

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2007/9369
Karar No : 2010/4594

Davacı : Bilsa Bilgisayar Yazılım İletişim Eğitim Tekstil Gıda Sanayi ve
Ticaret A.Ş.

Vekili : Av. Dr. Mehmet Sağlam
Necatibey Cad. No:33/12 Kızılay/ANKARA

Davalı : Rekabet Kurumu
Bilkent Plaza, B-3 Blok Bilkent/ANKARA

Vekili : Av. Meltem Türkoğlu - Aynı adreste

Davanın Özeti : Davacı şirketin, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında

Kanun'un 6. maddesi uyarınca hâkim durumunu kötüye kullandığı belirtilerek tesis edilen Rekabet Kurulu'nun 21.03.2007 tarih ve 07-26/238-77 sayılı kararının; ilgili pazarın hatalı olarak belirlendiği, "okul yazılım pazarı" yerine "yazılım pazarı" olarak belirlenmesi halinde, şirketin pazarda hâkim durumda olmayacağı, gerçek pazar payının %90'lar değil, %28'ler olduğu, veritabanının güvenliği açısından şifreleme yapmak gerektiği, bu şekilde veritabanına dışarıdan yapılan etkilerin ortadan kaldırıldığı, sözleşme süresi sonunda, veritabanındaki bilgilerin okula verildiği, aynı yazılımlı veritabanının başka bir veritabanına aktarımı için, ortak bir formatla dönüşümün şart olduğu, bunun sorumlusunun da işi alan yeni şirket olacağı, yeni şirket tarafından bu aktarımın yapılması gerektiği, yeni şirketin yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerle, bilgilerin aktarılamadığı, 5846 sayılı Kanun'un Ek 8. maddesi kapsamında veritabanına ilişkin programın fikri mülkiyet hakkı olması nedeniyle korunması gerektiği ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : İlgili ürün pazarının "okul yazılım pazarı" olarak belirlenmesinin doğru bir uygulama olduğu, bu pazarda faaliyette bulunan teşebbüsler ve diğer hususlar dikkate alınarak pazar payının belirlendiği, yerinde inceleme sırasında da, davacı şirketin Genel Müdür Yardımcısı tarafından şirketin %90 pazar payına sahip olduğunun ifade edildiği, rekabete aykırı olan hususun, şifreleme değil, okulla davacı şirket arasında yapılan sözleşmenin bitimi tarihinden sonra da şifrelemenin devam etmesi olduğu, bu ihlâl nedeniyle piyasanın rekabete açılmadığı, şifrelemenin, sözleşmenin sona ermesinden sonra da devam etmesi sonucu, veritabanındaki bilgilerin yeni şirkete aktarılamadığı, davacı şirkete şifrelemenin kaldırılması yolundaki taleplerin de, sözleşme hükümleri gerekçe gösterilmek suretiyle reddedildiği ya da ek bir ücret talep edildiği, davacı şirketin, şifresiz olarak bilgilerin yeni şirkete verildiği iddiasının gerçeği yansıtmadığı belirtilerek, davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Ahmet EĞERCİ'nin Düşüncesi :Dava dosyasında mevcut bilgi ve belgelerin, mevzuat hükümleriyle birlikte incelenmesinden; Temmuz 2005 yılında pazara yeni teşebbüslerin girmeye başladığı dönem itibarıyla, şifreleme uygulaması sonucu okulların sahip olduğu dataların yeni yazılımlara aktarılmasının engellendiği ve dolayısıyla bu veri aktarımını yapamayan yeni yazılım firmalarının piyasaya giremedikleri, dolayısıyla okul

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2007/9369
Karar No : 2010/4594

yazılımlarında kullanılan okul ile ilgili bilgilerin ulaşılabilecek en kolay şekilde aktarılması ortamının davacı firma tarafından sağlanması gerektiği, asıl amacın rakiplerin pazara girişini engellemek olduğu, hâkim durumda olduğu tespit edilen davacının okul yazılımı piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan faaliyetlerde bulunmak suretiyle Kanun'un 6. maddesini ihlâl ettiği anlaşılmaktadır.

Ancak, 4054 sayılı Kanun'un "Para Cezaları" başlıklı 16. maddesinin ikinci ve dördüncü fıkralarındaki düzenlemeler uyarınca, Kanun'un 4. ve 6. maddelerinde yasaklanan davranışların işlenmesi ve bu durumun Kurul'ca saptanması halinde, saptanan davranışın eylem tarihi dikkate alınarak, ilgililerin eylem tarihinden bir yıl önceki malî yıl sonunda oluşan yıllık gayri safî gelirleri üzerinden, gelirin yüzde onuna kadar cezalandırılması, Kurul tarafından Kanun'da belirtilen oranda para cezası takdir edilirken de, kastın varlığı, kusurun ağırlığı, ceza uygulanan teşebbüs veya teşebbüslerin pazar içindeki gücü ve muhtemel zararın ağırlığı gibi unsurların dikkate alınması gerekli bulunmaktadır.

