

**Rekabet Kurumu Başkanlığından,
REKABET KURULU KARARI**

Dosya Sayısı : 2015-2-26 (Önaraştırma)
Karar Sayısı : 15-36/544-176
Karar Tarihi : 09.09.2015

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Ömer TORLAK
Üyeler : Arslan NARİN, Fevzi ÖZKAN,
Doç. Dr. Tahir SARAÇ, Kenan TÜRK

B. RAPORTÖRLER: Remzi Özge ARITÜRK, Tuba YEŞİL, Ali ŞENGÜL

C. BAŞVURUDA

BULUNAN :- Ulusal Kanal İletişim Hizmetleri San. ve Tic. A.Ş.
İstiklal Cad. Deva Çıkmazı No:7/8 Beyoğlu/İstanbul

D. HAKKINDA İNCELEME

YAPILAN : - Krea İçerik Hizmetleri ve Prodüksiyon A.Ş.
Abbasağa Mah. Sungurlar İşhanı No:45 Kat:2-3 Beşiktaş/İstanbul

- (1) **E. DOSYA KONUSU:** Krea İçerik Hizmetleri ve Prodüksiyon A.Ş.'nin dijital platform hizmetleri piyasasındaki hakim konumunu Ulusal Kanal İletişim Hizmetleri San. ve Tic. A.Ş. aleyhine ayrımcılık yapmak suretiyle kötüye kullandığı iddiası.
- (2) **F. İDDİALARIN ÖZETİ:** Ulusal Kanal İletişim Hizmetleri San. ve Tic. A.Ş. (ULUSAL KANAL) tarafından yapılan başvuruda özetle;
- "ULUSAL KANAL" logosuyla televizyon yayını yaptıkları ve uzun süredir Krea İçerik Hizmetleri ve Prodüksiyon A.Ş. (DIGITURK) yayın platformunda yer alma talebini anılan sağlayıcıya iletmekte oldukları, ancak olumlu yanıt alamadıkları,
 - Radyo ve Televizyon Üst Kuruluna (RTÜK) yaptıkları müracaat neticesinde 08.01.2014 tarihinde "Yayın iletim kapasitesinin teknik açıdan müsait olması durumunda Ulusal Kanal İletişim Hizmetleri San. ve Tic. A.Ş. unvanlı yayın kuruluşunun talebinin karşılanması gerektiği" yönünde karar verildiği,
 - DIGITURK'ün söz konusu RTÜK kararının uygulanması konusunda hareketsiz kaldığı, öte yandan "Baby Tv" ve "Moviemax Action" isimli kanalları yayın platformuna dahil ettiği,
 - Bunun üzerine 22.12.2014 tarihinde noter marifeti ile DIGITURK'e çekilen yeni ihtarname kapsamında anılan kararın "derhal" yerine getirilmesinin şirkete ihtar edildiği,
 - Ancak, söz konusu ihtar cevaben DIGITURK tarafından keşide edilen 26.12.2014 tarihli ihtarname ile platformda yer verilecek kanalların planlanmasının, "teknik ve iktisadi koşullar ve abonelerin talep ve beğenilerini göz önüne alarak belirli bir strateji dahilinde uzun vadeli olarak hazırlandığı" ifade edilerek, "teknik kapasitenin yetersizliği ve yayın planlarının uygun olmaması" gerekçesiyle taleplerine olumsuz cevap verildiği,
 - ULUSAL KANAL'ın, platform işletmesi tarafından belirlenen ve RTÜK tarafından onaylanan hizmet bedelini ödemeyi ve sözleşmesel edimleri eksiksiz olarak yerine

getirmeyi taahhüt etmesine rağmen, DIGITURK yayın platformunda yer almasının geçerli hiçbir sebep olmaksızın engellendiği,

- Mevcut başvuruya benzer şekilde, Cine5 Filmcilik ve Yapımcılık A.Ş. (CINE 5) unvanlı televizyon kanalı tarafından, DIGITURK yayın platformunda kendisine yer verilmemesi nedeniyle Rekabet Kurumuna (Kurum) 2008 yılında yapılan bir başvuru üzerine yürütülen önaraştırma neticesinde Rekabet Kurulu (Kurul) tarafından soruşturma açılmasına yer olmadığına 27.05.2008 tarih ve 08-35/466-166 sayı ile karar verildiği, ancak söz konusu karar hakkında Danıştay 13. Dairesinin 12.04.2011 tarih ve 2008/8249 E. ve 2011/1525 K. sayılı kararıyla *“Digitürk’ün “dijital platform hizmetleri” pazarında hakim durumda olduğu ve CİNE5’e diğer rakip kanallara göre ayrımcılık yaptığı iddialarının ön kabulü ile yapılan önaraştırma sonucunda, Digitürk’ün “televizyon yayıncılığı ve reklam yeri pazarlama hizmetleri” pazarının bir kısmına CİNE5’in girmesini engellediğinin tespit edilmiş olması ve bu eyleminin 4054 sayılı Kanun’un 6. maddesinde hakim durumun kötüye kullanılması halleri arasında belirtilen eşit durumdaki alıcılara ayrımcılık yapılması suretiyle rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılması eylemine uygunluk göstermesi karşısında, Digitürk’ün şikayet konusu eyleminin, hakim durumun kötüye kullanılması olup olmadığının davacı şirketin iddiaları ile ilgili olarak yapılan ön araştırma sırasında elde edilen deliller doğrultusunda araştırmanın genişletilmesi suretiyle elde edilecek bilgi, belge ve deliller ışığında değerlendirilmesi suretiyle her türlü şüpheden uzak bir şekilde açığa kavuşturulması için soruşturma açılması gerekirken, rekabete aykırı olduğu iddia edilen eylem sonucunda, girişin engellendiği pazar bölümünün pazara göre küçük, rekabeti sınırlayıcı etkisinin de az olduğu dikkate alınarak soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı yolunda verilen kararda hukuka uygunluk bulunmadığı”* gerekçesiyle iptaline karar verdiği, anılan iptal hükmünün Kurum tarafından temyizi üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 28.05.2014 tarih ve 2011/1934 E., 2014/2302 K. sayılı kararı ile onandığının tespit edildiği,
- DIGITURK’ün bahsi geçen davaya konu edilen ve hukuka aykırı olduğu yargı kararı ile tespit edilen uygulamasının bir diğer mağdurunun da ULUSAL KANAL olduğu,
- Ocak-Nisan 2015 dönemini kapsayan AB hedef kitlesinin izlenme oranları dikkate alındığında ULUSAL KANAL’ın, 28 Ocak’ta en çok izlenen 2. kanal, 6 Şubat’ta 1. kanal, 13 Şubat’ta 2. kanal, 15 Şubat’ta 1. kanal, 20 Mart’ta 2. kanal, 3 Nisan’da 3. kanal ve 18 Nisan’da 3. kanal olduğu,
- Yukarıda sunulan verilerden, ULUSAL KANAL’ın izlenirlik oranlarının göz ardı edilemeyecek düzeyde yüksek olduğunun görüldüğü ve bu kapsamda rekabet ettiği diğer televizyon kanallarına kıyasen izlenme oranları açısından üstün konumda olduğu,
- Buna rağmen, DIGITURK tarafından eşit durumdaki alıcılara ayrımcılık yapıldığı ve ULUSAL KANAL’ın platforma dahil edilmemek suretiyle rekabet koşullarının teşebbüs aleyhine olarak zorlaştırıldığı

ifade edilerek gereğinin yapılması talep edilmiştir.

