

**12.11.2019 Tarih, 19-39/610-263 Sayılı Kurul Kararı ile işbu Kurul Kararında
Değişiklik Yapılmıştır..**

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

(Yargı Kararı Üzerine)
REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2009-2-197
Karar Sayısı : 19-03/23-10
Karar Tarihi : 10.01.2019

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Ömer TORLAK (Başkan)
Üyeler : Arslan NARİN (İkinci Başkan), Adem BİRCAN, Mehmet AYAN,
Ahmet ALGAN, Hasan Hüseyin ÜNLÜ

B. RAPORTÖRLER : Gözde MAVİ, Kemal KÜÇÜKKAVRUK, Betül AYHAN

C. BAŞVURUDA

BULUNANLAR :- Avea İletişim Hizmetleri A.Ş. (Yeni Unvanı: TT Mobil İletişim Hizmetleri A.Ş.)
Gayrettepe Mah. Yıldız Posta Cad. No:40 Gayrettepe,
Beşiktaş/İSTANBUL
- Doğan Dağıtım Satış Pazarlama ve Matbaacılık A.Ş. (Yeni Unvanı: Demirören Dağıtım Satış Pazarlama Matbaacılık Ödeme Aracılık ve Tahsilat Sistemleri A.Ş.)
Emekyemez Mah. Gümüşgerdan Sokak Demirören Şirketler Grubu Apt. No:2/3 Beyoğlu/İSTANBUL
- Mep İletişim ve Dış Ticaret A.Ş.
Hattat Halim Sk. No 15, Balmumcu 80700, İSTANBUL
- Pamuk Elektronik Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. (Yeni Unvanı: Pamuk Elektronik Turizm Reklam İnşaat San. ve Tic. A.Ş.)
Bey Mah. Atatürk Bulvarı No: 4/B Şahinbey/GAZİANTEP
- Vodafone Telekomünikasyon A.Ş.
Maslak Mahallesi, Büyükdere Cad. Vodafone Plaza, No:251, 34398 İSTANBUL

D. HAKKINDA SORUŞTURMA

YAPILAN :- Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.
Aydınevler Mah. İnönü Cad. No: 20 Küçükyalı Plaza Park
34854 Maltepe/İSTANBUL

- (1) **E. DOSYA KONUSU:** Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin distribütörlerine ve bayilerine yönelik yeniden satış fiyatının tespiti ve münhasırlık uygulamaları yoluyla 4054 sayılı Kanun'un ihlal edip etmediğinin tespitine ilişkin olarak verilen 06.06.2011 tarih, 11-34/742-230 sayılı Kurul kararının, Danıştay 13. Dairesinin 16.10.2017 tarih ve E. 2011/4560, K. 2017/2573 sayılı kararı ile kısmen iptal edilmesi üzerine 31.05.2018 tarih 18-17/297-M sayı ile Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. hakkında yürütülen ek çalışma.
- (2) **F. İDDİALARIN ÖZETİ:** İşbu kararın konusunu, Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. (TURKCELL) hakkında alınan 06.06.2011 tarih, 11-34/742-230 sayılı Rekabet Kurulu (Kurul) kararının ikinci maddesinin iptaline hükmeden, 16.10.2017 tarih ve E.

2011/4560, K. 2017/2573 sayılı Danıştay 13. Dairesi kararının gereğinin yerine getirilmesi doğrultusunda, adı geçen teşebbüsün kontörlerinin yeniden satış fiyatını belirleyip belirlemediğine ilişkin iddialar oluşturmaktadır.

- (3) **G. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurumu (Kurum) kayıtlarına çeşitli tarih ve sayılarla intikal eden başvurular üzerine hazırlanan 07.09.2009 tarih ve 2009-2-197/İİ-09-HSÖ sayılı İlk İnceleme Raporu, Kurulun 09.09.2009 tarihli toplantısında görüşülmüş ve 09-41/1047-M sayı ile Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin (TURKCELL) distribütörlerine yönelik uygulamalarının 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 4. ve 6. maddesini ihlal edip etmediklerinin tespiti amacıyla önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir.
- (4) 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca Bilgi Teknolojileri Kurumundan (BTK) önaraştırma döneminde talep edilen görüş, 10.09.2009 tarih ve 6564 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- (5) Önaraştırma sonucunda düzenlenen 27.10.2009 tarihli ve 2009-2-197/ÖA-09-İA sayılı Önaraştırma Raporu, 11.11.2009 tarihli Kurul toplantısında görüşülerek 09-54/1289-M sayı ile 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca TURKCELL hakkında soruşturma açılmasına hükmedilmiştir. Soruşturma açıldığına ve 4054 sayılı Kanun'un 43/2. maddesi uyarınca ilk yazılı savunmanın gönderilmesine dair Soruşturma Bildirimi, 17.11.2009 tarih ve 255 sayı ile yapılmış; buna istinaden mezkûr teşebbüs tarafından gönderilen birinci yazılı savunma süresi içinde Kurum kayıtlarına girmiştir.
- (6) Kurulun 06.05.2010 tarihli toplantısında; 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "*Gerekli görüldüğü hallerde bir defaya mahsus olmak üzere Kurul tarafından 6 aya kadar ek süre verilebilir.*" hükmü uyarınca, 11.11.2009 tarih ve 09-54/1298-M sayılı Kurul kararı ile açılan soruşturmanın süresinin soruşturma süresinin bitiminden itibaren altı ay uzatılmasına 10-34/537-M sayı ile karar verilmiştir.
- (7) Yürütülen soruşturma neticesinde hazırlanan 11.11.2010 tarih ve 2009-2-197/SR-10-14-151.İA sayılı Soruşturma Raporu ve ekleri Kurul üyeleri ve TURKCELL'e tebliğ edilmiş ve TURKCELL'in ikinci yazılı savunması ilgili yazıyla birlikte talep edilmiştir. Bunun üzerine teşebbüsün ikinci yazılı savunması süresi içinde Kurum kayıtlarına intikal etmiştir. İkinci yazılı savunmaya ilişkin düzenlenen Ek Görüş, soruşturma tarafına 08.02.2011 tarihinde tebliğ edilmiş, bunun üzerine TURKCELL'in üçüncü yazılı savunması yine süresi içinde Kurum kayıtlarına iletilmiştir. Kurulun 21.04.2011 tarihli toplantısında ise 31.05.2011 tarihinde sözlü savunma toplantısı düzenlemesine karar verilmiştir. Yürütülen soruşturma ile ilgili olarak düzenlenen Rapor'a ve Ek Görüş'e, toplanan delillere, yazılı savunmalara, sözlü savunma toplantısında yapılan açıklamalara ve incelenen dosya kapsamına göre;
1. TURKCELL'in GSM hizmetleri pazarında hakim durumda bulunduğuna,
 2. TURKCELL'in yeniden satış fiyatını belirlemesi iddiasına yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edilmediğine,
 3. TURKCELL hakkında ortaya konulan alt bayilerin fiili olarak münhasırlığa zorlanması iddialarına yönelik olarak;
 - i. 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 Kanun'un 6. maddesinin (a) bendi çerçevesinde hakim durumun kötüye kullanıldığına,

- ii. Bu nedenle aynı Kanun'un 16. maddesi ile Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in (Ceza Yönetmeliği) 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi, üçüncü fıkrasının (a) bendi ve 6. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi hükümleri uyarınca anılan teşebbüse 2010 mali yılı sonunda oluşan ve Kurul tarafından belirlenen yıllık gayri safi gelirlerinin taktiren %1,125'i oranında olmak üzere 91.942.343,31 TL idari para cezası verilmesine,

4. Kanun'un 9. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, 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 sağlayamayan dikey anlaşmalar statüsünde olduklarına; söz konusu taahhütnamelerden bu hükümlerin derhal çıkarılmasına; sözlü ve fiili baskılarla nihai satış noktalarında rakip tabela asılmaması, mağaza dekorasyonunun tek operatörü yansıtması ve bazı rakip operatör ürün ve hizmetlerinin sağlanmaması gibi uygulamalara son verilmesine; bu hususların TURKCELL tarafından dağıtım kanalına etkin bir şekilde duyurulmasına

06.06.2011 tarih ve 11-34/742-230 sayılı karar verilmiştir.

