

T.C.  
DANIŞTAY  
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU  
Esas No : 2018/1935  
Karar No : 2019/3734

Tarih : 16.01.2020  
Sayı : 486  
SDP : 640

TEMYİZ EDEN (DAVACI) : NETGSM İletişim ve Bilgi Teknolojileri Anonim Şirketi  
VEKİLİ : Av. Nursen Acar  
Tunalı Hilmi Caddesi No:85/32 - Çankaya/ANKARA

KARŞI TARAF (DAVALI) : Rekabet Kurumu Başkanlığı  
Üniversiteler Mah. 1597. Cad. No:9 - Çankaya/ANKARA  
VEKİLİ : Hukuk Müşaviri Mehmet Özden - Aynı adreste

İSTEMİN KONUSU : Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 27/12/2017 tarih ve E:2011/4051, K:2017/4402 sayılı kararının temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: Rekabet Kurulunun (Kurul) 09/06/2011 tarih ve 11-36/756-233 sayılı kararının iptali istenilmiştir.

Daire kararının özeti: Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 27/12/2017 tarih ve E:2011/4051, K:2017/4402 sayılı kararıyla; 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ilgili maddelerinden bahsedildikten sonra; dava dosyasının incelenmesinden, davacı teşebbüsün, 23/09/2010 tarihinde Rekabet Kurumu kayıtlarına giren başvurusunda; "Turkcell'in mobil haberleşme pazarında, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) tarafından etkin piyasa gücüne sahip işletmeci olarak belirlendiği, 25/03/2009 tarih ve 2009/DK-07/149 sayılı BTK kararıyla, Turkcell'in şebeke içi perakende ücretinin, işletmecilere sunduğu toplam ücretin üstünde olması gerektiği ilkesinden hareketle, perakende ücretin hesaplanmasına ilişkin düzenlemeler yapıldığı, davacı şirketin, BTK'nın söz konusu kararının uygulanmasında indirimlerin hesaplamalara dâhil edilmesi yönünde talepte bulunduğu, ancak bu talebin, "Turkcell'in abonelerine üçüncü şahıs ya da firmalardan mal ve hizmet alımları sırasında sağladığı indirimlerin mobil elektronik haberleşme hizmetleri pazarına etkilerine ilişkin düzenleme yapılmasının BTK'nın yetki alanı içerisinde olmadığı" gerekçesiyle 03/08/2010 ve 15/09/2010 tarihli BTK kararlarıyla reddedildiği, Turkcell'in uyguladığı indirimlerin, mobil elektronik haberleşme hizmetleri pazarında, etkin piyasa gücü özelliğini artırıcı nitelikte olduğu, ilgili pazarda serbest rekabeti bozucu etki doğurduğu ve tekel bağımlılığını artırdığı" iddialarına yer vererek, söz konusu iddialarının 4054 sayılı Kanun kapsamında incelenmesini talep ettiği, Rekabet Kurumunca yapılan önaraştırma sonucunda düzenlenen 30/05/2011 tarihli raporda; Kuruma yapılan başvuruda, Turkcell'in üçüncü kişiler ile yürütmekte olduğu kampanyalar sırasında abonelerine sağladığı indirimler aracılığıyla, hâkim durumunu "dışlayıcı" uygulamalar yoluyla kötüye kullanarak, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlâl ettiğinin iddia edildiği, başvuruda bulunan NETGSM'in abonelerine hizmet verebilmek için GSM operatörleri ile ara bağlantı sözleşmesi imzalamak

T.C.