Dava konusu Rekabet Kurulu kararıyla; davacı şirket ve davacı şirket bünyesindeki yazılım şirketlerinin, hâkim durumda oldukları okul yazılımı piyasasındaki teknolojik ve ticari avantajlarından yararlanarak, okul yazılımı piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan faaliyetlerde bulunmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlâl ettiklerine, belirtilen eylem nedeniyle davacı şirkete 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca 2005 yılı sonunda oluşan toplam yıllık gayri safî gelirinin takdiren % 3'ü oranında idarî para cezası verilmesine karar verildiği anlaşılmakta olup, kararda para cezası yönünden karşı oy kullanan Rekabet Kurulu üyeleri tarafından; ihlâl kabul edilen eylemin bir yıldan az, kısa süreyle uygulanması, hakkında soruşturma yürütülen tarafın, soruşturma kararının tebliği ile birlikte söz konusu eylem son vermiş bulunması ve Soruşturma Heyeti ile işbirliği içinde çalışması, ihlâlin piyasa üzerindeki etkisinin sınırlı olması, bu nedenle piyasa dışına çıkan herhangi bir aktörün bulunmaması nedenleriyle ve Kurul'un bundan önceki kararları da dikkate alınarak çoğunluk tarafından önerilen % 3 oranındaki cezanın eylemle orantısız olduğu, bu itibarla % 1 oranında cezanın yeterli olacağı belirtilmektedir.

Yasal düzenleme uyarınca, ilgililerin eylem tarihinden bir yıl önceki malî yıl sonunda oluşan yıllık gayri safî gelirleri üzerinden, gelirin yüzde onuna kadar cezalandırılması Kurul'un takdirinde olmakla birlikte; kastın varlığı, kusurun ağırlığı, ceza uygulanan teşebbüs veya teşebbüslerin pazar içindeki gücü ve muhtemel zararın ağırlığı gibi unsurlar dikkate alınarak, Kurul kararında cezanın ağırlaştırıcı ve hafifletici sebeplerin yer alması gerekli bulunmaktadır.

Dava konusu Kurul kararında, % 3 oranındaki cezanın eylemle orantısız olduğu ve cezada hafifletici sebeplerin bulunduğu belirtilmek suretiyle %1 oranında cezanın yeterli olacağı yönünde Kurul üyelerinin azlık oyuna karşın, Kurul'un davacı şirkete 2005 yılı sonunda oluşan toplam yıllık gayri safî gelirinin % 3'ü oranında idarî para cezası verilmesindeki ağırlaştırıcı veya hafifletici sebeplerin takdiri Kurul kararında yer almadığından, dava konusu işlemde bu yönüyle hukuka uyarlık görülmemiştir.

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2007/9369
Karar No : 2010/4594

Açıklanan nedenlerle, dava konusu Rekabet Kurulu kararının iptali gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Birgül KURT'un Düşüncesi :Dava, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinin ihlâl edildiği belirtilerek verilen Rekabet Kurulu'nun 21.03.2007 tarih ve 07-26/238-77 sayılı kararın idari para cezasına ilişkin kısmının iptali istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı Kanun'un tanımlar başlıklı 3. maddesinde hakim durumun tanımı yapılmış, 6. maddesinin, (a) bendinde hakim durumdaki bir teşebbüsün "Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler" şeklinde tanımlanan bu tür faaliyetler 6. madde kapsamında hakim durumun kötüye kullanılması olarak nitelendirilmiştir.

Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 60. maddesinde; "Görevlendirilen Kurul üyesi ve raportörlerden oluşan bir heyet, soruşturma safhasında Kanun'un 14 üncü maddesinde düzenlenen bilgi isteme ve 15 nci maddesinde düzenlenen yerinde inceleme yetkilerini kullanabilir. Verilecek bu süre içinde gerekli görülen evrakın gönderilmesi ve her türlü bilginin verilmesi taraflardan ve ilgili diğer yerlerden istenebilir. Soruşturma safhasında, Kanunu ihlal ettiği iddia edilen kişi veya kişiler, kararı etkileyebilecek her türlü bilgi ve delili her zaman Kurul'a sunabilirler." düzenlemesi yer almıştır.

