



UYGULAMALI REKABET HUKUKU SEMİNERLERİ
2021 BAHAR DÖNEMİ PROGRAMI
2021 Bahar Dönemi / 3 Mart-2 Haziran 2021

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 işlemleri 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 **Çarşamba 19:00** saatinde **çevrimiçi** gerçekleşecek ve tek ara verilerek, **21:30** civarında sona erecektir. Pandemi şartları el verirse dersler aynı zamanda İstanbul Bilgi Üniversitesi santralistanbul Kampüsü'nde fiziki ortamda da izlenebilecektir.

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 3 Mart – 2 Haziran 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 4.400 TL olup, 29 Ocak 2021 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)

Av. Haluk Arı (Arı Avukatlık Bürosu)

Av. Cenk Konukpay (Arı Avukatlık Bürosu)

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

Av. Barış Yüksel, LL.M. (ELİG Gürkaynak Avukatlık Bürosu)

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

Av. Fatma Devrim (Tüpraş Hukuk Müşaviri)

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

Dr. Ahmet Fatih ÖZKAN (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

Av. Caner K. Çeşit (ACTECON)

Av. Mustafa Ayna (ACTECON)

Dr. Çiçek Ersoy (İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi Öğretim Üyesi)

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

Av. Gülçin Dere, LL.M. (Paksoy Hukuk Bürosu, Rekabet Hukuku Danışmanı)

Dr. Mehmet Bedii Kaya (İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

Hakan Erek (CK Enerji - Uyum Müdürü)
Doç. Dr. Emin Köksal (Bahçeşehir Üniversitesi Ekonomi Bölümü Öğretim Üyesi)
Av. Bora İnkiler (Balcıoğlu Selçuk Ardayok Keki Avukatlık Ortaklığı)
Av. Dilan Alma (Rosenblatt & Company)
Erdem Aktekin, LL.M. (ACTECON)
Av. Nabi Can Acar (ACTECON)
Av. Gamze Çiğdemtekin LL.M. (Çiğdemtekin Çakırca Arancı Hukuk Bürosu)
Dr. Hamdi Pınar (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)
Gülce Korkmaz (İ.D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Burslu Lisansüstü Öğrenci)
Av. Orhan Ünal (Aslan Hukuk Bürosu)
Av. Burcu Can, LL.M. (Burcu Can Avukatlık Bürosu)
Av. Şahin Ardayok (Balcıoğlu Selçuk Ardayok Keki Avukatlık Ortaklığı)
Burak Aytekin
Dr. Kadir Baş (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)
Av. Emre Önal (Gedik Eraksoy Avukatlık Ortaklığı)
Av. İpek İnce (Gedik Eraksoy Avukatlık Ortaklığı)

Program koordinatörü

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

PROGRAM (3 Mart – 12 Haziran 2021)

1. HAFTA 03.03.2021

Yabancı Rekabet Otoritelerinin Vermiş Olduğu Kararların Rekabet Hukuku İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğundaki Delil Niteliği Hakkında Tartışmalar *Prof. Dr. Yılmaz Aslan*

Rekabet hukukunun ihlalden doğan tazminat sorumluluğu, bünyesinde son derece tartışmalı konuları barındıran ve belki de bu nedenle Türk hukukunda fazla gelişme göstermemiş bir alandır. Bildiğimiz kadarıyla 20 senelik uygulama geçmişinde tazminata hükmedilerek kesinleşen bir yargı kararı bulunmamaktadır. Bu durumun nedenlerinden biri, Rekabet Kurumu ile adli mahkemeler arasındaki ilişkiye, daha açık bir deyişle, Rekabet Kurulu ("Kurul") kararlarının tazminat yargılaması açısından hukuki etkisine ve mahkemelerin Kurul kararı olmaksızın yargılama yapmalarının mümkün olup olmadığına dair bir düzenleme yapılmamış olmasıdır. Yargıtay'ın kararları da ne yazık ki yol gösterici olmaktan uzaktır. Üstelik 2020 yılında yapılan Kanun değişikliği de meseleyi daha karmaşık hale getirecek gibi gözükmektedir.

Bu sunum, tazminat davasının en önemli unsurlarından biri olan hukuka aykırılık unsurunu, rekabet otoritesi kararlarının delil niteliği açısından ele almaktadır. Bu çerçevede, Kurul kararının devam etmekte olan bir yargılamaya etkisi de dâhil olmak üzere, rekabet otoritelerinin vermiş olduğu kararların tazminat davasındaki etkisi ve delil değeri tartışılacaktır. Hâlihazırda mevcut bir uyuşmazlık kapsamında verilmiş olan Avrupa Komisyonu kararının etkisi de irdelenecek ve bu çerçevede verilen mahkeme kararları incelenecektir.

Sistematik olarak ele alırsak öncelikle, rekabet ihlallerinden doğan tazminat hakkının Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da nasıl düzenlendiği; ispat yükü, Kurul kararlarının delil niteliği ve özellikle açılan tazminat davalarında özel hukuk mahkemeleri ile Kurul arasındaki ilişki perspektiflerinden ele alınacaktır.

