

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

(Danıştay'ın İptal Kararı Üzerine Verilen)
REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : D1/1/ÖG-98/8 (2007-2-143)
Karar Sayısı : 07-83/1009-393
Karar Tarihi : 1.11.2007

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Tuncay SONGÖR (İkinci Başkan)
Üyeler : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI, M. Sıraç ASLAN,
Süreyya ÇAKIN, Mehmet Akif ERSİN, Dr. Mustafa ATEŞ

B. RAPORTÖRLER: Murat ÇETİNKAYA, Ekrem KALKAN

C. ŞİKAYET EDEN: - Bimaş Birleşik Medya Pazarlama A.Ş.
Büyükdere Cad. Yapı Kredi Plaza C Blok Kat 2 No:28 Levent-
İstanbul

D. KARŞI TARAF :

- Cine 5 Filmcilik ve Yapımcılık A.Ş.
Büyükdere Cad. No: 163 80504 Esentepe-İstanbul
- Türkiye Futbol Federasyonu
Konaklar Mah. İhlamurlu Sk. No:9 Levent-İstanbul
Konur Sok. No:10 Kızılay-Ankara

E. DOSYA KONUSU: 11.10.1999 tarih, 99-46/500-316 sayılı Kurul kararı hakkında verilen Danıştay 10. Dairesinin 4.11.2003 tarih, 2001/355 E., 2003/4245 K. sayılı ve Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 3.5.2007 tarih, 2004/1188 E., 2007/864 K. sayılı kararları üzerine ilgili dosyanın yeniden değerlendirilmesi.

F. İDDİALARIN ÖZETİ

F1. Şikayet Başvurusunda İleri Sürülen Hususlar

Rekabet Kurumu kayıtlarına 17.2.1998 tarihinde intikal eden BİMAŞ Birleşik Medya Pazarlama A.Ş. (BİMAŞ) vekili Av. Gülüzar IRMAK'ın başvurusunda;

- Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) Kuruluş ve Görevleri Hakkında 3813 sayılı Kanun'un 29. maddesinin TFF'ye spor kulüplerinin yayın kuruluşlarıyla yaptıkları sözleşmelerin onaylanması görevini verdiği, TFF'nin bu yetkiye dayanarak ve hakkını kötüye kullanarak kulüpler adına ihale düzenlediği,
- Cine 5 Filmcilik ve Yapımcılık A.Ş. (Cine 5) ile diğer televizyon kanallarının TFF'nin açtığı ihaleye yalnız Cine 5'in katılmasına ilişkin sözleşme imzaladıkları,

- ihalede rekabet etmemeyi öngören bu sözleşme sayesinde Cine 5'in girdiği ihaleyi kazandığı ve 29.5.1996 tarihinde imzalanan sözleşmeyle (Havuz Sözleşmesi) üç yıllık süre için Türkiye 1. profesyonel futbol ligi karşılaşmalarını naklen yayınlama hakkını TFF'den devraldığı,
- rekabetsizliği tesis eden anlaşmanın, tarihi 5.11.1997 tarih ve 1997/5 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği öncesindeki bir tarihe isabet etmesine karşın, etkisini fiilen ve hukuken sürdürdüğü,
- Cine 5'in ilgili hizmet piyasasında %100 paya sahip olduğu,
- TFF'nin ayrıca ilgili piyasayı oluşturan "futbol müsabakası" ile ilgisi olmadığı halde, başka piyasalar niteliğinde olan "stad içerisindeki haber ve magazin görüntüleme faaliyetlerini" de sözleşme kapsamına aldığı, böylece ilgili hizmet piyasasında mutlak hakim konuma sahip olan Cine 5'in bu hakimiyetini başka hizmet piyasalarına da yansıttığı ve rakip teşebbüsleri pazar dışına çıkardığı,
- rekabeti önleyen bu süreçten, müsabakalarının naklen yayın hakları münferiden kendilerine ait olan bazı futbol kulüplerinin, bu kulüpler ile anlaşma yapamayan yayıncı teşebbüslerin ve kamuoyunun zarar gördüğü,
- TFF'nin; kulüplerin, başka yayın kuruluşları ile anlaşarak karşılaşmalarını bu yayın kuruluşlarının kanallarından yayınlamalarını önlemeyi ve bu konuda Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü ile işbirliği yapmayı kabul ettiği sözleşme maddesinin, Cine 5'in ticari faaliyet alanına başka teşebbüslerin girmelerine doğrudan engel olma amacını taşıdığı ve Kanun'un 6. maddesinin (a) bendine uyduğu,
- ayrıca bu maddenin tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ve teknik gelişmenin kısıtlanması sonucu doğurması nedeniyle Kanun'un 6. maddesinin (e) bendine uyduğu,
- Cine 5'in tüm sözleşme süresini kapsayan dönem için Türkiye 1. profesyonel futbol ligi karşılaşmalarının televizyondan yayınlanmasında tek yayıncı sıfatını kazandığı, 1997/3 sayılı Tebliğ ile TFF'nin Cine 5'i "tek yayıncı" ihdas etmesine imkan tanırsa dahi, anılan sözleşme hükmünün aynı Tebliğ'in 6. maddesinin (a), (b) ve (c) bentlerinde yer alan fiili durumu yarattığı, bu nedenle Kanun'un 13. maddesine dayanarak ilgili Tebliğ ile sağlanan muafiyetin geri alınması gerektiği,
- sponsorluk piyasasına yeni gireceklerin engellenmesi ve TFF tarafından arz edilen hizmetin tekrar arzına ilişkin şartlar ileri sürülmesi nedeniyle sözleşmenin sponsor seçimi ile ilgili maddesinin Kanun'un 4. maddesinin (d) ve (f) bendlerine uyduğu,
- sözleşmede kazanılan naklen yayın hakkının Türkiye içinde ya da dışında, yerli ya da yabancı, özel ya da resmi yayın kuruluşlarına tamamen veya kısmen devri veya satılması yasaklandığından, ilgili sözleşme maddesinin, arz edilen bir hizmetin tekrar arzına ilişkin koşullar ileri sürülmesi ve alternatif

