

T.C.

**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**

Esas No : 2010/2490

Karar No : 2013/2706

**REKABET KURUMU**

Tarih : 12.05.2014

Sayı : 2676

**Davacı** : Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.

**Vekilleri** : Av. Mutlu KORKMAZER, Av. Suat KAYIKÇI

Turkcell Plaza, Meşrutiyet Cad. No:71 Tepebaşı / İSTANBUL

**Davalı** : Rekabet Kurumu

Üniversiteler Mah. 1597 Cad. No:9 Çankaya - Bilkent / ANKARA

**Hukuk Müşaviri** : Mehmet ÖZDEN - Aynı adreste

**Davanın Özeti** : Davacı şirketin, GSM hizmetleri ve mobil pazarlama hizmetleri pazarlarındaki hakim durumunu kötüye kullanmak suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiği gerekçesi ile, anılan Kanun'un 16. maddesi ve Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik hükümleri uyarınca idari para cezası verilmesine ilişkin Rekabet Kurulu'nun 23.12.2009 tarih ve 09-60/1490-379 sayılı kararı ile, verilen para cezasının tahsili için bildirilen 22.04.2010 tarih ve 645/257 sayılı yazı ve cezaya dayanak alınan ve 15.02.2009 tarih ve 27142 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren anılan Yönetmeliğin 3., 5., 6., 7., 8. ve Geçici 1. maddelerinin; Yönetmeliğin genel hukuk prensiplerine ve normlar hiyerarşisine aykırı olduğu, düzenleyici işlemlerdeki yeni hükümlerin daha üst hukuk kurallarının amacını, kapsamını, konusunu ve sınırlarını aşmaması gerektiği, Rekabet Kurulu'nun 4054 sayılı Kanun ile tanınan düzenleme yetkisini aştığı, Yönetmelikle "kartel" tanımının yapılmasının suçların ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırı olduğu, Yönetmeliğin 5. maddesiyle Kanun'da belirtilmemesine rağmen alt sınır öngörüldüğü, Yönetmeliğin Geçici 1. maddesiyle geriye yürümezlik ilkesinin aşıldığı, davacı şirketin işlediği ileri sürülen fiil tarihinde yürürlükte bulunmayan Yönetmelik hükümlerine dayanılarak idari para cezası verilemeyeceği, dava konusu Kurul kararına izinli olduğu belirtilen üyenin mazeretini gösteren belgenin dosyaya eklenmediği, davalı idarenin elektronik haberleşme sektöründe ortaya çıkan rekabet ihlalleri noktasında inceleme yetkisinin bulunmadığı, inceleme konusu edilen olayın daha önce gerçekleştirilen bir soruşturmaya konu edildiği, kararda belirlenen pazar açısından davacı şirkete isnat edilecek bir ihlalin bulunmadığı, ileri sürülen ihlal iddialarının pazardaki rekabeti etkilemeyecek kadar düşük ve ihmal edilebilir düzeyde olduğu, öne sürülen delil ve belgelerin ispata elverişli olmadığı, mobil pazarlama pazarının niteliği itibarıyla rakiplere kapatılabilecek nitelikte olmadığı, idari para cezası miktarının keyfi olarak hesaplandığı ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

**Savunmanın Özeti** : 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinde para cezasının tespitinde dikkate alınacak hususların Kurul tarafından çıkarılacak Yönetmeliklerle belirleneceğinin belirtildiği, Kanun'un 27. maddesinde ise, Kurul'a Kanun'un uygulamasıyla ilgili olarak tebliğler çıkarmak ve gerekli düzenlemeleri yapmak görev ve yetkisinin verildiği, Kurul'un 4054 sayılı



T.C.

**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**

**Esas No : 2010/2490**

**Karar No : 2013/2706**

Kanun'la tanınan yetkiyi aşmadığı, Kanun'un 4. maddesinin belirli eylemlerle sınırlı bir tanım getirmediği, bu tanımın zaten kartel oluşumunu da kapsadığı, ayrıca Anayasa'nın 167. maddesinde de kartele değinildiği; para cezasının uygulamasında yol gösterici nitelikte düzenleme yapılmasının, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinde öngörülen ve üst sınırı %10 olarak belirlenen ciroya dayalı nispi idarî para cezasının her olay bakımından nasıl uygulanacağını objektif esaslara bağlı olarak belirlenmesi açısından önemli olduğu; idare hukukunda kanunilik ilkesinin ceza hukukunda uygulandığı şekilde katı uygulanmadığı, Yönetmelikte yeni bir suç/kabahat yaratılmadığı gibi mevcut cezalarda da, cezanın niteliğinde bir farklılık yaratılmadığı, dava konusu Kurul kararıyla davacı şirketin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiğinin usulüne uygun olarak saptanarak, hukuka uygun olan Yönetmelik hükümleri uyarınca dava konusu idari para cezasının verildiği, pazar tespiti noktasında hata bulunmadığı, pazarın küçük olmasının idari para cezası miktarı bakımından dikkate alındığı ileri sürülerek hukuk ve usule uygun olarak tesis edilen dava konusu Kurul kararına karşı açılan davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

**Danıştay Tetkik Hâkimi Emre ERMAN'ın Düşüncesi** : Davanın reddine karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

**Danıştay Savcısı Pınar İMİRZALIOĞLU'nun Düşüncesi** : Dava, davacı şirkete; şirketin GSM hizmetleri ve mobil pazarlama hizmetleri pazarlarındaki hakim durumunu kötüye kullanmak suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiği gerekçesi ile, anılan Kanun'un 16. maddesi ve Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına ilişkin Yönetmelik hükümleri uyarınca idari para cezası verilmesine ilişkin Rekabet Kurulu'nun 23.12.2009 günlü, 09-60/1490-379 sayılı kararı ile, verilen para cezasının tahsili için tesis edilen 22.04.2010 günlü, 645/257 sayılı işlemin ve cezaya dayanak alınan ve 15.02.2009 günlü, 27142 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren anılan Yönetmeliğin 3., 5., 6., 7., 8. ve Geçici 1. maddelerinin iptali istemiyle açılmıştır.

*4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 1. maddesinde; "Bu Kanunun amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır." kuralına yer verilmiş, Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrasında; Kanunun 4, 6 ve 7. maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin 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 gayrisafi gelirlerinin yüzde onuna*



T.C.  
**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**  
**Esas No : 2010/2490**  
**Karar No : 2013/2706**

kadar idari para cezası verileceği düzenlenmiştir. Aynı maddenin beşinci fıkrasında; Kurulun, üçüncü fıkraya göre para cezasına karar verirken, 5326 sayılı Kanun'un 17. maddesinin 2. fıkrası bağlamında, ihlalin tekrerrü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususları dikkate alacağı hükme bağlanmış, son fıkrasında ise; para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususların, Kurul tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle belirleneceği belirtilmiştir. Kanun'un 27. maddesinde de, Kurula, Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tebliğler çıkarmak ve gerekli düzenlemeleri yapmak görev ve yetkisi verilmiştir.

Anılan hükümler doğrultusunda, Kanun'un 4 ve 6. maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ve teşebbüs birlikleri ile bunların yönetici ve çalışanlarına, Kanunun 16. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları uyarınca verilecek para cezalarının tesbitine ilişkin usul ve esasları düzenlemek üzere, ceza yönetmeliği niteliğindeki "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezaları"na ilişkin Yönetmelik çıkarılmıştır.

Anayasa'nın 124. maddesinde; "Başbakanlık, bakanlık ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartı ile, yönetmelikler çıkarabilirler." hükmü yer almıştır.

Kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip bir kamu kurumu olan Rekabet Kurumu'nun, 4054 sayılı Kanunun kendisine tanıdığı görev ve yetkilerle sınırlı olarak yönetmelik çıkarma yetkisi bulunduğu tartışmasızdır.

Belirtilen genel hukuk ilkesi ışığında, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4 ve 6. maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyeleri ile bunların yönetici ve çalışanlarına, aynı Kanun'un 16. maddesi gereğince verilecek para cezalarının tesbitine ilişkin usul ve esasları düzenlemek amacıyla hazırlanıp, Kanun'un 16. ve 27. maddelerine dayanılarak çıkarılan " Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" in, "tanımlar" başlıklı dava konusu 3. maddesinde, para cezasının belirlenmesine ilişkin ilkeleri düzenleyen 4. maddesinde, ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurları düzenleyen 6. ve 7. maddelerinde üst hukuk normlarına ve dayanağı Kanun hükümlerine aykırılık görülmemiştir.

