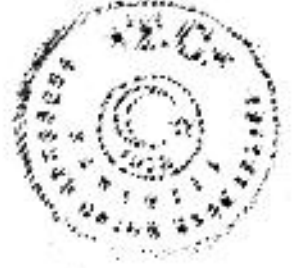


T.C.  
DANIŞTAY  
ONÜÇÜNCÜ DAİRE  
Esas No : 2008/4519  
Karar No : 2011/1655

Davacı : Avea İletişim Hizmetleri A.Ş. (Avea)  
Vekilleri : Av. Metin Şahin, Senem Özyavuz, Av. Cem Akoymak  
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.  
Vekilleri : Av. Ümit Akın, Av. Mutlu Korkmazer, Av. Betül 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, Turkcell'in mobil pazarlama hizmetleri pazarında faaliyet gösteren firmalarla yapmış olduğu ve Rekabet Kurulu'nun 10.2.2005 tarih ve 05-10/86-33 sayılı kararı ile grup muafiyetinden yararlandığı tespit edilen, ancak, Kurul kararından sonra yürürlüğe giren 2007/2 sayılı Tebliğ ile değişik 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 2. maddesi uyarınca, Turkcell'in pazar payı nedeniyle, Tebliğ kapsamı dışında kalan 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 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 ilişkin olarak davacı şirkete 12.03.2008 tarih ve 842 sayılı işlemle bildirilen 27.12.2007 tarih ve 07-92/1191-461 sayılı Rekabet Kurulu kararının, Turkcell'in mobil pazarlama firmaları ile yaptığı münhasır sözleşmelerin 4054 sayılı Kanun'u ihlâl ettiği iddialarının Kanun'un yalnızca 4. maddesi kapsamında değerlendirildiği, ancak konunun 6. madde kapsamında da değerlendirilmesi sonucunda Turkcell hakkında

**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**

**Esas No : 2008/4519**

**Karar No : 2011/1655**

soruşturma açılabilceği, usul ekonomisi gibi bir nedenle soruşturma açılmamasına hükmedilmesinin, adli yargıda açılması muhtemel bir tazminat davasında, Kurul'un bu kararı gerekçe gösterilerek, başvuru sahibini davanın reddedilmesi sonucuyla karşı karşıya bırakabileceği ve bu durumun başvuru sahibini mağdur edebileceği, Turkcell'in daha önce imzalamış olduğu bazı anlaşmaları, imzaladığı ek protokoller yoluyla tadil ederek, 01.07.2007 tarihinden sonra da 2007/2 sayılı Tebliğ' e aykırı davrandığı, yine bu bağlamda Turkcell'in dava konusu Kurul kararından sonra aykırı uygulamalarına devam ettiği, bu kapsamda Kanun'un 16. maddesinin (d) bendince cezalandırılması gerektiği, ileri sürülerek iptal edilmesi istenilmektedir.

Davalı İdarenin Savunmasının Özeti : Ana sözleşmeler dışında ek protokollerde münhasırlık hükmüne yer verilip verilmediğine ilişkin olarak her hangi bir bilgi veya belgeye sahip olunmamakla birlikte, daha önce Kurul kararı ile grup muafiyetinden yararlandığı tespit edile şikâyet konusu anlaşmalara ek olarak imzalanan protokollerin ikincil nitelikte bağıtlar olduğu ve ana sözleşmede yer alan rekabet etmeme yükümlülüğu sınırlarını aşan bir yükümlülük getiremeyeceği dikkate alındığında, bu protokollerin yeni bir sözleşme olarak değerlendirilerek, 4054 sayılı Kanun'un 4.maddesine aykırı olduğunun kabul edilmesinin mümkün olmadığı, davacı şirketin iddiasının aksine, konunun dava konusu kararda 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında da değerlendirildiği, 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca alınan ihlale son verme kararları ile Kanun'un 4. ve 6.maddelerine aykırı olan durumların yasaklandığı ileri sürülerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Davalı Yanında Müdahilin Savunmasının Özeti : Dava konusu Rekabet Kurulu kararı ile haklarında soruşturma açılmaksızın, şikâyet konusu anlaşmaların 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen şartlara uygunluğunun sağlanması konusunda gönderilen görüş yazısının gereği yerine getirilerek, katma değerli hizmetlerin sunumuna yönelik olarak, münhasır çalışma yükümlülüğu içeren sözleşme imzalanmış olan tüm firmalara, münhasır çalışma yükümlülüğünün kaldırıldığı ve bundan sonra hiçbir biçimde münhasır çalışma yükümlülüğu konulmayacağı konusunda ihtarname gönderildiği, 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, sözkonusu 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 : Davacı şirketin, Turkcell'in mobil pazarlama şirketleri ile yapmış olduğu münhasırlık hükümleri içeren anlaşmalar yoluyla 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlâl ettiğine ilişkin olarak yapılan şikâyet başvurusu üzerine, yapılan ön araştırma sırasında, taraflar arasında, katma değerli hizmetlerin sunumuna

