

T.C.
ANKARA

12. DARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2020/1758

KARAR NO : 2021/2379

DAVACI : Superonline İletişim Hizmetleri Anonim Şirketi

VEKİLLER : Av. Mutlu KORKMAZER

Turkcell Plaza Eskişehir Yolu 9.Km No:264 - Söğütözü
Çankaya/ANKARA

Av. Betül Zekiye GÜRBÜZ - UETS Adresi

DAVALI : Rekabet Kurumu Başkanlığı - UETS Adresi

VEKİL : Av. Mehmet Ali ERKAN - Aynı Adreste

MÜDAHİL(DAVALI) : Türk Telekomünikasyon A.Ş.

VEKİL : Av. Onur SÜRMEK - UETS Adresi

STEMİN ÖZETİ : Davacı şirket tarafından, Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin VPN hizmetlerinin sunumuna yönelik uygulama ve fiyatlandırma davranışlarıyla kurumsal data hizmetleri pazarındaki rakiplerinin faaliyetlerini zorla kırarak 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiğinden bahisle yapılan şikâyetin reddi ve soruşturma açılmamasına ilişkin Rekabet Kurulunun 16/04/2020 tarih ve 20-20/267-128 sayılı kararı ile Rekabet Kurumunun bu kararının tebliğine ilişkin 07.07.2020 gün ve E-81435258-645-8799 sayılı şikâyetinin; hukuka aykırı olduğu, davalı idarenin, Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin VPN hizmet sunumuna yönelik ihale, uzatma protokolü, kampanya ve toptan/perakende seviyedeki teknoloji uygulamalarında yer alan hukuka aykırılıkları tespit edemediği, ciddi ve titiz bir araştırma yapmadan şikâyetin reddine karar verdiğini, fiyat sıkıştırması testinde en önemli veri olan maliyet kalemlerini ve mali yükümlülükleri eksik/hatalı hesapladığı, Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin Kamu Kurumları ile ihale yapmaksızın VPN hizmeti vermesinin 4734 sayılı Kanunun 22. maddesine ve rekabete aykırı olduğu, Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin toptan seviyede 5 mbps altında metro ethernet hizmeti sunmamasına karşın perakende seviyede 5 mbps altında VPN hizmeti sunarak rakiplerini dölülayıcı davranışlar gösterdiğini ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

SAVUNMANIN ÖZETİ : İddia edilenin aksine gerekli tüm inceleme ve araştırmaların yapıldığı ve elde edilen deliller neticesinde davacı tarafın iddialarını doğrulayacak ve/veya destekleyecek bulgulara rastlanılmadığı, dava konusu Kurul kararının hukuka ve mevzuata uygun olduğu belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

MÜDAHİL SAVUNMASININ

ÖZETİ : Dava konusu Kurul kararının hukuka ve mevzuata uygun olduğu belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Ankara 12. Daire Mahkemesi'nce, davalı idare yanında müdahil olmak isteyen Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin müdahale istemi kabul edilerek ve dava dosyası incelenerek işin gereği görülmüştür:

Dava; davacı şirket tarafından, Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin VPN hizmetlerinin sunumuna yönelik uygulama ve fiyatlandırma davranışlarıyla kurumsal data hizmetleri pazarındaki rakiplerinin faaliyetlerini zorla kırarak 4054 sayılı Kanun'un 6. Maddesini ihlal ettiğinden bahisle yapılan şikâyetin reddi ve soruşturma açılmamasına ilişkin Rekabet Kurulunun 16/04/2020 tarih ve 20-20/267-128 sayılı kararı ile Rekabet Kurumunun bu kararının tebliğine ilişkin 07.07.2020 gün ve E-81435258-645-8799 sayılı şikâyetinin iptali istemiyle açılmıştır.

T.C.