**Yönetmeliğin " Temel para cezası" başlıklı 5. maddesine gelince;** yukarıda da belirtildiği üzere; anılan Yönetmeliğin dayanağı olan 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin 3. fıkrasında; " Bu Kanun'un 4,6 ve 7. maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin 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 gayrisafi gelirlerinin **yüzde onuna kadar** idari para cezası verileceği kurala bağlanmış ve maddenin son fıkrasında



T.C.  
**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**  
Esas No : 2010/2490  
Karar No : 2013/2706

da; bu maddeye göre verilecek idari para cezalarının tesbitinde dikkate alınan hususların, işbirliği halinde para cezasından bağışıklık veya indirim şartlarının, işbirliğine ilişkin usul ve esasların Kurulca çıkarılacak yönetmeliklerle belirleneceği belirtilmiş olmasına karşın, *bu maddeye dayanılarak çıkarılan Yönetmeliğin 5. maddesinin 1. fıkrasında*; temel para cezası hesaplanırken, Kanun'un 4 ve 6. maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin, 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 gayrisafi gelirlerinin; a) karteller için yüzde ikisi ile yüzde dördü, b) diğer ihlaller için binde beşi ile yüzde üçü arasında bir oranın esas alınacağı kurala bağlanmıştır.

Görüldüğü üzere; Kanun'un 4, 6 ve 7. maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara..... Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayrisafi gelirlerinin **yüzde onuna kadar** idari para cezası verileceği (Kanunda) Kanun maddesi olarak düzenlenmiş ve yalnızca idari para cezalarının tespitinde dikkate alınacak hususlar ile bir kısım usul ve esasların belirlenmesi yönetmeliğe bırakılmış iken, Yönetmeliğin 5. maddesinin 1. fıkrasının (a) ve (b) bendlerinde (karteller için yüzde iki, diğer ihlaller için de binde beş olmak üzere) para cezalarına alt sınır getirilmek suretiyle, Kanun maddesini sınırlayıcı ve Yönetmeliğe bırakılan hususları aşar nitelikte bir düzenleme yapılmış bulunmaktadır.

Bir hiyerarşik normlar sistemi olan hukuk düzeninde alt düzeydeki normların, yürürlüklerini üst düzeydeki normlardan aldığı kuşkusuzdur. Normlar hiyerarşisinin en üstünde evrensel hukuk ilkeleri ve anayasa bulunmakta ve daha sonra gelen kanunlar yürürlüğünü anayasa'dan, tüzükler yürürlüğünü kanunlardan, yönetmelikler ise yürürlüğünü kanun ve tüzüklerden almaktadır. Dolayısıyla; bir normun, kendisinden daha üst konumda bulunan ve dayanağını oluşturan bir norma aykırı veya bunu değiştirici nitelikte bir hüküm getirmesi mümkün bulunmamaktadır. Nitekim, belirtilen hiyerarşinin, yönetmelikler bakımından ifadesi niteliğini taşıyan Anayasa'nın 124. maddesinde; Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelikler çıkarabilecekleri kuralına yer verilmiştir.

Uyuşmazlıkta da, 4054 sayılı Kanunun 16. maddesine göre çıkarılan Yönetmeliğin, maddede belirtilen; *"idari para cezalarının tespitinde dikkate alınacak hususlar, işbirliği halinde para cezasından bağışıklık veya indirim şartları, işbirliğine ilişkin usul ve esaslar"* ile sınırlı olması gerekirken, Yönetmeliğin 5. maddesinin 1. fıkrasının (a) ve (b) bendlerinde, Kanun maddesini aşar nitelikte, idari para cezası oranlarına alt sınır koymak suretiyle, Kanunla verilen düzenleme alanı dışına çıkılarak, Kanun maddesinin sınırlanmasında hukuka ve dayanağı Kanun hükmüne uyarlık bulunmamakta olup, Yönetmeliğin 5. maddesinin 1. fıkrasındaki düzenlemeye bağlı olarak düzenlenmiş olan, 1. fıkrada yazılı oranların belirlenmesine yönelik (5. maddenin) 2. fıkrası ile yine 1. fıkraya göre belirlenen para cezası miktarlarının hangi hallerde arttırılacağına yönelik (5. maddenin) 3. fıkrasında da hukuka ve mevzuata uyarlık



T.C.  
**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**  
Esas No : 2010/2490  
Karar No : 2013/2706

görülmemiştir.

Dava konusu işlemin 1. maddesinde; Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin GSM hizmetleri ve mobil pazarlama hizmetleri pazarlarında hakim durumda bulunduğu, 2. maddesinde; Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin ilgili pazarlardaki hakim durumunu; " (a) kontör/dakika hediye edilen kampanyalara diğer operatörlerin katılımının reddedilmesi, (b) bu kampanyalarda rakip GSM operatörlerinin başta kontör/dakika olmak üzere GSM faydası hediye etmesinin engellenmesi, (c) Turkcell tarafından bu kampanyalarda alıcı firmalara, münhasır çalışılmaması durumunda mecra ve barem indirimlerinin uygulanmaması, (d) "Turkcelliler Kazanır" logosunun tanıtım görsellerinde kullanılması karşılığında indirim sağlanması" yollarıyla, fiili münhasırlık yaratmak suretiyle kötüye kullandığına, dolayısıyla 4054 sayılı Kanunun 6. maddesini ihlal ettiğine, 3. maddesinde; Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin ihlal oluşturduğu tespit edilen uygulamalarla aynı sonucu doğuran ya da doğurabilecek niteliğe sahip uygulamalardan kaçınarak ihlale son vermesi gerektiğinin 4054 sayılı Kanunun 9/1. maddesi uyarınca ilgili teşebbüse bildirilmesine, 4. maddesinde ise; 4054 sayılı Kanunun 6. maddesine aykırı uygulamaları nedeniyle, aynı Kanunun 16. maddesinin 3. fıkrası ve Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik uyarınca Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'ye 2008 mali yılın sonunda oluşan gayrisafi gelirinin % 04,5'i oranında idari para cezası verilmesine karar verilmiştir.

**İşlemin 1., 2., 3. maddelerinin incelenmesinden**; Turkcell'in kontör/dakika hediye edilen kampanyalara diğer operatörlerin katılımını reddetmek suretiyle fiili münhasırlık yarattığı, örneğin, mobil pazarlama alanında faaliyet gösteren çalışanların birbirlerini Akbank'ın kontör/dakika hediye etmeyi planladığı bir kampanyası hakkında bilgilendirdikleri, bu bağlamda, kampanyaya Avea'nın da katılımının istendiği bilgisinin paylaşıldığı, Avea'nın katılımı konusundaki fikirlerin soruşturulduğu ve Turkcell çalışanları tarafından, Avea'nın katılımının olmaması durumunda kampanyaya yönelik olumlu görüş bildirileceğinin ifade edildiği, incelenen elektronik postaların içeriğinden, 2004 yılı Kasım ayında başlayan ve Ülker'in bir çalışanı tarafından da diğer GSM operatörlerinin abonelerini dışlayıcı olduğu ifade edilen bu uygulamanın 2006 yılında da devam ettiği, Turkcell'in kendisini, kontör/dakika hediye edilen kampanyalarda, kampanyaların diğer operatörlere açılması için bir onay makamı olarak gördüğü, mobil pazarlama ajanslarının ise kendilerini, Turkcell'den onay alma ihtiyacı içinde hissettikleri, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (a) bendinde belirtilen; "*rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler*" ibaresindeki zorlaştırma eyleminin, fiilen gerçekleşmiş olabileceği gibi, davranışın piyasada rekabeti engelleyici bir etki doğurmasının kuvvetle muhtemel olduğu veya rekabetin engellenmesi riski yarattığı durumda da, bu davranışın kötüye kullanma olarak nitelendirilebildiği, dolayısıyla hem mobil pazarlama ajansları, hem de kampanya düzenleyen firmalar nezdinde, Turkcell'in kendi hedef ve istekleri doğrultusunda kampanya kurgularına müdahale etmesinin, bu kampanyalara kimlerin



T.C.