**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**

**Esas No : 2008/4519**

**Karar No : 2011/1655**

İlişkin genel hüküm ve koşulları düzenlemek amacıyla "İçerik Temin, Reklam & Pazarlama, Sunucu Barındırma, Uygulama Geliştirme & İşletme Hizmet Çerçeve Sözleşmesi"nin imzalanmış olduğunun, bu sözleşmenin matbu nitelikte olup, kampanyanın kurgusuna göre taraflar arasında, kampanyaya özel ilişkiyi düzenlemek amacıyla ek protokollerin de imzalandığının tespit edilmiş olması karşısında, Kurul tarafından, davacı şirketin Turkcell'in 4054 sayılı Kanun'u ihlâl ettiği iddiasına ilişkin olarak, matbu sözleşmeyle birlikte ek protokollerin de incelenmesi ve değerlendirilmesi suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, sadece matbu sözleşmelerin incelenmesi suretiyle karar verilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Öte yandan, davacı şirketin, Turkcell tarafından 4054 sayılı Kanun'un sadece 4. maddesinin değil, 6.maddesinin de ihlâl edildiğinin öne sürülmüş olması ve raportörlerin görüşlerinde ve Kurul kararında, Turkcell'in hakim konumuna ve Kanun'un 6. maddesinin ihlâl edildiğine ilişkin olarak ciddi değerlendirmelere yer verilmesine rağmen, kararın sonuç kısmında, Kanun'un 6. maddesi yönünden her hangi bir tespite yer verilmemiş olması yönünden de dava konusu karar hukuka uygun bulunmamıştır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu işlemin iptali gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Pınar İMİRALIOĞLU'nun Düşüncesi : Dava, Avea İletişim Hizmetleri A.Ş. tarafından, Türkcell İletişim Hizmetleri A.Ş'nin münhasır anlaşmalar yoluyla, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u ihlâl ettiğinden bahisle yapılan şikâyetin reddine ilişkin Rekabet Kurulu kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Dosyanın incelenmesinden; davacı şirketin, Turkcell'in mobil pazarlama şirketleri ile yapmış olduğu münhasırlık hükümleri içeren anlaşmalar yoluyla 4054 sayılı Yasanın 4 ve 6. maddelerini ihlâl ettiğine ilişkin olarak yapmış olduğu şikâyet başvurusu üzere, davalı idarece 4. madde ihlaline ilişkin olarak yeterli inceleme yapılmaksızın, sözleşmelerin Yasaya uygun hale getirilmesi yolunda Turkcell'e yazı yazılması ile yetinildiği ayrıca, Turkcell'in şikâyete konu eylemlerinin 4054 sayılı Yasanın 6. maddesine uygun olup olmadığı hususunda bir karar da tesis edilmediği anlaşılmış olup, dava konusu Rekabet Kurulu Kararında bu nedenle hukuka uyarlık bulunmamıştır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu işlemin iptaline karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

**TÜRK MİLLETİ ADINA**

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüldü:

Dava, davacı şirketin, Turkcell'in katıl kazan türündeki kampanyalara ilişkin olarak

**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE****Esas No : 2008/4519****Karar No : 2011/1655**

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, Turkcell'in mobil pazarlama hizmetleri pazarında faaliyet gösteren firmalarla yapmış olduğu ve Rekabet Kurulu'nun 10.2.2005 tarih ve 05-10/86-33 sayılı kararı ile grup muafiyetinden yararlandığı tespit edilen, ancak, Kurul kararından sonra yürürlüğe giren 2007/2 sayılı Tebliğ ile değişik 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 2. maddesi uyarınca, Turkcell'in pazar payı nedeniyle Tebliğ kapsamı dışında kalan 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 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 ilişkin olarak, davacı şirkete 12.03.2008 tarih ve 842 sayılı işlemle bildirilen 27.12.2007 tarih ve 07-92/1191-461 sayılı Rekabet Kurulu kararının iptali istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 1. maddesinde, bu Kanun'un amacının, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamak olduğu belirtilmiş; 3. maddesinde, Teşebbüs, "piyasada mal" veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler" olarak tanımlanmış; 4. maddesinde, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan doğruya veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerinin hukuka aykırı ve yasak olduğu belirtilmiş; 6. maddesinde de; 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 kullanmasının hukuka aykırı ve yasak olduğu belirtilmiş; Kanun'un 16/2. maddesinde ise, bu Kanun'un 4. ve 6. maddelerinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiği, sabit olanlara Kanun maddesinde belirtilen miktarda para cezası verileceği hükme bağlanmış bulunmaktadır.