- (3) **G. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 13.05.2015 tarih ve 2460 sayı ile giren başvuru üzerine hazırlanan 11.06.2015 tarih ve 2015-2-26/İİ sayılı İlk İnceleme Raporu’nun görüşülmesi sonucunda önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir.
- (4) İlgili karar uyarınca düzenlenen 26.08.2015 tarih ve 2015-2-26/ÖA sayılı Önaraştırma Raporu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (5) **H. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda Önaraştırma konusu iddialar ile ilgili olarak;

15-36/544-176

- DIGITURK'ün iddia konusu eylemlerinin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 6. maddesi kapsamında hâkim durumun kötüye kullanılması olarak nitelendirilemeyeceği,
- Bu nedenle dosya konusu iddialara ilişkin olarak anılan teşebbüsler hakkında Kanun'un 41. maddesi gereğince soruşturma açılmasına gerek olmadığı

sonuç ve kanaatine ulaşıldığı ifade edilmiştir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

- (6) Öneraştırma kapsamında RTÜK, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK), Reklamverenler Derneği (RD), The Nielsen Company Medya Yayıncılık ve Tanıtım Hizmetleri A.Ş. (NIELSEN), DIGITURK ve ULUSAL KANAL'dan bilgi talebinde bulunmuş ve cevabi yazılar Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- (7) Ayrıca konuya ilişkin bilgi talep edilen "medya planlama ve satın alma ajansları"ndan (MPSA) Maxus Medya Hizmetleri Tic. Ltd. Şti.'nin (MAXUS), Carat Medya ve İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin (CARAT), Mediacom İstanbul Medya Hizmetleri A.Ş.'nin (MEDIACOM), Mindshare Medya Hizmetleri A.Ş. 'nin (MINDSHARE), Optimum Medya Direction Medya Hizmetleri A.Ş.'nin (OPTIMUM), Mec İletişim Planlama Hiz. Ltd. Şti.'nin (MEC) ve Universal Mccann Medya Planlama ve Dağıtım A.Ş.'nin (UNIVERSAL) cevabi yazıları Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.

I.1. Taraflar

I.1.1. Şikayet Eden Taraf: ULUSAL KANAL

- (8) 1994 yılında İstanbul'un Kadıköy yakasında bir yerel TV kanalı olarak yayına başlayan ve halihazırda haber kanalı¹ olarak yayın hayatını sürdüren ULUSAL KANAL; uydu, kablolu çok il, TeleDünya, D-Smart'ın yanı sıra Türksat 3A Uydusu ile batıda İzlanda, doğuda Kazakistan, kuzeyde Rusya, güneyde Orta Afrika'ya kadar olan bir alanda yayın yapmaktadır.

I.1.2. Şikâyet Edilen Taraf: DIGITURK

- (9) DIGITURK esasen içerik ve pazarlama faaliyeti yürütmekte olup, uydu platform işletmeciliği ruhsat sahibi şirket ile aynı ekonomik bütünlük içinde yer alan Digital Platform Teknoloji Hizmetleri A.Ş.'dir. DIGITURK'ün daha önce Digital Platform İletişim Hiz. A.Ş. (DİGİTAL İLETİŞİM) olarak bilinen şirketin devamı niteliğinde olduğu dosya içeriğinden anlaşılmıştır.
- (10) Digital Platform Teknoloji Hizmetleri A.Ş. (DİGİTAL TEKNOLOJİ) 2005 yılında Telekomünikasyon Kurulu'nun² 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. DİGİTAL TEKNOLOJİ, hisselerinin tamamına sahip olan DİGİTAL İLETİŞİM ile aynı ekonomik bütünlük içerisinde.
- (11) RTÜK'den aldığı yayın iletim yetkisi çerçevesinde faaliyet gösteren DİGİTAL TEKNOLOJİ, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamında BTK tarafından

¹ ULUSAL KANAL tarafından bilgi isteme yazısına ilişkin gönderilen cevabi yazıda kendilerinin yayın türüne göre "genel" nitelikli olduğu belirtilmiş olsa da, yine aynı yazıda kendilerinin tanımladıkları rakip kanalların NTV, CNNTürk, HaberTürk, A Haber, Samanyolu Haber, Bugün TV, TGRT Haber, Kanal 24, Ülke TV, Halk TV ve Kanal A olduğu dikkate alındığında, ULUSAL KANAL'ın esasen tematik yayın yapan bir TV kanalı olduğu anlaşılmaktadır.

² Telekomünikasyon Kurumunun ismi 10.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı yasa ile Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu olarak değiştirilmiştir.

Uydu Platform İşletmecisi³ olarak yetkilendirilmiştir. Paralı televizyon yayıncılığının ilk örneklerini analog yayın yapan şifreli televizyon kanalları oluşturmaktadır. Dijital teknolojinin yayıncılıkta kullanılması sonrasında şifreli yayıncılık önemli gelişmeler kaydetmiş ve çok sayıda kanalın yanı sıra spor, çocuk ve sinema gibi ek paketler sunan platformlar ortaya çıkmıştır. Bu anlamda şikayetçi ULUSAL KANAL halihazırda bir televizyon yayıncısı özelliği göstermekte iken, DIGITURK ise çok sayıda TV kanalının bir paket halinde şifrelenmiş bir şekilde izleyicilere ulaştırılması işlevini de içeren platform faaliyetlerini yerine getirmektedir.

