

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

(Danıştay Kararları Üzerine Verilen)
REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2008-2-70 (Soruşturma)
Karar Sayısı : 12-24/710-198
Karar Tarihi : 03.05.2012

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Üyeler : Prof. Dr. Metin TOPRAK, Doç. Dr. Mustafa ATEŞ,
İsmail Hakkı KARAKELLE, Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY
Dr. Murat ÇETİNKAYA, Reşit GÜRPINAR

B. RAPORTÖRLER : Evrim Özgül KAZAK, Özgür Can ÖZBEK, Gözde KARABEL

**C. BAŞVURUDA
BULUNAN**

: - Cinebeş Filmcilik ve Yapım A.Ş.
Temsilcileri: Av. Dr. Kemal EROL, Av. H. Hüsnü BABALIK
Süleyman Seba (Spor) Cad. Spor Apt. No:62/4 Valideçeşme,
Beşiktaş/İstanbul

D. HAKKINDA İNCELEME

YAPILANLAR : - Digital Platform İletişim Hizmetleri A.Ş.
- Digital Platform Teknoloji Hizmetleri A.Ş.
Cihannuma Mah. Yıldız Cad. No:46 Beşiktaş/İstanbul

(1) **E. DOSYA KONUSU: Digital Platform İletişim Hizmetleri A.Ş./Digital Platform Teknoloji Hizmetleri A.Ş.'nin uydu platform işletmeciliği piyasasındaki hâkim durumunu Cinebeş Filmcilik ve Yapım A.Ş. aleyhine anlaşma yapmayı reddetmek suretiyle kötüye kullandığı iddiası.**

(2) **F. İDDİALARIN ÖZETİ:** Başvuruda özetle;

- Cinebeş Filmcilik ve Yapım A.Ş. (Cine 5)'nin, 1993 yılında Erol Aksoy tarafından kurulmuş Türkiye'nin ilk televizyon kanallarından biri olduğu,
- 1996-1999 futbol sezonu için Türkiye 1. Futbol Ligi yayın haklarını devralan ve belirlenen maçları şifreli olarak yayımlayan Cine 5'in, 2000-2001 yıllarında yaşanan ekonomik krizler ve benzeri nedenlerden dolayı yayın politikasını değiştirerek 25.12.2005 tarihinden itibaren şifresiz yayın yapmaya başladığı,
- Yeni yayın politikası doğrultusunda Türkiye'nin en büyük beş kanalı arasına girmeyi hedefleyen Cine 5'in, bu hedefi yakalayabilmek, daha fazla izleyiciye ulaşabilmek ve rakiplerine karşı rekabet gücünü arttırabilmek için uydu platform hizmeti konusunda Türkiye'nin tek ve lider kuruluşu olan Digital Platform İletişim Hizmetleri A.Ş. (Digital İletişim)'de yer almak istediği, bu sebeple Digital İletişim'e 28.12.2006 tarihinde yazılı olarak müracaat edildiği, Digital İletişim'den kendilerine olumlu veya olumsuz herhangi yazılı bir cevabın verilmediği, Digital İletişim ilgilileri tarafından, her yayın kuruluşundan talep edilen yıllık ücretin ödense bile, Cine 5'in talebinin reddedileceğinin sözlü olarak bildirildiği,

- Cine 5'in talebini herhangi bir haklı gerekçe göstermeksizin reddeden Digital İletişim'in, Cine 5'in rakibi olan pek çok TV kanalını (Ata TV, Ses TV, Haber 24 vb.) Cine 5'ten sonra müracaat yapmış olmalarına rağmen platformuna kabul ettiği,
- Konu ile ilgili olarak, Digital İletişim'e ihtarname gönderildiği, söz konusu ihtarnamenin 17.08.2007 tarihinde tebellüğ edilmiş olmasına rağmen, kendilerine olumlu veya olumsuz herhangi bir cevabın verilmediği,
- Cine 5'in bağlı bulunduğu Avrupa ve Amerika Holding A.Ş. grup şirketlerinden MSM Mali Sistemler A.Ş. ile Digital İletişim'in bağlı bulunduğu Çukurova Holding A.Ş. grup şirketlerinden AKS Televizyon Reklamcılık ve Filmcilik San. ve Tic. A.Ş. (Show TV) arasında, Show TV'nin olağan genel kurulunda alınan MSM Mali Sistemler A.Ş.'nin azınlık hisselerinin azalmasına neden olan kararın iptaline ilişkin bir davanın bulunduğu, bununla birlikte Çukurova Grubu'nun Show TV'nin %82 hissesini Avrupa ve Amerika Holding A.Ş.'den hisse devir yolu ile satın aldığı, taraflar arasında imzalanan sözleşmeye göre Show TV'nin satışı söz konusu olduğunda, eski malikin bu hisselerden istediği miktarda ve sattığı fiyattan alma hakkına sahip olduğu, Çukurova Grubu'nun Rus Alfa firmasından Turkcell'in borcunu ödemek için J.P. Morgan PLC aracılığı ile 1.5 milyar dolarlık kredi alırken Show TV'yi de teminatlar arasında gösterdiği, Show TV'nin herhangi bir nedenle satışının gündeme gelmesi halinde, Avrupa ve Amerika Holding A.Ş.'nin sattığı fiyattan geri alabilme hakkının olduğunun Çukurova Holding'e ihtar edildiği, Digital İletişim'in bütün bu gelişmelerden dolayı Cine 5'in, Digital İletişim platformunda yer almaya yönelik talebine cevap dahi vermediği,
- Digital İletişim'in dijital platform hizmetleri pazarında hâkim konumda olduğu,
- A ve B grubuna mensup izleyicilerin reklam verenler açısından en değerli müşteri grubu olduğu, reklam verenler ile yaptıkları görüşmelerde, müşteri araştırmaları sonucu, AB grubu müşterilerin çoğunluğunun Digital İletişim izleyicisi olması sebebiyle Digital İletişim platformunda yer almadıkları takdirde kendilerine reklam veremeyeceklerinin ortaya çıktığı,
- Digital İletişim'in yayın kuruluşlarına platformunda yer vermek ya da vermemek suretiyle yayın kuruluşlarının reklam pastasından alacağı payı belirleme gücüne sahip olduğu, Digital İletişim platformunda yer alamayan Cine 5'in, reklam verenlerin özellikle AB grubuna yönelik pahalı reklamlarını alma imkânına kavuşmadığı, diğer içerik sağlayıcılardan oldukça düşük reklam geliri elde ettiği ve bu nedenle Cine 5'in yatırımlarının daha sınırlı olduğu ve diğer TV yayın kuruluşlarında rekabette dezavantajlı duruma itildiği,
- Digital İletişim platformunun abone sayısını arttırdığı oranda, reklam verenlerin reklam mecrasını belirleme kararlarını da etkileyebilme gücüne kavuşabileceği,
- Digital İletişim'in bir uydu platform işletmecisi olarak, söz konusu eylemi ile 3984 sayılı Radyo ve Televizyon Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un uygulanmasına ilişkin 10.10.2007 tarih ve 26669 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Uydu Yayın Lisans ve İzin Yönetmeliği'nde yer alan "*Yayıncı kuruluşlar arasındaki rekabette tarafsız olmak*" ve "*karasal vericiler ve kablo ortamından yayın yapan kuruluşların iletim talepleri ile uydudan doğrudan yayın yapmak isteyen kuruluşların talepleri arasında ayırım yapılmaması yönünde belirlenecek usul ve esasları Üst Kurula bildirmek*" şeklindeki yükümlülüklerini de yerine getirmediği, söz konusu eylemi ile radyo ve televizyon mevzuatını da ihlal eden Digital İletişim'e, ilgili mevzuat çerçevesinde de idari işlem yapılması gerektiği ve bu durumun Rekabet Kurulunun harekete geçmesini olumlu/ olumsuz etkileyen bir husus olmadığı

belirtilerek,

- Digital İletişim hakkında dijital platform hizmetleri pazarındaki hâkim durumunu Cine 5 aleyhine ayrımcılık yapmak suretiyle kötüye kullandığının tespiti bakımından soruşturma açılması,
- Kurul tarafından verilecek nihai karara kadar geçecek süre içerisinde Digital İletişim'in söz konusu davranışının tedbir yoluyla durdurulmaması halinde, Cine 5'in reklam geliri olmadan iş yapması ve rakipleri ile mücadele etmesi imkânının tamamen ortadan kalkacağı ve dolayısı ile ilgili piyasada rekabetin önemli ölçüde bozulacağı gerekçesi ile 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesi hükmü uyarınca ihlale son verilmesine ilişkin tedbir kararı verilmesi

talep edilmektedir.

