

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2014/4523
Karar No : 2014/4548

REKABET KURUMU
Tarih : 03.04.2015
Sayı : 1745

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : Vodafone Net İletişim Hizmetleri A.Ş.

Vekili : Av. İsmail Yılmaz ASLAN

Gazi Umur Paşa Sokak, Bimar Plaza 38/8,
Balmumcu - Beşiktaş / İSTANBUL

Karşı Taraf (Davalı) : Rekabet Kurumu

Üniversiteler Mah. 1597. Cad. No:9

Bilkent - Çankaya / ANKARA

Vekili : Av. Ayperi SAMANTIR - Aynı adreste

İstem Özet : Ankara 11. İdare Mahkemesi'nin 19.06.2014 tarih ve E:2013/1899, K:2014/860 sayılı kararının; davalı kurumca tesis edilen işlemin eksik inceleme ve değerlendirme ile tesis edildiği, "fiyat sıkıştırması" yaparak 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiği iddia edilen Türk Telekom hakkında yapılan ön araştırma sonucunda pozitif marj kaldığı gerekçesiyle soruşturma açılmasına gerek olmadığı yönünde verilen kararın ve söz konusu tespitin hatalı olduğu, kârlılık oranlarının normal/sürdürülebilir olmadığı, Türk Telekom'un uyguladığı fiyat sıkıştırması sebebiyle uzun vadede piyasadan çıkma neticesinin ortaya çıkacağı, bunun da hakim durumun kötüye kullanılması hâli olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz isteminin reddi ile usul ve yasaya uygun olan İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Ahmet ASYA'nın Düşüncesi : Fiyat sıkıştırması testinin, sermayenin yoğun olduğu sektörlerde uygulanması durumunda, maliyeti hesaplanan ürünün alt pazar maliyetlerinin analizinin yapılması gerekmekte olup, bu maliyet kalemlerinin belirlenmesinde, ürünle doğrudan ilişkilendirilebilir tüm maliyetlerin dâhil edilmesi gerekmektedir.

Davalı Kurum, daha sonra 29.1.2014 tarihinde kabul ettiği "Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz"un 62'nci paragrafında, "uzun dönem ortalama artan maliyetleri" dikkate alacağını ifade etmiştir. [Nitekim Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), antitröst hukuku bakımından vermiş olduğu kararlarında, ürün bakımından uzun dönem artan nitelikteki maliyetleri de dikkate almaktadır.]

Dava konusu uyuşmazlıkta; Kurum'ca yapılan incelemede toptan girdi maliyetleri konusunda analizlere yer verilmiş iken, alt pazar maliyetleri konusunda herhangi bir analiz yer almamıştır. Fiyat sıkıştırması testinin en önemli unsurlarından olan alt pazar maliyetlerinin ne kadar karmaşık hesaplamalar gerektirse de, gerektiğinde maliyet ayrıştırması yoluna da başvurarak Rekabet Hukuku açısından incelenen ürün bakımından ortaya konulması bir gerekliliktir.

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2014/4523

Karar No : 2014/4548

Ayrıca "fiyat sıkıştırması testinin" en önemli amacı; davalı Kurum tarafından yayınlanan kılavuzda da ifade edildiği gibi; davranışı incelenen dikey bütünleşik teşebbüsün "alt pazarda eşit derecede etkin bir rakibinin dahi kârlı bir şekilde kalıcı olarak ticari faaliyette bulunmasına imkân vermeyecek nitelikte fiyatlarını belirlemesidir." Fiyat sıkıştırması testinin denetlenebilir olması bakımından da kârlılık oranının sürdürülebilir olup olmadığının yapılan analizler neticesinde ifade edilmesi gerekir.

Bu durumda; eksik inceleme ile soruşturma açılmaması yönünde tesis edilen Kurum kararının, gerekli incelemeler tamamlanarak soruşturma açılıp açılmayacağı noktasında değerlendirmeler yapılmak üzere, iptali gerektiğinden, temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

