

T.C.
ANKARA

12. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2017/709
KARAR NO : 2018/2416

Tarih : 15.02.2019
Sayı : 1058
SDP : 640

DAVACI : Türk Telekomünikasyon A.Ş.
VEKİLLERİ : Av. Canan SEZER & Av. Ömer İnan KOÇAK
Türk Telekomünikasyon A.Ş Genel Müdürlüğü Hukuk Başkanlığı
Aydınlıkevler, Altındağ/ANKARA
DAVALI : Rekabet Kurumu/ANKARA
VEKİLİ : Av. Hüseyin COŞGUN
Rekabet Kurumu Üniversiteler Mah. 1597. Cad. No:9
Bilkent, Çankaya/ANKARA

DAVALI YANINDA

MÜDAHİL : Vodafone Net İletişim Hizmetleri A.Ş.
VEKİLLERİ : Av. İsmail Yılmaz ASLAN & Av. Selim UYKAN
Gazi Umur Paşa Sokak, Bimar Plaza No:38/8
Balmumcu, Beşiktaş/İSTANBUL

DAVANIN ÖZETİ : Davacı şirket tarafından, kendisine yapılan tesis paylaşımı başvurularına yönelik bazı uygulamaları ile sözleşme yapmayı reddetmek suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 6. maddesini ihlal ettiğinden bahisle aynı Kanunun 16. maddesinin üçüncü fıkrası ve Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmeliğin 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi, ikinci fıkrası, üçüncü fıkrasının (a) bendi, 6. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi ve 7. maddesinin birinci fıkrası hükümleri gereğince 2015 mali yılı sonunda oluşan ve Kurul tarafından belirlenen yıllık gayri safi gelirlerinin takdiren % 0,45'i (binde 4.5'i) oranında olmak üzere 33.983.792,76 TL idari para cezası verilmesine ve paylaşım taleplerinin parçalı güzergâh ile karşılanabilmesinin mümkün olduğu durumların tesis paylaşımı talep eden teşebbüsler lehine düzenlenmesi yönünde görüş gönderilmesine ilişkin Rekabet Kurulunun 09/06/2016 tarih ve 16-20/326-146 sayılı kararı ile bu kararın bildirimine ve söz konusu tutarın ödenmesinin istenilmesine ilişkin Rekabet Kurumu Yönetim Hizmetleri Dairesi Başkanlığının 02/01/2017 tarih ve 81435258-645-66 sayılı işleminin; Rekabet Kurulunun yetkili olmadığı, soruşturma açıldığına dair kararın tebliğ edilmemesi nedeniyle savunma hakkının kısıtlandığı, etüd sürelerinin uzun olduğu tespitinin haksız olduğu, ihlal olmaksızın sözleşmeye ve referans teklife uygun hesap yapıldığı, işletmecilerin bakım ve işletme hizmetlerini de Türk Telekom'dan almaya zorlandığı tespitinin gerçeği yansıtmadığı, kapasite artırımı dışındaki taleplerin yeni talep olarak değerlendirilmemesi gerektiği tespitinin hukuka aykırı olduğu, tesis paylaşımı taleplerinin değerlendirilmeye alınması için sözleşme yapmanın zorunlu tutulmasının rekabete aykırı olmadığı, Superonline'ın şebekenin ne çekirdek kısmında ne de aboneye erişim hizmet seviyesi taahhüdü olmadığı için Türk Telekom'un da bunu taahhüt etmemesinin hukuka uygun olduğu, mevzuattaki sürelere uymadığının gerçek dışı olduğu, RETPAFT öncesinde uygulanan aylık fiber bakım-işletim ücretinin makul olmadığı tespitinin güncel ve gerçekçi verilere dayanmadığı ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

SAVUNMANIN ÖZETİ : Dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

MÜDAHİL

DİLEKÇESİNİN ÖZETİ : Davanın haksız ve yersiz açıldığı ileri sürülerek reddi gerektiği belirtilmiştir.



12. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2017/709

KARAR NO : 2018/2416

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Ankara 12. İdare Mahkemesince, duruşma için önceden belirlenen 06/12/2018 tarihinde davacı vekili Av. Canan Sezer'in, davalı vekili Av. Hüseyin Coşgun'un ve davalı idare yanında müdahilin vekili Av. Selim Uykan'ın duruşmaya geldiği görüldü. Taraflara ve müdahile usulüne uygun olarak söz verilerek dinlenildikten sonra duruşmaya son verildi. Dava dosyası incelenerek işin gereği görüşüldü:

Dava; davacı şirket tarafından, kendisine yapılan tesis paylaşımı başvurularına yönelik bazı uygulamaları ile sözleşme yapmayı reddetmek suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 6. maddesini ihlal ettiğinden bahisle aynı Kanunun 16. maddesinin üçüncü fıkrası ve Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmeliğin 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi, ikinci fıkrası, üçüncü fıkrasının (a) bendi, 6. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi ve 7. maddesinin birinci fıkrası hükümleri gereğince 2015 mali yılı sonunda oluşan ve Kurul tarafından belirlenen yıllık gayri safi gelirlerinin taktiren % 0,45'i (binde 4.5'i) oranında olmak üzere 33.983.792,76 TL idari para cezası verilmesine ve paylaşım taleplerinin parçalı güzergâh ile karşılanabilmesinin mümkün olduğu durumların tesis paylaşımı talep eden teşebbüsler lehine düzenlenmesi yönünde görüş gönderilmesine ilişkin Rekabet Kurulunun 09/06/2016 tarih ve 16-20/326-146 sayılı kararı ile bu kararın bildirimine ve söz konusu tutarın ödenmesinin istenilmesine ilişkin Rekabet Kurumu Yönetim Hizmetleri Dairesi Başkanlığının 02/01/2017 tarih ve 81435258-645-66 sayılı işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun **1. maddesinde**, "Bu Kanunun amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır."; **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 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 kapsamına girdiği belirtilmiştir; **6. maddesinde**, "Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanılması hukuka aykırı ve yasaktır." kuralına yer verildikten sonra, madde devamında, "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, yükümlülükler ve edimler için farklı şartlar ileri 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 hakimiyetin 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" tadadi olarak kötüye kullanıma hâlleri arasında sayılmıştır.

