

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2007/5248
Karar No : 2009/6274

Davacı : Borusan Telekom ve İletişim Hizmetleri A.Ş.

Vekili : Av. Dr. İ. Yılmaz Aslan

Barbaros Bulv. No:30 Tan Apt. D:5 Balmumcu-Beşiktaş/İSTANBUL

Davalı : Rekabet Kurumu

Bilkent Plaza B-3 Blok Bilkent/ANKARA

Davanın Özeti : Türkiye Elektrik İletim A.Ş. (TEİAŞ)'ye ait Ankara-İstanbul ve İstanbul-Bulgaristan güzergâhlarındaki iki çift fiber kablonun 10 yıl süreyle kiraya verilmesiyle ilgili olarak, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun uyarınca yapılan şikâyet sonucu, Rekabet Kurulu tarafından verilen 08.02.2007 tarih ve 07-13/112-33 sayılı kararın; söz konusu ihalenin ön bildirim tabi olmadığına ilişkin bir tespitin doğrudan ihalenin esasını etkiler nitelikte bulunduğu, başka bir deyişle kiraya verme işleminin ön bildirim tabi olduğunun kabul edilmesi halinde, Türk Telekom'un bu ihaleye giremeyeceğinin ve şartnamenin buna göre düzenleneceğinin kabulü gerekeceği, 2813 sayılı Telsiz Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca Telekomünikasyon Kurumu'ndan görüş alınmadığı ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Türk Telekom'un 31.12.2003 tarihinde kadar devam eden tekel hakkının sona erdiği, Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği'nde 07.09.2005 tarihinde yapılan değişiklikle, altyapı işletmeciliği hizmetini yürütmek isteyen sermaye şirketlerinin, Kurum tarafından verilecek 2. Tip TR ile yetkilendirileceğinin öngörüldüğü, yapılan ihale sonucu kiralama işleminin bir kısmının, Kurum'a başvuran Tellcom İletişim Hizmetleri A.Ş. tarafından kazanıldığı, Telekomünikasyon Kurumu'ndan görüş alındığı, dava konusu Kurul kararıyla ön bildirim gerek olmadığına tespit edildiği belirtilerek, davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Ahmet EĞERCİ'nin Düşüncesi : Dava, TEİAŞ'a ait Ankara-İstanbul ve İstanbul-Bulgaristan güzergâhlarındaki iki çift fiber kablonun 10 yıl süreyle kiraya verilmesiyle ilgili olarak, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun uyarınca yapılan şikâyet sonucu, Rekabet Kurulu tarafından verilen 08.02.2007 tarih ve 07-13/112-33 sayılı kararın iptali istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı Kanun'un işlem tarihinde yürürlükte bulunan ve Kurul kararlarına karşı yargı yolunu düzenleyen 55. maddesinde ise, Kurul'un nihai kararlarına, tedbir kararlarına, para cezalarına ve süreli para cezalarına karşı kararın taraflara tebliğinden itibaren süresi içinde Danıştay'a başvurulabileceği hükme bağlanmıştır.

Bu durumda dava konusu Kurul görüşünün, Kanun'un 55. maddesinde Danıştay'da iptal davasına konu olabilecek niteliğinin bulunmadığı, öte yandan işlemin özelleştirme yoluyla devralmaların özelliği gereği ileride izin aşamasında ortaya çıkabilecek sorunların ihale şartnamesi kamuoyuna duyurulmadan önce ortadan kaldırılması ve izin sisteminin işlerliğinin de etkili kılınması amacıyla hazırlanan bir hazırlık işlemi olduğu ve ancak nihai devre izin veren Kurul kararıyla birlikte dava konusu edilebileceği, bu itibarla 2577 sayılı Kanun hükümleri uyarınca iptal davasına konu olamayacağı anlaşıldığından, Kurul kararının iptali

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2007/5248
Karar No : 2009/6274

İsteminin esasının incelenmesi olanağı bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle, 2577 sayılı Kanun'un 15-1/b maddesi uyarınca davanın incelenmeksizin reddine karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Mehmet KARAOĞLU'nun Düşüncesi : Dava, Rekabet Kurulunun 8.2.2007 tarih ve 07-13/112-33 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 7/1. maddesi,..... Ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşme ve devralmaların hukuka aykırı ve yasak olduğu hükmünü taşımakta olup; 7/2 maddesinde ise, hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek, izin alınması gerektiğinin Kurul'un çıkaracağı Tebliğlerle ilan edileceği hükme bağlanmıştır.