Ardından, yabancı rekabet otoritesi kararlarının Türk mahkemelerinde görülen davalara etkisi ve bu tür bir karara dayanılarak tazminat hükmü kurulup kurulamayacağı değerlendirilecektir. Bu kapsamda Vestel'in, Avrupa Komisyonu'nun 05.12.2012 tarihli AT.39437 sayılı kararına dayanarak Türkiye'de açtığı ve bu konuda 14 Aralık 2020 tarihinde, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 45. Hukuk Dairesi tarafından verilen E. 2020/1974, K. 2020/312 sayılı karar incelenecektir.

Son olarak, Avrupa Birliği ("AB") rekabet hukukunda rekabet ihlallerinden doğan tazminat talebi, tarihsel süreç içerisinde incelenecektir. Bu bağlamda AB mevzuatına göre, üye devletlerin rekabet otoritelerince verilen kararların, diğer üye devletlerde nasıl bir değer taşıdığı anlatılacaktır.

12. Yılında Ceza Yönetmeliği'nin Muhasebesi: Taşlar Yerine Oturdu mu?

Av. Haluk Arı (Arı Avukatlık Bürosu)

Av. Cenk Konukpay (Arı Avukatlık Bürosu)

Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" (Ceza Yönetmeliği) 15 Şubat 2009 tarih ve 27142 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girdi. Dibacesinde Ceza Yönetmeliği ile ulaşılmak istenen amaçların şu şekilde sıralandığını görüyoruz:

- Cezalandırma sürecinde şeffaflık, nesnellik ve tutarlılık sağlanması.
- Cezalar belirlenirken, incelemelere yardımcı olunması, aktif işbirliği gibi hususların dikkate alınmasıyla, bunların teşvik edilmesi.
- Para cezalarının özel ve genel caydırıcılığı sağlayacak nitelikte olması.

Yürürlüğe girmesinin üzerinden geçen 12 yıllık sürede çok sayıda ceza uygulandı ve birçok tartışma gündeme geldi ve halen de gelmeye devam ediyor. Toplam ciro mu ilgili ürün cirosu mu, temel para cezası belirlenirken oranların nasıl tespit edildiği, tekerrür uygulaması, ihlal konusu faaliyetlerin gayrisafi gelir içindeki payının düşüklüğü nedeniyle uygulanacak indirim oranı gibi konular ilk akla gelenler. Gerek Rekabet Kurulu kararlarında gerekse idari yargı yerlerinde Yönetmeliğin uygulanmasına yönelik oldukça farklı kararlara rastlıyoruz. Örneğin 10.01.2019 tarih ve 19-03/23-10 sayılı Turkcell kararındaki tekerrür uygulaması ile 16.01.2020 tarih ve 20-04/47-25 sayılı Kargo II kararındaki tekerrür uygulaması tümüyle farklılık arz ediyor. Bu farklılığın teşebbüs açısından maliyeti ise ceza miktarının %50 oranında yüksek olması!

Bu seminerde 12 yıllık uygulamada Ceza Yönetmeliği'nin öngörülen amaçlara ulaşım ulaşılmadığı; özellikle cezalandırma sürecinde şeffaflık, nesnellik ve tutarlılık sağlanıp sağlanmadığı noktasından hareketle, tartışmalı konulardaki Kurul ve idari yargı kararlarına yer verilmek suretiyle ele alınacaktır.

2. HAFTA 10.03.2021

Avrupa Yeşil Mutabakat Politikalarının Rekabet Hukuku Uygulaması Üzerindeki Olası Etkileri ve Tüketici Refahı Kavramının Yeniden Tanımlanması İhtimali

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

Av. Barış Yüksel, LL.M. (ELİG Gürkaynak Avukatlık Bürosu)