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



**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**

**Esas No : 2008/4519**

**Karar No : 2011/1655**

maddesinin uygulanmasını engellemeyeceği ve Geçici 2. maddesinde, 2007/2 sayılı Tebliğ'in yürürlüğe girdiği tarihte 2002/2 sayılı Tebliğ ile sağlanan grup muafiyetinden yararlanmakta olan, ancak 2002/2 sayılı Tebliğ'in 2007/2 sayılı Tebliğ ile değişik 2'nci maddesinde öngörülen kapsamın dışında kalan anlaşmaların bu Tebliğ'in yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde 4054 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinde düzenlenen şartlara uygunluğunun sağlanmasının gerektiği, bu süre içerisinde anılan anlaşmalara 4054 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinde öngörülen yasaklamanın uygulanmayacağı hükümlerine yer verilmiştir

Dosyanın incelenmesinden, davacı şirket tarafından Rekabet Kurumu kayıtlarına 02.04.2008 tarih ve 2049 sayı ile giren başvuru ile, katıl kazan türü kampanyaların firmaların satış faaliyetlerinin bir parçası olduğu, marka bilinirliğinin ve marka imajının olumlu bir şekilde artırılması için uygulanan bir yöntem olduğu, bu tür kampanyaların son dönemde çok sayıda firma tarafından tercih edilmekte olduğu, bu kampanyalar kapsamında genellikle, ürünü alan tüketicilerin ürünün içinden çıkan şifreyi ve irtibat bilgilerini anlaşmalı GSM operatörüne kısa mesaj (KMS) olarak göndererek kampanyaya katıldıkları, kampanya sonunda yapılan çekilişle kazanan talihliye ödül verildiği, diğer tür kampanyalarda ise tüketicilerin aldıkları ürünün yanında ürün satıcısı ile GSM işletmecisi arasındaki anlaşma kapsamında, GSM işletmecisinden hediye kontör/dakika kazandıkları, başlarda mütevazı bütçelerle yapılan bu kampanyaların tüketici ilgisi ve katılım yoğunluğu sonucunda oldukça büyük bütçelere ulaştığı, bu tür kampanyaları düzenleyen firmaların kampanyayı gerçekleştirebilmek için GSM operatörlerinden hizmet tedarik etmek zorunda oldukları, ancak Turkcell firmasının, bağlantılı çalıştığı reklâm ajansları yoluyla hizmet tedarikini tek elden satın alma şartına bağladığı, bu nedenle firmaların, pazarda %60 paya sahip olan bir teşebbüsü dışarıda bırakarak başarılı bir kampanya gerçekleştiremeyeceği düşüncesiyle münhasıran Turkcell ile çalışmak zorunda kaldıkları, hizmet tedariki teklifi ile gidilen firmaların, Turkcell'in bahse konu şartı nedeniyle Avea ile çalışmayacaklarını ifade ettikleri, Turkcell'in bu tür faaliyetlerini sadece kendisine hizmet veren yetkili reklâm ajansları ile gerçekleştirdiği, katıl kazan kampanyalarında Turkcell'in münhasıran hizmet vermesinin kaynağının reklâm ajansı ile Turkcell arasındaki sözleşmeden mi yoksa reklâm ajansı ile firma arasındaki sözleşmeden mi kaynaklandığının bilinmediği, fakat sözleşme durumu ne olursa olsun nihayetinde Turkcell ile çalışan firmaların Avea ile çalışmayı kabul etmedikleri, rekabeti kısıtlayıcı bu anlaşmaların 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı olup aynı Kanun'un 5. maddesinde yer alan muafiyet şartlarını da taşımadığı ve Turkcell'in alıcı firmalarla münhasırlık içeren sözleşmeler imzalamasının pazarın kapanmasına neden olduğu, dolayısıyla bu uygulamaların 4054 sayılı Kanun'un 6.maddesinin (a) ve (e) bentlerine de aykırı olduğu ifade edilerek, bu nedenle 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesi kapsamında Turkcell firmasına Katıl Kazan türü kampanyalarda, firmalara tek elden satın alma yükümlülüğü içeren münhasırlık uygulamasına son vermesinin bildirilmesi, Turkcell firmasının 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlal ettiğinin tespit edilmesi ve bu firmanın idari para cezası ile cezalandırılmasının talep edilmesi üzerine yapılan önaraştırma