ANKARA

12. DARE MAHKEMES

ESAS NO : 2020/1758

KARAR NO : 2021/2379

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un "Tanımlar" ba lıklı 3. maddesinde; *"...Hakim Durum : Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla te ebbüsün, rakipleri ve mü terilerinden ba umsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve da itim miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü, ... ifade eder."* ekinde tanımlanmı , **"Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması"** ba lıklı **6. maddesinde;** *"Bir veya birden fazla te ebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyahasındaki hâkim durumunu tek ba ma yahut ba kalrı ile yapaca ı anla malar ya da birlikte davranı lar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır. Kötüye kullanma halleri özellikle unlardır: a) Ticarî faaliyet alanına ba ka bir te ebbüsün girmesine do rudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorla tırılmasını amaçlayan eylemler, b) E it durumdaki alıcılara aynı ve e it hak, yükümlülük ve edimler için farklı artlar ileri sürerek, do rudan veya dolaylı olarak ayırimcılık yapılması, c) Bir mal veya hizmetle birlikte, di er mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı te ebbüsler durumundaki alıcıların talep etti i bir malın veya hizmetin, di er bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından te hiri artına ba lanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satı halinde alım satım artlarına ili kin sınırlamalar getirilmesi, d) Belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmı oldu u finansal, teknolojik ve ticarî avantajlardan yararlanarak ba ka bir mal veya hizmet piyahasındaki rekabet ko ullarını bozmayı amaçlayan eylemler, e) Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik geli menin kısıtlanması."* düzenlemesi, **"Önara tırma"** ba lıklı **40. maddesinde;** *"Kurul, resen veya kendisine intikal eden ba vurular üzerine do rudan soru turma açılmasına ya da soru turma açılmasına gerek olup olmadı ının tespiti için önara tırma yapılmasına karar verir. Önara tırma yapılmasına karar verildi i takdirde Kurul Bakanı, meslek personeli uzmanlardan bir ya da birkaçını raportör olarak görevlendirir. Önara tırma yapmakla görevlendirilen raportör 30 gün içinde elde etti i bilgileri, her türlü delilleri ve konu hakkındaki görü lerini Kurula yazılı olarak bildirir."* düzenlemesi, **"Önara tırmanın Sonuçlanması"** ba lıklı **41. maddesinde;** *"Önara tırma raporunun Kurula teslimini takip eden 10 gün içinde, Kurul elde edilmi olan bilgileri de erlendirerek karar vermek üzere toplanır ve soru turma açılmasına veya açılmamasına karar verir. (Ek fıkra: 16.06.2020-7246/8. Md) Kurul; pazar payı ve ciro gibi ölçütleri esas alarak rakipler arasında fiyat tespiti, bölge veya mü teri payla ımı ve arz miktarının kısıtlanması gibi açık ve a ır ihlaller hariç olmak üzere, piyasada rekabeti kayda de er ölçüde kısıtlamayan anla ma, uyumlu eylem ve te ebbüs birli i karar ve eylemlerini soru turma konusu yapmayabilir. Bu fıkranın uygulanmasına ili kin usul ve esaslar Kurul tarafından çıkarılan tebli ile belirlenir."* düzenlemesi yer almı tır.

Dava dosyasının incelenmesinden; davacı irketin 14.11.2019 tarihli ba vurusu ile; Türk Telekomünikasyon A. 'nin özel ve kamu kesimi tarafından düzenlenen VPN hizmetinin sunumuna ili kin ihalelerde veya ticari alım süreçlerinde maliyetinin altında teklif sundu u, VPN hizmetinin sunumunda çe itli kampanyalar ve süre uzatma protokolleri ile mü terilerin alternatif operatörlerden hizmet almasının önüne geçmeye çalı tı ı, toptan seviyede alternatif i letmecilere 5 mbps altında Metro Ethernet hizmeti sunmamasına kar ın perakende seviyede VPN hizmetinin sunumunda 5 mbps altında Metro Ethernet teknolojisi kullandı ı, VPN hizmetlerinin sunumuna yönelik uygulama ve fiyatlama davranı larıyla kurumsal data hizmetleri pazarındaki rakiplerinin faaliyetlerini zorla tırarak 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal etti i gerekçeleriyle Türk Telekomünikasyon A. hakkında ikayette bulundu u, söz konusu ba vuru üzerine hazırlanan 15.01.2020 tarih ve 2019-2-039/1 sayılı lk inceleme Raporunun 23.01.2019 tarihli Rekabet Kurulu toplantısında görü üldü ü ve 20-06/57-M sayılı karar ile önara tırma yapılmasına karar verildi i, ilgili karar uyarınca düzenlenen 03.04.2020 tarih ve 2019-2-039/ÖA sayılı Önara tırma Raporunun görü ülererek karara ba landı ı ve Rekabet Kurulunun 16/04/2020 tarih ve 20-20/267-128 sayılı kararı ile Türk Telekom hakkında dosya konusu iddialara yönelik

T.C.

ANKARA

12. DARE MAHKEMES

ESAS NO : 2020/1758

KARAR NO : 2021/2379

olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi kapsamında soru turma açılmasına gerek olmadığına karar verildiği, bunun üzerine anılan karar ile bu kararının tebliğine ilişkin 07.07.2020 gün ve E-81435258-645-8799 sayılı i lemin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Uyu mazlıkta; davacı şirketin iddiaları değerlendirildiğinde;

1-Davacı idarenin, Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin VPN hizmet sunumuna yönelik ihale, uzatma protokolü, kampanya ve toptan/perakende seviyedeki teknoloji uygulamalarında yer alan hukuka aykırılıkları tespit edemediği, ciddi ve titiz bir ara tırma yapmadan ikâyetin reddine karar verdiği iddiaları yönünden;

