

T.C.
ANKARA
4. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2012/1587
KARAR NO : 2013/1498

REKABET KURUMU
Tarih : 19.03.2014
Sayı : 1611

DAVACI : ÇİNEBEŞ FİLMCİLİK VE YAPIMCILIK ANONİM ŞİRKETİ
VEKİLİ : AV. EDA AZIK
Süleyman Seba Spor Cad. Spor Apt. No:62/4 Valideçeşme
Beşiktaş/İSTANBUL

DAVALI : REKABET KURUMU BAŞKANLIĞI / ANKARA
VEKİLİ : AV. AYPERİ SAMANTIR - Aynı Yerde

DAVANIN ÖZETİ : Davacı şirketin, Digitürk'ün dijital platform hizmetleri piyasasındaki hâkim konumunu, davacı şirket aleyhine ayrımcılık yaparak kötüye kullandığına yönelik şikâyet başvurusu üzerine yapılan soruşturma sonucunda, şikâyet konusu eylemlerin hakim durumun kötüye kullanılması olarak nitelendirilemeyeceği ve ceza verilmesine gerek olmadığına ilişkin Rekabet Kurulu'nun 03.05.2012 tarih ve 12-24/710-198 sayılı kararının; hukuka aykırı olduğu, yargı kararının uygulanmadığı, hakim durumun kötüye kullanılmadığı yorumunun yanlış olduğu ileri sürülerek iptali istemiyle açılmıştır.

SAVUNMANIN ÖZETİ : Cine 5'e Digitürk platformunda yer vermemesi uygulamasının 4054 sayılı Kanun'un hâkim durumun kötüye kullanılması başlıklı 6. maddesi kapsamında bir ihlal olarak değerlendiremeyeceği, Anayasa'nın 48. maddesi de "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir." hükmünü uyarınca sözleşme serbestisi bulunduğu, Danıştay kararı üzerine yapılan soruşturma üzerine tesis edilen işlemin hukuka uygun olduğu, davanın reddi gerektiği savunulmuştur.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Ankara 4. İdare Mahkemesi'nce 19.11.2013 tarihinde gerçekleştirilen duruşmaya davacı vekili Av. Kemal Erol'un ve davalı idare vekili Av. Ayperî Samantır'ın katıldığı, katılan taraflara usulüne göre söz verilip duruşma sonlandırıldıktan sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, davacı şirketin, Digitürk'ün dijital platform hizmetleri piyasasındaki hâkim konumunu, davacı şirket aleyhine ayrımcılık yaparak kötüye kullandığına yönelik şikâyet başvurusu üzerine yapılan soruşturma sonucunda, şikâyet konusu eylemlerin hakim durumun kötüye kullanılması olarak nitelendirilemeyeceği ve ceza verilmesine gerek olmadığına ilişkin Rekabet Kurulu'nun 03.05.2012 tarih ve 12-24/710-198 sayılı 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 olup; anılan Yasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu

T.C.
ANKARA
4. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2012/1587

KARAR NO : 2013/1498

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 hukukî işlem ve davranışların, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemlerin bu Kanun kapsamına girdiği 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, anılan Yasanın 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 hukuka aykırı ve yasaktır. Kötüye kullanma halleri özellikle şunlardır:

a)Ticarî faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırmasını amaçlayan eylemler,

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

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

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

e)Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması." hükmü yer almıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun "Kurulun İnceleme ve Araştırmalarında Usul" başlıklı dördüncü kısmında yer alan 40. Maddesinde Rekabet Kurulunun re'sen veya kendisine intikal eden başvurular üzerine doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için önaraştırma yapılmasına karar vereceği, önaraştırma yapılmasına karar verildiği takdirde önaraştırma yapmakla görevlendirilen raportörün elde ettiği bilgileri, her türlü delilleri ve konu hakkındaki görüşlerini Kurula yazılı olarak bildireceği; 41. Maddesinde, önaraştırma raporunun Kurula teslimini takiben Kurulun elde edilmiş olan bilgileri değerlendirerek soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar vereceği belirtilmiş, 43. Maddesinde; "Soruşturma yapılmasına karar verildiği takdirde Kurul ilgili daire başkanının gözetiminde soruşturmayı yürütecek raportör veya raportörleri belirler. Soruşturma en geç 6 ay içinde tamamlanır. Gerekli görüldüğü hallerde bir defaya mahsus olmak üzere Kurul tarafından 6 aya kadar ek süre verilebilir. Kurul, başlattığı soruşturmaları, soruşturmaya başlanması kararının verildiği tarihten itibaren 15 gün içinde ilgili taraflara bildirir ve tarafların ilk yazılı savunmalarını 30 gün içinde göndermelerini ister. Taraflara tanınan ilk yazılı cevap süresinin başlayabilmesi için Kurulun bu bildirim yazısı ile birlikte, iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilgiyi ilgili taraflara göndermesi gerekir.Kurulun soruşturmaya başlama kararı kesindir." hükmüne, 44. Maddesinde; "Kurul adına hareket eden ve Kurul tarafından

