

T.C.
DANIŞTAY
ÖNÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/4540
Karar No : 2017/2572

Tarih : 02.04.2018
Sayı : 2664
SDP : 640

Davacı : Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.
Küçükyalı Ofispark, Aydınlikevler Mah. İnönü Cad.

No:20 Maltepe / İSTANBUL

Vekili : Av. Betül Zekiye GÜRBÜZ - Aynı adreste

Davalı : Rekabet Kurumu
Üniversiteler Mah. 1597. Cad. No:9

Bilkent - Çankaya / ANKARA

Vekili : Av. Mehmet Ali ERKAN - Aynı adreste

Davalı İdare Yanında Müdahil : Vodafone Telekomünikasyon A.Ş.

Vekilleri : Av. İsmail Yılmaz ASLAN, Av. Orhan ÜNAL

Gazi Umur Paşa Sok. Bimar Plaza, 38/8

Balmumcu Beşiktaş / İSTANBUL

Davanın Özeti : 06.06.2011 tarih ve 11-34/742-230 sayılı Rekabet Kurulu kararının 3 ve 4. maddelerinin; karar nisabının oluşmadığı, bu durumda kararın ikinci toplantıya bırakılması gerektiği, yasal bir zorunluluk olduğu hâlde Rekabet Kurulu tarafından Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'ndan görüş alınmadığı, tekerrür eyleminin ne olduğunun belirtilmediği, soruşturma konusu olmayan bir husus ile cezalandırıldığı, hafifletici nedenlerin dikkate alınmadığı, numara taşınabilirliğinde abone kaybeden tek mobil operatör olduğu, münhasırlaştırıldığı iddia edilen bayi sayısının diğer operatörlerin dörtte biri oranında olduğu, iki ayrı pazar tanımı yapıldığı hâlde ihlâlir' etkilerinin doğduğu pazarda hâkim durum değerlendirilmesi yapılmadığı, münhasır çalışıldığı iddia edilen pazarın toplam pazar içindeki payının %10 gibi son derece düşük olduğu ileri sürülerek iptali ve 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü bendinin Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına karar verilmesi istenilmektedir.

Davalının Savunmasının Özeti : Davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Davalı İdare Yanında Müdahilin Savunmasının Özeti : Davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Süleyman ÇETMİLİ'nin Düşüncesi : Davanın reddine karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Berrin KARINCA'nın Düşüncesi : 06.06.2011 tarih ve 11-34/742-230 sayılı Rekabet Kurulu Kararının 3 ve 4. maddelerinin iptali ile 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü bendinin Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına karar verilmesi istenilmektedir. Anayasa'ya aykırılık iddiası ciddi görülmediğinden, işin esasına geçilmiştir:

T.C.

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2011/4540

Karar No : 2017/2572

Olayda, 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 verilen 06.06.2011 tarih ve 11-34/742-230 sayılı Rekabet Kurulu Kararının; Kanun'un 6. maddesinin (a) bendi çerçevesinde hâkim durumun kötüye kullanıldığına ilişkin 3. maddesinin (a) bendi ve 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (a) bendinin ihlali nedeniyle 91.942.343,31-TL idari para cezası verilmesine ilişkin 3. maddesinin (b) bendi ile 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 1. fıkrası uyarınca rekabetin tesisine yönelik 4. maddesinin iptali istemiyle dava açılmıştır.

Dosyadaki mevcut belge ve bilgilerden, 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 Kaldırımıcı, Üyeler Doç. Dr. Mustafa Ateş, İsmail Hakkı Karakelle, Doç. Dr. Cevdet İlhan Günay, Murat Çetinkaya ve Reşit Gürpınar olmak üzere toplam 6 üyenin katıldığı, Kurul kararının, davacı şirketin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (a) bendinin ihlali nedeniyle 91.942.343,31-TL idari para cezası verilmesine ilişkin 3. maddesinin (b) bendinin, 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 Yasaya 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 (yüzde on) sınırı içinde kalmak koşuluyla sonuç ceza miktarını 2010 mali yılında oluşan gayri safi gelirlerinin taktiren idari para cezasının daha düşük olarak tespit edilen oranın yarısı esas alınmak suretiyle, %0.56 oran belirlenmesi gerekirken aksi yönde, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Hâlinde 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 2 (iki) üyenin ceza miktarı belirlenirken daha yüksek oranda ceza belirlenmesi yolundaki oyları karşısında, %1.125 oranında ceza verilmesi yönünde oy kullanan üyelerin sayısının 3'de kalması, bu durumda da 4054 sayılı Kanun'un 51. maddesinin 1. fıkrasına göre nihai kararın çıkması için 4 (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 yüzde 1.125



T.C.

