



UYGULAMALI REKABET HUKUKU SEMİNERLERİ
2020 BAHAR DÖNEMİ PROGRAMI
2020 Bahar Dönemi / 13 Şubat-9 Mayıs 2020

Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri, İstanbul Bilgi Üniversitesi SBE hukuk yüksek lisans programında 2006 yılından bu yana sunulan bir seminer dersidir. Kamuya açık olan bu derste her hafta farklı bir konu, uygulamadan bir uzman tarafından anlatılmakta ve tartışılmaktadır. 2011 yılından bu yana, Seminer programına kayıt yaptırarak düzenli katılım gösteren kişilere "**katılım sertifikası**" verilmektedir.

Programın Amacı

Rekabet hukuku, piyasa ekonomisinin sağlıklı bir şekilde işlemesi açısından vazgeçilmez hukuk dallarından biridir. Bu hukuk dalı, günümüzde dağıtım anlaşmaları, birleşmeler, fiyatlandırma politikaları ve iş birliği anlaşmaları gibi pek çok ticari işlemi yakından ilgilendirmekte ve düzenlenen piyasalar dahi olmak üzere, ekonominin her alanında yaygın bir şekilde uygulanmaktadır. Bu nedenle, rekabet hukuku hakkında bilgi sahibi olmak, günümüzde başta avukatlar olmak üzere, yöneticiler ve üst düzey çalışanlar açısından son derece önemlidir.

Bu sertifika programının amacı, katılımcılara Türk ve mukayeseli rekabet hukuku uygulaması hakkında bilgi vermek, güncel sorunlar ve tartışmalar hakkında onları aydınlatmaktır. Bu şekilde, katılımcıların bu hukuk dalını daha iyi anlamaları ve pratikte karşılaşılan rekabet hukuku sorunları karşısında, çözüm geliştirme becerisini kazanmaları hedeflenmektedir. Ayrıca seminer dersi ile, rekabet hukuku ile ilgilenen profesyonellerin bir araya geldiği bir tartışma platformu oluşturulması da hedeflenmektedir.

Programın Konusu

Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri Sertifika Programı, esas itibarla Türk pozitif rekabet hukukunu konu edinmektedir. Bu nedenle Rekabet Kurulu kararları ve düzenlemeleri, ana inceleme konusunu oluşturmaktadır. Ancak mehzaz teşkil etmesi bakımından AB ve etkisine binaen ABD rekabet hukukları da seminer konuları arasında yer alır. Güncel konu ve tartışmalar, konuların uzmanları (avukatlar ve akademisyenler) tarafından teorik ve uygulama boyutu ile aktarılmakta ve örnek kararlar ile yasaklayıcı normların çizdiği çerçeve izah edilmektedir.

Programın Yapısı ve Süresi

Seminerler, aşağıda belirtilen program dahilinde her **Perşembe 19:00** saatinde **santralistanbul Kampüs'ünde** başlayacak ve tek ara verilerek, 21:30 civarında sona erecektir. Seminer konusu ile ilgili belge ve bilgiler (mümkün olduğu ölçüde) 1 hafta öncesinden katılımcılara gönderilecek ve bu şekilde konu hakkında bilgilenmeleri sağlanacaktır. 12 haftada, 24 konu ele alınacak ve 13 Şubat – 9 Mayıs tarihleri arasında gerçekleşecektir.

Katılım sertifikası söz konusu olduğu için, Programa asgari olarak 8 hafta katılmak zorunludur. Aksi halde katılımcı sertifika almaya hak kazanamayacaktır.

Kayıt ve Ücret Bilgisi

Seminer rekabet hukuku ile ilgilenen ve özellikle temel rekabet hukuku bilgisine sahip herkese açıktır. Sertifika almak isteyen öğrenciler için Program ücreti KDV dahil 3800 TL olup, 24 Ocak 2020 tarihine kadar %40 erken kayıt indirimi uygulanmaktadır. Aynı şekilde, daha önce Rekabet Hukuku ve Politikası Uygulama ve Araştırma Merkezi'nin düzenlediği programlara katılan (gerçek ve tüzel) kişiler için %40 indirim tatbik edilmektedir. Yine öğrenci, stajyer avukat ve İstanbul Bilgi Üniversitesi mezunları ve grup katılımcılar muhtelif indirimlerden yararlanabilir. Kayıt süreci ile ilgili bilgi için rhm@bilgi.edu.tr adresine mesaj atmanız yeterlidir.

Öğretim Kadrosu

Prof. Dr. Yılmaz Aslan (Aslan Hukuk Bürosu)

Doç. Dr. Emin Köksal (Bahçeşehir Üniversitesi Ekonomi Bölümü Öğretim Üyesi)
Evren Sesli, Balcıoğlu Selçuk Akman Keki Avukatlık Ortaklığı, Counsel (Ekonomist)

Dr. Muzaffer Eroğlu (Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

Av. Bulut Girgin (Gen Temizer Özer)

Dr. Kadir Baş (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Av. Caner K. Çeşit (Aslan Hukuk Bürosu, Avukat)

Av. Zümrüt Esin (Esin Avukatlık Ortaklığı, Ortak Avukat)

Av. İsmail G. Esin (Esin Avukatlık Ortaklığı, Ortak Avukat)

Av. İklim Gülsün Aytekin (Özdirekcan Dünder Şenocak Avukatlık Bürosu)

Metin Pektaş (Nazalı Hukuk)

Stj. Av. Deniz Kıvanç (Nazalı Hukuk)

Gökşin Kekevi, LL.M. (Arçelik A.Ş. Rekabet Uyum Yöneticisi)

Dr. Öğretim Üyesi Yusuf Sertaç Serter (Anadolu Üniversitesi, İdare Hukuku Ana Bilim Dalı)

Av. Armanç Canbeyli, LL.M. (Balcıoğlu Selçuk Akman Keki Avukatlık Ortaklığı)

Av. Haluk Arı (Arı Avukatlık Bürosu)

Av. Gönenç Gürkaynak, LL.M. (ELİG Gürkaynak Avukatlık Bürosu)

Av. Berfu Akgün (ELİG Gürkaynak Avukatlık Bürosu)

Dr. Öğretim Üyesi İpek Çevik (Marmara Üniversitesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı)

Dr. Or Brook (School of Law, University of Leeds)

Av. Barış Yüksel, LL.M. (ACTECON, Kıdemli Danışman)

Av. Mehmet Salan (ACTECON, Danışman)

Av. Elif Açelya Balkı, LL.M. (Migros Tic. A.Ş. Rekabet Uyum Müdürü)

Av. Cihan Doğan, LL.M. MSc (CD Hukuk Bürosu)

Çiğdem Gizem Okkaoglu – Rekabet Kurumu

Av. Mert Karamustafaoğlu, LL.M. (Erdem & Erdem Ortak Avukat Bürosu Ortak, Rekabet Ve Uyum Lideri)

Av. Ecem Süsoy Uygun, LL.M. MBL (Erdem & Erdem Ortak Avukat Bürosu Kıdemli Avukat)

Av. Şeyma İnal (İnal Hukuk Bürosu)

Av. Baran Baş (İnal Hukuk Bürosu)

Dr. Öğretim Üyesi M. Fatih Arıcı (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Araş. Gör. Buğra Kesici (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Neyzar Ünübol, LL.M (Kolcuoğlu Demirkan Koçaklı Hukuk Bürosu, Rekabet Hukuku Danışmanı)

Av. Gülçin Dere (Paksoy Hukuk Bürosu)

Program koordinatörü

Doç. Dr. Kerem Cem Sanlı (İstanbul Bilgi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

PROGRAM (13 Şubat – 9 Mayıs 2020)

1. HAFTA 13.02.2020

Avrupa Birliği Komisyonu ve Rekabet Kurulunun Son Dönemdeki Kararları Işığında İhlal Türleri ve Sektörlere Bakış Açısı

Prof. Dr. Yılmaz Aslan

Çalışma ile, Türk Rekabet Kurulu ve Avrupa Birliği Komisyonu'nun 2019 yılı ağırlıklı olmak üzere son 5 yılda yoğunlaştığı sektörler ve rekabet ihlali türlerine ilişkin olarak genel bir bakış açısı sunulması amaçlanmaktadır. Çalışma kapsamına otoritelerin birleşme/devralma, menfi tespit/muafiyet değerlendirmelerine konu kararları dahil edilmemiştir. İnceleme konusu kararlar ihlal bulgularının değerlendirildiği kararlardır. Bu çerçevede öncelikle, otoritelerin yoğunlaştığı sektörlerle ilişkin istatistiki bilgiler sunularak otoritelerin incelemelerini yönlendirdiği sektörler gösterilmektedir. İstatistiki bilgiler, 2019 yılı öncelikli olmak üzere son 5 yıl içerisinde verilen kararlar ve henüz sonuçlanmamış olmakla birlikte devam eden soruşturmaları kapsamaktadır.

İkinci olarak, Rekabet Kurulu ile Avrupa Birliği Komisyonu'nun rekabet ihlali türü bakımından son beş yıl içerisinde gösterdiği trendler ele alınmaktadır. Bu çerçevede, Rekabet Kurulu'nun 4054 sayılı Rekabet Korunması Hakkında Kanun'un 4 ile 6. maddelerine yönelik olarak hangi rekabet ihlali türüne ağırlık verdiği ve 4. madde özelinde yatay ve dikey ihlallerden hangisine yoğunlaştığı gösterilmektedir. Benzer bir şekilde, Avrupa Birliği Komisyonu'nun kararlarının da Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 101 ile 102. maddelerinden hangilerine ve 101. madde özelinde yatay ve dikey ihlallerden hangisine yoğunlaştığı açıklanmaktadır.

Çalışmanın son kısmında ise, sektörlerin genellikle hangi ihlal türlerine yönelik rekabet sicillerinin kabarık olduğu ve değişen toplumsal ve teknolojik yapının Avrupa Birliği Komisyonu ile Rekabet Kurulu'nun kararlarına nasıl yansıdığı yönünde bir sonuca ulaşılması hedeflenmektedir.

Rekabet Kurulu'nun Uyumlu Eylem Kararları: Sanayi İktisadı Öngörülleri, ABD ve AB İctihatlarıyla Ne Kadar Uyumlu?

Doç. Dr. Emin Köksal

Evren Sesli, Counsel (Ekonomist)

Uyumlu eylem, rekabet hukuku açısından tespiti en zor ve aynı zamanda hata riski en yüksek ihlal türlerinden biridir. Bu sebeple ileri düzeyde iktisadi ve hukuki analizlerin yapılmasının zorunlu olduğu bir alandır. Bu tür iddialara dair tespitlerin sağlıklı bir şekilde yapılmasında ve ortaya çıkabilecek hatalara dair risklerin azaltılmasında, rekabet hukuku uygulayıcılarının tecrübeleri ve bu çerçevede ortaya koydukları içtihatları büyük rol oynamaktadır. Bunun yanında, modern rekabet hukuku anlayışını benimsemiş ülkelerdeki yaklaşım ile de etkileşim halinde olmanın bu yönde bir ilerleme sağlayacağı kuşkusuzdur.

Bu çalışmada yukardaki tespitlerden yola çıkarak, uyumlu eylem iddialarının Rekabet Kurul'u kararlarında nasıl bir yaklaşım ile ele alındığının ve bu yaklaşımın zaman içerisinde nasıl evrildiğinin bir analizini yapmaktadır. Bunu yaparken de rekabet hukuku bakımından öncü olan Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve Avrupa Birliği (AB) uygulamaları ile karşılaştırmalı bir çerçeve sunmaktadır.

Çalışmada, 2000 – 2018 yılları arasında doğrudan uyumlu eylem iddiası barındıran 17 Rekabet Kurulu kararı incelenmiştir. Bu kararlardan beşi idari yargıda iptal edilmiş ve Rekabet Kurulu'nca yeniden değerlendirilmiştir. Her ne kadar hukuksal geçerliliği olmasa da yeniden değerlendirilen bu kararlar, Kurul'un yaklaşımını görmek amacıyla inceleme kapsamına alınmıştır.