T.C.
ANKARA
4. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2012/1587

KARAR NO : 2013/1498

belirlenip, görevlendirilen ... raportörlerden oluşan bir heyet, soruşturma safhasında bu Kanununun 14 üncü maddesinde düzenlenen bilgi isteme ve 15 inci maddesinde düzenlenen yerinde inceleme yetkilerini kullanabilir. Belirlenen bu süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilginin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilir. Kurulun soruşturma safhasında, bu Kanunu ihlal ettiği iddia edilen kişi veya kişiler, kararı etkileyebilecek her türlü bilgi ve delili her zaman Kurula sunabilirler. Haklarında soruşturmaya başlandığı bildirilen taraflar sözlü savunma hakkını kullanma taleplerine kadar Kurum bünyesinde kendileri ile ilgili düzenlenmiş her türlü evrakın ve mümkünse elde edilmiş olan her türlü delilin bir nüshasının kendilerine verilmesini isteyebilir. Kurul, tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği konuları kararlarına dayanak yapamaz." hükmüne, 45. Maddesinde; "Soruşturma safhası sonunda hazırlanan rapor, tüm Kurul üyeleri ile ilgili taraflara tebliğ olunur. Bu Kanunu ihlal ettiği belirlenenlere yazılı savunmalarını 30 gün içinde Kurula göndermeleri tebliğ edilir. Tarafların gönderecekleri savunmalarına karşı soruşturmayı yürütmekle görevlendirilenler 15 gün içinde ek yazılı görüş bildirir ve bu da tüm Kurul üyeleri ile ilgili taraflara bildirilir. Taraflar 30 gün içinde bu görüşe cevap verebilirler. Tarafların haklı gerekçeler göstermesi halinde bu süreler bir kereye mahsus olmak üzere ve en çok bir katına kadar uzatılabilir. Tarafların süresi içinde verilmeyen savunmaları dikkate alınmaz." hükmüne, 46. Maddesinde; "Sözlü savunma toplantısı, tarafların cevap dilekçesi ya da savunma dilekçelerinde sözlü savunma hakkını kullanmak istediklerini bildirmeleri üzerine yapılır. Ayrıca Kurul, kendiliğinden sözlü savunma toplantısı yapılmasına karar verebilir. Sözlü savunma toplantısı, soruşturma safhasının bitiminden en az 30 gün en çok 60 gün içinde yapılır. Sözlü savunma toplantısı davetiyeleri sözlü savunma toplantısı gününden en az 30 gün önce taraflara gönderilir." hükmüne, 47. Maddesinde; "Sözlü savunma toplantıları açık olarak yapılır. Genel ahlakın ve ticari sırların korunması gerekçesi ile Kurul, sözlü savunma toplantısının gizli olarak yapılmasına karar verebilir. Sözlü savunma toplantılarını Kurul Başkanı veya Kurul Başkanının toplantıya katılmadığı durumlarda Kurul İkinci Başkanı yönetir. Toplantı, Kurul Başkanı veya İkinci Başkan ile en az dört Kurul Üyesinin katılımı ile yapılır. Sözlü savunma toplantıları en çok birbirini izleyen beş oturumda tamamlanır ve bir gün içinde yapılan çeşitli toplantılar bir oturum sayılır. Sözlü savunma toplantısından en geç 7 gün önce taraflar sözlü savunmada yararlanacakları ispat vasıtalarını Kurula bildirmekle yükümlüdürler. Taraflar süresi içinde bildirilmemiş ispat vasıtalarından yararlanamazlar. Sözlü savunmada ilgili taraflar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun İkinci Babının Sekizinci Faslında düzenlenen her türlü delil ve ispat vasitasından yararlanabilirler. Oturumlara bu Kanunu ihlal ettiği iddia edilen taraflar veya bunların temsilcileri ile doğrudan ya da dolaylı menfaati olduğunu oturumdan önce Kurula ispatlayanlar ya da onların temsilcileri katılabilir." hükmüne, 48. Maddesinde ise; "Sözlü savunma toplantısı yapıldıktan sonra aynı gün, bu mümkün olmaz ise gerekçesiyle birlikte 15 gün içinde karar verilir. Sözlü savunma toplantısı yapılmasının taraflarca talep edilmediği ve Kurulun da kendiliğinden sözlü savunma yapılmasına karar vermediği hallerde, nihai karar dosya üzerinde yapılacak incelemeye göre, soruşturma safhasının bitiminden sonra 30 gün içinde verilir. Sözlü savunma yapılmasına karar verilmesine rağmen ilgili tarafların sözlü savunmaya gelmemesi halinde karar, belirlenmiş toplantı tarihinden sonraki bir hafta içinde dosya üzerinde yapılacak incelemeye göre verilir." hükmüne yer verilmiştir.

