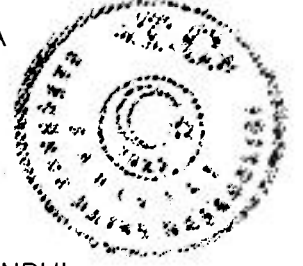


DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2008/13183
Karar No : 2011/1656

Davacı : Avea İletişim Hizmetleri A.Ş. (Avea)
Vekili : Av. Cem Akoyun
Abdi İpekçi Cad. No:75 Maçka - İSTANBUL

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

Davalı Yanında Müdahil : Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.
Vekili : Av. Betül Zekiye Gürbüz
Turkcell Plaza, Meşrutiyet Cad. No:71
Tepebaşı - İSTANBUL



Davanın Özeti : Davacı şirketin, Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin (Turkcell), katıl kazan türündeki kampanyalara ilişkin olarak mobil pazarlama hizmetleri sunan firmalarla yapmış olduğu münhasırlık içeren anlaşmalar yoluyla 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddesini ihlâl ettiğine ilişkin şikâyet başvurusu üzerine yapılan önaraştırma sonucunda, alınan 27.12.2007 tarih ve 07-92/1191-461 sayılı Rekabet Kurulu kararının, Turkcell'in mobil pazarlama firmaları ile yaptığı münhasır sözleşmelerin 4054 sayılı Kanunu ihlâl ettiği iddialarının Kanun'un yalnızca 4. maddesi kapsamında değerlendirildiği ancak konunun 6. madde kapsamında da değerlendirilmesinin mümkün olduğu ve bu kapsamda Turkcell hakkında soruşturma açılabilirliği, Turkcell'in 01.07.2007 tarihinden sonra da, ilgili pazarda imzaladığı anlaşmalar ya da protokoller yoluyla Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlâl ettiğinin tespit edilmesi ve gerekli yaptırımların uygulanması ve 27.12.2007 tarih ve 07-92/1191-461 sayılı Kurul kararından sonra da aykırı uygulamalarına devam ettiğinden bahisle Turkcell hakkında gerekli yaptırımların uygulanması gerektiği belirtilerek yeniden gözden geçirilmesi suretiyle karar verilmesi talebi ile yapmış olduğu başvuru üzerine, 27.12.2007 tarih ve 07-92/1191-461 sayılı Rekabet Kurulu kararının gereğinin yerine getirildiğinden bahisle, Turkcell hakkında yeni bir işlem yapılmasına gerek olmadığına ilişkin olarak, davacı şirkete 03.09.2008 tarih ve 3269 sayılı işlemle bildirilen, 12.06.2008 tarih ve 08-39/507-184 sayılı Kurul kararının iptal edilmesi istenilmektedir.

Davalı İdarenin Savunmasının Özeti : 4054 sayılı Kanun 55. maddesi uyarınca, Kurul kararlarının 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesi uyarınca itiraz yoluyla incelenme olanağı bulunmadığından, davacı şirketin Rekabet Kurulu'nun 27.12.2007 tarih ve 07- 92/1191-461 sayılı kararında değerlendirdiği konulara ilişkin soruşturma açılması ve gerekli diğer yaptırımların uygulanması talepleri ile ilgili herhangi bir işlem tesis edilemeyeceği, ilgili karar ile

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2008/13183

Karar No : 2011/1656

İlgili itiraz merciinin Danıştay olduğu, öte yandan, Turkcell'in, göndermiş olduğu 11.04.2008 tarih ve 2244 sayılı yazıdan, önaraştırma konusu mobil pazarlama firmaları ile sürdürmekte olduğu münhasır ilişkiye, son vererek 27.12.2007 tarih ve 07-92/1191-461 sayılı Rekabet Kurulu kararının gereğini yerine getirdiğinin anlaşıldığı ileri sürülerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Davalı Yanında Müdahilin Savunmasının Özeti : 27.12.2007 tarih ve 07-92/1191-461 Rekabet Kurulu kararının, katma değerli hizmetlerin sunumuna yönelik olarak, münhasır çalışma yükümlülüğü içeren sözleşme imzalanmış olan tüm firmalara, münhasır çalışma yükümlülüğünün kaldırıldığı ve bundan sonra hiçbir biçimde münhasır çalışma yükümlülüğü konulmayacağı konusunda ihtarname gönderilmesi suretiyle gereğinin yerine getirildiği, öte yandan, mobil pazarlama hizmeti sunan firmaların diğer operatörleri, sözleşmede yer alan münhasırlık şartı nedeniyle değil, hizmet kalitesi ve altyapı sorunları ve marka gücü gibi sebepler dolayısıyla tercih etmedikleri, söz konusu anlaşmaların, 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddesini ihlâl edici nitelikte olmadığı belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Betül ÖZYİĞİT'in Düşüncesi : 27.12.2007 tarih ve 07-92/1191-461 Rekabet Kurulu kararının Dairemizin 18.04.2011 tarih ve E:2008/4519-K:2011/1655 sayılı kararıyla iptal edilmiş olması ve davacı şirketin dava konusu Kurul kararına esas alınan 02.04.2008 tarihli başvurusunun, davacı şirketin, 27.12.2007 tarih ve 07-92/1191-461 sayılı Rekabet Kurulu kararında, Turkcell'in şikâyet konusu uygulamalarıyla ilgili olarak Kanun'un 6. maddesi kapsamında tespit yapılmadığı ve Turkcell'in mobil pazarlama hizmeti sunan firmalarla 01.07.2007 tarihinden sonra da yapmış olduğu ek protokoller yoluyla 4054 sayılı Kanunu ihlâl etmiş olmasına rağmen, Turkcell hakkında yaptırım uygulanmadığı iddialarını içeren kısımlarının, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca yapılmış itiraz niteliğinde olması karşısında, dava konusu Kurul kararının Dairemizce iptal edilen 27.12.2007 tarihli Kurul kararına yapılan itirazın reddine ilişkin kısmı hakkında bu aşamada karar verilmesine olanak bulunmamaktadır.