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2011/4540

Karar No : 2017/2572

oranına katılmak zorunda kalmış bulunduğu gerekçesiyle karara farklı gerekçe yazdığı anlaşılmıştır.

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 hâlinde kararın, toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile alınacağı, bu durumda da toplantı nisabının birinci fıkrada belirtilenden az olamayacağı, ikinci toplantıda oylarda eşitlik olması hâlinde ise Başkanın bulunduğu tarafın oyunun üstün sayılacağı öngörülmüştür.

Dava konusu Kurul Kararının 3/b maddesi yönünden Kurul Kararına "farklı gerekçe" yazılmışsa da, adı geçen üyenin içeriği itibariyle takdir edilen para cezası miktarına ilişkin olarak karara muhalif kaldığı, %1.125 oranında ceza verilmesi yönünde oy kullanan üyelerin sayısının 3'de kalması, bu durumda da 4054 sayılı Kanun'un 51. maddesinin 1. fıkrasına göre nihai kararın çıkması için 4 (dört) oyun gerekli olması zorunluluğu nedeniyle karara katılmak zorunda kaldığını beyan ettiği, esasen "farklı gerekçe" değil, karşı oy niteliğini taşıdığı ve 4054 sayılı Yasa'nın 51. maddesinin aradığı anlamda karar için gerekli çoğunluk sağlanmadığı sonucuna varılmıştır. Adı geçen Kurul üyesinin somut olaydaki iradesi, aslında iştirak etmediği para cezası tayinine, karar nisabı oluşmadığı için katıldığı yönünde olup, çoğunluk görüşüne katılmak zorunda kaldığı ifadesiyle dava konusu Kurul Kararını şekil yönünden hukuken sakatlamıştır.

4054 sayılı Kanun'un 51. maddesinde görüleceği üzere, Kurul'un nihai kararları için ilk toplantıda mutlaka karar yeter sayısının sağlanması gerektiği öngörülmemiş, maddenin ikinci fıkrasında, emredici bir düzenlemeye yer verilmek suretiyle birinci toplantıda karar nisabı sağlanmadığı takdirde tüm üyelerin iştiraki sağlanmak suretiyle kararın oluşmasını ikinci toplantıya bırakmış, bunun mümkün olmaması hâlinde de toplantı ve karar nisabına yönelik düzenlemeler getirmiştir. Bu itibarla, ilk toplantıda karar nisabı sağlanmadığı için Kurul Kararının da ikinci toplantıya bırakılması gerektiğinden ve 3/b maddesi yönünden yazılan farklı gerekçenin de, çoğunluk kararı şeklinde değerlendirilmesi, 4054 sayılı Yasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemelerin uygulanmaması sonucunu doğurduğundan, Kurul Kararının 3/b maddesini şekil bakımından hukuka aykırı hâle getirmiştir.

Öte yandan, 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; davacı şirketin GSM hizmetleri pazarında alt yapıya sahip olduğu, 2008 ve 2009 yıllarından itibaren rakip teşebbüslerle karşılaştırıldığında, ciro ve abone sayısı bazında yüksek bir pazar payına sahip ve hâkim durumda bulunduğu, ancak alt bayilerin fiili münhasırlığa zorlanması, fiili uygulamalar ve bireysel muafiyet kapsamına girmeyen dikey anlaşmalar yoluyla, Sim kart,



T.C.

DANIŞTAY

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2011/4540

Karar No : 2017/2572

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 faaliyetlerin 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 Yasa'nın 6/a maddesini ihlal ettiği ve hâkim durumunu kötüye kullandığı sonucuna varılmış ve mevzuata uygun şekilde, yeterli ispat vasıtalarıyla tespit edildiği anlaşılmıştır. 4054 sayılı Yasa'nın 9. maddesinin 1. fıkrasında da, Kurul, ihbar, şikâyet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya resen bu Kanun'un 4, 6 ve 7'nci 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 bildireceği düzenlemesine yer verilmiştir. 4054 sayılı Yasa'nın 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 verilmesi yönündeki Kurul Kararının 4. maddesinin de, 4054 sayılı Yasa'nın 9. maddesinin 1. fıkrasındaki düzenlemeye uygun olduğu görülmüştür.

