

T.C.  
**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**  
Esas No : 2009/5862  
Karar No : 2012/3883

**REKABET KURUMU**  
Tarih : 11.07.2013  
Sayı : 4230

**Davacı** : Avea İletişim Hizmetleri A.Ş.  
Abdi İpekçi Cad. No:75 Maçka/İSTANBUL  
**Vekilleri** : Av. Cem AKOYMAK, Av. Nurdan ÇAVDAROĞLU- Aynı adreste

**Davalı** : Rekabet Kurumu  
Üniversiteler Mah. 1597. Cad. No:9 Bilkent / ANKARA

**Davalı Yanında Müdahil** : Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.  
Turkcell Plaza, Meşrutiyet Cad. No:71  
Tepebaşı-Beyoğlu/İSTANBUL

**Vekili** : Av. Funda ERDEM ŞAHİN - Aynı adreste

**Davanın Özeti** : Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. (Turkcell) ve bu şirketin hisselerinin tamamına sahip olduğu Kule Hizmet ve İşletmecilik A.Ş. (Kule A.Ş.)nin baz istasyonlarının/kulelerin kurulumuna ilişkin tarafı olduğu sözleşmelerde yer alan tek alıcıya sağlama yükümlülüğüne dair münhasırlık hükümlerinin, ilgili piyasalarda rekabeti engelleyerek 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlâl ettiği yolunda davacı şirket tarafından yapılan şikâyetin reddine ilişkin 22.04.2009 tarih ve 09-17/381-90 sayılı Rekabet Kurulu kararının; eksik inceleme sonucu verildiği, şikâyet aşamasında sunulan bilgi ve belgelerin değerlendirmesine kararda yer verilmediği, Turkcell'in münhasırlık içeren anlaşmalar yapması nedeniyle baz istasyonu kurmanın zorlaştığı, halkın tepkisi ve bürokratik nedenlerle yeni istasyonların kurulamadığı, Kurul'un Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'ne dayanılarak çıkartılan Ortak Yerleşim ve Tesis Paylaşımı Usul ve Esaslarına İlişkin Tebliği'ni gerekçe göstererek 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddeleri gereğince işlem yapmamasının rekabet hukukuna aykırı olduğu, Tebliğ'in, tesis paylaşımına ilişkin olup, Turkcell'in tasarrufunda bulunan tesislerin (kule, anten vb.) diğer işletmelere açılmasına yönelik olarak düzenlendiği, oysa şikâyet konusunun Turkcell'in münhasır kayıtlarla imzaladığı kira sözleşmelerinde baz istasyonu kurmaya elverişli alanların diğer işletmecilere kapatılmasına ilişkin olduğu, Turkcell'in kira sözleşmelerine rasyonel hiçbir gerekçe olmaksızın münhasır kayıtlar koymak suretiyle rakiplerini dışlayarak 4054 sayılı Kanun'u mutlak suretle ihlâl ettiği ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

**Savunmanın Özeti** : Turkcell ve hisselerinin tamamına sahip olduğu Kule A.Ş.'nin şikâyete konu uygulamalarının halihazırda yürürlükte bulunan Ortak Yerleşim ve Tesis Paylaşımı Usul ve Esaslarına İlişkin Tebliğ nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddeleri bakımından bu aşamada bir sakınca içermediği, davacı şirketin Tebliğ hükümleri çerçevesinde mevcut baz istasyonlarına ulaşabilmesinin ve bu alanlardaki mevcut istasyonların kullanılabilmesinin mümkün olduğu, söz konusu alanlara erişimin başka yolu bulunduğu durumlarda, münhasırlık hükümlerinin ilgili piyasalarda rekabetin engellenmesi amacını taşıdığından veya bu etkili gösterebileceğinden bahsedebilmenin mümkün olmadığı, ilgililerin

T.C.

**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**

Esas No : 2009/5862

Karar No : 2012/3883

bu alanlara kendi baz istasyonlarını kurmalarına engel olacak bir hususun da söz konusu olmadığı belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

**Müdahilin Savunmasının Özeti:** Kule A.Ş. ile taşınmaz sahibi üçüncü kişiler arasında imzalanan kiralama sözleşmelerinin rekabeti engelleme amacı taşımadığı, bu etkiyi gösterebilecek nitelikte olmadığı, sözleşmelerin hiçbir maddesinde açıkça veya örtülü olarak diğer GSM işletmecilerine kiralama yapılmasını engelleyen bir kuralın bulunmadığı, davacı şirketin tüm reklam ve duyurularında Türkiye'nin dört bir yanında kurduğu baz istasyonlarının günden güne arttığını belirttiği, sonuç olarak kira sözleşmelerinin davacı şirketi etkilemediğinin açık olduğu ileri sürülerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

**Danıştay Tetkik Hâkimi Zühal Aysun SUNAY'ın Düşüncesi :** Eksik incelemeye dayalı olarak tesis edilen dava konusu Kurul kararının iptali gerektiği düşünülmektedir.

