

T.C.

DANI TAY

DAR DAVA DA RELER KURULU

Esas No : 2017/1094

Karar No : 2019/3228

TEMYZ EDEN (DAVACI) : Serbest Telekomünikasyon İletmecileri Derneği

VEKİL : Av. Gökhan Candoğan
Aziziye Mah. Kuşkondu Sk. No:7/2 - Çankaya/ANKARA

KARŞI TARAF (DAVALI) : Rekabet Kurumu Başkanlığı

Üniversiteler Mah. 1597 Cad. No:9 - Çankaya/ANKARA

VEKİL : Av. Ertül Atakan - Aynı adreste

STEMİN KONUSU : Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 12/10/2016 tarih ve E:2012/1885, K:2016/3232 sayılı kararının temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: TTNET A.Ş.'nin Türk Telekomünikasyon A.Ş. ile aynı alanda faaliyette bulunmasının rekabet ihlâline yol açacağı ve TTNET A.Ş.'nin sabit telefon hizmet alımı ihalelerinde diğer i letmeciler tarafından teklif edilmesi mümkün olmayan fiyatlar verdiği iddialarına yönelik olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturmanın açılmasına gerek olmadığına ve davacının ikâyetinin reddine ilişkin Rekabet Kurulu'nun 26/01/2012 tarih ve 12-03/96-35 sayılı kararının iptali istenilmektedir.

Daire kararının özeti: Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 12/10/2016 tarih ve E:2012/1885, K:2016/3232 sayılı kararıyla; 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ilgili maddelerinden bahsedildikten sonra; dava dosyasının incelenmesinden; Kurum kayıtlarına 13/09/2010 ve 04/03/2011 tarihlerinde alınan başvurulara özetle; TTNET'in Türk Telekom ile aynı alanda faaliyet göstermeyi amaçladığı, TTNET'in faaliyetlerini sürdürmesi halinde sektördeki kısıtlı rekabetin ortadan kalkacağı, ilgili pazarlarda ciddi ve telafisi mümkün olmayacak zararların doğacağı, anılan şirket hakkında internet servis sağlayıcılığındaki pazarlar bakımından geçici tedbirlerin alınması gerektiği, daha sonraki dönemde yoğun olarak görülmesi beklenen rekabet ihlallerine yönelik olarak arzi müdahalelerde bulunulması yerine Rekabet Kurumu tarafından sektöre ilişkin yapısal sorunların giderilmesine yönelik tedbirlerin alınması gerektiği, İstanbul ili, Kadıköy Belediye Başkanlığı tarafından gerçekleştirilen "Sesli İletim (Telefon) Alımı" ihalesi ile Kartal Belediye Başkanlığı tarafından gerçekleştirilen "Sabit Telefon Hizmet (STH) Alımı" ihalesinde diğer firmalar tarafından teklif edilmesi mümkün olmayan fiyatların verildiği ve eklende iddialara yer verildiği, anılan başvurular üzerine hazırlanan 09/08/2011 tarih ve 2011- 2-330/ -11-151. A sayılı İnceleme Raporu'nun 17/08/2011 tarihli Kurul toplantısında görüşülerek, 11-45/1038-M sayılı önaraştırma yapılmasına karar verildiği, TTNET ile Türk Telekom'un aynı alanda faaliyet göstermesinin rekabet ihlâli oluşturduğunu

T.C.