- (12) DIGITURK platformunda yer alan yayınların şifreli olması dolayısı ile izleyicilerin yayınları alabilmeleri için belirli bir meblağ karşılığında platforma abone olmaları gerekmektedir. Dolayısı ile şifreli/ödemeli televizyon kanallarına benzer bir biçimde, sayısal platformlar da her ne kadar reklam ya da sponsorluk gibi finansman kaynaklarına sahip olsalar da, esas olarak abonelik gelirleri ile finanse edilmektedir.
- (13) Bu anlamda DIGITURK benzeri sayısal platformlar, izleyicilerin abone olabilmelerini temin etmek için, hem özellikle sinema/dizi kanalları ile spor (çoğunlukla futbol) karşılaşmalarına yönelmekte, hem de açık ya da tematik kanallara da platformlarında yer vererek, izleyicileri kendilerine çekmeye/abone yapmaya ve bu şekilde gelirlerini artırmaya çalışmaktadır. Dolayısıyla izleyicilere içerik temin eden televizyon kanalları (açık, tematik vb.) ile sayısal platformlar arasında karşılıklı ihtiyaçtan kaynaklanan bir ticari ilişki söz konusudur. Sayısal platformlar, sinema/dizi ve spor karşılaşmalarının yer aldığı kanallara ek olarak açık kanallara da platformda yer verirken, söz konusu kanallar da bu iletim yöntemi ile platforma üye abonelere de ulaşabilme şansına sahip olmaktadır. Bu anlamda platform ve kanallar arasındaki ilişki tamamen arz ve talep koşullarına uygun bir biçimde gerçekleşmektedir. DIGITURK platformunda olan kanalların bir kısmı platformda yer alabilmek için Digitürk'e ücret öderken bir kısmına da platformda yer alması karşılığında DIGITURK tarafından ücret ödenmektedir. Bazı kanallar ise ücretsiz olarak platformda yer almaktadır. Özetle, bir uydu platformu için esas olan önemli spor yayın hakları, tüm dünyaya mal olmuş filmlerin gösterildiği sinema kanalları, değişen izleyici profili neticesinde uluslar arası alanda ün yapmış televizyon kanalları gibi mecraları birleştirerek çeşitlilik, farklılık içeren ve her türlü beğeniye hitap eden bir yelpaze hazırlayabilmektedir.

I.2. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

I.2.1. Yapılan Tespitler

- (14) Dosya konusu iddianın rekabet hukuku literatüründe "sözleşme yapmayı reddetme" olarak adlandırılan eylem bağlamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu amaçla aşağıda; televizyon yayıncılığı pazarı hakkında bilgi verildikten sonra sözleşme yapmanın reddi kavramının rekabet hukukundaki yeri ve tanımı ile başvuru konusu iddiaların bu çerçevede değerlendirilmesine yer verilmiştir.

I.2.1.1. Televizyon Yayıncılığı Pazarı

- (15) Televizyon yayın hizmetini programların bir yayın akış çizelgesine dayalı olarak eş zamanlı izlenebilmesi amacıyla bir medya hizmet sağlayıcı tarafından sunulan yayın hizmeti olarak tanımlamak mümkündür. Televizyon yayıncılığı değer zinciri aşamalarında gerçekleştirilen faaliyetler, tedarik (içerik), üretim ve iletim başlıkları altında özetlenebilecektir:

Tedarik: Değer zincirinin ilk aşaması olan tedarik, TV kanallarının programlarını oluşturabilmek için gereken içeriği, iç ve dış kaynaklardan temin etmesi anlamına

³ Uydu Platform İşletmecisi olarak yetkilendirilmiş bulunan teşebbüslerden Digitürk'ün abone sayısı 2.453.717, D-Smart'ın abone sayısı ise 433.047'dir.

15-36/544-176

gelmektedir. Ağırlıklı olarak haber ajansları, prodüksiyon şirketleri, film şirketleri ve spor karşılaşmaları yayın haklarına sahip kuruluşlar dış kaynakları oluşturmaktadır.

Üretim: Üretim aşaması, içerik ve hizmetin paketlenildiği bir başka deyişle kanalların satın aldıkları programlar ile kendi kaynakları ile yaptıkları programları kullanarak yayın akışı oluşturma aşamasını içermektedir.

İletim: Televizyon yayıncılığı değer zincirinin dağıtım aşamasını ise, dışarıdan temin edilen ya da kanalların kendileri tarafından yapılan programlardan oluşturulan yayın akışının izleyiciye ulaştırılması oluşturmaktadır. Televizyon yayıncıları görüntüleri izleyicilere karasal verici, kablo ve uydu olmak üzere genel olarak üç iletim tekniği aracılığı ile ulaştırmaktadır.

- (16) Televizyon yayıncılığı piyasasında pazar tanımlarına ışık tutan başlıca dört kriter bulunmaktadır.

I.2.1.1.1. Yayın Alanlarının Genişliğine Göre

- (17) Yayın kuruluşlarını yayın alanlarının genişliğine göre; ulusal, bölgesel ve yerel olarak sınıflandırılmaktadır. 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un "*Tanımlar*" başlıklı 3. maddesine göre;

Ulusal yayın; Ülke nüfusunun asgarî % 70'ine ve RTÜK tarafından belirlenen yerleşim yerlerine karasal ortamdan ulaştırılan yayın hizmetini,

Bölgesel yayın; Bir coğrafi bölge içindeki illerin toplam nüfusunun asgarî % 70'ine ve RTÜK tarafından coğrafi bölge içinde belirlenen illere ulaştırılan yayın hizmetini,

Yerel yayın; En fazla bir ilin sınırları içine karasal ortamdan ulaştırılan yayın hizmetini ifade etmektedir.

I.2.1.1.2. Yayın Türlerine Göre

- (18) Yayın kuruluşlarını, yayın türlerine göre; genel ve tematik yayın yapanlar olarak sınıflandırmak mümkündür.

Genel nitelikte yayın yapan kanallar; yayın programları, filmler, kültür, spor, magazin, çocuk, kadın, dizi, din, eğlence ve haber programları gibi çok farklı konuları içeren kanalları,

Tematik yayın yapan kanalları; haber, belgesel, spor, müzik ve benzeri türlerde olmak üzere, yalnızca belli bir konuda yayın yapan kanalları

ifade etmektedir.

I.2.1.1.3. Finansman Türlerine Göre

- (19) Yayın kuruluşları, finansman türlerine göre; açık ve paralı yayın yapanlar şeklinde sınıflandırılmaktadır:

Açık Kanal: İzleyicinin herhangi bir ücret ödemediği yayıncılık türüdür. Bu kanalların esas gelir kaynaklarını, yayınladıkları programların aralarına, önlerine veya sonrasına aldıkları reklamlar ve sponsorluklar oluşturmaktadır. Dolayısıyla, izleyici ve kanal arasında ticari bir ilişki bulunmamaktadır. Ticari ilişki, kanallar ile reklam verenler arasında olup, bu piyasada tüketici konumunda olan reklam verenlerdir. Bu nedenle de izlenme paylarının yüksekliği bu kanallar için önemlidir.