**Danıştay Savcısı Mehmet KARAOĞLU'nun Düşüncesi :** Dava; Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. ve hisselerinin tamamına sahip olduğu Kule Hizmet ve İşletmecilik A.Ş.'nin baz istasyonlarının/kulelerin kurulumuna ilişkin tarafı olduğu sözleşmelerde yer alan tek alıcıya sağlama yükümlülüğüne dair münhasırlık hükümlerinin, ilgili piyasalarda rekabeti engelleyerek 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlâl ettiği yolunda yapılan şikâyetin reddine ilişkin 22.04.2009 tarih ve 09-17/381-90 sayılı Rekabet Kurulu kararının iptali istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinde "Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan 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 eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.

Bu haller, özellikle şunlardır:

a. Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi,

b. Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü,

c. Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi,

d. Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi,

e. Münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması,

f. Anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından

T.C.

**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**

**Esas No : 2009/5862**

**Karar No : 2012/3883**

teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi" hükmüne yer verilmiştir.

Bu hükümlerle, belirli bir mal ve hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma veya kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı bulunarak açıkça yasaklanmıştır.

Diğer yandan, 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesinde hâkim durum, belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü olarak tanımlanmış, ve Kanun'un hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan 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 kullanması halinin hukuka aykırı ve yasak olduğu belirtilmiş ve bentlerinde kötüye kullanma halleri sayılmıştır.

Yasaya ve öğretiyeye göre hâkim durum, bir ya da birden fazla teşebbüsün pazarda güçlü bir konumda bulunmasını, yani teşebbüsün pazarda rekabeti önleme veya serbestçe davranabilme ya da istediği stratejiyi pazara kabul ettirme gücüne sahip olmasını ifade etmektedir.

Anılan Kanununun 16/3.maddesinde de; bu Kanununun 4. ve 6.maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir yıl önceki mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayrisafi gelirlerinin yüzde onuna kadar para cezası verileceği belirtilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden; Turkcell ve kontrolündeki Kule A.Ş.'nin baz istasyonu ile ses, data ve görüntü aktarımına yarayan diğer cihazların kurulması ve işletilmesi için kullanılacak alanların kiralanmasını konu edinen kira sözleşmelerini, kiralayanın sözleşmeye konu taşınmaz benzer veya aynı maksatla faaliyet gösteren başka bir kişi veya kuruluşa kiraya vermemesi şartı ile imzaladığı, anılan kira sözleşmelerine konu, baz istasyonu kurulumuna elverişli alanların bu alandaki diğer işletmecilerin faaliyetleri ve mevzuattan doğan yükümlülükleri açısından önem arz ettiği, baz istasyonlarının kurulumunun ancak, baz istasyonu kurulabilmesine elverişli alanların taşınmaz saheplerinden kiralanıp işletmecinin sahip olduğu baz istasyonlarını bu alanlara yerleştirmesi ile veya tesis paylaşımı ile mümkün olabileceği, ilgili mevzuat uyarınca tesis paylaşımı yükümlüsü olan Turkcell'den 2006 yılından beri mülkiyetinde bulunan sözkonusu tesislerin paylaşımına açılması taleplerinin hukuka aykırı gerekçelerle reddedildiği; diğer taraftan, Turkcell tarafından, bu kulelerin üzerinde kurulu bulunduğu taşınmaz sahipleriyle münhasırlık içeren sözleşmeler imzalanıp şirketlerinin kendi kulelerini ilgili alanlara kurmasının da engellediği, oysa, çoğu zaman bir baz istasyonunun yapılan detaylı analiz ve hesaplamalar sonucu belirlenen tek bir noktaya kurulmasının hizmet sunumu için zorunluluk haline geldiği, alternatif alanların olduğu hallerde ise bir çok çevresel ve diğer zorlukların bulunduğu, 2007/2 sayılı Tebliğ ile değişik 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin

T.C.