temin kaynaklarının kısıtlanması nedeniyle, Kanun'un 4. maddesinin (d) ve (f) bentlerine uyduğu,

- sözleşmede haber amaçlı da olsa hiçbir televizyon kamerasının stadlara giremeyeceği öngörüldüğünden, bir pazarda mutlak hakim durumda olan Cine 5'in, hakimiyetinin yaratmış olduğu ticari avantajdan yararlanarak, haber amaçlı görüntü yayınlama hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozduğu, bu maddenin aynı zamanda tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ve teknik gelişmenin kısıtlanması amacını taşıdığı ve bu nedenle de Kanun'un 6. maddesinin (e) bendine uyduğu,

ileri sürülerek,

- yukarıda ifade edilen konularda soruşturma kararı alınması,
- BİMAŞ'ın uğradığı ve uğrayabileceği ciddi zararlara karşı, Kanun'un 9. maddesi uyarınca koruyucu nitelikte geçici tedbir kararı alınması,
- TFF ve Cine 5 hakkında Kanun'un ilgili maddeleri gereğince para cezası uygulanması

talep edilmiştir.

F2. Soruşturma Açılmasına İlişkin Gerekçeler

Rekabet Kurulu'nun 28.5.1998 tarih ve 518-85 sayılı kararı ile,

- 3 yıl süre ile tek yayıncı ihdas etmek, havuz dışında bulunan kulüplerin diğer yayın kuruluşları ile anlaşmalarını engellemek ,
- diğer yayın kuruluşlarının haber amaçlı görüntü alma hakkını engellemek,
- haftada naklen 3 maç yayınlama sınırlaması ile tekrar arza ilişkin şartlar ileri sürmek,
- diğer yayın kuruluşlarının maçların yeniden yayını pazarına girişlerini engellemek,
- sözleşmenin alıcı konumundaki tarafı olan yayın kuruluşunun sponsor belirleme özgürlüğünü kısıtlamak ve TFF'nin sponsorluk sözleşmesi akdettiği teşebbüslerin rakibi olan teşebbüslerin yukarıda sözü edilen piyasaya girişlerini engellemek,
- naklen yayın devir yasağı getirmek

suretiyle rekabetin sınırlandırıldığı,

- bu nedenle sözleşmeye dayalı olarak yapılan uygulamaların 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (a), (b), (c), (d) ve (f) bendleri ile 6. maddesinin (a) bendi kapsamında olduğu,

- Cine 5'in "aynı nitelikteki 3 dakikalık haber amaçlı görüntüleri diğer yayın kuruluşlarına farklı fiyattan satışa arz ettiği, bu ayrımcı uygulamanın Kanun'un 6. maddesinin (b) bendinde belirtilen ihlale uygunluk gösterdiği

gerekçeleriyle TFF ve Cine 5 hakkında soruşturma açılmıştır.

Soruşturma Cine 5'in Kanun'un 6. maddesinin (b) bendi kapsamında değerlendirilen eylemine ilişkin olarak yürütülmüştür.