Paralı (Şifreli) Kanal: Yayın hizmetinden faydalanabilmek için izleyicilerin abone olarak belli bir süre için belirli meblağlar ödediği kanallardır. İzleyici sayısı, abone sayısı ile sınırlıdır. Her ne kadar bu kanallar da reklam ve sponsorluk alabiliyor olsalar da, gelirlerinin en önemli kısmını abonelerinden aldıkları abonelik ücretleri oluşturmaktadır.

Dolayısıyla, parasız kanallardan farklı olarak, abone olan izleyici ile kanal arasında ticari bir ilişki söz konusudur ve kanallar için esas olan abone sayısı ve ücretidir.

I.2.1.1.4. Yayın Şekillerine Göre

- (20) Yayın kuruluşlarını, yayın türlerine göre; karasal, uydu ve kablolu olarak üçe ayırmak mümkündür. Buna göre;

Karasal yayın; uydu veya kablo aracılığıyla olmaksızın, karadan vericiler ve yansıtıcılar vasıtasıyla gönderilen sinyallerle alıcılara ulaştırılan yayın türünü,

Kablolu yayın; radyo ve televizyon ve veri yayınlarının kablo, cam iletken ve benzeri bir fiziki ortam üzerinden abonelere ulaştırılmasını sağlayan yayın türünü,

Uydudan yayın; radyo ve televizyon programlarının yetkili yayıncı veya hizmeti temin edecek kişi veya kuruluş tarafından şifreli veya şifresiz olarak uzayda sinyal iletebilen herhangi bir araç vasıtasıyla yapılan ilk yayını

ifade etmektedir.

- (21) Ödemeli kanallar haricinde, televizyon kanallarının temel finansman kaynağını reklam gelirleri oluşturmaktadır. Bu yayıncılık türünde pazar, reklam veren-yayıncı ilişkisi çerçevesinde şekillenmekte, televizyon kanallarının pazar gücü temel olarak reklam yeri satışlarına göre belirlenmektedir. Bu anlamda kanalların gelirlerini arttırmaları, reklam verenler tarafından tercih edilmelerine bağlıdır. Reklam verenler ise, reklam harcamalarını kanallar arasında dağıtırken, kanalların hedef kitleye erişim olanakları ve izlenme payı kriterlerini öncelikli olarak dikkate almaktadırlar. Dolayısıyla televizyon yayıncılarının gelirleri nihai anlamda ne kadar çok izleyici tarafından takip edildiği/izlenme oranları ile ilgilidir.
- (22) Bu anlamda televizyon yayıncıları arasındaki rekabet, izlenme oranlarından daha fazla pay kapabilmek bakımından yaşanmaktadır. Nihai kullanıcı olan TV izleyicilerine doğrudan bir satış ya da izleyicilerden kaynaklanan bir gelir mevcut değildir. Bu nedenle TV kanalları esasen izlenilirliklerini artırarak reklam gelirlerini artırmaya çalışmaktadır.

I.2.1.2. Sözleşme Yapmayı Reddin Rekabet Hukukundaki Yeri

- (23) 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 Danıştay 10. Dairesinin 04.11.2003 tarih ve 2001/355 E., 2003/4245 K. sayılı kararında; *"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 verilmiştir. Bu gereklilik, ayrımcılığın sözleşme yapmamak şeklinde vuku bulduğunun iddia edildiği mevcut dosya bakımından da belirgindir. Sözleşme yapma yükümlülüğü bulunmayan (hâkim durumdaki) bir teşebbüsün ayrımcılık iddiası ile karşı karşıya bırakılması rekabet hukuku teorisi kapsamında olmayacağı gibi anayasal düzlemde korunan bir hakkın istisnai olmayan şartlar altında güvence dışında bırakılması anlamına gelecektir. Dolayısıyla mevcut dosya kapsamında ihlal olarak kabul edilebilecek bir ayrımcılık iddiasının bulunup bulunmadığının tespiti bakımından da sözleşme yapma yükümlülüğünün mevcudiyeti merkezi öneme sahiptir.
- (24) Piyasa ekonomisinin geçerli olduğu bir ekonomik sistemin en temel özelliklerinden biri teşebbüs ve seçim özgürlüğüdür. Teşebbüs özgürlüğü, bir firmanın, kaynakları kullanarak mal üretme ve satma konusunda dilediği gibi davranma hakkına sahip olması ve bu hakkın hükümet veya diğer firmalar tarafından engellenmemesi anlamına gelmektedir.

Seçim özgürlüğü ise, tüketicilerin, kaynakları ve kaynaklardan elde ettikleri gelirleri diledikleri gibi kullanma hakkına sahip olmaları demektir. Teşebbüs ve seçim özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası, sözleşme yapma-yapmama ve kurum-ortaklık kurma özgürlüğüdür.

- (25) Bu bağlamda sözleşme yapmayı reddetme, rekabet hukukunun en tartışmalı alanlarından birini oluşturmaktadır. Zira teşebbüslerin sözleşme yapma özgürlükleri anayasal düzeyde korunmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 48. maddesi de “*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir.*” hükmünü haizdir. Rekabet kuralları da teşebbüsler 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.
- (26) 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. Bunun dışında iddia sahibinin ilk sözleşme yapma talebinin reddedilmiş olmasının da devam eden bir ilişkinin kesilmesine göre, bir ihlal oluşturma olasılığı daha düşüktür. Zira bu durumda da devam eden bir ilişkinin kesilmesi halinde ortaya çıkabilecek olan diğer teşebbüsün belli yatırımlarda bulunması gibi ret eyleminin etkisini arttıracı koşullar doğmamış olacaktır.
- (27) Konuya ilişkin geçmiş tarihli Kurul kararları incelendiğinde;

*Türk Telekom/Tissad*⁴ kararında;

1. Giriş yapılmak istenen varlığın (zorunlu unsurun) bir tekolci teşebbüs tarafından kontrolü,
2. Giriş yapmak isteyen bir rakibin pratik olarak ve makul bir şekilde varlığı/ürünü/tesisi/altyapıyı kurmasının/üretmesinin imkânsız olması,
3. Tekolci teşebbüsün giriş yapmak isteyen rakibi reddetmesi,
4. İlgili zorunlu unsurdan faydalanmanın imkânlar dâhilinde olması;

*Ulusal Dolaşım*⁵ kararında;

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 karşılamada 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,

*Solmaz Mercan*⁶ kararında;

1. Mal vermeyi reddeden şirketin hâkim durumda olması,

⁴ 02.10.2002 tarih ve 02-60/755-305 sayılı Kurul kararı.