DANI TAY

DAR DAVA DA RELER KURULU

Esas No : 2017/1094

Karar No : 2019/3228

iddiasıyla ilgili olarak yapılan inceleme kapsamında BTK'nın görü üne ba vuruldu u, BTK tarafından gönderilen yazıda, mevcut durum itibarıyla yetkilendirme iptalini gerektirecek bir durumun söz konusu olmadı ının belirtildi i, TTNET'in verdi i perakende seviyede internet hizmetinin aynı zamanda Türk Telekom tarafından da sunulmasına ili kin olarak menfi tespit belgesi verilmesi talebinin de erlendirildi i 10/11/2010 tarih ve 10-71/1479-567 sayılı Kurul kararında, söz konusu i lemin 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadı ı sonucuna ula ıldı ı, anılan kararın mevcut dosya için yol gösterici niteli e sahip oldu u, gerek anılan Kurul kararı gerekse BTK görü ü dikkate alındı ında, TTNET'in Türk Telekom ile aynı alanda faaliyette bulunmasına yönelik ikâyetin 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadı ının belirtildi i, Rekabet Kurumu'nun sektöre arızı müdahalelerde bulunmak yerine sorunlara yapısal çözümler getirmesi gerekti i iddiasına yönelik yapılan incelemede; elektronik haberle me sektöründe rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı uygulamaların giderilmesine yönelik düzenlemeleri yapma, bu amaçla ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip i letmecilere ve gerekli hâllerde di er i letmecilere yükümlülükler getirme ve mevzuatın öngördü ü tedbirleri alma görevinin BTK'ya ait oldu u ve anılan talebin 4054 sayılı Kanun kapsamında de erlendirilemeyece inin belirtildi i, ikâyet ba vurularında belirtilen iki ihaleye yönelik olarak yapılan incelemede; ba vuruya konu ihalelerin stanbul ili Kadıköy Belediye Ba kanlı 'nca 2010/28072 ihale kayıt numaralı ve 05/04/2010 tarihinde gerçekleştirilen "Sesli leti im (Telefon) Hizmet Alımı" ihalesi ve Kartal Belediye Ba kanlı 'nca 2010/91229 ihale kayıt numaralı ve 19/07/2010 tarihinde gerçekleştirilen "Sabit Telefon Hizmet Alımı" ihalesi oldu u, her iki ihalenin sırasıyla 50.781.-TL ve 24.733.-TL'lik tekliflerle TTNET tarafından kazanıldı ı, ba vuruda bu bedellerin sektörde faaliyet gösteren di er i letmeciler tarafından teklif edilmelerinin mümkün olmadı ının belirtildi i, iddiaların bir ihlâl niteli i kazanabilmesi için verilen tekliflerin, ihale konusu hizmetin verilebilmesi için katlanılacak maliyetin altında kalmasının gerekti i, ba ka bir anlatımla ortada yıkıcı bir fiyatlamının bulunmasının gerekti i, Kadıköy ihalesine ili kin olarak gönderiln BTK görü ünde, tahmini görü me süreleri üzerinden hesaplanan sadece ça rı ba latma ve sonlandırmayı içeren ihale maliyetinin 58.548.-TL oldu unun belirtildi i, TTNET'in bahse konu ihaleyi 50.781.-TL'lik teklifle kazandı ı, Kartal ihalesine ili kin olarak gönderilen BTK görü ünde ise ihale arnamesinde verilen süreler için hesaplanan ihale maliyetinin 18.100.-TL oldu unun belirtildi i, TTNET'in bahse konu ihaleyi 24.733.-TL'lik teklifle kazandı ı, Kartal ihalesi için sunulan teklifin ihale öncesi bütün katılımcılar tarafından bilinebilecek bilgi seti çerçevesinde kârlı oldu u, Kadıköy ihalesine ili kin teklifin ise ihale öncesi mevcut araba lantı tarifeleri kapsamında negatif kâr marjı içerdi i, te ebbüsü zarara u ratacak bu uygulamanın amacının TTNET tarafından "STH yetkilendirmesi kapsamında A Tipi telefon hizmetinin TTNET açısından önemli bir deneyim sa layacak olması ve TTNET olarak " Bitirme Belgesi"ne sahip olunması ve bu belge sayesinde di er kamu ihalelerine girmenin mümkün kılınması" ekindeki gerekçelerle izah edildi i, hâlihazırda her iki ihale dönemi de sonlanmı

T.C.

DANI TAY

DAR DAVA DA RELER KURULU

Esas No : 2017/1094

Karar No : 2019/3228

oldu undan bu hizmetler kapsamında gerçekleştirilen ve verilen hizmetin kârlı olup olmadığının değerlendirilebilmesinin mümkün olduğu, gerçekleştirilen konu masrafları, maliyet ve gelir defterleri incelendiğinde, başvuru konusu ihaleler sonucu elde edilen gelirin, ihale konusu hizmetin sunulması için katlanılan maliyetlerden fazla olduğu belirtilerek öne sürülen iddialara ilkin olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, ikamet reddine karar verildiğinin anlaşıldığı,

Dava konusu uyuşmazlıkta; "yıkıcı fiyatlandırma" olarak nitelenen ihlalin gerçekleştirildiği gerçeği tespitinin gerektiği; yıkıcı fiyatın, hâkim durumdaki bir tebbüsün pazar gücünü korumak veya artırmak üzere mevcut veya potansiyel rakiplerinden birini veya daha fazlasını piyasadan çıkarmak, disiplinlemek ya da diğer biçimlerle rakibin rekabetçi davranışını engellemek için kısa vadede maliyetinin altında satış fiyatı belirleyerek zarar etmeyi göze aldığı rekabet karlı bir fiyatlandırma stratejisi olduğu; bir başka tanıma göre ise, tebbüsün kısa dönemde düşük fiyat, orta ve uzun dönemde ise daha yüksek fiyat uygulayarak rakiplerini piyasadan itmesi şeklinde uyguladığı stratejiler yıkıcı fiyat olarak adlandırıldı; Kurul'un yıkıcı fiyat analizinin ilk aşamasını hâkim durumdaki tebbüsün fiyatlandırma davranışı ile kısa dönemde zarar etmeyi göze alıp almadığının değerlendirilmesinin oluru; yıkıcı fiyat uygulamasında ortaya konulması gereken temel unsurların; hâkim durumun varlığı, hakim durumdaki tebbüsün fiyatlarının maliyetlerinin altında olup olmadığı, hâkim durumdaki tebbüsün yıkıcı fiyat uygulamasındaki amacı, stratejinin başarıyla sonuçlanmasının ardından hasat imkânının ne ölçüde mümkün olduğu olarak sıralanabileceği,