**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**

**Esas No : 2009/5862**

**Karar No : 2012/3883**

Grup Muafiyeti Tebliği'ne göre ilgili pazardaki payı %40 ve üzeri olan teşebbüslerin anılan Tebliğ ile sağlanan grup muafiyetinden yararlanmasının mümkün olmadığı, dolayısıyla Turkcell ve Kule A.Ş.'nin şikâyete konu sözleşmelerinin 2002/2 sayılı Tebliğ uyarınca grup muafiyeti dışında kalarak, 4054 sayılı Kanun'un 4.maddesi uyarınca hukuka aykırı olduğu, Turkcell'in gerek GSM altyapı hizmetleri pazarında gerekse GSM hizmetleri pazarında hakim durumda olduğuna yönelik Rekabet Kurulu kararlarının mevcut olduğu, Turkcell gibi yüksek bir pazar payına sahip firmanın, yukarıda yer verilen şartlarla sözleşme imzalamasının ticari açıdan rasyonel bir gerekçeye dayanmadığı, dolayısıyla söz konusu sözleşmelerin ilgili pazarda rakipleri lehine pazarın kapanması etkisine sebebiyet verdiği, ilgili pazar payının %60 dolaylarında olduğu tahmin edilen Turkcell'in şikâyet konusu eylemlerinin aynı zamanda 4054 sayılı Kanun'un 6.maddesi uyarınca da hukuka aykırı olduğu belirtilerek, Turkcell'in taraf olduğu kira sözleşmelerinin 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6.maddelerini ihlal ettiği tespit edilmesi, Turkcell'in 4054 sayılı Kanun'un 16. ve 17.maddeleri çerçevesinde cezalandırılması ve ihlalde belirleyici etkisi bulunan yönetici ve çalışanlarının anılan Kanun'un 16. maddesi uyarınca cezalandırılması istemiyle davacı şirket tarafından 29.12.2008 tarihinde yapılan şikâyet üzerine Rekabet Kurulu'nun 04.02.2009 tarih ve 09-04 sayılı toplantısında Turkcell hakkında önaraştırma yapılmasına karar verildiği ve yapılan incelemeler sonucunda hazırlanan 10.04.2009 tarihli Önaraştırma Raporu ve 14.04.2009 tarihli Başkanlık önerisini görüşen Rekabet Kurulu'nun dava konusu kararıyla; Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'ne dayanılarak çıkartılan, Ortak Yerleşim ve Tesis Paylaşımı Usul ve Esaslarına İlişkin Tebliğ hükümlerine göre, Turkcell de dahil olmak üzere bütün GSM operatörlerinin tesis paylaşımı yükümlüsü olduğu, belirli bir alana tesis ve ilgili cihazı kurmuş olanların diğer operatörlerin talebi üzerine tesisini paylaşım açmak durumunda olduğu, tesis paylaşımı ile ilgili uyumsuzluk yaşandığında ise, diğer operatörlerin Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu nezdinde uzlaştırma süreci başlatma hakkı bulunduğu, Avea'nın münhasırlık hükümleri nedeniyle kendi baz istasyonlarını kurmadığı alanlara, Tebliğ hükümleri çerçevesinde ulaşabilmesi ve bu alanlardaki mevcut istasyonları kullanabilmesinin mümkün olduğu, Tebliğ hükümleri, doğrudan münhasırlık hükümlerine yönelik olmasa bile, Avea'nın münhasır sözleşmeler dolayısıyla ulaşamadığı alanlara ulaşabilmesine imkan tanıyan bir özellik taşıdığı, kaynakların etkin kullanımının sağlanması, yatırım ve hizmet giderlerinin azaltılması ve çevrenin korunması amacıyla, baz istasyonları alanları ile ilgili olarak rekabetten ziyade, hizmet sunumu için gerekli olan baz istasyonu, sistem ve tesislerinin, BTK tarafından onaylanmış veya belirlenmiş emisyon noktalarında kurulması öngörülen ortak anten sistem ve tesislerine yerleştirmeleri amacıyla, bu hususa ilişkin usul ve esasların konuya ilişkin Yönetmelik ile düzenlendiği, şikâyet konusu münhasırlık uygulamasının rekabet ihlali niteliği taşımadığı, Turkcell ve hisselerinin tamamına sahip olduğu' Kule A.Ş.'nin şikâyete konu uygulamalarının yürürlükte bulunan BTK Tebliği hükümleri nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6.maddeleri bakımından bu aşamada bir sakınca içermediği; dolayısıyla söz konusu şikâyete ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun kapsamında bir işlem tesis edilmesine gerek bulunmadığı gerekçesiyle, soruşturma açılmasına gerek olmadığına ve şikâyetin reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

T.C.  
**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**  
Esas No : 2009/5862  
Karar No : 2012/3883

Olay ve işlem tarihinde yürürlükte bulunan ve Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliğine dayanılarak Telekomünikasyon Kurumu tarafından çıkarılan, Ortak Yerleşim ve Tesis Paylaşımı Usul ve Esaslarına İlişkin Tebliğ'in 4. maddesinde, "Tesis Paylaşımı: Telekomünikasyon hizmeti sunumunda kullanılan tesis ve cihazların diğer işletmeciler tarafından da kullanılması ve paylaşılması" olarak tanımlanmış, "Tesis Paylaşım Yükümlüsü'nün; "Tesislerini kamuya veya üçüncü şahıslara ait bir arazinin üzerine veya altına yerleştirebilen veya bu tür arazileri kullanabilen veya kamulaştırma müessesesinden yararlanabilen işletmecileri" ifade ettiği belirtilmiş, 22. maddesinde; ortak yerleşim veya tesis paylaşımına ilişkin olarak işletmecilerin, ilgili mevzuat ve düzenlemelere aykırı olmamak kaydı ile kendi aralarında müzakere ederek Serbetçe sözleşme yapabilecekleri düzenlemesine yer verilmiş, 23. maddesinde de, "Ortak Yerleşim veya Tesis Paylaşımına ilişkin işletmeciler arasında çıkan uyuşmazlıklarda Kurum, başvuru üzerine Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin uzlaşmazlıkların çözümü maddesi çerçevesinde uzlaştırma prosedürünü işletir." hükmü yer almış bulunmaktadır.