Konuya ilişkin olarak Rekabet Kurulunca Çıkarılan 1998/4 sayılı Tebliğin 3.maddesinde; "Bu Tebliğ kapsamındaki özelleştirme yolu ile devralma işlemlerinde; özelleştirilecek teşebbüs ya da mal veya hizmet üretimine yönelik birimin ilgili ürün piyasasındaki pazar payının %20'yi veya cirosunun 20 trilyon Türk Lirasını aşması yada bu eşikler aşılmassa bile özelleştirilecek teşebbüsün hukuki veya fiili imtiyazlara sahip olması halinde, ihale şartlarının kamuoyuna duyurulmasından önce, Rekabet Kurumuna on bildirimde bulunularak, ilgili pazarda böyle bir özelleştirmenin ne gibi sonuçlar doğuracağı, özelleştirilecek teşebbüsün varsa sahip olduğu hukuki veya fiili imtiyazların özelleştirme sonrası durumunun ne olacağı, hususlarının değerlendirileceği ve bu konularda ihale şartları belgesinin hazırlığına esas olacak Rekabet Kurulu Görüşünün alınması zorunludur" pazar payının ve cironun hesaplanmasında, özelleştirilecek teşebbüs ya da mal veya hizmet üretimine yönelik birimin bir mevzuat hükmüne dayalı olarak mahalli idareler de dahil kamu kurum veya kuruluşlarına yaptığı satışlar dikkate alınmaz.

Bu Tebliğ anlamında, hukuki ya da fiili imtiyaz, Özelleştirme Yüksek Kurulu tarafından oluşturulacak, devletin sahip olacağı imtiyazlı hak ve paylara ilişkin hükümler saklı kalmak kaydı ile, özelleştirilecek teşebbüsün kamu kuruluşu olmasından kaynaklanan, bir kanun veya sair hukuki düzenlemeye dayanan yada fiilen oluşmuş, ilgili ürün piyasasında faaliyet gösteren diğer teşebbüslerin sahip olmadığı veya olamayacağı beklenen tekel hakkı da dahil tüm ayrıcalıkları ifade eder. Ancak, bu ayrıcalıkların özelleştirme sonucunda kendiliğinden ortadan kalkıyor olması veya Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından ortadan kaldırılması ve her iki halde de durumun ihale şartlarının kamuoyuna duyurulmasından önce Rekabet Kurumu nezdinde tevsik edilerek Rekabet Kurulundan 10 iş günü içerisinde olumlu görüş alınması halinde bu hususlar imtiyaz olarak kabul edilmez. Bu sürenin sonunda herhangi bir görüş bildirilmemesi, konuya ilişkin Rekabet Kurulu Görüşünün olumlu olduğu anlamına gelir" hükmü yer almıştır.

Dava dosyasında mevcut belgelerin incelenmesinden; Türkiye Elektrik İletişim A.Ş. ye ait Ankara-İstanbul ve İstanbul-Bulgaristan güzergahındaki iki çift fiber kablonun 10 yıl süreyle

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2007/5248
Karar No : 2009/6274

kiraya verilmesi üzerine, Tellkom İletişim Hizmetleri A.Ş. tarafından davalı idareye yapılan şikayet başvurusunda; kendilerine ait "Ankara II (Sincan)-Temelli-Dokurcan-Adapazarı-Paşaköy-Zekeriya köy-Alibeyköy-Habipler-Unimar-Hamit abad-Bulgaristan (sınır) güzergahında serili bulunan iki çift optik fiber kablonun kiraya verilmesini konu alan ihalenin düzenlendiği ancak; aynı güzergahta TEİAŞ'a ait olan ve ihale kapsamı dışında tutulan üç çift fiber optik kablonun daha bulunduğu ve bu kabloların Türk Telekom tarafından kullanılmasına rağmen bu kurumun ihaleye istekli sıfatıyla teklif verdiği, Türk Telekom'un Telekomünikasyon altyapısı pazarında hakim durumda bulunduğu ve ihaleyi kazanması halinde tekelin daha da güçleneceği, bu kurumun anılan ihale veya benzerlerine girmesinin sınırlandırılmaması halinde, Telekomünikasyon Kurumu tarafından altyapı işletmeciliği hizmeti sunmak üzere 2.Tip Telekomünikasyon Ruhsatı ile yetkilendirilmiş işletmecilerin bu piyasaya girmelerinin ve piyasada faaliyette bulunmalarının engellenip rekabet ortamının bozulacağı ileri sürülerek Türk Telekom'un anılan ve benzeri ihalelere bundan böyle katılımının engellenmesi için gerekli önlemlerin alınması talep edilmiş, davalı idarece yapılan inceleme sonucunda; dava konusu kiraya verilme işleminin 1998/4 sayılı Tebliğ kapsamında özelleştirme yolu ile gerçekleştirilen bir devralma işlemi olduğuna ve işlemlerin bu kapsamda yerine getirilmesi gerektiğine ancak işlemin 1998/4 sayılı Tebliğ bakımından ön bildirim tabi olmadığına, işlemin alıcılar bakımından yapılacak değerlendirmeler sonucunda izne tabi bir özelleştirme işlemi niteliğini taşıyabileceğine, alıcılardan birisinin Türk Telekomünikasyon A.Ş. olması halinde işlemin hukuki olarak geçerlilik kazanabilmesi için Rekabet Kurulundan İzin alınması gerektiğine, bu durumun Türkiye Elektrik İletişim A.Ş. ile Türk Telekomünikasyon A.Ş'ne bildirilmesine karar verildiği anlaşılmaktadır.