Nitekim, uyuşmazlıkta konu önaraştırma kapsamında TTNET'in ihaleler için verdiği fiyatların maliyetlerinin altında olup olmadığı hususunun incelendiği, Kadıköy ve Kartal Belediyeleri tarafından yapılan ihalelere TTNET tarafından sunulan tekliflerden Kartal ihalesi için sunulan teklifin ihale öncesi bütün katılımcılar tarafından bilinebilecek bilgi seti çerçevesinde kârlı olduğu, Kadıköy ihalesi teklifinin ise, ihale öncesi mevcut araba lantı tarifeleri kapsamında negatif kâr marjı içerdiği, hâlihazırda her iki ihale dönemi de sonlanmış oldu undan bu hizmetler kapsamında gerçekleştirilen ve verilen hizmetin kârlı olup olmadığının değerlendirilebilmesinin mümkün olduğu, gerçekleştirilen konu masrafları, maliyet ve gelir defterleri incelendiğinde, başvuru konusu ihaleler sonucu elde edilen gelirin, ihale konusu hizmetin sunulması için katlanılan maliyetlerden fazla olduğu anlaşıldığı,

Öte yandan; belirtilen ihalelere yönelik söz konusu uygulamalar sonucunda TTNET'in A tipi kurumsal müşteri sayısı ve Sabit Telefon Hattı hizmetinin bir başka sunulma türü olan VoIP hizmeti müşteri sayısı bakımından önemli bir artış sağlamadığı görüldüğünden, TTNET tarafından sunulan tekliflerin pazarda önemli bir sonuç doğurmadığının anlaşıldığı,

Bu durumda; davacı dernek tarafından ikâyet dilekçelerinde öne sürülen TTNET'in Türk Telekom ile aynı alanda faaliyette bulunmasının rekabet ihlali oluşturduğu iddiasının

T.C.

DANI TAY

DAR DAVA DA RELER KURULU

Esas No : 2017/1094

Karar No : 2019/3228

4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığı, sektörel sorunlara ilişkin yapısal çözümler getirme görevi BTK'ya ait olduğundan bu yöndeki iddianın da 4054 sayılı Kanun kapsamında bulunmadığı, ikâyete konu ihaleler sonucunda elde edilen gelirin hizmetin sunulması için katlanılan maliyetlerden fazla olduğu ve TTNET'in hizmet verdiği kurumsal müşteri sayısında önemli bir artışa anmadığı dikkate alındığında, 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına ve ikâyetin reddine ilişkin dava konusu kararda hukuka aykırılık görülmediği sonucuna varılmıştır. Belirtilen gerekçelerle dava konusu işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDEN NEDENLERİ : Davacı tarafından, Rekabet Kurumu tarafından TTNET A.Ş. ve Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin ekonomik bütünlük olduğu kabul edilmişken dava konusu kararda sadece TTNET'e ait pazar payının dikkate alındığı, aradan geçen beş yıllık sürede TTNET'in pazar payının akıl almaz derecede arttığını; ön inceleme konusu ile ulaşılan sonuç arasında çelişki olduğu ileri sürülmektedir.

KARAR TARAFIN SAVUNMASI : Davalı idare tarafından, Danıştay Onüçüncü Dairesince verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu ve temyiz dilekçesinde öne sürülen nedenlerin, kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı belirtilerek temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

DANI TAY TETKİK HÂKİM GÜL BANU DOĞAN'IN DÜŞÜNÜNCESİ : Temyiz isteminin reddi ile usul ve yasaya uygun olan Daire kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLET ADINA

Karar veren Danıştay Dava Daireleri Kurulunca, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

HUKUK DEĞERLENDİRME:

Danıştay dava dairelerinin nihai kararlarının temyizen incelenerek bozulması, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan;

"a) Görev ve yetki dışında bir işe bakılması,

b) Hukuka aykırı karar verilmesi,

c) Usul hükümlerinin uygulanmasında kararı etkileyebilecek nitelikte hata veya eksikliklerin bulunması" sebeplerinden birinin varlığı hâlinde mümkündür.

