



Temyiz Eden (Davacı) : Vodafone Telekomünikasyon A.Ş.
Vekilleri : Av. İsmail Yılmaz Aslan, Av. Orhan Ünal
Gazi Umur Paşa Sok. Bimar Plaza No:38/8 Balmumcu- Beşiktaş/İSTANBUL
Karşı Taraf (Davalı) : Rekabet Kurumu Başkanlığı
Üniversiteler Mah. 1597. Cad. No:9 Bilkent - Çankaya/ANKARA
Vekili : Hukuk Müşaviri Mehmet Özden - Aynı adreste
İstemin Özeti : Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 02/12/2015 günlü, E:2010/541, K:2015/4279 sayılı kararının hukuka uygun olmadığı ileri sürülerek temyizden incelenerek bozulması, davacı tarafından istenilmektedir.
Savunmanın Özeti : Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu ve temyiz dilekçesinde öne sürülen nedenlerin, kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı belirtilerek temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.
Danıştay Tetkik Hakimi : Nuray Avcıoğlu
Düşüncesi : Temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nca dosyadaki belgeler incelendi, gereği görüldü:

Dava; Avea İletişim Hizmetleri A.Ş. tarafından uygulamaya konulan "Her Yöne Sınırsız" tarifesi ile Avea İletişim Hizmetleri A.Ş. ve Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin yıkıcı fiyatlandırma ve çapraz sübvansiyon yoluyla rekabeti ihlal ettiğinden bahisle davacı şirket tarafından yapılan şikâyetin reddi ile soruşturma açılmasına gerek olmadığına ilişkin 04/11/2009 günlü, 09-52/1253-318 sayılı Rekabet Kurulu kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 02/12/2015 günlü, E:2010/541, K:2015/4279 sayılı kararıyla; "davacı şirket tarafından davalı idareye yapılan 21/02/2009 tarihli başvuruya; Avea İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin (Avea) 04/02/2009 tarihinde uygulamaya koyduğu "Her Yöne Sınırsız" (HYS) tarifesinin faturalı Avea abonelerine (bireysel ve kurumsal) aylık 55,00-TL karşılığında toplamda 10.000 dakikalık şebekeler arası ve şebeke içi arama imkânı verdiğinden bahisle Avea ve Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin (Türk Telekom) yıkıcı fiyatlandırma ve çapraz sübvansiyon yoluyla rekabet ihlali yaptıkları belirtilerek söz konusu eylemin durdurulması için öncelikle geçici tedbirin, akabinde ise gerekli diğer tedbirlerin Kurum tarafından alınmasının talep edildiği, bu başvuru üzerine alınan dava konusu 04/11/2009 günlü, 09-52/1253-318 sayılı Rekabet Kurulu kararında, teşebbüsün yıkıcı fiyatlandırma yapmasındaki amacının rakipleri dışlamak olup olmadığını değerlendirmek için dikkate alınması gereken başlıca unsurların; rakibin pazar dışına çıkması veya çıkma olasılığı, belirli müşteri grubu hedefleri, özel olarak katlanılan maliyetlerin varlığı, düşük fiyatlandırmanın süresi, kapsamı ve devamlılığı ile diğer dışlayıcı eylemlerin varlığı olduğu, niyetin ortaya konulabilmesi bakımından şikâyet edilen Avea'nın faaliyet gösterdiği pazarın özelliklerinin genel olarak ortaya konulması gerektiği, perakende mobil telekomünikasyon hizmetleri piyasasının hâlihazırda üç işletmecinin faal olduğu bir pazar olduğu, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu verilerine göre 2008 yılı sonu itibarıyla Turkcell'in abone sayısının 36,9 milyon, Vodafone'un 16,6 milyon, Avea'nın ise 12,2 milyon olup, buna göre abone sayıları bakımından pazar payı % 19 civarında olan Avea'nın net satışlara (gelire) göre