Açıklanan nedenlerle, 06.06.2011 tarih ve 11-34/742-230 sayılı Rekabet Kurulu Kararının 3/b maddesinin şekil yönünden hukuka aykırılığı nedeniyle iptaline, 3/a maddesi ile 4. maddesi yönünden ise davanın reddine karar verilmesi gerektiği düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, duruşma için önceden belirlenen 08.03.2016 tarihinde davacı vekilleri Av. Betül Zekiye Gürbüz, Av. Mutlu Korkmazer, Av. Ömer Eryılmaz, Av. İlhan Yiğit'in, davalı idare temsilcisi Hukuk Müşaviri Salim AYDEMİR ile davalı idare yanında müdahil vekili Av. Sezgin Karakaş'ın geldikleri, Danıştay Savcısının hazır bulunduğu görülmekle açık duruşmaya başlandı. Taraflara ve müdahile usulüne uygun söz verilip dinlendikten ve Danıştay Savcısı'nın düşüncesi alındıktan sonra, taraflara ve müdahile son kez söz verilip duruşma tamamlandı. Dairemizce aynı gün verilen ara kararı üzerine gönderilen cevap değerlendirilerek dava dosyası incelenip, gereği görüldü:

Dava, 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 verilen 06.06.2011 günü, 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



T.C.

DANIŞTAY
ÖNÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2011/4540

Karar No : 2017/2572

yönelik uygulamalar vasıtasıyla Kanun'un 6. maddesinin (a) bendi çerçevesinde hâkim durumun kötüye kullanıldığına ilişkin 3. maddesinin (a) bendi ve 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (a) bendinin ihlali nedeniyle 91.942.343,31-TL idari para cezası verilmesine ilişkin 3. maddesinin (b) bendi ile 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 verilmesi yönündeki Kurul kararının 4. maddesinin iptali ve 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü bendinin Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Davacının Anayasa'ya aykırılık iddiası ciddi görülünceye kadar esasın incelenmesine geçildi.

Mahmut Talat Karasakaloğlu tarafından 07.03.2016 tarihli dilekçe ile davacı şirket yanında davaya katılma talebinde bulunulmuş, 08.03.2016 tarihli ara kararı ile müdahale dilekçesinin taraflara tebliğine karar verilmiş ise de, adı geçen bu talebinden 12.12.2016 tarihli dilekçesiyle feragat ettiği için bu konuda karar verilmesine gerek bulunmamaktadır.

Davacı şirketin dava konusu Kurul kararının usulüne uygun alınmadığı yönünde iddiaları bulunduğu için, öncelikle bu iddiaların değerlendirilmesi gerekmektedir.

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 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 sağlanamadığı 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, ikinci toplantıda oylarda eşitlik olması hâlinde ise Başkan'ın bulunduğu tarafın oyunun üstün sayılacağı belirtilmiştir.

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; 4054 sayılı Kanun'un 51. maddesinde, Kurul'un en az beş üyenin katılımı ile toplanacağı ve en az dört üyenin aynı yönde oy kullanması ile karar vereceği, ilk toplantıda karar için gerekli nisabın sağlanamadığı durumlarda, Başkan'ın ikinci toplantıya tüm üyelerin katılımını sağlayacağı, ancak bunun mümkün olmaması hâlinde kararın, toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile alınacağı, ikinci toplantıda oylarda eşitlik olması hâlinde Başkan'ın bulunduğu tarafın oyunun üstün sayılacağı kurala bağlanmış olup; dava konusu Kurul kararının alındığı 06.06.2011 tarihinde Kurulda görev yapan tüm üyelerin (6 üye) toplantıya katıldığı, Kurul Üyesi



Handwritten signature

T.C.
DANIŞTAY -
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/4540
Karar No : 2017/2572

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 varılmaktadır.

Davacı tarafından, karara katılan Kurul Üyesi Doç. Dr. Cevdet İlhan Günay'ın karardan önce görevinden istifa ettiği, yeniden atamasının yapılmadığı ileri sürülmektedir.