Bu durumda, Turkcell tarafından getirilen münhasırlık hükümleri dolayısıyla davacının ulaşamadığını öne sürdüğü alanlara ulaşabilmesine söz konusu mevzuat hükümlerinin imkan veriyor olması karşısında, şikâyete konu münhasırlık hükümlerinin bu alanlara girilmesini engellemeye yeterli olamayacağı anlaşılmakta olup; anılan alanlara erişimin başka bir yolunun bulunduğu bu durumda, münhasırlık hükümlerinin ilgili piyasalarda rekabetin engellenmesi amacını taşıdığı veya bu etkiyi gösterebileceğini kabul etmeye imkan bulunmamaktadır.

Dava dosyasında mevcut bilgi ve belgelerle işlem dosyasının anılan mevzuat ile birlikte incelenmesinden; davacının şikâyetinin reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık saptanmamıştır.

Davacının diğer iddiaları ise dava konusu işlemi kusurlandırıcı nitelikte görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle davanın reddine karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

### TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, duruşma için taraflara önceden bildirilmiş bulunan 18.12.2012 tarihinde davacı vekili Av. Nurdan Çavdaroğlu'nun, davalı idareyi temsilen Rekabet Uzmanı Mehmet Özden'in ve davalı yanında müdahil vekili Av. Funda Erdem Şahin'in geldikleri, Danıştay Savcısı'nın hazır olduğu görülmekle açık duruşmaya başlandı. Taraflara usulüne uygun olarak söz verilerek dinlendikten ve Danıştay Savcısı'nın düşüncesi alındıktan sonra taraflara son kez söz verilip, duruşma tamamlandı. Dava dosyası incelenerek işin gereği görüldü:

Dava; Turkcell ve bu şirketin hisselerinin tamamına sahip olduğu Kule A.Ş.'nin baz istasyonlarının/kulelerin kurulmasına ilişkin tarafı olduğu sözleşmelerde yer alan tek alıcıya sağlama yükümlülüğüne dair münhasırlık hükümlerinin, ilgili piyasalarda rekabeti engelleyerek

T.C.

**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**

**Esas No : 2009/5862**

**Karar No : 2012/3883**

4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlâl ettiği yolunda davacı şirket tarafından yapılan şikâyetin reddine ilişkin 22.04.2009 tarih ve 09-17/381-90 sayılı Rekabet Kurulu kararının iptali istemiyle açılmıştır.

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; 3. maddesinde, teşebbüs, "piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler" olarak tanımlanmıştır; 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 almıştır; 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 belirtilmiştir; Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrasında ise, bu Kanun'un 4. ve 6. maddelerinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiği sabit olanlara Kanun maddesinde belirtilen miktarda 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 Kurula yazılı olarak bildireceği; 41. maddesinde, önaraştırma raporunun Kurula teslimini takiben Kurulun elde edilmiş olan bilgileri değerlendirerek soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar vereceği belirtilmiştir, 43., 44., 45., 46. ve 47. maddelerinde ise Kurulun soruşturmaya başlaması halinde uygulanacak idarî usul çerçevesinde delillerin toplanması, tarafların bilgilendirilmesi, tebligat ve cevap verme ve sözlü savunma toplantısına ilişkin kurallara yer verilmiştir.

Kanun'un bu düzenlemesine göre, soruşturma açılmasına yeterli bilgi ve belge varsa doğrudan soruşturma açılmasına karar verilebileceği, doğrudan soruşturma açılmasına yetecek bilgi ve belge bulunmadığı hallerde ise, daha fazla bilgi veya belge elde edebilmek için önaraştırma yapılabileceği ve önaraştırma yapmakla görevlendirilen raportörün elde ettiği bilgi ve deliller ile önaraştırma raporunun Kurulca değerlendirilerek soruşturma açılmasına veya

T.C.

**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**

Esas No : 2009/5862

Karar No : 2012/3883

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 açıktır.

Bu bağlamda, önaraştırma sonucunda rekabet kurallarını ihlâl eden eylem, karar ve anlaşmaların söz konusu olmadığına hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde ortaya çıkması halinde Kurulca soruşturma açılmamasına karar verileceği, ancak önaraştırma sonucu elde edilen bilgi ve delillerin bu sonuca ulaşmaya elverişli olmaması veya yetersizliği halinde ise soruşturma açılmasına karar verilmesi gerektiği konusunda duraksamaya yer yoktur.