T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU
Esas No : 2016/2455
Karar No : 2018/2387

pazar payının ise % 15 olduğu, 09/11/2008 tarihi itibarıyla uyumsuzluk konusu piyasada numara taşınabilirliğinin hayata geçirildiği, uygulamayla beraber diğer şirketler için Turkcell'in sahip olduğu müşteri tabanının bir kısmını elde edebilme imkânı doğduğu ve fiyatlama stratejilerini buna göre şekillendirmeye başladıkları, sahip olunan müşteri/abone sayısının yeni kullanıcıları elde etmede büyük önemi bulunan ağ endüstrilerinin bir örneğini oluşturan GSM hizmetleri pazarında böylesi bir gelişmenin yaşanmasının, pazarın Turkcell haricindeki oyuncuları için ağ etkilerinden faydalanabilme olanağı yarattığı, arabağlantı ücretlerinin yüksek olduğu ve dolayısıyla bir operatörden başka bir operatörü aramanın aboneye yüksek maliyet yüklediği bu pazar açısından numara taşınabilirliği sonrasında ortaya çıkan müşteri tabanını genişletme olasılığının daha da büyük önem kazandığı, Avea'nın Şubat ayında uygulamaya koyduğu HYS tarifesi bu kapsamda değerlendirildiğinde, tarifenin amacının gerek yeni aboneler kazanarak gerekse numara taşınabilirliğinin hayata geçirilmesinin akabinde oluşan (özellikle) Turkcell'den abone olarak müşteri portföyünü genişletmek ve bunun sonucunda (uzun vadede) gelirlerini arttırmak olduğunun anlaşıldığı, tarifenin sunuluş tarihinin de değerlendirme açısından önem taşıdığı, 2009 yılının dünya ekonomisinin küresel kriz ile karşı karşıya kaldığı bir dönem olduğu, ortaya çıkan kredi daralması ve finansman imkânlarına ulaşmanın zorlaşması karşısında firmaların alternatif fiyatlama stratejileri geliştirmek durumunda kaldığı, HYS tarifesinin bir örneği olduğu sabit ücret fiyatlamalarının da bu kapsamda değerlendirildiği, bu tip tarifelerin firmalar için yaşanan kriz ortamında hayati olan nakit akışlarını önceden tahmin edebilme ve finansman planlarını buna göre yapabilme imkânı tanıdığı; kaldı ki, abone bakımından pazar payı ile net satışlar bakımından pazar payı arasındaki fark düşünüldüğünde belirli bir ücret getirmesi kesinleşmiş müşterilerin Avea için taşıdığı önemin daha net görüleceği, tarifeden dakika başı zarar etmekte olan firmanın periyodik olarak yaklaşık 65,00-TL abone başı gelir almak suretiyle hem nakit yaratmak hem de pazar payı ve gelirlerini arttırmak amacını gösterdiği, literatürde niyetin ortaya çıkarılması için değerlendirmeye alınan fiyatlamaların süre, kapsam ve devamlılığı unsurlarına bakıldığından HYS tarifesinin başlatıldığı Şubat ayı başında bir bitiş süresi öngörülmemekle birlikte tarife abone alımlarının Mart ayında durdurulduğu, yeni alımlara ancak Nisan ayında başlanabildiği, tarife ilk çıktığında abone başına aylık sabit ücretin 55,00-TL olduğu, daha sonra 66,65-TL'ye, 27 Ağustos tarihinde ise yeni aboneler için 77,00-TL'ye yükseltildiği, bedava konuşma süresinin 10.000 dakikadan 3.000 dakikaya indirildiği, arama yapılabilecek toplam numara sayısına ise sınırlama getirildiği, tarife şartlarında yapılan bu gibi değişikliklerin HYS tarifesinin devamlılığının olmadığını ve kapsamının daraltıldığını gösterdiği, maliyet altı fiyatlamaların bir rekabet ihlali olarak kabul edilebilmesi için değerlendirilmesi gereken bir diğer hususun hasat ihtimali olduğu, bunun için ex-ante bir inceleme niteliğinde olan telafi olanağının varlığı için tarifenin ortaya konmasından bugüne kadarki süreçte pazardaki etkilerinin incelenmesi gerektiği, bu kapsamda HYS tarifesini kullanan tüm abonelerin Turkcell'den Avea'ya geçmiş olduğu varsayıldığında Turkcell abone tabanındaki kaybın %1,19, aynı varsayım şikâyetçi Vodafone için yapıldığında kaybın %2,64 olduğu, ayrıca tarifeyi kullanmaya başlayan abonelerin yalnızca yeni abonelerden (yeni kayıt yaptıran veya numara taşınabilirliği ile Avea abonesi olanlardan) oluştuğu düşünülse dahi Avea abone tabanının ancak %3,59 genişleyebileceği, gerçekleşen durum incelendiğinde numara taşınabilirliği ile HYS tarifesine geçen abone sayısının, toplam HYS tarifesi abone sayısının yaklaşık %40'na tekabül eden bu sayı dikkate alındığında tarifenin etkisinin çok daha düşük olduğu, HYS tarifesinin uygulamaya konmasından sonra Vodafone'un abone sayısındaki değişiklikler incelendiğinde ise, abone sayısında Şubat ayından sonra bir azalma eğilimi tespit etmek mümkün olsa da bunun Avea tarafından HYS tarifesinin sunulmasıyla ilişkili olduğunu söylemenin doğru olmayacağı, zira Vodafone'un abone tabanındaki gelişmelere bakıldığında Ekim 2008'den itibaren benzeri bir düşüş eğiliminin olduğu, dolayısıyla Vodafone'un abone tabanında