Anılan Kanunun "İdarî Para Cezası" başlıklı **16. maddesinin 3. ve devamı fıkralarında**; "Bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul



T.C.

ANKARA

12. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2017/709

KARAR NO : 2018/2416

tarafından saptanacak olan yıllık gayrisafi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir.

Teşebbüs veya teşebbüs birliklerine üçüncü fıkrada belirtilen idarî para cezaları verilmesi halinde, ihlalde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine ya da çalışanlarına teşebbüs veya teşebbüs birliğine verilen cezanın yüzde beşine kadar idarî para cezası verilir.

Kurul, üçüncü fıkraya göre idarî para cezasına karar verirken, 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 17'nci maddesinin ikinci fıkrası bağlamında, ihlalin tekerrürü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususları dikkate alır.

Kanuna aykırılığın ortaya çıkarılması amacıyla Kurumla aktif işbirliği yapan teşebbüs ya da teşebbüs birlikleri veya bunların yöneticileri ve çalışanlarına, işbirliğinin niteliği, etkinliği ve zamanlaması dikkate alınarak ve gerekçesi açık bir şekilde gösterilmek suretiyle üçüncü ve dördüncü fıkralarda belirtilen cezalar verilmeyebilir veya bu fıkralara göre verilecek cezalarda indirim yapılabilir.

Bu maddeye göre verilecek idarî para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususlar, işbirliği hâlinde para cezasından bağışıklık veya indirim şartları, işbirliğine ilişkin usul ve esaslar Kurulca çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenir." hükmü yer almıştır.

15/02/2009 tarih ve 27142 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Hâlinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmeliğin "Temel Para Cezası" başlıklı 5. maddesinde; "(1) Temel para cezası hesaplanırken, Kanunun 4 üncü ve 6 ncı maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin, nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin; a) Karteller için, yüzde ikisi ile yüzde dördü, b) Diğer ihlaller için, binde beşi ile yüzde üçü, arasında bir oran esas alınır. (2) Birinci fıkrada yazılı oranların belirlenmesinde, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlal neticesinde gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususlar dikkate alınır. (3) Birinci fıkraya göre belirlenen para cezası miktarı; a) Bir yıldan uzun, beş yıldan kısa süren ihlallerde yarısı oranında, b) Beş yıldan uzun süren ihlallerde bir katı oranında, artırılır."; "Ağırlaştırıcı Unsurlar" başlıklı 6. maddesinde; "(1) Temel para cezası, a) İhlalin tekerrürü halinde, her bir tekrar için, b) Soruşturma kararının tebliğinden sonra kartele devam edilmesi halinde, yarısından bir katına kadar artırılır. (2) Temel para cezası, a) Kanunun 4 üncü veya 6 ncı maddeleri kapsamında ortaya çıkan rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik olarak verilen taahhütlere uyulmaması halinde, yarısından bir katına kadar, b) İncelemeye yardımcı olunmaması halinde yarısına kadar, c) Diğer teşebbüslerin ihlale zorlanması gibi hallerde dörtte bire kadar, artırılabilir."; "Hafifletici unsurlar" başlıklı 7. maddesinde, "(1) Temel para cezası, yasal yükümlülüklerin yerine getirilmesi haricinde incelemeye yardımcı olunması, ihlalde kamu otoritelerinin teşvikinin veya diğer teşebbüslerin zorlamasının bulunması, zarar görenlere gönüllü olarak tazminat ödenmesi, diğer ihlallere son verilmesi, ihlal konusu faaliyetlerin yıllık gayri safi gelirler içerisindeki payının çok düşük olması gibi haller ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliği tarafından ispatlanırsa, dörtte bir ile beşte üç arasında indirilebilir. ..." düzenlemesi yer almıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden; davacı Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin (bundan sonra Türk Telekom olarak anılacak) kendisine yapılan tesis paylaşımı başvurularını geciktirmek, zorlaştırmak ve/veya engellemek suretiyle 4054 sayılı Kanunu ihlal ettiği iddiası ile yapılan şikayet üzerine açılan soruşturma sonucunda, davacı şirketin, kendisine yapılan tesis paylaşımı başvurularına yönelik bazı uygulamaları ile sözleşme yapmayı reddetmek suretiyle 4054 sayılı Kanunun 6. maddesini ihlal ettiğinin tespit edildiğinden bahisle aynı Kanunun 16. maddesinin üçüncü fıkrası ve Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde



T.C.

