

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

(Danıştay Kararları Üzerine Verilen)
REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2006-2-124
Karar Sayısı : **12-35/1005-316**
Karar Tarihi : 26.06.2012

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof.Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Üyeler : Prof.Dr. Metin TOPRAK, Doç. Dr. Mustafa ATEŞ,
Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY, Dr. Murat ÇETİNKAYA,
Reşit GÜRPINAR

B. RAPORTÖRLER : Ali ARIÖZ, Nimet KAVAK

C. KARŞI TARAFLAR: -Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.
Turkcell Plaza Meşrutiyet Cad. No:153 34430 Tepebaşı/İstanbul
-Vodafone Telekomünikasyon A.Ş.
(Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.)
Büyükdere Cad. No:67 34398 Maslak/İstanbul

- (1) **D. DOSYA KONUSU:** 09.06.2003 tarih ve 03-40/432-186 sayılı Rekabet Kurulu kararının Danıştay 13. Dairesi tarafından 28.03.2006 tarih ve E. 2005/5699, K. 2006/1555 ile 11.10.2006 tarih ve E. 2005/5052, K. 2006/3901 sayılı kararları ile iptal edilmesi üzerine ilgili dosyanın yeniden değerlendirilmesi.
- (2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurulunun 09.06.2003 tarih ve 03-40/432-186 sayılı kararı, Danıştay 13. Dairesi'nin Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. (Turkcell) başvurusu üzerine alınan 28.03.2006 tarih ve E. 2005/5699, K. 2006/1555 sayılı karar ve Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. (Telsim) başvurusu üzerine alınan 11.10.2006 tarih ve E. 2005/5052, K. 2006/3901 sayılı kararları ile soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılarak oy kullanmasının hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir. Bahse konu Danıştay kararları Rekabet Kurulunun 15.08.2005 tarih ve 05-51/785-M sayılı kararı uyarınca temyiz edilmemiştir.
- (3) Rekabet Kurulunun söz konusu kararının teşebbüslere ilişkin kısımlarının yürütmeleri durdurulmuş olup, ilgili Danıştay kararlarında; Telekomünikasyon Kurumu tarafından belirlenen Hüküm ve Şartlar'ın, GSM 900 ve GSM 1800 işletmecileri arasında makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkan dahilinde bir ulusal roaming anlaşmasının gerçekleştirilmesini sağlayacak nitelikte bulunmadığı gerekçesiyle bu "Hüküm ve Şartlar"ın yürütmenin durdurulmasına 03.06.2004 tarihinde karar verildiği, dolayısıyla dolaşım anlaşması yapmamak suretiyle rakiplerin GSM hizmetleri pazarına girmesine engel olan eylemleriyle 4054 sayılı Kanun'un 6.maddesini ihlal ettikleri ileri sürülerek, aynı Kanun'un 16/2. maddesi uyarınca davacı şirkete para cezası verilmesine ilişkin Kurul kararında ve anılan para cezasının tahsiline yönelik işlemde hukuki isabet görülmediği ifade edilmektedir. Rekabet Kurulu kararına yönelik olarak Turkcell ve Telsim tarafından açılan davaların sonuçlanmasının ardından Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu¹ (BTK)'ndan, anılan teşebbüsler

¹ Telekomünikasyon Kurumunun ismi, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ile Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu olarak değişmiştir.

tarafından açılan davalara yönelik olarak mahkeme safahatı hakkında bilgi talep edilmiş ve yargı sürecinin temyiz aşamasında devam ettiği öğrenilmiştir. Rekabet Kurulu kararına karşı açılan davaların sonuçlanmasının ardından hazırlanan 29.01.2007 tarih ve 2006-2-124/BN-07-HSÖ sayılı Bilgi Notu üzerine alınan 08.02.2007 tarih ve 07-13/97-Mİ sayılı karar ile Rekabet Kurulu, BTK'nın ulusal dolaşım yükümlülüğüne ilişkin çıkardığı düzenlemelere yönelik yargı sürecinin tamamlanmasını takiben konunun ilgili Daire Başkanlığı tarafından Kurul gündemine getirilmesine karar vermiştir. Bu çerçevede, bahse konu Rekabet Kurulu kararının yeniden değerlendirilmesi amacıyla son olarak BTK'dan söz konusu düzenlemelere ilişkin yargı süreci hakkında 30.01.2012 ve 03.04.2012 tarihli yazılarla bilgi talep edilmiş, cevabi yazılar sırasıyla 27.02.2012 tarih, 1692 sayı ve 18.04.2012 tarih, 3414 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir. Söz konusu gelişmeler üzerine hazırlanan 18.05.2012 tarih ve 2006-2-124/BN sayılı Bilgi Notu, 31.05.2012 tarihli Kurul toplantısında görüşülerek, 12-29/833-M sayı ile ek çalışma yapılmasına karar verilmiştir. İlgili karar üzerine hazırlanan 19.06.2012 tarih ve 2006-2-124/BN-2 sayılı Bilgi Notu görüşülerek karara bağlanmıştır.