F3. Hakkında Soruşturma Yürütülen Tarafların İddiaları

Soruşturmanın yürütülen kısmına ilişkin olarak hakkında soruşturma yürütülen taraflar, 4054 sayılı Kanun'u ihlal etmediklerini iddia etmişlerdir.

G. DOSYA EVRELERİ

Rekabet Kurumu kayıtlarına 17.2.1998 tarihinde intikal eden BİMAŞ'ın şikayet dilekçesi üzerine, Kurum raportörleri tarafından hazırlanan 6.3.1998 tarihli ve 1-Ö.G.-98/8 sayılı İlk İnceleme Raporu Rekabet Kurulu'nun 9.3.1998 tarihli toplantısında görüşülmüş ve 56/408-49 sayı ile 4054 sayılı Kanun'un 40/1. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olup olmadığını belirlemek üzere konuya ilişkin önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir.

Önaraştırma sürecinde, Cine 5 tarafından, Kurum kayıtlarına 5.5.1998 tarihinde intikal eden Havuz Sözleşmesine ilişkin bildirim ile menfi tespit/muafiyet talebinde bulunulmuştur.

Önaraştırma sonucunda, Kurum raportörlerince 26.5.1998 tarihli ve D1/2/M.B.-98/6 sayılı önaraştırma raporu düzenlenmiştir.

Söz konusu rapor, Rekabet Kurulunun 28.5.1998 tarihli toplantısında görüşülmüş ve 4054 sayılı Kanun'un 41. ve 43/1. maddeleri uyarınca TFF ile Cine 5 hakkında soruşturma açılmasına ve şikayetçi BİMAŞ'ın geçici tedbir isteminin, tarafların ilk yazılı savunmalarının alınması ertesinde görüşülmesine karar verilmiştir.

4.6.1998 tarihinde, Kanun'un 43/2. maddesi uyarınca taraflara soruşturma açıldığına dair bildirimde bulunularak taraflardan 30 gün içinde ilk yazılı savunmalarını göndermeleri istenmiştir.

Haklarında soruşturma açılan teşebbüslerin ilk yazılı savunmaları, 7.7.1998 ve 8.7.1998 tarihinde Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.

Kurul'un 13.8.1998 tarihli toplantısında,

- maç öncesi ve maç sonrasında şikayetçi ve diğer kameraların stadlara girerek görüntü alabilmeleri,

- maçın canlı yayını sırasında Şikayetçi ile diğer yayın kuruluşlarının haber amaçlı olarak ve haber niteliğini geçmemek koŐuluyla maçın tamamı üzerinden herbir ma için toplam süresi 90 saniyeyi geçmemek üzere haber görüntülerini ücretsiz alabilmeleri,
- gerek canlı yayınlanan haftada üç maçın, gerekse bant kaydı yapılan diğer maçların tüm görüntülerinden, Őikayetçinin ve diğer rakip yayın kuruluşlarının arzu ettikleri miktarın creti mukabilinde satınalma taleplerinde, Cine 5'nin eŐit olmayan ücret ve sair koşullar öngörmemesi

konularında Kanun'un 9. maddesi uyarınca 78/601-111 sayılı geçici tedbir kararı alınmıŐtır.

Tedbir kararının muhatapları Cine 5 ve TFF tarafından karar aleyhine yürütmenin durdurulması ve iptali istemiyle DanıŐtaya baŐvurulmuŐ ve Danıştay Onuncu Dairesi, konu ile ilgili olarak 13.1.1999 tarihli, 1998/5735 sayılı ve 24.2.1999 tarihli, 1998/5517 sayılı kararları ile tedbir kararının yrtlmesininin durdurulmasına karar vermiştir. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, Rekabet Kurumu tarafından yapılan itiraz başvurusu üzerine, 22.3.1999 tarihli, 1999/113 sayılı ve 16.4.1999 tarihli, 1999/165 sayılı kararı ile geçici tedbir kararının "Gerek canlı yayınlanan haftada üç maçın, gerekse bant kaydı yapılan diğer maçların tüm görüntülerinden, Őikayetçinin ve diğer rakip yayın kuruluşlarının arzu ettikleri miktarın creti mukabilinde satınalma taleplerinde, Cine 5'nin eŐit olmayan ücret ve sair koşullar öngörmemesi" bölümüne ilişkin olarak itirazın kabulüne karar vermiştir.

28.5.1999 tarih ve SR/99-3 sayılı soruŐtırma raporu, Kanun'un 45/1. maddesi uyarınca, BaŐkanlıkça tüm Kurul yeleri ile Cine 5'e 31.5.1999 tarihinde tebliğ olunmuŐ ve aynı maddenin ikinci fıkrası gereğince Cine 5'ten 30 gün içinde yazılı savunmasını göndermesi istenilmiŐtir.