ANKARA

12. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2017/709

KARAR NO : 2018/2416

Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmeliğin 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi, ikinci fıkrası, üçüncü fıkrasının (a) bendi, 6. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi ve 7. maddesinin birinci fıkrası hükümleri gereğince 2015 mali yılı sonunda oluşan ve Kurul tarafından belirlenen yıllık gayri safi gelirlerinin takdiren % 0,45'i (binde 4.5'i) oranında olmak üzere 33.983.792,76 TL idari para cezası verilmesine ve paylaşım taleplerinin parçalı güzergâh ile karşılanabilmesinin mümkün olduğu durumların tesis paylaşımı talep eden teşebbüsler lehine düzenlenmesi yönünde görüş gönderilmesine ilişkin Rekabet Kurulunca 09/06/2016 tarih ve 16-20/326-146 sayılı kararın tesis edildiği; Rekabet Kurumu Yönetim Hizmetleri Dairesi Başkanlığının 02/01/2017 tarih ve 81435258-645-66 sayılı işlem ile de anılan Kurul kararın davacıya bildirilmesi ve söz konusu tutarın ödenmesinin istenilmesi üzerine, bu işlemlerin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Bakılan davada; dava konusu Kurul kararında özetle, dört farklı şikâyetin Kurum kayıtlarına ulaştığı belirtildikten sonra, bunların, "Türk Telekom'un tesis paylaşımı hizmeti kapsamında uzun ve parçalı güzergâh önermek, uzun yer etüdü süreleri öngörmek, yüksek yer etüdü, aylık kullanım, bakım ve işletme ücretleri talep etmek, aleyhte sözleşme hükümleri öngörerek uzlaşmada zorluklar çıkarmak"; "RETPAFT sonrası döneme ilişkin ek iddialar"; "Türk Telekom'un tesis paylaşımı başvurularını haklı olmayan gerekçeler ile reddettiği, güzergâh uzunluğunu artırdığı, referans teklifte yer almayan formatlar ile başvuru yapılmasını talep ettiği ve yer etüdü çalışmalarına katılım sağlanmasını engellediği" ve "Türk Telekom'un tesis paylaşımı başvurularını değerlendirmek için sözleşme imzalanmasını talep ettiği, sözleşmede ciddi yükümlülükler getiren haksız koşullara yer verildiği, 2013/DK-ETD/187 sayılı kararda ve sözleşmede olmayan formatlarda başvuru yapılmasını talep ettiği ve sözleşmede hizmet seviyesi taahhüdüne yer vermediği" iddiaları olduğu; bu iddialara ilişkin olarak yapılan inceleme ve tespitler sonucunda, 17/06/2014 tarih ve 2014-DK-ETD/324 sayılı BTK kararı ile onaylanan RETPAFT'ta öngörülenden daha uzun yer etüdü sürelerinin öngörülmesi (Tesis Paylaşımı Tebliği'nin 10. maddesinin ilk fıkrasında, işletmecinin yer etüdü süresini ve ücretini kabul ettiğini bildirmesini müteakip azamî 30 gün içerisinde talebe konu tesise ilişkin yer etüdü gerçekleştirilmesi gerektiğinin düzenlendiği, diğer taraftan anılan maddenin ikinci fıkrasında, BTK'nın, yer etüdü süresini ilgili tesislerin teknik ve ekonomik özelliklerini dikkate alarak farklılaştırmaya ve yeni süre ve koşullar belirlemeye yetkili olduğu hükmüne dayanılarak 12/04/2013 tarih ve 2013/DK-ETD/187 sayılı BTK kararında da yer etüdü süresinin 30 gün olarak belirlendiği, 17/06/2014 tarih ve 2014-DK-ETD/324 sayılı BTK kararı ile onaylanan RETPAFT'ın hazırlanması sürecinde, Türk Telekom tarafından 17/01/2014 tarihinde BTK'ya sunulan ve BTK tarafından RETPAFT kapsamında onaylanan yer etüdü sürelerine/uzunluklarına bakıldığında, Türk Telekom tarafından BTK'ya önerilen yer etüdü sürelerinin/uzunluklarının VodafoneNet ile yapılan, sözleşmede belirtilen yer etüdü sürelerinden/uzunluklarından farklı olduğu; zira hem 30 gün içinde etüt yapılacak mesafenin 7 km'den daha uzun olduğu, hem de 30 günün ardından her bir günde yapılacak yer etüdü uzunluğunun sözleşmede belirlenen uzunluğun yaklaşık 1,5 katı olduğunun anlaşıldığı, Türk Telekom tarafından BTK'ya önerilen sürelerin BTK tarafından kabul edilmediği, BTK tarafından 01/08/2014 tarihinde yürürlüğe giren RETPAFT'ta, Türk Telekom tarafından önerilenden daha farklı yer etüdü süresi/uzunluğunun benimsendiği, BTK tarafından RETPAFT'ta, VodafoneNet ile yapılan sözleşmede yer alan yer etüdü uzunluklarına oranla yaklaşık 2 ila 5 kat arasında artış yapıldığı, RETPAFT kapsamında yer etüdü için belirlenen sürelerin, VodafoneNet'in tesis paylaşımı başvurularına uygulandığında; tesis paylaşımı hizmetinin sadece bir bölümünü oluşturan yer etüdü hizmeti için, daha sonra BTK onayıyla belirlenen sürelerin çok üstünde (yaklaşık 2 ila 5 katı kadar) süre belirlenmesinin, işletmecilerin tesis paylaşımından faydalanmasını ve böylece kendi altyapılarına sahip olmalarını önemli ölçüde geciktireceği sonucuna varıldığı); yüksek miktarda aylık bakım ve işletme ücretleri talep edilmesi (12/04/2013 tarih ve 2013/DK-ETD/187 sayılı BTK kararı öncesindeki dönemde, Türk Telekom'a yapılan ve ROYTEPT kapsamında olan tesis paylaşımı başvurularında ROYTEPT'te düzenlenen ücretlerin esas alınmakta olduğu, bu kapsamda olmayan başvurularda ise taraflar arasında



T.C.

