

Tarih: 14.07.2020
Sayı: 7279

T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU
Esas No : 2018/1458
Karar No : 2020/769

TEMYİZ EDEN (DAVACI) : Turkcell İletişim Hizmetleri Anonim Şirketi
Küçükyalı Ofispark Aydınevler Mah. İnönü Cad. No:20
Maltepe/İSTANBUL

VEKİLLERİ : Av. Ahmet Selim Avcı, Av. Hayrettin Küçüksoy
Aynı adresteler

KARŞI TARAF (DAVALI) : Rekabet Kurumu
UETS Kodu: 35495-15945-49388 (E-Tebliğat)

VEKİLİ : Av. Meltem Türkoğlu

İSTEMİN KONUSU : Danıştay Onüçüncü Dairesinin 16/10/2017 tarih ve E:2011/4540, K:2017/2572 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin distribütörlerine ve bayilerine yönelik uygulamalarının 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlal ettiği iddiasıyla yapılan şikayetler üzerine başlatılan soruşturma sonucunda verilen 06/06/2011 tarih ve 11-34/742-230 sayılı Rekabet Kurulu kararının, davacı şirketin, nihai satış noktaları ile akdedilen taahhütnameler, bu bayilerdeki dekorasyon, tabela ve satışa yönelik tek tip uygulamalar ve alt bayi kanalına alternatif bir organizasyonun eklenmesine engel olunmasına yönelik uygulamalar vasıtasıyla Kanun'un 6. maddesinin (a) bendi çerçevesinde hakim durumun kötüye kullanıldığına ilişkin 3. maddesinin (a) bendi ve 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (a) bendinin ihlali nedeniyle idari para cezası verilmesine ilişkin 3. maddesinin (b) bendi ile 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 1. fıkrası uyarınca rekabetin teminini tesisen görüş bildirilmesine ilişkin 4. maddesinin iptali ile 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin 3. bendinin Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle Anayasa Mahkemesine başvurulması istenilmiştir.

Daire kararının özeti: Danıştay Onüçüncü Dairesinin 16/10/2017 tarih ve E:2011/4540, K:2017/2572 sayılı kararıyla;

Davacının Anayasa'ya aykırılık iddiası ciddi görülmeverek,

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un "Toplantı ve Karar Yeter Sayısı" başlıklı 51. maddesinin 1. fıkrasında, Kurulun, nihai kararlarında Başkan ya da İkinci Başkan dâhil en az toplam beş üyenin katılımı ile toplanacağı ve en az dört üyenin aynı yönde oy kullanması ile karar vereceği, 2. fıkrasında, ilk toplantıda karar için gerekli nisabın sağlanmadığı durumlarda, Başkan'ın ikinci toplantıya tüm üyelerin iştirakini sağlayacağı, ancak bunun mümkün olmaması hâlinde kararın, toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile alınacağı, bu durumda da toplantı nisabının birinci fıkrada belirtilenden az olamayacağı,

T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU

Esas No : 2018/1458

Karar No : 2020/769

ikinci toplantıda oylarda eşitlik olması hâlinde ise Başkan'ın bulunduğu tarafın oyunun üstün sayılacağına belirtildiği;

Davacı tarafından, dava konusu Kurul kararının toplantı nisabı oluşmadan alındığı ve bu durumda kararın ikinci toplantıya bırakılmasının yasal bir zorunluluk olduğu ileri sürülmüş ise de; dava konusu Kurul kararının alındığı tarihte Kurulda görev yapan tüm üyelerin (altı üye) toplantıya katıldığı, Kurul Üyesi Reşit Gürpınar'ın Rekabet Kurulu kararının 3. maddesinin (b) bendine katıldığı, diğer bir ifadeyle Kanun hükmünde öngörülen karar yeter sayısının oluştuğu, adı geçen üyenin Kurul kararının 3. maddesinin (b) bendine ilişkin kullandığı oyun gerekçesinin farklı olmasının, kararı şekil bakımından hukuka aykırı hâle getirmediği sonucuna varıldığı;

Davacı şirketin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlal ettiği iddiasıyla yapılan şikâyetler üzerine açılan soruşturmaya ilişkin dosya kapsamındaki mevcut belge ve bilgilerin birlikte değerlendirilmesi sonucunda; Kurul tarafından, ilgili ürün pazarının, "GSM hizmetleri pazarı" ve "SIM kart, kontör kart, dijital kontör, aktivasyon ve diğer abonelik hizmetlerinin toptan ve perakende satışı pazarı" olarak belirlendiği, davacı şirketin GSM hizmetleri pazarında alt yapıya ve 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesinde yer verilen hâkim durum tanımına uygun olarak, "rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek" GSM hizmetleri piyasasında talep üzerinde belirleyici rol oynayan değişkenleri büyük ölçüde kendi stratejileri doğrultusunda belirleme gücüne sahip olduğu, 2008 ve 2009 yıllarından itibaren rakip teşebbüslerle karşılaştırıldığında, ciro ve abone sayısı bazında yüksek bir pazar payına sahip ve 4054 sayılı Kanun çerçevesinde hâkim durumda bulunduğu sonucuna ulaşıldığı;