**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**

**Esas No : 2008/4519**

**Karar No : 2011/1655**

sonucunda, raportörler tarafından hazırlanan 19.12.2007 tarih, 2007-2-192/ÖA-07-FT sayılı Önaraştırma Raporunun, 07-92 sayılı Kurul toplantısında görüşülmesi sonucu alınan dava konusu Kurul kararı ile, GSM operatörlerinin altyapıları üzerinden sunulan katma değerli hizmetlerin, pazarın kendine has özellikleri de dikkate alınarak, reklâm/tanıtım amacıyla mobil telefonları mecra olarak değerlendirmek isteyen firmalara yönelik hizmet veren firmaların faaliyet gösterdiği mobil pazarlama hizmetleri; oyun, logo, melodi gibi eğlence amaçlı servislerle, haberler, hava durumu gibi bilgilendirme amaçlı servislerin yer aldığı içerik hizmetleri ve araç/stok takip, müşteri hizmetleri gibi servisleri içeren kurumsal hizmetler olarak üç ayrı kategoriye ayrılmasının mümkün olduğu, mobil pazarlama hizmetlerinin ise, firmaların, marka/ürün tanıtımlarını yapmak, marka/ürün hakkında bilgi vermek, satışlarını artırmak, tüketicilerin marka/ürün üzerindeki tutumları üzerinde etkili olmak vb. amaçlarla mobil telefonları üzerinden son kullanıcılara ulaşmak yoluyla gerçekleştirdikleri bir pazarlama çeşidi olduğu, mobil pazarlama hizmetleri pazarının işleyişine bakıldığında; GSM üzerinden sağlanan katma değerli hizmetlerin, hizmetin içeriği ve/veya mobil şebekelerde kullanımı için gerekli yazılımın üçüncü kişiler olarak nitelenen hizmet sağlayıcı firmalardan alındığı, erişim altyapısının ise GSM operatörü tarafından sağlandığı ve bu ilişki sonucunda hizmetten elde edilen gelirlerin GSM işletmecisi ve hizmet sağlayıcısı teşebbüs ile belli oranlarda paylaşıldığı ya da hizmet sağlayıcısı teşebbüse prim ödendiği iş modellerinin uygulandığı, mobil pazarlama hizmeti veren firmaların, müşterilerine yönelik olarak; katıl kazan, kampanya, kurgulanmış tanıtım/reklâm için toplu KMS, MMS gönderimi, profilleme (veri tabanı sorgulama) ve benzeri kampanyalar/uygulamalar hazırladığı, mobil pazarlama hizmetlerinin niteliği/amacı itibarıyla diğer katma değerli hizmetlerden farklılaştığı, bu hizmetler ile diğer katma değerli hizmetler arasında herhangi bir ikame olanağının bulunmadığı, mobil pazarlama faaliyetlerinde bulunan teşebbüslerin bu alanda uzmanlaşmış profesyonel teşebbüsler oldukları, bu nedenle eğlence ve bilgi edinme gibi içerik hizmetleri sunan teşebbüsler (logo, melodi, haber, hava durumu servisleri) ile mobil pazarlama faaliyetlerinde bulunan teşebbüsler arasında arz ikamesi seviyesinin de düşük olduğu hususları dikkate alınarak ilgili ürün pazarlarından birinin, hem ürünlerin nitelik olarak farklılaşması hem de arz ikamesinin sınırlı olması nedeniyle katma değerli hizmetler pazarının bir alt pazarı olan "mobil pazarlama hizmetleri", öte yandan, mobil pazarlama hizmetlerinin sunulması için gerekli olan altyapı GSM operatörleri tarafından sağlandığından ve GSM operatörlerinin de kendi aralarında, mobil telefon kullanıcılarına erişim olanağı sağlayan erişim mecrası/altyapı sağlayıcısı olarak rekabet halinde olduklarından ilgili diğer ürün pazarının ise, "mobil pazarlama hizmetlerinin sunumu için gerekli olan altyapı hizmetleri" pazarı olarak, GSM hizmetlerinin ve dolayısıyla GSM şebekesi üzerinden sunulan katma değerli hizmetlerin tüm Türkiye'de sunuluyor olması nedeniyle ilgili coğrafi pazarın ise "Türkiye Cumhuriyeti sınırları" olarak belirlendiği, dosya konusu şikâyet kapsamında incelenen ve katıl kazan ve benzeri hizmetler için Turkcell'in teşebbüsler ile yapmış olduğu "İçerik Temin, Reklâm & Pazarlama, Sunucu Barındırma, Uygulama Geliştirme & İşletme Hizmet Çerçeve