ANKARA

12. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2017/709

KARAR NO : 2018/2416

yapılan sözleşme ile belirlenen ücretlerin uygulandığı, 2013/DK-ETD/187 sayılı BTK kararı sonrasında, 01/08/2014 tarihine kadar ROYTEPT kapsamında yapılan tesis paylaşımı başvurularında ROYTEPT'te düzenlenen ücretlerin, ROYTEPT'te yapılacak revizyonlar saklı kalmak kaydıyla uygulanmakta olduğu; bunun dışında kalan başvurularda ise 2013/DK-ETD/187 sayılı karar çerçevesinde taraflar arasında yapılacak sözleşme ile belirlenen ücretlerin esas alındığı, 17/06/2014 tarih ve 2014/DK-ETD/324 sayılı BTK kararı ile 01/08/2014 tarihinde RETPAFT'ın yürürlüğe girmesinin ardından ise, Türk Telekom'un RETPAFT ve 2013/DK-ETD/187 sayılı karar kapsamında sunduğu tesis paylaşımı hizmetlerinde RETPAFT'ta düzenlenen ücretlerin esas alınmakta olduğu, yeraltı tesislerinin aylık kullanım ücretleri incelendiğinde; VodafoneNet'e uygulanan ücretlerin, BTK tarafından onaylanan ve RETPAFT'ta belirlenen aylık kullanım ücretlerinin yaklaşık 1,12 katı olduğunun tespit edildiği, RETPAFT'ta düzenlenen ücretlerin makul olmadığına ilişkin bir iddia yer almadığı, bu noktada, Türk Telekom tarafından uygulanan aylık kullanım ücretleri ile BTK tarafından onaylanan aylık kullanım ücretleri arasındaki farkın (%12 oranında daha yüksek), Türk Telekom'un uyguladığı ücretlerin makul olmayacak düzeyde kabul edilmesi için yeterli olmadığı, ayrıca söz konusu ücretlerin makul kabul edilmemesini gerektirecek başkaca bir tespit de bulunmadığı kanaatine varıldığı, Türk Telekom tarafından tesis paylaşımı kapsamında fiber optik kabloların bakım ve işletme hizmetlerine uygulanan ücretler incelendiğinde ise, ROYTEPT'te "bir fiber optik kablonun aylık bakım ve işletme ücreti"nin 0,142951 TL/m olarak belirlendiği, 2013/DK-ETD/187 sayılı karar sonrasında BTK'ya 0,069611 TL/m düzeyinde bakım ve işletme ücreti sunulduğunun tespit edildiği, VodafoneNet ile yapılan sözleşmede de "bir damar fiber optik kablonun aylık bakım ve işletme ücreti" 0,069611 TL/m olarak belirlendiği, diğer taraftan, RETPAFT ile birlikte, işletmecilerin bakım ve işletme hizmetlerini alternatif teşebbüslerden de alabileceği düzenlendiği için, RETPAFT'ta bakım ve işletme ücretlerine yönelik bir düzenleme yapılmadığı, VodafoneNet'in çok daha yüksek kapasiteli kablolarla ihtiyaç duymasına rağmen daha düşük kapasiteli/damarlı fiber optik kablo istemesinin altındaki nedenin bakım işletme ücretleri olduğu düşünüldüğünde, Türk Telekom tarafından damar başına talep edilen söz konusu ücretin makul olmadığı, bu çerçevede, 01/08/2014 tarihi öncesinde Türk Telekom tarafından uygulanan bakım-işletim ücretlerinin ROYTEPT'te belirlenen ücretlerden düşük olmasına rağmen tesis paylaşım talebinde bulunan teşebbüsleri, asgari kapasitede kablo talep etmeye ittiği ve makul kabul edilemeyecek düzeyde olduğu kanaatine varıldığı); *tesis paylaşımı hizmetini Türk Telekom'dan alan işletmecilerin bakım ve işletme hizmetlerini de Türk Telekom'dan almaya zorlanması, Türk Telekom'a tesis paylaşımına ilişkin sözleşmede tek taraflı değişiklik yapma hakkı tanınması, tesis paylaşımı hizmetini Türk Telekom'dan alan işletmecinin, tesis paylaşımı talebine ileride yapılabilecek kapasite artırımı (değişim, demontaj, vb) dışındaki taleplerinin yeni talep olarak değerlendirilmesi* (RETPAFT'ın yürürlüğe girdiği 01/08/2014 tarihi itibarıyla, tesis paylaşımı hizmeti alan işletmecilerin bakım ve işletme hizmetlerini de Türk Telekom'dan alması yönündeki koşulun ortadan kalktığı; RETPAFT'ta arıza ve hasar nedeniyle Türk Telekom tesislerine girecek işletmeci ve/veya taşeron personeline Türk Telekom personelinin refakat etmesi, Türk Telekom tesislerine giriş yapacak personele özel giriş kartlarının düzenlenmesi gibi çeşitli önlemler öngörüldüğü, 01/08/2014 tarihi sonrasında getirilen bu düzenlemelerin, esasen Türk Telekom'un 01/08/2014 tarihi öncesinde de benzer koşullar altında işletmecilerin bakım ve işletme hizmetlerini alternatif teşebbüslerden almalarına izin vermesinin mümkün olduğunu ortaya koyduğu, Türk Telekom'un 01/08/2014 tarihi öncesinde bir yandan tesis paylaşımı hizmeti alan işletmecilerin bakım ve işletme hizmetini de kendisinden almalarını zorunlu kıldığı; bir yandan da makul olmayacak düzeyde yüksek bakım ve işletme ücretleri uygulayarak ilgili mevzuat hükümleri uyarınca Türk Telekom'dan tesis paylaşımı hizmeti almak dışında bir seçeneği olmayan işletmecilerin altyapıya sahip olma maliyetlerini ciddi ölçüde artırdığı, bu tespitler ışığında, işletmecilere bakım ve işletme hizmetlerini de Türk Telekom'dan alma zorunluluğu getiren sözleşmenin 2.4.3. maddesi hükmünün makul olmadığı, bu bağlamda tesis paylaşımı talebinde bulunan teşebbüslerin tesis paylaşımı başvuru süreçlerini geciktirdiği ve zorlaştırdığı sonucuna ulaşıldığı; Türk Telekom ile VodafoneNet arasında akdedilen sözleşmenin amacı ve kapsamı dikkate