T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU
Esas No : 2016/2455
Karar No : 2018/2387

gerçekleşen değişimlerin Avea HYS tarifesinden bağımsız bir seyir izlediğinin anlaşıldığı, bunun yanı sıra Vodafone'un faturalı bireysel abonelerinin sayısında bu yedi aylık süreçte bir düşüş olmadığı, dolayısıyla HYS tarifesinin Vodafone'un benzer müşteri tabanını etkilediğinin söylenemeyeceği, HYS tarifesinin müşterilere sunulmasından hemen sonra Turkcell'in benzeri şekilde "Bizbize Kamu Her Yöne 1200 (sonrasında Bizbize Kamu Her yöne 1500)" tarifesi, Vodafone'un ise "Yeni Cep Limitsiz Herkese (sonrasında Yepyeni Cep Limitsiz)" tarifesi ile her yöne görüşmenin sabit fiyattan ücretlendirildiği çeşitli tarifeleri hayata geçirdiği, bu tarifelerdeki benzerlikler göz önüne alındığında, yıkıcı fiyatlama olarak nitelenen bir eyleme rakiplerin aynı anda cevap verebildikleri, bu anlamda pazar gücünden kaynaklanması gereken bir eylemin pazarın bütün aktörleri tarafından uygulanıyor olmasının mümkün olmadığı anlaşıldığı, sonuç olarak, 4054 sayılı Yasa'nın 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına ve şikâyetin reddine karar verildiği, bunun üzerine anılan Kurul kararının iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşıldığı; öte yandan, davacı şirket tarafından aynı iddialarla Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na yapılan 25/02/2009 tarihli başvuru üzerine alınan 30/04/2009 günlü, 2009/DH-10/197 sayılı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu kararının iptali istemiyle açılan davada Dairelerince yapılan 28/04/2015 günlü, E:2009/5043 sayılı ara kararına verilen cevapta yer alan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Sektörel Rekabet ve Tüketici Hakları Dairesi Başkanlığı'nın 21/04/2009 günlü, 26819 sayılı raporunda; Avea tarafından gönderilen yazılar ile "Her Yöne Sınırsız" (HYS) tarifesinin bireysel aboneler için 29/01/2009 tarihinde, kurumsal aboneler için ise 02/02/2009 tarihinde uygulamaya konulacağı Kuruma bildirildiği ve HYS tarifesinin bireysel aboneler için 05/02/2009 tarihinde, kurumsal aboneler için ise 10/02/2009 tarihinde yürürlüğe girdiği, HYS tarifesinin faturalı müşterilere (bireysel ve kurumsal) yönelik bir tarife olduğu, HYS tarifesinde yer alan abonelerin ÖV hariç yaklaşık 55,00-TL sabit ücret ödedikleri, söz konusu sabit ücret karşılığı şebeke içi ve şebekeler arası toplam 10.000 dakika arama yapabilme imkânına sahip oldukları, söz konusu sürenin aşılması durumunda ise görüşme ücretinin dakikası her yön için 40-Kr. olduğu, Avea'nın HYS tarifesinin abonelerinin şebekeler arası görüşme imkânının, tüm yönlere tanınan bir imkân olduğu, dolayısıyla 55,00-TL sabit ücretin ödenmesi durumunda toplam 10.000 dakika ücretsiz görüşme yapabilme imkânının sadece Türk Telekom yönüne yapılan çağrılar değil, GSM işletmecilerine yönelik trafikleri de kapsadığı, Avea'nın HYS tarifesinde yer alan abonelerin şebekeler arası görüşmelerde daha çok Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. (Turkcell) abonelerini tercih ettikleri, Avea şebekesinden Turkcell'e giden trafik toplam trafiğin %42,71'ini oluştururken, Türk Telekom'a giden trafiğin toplam trafiğin ancak %10,95'ini oluşturduğu, Avea'nın şebeke içi trafiği ve Avea'dan Vodafone'a giden trafiğin toplam trafik içindeki payının ise sırasıyla %26,56 ve %18,85 olduğu, Kurum tarafından perakende mobil telekomünikasyon hizmetleri piyasasında etkin piyasa gücüne (EPG) veya hâkim konuma sahip herhangi bir işletmeci belirlenmemekle birlikte, 15/12/2005 günlü, 2005/880 sayılı Kurul kararı ile Turkcell, Vodafone ve Avea'nın mobil çağrı sonlandırma piyasasında EPG'ye sahip işletmeciler olarak belirlendiği, ayrıca söz konusu Kurul kararı ile Turkcell'in GSM Mobil Şebekelere Erişim ve Çağrı Başlatma Piyasasında EPG'ye sahip işletmeci olarak tespit edildiği, Türk Telekom şebekesinde sonlandırılacak çağrılar için işletmecilerin ödemesi gereken ücretin, işletmecilerin alan içi bir noktada çağrıyı teslim etmesi durumunda, 1,71-Kr/dk. iken alan dışı bir noktada teslim etmesi durumunda 2,70-Kr/dk. olarak belirlendiği, çağrı sonlandırma hizmetinin Turkcell ve Vodafone'dan alınması durumunda ise Avea GSM şebekesinde sonlanacak çağrılar için Turkcell'e 9,1-Kr/dk, Vodafone'a ise 9,5-Kr/dk. ücret ödediği, Avea'nın yıkıcı fiyatlama yaptığı iddia edilen ilgili ürün piyasasının perakende mobil telekomünikasyon hizmetleri piyasası olduğu, çapraz sübvansiyon yapıldığı iddia edilen piyasanın ise perakende sabit telekomünikasyon hizmetleri piyasası olduğu, işletmeci bazında abone sayılarının gelişimine bakıldığında; Turkcell'in 2005 ile 2008 yılları arasında istikrarlı bir artış



