmiş olan işletmecilerden yıllık cirosu 10.000.000-TL'yi aşan işletmeciler için Türk Telekom'a getirilmiş olan faturalama hizmeti sağlama yükümlülüğüne ilişkin olarak muafiyet getirilmesine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Böylece, sabit telefon hizmeti piyasasında fiyata dayalı rekabetin yanında hizmet kalitesi yönünden de rekabetin sağlanması ve bu kapsamda, sabit telefon hizmeti sunan (B) Tipi UMTH işletmecisinin, yatırım yapma konusunda zorlanarak işletmeci hüviyetinin kazandırılması amacıyla yönelik olarak, belli bir cironun aşılması halinde, bu işletmeci yönünden Türk Telekom'a getirmiş olan faturalama hizmeti sağlama yükümlülüğü ortadan kaldırılmıştır.

Dairemizin 08.02.2010 tarih ve E:2009/6823 sayılı ara kararıyla davalı idareden; 08.10.2009 tarih ve 2009-DK-10/510 sayılı Kurul kararıyla, arama bazında taşıyıcı seçimi yöntemi ile sabit telefon hizmeti sunmak üzere yetkilendirilmiş olan işletmecilerden yıllık cirosu 10.000.000-TL'yi aşan işletmeciler yönünden, Türk Telekomünikasyon A.Ş.'ye getirilmiş olan

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2009/6823

faturalama hizmeti sağlama yükü nlülüğüne ilişkin muafiyet getirilmiş olduğundan, belirlenen ciro miktarının hangi ölçütlerle getirildiğinin, bu belirleme yapılırken işletmecinin abone başına faturalama maliyetinin göz önüne alınıp alınmadığının sorulmasına ve bu hususları içeren bir raporun istenilmesine karşın, ara karar yanıtında sorulan hususların açıklanmadığının görülmesi üzerine, Dairemizin 09.03.2010 tarih ve E:2009/6823 sayılı ara kararıyla davalı idareden; 10.000.000-TL olarak belirlenen yıllık ciro miktarının hangi ölçütlerle getirildiğinin ve davacı şirket tarafından, 2008 yılı da düzenlenen toplam 3.000.327 adet faturanın 2.229.290 adedinin (%74) fatura değerinin 5,44-TL ve altında bulunduğu, 2009 yılının ilk dokuz ayında da düzenlenen toplam 1.829.955 adet faturanın 1.309.572 adedinin (%71) fatura değerinin de 5,57-TL ve altında bulunduğu belirtilerek, bu faturaların düşük rakamlar içermesi nedeniyle kendileri tarafından tüketiciye gönderilmesinin ve tahsil edilmesinin ekonomik olarak mümkün olmadığı ileri sürüldüğünden, yıllık ciro miktarı 10.000.000-TL olarak belirlenirken, işletmecinin abone başına faturalama maliyetinin göz önüne alınıp alınmadığının sorulmasına karar verilmiştir.

Davalı Kurum ara kararına cevap olarak, Türk Telekom'dan elde edilen veriler ışığında, bir sabit telefon hizmeti işletmecisinin başlangıç maliyetinin yaklaşık 5,2 milyon TL olduğunu, buna ilaveten bu işletmecinin faaliyete başlaması ile dakika bazlı değişken maliyetlerle karşılaşacağını, bu değişken maliyetlerin, işletmecinin altyapı, reklâm, genel yönetim, kira ve ortak yerleşim gibi sabit maliyetlere göre daha küçük olduğunu, bunun da yaklaşık olarak 4,4 milyon TL olarak hesaplandığını, işletmecinin başlangıçta katlanacağı sabit maliyetler ile faaliyete başladıktan sonra katlanacağı değişken maliyetleri birlikte göz önünde bulundurulduğunda, başlangıç seviyesindeki bir işletmeci için kritik eşiğin 10 milyon TL olduğunu ve bu seviyeden sonra işletmecinin ölçek ekonomilerinden faydalanarak marjinal maliyetlerini düşürmeye başladığını, bu çerçevede muafiyete ilişkin sınırın 10 milyon TL olarak belirlendiğini belirtmiş, (B) Tipi işletmecinin abone başına faturalama maliyetinin göz önüne alınıp alınmadığı sorusuna ise ilk ara kararında olduğu gibi herhangi bir yanıt verilmemiştir.