- (8) Söz konusu karar hakkında Doğan Dağıtım Satış Pazarlama ve Matbaacılık Ödeme Aracılık ve Tahsilat Sistemleri A.Ş. tarafından açılan davada Danıştay 13. Dairesi tarafından 06.06.2011 tarih ve 11-34/742-230 sayılı Kurul kararının 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edilmediğine ilişkin 2. maddesinin iptaline 16.10.2017 tarih ve E. 2011/4560, K. 2017/2573 sayılı ile hükmedilmiştir.
- (9) Bahsi geçen yargı kararının gereğinin yerine getirilmesine dair hazırlanan 25.05.2018 tarih ve 2009-2-197/BN sayılı Bilgi Notunun görüşüldüğü 31.05.2018 tarihli Kurul toplantısında "*mahkeme kararının gereğinin yerine getirilmesine yönelik olarak ilgili tarafın savunmasının alınmasını da teminen ek çalışma yapılmasına*" 18-17/297-M sayılı ile hükmedilmiştir. Bu çerçevede hazırlanan 12.06.2018 tarih ve 2009-2-197/EÇ sayılı Ek Çalışma yazısı TURKCELL'e tebliğ edilmiş, teşebbüsün Ek Çalışma kapsamındaki yazılı savunması ise 15.08.2018 tarih ve 5778 sayılı ile yasal süre içerisinde Kurum kayıtlarına girmiştir.
- (10) TURKCELL tarafından gönderilen yazılı savunmada yer alan hususlara ilişkin 4054 sayılı Kanun'un 45. maddesi uyarınca hazırlanan Ek Görüş teşebbüse süresi içinde tebliğ edilmiştir. Teşebbüsün 11.09.2018 tarihli talebi üzerine Ek Görüş'ü takiben yazılı savunma göndermesine ilişkin olarak 24.09.2018 tarihli yazı ile ek süre tanınmış ve anılan savunma 05.11.2018 tarih ve 7970 sayılı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- (11) 4054 sayılı Kanun'un 46. maddesi uyarınca sözlü savunma toplantısı yapılması hususu 15.11.2018 tarihli Kurul gündeminde ele alınmış ve 18-43/676-M sayılı karar ile sözlü savunma toplantısı 03.01.2019 tarihinde yapılmasına karar verilmiştir. TURKCELL'in sözlü savunma toplantısına ilişkin gizlilik talebini içeren 27.12.2018 tarih ve 9103 sayılı başvuru 02.01.2019 tarihli Kurul toplantısında görüşülmüştür. Mevcut talep hakkında; 2010/2 sayılı Rekabet Kurulu Nezdinde Yapılan Sözlü Savunma

Toplantıları Hakkında Tebliğ'in "Toplantının Aleniyeti ve Gizli Oturum Kararı" başlıklı 9. maddesinin birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkraları uyarınca TURKCELL'in söz konusu gizlilik talebini yeterince gerekçelendirememesi ve usulüne uygun yapmamış olması nedeniyle reddine 19-01/1-M sayılı ile hükmedilmiştir.

- (12) Kurul; Danıştay 13. Dairesinin 16.10.2017 tarih ve E. 2011/4560, K. 2017/2573 sayılı kararına, 31.05.2018 tarih ve 18-17/297-M sayılı Kurul kararı uyarınca yürütülen Ek Çalışma kapsamında düzenlenen rapora, toplanan delillere, yazılı savunmalara, sözlü savunma toplantısında yapılan açıklamalara ve incelenen dosya kapsamına göre 10.01.2019 tarih ve 19-03/23-10 sayılı ile işbu nihai kararı tesis etmiştir.
- (13) **H. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** Mevcut dosya kapsamında elde edilen bilgi ve belgeler ışığında, Danıştay 13. Dairesinin 16.10.2017 tarihli ve E. 2011/4560, K. 2017/2573 sayılı kararının yerine getirilmesi için;
- TURKCELL'in kontör kartlarının yeniden satış fiyatını belirlemek suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiğine karar verilmesi gerektiği,
 - Bu çerçevede adı geçen teşebbüse 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası ve Ceza Yönetmeliği hükümleri kapsamında idari para cezası uygulanması

gerektiği ifade edilmiştir.

I. İNCELEME, GEREKÇE VE HUKUKİ DAYANAK

I.1. Hakkında Soruşturma Yürütülen: Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. (TURKCELL)

- (14) 05.10.1993 tarihinde kurulan ve 27.04.1998 tarihinde T.C. Ulaştırma Bakanlığı¹ ile 25 yıllık GSM lisans anlaşması imzalayan TURKCELL'in faaliyet konuları "GSM-Pan Avrupa Mobil Telefon Sistemi" ihalesinde öngörülen iş ve hizmetler ile 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'na aykırı olmamak üzere her türlü telefon, telekomünikasyon ve benzeri hizmetler ve IMT-2000/UMTS hizmet ve altyapılarına ilişkin yetkilendirme kapsamındaki faaliyetler olarak belirlenmiştir. Halka açık bir şirket olan TURKCELL; iştirakleri aracılığıyla Ukrayna, KKTC, Belarus, Azerbaycan, Gürcistan, Kazakistan, Moldova ve Almanya'da da faaliyette bulunmaktadır².

I.2. İlgili Pazar

I.2.1. İlgili Ürün Pazarı

- (15) Dosya konusu şikayetlerin içeriğini, TURKCELL ürün ve hizmetlerinin müşterilere ulaştırılmasını sağlayan dağıtım kanalı kademelerindeki TURKCELL ile distribütörleri ve bayilerinin faaliyetleri oluşturmaktadır. TURKCELL, distribütörleri ve sonradan oluşturulan dağıtım sisteminde bulunan Turkcell Dağıtım Merkezi (TDM) ile Turkcell İletişim Merkezi (TİM), Yetkili Turkcell Satış Noktaları (YTSN) ve Turkcell Satış Noktalarından (TSN) oluşan alt bayi ağı ve diğer satış noktaları için, TURKCELL SIM kart, kontör kart, dijital kontör satışı, aktivasyon ve abonelik hizmetleri vb. ürün ve hizmetlerinin tedarikçisi konumundadır. TURKCELL, faaliyette bulunduğu GSM hizmetleri pazarı ile ilgili/ilişkili birçok farklı alanda faaliyet göstermekte ise de dosya

¹ Mevcut adıyla T.C. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı

² 01.10.2014 tarihli ve 14-37/702-310 sayılı Kurul kararı

konusu iddiaların mahiyeti gereği esas olarak yukarıda belirtilen ürün ve hizmetlerin tedarikçisi olarak değerlendirilecektir.

- (16) Sonuç itibarıyla, dosya konusu şikayetler kapsamındaki TURKCELL ürün ve hizmetlerinin; faturalı ve ön ödemeli SIM kartlar, fiziki kontör kartları ve dijital kontör ile telefon kullanıcısının hattının aktive edilmesini sağlayan aktivasyon hizmetleri ve diğer abonelik hizmetlerini kapsadığı görülmektedir. Bu bağlamda, Danıştay 13. Dairesi kararıyla 2. maddesi iptal edilen 06.06.2011 tarih, 11-34/742-230 sayılı Kurul kararında ilgili ürün pazarları; "GSM hizmetleri pazarı" ve "SIM kart, kontör kart, dijital kontör, aktivasyon ve diğer abonelik hizmetlerinin toptan ve perakende satışı pazarı" şeklinde tayin edilmiştir.