- (3) **G. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 09.01.2008 tarih ve 176 sayı ile intikal eden başvuru üzerine hazırlanan 11.04.2009 tarihli ve 2008-2-70/İİ-08-HB sayılı İlk İnceleme Raporu 17.04.2008 tarihli Kurul toplantısında görüşülerek, 08-29/358-M sayı ile önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir. İlgili karar uyarınca yapılan inceleme üzerine hazırlanan 21.05.2008 tarihli ve 2008-2-70/ÖA-08-HB sayılı Önaraştırma Raporu Kurulun 27.05.2008 tarihli toplantısında görüşülerek 08-35/466-166 sayılı karar ile 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (4054 sayılı Kanun)'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.
- (4) 27.05.2008 tarih ve 08-35/466-166 sayılı Kurul kararı, Cine 5 tarafından açılan dava üzerine, Danıştay 13. Dairesi'nin 12.04.2011 tarih ve 2008/8249 E., 2011/1525 K. sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Söz konusu Danıştay kararının gereğini yerine getirmek için Rekabet Kurulu'nun 16.06.2011 tarih ve 11-37/781-M sayılı kararı ile Digital İletişim ve Digital Platform Teknoloji Hizmetleri A.Ş. (Digital Teknoloji) (ikisi birlikte Digitürk) hakkında soruşturma açılmıştır. İlgili karar uyarınca yürütülen soruşturma sonucunda düzenlenen 05.02.2012 tarihli ve 2008-2-70/SR sayılı Soruşturma Raporu Digitürk'e tebliğ edilmiş ve Digitürk'ün İkinci Yazılı Savunması 24.02.2012 tarih ve 1623 sayı ile Rekabet Kurumu kayıtlarına intikal etmiştir. Konu ile ilgili Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu görüşü 21.11.2011 tarih ve 7928 sayı ile Kurum kayıtlarına girmiştir. Digitürk tarafından yapılan İkinci Yazılı Savunma'ya İlişkin Ek Görüş düzenlenerek hakkında soruşturma yürütülen taraflara gönderilmesi üzerine Digitürk'ün Üçüncü Yazılı Savunması 06.04.2012 tarih ve 3064 sayı ile Rekabet Kurumu kayıtlarına girmiştir. Digitürk'ün sözlü savunma talebinin olmaması üzerine dosya mevcudu 12-24 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (5) Dosyaya ilişkin eksikliklerin giderilmesi amacıyla başvuru sahibinden ve pazardaki diğer teşebbüslerden talep edilen bilgiler, en son 07.12.2011 tarihinde Kurum kayıtlarına girmiştir.
- (6) **H. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda;
- Digital Platform İletişim Hizmetleri A.Ş. ile Digital Platform Teknoloji Hizmetleri A.Ş.'nin iddia konusu eylemlerinin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesi kapsamında hâkim durumun kötüye kullanılması olarak nitelendirilemeyeceği,
 - Bu çerçevede söz konusu teşebbüse 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi çerçevesinde idari para cezası verilmesine gerek olmadığı

görüşüne yer verilmiştir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. Taraflar

I.1.1. Şikâyet Eden Taraf: Cine 5

- (7) 1993 yılında kurulan Şirket'in amacı; televizyon ve müzik programları üretmek veya ürettirmek, uluslararası alanda yayıncılara, prodüktörlere ve organizatörler ile reklamcılara hizmet vermek, her türlü reklam ve tanıtım programları ile ürünlerinin çeşitli yayın araçları ile yayınlanmasını sağlamaktır. Şirket RTÜK tarafından verilen ulusal, kablolu ve uydu yayın lisanslarına sahip olmakla birlikte, şirkete ait "Cine 5" logolu TV kanalı, Rekabet Kurulunun 03.03.2011 tarih ve 11-12/218-71 sayılı kararında verdiği izin ile TMSF tarafından AL Jazeeraa Türk Yayıncılık Hizmetleri A.Ş.'ye devredilmiştir. Bu devir işlemi ile birlikte Cine 5'in sahip olduğu lisanslar da Al Jazeeraa Türk Yayıncılık Hizmetleri A.Ş.'ye geçmiştir.

I.1.2. Hakkında Soruşturma Yapılan Taraf: Digital Teknoloji ve Digital İletişim

I.1.2.1. Digital Teknoloji

- (8) Söz konusu Şirket, 2005 yılında Telekomünikasyon Kurulunun¹ 04.04.2005 tarih ve 2005/177 sayılı platform işletmecilerine yönelik teknik altyapı sağlama faaliyeti ile abonelik satışı/içerik pazarlama faaliyetinin ayrıştırılmasına yönelik kararı sonrasında her türlü telekomünikasyon hizmeti verilmesi ve/veya altyapı kurulması ve işletilmesine yönelik faaliyetleri yürütmek amacıyla kurulmuştur. Digital Teknoloji, hisselerinin tamamına sahip olan Digital İletişim ile aynı ekonomik bütünlük içerisinde yer almaktadır.
- (9) RTÜK'den aldığı yayın iletim yetkisi çerçevesinde faaliyet gösteren Digital Teknoloji, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamında Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından "Uydu Platform İşletmecisi" olarak yetkilendirilmiştir.

I.1.2.2. Digital İletişim

- (10) 1999 yılında kurulan Digital İletişim, Telekomünikasyon Kurulunun 4.4.2005 tarih ve 2005/177 sayılı kararı uyarınca sahip olduğu 2.Tip Telekomünikasyon Ruhsatı'nı tamamına sahip olduğu Digital Teknoloji'ye devreden ve hâlihazırda platformun içerik hizmetlerinin pazarlanması amacıyla tüketicilere üyelik satışı alanında faaliyet gösteren bir teşebbüs konumundadır.

I.2. Digitürk ile Cine 5 Arasındaki Gelişmeler

- (11) 1993 yılında Erol Aksoy tarafından kurulan Cine 5, 1996-1999 futbol sezonu için Türkiye 1. Futbol Ligi yayın haklarını devralmış ve belirlenen maçları şifreli olarak yayımlamıştır. Daha sonra yayın politikasını değiştiren Cine 5, 25.12.2005 tarihinden itibaren şifresiz yayın yapmaya başlamıştır.
- (12) Cine 5, Digitürk platformunda yer almak için 28.12.2006 tarihinde Digitürk'e yazılı olarak müracaat etmiştir. Bu müracaatına olumlu bir karşılık bulamayan Cine 5'in, Digitürk platformuna taşınmaya başlanması 22.05.2009 tarihinde gerçekleşmiştir. Bu nedenle şikâyete yönelik değerlendirmeler, Cine 5'in Digitürk platformunda yer almayı talep ettiği 28.12.2006 tarihinden Digitürk platformuna kabul edildiği 22.05.2009 tarihine kadar olan süreç (yaklaşık iki buçuk yıl) için yapılmaktadır.
- (13) Digitürk platformunda yer alamayan Cine 5 tarafından Rekabet Kurumuna 09.01.2008 tarih ve 176 sayılı yazı ile başvuruda bulunulmuştur. Bu başvuru üzerine yapılan önaraştırma sonucunda alınan 27.05.2008 tarih ve 08-35/466-166 sayılı Rekabet Kurulu kararında,

¹ Telekomünikasyon Kurumunun yeni adı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu olmuştur.

iddia edilen faaliyetlerin 1.5 yıldan fazla sürmesine rağmen Cine 5'in faaliyetlerine devam ediyor olması ve halihazırda karasal, uydu ve kablo TV aracılığı ile TV izleyenlerin yaklaşık %90'ına erişebiliyor olması, mevcut durumda Cine 5'in rekabet etme olanaklarının mevcut olduğu, Digitürk'ün uygulamasının iddia edilen hâkim durumu güçlendirme ve/veya sürdürme sonuçlarına ulaşmaktan uzak olduğu, Digitürk platformunun, karasal, uydu ve kablo-TV aracılığı ile iletilebilen ulusal bir kanal için zorunlu olarak kabul edilmesinin, Digitürk'ün halihazırda izlenilebilirlik (abone sayısı) ve reklam harcamaları üzerindeki pay ve etkisi bakımından olanaklı görünmediği, bu anlamda uygulama ile AB grubuna yönelik mecra satışı da dâhil olmak üzere rekabetin gereğinden daha fazla sınırlandırılmadığı, Cine 5'in platformda yer almamasının AB müşteri gruplarına yönelik verilecek reklam fiyatlarını artırma yönünde bir olasılığının mümkün görülmediği, Cine 5'in yayıncılık faaliyetini yapamaması ve/veya olağan faaliyetlerini sürdürememesi gibi bir durumun mevcut olmadığı, teşebbüsler arasında mevcut bir ticari ilişkiye son verilmesinin söz konusu olmadığı ve dolayısıyla Cine 5'e Digitürk platformunda yer verilmemesinin hâkim durumun kötüye kullanılması olarak kabulünün mümkün olmadığı ve Digitürk hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

- (14) Digitürk platformuna kabul edilmeyen Cine 5 tarafından ayrıca, 06.09.2007 tarihinde Digitürk'ün kendisiyle sözleşme yapma yükümlülüğü bulunduğu gerekçesiyle, İstanbul 13. Asliye Ticaret Mahkemesi'nde, Digitürk'ün platformuna aldığı emsal TV kuruluşları gibi verilen hizmetten yararlanması için aynı/benzer koşullarla Cine 5 ile de yayın sözleşmesi yapılmasına karar verilmesi talepli dava açılmıştır. Yargılama sırasında alınan bilirkişi raporunda Cine 5'in yayınlarının izleyicilere ulaşabilmesi için Digitürk platformunda verilen hizmetin zorunlu bir altyapı hizmeti olarak değerlendirilmesinin mümkün olmaması ve sözleşme yapma serbestisi ilkesinin istisnası bir durumun dava konusu olayda bulunmaması nedeniyle Digitürk'ün Cine 5 ile sözleşme yapma zorunluluğunun olmadığı tespit edilmiş ve davanın reddine karar verilmiştir.
- (15) Anılan davanın yanı sıra Cine 5 tarafından, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun ile bu kanuna dayanılarak çıkarılan Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Uydu Yayın Lisans ve İzin Yönetmeliği'nin 7. maddesinde öngörülmüş bulunan uydu platform işletmecilerinin tabi oldukları yükümlülüklerle aykırı davranılması gerekçesiyle RTÜK'e şikâyet başvurusunda bulunulmuştur. 28.12.2008 tarihinde yapılan bu başvuru ile Digitürk'ün RTÜK mevzuatına ve tabi oldukları yükümlülüklerle uygun bir şekilde hareket etmesi için makul bir süre verilmesi, verilen sürede gerekli işlemlerin yapılmaması halinde ise uydu yayın lisans ve izninin iptaline karar verilmesi talep edilmiştir. Bu başvuru üzerine RTÜK tarafından 12.01.2009 tarihinde Digitürk'ün gerek 3984 sayılı Kanun'a gerekse de Uydu Yayın Lisans ve İzin Yönetmeliği'ne aykırılık teşkil eden bir davranışının bulunmaması nedeniyle Digitürk'e herhangi bir yaptırım uygulanmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.
- (16) Meltem TV, Kadırga TV, Number 1 TV, Akıllı TV, Shopping TV, Ege TV, Yol TV, Kral Karadeniz, Düşün TV ve Kent TV'nin Digitürk platformunda yer alma talepleri de çeşitli nedenlerle reddedilmiştir. Bununla birlikte Cine 5 tarafından yapılan ve yukarıda yer verilen başvurunun dışında RTÜK'e, söz konusu Kanun hükmünün ihlal edildiği gerekçesiyle herhangi yeni bir başvuruda bulunulmamıştır.