Bu kapsamda öncelikle ABD ve AB mevzuatından farklı olarak, Rekabet Kanunu'nun uyumlu eylemlere yönelik getirdiği karine uygulamasının Kurul kararlarına nasıl yansıdığına bakıldığında, 2004-2008 arasındaki altı kararın, incelenen diğer kararlardan oldukça farklı bir anlayış ile ele alındığı göze çarpmaktadır. Söz konusu kararların herhangi bir iletişim deliline dayanmadan veya rekabet hukuku kapsamında ihlal sayılabilecek bir anlaşmanın varlığı ispat edilmeden, teşebbüslerin paralel nitelikteki davranışlarına dayanarak alındığı anlaşılmaktadır. Bu çerçevede yukarda sözü edilen kararların uyumlu eylem karinesi üzerinden ilerleyen, iktisadi verilerle açıklanamayan paralel davranışları rekabet ihlali olarak değerlendirdiği anlaşılmaktadır. Kararlardaki bu yaklaşım AB ve ABD uygulamalarından farklı bir uygulamaya işaret etmektedir.

Rekabet Kurulu'nun aldığı uyumlu eylem iddialarına yönelik ilk kararlarda (2000-2004 yılları arasında), oligopol pazarlardaki karşılıklı bağımlılık unsurunun belirgin bir şekilde dikkate alındığı, iletişimin varlığı ve niteliğinin kararlarda belirleyici bir rol oynadığı görülmektedir. Bu yaklaşım, ABD'deki uygulamalara benzer şekilde paralel fiyat davranışlarından çok, teşebbüslerin söz konusu davranışlarını iletişim yoluyla destekleyip desteklemediğine yönelik uygulama ile benzerlik göstermektedir. Ayrıca, 1990'lardan sonraki—uyumlu eyleminin nedensellik içeren bir etki-tepki ilişkisi içinde olup olmadığını ortaya koyma çabasını barındıran—AB uygulamaları ile de paralellik göstermektedir.

Rekabet Kurulu'nun 2014 ve sonrasındaki uyumlu eylem iddialarını incelediği kararların sanayi iktisadı literatürünün ortaya koyduğu öngörüler ile tutarlı olmanın yanında—özellikle teşebbüsler arası iletişimin niteliğini incelenmesi açısından—çağdaş AB ve ABD uygulamalarına paralel bir anlayışı da yansıttığını söylemek mümkündür. Tarihsel açıdan

bakıldığında ise Kurul'un bu uygulamaları ile 2000'li yılların başındaki yaklaşımına geri döndüğünü söylemek yanlış olmayacaktır.

2. HAFTA 20.02.2020

İklim Değişikliği, Sürdürülebilirlik ve Rekabet Hukuku

Dr. Muzaffer Eroğlu

Bilimsel veriler, temel nedeni tüketim üzerine kurulu modern yaşam biçimi olan iklim değişikliğinin çevre ve insan hayatı üzerindeki kötü etkilerinin şiddetini gün geçtikçe artırdığına işaret ediyor. Öyle ki bugünlerde artık salt iklim değişikliğinden değil bir "iklim krizinden" söz ediliyor. Nitekim bu gelişmelerle birlikte iklim kriziyle mücadele başta olmak üzere sürdürülebilirlik tartışmaları son yılların ekonomi gündeminin en önemli konu başlıklarından biri haline geldi ve bu tartışmalar da kaçınılmaz olarak geleneksel ekonomik modellerin sorgulanması sonucunu doğurdu. Bu tartışmalar yapılırken teşebbüslerin kâr elde etme amacının yanında sürdürülebilir politikalar izlemelerinin de bir gereklilik olduğu savı önemli oranda destekçi bulmakta, teşebbüslerin güncel ekonomi politikalarını ve uygulamadaki davranışlarını sürdürülebilirlik esaslarına göre yeniden şekillendirmeleri gerektiği savunulmaktadır.

Tüm bu tartışmalar serbest piyasa ekonomisinin merkezinde yer alan ve piyasa ekonomisinin sağlıklı bir şekilde işlemesini sağlamak için önemli bir araç olan rekabet hukuku uygulamalarını da etkilemektedir. Bilindiği üzere rekabet hukukunun bugün en çok kabul gören amacı tüketici refahını sağlamaktır. Bugünlerde sürdürülebilirlik tartışmaları ile birlikte uzun yıllar yalnızca ekonomik parametrelerle ölçülen tüketici refahının artık yalnızca ekonomik parametreleri değil çevresel etki gibi tüketici refahına etki eden başkaca parametreleri de kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerektiği ileri sürülmektedir.

Bu gelişmeler kapsamında temel rekabet hukuku kurallarının yeniden yorumlanması ve teşebbüslerin iklim kriziyle mücadeleye ve sürdürülebilirliği sağlamaya yönelik davranışlarının rekabet hukuku uygulaması açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu amaçla bu seminer dersinde iklim krizi ve sürdürülebilirlik konularının rekabet hukuku uygulaması üzerine mevcut ve muhtemel etkilerinin incelenmesi ve ekolojik kaygıların rekabet hukuku analizinin bir parçası haline getirilmesi gerekip gerekmediği hususunun tartışmaya açılması amaçlanmaktadır.

Anti-tröstün Kökenleri ve Yeni Ekonominin Rekabet Hukuku Paradigması

Av. Bulut Girgin

Modern anlamda anti-tröst 1800'lü yılların ikinci yarısında Kuzey Amerika'da ortaya çıkarken anti-tröst savunucusu toplumsal hareketlerin temel amacı; tekellerin endüstrilerin neredeyse tamamını eline geçiren pazar gücünün önlenmesiydi. Bu anlamda, anti-tröstün teknik bir hukuki süreç olmaktan ziyade 1800'lü yılların sonunda toplumsal ve politik bir hareket olarak ortaya çıktığı söylenebilir. Tarihi örnekler üzerinden gidildiğinde, pazar gücü artışının sadece tüketici refahı veya toplumsal refah kaybı gibi sorunlarına değil; aynı zamanda demokrasi krizlerine ve toplumsal çöküntülere de yol açabildiği görülmektedir. ABD'de Büyük Buhran'ın ortaya çıkışı ile İtalya'da faşizmin ve Almanya'da da nasyonel sosyalizmin yükselişinin ilgili yıllarda bu ülkelerde yaşanan tekelleşme ve anti-tröst politikalarıyla ilişkisi yadsınamaz.

Bunun yanında, tekelci pazar gücü genellikle ilgili dönemin "teknolojik/inovatif" girdisine sahip olarak elde edilegelmiştir. Rockefeller dönemindeki inovatif girdi olan demiryoluna sahip olmak ile günümüzde de büyük veriye sahip olmak üzerinden bir analogi kurulabilecektir. Özellikle yakın zamandaki AB Komisyonunun ve Rekabet Kurulunun Google ve Bundeskartellamt'ın Facebook kararları ortada bir pazar gücü sorunu olduğunu açık bir

biçimde ifade etmektedir. Büyük veriden kaynaklanan pazar gücü sadece pazardaki rekabete etki etmekle kalmamaktadır. Cambridge Analytica skandalında olduğu gibi; sosyal medya üzerinden kamuoyu iradesinin manipülasyonu iddiaları düşünüldüğünde büyük verinin getirdiği pazar gücünden kaynaklanan sorunların çok farklı boyutları ortaya çıkmaktadır. Bu noktada, anti-tröstün ilk çıkış amacına dönüp bakmakta yarar görülmektedir.

1950 sonrası Chicago okulunun etki kazanması ile anti-tröst uygulamasının evrildiği, temele etkinliği koyan, toplumsal refah anlayışının ve bunun ölçülmesinde kullanılan yöntemlerin günümüzdeki geçerliliği sorgulanır hale gelmiştir. Zira pozitif fiyatı merkeze alan SSNIP pratiği üzerinden bir pazar tanımının veya gelir üzerinden yapılan pazar gücü ölçümünün, klasik anlamda fiyatın ortadan kalktığı yeni ekonomide geçerliliğini yitirmeye başladığı söylenebilecektir. Yine yoğunlaşmaların kontrolüne ilişkin mevcut düzenlemeler, “*killer acquisition*” olarak tabir edilen devralmaları kaçırmakta mevcut rekabet hukuku kuralları veya veri gizliliği düzenlemeleri birçok endüstrinin temel girdisi olan “büyük verinin” az sayıda teşebbüsün elinde birikmesinin önüne geçmekte yetersiz kalarak Tip 2 hatalara yol açmaktadır.

Yine sürdürülebilirlik tartışmaları ve şirketlerin tek amacının kar maksimizasyonu olmaması gerektiği yönündeki yaklaşımlar temelinde hissedar kapitalizminden paydaş kapitalizmine yönelme çabaları, rekabet hukukunun temel varsayımlarını sarsmakta ve onun mevcut haliyle yeni ekonomide uygulanabilirliğinin sorgulanmasına sebep olmaktadır. Bu durum rekabet hukuku uygulamasında bir paradigma değişimi ihtiyacını ortaya çıkartmaktadır. Özellikle parayla ölçülebilecek fiyatı olmayan ürünler açısından rekabet hukukunun bir reform sürecine girme gerekliliği AB üst düzey yöneticileri tarafından açıkça ifade edilir hale gelmiştir.

Bu doğrultuda, özellikle AB’de soruşturmalar vasıtasıyla bazı adımlar atılmaya başlanmış, aynı zamanda sorunu çözmek adına düzenleme reformları tartışılmaya başlanmıştır. Bunlara örnek olarak AB’de hazırlanması planlanan yeni pazar tanımı düzenlemesi ve Almanya başta olmak üzere birçok başka ülkede gündemde olan yoğunlaşma kontrol eşiklerinde yapılması planlanan değişiklikler gösterilebilir.

Rekabet hukuku 1800’lü yılların sonunda olduğu gibi ana akım tartışmaların içerisinde kendine gün geçtikçe daha fazla pay bulmaktadır. Dolayısıyla, rekabet hukukunun önümüzdeki 5-10 yıl içerisinde evrileceği nokta içinde yaşadığımız dünyayı şekillendirecek temel konulara etki edecektir. Bu tebliğ de rekabet hukukunu tarihsel bağlamı içerisinde ele alarak, gerek kapitalizmin yapısal değişikliklerinin günümüz rekabet hukuku uygulamasında neleri değiştirmeye başladığına ve gelecekte neleri değiştirebileceğine ilişkin bir ışık tutmayı amaçlamaktadır.

3. HAFTA 27.02.2020

Sınai Mülkiyet Hukuku ve Rekabet Hukuku Boyutlarıyla Yedek Parça Rekabeti

Dr. Kadir Baş

Yedek parça satışı, otomotiv sektörü başta olmak üzere birçok sektörde üretici teşebbüsler açısından önemli bir gelir kaynağı oluşturmaktadır. Öyle ki, üreticiler, birincil pazarlarda yoğun rekabet sebebiyle düşük kâr marjının olduğu durumlarda, yedek parça veya diğer satış sonrası ürün ve hizmetleri yüksek fiyatlayarak karlılığını artırma yolunu seçebilmektedir. Tüketicilerin satış sonrasında bu şekilde yüksek fiyatlara maruz kalmasının önlenmesi için, üretici teşebbüsler üzerinde rekabet baskısı oluşturacak nitelikte bağımsız yedek parça sağlayıcılarının varlığı önemlidir. Bu noktada, üretici teşebbüsün önemli yatırımlar yaparak tasarladığı ürünler üzerindeki fikri mülkiyet haklarının korunması ile yedek parça pazarındaki

rekabetin ve dolayısıyla tüketicilerin korunması arasında bir dengenin kurulması gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

Rekabet hukuku kapsamında, yedek parça rekabetini korumayı hedefleyen özel bir hüküm, Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde öngörülmüştür. Tebliğin 6/1(ğ) maddesinde, motorlu taşıt sağlayıcısının; yetkili dağıtıcının veya yetkili servisin orijinal yedek parçaları yanında “eş değer kalitede” yedek parçaları kendi tercih ettiği üçüncü bir teşebbüsten satın almasını ve bunları motorlu taşıtların bakım ve onarımı için kullanmasını kural olarak engelleyemeyeceği düzenlenmiştir. Motorlu taşıtlara ilişkin olarak öngörülen ve sadece eş değer kalitedeki yedek parçalar için sınırlı bir koruma sağlayan bu hüküm, bağımsız üreticilerin yedek parça pazarına girişleri açısından genel bir rekabet hukuku kuralı ortaya koymamaktadır.