Öte yandan, Dairemizin 10.03.2009 tarih ve E:2006/5908, K:2009/2839 sayılı kararında, Türk Telekom dışında sabit telefon hizmeti gören işletmecilerin sektörde yer almasının, telekomünikasyon sektöründe etkin rekabetin sağlanması ve tüketici menfaatlerinin korunması açısından önemli olduğu, (B) Tipi UMTS işletmecisi üzerinden yapılan bir görüşme için faturalama hizmetinin maliyetini karşılamama ihtimalinin bulunduğu belirtilerek, alternatif işletmecilerin Türk Telekom'la rekabet edebilmesi için Türk Telekom tarafından işletmeciye faturalama hizmeti verilmesinin gerekli olduğu vurgulanmıştır.

Bu durumda; davalı idarece Türk Telekom'a getirilmiş olan fatura hizmeti sağlama muafiyetine ilişkin sınırın 10 milyon TL olarak belirlenmesinde, saptanan bu miktar yönünden herhangi bir hukuka aykırılık bulunmamakla birlikte, davacı şirket tarafından, 2008 yılında düzenlenen faturaların %74'ünün fatura değerinin 5,44-TL ve altında bulunduğu, 2009 yılının ilk dokuz ayında düzenlenen faturaların %71'inin fatura değerinin de 5,57-TL ve altında

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2009/6823

bulunduğunun belirtilmesi ve bu konuya ilişkin olarak iki kez yapılan ara kararına da bir cevap verilememesi karşısında, davacı şirket ve diğer işletmecilerin abone başına faturalama maliyetleri göz önünde bulundurulmadan ve bu konuya ilişkin olarak teknik bir düzenleme getirilmeden, 10 milyon TL ciroyu aşan işletmeciler yönünden Türk Telekom'a getirilmiş olan faturalama hizmeti sağlama yükünlülüğünün ortadan kaldırıldığı sonucuna ulaşıldığından, bu haliyle dava konusu düzenleme, yukarıda ayrıntısı ile aktarılan elektronik haberleşme sektörüne getirilmesi öngörülen rekabetin sağlanmasına ilişkin hükümlere uygun bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle; 08.10.2009 tarih ve 2009-DK-10/510 sayılı Kurul kararı yönünden 2577 sayılı Kanun'un 27. maddesindeki koşulların birlikte oluştuğu anlaşıldığından yürütülmesinin durdurulmasına oçokluğuyla, davanın diğer kısmı yönünden ise yürütmenin durdurulması isteminin reddine oçirliğıyle, 21.04.2010 tarihinde karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Faruk	Turan	Zümrüt	Taci	Gürsel
ÖZTÜRK	KARAKAYA	ÖDEN	BAYHAN	MEKİK (X)

(X)KARŞI OY: 08.10.2009 tarih ve 2009-DK-10/510 sayılı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu kararına yönelik olarak da 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde öngörülen koşulların bulunmaması nedeniyle, yürütmenin durdurulması hakkındaki istemin reddine karar verilmesi gerektiği oyu ile Kurul kararının yürütülmesinin durdurulmasına yönelik çoğunluk kararına katılmıyorum.

Üye
Gürsel MEKİK

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2009/6823

KATILMA KARARI

Millenicom Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. vekili Av. Yakup Şekip Okumuşoğlu tarafından, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu'nun 08.10.2009 tarih ve 2009-DK-10/510 sayılı kararının ve Kurul'un 09.09.2009 tarih ve 2009/DK10/466 sayılı kararıyla onaylanan Faturalama Hizmeti Sağlama Yükümlülüğüne İlişkin Usul ve Esasların 5. maddesinin (2) numaralı fıkrasının iptali istemiyle Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na karşı açılan davada, davalı idare yanında katılma isteminde bulunan Türk Telekomünikasyon A.Ş.'ye ait katılma dilekçesi incelenerek gereği görüştü;

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinde, üçüncü kişilerin davaya katılması konusunda, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüş olup; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 53. maddesinde, "Hakkı veya borcu bir davanın neticesine bağlı olan üçüncü şahıs iki taraftan birine iltihak için davaya müdahale edebilir." hükmü yer almıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden; müdahale isteminde bulunan Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin yukarıda sözü edilen koşulları taşıdığı anlaşıldığından, davalı idare yanında davanın bulunduğu noktadan itibaren katılma isteminin kabulüne, 21.04.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Faruk	Turan	Zümrüt	Taci	Gürsel
ÖZTÜRK	KARAKAYA	ÖDEN	BAYHAN	MEKİK