**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**

**Esas No : 2008/4519**

**Karar No : 2011/1655**

Sözleşmesi"nin (sözleşme) matbu nitelikte olup, katma değerli hizmetlerin sunumuna ilişkin genel hüküm ve koşulları düzenlediği, bu matbu sözleşmeye ek olmak üzere, uygulanacak kampanyanın kurgusuna göre değişen ek protokollerin de imzalanabildiği, sözleşmenin konusunun, 2. maddesinde, Turkcell tarafından verilen katma değerli servisler kapsamında kuruluştan alacağı hizmetlerin esaslarını ve tarafların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini düzenlemek olarak ortaya konduğu, sözleşmenin tanımlar bölümünde sözleşmenin kapsamını oluşturan "katma değerli hizmetler"in, Turkcell tarafından, Turkcell GSM şebekesi üzerinden abonelere sunulan oyun, yarışma, oyiama, bilgi eğlence ve benzeri etkinlikler olarak, "ek sözleşme"nin ise taraflar arasında mutabık kalınan hususlara istinaden, kuruluşun Turkcell adına sağlayacağı hizmetlerin kapsamını yine Turkcell'in sunacağı katma değerli servis bazında düzenleyen ve o uygulamaya ilişkin gelir paylaşımı, fiyatlandırmalar ve ödeme zamanları gibi koşulları belirlemek üzere imzalanarak, sözleşmenin ayrılmaz bir parçasını oluşturan ve sadece sözleşme ile hüküm ifade eden sözleşme olarak tanımlandığı, Turkcell ile sözleşmeye taraf olan kuruluş arasındaki münhasırlık ilişkisinin ise, sözleşmenin, kuruluşun sözleşme süresince Turkcell ile rekabet ortamı içerisinde bulunan kişi ve kuruluşlarla sözleşme konusu veya benzeri bir servise ilişkin çalışmalarda bulunmayacağını hükme bağlayan 10.12. maddesi ile kurulduğu, bu sözleşme ile Rekabet Kurulu'nun 10.02.2005 tarih ve 05-10/86-33 kararı çerçevesinde incelenen ve 2002/2 sayılı Tebliğ ile öngörülen grup müafiyetinden yararlandığı tespit edilen sözleşmenin temelde aynı hükümleri içerdiğinin anlaşıldığı, ancak gelinen bu noktada, ilgili ürün pazarları, belirtilen 10.02.2005 tarihli Kurul kararı hda, GSM şebekeleri üzerinden sunulan katma değerli hizmetler" ve "GSM şebekeleri üzerinden katma değerli hizmetler sunmak için gerekli olan içerik temin ve uygulama hizmetleri" olarak tanımlanan ilgili ürün pazarlarına kıyasla daha dar kapsamda tanımlandığı için, Turkcell'in mobil pazarlama hizmeti veren firmalara yönelik getirdiği rekabet etmeme yükümlülüğünün, bu pazara olan etkisi açısından yeniden değerlendirilmesi gerektiğinin anlaşıldığı, şikâyet konusunun, Turkcell'in mobil pazarlama firmaları ile aralarında imzaladığı anlaşmalarda münhasırlık şartının bulunması dolayısıyla diğer GSM operatörlerinin mobil pazarlama firmalarına yönelik olarak altyapı hizmeti verememeleri olduğu, bir GSM operatörünün belirtilen ilgili pazarda faaliyette bulunabilmesi için katma değerli hizmetleri nihai kullanıcıya ulaştırabilecek altyapıya sahip olması gerektiği, bu gereklilik açısından değerlendirildiğinde, piyasada bulunan üç GSM operatörünün de birbirine benzer özelliklere sahip olduğunun ortaya konulabildiği, ancak, altyapıya sahip olmanın rekabet gücü açısından tek başına yeterli olmadığı, altyapı üzerinden sağlanan hizmetin rakiplere karşı bir üstünlük sağlayabilmesi için olabildiğince fazla nihai kullanıcıya ulaşmasının gerekmekte olduğu, bu bağlamda, mobil pazarlama hizmetlerinin sunumu için gerekli olan altyapı hizmetleri pazarında rekabet halinde bulunan GSM operatörlerinin "GSM hizmetleri" pazarındaki gücünün önem kazanmakta olduğu, Telekomünikasyon Kurumu'ndan sağlanan veriler dikkate alındığında Haziran 2007 tarihi itibarıyla, yaklaşık 58 milyon GSM abonesinin %58'inin Turkcell, %27'sinin