T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU
Esas No : 2016/2455
Karar No : 2018/2387

İvmesine sahip olduğu ve Aralık 2005'te 27,9 milyon olan abone sayısının 2008 yılı sonu itibarıyla 36,9 milyon seviyesine yükseldiği, Vodafone'un abone sayısının 2005 yılından 2007 yılına kadar arttığı, 2007 yılından itibaren ise durağanlaştığı ve 2008 yılı sonu itibarıyla 16,6 milyon olduğu, Avea'nın ise 2008 yılı sonu itibarıyla 12,2 milyon aboneye eriştiği, işletmecilerin abone paylarının gelişimine bakıldığında; Turkcell'in 2005 ile 2008 yılları arasında % 50'nin üzerindeki pazar payını koruduğu, Vodafone'un pazar payını 2007 yılı sonuna kadar artırdığı, 2008 yılında ise pazar payının düştüğü, Avea'nın ise 2005-2008 yılları arasında pazar payını artırdığının görüldüğü, işletmeci bazında net satış paylarının gelişimine bakıldığında; Turkcell'in net satış gelirlerinin 2005-2008 yılları arasında Avea ve Vodafone'un net satış gelirlerinin toplamından fazla olduğu, Vodafone'un payının 2008 yılı sonu itibarıyla %20 civarında olduğu, 2005-2008 yılları arasında Avea'nın payının % 13'lerden %15 seviyesine yükseldiği, yapılan değerlendirme çerçevesinde, Avea'nın perakende mobil telekomünikasyon hizmetleri piyasasındaki pazar payının diğer iki işletmeciye göre daha düşük olduğu, 2008 yılı itibarıyla Avea'nın abone sayılarına göre pazar payının %19 civarında olduğu, net satışlara göre pazar payının ise %15 civarında olduğunun anlaşıldığı, hâkim konuma sahip bir işletmecinin tespitinde kullanılan en önemli kriterlerden biri olan pazar payının, bir işletmecinin tek başına ilgili pazarda hâkim konumda olup olmadığını göstermese de, %19 ile %15 arasındaki pazar payının söz konusu işletmecinin tek başına ilgili pazarda hâkim konuma sahip bir işletmeci olmadığının en önemli göstergesi olduğu, 15/12/2005 günlü, 2005/880 sayılı Kurul kararı ile Türk Telekom'un, perakende sabit telekomünikasyon hizmetleri piyasalarında hâkim konuma sahip bir işletmeci olarak tespit edildiği, yıkıcı fiyatlandırma uygulamasının gerçekleştirilmesi için öncelikle ilgili pazarda hâkim konuma sahip bir işletmecinin olması gerektiği, bununla birlikte *Tetra Pak II* davası ile, yakın ilişkili bir pazarda hâkim konuma sahip bir işletmecinin bu pazardaki hâkim konumunu "özel koşulların" varlığı hâlinde diğer bir pazarda kullanması hâlinde yıkıcı fiyatlandırma uygulamasının olabileceğinin ortaya konulduğu, bu çerçevede perakende sabit telekomünikasyon hizmetleri piyasası ile perakende mobil telekomünikasyon hizmetleri piyasasının yakın ilişkili pazarlar olduğu, bu kapsamda, Türk Telekom'un yakın ilişkili olduğu pazarda rekabet ihlali yapabilmesi için Avea'nın yapacağı uygulama (Her Yöne Sınırsız Tarifesi) ile pazardaki rekabetçi yapıyı bozabilmesinin gerektiği; ancak, perakende mobil telekomünikasyon hizmetleri piyasasında abone sayısına göre %19, net satışlara göre %15 pazar payına sahip olan Avea'nın (işletmecinin