**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**

**Esas No : 2010/2490**

**Karar No : 2013/2706**

katılabileceğine karar vermesinin piyasa aktörleri bakımından kanıksandığı, amacı gelir elde etmek olan bir ekonomik birimin hizmetlerine muhatap olan müşterilerine, rakiplerinden hizmet alınmaması koşulunu getirmesinin objektif bir gerekçesi bulunmadığından, ticari hayatın teammüllerine uymayan sıradışı, haksız ve rakipleri pazar dışına iten bu uygulamanın, Kanun'un 6. maddesinin (a) bendi kapsamında bulunduğu, **ikinci olarak**; Turkcell'in kontör/dakika hediye edilen kampanyalarda fiili olarak münhasır çalışılmasıyla sonuçlanan diğer bir uygulamasının da, rakip GSM operatörlerinin başta kontör/dakika olmak üzere GSM faydası hediye etmesini engellemek olduğu, nitekim, Turkcell'in kendisini, onayladığı ya da onaylamadığı kurgular aracılığıyla piyasayı yönlendirecek güce sahip bir konumda gördüğü, ayrıca piyasada üç operatörün kontör/dakikalarının hediye edildiği kampanyaların düzenlenmesi yönünde talepler olduğu, Turkcell'in ise bu yöndeki taleplere direndiği, Turkcell'in, rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırma olarak nitelendirilebilecek bu uygulamalarını (*kontör/dakika hediye edilen kampanyalarda, Turcell kullanıcıları, kontör hediyesinden ve buna ilave hediyelerden yararlanabiliyorken, rakip GSM operatörleri kullanıcıların, sadece kontör/dakika dışındaki hediyelerden yararlanması sonucunu doğuracak şekilde*) pazar gücüne dayanarak gerçekleştirdiği, bütün teşebbüslerin rakipleriyle eşit koşullarda faaliyet gösterme hakkının korunması gerekirken, Turkcell'in, rakiplerin pazara giriş çabalarını protesto niteliği taşıyan bu haksız uygulamalarının, Turkcell hizmet ve ürünlerinin tüketici gözünde daha üstün görülmesinin sağlanması amacıyla gerçekleştirildiği, dolayısıyla Turkcell'in söz konusu uygulamalarının, 4054 sayılı Kanununun 6 (a) maddesi kapsamında (*Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması, ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler*) bulunduğu, diğer yandan, Turkcell'in rakiplerine göre daha üstün olduğu izlenimini yaratmak amacına ulaşmak için benimsemiş olduğu yöntemin de haklı bir gerekçeye dayanmadığı, zira Turkcell'in markalara ve mobil pazarlama ajanslarına baskı uygulamak suretiyle, rakiplerinin iş yapmalarını engellediği, böylece diğer GSM operatörlerinin abonelerine erişimini engelleyerek, mobil pazarlama kampanyası düzenleyecek firmaların bu erişimden, GSM operatörlerinin tüketicilere hizmet götürmesinden ve tüketicilerin bu hizmetleri edinmesinden sağlayacağı faydanın önüne geçildiği, bu engelleme fiili ile hedeflenenin, GSM hizmetleri pazarında sahip olunan hakim durumun korunması ve geleceğe taşınması olduğu ve bu uygulamanın da 4054 sayılı Kanun'un 6 (e) maddesi kapsamında bulunduğu, **üçüncü olarak**; mobil pazarlama kampanyası düzenlemek isteyen şirketlerin bu isteklerine karşı Turkcell tarafından uygulamaya koyulan diğer stratejinin; şirketlere sağlanan barem ve mecra indirimlerinin üç operatörün de katılacağı kampanyalarda sağlanmaması olduğu, bu cümleden olarak, gelir getirse bile, üç operatör kampanyalarının istenmediği ve bunun için şirketlere caydırıcı şartlar uygulandığı, dolayısıyla, Turkcell'in uygulamayı gerçekleştirmekteki amacının kar sağlamak değil, rakiplerini dışlamak olduğu, ilgili belgelerin incelenmesinden, Turkcell'in fiyatlama stratejisi dahilinde şirketlere sağlanan barem ve mecra indirimlerinin, münhasıran Turkcell'le çalışma şartına bağlandığı,



T.C.

**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**

**Esas No : 2010/2490**

**Karar No : 2013/2706**

diğer operatörlerin de kampanyalara katılması halinde indirim sağlanmadığı, bu bakımdan zorlaştırma eyleminin, bu politikanın kamuya açılması ile birlikte dışlayıcı etkiyi doğurabilecek olması ya da doğurması nedeniyle fiilen gerçekleştiği, sonuç itibarıyla "caydırıcı fiyatlama" olarak nitelendirilen diğer GSM operatörlerinin kontör/dakika hediye edilen kampanyalara katılması halinde uygulanacak fiyatın, mobil pazarlama ajanslarına ve kampanya yapmak isteyen teşebbüslere açıklanması ile uygulamanın hayata geçirildiği, bu fiyatlama stratejisinin temel amacının rakiplerin pazara girmesine engel olmak olduğu, bu uygulama sonucunda, Turkcell tarafından, ticari olarak makul bir davranış olan, karın arttırılmasının beklenmediği, dolayısıyla bu uygulamaların da 4054 sayılı Kanunun 6 (a) maddesi kapsamında bulunduğu, **dördüncü olarak**; "Turkcell'liler kazanır" logosunun içeriği itibarıyla Turkcell'in ana stratejisinin bir parçası olduğu, diğer operatörlerin logo ya da tanıtıcı işaretlerinin, kampanya hazırlayan firmaların çeşitli görsel mecralarda yayınlanan reklamlarında kullanılmasının önüne geçilebilmesi için çeşitli girişimlerde bulunduğu, teşebbüslerin ticari akıl, etkinlik, yenilikçilik v.b. objektif gerekçelere dayanarak menfaatlerini korumalarının, ürün, hizmet ve varlıklarına değer kazandırmalarının doğal hakları olduğu, burada ihlal olarak değerlendirilen hususun ise, bu hakkın kullanılmasında benimsenen yöntemin objektif ve haklı gerekçelere dayanmaması olduğu, Turkcell'in sunmuş olduğu hizmetlerin "olmazsa olmaz ürün" niteliğinde bulunduğu, dolayısıyla mobil pazarlama kampanyası hazırlamak isteyecek bir teşebbüsün öncelikle Turkcell'den bu hizmeti temin etmesi gerektiği, böyle bir kampanyada "Turkcell'liler kazanır" logosunun kullanılması karşılığı verilecek indirim, teşebbüslerin kontör maliyetlerini % 10 azalttığı, böylece markaların kontör maliyetlerini % 10 azaltmak ya da daha çok kullanıcıya ulaşmak konusunda bir tercihe zorlandıkları, bu zorlamanın ise haksız bir uygulama olduğunun açık olduğu, bu nedenle, Turkcell tarafından uygulanan ve tüketiciler gözünde Turkcell'in rakiplerine nazaran daha iyi bir ürün olduğu izlenimini oluşturmaya yönelik stratejinin bir parçası olduğu anlaşılan "Turkcell'liler kazanır." logosunun kampanyalarda kullanılması karşılığı, kampanya sahibi firmalara fayda sağlanması uygulamasının, 4054 sayılı Kanunun 6 (a) maddesi kapsamında bulunduğu, **sonuç itibarıyla**, gerek pazar payı karşılaştırmasından, gerekse düzenlenen kampanyaların operatörler arasındaki dağılımından elde edilen verilerden Turkcell'in belirtilen uygulamalarının, pazarda Vodafone ve Avea'yı dışlayıcı bir etki doğurduğu anlaşılmış olup, tüm bu açıklamalar ışığında, dava konusu işlemin 1, 2, 3. maddelerinde 4054 sayılı Kanuna ve hukuka aykırılık görülmemiştir.