Başka bir anlatımla, ihbar ve şikâyet başvurularında ileri sürülen iddia ve deliller ile re'sen araştırma sonucunda elde edilen bilgi ve bulguların noksan olduğu ve dolayısıyla önaraştırmaya konu edilen olayın soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı yönünde kesin bir kanaate ulaşmaya yetecek ölçüde aydınlatılmadığı hallerde Kurulca soruşturma açılmasına karar verilerek 4054 sayılı Kanun'un 43. ve devamı maddelerinde düzenlenen idari usulün uygulanması sonucunda yapılacak değerlendirmenin 48. maddede öngörülen nihai kararla sonuçlandırılması gerekir. Aksi takdirde, rekabet kurallarının ihlâl edildiğine ilişkin iddialar açıklığa kavuşmadan soruşturma açılmaması yönünde alınan kararın, rekabetin korunması amacıyla hizmet etmeyeceği kuşkusuzdur.

Dosyanın incelenmesinden, davacı şirketin Kurul'a sunduğu şikâyet dilekçelerinde özetle; Turkcell ve Turkcell'in %100 kontrolünde bulunan Kule A.Ş.'nin GSM baz istasyonu ile ses, data ve görüntü aktarımına yarayan diğer cihazların kurulması ve işletilmesi için kullanılacak alanların kiralanmasını konu edinen kira sözleşmelerini, kiralayanın sözleşmeye konu taşınmazı benzer veya aynı maksatla faaliyet gösteren başka bir kişi veya kuruluşa kiraya vermemesi şartı ile imzaladığı, ilgili telekomünikasyon mevzuatı ve GSM işletmecileri ile Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) arasında imzalanan imtiyaz sözleşmeleri uyarınca, ilgili pazarda faaliyet gösteren GSM işletmecilerinin belirli kapsama ve hizmet kalitesi yükümlülüklerine tabi oldukları, söz konusu yükümlülüklerini yerine getirebilmelerinin ancak baz istasyonlarının kurulması ile mümkün olabileceği, tüketicilerin Türkiye sınırları içerisinde GSM hizmetinden mevzuat ve imtiyaz sözleşmelerinde belirtilen hizmet kalite kriterlerine uygun olarak faydalanabilmesi için bu sınırlar içerisindeki alanların kapsama alanına dahil edilmesi gerektiği, bunun ise söz konusu alanlara GSM baz istasyonlarının kurulmasına bağlı olduğu, dolayısıyla bu hususun GSM işletmecileri açısından sadece yasal bir yükümlülük olmadığı, bununla birlikte GSM işletmecilerinin tüketici gözünde cazip hale gelmeleri ve rakipleri ile hizmet bazlı rekabet edebilmeleri bakımından da önemli olduğu, baz istasyonlarının kurulumunun iki şekilde sağlanabildiği, bunlardan birincisinin baz istasyonu kurulabilmesine elverişli alanların (örneğin; bina çatıları) taşınmaz sahiplerinden kiralanması ve işletmecinin sahip olduğu baz istasyonlarını bu alanlara yerleştirmesi şeklinde gerçekleştirildiği, ikinci yöntemin ise tesis paylaşımı olduğu, tesis paylaşımı hususunun Ortak Yerleşim ve Tesis Paylaşımı Tebliği çerçevesinde BTK tarafından düzenlendiği, davacı şirketin ilgili mevzuat uyarınca tesis paylaşımı yükümlüsü olan Turkcell'den 2006 yılından bu yana tesis paylaşımı taleplerinde bulunduğu, ancak Turkcell'in mülkiyetinde bulunan kulelerinin davacı şirketin

T.C.