pazar payında yıllar itibarıyla yaşanan artış çok sınırlıdır), perakende mobil telekomünikasyon hizmetleri piyasasındaki rekabetçi yapıyı bozabilmesinin mümkün görülmediği, bu çerçevede, Avea ve Türk Telekom'un Avea'nın HYS ile yıkıcı fiyatlandırma ve çapraz sübvansiyon yoluyla rekabet ihlali yapmadıklarının tespit edildiği ve bu rapora istinaden dava konusu Kurul kararıyla başvurunun reddedildiği, Kurul kararının iptali istemiyle açılan davanın ise Dairelerinin 02/12/2015 günlü, E:2009/5043, K:2015/4278 sayılı kararıyla reddedildiği; bu itibarla, Avea'nın faaliyet gösterdiği perakende mobil telekomünikasyon hizmetleri piyasası ile Türk Telekom'un faaliyet gösterdiği perakende sabit telekomünikasyon hizmetleri piyasası yakın ilişkili pazarlar olmakla birlikte; perakende mobil telekomünikasyon hizmetleri piyasasında abone sayısına göre %19, net satışlara göre %15 pazar payına sahip olan Avea'nın, perakende mobil telekomünikasyon hizmetleri piyasasındaki rekabetçi yapıyı bozabilmesinin mümkün görülmediği, nitekim Avea tarafından da numara taşınabilirliği uygulaması ile sektörde hâkim durumda olan Turkcell'in abonelerinden pay elde etmek ve nakit akışını gerçekleştirilmenin amaçlandığı, Avea'dan diğer mobil şebekelere giden çağrı trafiğinin ve ödenen çağrı sonlandırma ücretinin Türk Telekom'a giden çağrı trafiğine ve ödenen çağrı sonlandırma ücretine göre çok daha yüksek olduğu, yine tarifinin ilk uygulanmasının ardından şartlarının değiştirilerek sabit ücretin yükseltildiği ve tarifinin uygulamaya konmasından sonraki süreçte pazarda rekabeti azaltıcı bir etkisinin de olmadığı dikkate alındığında, davacı şirket tarafından, Avea tarafından uygulamaya konulan "Her Yöne



T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU
Esas No : 2016/2455
Karar No : 2018/2387

Sınırsız" tarifesi ile Avea ve Türk Telekom'un yıkıcı fiyatlama ve çapraz sübvansiyon yoluyla rekabeti ihlal ettiğinden bahisle yapılan şikâyetin reddi ile soruşturma açılmasına gerek olmadığına ilişkin Kurul kararında hukuka aykırılık görülmediği" gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı, temyiz dilekçesindeki iddialarla anılan kararı temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

Temyiz edilen kararlar ilgili dosyadaki belgelerin incelenmesinden; Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenlerinin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, davacının temyiz isteminin reddine, Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 02/12/2015 günlü, E:2010/541, K:2015/4279 sayılı kararının ONANMASINA, kararın tebliğ tarihini izleyen 15 (onbeş) gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 16/05/2018 gününde oybirliği ile karar verildi.

Başkan Namık Kemal ERGANİ	Üye Nüket YOKLAMACIOĞLU	Üye Ziya ÖZCAN	Üye Hasan GÜZELER	Üye Yalçın EKMEKÇİ
Üye Doç. Dr. Selami DEMİRKOL	Üye Bilal ÇALIŞKAN	Üye Turgay Tuncay VARLI	Üye Oğuz YAĞLICI	Üye Hasan ODABAŞI

Üye
Bilge
APAYDIN