Şikayet üzerine başlatılan önsoruşturma sonrasında ; Bilsa Yazılım A.Ş.'nin ve Bilsa Grup bünyesindeki yazılım şirketlerinin, kendileri ile sözleşmeleri sona eren okullardan bu yönde bir talep gelmesi halinde, okullara ait verileri şifresiz, doğru, anlaşılabilir, güvenli ve eksiksiz bir şekilde okullara temin etmek için gereken önlemleri alması yönünde tedbir kararı verildiği ;

Soruşturma sonucunda ise; Bilsa'nın okul yazılımları pazarında hakim durumda olduğu, kriptolama uygulamasının Temmuz 2005 yılında pazara teşebbüslerin girmeye çalışması akabinde başladığı, şifre uygulamasının okulların sahip olduğu dataların yeni yazılımlara aktarılmasını engellediği ve dolayısıyla bu veri aktarımını yapamayan yeni yazılım firmalarının piyasaya giremedikleri, Bilsa yazılımından vazgeçip başka bir yazılım firmasının ürününü kullanmak isteyen okulların talep etmeleri durumunda, bu verilere açık biçimde ulaşabilmelerinin engellenmesinin, sözleşme süresinin bitiminden itibaren bu verilerin halen şifreli olarak tutulması ve diğer yazılımlara aktarılmasına izin verilmemesinin, piyasaya suni giriş engeli yarattığı, bu uygulamanın makul bir gerekçesinin bulunmadığı, bir veri tabanındaki bilgilerin sağlıklı bir şekilde bir başka veri tabanına aktarılması işlemi olanaklı hale getiren arayüz programının tasarlanması işleminin, bilgi çevrimi için gerekli olmakla birlikte şikayet konusu durumda yaşanan veri aktarımı sorununa çözüm getiremediği, Bilsa ile okullar arasında şifrenin kaldırılmasına yönelik yapılan farklı yazışmalarda Bilsa'nın bilgilerin güvenliği ve firma sorumluluğu ve söz konusu taleplerin okullarla yapılan lisans sözleşmesine aykırı olduğu gerekçeleriyle geri çevrildiği ya da "bilgi tutma tekniği değişikliği" hizmeti adı altında

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2007/9369
Karar No : 2010/4594

yüksek bir ücret istenildiği, 13.4.2006 tarihinde Bilsada yapılan yerinde incelemede elde edilen "Bilsa Yazılım A.Ş. Ankara Bölge Müdürlüğü 2005 Yılı Ocak-Haziran Dönemi Faaliyet Raporu" başlıklı yazının "6.Sonuç" bölümünde ve "Bilsa Yazılım A.Ş Bursa Bölge Müdürlüğü 2005 yılı 6 Aylık Değerlendirme Raporu" başlıklı yazının "Bilecik" bölümünde yer alan ifadeden, Bilsa veri tabanında korunan okullara ait verilerin bir başka firmaya ait ya da bizzat okul bünyesinde tasarlanan veri tabanına aktarımı anlamına gelen bilgi çevriminin, Bilsa tarafından yapılan "data kilitlemeleri", diğer bir deyişle veri aktarımını önleyen şifreleme işlemi nedeniyle gerçekleştirilemediğinin kuşkuya yer bırakmayacak şekilde ortaya koyduğu, ayrıca rekabet Kurulunun aldığı tedbir kararı ertesinde verilerin şifrelenmesinin kaldırılmasının, ihlalin varlığını bertaraf etmediği, Bilsa Yazılım A.Ş.'nin ve Bilsa Grup bünyesindeki yazılım şirketlerinin, hakim durumda oldukları okul yazılımı piyasasındaki teknolojik ve ticari avantajlarından yararlanarak, okul yazılımı piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan faaliyetlerde bulunmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiği nedeniyle , 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca 2005 yılı sonunda oluşan toplam yıllık gayri safi gelirinin takdiren %3'ü oranında olmak üzere 246.457,67 YTL idari para cezası verilmesine, Bilsa Yazılım A.Ş.'nin ve Bilsa Grup bünyesindeki yazılım şirketlerinin, kendileri ile sözleşmeleri sona eren okullardan bu yönde bir talep gelmesi halinde, okullara ait verileri şifresiz, doğru, anlaşılabilir, güvenli ve eksiksiz bir şekilde temin etmek için gereken önlemleri alması gerektiğine karar verildiği anlaşılmıştır.