2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 12. maddesinin 1. fıkrasında; "Bir siyasi partiye mensup olsun veya olmasın seçilme yeterliğine sahip her Türk vatandaşı bu Kanun hükümlerine göre milletvekilliğine adaylığını koyabilir.", "Adaylık için görevden çekilmesi gerekenler" başlıklı 18. maddesinde; "...kamu kurumu ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri ... genel ve ara seçimlerin başlangıcından bir ay önce seçimin yenilenmesine karar verilmesi hâlinde yenileme kararının ilanından başlayarak yedi gün içinde görevlerinden ayrılma isteğinde bulunmadıkça adaylıklarını koyamazlar ve aday gösterilemezler.", 19. maddesinde ise "18'inci madde kapsamına girenlerin ayrılma istekleri en yakın amire verilecek bir dilekçeyle yapılır. Dilekçenin bakanlığa veya kuruma geldiği tarihten itibaren en geç on gün içinde ayrılma isteğinin kabul edildiği dilekçe sahibine ve amirlerine tebliğ olunur..." hükmüne yer verilmiştir.

Kurul Üyesi Doç. Dr. Cevdet İlhan Günay'ın 12.06.2011 tarihinde yapılan 24. dönem milletvekili genel seçimlerine katılmak amacıyla 10.03.2011 tarihli dilekçesi ile adaylık için görevden çekilme talebinde bulunduğu, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 19. maddesinde düzenlenen; dilekçesinin kuruma ulaştığı tarihten itibaren en geç on gün içinde ayrılma isteğinin kabul edildiği dilekçe sahibine ve amirlerine tebliğ edilmeden, adı geçeninin 15.03.2011 tarihinde adaylık için görevden çekilme talebinden vazgeçtiği anlaşılmıştır.

Davacı tarafından, yasal bir zorunluluk olduğu hâlde Rekabet Kurulu tarafından karardan önce Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'ndan görüş alınmadığı ileri sürülmektedir.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 7. maddesinin ikinci fıkrasında, Rekabet Kurulu'nun, elektronik haberleşme sektörüne ilişkin olarak yapacağı inceleme ve tetkiklerde, birleşme ve devralmalara ilişkin olarak vereceği kararlar da dâhil olmak üzere elektronik haberleşme sektörüne ilişkin olarak vereceği tüm kararlarda, öncelikle Kurum'un görüşünü ve Kurum'un yapmış olduğu düzenleyici işlemleri dikkate alacağı belirtilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden; Rekabet Kurulu'nca, 5809 sayılı Kanun'un 7. maddesi uyarınca Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'ndan 12.08.2009 tarih ve sayı ile görüş istenildiği, 07.09.2009 tarih ve 30853 sayılı cevabi yazıda, konunun 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinin belirtildiği, bu itibarla yasayla zorunlu görülen şekil kuralına uyulduğu anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlığın esasına ilişkin iddiaların incelenmesinden;

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un "Amaç" başlıklı 1. maddesinde, "Bu Kanun'un amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye



T.C.

DANIŞTAY

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2011/4540

Karar No : 2017/2572

kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır." hükmü yer almış; 27. maddesinin (a) bendinde, bu Kanun'da yasaklanan faaliyetler ve hukuki 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 idari para cezaları uygulamak Rekabet Kurulu'nun görevleri arasında sayılmış; 2. 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 hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarının ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukukî işlem ve davranışların, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemlerin bu Kanun kapsamına gireceği kurala bağlanmış; 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 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 hâlinin hukuka aykırı ve yasak olduğu, 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 hâlinin hukuka aykırı ve yasak olduğu kurala bağlanmış; anılan maddede bu hâller özellik

a) Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler,

b) Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartları sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması,

c) Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış hâlinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi,

d) Belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler,

e) Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması." olarak sayılmıştır.



MA

T.C.