I.2.2. İlgili Coğrafi Pazar

- (17) Başvuru konusu hizmetlerin tüm ülke çapında sunuluyor olmasından dolayı iptal edilen mezkûr Kurul kararında ilgili coğrafi pazar "Türkiye" olarak belirlenmiştir.

I.3. Danıştay 13. Dairesi Kararı

- (18) Doğan Dağıtım Satış Pazarlama ve Matbaacılık Ödeme Aracılık ve Tahsilat Sistemleri A.Ş. tarafından açılan dava sonucunda Danıştay 13. Dairesi 16.10.2017 tarihli ve 2011/4560 E., 2017/2573 K. sayılı kararı ile 06.06.2011 tarih, 11-34/742-230 sayılı Kurul kararının 2. maddesini iptal etmiştir. İptal gerekçesinde;

"... Dava konusu Kurul kararına esas soruşturma raporunun ekinde yer alan EK 24/1-2-12-13-14-15, EK 24/4-5-6-7-9-10 sayılı belgeler ile soruşturma heyeti tarafından yapılan önaraştırma aşamasında Turkcell'in esas ürünlerinden kontör satışının, fiziki kontör kartları vasıtasıyla ya da dijital olarak yapıldığı, söz konusu teşebbüsün gerek fiziki kontörlerin ve gerekse dijital kontörlerin satış fiyatlarını yeniden belirlediği, dosyada mevcut konuya ilişkin başka belgelerden 2006 yılına ait fiziksel ve dijital kontör fiyatlarının Turkcell satış fiyatı, distribütör satış fiyatı, bayi satış fiyatı ve son kullanıcı fiyatına kadar ayrıntılı olarak yer aldığı tabloların bulunduğu, ayrıca ürünün zincir marketler vasıtasıyla satıldığına bu marketlerin de kar oranlarını belirlemek suretiyle yeniden satış fiyatını tespit edildiğini gösteren belgelerin yanı sıra, fiziksel ve dijital kontör gibi SIM kartların da distribütör satış fiyatını belirlediği tabloların bulunduğu, zincir marketlerin ve benzinliklerin sattığı ürünlerin hangi distribütör ve hangi bayi kanalıyla ulaştığını ve distribütör, bayi, alt bayi kanalının tek tek kar marjlarının belirlendiği tabloların söz konusu belgeler arasında yer aldığı, bunların dışında Turkcell çalışanlarının e-posta yazışmaları ve Turkcell'in alt seviyedeki TDM ve bayilerinden bazı yetkililerin iddiayı doğrular yöndeki beyanları da dosyada mevcut olduğu, diğer taraftan soruşturma raporunda, önaraştırma döneminden önce POS cihazları ve internet üzerinden yapılan dijital kontör satışlarında sabit fiyat uygulaması yapıldığı, Kurum tarafından başlatılan inceleme öncesinde "Mavi Nokta"³ tabir olunan bayilere bu fiyatların değiştirilmesine imkan verilmediğine ilişkin tespit ve değerlendirmeler yapıldığı, yeniden satış fiyatlarını belirlenmesi (YSFB) uygulamasını yapan teşebbüsün, ilgili pazarda yüzde altmışın üzerinde pazar gücüne sahip ve hakim durumda olduğu, hakim durumda olan teşebbüslerin

³ İptal edilen 11-34/742-230 sayılı Kurul kararında "Mavi Nokta"ların; kritik lokasyonlarda bulunma, finansal açıdan güçlü olma ve satış hacminin geniş olması gibi kriterler göz önünde bulundurularak TSN'ler arasından seçilen ve ilave yetkiler tanınan YTSN'ler olduğu ifade edilmektedir.

yeniden satış fiyatlarını belirlenmesi (YSFB) uygulamasının rekabete aykırılık oluşturduğu ve buna izin verilmemesi gerektiği açıktır.

Bu durumda, hakim durumdaki teşebbüsün fiyat, dağıtım ve satışa ilişkin politika ve uygulamalar çerçevesinde, özellikle kontör fiyatlarının her düzeyde belirlenmesi yönündeki çok sayıda bulgu ve belge dikkate alındığında, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiği ve hakim durumunu kötüye kullandığı sonucuna varıldığından, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edilmediği ve bu teşebbüs hakkında idari para cezası verilmesine gerek olmadığı yönünde verilen dava konusu Rekabet Kurulu kararında hukuka uygunluk görülmemiştir.”

ifadelerine yer verilmektedir.

I.4. Değerlendirme

- (19) Danıştay 13. Dairesinin yukarıda yer verilen iptal gerekçesinin özünü, hakim durumda olan TURKCELL'in yeniden satış fiyatını belirlemesinin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiği tespiti oluşturmaktadır. Söz konusu mahkeme kararında, mezkûr madde hükmünün ihlal edilmediği ve bu teşebbüs hakkında idari para cezası verilmesine gerek olmadığı yönünde verilen 06.06.2011 tarihli ve 11-34/742-230 sayılı Kurul kararının 2. maddesi hukuka uygun bulunmamıştır.
- (20) İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 28. maddesinin birinci fıkrasında;

“Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez.”

hükmü yer almaktadır. Bahse konu Danıştay kararının incelenmesinden; mahkemenin, dosya mevcudundaki delilleri göz önünde bulundurarak TURKCELL'in, Kurul kararına konu olan eylemlerinin yeniden satış fiyatının tespiti uygulaması teşkil ettiği ve bu yolla 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiği sonucuna ulaştığı görülmektedir. Bu doğrultuda mahkeme kararının yerine getirilmesini ve teşebbüsün savunmasının alınmasını teminen Ek Çalışma yapılmasına 31.05.2018 tarih ve 18-17/297-M sayı ile karar verilmiştir.

- (21) Dolayısıyla bahsi geçen İYUK hükmü uyarınca TURKCELL'in, iptal kararına konu eylemleri hakkında 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edildiği yönünde karar tesis edilmesi gerekmektedir. Bu paralelde öncelikle mahkemenin iptal tespitine dayanak oluşturan dosya konusu belgelere⁴, akabinde ise Ceza Yönetmeliği çerçevesinde yapılan değerlendirmelere yer verilecektir.

I.4.1. TURKCELL'in Kontörlerin Yeniden Satış Fiyatını Belirlediğine İlişkin Belgeler

- (22) Danıştay 13. Dairesi'nin kararındaki tespitlerine esas aldığı ve dosya kapsamında bulunan TURKCELL'in yeniden satış fiyatını belirlediğine ilişkin belgeler aşağıda sunulmaktadır.
- (23) Danıştay kararında Ek 24/11 olarak geçen 27 Haziran 2008'de TURKCELL çalışanı tarafından GENPA Telekomünikasyon ve İletişim Hizmetleri Sanayi Ticaret A.Ş.

⁴ İlgili belgelere, idari para cezasının hesaplanmasında ihlalin süresini tespit etmek bakımından yer verilmektedir.

(GENPA), NETCELL İletişim Hizmetleri ve Ticaret A.Ş (NETCELL), Mep İletişim ve Dış Tic. A.Ş. (MEP), (Tekofaks Ofis ve Haberleşme Ürünleri Pazarlama A.Ş. (TEKOFAKS) adlı distribütörlere yollanan “*Nakit Kontör Fatura Şablonu*” konulu e-postada; “*ALTERNATİVE CHANNELS dan gelen, mevcutta uygulanacak olan nakit kontör fatura şablonları ektedir*” ifadeleri yer almaktadır. Aynı gün teşebbüs yetkilisinin yine aynı kişilere gönderdiği “*Nakit Kontör Fatura Şablonu-Mailimi dikkate almayın ltf.*” konulu e-posta şu şekildedir; “*Maili dikkate almayın ltf, Yeni bir şablon göndereceğiz*”.