⁵ 09.06.2003 tarih ve 03-40/432-186 sayılı Kurul kararı.

⁶ 05.06.2007 tarih ve 07-47/506-181 sayılı Kurul kararı.

2. Reddetme davranışının olması,
3. Mal vermeyi kesmenin objektif olarak haklı gerekçelere dayanmaması,
4. Rekabeti kısıtlayıcı etkisi olması

ret eyleminin ihlal olarak değerlendirilebilmesi için gerekli koşullar olarak belirtilmiştir.

- (28) Bu kararlar dışında hâkim durumdaki teşebbüsün, faaliyetinin bulunmadığı alt pazardaki müşterileri ile sözleşme yapmayı reddetmesi ya da mevcut sözleşme ilişkisini kesmesi ile ilgili Kurul kararları da mevcuttur. Geçmiş tarihli Kurul kararlarında ihlale hükmetmek için gerekli görülen koşullar arasında mutlak bir süreklilik olmamakla beraber, sözleşme konusunun nesnel gerekliliği, bu varlıktan mahrumiyetin rekabeti kısıtlayıcı sonuçlar doğurması ve ret eyleminin tüketicilere zarar vermesi koşulları aranmıştır. Mevcut dosya kapsamında da DIGITURK platformunun televizyon yayıncılığı piyasasında faaliyet göstermek için nesnel olarak gerekli olduğu, DIGITURK platformuna dâhil edilmemenin rekabeti kısıtlayacağı ve ret eyleminin tüketicilere zarar vereceği hususlarının birlikte tespiti halinde eylem ihlal olarak değerlendirilebilecektir.

I.2.1.3. ULUSAL KANAL'ın RTÜK'e Yaptığı Başvuru

- (29) Dosya konusuna ilişkin olarak bilgi isteme yazısına istinaden RTÜK'ün cevabi yazısında;
- a. Üst Kuruldan uydu ve kablolu yayın lisansı bulunan ULUSAL KANAL'ın, Üst Kuruldan Platform İşletmeciliği iletim yetkisi alan "Digitürk platformunda yer alması konusu Üst Kurulun 08.07.2014 tarihli ve 2014/38 sayılı toplantısında değerlendirildiği ve alınan 11 nolu karar ile "*Yayın iletim kapasitesinin teknik açıdan müsait olması durumunda "Ulusal kanal İletişim Hizmetleri San. ve Tic. A.Ş."* unvanlı yayın kuruluşunun talebinin karşılanması gerektiğinin taraflara bildirilmesine" karar verildiği; ancak Üst Kurulun 08/07/2014 tarihli ve 2014/38 sayılı toplantısında alınan 11 nolu kararı kapsamında yapılan işlemin yürütmesinin durdurulması ve iptali istemiyle Ankara 13. İdare Mahkemesi nezdinde 2014/1623 Esasına kayden DIGITURK tarafından açılan davada Mahkemece 06.11.2014 tarihinde, dava konusu işlemin yürütmesinin durdurulması isteminin reddine karar verildiği,
 - b. Bu kez, Ankara 13. İdare Mahkemesinin yürütmenin durdurulması isteminin reddi kararına karşı yapılan itiraz neticesinde, Ankara Bölge İdare Mahkemesinin 16.01.2015 tarihli ve 2015/130 Y.D. itiraz nolu kararı ile, davacının itirazının kabulüne, yürütmenin durdurulması isteminin reddi yönündeki Ankara 13. İdare Mahkemesinin 06.11.2014 tarihli ve 2014/1623 E. sayılı kararının kaldırılmasına ve dava konusu işlemin dava sonuna kadar yürütmesinin durdurulmasına karar verildiği,

Mahkeme kararının uygulanmasını teminen konunun Üst Kurula sunulduğu ve Üst Kurulun 24.03.2015 tarihli ve 2015/14 sayılı toplantısında alınan 9 nolu kararı ile "*... Ankara Bölge İdare Mahkemesi 1. Kurulunun 16.01.2015 tarihli ve 2015/130 YD itiraz nolu kararının süresi içerisinde uygulanmasına ve bu kapsamda, Yayın iletim kapasitesinin teknik açıdan müsait olması durumunda dahi "ULUSAL KANAL'ın talebinin, sözleşme hürriyeti nedeniyle karşılanma zorunluluğunun bulunmadığı hususunun taraflara bildirilmesine,"* yönünde karar verildiği

ifade edilmiştir.

I.2.1.4. DIGITURK'ün Konuya İlişkin Değerlendirmeleri

- (30) Dosya konusuna ilişkin olarak bilgi isteme yazısına istinaden DIGITURK'ün cevabi yazısında;
- a. DIGITURK platformunda yer alabilmek için TV kanallarının başvurularının, DIGITURK tarafından aşağıdaki hususlar çerçevesinde değerlendirildiği:
 - *Uydu yayın lisansının olması:* DIGITURK platformunda yer alan radyo ve TV kuruluşlarının RTÜK mevzuatına uygun olarak alınmış bir karasal yayın ve/veya uydu

f. ULUSAL KANAL ve diğer kanalların izleyiciye ulaşması bakımından uydu platform işletmecileri dışında alternatiflerin bulunduğu ve çok sayıda izleyiciye ulaşabildiği,
g. ULUSAL KANAL'ın, DIGITURK platformuna dahil olma talebinin reddedilmesinin DIGITURK'ün ticari kararı olduğu ve ULUSAL KANAL'ın TV yayıncılığı pazarında faaliyet gösterebilmesi için DIGITURK Platformunda yer almasının zorunlu unsur olmadığı, DIGITURK'e rakip olabilecek platformların olduğu ve
h. DIGITURK'ün platforma dahil olmak isteyen her TV kanalını kabul etmesinin teknik ve ekonomik açıdan mümkün olmadığı

hususları ifade edilmiştir.