DANIŞTAY

İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU

Esas No : 2018/1935

Karar No : 2019/3734

ve onların altyapısını kullanmak zorunda olduğunun görüldüğü, BTK'nın 20/01/2011 tarih ve 2011/DK-10/24 sayılı kararı uyarınca; "Turkcell'in diğer işletmecilere uyguladığı dakika başına ağırlıklı ortalama çağrı sonlandırma ücretinin, her bir abonelik paketi bazında kullanıma bağlı olarak ortaya çıkan dakika başına ortalama şebeke içi tarifeleri geçmemesinin gerektiği", ancak Turkcell'in üçüncü taraflar ile yürütmekte olduğu kampanyalar aracılığıyla sağladığı indirimlerin bu kapsamda değerlendirilmediği; bu itibarla, söz konusu indirimlerin Turkcell'in maliyetleri bakımından "artan" etkilerinin ve bu indirimlerin sağlanmaması durumunda Turkcell'in bertaraf edeceği maliyetin etkisinin incelendiği, Turkcell'in kampanyalarının, "tüm bireysel abonelere yönelik kampanyalar" ve "belirli kriterleri sağlayan abonelere sunulan kampanyalar" olarak ikiye ayrıldığı, birinci grup kampanyalarda katılımın, abonenin aktif bir Turkcell hattına sahip olması şartına bağlandığı, Turkcell'in kampanya kurgularına, uygulanan indirimleri sübvans etmek anlamında finansal katkıda bulunmadığı; ancak, uygulanacak kampanyaların iletişim mecralarında duyurulması ve bazı durumlarda hediye çeklerinin basımı gibi maliyetlere katlanabildiği; buna göre, kırk bir kampanyadan Shell&Turcas Petrol A.Ş. kampanyası hariç tüm bireysel abonelere yönelik kampanyalarda Turkcell'in tüketicilere sağlanan faydanın maliyetine katlanmadığı, bu indirimlere kampanya sahibi teşebbüs tarafından katlanıldığı, bu durumda şikâyete konu indirimlerin sağlanmaması durumunda, Turkcell açısından bertaraf olacak maliyetin bulunmadığı, dolayısıyla bu grup kampanyalarda, üçüncü taraflara sağlanan indirimlerin, dışlayıcı uygulamalar açısından dikkate alınabilir maliyet kalemleri olmadığı; bununla birlikte, Shell kampanyasında Turkcell'in, kampanyaya katılım sağlayan abonelere yüklenen her bir ek puan için, Shell&Turcas Petrol A.Ş.'ye kampanya katılım ücreti ödediği, ancak söz konusu indirimin sağlanması durumunda, Turkcell açısından bertaraf olacak maliyet bedelinin düşük bir miktar olduğu, belirli kriterleri sağlayan abonelere sunulan ikinci grup kampanyaların da kendi içinde, "platinum abonelerine yönelik kampanyalar" ve "Genç Turkcell kampanyaları" olarak ikiye ayrıldığı, platinum abonelerine yönelik kampanyalarda Turkcell tarafından düşük miktarda bir maliyete katlanıldığı, Genç Turkcell kampanyaları arasında da, yalnızca Fida Film ile yapılan sinema bileti ve TAB Gıda kampanyası kapsamında Turkcell tarafından karşılanan bir faydanın söz konusu olduğu, bunun dışında artan maliyetler kapsamında, kampanyalar için tutundurma faaliyetleri nedeniyle katlanılan maliyetlerin de hesaba katıldığı; buna göre, gerek tüm bireysel abonelere yönelik kampanyalar bakımından gerek platinum abonelerine yönelik kampanyalar bakımından, (üyelik koşulları dikkate alınarak) ortaya çıkan maliyetin ihmâl edilebilir olduğu, Genç Turkcell kampanyalarının da "tüm bireysel abonelere yönelik kampanyalar" kapsamında değerlendirilebileceği, bu kapsamda katlanılan artan maliyetin marjinal etkisinin de oldukça düşük olduğu; sonuç itibarıyla, Turkcell'in üçüncü taraflar aracılığıyla sağladığı indirimler sonucu katlandığı maliyetlerin fiyat maliyet analizini değiştirebilecek nitelikte olmadığı, dolayısıyla dışlayıcı bir nitelik taşımadığı hususlarına yer verildiği, anılan rapor esas alınarak