T.C.
ANKARA
4. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2012/1587

KARAR NO : 2013/1498

Yasanın bu düzenlemesine göre soruşturma açılmasına yeterli bilgi ve belge varsa doğrudan soruşturma açılmasına karar verilebileceği, doğrudan soruşturma açılmasına yetecek bilgi ve belge bulunmadığı hallerde ise daha fazla bilgi veya belge elde edebilmek için önaraştırma yapılabileceği ve önaraştırma yapmakla görevlendirilen raportörün elde ettiği bilgi ve deliller ile önaraştırma raporu Kurulca değerlendirilerek soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar verilebileceği, ihbar ve şikayet başvurularında ileri sürülen iddia ve deliller ile re'sen araştırma sonucunda elde edilen bilgi ve bulguların noksan olduğu ve dolayısıyla önaraştırmaya konu edilen olayın soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı yönünde kesin bir kanaate ulaşmaya yetecek ölçüde aydınlatılmadığı hallerde Kurulca soruşturma açılmasına karar verilerek 4054 sayılı Yasanın 43. ve devamı maddelerinde düzenlenen idari usulün uygulanması sonucunda yapılacak değerlendirmenin 48.maddede öngörülen nihai kararlarla sonuçlandırılacağı açıktır.

Dosyanın incelenmesinden, Cine 5 tarafından, Digitürk'ün ilgili ürün pazarı olan "digital platform hizmetleri" pazarında hakim konumda olduğu, söz konusu hakimiyeti ile "televizyon yayıncılığı hizmetleri" ve "reklam yeri" pazarlarında ekonomik parametreleri belirleyebilme ve rekabeti etkileyebilme gücüne sahip olduğu, bu çerçevede sahip olduğu dijital platformunda Cine 5'e yer vermemesinin, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinde (a) ve (b) bentlerinde yer verilen, eşit durumdaki alıcılara ayrımcılık yapılması suretiyle rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılması eylemine uygunluk gösterdiği, bu eylemin TV izleyicilerinin, başta meslek, eğitim ve ekonomik durum gibi çeşitli kriterlere göre yapılan sosyo-ekonomik sınıflandırmada, en üst grubunu temsil etmekte olan A ve B (AB) grubu izleyicilerin çoğunluğunun Digitürk aboneliği olması sebebiyle, pahalı reklamların söz konusu olduğu A ve B grubuna yönelik reklam alma imkanlarından mahrum kalmak başta olmak üzere, televizyon yayıncılığı hizmetleri ve reklam yeri pazarlarında faaliyetlerini zorlaştırdığı iddiasıyla Kurum kayıtlarına 09.01.2008 tarih ve 176 sayı ile giren başvuru ile şikâyetle bulunulması sonucu yapılan incelemeler sonucunda hazırlanan 21.05.2008 tarih, 2008-2-70/ÖA-08-HB sayılı Önaraştırma Raporu'nun, 22.05.2008 tarih ve REK.0.06.00.00-110/159 sayılı Başkanlık önergesi ile 08-35 Kurul toplantısında görüşülmesi sonucu verilen Kurul kararı ile Digitürk hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verildiği, söz konusu işlemin iptali istemiyle açılan davada; Danıştay 13. Dairesinin 12.04.2011 tarih ve E:2008/8249, K:2011/1525 sayılı kararı ile soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına ilişkin kararın iptal edildiği, söz konusu kararın uygulanması suretiyle yapılan soruşturma sonucu düzenlenen 05.02.2012 tarih ve 2008-2-70/SR sayılı soruşturma raporuna dayanarak iddia konusu eylemlerin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 6. Maddesi kapsamında hakim durumun kötüye kullanılması olarak nitelendirilemeyeceği ve ceza verilmesine gerek olmadığına ilişkin verilen 03.05.2012 tarih ve 198 sayılı kararın iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Danıştay 13. Dairesinin kararının uygulanması sonucu yapılan inceleme sonucunda düzenlenen 05.02.2012 tarih ve 2008-2-70/SR sayılı soruşturma raporunda ve dava konusu işlemde; Anayasa'nın 48. maddesi "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir." hükmünü haiz olduğu, Rekabet kuralları da firmalar arası rekabetin tüketiciler için faydalı olduğu kabulüne dayandığından, teşebbüslere sözleşme zorunluluğu getirilmesinin rekabet kanunlarının doğasına da aykırı görüldüğü, 4054 sayılı Kanun'un amacının mal ve hizmet piyasalarındaki rekabetin korunması olduğu, bu doğrultuda,