Dava konusu Rekabet Kurulunun 16/04/2020 tarih ve 20-20/267-128 sayılı kararında; alternatif internet servis sağlayıcıların perakende seviyede VPN hizmetlerini sunabilmesi için ülke geneline yayılmış fiziki elektronik haberleşme altyapısına sahip olması veya böyle bir altyapıya erişebiliyor olması gerektiği, alternatif işletmeciler, toptan seviyede Türk Telekom'dan erişim hakları kiralık devre ve yine toptan seviyede Türk Telekom'dan temin ettikleri erişim teknolojilerini kullanarak oluşturdukları VPN hizmetlerini perakende seviyede kurumsal kullanıcılara sunduğu, kiralık devre hizmetleri erişim teknolojilerinden bazıları fiber optik altyapı üzerinden sunulduğundan ilk olarak fiber optik altyapı sahipliğinin pazar gücünü belirlemede önem taşıdığı, fiber altyapı uzunluğu bakımından Türk Telekom'un pazar payının 2016-2019 yılları arasında %79 düzeyinde olduğu, ilaveten ülke genelindeki bakır altyapının tamamının Türk Telekom'a ait olduğu, bakır altyapının fibere dönüşüm süreci dikkate alındığında, Türk Telekom'un sahip olduğu bakır altyapının büyüklüğünün de fiziksel altyapı pazarındaki bu konumunu güçlendirebilecek önemli bir avantaj sağladığı, ayrıca, genel olarak erişim engellerine yapılacak yatırımların yüksek ve batık maliyet niteliğinde olduğu ve bu engellerde genellikle yüksek seviyeli ölçek ve kapsam ekonomilerinin var olduğu dikkate alındığında, Türk Telekom'un toptan seviyedeki gücünün kısa vadede de erişimin mümkün görünmediği, Superonline, Vodafone Telekomünikasyon A.Ş. (Vodafone), Turknet İletişim Hizmetleri A.Ş. (Turknet) başta olmak üzere alternatif işletmecilerin kendi altyapılarını geliştirmeye çalışmaları, bununla birlikte alternatif işletmecilerin halen büyük ölçüde Türk Telekom'un altyapısını kullandığı, Kurulun, Türk Telekom'un kendisine yapılan tesis paylaşımıyla bağlantılarını geciktirmek, zorla tırmak ve/veya engellemek suretiyle 4054 sayılı Kanunu ihlal etmediğinin tespiti amacıyla yürütülen soru turma sonucunda aldığı 09.06.2016 tarihli ve 16-20/326-146 sayılı kararında da alternatif işletmecilerin, elektronik haberleşme hizmetlerinin sunumunda Türk Telekom'un altyapısına bağımlılıklarının devam ettiği değerlendirilmesinde bulunulduğu, son olarak, BTK'nın "Toptan ve Perakende Kiralık Devreler Pazar Analizi" raporunda "ülke genelinde kiralık devrelere ilişkin sonlandırma pazarında alternatif işletmecilerin büyük ölçüde yerleşik işletmeciler altyapısına bağımlı oldukları ve yüksek batık maliyet riskiyle birlikte kendi erişim içi altyapılarını oluşturmaya devam ettikleri dikkate alınarak üçlü kriter testinin ilk aşamasında "piyasaya giriş önünde yüksek ve geçici olmayan bir engelin olması" artının halihazırda geçerli olduğu değerlendirilmektedir." şeklinde açıklama yapılarak Türk Telekom'un toptan seviyede kiralık devre hizmetleri pazarında EPG'ye sahip olduğu sonucuna ulaşıldığı, bu açıklamalar çerçevesinde Türk Telekom'un toptan seviyede kiralık devre hizmetleri pazarında hakim durumda olduğu, VPN hizmetlerinin perakende seviyede genellikle kurumsal abonelere sunulduğu, bu hizmetlerden elde edilen gelirlerin de çoğunlukla kamu ihalelerinden ya da özel tekliflerin alımlarından kaynaklandığı, söz konusu hizmetlerin ilgili olduğu kurumsal kullanıcıların daha yüksek hız ve kapasitede internet hizmeti talep ettiği, bu bağlamda, kurumsal kullanıcıların bireysel kullanıcılara kıyasla daha yüksek bir alıcı gücüne sahip olduğu düşünülse de, pazarda oldukça fazla sayıda bireysel ve kurumsal alıcının bulunmasının, alıcıların Türk Telekom üzerinde yeterli düzeyde rekabetçi baskı oluşturmadığını

T.C.
ANKARA

12. DARE MAHKEMES

ESAS NO : 2020/1758

KARAR NO : 2021/2379

gösterdi i, perakende seviyede piyasaya giri engellerinin bulunup bulunmadı ı incelendi inde ise, VPN hizmeti sunulması için ilk olarak BTK'nın yetkilendirmesinin gerekti i, bunun yanı sıra, mevcut dosya kapsamında incelenen te ebbüslerin dikey bütünle ik yapıya, güçlü ve ortak bir da ıtım a ına ve geni bir ürün portföyüne, yüksek marka bilinirli ine, finansal ve ekonomik güce sahip olmasının da piyasadaki te ebbüslerin büyümesi veya piyasaya yeni te ebbüslerin girmesinin önünde giri engeli olu turaca ı, dolayısıyla perakende seviyede, toptan seviyedeki pazara kıyasla daha dü ük seviyede de olsa, giri engellerinin bulundu u, dolayısıyla perakende VPN hizmetleri pazarında, Türk Telekom'un yüksek ve rakipleriyle orantısız pazar payı ve piyasaya giri engellerinin bulunması sebebiyle hâkim durumda oldu u yönünde tespit yapıldı ı görülmektedir.