Fikri mülkiyet hukuku açısından bakıldığında ise, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda, yedek parça rekabetinin korunması amacıyla sınai hak sahibine sağlanan tekel haklarına önemli istisnalar getirildiği görülmektedir. Ancak, bu istisnaların, üçüncü kişilerin yedek parça pazarına girişi konusunda sınai hakların oluşturmuş olduğu hukuki engelleri tümüyle kaldırdığını söylemek de güçtür.

Bu seminerde, yedek parçalara ilişkin rekabetçi bir ortamın oluşturulması konusunda mevcut sınai mülkiyet hukuku ve rekabet hukuku yaklaşımlarının incelenmesi ve tespit edilen sorunlu hususlara ilişkin çözüm önerileri getirilmesi amaçlanmaktadır. Seminerde, özel bir düzenlemeye tabi olması ve yedek parça rekabetinin ön plana çıkması sebebiyle, daha çok motorlu taşıtlar sektörüne odaklanılacaktır. Bu sektör açısından önemli bir oyuncu olmaları dolayısıyla sigorta şirketlerinin rolüne de seminerde değinilecektir.

Ödeme Hizmetlerindeki Rekabette Yeni Dönem: Madalyonun İki Yüzü

Av. Caner K. Çeşit

Bilindiği üzere, dijital çağın gelişimiyle beraber, yapay zekâ, büyük veri, blokzincir, algoritma, platform ekonomisi gibi teknolojiler hayatımıza kazandırılmıştır. Piyasalarda yaşanan dijital dönüşümden finansal pazarlar da nasibini almış ve sektöre yönelik olarak getirilen yeni düzenlemeler neticesinde finansal hizmetlerin banka dışı teşebbüsler tarafından sunulmasına imkân tanınmıştır. Finansal hizmetlerin teknolojik altyapıyla birleşmesi üzerine finansal teknoloji (fintek - *fintech*) kavramı literatürde kendisine yer bulmuştur. Fintek hizmeti sunan teşebbüslere, finansal piyasalardaki mevcut hizmetleri hem ikame etme hem de tamamlama rolü atfedilmiştir.

Böylelikle finansal hizmetlerin tabana yayılması, ürün ve hizmetlerin çeşitlendirilmesi, tüketici taleplerinin karşılanmasına yönelik ürün sunulması, şeffaflık ve kalitenin artırılması ve maliyetlerin düşürülmesi hedeflenmiştir. Pek tabii ki, finansal hizmetlerin banka dışı oyunculara açılması üzerine, bu piyasalara yönelik iştah salt girişimci (*startup*) olarak adlandırılabilir teşebbüslerle sınırlı kalmamış ve büyük teknoloji platformları da finansal piyasalardan pay alma güdüsü içerisinde girmiştir. Diğer mal ve hizmet piyasalarıyla kolay ilişkilendirilebilir olması sebebiyle ödeme hizmetleri başlıca ilgi odağı haline gelmiştir.

Ödeme hizmetlerindeki bu gelişmeler, ilgili pazarı her daim öncelikli uygulama alanlarından gören rekabet otoritelerinin de ilgisini çekmiş ve nasıl bir rekabet politikası belirlenmesi gerektiği sorusu gündeme gelmiştir. Nitekim girişimci olarak nitelendirilen teşebbüslerin ödeme piyasalarına girişi bakımından özellikle yerleşik bankalardan hizmet alma zorunlulukları bulunması sebebiyle farklı rekabetçi kaygılar ortaya çıkmışken; büyük teknoloji platformlarının ödeme hizmetlerine yoğunlaşması, bu teşebbüslerin esas faaliyet alanlarında çok büyük bir güce sahip olması nedeniyle başkaca rekabetçi endişeleri gözler önüne sermiştir. İşbu çalışmada, her iki perspektiften değerlendirme yapılmak suretiyle ödeme hizmetlerindeki dijital dönüşümde rekabetçi kaygıların neler olduğu ve rekabet otoritelerinin bu kaygılar

bakımından hangi rolü üstlendiği ortaya konulmaya çalışılmaktadır. Bu doğrultuda, öncelikle ödeme hizmetlerinin neler olduğu ve hangi özellikleri barındırdığına kısaca değinilecektir. Ardından piyasadaki yerleşik bankalar aleyhine getirilen asimetrik regülasyona rağmen, yerleşik bankaların, girişimci teşebbüslerin pazarda kendilerine yer edinmesinin önünde engel teşkil edebilecek rekabet karşıtı eylemleri ele alınacaktır. Bu kapsamda, finansal piyasaların kendine özgü yapısı nedeniyle, piyasaya yeni giriş yapan veya yapmaya çalışan teşebbüslerin faaliyet gösterebilmesi açısından gerekli olan girdilere erişim sağlamasının, yerleşik teşebbüsler tarafından ne şekilde engellenebileceği irdelenecektir. Yerleşik bankaların rekabete aykırılık teşkil edebilecek davranışları gerek rakipler arası anlaşmalar gerekse hakim durumun kötüye kullanılması çerçevesinde ele alınacaktır. Diğer taraftan, bankalara getirilen asimetrik regülasyondan büyük teknoloji platformlarının nasıl yararlanabileceği, kendi ekosistemine sahip bu teşebbüslerin pazar gücünü ilişkili pazarlara aktarmak ve oluşturdukları ödeme hizmetlerine öncelik tanımak suretiyle hakim durumun kötüye kullanılması çerçevesinde piyasadaki rekabeti nasıl etkileyebileceği ele alınacaktır. Tüm bu değerlendirmeler neticesinde, ülkemizdeki düzenleyici çerçevenin ne şekilde geliştirilmesi ve Rekabet Kurumu'nun burada hangi rolü üstlenmesi gerektiği tartışmaya açılacaktır.

4. HAFTA 05.03.2020

Rekabet Hukuku İhlallerinden Kaynaklı Tazminat Davalarında Nedensellik Bağına İlişkin Sorunlar

Av. Zümrüt Esin ve Av. İsmail G. Esin

Rekabet hukuku ihlalleri özel hukuk açısından Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi anlamında birer haksız fiildir ve bu ihlallerden kaynaklı tazminat taleplerinde dört temel unsurun varlığının ispat edilmesi gerekir. Bu unsurlar; kusur, hukuka aykırı fiil, zarar ve hukuka aykırı fiil ile zarar arasındaki nedensellik bağıdır. Türk Hukuku'nda henüz çok fazla yaygınlaşmamış olan, rekabet hukuku ihlali kaynaklı tazminat davalarında çözüme kavuşturulmayı bekleyen birçok problemlili konu vardır. Bu problemlili konuların önemli bir kısmı da yukarıda sayılı dört unsurdan biri olan nedensellik bağı noktasında toplanmaktadır.

Hukuka aykırı fiil ve zarar arasındaki nedensellik bağının önemi, esasen ihlali gerçekleştirdiği iddia edilen teşebbüsün sorumluluğunun sınırının çizilmesinde ortaya çıkacaktır. Bu noktada belirlenmesi gereken ilk husus, ihlal iddiasına konu eylem harici zarara yol açabilecek pazarın daralması, ekonomik kriz gibi sebeplerin var olup olmadığı ve nedensellik bağı üzerindeki etkisidir. Nedensellik bağına ilişkin gündeme gelebilecek ikinci husus ise ihlale dayalı tazminat davasını kimlerin açabileceği hususudur. Bu çerçevede, ihlalden doğrudan zarar gören teşebbüs ve/veya kişilerin yanında dolaylı olarak zarar gören tarafların da belirlenmesi dava hakkı açısından azami önem arz etmektedir.

Bu çalışmada nedensellik bağına ilişkin olarak yukarıda yer alan sorular Avrupa Birliği (özellikle Almanya ve İngiltere) ile ABD Hukukundaki güncel gelişmeler çerçevesinde karşılaştırmalı olarak incelenecek ve Türk uygulamasında açılacak tazminat davalarında nedensellik bağının belirlenmesine ilişkin değerlendirmelerimiz sunulacaktır.

Gelenekselden Dijitale: Müzik Sektörüne Rekabet Hukuku Bağlamında Bir Bakış

Av. İklim Gülsün Aytekin

Dijitalleşme ile bankacılıktan sağlığa her türlü sektörde alışageldik kalıplardan hızlıca çıkıyoruz. Geleneksel piyasalardan kodların ve algoritmaların dünyasına olan bu geçişte gerek AR&GE sonucu gelen yeni ürünler ve hizmetler gerekse de bu yeniliklerle şekillenen tüketici alışkanlıkları ve tercihleri ile hem yeni pazarların keşfi hem de eskilerin devinimi kaçınılmaz oluyor.

Son birkaç 10 yılda şekilden şekle giren müzik sektörü özellikle tüketicinin dijitalleşmede belki de en hızlı uyum sağladığı yerlerden biri. Çok da geriye gitmeden yalnızca 2000'li yılların başına baktığımızda CD ve DVD'lerin ciddi seviyede hüküm sürdüğü müzik piyasasında "korsan" ürünler konuşulurken yalnızca birkaç yıl sonra dijital ortamda ücretli ya da ücretsiz olarak şarkılar indirilmeye (*download*) başlanmıştır. Akabinde, özellikle çevrimiçi dinleme (*online* ya da *streaming*) özelliğinin gelmesi ve hatta video destekli ücretsiz müzik platformlarının da ziyadesiyle kullanılması ile bugün müzik piyasasında fiziki satışın neredeyse sona erdiği bir noktadayız.

Bu durum, kendinde has yapısı sebebiyle tedarik zincirinin farklı seviyelerinde birçok farklı aktörü barındıran müzik sektöründeki pazar tanımlarını ve rekabeti de etkilemektedir. Gerçekten de icra edilen bir şarkının yalnızca bir yapımcı tarafından kaydedilip ilgili mali hakların devri yoluyla fiziki dağıtım sonucu direkt tüketiciye ulaştığı bir kurgudan halihazırda dağıtım kanallarının çeşitlenmesi ile zincirleme ve bir o kadar kompleks bir düzene doğru gelinmektedir. Dijital dağıtım haklarını alan bir teşebbüs artık tüketiciye şarkıyı etkin bir şekilde ulaştırabilmek için yolu gerek online video müzik platformlarından gerekse de tüm dünyada ücretsiz ve çevrimiçi olarak tüketicilerin dinletisine sunan büyük dijital müzik mağazalarından geçecektir. Özellikle bu dikey sözleşmeler ve yeni pazar tanımlarında büyük balığın küçük balığı yuttuğu Avrupa Birliği Komisyon kararları (örneğin; COMP/M.6458 - Universal Music Group/ EMI Music, No COMP/M.6884 - ACCESS/ PLG, COMP/M.5272 - SONY BMG) ufuk açıcı niteliktedir.

Sektörün dijitalleşmesi sebebiyle, pazardaki rekabeti ölçümlerken yapılan ciro hesaplamalarında da şu soru sık sık gündeme gelmektedir: Geleneksel anlayışla fatura kesilen platformlar mı, en son ulaşan tüketici mi yoksa mali haklara ilişkin telif hakkı ödemesi yapılacak yapımcılar mı esas alınacaktır? Avrupa Birliği Komisyonu ve ilgili üye ülkelerin rekabet otoritelerinin kararları bize bu konuda da yol gösterecektir. Yine dijital sektörde mihenk taşı olarak adlandırılabilir bir karar müzik piyasasında 2018 yılında Avrupa Birliği Komisyonu tarafından Apple/Shazam birleşmesine ilişkin alınmış ve Birlik'te her ne kadar ciro eşiği sistemi uygulansa da işlem değeri esas alınarak incelemeye tabi tutulmuştur.