T.C.
ANKARA
4. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2012/1587

KARAR NO : 2013/1498

şikâyet konusuyla ilgili olarak 4054 sayılı Kanun kapsamında yapılacak analizin amacının da, Cine 5'in AB grubuna yönelik reklam harcamalarına ulaşmasının teminat altına alınması değil, (varsa) Cine 5'in faaliyetlerinin zorlaştırılmasının engellenerek televizyon yayıncılığı pazarındaki rekabetin korunması olduğu, dolayısıyla öncelikle AB grubuna yönelik reklam harcamalarına ulaşmanın televizyon yayıncılarının faaliyetlerine devam edebilmeleri bakımından öneminin değerlendirildiği, AB grubuna yönelik reklam gelirlerine ulaşılmasının bir televizyon kanalının faaliyetlerini sürdürebilmesi/ başlayabilmesi için zorunlu olup olmadığının açıklığa kavuşturulması için AB grubuna yönelik reklam harcamalarının, toplam reklam harcamaları içerisindeki yeri/büyüklüğü ve Televizyon yayıncıları için önemi (reklam gelirlerinin ne kadarının hangi SES grubuna yönelik reklamlardan kaynaklandığı) tespit edilmesi gerektiği, bu doğrultuda, çeşitli televizyon kanallarından AB grubuna yönelik reklam gelirlerinin toplam reklam gelirleri içerisindeki payı hakkında bilgi talep edildiği, ayrıca, MPSA'lardan ve Reklamcılar Derneği'nden AB grubuna yönelik reklam harcamalarının toplam reklam harcamaları içerisindeki payı hakkında bilgi istenildiği, böylelikle, farklı SES gruplarına ait izleyicilere yönelik reklam harcamalarının gerek televizyon yayıncıları gerekse reklam verenler nezdindeki büyüklüğünün/öneminin tespit edilmesinin amaçlandığı, yapılan incelemelerde AB grubu veya başka bir SES grubuna yönelik reklam gelirlerinin, herhangi bir televizyon kanalının faaliyetlerini sürdürebilmesi açısından zorunlu olduğunun ileri sürülemeyeceğinin anlaşıldığı, bu nedenle Cine 5'in Digitürk platformunda yer almaması dolayısıyla AB grubuna yönelik reklam harcamalarına ulaşmadığı ve bu yolla televizyon yayıncılığı piyasasındaki faaliyetlerinin zorlaştırıldığı iddiasının analizinin yerine, Digitürk platformunda yer verilmemesi neticesinde Cine 5'in faaliyetlerinin zorlaştırılıp zorlaştırılmadığının değerlendirildiği, bu çerçevede ulaşılan sonuçlar; iletim vasıtaları bakımından Cine 5'in durumu incelendiğinde, kanalın ülkemizdeki bütün iletim araçlarıyla taşındığı, karasal ve kablo TV ortamında bulunan Cine 5, uydudan da taşındığı, Tivibu, Tele Dünya ve D-Smart platformlarının yanı sıra 22.05.2009 tarihinden itibaren Digitürk platformunda da yer aldığı, dolayısıyla, Cine 5'in bulunmadığı herhangi bir iletim vasıtasının olmadığı, Ülkemizde hâlihazırda uydudan iletim diğer iletim vasıtalarına göre daha çok tercih edilmekte ve 2010 yılı verilerine göre izleyicilerin çoğunluğunun yayınlara uydudan ulaştığı, bu anlamda Cine 5'in, uydudan da iletilmesi nedeniyle bu erişim imkânına sahip olmayan yayıncılara göre avantajlı olduğu, Cine 5'in ulusal yayıncı sıfatını haiz bir işletmeci olması nedeniyle gerek kapsama alanının büyüklüğü bakımından gerekse frekans kullanım hakkının tesis edilmesi nedeniyle diğer birçok yayıncıya göre ayrıcalıklı bir konumda olduğu, TV kanalları için yapılan reklam yatırımlarının oldukça önemli bir kısmı ulusal kanallara yönelik olduğu, yayınları karasal ortamdan ve uydudan iletilmesi nedeniyle Türkiye'deki