Dava konusu Kurul kararının, davacı şirketin, Turkcell'in 27.12.2007 tarih ve 07-92/1191-461 sayılı Rekabet Kurulu kararından sonra da aykırı uygulamalara devam ettiğinden bahisle hakkında yaptırım uygulanması isteminin reddine yönelik kısmına gelince;

Rekabet Kurulu tarafından şikâyetin, Kanun kapsamında olmadığı saptanması hallerinde, 4054 sayılı Kanun'un 42/2. maddesi uyarınca reddedilmesi mümkün bulunmakla beraber, Rekabet Kurumu'na şikâyet edilen hususlarla ilgili olarak, eylemin 4054 sayılı Kanun'un 4. veya 6. maddesi anlamında bir ihlâl olup olmadığı nitelendirilebilmesi için; Kurum tarafından Kanun'un "Kurulun İnceleme ve Araştırmalarında Usul" başlıklı dördüncü kısmındaki, Rekabet Kurulu'nun inceleme ve araştırmalarında uyulması zorunlu usullerin uygulanması ve önaraştırma kararının verilmesi gerekli bulunmaktadır.

Bu durumda, davacı şirketin Turkcell'in ilk Kurul kararının alındığı 27.12.2007 tarihinden sonra da, aykırı uygulamalarına devam ettiği iddiasının yeni bir iddia olması ve

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2008/13183

Karar No : 2011/1656

Kanun'un 4. ve 6. maddeleri kapsamında bulunması nedeniyle, davalı idarece davacı şirketin bu iddiasıyla ilgili olarak soruşturma açılmasının gerek olup olmadığının tespiti için önaraştırma yapılmasına karar verilmesi gerekirken, belirtilen prosedüre uyulmaksızın, Turkcell'in Kurul kararında aykırılığı tespit edilen söz konusu uygulamalarına son verdiğine ilişkin olarak Kurum'a sunmuş olduğu bilgi yazısının değerlendirilmesi suretiyle, söz konusu iddia hakkında işlem yapılmasına gerek olmadığına karar verilmesinde 4054 sayılı Kanuna uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, dava konusu Kurul kararının davacı şirketin Turkcell'in ilk Kurul kararının alındığı 27.12.2007 tarihinden sonra da, aykırı uygulamalarına devam ettiği iddiası hakkında işlem yapılmasına gerek olmadığına ilişkin kısmının iptaline, şikâyet konusu diğer hususlara ilişkin olarak işlem yapılmasına gerek bulunmadığına yönelik kısmı hakkında ise karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Birgül KURT'un Düşüncesi : Dava, 12.6.2008 tarih ve 08-39/507-184 sayılı rekabet kurulu kararının ve bu kararın bildirimine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.'nin, Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. (Turkcell)'nin katma değerli hizmetlerin sunumu için kendisine hizmet temin eden içerik ve uygulama sağlayıcı firmalar ile imzaladığı münhasır sözleşmeler yoluyla 4054 sayılı Kanunu ihlal ettiği şikayeti üzerine yapılan önaraştırma sonucu verilen 10.2.2005 tarih ve 05-10/86-33 sayılı Rekabet Kurulu kararıyla;

Turkcell tarafından içerik ve uygulama sağlayıcılara sözleşme süresi boyunca rekabet etmeme yükümlülüğü getirilen sözleşmelerin, 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamına girmesi nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin uygulamasından muaf olduğu, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal edecek şekilde pazarın rakiplere kapatılmasına ya da rakip firmaların faaliyetlerinin zorlaştırılmasına neden olmayacağı nedenleri ile soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verildiği;

Davacı Avea İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin (Avea) 27.8.2007 tarihinde kayda giren dilekçesiyle, Turkcell firmasının Katıl Kazan türü kampanyalarda, firmalara tek elden satın alma yükümlülüğü içeren münhasırlık uygulamasına son vermesinin bildirilmesi, Turkcell'in 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlal ettiğinin tespit edilmesi ve bu firmanın idari para cezası ile cezalandırılması talep etmesi üzerine, yapılan inceleme sonu alınan 27.12.2007 tarih ve 07-92/1191-461 sayılı Rekabet Kurulu kararıyla ise;

1) Katma değerli hizmetlerin sunumuna yönelik olarak taraflarca imzalanmış olan anlaşmaların Rekabet Kurulu'nun 10.2.2005 tarih ve 05-10/86-33 sayılı kararı ile grup muafiyeti kapsamında olduğu anlaşılacakla birlikte, Turkcell'in pazar payı göz önüne alındığında, söz konusu anlaşmaların, Kurulun kararından sonra, 1.7.2007 tarihinde yürürlüğe giren 2007/2 sayılı Tebliğ ile değişik 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 2. maddesi uyarınca Tebliğ kapsamı dışında kaldığına; ayrıca yapılan