T.C.  
DANIŞTAY  
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU  
Esas No : 2018/1935  
Karar No : 2019/3734

dava konusu Kurul kararıyla, şikâyet konusu eylemlerin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlâl edici nitelikte bulunmadığına, Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına ve şikâyetin reddine karar verildiğinin anlaşıldığı;

4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin uygulanmasında bir teşebbüsün hâkim durumda olmasının tek başına ihlâl olarak değerlendirilmediği, hâkim durumdaki teşebbüslerin sahip oldukları pazar gücünün avantajından faydalanarak gerçekleştirdikleri tüketici refahını azaltıcı nitelikteki eylemlerinin Kanun tarafından yasaklandığı; bu itibarla, hâkim durumdaki teşebbüslerin, eylemleri ile rekabetin kısıtlanmasına yol açmama şeklinde "özel sorumluluğu"nun bulunduğu kabul edildiği; buna göre, Kanun'un 6. maddesi kapsamında incelenen bir davranışın ihlâl teşkil edebilmesi için davranışı gerçekleştiren teşebbüsün ilgili pazarda hâkim durumda olması ve davranışın bir kötüye kullanma niteliği taşıması gerektiği; bu iki husustan biri mevcut değilse rekabetin ihlâl edildiğinden söz edilemeyeceği;

Bu itibarla, davacının Rekabet Kurumuna sunduğu şikâyet dilekçesinde ileri sürdüğü iddialar ve bu iddialara ilişkin Kurul kararında yer alan değerlendirmeler dikkate alındığında, şikâyet edilen teşebbüsün incelenen dönem içerisinde sağladığı indirimler nedeniyle katlandığı maliyetlerin fiyat-maliyet analizini değiştirilebilecek nitelikte olmadığı, dolayısıyla dışlayıcı bir nitelik taşımadığı anlaşıldığından, başvurunun reddine ilişkin dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

**TEMYİZ EDENİN İDDİALARI** : Davacı tarafından, Turkcell'in uyguladığı kampanyalar kapsamında yapılan indirimlerin tekel bağımlılığını artırıcı etkisinin değerlendirilmediği, Turkcell'in kampanyalar kapsamında bir kısım maliyete katlandığının davalı idarece de kabul edildiği; ancak, fiyat-maliyet analizini değiştirebilecek nitelikte bulunmadığına karar verildiği, haberleşme sektöründe birim fiyatların kuruşla belirlendiği, bir kuruşun dahi pazardaki dengeleri değiştirebileceği, indirimlerin piyasaya girişi engelleyici etkisinin değerlendirilmediği ileri sürülmektedir.

**KARŞI 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.

**DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ NURAY AVCIOĞLU'NUN DÜŞÜNCESİ** : Temyiz isteminin reddi ile Daire kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

T.C.  
DANIŞTAY  
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU  
Esas No : 2018/1935  
Karar No : 2019/3734

**TÜRK MİLLETİ ADINA**

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

**HUKUKİ 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 bakılmış olması,

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.

**KARAR SONUCU:**

Açıklanan nedenlerle;

1. Davacının temyiz isteminin reddine,

2. Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddine ilişkin Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin temyize konu 27/12/2017 tarih ve E:2011/4051, K:2017/4402 sayılı kararının **ONANMASINA,**

3. Kesin olarak, 16/09/2019 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

<b>Başkan</b> Hasan GÜZELER	<b>Üye</b> Gürsel MEKİK	<b>Üye</b> Ziya ÖZCAN	<b>Üye</b> Doç. Dr. Selami DEMİRKOL	<b>Üye</b> Bilal ÇALIŞKAN
-----------------------------------	-------------------------------	-----------------------------	---	---------------------------------

<b>Üye</b> Turgay Tuncay VARLI	<b>Üye</b> Oğuz YAĞLICI	<b>Üye</b> Hasan ODABAŞI	<b>Üye</b> Muhsin YILDIZ	<b>Üye</b> Hasan ÖNAL
--------------------------------------	-------------------------------	--------------------------------	--------------------------------	-----------------------------

**Üye**  
Bilge  
APAYDIN