Davacı şirketin, Kanun'un 6. maddesi kapsamındaki eylemlerine gelince; alt bayilerin fiili münhasırlığa zorlanması, fiili uygulamalar ve bireysel muafiyet kapsamına girmeyen dikey anlaşmalar yoluyla, sim kart, kontör kart, dijital kart, dijital kontör, aktivasyon ve diğer abonelik hizmetleri pazarında çok markalı olması gereken alt bayi kanalının fiilen münhasırlaştırılmasına çaba göstermek suretiyle rakip firmaların faaliyetlerinin zorlaştırıldığı, nihai satış noktaları ile akdedilen taahhütnameler, bu bayilerdeki dekorasyon, tabela ve satışa yönelik tek tip uygulamalar ve alt bayi kanalına alternatif bir organizasyonun eklenmesine engel olunmasına yönelik uygulamalar vasıtasıyla 4054 sayılı Kanun'un 6/a maddesini ihlâl ettiği ve hâkim durumunu kötüye kullandığının anlaşıldığı;

Öte yandan, 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 1. fıkrasında, Kurul, ihbar, şikâyet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya resen bu Kanun'un 4, 6 ve 7. maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine bu Kanun'un dördüncü kısmında belirtilen hükümler çerçevesinde, rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararı bildireceğinin kurala bağlandığı; 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ihlali nedeniyle rekabetin tesisini teminen, nihai satış noktaları ile akdedilen taahhütnamelerin ve bu

T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU
Esas No : 2018/1458
Karar No : 2020/769

bayilerdeki dekorasyon, tabela ve satışa yönelik tek tip uygulamaların 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi kapsamında bireysel muafiyet şartlarını taşımayan dikey anlaşmalar statüsünde olduğu için taahhütnamelerdeki bu hükümlerin çıkarılması, nihai satış noktalarında rakip tabela asılmaması, mağaza dekorasyonunun tek tip operatörü yansıtması ve rakip ürün ve hizmetlerin sağlanmaması uygulamasına son verilmesi yönündeki Kurul kararının 4. maddesinin 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 1. fıkrasındaki düzenlemeye uygun olduğu sonucuna ulaşıldığı;

Bu itibarla, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlâl eden davacıya, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Hâlinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmeliğin 5. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendi gereğince, dosya kapsamında ihlal olduğu kanaatine ulaşılan uygulamaların "bir yıldan uzun, beş yıldan kısa" sürdüğü anlaşıldığından temel para cezası yarısı oranında, Yönetmeliğin 6. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi gereğince Turkcell'in ihlali tekrar niteliğinde olduğundan, hesaplanan para cezasının yarısı oranında artırılarak, dava konusu Rekabet Kurulu kararıyla 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Kanun'un 6. maddesindeki eylemleri nedeniyle 2010 yılı sonunda oluşan yıllık gayrisafi gelirlerinin takdiren %1,125'i oranında idarî para cezası uygulanmasında hukuka aykırılık görülmediği;

Davacı tarafından ayrıca, tekerrür eden eyleminin ne olduğunun belirtilmediği ileri sürülmekte ise de; davacı şirkete Rekabet Kurulunun 29/12/2005 tarih ve 05-88/1221-353 sayılı kararı ile 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. ve 6. maddelerinin ihlâl edildiği belirtilerek verilen idarî para cezası Dairelerinin 2006/1219 esas sayılı dosyası ile dava konusu edildiği; 13/05/2008 tarih ve K:2008/4195 sayılı kararla, 4054 sayılı Kanun'un 4 ve 6. maddelerinin ihlal edildiği hususu soruşturma sonucu hukuken geçerli bilgi ve belgelerle tespit edilmiş olduğundan davacıya idarî para cezası verilmesine ilişkin Rekabet Kurulu kararında hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verildiği ve bu kararın kesinleştiği;

Davacının diğer iddialarının da, dava konusu işlemi sakatlayıcı nitelikte görülmediği;

Bu itibarla, davacının rekabete aykırı davranışlarıyla Kanun'un 6. maddesini ihlâl ettiği anlaşıldığından, 2010 malî yılı sonunda oluşan ve Kurul tarafından belirlenen yıllık gayrisafi gelirlerinin takdiren %1,125'i oranında olmak üzere davacıya idarî para cezası verilmesinde ve 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 1. fıkrası uyarınca 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ihlali nedeniyle rekabetin tesisini teminen, nihai satış noktaları ile akdedilen taahhütnamelerin ve bu bayilerdeki dekorasyon, tabela ve satışa yönelik tek tip uygulamaların 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi kapsamında bireysel muafiyet şartlarını taşımayan dikey anlaşmalar statüsünde olduğu için taahhütnamelerdeki bu hükümlerin çıkarılması, nihai satış noktalarında rakip tabela asılmaması, mağaza dekorasyonunun tek tip operatörü yansıtması ve rakip ürün ve hizmetlerin sağlanmaması uygulamasına son