Dava; 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun uyarınca yapılan başvurunun anılan Kanun'un 41. maddesi uyarınca reddine ve soruşturma açılmamasına ilişkin Rekabet Kurulu'nun 21.08.2013 tarih ve 13-48/692-293 sayılı kararının iptali istemiyle istemiyle açılmış; İdare Mahkemesi'nce; dava konusu işlemde özetle; 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca Bilgi Teknolojileri İletişim Kurumundan görüş talep edildiği, gelen görüş yazısında Türk Telekom'un ilgili piyasada etkin piyasa gücüne sahip işletmeci olduğunun ve Türk Telekom'a getirilen yükümlülükler arasında tarife kontrolü yükümlülüğünün de bulunduğu, ilgili yükümlülük çerçevesinde Türk Telekom'un söz konusu kampanyaları kendilerine bildirdiği, söz konusu kampanyanın alternatif işletmecilerin Türk Telekom'dan satın almak durumunda oldukları toptan hizmetlerin (çağrı başlatma taksim sonlandırma) maliyetlerinin transmisyon maliyetlerinin ve perakende maliyetlerin makul kârı da içerecek şekilde değerlendirildiğinin, ilgili tarife ya da kampanyaların analizinde abonelere tanınan kullanım haklarının tamamının değil, gerçekleşen veya gerçekleşmesi beklenen trafik miktarlarının göz önünde bulundurulduğunun, zira operatörler tarafından abonelere sunulan faydaların tamamının kullanılmadığının bilindiğinin, Mayıs 2010'dan itibaren Türk Telekom'un alternatif işletmecilere yönelik uyguladığı toptan düzeydeki arabağlantı indirim kampanyalarının çağrı başlatma maliyetlerini azaltıcı etkisi olduğunun, ancak yapılan başvuruda bu indirimlerin göz ardı edildiğinin, % 20 ile % 90 arasında değişen oranlarda bu kapsamda indirim uygulandığının, ayrıca Rekabet Kuruluna yapılan başvuruda kota aşım ücretlerinin göz ardı edildiğinin, Türk Telekom'un ilgili kampanyalarına ilişkin tarifelerinin incelendiğinin ve mevzuata aykırılık teşkil eden bir hususun bulunmadığının, uygulanan kampanyaların alternatif işletmeciler açısından beklenen kâr oranlarının ilgili tarife paketinde beklenen kâr oranından daha düşük olabileceğinin belirtildiği; Bilgi Teknolojileri İletişim Kurulunun söz konusu görüş

T.C.

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2014/4523

Karar No : 2014/4548

yazısına değinildikten sonra dava konusu işlemde değerlendirme kısmına geçildiği; bu kısımda, Türk Telekom'un sunduğu ev avantaj kampanyalarından % 30 İndirimli Ev Avantaj 100 kampanyası fiyatlarının daha düşük olması nedeniyle bu kampanyanın incelemede dikkate alındığının, bu kampanyaya katılan abonelere 12 ay boyunca Türk Telekom müşterisi olmaları hâlinde 9 ay boyunca Ev Avantaj 100 tarifesi paket ücreti üzerinden % 30 indirim hakkı tanındığının, aylık efektif fiyatın vergiler dâhil 17,75-TL olduğunun, bununla birlikte başvuru sahibinin maliyetlerinin tespitinin daha karmaşık bir değerlendirme gerektirdiğinin, maliyet hesaplanırken toptan hat kiralama bedeli, çağrı başlatma ve sonlandırma ücreti, altyapının Türk Telekom tabanlı olması sebebiyle ortaya çıkan maliyet ve transmasyon maliyetinin dikkate alınması gerektiğinin, rekabetçi açıdan en riskli durumda sabit telefon hizmeti işletmecilerine % 5,12 oranında bir kâr marjı kaldığının, bununla birlikte bu hesaplama şeklinde üç hususun göz ardı edildiğinin, birincisinin Telekom'un ara bağlantı indirim kampanyası ve bunun çağrı başlatma maliyetine azaltıcı etkisi, ikincisinin kota aşımı nedeniyle abonelerin ödedikleri ücretler ve bunun gelir artırıcı etkisi, üçüncüsünün ise çağrı başlatmada VoIP yönteminin kullanılabilmesi ve bunun çağrı başlatma maliyetini azaltıcı etkisi olduğunun, yalnızca Türk Telekom'un indiriminden yararlanılması hâlinde kâr marjının % 7,62 ile % 17,65 arasında olduğunun, buna VoIP'den kaynaklanan maliyet azaltıcı etki eklendiğinde kâr marjının % 14,30 ile % 18,59 arasında olduğunun, bunun yanında kota aşım nedeniyle ödenen ücretlerin eklenmesi hâlinde kâr marjının % 12,60 ile % 27,04 arasında değiştiği, % 30 indirimli Ev Avantaj kampanyası dikkate alınarak yapılan hesaplamada ise en riskli senaryoda dahi işletmecilere % 10,10 oranında bir marj kaldığı ve bu kampanyada her hâlukârda % 30 indirimli Ev Avantaj 100 kampanyasındaki kâr marjından daha yüksek bir kâr marjı olacağıının, sonuç olarak en riskli durumlar dikkate alındığında dahi Türk Telekom tarafından elde edilen gelirle toptan düzeyde katlanılan maliyetler arasında pozitif marj kaldığının belirtildiği, bu durumda, Türk Telekom'un sabit telefon hizmeti piyasasında etkin piyasa gücüne sahip şirket olarak belirlenmesi sebebiyle Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunca çeşitli tarife yükümlülükleri altına sokulmuş olması ve bahse konu tarifelerin de uygun olduğunun ilgili Kurumca ortaya konulmuş olması, ayrıca yapılan ayrıntılı analizlerle ilgili tarifede kâr marjının en kötü senaryoda dahi % 14,30 - % 18,59 civarında olması, kaldı ki kota aşımı ücretlerinin dikkate alınması durumunda bu kârın daha da artıyor olması, davacı tarafından bu hususun aksini ortaya koyan kanıtların dosyaya sunulmamış olması, sonuç olarak ayrıntılı analizler neticesinde ortaya çıkarılan söz konusu kâr payları ile hakim durumun kötüye kullanılmasının söz konusu olamayacağı sonucuna varılması karşısında, davacının rekabete aykırı eylem nedeniyle yaptığı başvurunun reddedilerek soruşturma açılmamasına ilişkin olarak tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 1'inci 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

