

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No:2014/4069
Karar No:2015/2193

REKABET KURUMU
Tarih : 06.08.2015
Sayı : 3706

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı) : Rekabet Kurumu
Üniversiteler Mah. 1597. Cad. No:9 Bilkent / ANKARA
Vekili : Av. Aperi SAMANTIR - Aynı adreste.

Karşı Taraf (Davacı) : Turknet İletişim Hizmetleri A.Ş.
Vekili : Av. Merih Meltem ÜNAL
Büyükdere Cad. No:121, Ercan Han, Kat:2
Gayrettepe - Şişli / İSTANBUL

Müdahil (Davacı Yanında) : Vodafone Net İletişim Hizmetleri A.Ş.
Vekili : Av. İsmail Yılmaz ASLAN
Gazi Umur Paşa Sok. Bimar Plaza, No:38/8
Balmumcu - Beşiktaş / İSTANBUL

İstem Özet : Ankara 9. İdare Mahkemesi'nin 27/06/2014 tarih ve E:2014/33, K:2014/552 sayılı kararının; davacının davayı açmada menfaatinin bulunmadığından, davanın ehliyet yönünden reddi gerektiği; önaraştırma sürecinde gerekli tüm verilerin şikâyetçi teşebbüs ve Türk Telekom'dan temin edildiği ve bunların maliyet kalemlerinin hesabında dikkate alındığı, alt pazar maliyetlerinin büyüklüğü konusunda herhangi bir belge sunulmadığı, buna rağmen rekabetçi açıdan en riskli durumda bulunan bir şirketin kâr marjının dikkate alındığı, fiyat sıkıştırmasının en önemli şartlarından birisi olarak kabul edilebilecek kârlı olmayan alt pazar marjı koşulunun gerçekleşmediği, yapılan inceleme ve analizlerde taleplerin karşılanabilmesi bakımından çoğunlukla başvuru sahibinin lehine olan verilerin kullanıldığı ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Davacının Savunmasının Özet : Temyiz isteminin reddi ile usul ve yasaya uygun olan İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Ahmet ASYA'nın Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi ile Mahkeme kararının gerekçeli onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava; davacı şirket tarafından, Türk Telekomünikasyon A.Ş. aleyhine gizlilik talebi bulunan bir şikâyetçi tarafından 06/03/2013 tarihinde Türk Telekom'un sabit telefon hizmeti kapsamında "Ev Avantaj Tarifelerinde" uyguladığı fiyatlandırmanın 2004 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 6. maddesini ihlal ettiğinden bahisle davalı idareye yapılan

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No:2014/4069
Karar No:2015/2193

şikâyet başvurusu üzerine gerçekleştirilen önaraştırma sonucunda şikâyetin reddi ve Türk Telekom hakkında soruşturma açılmaması yönünde alınan 21/08/2013 tarih ve 13-48/692-293 sayılı Rekabet Kurulu (Kurul) kararının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesi'nce; davacı şirket tarafından, Rekabet Kurumu'nun yaptığı değerlendirmede alt pazar maliyetlerinin dikate alınmadığı, bu durumun davalı idarenin "fiyat sıkıştırması değerlendirmesini yapmak için öncelikle hakim operatörün alt pazardaki gelir ve gider kalemlerinin hangi unsurlardan oluştuğunun tespit edilmesi ve bu unsurların hesaplanması gerektiği" şeklinde verdiği geçmiş tarihli kararıyla çeliştiği, yine davalı idarenin şikâyetçi teşebbüsün şikâyet başvurusunda göz önünde bulundurulmasını ve yapılacak değerlendirmelerde dikkate alınmasını istediği "hazine payı, tahsilat ücreti, ortalama çağrı merkezi ücreti, reklam, sponsorluk maliyeti gibi " maliyet kalemlerinin dikkate alınmadığı yönündeki iddiaları göz önünde bulundurulduğunda, davalı idarenin alt pazar maliyetlerinin büyüklüğü konusunda herhangi bir bilgi belge sunulmadığı, alt pazar maliyetlerinin şeffaf biçimde ortaya konulamamış olması nedeniyle rekabetçi açıdan en riskli durumu bulunan bir şirketin kâr marjının hesaplanması ve bu marj sifıra yakın veya negatifse fiyat sıkıştırmasının varlığının ispatlanması yoluna gidilmesinin rekabet hukuku açısından doğuracağı etkileri doğrudan doğruya ortadan kaldırmayacağı, rekabet hukukunun amaç ve ilkeleri ile 4054 sayılı Kanun'da öngörülen usul açısından, 4054 sayılı Kanun'un ihlâl edildiği iddiasına dayanan bir şikâyet hakkında soruşturma açmaya gerek olup olmadığını anlamak için yapılan önaraştırma sonucunda, eylemin veya anlaşmanın 4054 sayılı Kanun kapsamında bir ihlâl olup olmadığının tespit edilmesi suretiyle soruşturma açılıp açılmayacağına karar verilmesi gereken somut olayda, elde edilen deliller doğrultusunda araştırmanın genişletilmesi suretiyle elde edilecek bilgi, belge ve deliller ışığında değerlendirilmesi suretiyle her türlü şüpheden uzak bir şekilde açıklığa kavuşturulması için soruşturma açılması gerekirken, yeterli incelemeler yapılmaksızın, şikâyetin önaraştırma aşamasında reddine ilişkin dava konusu Kurul kararında hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idare tarafından temyiz edilmiştir.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 1. maddesinde, bu Kanun'un amacının, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamak olduğu belirtilmiştir; 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukuki işlem ve davranışların, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemlerin bu Kanun'un kapsamında olduğu belirtilmiştir; 3. maddesinde, teşebbüs, piyasada mal