- (24) Mevcut delil kapsamındaki aynı belgeye konu olan ve TURKCELL’in alternatif kanallar yetkilisinin gönderdiği bir diğer e-postada ise “*25.06’da ilan edilen yeni fiyatlarla hazırlanmış Nakit Kontör Fatura şablonları ektedir.*” denilmektedir.
- (25) Danıştay’ın kararında EK 24/12-13-14-15 şeklinde ifade ettiği belgelerden bir diğerinde; Turkcell-Distribütör, Distribütör-TDM ve TDM-TSN fatura şablonlarına yer verilmektedir. Söz konusu belgede yer alan Turkcell-Distribütör Fatura Şablonu başlıklı tabloda; “*Distribütöre Maliyet*”, “*Kanala Verilen*”, “*Dist. Net Kar*” başlıkları bulunmakta, “distribütör net karı” olarak 25 kontör, 50 kontör, 100 kontör, 250 kontör için %(.) ile %(.) arasında değişen oranlar verilmektedir. Benzer şekilde, Distribütör-TDM, TDM-TSN fatura şablonlarında TDM ve TSN’lerin alış fiyatları ve kâr oranları yer almaktadır.
- (26) Danıştay kararında EK 24/4-5-6-7-9 olarak belirtilen belgeler ise, 2006 yılına ait fiziki ve dijital kontör fiyatlarının; TURKCELL satış fiyatı, distribütör satış fiyatı, bayi satış fiyatı ve son kullanıcı fiyatına kadar ayrıntılı tabloları içermektedir. Bu belgeler de Danıştay 13. Dairesinin iptal kararında yeniden satış fiyatının tespitini gösteren belgeler arasında sayılmıştır. Bunun yanı sıra mezkûr kararda EK-24/10 olarak geçen belgelerde; ürünün zincir marketler vasıtasıyla satıldığında bu marketlerin de kâr oranlarını belirlemek suretiyle yeniden satış fiyatı tespit edildiğini gösteren ve ayrıca fiziki ve dijital kontör gibi SIM kartların da distribütör satış fiyatının belirlendiğini ortaya koyan tablolar da bulunmaktadır.
- (27) Danıştay kararında EK-24/3 şeklinde geçen belgede ise; zincir marketlerin ve benzinliklerin sattığı ürünlerin hangi distribütör ve hangi bayi kanalıyla ulaştığını ve distribütör, bayi, alt bayi kanalının tek tek kâr marjlarının belirlendiği tablolardır. Anılan tabloların, Danıştay 13. Dairesinin *zincir marketlerin ve benzinliklerin sattığı ürünlerin hangi distribütör ve hangi bayi kanalıyla ulaştığını ve distribütör, bayi, alt bayi kanalının tek tek kar marjlarının belirlendiği tablolar* şeklinde ifade ettiği tablolar olduğu anlaşılmaktadır.
- (28) Bunların yanı sıra; bahse konu mahkeme kararında EK 24/1-2 şeklinde geçen ve TURKCELL çalışanı tarafından MEP çalışanına gönderilen 12 Haziran 2007 tarihli “fiyat merdiveni” konulu mailde, “Option” marka ürün için distribütör kârı ve bayi kârı ayrı ayrı gösterilmektedir. Aynı konunun ve tablonun sunulduğu bir başka mailde;

“Yukarıdaki tablo üzerinden daha önce anlaşılmış fiyat tablosu. (.)’ın bilgisi dahilinde MEP genel bir duyuru yapmadan talep eden bayilere indirimli yeni fiyatları kullanmaya başlamış. Bayiler ise tavsiye edilen satış rakamı yüksek olduğu için kafalarına göre kar marjlarıyla bu dönemi geçiriyorlar. Bu rakamı tekrar yükseltmeyeceğimizi düşünüyorum.”

ifadelerine yer verilmektedir.

I.4.2. Ek Çalışma Kapsamında TURKCELL Tarafından Yapılan Savunmalar ve Bunların Değerlendirilmesi

I.4.2.1. İhlal Tespitine İlişkin Savunmalar ve Bunların Değerlendirilmesi

(29) TURKCELL tarafından, ihlal tespitine yönelik olarak;

- 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin geniş yorumlanması ile dikey fiyat ilişkilerinin de teşebbüsler arası bir anlaşma neticesinde ortaya çıkması gerektiği, TURKCELL'in bayileriyle yaptığı anlaşmalarda yeniden satış fiyatını belirlediğine dair bir hüküm bulunmadığı, dolaylı yoldan yeniden satış fiyatı belirlemesi uygulamalarının karşılıklı irade uyuşması değil, tek taraflı teşebbüs davranışı olduğu, dolayısıyla teşebbüsler arasında anlaşma şeklinde gerçekleşmeyen tek taraflı firma davranışlarının aynı Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği,
- Tüketicinin menfaatinin korunması bakımından, yeniden satış fiyatı ile ilgili olarak tavsiye satış fiyatı veya azami satış fiyatının belirlenmesinin arzu edildiği durumların olduğu, TURKCELL'in de bu kapsamda kontör/TL paketlerinin satışında tavsiye edilen fiyat uygulamasının bulunduğu,
- TURKCELL hakkında iddia konusu ihlalin gerçekleştiği tespiti yapılması halinde 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi kapsamında muafiyet değerlendirmesi yapılmasının talep edildiği,
- Ek Çalışmada atıf yapılan Ek 24/1-2 kapsamındaki belgenin, Kurul tarafından birçok kez inceleme konusu edilen cihazlı kampanyalara ilişkin olduğu, sözü edilen belgenin soruşturma konusu ile bir ilgisinin olmadığı, diğer delil niteliğindeki belgelerin de TURKCELL'in dağıtım kanalında bulunan tüm aktörlerin ilgili hizmetlerden elde edebileceği tahmini gelirlerin öngörüldüğü tavsiye satış fiyatı niteliğinin ötesine geçmeyen şablonlar olduğu, söz konusu tabloların bazılarının soruşturma konusu olmayan dijital kontör fatura şablonları; bazılarının ise aynı belgenin tekrarı olduğu,
- TURKCELL'in sunmakta olduğu hizmetlerin kamusal nitelikte olduğu, kontör/TL paketleri de dahil olmak üzere tarifelerin BTK'ya bildirildiği, bu bağlamda çeşitli sorumluluklarının bulunduğu, TURKCELL'in nihai satış fiyatı belirlemeksizin tavsiye satış fiyatını belirlediği, hiçbir fiyat tavsiyesinin bulunmadığı durumda, kamu niteliğinde sunulan hizmetlerin pazarda fiyatlarının ne şekilde oluşacağını ve BTK'ya bildirilen tarifeden ciddi ölçüde sapabileceğini tahmin etmenin zor olmadığı

ifade edilmektedir.