I.2.1.5. Hukuki Değerlendirme

- (31) 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında herhangi bir sözleşme yapmanın reddi eyleminin ihlal olarak değerlendirilebilmesi için birtakım koşulların birlikte mevcudiyeti gerekmektedir. Bu koşulları sırasıyla; ret eylemini gerçekleştiren teşebbüsün 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 ihtimali bulunması ve reddetmenin tüketicilere zarar vermesi ihtimali bulunması şeklinde özetlemek mümkündür. Bu koşulların birlikte sağlanması gerekliliği, koşullardan herhangi birinin noksan olması halinde, analize 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. Nitekim dosya kapsamında yapılan değerlendirmede de televizyon yayıncılığı ve uydu platform işletmeciliği hizmeti hakkında bilgi verilmekle birlikte kesin bir pazar tanımı ya da bu pazar kapsamında bir hâkim durum analizi yapılmamış; ihlalde bulunduğu iddia edilen DIGITURK'ün hâkim durumda olduğu kabul edilerek teşebbüsün eylemi analiz edilmiştir.
- (32) Mevcut dosya bakımından reddetmeye konu olan ürünün veya hizmetin bir alt pazarda etkili bir şekilde rekabet etmek için nesnel olarak gerekli olması koşulunun varlığının analizi ile başlanmıştır. Bu anlamda öncelikle DIGITURK platformunda yer almanın ULUSAL KANAL'ın faaliyetlerine devam edebilmesi için zorunlu olup olmadığının değerlendirmesi yapılmıştır.
- (33) Bu çerçevede, 08.01.2015 tarih ve 15-02/5-3 sayılı Kurul (*Siemens/Boğaziçi Yazılım/B.C.C. Bilgisayar Yazılım*) kararına yer vermek gerekmiştir. Kararda; *objektif (nesnel) gerekliliğin* varlığından bahsedilebilmesi için,
- Reddetmenin olumsuz sonuçlarını -en azından uzun vadede- telafi edebilmek için rakiplerin sözleşme talebine konu olan unsurun alt pazarda başvurabilecekleri mevcut ya da potansiyel bir ikamesinin bulunmaması gerektiği,
 - İlgili unsurun mevcut veya potansiyel ikamesinin olup olmadığı değerlendirilirken, hâkim durumda bulunan teşebbüsün rakiplerinin öngörülebilir bir gelecekte söz konusu unsuru etkin bir şekilde tekrar oluşturup oluşturamayacakları hususunun göz önünde bulundurulduğu ve
 - Genel olarak, eğer söz konusu unsur bir doğal tekelin sonucuysa, önemli şebeke etkileri veya tek kaynaktan temin edilebilecek bir bilgi söz konusuysa ilgili unsurun rakipler tarafından tekrar oluşturulmasının olanaksız olduğunun değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

I.2.1.5.1. MPSA'lar Tarafından Yapılan Değerlendirmeler

- (34) MPSA'lardan MEC, MİNDSHARE, MAXUS ve MEDIACOM tarafından,

15-36/544-176

TV Kanalları arasında reklam yeri tercih ederken bir MP5A'nın dikkat ettiği kriterler ve bu kriterlerin önem dereceleri hakkında yapılan açıklamada;

- (.....),
- (.....);

Uydu ve kablo üzerinden iletim olanağına sahip TV kanallarının, dijital platformda (esasen DIGITURK platformunda) yer alıp almamasının söz konusu kanalın reklam planlaması konumu üzerindeki etkilerine ilişkin olarak,

- (.....);

MP5A'lar nezdinde DIGITURK/D-Smart ve DIGITURK/Kablo TV'nin birbirine ikame olup olmadıkları hususunda;

- (.....)⁷

TV yayıncılarının reklam yeri planlamasında, DIGITURK'ün (bir kanalın DIGITURK'de yer almasının) hedef müşteri kitlesine ek katkısının ne olduğu konusunda ise;

- (.....)

hususları ifade edilmiştir.

- (35) MP5A'lardan CARAT tarafından ise bu TV kanalları arasında yatırım kararı verme aşamasında birçok faktörün etkili olduğu, bunların;

(.....TİCARİ SIR.....)

- (36) MP5A'lardan OMD tarafından ise, TV kanalları arasında reklam yeri tercih ederken bir MP5A'nın dikkat ettiği kriterler ve bu kriterlerin önem dereceleri hakkında yapılan açıklamada;

(.....TİCARİ SIR.....)

ifade edilmiştir.

Uydu ve kablo üzerinden iletim olanağına sahip TV kanallarının, dijital platformda (esasen DIGITURK platformunda) yer alıp almamasının söz konusu kanalın reklam planlaması konumu üzerindeki etkilerine ilişkin olarak;

(.....TİCARİ SIR.....).

⁷ (.....TİCARİ SIR.....)

MPSA'lar nezdinde DIGITURK/D-Smart ve DIGITURK/Kablo TV'nin birbirine ikame olup olmadıkları hususunda;

(.....TİCARİ SIR.....)

vurgulanmıştır.

TV yayıncılarının reklam yeri planlamasında, DIGITURK'ün (bir kanalın DIGITURK'de yer almasının) hedef müşteri kitlesine ek katkısının ne olduğu hususunda,

(.....TİCARİ SIR.....)

ifade edilmiştir.

- (37) MPSA'ların yukarıda yer verilen değerlendirmelerinden, bir TV kanalının DIGITURK dijital platformu üzerinden taşınmasının, söz konusu kanalın (.....) anlaşılmaktadır.

1.2.1.5.2. ULUSAL KANAL'ın Televizyon Yayıncılığı Hizmetleri Pazarındaki Konumunun Değerlendirilmesi

- (38) Televizyon yayıncılığına ilişkin belirtilen kriterler çerçevesinde, ULUSAL KANAL'ın televizyon yayıncılığı pazarındaki konumunu aşağıdaki tablodaki gibi özetlemek mümkündür.

Tablo 3: TV Yayıncılığında İlgili Ürün Pazarı Tanımlama Kriterleri Çerçevesinde ULUSAL KANAL'ın Konumu

	İlgili Ürün Pazarı Tanımlama Kriterleri	İlgili Ürün Pazarları	ULUSAL KANAL	
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 ⁸		
		Kablo Çok İli	X	
		Uydu	Türksat 4A	X
			Digitürk	
D-SMART	X			

Kaynak: ULUSAL KANAL'dan gelen cevabi yazı

- (39) Tablodan da görüldüğü üzere Ulusal Kanal izleyicilere uydu ve kablo iletim vasıtalarıyla ulaşan, ulusal, tematik nitelikli ve açık bir televizyon kanalıdır. Buna ek olarak ULUSAL KANAL D-SMART platformunda taşınmakta ve internet üzerinden izlenebilmekte ve TÜRKSAT tarafından kablo TV hattı üzerinden sunulan Tele Dünya isimli sayısal televizyon platformlarında da yer almaktadır. Dolayısıyla ULUSAL KANAL Türkiye'de hâlihazırda mevcut olan iletim vasıtalarının önemli bir kısmı tarafından taşınmaktadır.

⁸ ULUSAL KANAL'ın 2013'de RTÜK tarafından yapılan karasal yayın ihalesinin hukuka aykırı yapıldığı gerekçesiyle RTÜK'ün ihale şartnamesine itirazı Danıştay tarafından kabul edilmiş ve söz konusu ihale şartnamelerinin iptaline karar verilmiştir.