Yine dava konusu kararda; dosya kapsamında de erlendirilen ihalelerin de er bakımından büyüklü ü, Türk Telekom'un ilgili pazarda elde etti i ciro ve ilgili pazarda elde edilen toplam gelir içerisindeki payı, Türk Telekom'un benzer ihalelerdeki fiyatlama davranı ları ve dosya konusu ihalelerin te ebbüslerin katıldı ı benzer ihalelerle kar ıla tırılmasının pazar kapamanın varlı nı belirlemede yol gösterici olaca ı, ilgili pazarlardaki ihalelerin durumunu görmek bakımından Türk Telekom ve rakiplerinin teklif verdi i en yüksek bedelli ihalelerin incelendi i, yapılan incelemede, 2018 yılında te ebbüslerin katıldı ı en yüksek bedelli 40 ihale/alımın 25'ini Türk Telekom'un kazandı ı, maliyet altı teklif verilen 2018 tarihli SGK ihalesinin bedelinin Türk Telekom'un kazandı ı en yüksek bedelli 25 ihale arasındaki payının % 4,4 oldu u, pazar kapama etkisi bakımından önem arz eden bir di er hususun ise maliyet altı olan ihalenin VPN hizmeti pazarındaki büyüklü ü ve te ebbüslerin ilgili pazardan elde ettikleri cironun içerisindeki payı oldu u, dosya kapsamında maliyet altı teklif sunulan ihalenin Türk Telekom'un cirosu ve ilgili pazarda elde edilen toplam gelir içerisindeki payının yüksekli inin pazar kapama ihtimalini kuvvetlendirece i, Türk Telekom tarafından kazanılan, 2018 yılına ili kin 25 ihaleden 8'inde; 2019 yılına ili kin 25 ihaleden 11'inde ihale düzenlenmeksizin protokollerle uzatılan sözleşmelerle hizmetin devamının sa landı ı, bu rakamların, Türk Telekom tarafından kazanılan ihaleler içerisindeki büyüklü ünün sırasıyla yakla ık %32 ve %44 seviyesinde oldu u, ba ka bir deyi le, Türk Telekom tarafından kazanılan ihalelerin yakla ık ortalama %60'ında rakiplerin ilgili mü terilerin yenilenen hizmet taleplerine teklif verme olana ı bulundu u, davacı irketin yıllar itibarıyla VPN hizmetleri pazarında elde etti i gelir ve abone sayısındaki de i im incelendi inde elde edilen geliri ve mü teri sayısını artırdı ı, bu durumda kapama etkisinin rakibin faaliyetleri üzerinde daraltıcı bir etki yaratmadı ı ekinde de erlendirme yapıldı ı görülmektedir.

Bu durumda; yukarıda aktarılan hususlar de erlendirildi inde, Türk Telekom'un pazarda rakiplerin faaliyetlerini engelleyecek istikrarlı bir fiyat politikası takip etmedi i, VPN hizmetleri pazarına yönelik uygulanan kampanyalar ve protokol uygulaması dolayısıyla pazarın rekabete kapalı kısmının rekabetçi kaygı yaratacak boyutlarda olmaması nedeniyle kapama etkisinin olu madı ı, bu nedenle, davalı idarenin, Türk Telekomünikasyon A. .'nin VPN hizmet sunumuna yönelik ihale, uzatma protokolü, kampanya ve toptan/perakende seviyedeki teknoloji uygulamalarında yer alan hukuka aykırılıkları tespit edemedi i, ciddi ve titiz bir ara tırma yapmadan ikâyetin reddine karar verdi i iddiaları yönünden dava konusu kararda hukuka aykırılık bulunmadı ı sonucuna varılmı tır.

2-Davalı idarenin, fiyat sıkı tırması testinde en önemli veri olan maliyet kalemlerini ve mali yükümlülükleri eksik/hatalı hesapladı ı iddiası yönünden;

Dava konusu Kurul kararında; fiyat sıkı tırmasının, dikey bütünle ik ve üst (toptan) pazarda hâkim durumda bulunan bir te ebbüsün, bu pazarda üretimini kontrol etti i girdinin toptan fiyatı ile bu girdiden üretilen alt pazar (perakende pazar) ürününün fiyatı arasındaki marjı

T.C.