Temyizen incelenen karar usul ve hukuka uygun olup, temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

T.C.
DANI TAY
DAR DAVA DA RELER KURULU
Esas No : 2017/1094
Karar No : 2019/3228

KARAR SONUCU:

Açıklanan nedenlerle;

1. Davacının temyiz isteminin reddine,

2. Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddi yolundaki Danı tay Onüçüncü Dairesi'nin 12/10/2016 tarih ve E:2012/1885, K:2016/3232 sayılı kararının **ONANMASINA**, kesin olarak, 24/06/2019 tarihinde gerekçede oyçoklu uyla karar verildi.

Ba kan Hasan GÜZELER (X)	Üye Ziya ÖZCAN	Üye Yalçın EKMEKÇ	Üye Doç. Dr. Selami DEM RKOL (X)	Üye Bilal ÇALI KAN (X)
Üye Turgay Tuncay VARLI (X)	Üye O uz YA LICI	Üye Hasan ODABA I (X)	Üye Muhsin YILDIZ	Üye Bilge APAYDIN
		Üye Fatih TERZ		

T.C.

DANI TAY

DAR DAVA DA RELER KURULU

Esas No : 2017/1094

Karar No : 2019/3228

KAR IOY

X- Dava, TTNET A. .'nin Türk Telekomünikasyon A. . ile aynı alanda faaliyette bulunmasının rekabet ihlâline yol açacağı ve TTNET A. .'nin sabit telefon hizmet alımı ihalelerinde diğer işletmeciler tarafından teklif edilmesi mümkün olmayan fiyatlar verdiği iddialarına yönelik olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına ve davacının ikâyetinin reddine ilişkin Rekabet Kurulu'nun 26/01/2012 tarih ve 12-03/96-35 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 12/10/2016 tarih ve E:2012/1885, K:2016/3232 sayılı kararıyla, kararıyla davanın reddine karar verilmiştir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinde, bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda ...birlikli işleme, keşif, delillerin tespiti... hallerinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı, ancak, davanın ihbarı ve birlikli işleminin Danıştay, mahkeme veya hâkim tarafından re'sen yapılacağı hükme bağlanmıştır.

Davanın ihbarı konusunda taraflardan birinin talebi olmasa bile, ihbarın Danıştay, mahkeme veya hâkim tarafından re'sen yapılması gerektiği açıktır. Ayrıca, yargılanan işlem olmakla birlikte, dava sonucunda verilecek karardan doğrudan etkilenen kişiye ihbarda bulunulmayıp onun bilgisi dışında ve uyuşmazlıkta ilişkin beyanları alınmadan davanın sonuçlandırılması, Kanun'un amir hükmünün ihlâli olacaktır gibi, Anayasa'nın 36. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AHS) 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının da ihlâli sonucunu doğurur.

Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Menemen Minibüsçüler Odası/Türkiye kararında, yargıya erişim hakkının, AHS'nin 6. maddesinin "yargılanma hakkı" ile ilgili birinci fıkrasının yalnızca bir yönünü oluşturduğuna, erişim hakkının etkin olabilmesi için, haklarına müdahale edilen bir kimsenin açık ve kesin bir şekilde bu işleme itiraz edebilmesi ve bu itirazların mahkemeye tartışılabilmesi ve incelenmesi gerektiğine, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinin mahkemeye erişim hakkını doğrudan etkilediğini iddia etmiştir.

Olayda, bu davanın sonucunda TTNET A. .'nin ve Türk Telekomünikasyon A. .'nin menfaatinin etkileneceği açık olup; bu nedenle, Danıştay Onüçüncü Dairesince, dava adı geçen şirketlere ihbar edildikten sonra bir karar verilmesi gerekmekte ise de, davada verilen ret kararı Kurulumuzca onandıktan sonra bu amaçla davanın ihbar edilmesine gerek görülmemiştir.

Bu nedenle, temyiz istemine konu kararın, bu açıklamanın eklenmesi suretiyle onanması gerektiği oyuyla, karara gerekçe yönünden katılmıyoruz.

Ba kan

Hasan
GÜZELER

Üye

Doç. Dr. Selami
DEMİRKOL

Üye

Bilal
ÇALIŞKAN

Üye

Turgay Tuncay
VARLI

Üye

Hasan
ODABAŞI

T.C.

DANI TAY

DAR DAVA DA RELER KURULU

Esas No : 2017/1094

Karar No : 2019/3228