**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**

**Esas No : 2009/5862**

**Karar No : 2012/3883**

kullanımına izin vermediği, kendi kulelerinin kullanımına izin vermeyen Turkcell'in bu kulelerin üzerinde kurulu bulunduğu taşınmaz sahipleriyle münhasırlık içeren sözleşmeler imzalayarak davacı şirketin kendi kulelerini bu alanlara kurmasını da engellediği, her bir baz istasyonunun kurulduğu alan için kapsama sağladığı, baz istasyonlarının verimli olarak kurulup işletilebilmesinde hangi alana kuruldukları ve bu alanların konumunun büyük önem taşıdığı, baz istasyonlarının kurulacağı alanların işletmecilerin serbest iradesi ile belirlenmediği, her bir baz istasyonunun teknik açıdan kesintisiz hizmet sunumunu mümkün kılacak ve diğer baz istasyonlarının kapsama alanlarıyla çakışmayacak bir alana kurulması gerektiği, çoğu zaman bir baz istasyonunun yapılan detaylı analiz ve hesaplamalar sonucu belirlenen tek bir noktaya kurulmasının hizmet sunumu için zorunluluk haline geldiği, alternatif alanların olduğu hallerde ise bu alanların kiralanmasının birçok bürokratik, çevresel ve prosedürel zorluklar sebebiyle çoğu zaman kolay olmayabildiği, bütün bu zorluklara rağmen Turkcell ve Kule A.Ş.'nin söz konusu alanların kiralanmasına ilişkin sözleşmelere bu taşınmazların diğer GSM işletmecilerine kiralanmayacağına ilişkin hükümler koyduğu ve bu alanlara davacı şirketin ekipmanlarını yerleştirmesini imkansızlaştırdığı, Turkcell tarafından getirilen bu hükmün herhangi objektif ve rasyonel bir gerekçesinin bulunmadığı, piyasada faaliyet gösteren her üç GSM operatörünün baz istasyonlarının farklı bantlardan servis vermeleri sebebiyle aynı lokasyonda bir arada olmasında bir sakınca bulunmadığı, bu durumun teknik açıdan hiçbir sakınca doğurmadığına ilişkin örneklerin bulunduğu, bunların en somut olanının halihazırda üç operatörün sorunsuz çalıştığı Ankara Kepekli köprüsü olduğu ifade edilerek, 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesi kapsamında teşebbüs kavramı tanımlanırken bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimlerin ayrı tüzel kişilikleri olsa dahi tek bir teşebbüs olarak muhatap alınacağına kurala bağlandığı, Kule A.Ş.'nin, Turkcell'in bir iştiraki olduğu, bağlı şirket ilişkisi sebebiyle kira sözleşmelerinin asıl muhatabı olarak Turkcell'in tespit edilmesi gerektiği, 2007/2 sayılı Tebliğ ile değişik 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ne göre ilgili pazardaki payı %40 ve üzeri olan teşebbüslerin anılan Tebliğ ile sağlanan grup muafiyetinden yararlanmasının mümkün olmadığı, dolayısıyla Turkcell ve Kule A.Ş.'nin şikâyete konu sözleşmelerinin 2002/2 sayılı Tebliğ uyarınca grup muafiyeti dışında kaldığından, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı hale geldiği, Turkcell'in gerek GSM altyapı hizmetleri pazarında gerekse GSM hizmetleri pazarında hâkim durumda olduğuna yönelik Rekabet Kurulu kararlarının mevcut olduğu, Turkcell gibi yüksek bir pazar payına sahip firmanın, yukarıda yer verilen şartlarla sözleşme imzalamasının ticari açıdan rasyonel bir gerekçeye dayanmadığı, dolayısıyla söz konusu sözleşmelerin ilgili pazarda rakiplerine pazarın kapanmasına sebebiyet verdiği, ilgili pazar payının %60 dolaylarında olduğu tahmin edilen Turkcell'in şikâyet konusu eylemlerinin aynı zamanda 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi uyarınca da hukuka aykırı olduğu iddialarına yer verildiği; bu şikâyet üzerine Rekabet Kurulu tarafından yapılan ön araştırma sonucu alınan dava konusu kararda özetle, şikâyete konu sözleşmelerde yer alan münhasırlık şartının 4054 sayılı Kanun'un anılan maddelerini ihlâl edip etmediğinin tespit edilmesi için, söz konusu şartın ilgili ürün piyasalarındaki rekabeti engelleme amacı taşıdığı veya bu etkiyi doğuran veya doğurabilecek nitelikte olduğunun



T.C.