4054 sayılı Kanun'da 6. maddenin "a" bendinde "Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakipten piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler", kötüye kullanma olarak nitelenmektedir. Bu kötüye kullanma durumunun temelde aynı mantığa dayanan ve birbiryle bağlantılı iki durumu içerdiği görülmektedir. Bunlardan ilki, piyasaya yeni girişlerin engellenmesi, diğeri ise, halen piyasada bulunan rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılmasıdır. Piyasaya giriş engellerinde birisi de faaliyet yapılabilmesi için gerekli unsurlara erişimin engellenmesidir. Doğal kaynağa, tekel niteliğindeki unsurlara ulaşamaması gibi durumlar piyasaya giriş engeli olarak kabul görülmektedir. Rekabet ortamının sağlanabilmesi için ilgili unsurlara erişim şartlarının, ayrımcı olmaması yanında makul olması da gereklidir. Bir uygulamanın rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan olarak yapıp yapılmadığının değerlendirilirken, ilgilinin rakibini uygun olmayan vasıtalarla zorlama amacıyla olup olmadığının da ortaya konulmalıdır.

Soruşturma çerçevesinde Türkiye coğrafi pazarında 2005 öncesi ve sonrasında "okul yazılımları pazarı"nda bulunan firmalar ve bu firmaların kullandıkları programların değerlendirilmesine olanak sağlayacak nitelikte tespitlerin yapılmadığı halde, kararda; Temmuz 2005 yılında "okul yazılımları pazarı" teşebbüslerin girmeye çalışması akabinde başladığının belirtildiği, davacı tarafından ise 2005 yılında, Windows işletim sistemine geçildiği, bunu dışında sitemlerinde değişikliik olmadığı, veri tabanında bulunan bilgilerin,

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2007/9369
Karar No : 2010/4594

hizmet verdikleri sürece diğer firmalarca Exel ya da Word formatından aktarılabildiği, oysa diğer firmaların doğrudan database ulaşılarak bilgileri almaya çalıştıkları, tedbir kararı uyarınca sadece durumun yeniden okullara iletilmiş olduğu bildirildiği, soruşturma sürecinde "ihlalden önceki durumu koruyucu nitelikte" alınan dataların şifresiz bir şekilde verilmesi kararının uygulanması sonrasında, pazara giriş bakımından değişim olup olmadığına ilişkin olarak inceleme yapılmadığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, uyuşmazlığın; piyasada bulunan veya potansiyel rakip şirketlerin okul yazılımında bulunan bilgileri databasesden almak istemesinden, şikayet edilen firmanın ise bu bilgileri sadece Exel ya da Word formatına aktararak, bu bilgilerin görülebilmesi için yapılması gereken ara programın diğer firma tarafından yapılmasına bırakmasından kaynaklandığı, çözülmesi gerekenin, hakim durumda olan davacı şirketin anılan tutumunun, firmalar arası veri geçişinin bilgisayar üzerinden sağlanması esnasında, piyasaya giriş engeli veya rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler olup olmadığına belirlenmesi olduğu görülmektedir.

Okul yazılımlarına ilişkin olan paket programının kaynak kodlarının şifrelenmesi gibi bu kodların transfer edecek şekilde bilgi aktarımında bulunmaması da rekabet ihlali oluşturmamaktadır. Okula ait bilgilerin şifrelenerek database girilmesi ve sözleşme sonrasında bu bilgilerin şifresiz olarak herkesin aktarabileceği şekilde bırakılmamasının üçüncü kişilerce müdahalenin engellenmesi amacına yönelik olduğu, bu bilgilerin diğer programlara uyarlanması işlemlerinin ilgili firmalarca yapılması gerektiği, bu durumun rakibi uygun olmayan vasıtalarla dışlama olarak kabul edilemeyeceği, diğer yandan, davacı firmanın 1987 den beri bulunduğu okul yazılımları pazarında, hakim durumda olduğunun tespit edildiği 2005 yılına kadar, piyasaya girmeyen potansiyel rakiplerin, 2005 yılında piyasaya girmek istemlerinin şifre uygulaması nedeniyle engellendiği yolunda yeterli tespitinde bulunmadığı gibi şifre uygulamasının bilgi aktarımını zorlaştırmakla birlikte piyasaya giriş engeli oluşturacak nitelikte bir eylem sayılamayacağı açıktır.