**Anılan Yönetmeliğin Geçici 1. maddesi ve bu madde uyarınca tesis edilen dava konusu işlemin, 4. maddesine gelince ise;** 15.02.2009 tarihinde yürürlüğe giren Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmeliğin "Devam eden soruşturmalar" başlıklı Geçici 1. maddesinde, "Bu yönetmelik hükümleri, yürürlüğe girmesinden önce başlatılan ancak soruşturma raporu tebliğ edilmemiş olan soruşturmalar hakkında da uygulanır." hükmüne yer verilmiştir.



**T.C.**  
**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**  
**Esas No : 2010/2490**  
**Karar No : 2013/2706**

Dosyanın incelenmesinden; GSM hizmetleri ve mobil pazarlama hizmetleri pazarında faaliyet gösteren davacı şirketin, hakim durumunu kötüye kullanmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesine muhalefet ettiğinden bahisle hakkında soruşturma açıldığı ve Kanun'un 16. maddesi ile Yönetmelik'in yukarıda yer verilen Geçici 1. maddesi göz önüne alınarak, Yönetmelik kurallarında yer alan esaslar doğrultusunda dava konusu işlemin 4. maddesinin tesis edildiği anlaşılmaktadır.

İlgililerin aleyhine sonuç doğuran idari işlemlerin geriye yürümeyeceği ve düzenleyici tasarrufların düzenledikleri konularda o konuya ilişkin kuralların yayımlandıkları tarihten itibaren uygulanacağı açık olup, idari işlemlerin geriye yürümemesi hukuk devletinin de gereğidir. Ayrıca cezai idari işlemler uygulanırken ceza hukukunun genel prensiplerinin de gözönüne alınması gerekir. Nitekim, Türk Ceza Kanunu'nun "zaman bakımından uygulama" başlıklı 7. maddesinde suçun işlendiği zamanın esas alınması gerektiği belirtilmekte olup, bu kural ceza hukukunun genel bir ilkesidir.

Davacının ilk eylemi tarihinde davalı idarenin idari para cezalarına yönelik olarak yönetmelik çıkarma yetkisi olmadığı da göz önüne alındığında, aleyhe sonuç doğuran cezai hükümler içeren Yönetmelik'in geçmişe yürür şekilde uygulanmasına izin veren Geçici 1. maddesinde, bu Yönetmelik'in uygulanması sonucunda davacıya verilen idari para cezası ile bu cezaya dayalı olarak, cezanın tahsili için tesis edilen işlemde hukuka uyarlık görülmemiş olup, davacı şirkete idari para cezası verilmesine ilişkin 4. maddenin, davacının üzerine atılı ilk eylemi sırasında yürürlükte bulunan mevzuat hükümleri dikkate alınarak yeniden tesis edilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle; 15.02.2009 tarih ve 27142 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Yönetmeliğin 3, 6, 7 ve 8. maddeleri ile, 23.13.2009 tarihli dava konusu işlemin 1, 2 ve 3. maddelerine yönelik olarak **davanın reddine**, anılan Yönetmeliğin, 5. maddesi ile Geçici 1. maddesinin ve Geçici 1. madde uyarınca tesis edilmiş olan 23.12.2009 günlü ve 09-60/1490-379 sayılı Rekabet Kurulu Kararının 4. maddesi ile, para cezasının tahsili için tesis edilen işlemin **iptaline** karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

**TÜRK MİLLETİ ADINA**

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce duruşma için taraflara önceden bildirilmiş bulunan 31.10.2013 tarihinde, davacı şirket vekilleri Av. Mutlu Korkmazer, Av. Suat Kayıkcı ve davalı idare vekili Hukuk Müşaviri Mehmet Özden'in geldikleri, Danıştay Savcısı'nın hazır olduğu görülmekle, açık duruşmaya başlandı. Taraflara usulüne uygun olarak söz verilerek dinlendikten ve Danıştay Savcısı'nın düşüncesi alındıktan sonra taraflara son kez söz verilip, duruşma tamamlandı. Dava dosyası incelenip, gereği görüldü:



T.C.

**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**

**Esas No : 2010/2490**

**Karar No : 2013/2706**

Dava, davacı şirkete; şirketin, GSM hizmetleri ve mobil pazarlama hizmetleri pazarlarındaki hakim durumunu kötüye kullanmak suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiği gerekçesi ile, anılan Kanun'un 16. maddesi ve Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına ilişkin Yönetmelik hükümleri uyarınca idari para cezası verilmesine ilişkin Rekabet Kurulu'nun 23.12.2009 günlü, 09-60/1490-379 sayılı kararı ile verilen para cezasının tahsili için bildirilen 22.04.2010 günlü, 645/257 sayılı yazının ve cezaya dayanak alınan ve 15.02.2009 günlü, 27142 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren anılan Yönetmeliğin 3., 5., 6., 7., 8. ve Geçici 1. maddelerinin iptali istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrasında; Kanunun 4, 6 ve 7. maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin 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 gayrisafi gelirlerinin yüzde onuna kadar idari para cezası verileceği, aynı maddenin beşinci fıkrasında; Kurulun, üçüncü fıkraya göre para cezasına karar verirken, 5326 sayılı Kanun'un 17. maddesinin 2. fıkrası bağlamında, ihlalin tekerrürü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususları dikkate alacağı, son fıkrasında ise; para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususların, Kurul tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle belirleneceği belirtilmiştir. Kanun'un 27. maddesinde de, Kurula, Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tebliğler çıkarmak ve gerekli düzenlemeleri yapmak görev ve yetkisi verilmiştir.

Anılan hükümler doğrultusunda, Kanun'un 4 ve 6. maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ve teşebbüs birlikleri ile bunların yönetici ve çalışanlarına, Kanunun 16. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları uyarınca verilecek para cezalarının tesbitine ilişkin usul ve esasları düzenlemek üzere, ceza yönetmeliği niteliğindeki "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" çıkarılmıştır.

Söz konusu Yönetmeliğin iptali istenilen "*Tanımlar*" başlıklı 3. maddesinde: Aktif İşbirliği Yönetmeliği, diğer ihlaller ve kartel gibi kavramların tanımlarına yer verilmiş, "*Para cezasının belirlenmesine ilişkin ilkeler*" başlıklı 4. maddesinde: "Teşebbüs ile teşebbüs birliklerine veya bu birliklerin üyelerine verilecek para cezası belirlenirken;

a) Bu Yönetmeliğin 5'inci maddesi çerçevesinde temel para cezası hesaplanır. Temel para cezası, Kanunun 4'üncü veya 6'ncı maddelerinde yasaklanmış, piyasa, nitelik ve kronolojik süreç olarak birden fazla bağımsız davranışın saptanması halinde, her bir davranış



**T.C.**  
**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**  
**Esas No : 2010/2490**  
**Karar No : 2013/2706**

için ayrı ayrı hesaplanır.

b) Temel para cezasının hesaplanmasından sonra, bu Yönetmeliğin 6'ncı ve 7'nci maddeleri çerçevesinde, ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurlar göz önünde bulundurularak arttırma ve/veya indirme yapılır.

Bu Yönetmelik hükümleri gereğince belirlenecek para cezası miktarı, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin 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 gayrisafi gelirlerinin yüzde onunu aşamaz. Bu sınırı aşan para cezaları, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin yıllık gayrisafi gelirlerinin yüzde onuna indirilir ve koşulları bulunuyorsa bu Yönetmeliğin 7'nci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları ile Aktif İşbirliği Yönetmeliği hükümleri uygulanır. Teşebbüs veya teşebbüs birliklerine, Kanunun 16'ncı maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen para cezalarının verilmesi halinde, ihlalde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine ve çalışanlarına verilecek para cezası, teşebbüs veya teşebbüs birliğine verilen cezanın yüzde beşini aşamaz.", "Temel para cezası" başlıklı 5. maddesinde; "Temel para cezası hesaplanırken, Kanunun 4'üncü ve 6'ncı maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin, 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 gayrisafi gelirlerinin;

- a) Karteller için, yüzde ikisi ile yüzde dördü,
- b) Diğer ihlaller için, binde beşi ile yüzde üçü,

arasında bir oran esas alınır. Birinci fıkrada yazılı oranların belirlenmesinde, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlal neticesinde gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususlar dikkate alınır. Birinci fıkraya göre belirlenen para cezası miktarı;

- a) Bir yıldan uzun, beş yıldan kısa süren ihlallerde yarısı oranında,
- b) Beş yıldan uzun süren ihlallerde bir katı oranında arttırılır.

