

Davacı ve Yürütmenin Durdurulmasını İsteyen : Vodafone Telekomünikasyon A.Ş.

Vekili : Av. Dr. i. Yılmaz Aslan

Barbaros Bulv. Tan Apt. No:60/5 Balmumcu Beşiktaş/İSTANBUL

Davalı : Rekabet Kurumu

Yürütmen : Av. Mustafa Kemal, Ankara

İstemin Özeti : Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin ayrımcı uygulamalar ve seçici fiyatlandırma yoluyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u ihlâl ettiğinden bahisle yapılan şikâyetin reddine ilişkin Rekabet Kurulu'nun 20.05.2008 tarih ve 08-34/453-159 sayılı kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istenilmektedir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Ahmet EĞERCİ'nin Düşüncesi : Rekabet Kurulu tarafından şikâyetin, Kanun kapsamında olmadığı saptanması hallerinde, 4054 sayılı Kanun'un 42/2. maddesi uyarınca reddedilmesi mümkün bulunmakla beraber, Rekabet Kurumu'na şikâyet edilen hususlarla ilgili olarak, eylemin 4054 sayılı Kanun'un 4. veya 6. maddesi anlamında bir ihlâl olup olmadığına nitelendirilebilmesi için; Kurum tarafından Kanun'un "Kurulun İnceleme ve Araştırmalarında Usul" başlıklı dördüncü kısmındaki, Rekabet Kurulu'nun inceleme ve araştırmalarında uyulması zorunlu usullerin uygulanması ve önaraştırma kararının verilmesi gerekli bulunmaktadır.

Bu durumda, davacı iddialarının Kanun'un 6. maddesi kapsamında bulunması nedeniyle, davalı idarece davacının iddialarıyla ilgili olarak soruşturma açılmasına gerek olup olmadığına tespiti için önaraştırma yapılmasına karar verilmesi gerekirken, belirtilen prosedüre uyulmaksızın Kurul'ca doğrudan ilk inceleme raporu değerlendirilerek karar verilmesinde 4054 sayılı Kanun'a uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenle yürütmenin durdurulması isteminin kabul edilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Ünal DEMİRCİ'nin Düşüncesi : Yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27 nci maddesinde öngörülen koşulların gerçekleştiği anlaşıldığından, istemin kabulü gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce davalı idarenin savunması alındıktan sonra incelenmesine karar verilen yürütmenin durdurulması istemi, savunmanın geldiği görülmekle yeniden incelendi, gereği görüldü:

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2008/9448

Dava, Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin ayrımcı uygulamalar ve seçici fiyatlama yoluyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u ihlâl ettiğinden bahisle yapılan şikâyetin reddine ilişkin Rekabet Kurulu'nun 20.05.2008 tarih ve 08-34/453-159 sayılı kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 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; Kanun'un hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan 6. maddesinde ise, 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 halinin hukuka aykırı ve yasak olduğu belirtilmiş, (a-e) bentlerinde kötüye kullanma halleri sayılmıştır.

Davacı şirket tarafından, Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin tele-pazarlama yoluyla Kanun'un 6. maddesinin (a) ve (b) bentlerini ihlâl ettiği ileri sürüldüğünden, şikâyetle ilgili olarak; Kanun'un 6. maddesine aykırılık teşkil eden davranışların bulunup bulunmadığını tespit edilmesi gerekmektedir.