1.3. Digitürk'ün İlk Yazılı Savunması

- (17) Digitürk tarafından gönderilen ilk savunmada özetle;
- Digitürk'ün Türkiye'de ve yurtdışında yayın yapan bazı kanalların vermiş olduğu sinyalleri, kanallarla yapmış olduğu sözleşmelere dayanarak kendi platformu içerisinde abonelere sunmakta olduğu,

- Türkiye’de televizyon yayınının izleyiciye ulaşması için Digitürk’ten başka Kablolu TV, uydu yayını, uydu platform işletmeciliği (D-Smart) gibi birçok imkânın bulunduğu,
- Söz konusu teknik imkânların sundukları hizmet ile Digitürk’ün vermiş olduğu hizmetin benzer nitelikte bulunduğu,
- Anılan sebeplerden dolayı Digitürk’ün hiçbir zaman piyasada hâkim durumda bulunmadığı,
- Anayasa’nın 48. maddesinde güvence altına alınan sözleşme özgürlüğü ilkesine göre fertlerin herhangi bir akit yapıp yapmamak, akdi dilediği kimseyle yapmak ve akdin muhtevasını belirlemek konusunda, hukuk düzeninin sınırları içerisinde kalmak koşuluyla, serbestiye sahip oldukları,
- Sözleşme özgürlüğü ilkesine, ancak, kamu hizmeti, kamu yararı, ulusal güvenlik, stratejik konuma sahip olma veya sosyal ve ekonomik sebepler ya da tüketicinin korunması gibi çeşitli nedenlerle sınırlama getirilebileceği,
- Sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlandırılması için gerekli olan şartların Digitürk bakımından gerçekleşmediği

ifade edilerek Digitürk lehine karar tesis edilmesi talep edilmiştir.

1.4. Yapılan Tespitler

- (18) 4054 sayılı Kanun’un 6. maddesi kapsamında, herhangi bir sözleşme yapmanın reddi eyleminin ihlal olarak değerlendirilebilmesi için; ret eylemini gerçekleştiren firmanın ilgili ürün pazarında hâkim durumda olması, reddetmeye konu olan ürünün veya hizmetin bir alt pazarda etkili bir şekilde rekabet etmek için nesnel olarak gerekli olması, reddetmenin alt pazarda etkili rekabetin ortadan kalkmasına sebep olması ve reddetmenin tüketicilere zarar vermesi ihtimalinin bulunması koşullarının birlikte mevcudiyeti gerekmektedir. Bu koşulların birlikte sağlanması gerekliliği, koşullardan herhangi birinin noksan olması halinde, değerlendirmeye konu olay bakımından sözleşme yapmanın reddinden bahsedilemeyeceği anlamını taşımaktadır. Bu nedenle, analize herhangi bir koşulun değerlendirilmesinden başlanabilecek, koşulun varlığının ortaya konulması halinde analize devam edilebilecek, yokluğu halinde ise hâkim durumun kötüye kullanılmasından bahsedilemeyeceği sonucuna ulaşılabilecektir. Dolayısıyla dosya kapsamında yapılan değerlendirmede de kesin bir pazar tanımı ya da bu pazar kapsamında bir hâkim durum analizi yapılmamış; ihlalde bulunduğu iddia edilen Digitürk’ün hâkim durumda olduğu kabul edilerek teşebbüsün eylemi analiz edilmiştir.
- (19) Dosya bakımından yapılan değerlendirmelere, “*reddetmeye konu olan ürünün veya hizmetin bir alt pazarda etkili bir şekilde rekabet etmek için nesnel olarak gerekli olması*” koşulunun bulunup, bulunmadığının tespiti ile başlanmıştır.
- (20) Cine 5 tarafından yapılan başvuruda, Digitürk izleyicilerinin çok büyük bir oranda AB grubu izleyicilerden oluştuğu, bu itibarla Digitürk platformunda yer alamayan Cine 5’in AB grubu izleyiciye yönelik reklam harcaması yapan reklamverenler tarafından tercih edilmedikleri ifade edilmektedir. Cine 5’e göre bu durum, Cine 5’in reklam gelirlerini ve dolayısıyla televizyon yayıncılığı piyasasındaki konumunu olumsuz etkilemekte ve televizyon yayıncılığı piyasasındaki rekabeti firmaları aleyhine bozmaktadır.
- (21) Cine 5 tarafından öne sürülen “AB grubuna yönelik reklam harcamalarına ulaşmak için Digitürk platformunda yer almanın bir zorunluluk olduğu” iddiasının değerlendirilebilmesi için öncelikle, AB grubu izleyicilere yönelik reklam harcamalarına ulaşabilmenin televizyon yayıncılığı piyasasında faaliyet gösterebilmek için zorunlu olup olmadığı hususu incelenmiştir. Zira, 4054 sayılı Kanun’un amaçlarından biri hâkim durumun kötüye kullanılması yoluyla teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılmasının engellenmesidir. Bu çerçevede, 4054 sayılı Kanun bakımından önem taşıyan husus, Cine 5’in AB grubuna yönelik reklam harcamalarına ulaşmasının teminat altına alınmasından ziyade, “*Cine 5’in*

AB grubuna yönelik reklam harcamalarına ulaşmasının engellenmesinin televizyon yayıncılığı hizmetleri pazarındaki faaliyetlerini zorlaştırdığının ortaya konulması halinde” bu durumun önlenmesidir. Bu itibarla, her ne kadar Digitürk’ün ücretli bir abonelik gerektirmesi nedeniyle daha üst seviyedeki gelir seviyesine sahip izleyiciler tarafından takip edildiği ve bu nedenle Digitürk platformunda yer alan kanalların AB grubuna yönelik olarak reklam veren teşebbüsler tarafından tercih edilebileceği söylenebilse dahi, bu dosya bakımından öncelikle AB grubuna yönelik reklam harcamalarına ulaşmanın televizyon yayıncılarının faaliyetlerine devam edebilmeleri bakımından önemi ortaya konulmalıdır. Aksi takdirde, farklı sosyo-ekonomik izleyici gruplarına hitap ederek faaliyette bulunan diğer tüm kanalların da, AB grubuna yönelik reklam harcamalarına erişimlerinin teminat altına alınması gerekecektir ki, bu durumun rekabet hukuku enstrümanlarıyla sağlanabilmesi hem olanaklı hem de televizyon yayıncılığı hizmetleri pazarındaki rekabetin tesisi ve korunması için gerekli değildir.

I.4.1. AB Grubuna Yönelik Reklamlar

- (22) Reklam verenler ve beraber çalıştıkları reklam/medya ajansları tarafından hedeflenen kitlenin kategorize edilmesi için farklı yöntemler kullanılmaktadır. Bunların en sık kullanılanlarını; sosyoekonomik sınıflandırma, psikodemografik sınıflandırma ve tüketim bazlı sınıflandırma olarak sıralamak mümkündür. Sosyo-ekonomik sınıflandırmada, izleyiciler sosyal ve ekonomik statülerine (SES) göre gruplandırılmaktadır. Nielsen² ölçümlerinde SES grupları AB, C1, C2, DE olarak tanımlanmaktadır. SES gruplarının tanımı 2007 yılında yapılan çalışmalar ile yenilenmiştir. Buna göre gruplar hane reisi ve eşinin eğitim ve meslek durumuna göre ve her iki eşin de anne ve babasının eğitim ve meslek durumuna göre değişik ağırlıklar verilerek hesaplanmaktadır³. Reklamverenler tarafından reklamlarının ulaşmasını istedikleri/ürünlerinin potansiyel alıcısı konumunda olan izleyiciler belirlenirken cinsiyet, yaş, SES grubu gibi birçok kriter göz önüne alınmaktadır. Bu çerçevede, şikâyet dilekçesinde yer verilen “AB grubuna yönelik reklamlar” ifadesi ile bir SES grubu olarak AB grubu izleyicilere hitap eden reklamların kastedildiği anlaşılmıştır.

I.4.2. AB Grubuna Yönelik Reklamların Televizyon Yayıncılığındaki Yeri

- (23) Televizyon yayıncılığı piyasasında faaliyet gösterebilmek için AB grubu izleyicilere yönelik reklam harcamalarına ulaşabilmenin zorunlu olup olmadığının gösterilebilmesi amacıyla, bu gruba yönelik reklam gelirlerinin, televizyon yayıncılarının toplam reklam gelirleri içerisinde önemli bir yer tuttuğunun gösterilmesi önem taşımaktadır. Bu çerçevede, çeşitli televizyon yayıncılarından (*Cine 5, TRT 1, Flash TV, ATV, Kanal 7, Kanal D, Star TV ve STV*) AB grubuna yönelik reklam gelirleri ile bu gelirlerin toplam reklam gelirleri arasındaki payı hakkında bilgi talep edilmiştir. Söz konusu bilgiye ulaşmak için ayrıca özellikle büyük reklamverenlerin reklam harcamalarına aracılık eden medya planlama ve satın alma ajanslarından (MPSA) AB grubuna yönelik reklam harcamalarının toplam reklam harcamaları içerisindeki payı hakkında bilgi talep edilmiş ve bu yolla reklamverenlerin harcamaları içerisindeki AB grubuna yönelik harcamalarla ilgili bilgi edinilmiştir. Söz konusu oranların yüksek çıkması, AB grubu reklamların gerek televizyon yayıncılarının gelirleri gerekse reklamverenlerin harcamaları içerisinde önemli bir yer tuttuğuna işaret

² Nielsen, TİAK tarafından Televizyon İzleme Ölçüm (TAM) çalışmaları için görevlendirilen teşebbüstür.