28.6.1999 tarihinde Cine 5 ikinci yazılı savunmasını göndermiŐtir.

İkinci yazılı savunmaya ilişkin 12.7.1999 tarihli ek yazılı görüŐ, Kanun'un 45/2. maddesi uyarınca, 13.7.1999 tarihinde tüm Kurul yeleri ve Cine 5'e tebliğ edilmiştir.

Cine 5'in ek yazılı görüŐe karşı nc yazılı savunması 2.8.1999 tarihinde Rekabet Kurumu kayıtlarına intikal etmiştir.

Rekabet Kurulunun 17.8.1999 tarih ve 99-38 sayılı toplantısında, yürütülen soruŐtırma ile ilgili olarak 29.9.1999 tarihinde sözlü savunma toplantısı yapılmasına karar verilmiŐ ve sözlü savunma toplantısı davetiyeleri, Kanun'un 46/2. maddesi uyarınca ilgililere gönderilmiŐtir.

29.9.1999 tarihinde taraflar sözlü savunmalarını yapmıŐlardır.

Rekabet Kurulu 11.10.1999 tarihinde nihai kararını vermiŐ ve 12.10.1999 tarihinde karar tefhim edilmiştir.

Gerekçeli kararın tarafa tebliği ertesinde Danıştay 10. Dairesinde karar aleyhine dava açılmıştır. Danıştay 10. Dairesinin 4.11.2003 tarih, 2001/355 E., 2003/4245 K. sayılı

kararı ile Cine 5 lehine olacak şekilde; piyasaya sunulan hizmetin durumu, hitap ettiği kesim ve kamu yararı kavramları açısından bir değerlendirme yapılması gerektiği, fiyat farklılığının hitap edilen tüm kesimlere müsabakaların ulaştırılması amacıyla toplumun yararına hareket edilmesinden kaynaklandığı, bu bağlamda fiyatlandırmanın objektiflikten uzak olarak belirlenmesinden ve ayrımcılık yapılmasından söz edilemeyeceği, fiyatlar tespit edilirken yayın kuruluşlarının daha çok ekonomik durumlarının ve hitap ettikleri kitlenin dikkate alındığı, farklı yayın kuruluşlarından talep edilen fiyatlar arasındaki farkın fahişliğinden söz edilemeyeceği ve Cine 5 tarafından belirlenen en yüksek miktarın sözleşme (TFF-Cine 5 arasındaki yayın sözleşmesi) ile belirlenen tutarın altında kaldığı gerekçeleriyle, 10.11.1999 tarih, 99-46/500-316 sayılı Rekabet Kurulu kararının iptalini hükme bağlamıştır.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, temyiz üzerine verdiği 3.5.2007 tarih, 2004/1188 E., 2007/864 K. sayılı karar ile, soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılarak oy kullanmasının hukuka aykırı bulunması gerekçesiyle Danıştay 10. Dairesinin 4.11.2003 tarih, 2001/355 E., 2003/4245 K. sayılı kararını sonucu itibarıyla yerinde görerek söz konusu kararın onanmasına karar verilmiştir. 5.4.2007 tarih, 07-30/317 sayılı Rekabet Kurulu kararı gereğince, onama kararına karşı karar düzeltme yoluna başvurulmamıştır.

Rekabet Kurulu, düzenlenen 31.7.2007 tarih, 2003-2-143/BN-07-MÇ sayılı bilgi notu, 3.10.2007 tarih, 2254 sayılı Hukuk Müşavirliği önergesi, yargı kararları ve dosya münderecatındaki tüm bilgi ve belgeleri inceleyerek, 1.11.2007 tarih ve 07-83 sayılı toplantısında nihai kararını vermiştir.

H. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ

İdari işlemin şekil unsuru yönünden iptal edilmesi durumunda idarenin bu şekil eksikliğini gidererek aynı yönde yeni bir işlem tesis edebileceğinin öğretide ve içtihadta kabul edildiği, ancak bu dosya bakımından Danıştay 10. Dairesinin Rekabet Kurulu kararını esaslanarak inceleyerek iptal kararı verdiği hususuna dikkat edilmesi gerektiği, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun verdiği karara ilişkin olarak karar düzeltme yoluna gidilmeyerek Danıştay kararlarının gereğinin yerine getirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