"Ağırlaştırıcı unsurlar" başlıklı 6. maddesinde;" Temel para cezası,

- a) İhlalin tekrarı halinde, her bir tekrar için,
- b) Soruşturma kararının tebliğinden sonra karteğe devam edilmesi halinde, yarısından bir katına kadar arttırılır.

Temel para cezası,

a) Kanunun 4'üncü veya 6'ncı maddeleri kapsamında ortaya çıkan rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik olarak verilen taahhütlere uyulmaması halinde, yarısından bir katına kadar,



T.C.

**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**

Esas No : 2010/2490

Karar No : 2013/2706

b) İncelemeye yardımcı olunmaması halinde yarısına kadar,

c) Diğer teşebbüslerin ihlale zorlanması gibi hallerde dörtte bire kadar arttırılabilir."

"*Hafifletici unsurlar*" başlıklı 7. maddesinde: "Temel para cezası, yasal yükümlülüklerin yerine getirilmesi haricinde incelemeye yardımcı olunması, ihlalde kamu otoritelerinin teşvikinin veya diğer teşebbüslerin zorlamasının bulunması, zarar görenlere gönüllü olarak tazminat ödenmesi, diğer ihlallere son verilmesi, ihlal konusu faaliyetlerin yıllık gayrisafi gelirler içerisindeki payının çok düşük olması gibi haller ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliği tarafından ispatlanırsa, dörtte bir ile beşte üç arasında indirilebilir. Yürütülen bir soruşturmada Aktif İşbirliği Yönetmeliğindeki para cezası verilmemesine ilişkin düzenlemeden yararlanamayan bir teşebbüse verilecek ceza, başka bir karteğe ilişkin olarak Kurulun önaraştırma yapmaya karar vermesinden önce, Aktif İşbirliği Yönetmeliğinin 6'ncı maddesinde belirlenen bilgi ve belgeleri sunması halinde, dörtte bir oranında indirilir. Aktif İşbirliği Yönetmeliğinin para cezası verilmemesine ve verilecek cezalarda indirim yapılmasına ilişkin hükümleri saklıdır. Diğer ihlalleri gerçekleştiren teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin ihlallerini kabul ederek, aktif işbirliğinde bulunmaları halinde, para cezası altıda bir ile dörtte bir arasında indirilir.", "*Yöneticilere ve çalışanlara verilecek para cezası*" başlıklı 8. maddesinde: "Kartelde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs yöneticileri ve çalışanlarının her birine ayrı ayrı, aktif işbirliği gibi hususlar dikkate alınarak, teşebbüse verilen cezanın yüzde üçü ile yüzde beşi arasında bir oranda para cezası verilir. Kartellerin ortaya çıkarılması amacıyla Kurumla aktif işbirliği yapan teşebbüs yöneticileri ve çalışanlarına, Aktif İşbirliği Yönetmeliği hükümleri çerçevesinde para cezası verilmez veya verilecek cezalarda indirim yapılır. Diğer ihlallerde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine ve çalışanlarına, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliğine verilen cezanın yüzde beşine kadar para cezası verilebilir. Kanuna aykırılığın ortaya çıkarılması amacıyla Kurumla aktif işbirliği yapanlara, işbirliğinin niteliği, etkinliği ve zamanlaması dikkate alınarak ceza verilmeyebilir veya verilecek cezalarda indirim yapılabilir.", *Geçici 1. maddesinde ise*: "Bu Yönetmelik hükümleri, yürürlüğe girmesinden önce başlatılan, ancak soruşturma raporu tebliğ edilmemiş olan soruşturmalar hakkında da uygulanır." hükümleri yer almıştır.

**Dava konusu Yönetmeliğin, Rekabet Kurumu'nun düzenleme yetkisi ve Yönetmeliğin hukuki mahiyeti dikkate alındığında, idari yaptırımların kanuniliği ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesinden;**

Anayasa'nın 124. maddesinde; "Başbakanlık, bakanlık ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartı ile, yönetmelikler çıkarabilirler." hükmü yer almıştır.

Bir hiyerarşik normlar sistemi olan hukuk düzeninde alt düzeydeki normların, yürürlüklerini üst düzeydeki normlardan aldıkları kuşkusuzdur. Normlar hiyerarşisinin en üstünde evrensel hukuk ilkeleri ve anayasa bulunmakta ve daha sonra gelen kanunlar



**T.C.**  
**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**  
**Esas No : 2010/2490**  
**Karar No : 2013/2706**

yürürlüğünü Anayasa'dan, tüzükler yürürlüğünü kanunlardan, yönetmelikler ise yürürlüğünü kanun ve tüzüklerden almaktadır. Dolayısıyla; bir normun, kendisinden daha üst konumda bulunan ve dayanağını oluşturan bir norma aykırı veya bunu değiştirici nitelikte bir hüküm getirmesi mümkün bulunmamaktadır. Nitekim, belirtilen hiyerarşinin, yönetmelikler bakımından ifadesi niteliğini taşıyan Anayasa'nın 124. maddesinde; Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelikler çıkarabilecekleri kuralına yer verilmiştir.

Kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip bir kamu kurumu olan Rekabet Kurumu'nun, 4054 sayılı Kanunun kendisine tanıdığı görev ve yetkilerle sınırlı olarak yönetmelik çıkarma yetkisi bulunduğu kuşkusuzdur.

Bunun yanında, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun "Genel kanun niteliği" başlıklı 3. maddesinde, bu Kanunun; idarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, diğer genel hükümlerinin, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacağı kurala bağlanmış olup; 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi uyarınca verilecek idari para cezalarının Kabahatler Kanunu'nun genel hükümlerine tabi olduğu, bu nedenle Rekabet Kurumu tarafından idari para cezaları alanında yapılacak düzenlemelerde, belirtilen Kanun'un genel hükümlerinde yer alan düzenlemelerin dikkate alınması gerekmektedir.

Belirtilen çerçevede, Rekabet Kurumu'nun ikincil düzenleme yetkisi yukarıda belirtildiği üzere 4054 sayılı Kanun'un belirlediği çerçeve ve 5326 sayılı Kanun'un genel hükümler bölümünde yer alan kural ve ilkelerle sınırlandırılmış bulunmaktadır.

Bu noktada, Kabahatler Kanunu'nun "Kanunilik İlkesi " başlıklı 4. maddesinde, hangi fiillerin kabahat oluşturduğu kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriğinin, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabileceği, kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarının ancak kanunla belirlenebileceği kurala bağlanmıştır.

Görüldüğü üzere, idari yaptırımlar konusunda genel Kanun niteliğini haiz Kabahatler Kanunu, idari yaptırımlar konusunda, yalnızca yaptırımın türü, süresi ve miktarı bakımından mutlak olarak kanunilik ilkesini benimsemiş bulunmaktadır.

4054 sayılı Kanun'un yukarıda anılan 16. maddesi bu açıdan irdelendiğinde, söz konusu maddede, yaptırımın türü, idari para cezası; miktarı ise, teşebbüs veya teşebbüs birliğinin nihai karar tarihinden bir önceki yıl cirosunun yüzde onuna kadar olarak belirlenmiş bulunmakta olup, Kurul'un Kanun'da nispi olarak belirlenen idari para cezasına ilişkin oran noktasında takdir yetkisi bulunmaktadır. Dava konusu Yönetmelik hükümlerinde ise, idari para cezası dışında bir idari yaptırım öngörülmediği ve yüzde on sınırının üzerine çıkacak bir oran belirlenmediği açık olduğundan, bu yönüyle Yönetmelik hükümlerinde idari yaptırımların kanuniliği ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.