³ Söz konusu sınıfsal kırılıma ulaşmak için, hane reisine, hane reisinin eşine hem kendileri hem de ebeveynleri hakkında sorular sorulmaktadır. Bu sorular aşağıdaki ana başlıklarda sahiplik/tutum/davranış ortaya koyarak, kullanılan standart puanlama ile bireyler ve haneler için SES atanmasını saptamaktadır. Soru başlıkları şunlardan oluşmaktadır: Temel demografik özellikler, konut sahipliği ve kullanımı, çeşitli eşya ve araç sahipliği, alışveriş ve alışverişe ilişkin tutumlar, temizlik ürünleri kullanımı, finansal tutumlar, sağlık hizmetlerinden yararlanma, kültürel farklar ve okurluk, boş zaman kullanımı ve ev dışı faaliyetler.

edebilecek ve bu çerçevede AB grubu reklamların televizyon yayıncılarının faaliyetlerine başlayabilmeleri ve/veya sürdürebilmeleri bakımından önemli olduğunu gösterilebilecektir.

(24) MPSA'lerden talep edilen bilgilere (AB grubuna yönelik harcamaların toplam reklam harcamaları içerisindeki payı) istinaden gönderilen yazılarda;

- (.....) tarafından, böyle bir araştırma verisinin bulunmadığı ve oluşturulamayacağı,
- (.....) tarafından, bu konuda ajanslarında veya sektörde yapılan/yapılmış herhangi bir sınıflama, analiz veya raporun bulunmadığı, hangi reklamverenlerin, reklamını yaptıkları markalar ve ürünler için hangi hedef kitleyi hedeflediklerinin bire bir bilinen ya da tahmin edilebilecek bir bilgi olmadığı, aynı reklamverenin hedef kitlesinin yapılan kampanyanın içeriğine göre de değişiklik gösterebileceği, örneğin; AB grubunu hedefleyen markaların yaptıkları promosyon kampanyalarında hedefledikleri kitleyi genişleterek ABC1 grubuna ulaşmaya çalışabilecekleri, benzer şekilde normalde çocuklara yönelik kampanyalar yapan reklamverenlerin, belli kampanyalarında annelere yönelik mesajlar da verebilecekleri ve planlamalarını bu doğrultuda değiştirebilecekleri, bu nedenle sadece AB grubu izleyicilere yönelik değil, tanımlanabilecek herhangi bir hedef kitleye yönelik reklamların neler olduğuna dair net ve sektörel bir bilgi bulunmadığından, AB grubuna yönelik reklamların toplam reklam harcamalarının ne kadarını oluşturduğuna ilişkin bir bilgilerinin bulunmadığı,
- (.....) tarafından, bu konuda yapılmış herhangi bir çalışmanın bulunmadığı ve bu tür bilginin bilinebilmesinin veya tahmin edilebilmesinin mümkün olmadığı,
- (.....) tarafından, reklamverenlerin hangilerinin ya da hangi kampanyaların hedef kitlesinin AB grubu olduğunun bilinmesinin veya bununla ilgili projeksiyon yapabilmenin mümkün olmadığı, bu nedenle bu tür bir bilginin üretilmeyeceği,
- (.....) tarafından, bu sorunun net cevabının verilebilmesine yönelik herhangi bir veriye sahip olmadıkları, bununla birlikte Türkiye'de sadece AB hedef kitlesine yönelik kampanya yapılmasının oldukça düşük bir oranda olduğu,
- (.....) tarafından, bu yönde herhangi bir bilgiye ulaşmanın mümkün olmadığı,
- (.....) tarafından, var olan sektör araştırma ve raporlarıyla bu bilginin saptanamayacağı

ifade edilmiştir. Söz konusu ifadelerden MPSA'lar nezdinde AB grubuna yönelik reklam harcamalarının toplam reklam harcamaları içerisindeki payına ilişkin herhangi bir bilginin bulunmadığı anlaşılmıştır. Bununla birlikte MPSA'lara göre, aynı reklamveren tarafından aynı ürün için yapılan reklamların hedef kitlelerinin dahi farklılaşabileceği ve hangi reklamverenin hangi ürünü için hangi kitleyi hedeflediğinin yüksek doğruluk payıyla bilinebilmesinin mümkün olmaması nedeniyle, bu tür bir bilginin oluşturulabilmesi de imkan dahilinde görülmemektedir. Cine 5 tarafından gönderilen bilgi yazılarında ise, televizyon kanallarındaki reklam departmanlarınca raporlamaların sektörlere göre yapılmaması nedeniyle AB grubu olarak tanımlanan dilimin toplam reklam cirosunun içerisinde kesin rakamlarla tespitinin güç olduğu, ancak sektörde genel kabul gören varsayım çerçevesinde AB grubuna yönelik reklamların büyüklüğünün %(.....) civarında olduğunun söylenebileceği belirtilmiştir.

(25) AB grubuna yönelik reklamların reklamverenlerin harcamaları içindeki payı hakkında ikinci olarak Reklamcılar Derneği'nden bilgi talebinde bulunulmuş, cevabi yazıda, Dernek'leri bünyesinde bu tür bir bilginin tutulmadığı ifadelerine yer verilmiştir.

(26) AB grubuna yönelik reklam gelirlerinin televizyon yayıncılarının faaliyetleri bakımından öneminin ortaya konulabilmesi için ayrıca televizyon yayıncılarından 2005-2011 yıllarına ait AB-C1-D grupları için ayrıştırılmış şekilde toplam reklam gelirleri hakkında bilgi talep

edilmiştir. C1 veya D grubuna yönelik reklam gelirleri yerine, özellikle AB grubu reklam gelirlerinin televizyon yayıncılarının toplam gelirleri içinde önemli bir yer tutması halinde, televizyon yayıncılarının faaliyetlerini çok büyük oranda AB grubu reklam gelirleri üzerinden sürdürdükleri ve bu itibarla yayıncıların AB grubuna yönelik reklam gelirlerine ulaşma imkânlarının kısıtlanmasının faaliyetlerini önemli ölçüde kısıtlayabileceği iddia edilebilecektir.

- (27) Televizyon yayıncılarından talep edilen bilgilere (AB-C1-D grupları için ayrıştırılmış şekilde toplam reklam gelirleri) istinaden sunulan cevaplarda ise;
- (.....) tarafından, reklam gelirlerinin SES grupları bakımından ayrı tutulmadığı,
 - (.....) tarafından, belirtilen hedef kitlelere ait gelirlerin ayrıştırılmasının mümkün olmadığı,
 - (.....) tarafından, reklam gelirlerinde AB-C1-D ve benzeri guruplara ait bir bilgi olmadığından, şirketleri bünyesinde AB-C1-D grupları için ayrıştırılmış şekilde reklam gelirlerini tutmadıkları,
 - (.....) ve (.....) tarafından, fiyat belirleme sürecinin reklam verene göre değişen ve yaş veya yaş ve sosyal statüyü içeren hedef kitleler üzerinden çıkan kuşak rating sonuçlarının fiyatlandırılması şeklinde gerçekleştirildiği, kimi zamanlarda üzerinde anlaşılan hedef kitle kombinasyonlarının 70 civarında olduğu, bu anlamda kanallarda sadece AB-C1-D gruplandırılmasının yapılmadığı, bu gruplar bakımından veya benzer şekilde klasifiye edilmiş bir faturalandırma sistemlerinin bulunmadığı,
 - (.....) tarafından, belirtilen şekilde ayrıştırılmış bir bilgi kaydının kuruluşlarınca tutulmadığı,
 - (.....) tarafından, belirtilen hedef kitleler üzerinden gelir tespitinin şu an için mümkün olmadığı, program bazlı veya kuşak bazlı olarak dataların tutulduğu, bunların dışında reklam gelir datalarına gerek duyulmadığı

ifade edilmiştir. Cine 5 tarafından gönderilen yazılarda ise, reklamlara ilişkin raporlamaların sektörlere göre yapılmadığı, bu sebeple reklam gelirlerinin izleyici gruplarına göre yeniden hesaplanmasının başlı başına bir ekip çalışması gerektirdiği ifade edilmiştir. Cine 5 tarafından ayrıca genel bir bakış açısı sağlaması için firmalarının reklam gelirlerinin %(.....)'inin C1 ve D grubuna ait bulunduğu, AB grubuna hitap eden reklam gelirlerinin ise %(.....) civarında olduğunun söylenebileceği belirtilmiştir.

- (28) Yukarıda yer verilen bilgilerden, yayıncıların reklam gelirlerini AB-C1-D grupları bakımından ayrıştırılarak tutmadığı, bu anlamda yayıncıların esasen gelirlerinin ne kadarlık bir kısmının hangi kitlelere yönelik reklamlardan kaynaklandığı hakkında bilgi sahibi olmadığı anlaşılmıştır. Cine 5 tarafından sunulan tahmini verilere göre de, hâlihazırda Digitürk platformunda yer alan (ve bu nedenle şikâyet dilekçesinde iddia edildiği şekilde AB grubuna yönelik reklam gelirleri artması beklenen) Cine 5'in AB grubuna hitap eden reklam gelirleri toplam gelirlerinin yalnızca %(.....)'ini oluşturmaktadır.
- (29) Bu bilgiler ışığında, AB grubuna yönelik reklam gelirlerinin televizyon yayıncılarının toplam gelirleri içinde önemli bir yer tuttuğunun, bu gelirlerin artırılmasına yayıncılar tarafından özel bir önem atfedildiğinin ve dolayısıyla bu gruba yönelik reklam gelirlerine ulaşabilmenin yayıncıların faaliyetlerine devam edebilmeleri bakımından zorunlu olduğunun ileri sürülebilmesi olası görülmemektedir. Yine bu bilgilerden, bugüne kadar yayıncıların söz konusu oranların tespiti yönünde bir araştırmaya da yönelmedikleri anlaşılmaktadır. Bu tarz bir çalışma Digitürk platformunda bulunmaması nedeniyle AB grubuna yönelik reklam gelirlerine ulaşmadığı iddiasında bulunan Cine 5 tarafından dahi yapılmamıştır.