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No:2014/4069
Karar No:2015/2193

veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler" olarak tanımlanmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinde, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan doğruya veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerinin hukuka aykırı ve yasak olduğu kuralı yer almış; 6. maddesinde de, bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanmasının hukuka aykırı ve yasak olduğu belirtilmiş; aynı maddenin (a-e) bentlerinde uygulamada sık rastlanılan kötüye kullanma hâlleri örnekleme suretiyle sayılmış olup; bunlardan (a) bendinde: "Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemlerin" hakim durumun kötüye kullanılması hâllerinden biri olarak belirtilmiş; Kanun'un 16'ncı maddesinin üçüncü fıkrasında ise, bu Kanun'un 4'üncü ve 6'ncı maddelerinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiği sabit olanlara Kanun maddesinde belirtilen miktar aralığında para cezası verileceği kurala bağlanmış bulunmaktadır.

4054 sayılı Kanun'un 27. maddesinin (a) bendinde, bu Kanun'da yasaklanan faaliyetler ve hukukî işlemler hakkında, başvuru üzerine veya re'sen inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak; bu Kanun'da düzenlenen hükümlerin ihlâl edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlâllere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp bundan sorumlu olanlara idarî para cezaları uygulamak Rekabet Kurulu'nun görevleri arasında sayılarak, 40. maddesinde, Rekabet Kurulu'nun re'sen veya kendisine intikal eden başvurular üzerine doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için önaraştırma yapılmasına karar vereceği, önaraştırma yapılmasına karar verildiği takdirde önaraştırma yapmakla görevlendirilen raportörün elde ettiği bilgileri, her türlü delilleri ve konu hakkındaki görüşlerini Kurul'a yazılı olarak bildireceği; 41. maddesinde, önaraştırma raporunun Kurula teslimini takiben Kurulun elde edilmiş olan bilgileri değerlendirerek soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar vereceği belirtilmiş, devam eden maddelerde ise Kurul'un soruşturmaya başlaması hâlinde uygulanacak idarî usûl çerçevesinde delillerin toplanması, tarafların bilgilendirilmesi, tebligat ve cevap verme ve sözlü savunma toplantısına ilişkin kurallara yer verilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden; Türk Telekom A.Ş.'nin sabit telefon hizmeti kapsamında "Ev Avantaj Tarifelerinde" uyguladığı fiyatlandırmaların ilgili piyasalarda hâkim durumunu kötüye kullanmak suretiyle (fiyat sıkıştırması) rekabeti engellediği ve bu durumun 4054 sayılı Kanunun 6. maddesini ihlal ettiği yolunda gizlilik talebi bulunan şikâyetçi tarafından yapılan şikâyetin reddi üzerine davacı şirket tarafından bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No:2014/4069
Karar No:2015/2193

Yukarıda yer verilen düzenlemelere göre, soruşturma açılması için yeterli bilgi ve belge varsa Kurul tarafından doğrudan soruşturma açılmasına karar verilebileceği, doğrudan soruşturma açılmasına yetecek bilgi ve belge bulunmadığı hâllerde ise, daha fazla bilgi veya belge elde edebilmek için önaraştırma yapılabileceği ve önaraştırma yapmakla görevlendirilen raportörün elde ettiği bilgi ve deliller ile önaraştırma raporunun Kurul'ca değerlendirilerek soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar verilebileceği, bu iki karar türünden birini verme hususunda Rekabet Kurulu'nun takdir yetkisinin bulunduğu ve bu yetkinin 4054 sayılı Kanun'un 1. maddesinde belirtilen amaçları gerçekleştirme hedefi doğrultusunda kullanılması gerektiği, aksi takdirde rekabet kurallarının ihlâl edildiğine ilişkin iddialar açıklığa kavuşmadan soruşturma açılmaması yönünde alınan kararın rekabetin korunması amacına hizmet etmeyeceği kuşkusuzdur.