ANKARA

12. DARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2020/1758

KARAR NO : 2021/2379

(satı kârı), bu fiyatların düzeyinde de i iklikler yaparak kısması sonucunda olu tu u, üst pazarda hâkim durumda bulunan te ebbüs, üst pazar ürününün fiyatını yükselterek, alt pazar ürününün fiyatını dü ü rerek veya her ikisini aynı anda uygulayarak marj sıkı tırmasına yol açabilece i, fiyat sıkı tırmasının unsurları olarak; te ebbüsün bir üretim zincirinde birbiriyle ba lantılı üst ve alt pazarlarda faaliyet göstermesi, te ebbüsün üst pazarda hâkim durumda bulunması, üst pazardaki ürünün alt pazarda faaliyet gösterebilmek için vazgeçilmez olması, üst ve alt pazar ürünleri arasındaki marjın üst pazardaki hâkim durumda bulunan te ebbüs kadar etkin bir rakibin alt pazarda kâr elde edemeyecek ve kalıcı ekilde faaliyet gösteremeyecek kadar dü ü k olması durumlarının sayıldı ı, hâkim durumdaki firmanın bu fiyatlama politikasının, alt pazar rakiplerinin faaliyetlerini "kazançsız (uneconomic) hale getirip getirmedi inin hesaplanmasında, Rekabet Kurulu ve AB Komisyonu'nun e it etkinlikteki rakip testini benimsedi i, e it etkinlikteki rakip testinin, üst pazarda hâkim durumda olan te ebbüsün aynı girdi fiyatını ödemek zorunda olsaydı alt pazarda kârlı bir ekilde faaliyet gösterip gösteremeyece ini ölçtü ü ve bu yolla e it etkinlikteki rakiplerin pazardan dı lanıp dı lanmayaca mı inceledi i, fiyat sıkı tırmasının söz konusu olabilmesi için dört ko ulun tamamının gerçekleşmesi gerekti i, ilk olarak te ebbüsün bir üretim zincirinde birbiriyle ba lantılı üst ve alt pazarlarda faaliyet göstermesi gerekti i, dikey bütünle ik yapıda olan Türk Telekom'un kiralık devre ve VPN hizmetlerine ili kin birbiriyle ba lantılı olan hem üst hem de alt pazarda hizmet sundu u, alternatif i letmecilerin dosya kapsamındaki ihalelere katılabilmek için toptan seviyede hizmeti Türk Telekom'dan aldı ı, di er taraftan söz konusu ihalelere Türk Telekom tarafından teklif verildi i, bu itibarla te ebbüsün hem üst hem de alt pazarda faaliyet gösterdi i ve birinci ko ulun kar ılandı ı, fiyat sıkı tırması analizinde incelenmesi gereken ikinci ko ulun, üst pazardaki ürünün alt pazarda faaliyet gösterebilmek için vazgeçilmez olması gerekti i, vazgeçilmezlik ko ulu de erlendirilirken, üst pazar ürününün alt pazarda etkin bir ekilde rekabet edebilmek için nesnel olarak gerekli olmasının arandı ı, bahse konu unsurun tespitinde, perakende pazarda faaliyet gösteren ve kendine ait altyapısı bulunmayan alternatif i letmecilerin Türk Telekom tarafından sa lanan eri im teknolojileri haricinde bir altyapı üzerinden hizmet verebilmelerinin mümkün olup olmadı mın incelenmesinin gerekti i, VPN hizmetlerinin fiber ve bakır altyapılardan sunuldu u, bakır altyapısının tamamına, fiber optik altyapısının ise büyük bir kısmına Türk Telekom'un sahip oldu u, her ne kadar Superonline, Turknet gibi alternatif i letmeciler kendi fiber optik altyapıları üzerinden perakende hizmetleri sunabiliyor olsalar da, bu altyapıların alternatif i letmecilere kullanılması yükümlülü ünün bulunmadı ı, nitekim BTK kararı gere i Türk Telekom ve di eri letmecilerin fiber altyapılarını toptan düzeyde eri ime açma yükümlülü ünün bulunmadı ı, ayrıca Türk Telekom'dan sonra en geni fiber altyapıya sahip Superonline'nın Türk Telekom'a göre kısıtlı miktarda fiber altyapısı üzerinden toptan seviyede hizmet sundu u, Superonline ve di er alternatif i letmeciler için yine tek alternatif olarak Türk Telekom'un öne çıktı ı, dolayısıyla fiyat sıkı tırmasına ili kin ikinci unsurun sa landı ı, yukarıda hakim durum de erlendirmesinin yapıldı ı kısımda yapılan açıklamalar çerçevesinde Türk Telekom'un üst pazarda hakim durumda bulundu undan üçüncü ko ulunda sa landı ı, fiyat sıkı tırmasının varlı mı gösteren unsurlardan sonuncusu olan, üst ve alt pazar ürünleri arasındaki marjın üst pazarda hâkim durumda bulunan te ebbüs kadar etkin bir rakibin alt pazarda kar elde edemeyecek ve kalıcı ekilde faaliyet gösteremeyecek kadar dü ü k olması" kriterine ili kin olarak ise, Türk Telekom'un dosya konusu ihalelere verdi i teklifler ile bu teklife esas te kil eden maliyetlerinin incelenmesi ve maliyet altında fiyatlama yapıp yapmadı mın tespit edilmesi gerekti i, Türk Telekom tarafından sunulan ve 2018-2019 yıllarında kurumsal nü teriler tarafından açılmı VPN hizmeti içeren ihale/alımlar esas alınarak yapılan analizlerde; fiyat sıkı tırması teorisine uygun olarak a a ıda verilen maliyet kalemlerinin hesaplanmasında Türk Telekom'un alternatif bir i letmeci olarak ihaleyi kazanması

T.C.

ANKARA

12. DARE MAHKEMES

ESAS NO : 2020/1758

KARAR NO : 2021/2379

varsayımı altında, hizmetin tamamını Türk Telekom altyapısını kullanarak sunması durumunun esas alındı 1, bu çerçevede TTVPN hizmetinde herhangi bir toptan tarife olmadı 1 için 5 Mbps ve üzeri hızlar için toptan maliyet olarak BTK tarafından yayımlanan Referans Kiralık Devre Teklifi'nde yer alan Metre Ethernet hizmetinin aylık kullanım ücretlerinin dikkate alındı 1, ihale kapsamında 5 Mbps den daha dü ük hız seviyelerinin de oldu u durumlarda bu hızlar için Metre Ethernet devreleri toptan seviyede sunulmadı 1 için 5 Mbps'den daha dü ük hızlardaki devre maliyetlerinin Referans Kiralık Devre Teklifinde yer alan G.SHDSL hizmetinin aylık kullanım ücretleri dikkate alınarak hesaplandı 1, maliyet analizinde ilgili ürüne ve mü terinin mevcut kullandı 1 altyapıya ba lı olarak cihaz, altyapı, kablolama vb. harcamaların da dikkate alındı 1, di er taraftan TTVPN hizmeti sunuma ili kin vergisel yükümlülüklerin ise;