Dava dosyasının incelenmesinden; davacı şirketin şikâyeti üzerine düzenlenen 15.05.2008 tarih ve 2008-2-92/İl-08-FGA sayılı ilk inceleme raporunun Rekabet Kurulu tarafından değerlendirilmesi sonucu, şikâyetin, GSM hizmetleri pazarında hâkim durumda bulunan Turkcell'in bu alanda rakibi konumda bulunan Vodafone'un müşterilerine telefonda pazarlama yöntemi kullanarak düşük tarife teklif etmek, ücretsiz telefon vermek suretiyle aboneleri arasında ayrımcılık yapmak ve seçici düşük fiyatlama uygulamak suretiyle hâkim durumunu kötüye kullanması hakkında olduğu, 5392 sayılı Kanun ile değişik 2813 sayılı Telsiz Kanunu'nun 25 (b) maddesinde, "Abone kimlik ve iletişim bilgilerini taşıyan özel bilgiler ile cihazların elektronik kimlik bilgilerini taşıyan her türlü yazılım, kart, araç veya gereç yetkisiz ve izinsiz olarak kopyalanamaz, muhafaza edilemez, dağıtılamaz, kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla kullanılamaz" hükmünün yer aldığı, bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik'in 8. maddesinde ise, "Yasaların ve yargı kararlarının öngördüğü durumlar haricinde, haberleşmeye taraf olanların tamamının izni olmaksızın, telekomünikasyonun üçüncü şahıs tarafından dinlenmesi, kaydedilmesi, saklanması, kesilmesi veya gözetimi yasaktır. İlgili trafik verilerinin ise işletmeci tarafından hizmet amaçları dışında kaydedilmesi, saklanması ve gözetimi yasaktır" düzenlemesine yer verildiği, Telekomünikasyon Kurumu'nun 09.05.2008 tarih, 2877 sayı ile intikal eden görüş yazısındaki bilgilerden gerek Vodafone'un gerekse Turkcell'in bahsi geçen hükümlere aykırı olarak, haberleşme sırasında elde ettikleri trafik bilgilerini hizmet amaçları dışında işleyerek tele-pazarlama uygulamasında kullandıkları ve bu uygulamaları sebebiyle karşılıklı olarak

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2008/9448

birbirlerini Telekomünikasyon Kurumu'na şikâyet ettiklerinin görüldüğü, yine aynı yazıdan, Kurum tarafından ilgili teşebbüslere uyarıcı nitelikte bir yazı yazıldığı, trafik verilerinin hizmet amaçları dışında kullanılmasının durdurulmasının istendiğinin, aksi bir davranışın tespit edilmesi durumunda idarî para cezası uygulanmasının söz konusu olabileceğinin taraflara iletiği, bu durumda şikâyete konu eylemin, Turkcell tarafından Vodafone müşterilerine ilişkin olarak elde edilen ve trafik verilerinin işlenmesiyle sağlanan bilgilerin **tele-pazarlama** yönteminde kullanılarak, Turkcell aboneleri karşılığında Vodafone müşterilerine belirli bir süre için düşük fiyat tarifesi teklif edilmesi, ücretsiz cep telefonu verilmesi gibi uygulamalarla aboneler arasında ayrımcılık ve seçici **fiyatlandırma** yapılmasından oluştuğu, Kurum'un görüş yazısında, işletmecilerin telekomünikasyon mevzuatından kaynaklanan yükümlülükleri uyarınca bu eylemlerine son vermeleri gerektiğinin Turkcell ve Vodafone'a bildirildiği, bu sebeple, bu aşamada, şikâyete konu eylem hakkında 4054 sayılı Kanun kapsamında ayrıca bir işlem tesis edilmesine gerek bulunmadığı sonucuna varıldığından, şikâyetin reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Kanun'un 40. maddesinde, **Kurul'un**; resen veya kendisine intikal eden başvurular üzerine doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için **önaraştırma** yapılmasına karar vereceği, 41. maddesi gereğince de, **önaraştırma** raporu üzerine soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar vereceği, Kanun'un 43., 44., 45., 46. ve 47. maddelerinde öngörülen süreç yürütülerek, hakkında **soruşturma yürütülenin** savunması alındıktan sonra nihâî karar verileceği hükümleri yer almıştır.

Rekabet Kurulu'nun; ihbar, şikâyet veya re'sen başka **kaynaklardan öğrendiği** bir hâkim durumun kötüye kullanılması eylemi hakkında ya doğrudan **soruşturma açılmasına** ya da soruşturma açmaya gerek olup olmadığını anlamak için **önaraştırma yapılmasına karar** vereceği, soruşturma açmaya karar vermesi halinde tarafları bu durumdan haberdar eder; böylece yazılı iddia ve savunmaların ileri sürülmesi aşamasına gelineceği, daha sonra taraflarca talep edilmesi halinde ya da Kurul'ca re'sen sözlü savunma toplantısı yapılmasından sonra, nihâî karar aşamasına gelineceği hususları Kanun'da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Rekabet Kurulu tarafından şikâyetin, Kanun kapsamında olmadığından saptanması hallerinde, 4054 sayılı Kanun'un 42/2. maddesi uyarınca reddedilmesi mümkün bulunmakla beraber, Rekabet Kurumu'na şikâyet edilen hususlarla ilgili olarak, eylemin 4054 sayılı Kanun'un 4. veya 6. maddesi anlamında bir ihlâl olup olmadığının **nitelendirilebilmesi için**; Kurum tarafından Kanun'un "Kurulun **İnceleme ve Araştırmalarında Usul**" başlıklı dördüncü kısmındaki, Rekabet Kurulu'nun inceleme ve araştırmalarında uyulması zorunlu usullerin **uygulanması** ve önaraştırma kararının verilmesi gerekli bulunmaktadır.