Sunumda gerek yukarıdaki kararlardan örnekler verilerek gerekse de Türkiye pazarındaki dinamikler irdelenmek suretiyle dijitalleşen müzik sektöründe rekabetin anlatılması hedeflenmektedir.

5. HAFTA 12.03.2020

Rekabet Hukukunda Taahhüt Yöntemi: 15 Yıllık Komisyon Uygulaması ve Türk Rekabet Hukukundaki Benzer Uygulamalar

Metin Pektaş (Nazal Hukuk) ve Stj. Av. Deniz Kıvanç

Taahhüt yöntemi, rekabet hukuku incelemesi altındaki teşebbüslerin, rekabet sorunlarını giderici nitelikte birtakım taahhütler sunması ve bu taahhütler çerçevesinde yürütülen incelemenin sonlandırılmasına olanak sağlayan bir uzlaşma usulüdür. Taahhüt yöntemine duyulan ihtiyaç, kamu tarafının aleyhine oluşan bilgi asimetrisi karşısında, önaraştırma ve soruşturmalarda etkinlik ve verimlilik arayışından kaynaklanmaktadır.

Avrupa Komisyonu'nun taahhüt uygulaması, 2004 yılında yürürlüğe giren 1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü kapsamında gerçekleştirilmektedir. 1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü'nde genel

olarak; rekabet hukuku uygulamasında etkinlik ve verimliliğin sağlanması, Komisyon'un genişlemeler nedeniyle artan iş yükü karşısında önemli rekabet ihlallerine eğilebilmesinin sağlanması, yeknesak bir uygulamanın gerçekleştirilebilmesi, teşebbüsler için hukuki güvenliğin sağlanması ve usullerin sadeleştirilerek bürokratik engellerin azaltılması amaçlanmaktadır. Konsey Tüzüğü'nün 9. maddesindeki "Taahhütler" başlığı altında düzenlenen bu yöntemde; dosya özelindeki rekabet sorununun en kısa süre içerisinde ortadan kaldırılması ve rekabetin yeniden tesisi amacıyla isabetli tedbirlerin hayata geçirilmesi ve inceleme süreçlerinde usul ekonomisi sağlanması amaçlanmıştır. Komisyon'un 1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü kapsamındaki 15 yıllık geçmiş taahhüt uygulamasına bakıldığında, 2004-2019 yılları arasında rekabet ihlallerine ilişkin toplam 78 karar almış olduğu ve bu kararların 40'ının taahhüt kararıyla sonuçlandırıldığı görülmektedir. İhlal kararlarının yarısından fazlasının taahhüt yöntemiyle sonuçlandırılmış olması, bu yöntemin 15 yıl boyunca etkin bir şekilde kullanıldığını göstermek açısından ilk gösterge olarak kabul edilmelidir.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da ("4054 sayılı Kanun") ise uzlaşma ve taahhüt yöntemlerini açıkça düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık 23.01.2014 tarihli Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nda, Avrupa Konseyi'nin 1/2003 sayılı Tüzüğü'nün 9. maddesinde yer alan taahhüt yöntemini düzenleyen maddesiyle benzer nitelikte bir hükme yer verilmiştir. Söz konusu Tasarı'nın ne zaman yasalaşacağı, Tasarı'da herhangi bir değişiklik yapıp yapılmayacağı henüz kamuoyu tarafından bilinmemektedir. 4054 sayılı Kanun'da henüz açık bir yasal dayanak bulunmamakla birlikte, Rekabet Kurumu'nun Kanun'un "İhlale Son Verme" başlıklı mevcut 9. maddesinin 3. fıkrasını geniş yorumlayarak önaraştırma ve soruşturma süreçlerinde ihtiyaç duyduğu taahhüt benzeri uygulamaları uzun yıllardır gerçekleştirdiği görülmektedir. Kurul'un 9/3 uygulaması gerçekleştirdiği en güncel karar, 19-14/189-85 sayılı ve 04.04.2019 tarihli ESGAZ kararıdır. Gerekçeli kararın yakın zamanda yayımlandığı ve önaraştırma sonunda alınmış olan bu karardaki 9/3 uygulamasında, Avrupa Komisyonu'nun taahhüt uygulamasına çok yaklaşıldığı görülmektedir.

Bu bildiri kapsamında yapılacak çalışmada, Avrupa Komisyonu'nun 15 yıllık taahhüt uygulaması çerçevesinde bu yöntemin uygulandığı pazarlar ve ihlal türleri/nitelikleri bakımından ortaya çıkmış olması muhtemel birtakım uygulama prensipleri tespit edilmeye çalışılacak ve ardından bu prensipler ışığında, 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesi çerçevesindeki uygulamalar ve özellikle 2019 tarihli ESGAZ kararı değerlendirilerek Türkiye uygulamasına dönük çıkarımlar yapılacaktır.

Yerinde İnceleme Yetkisine İlişkin Güncel Tartışmalar: Tüm Paydaşları Mutlu Edecek Bir Çözüm Mümkün mü?

Gökşin Kekevi LL.M.

4054 sayılı Kanun ile Rekabet Kurumuna verilen yetkiler arasında en tartışılmalardan biri, yerinde inceleme yetkisidir. Yerinde incelemenin muhataplarında özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, kendini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamama gibi temel hak ve özgürlüklerinin kısıtlandığı endişesi doğabilmekte; incelemeyi yapan uzmanlar ise can güvenliklerinin tehdit edilmesine kadar varan durumlarla karşılaşabilmektedir. Son yıllarda bu tartışmalar, Unilever gibi kapsamlı bir uyum programına sahip küresel bir oyuncuya, TEB gibi meslek kuruluşuna ya da Anı Tur, Ege Gübre, Medyacızade, Mosaş, Nuhoglu gibi önde gelen veya kamuoyunca bilinen şirketlere verilen yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması cezaları ile daha da artmıştır. Dolayısıyla sunumda, Rekabet Kurulu ve mahkeme kararları, gelişmiş rekabet hukuku sistemlerindeki uygulamalar ve 4054 sayılı Kanun'daki değişiklik tasarısı ışığında konuya ilişkin değerlendirmeler yapıp, öneriler getirilecektir.

6. HAFTA 19.03.2020

Rekabet Hukukunda İspat Standardı: Güncel Uygulamaların İdare Hukuku İlkeleri Kapsamında Değerlendirilmesi

Dr. Öğretim Üyesi Yusuf Sertaç Serter ve Av. Armanç Canbeyli, LL.M.

İspat standardı, içerisinde maddi anlamda yargılama faaliyeti barındıran ve hukuki terminoloji itibarıyla yargısal, yarı yargısal veya yargı benzeri olarak addedilen tüm süreçlerin en önemli unsurlarındandır. Dolayısıyla, inceme konusu sürecin ne şekilde isimlendirildiğinden bağımsız olarak, soruşturma ve delil toplama gibi unsurları barındıran ve yaptırım tesis etme kabiliyetine sahip tüm adli veya idari süreçlerin, ispat standardına ilişkin kural ve teamüllere uyum göstermesi gerekmektedir. Aksi takdirde, verilen kararlar ve tesis edilen yaptırımların itibarına gölge düşeceği gibi, bunlar ile elde edilmek istenen hukuki faydalar da yarım kalacaklardır.

İspat standardına ilişkin yukarıda belirtilen kavramları rekabet hukukuna uyguladığımızda, rekabet hukuku soruşturmalarının nitelik itibarıyla maddi anlamda yargılama faaliyeti olarak ele alındığını görmekteyiz. Aynı kapsamda, Rekabet Kurumu'nun meslek personeline tanınan inceleme ve delil toplama yetkileri de oldukça geniş kapsamlıdır ve pek çok yargı sürecinde tesis edilenden daha ağır yaptırımlar uygulanabilmektedir. Hal böyle olunca, bu süreçlerde ispat faaliyetinin ne şekilde ele alındığı hukuki açıdan önem kazanmaktadır. İspat faaliyetinin layığı ile yerine getirilmemiş olması ise olası bir idari yargı sürecinde iptal sebebi olacaktır.

Öte yandan, ispat standardının rekabet hukuku açısından tek önemi karara giden süreçte hakkaniyetin sağlanması da değildir. Gerçekten, serbest piyasa ekonomisinin anayasası olarak değerlendirilen rekabet kurallarının, ticaret ekosistemini hem piyasa oyuncularından hem de sistemin kendisinden korumak gibi önemli bir vazifesi vardır ve rekabet kuralları, bu yönü ile ekonomi üzerine hukuk zerk etmektedir. Fakat unutmamak gerekir ki ekonomi, kendine has denge noktaları olan bir ilişkiler bütünüdür ve buna düzenleyici müdahalelerde bulunan hukukçuların, hukuk ile ekonomi disiplinleri arasında keskin ve isabetli bir denge kurmaları gerekmektedir. Ekonomik sistemin, temelinde güvene dayalı bir ilişkiler bütünü olduğu da dikkate alındığında, bu çok boyutlu düzlemde uygulanacak idari yaptırımların da ayaklarının yere sağlam basması ve ispat standardı ile hukukun genel ilkeleriyle uyumlu olması önem kazanmaktadır. Aksi takdirde, bu hassas denge üzerine uygulanacak kural ve yaptırımlara olan güven sarsılacak ve serbest piyasa ekonomisini kendisinden dahi korumakla yükümlü rekabet hukukunun işlevini yerine getirmesi güçleşecektir.

Tüm bu hususlar dairesinde, işbu çalışma, son dönemde verilen Rekabet Kurulu kararları üzerinden ispat faaliyetindeki uygulama eğilimlerini ele alacak ve Rekabet Kurulu'nun karar insicamı üzerinden ispat faaliyetindeki gelişim ve değişimleri değerlendirecektir.

Bu kapsamda birinci olarak rekabet soruşturmalarının idare hukuku içerisindeki konumu ve niteliği değerlendirilecektir. İkinci olarak ispat standardının teorik boyutunu ele alacak ve mehz AB uygulaması üzerinden mukayeseli bir inceleme gerçekleştirecektir. İspat standardı konusunda katma değer sunan bir diğer önemli yetki alanı olan ABD hukuku da, analogi itibarıyla uygun düştüğü ölçüde çalışmaya yansıtılacaktır.

Takip eden bölümde ispat standardı uygulamasında son dönemde karşılaşılan temel sorunlar ele alınacaktır. Bu bölümün alt başlıkları kapsamında ikincil delillerin, istatistiki delillerin, niyet unsurunun ve piyasanın genel görünümünün delil nitelikleri ve ispat kabiliyetleri incelenecektir. Özellikle makul şüphe kavramının AB ve Türk rekabet hukuku rejimindeki karşılığı incelenecek ve ne tür bulguların makul şüphenin ötesine geçip nelerin yokluğundan kararın eksik inceleme sebebiyle bozulabileceğine ilişkin yüksek yargı kararları ele alınacaktır. Son olarak Tip-I/Tip-II hatalar ile ispat standardının ihlal türüne göre değişkenlik göstermesi konularına da değinecek olan çalışmamız, ispat faaliyetinin iktisadi boyutunu da ele alacak ve

“hukuk ve ekonomi” teorisi düzleminde ideal ispat standardına ilişkin kullanılan formülleri inceleyecek ve güncel kararları bu açıdan değerlendirecektir.