(30) Yukarıda özetine yer verilen savunmalar temel olarak; 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi çerçevesinde yeniden satış fiyatının tespitinin unsurlarının oluşmadığı, kontör/TL paketlerinin satış fiyatının tavsiye nitelik taşıdığı, belgelerin soruşturma konusu ile ilgisinin bulunmadığına ilişkindir. Kurulun 06.06.2011 tarih ve 11-34/742-230 sayılı kararını iptal eden Danıştay 13. Dairesinin 16.10.2017 tarihli ve 2011/4560 E., 2017/2573 K. sayılı kararı, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edilmediğine ilişkin tespit yerinde olmadığına yöneliktir. Söz konusu mahkeme kararında özetle;

- Dava konusu Kurul kararına esas Soruşturma Raporunun ekinde yer alan EK 24/1-2-12-13-14-15, EK 24/4-5-6-7-9-10 sayılı belgeler ile önaraştırma aşamasında TURKCELL'in esas ürünlerinden kontör satışının, fiziki kontör kartları vasıtasıyla ya da dijital olarak yapıldığı ve bu belgelere göre teşebbüsün gerek fiziki kontörlerin ve gerekse dijital kontörlerin satış fiyatını yeniden belirlediği,
- Dosya mevcudundaki diğer belgeler arasında, 2006 yılına ait fiziki ve dijital kontör fiyatlarının; TURKCELL satış fiyatı, distribütör satış fiyatı, bayi satış fiyatı ve son kullanıcı fiyatına kadar ayrıntılı olarak belirlendiği tabloların bulunduğu,
- Ürünün satışını yapan zincir marketlerin de kar oranlarının belirlenmesi suretiyle yeniden satış fiyatının tespit edildiğini gösteren belgelerin bulunduğu,
- İlaveten dosya kapsamında elde edilen belgeler arasında, fiziki ve dijital kontör gibi SIM kartların da distribütör satış fiyatının belirlendiği tabloların yer aldığı,
- Zincir marketlerin ve benzinliklerin sattığı ürünlerin hangi distribütör ve hangi bayi kanalıyla satıldığını gösteren ve distribütör, bayi, alt bayi kanalının tek tek kar marjlarının belirlendiği tabloların söz konusu belgeler arasında bulunduğu,
- Yukarıda sayılanların dışında dosyada, TURKCELL çalışanlarının e-posta yazışmaları ve TURKCELL'in alt seviyedeki TDM ve bayilerinden bazı yetkililerin iddiayı doğrular şekildeki beyanlarının da mevcut olduğu,
- Diğer taraftan Soruşturma Raporunda, önaraştırma döneminden önce POS cihazları ve internet üzerinden yapılan dijital kontör satışlarında sabit fiyat uygulaması yapıldığı, Kurum tarafından başlatılan inceleme öncesinde "Mavi Nokta" tabir olunan bayilerin bu fiyatları değiştirmelerine imkan verilmediğine ilişkin tespit ve değerlendirmeler yapıldığı,
- Yeniden satış fiyatının belirlenmesi uygulamasını yapan TURKCELL'in, ilgili pazarda %60'ın üzerinde pazar gücüne sahip ve hakim durumda olduğu, hakim durumdaki teşebbüslerin yeniden satış fiyatını belirlemelerinin rekabete aykırılık oluşturduğu ve buna izin verilmemesi gerektiği

ifadelerine yer verilmek ve ihlali gösteren belgeler sayılmak suretiyle, TURKCELL'in yeniden satış fiyatını belirlemek suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır.

- (31) Bununla birlikte, mahkeme kararı üzerine hazırlanan Ek Çalışmada da belirtildiği üzere, İYUK'un 28. maddesinin birinci fıkrasında "*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur.*" hükmü yer almaktadır. Bu bağlamda, savunmada yer verilen ve anılan mahkeme kararının hakkında bir sonuca ulaştığı argümanlara ilişkin olarak esasa yönelik bir değerlendirme yapılmasına yer olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.
- (32) İlaveten, savunma çerçevesinde teşebbüs tarafından iddia konusu ihlalin gerçekleştiğinin tespiti halinde 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi kapsamında muafiyet değerlendirmesi yapılması talep edilmektedir. Aynı Kanun'un 5. maddesi uyarınca aynı maddede sayılan dört şartı sağlayan anlaşmaların 4. maddenin yasaklayıcı

hükmünden muaf tutulması mümkündür. Kanun'un 5. maddesinde muafiyetin koşulları şu şekilde sayılmıştır:

- a) *Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,*
- b) *Tüketicinin bundan yarar sağlaması,*
- c) *İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,*
- d) *Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması.*

(33) Yeniden satış fiyatının belirlenmesi marka içi rekabeti kısıtlamaya yönelik bir uygulamadır. Fiyat rekabetinin piyasalarda etkinliği ve dolayısıyla iktisadi refahın artırılmasını sağlayan temel unsur olduğu nazara alındığında, fiyat rekabetinin kısıtlanmasının, tüketici refahını önemli ölçüde olumsuz etkilediği kabul edilmektedir. Keza yeniden satış fiyatının sağlayıcı tarafından doğrudan veya dolaylı olarak belirlenmesi, 2002/2 sayılı "Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği"nin 4. maddesinde sıralanan ve dikey anlaşmaları grup muafiyeti kapsamı dışına çıkaran en temel sınırlama olarak sayılmıştır.

(34) Bu çerçevede TURKCELL tarafından kontörlerin yeniden satış fiyatının belirlenmesi, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde sayılan "malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması" ve "tüketicilerin bundan yarar sağlaması" koşullarını sağlamamaktadır. Zira bu uygulama, TURKCELL ürünlerinin dağıtım aşında ve bayilerin sunduğu ürün ve hizmetlerde gelişme ve iyileşme oluşturabilecek nitelik taşımamaktadır. Yeniden satış fiyatının tespiti neticesinde tüketiciler marka içi rekabetin sınırlanması nedeniyle daha yüksek fiyatlarla karşılaşacaktır. Yukarıda da değinildiği üzere, fiyat rekabetinin piyasalarda etkinliği ve dolayısıyla iktisadi refahın artırılmasını sağlayan esaslı unsur olması dikkate alındığında, fiyat rekabetinin ortadan kalkmasının tüketici refahını önemli ölçüde olumsuz etkileyeceği anlaşılmaktadır.

(35) 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamındaki bir anlaşma ve/veya uyumlu eylemin muafiyet alabilmesi için sayılan şartların tamamını bir arada karşılaması gerekmektedir. Bu şartlardan herhangi birinin sağlanmadığının ortaya konması halinde muafiyet analizi bakımından diğer şartların incelenmesi gereği ortadan kalkmaktadır. Dolayısıyla TURKCELL'in dosya konusu eylemlerinin 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan şartları sağlamadığı ve bu nedenle muafiyet alamayacağı sonucuna ulaşılmıştır.

I.4.2.2. İddiaların Soruşturma Zamanaşımına Uğradığına İlişkin Savunmalar ve Bunların Değerlendirilmesi

(36) TURKCELL tarafından, rekabet ihlallerinde zamanaşımının 30.03.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'ndaki (Kabahatler Kanunu) ilgili düzenlenmelere tabi olduğu, iddia olunan ihlallerin 2006-2008 yıllarına ilişkin olduğu, bu çerçevede zamanaşımı süresinin başlangıcı olarak 2008 yılı dikkate alındığında, 2016 yılında soruşturma zamanaşımı süresinin dolduğu, dolayısıyla bir ihlalin söz konusu olup olmadığının irdelenmesinin mümkün olmadığı ileri sürülmektedir.

- (37) 4054 sayılı Kanun'un 19. maddesinin yürürlükten kaldırılması ile rekabet ihlallerindeki zamanaşımı süresi, Kabahatler Kanunu'ndaki düzenlemeye tabi gelmiş halde bulunmaktadır. Mezkûr Kanun'un 20. maddesinin üçüncü fıkrasında nispi idari para cezası gerektiren kabahatlerde zamanaşımı süresi sekiz yıl olarak belirlenmiştir. Zamanaşımı süresi, kabahate ilişkin tanımdaki fiilin işlenmesiyle veya neticenin gerçekleşmesiyle işlemeye başlar.
- (38) Kabahatler Kanunu'nda, bir karar hakkında dava açılması halinde yargıda geçen sürelerin zamanaşımına etkisi ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte Danıştay'ın konuya ilişkin olarak verdiği kararlarında, yargıda geçen sürelerde zamanaşımı süresinin işlemeyeceği belirtilmektedir. Şöyle ki, Danıştay 13. Dairesinin 25.03.2009 tarih ve E. 2008/13175 sayılı kararında;

“Danıştay'ın bu konuya ilişkin olarak yerleşmiş kararlarında belirtildiği üzere, zamanaşımı süresi geçirilmeden verilmiş bir idari yaptırımın, idari yargı yerince aynı konuda yeniden işlem tesisini gerektirecek biçimde iptali üzerine herhangi bir şekilde zamanaşımı süresi işletilmeyecektir.”; aynı Dairenin 01.11.2011 tarih ve E. 2008/13179, K. 2011/4829 sayılı kararında da benzer şekilde “..., ilgili kararın Danıştay tarafından ... iptal edilmesi, Danıştay kararındaki gerekçe doğrultusunda ... davaya konu kararın belirtilen süreçten sonra alınması karşısında, yargıda geçen bu sürelerde zamanaşımı süresinin işlemeyeceği açıktır.”

ifadeleri yer almaktadır⁵. Mevcut Kurul içtihadı da yargıda geçen sürelerde zamanaşımının işlemeyeceğini benimsemektedir⁶.