26.8.2004 tarih ve 25565 sayılı resmi gazetede yayımlanan Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği hükümleri ile Telekomünikasyon Kurumundan gerekli lisansı ve genel izni almış işletmelerin, telekomünikasyon hizmeti yürütebileceği, telekomünikasyon altyapısı kurabileceği ve işletebileceği kurula bağlanmış olup; ilgili piyasada faaliyet gösterebilmek için sözkonusu hizmetin yürütülmesi bakımından TEİAŞ ile ruhsat sahibi diğer işletmeciler arasında herhangi bir farkın bulunmadığı, dava konusu olayda, devir konusu hatlar nedeniyle alıcıya bir imtiyaz geçmesinin sözkonusu olmadığı anlaşılmakta olup; dava konusu Rekabet Kurulu Kararında yukarıda anılan mevzuata aykırılık saptanmamıştır.

Davacının diğer iddiaları ise yerinde görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle davanın reddine karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2007/5248
Karar No : 2009/6274

Dava, TEİAŞ'a ait Ankara-İstanbul ve İstanbul-Bulgaristan güzergâhlarındaki iki çift fiber kablonun 10 yıl süreyle kiraya verilmesiyle ilgili olarak, 4054 sayılı Kanun uyarınca yapılan şikâyet sonucu, Rekabet Kurulu tarafından verilen 08.02.2007 tarih ve 07-13/112-33 sayılı kararın iptali istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesinin birinci fıkrasında, bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmelerinin veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere devralmasının hukuka aykırı ve yasak olduğu hükme bağlanmıştır; ikinci fıkrasında da, hangi tür birleşme ve devralmaların hukukî geçerlilik kazanabilmesi için Kurul'a bildirilerek izin alınması gerektiğinin Kurul tarafından çıkarılacak tebliğlerle ilân edileceği belirtilmiştir.

Sözü edilen hüküm uyarınca düzenlenen 1998/4 sayılı "Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukukî Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ" in 3. maddesinin birinci fıkrasında, bu Tebliğ kapsamındaki özelleştirme yolu ile devralma işlemlerinde, özelleştirilecek teşebbüs ya da mal veya hizmet üretimine yönelik birimin ilgili ürün piyasasındaki pazar payının % 20'yi veya cirosunun 20 trilyon Türk Lirası'nı aşması ya da bu eşikler aşılsa bile özelleştirilecek teşebbüsün hukukî veya fiili imtiyazlara sahip olması halinde, ihale şartlarının kamuoyuna duyurulmasından önce, Rekabet Kurumu'na ön bildirimde bulunularak, ilgili pazarda böyle bir özelleştirmenin ne gibi sonuçlar doğuracağı, özelleştirilecek teşebbüsün varsa sahip olduğu hukukî veya fiili imtiyazların özelleştirme sonrası durumunun ne olacağı hususlarının değerlendirileceği ve bu konularda ihale şartları belgesinin hazırlığına esas olacak Rekabet Kurulu görüşünün alınmasının zorunlu olduğu; 4. maddesinde, Rekabet Kurulu'nun görüşü alınmak üzere ön bildirimlerde takip edilecek usul düzenlendikten sonra, 5. maddesinde, Rekabet Kurumu'na ön bildirimde bulunulması zorunlu olan özelleştirme yolu ile devralma işlemlerinde ve ön bildirimde bulunulması zorunlu olan özelleştirme yolu ile devralma işlemi taraflarının ilgili ürün piyasasındaki toplam pazar paylarının %25'i veya cirolarının 25 trilyon Türk Lirası'nı aşması halinde, devralma işlemlerinin hukukî geçerlilik kazanabilmeleri için Rekabet Kurulu'ndan izin alınmasının zorunlu olduğu; 6. maddesinde ise, Rekabet Kurumu'na izin başvurusunun, ihale işleminin sonuçlanmasından sonra ve fakat ÖYK'nın özelleştirilecek teşebbüs ya da mal veya hizmet üretimine yönelik birimin nihaî devir işlemine ilişkin kararından önce, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın ÖYK'ya sunacağı ÖYK karar taslağında yer alacak her teklif sahibi için bağımsız dosyalar şeklinde yapılacağı hükme bağlanmıştır.