T.C.

ANKARA

12. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2017/709

KARAR NO : 2018/2416

alındığında, sözleşmenin 2 no'lu ekinde düzenlenen altyapı paylaşım taleplerinin iletilmesi ve değerlendirilmesine ilişkin süreçlerin, sözleşmenin ve Türk Telekom'dan alınacak hizmetin esaslı bir unsurunu oluşturduğunun görüldüğü, zira, söz konusu sözleşme hükmü ile Türk Telekom'a tesis paylaşım taleplerinin miktarına ve yapılan talebin formatına ilişkin koşullar getirme hakkı verildiği, bu doğrultuda, Türk Telekom'un, VodafoneNet ile akdettiği sözleşmede, sözleşmenin esasına ilişkin belirli hususlarda bir yönüyle VodafoneNet'in sözleşme özgürlüğünü kısıtlayan bir hüküm öngörmesinin, tesis paylaşımını zorlaştırabileceği, dolayısıyla, sözleşmenin 3.1. maddesinde Türk Telekom'a tek taraflı olarak sözleşmede değişiklik yapma hakkı verilmesinin makul bir eylem olarak değerlendirilemeyeceği kanaatine varıldığı, hâlihazırda işletmeciler tarafından kullanılan kabloların demontajı veya değiştirilmesi işlemleri için Türk Telekom altyapısında bu şekilde bir inceleme yapılmasına gerek olmayacağı, bu çerçevede, sözleşmede yer verilen kapasite artırımı dışındaki taleplerin yeni bir başvuru olarak değerlendirilmesi ve başvuru ücreti talep edilmesinin makul olmadığı sonucuna ulaşıldığı), *tesis paylaşımı taleplerini değerlendirmeye almak için sözleşme imzalanmasının zorunlu tutulması* (tarafklar arasında kurulacak bir ticari ilişkide, tarafların hak ve yükümlülüklerini, ayrıca uyulması gereken usul ve esasları yazılı olarak belirlemek amacıyla sözleşme düzenlenmesi ticari hayatın doğasında bulunduğundan Türk Telekom'un tesis paylaşımını hizmeti sunacağı işletmecilerle sözleşme imzalamak istemesinin makul bulunduğu, ancak, henüz başvuru aşamasında, tesis paylaşımı talep edilen güzergâhta Türk Telekom'un paylaşımına elverişli altyapısının bulunup bulunmadığı henüz belirlenmemişken sözleşme imzalanmasının şart koşulmasının makul görülmediği, nitekim, bahse konu sözleşmelerin kapsamının geniş olduğu, tesis paylaşımı hizmetinin usul ve esasları ile süre ve ücretlerinin ayrıntılı olarak düzenlendiği, bu açıdan, bu kapsamdaki bir sözleşmenin, başvuru sürecinde taraflarca mutabık kalınarak imzalanmasının zorunlu tutulmaması gerektiği, taleplerin değerlendirilmesi sonucunda paylaşımına elverişli güzergâhın bulunması durumunda müzakere edilmesinin uygun olacağı kanaatine varıldığı, zira, 2013/DK-ETD/187 sayılı BTK kararında da taleplerin değerlendirilmesi sonucunda, elverişli güzergâhlar ile yer etüdü süresi ve ücretinin işletmeciye gönderileceği ve işletmecinin bunu kabul etmesinin ardından yer etüdü sürecinin başlayacağını düzenlendiği, başka bir deyişle, sözleşmenin de bir parçası olan süre ve ücretlerin başvurunun olumlu sonuçlanması sonrasında gündeme geldiği, buna ilaveten, tesis paylaşım taleplerinin değerlendirilmesi için mevzuatta 15 günlük bir süre öngörülmüş olduğu, bu sürenin sonunda olumsuz yanıt alınması durumunda işletmecilerin kendi altyapılarını kurmak için Bakanlığa başvurması hakkı doğduğu, elverişli güzergâh bulunması durumunda ise yer etüdü ile tesis paylaşım sürecinin başladığı, öte yandan sözleşme yapma zorunluluğu getirilmesinin hem tesis paylaşım hizmetinin alınmasını hem de işletmecilerin kendi altyapılarını kurmalarını geciktireceği kanaatine varıldığı, nitekim Superonline tarafından sözleşmenin hem zorunlu olmaması hem de içerdiği hükümler nedeniyle imzalanmamasının, işletmecinin tesis paylaşım başvurularını yaklaşık bir yıl kadar geciktirdiği, Türk Telekom ve işletmeciler arasındaki bir ticari ilişkide sözleşme yapılmasının gerekliliği kabul edilmekle birlikte, hizmet alınmasının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin kesinleşmediği bir süreçte sözleşme yapılmasının zorunlu tutulmasının makul olmadığı değerlendirildiği, tarafların gizli bilgilerinin korunmasına yönelik olarak ise sözleşme yapmalarının zorunlu olmadığı, bu amaçla hazırlanmış bir gizlilik sözleşmesinin yeterli olacağı kanaatinin olduğu); *Superonline ve Türk Telekom arasında imzalanmış olan sözleşmede hizmet seviyesi taahhüdünün bulunmaması* (2013/DK-ETD/187 sayılı BTK kararı ile Türk Telekom'a, hizmet seviyesi taahhüdü sunma yükümlülüğü getirilmediği, bu nedenle de bu kapsamdaki başvurulara ilişkin olarak Türk Telekom ve işletmeciler arasında yapılan sözleşmelerde hizmet seviyesi taahhüdü bulunmadığı, diğer taraftan 2013/DK-SRD/188 sayılı BTK kararı ile Türk Telekom'un EPG ilan edilmesi neticesinde hazırlanan RETPAFT ile Türk Telekom'a hizmet seviyesi taahhüdü sunma yükümlülüğü getirildiği, Superonline'ın tesis paylaşım hizmeti aldığı altyapı üzerinden müşterilerine toptan ve perakende düzeyde hizmet sunacağı ve belli taahhütler altına gireceği düşünüldüğünde, Superonline'ın da paylaştığı tesise ilişkin olarak Türk Telekom'dan alacağı bakım-işletme, arıza giderim, refakatçi



12. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2017/709

KARAR NO : 2018/2416

süreleri gibi hizmetlere yönelik olarak ileriki dönemlerde hizmet seviyesi taahhüdü talep etmesinin olağan olduğu, her ne kadar mevzuatta yer almasa da, halihazırda RETPAFT kapsamındaki tesis paylaşımları bakımından Türk Telekom'un söz konusu hususlara ilişkin olarak hizmet seviyesi taahhüdü sunduğu da dikkate alındığında, Superonline'ın hizmet seviyesi taahhüdü talebini karşılamasının gerekli olduğu, başka bir deyişle hizmet seviyesi taahhüdü talebini karşılamamasının makul olmadığı kanaatine varıldığı); 2013/DK-ETD/187 sayılı BTK kararında yer alan tesisin hazır hale getirilmesine ilişkin sürelerle uyulmayarak, sözleşmede tesis paylaşımına konu altyapının belirlenecek iş programı esas alınarak hazır hale getirileceği hükmüne yer verilmesi (2013/DK-ETD/187 sayılı BTK kararının ekinde yer alan "Tesis Paylaşımı Hizmetinin Sunumuna İlişkin Usul ve Esaslar"da tesisin hazır hale getirilme süresinin, ilave çalışma yapılması gereken durumlarda azami 60 gün, ilave çalışmaya ihtiyaç duyulmayan hallerde ise azami 15 gün olarak belirlendiği, bunun yanı sıra, RETPAFT'ta da aynı sürelerin öngörüldüğü, mevzuatta açık bir düzenleme bulunmasına rağmen, Türk Telekom tarafından söz konusu düzenlemede yer alan sürelerle uyulmamasının, bunun yanı sıra, herhangi bir süre öngörülmeden, tesislerin hazır hale getirilmesinin Türk Telekom'un iş programına bağlanmasının makul bir davranış olmadığı, söz konusu eylemin tesis paylaşımı sürecini uzatmak ve öngörülemez hale getirmek suretiyle Superonline'ın faaliyetlerini zorlaştırdığı sonucuna varıldığı), ayrıca TurkNet'in şikayet başvurusunda yer alan menholün kayıp olması, menhol üzerinde araç park etmesi ve menholün su ve/veya toprakla dolu olması durumlarının da bu kapsamda ilave çalışma olarak değerlendirilebileceği kanaati olduğu dolayısıyla, Türk Telekom'un yer etüdü sırasında söz konusu problemlerin giderilmesi için ilave çalışma yapmak yerine, bahse konu gerekçelerle yer etüdünün tamamlanamadığını belirtmesi ve ilgili düzenlemede bu yönde bir hüküm bulunmamasına rağmen bu nedenle başvuruları reddetmesi davranışlarının Türk Telekom'un boru, kanal, göz, menhol, kule ve direk gibi fiziksel altyapı unsurları ve aydınlatılmamış fiber pazarında tesis paylaşımını zorlaştırıcı nitelikte olduğu, bir diğer ifadeyle makul olmadığı kanaatine varıldığı, bu çerçevede de şu tespit ve değerlendirmelerin yapıldığı: bakır ve fiber optik kablo uzunluklarının ilgili ürün pazarında teşebbüslerin pazar paylarının belirlenmesi ve altyapı kapasitelerinin tespiti için en uygun ölçüt olduğunun değerlendirildiği, bunun yanı sıra, Türk Telekom tarafından pazar payının tespiti için alternatif bir yöntem veya veri sunulmadığı, kullanılan yöntem veya veriden bağımsız olarak dosya konusu iddialar bakımından Türk Telekom'un Türkiye genelinde sahip olduğu fiziksel altyapı ile hâkim durumda olacağının tespit edildiği, sözleşme yapmanın reddinin, "bir teşebbüsün ürettiği mal ya da hizmetler ile sahibi olduğu maddi ya da gayri maddi işletme unsurlarını diğer teşebbüslere sağlamaması ya da bunların diğer teşebbüsler tarafından kullanılmasına doğrudan veya dolaylı olarak izin vermemesi" şeklinde tanımlandığı, belirli hizmetlerin sağlanabilmesi için gerekli altyapıların da sözleşme yapma talebine konu olabilecek unsurlar arasında sayıldığı, dosya kapsamında reddetmeye konu unsurun, Türk Telekom tarafından aktif olarak kullanılmayan ancak tesis paylaşımına konu olabilecek boru, kanal, göz ve menhol şeklindeki fiziksel telekomünikasyon altyapı unsurları olduğu, fiziksel altyapı kurulabilmesinin iki yöntemi bulunduğu, bunlardan ilkinin altyapının, geçiş hakkı kullanımı ile sıfırdan kazı yapılarak boru, kanal ve gözün oluşturulması ve bunların içinden kablo geçirilmesi şeklinde kurulması, ikincisinin ise, altyapının, tesis paylaşımı hizmeti kapsamında boru, kanal ve gözün kiralanması sonrasında bunlardan kablo geçirilerek oluşturulması olduğu, bu bağlamda, yeni bir altyapı tesis etmek isteyen işletmecinin, öncelikle tesis paylaşımına ilişkin mevzuat hükümlerine tabi olduğu, eğer talep edilen güzergâhta tesis paylaşımı yükümlülüğü mevcut değilse veya mevcut altyapı tesis paylaşımına elverişli değilse geçiş hakkına ilişkin düzenlemeler çerçevesinde geçiş hakkından yararlanabileceği, dolayısıyla, içerisinden kablo geçirilecek olan boru, kanal ve gözün tesis paylaşımı kapsamında temin edilmesinin öncelikli hale geldiği, ayrıca, dosya kapsamında elde edilen bilgilere göre, herhangi bir güzergâh için geçiş hakkı kullanım onayı alındıktan sonra kazı yapılabilmesi için, ayrıca güzergâhın bulunduğu belediyeden de kazı izni alınması gerektiği, ancak, özellikle İstanbul gibi kalabalık il merkezlerinde belediyeden kazı izni alınmasının oldukça güçleştiği, bu bağlamda, bu tür güzergâhlar açısından fiziksel altyapının oluşturulması için, Türk Telekom gibi bir



12. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2017/709

KARAR NO : 2018/2416

yerleşik işletmecinin altyapı unsurlarının tesis paylaşımı kapsamında kiralanmasının ikamesinin bulunmadığı, ayrıca, Türk Telekom'un fiziksel altyapı pazarında rakiplerine kıyasla oldukça yüksek oranda paya sahip olması nedeniyle tesis paylaşımına konu unsurlara ilişkin olarak sözleşme yapmayı reddetmesinin söz konusu alt pazardaki rekabeti kısıtlayıcı etki doğurmasının muhtemel hale getirdiği, Türk Telekom kendisinden sözleşme yapmanın reddi konusu ürünleri isteyen teşebbüsler ile alt pazarlarda rekabet ettiği için, tesis paylaşımı sürecinin etkin bir şekilde işletilmemesinin, alternatif işletmecilerin fiziksel altyapı pazarında ve en genel anlamda elektronik haberleşme hizmetlerinin sunumunda Türk Telekom'a karşı strateji geliştirebilmelerini ve etkin bir şekilde rekabet etmelerini engelleyeceğinin değerlendirildiği, tesis paylaşımına konu unsurlar ile fiber optik altyapının gelişmesinin ve buna bağlı olarak daha yenilikçi ürünlerin sunulmasının planlandığı anlaşıldığından bu pazardaki reddetme davranışının tüketici zararına yol açmasının da muhtemel olacağını değerlendirildiği, rakip teşebbüslerin kendi altyapılarının bulunması durumunda Türk Telekom'un maliyetlerinde bir düşüş yaşanacağı ve bu durumun da fiyat rekabetini olumlu yönde etkileyeceği tespitinde bulunulabileceği, bu tespitle, Türk Telekom'un tesis paylaşımı kapsamında talep edilen altyapı unsurlarına yönelik olarak sözleşme yapmayı reddetmesinin tüketici zararına yol açacağı savının desteklendiği, mevcut dosya kapsamında incelenen eylemlerin uzun süreler, yüksek ücretler, zorlayıcı uygulamalar veya sözleşme hükümleri ile makul olmayan şartlar ileri sürülmesi yoluyla gerçekleştiği ve bu nedenle sözleşme yapmanın dolaylı reddi niteliğinde olduğu sonucuna ulaşıldığı, ilk başvurunun yapıldığı tarihten itibaren geçen süreler (6,5 ay, 12 ay, 16 ay, 19 ay gibi sürelerin) geçtiği hususu da örnek gösterilerek Türk Telekom'un sözleşme yapmanın reddi niteliğinde olduğu anlaşılan eylemlerinin, işletmecilerin tesis paylaşımı sürecini önemli ölçüde uzattığını ve teşebbüsler açısından zarara yol açtığını ortaya koyduğu, talep edilen güzergâh uzunluğu dikkate alındığında, tesis paylaşımının düzenlemeler sonrasında alternatif teşebbüslerin kendi altyapılarını oluşturabilmeleri için bir ihtiyaç haline geldiği, ancak bir güzergâhın fiilen paylaşımına açılmasının oldukça sınırlı düzeyde kaldığının görüldüğü, Türk Telekom'un bu eylemlerinin bir bütün olarak sözleşme yapmanın reddi kapsamında değerlendirildiği, rekabet karşıtı piyasa kapamaya ilişkin değerlendirmede, yukarıda yer verilen hususların yanı sıra fiili piyasa kapamayla ilgili olası deliller olarak Türk Telekom'a yapılan başvuruların sonuçlanma oranı, başka bir ifadeyle fiilen paylaşımına açılan altyapı unsurlarının oranı dikkate alındığında tesis paylaşımı sürecinin etkin bir şekilde işlemediği, Türk Telekom'un tesis paylaşımı hizmetine ilişkin olarak sözleşme yapmayı reddetmesinin, rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırdığı ve rekabet karşıtı piyasa kapamaya yol açtığı kanaatine varıldığı, sonuç olarak Türk Telekom'un sözleşme yapmanın reddi yoluyla 4054 sayılı Kanunun 6. maddesini ihlâl ettiği sonucuna ulaşıldığının belirtildiği, öte yandan, tesis paylaşımı yükümlüsü tarafından parçalı güzergâh bildirilmesinin temel olarak söz konusu güzergâhın işletilmesi, bakımı ve ortaya çıkacak arzuların giderilmesi bakımından birtakım zorlukları içerdiği ve bu durumun gerek tesis paylaşım sürecinin etkin bir şekilde işletilmesini gerekse sunulan hizmetin kalitesini etkileyebileceğinin anlaşıldığı; ortaya çıkan bu zorlaştırıcı durumun Türk Telekom tarafından rakip teşebbüslerin faaliyetlerini kısıtlama niyetiyle gerçekleştirilmediği, Bakanlık ve BTK tarafından yapılan düzenlemelerde parçalı güzergâh teklif edilmesi özelinde bir düzenlemenin yer almamasından kaynaklandığının görüldüğü, bu noktada, tesis paylaşımı sürecinde parçalı güzergâh durumunun ortaya çıktığı hallerde tesis paylaşımı talep eden teşebbüsler için geçiş izni gibi alternatif yolları seçebilme hakkına sahip olmasının ilgili pazardaki rekabeti olumlu yönde etkileyeceğinin değerlendirildiği, bu tür bir düzenlemede parça sayısı veya parça uzunluğu gibi bazı kısıtlamaların da getirilebileceği düşünülmeyle birlikte bu yöndeki teknik detayların ilgili düzenleyici kurumlar tarafından belirlenmesinin daha uygun olacağı kanaatine varıldığı belirtilerek Bakanlık ve BTK'ya, parçalı güzergâh bildirilmesinin tesisi paylaşım sürecine olan olumsuz etkileri aktararak, paylaşım taleplerinin parçalı güzergâh ile karşılanabilmesinin mümkün olduğu durumların tesis paylaşımı talep eden teşebbüsler lehine düzenlenmesi yönünde bir görüş gönderilmesinin pazardaki rekabetin tesisi adına önem taşıdığı hususunun belirtildiği görülmektedir.