T.C.  
DANIŞTAY  
ONÜÇÜNCÜ DAİRE  
Esas No : 2010/2490  
Karar No : 2013/2706

Öte yandan, nispi olarak belirlenen idari para cezalarında, idari para cezası uygulayacak makama geniş bir takdir yetkisi verilmesi, idari yaptırımların muhatapları açısından eşitlik ve hukuki güvenlik ilkeleri bakımından sakıncalar doğurmakta olup, bu noktada nispi idari para cezaları açısından miktar veya oran aralığının dar tutulması veyahut belirtilen aralıkta takdir yetkisinin kullanımında idarenin eşitlik ilkesi çerçevesinde objektif kriterleri belirlemesi ve bu şekilde idari para cezalarının muhatapları açısından hukuki güvenlik ilkesinin sağlanması gerekmektedir. Bunun yanında, idari para cezası miktarının tespitinde objektif kriterlerin belirlenmesi, idarenin takdir yetkisinin yargısal denetimine imkân sağlanması ve bu bağlamda hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesi yönünden önem arz etmektedir.

Bu çerçevede, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinde belirlenen yüzde on sınırı içerisinde kalacak şekilde oran tespiti noktasında, Kabahatler Kanunu'nun 17. maddesinin 2. fıkrasında, idarî para cezasının, kanunda alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle belirlendiği durumlarda, idarî para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumunun birlikte göz önünde bulundurulacağı kuralından hareketle, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinde de, söz konusu düzenlemeye paralel olarak, Kurulun, üçüncü fıkraya göre para cezasına karar verirken, 5326 sayılı Kanun'un 17. maddesinin 2. fıkrası bağlamında, ihlalin tekrürü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususları dikkate alacağı kurala bağlanmış bulunmaktadır.

Belirtilen maddede oran belirlenirken dikkate alınacak hususlar belirlenmiş olup, söz konusu hususların orana etkisi noktasında bir belirlemeye gidilmemiş, bu konu 16. maddenin son fıkrası uyarınca Kurum tarafından konu hakkında çıkarılacak Yönetmeliğe bırakılmıştır.

Dava konusu Yönetmeliğin, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinde belirtilen hususlara ilişkin olarak ve söz konusu maddenin verdiği yetki uyarınca, Kabahatler Kanunu'nun 4. maddesinde ifadesini bulan kanunilik ilkesi sınırları çerçevesinde ve anılan Kanun'un 17. maddesinin 2. fıkrası ile 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinde idari para cezası miktarının belirlenmesinde kullanılacağı öngörülen kriterler göz önüne alınarak, Kanun'da öngörülen azami yüzde onluk oran dahilinde belirlenmesine yönelik olarak ve Kanun'un verdiği takdir yetkisinin objektifleştirilmesi amacıyla düzenlenen "Para Cezasının Belirlenmesine İlişkin İlkeler" başlıklı 4. maddesinde, "Temel para cezası" başlıklı 5. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında, "Ağırlaştırıcı Unsurlar" başlıklı 6. maddesinde ve "Hafifletici Unsurlar" başlıklı 7. maddesinde üst hukuk normlarına ve dayanağı Kanun hükümlerine aykırılık görülmemiştir.

**Yönetmeliğin, "Tanımlar" başlıklı 3. maddesi, "Temel Para Cezası" başlıklı 5. maddesinin 1. fıkrası ve "Yöneticilere ve çalışanlara verilecek para cezası" başlıklı 8. maddesinin, Yönetmelik ile Kanun'da yer almayan bir ihlal tanımının getirilip**



T.C.  
DANIŞTAY  
ONÜÇÜNCÜ DAİRE  
Esas No : 2010/2490  
Karar No : 2013/2706

getirilmediği, belirtilen tanımın kabul edilmesinden hareketle idari para cezasının üzerinden hesaplanacağı oran bakımından kategorik ayırım yapılıp yapılamayacağı ve söz konusu oranla Kanun'da öngörülmeleyen bir alt sınır getirilip getirilmediği hususları yönünden incelenmesinden;

Dava konusu Yönetmeliğin "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinin (ç) bendinde, kartel tanımı yapılarak kartelin; fiyat tespiti, müşterilerin, sağlayıcıların, bölgelerin ya da ticaret kanallarının paylaşılması, arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması, ihalelerde danışıklı hareket konularında, rakipler arasında gerçekleşen, rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve/veya uyumlu eylemleri ifade ettiği, diğer ihlallerin ise; kartel tanımı dışında kalan, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 4. ve 6. maddelerinde yasaklanmış davranışları ifade ettiği belirtilmiş, 5. maddesinde belirtilen tanımdan hareketle temel cezanın belirlenmesi noktasında kartel ve diğer ihller bakımından oransal ayırma gidilmiş, 8. maddede belirtilen hükümlerden hareketle yöneticilere ve çalışanlara verilecek para cezası konusunda düzenlemeler yapılmıştır.

4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında yer alan rekabete aykırı davranışlar madde metninde tadadi olarak sayılmış olduğundan, Kanun maddesi çerçevesinde ve metnin sınırını aşmayacak nitelikte belirlenmiş bulunan kartel tanımında 4054 sayılı Kanun'a aykırı bir yön bulunmamakta olup, Kabahatler Kanunu'nun 4. maddesinde belirlendiği üzere türü ve miktarı kanunla belirlenen bir yaptırımın kanunla belirlenen çerçeve hükmünün içeriği ikincil nitelikteki işlemlerle doldurulabileceğinden, idari yaptırımlarda kanunilik ilkesine de aykırılık görülmemiştir.

Başka bir anlatımla, Yönetmelikteki "kartel" tanımıyla yasaklanan davranışlar, hâlihazırda Kanun'un 4. maddesinde rekabet ihlâli olarak belirtilen davranışlar olduğundan, Yönetmelikte bu davranışlara ilave yapılmamış, var olan yasakların "kartel" başlığı altında tanımlanması yoluna gidilmiş ve 4054 ve 5326 sayılı Kanunlarda yer alan idari para cezasının belirlenmesinde *ihlalin ağırlığı* kriterinin göz önüne alınması gerektiği yönündeki hükümleri çerçevesinde ve bu hükümlere uygun bir düzenleme yapılmıştır.

Öte yandan, Kanun'da belirlenmiş bulunan yüzde onluk sınır çerçevesinde salt temel cezaya yönelik olarak kartel ve diğer ihlaller arasında yapılan ayırımın, *nihai cezanın belirlenmesi niteliğinde olmadığından*, idari para cezasının üzerinden belirleneceği orana bir alt sınır getirilmesi olarak değerlendirilemeyeceği de açıktır.

Belirtilen hususların birlikte değerlendirilmesinden, Yönetmeliğin 3. maddesi, 5. maddesinin 1. fıkrası ve 8. maddesinde yer alan düzenlemelerde; 4054 sayılı Kanun kapsamında yer alan ihlaller karşılığında uygulanacak idari para cezasının belirlenmesi noktasında, ihlalin ağırlığı kıstası dikkate alınarak yapıldığından, hukuka aykırılık bulunmamaktadır.



**T.C.**  
**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**  
**Esas No : 2010/2490**  
**Karar No : 2013/2706**

**Yönetmeliğin Geçici 1. maddesinin incelenmesinden;**

Yönetmeliğin dava konusu edilen "Devam eden soruşturmalar " başlıklı Geçici 1. maddesinde yer alan; bu Yönetmelik hükümlerinin, yürürlüğe girmesinden önce başlatılan, ancak soruşturma raporu tebliğ edilmemiş olan soruşturmalar hakkında da uygulanacağına ilişkin kuralın, düzenleyici işlemlerin geriye yürümezliği ilkesi ve kabahatlerde zaman bakımından uygulama kuralları çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Geriye yürümezlik ilkesi, hukuk kurallarının zaman bakımından uygulanmasıyla ilgili temel bir ilke olup gerek yargısal kararlar gerekse öğretide kabul edilmiştir. Kural olarak düzenleyici işlemler yürürlüğe girdikleri andan başlayarak hukuki etkilerini doğurur ve yürürlük tarihinden sonraki olaylara uygulanır. Diğer yandan, kabahatlerde zaman bakımından uygulamanın düzenlendiği 5326 sayılı Kanun'un 5. maddesinde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümlerinin kabahatler bakımından da uygulanacağı, ancak, kabahatler karşılığında öngörülen idarî yaptırımlara ilişkin kararların yerine getirilmesi bakımından derhal uygulama kuralının geçerli olduğu kuralı yer almıştır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesinde; "İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolünmüştü infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar. Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur. Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır." hükmü yer almıştır.

Zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümlerden, suçun işlendiği tarihte yürürlükte bulunmayan bir Kanun'un faille uygulanmayacağı ve sonradan yürürlüğe giren Kanun'un failin lehine ise uygulanacağına ilişkin hükümler, maddi ceza hukukuna ilişkin kurallardır. Bir hususun maddi ceza hukukuna ilişkin olup olmadığını tespit açısından, söz konusu hükmün sonuç cezaya nihai olarak tesir eden, onun miktar ve/veya süresini değiştirebilecek nitelikte hükümler ihtiva etmesi gerekmekte olup, muhakeme veya infaz hukukunu ilgilendiren hususlarda derhal uygulama kuralı geçerlidir.

Dava konusu Yönetmelik, yeni bir kabahat ya da yaptırım öngörmediğinden ve Kanun'da yer alan yüzde on sınırı dışında sonuç yaptırımını değiştirecek nitelikte hükümler ihtiva etmediğinden, salt Kanun'da yer alan idari para cezasının belirlenmesine ilişkin kıstasları içeren ve idarenin her bir somut olayda sahip olduğu takdir yetkisinin geleceğe dönük olarak benzer nitelikteki tüm olaylar bakımından somutlaştırılmasını öngören hükümler ihdas edildiği anlaşıldığından, Yönetmeliğin eylem tarihinde yürürlükte olmamasına rağmen henüz



T.C.  
**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**  
Esas No : 2010/2490  
Karar No : 2013/2706

haklarında nihai karar verilmemiş ilgililere uygulanmasının, aleyhte bir sonuç doğurması söz konusu olmadığından, Yönetmelik hükümlerinin, yürürlüğe girmesinden önce başlatılan, ancak soruşturma raporu tebliğ edilmemiş olan soruşturmalar hakkında da uygulanmasına yönelik Yönetmeliğin Geçici 1. maddesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

**Dava konusu Kurul kararı ile, para cezasının tahsili için bildirilen yazının incelenmesine gelince;**

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 1. maddesinde; "Bu Kanunun amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır." kuralına yer verilmiş, 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukuki işlem ve davranışların, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemlerin bu Kanun kapsamına girdiği belirtilmiş, 6. maddesinde; "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 kullanılması hukuka aykırı ve yasaktır" denildikten sonra, "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, yükümlülükler 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" tadadi olarak kötüye kullanma halleri olarak sayılmıştır.

Dosyanın incelenmesinden; GSM hizmetleri ve mobil pazarlama hizmetleri pazarında faaliyet gösteren davacı şirketin, hakim durumunu kötüye kullanmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesine muhalefet ettiğinden bahisle hakkında soruşturma açıldığı, söz konusu soruşturma çerçevesinde, davacı şirketin, kontör/dakika hediye edilen kampanyalara diğer operatörlerin katılımını reddetmek suretiyle fiili münhasırlık doğurduğu, mobil pazarlama alanında faaliyet gösteren çalışanların birbirlerini Akbank'ın kontör/dakika hediye etmeyi



T.C.

**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**

Esas No : 2010/2490

Karar No : 2013/2706

planladığı bir kampanyası hakkında bilgilendirdikleri, bu bağlamda, kampanyaya Avea'nın da katılımının istendiği bilgisinin paylaşıldığı, Avea'nın katılımı konusundaki fikirlerin soruşturulduğu ve Turkcell çalışanları tarafından, Avea'nın katılımının olmaması durumunda kampanyaya yönelik olumlu görüş bildirileceğinin ifade edildiği, incelenen elektronik postaların içeriğinden, 2004 yılı Kasım ayında başlayan ve Ülker'in bir çalışanı tarafından da diğer GSM operatörlerinin abonelerini dışlayıcı olduğu ifade edilen bu uygulamanın 2006 yılında da devam ettiği, Turkcell'in kendisini, kontör/dakika hediye edilen kampanyalarda, kampanyaların diğer operatörlere açılması için bir onay makamı olarak gördüğü, mobil pazarlama ajanslarının ise kendilerini, Turkcell'den onay alma ihtiyacı içinde hissettikleri, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (a) bendinde belirtilen; "rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler" ibaresindeki zorlaştırma eyleminin, fiilen gerçekleşmiş olabileceği gibi, davranışın piyasada rekabeti engelleyici bir etki doğurmasının kuvvetle muhtemel olduğu veya rekabetin engellenmesi riski doğurduğu durumda da, bu davranışın kötüye kullanma olarak nitelendirilebileceği, dolayısıyla hem mobil pazarlama ajansları, hem de kampanya düzenleyen firmalar nezdinde, Turkcell'in kendi hedef ve istekleri doğrultusunda kampanya kurgularına müdahale etmesinin, bu kampanyalara kimlerin katılabileceğine karar vermesinin piyasa aktörleri bakımından kanıksandığı, amacı gelir elde etmek olan bir ekonomik birimin hizmetlerine muhatap olan müşterilerine, rakiplerinden hizmet alınmaması koşulunu getirmesinin objektif bir gerekçesi bulunmadığından, ticari hayatın teamüllerine uymayan sıradışı, haksız ve rakipleri pazar dışına iten bu uygulamanın, Kanun'un 6. maddesinin (a) bendi kapsamında bulunduğu, *ikinci olarak*; Turkcell'in kontör/dakika hediye edilen kampanyalarda fiili olarak münhasır çalışılmasıyla sonuçlanan diğer bir uygulamasının da, rakip GSM operatörlerinin başta kontör/dakika olmak üzere GSM faydası hediye etmesini engellemek olduğu, nitekim, Turkcell'in kendisini, onayladığı ya da onaylamadığı kurgular aracılığıyla piyasayı yönlendirecek güce sahip bir konumda gördüğü, ayrıca piyasada üç operatörün kontör/dakikalarının hediye edildiği kampanyaların düzenlenmesi yönünde talepler olduğu, Turkcell'in ise bu yöndeki taleplere direndiği, Turkcell'in, rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırma olarak nitelendirilebilecek bu uygulamalarını (kontör/dakika hediye edilen kampanyalarda, Turkcell kullanıcıları, kontör hediyesinden ve buna ilave hediyelerden yararlanabiliyorken, rakip GSM operatörleri kullanıcılarının, sadece kontör/dakika dışındaki hediyelerden yararlanması sonucunu doğuracak şekilde) pazar gücüne dayanarak gerçekleştirdiği, bütün teşebbüslerin rakipleriyle eşit koşullarda faaliyet gösterme hakkının korunması gerekirken, Turkcell'in, rakiplerin pazara giriş çabalarını protesto niteliği taşıyan bu haksız uygulamalarının, Turkcell hizmet ve ürünlerinin tüketici gözünde daha üstün görülmesinin sağlanması amacıyla gerçekleştirildiği, dolayısıyla Turkcell'in söz konusu uygulamalarının, 4054 sayılı Kanunun 6 (a) maddesi kapsamında (Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler) bulunduğu, diğer yandan,



T.C.  
**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**  
**Esas No : 2010/2490**  
**Karar No : 2013/2706**