Bununla birlikte, okul yazılımlarında kullanılan okul ile ilgili bilgilerin ulaşılabilecek en kolay şekilde aktarılması ortamının davacı firmaca sağlanması gerektiği, firmalar arası veri geçişinin bilgisayar üzerinden sağlanması esnasında, bilgilerin sadece Exel ya da Word formatına aktarılması, diğer formatlardan aktarımın sağlanmamasının ise rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylem olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Yapılan bu değerlendirmeler çerçevesinde idari para cezası tutarının belirlenmesine ilişkin kısmı yönünden karar incelendiğinde;

Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler 4054 sayılı Yasanın 6. maddesi kapsamında ihlal olarak düzenlenmiş ise de, ceza takdirinde doğan ya da doğabilecek zararın ağırlığı gibi unsurların etkili olduğu, dava konusu Kurul kararında, rekabet ihlali oluşturan eylemlerin çerçevesinin, rekabet ihlali oluşturan eyleme göre

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2007/9369
Karar No : 2010/4594

daha kapsamlı olarak belirlendiği dikkate alındığında, % 3 oranındaki cezanın eylemle orantısız olduğu, 4054 sayılı Kanun'un "Para Cezaları" başlıklı 16. maddesi uyarınca davacıya verilecek cezanın yeniden değerlendirilmesi gerektiği açıktır.

Öte yandan; 4054 sayılı Yasanın işlem tarihinde yürürlükte bulunan 16. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "...yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiği, bir yıl önceki mali yıl sonunda oluşan yıllık gayri safi gelirinin yüzde onuna kadar para cezası " verilebileceği yolundaki hüküm, 8.2.2008 tarihli ve 26781 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 5728 sayılı Yasanın 472. maddesi ile "...nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir." şeklinde değiştirilmiş,

Yine 5728 sayılı Yasanın 474. maddesi ile 4054 sayılı Yasanın 55. maddesinde yapılan düzenleme sonucu ise "Kurul kararlarına karşı yargı yoluna başvurulması kararların uygulanmasını ve idarî para cezalarının takip ve tahsilini durdurmaz." kuralı getirilmiştir.

5326 sayılı Kabahatlar Kanunu'nun "Genel Kanun Niteliği" başlıklı 3. maddesinde;

Bu Kanunun; İdari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde,

Diğer genel hükümlerinin, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında da uygulanacağı ;

"Zaman Bakımından Uygulama" başlıklı 5. maddesi ile gönderme yapılan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesinin (2) numaralı fıkrasında ise; "Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur." hükmü yer almıştır.

İdari para cezasının verilmesine neden olan eylemlerin 2006 yılında da varlığını sürdürdüğü, Kurulun kararı 2007 yılı içinde alındığı dikkate alındığında, kararın tesisi itibariyle yürürlükteki mevzuat uyarınca 2005, kararın verilmesinden sonra yapılan yasal değişiklik uyarınca, 2006 yılı esas alınarak idari para cezası hesaplanması gerektiği görülmektedir.

Bu durumda; 2005 ve 2006 yılının esas alınarak idari para cezası verilmesi halinde durumun davacının lehine olduğu hususunun idari para cezası tutarı yönünden, Kurulca yeniden yapılacak değerlendirme esnasında göz önünde tutulması gereklidir.

Açıklanan nedenlerle kararın dava konusu idari para cezası tutarı yönünden iptali gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, duruşma için önceden belirlenen 01.06.2010 tarihinde davacı şirket Yönetim Kurulu Başkanı E. Özgür Çakmak ile vekili Av. Dr. Mehmet Sağlam ve davalı Kurum vekili Av. Meltem Türkoğlu'nun geldiği, Danıştay Savcısının hazır bulunduğu görülmekle açık duruşmaya başlandı. Taraflara usulüne uygun olarak söz verilip dinlendikten ve Danıştay Savcısının düşüncesi alındıktan sonra, taraflara son kez söz

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2007/9369
Karar No : 2010/4594

verilip duruşma tamamlandı. Dava dosyası incelenerek gereği görüldü;

Dava; davacı şirketin, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesi uyarınca hâkim durumunu kötüye kullandığı belirtilerek tesis edilen Rekabet Kurulu'nun 21.03.2007 tarih ve 07-26/238-77 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 3. maddesinde hâkim durum, "belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü" olarak tanımlanmış; "Hâkim durumun kötüye kullanılması" başlıklı 6. maddesinde, bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması halinin hukuka aykırı ve yasak olduğu belirtilmiş olup, madde metninde kötüye kullanmanın tanımı yapılmamakla birlikte, uygulamada sık rastlanılan kötüye kullanma halleri örneklemek suretiyle sayılmıştır. Bunlar; "a) Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler,

b) Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması,

c) Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya araç teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi,

d) Belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler,

e) Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması" olarak sıralanmıştır.