**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**

Esas No : 2008/4519

Karar No : 2011/1655

Vodafone,%15'inin ise Avea abonesi olduğu, pazar payları net satışlara göre değerlendirildiğinde ise, 2006 sonu itibarıyla, Turkcell'in %72'lik bir paya sahip olduğu görülürken, Vodafone'un %15, Avea'nın ise %13 oranında pazar payına sahip olduğunun anlaşıldığı, öte yandan, mobil pazarlama hizmetlerinin sunumu için gerekli olan altyapı hizmetleri pazarındaki ciro ve pazar payı rakamları incelendiğinde, ilgili pazarda Turkcell dışındaki operatörlerin "anamlı" bir varlığından söz edebilmenin olanaklı olmadığı, bu durumda, Turkcell'in münhasırlık sözleşmeleri yüzünden pazarın tamamının diğer GSM operatörlerine kapanma riskinin söz konusu olduğu, bu şekilde, Vodafone'un 2006 yılında faaliyetlerine yeni başlamış olması ve yapılanmasını yeni tamamlamış olması nedeniyle daha gerçekçi bir değerlendirme yapılmasını sağlayacak olduğu düşüncesiyle 2007 yılı rakamlarıyla, GSM operatörlerinin gerek GSM hizmetleri pazarında gerek katma değerli hizmetler piyasasında elde ettiği gelirler birlikte ele alındığında, Rekabet Kurulu'nun 10.2.2005 tarih ve 05-10/86-33 sayılı kararında yer verilen değerlendirmeye benzer şekilde, GSM operatörlerinin mevcut şebeke büyüklükleri ve GSM gelirlerine orantılı bir katma değerli hizmetler gelirleri elde ettiğinin anlaşıldığı ancak, aynı değerlendirme ile, mobil pazarlama hizmetlerinin sunumu için gerekli olan altyapı hizmetleri pazarı açısından benzer sonuçlara ulaşmanın olanaklı olmadığı, GSM operatörlerinin ilgili pazardaki ciro ve pazar payı rakamları incelendiğinde mobil pazarlama hizmetlerinin sunumu için gerekli olan altyapı hizmetleri pazarında Turkcell dışındaki operatörlerin pazar payı toplamının yok denecek kadar az olduğu raporlarla yapılan incelemeler kapsamında mobil pazarlama firmalarından da konuya ilişkin olarak görüşlerinin talep edilmesi üzerine, firmalardan gelen cevaplar incelendiğinde, Turkcell'le münhasır çalışan tüm firmaların, Avea ve Vodafone ile çalışmalarının önünde engel olmadığını belirtmiş olmalarının, Turkcell'in pazardaki gücünü ortaya koyan bir diğer önemli gösterge olduğu, hâlihazırda Turkcell ile mobil pazarlama firmaları arasında "rekabet etmeme" yükümlülüğünün hüküm altına alındığı, bu kapsamda mobil pazarlama hizmetleri sunan firmaların diğer operatörlerle çalışmalarının önünde yapılan anlaşmalar kapsamında bir engel bulunmadığı, diğer yandan mobil pazarlama firmalarının diğer operatörlerle çalışmama gerekçeleri incelendiğinde, marka sahiplerinin tercih etmediği, operatörlerin teknik altyapılarının yetersiz olduğu yönünde açıklamalara yer verilmiş olduğu, bu gerekçelerin doğru ve yerinde olduğunun kabul edilmesi durumunda, mobil pazarlama firmalarının, hâlihazırda anlaşmalarda yer alan münhasırlık şartının anlaşma hükümlerinden çıkarıldığı takdirde dahi, diğer operatörlerle çalışmayabileceklerinin anlaşıldığı, bu durumda, Turkcell'le mobil pazarlama hizmetleri sunan firmalar arasında imzalanan ve münhasırlık hükümleri içeren sözleşmelerin rekabeti gereğinden fazla kısıtlayarak, piyasa kapama etkisi yaratacak biçimde alıcının sağlayıcıya ve/veya sağlayıcının alıcıya erişimini kısıtlayan sonuçlar doğurduğunun anlaşıldığı, öte yandan, 10.2.2005 tarihli Kurul kararı ile grup muafiyetinden yararlandığı tespit edilmiş olmakla birlikte, 2007/2 sayılı Tebliğ ile değişik 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 2. maddesinde belirlenen pazar payıyla ilgili olarak %40'lık eşik