15-36/544-176

- (40) Dosya içeriği verilerden; 2005 yılında izleyicilerin %77'si yayınları karasal vericiler ile alırken, bu oranın zaman içerisinde uydu lehine önemli bir değişim gösterdiği, 2010 yılında, izleyicilerin %72'sinin ve 2015 yılında ise %74'den fazlasının yayınlara uydu aracılığıyla ulaştığı anlaşılmaktadır.
- (41) RTÜK tarafından Mart 2013'de yayımlanan “*Televizyon İzleme Eğilimleri Araştırması-2012*”de benzer sonuçlar ortaya koymaktadır. 21 ilde, toplam 2.525 kişiden oluşan bir örneklem grubu ile yapılan söz konusu araştırma sonuçlarına göre, araştırmaya katılan deneklerin %98,6'sı televizyon yayınlarını televizyon üzerinden ve yaklaşık %8'i bilgisayar üzerinden izlemektedir. Araştırmaya göre; deneklerin % 71,9'u “uydu anteni” ile, %17,3'ü “normal anten” ile, %5,2'si “kablo TV” ile ve %12,6'sı “dijital platform” ile yayınları izlemektedir⁹ ve deneklerin tamamında karasal yayın izlenebilmekte, deneklerin büyük çoğunluğu yayın kalitesi açısından uydu anteni ile yayın izlemeyi tercih etmektedir.
- (42) Ülkemizdeki yayınların yaklaşık %75 gibi baskın bir oranı uydudan alınmaktadır. Bu anlamda ULUSAL KANAL, uydu aracılığıyla izleyicilerin %75'ine, kablo TV aracılığıyla %5'den fazlasına ve D-Smart aracılığıyla %4,6'sına ve toplamda izleyicilerin %80'den fazlasına ulaşabilmektedir. ULUSAL KANAL ayrıca dijital platform izleyicilerinin %37'sine ulaşabilmektedir. Dosya içeriğinden, yayınlara DIGITURK aracılığıyla ulaşan izleyicilerin sayısının, diğer iletim yollarıyla kıyaslandığında kritik bir nitelik arz etmediği anlaşılmıştır. Dolayısıyla hem uydudan, hem kablo TV'den, hem bilgisayar üzerinden internet aracılığıyla, hem de D-Smart dijital platform üzerinden izleyicilere ulaşma imkanına sahip olan ULUSAL KANAL, teknik erişim bakımından oldukça yüksek kabul edilebilecek bir penetrasyon oranına sahip görünmektedir.

⁹ Denekler birden fazla iletim için cevap verebildiklerinden toplam %100'den fazladır.

I.2.1.5.3. Kurul'un Başvuru Konusu ile Benzer Nitelik Taşıyan DIGITURK Kararları

- CİNE 5 kararı

- (43) 16.06.2011 tarih ve 11-37/781-M sayılı Kurul kararı ile DIGITURK hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına karar verilmiştir.
- (44) Soruşturma açılmasına dayanak oluşturan başvuru konusunu; DIGITURK'ün ilgili ürün pazarı olan "dijital platform hizmetleri" pazarında hâkim durumda olduğu, söz konusu hâkimiyetiyle "televizyon yayıncılığı hizmetleri" ve "reklam yeri" pazarlarında ekonomik parametreleri belirleyebilme ve rekabeti etkileyebilme gücüne sahip olduğu, DIGITURK'ün CİNE 5 ile anlaşma yapmaya yanaşmadığı ve platformunda yer vermediği, CİNE 5'e DIGITURK platformunda yer verilmemesinin, 4054 sayılı Kanun kapsamında hâkim durumun kötüye kullanılmasına örnek teşkil ettiği, bu durumun etkilerinin ise özellikle, AB grubu müşterilerin çoğunluğunun DIGITURK izleyicisi olması nedeniyle, CİNE 5'in pahalı reklam alma imkânlarından mahrum kalması olduğu şeklinde özetlenmiştir.
- (45) İlgili dosya konusuna ilişkin olarak alınan 03.05.2012 tarih ve 12-24/710-198 sayılı Kurul kararında,
- Başvuru konusuyla ilgili değerlendirmenin sözleşme yapmanın reddi kavramı bakımından değerlendirildiği,
 - 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 ihtimali bulunması ve reddetmenin tüketicilere zarar vermesi ihtimali bulunması koşullarının birlikte sağlanması gerektiği,
 - Söz konusu koşullardan herhangi birinin noksan olması halinde, analize konu olay bakımından sözleşme yapmanın reddinden bahsedilemeyeceği,
 - Yapılan değerlendirmelere reddetmeye konu olan ürün veya hizmetin bir alt pazarda etkili bir şekilde rekabet etmek için nesnel olarak gerekli olması koşulunun varlığının analizi ile başlanıldığı ve bu anlamda öncelikle DIGITURK platformunda yer almanın CİNE 5'in faaliyetlerine devam edebilmesi için zorunlu olup olmadığının değerlendirilmesinin yapıldığı,
 - Sonuç olarak, AB grubuna yönelik reklam gelirlerinin televizyon yayıncılarının faaliyetlerini sürdürebilmeleri için zorunlu olduğunun iddia edilebilmesinin mümkün olmadığının belirtildiği,
 - CİNE 5'e DIGITURK platformunda yer verilmemesi dolayısıyla CİNE 5'in genel olarak televizyon yayıncılığı alanındaki faaliyetlerinin zorlaştırılıp zorlaştırılmadığının değerlendirilmesinin yapıldığı ve bir kanalın mevcut iletim vasıtalarının tamamıyla taşınıyor olmasının o kanalın izlenme oranlarını doğrudan ve her zaman arttırdığının söylenemeyeceği, benzer şekilde bir televizyon kanalının herhangi bir iletim yoluna ek olarak bir diğeriyle de taşınmaya başlamasının (örneğin, karasala ek olarak kablo TV'de de yer almaya başlaması), o kanalın daha fazla izleyici tarafından izlenmeye başladığı anlamını taşımayacağı, sonuç olarak hangi ortamlardan verilirse verilsin izleyicilerin yaşam stil ve tutumlarına yakın içerikli programları izleme eğilimlerinin daha fazla olacağı,
 - Tüm bu bilgiler ışığında sonuç olarak, DIGITURK platformunda yer almanın CİNE 5'in faaliyetlerine devam edebilmesi için zorunlu olmadığı ve bu nedenle sözleşme yapmanın reddi için birlikte mevcudiyeti gerekli koşullardan "reddetmeye konu olan ürünün veya hizmetin bir alt pazarda etkili bir şekilde rekabet etmek için nesnel olarak gerekli olması" koşulunun gerçekleşmediği, söz konusu koşulun gerçekleşmemesi nedeniyle, şikayet konusu eylemin, bu koşula ek olarak diğer koşullarının da birlikte mevcudiyetini gerektiren

sözleşme yapmayı reddetme yoluyla hâkim durumun kötüye kullanılması olarak kabulünün mümkün olmadığı değerlendirilmesi yapılmıştır.

