

T.C.
ANKARA
5. İDARE MAHKEMESİ

REKABET KURUMU
Tarih : 20.07.2016
Sayı : 4484

ESAS NO : 2015/157
KARAR NO : 2016/1024

DAVACI : AVEA İLETİŞİM HİZMETLERİ A.Ş.
VEKİLİ : AV. CAHİT ÇAKIR
Via Tover Plaza 7/24-25 Nergiz Sokak Beştepeler Mahallesi
Söğütözü /ANKARA

DAVALI : REKABET KURUMU /ANKARA
VEKİLİ : HUK. MÜŞ. MEHMET ÖZDEN - Aynı yerde

MÜDAHİL (DAVALI YANINDA) : TURKCELL İLETİŞİM HİZMETLERİ A.Ş.
VEKİLİ : AV. BETÜL ZEKİYE GÜRBÜZ
Turkcell Plaza Eskişehir Yolu 9. Km. No:264 Çankaya/ANKARA

DAVANIN ÖZETİ : Davacı şirket tarafından Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin kurumsal SMS ve mobil pazarlamaya ilişkin pazarlarda dağıtım ağını tek markalı hale getirmek suretiyle 4054 sayılı Kanunun 4'üncü ve 6'ncı maddesini ihlal ettiği iddiasıyla yapılan başvuru üzerine şikayetin reddi ile soruşturma açılmaması yönünde verilen 01.10.2014 günlü, 14-37/702-310 sayılı Rekabet Kurulu kararının; hukuka aykırı olduğu, Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına aykırı olarak eksik inceleme neticesinde karar verildiği, mobil şebeke işletmecilerinin, markalarla doğrudan anlaşma yaptığı durumlar söz konusu olsa da pek çok hizmet kurgusunda markalar, işletmeciler ve son kullanıcılar arasındaki köprünün mobil pazarlama firmaları ve bu firmaların alt bayileri tarafından kurulduğu, dolayısıyla firmaların alt bayilerine erişimin ve bu bayiler tarafından ürünlerin satılmasının pazarda rekabet edebilmek için olmazsa olmaz koşullardan olduğu, davacı şirketin mobil pazarlama ürünlerini müşterilere ulaştırabilmek için ilgili pazarda yüksek pazar payı olan ve etkin bir şekilde hizmet sunan mobil pazarlama firmaları ile anlaşmak istediği, ancak Turkcell'in bu firmaları başka işletmeciler ile anlaşmaktan alıkoyan yaklaşımları nedeniyle anlaşma yapılmasının mümkün olmadığı, Turkcell'in dikey anlaşmaları kullanarak yeni oluşan veya kısa zamanda ciddi büyüme gösteren pazarlarda bir nevi dağıtım ağı görecekteşebbüsleri "iş ortağı" adı altında tek markalı olarak çalışmaya zorladığı ve davacı şirketin bu pazara girişini pazarın oluşumu aşamasında engellediği, Turkcell'in mobil pazarlama alanında Türkiye geneline yayılmış yüzlerce alt bayileri ile en önemli iş ortakları olarak kabul edilen ve mevcut durumdaki iş ortakları TURATEL, MOBİLTİM ve CODEC'i fiilen münhasır olarak çalışmaya, diğer bir anlatımla diğer işletmeciler ile çalışmamaya zorladığı, yine reklam ajansları CARAT, AERODON ve reklam satış evi WONK'u münhasır çalışmaya zorladığı, piyasadaki hakim durumunu kötüye kullandığı, ön araştırma sürecinin sonunda iddia konusu uygulamanın rekabet ihlali teşkil edebileceğine dair en ufak bir şüphe bulunması durumunda soruşturma açılması gerektiği, bununla birlikte davalı idarenin ön araştırma ile yetindiği, şikayet dilekçesinde ileri sürülen iddiaların doğruluğunun yeterince araştırılmadığı, ayrıca Turkcell'in kurumsal SMS, mobil pazarlama ve mobil elektronik haberleşme hizmetleri pazarlarında hakim durumda bulunduğu ilişkin tespit yapılmadığı, davalı idarenin 4054 sayılı Kanunun 4'üncü maddesi, 6'ncı maddesi veya her ikisi özelinde mi değerlendirme yaptığının belli olmadığı, bireysel muafiyet değerlendirmesi yapılmadığı ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