- (30) Yukarıda yer verilen bilgilerden görüldüğü üzere, bir reklamveren tarafından reklamın ulaştırılacağı hedef kitle belirlenirken dikkate alınan tek kriter AB-C1-D gibi sosyo-ekonomik kriter değildir. Bunlara ek olarak, izleyicilerin cinsiyet, yaş, eğitim durumu vb. özellikleri de göz önüne alınmaktadır. Bunun için izleyicilerin tutum, davranış ve yaşam biçimlerine ilişkin sonuçlar içeren medya araştırma verileri kullanılmaktadır. Ülkemizde bu alanda yaygınlaştıran kullanılan çalışma Nielsen tarafından yürütülen TGI (Hedef Kitle Endeksi- *Target Group Index*)'dir. TGI araştırması 15 yaş ve üzeri 15.000 kişi üzerinde anket yöntemi ile gerçekleştirilmektedir. Yılda iki kez yapılan araştırmanın sonuçları MPSA'lar, reklamverenler gibi abonelere sunulmaktadır. Söz konusu araştırma verileri reklamverenlerin hedefledikleri kitle ile televizyon kanalları/programlarının ulaştıkları kitlelerin karşılaştırılması için kullanılmaktadır. Bu süreç sonucunda reklamveren tarafından reklam verilecek televizyon kanalına/programına ve reklamın verileceği saatlere karar verilmektedir.
- (31) Görüldüğü üzere, reklamverenler, yapacakları reklam harcamalarına karar verirken, her ürünün (hizmetin)/satış politikasının özel koşullarına göre çok sayıda kriteri dikkate almaktadır. Bu itibarla, ne reklamverenler ne de yapılan reklam harcamaları net bir biçimde "AB grubuna yöneliktir" şeklinde kategorize edilememektedir. Dolayısıyla AB grubuna yönelik reklam gelirlerinin televizyon yayıncılarının faaliyetlerini sürdürebilmeleri için zorunlu olduğunun iddia edilebilmesi mümkün değildir.
- (32) Bu nedenle dosya kapsamında, Cine 5'in Digitürk platformunda yer almaması dolayısıyla AB grubuna yönelik reklam gelirlerinden mahrum kaldığı ve bu nedenle televizyon yayıncılığı alanındaki faaliyetlerinin zorlaştırıldığı iddiasından ziyade, platformda yer verilmemesi nedeniyle Cine 5'in genel olarak televizyon yayıncılığı alanındaki faaliyetlerinin zorlaştırılıp zorlaştırılmadığının değerlendirilmesi yapılmıştır.

1.4.3. Cine 5'in Televizyon Yayıncılığı Hizmetleri Pazarındaki Konumu

Tablo-1: İlgili Ürün Pazarı Tanımlama Kriterleri Çerçevesinde TV Yayıncılığında Cine 5'in Konumu

	İlgili Ürün Pazarı Tanımlama Kriterleri	İlgili Ürün Pazarları	Cine 5	
1	Yayın Alanlarına Göre	Ulusal	X	
		Bölgesel		
		Yerel		
2	Yayın Türlerine Göre	Genel	X	
		Tematik		
3	Finansman Türlerine Göre	Açık	X	
		Ödemeli		
4	Yayın (İletim) Şekillerine Göre	Karasal	X	
		Kablo	X	
		Uydu	Türksat 3A	X
			Digitürk	X
			D-Smart	X

- (33) Tablodan da görüldüğü üzere Cine 5 izleyicilere karasal, kablo ve uydu iletim vasıtalarıyla ulaşan, ulusal, genel nitelikli ve açık bir televizyon kanalıdır. Buna ek olarak Cine 5; 22.05.2009 tarihinden bu yana Digitürk platformunda yer almakta, D-SMART platformunda taşınmakta, TTNET'nin geniş bant internet servisinden faydalanan abonelerine sunduğu sayısal televizyon platformu olan Tivibu ile TÜRKSAT tarafından kablo TV hattı üzerinden sunulan Tele Dünya isimli sayısal televizyon platformlarında da yer almaktadır. Dolayısıyla Cine 5 ülkemizde hâlihazırda mevcut olan bütün iletim vasıtalarıyla taşınmaktadır.
- (34) Televizyon yayıncılık hizmeti bakımından Cine 5'in en önemli/ayırt edici özelliği ulusal bir kanal niteliği taşımasıdır. Ulusal yayıncı sıfatı sadece, kit bir kaynağı ifade eden frekansın kullanım hakkının tanındığı televizyon kanalları tarafından kullanılmaktadır. Herhangi bir televizyon yayıncısının ulusal yayıncı kimliğini kazanması frekans kullanım hakkının tahsis

edilmesine bağlıdır. Bu nedenle frekans bandının kullanılması, ulusal yayıncıları ayrıcalıklı hale getirmektedir.

- (35) Karasal yayın yapan ulusal televizyon kanallarının daha fazla sayıda izleyiciye ulaşabilmek açısından büyük bir avantaja sahip olduğu bilinmekle birlikte, diğer yayın şekillerinin zaman içinde daha da yaygınlaşması mümkündür. Nitekim kablo TV altyapısının her yerde bulunmaması, karasal sinyallerde iletim ortamının şartlarına bağlı olarak yaşanan zayıflama veya bozulma nedeniyle görüntü kalitesinin düşük olması, izleyicilerin daha fazla yayına ulaşmak istemeleri veya henüz karasal ortamdaki sunulmayan sayısal yayınlara erişim imkânı sağlaması gibi nedenlerle, uydunun bir iletim yöntemi olarak izleyiciler tarafından tercih edilirliliği artmaktadır.

Tablo-2: Hanelerde Yayın Alma Şekli (%)

	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Karasal	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Kablo	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Uydu	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)

- (36) Yukarıdaki tablodan görüldüğü üzere; 2005 yılında izleyicilerin %(.....) yayınları karasal vericiler ile alırken, bu oran zaman içerisinde uydu lehine önemli bir değişim göstermiştir. 2010 yılında, izleyicilerin %(.....)si yayınlara uydu aracılığıyla ulaşmaktadır.
- (37) RTÜK tarafından Şubat 2009’ da yayımlanan “*Televizyon İzleme Eğilimleri Araştırması-2*” da benzer sonuçlar ortaya koymaktadır. 21 ilde, toplam 2.570 kişiden oluşan bir örneklem grubu ile yapılan söz konusu araştırma sonuçlarına göre, araştırmaya katılan deneklerin % 67,3’ü “uydu anteni” ile, % 29,9’u “normal anten” ile, % 8,9’u “kablo TV” ile ve % 1,6’sı “dijital platform” ile yayınları izlemektedir⁴. Araştırmaya göre, deneklerin tamamında karasal yayın izlenebilmekte, deneklerin büyük çoğunluğu yayın kalitesi açısından uydu anteni ile yayın izlemeyi tercih etmektedir.
- (38) Görüldüğü üzere hâlihazırda ülkemizdeki yayınların büyük bir çoğunluğu uydudan alınmaktadır. Bu anlamda Cine 5, uydudan da yayın yapabilmesi nedeniyle, sadece karasal veya sadece kablodan yayın yapan yayıncılara göre avantajlı durumdadır. Araştırmanın bu dosya bakımından önemli bir sonucu ise izleyicilerin %1,6’sının yayınlara sayısal platformlar aracılığıyla ulaştığının ortaya konulmasıdır. Görüldüğü üzere, yayınlara Digitürk gibi sayısal platformlarla ulaşan izleyicilerin sayısı, diğer iletim yollarıyla kıyaslandığında ihmal edilebilir ölçüde düşüktür. Araştırmanın sonuçlarına göre ayrıca, deneklerin neredeyse tamamının karasal yayınları izleyebilmeleri nedeniyle karasal iletim ve deneklerin yarısından fazlasının (%67,3) yayınları uydudan izlemesi nedeniyle uydudan iletim, diğer iletim vasıtaları arasında öne çıkmaktadır. Dolayısıyla hem karasal hem de uydudan yayınlarını iletme kapasitesine sahip olan Cine 5, teknik erişim bakımından önemli bir avantaja sahiptir.
- (39) Ulusal bir kanal olarak yayın yapmak yurt çapında çok sayıda izleyiciye ulaşabilme imkânı yaratması nedeniyle reklam toplayabilme kabiliyeti açısından da önemli bir farklılık yaratmaktadır. Ulusal kanalların televizyon reklam pastasından aldıkları payın büyüklüğüne işaret eden aşağıdaki tablo bu durumun en önemli göstergesidir.

⁴ Denekler birden fazla iletim için cevap verebildiklerinden toplam %100’den fazladır.

Tablo-3: Ulusal Kanalların TV Reklamcılığı İçindeki Payı (%)

Yayın Kategorisi	2010 Yılına Ait Pay	2011/6 Dönemine Ait Pay
Ulusal Kanallar ⁵	(.....)	(.....)
Diğerleri	(.....)	(.....)
Toplam	100	100

- (40) Tablodan görüldüğü üzere, bir mecra olarak televizyona reklam verileceği hallerde, reklamverenler tarafından öncelikli ve büyük ölçüde izlenme oranları ölçümlenen ulusal kanallar tercih edilmektedir. Bu anlamda Cine 5'in, ulusal bir yayıncı olması nedeniyle, reklamverenler tarafından tercih edilme bakımından da diğer kanallara göre bir üstünlüğe sahip olduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır.
- (41) Cine 5'in, ulusal yayıncı sıfatını haiz olmasının ve uydudan yayın yapabilmesinin hem ulaşılan izleyici sayısı hem de ulaşılan reklam harcamaları bakımından sağladığı birtakım avantajları bulunmaktadır. Öte yandan, Cine 5'in bu avantajlarını da değerlendirerek televizyon yayıncılığı hizmetleri pazarındaki payını artırması izlenme oranlarını arttırabilmesiyle mümkün olacaktır. Bu nedenle, Digitürk platformunda yer bulamamasının Cine 5'in televizyon yayıncılığı piyasasındaki faaliyetlerini zorlaştırıp zorlaştırmadığının değerlendirilmesi kapsamında, Digitürk'ün televizyon kanallarının izlenme oranları üzerinde bir etkisinin olup olmadığının da analiz edilmesini gerekli kılmıştır.