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2014/4523

Karar No : 2014/4548

kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamak olduğu belirtilmiş; 2'nci maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukuki işlem ve davranışların, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemlerin bu Kanun'un kapsamında olduğu belirtilmiş; 3'üncü 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.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4'üncü 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 almış; 6'ncı 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 belirtilmiş; aynı maddenin (a-e) bentlerinde uygulamada sık rastlanılan kötüye kullanma hâlleri örnekleme suretiyle sayılmış olup; bunlardan (a) bendinde: "Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemlerin" hakim durumun kötüye kullanılması hâllerinden biri olarak belirtilmiş; Kanun'un 16'ncı maddesinin üçüncü fıkrasında ise, bu Kanun'un 4'üncü ve 6'ncı maddelerinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiği sabit olanlara Kanun maddesinde belirtilen miktar aralığında 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; devam eden maddelerde ise Kurulun soruşturmaya

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2014/4523

Karar No : 2014/4548

başlaması hâlinde uygulanacak idarî usûl çerçevesinde delillerin toplanması, tarafların bilgilendirilmesi, tebligat ve cevap verme ve sözlü savunma toplantısına ilişkin kurallara yer verilmiştir.

Yukarıda yer verilen düzenlemelere göre, soruşturma açılması için yeterli bilgi ve belge varsa Kurul tarafından doğrudan soruşturma açılmasına karar verilebileceği, doğrudan soruşturma açılmasına yetecek bilgi ve belge bulunmadığı hâllerde 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 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, aksi takdirde rekabet kurallarının ihlal edildiğine ilişkin iddialar açıklığa kavusmadan soruşturma açılmaması yönünde alınan kararın rekabetin korunması amacına hizmet etmeyeceği kuşkusuzdur.

Rekabet Hukukunda fiyata ilişkin dışlayıcı davranışlar; yıkıcı fiyatlama, seçici fiyatlama, indirim sistemleri ve fiyat sıkıştırması gibi çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Bunlardan biri olan fiyat sıkıştırması; rekabet hukukunda hâkim durumun kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilen bir uygulama olup, bir üretim veya hizmet sektörü alanının hem toptan hem de perakende pazarında faaliyet gösteren ve toptan pazarda yüksek piyasa gücüne sahip, yani perakende pazarındaki rakiplerine ürün sağlayan dikey bütünlüğe sahip bir işletmecinin, perakende pazarındaki rakiplerini dışlayacak, pazar güçlerini kısıtlayacak yahut **sürdürülebilir bir kâr oranı ile piyasada kalmalarını engelleyecek** şekilde, rekabeti engellemek amacıyla uyguladığı bir fiyatlama yöntemidir. Yüksek pazar gücüne sahip bu teşebbüsün, üst pazarda üretimini kontrol ettiği girdinin fiyatı ve bu girdiden elde edilen alt pazar ürününün fiyatı arasındaki marjı, bu fiyatların düzeyinde değişiklikler yaparak kısması sonucunda oluşabilecek fiyat sıkıştırmasının 4054 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesi kapsamında değerlendirilmesi gereken bir ihlal olduğu açıktır.