- (39) TURKCELL'in bayilerinin yeniden satış fiyatını tespit ettiğine ilişkin belgeler 2006-2008 yıllarına ilişkin olmakla birlikte Kurulun dosya konusu hakkında verdiği 06.06.2011 tarihli ve 11-34/742-230 sayılı kararına karşı açılan dava 2011-2017 yılları arasında sürmüştür. Dolayısıyla soruşturma zamanaşımı süresi halihazırda dolmamıştır. Bu çerçevede teşebbüsün zamanaşımının dolduğuna ilişkin savunmasının yerinde olmadığı kanaatine varılmıştır.

I.4.2.3. İddia Konusu İhlalden Kaynaklı Tekerrür Hükümlerinin Uygulanamayacağına İlişkin Savunmalar ve Bunların Değerlendirilmesi

- (40) Mevcut başlık kapsamında yapılan savunmalarda;
- Rekabet Kurumu nezdinde bir ağırlaştırıcı sebep olan tekerrürün nasıl uygulanacağına dair bir belirliliğin ve yeknesaklığın olmadığı, tekerrür açısından önemli hususlar olan; ihlallerin aynı pazarda işlenmiş olmasının gerekip gerekmediği ya da ilk ihlal ile ikinci ihlal arasında geçen sürenin bir öneminin olup olmadığı gibi hususlar hakkında bir standardın belirlenmemiş olduğu, Kurulun tekerrüre ilişkin çelişkili kararları olduğu da göz önüne alındığında, tekerrür hükümlerinin uygulanmasının hukuka aykırı olacağı,
 - “Ceza Yönetmeliği Kapsamında Değerlendirme” başlığı altında tekerrüre esas alındığı belirtilen 29.12.2005 tarihli ve 05-88/1221-353 sayılı Kurul kararının, söz konusu soruşturmaya konu kontör kartlarının yeniden satış fiyatının belirlendiği iddiasını içermediği, cep telefonu dağıtıcısı firmalar ile ilişkiler

⁵ Aynı yönde bkz. Danıştay 13. Dairesinin 26.03.2013 tarih ve E. 2009/7107, K. 2013/842 sayılı kararı.

⁶ Kurulun 11.01.2018 tarih ve 18-02/20-10 sayılı, 21.05.2013 tarih ve 13-29/402-179 kararları.

yönünden hâkim durumun kötüye kullanıldığı iddiasını konu edindiği, dolayısıyla böyle bir durumda Kanun'un 6. maddesinin herhangi bir surette veya herhangi bir pazarda daha önceden ihlal edilmiş olmasının, aynı teşebbüs hakkında 6. madde ihlalleri bakımından tamamen başka bir nedenle sonradan alınacak bir kararda tekerrür değerlendirmesine dayanak teşkil edeceği ve bundan böyle ilgili teşebbüse ağırlaştırılmış para cezası verilmesi anlamına geleceği, bu durumun ise hukuken kabul edilemeyeceği,

- Tekerrüre dayanak gösterilen ihlallerin 2008 yılı öncesini ilgilendirdiği, Kurul tarafından ihlalin tekerrürü gerekçesiyle para cezasında artırım yapılabilmesinin, "ihlalin tekerrürü" ibaresinin 4054 sayılı Kanun'a 2008 yılında yapılan bir değişiklikle getirilmiş olması ve cezaların geçmişe yürümezliği ilkesi sebebi ile mümkün olmadığı,
- Kurulun Kabahatler Kanunu'nda öngörülen sekiz yıllık zamanaşımı süresinden önce gerçekleştirdiğini iddia ettiği bir takım eylemleri gerekçe göstererek teşebbüs hakkında tekerrür hükümlerini uygulamasının hukuka ve hakkaniyete aykırı olduğu, tekerrüre ilişkin yeterli hukuki düzenlemenin olmaması ve ihlaller arasındaki zaman aralığına ilişkin bir içtihadın bulunmaması sebepleri ile teşebbüse ihlallerin tekerrür ettiği iddiası ile para cezasının ağırlaştırılabileceği değerlendirilmesinin hukuki dayanağı bulunmadığı

ifade edilmektedir.

- (41) 4054 sayılı Kanun'un para cezalarının belirlenmesi yöntemine ilişkin 16. maddesinin beşinci fıkrasında idari para cezası verilirken "...*Kabahatler Kanunu'nun 17. maddesinin ikinci fıkrası bağlamında, ihlalin tekerrürü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlallerin gerçekleşmesinde belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen ve gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı...*" gibi hususların dikkate alınacağı düzenlemektedir. Anılan hüküm 23.01.2008 tarihinde değişikliğe uğrayarak mevcut şeklini almıştır. Değişiklik öncesinde 4054 sayılı Kanun'un para cezalarına ilişkin 16. maddesinin dördüncü fıkrasında "...*para cezasının belirlenmesinde kastın varlığı, kusurun ağırlığı, ceza uygulanan teşebbüs veya teşebbüslerin pazar içindeki gücü ve muhtemel zararın ağırlığı...*" gibi unsurların dikkate alınacağı hükmüne yer verilmekteydi. Söz konusu hükmün incelenmesinden, değişiklik öncesinde cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak unsurların tahdidi olmadığı, alt ve üst sınır dahilinde olmak üzere cezanın belirlenmesi yönteminin büyük oranda idarenin takdirine bırakıldığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'da 2008 yılında yapılan değişiklik ile teşebbüslerin aleyhinde bir durum yaratılmadığı ve idarenin takdirinde olan bir husus kanun metnine alındığı görülmektedir.
- (42) Konuya ilişkin Ankara Bölge İdare Mahkemesi 7. İdari Dava Dairesinin 05.04.2017 tarih ve E: 2017/28 K:2017/68 sayılı kararında da;

"Rekabet Kurumunca verilen idari para cezalarında tekerrür halinin esas alınması, Kabahatler Kanununun yürürlüğünün öncesinde de sonrasında da 4054 sayılı Kanun gereğince mümkün olup ve bu uygulamanın asıl dayanağının 4054 sayılı Kanun'un verdiği takdir yetkisi olduğu açıktır. Tekerrür ifadesi 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinde 2008 yılında yapılan değişiklikle beraber gelmesine rağmen maddenin önceki hali de tekerrür düzenlemesinin

uygulanmasına imkân tanıyıcı nitelikte bulunmaktadır. Bu çerçevede 2008 yılından önce de, Rekabet Kurulu uygulamalarında tekerrür halinin esas alındığı görülmektedir.”

ifadelerine yer verilmektedir. Dolayısıyla Kanun değişikliği sonrası yeni durumun eski duruma nazaran aleyhte bir durum yaratmadığı ve teşebbüsün cezaların geçmişe yürümezliği ilkesi sebebi ile tekerrür uygulanmasının mümkün olmadığı yönündeki savunma yerinde değildir.