(4) **F. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:** İlgili Bilgi Notu'nda söz konusu dosyaya ilişkin olarak;

a) Yeniden karar alınmasına yer olmadığı veya

b) 1- BTK tarafından belirlenen "Hüküm ve Şartlar"ın makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkan dahilinde bulunmadığının yargı kararıyla kesinleşmiş olması nedeniyle Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. ve Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.'nin İŞ-TİM Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.'nin bu "Hüküm ve Şartlar" çerçevesinde ulusal dolaşım talebini reddetmelerinin, objektif gerekçelerle red olarak değerlendirilebileceğine ve bu nedenle Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. ve Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.'nin GSM telekomünikasyon altyapı hizmetleri pazarındaki birlikte hâkim durumlarını GSM hizmetleri pazarına rakiplerinin girmesine engel olan eylemleriyle kötüye kullanmadıkları,

2- Dolayısıyla, Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. ve Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. tarafından 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ihlal edilmediğine, adı geçen teşebbüsler hakkında idari para cezası verilmesine gerek olmadığı

ifade edilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

G.1. Rekabet Kurulunun 09.06.2003 Tarihli ve 03-40/432-186 Sayılı Ulusal Dolaşım (Roaming) Kararı

(4) Turkcell ve Telsim tarafından, İŞ-TİM Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.'nin (İŞ-TİM) "ulusal dolaşım" talebinin reddedilmesi suretiyle 4054 sayılı Kanun'un ihlal edilip edilmediğinin tespitine yönelik olarak hazırlanan SR/02-13 sayılı soruşturma raporunda yer alan bilgi ve belgelere dayanılarak, 09.06.2003 tarih ve 03-40/432-186 sayı ile karar verilmiştir. Buna göre Kurul tarafından özetle;

1. Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde tüm mal ve hizmet piyasalarındaki rekabetin tesisi ve korunması amacını hedefleyen 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un kapsamı çerçevesinde, rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı eylemlere karşı her piyasada olduğu gibi telekomünikasyon pazarında da Rekabet Kurulunun görevli ve yetkili bulunduğu,

2. Turkcell ve Telsim'in GSM telekomünikasyon altyapı hizmetleri pazarında birlikte hâkim durumda buldukları,

3. (a) GSM altyapı hizmetleri pazarında birlikte hâkim durumda bulunan Turkcell ve Telsim'e ait altyapıların, GSM hizmetleri piyasasında faaliyet gösteren teşebbüslerin piyasaya girişleri aşamasında "zorunlu unsur" niteliğinde olduğu,

(b) Turkcell ve Telsim'in sahip oldukları GSM telekomünikasyon altyapısından, İŞ-TİM'in ulusal dolaşım yoluyla yararlanma talebini reddettikleri ve bunun objektif gerekçelere dayanmadığı

tespit edilmiştir.

4. Bu tespitler ışığında, Turkcell ve Telsim'in, GSM telekomünikasyon altyapı hizmetleri pazarında hâkim durumlarını birlikte davranışları ile kötüye kullanarak, GSM hizmetleri pazarına rakiplerinin girmesine engel olan eylemleriyle, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiklerine,

5. Bu ihlalleri nedeniyle aynı Kanununun 16/2. maddesi uyarınca kastın varlığı, kusurun ağırlığı, Turkcell ve Telsim'in pazar içindeki güçleri ve muhtemel zararın ağırlığı gibi unsurlar dikkate alınarak takdiren, Turkcell ve Telsim'e 2001 yılı net satışlarının yüzdebiri oranında para cezası verilmesine,

6. Rekabet Kurulu tarafından tespit edilen bu ihlale nasıl son verileceğinin ve ilgili pazarlarda rekabetin yeniden tesisi için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışların, telekomünikasyon sektöründe ilgili düzenlemeleri yapmakla görevli Telekomünikasyon Kurumu tarafından saptanmasının yerinde olacağına ve anılan Kurum tarafından belirlenecek koşulların Rekabet Kurumuna iletilmesinin ardından, Rekabet Kurulunca da benimsenmesi koşuluyla 4054 sayılı Kanun'un 9/1. maddesi doğrultusunda ilgili taraflara bildirilmesine

karar verilmiştir.