Bu durumda, davacı iddialarının Kanun'un 6. maddesi kapsamında **ihlâl** iddialarına ilişkin bulunması nedeniyle, davalı idarece davacının iddialarıyla ilgili olarak soruşturma açılmasına gerek **olup** olmadığına tespiti için önaraştırma yapılmasına karar verilmesi gerekirken, belirtilen sürece uyulmaksızın Kurul'ca doğrudan ilk inceleme raporu değerlendirilerek karar verilmesinde 4054 sayılı Kanun'a uyarlık görülmemiştir.

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2008/9448

Açıklanan nedenlerle 2577 sayılı Kanun'un 27. maddesindeki koşulların birlikte olduğu anlaşıldığından, Rekabet Kurulu'nun 20.05.2008 tarih ve 08-34/453-159 sayılı kararının dava sonuçlanıncaya kadar yürütülmesinin durdurulmasına 05.12.2008 tarihinde **oyçokluğuyla** karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Faruk	Ali	Orhun	Turan	Zümrüt
ÖZTÜRK	ÖZTÜRK	YET	KARAKAYA	ÖDEN
		(X)		

(X)Karsı OY :

Yürütmenin durdurulması kararları, davayı esastan sonuçlandıran kararlar olmayıp, dava sonuna kadar dava konusu idarî işlemin uygulanmasını durduran, idareyi hareketsizliğe sevk ederek işlemin hukukî sonuçlar yaratmasını askıya alan tedbir niteliğini haiz kararlardır. Yürütmenin durdurulması kararı ile idarî işlemin tesisinden önce mevcut olan hukukî durumun dava sonuna kadar devamı sağlanır. Yürütmenin durdurulması kararları inşai niteliği haiz **olmayıp**, dava **konusu işlemle** etkilenen önceki hukukî durumu **koruyucu** karârlardır.

2577 sayılı Yasanın 27. maddesinde de yürütmenin durdurulması kararlarının uygulamada ve doktrinde yerleşik bu niteliklerinden farklı bir nitelendirme getirilmemiştir. Madde hükmünde getirilen "işlemin açıkça hukuka aykırı olması" ile "ilgilisi için giderilmesi güç zararlar doğurması" nedenleri ise, yürütmenin durdurulması kararı **verilebilmesinin** şartlarını teşkil etmekte olup, kararların niteliğini belirleyen unsurlar değildir.

Bir idarî işlemin yeni bir hukukî durum yaratması, bir hukukî durumu ortadan kaldırması ya da hukukî durumda değişiklik yapması halinde bu idarî işlemin askıya alınması, uygulanmasının dava sonuna kadar ertelenmesi, dava konusu işlemin tesisinden önceki mevcut hukukî durumun dava sonuna kadar devamının sağlanabilmesi mümkündür. Bu itibarla, idarenin bir işlem tesisi yolunda yapılan başvuruları reddederek, hareketsiz kaldığı olumsuz işlemlerin, askıya alınması uygulanmasının ertelenmesi, başvurunun konusunu teşkil eden hukukî durumu sağlamayacağından bu işlemlere karşı açılan davalarda yürütmenin durdurulması kararı verilmesini anlamsız kılar.

Dosyanın incelenmesinden ise, dava konusu edilen işlemin şikâyet edilen şirket hakkında ön araştırma veya soruşturma **yapılmamasına** gerek olmadığından şikâyetin reddine ilişkin olduğu anlaşıldığından, bu olumsuz işleme yönelik yürütmenin durdurulmasına karar verilmesine olanak bulunmadığından, yürütmenin durdurulması isteminin reddi gerektiği oyu ile karar katılmıyorum.

Üye
Orhun YET