I.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2008/13183
Karar No : 2011/1656

değerlendirmeler sonucunda mobil pazarlama hizmetleri pazarında faaliyet gösteren firmalarla yapılan anlaşmalarda yer alan münhasırlık şartının, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddenin (c) bendi kapsamında ilgili pazardaki rekabeti önemli ölçüde ortadan kaldırdığı yönünde ciddi ve yeterli deliller bulunması nedeniyle bireysel muafiyetten yararlanamayacağına, dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğuna,

2) Bu çerçevede, 2007/2 sayılı Tebliğ ile değişik 2002/2 sayılı Tebliğ'in 2. maddesi uyarınca Tebliğ kapsamı dışında kalan anlaşmaların, derhal 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen şartlara uygunluğunun sağlanmasının gerektiği hususunda teşebbüse görüş yazısı gönderilmesine karar verildiği;

Avea tarafından, Turkcell'in 2002/2 sayılı Grup Muafiyeti Tebliği'nin değişikliğine ilişkin 2007/2 Tebliğden sonra da katma değerli hizmetlerin sunumu için münhasır sözleşmeler imzaladığı, hakkında soruşturma açılmayarak görüş yazı tesisinin hukuka aykırı olduğu, uygulamaların 4054 sayılı Yasanın 6. maddesi kapsamında değerlendirilerek karar verilmediği ileri sürülerek anılan kararın iptali için dava açıldığı, bu dava Danıştay Onüçüncü Dairesinin E:2008/4519 esasına kayıtlı dosyada sürmekte iken;

Avea tarafından 31.03.2008 tarihli dilekçeyle yukarıda aktarılan 27.12.2007 tarih ve 07-92/1191-461 sayılı kararda 2002/2 sayılı Grup Muafiyeti Tebliği'nin 8. maddesi uyarınca hakim durumun kötüye kullanılması yönünden de inceleme yapılması gerektiğinden bahisle;

1) Karara konu uygulamaların 4054 sayılı Yasanın 6. maddesi kapsamında değerlendirilmesi;

2) 01.07.2007 tarihinden bu yana ilgili pazarda imzaladığı anlaşma ve protokoller yoluyla 4054 sayılı Yasanın 6. ve 4. maddesini ihlal etmesi ve;

3) 27.12.2007 tarih ve 07-92/1191-461 sayılı Rekabet Kurulu kararına aykırı olarak kontör hediye edilen kampanya sözleşmeleri kapsamında münhasır çalışmaya devam etme yönündeki uygulamaları için yaptırım uygulanmasının istenildiği;

Dava konusu 12.6.2008 tarih ve 08-39/507-184 sayılı Rekabet Kurulu kararıyla;

27.12.2007 tarih ve 07-92/1191-461 sayılı Rekabet Kurulu kararına istinaden 25.03.2008 tarih yazılarıyla, karar gereğinin yerine getirilip getirilmediğinin ve bu konuda yapılan çalışmalara ilişkin bilginin gönderilmesinin istenildiği, Turkcell tarafından konuya ilişkin gönderilen 11.04.2008 tarihli yazıda, Turkcell ile mobil pazarlama hizmetleri de dâhil olmak üzere, tüm katma değerli hizmetlerin sunumu konusunda münhasır çalışma yükümlülüğü içeren anlaşma imzalamış olan iş ve çözüm ortaklarına, bu yükümlülüğünün kaldırıldığı ve bundan sonra Turkcell ile devam edecek olan iş ilişkilerinde hiçbir biçimde münhasır çalışma yükümlülüğü altında olmayacakları konusunda ihtarnama gönderilerek tüm anlaşmalarındaki münhasırlık hükümlerinin kaldırıldığını bildirdikleri, Turkcell'in göndermiş olduğu bilgilendirme yazısı kapsamında, Rekabet Kurulu kararının gereğini yerine getirdiği sonucuna varıldığı, Turkcell'in kontör hediye edilen kampanya sözleşmeleri kapsamında münhasır çalışmaya devam ettiği ve 1.7.2007 tarihinden bu yana geçen sürede, ilgili pazarda imzaladığı anlaşmalar

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2008/13183

Karar No : 2011/1656

ya da protokoller yoluyla Kanun'un 4. maddesi ve 6. maddelerini ihlal ettiği iddialarına yönelik olarak 4054 sayılı Kanun kapsamında herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmadığı;

Başvuruda 27.12.2007 tarih ve 07-92/1191-461 sayılı kararda, Turkcell'in şikâyet konusu uygulamalarının Kanun'un yalnızca 4. maddesi kapsamında değerlendirildiği, aynı uygulamaların Kanun'un 6. maddesi kapsamında da değerlendirilmesinin ve adı geçen şirket hakkında soruşturma açılarak gerekli yaptırımların uygulanmasının talep edildiği, 4054 sayılı Kanun'un yürürlükte bulunan 55. maddesinin 1. fıkrasında, "Kurulun nihai kararlarına, tedbir kararlarına, para cezalarına ve süreli para cezalarına karşı kararın taraflara tebliğinden itibaren süresi içinde Danıştay'a başvurulabilir. Bu süre içinde yargı yoluna başvurulmazsa karar kesinleşir." hükmüne yer verildiği, bu hüküm karşısında diğer idari işlemlerden farklı olarak Kurul'un, belirtilen kararlarının kesinleşmesinin yargı yoluna başvurmaya bağlı olması nedeniyle, kanun koyucu bu işlemler yönünden idari bir itiraz yolunu öngörmediği, teşebbüsün itiraz mercii olarak Danıştay'a başvurması gerektiği değerlendirilmiştir.

Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin göndermiş olduğu 11.4.2008 tarih ve 2244 sayılı yazıdan önaraştırma konusu mobil pazarlama firmaları ile sürdürmekte olduğu münhasır ilişkiye son verdiği, bu kapsamda Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin 27.12.2007 tarih ve 07-92/1191-461 sayılı Rekabet Kurulu kararının gereğini yerine getirdiği anlaşılmakla yeni bir işlem yapılmasına gerek olmadığına karar verildiği görülmektedir.

Davacı, 27.12.2007 tarih ve 07- 92/1191- 461 sayılı Rekabet Kurulu kararının sonuç kısmında 6. madde ihlalini giderici bir hükme yer verilmediği, bu konuya ilişkin inceleme yapılmaktan imtina edildiği, 2577 sayılı Yasanın verdiği hak çerçevesinde 07- 92/1191- 461 kararın geri alınması gerektiğini ileri sürerek iptalini istemektedir.

4054 sayılı Kanun'un 55. maddesinin 1. fıkrasında, "Kurulun nihai kararlarına, tedbir kararlarına, para cezalarına ve süreli para cezalarına karşı kararın taraflara tebliğinden itibaren süresi içinde Danıştay'a başvurulabilir. Bu süre içinde yargı yoluna başvurulmazsa karar kesinleşir." hükmü yer almaktayken 4971 ve 5728 sayılı Yasalarla yapılan değişiklikler sonrasında dava konusu işlem tarihinde yürürlükte bulunan 55. maddesinin birinci fıkrasında, "Kurulun nihai kararlarına, tedbir kararlarına, para cezalarına ve süreli para cezalarına karşı kararın taraflara tebliğinden itibaren süresi içinde Danıştaya başvurulabilir." hükmüne yer verilmiştir.

4054 sayılı Kanun'un özel bir idarî usûl yasası niteliğine sahip olması ve Kanun'un 55. maddesinde de, Kurul'un nihai kararlarına Danıştay'da dava açılabilirliğinin hükme bağlanması karşısında, diğer idari işlemlerden farklı olarak Rekabet Kurulu kararları yönünden idari bir itiraz yolunun öngörülmemiştir.

Kaldı ki 2577 sayılı Yasa ile 10. madde veya 11. maddede kapsamında dava açılabilir ise de, aynı uyuşmazlık için her iki maddenin ayrı ayrı kullanılması suretiyle dava açılabilmesi de ne olanak sağlanmamıştır.

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2008/13183
Karar No : 2011/1656

Bu çerçevede; dava konusu işlemin 07-92/1191-461 sayılı kararında Turkcell'in şikâyet konusu uygulamalarının Kanun'un yalnızca 4. maddesi kapsamında değerlendirildiği, aynı uygulamaların Kanun'un 6. maddesi kapsamında da değerlendirilmesinin ve adı geçen şirket hakkında soruşturma açılarak gerekli yaptırımların uygulanmasının talep hakkında işlem tesis edilmemesi kısmında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Dava konusu kararda; davacının şikâyet ettiği diğer hususlar için, her hangi bir işlem yapılmasına gerek olmadığı sonucuna varıldığı yazılmış, dava konusu kararın sonuç kısmına bu durum ayrıca aktarılmamış ise de kararın bu yönden de incelenmesi gerektiği açıktır.

4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddesinde yasaklanan faaliyetler düzenlenmiş, 40. maddesinde, Kurul'un; resen veya kendisine intikal eden başvurular üzerine doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için önaraştırma yapılmasına, 41. maddesinde ise, önaraştırma raporu üzerine soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar vereceği hükme bağlanmıştır;

42. maddesinde de, Kurulun, gerek başvuruları açıkca reddetmesi, gerekse süresi içinde bildirimde bulunmayarak reddetmiş sayılması durumlarında, doğrudan ya da dolaylı menfaati olduğunu belgeleyen herkes Kurulun red kararına karşı yargı yoluna başvurabileceği belirtilmiştir.

4054 sayılı Yasada yapılan düzenlemelerden, Rekabet Kurulu'nun; ihbar, şikâyet veya re'sen öğrendiği rekabet ihlaline ilişkin durum hakkında ya doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açmaya gerek olup olmadığını anlamak için önaraştırma yapılmasına karar vereceği anlaşılmaktadır.

Rekabet Kurulu tarafından şikâyetin, Kanun kapsamında olmadığı saptanması halinde, 4054 sayılı Kanun'un 42/2. maddesi uyarınca reddedilmesi mümkün bulunmakla beraber, şikâyet edilen hususla ilgili olarak, 4054 sayılı Kanun'un 4. veya 6. maddesi anlamında bir ihlâl olup olmadığı nitelendirilebilmesi için; Kanun'un "Kurulun İnceleme ve Araştırmalarında Usul" başlıklı dördüncü kısmındaki, Rekabet Kurulu'nun inceleme ve araştırmalarında uyulması zorunlu usullerin uygulanması ve önaraştırma kararının verilmesi gerekli bulunmaktadır.

Dava dosyasının incelenmesinden; Avea tarafından, 2007/2 sayılı Tebliğ değişikliğinin yürürlüğe girdiği 1.7.2007 tarihinden sonra da ilgili pazarda imzaladığı anlaşma ve protokoller yoluyla 4054 sayılı Yasanın 6. ve 4. maddesini ihlal ettiği ve 27.12.2007 tarih ve 07-92/1191-461 sayılı Rekabet Kurulu kararına aykırı olarak, kontör hediye edilen kampanya sözleşmeleri kapsamında münhasır çalışmaya devam ettiği için yaptırım uygulanmasını istenildiği; Rekabet Kurulunca Turkcell tarafından gönderilen, 11.4.2008 tarih ve 2244 sayılı, önaraştırma konusu mobil pazarlama firmaları ile sürdürmekte olduğu münhasır ilişkiye son verdiğine ilişkin yazı esas alınarak, önaraştırma yapmadan, bu şikâyetlere yönelik olarak, 4054 sayılı Kanun kapsamında herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmadığı sonucuna varılarak, karar verildiği görülmektedir.