- (43) Savunmada ayrıca, Kurul içtihadında tekerrürün nasıl uygulanacağına dair bir belirliliğin ve yeknesaklığın olmadığı, tekerrür hükümlerinin uygulanarak para cezası miktarının artırılabilmesi için aynı konu hakkında teşebbüse ceza tesis edilmiş olması gerektiği ve Kurulun önceden teşebbüs hakkında yürüttüğü soruşturmaların hiçbirinde “kontör kartlarının yeniden satış fiyatını belirlediği” gerekçesiyle ceza verilmediği ifade edilmiştir. İhlalin tekerrürü, Ceza Yönetmeliği'nin 6. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde temel para cezasını ağırlaştırıcı unsur olarak düzenlenmektedir. Anılan düzenlemede tekerrür uygulaması, teşebbüsün daha önce gerçekleştirdiği ihlaller ile aynı pazarlarda ve/veya benzer nitelikteki davranışlar ile gerçekleşmesiyle sınırlandırılmamaktadır. Kurul içtihadındaki yaklaşım da bu yönde oluşturulmuştur⁷. Bu itibarla, bir teşebbüsün 4054 sayılı Kanun'a aykırı davranışlarının tekrarından dolayı cezasının artırılması için, her iki kabahatin de aynı kanun maddesini ihlal etmiş olması ve ihlale neden olan davranışın benzerlik göstermesi gerekmemektedir. Dolayısıyla teşebbüsün konuya ilişkin savunmasının yerinde olmadığı kanaati hasıl olmuştur.
- (44) Teşebbüsün tekerrüre ilişkin bir diğer savunmasını sekiz yıllık zamanaşımı süresinden önceki karar sebebiyle tekerrür hükümlerinin uygulanmasının hukuka ve hakkaniyete aykırı olduğu oluşturmaktadır. 4054 sayılı Kanun'da ve Ceza Yönetmeliği'nde tekerrür hükmü için herhangi bir süre belirtilmemektedir. Ancak tekerrür hükmünün ne kadar geriye işletilebileceği hususu önem taşımakta ve hukuki belirliliğin sağlanması ve idari tutarlılık açısından bu konuda bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesi ile Kanun'un genel niteliğine vurgu yapılmış; *“kanun yollarına ilişkin hükümlerinin diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça, diğer genel hükümlerinin idari para cezası... gerektiren tüm fiiller alanında uygulanacağı”* düzenlenmiştir. Bu doğrultuda söz konusu Kanun'un 20. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen sekiz yıllık zamanaşımı süresinin Ceza Yönetmeliği'ndeki tekerrür kuralları uygulanırken de esas alınarak teşebbüslerin tekerrür nedeniyle sınırsız bir süre cezanın ağırlaştırılması tehdidi altında olmalarının önüne geçilebilecektir. Kurul içtihadı bakımından da tekerrür hükmünün uygulanmasında zamanaşımı süresinin bu şekilde dikkate alınması yaklaşımının benimsendiği görülmektedir⁸.
- (45) Bu çerçevede mevcut dosyadaki ihlale konu eylemin tarihinden sekiz yıl geriye gidilerek, bu süre içerisindeki, ihlal tespiti yapılmış olan Kurul kararlarının tekerrüre esas alınması gerekmektedir. TURKCELL'in, bayilerinin yeniden satış fiyatını tespit ettiğine ilişkin belgeler 2006-2008 yıllarına ait olduğundan eylemin başlangıç tarihi olarak bu tarih alındığında, tekerrüre esas 29.12.2005 tarih ve 05-88/1221-353 sayılı

⁷ Kurulun 09.06.2016 tarih ve 16-20/326-146 sayılı, 19.12.2013 tarih ve 13-71/988-414 sayılı, 23.12.2009 tarihli ve 09-60/1490-379 sayılı, 29.12.2005 tarihli ve 05-88/1221-353 sayılı, 06.06.2011 tarihli ve 11-34/742-230 sayılı kararları.

⁸ 28.11.2017 tarih ve 17-39/636-276 sayılı, 14.01.2016 tarih ve 16-02/44-14 sayılı Kurul kararları.

Kurul kararının sekiz yıllık sürenin içerisinde kaldığı görülmektedir. Dolayısıyla teşebbüsün konuya ilişkin savunmasının yerinde olmadığı neticesine ulaşılmıştır.

I.4.2.4. Danıştay 13. Dairesi Kararının Rekabet Kurulunun Kendisine Verilen Takdir Yetkisini Kısıtladığına Yönelik Savunmalar ve Bunların Değerlendirilmesi

- (46) TURKCELL tarafından; Rekabet Kurulunca da hukuka aykırı bulunarak temyiz edilen mezkûr Danıştay kararı gerekçe gösterilerek savunmaların değerlendirilmemesinin açıkça hukuka aykırılık teşkil ettiği ve Rekabet Kurulunun kendisine verilen takdir yetkisini kullanamaması sonucunu doğurduğu ileri sürülmektedir.
- (47) Anayasanın 138. maddesinin son fıkrasında; yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organlar ve idarenin mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği açıkça belirtilmektedir. İdarenin yargı kararlarını değiştirme ve gecikme olmaksızın uygulamasına ilişkin bu anayasal yükümlülük İYUK 28. maddede de tekrarlanmaktadır. Bu itibarla; TURKCELL'in kontörlerin yeniden satış fiyatını tespit ettiğini ortaya koyan Danıştay 13. Dairesi kararına istinaden teşebbüsün esasa ilişkin savunmalarına dair dosya kapsamında tekrar değerlendirme yapılmaması, idarenin yargı kararıyla bağlı olması ilkesine dayanmaktadır.

I.4.3. Ceza Yönetmeliği Kapsamında Değerlendirme

- (48) 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrasında "*Bu Kanun'un 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yılsonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yılsonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir*" hükmü yer almaktadır. 15.02.2009 tarihli ve 27142 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Ceza Yönetmeliği'nin 1. maddesinde Yönetmeliğin amacı; "*4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 4 üncü ve 6 ncı maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyeleri ile bunların yönetici ve çalışanlarına, aynı Kanunun 16 ncı maddesi gereğince verilecek para cezasının tespitine ilişkin usul ve esasları düzenlemek*" şeklinde belirlenmiştir. Bu bağlamda yukarıda yer verilen açıklamalar çerçevesinde Danıştay 13. Dairesinin 2011/4560 E., 2017/2573 K. sayılı ve 16.10.2017 tarihli kararı ile TURKCELL'in 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiği tespit edildiğinden teşebbüse aynı Kanun'un 16. maddesi ve ilgili Yönetmelik hükümleri uyarınca idari para cezası uygulanması gerekmektedir.
- (49) Ceza Yönetmeliği uyarınca nihai para cezası miktarı belirlenirken, öncelikle temel para cezası belirlenmeli ve ardından varsa ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurlar uygulanarak nihai para cezası tespit edilmelidir. Ceza Yönetmeliği'nin 5. maddesinin birinci fıkrasında temel para cezasının hesaplanması bakımından "karteller" ve "diğer ihlaller" şeklinde bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Buna göre TURKCELL'in 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal eden dosya konusu eylemleri, "diğer ihlaller" kategorisinde değerlendirilmiş, Ceza Yönetmeliği'nin 5. maddesinin ikinci fıkrası da göz önünde bulundurularak, temel para cezası hesaplanırken esas alınacak oran, Ceza Yönetmeliği'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca %0,5 olarak belirlenmiştir.