Fiyat sıkıştırmasının var olup olmadığının ortaya konulabilmesi bakımından, yukarıda yer verilen açıklamalar ışığında, **maliyetlerin** ve kârlılığın doğru, eksiksiz ve şüpheye yer vermeyecek şekilde hesaplanması gerekmektedir. Özellikle; dikey bütünlüğe sahip yapıda olan bir firmanın faaliyeti kapsamında ortaya çıkan fiyat sıkıştırmasında **maliyet kalemlerinin** daha detaylı analizlerinin yapılması gerekliliği ortadadır. Nitekim davalı Kurum tarafından daha önce yapılan "fiyat sıkıştırması testlerinde" de maliyetlerin daha detaylı hesaplanması yoluna gidilmiştir. Davalı Kurumun 11.7.2007 tarihli "bilgi notu" başlıklı 07-59/676-235 sayılı kararında, TTNET A.Ş.'nin "Yaz Fırtınası" kampanyasına ilişkin vermiş olduğu geçici tedbir kararında alt pazar maliyetlerine yönelik detaylı analizler yapıldığı görülmektedir. Yine davalı Kurum'un 19.12.2013 tarih "soruşturma" başlıklı 13-71/992-423 sayılı kararında, "TTNET A.Ş. ve Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin fiyatlandırma politikaları aracılığıyla perakende ve toptan sabit

T.C.

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2014/4523

Karar No : 2014/4548

genişbant internet erişim hizmetleri pazarlarında 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal edip etmediklerinin tespitine" yönelik yaptığı analizlerde de alt pazar maliyetleri konusunda geniş açıklamalara yer verilmiştir.

Öte yandan, davalı Kurumun daha sonra 29.1.2014 tarihinde yayımladığı "Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz"un 62'nci paragrafında, "incelenen davranışın fiyat sıkıştırması yoluyla rekabet karşıtı piyasa kapamaya yol açmasının muhtemel olup olmadığının tespitinde, Kurul'un genellikle kullanacağı ölçütün üst pazarda hâkim durumda bulunan teşebbüsün alt pazar ürünü için hesaplanan uzun dönem ortalama artan maliyeti olduğunu kabul etmiştir". Davaya konu işlemde ise, "uzun dönem ortalama artan maliyet" dikkate alınmaksızın üst pazar maliyetlerin analiziyle yetinilmiş ve alt pazar maliyetlerine yeterince yer verilmemiştir.

Bütün bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, fiyat sıkıştırması konusunda Rekabet Hukuku açısından yapılacak değerlendirmelerin ve Kurumca yapılacak incelemelerin kapsamına dâhil edilecek maliyet kalemlerinin detaylı analizlerinin ve tespit edilen kârlılığın sürdürülebilir olup olmadığının tartışılması bir gereklilik olup, şikâyetçinin dilekçesinde ileri sürdüğü maliyet kalemlerinin büyüklüğü ve niteliği konusunda yeterince tatminkâr bilgi ve belgelere ulaşılarak bir değerlendirme yapılması gerekirken, bu maliyet kalemlerinin dikkate alınmaksızın ve ortaya çıkan kârlılığın sürdürülebilir olup olmadığı konusu tartışılmaksızın soruşturma açılmasına gerek olmadığına ve şikâyetin reddine yönelik Kurul kararında hukuka uygunluk görülmemiştir.

Diğer yandan, bu karar doğrultusunda doğrudan soruşturma açılmasına gerek olmadığı ve kararda belirtilen gerekçe doğrultusunda önaraştırma sürecinin tekrarlanması gerektiği, bu süreç sonrasında 4054 sayılı Kanun'un 40. ve ilgili maddelerinde öngörülen idari usulün işletilerek gerekli görülmesi hâlinde soruşturma açılacağı de kuşkusuzdur.

Açıklanan nedenlerle; temyiz isteminin kabulü ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca Ankara 11. İdare Mahkemesi'nin 19.06.2014 tarih ve E:2013/1899, K:2014/860 sayılı kararının **BOZULMASINA**, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine, bu kararın tebliğ tarihini izleyen 15 (on beş) gün içerisinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, 24.12.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan
Nevzat
ÖZGÜR

Üye
Ahmet
EĞERCİ

Üye
Nizamettin
KALAMAN

Üye
Dr. Hasan
GÜL

Üye
Hamza
EYİDEMİR