- (5) Rekabet Kurulu tarafından 09.06.2003 tarihinde karar alınmasının akabinde piyasada birtakım değişiklikler meydana gelmiştir. Ulusal dolaşım talebinde bulunan İŞ-TİM, Aycell Haberleşme ve Pazarlama Hizmetleri A.Ş. ile birleşmiş ve Avea İletişim Hizmetleri A.Ş. (Avea) unvanı altında hizmet vermeye başlamış, diğer taraftan ulusal dolaşım yükümlüsü ilan edilen Telsim'in imtiyaza bağlı hakları Vodafone Telekomünikasyon A.Ş.'ye devrolunmuştur.

G.2. 2012 yılında BTK'dan Gönderilen Görüş Yazıları

- (6) Yazılarda özetle aşağıdaki hususlar ifade edilmiştir:

- Turkcell tarafından BTK'nın "*Türkiye'de Faaliyet gösteren GSM 900 ve GSM 1800 Şebekesi İşletmecileri Arasında Makul Ekonomik Açıdan Oranlı ve Teknik Açıdan İmkân Dahilinde Bir Ulusal Roaming Anlaşması için Telekomünikasyon Kurumu Tarafından Belirlenen Hüküm ve Şartlar*" (Hüküm ve Şartlar) adı altındaki işlem ile bu işlemin dayanağı olan "*Ulusal Roaming ile İlgili Anlaşmazlıklarda Uygulanacak Uzlaştırma İşlemine İlişkin Usul ve Esaslar*" (Usul ve Esaslar) işleminin iptali ve yürütmesinin durdurulması talebiyle BTK aleyhine açılan davada, Danıştay 13. Dairesi 13.12.2005 tarihli ve E.2005/7186 K.2005/5893 sayılı kararıyla; "Usul ve Esaslar"a ilişkin işlem, 08.03.2002 tarih ve 24689 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "*Ulusal Dolaşım (Roaming) Anlaşması Yapılması ile İlgili Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik*"in (Ulusal Dolaşım Yönetmeliği) 20. maddesi ile yürürlükten kaldırıldığından davanın bu kısmının konusuz kaldığına hükmedilmiştir.

- Yine 13.12.2005 tarihli ve E.2005/7186 K.2005/5893 sayılı kararda, "Hüküm ve Şartlar"a ilişkin işlem hakkında da Danıştay 13. Dairesi'nin 13.12.2005 tarihli ve E. 2005/6632 K. 2005/5890 sayılı kararına² atıfta bulunarak, davaya konu uyuşmazlıkla ilgili olarak yeniden bir karar ihdas edilmesine yer olmadığına karar vermiş ve davayı sonuçlandırmıştır.

- BTK tarafından bahse konu kararın bozulması için temyiz yoluna gidildiği, nihai olarak anılan Danıştay kararlarının Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (DİDDK)'nun kararları ile onandığı, ayrıca bununla ilgili olarak Danıştay'a düzeltme talebinde bulunulmadığı şifahen ifade edilmiştir.

- Bununla birlikte, Danıştay 13. Dairesi'nin 13.12.2005 tarihli ve E.2005/7186 K.2005/5893 sayılı kararında yer verilen Yönetmelik, 08.09.2009 tarih ve 27343 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "*Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği*"nin 24. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