DANIŞTAY

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2011/4540

Karar No : 2017/2572

Diğer yandan, Kanun'un "Para Cezaları" başlıklı 16. maddesinin üçüncü fıkrasında, bu Kanun'un 4, 6 ve 7. maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir yıl önceki malî yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karara en yakın malî yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayrisafi gelirin yüzde onuna kadar idarî para cezası verileceği belirtilmiştir.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinin uygulanmasında, bir teşebbüsün hâkim durumda olması tek başına ihlâl olarak değerlendirilmemekte, hâkim durumdaki teşebbüslerin sahip oldukları pazar gücünün avantajından faydalanarak gerçekleştirdikleri tüketici refahını azaltıcı nitelikteki eylemleri Kanun tarafından yasaklanmaktadır. Bu itibarla, hâkim durumdaki teşebbüslerin, eylemleri ile rekabetin kısıtlanmasına yol açmama şeklinde "özel sorumluluğu"nun bulunduğu kabul edilmektedir. Buna göre, Kanun'un 6. maddesi kapsamında incelenen bir davranışın ihlâl teşkil edebilmesi için davranışı gerçekleştiren teşebbüsün ilgili pazarda hâkim durumda olması ve davranışın bir kötüye kullanma niteliği taşıması gerekmektedir. Kanunda sayılan hâkim durumun kötüye kullanılması hâllerinden biri de, ticarî faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemlerdir.

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 ulaşılmıştır.

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 kullandığı anlaşılmaktadır.



T.C.

DANIŞTAY

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2011/4540

Karar No : 2017/2572

Öte yandan, 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 1. fıkrasında, Kurul, ihbar, şikâyet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya re'sen bu Kanun'un 4, 6 ve 7'nci 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 bildireceği kurala bağlanmıştır. 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 verilmesi yönündeki Kurul kararının 4. maddesinin 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 1. fıkrasındaki düzenlemeye uygun olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

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 taktiren %1,125'i oranında idarî para cezası uygulanmasında hukuka aykırılık görülmemiştir.

Yürütülen soruşturma kapsamında Yönetmelikte sayılan hafifletici unsurların hiçbirinin gerçekleşmediği dosyanın incelenmesinden anlaşılmaktadır.

Davacı tarafından ayrıca, tekerrür eden eyleminin ne olduğunun belirtilmediği ileri sürülmekte ise de; davacı Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'ne Rekabet Kurulu'nun 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 Dairemizin 2006/1219 esas sayılı dosyası ile dava konusu edilmiş; 13.05.2008 tarih ve K:2008/4195 sayılı karar ile, 4054 sayılı Kanun'un 4 ve 6. maddelerinin ihlal edildiği hususu soruşturma sonucu hukuken geçerli bilgi ve belgelerle tespit edilmiş bulunduğundan davacıya idarî para cezası verilmesine ilişkin Rekabet Kurulu kararında hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ve bu karar kesinleşmiştir.

Davacının diğer iddiaları da, dava konusu işlemi sakatlayıcı nitelikte görülmemiştir.

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 taktiren %1,125'i oranında olmak üzere davacıya 91.942.343,31-TL idarî para cezası verilmesinde ve 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 1. fıkrası uyarınca 4054 sayılı



19

T.C.

DANIŞTAY

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2011/4540

Karar No : 2017/2572

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 verilmesi yönündeki Kurul kararının 4. maddesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle; davanın **REDDİNE**, ayrıntısı aşağıda gösterilen toplam 470,80-TL yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına; Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 3.000,00-TL vekâlet ücreti ile ayrıntısı aşağıda gösterilen toplam 75,60-TL yargılama giderinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine; ayrıntısı aşağıda gösterilen toplam 91,00-TL yargılama giderinin davacıdan alınarak davalı idare yanında müdahile (Vodafone A.Ş.) verilmesine; 12.12.2016 tarihli dilekçesiyle davaya müdahale talebinden feragat eden Mahmut Talat Karasakaloğlu tarafından yapılan 60,00-TL posta giderinin adı geçen kişi üzerinde bırakılmasına, kullanılmayan 44,90-TL harcın istemi hâlinde aynı kişiye iadesine; posta gideri avansından artan tutarın kararın kesinleşmesinden sonra taraflara ve müdahile iadesine, bu kararın tebliğ tarihini izleyen 30 (otuz) gün içerisinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na temyiz yolu açık olmak üzere, 16.10.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Nevzat	Zümrüt	Dr. Hasan	Doç. Dr. Gürsel	İlker
ÖZGÜR	ÖDEN	GÜL	ÖZKAN	SERT

Yargılama Giderleri (Davacı) :

Toplam Harç : 238,80-TL

Posta Gideri : 232,00-TL

Toplam : 470,80-TL

Yargılama Giderleri (Davalı) :

Toplam Harç : 66,10-TL

Posta Gideri : 9,50-TL

Toplam : 75,60-TL

Yargılama Giderleri (Müdahil) :

Toplam Harç : 41,00-TL

Posta Gideri : 50,00-TL

Toplam : 91,00-TL