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2008/13183

Karar No : 2011/1656

Davacının yukarıda anılan ihlâl iddialarıyla ilgili olarak, soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için, önaraştırma yapılmadan karar alınması yönünden, kararda mevzuata uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kararın; 27.12.2007 tarih ve 07-92/1191-461 sayılı kararın, Kanun'un 6. maddesi kapsamında yeniden değerlendirilmesi isteminin reddine ilişkin kısmı yönünden davanın reddi, diğer iddialar yönünden işlem yapılmaması sonucunu doğuran kısmının ise iptali gerekeceği düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce duruşma için önceden belirlenen 12.04.2011 tarihinde davacı vekili Av. Cem Akoymak'ın, davalı idareyi temsilen hukuk müşaviri Mehmet Özden'in ve davalı yanında müdahil vekili Av. Betül Zekiye Gürbüz'ün geldikleri; Danıştay Savcısı'nın hazır bulunduğu görülerek duruşmaya başlandı. Taraflara usulüne uygun olarak söz verildikten ve Danıştay Savcısı'nın düşüncesi alındıktan sonra, taraflara son kez söz verilerek duruşma tamamlandı. Dosya incelenip, gereği görüldü:

Dava, davacı şirketin, Turkcell'in, katıl kazan türündeki kampanyalara ilişkin olarak mobil pazarlama hizmetleri sunan firmalarla yapmış olduğu münhasırlık içeren anlaşmalar yoluyla 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddesini ihlâl ettiğine ilişkin şikâyet başvurusu üzerine yapılan önaraştırma sonucunda, alınan 27.12.2007 tarih ve 07-92/1191-461 sayılı Rekabet Kurulu kararının, Turkcell'in mobil pazarlama firmaları ile yaptığı münhasır sözleşmelerin 4054 sayılı Kanunu ihlâl ettiği iddialarının Kanun'un yalnızca 4. maddesi kapsamında değerlendirildiği ancak konunun 6. madde kapsamında da değerlendirilmesinin mümkün olduğu ve bu kapsamda Turkcell hakkında soruşturma açılacağı, Turkcell'in 01.07.2007 tarihinden sonra da, ilgili pazarda imzaladığı anlaşmalar ya da protokoller yoluyla Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlâl ettiğinin tespit edilmesi ve gerekli yaptırımların uygulanması ve 27.12.2007 tarih ve 07-92/1191-461 sayılı Kurul kararından sonra da aykırı uygulamalarına devam ettiğinden bahisle Turkcell hakkında gerekli yaptırımların uygulanması gerektiği belirtilerek yeniden gözden geçirilmesi suretiyle karar verilmesi talebiyle yapmış olduğu başvuru üzerine, 27.12.2007 tarih ve 07-92/1191-461 sayılı Rekabet Kurulu kararının gereğini yerine getirdiğinden bahisle Turkcell hakkında yeni bir işlem yapılmasına gerek olmadığına ilişkin olarak, davacı şirkete 03.09.2008 tarih ve 3269 sayılı işlemle bildirilen, 12.06.2008 tarih ve 08-39/507-184 sayılı Kurul kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, davacı şirketin Rekabet Kurumu kayıtlarına 27.08.2007 tarih ve 5686 sayı ile giren başvuru ile, Turkcell'in, katıl kazan türündeki kampanyalara ilişkin olarak mobil pazarlama hizmetleri sunan firmalarla yapmış olduğu münhasırlık içeren anlaşmalar yoluyla 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddesini ihlâl ettiğine ilişkin şikâyet başvurusu üzerine yapılan önaraştırma sonucunda alınan 27.12.2007 tarih ve 07-92/1191-461