1.4.4. Digitürk Platformunda Yer Almanın İzlenme Oranları Üzerindeki Etkisi

- (42) Televizyon kanallarının izlenme oranlarını etkileyen birçok faktör bulunmaktadır. İzlenme oranlarına etkilerinin net olarak ortaya konulması mümkün olmamakla birlikte, bu kriterler arasında ilk sırada teknik erişimden söz edilebilecektir. Nitekim, izlenme payı her şeyden önce ilgili kanalın izlenebilmesini gerektirmektedir. Bu anlamda herhangi bir kanalın teknik olarak erişiminin artması (örneğin, karasala ek olarak uydudan yayına başlaması veya kablo TV'de yer alması) o kanalın daha fazla hanede izlenebilmesine paralel bir şekilde izlenme oranlarının artmasına yol açabilecektir. Bu itibarla, Digitürk platformunda yer almanın genel olarak televizyon yayıncılarının izlenme oranlarının arttırılmasında etkisinin olmadığı söylenemeyecektir.
- (43) Söz konusu etkininin ortaya konulabilmesi için farklı televizyon kanallarından (*TRT 1, Flash TV, ATV, Kanal 7, Kanal D, Star TV ve STV*), Digitürk ve D-Smart platformlarının izlenme oranlarına etkileri hakkında bilgi talep edilmesi üzerine anılan kanallar tarafından bu platformların olumlu veya olumsuz etkisinin tam olarak bilinmediği açıklaması gelmiştir. Konu hakkında MPSA'lar tarafından da bu platformların kanalların izlenme oranlarına etkisinin tam olarak bilinmediği ifade edilmiştir. Aynı şekilde Digitürk tarafından gönderilen yazılarda da, platformlarının kanalların izlenme oranlarına etkisini ölçmek amacıyla herhangi bir araştırmanın yapılmadığı ve yapılamayacağı bildirilmiştir. Dolayısıyla, söz konusu platformların, ulaşılan izleyici sayısının arttırılması suretiyle yayıncıların izlenme oranlarını etkilediğinden bahsedilebilse dahi, bu ilişkinin kesin ve net bir biçimde ortaya konulabilmesi mümkün görünmemektedir.
- (44) Bu noktada, Cine 5'in izlenme payının yıllara göre seyrinin analizi yoluna gidilmiştir. Nitekim Cine 5 yayınları, Digitürk platformuna katılımdan da önce -2007 yılından bu güne- ölçümlenmektedir⁶. Bu durumda Cine 5'in platforma katılmadan ve katıldıktan sonraki

⁵ Bu alanda yer alan kanallar Nielsen tarafından izlenme oranları raporlanan (Discovery dışında) ulusal kanallardır. Bu kanallar şunlardır: Cine 5 (01.10.2010 tarihine kadar), ATV, Flash TV, Habertürk (01.05.2010 tarihine kadar), Fox, Kanal 1, Kanal 7, Kanal D, STV, Show TV, Star, TRT 2, TRT 1 (22.01.2010 tarihine kadar), Discovery (01.07.2010 tarihine kadar)

⁶ Cine 5 yayınları 01.10.2010 tarihinden itibaren Nielsen tarafından raporlanmamaktadır.

12-24/710-198

izlenme oranları incelenerek, Digitürk'ün Cine 5'in izlenme oranları üzerinde fiilen/gerçekleşmiş bir etkisinin olup olmadığı gösterilebilecektir.

	ATV	CİNE 5	FLASH TV	FOX	KANAL 7	KANAL D	STV	SHOW TV	STAR	TRT 1	Diğer
2005	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2006	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2007	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2008	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2009	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2010	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)

	ATV	CİNE 5	FLASH TV	FOX	KANAL 7	KANAL D	STV	SHOW TV	STAR	TRT 1	Diğer
2005	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2006	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2007	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2008	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2009	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2010	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)

- (45) 22.05.2009 tarihinde Digitürk platformunda yer almaya başlayan Cine 5'in, Tablo 4'ten görüldüğü üzere, tüm gün tüm kişiler izlenme payı 2009 yılında (.....) iken 2010 yılında (.....)'e düşmüştür. Tablo 5'te yer verilen tüm kişiler prime time bakımından ise 2007 yılından bu yana genel bir düşüş yaşandığı, 2009 ve 2010 yıllarında izlenme oranının (.....) olarak gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla Cine 5'in tüm gün ve prime time tüm kişiler izlenme oranlarında Digitürk platformuna katılımın akabinde bir yükseliş yaşanmamış, aksine bu oranlarda düşüşler görülmüştür.
- (46) Aşağıda sunulan Tablo 6 ve 7'deki TV kanallarının sosyo-ekonomik kırılımlara göre izlenme oranlarına bakıldığında ise, Cine 5'in Digitürk platformuna katılmadan önceki AB grubu izlenme oranlarının platforma katıldıktan sonraki AB grubu izlenme oranlarından daha yüksek olduğu görülmektedir. Tablodan görüldüğü üzere Cine 5'in 2009 yılında tüm gün AB grubu segmentinde (.....) olan izlenme payı, 2010 yılında yarı yarıya azalarak (.....)'e düşmüştür.
- (47) Cine 5 prime time AB grubu izlenme oranları 2007 yılından 2008 yılına bir artış gösterirken ((.....)'ten (.....) e), Cine 5 Digitürk platformuna katıldıktan sonra 2009 ve 2010 yıllarında düşüşe ((.....) den (.....) a) geçmiştir. Dolayısıyla Cine 5'in tüm gün ve prime time AB grubu izlenme oranlarında Digitürk platformuna katılımın akabinde bir yükseliş yaşanmamış, aksine bu oranlarda düşüşler görülmüştür. Tablo 6 ve 7'deki veriler incelendiğinde, Digitürk platformunda yer almalarına rağmen Kanal 7 ve STV'nin AB grubu izlenme oranlarının da sürekli olarak düşüş gösterdiği görülmektedir.

- (48) Digitürk platformunun izlenme oranlarına ve reklam gelirlerine etkilerinin talep edildiği bilgi isteme yazısına cevaben Cine 5 tarafından gönderilen yazıda, televizyon yayıncılığının üç ayaklı bir masaya benzetilebileceği, bunların yayın akışı, yayın ağı ve Digitürk olduğu, Cine 5'in Digitürk platformunda yer alarak masanın sallanan üçüncü bacağını sağlamlaştırdığı, fakat bu defa da masanın sağlam olan diğer ayağının sallanmaya başladığı, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından yönetilen Cine 5'in beş kere satışa çıkarıldığı, her ihale sürecinde kanalın yeni patronu belli oluncaya kadar reklamverenlerin reklam vermeyi kestikleri, bu süreçte Cine 5'in reklam gelirlerini koruyabilmiş olmasının Digitürk platformunda yer almasından kaynaklandığı, aksi takdirde reklam gelirlerinin düşeceği ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere Cine 5 tarafından gönderilen yazıda, Digitürk platformuna katılımın akabinde izlenme oranlarında yaşanan düşüş hakkında herhangi bir açıklama yapılmamış, Digitürk platformunda yer almalarına rağmen yönetsel sorunların reklam gelirlerini arttırmalarını engellediği ifade edilmiştir. Dolayısıyla Digitürk platformunun izlenme oranlarına etkisi Cine 5 tarafından da bilinmemekte, bu platformda yer alırsa dahi yönetimden kaynaklanan sorunlar gibi diğer bazı faktörlerin reklam gelirlerini etkileyebileceği bizzat şikâyetçi Cine 5 tarafından da dile getirilmektedir.
- (49) Yukarıdaki tablolarda sunulan izlenme oranlarından görüldüğü üzere, hâlihazırdaki iletim yöntemlerinin tamamını kullanan Cine 5'in izlenme oranları, diğer birçok kanalla kıyaslandığında oldukça düşüktür. Bu durum teknik erişimin varlığının, bir kanalın izlenme potansiyelini arttıran bir kriter olmakla birlikte, izlenmeyi garantileyen bir faktör olmadığını ispatlar niteliktedir. Dolayısıyla bir kanalın mevcut iletim vasıtalarının tamamıyla taşınıyor olmasının o kanalın izlenme oranlarını doğrudan ve her zaman arttırdığı söylenemeyecektir. Benzer şekilde, bir televizyon kanalının herhangi bir iletim yoluna ek olarak bir diğeriyle de taşınmaya başlanması (örneğin, karasala ek olarak kablo TV'de de yer almaya başlaması), o kanalın daha fazla izleyici tarafından izlenmeye başladığı anlamına gelmeyecektir. Hangi ortamlardan verilirse verilsin izleyicilerin yaşam tarzı ve tutumlarına yakın içerikli programları izleme eğilimleri daha fazla olmaktadır.
- (50) Uygun içeriğin hazırlanması televizyon yayıncıları açısından bir dizi araştırma ve planlamayı gerektiren maliyetli bir süreci ifade etmektedir. Bu süreçte televizyon kanalları tarafından ilk olarak izleyicilerin tüketim ve TV izleme alışkanlıkları üzerine araştırmalar yapılmakta ve bu araştırmalar analiz edilerek hedef izleyicisinin TV algısına yönelik yayın akış planı hazırlanmaktadır. Daha sonraki adım ise bu planlamaya yönelik programların üretilmesidir. Hangi alanda yayın hedeflenmiş ise (haber, eğlence, dizi, belgesel vb.) o alandaki izleyicinin beğeneceği, izleyeceği, günlük hayatta konuşacağı programlar üretilmeye çalışılmaktadır.
- (51) İzlenme oranlarının artırılmasında, oluşturulan programların iyi tanıtılması da önemli bir yer tutmaktadır. Tanıtım konusundaki eksiklikler, içeriği ne kadar uygun olursa olsun, hedeflenen izleyicinin bilgilendirilmemesi nedeniyle istenilen izlenmenin elde edilmesini engelleyebilmektedir. Bu nedenle oluşturulan yayınların, hedeflenen kitlede merak ve ilgi uyandıracak şekilde, uygun mecra ve şekillerde tanıtılması önemlidir. Görüldüğü üzere hedeflenen izlenme oranlarının yakalanması, teknik erişime ek olarak söz konusu süreçlerin de iyi yönetilebilmesini gerektirmektedir.