SAVUNMANIN ÖZETİ : Davacı şirketin şikayeti üzerine şikayet edilen Turkcell'de ve şikayet dilekçesinde belirtilen her bir iş ortağı da dahil olmak üzere sekiz iş ortağında son derece

T.C.
ANKARA
5. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2015/157
KARAR NO : 2016/1024

geniş ve eş zamanlı yerinde incelemeler yapıldığı, ayrıca çeşitli görüşmelerin gerçekleştirildiği, yerinde inceleme ve görüşmeler sonucunda hem mobil pazarlama ve kurumsal SMS hizmetlerine ilişkin olarak bilgiler elde edildiği, hem de operatörler ile iş ortaklıkları arasındaki ilişki hakkında detaylı belgelere ulaşıldığı, Turkcell ile iş ortakları arasında imzalanan sözleşmelerde münhasırlığa ilişkin düzenlemeye rastlanmadığı, CARAT'ın Turkcell ile doğrudan sözleşmesel ilişkisinin bulunmadığı, araştırmalarda Turkcell'in iş ortağı olan çoğu firmanın aynı zamanda Avea ve Vodafone ile mobil pazarlama alanında çalıştıklarının görüldüğü, TURATEV, MOBİLDEV ve CODEC'in kendi istekleri ile yalnızca Turkcell ile çalıştığı, bu şirketlerin münhasır bir sözleşme kapsamında çalışarak bir takım ayrıcalıklara sahip olma talebinin Turkcell tarafından kabul edilmediği, amlan firmaların davacı Avea ile de görüşmeler yaptıkları, görüşmelerin davacının iddia ettiği gibi Turkcell'in baskıları sonucunda değil, teklifin iş ortaklarınca cazip bulunmaması sonucunda sona erdiği, yapılan geniş çaplı ve eş zamanlı incelemelere rağmen rekabet kurallarının ihlal edilmesine dair şüphe yaratacak bir bilgi ve belgeye ulaşılamaması nedeniyle soruşturma açılmasına gerek görülmediği, dava konusu işlemin hukuka uygun olduğu ve davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

MÜDAHİL SAVUNMASININ ÖZETİ : Müdahil şirketin mobil pazarlama alanında değil, GSM hizmetleri pazarında faaliyet gösterdiği, bu nedenle mobil pazarlama pazarında hakim durumda olmadığı, mobil pazarlama pazarının yeni oluşan bir pazar olduğu, dinamik özellikler gösteren bu pazarlarda hakim durum tespitinin yanıltıcı olabileceği, müdahil şirketin iş ortakları ile imzaladığı sözleşmelerde münhasırlığa ilişkin bir düzenleme bulunmadığı, belirli firmalarla münhasır çalışılması için Rekabet Kurulu'na başvuruda bulunduğu, bu muafiyet başvurusunun dahi müdahil şirketin rekabeti ihlal etmek gibi gizli bir niyetinin olmadığını ve münhasır çalışmamayı prensip edindiğini açık olarak ortaya koyduğu, dava konusu işlemin hukuka uygun olduğu ve davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Ankara 5. İdare Mahkemesi'nce duruşma için önceden belirlenerek taraflara bildirilen 18.03.2016 günü belli yer ve saatte davacı şirket vekilinin gelmediği, davalı idareyi temsilen Hukuk Müşaviri Mehmet Özden'in, müdahil vekili Av. Esengül Aslim'in geldiği görülerek usulüne uygun olarak yapılan duruşma sonrasında dava dosyası incelenerek işin gereği görüldü:

Dava, davacı şirket tarafından Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin kurumsal SMS ve mobil pazarlamaya ilişkin pazarlarda dağıtım ağını tek markalı hale getirmek suretiyle 4054 sayılı Kanunun 4'üncü ve 6'ncı maddesini ihlal ettiği iddiasıyla yapılan başvuru üzerine şikayetin reddi ile soruşturma açılmaması yönünde verilen 01.10.2014 günlü, 14-37/702-310 sayılı Rekabet Kurulu kararının iptali istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 4'üncü maddesinde; "Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.