I. GEREKÇE VE HUKUKİ DAYANAK

Danıştay 10. Dairesinin esas hakkında verdiği iptal kararına karşı Kurumumuzca yapılan temyiz başvurusu üzerine Danıştay İdari Dava Dairelerince tespit edilen şekle ilişkin aykırılık (soruşturmacı üyenin nihai karar toplantısına katılıp oy kullanması) gerekçesiyle esasa girilmeksizin verilen onama kararı ve 5.4.2007 tarih, 07-30/317 sayılı Rekabet Kurulu kararına dayanılarak karar düzeltme yoluna başvurulmaması nedeniyle 11.10.1999 tarih, 99-46/500-316 sayılı Rekabet Kurulu kararının iptaline dair karar, hem usul hem esas yönleriyle kesinleşmiştir. Bu nedenle, her ne kadar idari işlemin şekil unsuru yönünden iptal edilmesi durumunda idare bu şekil eksikliğini gidererek aynı yönde yeni bir işlem tesis edebilecek ise de, esas yönünden iptal edilen işlem ile aynı yönde bir işlem tesis edemeyecektir. Aksi takdirde, İdari Yargılama Usulü Hakkında Kanun'un 28. maddesine aykırılık söz konusu olacaktır.

J. SONUÇ

Dosya konusu soruşturmaya ilişkin Rekabet Kurulunun 11.10.1999 tarih, 99-46/500-316 sayı ile alınan kararının Danıştay 10. Dairesinin esastan yapmış olduğu inceleme neticesinde iptal edildiği, bu karar hakkında Kurumumuzca yapılan temyiz üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca anılan Dairenin esasa ilişkin gerekçesi değerlendirilmeksizin usul yönünden yapılan değerlendirme ve gerekçe ile temyiz talebinin reddinin yanında anılan Dairenin iptal kararının onanmasına karar verildiği, bu nedenle 11.10.1999 tarih, 99-46/500-316 sayılı Rekabet Kurulu kararının iptaline dair kararın kesinleştiği anlaşıldığından anılan Kurul kararı hakkında karar verilmesine yer olmadığına OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.

KARŞI OY GEREKÇESİ
(01.11.2007 tarih ve 07-83/1009-393 sayılı Kurul Kararı)

Yukarıda tarih ve sayısı zikredilen Rekabet Kurulu Kararı'na aşağıdaki sebeplerle katılmıyorum:

Bilindiği üzere, soruşturmacı üyenin katılımı ile alınan Rekabet Kurulu kararları, Danıştay 13. Dairesi'nce iptal edilmekte ve Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nca bu iptal kararları onanmaktadır. Bu durumda, Rekabet Kurulu'nca da kimi zaman, onama kararı beklenerek, kimi zamansa beklenmeksizin, şekle ilişkin bu aykırılık giderilerek dosya hakkında yeni bir karar alınmaktadır.

İşbu dosya konusu olayda, Danıştay 10. Dairesi, soruşturmacı üye nedeniyle değil, esasa ilişkin bir aykırılık tespit ederek (fiyat farklılığının, hitap edilen tüm kesimlere müsabakaların ulaştırılması amacıyla toplumun yararına hareket edilmesinden kaynaklandığı, bu nedenle fiyat ayrımcılığından söz edilemeyeceği, fiyat farkının fahiş olmadığı, gerekçesiyle) 10.11.1999 tarih, 99-46/500-316 sayılı Rekabet Kurulu kararının iptaline karar vermiştir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu ise, Rekabet Kurulu kararına soruşturmacı üyenin katılımının hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle, Danıştay 10. Dairesi'nin iptal kararını sonucu itibarıyla yerinde bularak onama kararı vermiştir.

Kanımcı, esasa ilişkin aykırılık, tüm kanun yollarından geçerek kesinleşmiş bir tespit olmamıştır. Rekabet Kurulu, kamu yararını gözetmek zorundadır. Rekabet Kurulu'nun dosya konusu ihlalden bu şekilde elini çekmesi, ileriye yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin yorumu açısından ciddi sıkıntılar doğurabilecektir. Şu hususu da vurgulamak gerekir ki, rekabet hukuku kısa vadedeki anlık tüketici yararından çok, rekabet düzeninin tesisi ve korunmasındaki temel hareket noktasını yani kamu yararını dikkate alıp, teşebbüsleri, rakipleri ve tüketicileri uzun vadede korumayı amaçlar.

Dosya konusu işlemin, sadece şekle ilişkin aykırılık yönüyle kesinleştiği, Rekabet Kurulu'nun bu usûlî aykırılığı gidererek, diğer dosyalarda olduğu gibi, esasa ilişkin değerlendirme yaparak yeni bir karar alması gerektiği, bu yolun denenmesinin kamu yararının da gereği olduğu düşüncesiyle, ilgili Kurul kararına katılmam mümkün olmamıştır.

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Kurul Üyesi