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2008/13183

Karar No : 2011/1656

sayılı Kurul kararı ile, katma değerli hizmetlerin sunumuna yönelik olarak taraflarca imzalanmış olan anlaşmaların Rekabet Kurulu'nun 10.2.2005 tarih ve 05-10/86-33 sayılı kararı ile grup muafiyeti kapsamında olduğu anlaşılacakla birlikte, Turkcell'in pazar payı göz önüne alındığında, söz konusu anlaşmaların, Kurul'un kararından sonra yürürlüğe giren 2007/2 sayılı Tebliğ ile değişik 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 2. maddesi uyarınca Tebliğ kapsamı dışında kaldığına; ayrıca yapılan değerlendirmeler sonucunda mobil pazarlama hizmetleri pazarında faaliyet gösteren firmalarla yapılan anlaşmalarda yer alan münhasırlık şartının, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddenin (c) bendi kapsamında ilgili pazardaki rekabeti önemli ölçüde ortadan kaldırdığı yönünde ciddi ve yeterli deliller bulunması nedeniyle bireysel muafiyetten yararlanamayacağına, dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 4.maddesi kapsamında olduğuna, bu çerçevede, 2007/2 sayılı Tebliğ ile değişik 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 2. maddesi uyarınca Tebliğ kapsamı dışında kalan anlaşmaların, derhal 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen şartlara uygunluğunun sağlanmasının gerektiği hususunda teşebbüse görüş yazısı gönderilmesine karar verildiği, davacı şirket tarafından, Turkcell'in mobil pazarlama firmaları ile yaptığı münhasır sözleşmelerin 4054 sayılı Kanunu ihlâl ettiği iddialarının söz konusu 27.12.2007 tarihli Kurul kararında, Kanun'un yalnızca 4. maddesi kapsamında değerlendirildiği ancak bu karara esas alınan başvurusunda, Turkcell'in uygulamaları ile Kanun'un 6. maddesini de ihlâl ettiğini belirtilmiş olmasına ve Kurul kararında şikâyet konusu uygulamaların hakim durumun kötüye kullanılması niteliğinde olduğuna ilişkin değerlendirmelere yer verilmesine rağmen, kararın sonuç kısmında, Kanun'un 6. maddesi yönünden tespit yapılmadığı, öte yandan, Turkcell'in 01.07.2007 tarihinden sonra da, ilgili pazarda imzaladığı anlaşmalar ya da protokoller yoluyla Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlâl ettiğinin tespit edilmesi ve gerekli yaptırımların uygulanması gerekirken anılan kararda bu hususlara da yer verilmediği ve bu Kurul kararından sonra da, aykırı uygulamalarına devam ettiği bu nedenle hakkında yaptırım uygulanması gerektiğini belirten ve 02.04.2008 tarih ve 2049 sayı ile kayda giren dilekçe ile Rekabet Kurumu'na başvurulduktan sonra ayrıca, bu başvuruda yer alan iddialarla anılan Kurul kararının iptali istemiyle Dairemizin E:2008/4519 sayılı dosyasında dava açıldığı, açılan bu dava görülmekteyken, yapılan inceleme neticesinde hazırlanan 30.05.2008 tarih ve 2008-2-106/BN-08-AA sayılı Bilgi Notu'nun 08-39 sayılı Kurul toplantısında görüşülmesi sonucunda alınan dava konusu Kurul kararı ile, 27.12.2007 sayılı Kurul kararının gereğinin yerine getirilmesinin ve bu konuda yapılan çalışmalara ilişkin bilginin ivedilikle gönderilmesinin 25.03.2008 tarih ve B.50.0.REK.0.06.00.00/197 sayılı Kurum yazısı ile talep edilmesi üzerine, konuya ilişkin olarak, Turkcell'in mobil pazarlama hizmetleri de dâhil olmak üzere tüm katma değerli hizmetlerin sunumu konusunda münhasır çalışma yükümlülüğü içeren anlaşma imzalamış olduğu iş ve çözüm ortaklarına, bu münhasır çalışma yükümlülüğünün kaldırıldığını ve bundan sonra Turkcell ile devam edecek olan iş ilişkilerinde hiçbir biçimde münhasır çalışma yükümlülüğü altında olmayacaklarını ihtarname yoluyla bildirildiğine ilişkin olarak

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2008/13183

Karar No : 2011/1656

Turkcell'in göndermiş olduğu 11.04.2008 tarih ve 2244 sayılı bilgilendirme yazısı kapsamında, 27.12.2007 tarihli Rekabet Kurulu kararının gereğinin yerine getirildiği sonucuna varılarak; davacı şirketin, Turkcell'in kontör hediye edilen kampanya sözleşmeleri kapsamında münhasır çalışmaya devam ettiği ve 01.07.2007 tarihinden bu yana geçen sürede, ilgili pazarda imzaladığı anlaşmalar ya da protokoller yoluyla Kanun'un 4. maddesi ve 6. maddelerini ihlâl ettiği iddialarına yönelik olarak 4054 sayılı Kanun kapsamında herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmadığına karar verildiği, davacı şirketin, Turkcell'in şikâyet konusu uygulamalarının 27.12.2007 tarihli Kurul kararında, 27.08.2007 tarihli ilk başvurusundaki iddiaları doğrultusunda 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında da değerlendirilerek, yaptırım uygulanması mümkünken, anılan Kanun'un yalnızca 4. maddesi kapsamında değerlendirildiği iddiasının ise, 4054 sayılı Kanun'un 55. maddesinin 1. fıkrasında yer alan hüküm uyarınca, diğer idarî işlemlerden farklı olarak, Kurul kararlarının kesinleşmesinin yargı yoluna başvurmaya bağlı olması nedeniyle, bu işlemler yönünden idarî bir itiraz yolu öngörülmemiş olduğu, dolayısıyla başvuru sahibi teşebbüsün talepleri ile ilgili olarak Kurul bünyesinde herhangi bir işlem tesis edilemeyeceği, teşebbüsün itiraz mercii olarak Danıştay'a başvurması gerektiği gerekçesiyle incelenmeden reddedildiği anlaşılmaktadır.

2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesinde; ilgililer tarafından idarî dava açılmadan önce, idarî işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılmasının üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdaki idarî dava açma süresi içinde istenebileceği, bu başvurmanın, işlemeye başlamış olan idarî dava açma süresini durduracağı, altmış gün içinde bir cevap verilmezse isteğin reddedilmiş sayılacağı, isteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresinin yeniden işlemeye başlayacağı ve başvuru tarihine kadar geçmiş sürenin de hesaba katılacağı kuralına yer verilmiştir.