* Katma De erli Hizmet Vergisi: %18 (Faturalanan bedel üzerinden),

* Özel leti im Vergisi: %7.5 (Faturalanan bedel üzerinden),

* Evrensel Hizmet Katkı Payı: %1 (Net satı lar üzerinden),

* Haberle me Vergisi: %1 (Tahsil edilen bedel üzerinden),

* BTK Kurum Masraflarına Katkı Payı: % 0.35 (Net satı lar üzerinden) belirlendi i,

ayrıca imzalanan bir sözleşme mevcut ise sözleşme belirlenen tutar üzerinden de %0.948 damga vergisi uygulandı 1, söz konusu maliyet hesaplamalarında vergiler hariç tutarın esas alındı 1, bu çerçevede Türk Telekom tarafından 2018 yılında teklif verilen toplam 20 kamu (2 ihale 2017 yılına. 1 ihale 2016 yılına ili kin) 20 özel te ebbüs ihalesi/hizmet alımı 2019 yılında teklif verilen toplam 19 kamu, 20 özel te ebbüs ihalesi/hizmet alımı bilgisi gönderildi i, belirtilen ihalelerden 1 ihalenin Vodafone tarafından. 1 ihalenin Turknet tarafından ve di er 25 ihalenin Türk Telekom tarafından kazanıldı 1, Türk Telekom'un söz konusu ihalelere verdi i teklif tutarları incelendi inde sadece Sosyal Güvenlik Kurumu ihalesinde maliyetlerini karşılayamadı 1, ancak söz konusu ihalenin SGK tarafından iptal edildi i, hizmetin Türksat'tan alınmasına karar verildi i, Türksat'ın ise söz konusu hizmeti yüklenici olarak Türk Telekom'dan aldı 1, bu çerçevede Türksat'ın Türk Telekom'un altyapısını kullandı 1 için Türk Telekom tarafından ihalenin kazanıldı 1 bilgisine yer verildi i, Türk Telekom'un yukarıda belirtilen ihalelerden 8'inde sözleşme süresi sonunda uzatma protokolü ile hizmet vermeye devam etti i, kamuya ya da özel te ebbüse sunulan tekliflerin ço unlukla çoklu paket (bundle) olarak talep edildi i, bir ba ka deyi le, ilgili kurum ya da te ebbüsün ço unlukla VPN hizmetinin yanında geni bant internet hizmeti, ses hizmeti vb. hizmetlerini birlikte talep etti i ve bu kapsamda ilgili te ebbüsler tarafından da birlikte sunuldu u, yukarıdaki tabloda yer verilen her bir ihaleye ili kin maliyet hesaplamasında Türk Telekom tarafından söz konusu paket içerisinde sadece VPN hizmetine ili kin karlılık analizi sunuldu u ve bu yöndeki karlılık analizinde uygulanan kampanyaların dikkate alındı 1, 2019 yılında Türk Telekom tarafından toplam 19 kamu, 20 özel te ebbüs ihalesi/hizmet alımına teklif verildi i, bu ihalelerden 2 ihalenin Superonline tarafından, 25 ihalenin ise Türk Telekom tarafından kazanıldı 1, Türk Telekom'un söz konusu ihalelere verdi i teklif tutarları incelendi inde tüm ihalelerde maliyetlerini karşılayacak ekilde teklif verdi inin görüldü ü, Türk Telekom'un söz konusu ihalelerden 11'inde sözleşme süresi sonunda uzatma protokolü ile hizmet vermeye devam etti i, 2018 ve 2019 yıllarına ili kin maliyet analizlerinde, 5 Mbps altındaki hızlar için G.SHDSL altyapısının kullanıldı 1 varsayımının esas alındı 1, ancak ihale sahibinin 5 Mbps altındaki hızlar için Metro Ethernet'i art ko ması durumunda ilgili konumda kendi altyapısı olmayan te ebbüslerin, Türk Telekom'dan 5 Mbps hızında Metro Ethernet hizmetini alıp mü terisine sunabildi i, alternatif i letmeciler açısından en dezavantajlı olan bu durum bakımından, Türk Telekom'un ilgili ihaleleri alternatif bir rakibi olarak kazanımı olması ve 5 Mbps altı devreler için 5 Mbps hızında Metro Ethernet kullanarak hizmeti sunması durumunun da ayrıca incelenmesi gerekti i

T.C.
ANKARA

12. DARE MAHKEMES

ESAS NO : 2020/1758

KARAR NO : 2021/2379

dü ünölerek, bu çerçevede 2018 ve 2019 yılına ait ihalelerde, Türk Telekom'un alternatif bir i letmeci olarak ihaleleri kazanmı olması ve 5 Mbps altı devreler için 5 Mbps hızında Metro Ethernet kullanması durumundaki maliyet analizlerine yer verildi i, ancak her ihalede 5 Mbps altı devreler için Metro Ethernet kullanılması artı getirilmemi oldu undan teknik artnamesi incelenen 18 ihaleden sadece 6 tanesinde Metro Ethernet zorunlulu u getirildi inin, bu 6 ihaleden de sadece 1 tanesinde 5 Mbps altında devrelerin bulundu unun görüldü ü, 2018 ve 2019 yıllarına ait ihalelerde, Türk Telekom'un alternatif bir i letmeci olarak ihaleleri kazanmı olması ve 5 Mbps altı devreler için 5 Mbps hızında Metro Ethernet kullanması durumunda 2018 yılında 13 ihalede, 2019 yılında 3 ihalede maliyetlerini kar ılayamadı nın görüldü ü ekinde tespitlere yer verildi i görülmü tür.