Son Dönem Kurul Kararları Çerçevesinde Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Sözleşme Serbestisinin Sınırları

Av. Haluk Arı

Sözleşme yapmayı reddetme konusunun, son birkaç yıl içinde oldukça sık denilebilecek bir şekilde Kurul kararlarına konu olduğunu görüyoruz. Daha net ifade etmek gerekirse 2016 yılından bu yana Solgar, Ankara Fuar, Dow Kimya, Luxottica, Roche, Radontek, Novartis, Maysan Mando, İsttelkom ve son olarak Varinak olmak üzere 10 soruşturmada bu konuya değinildi ve bunlardan dördünde hakkında soruşturma yürütülen teşebbüslere ceza uygulandı. Özellikle Radontek kararında Kurul’un, istikrarlı bir şekilde uyguladığı “yeniden satışa konu olan ürünler için sözleşme yapmayı reddetme eyleminin kabul edilmeyeceği” yönündeki yerleşik içtihadına aykırı bir karar vermesi oldukça dikkat çekici oldu. Bu kararın bir istisna olup olmadığı henüz tartışılmadan çok yakın tarihli Varinak kararı bu yaklaşımın devam edebileceğine işaret ediyor. Bu durum başta her iki kararın da ortak noktası olan tıbbi cihazlar pazarı olmak üzere satış sonrası hizmetler pazarında yedek parça tedarik eden ve hakim durumda kabul edilecek tüm şirketleri yakından ilgilendiriyor. Bu kararlar başta olmak üzere, sunumda, Kurul’un yakın dönemdeki kararları ele alınarak hakim durumdaki teşebbüslerin sözleşme yapma serbestisinin kısıtlanıp kısıtlanmadığı tartışılacaktır.

7. HAFTA 26.03.2020

Avrupa Birliğinde Yoğunlaşmaların Kontrolünde Hukuksuz Kararlar ve Tazminat

Av. Gönenç Gürkaynak, LL.M. ve Av. Berfu Akgün

Rekabet otoriteleri dahil olmak üzere, tüm idari otoriteler tarafından verilen kararların yargısal denetime tabi olması şüphesiz herhangi bir modern hukuk sistemi için vazgeçilmezdir. Zira aksi durum, idari işlem niteliğinde olan rekabet otoritesi kararlarını Anayasal bir zorunluluk olan yargısal denetimden yoksun bırakacaktır. Avrupa Komisyonunun vermiş olduğu kararlar bakımından söz konusu yargısal denetim görevini Avrupa Mahkemeleri (ABAD ve Genel Mahkeme) yerine getirmektedir. Bununla birlikte, Avrupa’daki yargısal denetim mekanizmasının etkinliği ve beraberinde getirdiği sonuçlar, son yıllarda Komisyon kararlarının işlem tarafları ve üçüncü kişiler tarafından daha sıklaşıp bir şekilde temyiz incelemesine tabi tutulması yönündeki eğilim dikkate alındığında, git gide daha da önem kazanmaktadır.

Komisyonun birleşme veya devralma işlemlerine ilişkin izin veya ret kararlarının Avrupa Mahkemelerince yapılan inceleme sonucunda iptal edilmesi, taraflar, ilgili üçüncü kişiler ve pazarın geneli üzerinde, diğer iptal kararlarına kıyasla daha farklı sonuçlara yol açabilmektedir. Zira birleşme veya devralma işlemlerine ilişkin kararlar, *ex-post* bir değerlendirme neticesinde pazardaki geçmiş bir davranışa ilişkin olarak alınmış Komisyon kararlarından ziyade, *ex-ante* bir değerlendirme neticesinde pazarda henüz oluşmamış bir senaryonun incelenmesi suretiyle verilen kararlardır ve nitelik itibarıyla bir çok belirsizlik barındırmaktadırlar. Bu itibarla bir işleme dair verilen izin veya ret kararının belirli bir süre sonra Komisyon kararındaki eksik veya hatalı bir unsur nedeniyle iptal edilmesi, hem işlem tarafları hem de ilgili üçüncü kişiler bakımından tazmin edilmesi oldukça güç zararların doğmasına sebebiyet verebilmektedir. Bununla beraber söz konusu zararların pazarın bütününe sirayet ederek, nihai olarak tüketiciler bakımından da etkinsiz sonuçlar doğurması da gündeme gelebilecektir.

Bu kapsamda birleşme devralma dosyalarının incelenmesi neticesinde verilen Komisyon kararlarının yargısal denetimi ile kararın iptal edildiği durumlarda, işlem tarafları, ilgili üçüncü kişiler ve nihai olarak pazarın bütünü açısından doğabilecek olumsuz sonuçların en aza indirgenebilmesi adına, tazminat mekanizmasının daha etkin şekilde işleyişinin sağlanması ve Komisyon kararlarının en azından usule dair unsurlarının, kararın bozulmasına sebebiyet verebilecek nitelikte bir eksik veya hata barındırmaması için gereken mekanizmaların kurulması gibi önlemlerin alınması büyük önem teşkil etmektedir.

Birleşme ve Devralmalar Bakımından Büyük Verinin Rekabete Etkileri

Dr. Öğretim Üyesi İpek Çevik

Dijitalleşme ile dijital pazarların önemi arttıkça, büyük veriyi oluşturan kişisel verilerin de bir rekabet unsuru haline geldiği görülmektedir. Büyük veriyi şekillendiren unsurlara (hacim, hız, çeşitlilik, geçerlilik ve değer) sahip olan teknolojik altyapıdaki teşebbüslerin, dijital platformlar aracılığı ile yeni nesil rekabeti şekillendirmeleri söz konusudur. Bu güçlü teşebbüslerin rekabet riskleri hem anlaşmalar ve uyumlu eylemler uyarınca, hem hakim durumun kötüye kullanılması uyarınca ortaya çıkarken; özellikle birleşme ve devralmalar bakımından büyük veri ile bağlantılı pazarlardaki rekabet denetiminin detaylı analizler kapsamında yapılması gerekmektedir. Bu anlamda, klasik fiyat rekabetinin ötesinde, tüketiciyi ilgilendiren diğer fiyat dışı rekabet parametrelerinin de gittikçe önem kazandığı, rekabet analizi yapılırken dikkate alınması gereken bir husustur.

Belirli çok yönlü platformlar incelendiğinde, teşebbüslerce verilen hizmetler belli bir fiyat karşılığında olmayıp, teşebbüslerin büyük veri oluşumlarını geliştirmek amacına bağlı olarak, kişisel veri elde etmek karşılığında sunulmaktadır. Bu sebeple, büyük veri bağlantılı birleşme ve devralmaların rekabet etki analizlerinde, klasik 'küçük ama önemli ve kalıcı fiyat artışı' - SSNIP- testinin yetersiz kaldığı görülmektedir. Bu çerçevede, fiyat dışı rekabet bakımından tüketiciler, kişisel verilerinin gizliliklerinin korunmasına dair oluşturulan güven çerçevesinde belirli platform seçimlerine yönelebilmektedirler. Fiyatın bir rekabet parametresi olmadığı bu durumlarda, verilerin korunması ve kişisel bilgilerin gizliliği unsurları, hizmet veya ürün kalitesi açısından ayrı bir rekabet parametresi yaratmaktadır. Bu nedenle, yeni petrolün büyük veri olduğu hususu dikkate alındığında, büyük veri sahibi teşebbüslerin birleşmesi ve devralınması durumunda rekabet analizinin farklı parametreler kapmasında yapılması gerekmektedir.

Büyük veri bağlantılı birleşme ve devralmalar, bir yandan yenilikleri destekleyip, ürün ve hizmetlerin sunumu açısından kalitenin artmasını sağlayacak şekilde olumlu olabilirken; diğer yandan da, büyük verisini güçlendiren teşebbüslerin yoğunlaşma yaratarak ve potansiyel rakiplerin büyük veriye ulaşımını zorlaştırarak, pazara giriş engellerini arttırması sonucunu ortaya çıkarması da mümkündür. Bu anlamda, büyük veri ile bağlantılı olan pazarlarda, gizlilik unsurunun rekabet nesnesi olarak öne çıkması; birleşen veya devralınan teşebbüsler özelinde, farklı veri bankasına sahip olan teşebbüslerin büyük verilerini birleştirip kullanması, ilgili pazarda yapısal olumsuz etkilere ve tüketicilerin bu nedenle gizlilikleri hakkında endişe duymasına sebep olabilmektedir.

Özellikle verilerin korunması, AB Genel Veri Koruma Tüzüğü kapsamında çok daha önemli husus haline gelmiştir; ancak bunun yanında büyük veri pazarlarının genellikle dinamik pazarlar olması ve nesnelerin interneti ile veriye ulaşmanın her geçen gün yeni teşebbüsler için daha kolay hale gelmesi, yukarıda söz edilen rekabet risklerini minimize eden bir durumdur. Bu alanda start-up teşebbüslerin, güçlü teşebbüsler tarafından devralınması konusu, birleşme ve devralma ciro eşiklerinin tekrar değerlendirilmesi gerektiği düşüncelerini ortaya çıkarırken; büyük veri bağlantılı pazarların yenilikçi ve gelişerek büyüyen yapısına da sıkı rekabet denetimi altında sekte vurulmaması gerektiği vurgulanmaktadır. Bu kapsamda,

birleşme ve devralmalar konusunda rekabet etkilerinin doğru parametreler dikkate alınarak detaylı şekilde yapılması gerekliliği doğmaktadır.

Büyük veriyi, birleşme ve devralmalar kapsamında değerlendirecek olan sunum, farklı örnek kararlar uyarınca olumlu ve olumsuz rekabet etkilerinden yola çıkarak, bu alanda nasıl bir rekabet politikası izlenmesi gerektiğine dair tartışmaları ortaya koymayı hedeflemektedir.

8. HAFTA 02.04.2020

The Role of Non-Competition Intrests Under Article 101(3) TFEU: Diverging Approaches of the Commission, EU Courts, And Five Competition Authorities

Dr. Or Brook

The role of non-competition interests in Article 101(3) has been subject to a heated debate for many years. The wording of the Article is open-textured. It excludes an agreement that “contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress”, if it provides consumers with a fair share of the resulting benefits, is indispensable, and does not afford the undertakings the possibility to eliminate competition in the relevant market. This vague wording does not detail *if and what types* of non-competition interests may be taken into account (e.g. sustainability or industrial policy), or *how* they should be balanced against the protection of competition. The answers to theses questions go to the core of EU competition law. They reflect different political theories of markets and societies, which manifest different national preferences towards the balancing of the economic, social and political goals. These questions became particularly pressing following the decentralization of the EU enforcement. Since May 2004, Article 101 is applied in a multi-level governance system, by the Commission and NCAs in parallel. As such, the decentralization has transformed the NCAs into the mediators of the economic and political forces that shape EU competition law. From the very inception of the decentralization initiative, the Commission attempted to scale down the influence of the national settings by adopting a set of notices and guidelines aiming to direct the substantive competition analysis to ensure the uniformity and legal certainty of the enforcement. Yet, those notices and guidelines are merely soft law mechanisms, self-binding on the Commission alone.

As a consequence, NCAs are empowered to adopt diverse interpretations. Where EU primary and secondary laws or the case law of the ECJ do not prescribe otherwise, the NCAs enjoy a wide margin of discretion to shape their national approaches on the basis of their legal, economic, and social traditions. Novel empirical methodology Previous studies have already examined how national procedural and institutional settings have influenced the application of EU competition law. Yet, thus far, the divergence in the substantive interpretation of Articles 101 has been mostly underexplored by the literature, as well as by the Commission’s policy papers evaluating the success of the decentralization. The paper is the first comprehensive qualitative and quantitative empirical analysis of Article 101(3) as applied by various competition authorities. It is based on a database of *all of the over 3,100* Article 101 public enforcement proceedings rendered by (i) the Commission and EU Courts (1958- 2017); and (ii) NCAs and courts of France, Germany, Hungary, the Netherlands, and the UK (May 2004-2017). The database sheds light to trends that were overlooked by earlier studies that were based on traditional legal methodologies and anecdotal evidence. In particular, it demonstrates that there is no single EU approach to the role of non-competition interests. While some NCAs have limited the role of such interests (e.g., the UK and Hungarian NCAs), others have continued to take them into account (e.g., German, French and Dutch NCAs).