Bu durumda; dava dosyasında mevcut olan tüm bilgi ve belgelerin birlikte



T.C.

ANKARA

12. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2017/709

KARAR NO : 2018/2416

değerlendirilmesinden, davacı şirketin tesis paylaşımı hizmetine ilişkin rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırdığı ve rekabet karşıtı piyasa kapamaya yol açtığı dolayısıyla kendisine yapılan tesis paylaşımı başvurularına yönelik bazı uygulamaları ile sözleşme yapmayı reddetmek suretiyle 4054 sayılı Kanunun 6. maddesini ihlal ettiği sonucuna ulaşıldığından, 2015 mali yılı sonunda oluşan yıllık gayri safi gelirlerinin taktiren % 0,45 oranında idarî para cezası verilmesine ve paylaşım taleplerinin parçalı güzergâh ile karşılanabilmesinin mümkün olduğu durumların tesis paylaşımı talep eden teşebbüsler lehine düzenlenmesi yönünde görüş gönderilmesine ilişkin dava konusu Kurul kararında ve bu kararın bildirimine ve söz konusu idari para cezasının ödenmesinin istenilmesine ilişkin 02/01/2017 tarih ve 81435258-645-66 sayılı dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Davacının diğer iddiaları da dava konusu işlemleri kusurlandırıcı nitelikte görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle; **davanın reddine**, aşağıda dökümü yapılan 373,80 TL yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına, karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde duruşmalı işler için belirlenen 1.660,00 TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine, davalı yanında müdahil tarafından yapılan ve aşağıda dökümü gösterilen yargılama giderlerinin davacıdan alınarak müdahile verilmesine, fazladan alınan 35,90 TL başvurma harcının istemi halinde müdahile iadesine, posta ücreti avansından artan miktarın ise kararın kesinleşmesinden sonra davacıya ve müdahile iadesine, kararın tebliğini izleyen günden itibaren 30 gün içerisinde Ankara Bölge İdare Mahkemesine istinaf yolu açık olmak üzere, 10/12/2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan
FETİH SAYIN
37985

Üye
SEBAHATTİN ULUDAĞ
107212

Üye
YASEMİN TEPEGÖZ
216785

YARGILAMA GİDERLERİ :

Başvurma Harcı : 31,40 TL
Karar Harcı : 31,40 TL
Y.D. Harçları : 137,40 TL
Vekalet Harcı : 4,60 TL
Posta Gideri : 169,00 TL
TOPLAM : 373,80 TL

MÜDAHİL

YARGILAMA GİDERLERİ :

Başvurma Harcı 31,40 TL
Vekalet Harcı 4,60 TL
Posta Gideri 42,00 TL
TOPLAM 78,00 TL