**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**

Esas No : 2008/4519

Karar No : 2011/1655

sebebiyle, Tebliğ kapsamı dışına çıktığı anlaşılan anlaşmalarda yer alan münhasırlık şartının, ilgili piyasanın önemli bölümünde rekabetin ortadan kalkması sonucunu doğurabilecek nitelikte olması nedeniyle, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (c) bendi kapsamında bireysel muafiyetten de yararlanamayacağı, dolayısıyla bu anlaşmaların 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğu tespit ve değerlendirmelerine yer verilerek bu anlaşmaların derhal 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen şartlara uygunluğunun sağlanmasının gerektiği hususunda teşebbüse görüş yazısı gönderilmesine karar verildiği, 28.03.2008 tarih ve 1085 sayılı Kurum yazısıyla bu kararının gereğinin yerine getirilmesinin Turkcell'e bildirilmesi üzerine, Turkcell tarafından konuya ilişkin olarak davalı idareye gönderilen 10.04.2008 tarihli yazı ile, mobil pazarlama hizmetleri dahil olmak üzere katma değer hizmetlerin sunumu konusunda münhasır çalışma yükümlülüğü içeren anlaşma imzalanmış olan tüm firmalara 02.04.2008 tarihli noter ihtarnamesi ile, ihtarnamenin taraflarına tebliğ edildiği tarihten itibaren, anlaşmalar ve ek protokoller yoluyla getirilmiş olan münhasır çalışma yükümlülüğünün kaldırılmış olduğunun ve taraflar arasında devam edecek iş ilişkisinde hiç bir biçimde münhasır çalışma yükümlülüğü içerisinde olmayacaklarının bildirilmesi suretiyle Kurul kararının gereğinin yerine getirildiğinin belirtildiği anlaşılmaktadır.

2007/2 sayılı Tebliğ ile getirilen değişikliğe uyum sağlamak için tamamlanmış 1 yıllık sürenin 01.07.2007 tarihinden önce imzalanmış olan mevcut sözleşmeler için öngörülmüş olması nedeniyle, dava dilekçesinde, davacı şirket tarafından, Turkcell'in 01.07.2007 tarihinden sonra da, bu matbu sözleşmelere ek protokoller imzalamak suretiyle münhasırlık içeren yeni uygulamaları ile 4054 sayılı Kanun'u ihlâl ettiğinin ileri sürülmesi karşısında, davalı idare tarafından savunma dilekçesinde, ön araştırma sırasında yapılan incelemeler sonucunda, şikâyet konusu uygulamaların, Turkcell ile mobil pazarlama hizmeti sunan teşebbüsler arasında imzalanan "İçerik Temin, Reklâm & Pazarlama, Sunucu Barındırma, Uygulama Geliştirme & İşletme Hizmet Çerçeve Sözleşmesi" adı altında imzalanmış bulunan ve taraflar arasında, katıl kazan ve benzeri hizmetlerin sunumuna ilişkin genel hüküm ve koşulları düzenleyen matbu nitelikteki sözleşmelere dayandığının ve taraflar arasında ayrıca, kampanyanın kurgusuna göre, her bir kampanyaya özel ilişkiyi düzenlemek amacıyla ek protokollerin de imzalandığının tespit edilmiş olmasına rağmen, ek protokollerin ikincil nitelikte bağitlar olduğu dolayısıyla bu protokoller yoluyla ana sözleşmenin sınırlarını aşan rekabet etmeme yükümlülüğü getirilemeyeceği düşüncesiyle ek protokollerin yeni bir sözleşme olarak kabul edilemeyeceği sonucuna varılarak, yalnızca matbu nitelikte olan ana sözleşmelerin getirilerek incelendiği, bu sözleşmelerin Rekabet Kurulu'nun 10.02.2005 tarih ve 05-10/86-33 sayılı kararı ile, 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde öngörülen grup muafiyetinden yararlanıyorken, anılan Kurul kararından sonra, 01.07.2007 tarihinde yürürlüğe giren, 2007/2 sayılı Tebliğ ile değişik 2002/2 sayılı Tebliğ'in 2. maddesi uyarınca, Turkcell'in pazar payının %40'ı aşması nedeniyle Tebliğ kapsamı dışında kalmış olduğunun ve ayrıca yapılan değerlendirmeler sonucunda, mobil pazarlama hizmetleri