T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU
Esas No : 2018/1458
Karar No : 2020/769

verilmesi yönündeki Kurul kararının 4. maddesinde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davacı tarafından, temyize konu kararda hukuka aykırılık iddialarının çoğunun karşılanmadığı, Anayasa'ya aykırılık iddialarının incelenmeksizin reddedildiği, kararda toplantı nisabının sağlandığına ilişkin değerlendirmenin hukuka aykırı olduğu; sadece iki şikâyetçinin iddialarıyla ilgili olarak ve ön araştırma aşamasında Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun görüşünün alındığı, soruşturma sürecinde ayrıca görüş alınmadığı; soruşturma aşamasında iddiaların esaslı bir biçimde değiştirilip genişletilerek savunma haklarının kısıtlandığı; para cezasının keyfi bir şekilde belirlendiği, yanlış ve haksız gerekçelerle tekerür hükümlerinin uygulandığı, dava konusu kararda tekerrüre esas alınan olayın belirtilmediği 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.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra, dosya tekemmül ettiğinden davacının yürütmenin durdurulması istemi hakkında ayrıca bir karar verilmeksizin 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.

Diğer taraftan, Danıştay Onüçüncü Dairesinin 07/03/2016 tarihli kararıyla davalı idare yanında müdahil olarak kabul edilen Vodafone Net İletişim Hizmetleri A.Ş. (Vodafone

T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU

Esas No : 2018/1458

Karar No : 2020/769

Telekomünikasyon A.Ş.) tarafından dosyaya sunulan 06/08/2018 tarihli dilekçeyle, müdahillik haklarından feragat edildiği bildirilmiştir.

KARAR SONUCU:

Açıklanan nedenlerle;

1. Davacının temyiz isteminin reddine,

2. Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddine ilişkin Danıştay Onüçüncü Dairesinin temyize konu 16/10/2017 tarih ve E:2011/4540, K:2017/2572 sayılı kararının **ONANMASINA,**

3. Kullanılmayan 59,10 TL yürütmeyi durdurma harcının istemi hâlinde davacıya iadesine,

4. Kesin olarak, 16/03/2020 tarihinde dava konusu kararın 3 (b) maddesi yönünden oyçokluğu, diğer kısımlar yönünden oybirliği ile karar verildi.

Başkan
Hasan
GÜZELER
(X)

Üye
Gürsel
MEKİK

Üye
Ziya
ÖZCAN

Üye
Yalçın
EKMEKÇİ
(X)

Üye
Doç. Dr. Selami
DEMİRKOL

Üye
Bilal
ÇALIŞKAN
(X)

Üye
Turgay Tuncay
VARLI

Üye
Hasan
ODABAŞI

Üye
Yunus
AYKIN
(X)