Bu kural ile, tüm idarî işlemler için genel bir düzenleme yapılmış olduğundan, hakkında aksi yönde özel bir düzenleme bulunmayan bütün işlemler için genel kuralın uygulanması gerekmektedir.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 55. maddesinde, "Kurulun nihai kararlarına, tedbir kararlarına, para cezalarına ve süreli para cezalarına karşı, kararın taraflara tebliğinden itibaren süresi içinde Danıştay'a başvurulabilir. Bu süre içinde yargı yoluna başvurulmazsa karar kesinleşir." kuralı yer almakta iken, 15.08.2003 günlü, 25200 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4971 sayılı Yasa'nın 25. maddesi ile 55. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "Bu süre içinde yargı yoluna başvurulmazsa karar kesinleşir." ibaresi, "Kurul kararlarına karşı yargı yoluna başvurulması kararların uygulanmasını ve para cezalarının takip ve tahsilini durdurmaz." şeklinde değiştirilmiştir. Dolayısıyla, dava konusu işlemin tesis edildiği 03.09.2008 tarihi itibarıyla, 4054 sayılı Yasa'da işlemlerin kesinleşmesine ilişkin bir kural bulunmadığından, 2577 sayılı Yasa'nın 11. maddesinin Rekabet Kurulu işlemleri hakkında da uygulanması gerekmektedir.

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2008/13183
Karar No : 2011/1656

Bu itibarla, işlem tesisine esas alınan olguların gerçek olmadığını ileri süren ilgili kişi ve kuruluşlar tarafından, rekabetin korunması amacıyla tesis edilmiş olan işlemlerin geri alınması, değiştirilmesi ya da kaldırılması amacıyla yapılan başvuruların 2577 sayılı Yasa'nın anılan 11. maddesi kapsamında yapılmış bir başvuru niteliğinde olduğu sonucuna varılmaktadır.

Bu durumda, her ne kadar, davacı şirketin 02.04.2008 tarihli başvurusunun, Turkcell'in şikâyet konusu uygulamalarının Kanun'un yalnızca 4. maddesi kapsamında değil, Kanun'un 6. maddesi kapsamında da değerlendirilmesi ve adı geçen şirket hakkında soruşturma açılarak gerekli yaptırımların uygulanması talebini içeren kısmının, davalı idare tarafından, 27.12.2007 tarihli Kurul kararına yapılmış itiraz olarak nitelendirilerek, 4054 sayılı Kanun'un 55. maddesi uyarınca, Kurul'un nihai kararlarına karşı 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesi kapsamında bir itiraz yolu öngörülmediği gerekçesiyle incelenmeden reddedilmesi yerinde olmamakla birlikte, davacı şirketin 02.04.2008 tarihli başvurusundaki bu isteminin yanısıra, Turkcell'in 01.07.2007 tarihinden sonra da yapmış olduğu anlaşmalar veya protokoller yoluyla Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlâl etmiş olmasına rağmen bu hususta da yaptırım uygulanmadığını belirterek, gereğinin yapılmasını talep ettiği kısmının da 2577 sayılı 11.maddesi uyarınca yapılan itiraz niteliğinde olduğu, 27.12.2007 tarihli Kurul kararının ise, davacı şirketin belirtilen itirazlarının tekrarı niteliğinde olan dava dilekçesindeki iddiaları yerinde görülerek, Dairemizin 18.04.2011 tarih ve E:2008/4519, K:2011/1655 sayılı kararı ile, şikâyet konusu uygulamalar hakkında, ek protokoller incelenmeksizin ve şikâyet konu eylemlerin Kanun'un 6. maddesine aykırı olup olmadığına ilişkin bir tespite yer verilmeksizin alınmış olduğu gerekçesiyle iptal edilmiş olması sonucunda, davalı idare tarafından iptal kararında yer alan bu hususlar dikkate alınarak yeniden bir karar verilecek olduğu, dolayısıyla, dava konusu Kurul kararının, davacının 02.04.2008 tarihli başvurusunun, Dairemizce iptal edilen 27.12.2007 tarihli Kurul kararına itiraz niteliğinde olan bu kısımlarının reddine yönelik kısımları hakkında, bu aşamada ayrıca bir karar verilmesinde hukuken olanak bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Dava konusu Kurul kararının, davacı şirketin, Turkcell'in 27.12.2007 tarih ve 07-92/1191-461 sayılı Rekabet Kurulu kararından sonra da aykırı uygulamalara devam ettiğinden bahisle hakkında yaptırım uygulanması isteminin reddine yönelik kısmına gelince;

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 27. maddesinin (a) bendinde, "Bu Kanun'da yasaklanan faaliyetler ve hukukî işlemler hakkında, başvuru üzerine veya re'sen inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak; bu Kanun'da düzenlenen hükümlerin ihlâl edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlâllere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp bundan sorumlu olanlara idarî para cezaları uygulamak" Rekabet Kurulu'nun görevleri arasında sayılmış; Kanun'un 4. 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

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2008/13183

Karar No : 2011/1656

teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerinin hukuka aykırı ve yasak olduğu kurala bağlanarak en çok rastlanılan rekabeti sınırlayıcı anlaşma örnekleri gösterilmiş; Kanun'un hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan 6. maddesinde ise, 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 vurgulanmış ve (a-e) bentlerinde kötüye kullanma halleri belirtilmiştir.

Öte yandan, Kanun'un 40. maddesinde, Kurul'un; re'sen veya kendisine intikal eden başvurular üzerine doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için önaraştırma yapılmasına karar vereceği, 41. maddesi gereğince de, önaraştırma raporu üzerine soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar vereceği, Kanun'un 43., 44., 45., 46. ve 47. maddelerinde öngörülen süreç yürütülerek, hakkında soruşturma yürütülenin savunması alındıktan sonra nihaî karar verileceği hükümleri yer almıştır.