Rekabet hukukunda fiyata ilişkin dışlayıcı davranışlar; yıkıcı fiyatlandırma, seçici fiyatlandırma, indirim sistemleri ve fiyat sıkıştırması gibi çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Bunlardan biri olan fiyat sıkıştırması; rekabet hukukunda hâkim durumun kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilen bir uygulama olup, bir üretim veya hizmet sektörü alanının hem toptan hem de perakende pazarında faaliyet gösteren ve toptan pazarda yüksek piyasa gücüne sahip, yani perakende pazarındaki rakiplerine ürün sağlayan dikey bütünleşik bir işletmecinin, perakende pazarındaki rakiplerini dışlayacak, pazar güçlerini kısıtlayacak yahut **sürdürülebilir bir kâr oranı ile piyasada kalmalarını engelleyecek** şekilde, rekabeti engellemek amacıyla uyguladığı bir fiyatlandırma yöntemidir. Yüksek pazar gücüne sahip bu teşebbüsün, üst pazarda üretimini kontrol ettiği girdinin fiyatı ve bu girdiden elde edilen alt pazar ürününün fiyatı arasındaki marjı, bu fiyatların düzeyinde değişiklikler yaparak kısması sonucunda oluşabilecek fiyat sıkıştırmasının 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gereken bir ihlâl olduğu açıktır.

Fiyat sıkıştırmasının var olup olmadığının ortaya konulabilmesi bakımından, yukarıda yer verilen açıklamalar ışığında, **maliyetlerin** ve kârlılığın doğru, eksiksiz ve şüpheye yer vermeyecek şekilde hesaplanması gerekmektedir. Özellikle; dikey bütünleşik yapıda olan bir firmanın faaliyeti kapsamında ortaya çıkan fiyat sıkıştırmasında **maliyet kalemlerinin** daha detaylı analizlerinin yapılması gerekliliği ortadadır. Nitekim davalı Kurum tarafından daha önce yapılan "fiyat sıkıştırması testlerinde" de maliyetlerin daha detaylı hesaplanması yoluna gidilmiştir. Davalı Kurumun 11.7.2007 tarihli "bilgi notu" başlıklı 07-59/676-235 sayılı kararında, TNET A.Ş.'nin "Yaz Fırtınası" kampanyasına ilişkin vermiş olduğu geçici tedbir kararında alt pazar maliyetlerine yönelik detaylı analizler yapıldığı görülmektedir. Yine davalı Kurum'un 19.12.2013 tarih "soruşturma" başlıklı 13-71/992-423 sayılı kararında, TNET A.Ş. ve Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin fiyatlandırma politikaları aracılığıyla perakende ve toptan sabit geniş bant internet erişim hizmetleri pazarlarında 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlâl edip etmediklerinin tespitine" yönelik yaptığı analizlerde de alt pazar maliyetleri konusunda geniş açıklamalara yer verilmiştir.

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No:2014/4069
Karar No:2015/2193

Öte yandan, davalı Kurum'un daha sonra 29.1.2014 tarihinde yayımladığı "Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz"un 62. paragrafında, "incelenen davranışın fiyat sıkıştırması yoluyla rekabet karşıtı piyasa kapamaya yol açmasının muhtemel olup olmadığının tespitinde, Kurul'un genellikle kullanacağı ölçütün üst pazarda hâkim durumda bulunan teşebbüsün alt pazar ürünü için hesaplanan uzun dönem ortalama artan maliyeti olduğunu kabul etmiştir". Davaya konu işlemde ise, "uzun dönem ortalama artan maliyet" dikkate alınmaksızın üst pazar maliyetlerin analiziyle yetinilmiş ve alt pazar maliyetlerine yeterince yer verilmemiştir.

Bütün bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, fiyat sıkıştırması konusunda rekabet hukuku açısından yapılacak değerlendirmelerin ve Kurum'ca yapılacak incelemelerin kapsamına dâhil edilecek maliyet kalemlerinin detaylı analizlerinin ve tespit edilen kârlılığın sürdürülebilir olup olmadığının tartışılması bir gereklilik olup, şikâyetçinin dilekçesinde ileri sürdüğü maliyet kalemlerinin büyüklüğü ve niteliği konusunda yeterince tatminkâr bilgi ve belgelere ulaşılarak bir değerlendirme yapılması gerekirken, bu maliyet kalemlerinin dikkate alınmaksızın ve ortaya çıkan kârlılığın sürdürülebilir olup olmadığı konusu tartışılmaksızın soruşturma açılmasına gerek olmadığına ve şikâyetin reddine yönelik Kurul kararında hukuka uygunluk görülmediğinden dava konusu işlemin iptali yolundaki temyize konu Mahkeme kararında sonucu itibarıyla hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Diğer yandan, bu karar doğrultusunda doğrudan soruşturma açılmasına gerek olmadığı ve kararda belirtilen gerekçe doğrultusunda önaraştırma sürecinin tekrarlanması gerektiği, bu süreç sonrasında 4054 sayılı Kanun'un 40. ve ilgili maddelerinde öngörülen idari usulün işletilerek gerekli görülmesi hâlinde soruşturma açılabileceği de kuşkusuzdur.

Dava konusu işlemin iptali yolundaki temyize konu Ankara 9. İdare Mahkemesi'nin 27/06/2014 tarih ve E:2014/33, K:2014/552 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, temyiz istemi yerinde görülmeyerek anılan Mahkeme kararının yukarıda belirtilen gerekçeyle **ONANMASINA**; dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine, bu kararın tebliğ tarihini izleyen 15 (on beş) gün içerisinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, 15/06/2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Nevzat	Zümrüt	E. Yücel	Zeki	Dr. Hasan
ÖZGÜR	ÖDEN	SEYHAN	YIĞIT	GÜL