- (50) Ceza Yönetmeliği'nin 5. maddesine göre temel para cezasının belirlenmesinde diğer adım ihlalin süresidir. İşbu dosya çerçevesinde TURKCELL'in kontörlerin yeniden satış fiyatını tespit ettiğiine ilişkin belgelerin 2006-2008 yıllarına ait olduğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda Danıştay 13. Dairesi kararına konu eylemin bir yıldan uzun beş yıldan kısa sürmesi nedeniyle temel para cezasının, Ceza Yönetmeliği'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrasının (a) bendine göre yarısı oranında artırılmasına karar verilmiştir.
- (51) Diğer taraftan Ceza Yönetmeliği'nin 6. ve 7. maddeleri kapsamında temel para cezasının artırılmasını veya hafifletilmesini gerektiren haller düzenlenmektedir. Buna göre, ağırlaştırıcı unsurlarda ihlalin tekerrürü halinde, her bir tekrar için temel para cezasının yarısından bir katına kadar artırılacağı belirtilmiştir.
- (52) Kurulun 29.12.2005 tarih ve 05-88/1221-353 sayılı kararında⁹ TURKCELL'in 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlal ettiğiine karar verilmiştir. Bu çerçevede TURKCELL'e uygulanacak idari para cezasının, Ceza Yönetmeliği'nin 6. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca yarısı kadar artırılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Mevcut dosya bakımından Ceza Yönetmeliği'nin 7. maddesinde örnek olarak sayılan hafifletici unsurların varlığı ise söz konusu değildir.
- (53) Son olarak, teşebbüse uygulanacak ceza bakımından esas alınacak cironun üzerinde durulması gerekmektedir. Danıştay 13. Dairesi tarafından iptal edilen Kurul kararında ceza verilmiş olsaydı baz alınacak 2010 tarihli gayri safi gelir ile işbu dosyanın yeniden değerlendirilmesi sonrasında 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca esas alınması gereken 2017 tarihli gayri safi gelir karşılaştırılarak, teşebbüsün lehine olan tutara hükmedilmelidir. TURKCELL'in 2010 yılına ilişkin gayrisafi geliri ile 2017 yılına ait gayrisafi geliri karşılaştırıldığında 2010 yılı cirosunun teşebbüsün lehine olduğu ve uygulanacak idari para cezasının tespitinde 2010 yılı gayrisafi gelirin esas alınması gerektiği anlaşılmıştır.

J. SONUÇ

- (54) Danıştay 13. Dairesinin 16.10.2017 tarih ve E. 2011/4560, K. 2017/2573 sayılı kararına, 31.05.2018 tarih ve 18-17/297-M sayılı Kurul kararı uyarınca yürütülen ek çalışma kapsamında düzenlenen rapora, toplanan delillere, yazılı savunmalara, sözlü savunma toplantısında yapılan açıklamalara ve incelenen dosya kapsamına göre;
- 1) Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin kontörlerin yeniden satış fiyatını belirlemek suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiğiine OYBİRLİĞİ ile,
 - 2) Bu nedenle, adı geçen teşebbüse idari para cezası verilmesi gerektiğine OYÇOKLUĞU ile,
 - 3) 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası ve "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" in 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ve ikinci fıkrası ile üçüncü fıkrasının (a) bendi ve 6. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca ve lehe olan ciro dikkate

⁹ Söz konusu kararda TURKCELL'in eylemleri sebebiyle 4054 sayılı Kanun'un hem 4. hem de 6. maddesi kapsamında idari para cezası uygulanmıştır. Bu karar, 2. maddesi iptal edilen 11-34/742-230 sayılı Kurul kararının, teşebbüsün alt bayilerini fiili olarak münhasırlığa zorlamak yoluyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ihlali sebebiyle idari para cezası uygulanmasına yönelik 3. maddesi kapsamında da ağırlaştırıcı sebep olarak dikkate alınmıştır.

19-03/23-10

alınarak 2010 mali yılı sonunda oluşan ve Kurul tarafından belirlenen yıllık gayri safi gelirlerinin takdiren, %1,125 oranında olmak üzere,

- Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'ye 91.942.343,31 TL.

idari para cezası verilmesine OYÇOKLUĞU ile,

gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere, karar verilmiştir.

KARŞI OY GEREKÇESİ

(10.01.2019 Tarih ve 19-03/23-10 Sayılı Kararı)

- (1) TURKCELL hakkında distribütörlerine ve bayilerine yönelik yeniden satış fiyatının tespiti ve münhasırlık uygulamaları yoluyla 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlal ettiğinden bahisle başlatılan soruşturma sonucunda Kurul'un 06.06.2011 tarih ve 11-34/742-230 sayılı kararıyla; TURKCELL'in, yeniden satış fiyatını belirlemesi iddiasına yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal etmediğine, ancak bayilerine yönelik münhasırlık uygulamaları nedeniyle Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiğine karar verilerek 2010 mali yılı sonunda oluşan yıllık gayri safi geliri dikkate alınarak hakkında idari para cezasına hükmedilmiştir.
- (2) Doğan Dağıtım Satış Pazarlama ve Matbaacılık Ödeme Aracılık ve Tahsilat Sistemleri A.Ş. tarafından mezkûr Kurul kararının iptali istemiyle açılan davada Danıştay 13. Dairesi 16.10.2017 tarih ve E:2011/4560, K:2017/2573 sayılı kararıyla, TURKCELL'in, dosyadaki mevcut bilgi ve belgeler kapsamında, 4054 sayılı Kanun'un 4. Maddesini ihlal ettiğine ve hâkim durumunu kötüye kullandığına karar vererek Kurul kararının 2. maddesinin iptaline karar vermiştir.
- (3) Danıştay 13. Dairesi'nin iptal kararı üzerine başlatılan soruşturma sonucunda, TURKCELL'in, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiğine yönelik Kurul kararının 1. maddesine katılmaktayız.
- (4) Ancak, iş bu soruşturmada TURKCELL'in bayilerine yönelik bir takım rekabet ihlallerinde bulunduğu görülmekle birlikte anılan teşebbüsün soruşturmaya konu dönemdeki uygulamalarıyla ve bayilerine yönelik eylemleriyle bayilerini kontrol altında tutmayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla münhasırlık ve yeniden satış fiyatının belirlenmesine yönelik rekabet ihlallerinin birbirinden bağımsız eylemler olarak değerlendirilmemesi gerekmektedir.
- (5) Bir teşebbüs hakkında 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddelerini aynı anda ihlal ettiği iddiasıyla başlatılan soruşturmada, teşebbüsün aynı mahiyette ve aynı gayeye ulaşmayı hedefleyen eylemlerinin birbirinden bağımsız düşünülmemeyeceği durumlarda söz konusu

eylemlerin bir eylem olarak kabul edilmesi gerekir. Dolayısıyla bir eylemiyle rekabet ihlalinde bulunan teşebbüse zaten tüm gayri safi

gelirleri üzerinden idari para cezası uygulandığına göre 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddelerinin ayrı ayrı ihlal edildiğinden bahisle iki ayrı idari para cezası verilmemesi gerekir. Nitekim Kurul'un 08.02.2010 tarih ve 10-14/175-66 sayılı İzocam, 14.12.2017 tarih ve 17-41/641-280 sayılı Trakya Cam kararlarında ilgili teşebbüsler hakkında 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddeleri bakımından aynı anda ihlal tespiti yapılmasına rağmen tek idari para cezasına hükmedilmiştir.

- (6) Diğer taraftan, hakkında ihlal tespiti yapılan teşebbüs hakkında verilen idari para cezasının oranının tespitinde, ilk kararda verilen ceza miktarı dikkate alınarak ceza adaletinin sağlanması açısından %0,25 oranında idari para cezası uygulanması gerektiği kanaatiyle, teşebbüsün kontörlerin yeniden satış fiyatını belirlemek suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiği yönünde oluşan Kurul kararının, sonuç kısmında yer alan ikinci ve üçüncü maddelerine katılmıyoruz.

Arslan NARİN
İkinci Başkan

Adem BİRCAN
Kurul Üyesi