Avrupa, Rusya ve Türkiye Otoritelerinin Google Android Kararları Üzerine Bir Değerlendirme

Av. Barış Yüksel, LL.M. ve Av. Mehmet Salan

Google'ın, Android işletim sisteminin ve mobil uygulama ve hizmetlerin sunumuna ilişkin olarak cihaz üreticileri ile imzaladığı sözleşmelerin rekabet kurallarına uygunluğunun değerlendirildiği soruşturmalar sonucunda Avrupa, Rusya ve Türkiye rekabet otoriteleri tarafından Google'ın sözleşmelerinde yer alan hükümler aracılığıyla rekabet kurallarını ihlal ettiği tespit edilmiş, bu sebeple Google'a idari para cezaları uygulanmış ve rekabet kurallarına aykırı nitelikteki sözleşme hükümlerinin Google tarafından revize edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Her ne kadar Google'ın Android işletim sistemine yönelik iş modeli ve ihlale konu sözleşme hükümleri bölgesel olarak farklılık göstermese de, Avrupa, Rusya ve Türkiye rekabet otoritelerinin ilgili sözleşme hükümlerine ilişkin değerlendirmeleri büyük ölçüde farklılaşmıştır. Örnek vermek gerekirse, bir rekabet otoritesi tarafından "*bağlama*" olarak nitelendirilen sözleşme hükümlerinin, diğer bir otorite tarafından rekabet kurallarına uygun olarak değerlendirildiği görülmektedir. Rekabet otoritelerinin birbirinden farklılaşan değerlendirmeleri, Google'ın bu uygulamaları sonlandırmaya yönelik taahhütlerinin de bölgesel olarak farklılaşmasına sebep olmuştur. Bu doğrultuda, öncelikle Avrupa, Rusya ve Türkiye rekabet otoritelerinin Google Android kararları incelemeye tabi tutulacak, otoritelerin birbirlerinden ayrıştığı noktalar katılımcılara sunulacaktır. Ardından, Google'ın her bir bölge özelinde rekabet kurallarına aykırı nitelikteki uygulamalarını sonlandırmaya yönelik sunduğu farklılaşan taahhütleri ve bu farklılıkların uygulamada yarattığı problemlere değinilecektir. Akabinde, Android kararlarına ilişkin genel bir değerlendirme yapılacaktır. Bu doğrultuda, görüş birliği içerisinde olunan hususların (ör: pazar tanımı) pazar gerçekleri ile örtüşüp örtüşmediği tartışılacak, kararların (ve kararlar kapsamında Google'ın değişen iş modelinin) "*tüketici refahı*" üzerindeki etkilerine yönelik çıkarımlarımıza yer verilecek ve kararların "*tüketici refahının maksimize edilmesi*" amacına uygunluğu tartışılacaktır. Son olarak, başta otoriteler arası uluslararası iş birliği ve uzlaşma (settlement) süreçleri (Türkiye özelinde) olmak üzere, usul kurallarına ilişkin yetersizliklerin Android Kararları'nın uygulanmasında yarattığı belirsizliklere dikkat çekilecek, otoriteler arası uluslararası işbirliğinin kuvvetlendirilmesine yönelik atılabilecek adımlar katılımcılara sunulacaktır.

9. HAFTA 09.04.2020

Hızla Değişen HTM Perakende Sektörünü Yönlendiren Yatay Rekabetin Etkileri

Av. Elif Açılyla Balkı, LL.M.

HTM perakende sektörü herkesin hayatına değen bir sektör olduğundan, bu alandaki değişimler ve gelişimler hepimizin malumu. Müşteri odaklılık arttıkça, teşebbüsler arasındaki rekabet de müşterinin taleplerine göre şekillenmekte ve hatta pazarı da değiştirmekte. Özellikle internet çağında hızın kazandığı önem ile e-ticaret ve hızlı teslimat yapan teşebbüsler birbiri ardına pazara girerek öteden beri HTM perakendeciliği alanında mağazacılık yapan teşebbüslerin önemli birer rakibi oluvermiş durumdalar.

2012 yılında Rekabet Kurumu'nun yayınladığı HTM Perakendeciliği Sektör Araştırması Raporu, BİM, Şok, A101 gibi marketlerin Migros, Carrefour gibi süpermarketlerin rakibi olmadığına işaret ediyordu. Bu marketlerin mağaza sayısındaki yükseliş ve yarattıkları özel markalı ürün kültürü HTM perakende pazarındaki önemli dönüşüm taşlarından birini teşkil etti. Bugüne baktığımızda ise bütün oyuncuların birbirine rakip olduğu ve bu rekabetin de Rekabet Kurulu kararlarına yansıdığı bir pazar durumu var. Pazarda artan rekabetin

tetiklediği inorganik büyümeler de (Migros-Kipa, Carrefour-Kiler, ŞOK-Dia gibi) pazardaki rekabetin boyutunu değiştirdi ve bu tespitler Rekabet Kurulu'nun ilgili kararlarında yer buldu. Öte yandan, özellikle 2010'lu yıllardan itibaren Türkiye'de gelişmeye başlayan e-ticaret ve pek tabi online platformlar, HTM perakende pazarının (hem geleneksel hem modern kanal) köklü oyuncularını için yeni bir rekabet cephesi açtı. Hepsiburada, Gittigidiyor, Trendyol gibi oyuncular, hem rakip, hem pazaryeri sağlayıcı, hem de iş ortağı rolleriyle HTM perakendeciliğinin dinamiklerini epey değiştirdi. Rekabet Kurulu'nun ve AB Komisyonu'nun online platformlar hakkında açtığı bazı soruşturmalar henüz sonuçlanmamış olsa da, bu soruşturmalar online platform iş modellerinin rekabet hukuku anlamında taşıdığı riskler ve HTM pazarları üzerindeki muhtemel etkileri açısından yol gösterici olabilir.

Online alışverişin trafiğinin artması ve global pazarlarda çok büyük oyuncular üretmesiyle, offline diyebileceğimiz mağazacılık temelli HTM perakendeciler bu oyuncuların radarına girmeye başlamıştır. Bunun temel sebebi, online tüketici ayak iziyle offline tüketici ayak izini mümkün olduğunca tek elde toplayıp, iki tarafın da avantajlarını birleştirme amacıdır denebilir. Ali Baba-Hema, Amazon-Wholefoods gibi benzer birleşmelere ilişkin rekabet otoritelerinin değerlendirmeleri bu anlamda yol gösterici olabilir. Türkiye'de ise bu kapsamda bir devralma örneği olmasa da, önemli iş ortaklıkları (Migros-Trendyol, Carrefour-Gittigidiyor gibi) da benzer bir eğilimi bize göstermektedir.

Son olarak, Türkiye pazarına hızlı bir giriş yapan hızlı teslimat sağlayıcılarının HTM perakende pazardaki hizmet ve fiyat algısını nasıl değiştirdiği, bu hizmetlerle birlikte birçok pazarın birbirine nasıl yakınsadığı dikkate alınmaya değer hususlardır. Getir'in yükselişiyle Migros'un Hemen uygulamasını başlatması, Yemeksepeti'nin Banabi'yi harekete geçirmesi, Ülker Grubu'nun İstegelsin'le rekabete dahil olması birbiri ile zincirleme reaksiyon gösteren ve pazardaki devinimi hızlandıran gelişmelerdir. Bu alanda Türkiye rekabet uygulamasında henüz bir karar olmasa da, gündeme getirmeye değer gelişmeler olduğu kesindir.

Sunumumuz bütün bu gelişmeler ile organize perakende sektöründeki değişimlerin rekabeti nasıl yönlendirdiği üzerine tartışmaları katılımcılar ile paylaşmayı hedeflemektedir.

Rekabet Hukuku ve İktisadi Perspektifinden Kişisel Fiyatlandırma

Av. Cihan Doğan, LL.M. MSc

Teknolojik gelişmeler ve internetin yaygınlaşması, teşebbüslere, daha etkin bir şekilde veri toplama, toplanan bu veriyi saklama ve daha da ötesinde, toplanılan veriyi işleyerek rekabet açısından önemli bilgiler edinme imkânı tanıdı. Teşebbüsler elde ettikleri bu veriler üzerinden tüketicilere ilişkin profil oluşturma, tüketiciye özgü fiyatlandırma yapma ve ürün sunma yeteneği kazanmıştır. Bu, teşebbüslere taleplerini genişletebilme imkanını sağladığı gibi bazı tüketicileri sömürülmesi ve hatta yer yer rakipleri dışlanma amacıyla da kullanılabilir. Fakat bu eylemin tüketici refahı üzerindeki görünümü net değildir. Haliyle somut dosya özelinde değerlendirme yapılması kaçınılmazdır.

Bu sunumda, kişisel fiyatlandırmanın 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamında ihlal teşkil edip etmediği muhtelif yargı yerlerindeki dosyalar ve literatürdeki yaklaşımlar ışığında tartışma konusu haline getirilecektir. Bu kapsamda ayrıca, teşebbüslerin muhtemel etkinlik savunmaları ile birlikte bu eylemin tüketici refahı üzerindeki etkileri güncel iktisadi çalışmalar ışığında değerlendirilecektir.

10. HAFTA 16.04.2020

Rekabet Hukukunda Fiyat Dışı Rekabet Unsuru Olarak Kişisel Verilerin Gizliliğinin Korunması

Çiğdem Gizem Okkaoğlu

Hacim, hız, çeşitlilik ve değer olmak üzere dört niteliği ile tanımlanan büyük veri; son yıllarda işletmeler için neredeyse sermaye ve işgücü kadar önem arz eden yeni bir girdi niteliği kazanmıştır. Büyük verinin ekonomik öneminin artması ve veriyi depolama ve işleme maliyetlerinin azalması ile; daha fazla değer yaratmak amacıyla günlük hayata dair süreçler çeşitli ekonomik birimler tarafından veriselleştirilmekte, böylece yaşamın her alanının veriye dönüştürüldüğü veriselleşme çağının başladığı görülmektedir.

Özellikle teşebbüsler nezdinde derlenen ve işlenen veri hacminin ve çeşitliliğinin artması, Anayasa ile güvence altına alınan kişisel verilerin gizliliğinin korunması hususunda ciddi endişelere yol açmaktadır. Büyük veriyi kontrol eden teşebbüsler pazar güçlerini artırarak rekabetçi avantaj kazanmakta, bu nedenle büyük veriden daha çok yararlanmak için üçüncü kişilere veri aktarmak ya da üçüncü kişilerden veri satın almak yoluna gidebilmekte, veri yoğunlaşmasına yol açacak birleşme veya devralma işlemleri gerçekleştirebilmekte, mevcut gizlilik politikalarını değiştirerek tüketicilerden sundukları ürün ve hizmetler karşılığında daha fazla kişisel bilgi talep edebilmekte, işte tüm bu süreçlerde de verilerin korunmasına ve gizliliğine yönelik temel kural ve ilkeler çığnenebilmekte ve tüketiciler bu durumdan zarar görebilmektedir. Tüketici zararından bahsedildiği noktada, rekabet hukukunu doğrudan ilgilendiren bir konu olmayan kişisel verilerin gizliliğinin korunması hususu, rekabet hukukunu da ilgilendirir hale gelmektedir. Nitekim rekabet hukuku kapsamında büyük veriye ilişkin tartışmaların büyük çoğunlukla kişisel veriler üzerine olduğu görülmektedir.

Peki kişisel verilerin gizliliğinin korunması hususu; temel amacı tüketicilerin ürün ve hizmetlere düşük fiyatlarla erişmesini sağlamak olan rekabet hukuku kapsamında nasıl ele alınmalıdır? İşbu çalışmada; bu soruyu cevaplayabilmek adına, konuya ilişkin temel kavramların açıklanmasının ardından, i) tüketici refahı kavramından yola çıkılarak bir teşebbüsün kişisel verilerin derlenmesi ve işlenmesine ilişkin olarak aldığı kararların rekabet hukukuna ilişkin boyutları çeşitli rekabet otoriteleri ve mahkeme kararları çerçevesinde irdelenecek, ii) rekabet hukuku değerlendirmelerinde kişisel verilerin gizliliğinin korunması hususunun, fiyat dışı bir rekabet unsuru olarak nasıl ele alınabileceği ve bunun pratikteki yansımalarına yer verilecek, iii) bu kapsamda yapılacak bir değerlendirmenin beraberinde getirdiği zorlukların neler olduğu, nasıl aşılabileceği ve özellikle yoğunlaşma işlemlerinde teşebbüslerce Rekabet Kuruluna sunulabilecek etkinlik savunmalarının söz konusu değerlendirmelerde nasıl bir rol oynayabileceği tartışılacak ve mevcut uygulamaların iyileştirilmesi bakımından çeşitli öneriler sunulacaktır.