Öte yandan, 4054 sayılı Kanun'un davaya konu eylem ve işlem tarihinde yürürlükte bulunan "Para Cezaları" başlıklı 16. maddesinin ikinci fıkrasında; bu Kanun'un 4. ve 6. maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiği Kurul kararı ile sabit olanlara, ikiyüz milyon liradan aşağı olmamak üzere, ceza verilecek teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerinin bir yıl önceki malî yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan gayri safi gelirinin yüzde onuna kadar para cezası verileceği öngörülmüş, dördüncü fıkrasında ise; Kurul'un, para cezasına karar verirken, kastın varlığı, kusurun ağırlığı, ceza uygulanan teşebbüs veya teşebbüslerin pazar içindeki gücü ve muhtemel zararın ağırlığı gibi unsurları da dikkate alacağı hükme bağlanmıştır.

Bu yasal düzenleme karşısında; Rekabet Kurulu'nca 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinde belirtilen yasak fiil ve davranışlarda bulunduğu saptananlara, Rekabet Kurulu



T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2007/9369
Karar No : 2010/4594

tebliğleriyle belirlenen miktardan aşağı olmamak ve kastın varlığı, kusurun ve zararın ağırlığı, eylemde bulunan teşebbüslerin pazar içindeki konumları gibi unsurlar da dikkate alınmak üzere, eylem tarihinden bir yıl önceki malî yıl sonunda oluşan yıllık gayri safî gelirleri üzerinden para cezası verilmesi gerekli bulunmaktadır.

Dava dosyası ile dava dosyasına ekli işlem dosyasındaki bilgi ve belgelerin birlikte incelenmesinden; davacı şirketin şikâyete konu eylemlerinin genel olarak, geliştirdiği okul yazılım programlarındaki bilgilere erişimi engellemek maksadıyla şifre koyarak, bu verilere ulaşımı engellediği ve bu bilgilerin başka programlara aktarılamadığı, bunun sonucunda okulların davacıya bağımlı hale getirildiği ve başka firmaların programlarını kullanmak isteyen okulların bu engel nedeniyle bunu gerçekleştiremedikleri, dolayısıyla rakip yazılım firmalarının piyasadaki faaliyetlerinin suni engellerle zorlaştırıldığı yönünde olduğu, bu uygulamalar nedeniyle rakip firmaların piyasaya girişini engellemek veya piyasadaki mevcut firmaların faaliyetlerini zorlaştırmak suretiyle, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlâli iddiasıyla ilgili olarak Kanun'un 41. maddesi çerçevesinde yürütülen soruşturma sonucunda dava konusu Rekabet Kurulu kararının alındığı, Kurul kararında özetle; gerek talep gerekse arz koşulları göz önünde bulundurulduğunda, dosya konusu bakımından tarafların faaliyette bulunduğu ilgili ürün pazarının "okul yazılımları pazarı" olarak tespit edildiği, pazar payı, piyasanın özelliği ve geçmişi, yoğunlaşma derecesi, rakip ihtimalinin düşüklüğü, talebin fiyat elastikiyetinin ve müşterilerin pazarlık güçlerinin düşük olması, piyasaya giriş engeli gibi hususlar, davacı tarafından sahip olunan insan kaynakları, bayi ağı ile ülke çapındaki tanınmışlık unsurları dikkate alındığında, davacı şirketin hâkim durumda olduğu, şikâyete konu şifreleme uygulamasının 2005 ortalarından itibaren gündeme gelen bir uygulama olduğu, piyasaya girmeye çalışan yazılım firmalarının, müşterileri konumundaki okullara çeşitli cazip avantajlar sunmalarına karşın, davacının yazılımını kullanarak oluşturulan verilerin aktarımındaki zorluklardan dolayı piyasaya giriş yapamadıkları, bunun en büyük nedenlerinin başında, okulların bilgi havuzlarını kaybetmeyi göze alamamalarından dolayı önceden kullandıkları programları kullanmaya devam etmek zorunda kalmaları ve bu nedenle piyasadaki bir başka şirketin ürününü tercih etme imkanlarının kısıtlanmasının geldiği, davacının şifre uygulamasıyla ilgili en önemli gerekçelerinden bir tanesinin, bu uygulamanın bilgi güvenliğini sağlamak amacıyla yapıldığı yönünde olduğu, bilgi güvenliği konusunun, herhangi bir aksaklık durumunda çok ciddi sonuçlar doğurabilecek bir hizmet içeren bu piyasa açısından çok önemli bir konu olduğu, bu nedenle, davacının okullar ile yapmış olduğu hizmet sözleşmesi süresince okullara ait verilerin korunması sorumluluğu çerçevesinde her türlü tedbiri almakta serbest olduğu açık olmakla birlikte, soruşturmanın konusuyla ilgili olarak özellikle vurgulanması gerekenin, davacının okul yazılımlarını kullanmaktan vazgeçen bir okulun, başka bir yazılım firması ile çalışmak istemesi durumunda, daha önce davacının yazılımı vasıtasıyla depoladığı bilgilerin yeni yazılımlara aktarımının engellenerek, piyasaya girişlerde suni zorluklar yaratılması olduğu, diğer bir deyişle, soruşturmanın, davacı ile okullar arasındaki hizmet