Bu durumda; yukarıda aktarılan hususlar de erlendirildi inde, davalı idarenin, fiyat sıkı tırması testinde en önemli veri olan maliyet kalemlerini ve mali yükümlülükleri eksik/hatalı hesapladı ı iddiası yönünden dava konusu kararda hukuka aykırılık bulunmadı ı sonucuna varılmı tır.

3-Türk Telekomun kamu kurumları ile ihale yapmaksızın VPN hizmeti vermesinin 4734 sayılı Kanununun 22. maddesine ve rekabete aykırı oldu u iddiası yönünden;

Dava konusu Kurul kararında; Türk Telekom tarafından uygulanan kampanyalar ve uzatma protokollerinin bir rekabet ihlali te kil edip etmedi ini anlamak bakımından öncelikle ilgili ürün pazarının ne kadarlık bir bölümünün incelenen uygulamalar nedeniyle rekabete kapatıldı nın ara tırılmasının gerekti i, öte yandan, bu yöndeki de erlendirmeden önce uzatma protokolünün niteli inin, hukuki düzendeki yerinin tespitinin gerekti i, davacı tarafın dilekçesinde belirtti i ve yerle ik Danı tay uygulaması olarak belirtti i karar incelendi inde söz konusu iptal kararının açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulünün temel usuller oldu unu ve temel usullerin dı na çıkılarak istisnai durumlarda ba vurulması gereken 4734 sayılı Kanunun 22. maddesinin (a) bendi kapsamında yapılan ve fakat ilgili bendin kapsamına girmeyen i lemin iptaline yönelik oldu u, gerek önara tırma, gerekse karara konu olan uygulamalar aleyhine yapılacak veyahut yapılması gereken i lemlerin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamı dışında oldu u tespitlerine yer verildi i görülmü tür.

Bu durumda; yukarıda aktarılan hususlar de erlendirildi inde, Türk Telekomun kamu kurumları ile ihale yapmaksızın uzatma protokolleri ile VPN hizmeti vermeye devam etmesinin, açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü dı nda 4734 sayılı Kanunun 22. maddesinde düzenlenen do rudan temin yoluyla ili kili oldu u, bu usule ili kin itirazların 4734 sayılı Kamu hale Kanunu çerçevesinde de erlendirilmesi gerekti i, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamında de erlendirilemeyece i anla ıldı ndan, bu iddia yönünden dava konusu kararda hukuka aykırılık bulunmadı ı sonucuna varılmı tır.

4-Türk Telekom'un toptan seviyede 5 mbps altında metro ethernet hizmeti sunmamasına kar ın perakende seviyede 5 mbps altında VPN hizmeti sunarak rakiplerini dı layıcı davranı lar gösterdi i iddiası yönünden;

Dava konusu Kurul kararında; söz konusu iddiaya benzer iddiaların, Kurul'un 05.12.2013 tarih, 13-69/938-398 sayılı ve 19.09.2018 tarih, 18-33/545-269 sayılı kararlarında incelendi i, 05.12.2013 tarihli kararda özetle; metro ethernet teknolojisine alternatif olabilecek teknolojiler açısından dü ük hız seviyelerinde bakır ve fiber altyapının birbirine ikame olabilece i, 5 Mbps altı hızlarda VPN hizmeti sunabilmek için metro ethernet yerine fiberlink ve G.SHDSL yöntemlerinin hem teknolojik hem de ekonomik olarak kullanılabilir durumda oldu u, hem bakır hem de fiber altyapı üzerinden dü ük hız kapasitesine sahip teknolojilere eri imin objektif olarak mümkün oldu u ve pazardaki faaliyetlerin sürdürülmesi açısından metro ethernet teknolojisinin 5 Mbps altında sunulmasının zorunlu olmadı ı sonucuna ula ıldı ı, 19.09.2018