Rekabet Hukukunda Yeni Ufuklar; Federal Alman Kartel Ofisi (Bundeskartellamt) Facebook Dosyası

Av. Mert Karamustafaoğlu, LL.M. ve Av. Ecem Süsoy Uygun, LL.M. MBL

I. Giriş

Hiç şüphesiz 2019 yılının rekabet hukuku açısından en önemli gelişmesi uzun süredir beklenen Federal Alman Kartel Ofisi'nin ("Ofis") *Facebook* kararıdır. Özellikle kişisel verilerin korunması hukuku ve rekabet hukuku kavramlarının iç içe geçtiği bu dosya bazında kişisel veriler ve rekabet hukuku kavramları ile birlikte incelenmiştir.

II. Ofis'in Facebook Kararı ve OLG Kararı

Facebook tarafından kullanıcılara sunulan genel işlem şartları uyarınca kullanıcılar anılan teşebbüs tarafından sunulan sosyal ağ hizmetlerinden ancak Facebook veri işleme politikasını kabul etmek şartıyla yararlanabilmektedir. Böylelikle anılan teşebbüs kullanıcıların Facebook haricinde, aynı grupta yer alan Instagram ve WhatsApp uygulamalarındaki verilerinin yanında üçüncü taraf olarak adlandırılan Facebook dışındaki internet sayfaları ve uygulamalarındaki

verileri de elde etmektedir. Böylece Facebook kullanıcılar için bütün faaliyetlerinde kullanabileceği eksiksiz bir Facebook verisi oluşturabilmektedir.

Ofis, Facebook'u Federal Almanya pazarında 23 milyon günlük, 32 milyon aylık kullanıcı ile sosyal ağ pazarında % 95'lik pazar payıyla hakim durumda olduğunu tespit etmiştir. Bu çerçevede rakip konumunda olan Google+, Snapchat, YouTube, Twitter, Xing ve LinkedIn gibi sosyal ağlar Facebook'a göre kısıtlı kapsamda hizmet verdiklerinden aynı ilgili ürün pazarında görülmemiştir.

Ofis, bu kapsamda kullanıcıların Facebook'a kişisel verilerin işlenmesi için verdikleri açık rıza beyanlarının gerek kişisel verilerin korunması, gerekse de rekabet hukuku açısından incelemiştir. Bu kapsamda anılan kararda herhangi bir kullanıcının bir alternatifi olmayan Facebook hizmetlerinden yararlanmak için bu denli yoğun bir veri toplanmasına izin vermek zorunda kalmasının da, anılan teşebbüsün sahip olduğu pazar gücü düşünüldüğünde haklı bir gerekçe oluşturmadığını ifade etmesi edilmesi oldukça dikkat çekicidir.

Bir anlamda kullanıcıların tek seçeneği bu veri işleme faaliyetine izin vermek ya da anılan sosyal ağ'dan faydalanamamak arasındadır. Dolayısıyla böyle bir durumda kişisel verilerin korunması anlamında özgür irade ile verilmiş bir açık rıza beyanından bahsedilemeyeceği muhakkaktır.

Sonuç olarak Kartel Ofisi tarafından Facebook'un veri işleme faaliyetinin sömürücü nitelikte hakim durumun kötüye kullanılması hali olduğu tespit edilmiştir. Kartel Ofisi, bu davranışın sömürücü olarak nitelendirilmesi konusunda, Federal Alman Yargıtay'ının Federal Alman Medeni Kanunu'nun 307 ve devamı maddelerine ilişkin içtihatlarına atıf yapmıştır. Ofis, rekabet ihlali tespit yapmasına rağmen bir idari para cezası uygulamamıştır. Bunun yerine Ofis, Facebook'un veri işleme politikasında esaslı değişiklikler yapılmasını talep etmiş ve bunun için de bir süre tanımıştır.

Kartel Ofisi kararlarına karşı yargı merci olarak belirlenmiş olan Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesi ("OLG"), Ofis'in bu çok tartışmalı kararına karşı yürütmeyi durdurma kararı vermiştir. Bu kapsamda OLG'nin, Ofis'in rekabet ihlali tespiti konusunda asıl dayanağı olan sömürücü davranışlar konusundaki tespitlere esaslı şekilde karşı çıktığı görülmektedir.

III. Sonuç

OLG kararı neticesinde *Facebook* kararı özelinde yaşanacak birçok tartışma, şu an için ertelenmiş durumdadır. Zira OLG'nin nihai kararına kadar Facebook, tartışmalı veri işleme politikasını değiştirmek zorunda değildir. Ancak yargılama sonucu ne olursa olsun anılan karar kişisel verilerin işlenmesi yoluyla yeni bir sömürücü davranış tipi ortaya koymuştur ki, bu bir çok tartışmayı beraberinde getirmektedir.

11. HAFTA 30.04.2020

Denizcilik Sektöründe Güncel Rekabet Hukuku Gelişmeleri

Av. Şeyma İnal ve Av. Baran Baş

Denizcilik sektörüne ilişkin güncel rekabet hukuku meseleleri, üç ana konu üzerinden ilerlemek suretiyle ele alınacaktır. Bu konular şunlardır:

- 1) Rekabet Kurulunun 18 Nisan 2019 tarihli ve 19-16/229-101 sayılı Ambarlı ro-ro kartelleri kararı.
- 2) Rekabet Kurulunun 08 Mayıs 2018 tarihli ve 18-14/267-129 sayılı Limar/Mardaş kararı ile takip eden idari yargı süreci.
- 3) Avrupa Birliği uygulaması çerçevesinde hat taşımacılığı şirketleri arasındaki konsorsiyumlar.

Denizcilik sektörü sıklıkla rekabet otoritelerince değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Yukarıdaki sıralama ile sunulması öngörülen bildiride öncelikle, Rekabet Kurulunun sektöre yönelik detaylı değerlendirmeler içeren yakın tarihli iki kararına değinilecek ve ardından Avrupa Komisyonunun kargo taşımacılığına ilişkin grup muafiyeti yönetmeliğinin uzatılması teklifinde belirtilen gerekçeler açıklanacaktır.

İncelenen ilk Rekabet Kurulu kararı, Ambarlı - Bandırma ve Ambarlı - Topçular ro-ro hatlarında faaliyet gösteren toplam 5 teşebbüsün birlikte fiyat tespiti yaptıklarından hareketle cezalandırıldığı Ambarlı ro-ro kartelleri kararıdır. İki ayrı kartelin varlığının ro-ro taşımacılığı sektörü oyuncularının yazışmaları üzerinden ispat edildiği bu karar, birçok yönden önem arz etmektedir: sektöre ilişkin güncel değerlendirmeler içermektedir, Rekabet Kurulunun en yakın tarihli kartel kararıdır, dosyada pişmanlık başvurusu bulunmaktadır, teşebbüs bütünlüğü kavramı dosyada irdelenmektedir ve dosyadaki karşı oylar, *Anic varsayımı* gibi kilit rekabet hukuku meselelerine değinmektedir. Bu itibarla karara değinilmesinin faydalı olacağı değerlendirilmektedir.

İrdelenecek ikinci Rekabet Kurulu kararı, Mardaş Limanı'nın Limar tarafından devralınmasına ilişkin Limar/Mardaş kararıdır. Türkiye'deki liman işletmeciliği sektörüne ilişkin Rekabet Kurumunun Ekonomik Analiz ve Araştırma Daire Başkanlığı tarafından bir çalışmanın da yürütüldüğü ve ilgili devralma işlemi üzerinden, ilgili ürün ve coğrafi pazarların sınırları ile atıl kapasite gibi sektörde yaşanan sorunlara yönelik incelemeler içeren Limar/Mardaş kararı, işlemin dikey boyutu da göz önüne alındığında oldukça değerli bir karar olarak karşımıza çıkmaktadır. Hedef liman olan Mardaş ile aynı liman kompleksi için yer alan rakiplerden birinin işleme itiraz etmiş olması ve rakibin öne sürdüğü rekabetçi endişelerin işlem kapsamında ele alınmış olması da kararı önemli kılmaktadır.

Yine işleme, devralan tarafça sunulmuş olan taahhütler çerçevesinde izin verilmiş olması ve sonrasında gelişen idari yargı süreci de kararın ehemmiyetini artırmaktadır. Nitekim rakip limanlardan biri tarafından, verilen taahhütlerin rekabetçi endişeleri gidermek bakımından yetersiz olduğundan hareketle bir idari işlemin iptali davası açılmış; ilk derece mahkemesince Rekabet Kurulunun koşullu izin kararına dair yürütmenin durdurulması kararı verilmiş; işlemin tarafları işlemde vazgeçtiği için yürütmenin durdurulması kararı üst derece mahkemesince kaldırılmış fakat ilk derece mahkemesi yeniden bir yürütmenin durdurulması kararı tesis etmiştir. Bu yönleriyle Limar/Mardaş kararı, hem denizcilik sektörü bakımından hem de idari yargı süreci bakımından rekabet hukuku için önem taşımaktadır.

Değinilecek son husus ise düzenli hat taşımacılığı şirketleri arasındaki konsorsiyumlardır. Gemilerin boş yük taşıması etkinsizliğe yol açtığından bu durumu bertaraf etmek için hatlar arasında sınırları kati biçimde çizilmiş konsorsiyumlar kurulmaktadır. Halihazırda bu tür konsorsiyumlara, sektöre yönelik çıkarılmış olan grup muafiyeti yönetmeliği çerçevesinde Avrupa Komisyonunca izin verilmektedir. İlgili grup muafiyeti yönetmeliğinin süresi Nisan 2020'de dolacaktır. Bununla birlikte, Avrupa Komisyonu 20 Kasım 2019 tarihli açıklamasıyla "*pazar koşulları sektöre özgü bir grup muafiyetinin mevcudiyetinin halen gerekli olduğuna işaret ettiği*" gerekçesiyle grup muafiyetinin 4 yıl daha uzatılmasını teklif etmiştir. Bu çerçeveden hareketle sektörde konsorsiyumları gerekli kılan unsurlara değinilecek.

Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Rekabet Hukuku İhlallerinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu

Dr. Öğretim Üyesi M. Fatih Arıcı ve Araş. Gör. Buğra Kesici

Yüksek tutarda idari para cezası ve üç katına kadar tazminat sorumluluğu riskleri dikkate alındığında, rekabet hukuku ihlallerinin teşebbüsler açısından önemli sonuçları bulunmaktadır. Teşebbüslerin rekabet hukuku ihlali sebebiyle karşılaşabileceği idari para cezası ve tazminatlar ile ihlalden zarar gören ilgililerin uğrayacağı zararlar nedeniyle yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğuna ilişkin problemler, mukayeseli hukukta (özellikle Alman ve İsviçre hukukunda) ciddi ölçüde tartışılmaya başlanmıştır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (=TK) ekseninde anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunun şirketler hukuku teorisinin komplike alanlarından biri olması, konunun tercih edilmesinde bir başka etken olmuştur. Bu kapsamda hukuk güvenliğinin tesisi açısından çözüm arayışı içerisine girilmesi gereken çok sayıda çetrefil sorun bulunduğu rahatlıkla dile getirilebilir.