G.3. Değerlendirme

- (7) Anılan Rekabet Kurulu kararında; yüksek fiyat değerlendirmesi yapılırken, BTK tarafından belirlenen Hüküm ve Şartlar'ın baz alındığı, teknik kısıt değerlendirmesinde BTK görüşüne atıf yapıldığı anlaşılmaktadır. Nitekim kararın "Sonuç" başlığı altında 6. maddesinde, operatörlerin altyapılarından ulusal dolaşım yoluyla yararlanılmasına ilişkin hususlara sektörel düzenleyici tarafından karar verilmesinin uygun olacağı ifade edilmektedir.
- (8) Kararda, Turkcell ve Telsim'in BTK'nın belirlediği şartlarda ulusal dolaşım yapmadığı yönünde değerlendirme yapılarak, BTK'nın sektörel düzenleyici otorite olarak belirlediği şartların Rekabet Kurulu tarafından da makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkan dahilinde bulunduğu kanaatine varılmıştır. Diğer bir ifadeyle, soruşturma kararında zorunlu unsur doktrininden yola çıkılarak 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ihlal edildiği değerlendirilerek, BTK düzenlemelerinin makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkan dahilinde olduğu bir veri olarak kabul edilmiş, dolayısıyla Turkcell ve Telsim'in ulusal dolaşım yapmayı reddetmelerinin objektif gerekçelere dayanmadığı sonucuna ulaşılmıştır.
- (9) Ancak, ulusal dolaşım zorunlu unsur olarak kabul edilmekle birlikte, ulusal dolaşımın sağlanmasının fiyat ve teknik gibi hususlar açısından yapılamadığı, diğer bir ifadeyle ulusal dolaşım yükümlülüğü olan teşebbüslerin bu hizmeti vermeyi reddetmeleri için objektif gerekçelerin mevcut olduğu kanıtlanırsa, rekabet hukuku yönünden ihlalin varlığı ortadan kalkacak, cezai yaptırım olmayacaktır.
- (10) Bu çerçevede, BTK'nın ulusal dolaşım konusunda belirlemiş olduğu teknik şartlar ve düzenlemeler (Usul ve Esaslar ile Hüküm ve Şartlar) Turkcell ve Telsim tarafından dava sürecine konu edilmiş ve nihayetinde bilirkişi raporuna dayanılarak, BTK'nın belirlediği şartların makul olmadığına ve bu şartlarda ulusal dolaşım yapılmasının mümkün olmadığına Danıştay 13. Dairesi'nin 13.12.2005 tarihli ve E.2005/7186 K.2005/5893 sayılı kararında yer alan, "*Danıştay 10. Dairesi'nin 18.9.2003 tarihli ve 2002/1474 Esas sayılı kararıyla yaptırılan bilirkişi incelemesinin karara dayanak teşkil edecek nitelikte bulunduğu, bu durumda, bilirkişi tarafından yapılan tespitlere göre Kurum tarafından belirlenen hüküm ve şartların işletmeciler arasında makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkan dahilinde bir ulusal roaming anlaşmasının gerçekleşmesini sağlayacak nitelikte olmadığını ortaya koyduğu belirtilerek iptaline karar verildiği*" ifadeleriyle karar verilmiştir. Esas itibarıyla, Rekabet

² Bu karar Telsim tarafından başlatılan dava süreci sonucunda alınmıştır.

Kurulu kararında, "Hüküm ve Şartlar"ın makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkân dâhilinde olduğu kabulü üzerine birtakım değerlendirmeler yapılmış olup, bu şartların tespit edildiği şekilde olmadığından Danıştay tarafından belirlenmesinin kararın esasını etkileyen bir unsur olduğu açıktır. Bu bakımdan, Turkcell ve Telsim'in sahip oldukları GSM telekomünikasyon altyapısından, İŞ-TİM'in ulusal dolaşım yoluyla yararlanma talebini reddetmeleri eyleminin objektif gerekçelere dayandığı, dolayısıyla bir reddetme eyleminden bahsedilmesinin mümkün olmadığı sonucunun ortaya çıkması ihtimal dahilindedir.

- (11) Yukarıda yer verilen bilgiler çerçevesinde, Rekabet Kurulunun 09.06.2003 tarih ve 03-40/432-186 sayılı kararındaki ihlal tespitinin dayanağı olan BTK düzenlemelerinin iptal edilmiş olması nedeniyle dosya hakkında yeniden karar verilmesine gerek olmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

H. SONUÇ

- (12) 09.06.2003 tarih ve 03-40/432-186 sayılı Kurul kararının Danıştay 13. Dairesi'nin 28.03.2006 tarih, E. 2005/5699, K. 2006/1555 sayılı ve 11.10.2006 tarih, E. 2005/5052, K. 2006/3901 sayılı kararlarıyla iptal edilmesi üzerine yapılan değerlendirme sonucunda, ihlal tespitinin dayanağı olan Bilgi Teknolojileri Kurulu düzenlemesinin de iptal edilmiş olması nedeniyle dosyaya ilişkin olarak yeniden karar verilmesine yer olmadığına OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.