I.5. Değerlendirme

- (52) Cine 5 tarafından gönderilen başvuru dilekçesinde özetle, dijital platform hizmetleri pazarında hâkim konumda bulunan Digitürk'ün, platformunda Cine 5'e yer vermeyerek Cine 5'in faaliyetlerini zorlaştırdığı iddiasına yer verilmiştir. Başvuru konusu, "sözleşme

yapmayı reddetme” ve 4054 sayılı Kanun’un Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması başlıklı 6. maddesinin (b) bendinde düzenlenen “*eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek*” ayrımcılık yapılması başlıkları çerçevesinde değerlendirilmiştir.

I.5.1. Sözleşme Yapmayı Reddetmenin Rekabet Hukukundaki Yeri

- (53) Sözleşme yapmayı reddetme, rekabet hukukunun en tartışmalı alanlarından birini teşkil etmektedir. Bu durumun öncelikli sebebi teşebbüslerin sözleşme yapma özgürlüklerinin anayasal düzeyde korunmasıdır. Nitekim Anayasa’nın 48. maddesi de “*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir.*” hükmünü haizdir. Rekabet kuralları da firmalar arası rekabetin tüketiciler için faydalı olduğu kabulüne dayandığından, teşebbüslere sözleşme zorunluluğu getirilmesi fikri bizatihi rekabet kanunlarının doğasına da aykırı görünmektedir. Bununla birlikte, rekabet hukukunda, bazı durumlarda, hâkim durumdaki teşebbüslerin sözleşme yapmayı reddetmeleri, rekabeti bozucu/dışlayıcı bir davranış olarak değerlendirilebilmektedir.
- (54) Teorik açıdan; teşebbüslere varlıklarını rakipleriyle paylaşmaları yükümlülüğü getirilmesi, kısa vadede söz konusu varlığın kullanılması sonucunda faaliyet gösterilen pazarda rekabetin artması nedeniyle tahsis etkinliğini artırıcı bulunmakta, ancak yükümlülüğün uzun vadede teşebbüslerin yatırım ve yenilik güdülerinin azalmasına yol açması bakımından tüketicilere zararlı olabileceği gerekçesiyle de eleştirilere konu olmaktadır.
- (55) Sözleşme yapmanın reddi konusu, mevcut sözleşme ilişkisinin sona erdirilmesi, ilk defa sözleşme yapma talebinin reddi, fikri mülkiyet hakkı lisanslamasının reddi, birlikte işlerlik bilgilerinin verilmesinin reddi, tek taraflı ya da uyumlu ret halleri gibi çeşitli alt kategorilere ayrılabilir. Mevcut dosya kapsamındaki eylem ise ilk defa sözleşme yapma talebinin doğrudan reddi şeklinde gerçekleşmiştir.
- (56) Avrupa Birliği Komisyonu tarafından 2009 yılında çıkarılan “AT Antlaşması’nın 82. Maddesinin Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Davranışlarına Uygulanması Bakımından AB Komisyonu’nun Uygulama Önceliklerine İlişkin Kılavuz”un sözleşme yapmayı reddetmeyle ilgili bölümüne göre, aşağıdaki koşulların tamamı mevcut olduğu takdirde, Komisyon bunları bir uygulama önceliği olarak kabul edecektir:
- Reddetmeye konu olan ürün veya hizmet bir alt pazarda etkili bir şekilde rekabet etmek için nesnel olarak gereklidir,
 - Reddetmenin alt pazarda etkili rekabetin ortadan kalkmasına sebep olması muhtemeldir,
 - Reddetmenin tüketicilere zarar vermesi muhtemeldir.
- (57) Ülkemizdeki sözleşme yapmayı reddetmenin konu alındığı dosyalar incelendiğinde ise, *Türk Telekom/Tissad*⁷, *Ulusal Dolaşım*⁸, *Kablo TV*⁹, *UMTH*¹⁰, *Solmaz Mercan*¹¹, *CNR/NTSR*¹² gibi kararların olduğu görülmüştür. Bu kararlarda ret eyleminin ihlal olarak değerlendirilebilmesi için gerekli koşullar 1- Giriş yapılmak istenen varlığın (zorunlu unsurun) bir tekelci teşebbüs tarafından kontrolü, 2- Giriş yapmak isteyen bir rakibin pratik olarak ve makul bir şekilde varlığı/ürünü/tesisi/altyapıyı kurmasının/ üretmesinin imkânsız olması, 3- Tekelci teşebbüsün giriş yapmak isteyen rakibi reddetmesi, 4- İlgili

⁷ 02-60/755-305 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

⁸ 03-40/432-186 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

⁹ 05-10/81-30 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

¹⁰ 05-87/1199-348 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

¹¹ 07-47/506-181 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

¹² 07-74/896-333 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

zorunlu unsurdan faydalanmanın imkânlar dâhilinde olması (*Türk Telekom/ Tissad*); 1- Erişimin ilgili pazarda rekabet eden teşebbüsler için zorunlu olduğunun ve bu anlamda hizmetin mevcut şebekeye giriş yapmadan sunulmasının ekonomik olarak imkânsız olduğunun belirtilmesi, 2- Talebi karşılayacak yeterli kapasitenin olması, 3- Zorunlu unsur kontrol eden teşebbüsün mevcut hizmet ve ürün piyasasındaki talebi karşılama yetersiz kalması, potansiyel yeni bir ürün ya da hizmetin sunulmasını engellemesi veya mevcut ya da potansiyel hizmet ve ürünler üzerindeki rekabeti kısıtlaması, 4- Erişim talep eden teşebbüsün makul ve ayrımcı olmayan bir giriş fiyatı ödemeye hazır olması, 5- Reddetme eylemi için objektif haklı bir gerekçe olmaması (*Ulusal Dolaşım*); 1- Mal vermeyi reddeden şirketin hâkim durumda olması, 2- Reddetme davranışının olması, 3- Mal vermeyi kesmenin objektif olarak haklı gerekçelere dayanmaması, 4- Rekabeti kısıtlayıcı etkisi olması (*Solmaz Mercan*) şeklinde sayılmıştır. CNR/NTSR kararında ise “*Mal vermeyi reddetme eyleminin hâkim durumu kötüye kullanma sayılıp rekabet ihlali olarak değerlendirilebilmesi için makul bir gerekçeye dayanmaması gerekmektedir.*” denilmiştir.

- (58) Mevcut dosya kapsamında da Digitürk platformunun televizyon yayıncılığı piyasasında faaliyet göstermek için nesnel olarak gerekli olduğu, Digitürk platformuna dâhil edilmemesinin rekabeti kısıtlayacağı ve ret eyleminin tüketicilere zarar vereceği hususlarının birlikte tespiti halinde eylemin ihlal olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

1.5.2. Sözleşme Yapmanın Reddi Çerçevesinde Değerlendirme

- (59) Başvuruda; Digitürk’ün, Cine 5’e platformunda yer vermeyerek faaliyetlerini zorlaştırdığı ve özellikle Digitürk platformunda yer alamamanın AB grubu izleyicilere yönelik pahalı reklamları elde etme şansından mahrum kalındığı iddiasına yer verilmektedir. Bu anlamda Cine 5 tarafından Digitürk platformunda yer almanın AB grubuna yönelik reklamlara ulaşabilmek bakımından zorunlu olduğu öne sürülmektedir.
- (60) Yukarıda da ifade edildiği üzere 4054 sayılı Kanun’un amacı mal ve hizmet piyasalarındaki rekabetin korunmasıdır. Bu doğrultuda, şikâyet konusuyla ilgili olarak 4054 sayılı Kanun kapsamında yapılacak analizin amacı da, Cine 5’in AB grubuna yönelik reklam harcamalarına ulaşmasının teminat altına alınması değil, (varsa) Cine 5’in faaliyetlerinin zorlaştırılmasının engellenerek televizyon yayıncılığı pazarındaki rekabetin korunmasıdır. Dolayısıyla öncelikle AB grubuna yönelik reklam harcamalarına ulaşmanın televizyon yayıncılarının faaliyetlerine devam edebilmeleri bakımından önemi değerlendirilmiştir. Televizyon yayıncılığı hizmetleri piyasasındaki rekabet sağlandığı/korunduğu sürece, bu piyasada hizmet gösteren televizyon yayıncılarının hangi SES grubuna yönelik reklamların gelirleriyle faaliyetlerini sürdürdükleri rekabet hukuku alanına girmemektedir.
- (61) AB grubuna yönelik reklam gelirlerine ulaşılmasının bir televizyon kanalının faaliyetlerini sürdürebilmesi/ başlayabilmesi için zorunlu olup olmadığının açıklığa kavuşturulması için AB grubuna yönelik reklam harcamalarının,
- Toplam reklam harcamaları içerisindeki yeri/büyüklüğü ve
 - Televizyon yayıncıları için önemi (reklam gelirlerinin ne kadarının hangi SES grubuna yönelik reklamlardan kaynaklandığı)

tespit edilmelidir. Bu doğrultuda, çeşitli televizyon kanallarından AB grubuna yönelik reklam gelirlerinin toplam reklam gelirleri içerisindeki payı hakkında bilgi talep edilmiştir. Ayrıca, MPSA’lardan ve Reklamcılar Derneği’nden AB grubuna yönelik reklam harcamalarının toplam reklam harcamaları içerisindeki payı hakkında bilgi istenilmiştir. Böylelikle, farklı SES gruplarına ait izleyicilere yönelik reklam harcamalarının gerek

televizyon yayıncıları gerekse reklamverenler nezdindeki büyüklüğünün/öneminin tespit edilmesi amaçlanmıştır.