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2007/5248
Karar No : 2009/6274

Dava dosyasındaki bilgi ve belgelerin işlem dosyasıyla birlikte incelenmesinden; TEİAŞ'a ait Ankara-İstanbul ve İstanbul-Bulgaristan güzergâhlarındaki iki çift fiber kablonun 10 yıl süreyle kiraya verilmesiyle ilgili olarak Tellcom İletişim Hizmetleri A.Ş. tarafından yapılan başvuruya, yapılacak ihaleye Türk Telekomünikasyon A.Ş. (Türk Telekom) tarafından da istekli sıfatıyla teklif verildiği, Türk Telekom'un telekomünikasyon altyapısı pazarında hâkim durumda bulunduğu, Türk Telekom'un anılan ihaleye katılması ve ihaleyi kazanması halinde sahip olduğu tekelin güçleneceği ve bu durumun rekabet ortamını ciddi surette bozacağı belirtilerek, Türk Telekom'un ihale kapsamında düzenlenecek bu ve benzeri ihalelere bundan böyle katılımının engellenmesi için gerekli önlemlerin alınmasının talep edildiği, TEİAŞ'a ait fiber optik hatların 10 yıl süre ile kiraya verilmesi işleminin Kurul tarafından işlemin bir devir işlemi olup olmadığı, işlemin bir özelleştirme işlemi olarak kabul edilip edilemeyeceği, işlemin bildirim tabi olup olmadığı ve bu anlamda işlemin gerçekleştirilebilmesi için Rekabet Kurulu'nun izninin gerekli olup olmadığı yönlerinden değerlendirildiği, ihaleye konu olan fiberlerin devriyle birlikte ihaleyi kazanacak firmanın, 1997/1 sayılı Tebliğ'deki kontrol tanımına uyan bir şekilde, TEİAŞ'ın malvarlığının bir kısmı üzerinde (iki çift fiber) işletilmeye müsait bir kullanım hakkıyla belirleyici etki uygulama olanağına 10 yıllık bir süre için kavuşacağı, öte yandan ihale konusu fiberlerin, ihaleyi kazanacak firma tarafından altyapı hizmetleri verilebilmesini sağlayacak nitelikte olduğu, bu anlamda TEİAŞ'ın sahip olduğu ve 2 çiftini kiralayacağı 5 çift fiberin 10 yıl süre ile kiralanması işleminin 1998/4 sayılı Tebliğ kapsamında hizmet üretimine yönelik bir birimin özelleştirilmesi olarak değerlendirilmesi gerektiği, bir özelleştirme işleminin ön bildirim tabi olmasının, pazar payı/ciro eşliğini aşması ya da özelleştirmeye tabi teşebbüsün hukukî/fiili imtiyaza sahip olmasına bağlı olduğu, işleme konu fiberler daha önce TEİAŞ tarafından teşekkülün kendi haberleşmesinin yürütülmesinde kullanılmakta olduğundan, bu fiberler üzerinden herhangi bir ticari faaliyette bulunulmadığı, dolayısıyla, bu hatlar üzerinden herhangi bir gelir elde edilememiş olduğundan rekabet hukuku anlamında bu hatların kullanımından kaynaklı oluşmuş bir cirodan veya pazar payından söz edilebilmesinin söz konusu olmadığı, bu nedenle, pazar payının belirlenmesinde Ankara-İstanbul ve İstanbul-Bulgaristan hatlarında data trafiğinin taşınmasında kullanılan hatların mevcut ve planlanan kapasitesinin ve kullanım oranlarının dikkate alınmasının uygun olacağı, inceleme kapsamında elde edilen bilgiler doğrultusunda, Türk Telekom'un, mülkiyeti kendisine ait olan/olmayan ticari faaliyetlerde kullanılabilir, Ankara-İstanbul güzergâhında mevcut 54 fiberin, İstanbul-Bulgaristan güzergâhında ise mevcut 60 fiberin tamamını işlettiği, işlem konusu fiberler ile diğer fiberlerin eşit ya da benzer kapasite ve teknolojiye sahip olduğu düşünüldüğünde ihale konusu fiberlerin %20'lik bir pazar payına ulaşabilmesinin olanaklı görünmediği, bir özelleştirme işleminin ön bildirim tabi olup olmadığının belirlenmesinde dikkate alınacak ikinci hususun özelleştirilecek teşebbüsün hukukî ya da fiili imtiyaza sahip olup olmadığı olduğu, Türk Telekom'un 31.12.2003 tarihinde kadar devam eden tekel hakkının sona erdiği, 26.08.2004 tarih ve 25565 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Telekomünikasyon