izleyicilerin neredeyse tamamına ulaşan Cine 5'in, ulusal yayıncı olması nedeniyle reklam verenler tarafından da öncelikli olarak tercih edildiği ve söz konusu avantajların Cine 5'in reklam gelirlerini arttırabilmesi anlamında önemli bir potansiyel yarattığı, reklam verenler nezdinde reklam verilecek televizyon kanalı belirlenirken temel olarak izlenme oranları ve hedeflenen kitleye uygunluk dikkate alındığı, bu anlamda Cine 5'in reklam gelirlerini yükselterek televizyon yayıncılığı piyasasındaki pazar payını arttırabilmesi, izlenme oranlarını arttırabilmesiyle doğrudan ilişkili olduğu, yapılan incelemelerde Cine 5'in (tüm gün, prime time ve AB grubuna ait izlenme oranları da dâhil olmak üzere) izlenme oranları Digitürk platformunda yer almaya başladığı 2009 yılından bu yana sürekli düştüğü, dolayısıyla Digitürk platformuna katılmanın

T.C.
ANKARA
4. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2012/1587

KARAR NO : 2013/1498

Cine 5'in izlenme oranları açısından herhangi bir olumlu etkisinin olmadığı, bu durumun Digitürk platformunda yer almalarına rağmen izlenme oranları düşüş gösteren Kanal 7 ve STV için de benzer şekilde gerçekleştiği, bu çerçevede, Cine 5'in gerek izlenme oranlarının artırılması gerekse yayınlarının izleyicilere ulaşabilmesi için, Digitürk platformunda yer almasının zorunlu olmadığı sonucuna ulaşıldığı, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan ve dolaylı olarak ayrımcılık yapılmasını yasakladığı, ancak burada önemle üzerinde durulması gereken hususun, ayrımcılık iddiasının, benzer nitelikte bir teşebbüsle ticari ilişkiye girilirken şikâyetçi teşebbüsle bu tür bir ilişki kurulmamış olması üzerine inşa edilmesi olduğu, diğer deyişle şikâyetçi Cine 5, Digitürk'ün iradesi hilafına kendisine platformunda yer vermesini talep ettiği, ancak Anayasa'nın 48. maddesinde güvence altına alınan sözleşme özgürlüğü ilkesine göre fertler, herhangi bir akit yapıp yapmamak, akdi dilediği kimseyle yapmak ve akdin muhtevasını belirlemek konusunda, hukuk düzeninin sınırları içerisinde kalmak koşuluyla serbestiye sahip bulunduğu, ayrıca Danıştay 10. Dairesi'nin 2001/355 E., 2003/4245 K. sayılı kararında da "eşit durumdaki alıcılara aynı, eşit hak ve yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması hâkim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilebilecek ise de; bu hususun piyasaya sunulan hizmetin durumu, hitap ettiği kesim ve kamu yararı kavramları açısından bir değerlendirme yapılarak belirlenmesi gerektiği açıktır" ifadelerine yer verilmek suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinde kötüye kullanma hallerinden birisi olarak sayılan ayrımcılık kavramının değerlendirilmesine açıklık getirildiği, Anayasa'nın 48., 4054 sayılı Kanun'un 6/b. maddesi ve Danıştay 10. Dairesi'nin yukarıda belirtilen değerlendirmesi ışığında; bir sözleşme yapmanın reddedilmesi eyleminin ayrımcılık şeklinde bir ihlal olarak kabul edilebilmesi için sözleşme yapma yükümlülüğünün bulunması gerektiği, bir teşebbüsün Rekabet Hukuku dahilinde sözleşme yapma yükümlülüğü altında bulunması için gerekli şartlar yukarıda yapılan değerlendirmede sayıldığı ve Digitürk'ün anılan yükümlülük altında olmadığı dolayısıyla ayrımcılık eyleminin gerçekleşmediği belirtilmiştir.