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2007/9369
Karar No : 2010/4594

sözleşmesinin sürdüğü dönem değil, okulların davacı yazılımından vazgeçip, yerine başka bir yazılım kullanmaya karar verdikleri tarihten sonraki durum ile ilgili olduğu, bu nedenle verilerin okula tesliminden itibaren davacının okulun verilerinden sorumlu tutulmaya devam edilmesinin söz konusu olamayacağı, konu ile ilgili olarak davacının bazı durumlarda okulu ile yapılan sözleşmeyi gerekçe göstererek yazılımlarına yönelik uyguladığı kriptoyu kaldırmayı reddettiği, buna ilişkin bir örnek olayda, davacıdan başka bir yazılım firmasına geçmek isteyen bir okulun, verilerin korunması için konulan kriptoların kaldırılmasını istediğinde, davacı ile okul arasında yapılan sözleşmenin 5. ve 6. maddelerini gerekçe göstererek bunu talep edemeyeceklerini belirttiği, şifrelemenin kaldırılmasının, okulun kendi sahip olduğu ve bizzat kendi mensupları tarafından girilen verileri elde etme amaçlı olduğundan, yazılımın kendisinin şifrelenmesinden bu anlamda farklı bulunduğu, dolayısıyla fikri mülkiyet hakkının korunmasıyla bir ilgisinin olmadığı, Temmuz 2005 öncesinde veri aktarımında kullanılan yöntemin, farklı firmaların farklı yazılımları arasındaki uyumsuzluğu gidermeye yönelik ve bir yazılım programının bünyesindeki veritabanından bir başka yazılım programının bünyesindeki veritabanına sağlıklı veri aktarımını mümkün kılan arayüz programları vasıtasıyla aktarılması şeklindeyken, bu tarihten sonra yazılım firmalarının belli bir arayüz programı vasıtasıyla aktarabildikleri dataların bu arayüzler vasıtasıyla da aktarılamaz duruma geldikleri, davacının "Bursa Bölge Müdürlüğü 2005/6. Aylık Değerlendirme Raporu" ile "Ankara Bölge Müdürlüğü 2005 Yılı Ocak-Haziran Dönemi Faaliyet Raporu"nun da bu durumu teyit ettiği, dolayısıyla davacının rakiplerinin piyasaya girişleri açısından en önemli engelin, kendi yazılımlarına yüklenen verilerin başka yazılımlara aktarılamaması olduğunun davacı iç yazışmalarında da açıkça kabul edildiği, okulların daha düşük bedel karşılığı, hatta ücretsiz başka yazılım firmalarıyla çalışmak isteseler de bunun mümkün olmadığını gördüğü, çünkü verilerin tek tek elle girilmesinin oldukça maliyetli ve zor bir iş olduğu, verilerin elle aktarılmasının öğrenci sayısına göre haftalar, hatta aylar alabileceği, ayrıca verilerin elle girilmesinin hatalı girişlere de yol açabileceği, telefisi oldukça zor sonuçlara neden olabileceği, dolayısıyla, firmalar arası veri geçişinin bilgisayar üzerinden sağlanmasının piyasadaki rekabetçi yapının oluşturulması açısından zorunluluk bulunduğu, sonuç olarak, davacının okul yazılımları pazarında şifreleme uygulamasının Temmuz 2005 yılında teşebbüslerin pazara girmeye çalışması akabinde başladığı, bu uygulama sonucu okulların sahip olduğu dataların yeni yazılımlara aktarılmasını engellediği ve dolayısıyla bu veri aktarımını yapamayan yeni yazılım firmalarının piyasaya giremedikleri ve bu uygulamanın makul bir gerekçesinin de bulunmadığı, asıl amacının rakiplerin pazara girişini engellemek olduğu, burada belirtilmesi gereken hususun, davacının veya diğer yazılım firmalarının, yazılımlarını veya bu yazılımlar vasıtasıyla oluşan verileri korumak için şifre uygulaması yapmalarının bir ihlâl oluşturmayacağı, ihlâl olduğu tespit edilen hususun, veriler şifrelenerek korunaklı hale getirilse dahi, davacının yazılımından vazgeçip başka bir yazılım firmasının ürünü kullanmak isteyen okulların talep etmeleri durumunda bu verilere açık biçimde ulaşabilmelerinin engellenmesi olduğu, diğer bir ifadeyle, sözleşme