## DANIŞTAY

### ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2008/4519

Karar No : 2011/1655

pazarında yer alan firmalarla yapılan bu anlaşmalarda yer alan münhasırlık şartının, 4054 sayılı Kanun'un, 5. maddesinin (c) bendi kapsamında ilgili pazarda rekabeti önemli derecede ortadan kaldırdığı yönünde ciddi ve yeterli deliller bulunmuş olması nedeniyle, bireysel muafiyetten de yararlanama olanağı bulunmadığının, dolayısıyla, Kanun'un 4. maddesine aykırı hale geldiğinin tespit edilmesine rağmen, 2007/2 sayılı Tebliğ ile öngörülen bir yıllık geçiş sürecinin dolduğu 01.07.2008 tarihine kadar Kanun'un 4. maddesi çerçevesinde ceza uygulanamayacağı için, söz konusu anlaşmaların derhal Kanun'un 5. maddesine uygun hale getirilmesi yönünde Turkcell'e görüş yazısı gönderilmesine karar verilmesi suretiyle Kurul'un görevini 4054 sayılı Kanun'a uygun olarak yerine getirdiği belirtilmekteyse de, 4054 sayılı Kanun'un rekabetin korunması amacı doğrultusunda, Kurul'un re'sen veya kendisine intikal eden başvurular üzerine, doğrudan soruşturma açılmasına yetecek bilgi ve belge bulunmadığı hallerde, daha fazla bilgi ve belge elde edebilmek için açmış olduğu önaraştırma neticesinde, ancak, rekabet kurallarını ihlâl eden her hangi bir eylem, karar ve anlaşmanın bulunmadığının hiç bir kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde ortaya çıkarılması halinde soruşturma açılmasına karar verilebileceğinin açık olması karşısında, resen inceleme ve araştırma yetkisi bulunan davalı idarenin, Turkcell'in katıl kazan kampanyalar türündeki uygulamaları ile 4054 sayılı Kanun'u ihlâl ettiği iddiasına ilişkin olarak soruşturma açılıp açılmayacağına, şikâyet konusu uygulamaların dayanağı olan ve aynı zamanda kendi bilgisi dahilinde de olan ek protokollerini getirterek, matbu sözleşme ile birlikte incelemek ve değerlendirmek suretiyle karar vermesi gerekirken, bu protokollerin ikincil nitelikte bağıtlar olduğu ve davacı şirketin şikâyet dilekçesinde Turkcell'in 01.07.2007 tarihinden sonra imzaladığı protokoller yoluyla 4054 sayılı Kanunu ihlâl ettiği yönünde bir iddiası bulunmadığı gerekçesiyle, sadece matbu sözleşmeleri getirterek, eksik inceleme yapmak suretiyle karar vermesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Öte yandan, rekabet hukukunun amaç ve ilkeleri ve 4054 sayılı Kanun'da öngörülen usul açısından, 4054 sayılı Kanun'un ihlâl edildiği iddiasına dayanan bir şikâyet hakkında soruşturma açmaya gerek olup olmadığını anlamak için yapılan önaraştırma sonucunda, eylemin veya anlaşmanın 4054 sayılı Kanun kapsamında bir ihlâl olup olmadığının tespit edilmesi suretiyle soruşturma açılıp açılmayacağına karar verilmesinin zorunlu olması karşısında, davacı şirketin, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin de ihlâl edildiği iddiasına ilişkin olarak, dava konusu Kurul kararında, Turkcell'in pazar gücü ve hakim konumuyla ilgili olarak önemli ve ciddi tespitlere ve uygulamanın dikey anlaşmalar yoluyla piyasanın rakiplere kapanması şeklinde ifade edilen hakim durumun kötüye kullanılması haline uygunluk gösterdiğine ilişkin değerlendirmelere yer verilmesine rağmen, kararın sonuç kısmının, şikâyet konusu bu uygulamanın Kanun'un 6. maddesi kapsamında olup olmadığına ilişkin olarak herhangi bir tespit içermeyecek şekilde tesis edilmesi yönünden de, dava konusu Kurul kararı hukuka uygun bulunmamıştır.

Açıklanan nedenlerle; dava konusu işlemin iptaline, aşağıda dökümü yapılan

**DANIŞTAY**  
**ONÜÇÜNCÜ DAİRE**

**Esas No : 2008/4519**

**Karar No : 2011/1655**

111,80-TL yargılama giderinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen 1.100,00-TL avukatlık ücretinin davalı idareden alınarak davacı vekiline verilmesine, artan posta ücretinin istemi halinde davacıya iadesine 18.04.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

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

Yargılama Giderleri

Başvuru Harcı	: 21,40-TL
Karar Harcı	: 28,90-TL
Posta Gideri	: <u>61,50-TL</u>
Toplam	: 111,80-TL