Ayrıca İstanbul 13. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2007/652 esas sayılı ve 15.04.2009 tarihli kararında da a) Cine 5 firmasının yayınlarının izleyicilere ulaşabilmesi açısından Digitürk platformunda sunulan hizmetin sorunlu bir altyapı hizmeti olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı, b) Bu yayınların başka dijital platformlar veya teknik yollarla da (uydu,kablolu tv vs.) izleyicilere ulaştırılma imkânı bulunması nedeniyle Digitürk firmasının faaliyet gösterdiği pazarda hâkim konuma sahip olmadığı, c) Sözleşme yapma serbestisi ilkesinin istisnası bir durum dava konusu olayda bulunmadığından Digitürk firmasının sözleşme yapma zorunluluğunda da bulunmadığı" tespitine yer verildiği görülmektedir.

Yukarıda yer verilen tespit ve değerlendirmeler ışığında, sözleşme yapma serbestisi ilkesinin istisnası bir durumun dava konusu olayda bulunmadığı, Cine 5'e Digitürk platformunda yer vermemesi uygulamasının 4054 sayılı Kanun'un hâkim durumun kötüye kullanılması başlıklı 6. maddesi kapsamında bir ihlal olarak değerlendirilmeyeceği sonucuna ulaşıldığından tesis edilen dava konusu işlemde hukuka ve mevzuata aykırılık görülmemiştir.

T.C.
ANKARA
4. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2012/1587

KARAR NO : 2013/1498

Öte yandan; davacı şirket tarafından, Danıştay 13. Dairesi tarafından verilen iptal kararının uygulanmadığı ileri sürülmekte ise de; Danıştay 13. Dairesinin 12.04.2011 tarih ve E:2008/8249, K:2011/1525 sayılı kararı ile Digitürk hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığına ilişkin işlemin iptal edildiği, söz konusu karar uyarınca soruşturma yapılarak dava konusu işlemle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 48.maddesi uyarınca nihai karar verildiği görülmekle söz konusu iddiaya itibar edilmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, **davanın reddine**, aşağıda dökümü yapılan 121,20 TL yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına, Avukatlık Aasgari Ücret Tarifesi uyarınca duruşmalı dosyalar için takdir olunan 1.320,00 TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine, artan posta ücretinin kararın kesinleşmesinden sonra davacıya iadesine, kararın tebliğini izleyen günden itibaren 30 gün içerisinde Danıştay'a temyiz yolu açık olmak üzere 03/12/2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.



Üye
HANİFE ÖZTAŞ BAYRAM
101147

Üye
FATMA BULDAG
152946

YARGILAMA GIDERLERİ :

Başvurma Harcı :	21,15 TL
Karar Harcı :	21,15 TL
Vekalet Harcı :	3,30 TL
Posta Gideri :	75,60 TL
TOPLAM :	121,20 TL