**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**

**Esas No : 2009/5862**

**Karar No : 2012/3883**

gösterilmesi gerektiği, bu bağlamda, öncelikli olarak tespit edilmesi gereken konunun, davacı şirket de dahil olmak üzere diğer rakip operatörlerin söz konusu alanlardan yararlanabilmesinin önündeki tek engelin ilgili münhasırlık maddeleri olup olmadığının, bir başka ifadeyle söz konusu alanlardan faydalanabilmesinin herhangi başka bir yolunun bulunup bulunmadığının tespitinin gerektiği, nitekim bu alanlara erişiminin başka bir yolunun bulunduğu durumda münhasırlık hükümlerinin bir geçerliliğinin kalmayacağı ve dolayısıyla söz konusu hükümlerin ilgili piyasalarda rekabetin engellenmesi amacını taşıdığından veya bu etkiyi gösterebileceğinden bahsedebilmenin mümkün olmayacağı, bu çerçevede öncelikle ilgili telekomünikasyon mevzuatının konuya ilişkin düzenlemelerinin incelenerek, Turkcell tarafından hayata geçirilen ve münhasırlık içeren sözleşmeler nedeniyle diğer operatörlerin ulaşamadıkları bu alanlara ulaşabilmeleri önünde düzenleyici bir müdahalenin bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerektiği; şikâyet dilekçesinde yer alan tesis paylaşımı kavramının, Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'ne dayanılarak çıkartılan Ortak Yerleşim ve Tesis Paylaşımı Usul ve Esaslarına İlişkin Tebliğ'in (Tebliğ) hükümlerinin incelenmesinden, Turkcell de dahil olmak üzere bütün GSM operatörlerinin tesis paylaşım yükümlüsü olduğu, belirli bir alana tesis ve ilgili cihazları kurmuş olan bir GSM operatörünün, diğer operatörlerin talebi üzerine tesisini paylaşım açmak durumunda olduğunun görüldüğü; tesis paylaşımı ile ilgili olarak bir uzlaşmazlık yaşandığında ise, diğer operatörlerin BTK nezdinde uzlaştırma süreci başlatma hakkının da bulunduğu; davacı şirketin münhasırlık hükümleri nedeniyle kendi baz istasyonlarını kurmadığı alanlara, Tebliğ hükümleri çerçevesinde ulaşabilmesinin ve bu alanlardaki mevcut istasyonları kullanabilmesinin mümkün olduğu; bir başka ifadeyle, ilgili Tebliğ hükümlerinin, doğrudan münhasırlık hükümlerine yönelik olmasa bile, davacı şirketin münhasır sözleşmeler dolayısıyla ulaşamadığı alanlara ulaşabilmesine imkan tanıyan bir özellik taşıdığı görüldüğü; Anten ve Ortak Anten Sistem ve Tesislerinin Kurulmasına ve Kullanımına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in (Yönetmelik) 1. ve 5. maddeleri incelendiğinde, ilgili düzenleyici otorite tarafından kaynakların etkin kullanımının sağlanması, yatırım ve hizmet giderlerinin azaltılması ve çevrenin korunması amacıyla, GSM operatörleri arasında baz istasyonları alanları ile ilgili olarak bir rekabetten ziyade, hizmet sunumu için gerekli olan baz istasyonları vb. sistem ve tesislerini, BTK tarafından onaylanmış veya belirlenmiş emisyon noktalarında kurulması öngörülen ortak anten sistem ve tesislerine yerleştirmelerinin amaçlandığı ve bu hususa ilişkin usul ve esasların Yönetmelik ile düzenlendiğinin anlaşıldığı; sektörel düzenleyici otorite tarafından çıkarılan yönetmeliklerle getirilen düzenlemelere göre, şikâyet konusu münhasırlık uygulamasının rekabet ihlali niteliğini taşımadığı; ancak, şikâyet konusuna ilişkin olarak, 4054 sayılı Kanun çerçevesinde de değerlendirme yapılması gerektiği; şikâyetin, Turkcell'in baz istasyonu kurduğu taşınmaz sahipleriyle münhasır anlaşmalar yaparak pazarı kapattığı iddiasını içerdiği; kapatıldığı iddia edilen pazarın, şikâyet dilekçesinde belirtilmese de, baz istasyonu kurmaya elverişli taşınmazların sahipleri tarafından sağlanan baz istasyonu yeri kiralama hizmeti pazarı olduğunun anlaşıldığı; bu taşınmazların, baz istasyonları arasında olması gereken uzaklık, baz istasyonlarının radyasyon yayma ihtimali nedeniyle genel halk

T.C.