(62) Kararın 1.4.2. başlığında ayrıntılarına yer verildiği üzere, AB grubu veya başka bir SES grubuna yönelik reklam gelirlerinin, herhangi bir televizyon kanalının faaliyetlerini sürdürebilmesi açısından zorunlu olduğunun ileri sürülemeyeceği anlaşılmıştır. Bu nedenle Cine 5'in Digitürk platformunda yer almaması dolayısıyla AB grubuna yönelik reklam harcamalarına ulaşamadığı ve bu yolla televizyon yayıncılığı piyasasındaki faaliyetlerinin zorlaştırıldığı iddiasının analizinin yerine, Digitürk platformunda yer verilmemesi neticesinde Cine 5'in faaliyetlerinin zorlaştırılıp zorlaştırılmadığı değerlendirilmiştir. Bu çerçevede ulaşılan sonuçlar aşağıda özetlenmektedir:

- İletim vasıtaları bakımından Cine 5'in durumu incelendiğinde, kanalın ülkemizdeki bütün iletim araçlarıyla taşındığı görülmüştür. Karasal ve kablo TV ortamında bulunan Cine 5, uydudan da taşınmakta, Tivibu, Tele Dünya ve D-Smart platformlarının yanı sıra 22.05.2009 tarihinden itibaren Digitürk platformunda da yer almaktadır. Dolayısıyla, Cine 5'in bulunmadığı herhangi bir iletim vasıtasının olmadığı anlaşılmıştır.
- Ülkemizde hâlihazırda uydudan iletim diğer iletim vasıtalarına göre daha çok tercih edilmekte ve 2010 yılı verilerine göre izleyicilerin ortalama %(...)'si yayınlara uydudan ulaşmaktadır. Bu anlamda Cine 5'in, uydudan da iletilmesi nedeniyle bu erişim imkânına sahip olmayan yayıncılara göre avantajlı olduğu görülmüştür.
- Cine 5'in ulusal yayıncı sıfatını haiz bir işletmeci olması nedeniyle gerek kapsama alanının büyüklüğü bakımından gerekse frekans kullanım hakkının tesis edilmesi nedeniyle diğer birçok yayıncıya göre ayrıcalıklı bir konumda olduğu anlaşılmıştır.
- Tablo 3'ten anlaşıldığı üzere TV kanalları için yapılan reklam yatırımlarının oldukça önemli bir kısmı ulusal kanallara yöneliktir. Yayınları karasal ortamdan ve uydudan iletilmesi nedeniyle Türkiye'deki izleyicilerin neredeyse tamamına ulaşan Cine 5'in, ulusal yayıncı olması nedeniyle reklamverenler tarafından da öncelikli olarak tercih edildiği ve söz konusu avantajların Cine 5'in reklam gelirlerini arttırabilmesi anlamında önemli bir potansiyel yarattığı kanaatine ulaşılmıştır.
- Reklamverenler nezdinde reklam verilecek televizyon kanalı belirlenirken temel olarak izlenme oranları ve hedeflenen kitleye uygunluk dikkate alınmaktadır. Bu anlamda Cine 5'in reklam gelirlerini yükselterek televizyon yayıncılığı piyasasındaki pazar payını arttırabilmesi, izlenme oranlarını arttırabilmesiyle doğrudan ilişkili olacaktır. İzlenme oranlarının arttırılmasında, kanalın iletildiği yolların arttırılmasının etkisinin olmadığını söylemek mümkün görünmemekle birlikte, iletim vasıtalarının çoklaştırılmasının izlenme oranlarını garantileyen bir faktör olduğu da ileri sürülememektedir. Bununla birlikte hedeflenen izlenme oranlarının yakalanması için televizyon kanalları tarafından dikkate alınması gereken tek kriterin teknik erişimin sağlanması olduğu ifade edilememektedir. Nitekim, hangi ortamdan iletilirse iletilsin izleyicilerin yaşam stil ve tutumlarına uygun içerikli programları izleme eğilimleri daha fazladır. Uygun içeriğin hazırlanması ise yayın akışının planlanması, oluşturulması, oluşturulan yayınların tanıtılması gibi uzun bir sürecin iyi yönetilmesini gerektirmektedir. Söz konusu sürecin iyi işlemesi için izlenme oranları bakımından beklenen sonuçlar ile elde edilen sonuçların karşılaştırılarak, ilgili programın izlenirliğini arttırmak veya korumak için yeni stratejiler belirlenmesi de önemlidir.
- Tablo 4-7'de yer verildiği üzere, Cine 5'in (tüm gün, prime time ve AB grubuna ait izlenme oranları da dâhil olmak üzere) izlenme oranları Digitürk platformunda yer almaya başladığı 2009 yılından bu yana sürekli düşmektedir. Dolayısıyla Digitürk

platformuna katılmanın Cine 5'in izlenme oranları açısından herhangi bir olumlu etkisinin olmadığı anlaşılmıştır. Bu durum Digitürk platformunda yer almalarına rağmen izlenme oranları düşüş gösteren Kanal 7 ve STV için de benzer şekilde gerçekleşmektedir.

- (63) Bu çerçevede, Cine 5'in gerek izlenme oranlarının artırılması gerekse yayınlarının izleyicilere ulaşabilmesi için, Digitürk platformunda yer almasının zorunlu olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

1.5.3. Ayrımcılık Çerçevesinde Değerlendirme

- (64) 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan ve dolaylı olarak ayrımcılık yapılmasını yasaklamaktadır. Ancak burada önemle üzerinde durulması gereken husus, ayrımcılık iddiasının, benzer nitelikte bir teşebbüsle ticari ilişkiye girilirken şikâyetçi teşebbüsle bu tür bir ilişki kurulmamış olması üzerine inşa edilmesidir. Bir diğer deyişle şikâyetçi Cine 5, Digitürk'ün iradesi hilafına kendisine platformunda yer vermesini talep etmektedir. Ancak Digitürk'ün ilk yazılı savunmasında da değinildiği üzere Anayasa'nın 48. maddesinde güvence altına alınan sözleşme özgürlüğü ilkesine göre fertler, herhangi bir akit yapıp yapmamak, akdi dilediği kimseyle yapmak ve akdin muhtevasını belirlemek konusunda, hukuk düzeninin sınırları içerisinde kalmak koşuluyla, serbestîye sahip bulunmaktadır. Ayrıca Danıştay 10. Dairesi'nin 2001/355 E., 2003/4245 K. sayılı kararında da *"eşit durumdaki alıcılara aynı, eşit hak ve yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması hâkim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilebilecek ise de; bu hususun piyasaya sunulan hizmetin durumu, hitap ettiği kesim ve kamu yararı kavramları açısından bir değerlendirme yapılarak belirlenmesi gerektiği açıktır"* ifadelerine yer verilmek suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinde kötüye kullanma hallerinden birisi olarak sayılan ayrımcılık kavramının değerlendirilmesine açıklık getirildiği görülmektedir.
- (65) Anayasa'nın 48., 4054 sayılı Kanun'un 6/b. maddesi ve Danıştay 10. Dairesi'nin yukarıda belirtilen değerlendirmesi ışığında; bir sözleşme yapmanın reddedilmesi eyleminin ayrımcılık şeklinde bir ihlal olarak kabul edilebilmesi için sözleşme yapma yükümlülüğünün bulunması gerekmektedir. Bir teşebbüsün Rekabet Hukuku dahilinde sözleşme yapma yükümlülüğü altında bulunması için gerekli şartlar yukarıda yapılan değerlendirmede sayılmış ve Digitürk'ün anılan yükümlülük altında olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Ayrıca İstanbul 13. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2007/652 esas sayılı ve 15.04.2009 tarihli kararında da *"a) Cine 5 firmasının yayınlarının izleyicilere ulaşabilmesi açısından Digitürk platformunda sunulan hizmetin sorunlu bir altyapı hizmeti olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı, b) Bu yayınların başka dijital platformlar veya teknik yollarla da (uydu, kablolu tv vs.) izleyicilere ulaştırılma imkânı bulunması nedeniyle Digitürk firmasının faaliyet gösterdiği pazarda hâkim konuma sahip olmadığı, c) Sözleşme yapma serbestisi ilkesinin istisnası bir durum dava konusu olayda bulunmadığından Digitürk firmasının sözleşme yapma zorunluluğunda da bulunmadığı"* tespitine yer verildiği görülmektedir. Anılan düzenlemeler, kararlar ve değerlendirmeler ışığında, şikâyet konusu bakımından, Digitürk'ün sözleşme yapma yükümlülüğünün bulunmadığı, dolayısıyla ayrımcılık eyleminin gerçekleşmediği kanaatine varılmıştır.
- (66) Yukarıda yer verilen tespit ve değerlendirmeler ışığında, Cine 5'e Digitürk platformunda yer vermemesi uygulamasının 4054 sayılı Kanun'un hâkim durumun kötüye kullanılması başlıklı 6. maddesi kapsamında bir ihlal olarak değerlendiremeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.

J. SONUÇ

(67) 16.06.2011 tarih, 11-37/781-M sayılı Kurul kararı uyarınca yürütülen soruşturma ile ilgili olarak düzenlenen Rapor'a ve Ek Görüş'e, toplanan delillere, yazılı savunmalara ve incelenen dosya kapsamına göre,

1. Digital Platform İletişim Hizmetleri A.Ş. ile Digital Platform Teknoloji Hizmetleri A.Ş.'nin iddia konusu eylemlerinin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesi kapsamında hâkim durumun kötüye kullanılması olarak nitelendirilemeyeceğine,

2. Bu çerçevede söz konusu teşebbüse 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi çerçevesinde idari para cezası verilmesine gerek olmadığına

OYBİRLİĞİ ile Danıştay yolu açık olmak üzere karar verilmiştir.