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2007/9369
Karar No : 2010/4594

süresinin bitiminden itibaren bu verilerin halen şifreli olarak tutulması ve diğer yazılımlara aktarılmasına izin verilmemesinin, piyasaya suni bir giriş engeli yarattığı, belirtilen şekilde, hâkim durumda olduğu tespit edilen davacının okul yazılımı piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan faaliyetlerde bulunmak suretiyle Kanun'un 6. maddesini ihlâl ettiği sonucuna varılarak, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, 2005 yılı sonunda oluşan toplam yıllık gayri safi gelirinin takdiren %3 (yüzde üç)'ü üzerinden idarî para cezası uygulanmasına karar verildiği anlaşılmaktadır.

Okul yazılım pazarında hâkim durumda bulunduğu anlaşılan davacının, belirtilen hâkim durumunu kötüye kullandığının hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde somut olarak ortaya konulması gerektiği açıktır.

Davacı şirket tarafından, şifre uygulamasının bilgi güvenliğini sağlamak amacıyla yapıldığı, okullar ile yapılan hizmet sözleşmesinin sonunda okula ait bilgilerin yeni şirkete ya da okula verildiği, önceden kurulan program gereği bilgilerin şifreli bulunduğu, yapılması gereken hususun bu programa uygun olarak arayüzün oluşturularak bilgilerin güvenli bir şekilde alınması olduğu, yeni şirketin yetersizliği ya da bu işten kaçınması nedeniyle bilgilere ulaşamamasından kendilerinin sorumlu olmaması gerektiği ileri sürülmektedir.

Dava dosyasındaki bilgi ve belgelere göre; uygulamada, okul yazılım programını kullanmak isteyen okullar tarafından söz konusu programın satın alındığı, satın alınan programın davacı şirket tarafından hazırlandığı ve okul elemanı yetkili kişiler tarafından kullanıldığı, bu şekilde bilgilerin şifreli olarak girildiği, programı satan davacı şirketin programı teslim etmek dışında, sözleşme süresince teknik destek sağladığı, sözleşmenin süresinin sonunda, söz konusu bilgilerin ilgili okul idaresine ya da yeni şirketle anlaşılmış ise bu yeni şirkete verildiği, ancak programdan kaynaklanan nedenlerle bu bilgilerin şifreli halde bulunduğu anlaşılmaktadır.

Bu noktada, uyuşmazlığın çözümünde, okula ait söz konusu şifrelenmiş bilgilerin, şifrelerden kurtulması için yapılması gereken hususların, eski ya da yeni şirketten hangisinin sorumluluğunda bulunduğu tespiti önem kazanmakta olup, dava konusu Rekabet Kurulu kararıyla bu sorumluluk eski şirket olan davacıya yüklenmiştir.

Ancak, programı satan ve gerekli teknik desteği sözleşme süresince veren davacı şirkete, sözleşme süresi boyunca şifrelenerek oluşturulan bilgilerin şifreden kurtarılması amacıyla arayüz oluşturulması sorumluluğunu yükleme olanağı bulunmamakta, dolayısıyla bunun sağlanmamasının rekabet ihlâli olarak değerlendirilmesinde hukuki isabet görülmemektedir.

Bu durumda; davacı şirketin, sözleşme süresinin bitiminden sonra programın verilerini şifreli tutarak, diğer yazılımlara aktarılmasına izin vermemesinin, piyasaya suni bir giriş engeli yarattığından, hâkim durumunu kötüye kullanmak suretiyle Kanun'un 6. maddesini ihlâl ettiğinden bahisle para cezası verilmesine ilişkin Rekabet Kurulu kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2007/9369
Karar No : 2010/4594

Açıklanan nedenlerle; 21.03.2007 tarih ve 07-26/238-77 sayılı Rekabet Kurulu kararının iptaline, aşağıda dökümü gösterilen 118,40-TL yargılama giderleri ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 2.000-TL avukatlık ücretinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, 02.06.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

| | | | | |
|--------|----------|--------|--------|--------|
| Başkan | Üye | Üye | Üye | Üye |
| Faruk | Turan | Zümrüt | Taci | Gürsel |
| ÖZTÜRK | KARAKAYA | ÖDEN | BAYHAN | MEKİK |



YARGILAMA GİDERLERİ :

| | |
|--------------|-------------------|
| Toplam Harç | : 68,40-TL |
| Posta Gideri | : <u>50,00-TL</u> |
| TOPLAM | : 118,40-TL |