Turkcell'in rakiplerine göre daha üstün olduğu izlenimini oluşturma amacına ulaşmak için benimsemiş olduğu yöntemin de haklı bir gerekçeye dayanmadığı, zira Turkcell'in markalara ve mobil pazarlama ajanslarına baskı uygulamak suretiyle, rakiplerinin iş yapmalarını engellediği, böylece diğer GSM operatörlerinin abonelerine erişimini engelleyerek, mobil pazarlama kampanyası düzenleyecek firmaların bu erişimden, GSM operatörlerinin tüketicilere hizmet götürmesinden ve tüketicilerin bu hizmetleri edinmesinden sağlayacağı faydanın önüne geçildiği, bu engelleme fiili ile hedeflenenin, GSM hizmetleri pazarında sahip olunan hakim durumun korunması ve geleceğe taşınması olduğu ve bu uygulamanın da 4054 sayılı Kanun'un 6 (e) maddesi kapsamında bulunduğu, *üçüncü olarak*; mobil pazarlama kampanyası düzenlemek isteyen şirketlerin bu isteklerine karşı Turkcell tarafından uygulamaya koyulan diğer stratejinin; şirketlere sağlanan barem ve mecra indirimlerinin üç operatörün de katılacağı kampanyalarda sağlanmaması olduğu, bu cümleden olarak, gelir getirse bile, üç operatör kampanyalarının istenmediği ve bunun için şirketlere caydırıcı şartlar uygulandığı, dolayısıyla, Turkcell'in uygulamayı gerçekleştirmekteki amacının kâr sağlamak değil, rakiplerini dışlamak olduğu, ilgili belgelerin incelenmesinden, Turkcell'in fiyatlama stratejisi dahilinde şirketlere sağlanan barem ve mecra indirimlerinin, münhasıran Turkcell'le çalışma şartına bağlandığı, diğer operatörlerin de kampanyalara katılması halinde indirim sağlanmadığı, bu bakımdan zorlaştırma eyleminin, bu politikanın kamuya açılması ile birlikte dışlayıcı etkiyi doğurabilecek olması ya da doğurması nedeniyle fiilen gerçekleştiği, sonuç itibarıyla "caydırıcı fiyatlama" olarak nitelendirilen diğer GSM operatörlerinin kontör/dakika hediye edilen kampanyalara katılması halinde uygulanacak fiyatın, mobil pazarlama ajanslarına ve kampanya yapmak isteyen teşebbüslere açıklanması ile uygulamanın hayata geçirildiği, bu fiyatlama stratejisinin temel amacının rakiplerin pazara girmesine engel olmak olduğu, bu uygulama sonucunda, Turkcell tarafından, ticari olarak makul bir davranış olan kârın arttırılmasının beklenmediği, dolayısıyla bu uygulamaların da 4054 sayılı Kanunun 6 (a) maddesi kapsamında bulunduğu, *dördüncü olarak*; "Turkcell'liler kazanır" logosunun içeriği itibarıyla Turkcell'in ana stratejisinin bir parçası olduğu, diğer operatörlerin logo ya da tanıtıcı işaretlerinin, kampanya hazırlayan firmaların çeşitli görsel mecralarda yayınlanan reklamlarında kullanılmasının önüne geçilebilmesi için çeşitli girişimlerde bulunduğu, teşebbüslerin ticari akıl, etkinlik, yenilikçilik v.b. objektif gerekçelere dayanarak menfaatlerini korumalarının, ürün, hizmet ve varlıklarına değer kazandırmalarının doğal hakları olduğu, burada ihlal olarak değerlendirilen hususun ise, bu hakkın kullanılmasında benimsenen yöntemin objektif ve haklı gerekçelere dayanmaması olduğu, Turkcell'in sunmuş olduğu hizmetlerin "olmazsa olmaz ürün" niteliğinde bulunduğu, dolayısıyla mobil pazarlama kampanyası hazırlamak isteyen bir teşebbüsün öncelikle Turkcell'den bu hizmeti temin etmesi gerektiği, böyle bir kampanyada "Turkcell'liler kazanır" logosunun kullanılması karşılığı verilecek indirimin, teşebbüslerin kontör maliyetlerini %10 azalttığı, böylece markaların kontör maliyetlerini % 10 azaltmak ya da daha çok kullanıcıya ulaşmak konusunda bir tercihe zorlandıkları, bu zorlamanın ise haksız bir uygulama olduğu, bu



T.C.

**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**

**Esas No : 2010/2490**

**Karar No : 2013/2706**

nedenle, Turkcell tarafından uygulanan ve tüketiciler gözünde Turkcell'in rakiplerine nazaran daha iyi bir ürün olduğu izlenimini oluşturmaya yönelik stratejinin bir parçası olduğu anlaşılan "Turkcell'liler kazanır." logosunun kampanyalarda kullanılması karşılığı, kampanya sahibi firmalara fayda sağlanması uygulamasının, 4054 sayılı Kanunun 6 (a) maddesi kapsamında bulunduğu, sonuç itibarıyla, gerek pazar payı karşılaştırmasından, gerekse düzenlenen kampanyaların operatörler arasındaki dağılımından elde edilen verilerden Turkcell'in belirtilen uygulamalarının, pazarda Vodafone ve Avea'yı dışlayıcı bir etki doğurduğunun belirlendiği, belirtilen tespitler çerçevesinde, dava konusu Kurul kararıyla, Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin GSM hizmetleri ve mobil pazarlama hizmetleri pazarlarında hakim durumda olduğuna; Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin ilgili pazarlardaki hakim durumunu; " (a) kontör/dakika hediye edilen kampanyalara diğer operatörlerin katılımının reddedilmesi, (b) bu kampanyalarda rakip GSM operatörlerinin başta kontör/dakika olmak üzere GSM faydası hediye etmesinin engellenmesi, (c) Turkcell tarafından bu kampanyalarda alıcı firmalara, münhasır çalışılmaması durumunda mecra ve barem indirimlerinin uygulanmaması, (d) "Turkcelliler Kazanır" logosunun tanıtım görsellerinde kullanılması karşılığında indirim sağlanması" yollarıyla, fiili münhasırlık oluşturmak suretiyle kötüye kullandığına, dolayısıyla 4054 sayılı Kanunun 6. maddesini ihlal ettiğine, Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin ihlal oluşturduğu tespit edilen uygulamalarla aynı sonucu doğuran ya da doğurabilecek niteliğe sahip uygulamalardan kaçınarak ihlale son vermesi gerektiğinin 4054 sayılı Kanunun 9/1- maddesi uyarınca ilgili teşebbüse bildirilmesine; 4054 sayılı Kanunun 6. maddesine aykırı uygulamaları nedeniyle, aynı Kanunun 16. maddesinin 3. fıkrası ve Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik uyarınca Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'ye 2008 mali yılın sonunda oluşan gayrisafi gelirinin binde 4,5'i oranında idari para cezası verilmesine karar verildiği, bu kararın iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, Kurul kararı ve eki belge ve deliller ile kontör/dakika hediye edilen kampanyalara diğer operatörlerin katılımının reddedilmesi, bu kampanyalarda rakip GSM operatörlerinin başta kontör/dakika olmak üzere GSM faydası hediye etmesinin engellenmesi, Turkcell tarafından bu kampanyalarda alıcı firmalara, münhasır çalışılmaması durumunda mecra ve barem indirimlerinin uygulanmaması ve "Turkcelliler Kazanır" logosunun tanıtım görsellerinde kullanılması karşılığında indirim sağlanması" yollarıyla, fiili münhasırlık oluşturmak suretiyle hakim durumunu kötüye kullandığı usulüne uygun ve elverişli ispat vasıtalarıyla tespit edilen davacı şirkete, 4054 sayılı Kanun'un 9. ve 16. maddeleri ve hukuka uygun olduğu tespit edilen dava konusu Yönetmelik hükümlerine dayanılarak, 4054 sayılı Kanunun 9/1. maddesi uyarınca görüş yazısı gönderilmesi ve 2008 mali yılın sonunda oluşan gayrisafi gelirinin binde 4,5'i oranında idari para cezası verilmesine ilişkin dava konusu Kurul kararında ve bu Kurul



T.C.  
DANIŞTAY  
ONÜÇÜNCÜ DAİRE  
Esas No : 2010/2490  
Karar No : 2013/2706

kararına konu idari para cezasının tahsiline ilişkin olarak gönderilen yazıda hukuka aykırılık saptanmamış olup, davacının iddiaları geçerli görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle; davanın reddine, ayrıntısı aşağıda gösterilen toplam 213,15-TL yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına, posta gideri avansından artan tutarın kararın kesinleşmesinden sonra davacıya iadesine, bu kararın tebliğ tarihini izleyen 30 (otuz) gün içerisinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na temyiz yolu açık olmak üzere, 01.11.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Nevzat	Zümrüt	E. Yücel	Nizamettin	Zeki
ÖZGÜR	ÖDEN	SEYHAN	KALAMAN	YİĞİT



**Yargılama Giderleri :**

Başvuru Harcı : 26,25-TL

Karar Harcı : 35,50-TL

YD Harcı : 28,15-TL

YD İtiraz Harcı: 49,25-TL

Posta Gideri : 74,00-TL

Toplam :213,15-TL