T.C.
ANKARA

12. DARE MAHKEMES

ESAS NO : 2020/1758

KARAR NO : 2021/2379

tarihli kararında ise Kurulun 05.12.2013 tarih ve 13- 69/938-398 sayılı kararında ula ılan sonucun de i medi i, alternatif i letmecilerin VPN hizmetine ili kin faaliyetleri bakımından metro ethernet teknolojisinin zorunlu olmadı ı sonucuna ula ıldı ı, dosya kapsamında anılan iddianın, öncelikle söz konusu kararlar sonrası VPN hizmetinin sunumuna ili kin olarak pazarda bir de i iklik olup olmadı ı sorgulanarak mal vermeyi reddetme çerçevesinde de erlendirilmesi gerekti i, Kılavuz'a göre, sözleşme yapmayı reddetme iddiaları de erlendirilirken ihlalin tespiti için üç ko ulun varlı mın birlikte arandı ı, bu çerçevede, Reddetmenin; alt pazarda rekabet etmek için vazgeçilmez bir ürüne ya da hizmete ili kin olması, alt pazarda etkin rekabeti ortadan kaldırmasının muhtemel olması, tüketici zararına yol açmasının muhtemel olması gerekti i, di er taraftan, Kılavuz'da, dı layıcı davranı lara yönelik olarak yapılan de erlendirmenin esasını, hâkim durumdaki te ebbüs davranı mın fiili veya muhtemel rekabet kar ıtı piyasa kapamaya yol açıp açmadı mın incelenmesinin olu turdu unun belirtildi i, vazgeçilmezlik ko ulu ba lamında, Türk Telekom'un Metro Ethernet ürününü toptan seviyede alternatif i letmecilere 5 Mbps'ten a a ı hızlarda eri ime açmamasının rekabet hukuku ihlali te kil edip etmedi ini anlamak bakımından, tanımlanan ilgili ürün pazarında Türk Telekom'un hâkim durumda oldu u dikkate alınarak, reddetmeye konu olan Metro Ethernet ürününün VPN piyasasında rekabet edebilmek için objektif olarak gerekli olup olmadı mın tespit edilmesinin gerekti i, VPN hizmetinin sunumunda çe itli teknolojilerin kullanılmasının mümkün oldu u, ancak, ilgili teknolojiler, tüketici talebi, maliyet ve sa ladıkları yenilik bakımından birbirine ikame nitelikte olmadı ı, ilgili ürün pazarı tespit edilirken bu unsurların dikkate alındı ı ve yapılan de erlendirme sonucunda geleneksel kiralık devreler, Metro Ethernet, Fiberlink, G.SHDSL hizmetlerinin aynı pazar kapsamında de erlendirildi i, 19.09.2018 tarih ve 18-33/545-269 sayılı kararda ayrıca Türk Telekom'un VPN hizmetinin 5 mbps altındaki sunumundan elde etti i gelirin toplam VPN geliri içerisindeki payı ile Türk Telekom'un VPN hizmetinin sunumunda 5 Mbps altındaki devre sayısının toplam VPN devre sayısı içerisindeki payının da incelendi i, kararda, Türk Telekom'un 5 Mbps altındaki perakende VPN hizmetinden elde etti i gelirin toplam VPN geliri içerisindeki payının ve VPN hizmetlerinin 5 Mbps altında sunumundaki devre sayısının toplam devre sayısı içerisindeki payının 2018 yılında önceki yıllara göre azaldı mın tespit edildi i, bu ba lık altında incelenen ikâyet konusunun esasını, ihaleye çıkan te ebbüslerin 5 Mbps altı devreler için Metro Etherneti talep etmeleri ve bu durumun rakip te ebbüsleri dezavantajlı konuma dü ürmesi olu turdu undan ayrıca örnek mahiyetinde 18 adet ihalenin sözleşme ve teknik arnamelerinin raporörler tarafından incelendi i, yapılan inceleme sonucunda 18 ihalenin sadece 6 adedinde Metro Ethernetin art ko uldu u, bu 6 ihaleden de sadece 1 tanesinde 5 Mbps altı devre bulundu unun görüldü ü, bir di erinde ise 2 Mbps'ye kadar olan 5 Mbps altı devrelerin ilgili idarenin onayıyla bakır altyapı kullanılarak sunulabilece inin anla ıldı ı, sonuç olarak ilgili kararlardaki yakla ım benimsenerek 5 Mbps altındaki Metro Ethernet ürününün piyasada faaliyet gösterebilmek için objektif olarak gerekli olmadı ı eklinde tespitlerin yer aldı ı görülmü tür.

Bu durumda; yukarıda aktarılan hususlar de erlendirildi inde, hem bakır hem de fiber altyapı üzerinden dü ük hız kapasitesine sahip teknolojilere eri imin objektif olarak mümkün oldu u ve pazardaki faaliyetlerin sürdürülmesi açısından metro ethernet teknolojisinin 5 Mbps altında sunulmasının zorunlu olmadı ı sonucuna ula ıldı ından, davacı irketin, Türk Telekom'un toptan seviyede 5 mbps altında metro ethernet hizmeti sunmamasına kar ın perakende seviyede 5 mbps altında VPN hizmeti sunarak rakiplerini dı layıcı davranı lar gösterdi i iddiası yönünden de dava konusu kararda hukuka aykırılık bulunmadı ı sonucuna varılmı tır.

Açıklanan nedenlerle; **davanın reddine**, a a ıda dökümü yapılan 412,30-TL yargılama

T.C.
ANKARA

12. DARE MAHKEMES

ESAS NO : 2020/1758

KARAR NO : 2021/2379

giderinin davacı üzerinde bırakılmasına, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen 2.550,00-TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine, müdahil tarafından yapılan 73,20-TL yargılama giderinin davacıdan alınarak müdahile verilmesine, fazladan yatırılan 23,40-TL vekalet harcının istemi halinde, posta ücreti avansından artan miktarın ise karar kesinle tikten sonra davacıya iadesine, kararın tebli ini izleyen günden itibaren **30 gün** içerisinde **Ankara Bölge dare Mahkemesi'ne istinaf yolu** açık olmak üzere, 31/12/2021 tarihinde oybirli iyle karar verildi.

Ba kan
TUFAN TEKE
97701

Üye
MUSTAFA KU
212503

Üye
ABDULSAMET
ERDO MU
167944

<u>YARGILAMA G DER (DAVACI)</u> :	
Ba vurma Harcı :	54,40 TL
Karar Harcı :	54,40 TL
YD Harcı :	89,60 TL
YD tiraz Harcı :	148,60 TL
Vekalet Harcı :	7,80 TL
Posta Gideri :	57,50 TL
<u>TOPLAM</u> :	<u>412,30 TL</u>

<u>YARGILAMA G DER (MÜDAH L)</u> :	
Ba vuru Harcı :	54,40 TL
Vekalet Harcı :	7,80 TL
Posta Gideri :	11,00 TL
<u>TOPLAM</u> :	<u>73,20 TL</u>

B.Ü. 03/01/2022