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin rekabet hukuku ihlallerinden kaynaklanan hukuki sorumluluğunun sorgulanacağı çalışmamızda güncel sorunların ilk bakışta *sekiz alt başlıkta* toparlanabilmesi mümkündür:

İlk olarak, organ sıfatıyla yönetim kurulu üyelerinin, ihlalden zarar gören kişilere karşı doğrudan sorumluluğu bulunup bulunmadığı ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (=Rekabet Kanunu) 58. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen üç katına kadar tazminat hükmünün yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğuna ilişkin davalarda uygulama alanı değerlendirilecektir. *İkinci olarak*, ihlal dolayısıyla yönetim kurulu üyeleri hakkında gündeme gelebilecek yaptırımlar tahtında idari para cezası ödenmesi nedeniyle yönetim kurulu üyelerine rücu edilebilip edilemeyeceği ve ortaklığın ihlal dolayısıyla elde ettiği menfaatlerin oluşan zarardan denkleştirilmesinin mümkün olup olmadığı ele alınacaktır. *Üçüncü olarak*, yönetim kurulu üyelerinin şirket menfaati ekseninde özenli davranma yükümlülüğünün kapsamı ve iş adamı kararı ilkesinin (=business judgment rule) rekabet hukuku ihlallerindeki uygulama alanı tartışılacaktır. Bunu takiben *dördüncü olarak*, açık ve kompleks ihlaller tasnifi ışığında yönetim kurulu üyeleri açısından kusursuzluğun ispatı sorunları irdelenecektir. *Beşinci olarak*, yönetim kurulu üyelerinin rekabet hukukunun ihlali teşkil eden eylemleri sonucunda oluşan zararın niteliği ve genel kurul tarafından verilen ibra kararının şirket, pay sahipleri ve şirket alacaklılarının dava hakkına etkisi üzerinde durulacaktır. *Altıncı olarak*, yönetim ve/veya temsil yetkisinin devrinin rekabet hukuku ihlallerinden kaynaklanan sorumluluk rejimine etkisi ve özellikle farklılaştırılmış teselsüle ilişkin düzenlemenin rekabet hukukundaki uygulama alanı sorgulanacaktır. *Yedinci olarak*, pişmanlık programlarından yararlanılması veya yararlanılmamasının yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu üzerindeki etkisi incelenecektir. Nihayet *sekizinci olarak*, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk riskinin önlenmesi için alınabilecek önlemler, bu konunun kurumsal yönetim ilkeleri ile ilişkisi ve özellikle rekabet uyum hizmeti (=compliance) alınması halinde, bunun yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna etkisi değerlendirilecektir.

12. HAFTA 07.05.2020

Standarda Esas Patent'ler (SEP) ve Mahkeme Emri Yoluyla Dışlayıcı Uygulamalar

Neyzar Ünübol, LL.M

SEP, fikri mülkiyet hukuku kapsamında korunan tescilli bir teknolojiye yönelik geliştirilen standardın, ilgili teknolojiye erişim olmaksızın hayata geçirilememesi noktasında gündeme gelmektedir. Bu doğrultuda SEP kavramı, bir standart belirleme kuruluşu tarafından belirlenen teknik bir standardın uygulanabilmesi için zorunlu olduğu ilan edilen patenti ifade

etmektedir¹. SEP sahibinin elindeki patentli teknolojiyi, ilgili standardın uygulanmasını engellemek için kullanmak suretiyle diğer firmaları piyasadan dışlaması durumunda dışlayıcı uygulamalar ortaya çıkabilmektedir. Bu uygulamalar lisanslamanın reddi, engelleme² (hold-up) ve mahkeme emri şeklinde ortaya çıkabilmektedir.

Bu bildirinin konusunu oluşturan mahkeme emri, SEP sahibi teşebbüsün, söz konusu SEP'in ihlal edildiği gerekçesiyle yargıya başvurmak suretiyle elde ettiği; davalıyı belli bir davranıştan kaçınmaya zorlayan yahut o davranışı sürdürmekten men eden ve ihlalden doğan zararların ortadan kalkmasını amaçlayan yargı kararına işaret etmektedir. Söz konusu emir genel itibariyle; patent hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması, tecavüzün giderilmesi, patent hakkına tecavüz suretiyle üretilen veya ithal edilen ürünlere, bunların üretiminde doğrudan doğruya kullanılan araçlara ve patente bağlı bir usulün kullanımını sağlayan araçlara el konulması, patent hakkına tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması, el konulan ürünlerin ve araçların şekillerinin değiştirilmesi veya patent hakkına tecavüzün önlenmesi için imhası uygulamalarını kapsamaktadır³.

SEP'lere ilişkin mahkeme emri uygulamaları, AB rekabet hukukunda "hâkim durumun kötüye kullanımı" çerçevesinde ele alınmaktadır⁴. Türkiye'de rekabet hukuku uygulamasında ise konunun ilk kez ele alındığı karar Vestel AŞ ile Koninklijke Philips N.V (Royal Philips) arasındaki uyuşmazlığa ilişkindir. İlgili kararda Rekabet Kurulu tarafından Royal Philips'in sahip olduğu SEP'lerin lisans anlaşması olmaksızın kullanıldığına ilişkin Vestel'e dava açması ve lisanssız ürünlerin toplatılmasına ilişkin mahkeme emri alması davranışları hakim durumun kötüye kullanılması çerçevesinde değerlendirilmiştir. Bildiride SEP'lere ilişkin mahkeme emri uygulamaları, AB kararları ve Rekabet Kurulu'nun Royal Philips kararı çerçevesinde incelenecek ve hangi koşullarda hakim durumun kötüye kullanılması sayılacağı değerlendirilecektir.

Blokszincir Teknolojisi ve Olası Rekabet Hukuku Sorunları

Av. Gülçin Dere

Hızla gelişen blokszincir teknolojisi rekabet otoriteleri için bir takım sorunların değerlendirilmesini gerektirmektedir. Dağıtık bir veri tabanında, bütün paydaşlara açık, şeffaf ve doğrulama yapmasına imkan tanıyan yenilikçi teknoloji, merkezi bir otoriteye ve aracı platformlara (*bankalar, brokerler, internet platformları vb*) olan ihtiyacı ortadan kaldırarak işlem maliyetlerini azaltmakta, tüketiciler için daha hızlı, güvenilir ve etkin bir sistem sunmaktadır⁵. Bununla birlikte, merkezi olmayan kripto edilmiş dağıtık yapı, merkezîleşmiş yapıya ve yaptırımlara dayanan rekabet otoriteleri için birtakım endişeleri beraberinde getirmektedir. Özellikle, bu yıkıcı/yenilikçi teknoloji, geleneksel antitrust araçlarının zincir üzerinde gerçekleşebilecek ihlalleri tespit etmede yeterliliği konusunda, otoritelerin yargı yetkisi ve regülasyon ihtiyacı bakımından soru işaretleri uyandırmaktadır.

Blokszincir Bitcoin ve Ethereum gibi kripto paralar da dahil pek çok uygulama için kullanılabilir. Blokszincir kayıtları, tasarıma göre para aktarımı, para transferi bilgileri,

¹ YEŞİL, Tuba (2017); FRAND Tahhüdü Çerçevesinde Lisanslanan Standarda Esas Patentlere İlişkin Mahkeme Emri Uygulamalarının Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, s. 10.

³ YEŞİL, s. 13-14.

⁴ Case C-170/13 Huawei Technologies Co. Ltd v ZTE Corp., ZTE Deutschland GmbH

⁵ Bilindiği üzere, 2020 Cumhurbaşkanlığı Yıllık Planı'nda Merkez Bankası'nın blokszincir tabanlı dijital parasına ilişkin çalışmaların başlatılacağı belirtilmesiyle birlikte konu Türkiye bakımından da büyük bir önem kazanmıştır.

demirbaş girdisi, müşteri kayıtları gibi pek çok değerleri içerebilmektedir. Blokzincir teknolojiisinin şeffaflık, paydaşların doğrudan iletişim, ortak onayı ve güvenine dayalı bir sistem olması ve kayıtların bütün paydaşların erişimine açık olması 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi çerçevesinde bilgi değişimi ve koordinasyon riski bakımından değerlendirilmesini gerektirmektedir. Bilindiği üzere, rakipler arasında bilgi değişimi, paylaşılan bilginin niteliği, özellikle geleceğe yönelik fiyat veya müşteri spesifik bilgi içerip içermemesi, pazarı kapsama derecesi vb. unsurlara bağlı olarak önemli rekabetçi endişeler uyandırmaktadır. Bu anlamda blokzincirlerde teorik olarak, koordinasyon riskinin sistemde madenciler (miners), yazılımcılar, sistemi kontrol edenler/onaylayıcılar (validators) ya da büyük ölçekte sistemdeki tüm paydaşlar arasında gerçekleşebileceği düşünülmektedir. Nitekim ilk blokzincir antitrust davası Florida-menşeli bir teknoloji şirketi United American Corporation tarafından Çin-menşeli en büyük madenci Bitmain başta olmak üzere bir grup davalıya (*maden havuzu (mining pool) yatırımcılar, yazılımcılar, madenciler*) karşı Bitcoin Cash ağı bazlı kripto para pazarında koordinasyon (manipulasyon) yapıldığı iddiası ile Amerika (Florida)'da açılmıştır⁶. İddialar temelde dağıtık olması gereken sistemin yapay olarak merkezileştirilmesine yönelik maden havuzu koordinasyonu oluşturulduğuna ilişkindir. Dava halen derdest durumda olup, işbu Çalışmada detaylarıyla incelenecektir.

Ayrıca, blokzincir, akıllı sözleşmelerin (*smart contracts*) otomatik ve eşzamanlı kaydetme özelliği nedeniyle gizli bir kartel anlaşmasının işleyişi için aracı olarak kullanılabilir. Zira bu teknoloji, koordinasyonun işleyişini monitor etme (kolaylaştırıcı unsur) veya pazar davranışlarını izleme ve anlaşmadan cayanları tespit etmede etkin bir araç olarak da kullanılmaya müsaittir. Böylece, rekabete aykırı anlaşma akıllı sözleşme ile kodlanarak otomatik uygulama kazanabilir ve otoritelerce tespiti imkansız hale gelebilir; anlaşmadan cayanları ancak paydaşlar tespit edebilir. Bu bağlamda, bilgi değişimi ve koordinasyon riski OECD ve Dünya Ekonomik Forumu dahil pek çok platformda tartışılmıştır. Anılan platformlarda sistemin işlemesi için zorunlu olandan fazla bilgi paylaşımına ve şeffaflığın oluşmasına izin verilmemesi gerektiğine dikkat çekilmekle birlikte bunun sınırlarının nasıl çizileceği ve regülasyona ihtiyacı olup olmadığı hususu henüz netleşmemiştir.

Diğer taraftan, özel/izne dayanan blokzincirler (private/permission based blockchain) bakımından 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi bakımından hakim durumun kötüye kullanılması bağlamında konunun değerlendirmesi gerekmektedir. Yakın tarihlerde Google, Facebook ve Amazon gibi büyük dijital platformlara karşı dünya çapında yürütülen rekabet soruşturmaları, dijital platformlarda dışlayıcı uygulamaların tespitinde veriye erişimden kaynaklı giriş engelleri ve şebeke etkilerinin tartışılmasını gerektirmektedir. Bu bağlamda, veriye erişim bakımından regülasyon ihtiyacı da pek çok platformda dile getirilmiştir. Çalışmada Kanun'un 6. maddesi bakımından özel blokzincirlerde erişim, sözleşme yapmayı reddetme ve zorunlu unsur bakımından detaylarıyla ele alınacaktır. Bu bağlamda dijital platformlarda tartışılan şebeke etkilerinin (*network effects*) blokzincir tabanlı uygulamalarda gerçekleşip gerçekleşmeyeceği ve buna bağlı pazar tanımından kaynaklı sorunlar da değerlendirilecektir.

Sonuç olarak, Çalışmada blokzincir teknolojiisinin tüketiciler için önemli etkinlikler yarattığı tespit edilmekle birlikte, teknolojinin doğasından kaynaklanan olası rekabet hukuku sorunlarına 4054 sayılı Kanun'un 4., 6 ve 7. Maddesi bakımından ışık tutulacaktır. Ayrıca, bu

⁶ Case No: 1:18-cv-25106-Williams/McAliley, United American Corporation v. Bitmain, United States District Court for the Southern District of Florida

alanda regölasyon ihtiyacı olup olmadığı ve 4054 sayılı Kanun bağlamında grup muafiyeti veya bireysel muafiyet bakımından değerdendirmeler sunulacaktır.