(46) İddia konusu eylemlerin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında hâkim durumun kötüye kullanılması olarak nitelendirilemeyeceği ve ceza verilmesine gerek olmadığına ilişkin verilen 03.05.2012 tarih ve 12-24/710-198 sayılı Kurul kararı, Ankara 4. İdare Mahkemesinin 03.12.2013 tarih ve 2012/1587 E., 2013/1498 K. sayılı kararı ile onanmıştır.

(47) Ankara 4. İdare Mahkemesinin kararında;

- "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 gerektiği, bir teşebbüsün Rekabet Hukuku dahilinde sözleşme yapma yükümlülüğü altında bulunması için gerekli şartlar yukarıda yapılan değerlendirmede sayıldığı ve Digiturk'ün anılan yükümlülük altında olmadığı dolayısıyla ayrımcılık eyleminin gerçekleşmediği,

- Ayrıca İstanbul 13. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2007/652 esas sayılı ve 15.04.2009 tarihli kararında da a) CİNE 5 firmasının yayınlarının izleyicilere ulaşabilmesi açısından DIGITURK platformunda sunulan hizmetin zorunlu bir altyapı hizmeti olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı, b) Bu yayınların başka dijital platformlar veya teknik yollarla da (uydu, kablolu TV vs.) izleyicilere ulaştırılma imkanı bulunması nedeniyle DIGITURK firmasının faaliyet gösterdiği pazarda hâkim konuma sahip olmadığı, c) Sözleşme yapma serbestisi ilkesinin istisnası bir durum dava konusu olayda bulunmadığından DIGITURK firmasının sözleşme yapma zorunluluğunda da bulunmadığı tespitine yer verdiği," ifade edilmiştir.

- TV EM Kararı

(48) 26.12.2013 tarihli ve 13-72/1004-M sayılı Kurul kararı ile DIGITURK hakkında önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir.

(49) Önaraştırma açılmasına dayanak oluşturan başvuru konusu; DIGITURK'ün, Güçlü Radyo ve Televizyon Yayıncılığı Prodüksiyon Reklamcılık Ticaret A.Ş.'ye (TV EM), DIGITURK platformunda bir kanal sağlanmasına ilişkin süreçteki eylemleriyle ve genel olarak pazarda yer alan bazı yayıncılara (TV kanallarına) daha avantajlı koşullar öne sürmek suretiyle ayrımcılık yaparak hâkim durumunu kötüye kullandığı şeklinde özetlenebilir.

(50) Söz konusu karar üzerine yapılan önaraştırma sonucu alınan 20.03.2014 tarih ve 14-11/205-89 sayılı Kurul kararında;

- İkincil seviye zarar doğuran ayrımcılığın hâkim durumun kötüye kullanılması kapsamında ihlal olarak kabul edilebilmesi için, genel anlamda i) farklı uygulamada bulunan alıcıların/işlemlerin eşit durumda olması, ii) uygulamanın rekabetçi dezavantaj yaratması ve iii) hâkim durumdaki teşebbüsün iddia konusu davranışlarının haklı bir gerekçesinin bulunmaması koşullarının arandığı,

- DIGITURK platformu için yarattıkları değer dikkate alındığında, tüm alıcıların (TV EM ile bahsi geçen 4 TV kanalının) eşit konumda olmadıkları,

- TV EM'in DIGITURK haricindeki birçok mecrada yayın hayatına devam ettiği ve ayrıca kanalın, tercih etmediği kanal numarasına yerleştirilmesi üzerine kendi inisiyatifi ile sözleşmeyi feshederek ilgili platformdan çıktığı,

- Dolayısıyla TV EM'in faaliyetleri açısından DIGITURK platformunda yer almanın vazgeçilmez bir unsur olmamasından bahisle, ayrımcılık uygulamasının ilgili kanal açısından rekabetçi dezavantaj yarattığı sonucuna varılamayacağı ve sonuç olarak

15-36/544-176

DIGITURK'ün iddia konusu davranışının 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında ihlal olmadığı değerlendirilmesi yapılmıştır.

- (51) Başvuru konusu ile çok büyük ölçüde benzer nitelik taşıyan ve yukarıda ayrıntısına yer verilen her iki kararda değinilen temel tespitleri
- Söz konusu TV kanallarının yayınlarının izleyicilere ulaşabilmesi açısından DIGITURK platformunda sunulan hizmetin zorunlu bir altyapı hizmeti olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı,
 - Söz konusu TV kanallarının izleyicilere alternatif yollarla erişmelerinin mümkün olduğu,
 - DIGITURK açısından geçerli istisnası olmadığı açık olan sözleşme serbestisi bağlamında her TV kanalının DIGITURK platformu için yarattıkları değer aynı olmadığı gerçeği dikkate alındığında, tüm TV kanallarının DIGITURK için zaten eşit konumda olmadıkları,
 - Dolayısıyla, mevcut koşullar çerçevesinde, DIGITURK'ün herhangi bir TV kanalı ile sözleşme yapıp yapmamasının rekabet hukukunun istisna getirmediği ticari kararı olduğu şeklinde özetlemek mümkündür.
- (52) Sonuç itibarıyla; 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, serbestiye sahip bulunmaktadır. Danıştay 10. Dairesinin 04.11.2003 tarih ve 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 getirilmiştir.
- (53) Bu çerçevede ve yukarıda yapılan değerlendirmeler ışığında, DIGITURK platformunda yer almanın ULUSAL KANAL'ın faaliyetlerine devam edebilmesi için zorunlu olmadığı ve bu nedenle sözleşme yapmanın reddi için birlikte mevcudiyeti gerekli koşullardan "reddetmeye konu olan ürünün veya hizmetin bir alt pazarda etkili bir şekilde rekabet etmek için nesnel olarak gerekli olması" koşulunun dosya konusu bakımından gerçekleşmediği ve başvuru konusu eylemin, sözleşme yapmayı reddetme yoluyla hâkim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.

15-36/544-176

J. SONUÇ

- (54) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca şikayetin reddi ile soruşturma açılmamasına OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.