Üye
Muhsin
YILDIZ

Üye
Hasan
ÖNAL

Üye
Bilge
APAYDIN

Üye
Selbi
KOCA

T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU

Esas No : 2018/1458

Karar No : 2020/769

KARŞI OY

X- 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un "Toplantı ve Karar Yeter Sayısı" başlıklı 51. maddesinin 1. fıkrasında, Kurul'un, nihai kararlarında Başkan ya da İkinci Başkan dahil en az toplam beş üyenin katılımı ile toplanacağı ve en az dört üyenin aynı yönde oy kullanması ile karar vereceği, 2. fıkrasında, ilk toplantıda karar için gerekli nisabın sağlanmadığı durumlarda, Başkan'ın ikinci toplantıya tüm üyelerin iştirakini sağlayacağı, ancak bunun mümkün olmaması halinde kararın, toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile alınacağı, bu durumda da toplantı nisabının birinci fıkrada belirtilenden az olamayacağı, ikinci toplantıda oylarda eşitlik olması halinde ise Başkanın bulunduğu tarafın oyunun üstün sayılacağı kurala bağlanmıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden, Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin distribütörlerine ve bayilerine yönelik uygulamalarının 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlal ettiği iddiasıyla yapılan şikâyetler üzerine başlatılan soruşturma sonucunda, dava konusu Kurul kararının alındığı toplantıya, Kurul Başkanı Nurettin Kaldırım, Üyeler Doç. Dr. Mustafa Ateş, İsmail Hakkı Karakelle, Doç. Dr. Cevdet İlhan Günay, Murat Çetinkaya ve Reşit Gürpınar olmak üzere toplam altı üyenin katıldığı, Kurul kararının, davacı şirketin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (a) bendinin ihlali nedeniyle idari para cezası verilmesine ilişkin 3. maddesinin (b) bendinin ise Kurul üyeleri İsmail Hakkı Karakelle ve Murat Çetinkaya'nın karşı oyları, üye Reşit Gürpınar'ın farklı gerekçesi ve oyçokluğuyla alındığı; Üye Reşit Gürpınar'ın; Kurulun, Kanun'a aykırı Yönetmeliğin 5. maddesi ile düzenlenen kabahat tipleri ve bu kabahat tiplerine uygulanması gereken asgari ve azami cezaları baz alarak uygulamaksızın, Kanun'un 16. maddesine göre ve Yönetmeliğin 6. ve 7. maddesinde öngörülen olaydaki ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurları da göz önüne alıp, takdir yetkisini kullanarak, ürünlerin homojen olduğu ve genel olarak rekabetin çok yaşandığı GSM hizmetleri pazarında meydana geldiği de göz ardı edilmeksizin % 10 sınırı içinde kalmak koşuluyla ceza miktarını 2010 mali yılında oluşan gayri safi gelirlerinin takdiren idari para cezasının daha düşük olarak tespit edilen oranın yarısı esas alınmak suretiyle, % 0.56 oran belirlemesi gerekirken aksi yönde, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in 5. maddesinin ilgili fıkrasını temel ceza olarak ve aynı Yönetmeliğin 6. maddesinde öngörülen hafifletici unsurlar da göz önüne alınarak; sonuçta 2010 mali yılında oluşan gayri safi gelirin % 1.125 oranında olmak üzere idari para cezası tesis edilmesi yolunda verdiği kararın 3 (b) maddesine aslında katılmamakla birlikte, kararın 2. maddesine karşı oy kullanan iki üyenin ceza miktarı belirlenirken daha yüksek oranda ceza belirlenmesi yolundaki oyları karşısında, % 1.125 oranında ceza verilmesi yönünde oy kullanan üyelerin sayısının üçte kalması, bu durumda

T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU
Esas No : 2018/1458
Karar No : 2020/769

da 4054 sayılı Kanun'un 51. maddesinin 1. fıkrasına göre nihai kararın çıkması için dört oyun gerekli olması zorunluluğu nedeniyle, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da ve Kabahatler Kanunu'nda bu konuda bir hüküm bulunmamasından dolayı, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 229. maddesinin son fıkrası kıyasen uygulanarak en düşük oranda ceza verilmesine ilişkin oy kullanmasına karşın % 1.125 oranına katılmak zorunda kalmış bulunduğu gerekçesiyle karara farklı gerekçe yazdığı anlaşılmaktadır.

Öğretide, kanunda belirli bir fiili durum için konulmuş bulunan kuralın, o duruma benzeyen, fakat hakkında hüküm bulunmayan başka bir duruma da uygulanması olarak tanımlanan kıyasın, olaya uygulanacak normda, olaya özgü bir düzenlemenin bulunmaması durumunda başvurulacak bir hukuksal yöntem olduğu kabul edilmektedir.

4054 sayılı Kanun'un 51. maddesinde, ilk toplantıda karar için gerekli nisabın sağlanamadığı durumlarda ne şekilde bir idari usulün izleneceği kurala bağlanmış; bu gibi hallerde Başkan'ın ikinci toplantıya tüm üyelerin iştirakini sağlaması, bunun mümkün olmaması halinde ise kararın toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile alınacağı ve ikinci toplantıda oylarda eşitlik olması halinde ise Başkanın bulunduğu tarafın oyunun üstün sayılacağı öngörülmüştür.

Bu itibarla, 4054 sayılı Kanun'da somut olaya uygulanacak bir kural bulunduğu için 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ilgili hükümleri kıyasen uygulama alanı bulamayacağından ve Kurul üyesi Reşit Gürpınar'ın esas iradesinin tayin edilen ceza miktarı açısından karara muhalif kalma noktasında olduğu da göz önüne alındığında, gerekli çoğunluk sağlanmadan ve 4054 sayılı Kanun'un 51. maddesinin 2. fıkrası uyarınca ikinci toplantı yapılmadan alınan dava konusu Kurul kararının 3. maddesinin (b) bendinde şekil bakımından hukuka uygunluk görülmemiştir.

Açıklanan nedenle; davacının temyiz isteminin kısmen kabulü ile temyize konu Daire kararının dava konusu Rekabet Kurulu kararının 3/b maddesi yönünden bozulması gerektiği oyuyla, kararın bu kısmına katılmıyoruz.

Başkan
Hasan
GÜZELER

Üye
Yalçın
EKMEKÇİ

Üye
Bilal
ÇALIŞKAN

Üye
Yunus
AYKIN