**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**

Esas No : 2009/5862

Karar No : 2012/3883

sağlığı açısından optimum dağılım gibi sektöre özgü unsurlar dikkate alınarak belirlendiği; Türkiye'deki taşınmazların hangilerinin yukarıda adı geçen pazara dâhil edilebileceği sorusu bir yana, her halükarda arz fazlası olacağına açık olduğu; söz konusu baz istasyonlarının en kalabalık bölgelerde bile kurulması halinde birkaç yüz metrelik bir alandan bahsedilmektedir ki bu tür bölgelerde bu büyüklükteki bir alanda çok sayıda binanın yer aldığı, bu binalardan birini herhangi bir operatörün münhasır anlaşma yaparak diğer operatörlerle kapatması halinde bile diğer operatörler için alternatiflerin olacağı, dolayısıyla şikâyet konusu sözleşmelerin Kanun'un 6. maddesi kapsamında bir sakınca oluşturmadığı sonucuna ulaşıldığı, Kanun'un 4. maddesi bakımından ise, tam tanımı yapılmamakla birlikte yukarıda, kabaca baz istasyonu kurmaya elverişli taşınmazların sahipleri tarafından sağlanan baz istasyonu yeri kiralaşma hizmeti pazarı olarak adlandırılan pazarda, hizmeti sağlayan taşınmaz sahipleri ya da alıcı konumundaki Turkcell'in pazar payının yukarıda sayılan nedenlerle oldukça düşük olacağı; bu nedenle bu sözleşmelerde sağlayıcılara getirilen rekabet etme yasağının muafiyet sınırları içerisinde değerlendirilebilmesinin muhtemel olduğu; fakat gerek konunun doğrudan doğruya sektörel düzenleyici konumundaki BTK tarafından uygulanan mevzuatla düzenlenen teknik bir konu olması, gerekse pazarın kesin sınırlarının tespitinin sektörel regülasyona tabi hususların da dikkate alınarak çizilmesi gerektiği için bu değerlendirmeye ihtiyaç duyulmadığı; bu tespit ve değerlendirmeler ışığında, Turkcell ve hisselerinin tamamına sahip olduğu Kule A.Ş.'nin şikâyet konu uygulamalarının halihazırda yürürlükte bulunan BTK Tebliği hükümleri nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddeleri bakımından bu aşamada bir sakınca içermediği; dolayısıyla söz konusu şikâyetle ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun kapsamında bir işlem tesis edilmesine gerek bulunmadığı sonucuna ulaşılarak, şikâyetin reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Dava konusu olayda; şikâyetle konu edilen hususun, Turkcell'in, kendi mülkiyetindeki kulelerin davacı şirket tarafından kullanılmasına izin vermemesi nedeniyle BTK nezdinde uzlaşma sürecine girildiği belirtilerek, bu kulelerin üzerinde bulunduğu taşınmazların sahipleriyle yaptığı sözleşmelerde herhangi bir teknik, ekonomik veya hukukî haklı gerekçesi olmaksızın münhasırlık şartı ileri sürmesi ve bu şekilde davacı şirketin faaliyetini zorlaştırdığı ve rekabet edebilmesinin önüne geçtiği yönündeki iddialardan oluştuğu dikkate alındığında, BTK tarafından çıkarılan Tebliğ hükümlerinden, söz konusu alanlarda daha önceden tesis kurmuş olan Turkcell'in, tesis paylaşımı yükümlüsü olduğu, davacı şirketin bu alanlardaki tesislerin paylaşımını Turkcell'den talep etme hakkı ile Turkcell'in bu talebi reddetmesi durumunda uzlaşma süreci için BTK'ya başvurma hakkı bulunduğu konusundaki tespit tek başına yeterli olmadığı gibi, Tebliğ maddelerinin şikâyet konusu münhasırlık içeren kira sözleşmelerinin rekabet hukuku açısından doğuracağı etkiyi doğrudan doğruya ortadan kaldırmadığı görülmektedir.

Nitekim, Tebliğ'le tesis kullanma yükümlülüğü getirilse bile, bu yükümlülüğün fiilen hayata geçmemesi ve uyuşmazlık halinde uzlaşma sürelerinin uzaması halinde, hem tesis kullanımının engellenmesi, hem de münhasırlık içeren kira sözleşmeleri nedeniyle pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması söz

T.C.

**DANIŞTAY  
ONÜÇÜNCÜ DAİRE**

**Esas No : 2009/5862**

**Karar No : 2012/3883**

konusu olacağından, münhasırlık hükümlerinin bu yönüyle mevcut pazara etkilerinin araştırılmasının zorunlu olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca, rekabet ihlalinin gerçekleştiği öne sürülen ve Kurul kararında "baz istasyonu yeri kiralama hizmet pazarı" olarak belirlenen pazarın sınırlarının çizilerek, bu pazarda etkili olan ekonomik, sosyolojik, bürokratik ve coğrafi etkenlerin ve pazardaki oyuncuların güçlerinin belirlenmesi suretiyle, baz istasyonu yeri kiralamasına ilişkin uygulamaların ve bu uygulamaların sonuçlarının rekabet kuralları açısından ortaya konulması gerektiği açık olduğundan, dava konusu Kurul kararının eksik incelemeye dayalı olarak tesis edildiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu durumda, rekabet hukukunun amaç ve ilkeleri ve 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 olmadığını 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 bulunmamıştır.

Açıklanan nedenlerle; dava konusu 22.04.2009 tarih ve 09-17/381-90 sayılı Rekabet Kurulu kararının iptaline, ayrıntısı aşağıda gösterilen 185,80-TL yargılama gideri ile yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen 2.400-TL avukatlık ücretinin davalı idareden alınarak davacı şirkete verilmesine, 56,20-TL kullanılmayan harcın ve posta giderleri avansından artan tutarın kararın kesinleşmesinden sonra istemi halinde davacı şirkete iadesine, 42-TL posta gideri ile 23,90-TL müdahil harcının davalı idare yanında müdahil şirket üzerinde bırakılmasına, bu kararın tebliğ tarihini izleyen 30 (otuz) gün içerisinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na temyiz yolu açık olmak üzere, 18.12.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Nevzat	H. Neşe	Ahmet	E. Yücel	Hamza
ÖZGÜR	SARI	EĞERCİ	SEYHAN	EYİDEMİR

**Yargılama Giderleri :**

Başvuru Harcı : 23,90.-TL

Karar Harcı : 32,30.-TL

YD Harcı : 25,60.-TL

Posta Gideri : 104,00.-TL

Toplam : 185,80.-TL