Bu haller, özellikle şunlardır:

- a) Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kar gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tesbit edilmesi,
- b) Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya

T.C.
ANKARA
5. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2015/157

KARAR NO : 2016/1024

unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü,

c) Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi,

d) Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi,

e) Münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması,

f) Anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi,

Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.

Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir." hükmü, 6'ncı maddesinde ise; Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır.

Kötüye kullanma halleri özellikle şunlardır:

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 aracı 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 hakimiyetin 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." hükmü yer almıştır.

Dosyanın incelenmesinden; GSM operatörü olarak faaliyet gösteren davacı şirketin bir başka GSM operatörü olan Turkcell'in kurumsal SMS ve mobil pazarlamaya ilişkin pazarlarda dağıtım ağını tek markalı hale getirmek suretiyle Rekabet Kanunu'nun 4'üncü ve 6'ncı maddelerini ihlal ettiği yönündeki şikayeti üzerine, davalı idarece ön araştırma yapılmasına karar verildiği, yapılan ön araştırma sonucunda 23.09.2014 tarih ve 2014-2-31/ÖA sayılı ön araştırma raporunun düzenlendiği, rapordaki veriler dikkate alınmak suretiyle 01.10.2014 günlü, 14-37/702-310 sayılı Rekabet Kurulu kararı ile soruşturma açılmamasına karar verilmesi üzerine bu işlemin iptali istemiyle görülmekte olan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Olayda, davacı şirketin şikayeti üzerine müdahil Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'de

T.C.
ANKARA
5. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO :2015/157

KARAR NO : 2016/1024

davalı idare görevlileri tarafından yapılan inceleme sonucunda düzenlenen ön araştırma raporunda, Turkcell'in mobil pazarlama iş ortaklarından olan Vaspirin, Codec, Aerodon, Figensoft, Jux, Rabarta, Pharos, Narkoz, DBI ve Zuma'nın Avea ile, Figensoft, Vaspirin ve Codec'in ise Vodafone ile mobil pazarlama alanında çalıştığı, mobil pazarlama iş ortaklarının Turkcell ile imzaladıkları sözleşmelerde münhasır çalışmaya ilişkin bir herhangi bir düzenleme yer almadığı, öte yandan çeşitli firmaların Turkcell ile münhasır olarak çalışma yönünde girişimde buldukları, buna karşın Turkcell tarafından bu talebin karşılanmadığı, davacı şirket tarafından çalışmak üzere teklif götürülen Codec ve Turatel'in bu teklifi kabul etmemelerinde Turkcell'in herhangi bir müdahalesinin bulunmadığı, ticari açıdan yeterince uygun görülmemesi nedeniyle sözleşme imzalanmadığı hususlarının tespit edildiği görülmektedir.

Bu durumda, ön araştırma raporunda konunun kapsamlı bir şekilde incelendiği ve Turkcell'in kurumsal SMS ve mobil pazarlamaya ilişkin pazarlarda dağıtım ağını tek markalı hale getirmeye yönelik herhangi bir faaliyetinin tespit edilemediği dikkate alındığında, adı geçen şirket hakkında soruşturma açılmamasına ilişkin dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, **davanın reddine**, aşağıda dökümü yapılan 171,60-TL yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına, yargılamanın duruşmalı yapıldığı gözetilerek AAÜT uyarınca belirlenen 1.500,00-TL avukatlık ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine, 84,20-TL müdahil yargılama giderinin davacıdan alınarak müdahile verilmesine, artan posta ücretinin gideri yapan tarafa iadesine, kararın tebliğini izleyen günden itibaren **30 gün içerisinde Danıştay'a temyiz yolu açık olmak üzere 25/03/2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.**

Baskan
ZULAL ÖZTÜRK
38010
ANKARA
FİKRİ BEDİR

Üye
FİKRİ BEDİR
101678

Üye
ÖMER ALKAN
41159

YARGILAMA GİDERLERİ (DAVACI) :

Başvurma Harcı :	27,70 TL
Karar Harcı :	27,70 TL
Vekalet Harcı :	8,20 TL
Posta Gideri :	108,00 TL

TOPLAM : 171,60 TL

YARGILAMA GİDERLERİ (MÜDAHİL) :

Başvurma Harcı :	27,70 TL
Vekalet Harcı :	20,50 TL
Posta Gideri :	36,00 TL

TOPLAM : 84,20 TL