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2007/5248
Karar No : 2009/6274

Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği ile Telekomünikasyon Kurumu'ndan gerekli lisansı almış ve genel izin kapsamında kayıtlanmış kişilerin telekomünikasyon hizmeti yürütebileceği, telekomünikasyon altyapısı kurabileceği ve işletebileceğinin hükme bağlandığı, yine bu Yönetmelikte 07.09.2005 tarihinde yapılan değişiklikle altyapı işletmeciliği hizmetini yürütmek isteyen sermaye şirketlerinin, Kurum tarafından verilecek 2. Tip TR ile yetkilendirileceğinin öngörüldüğü, tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, söz konusu işlemde 1998/4 sayılı Tebliğ anlamında hukukî ya da fiili bir imtiyazdan bahsetmenin mümkün görünmediği, dolayısıyla, dosya konusu fiberlerin devrinin hem pazar payı/ciro eşikleri bakımından hem de fiili ya da hukukî bir imtiyazı içermemesi bakımından ön bildirim tabi bir işlem olmadığı, öte yandan, 1998/4 sayılı Tebliğ'in 5. maddesi uyarınca ihale sonucu gerçekleşecek devir işleminin hukukî olarak geçerlilik kazanabilmesinin, eğer tarafların ilgili ürün pazarındaki ciro ve pazar payları Tebliğ'de öngörülen eşikleri geçiyor ise, Rekabet Kurulu izni sonrasında gerçekleşebileceği, bu anlamda söz konusu hatların Türk Telekom tarafından kiralanması durumunda işlemin hukukî olarak gerçekleşebilmesinin Rekabet Kurulu'nun iznine bağlı olduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda; TEİAŞ'a ait Ankara-İstanbul ve İstanbul-Bulgaristan güzergâhlarındaki iki çift fiber kablonun 10 yıl süreyle kiraya verilmesi işleminin 1998/4 sayılı Tebliğ kapsamında özelleştirme yolu ile gerçekleştirilen bir devralma işlemi olduğuna ve işlemlerin bu kapsamda yerine getirilmesi gerektiğine, ancak işlemin 1998/4 sayılı Tebliğ bakımından ön bildirim tabi olmadığına, işlemin alıcılar bakımından yapılacak değerlendirmeler sonunda izne tabi bir özelleştirme işlemi niteliğini haiz olabileceğine, alıcılardan birisinin Türk Telekom olması halinde işlemin hukukî olarak geçerlilik kazanabilmesi için Kurul'dan izin alınması gerektiğine ilişkin dava konusu Rekabet Kurulu kararında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Davacının iddiaları da, dava konusu işlemi sakatlayıcı nitelikte görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle; davanın reddine, aşağıda dökümü yapılan 108,40-TL yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, artan posta ücretinin istemi halinde davacıya iadesine, 08.06.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

| | | | | |
|--------|--------|----------|--------|--------|
| Başkan | Üye | Üye | Üye | Üye |
| Faruk | Ali | Turan | Zümrüt | Gürsel |
| ÖZTÜRK | ÖZTÜRK | KARAKAYA | ÖDEN | MEKİK |

YARGILAMA GİDERLERİ :

Toplam Harç : 68,40-TL
Posta Gideri : 40,00-TL
TOPLAM : 108,40-TL