Rekabet Kurulu'nun; ihbar, şikâyet veya re'sen başka kaynaklardan öğrendiği bir rekabeti sınırlayıcı anlaşma ya da hâkim durumun kötüye kullanılması eylemi hakkında ya doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açmaya gerek olup olmadığını anlamak için önaraştırma yapılmasına karar vereceği, soruşturma açmaya karar vermesi halinde tarafları bu durumdan haberdar edeceği, böylece yazılı iddia ve savunmaların ileri sürülmesi aşamasına gelineceği, daha sonra taraflarca talep edilmesi halinde ya da Kurul'ca re'sen sözlü savunma toplantısı yapılmasından sonra, nihaî karar aşamasına gelineceği hususları Kanun'da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Rekabet Kurulu tarafından, şikâyetin Kanun kapsamında olmadığından saptanması hallerinde, 4054 sayılı Kanun'un 42/2. maddesi uyarınca reddedilmesi mümkün bulunmakla beraber, Rekabet Kurumu'na şikâyet edilen hususlarla ilgili olarak, eylemin 4054 sayılı Kanun'un 4. veya 6. maddesi anlamında bir ihlâl olup olmadığına nitelendirilebilmesi için; Kurum tarafından Kanun'un "Kurulun İnceleme ve Araştırmalarında Usul" başlıklı dördüncü kısmındaki, Rekabet Kurulu'nun inceleme ve araştırmalarında uyulması zorunlu usullerin uygulanması ve önaraştırma kararının verilmesi gerekli bulunmaktadır.

Bu durumda; davacı şirketin, Turkcell'in 27.12.2007 tarihli Kurul kararının gereğini yerine getirmeyerek aykırı uygulamalarına devam ettiğine ilişkin iddiasının, 02.04.2008 tarihli başvurusunda yer alan ilk iki iddiasından farklı olarak yeni bir iddia olması karşısında, Kurul tarafından, bu iddia ile ilgili olarak, soruşturma açılmasının gerek olup olmadığına tespiti için önaraştırma yapılması gerekirken, belirtilen sürece uyulmaksızın, Turkcell'in mobil pazarlama firmaları ile sürdürmekte olduğu önaraştırma konusu münhasır ilişkiye son verdiğine ilişkin olarak Kurum'a sunmuş olduğu 11.04.2008 tarih ve 2244 sayılı yazı yeterli görülerek, Turkcell'in 27.12.2007 tarih ve 07-92/1191-461 sayılı Rekabet Kurulu kararının gereğini yerine getirdiğinin kabul edilmesi suretiyle, bu şikâyete yönelik olarak, 4054 sayılı Kanun kapsamında

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2008/13183

Karar No : 2011/1656

herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmadığına karar verilmesinde 4054 sayılı Kanuna uyarılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle; dava konusu Kurul kararının, davacı şirketin, Turkcell hakkında, 27.12.2007 tarih ve 07-92/1191-461 sayılı Rekabet Kurulu kararından sonra da aykırı uygulamalara devam ettiğinden bahisle yaptırım uygulanması istemi hakkında işlem yapılmasına gerek olmadığına ilişkin kısmının iptaline oybirliğiyle, 27.12.2007 tarih ve 07-92/1191-461 sayılı Rekabet Kurulu kararında, şikâyet konusu hususlarla ilgili olarak Kanun'un 6. maddesi kapsamında tespit yapılmadığı ve 01.07.2007 tarihinden sonra yapılan ek protokoller yoluyla Kanun'un ihlâl edilmiş olmasına rağmen yaptırım uygulanmadığı iddiaları hakkında işlem yapılmasına gerek olmadığına ilişkin kısımlarının iptali istemi hakkında ise karar verilmesine yer olmadığına oyçokluğuyla, aşağıda dökümü yapılan 110,30-TL yargılama giderinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen 2.200,00-TL avukatlık ücretinin davalı idareden alınarak davacı vekiline verilmesine, artan posta ücretinin istemi halinde davacıya iadesine 18.04.2011 tarihinde karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Faruk	Ali	Zümrüt	H.Neşe	Gürsel
ÖZTÜRK	ÖZTÜRK	ÖDEN	SARI	MEKİK
		(X)		(X)

Yargılama Giderleri

Başvuru Harcı	21,40-TL
Karar Harcı	28,90-TL
Posta Gideri	60,00-TL
Toplam	110,30-TL



DANIŞTAY

ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2008/13183

Karar No : 2011/1656

KARŞI OY (X) : Dava konusu Kurul kararının, davacı şirketin, 27.12.2007 tarih ve 07-92/1191-461 sayılı Rekabet Kurulu kararında, Turkcell'in şikâyet konusu uygulamalarıyla ilgili olarak Kanun'un 6. maddesi kapsamında tespit yapılmadığı ve Turkcell'in mobil pazarlama hizmeti sunan firmalarla 01.07.2007 tarihinden sonra da yapmış olduğu ek protokoller yoluyla 4054 sayılı Kanunu ihlâl etmiş olmasına rağmen, Turkcell hakkında yaptırım uygulanmadığı iddiaları hakkında işlem yapılmasına gerek olmadığına ilişkin kısmının, 27.12.2007 tarihli Kurul kararı Dairemizin 18.04.2011 tarih ve E:2008/4519, K:2011/1655 sayılı kararıyla iptal edildiğinden dayanağı kalmadığı gerekçesiyle iptal edilmesi gerektiği görüşüyle, kararın karar verilmesine yer olmadığına ilişkin kısmına katılmıyoruz.

Üye
Zümrüt
ÖDEN

Üye
Gürsel
MEKİK