Çevresel sürdürülebilirlik hedefleri özellikle gelişmiş ülkeler için giderek daha öncelikli bir hale gelmektedir. Avrupa Birliği düzeyinde de, “Avrupa Yeşil Mutabakat” adı altında, topluluk politikalarının büyük bir bölümünün çevresel sürdürülebilirlik hedefleri doğrultusunda gözden geçirilmesi gündeme gelmiştir. Bu kapsamda, Avrupa Yeşil Mutabakatı mevcut rekabet hukuku uygulaması üzerinde de bazı etkiler doğurabilecektir. Hollanda ve Yunanistan rekabet otoriteleri, çevresel sürdürülebilirlik hedeflerini rekabet hukuku ile entegre etmek için çeşitli adımlar atmış ve Avrupa Birliği Komisyonu da gerek ABİHA’nın 101 ve 102. maddelerine dayalı incelemelerde gerekse yoğunlaşmaların kontrolünde rekabet hukuku uygulamalarının çevresel sürdürülebilirlik hedefleri doğrultusunda nasıl revize edilebileceğini incelemek için kamuoyu görüşlerine başvurmuştur. Komisyon’un, çevresel sürdürülebilirlik hedeflerine ilişkin unsurlar ile rekabet hukuku uygulamaları arasında bir bağlantı kurarken, esas olarak çevreye dair endişelerin ve sürdürülebilirlik ile ilgili kaygıların tüketicilerin karar alma süreçlerini etkileyen parametreler haline geldiği varsayımı üzerinden hareket ettiği görülmektedir. Bu çerçevede, örneğin rakip konumundaki teşebbüslerin bir araya gelerek çevresel sürdürülebilirlik hedeflerine ulaşılmasını kolaylaştıracak işbirlikleri içine girmesinin tüketici yararını arttırdığının yahut teşebbüslerin sürdürülebilir ürünlere yönelik inovasyon motivasyonunu azaltabilecek yoğunlaşma işlemlerinin tüketici zararına yol açtığı ileri sürülmesi mümkün olabilecektir. Bu yaklaşım, “tüketici refahı” kavramının sınırlarının ciddi derecede genişlemesi anlamına gelebilecektir. Sunum çerçevesinde tüketici refahı kavramının sınırlarındaki olası genişlemenin olumlu ve olumsuz yönleri tartışılacak ve rekabet hukuku uygulamalarının çevresel sürdürülebilirlik hedeflerine paralel olarak revize edilmesi esnasında göz önünde bulundurulması gereken riskler üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda, rekabet hukukunun birbiri ile çelişebilecek birden fazla amaca (ör: fiyat rekabeti ve sürdürülebilirlik) hizmet ettiği bir kurguda, somut olay özelinde amaçlar arasında önceliklendirmenin (ör: hammadde tedarikinde yalnızca sürdürülebilir kaynakların kullanılmasını öngören fakat toplam maliyetlerde ve dolayısıyla fiyatlarda artışa yol açan rakipler arası anlaşmanın analizi) nasıl yapılacağına büyük önem arz ettiği vurgulanacak ve olası en iyi uygulamalara ilişkin tartışma ve önerilere yer verilecektir.

Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Davaları: Firmalar Bakımından Fırsatlar (ve Riskler)

Gökşin KEKEVİ, LL.M. (Arçelik Rekabet Uyum Yöneticisi)

Rekabet hukuku ihlalinden zarar gördüğünü iddia eden şirketler veya tüketiciler, bu zararlarının giderilmesi için dava açabilmekte ve çok büyük miktarlarda tazminat alabilmektedir. Örneğin, AB Komisyonu’nun 2012 yılında CRT üreticilerine kartel kurdukları gerekçesiyle 1,5 milyar Avro ceza vermesinin ardından Vestel 2 milyar Avro’luk bir tazminat talebi ile Hollanda’da LG, Philips, Samsung ve Technicolor aleyhine dava açmış; anılan dava kapsamında Philips yakın bir tarihte Vestel ile uzlaştığını açıklamıştır. Benzer şekilde, Arçelik’in de CRT üreticileri aleyhinde açtığı davada, davalıların 50 milyon dolara yakın tazminat ödemeyi kabul ettiği Arçelik’in KAP açıklamasından anlaşılmaktadır. Öte yandan bu tazminatların elde edilebilmesi, aşağıda örnek olarak verilen pek çok konu üzerinde değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir:

- Davanın hangi hukuk düzeninde açılacağı (AB, ABD, Birleşik Krallık, Türkiye...),
- Hangi hukuk bürosu (Hausfeld gibi tazminat davalarında uzmanlaşmış bürolar, rekabet soruşturmalarında uzmanlaşmış olanlar...) ile nasıl bir ödeme modeline göre çalışılacağı (saat karşılığı ödeme, alınacak tazminattan pay verilmesi...), dava masraflarının nasıl finanse edilebileceği (fon desteği alınması, sigortalama...),

- Davalıların olası hukuki (zamaşımı, Rekabet Kurulunun ihlal tespitinin olmaması...) ve iktisadi argümanları (Zararın miktarı, alıcılara yansıtılıp yansıtılmadığı, uygulanacak faiz ve oranı...),
 - Davanın açılması ve kazanılmasında karşılaşılabilecek diğer zorluklar (üst yönetim desteği, ilgili iş birimlerinin işbirliğinin sağlanması, geçmiş bilgi ve belgelere ulaşım...)
- Sunumda tüm bu konulara ilişkin olarak özellikle yurt dışında açılan tazminat davalarından hareketle değerlendirmeler yapılacak, ardından firmalar ve hukuk büroları bakımından öneriler getirilecektir.

3. HAFTA 17.03.2021

Limana Hizmetleri Alanındaki Düzenlemeler ve Rekabet

Av. Fatma Devrim (Tüpraş Hukuk Müşaviri)

Ülkemizin stratejik konumuna ve üç tarafının denizlerle çevrili olmasına rağmen denizcilik alanında yeterli gelişmeyi kaydedemediği sürekli karşılaşılan bir klişedir. Bu “acı gerçeğin” arkasında yatan sebeplerden birisi olarak da liman hizmetleri alanındaki problemler gösterilmektedir. Diğer yandan son otuz yılda liman özelleştirmeleri ve yeni yatırımlar sonucunda liman hizmetleri pazarında başta TCDD ve TDİ kamu kurumlarının hizmet sunduğu bir piyasadaki özel sektörün hakim olduğu bir piyasaya geçiş yaşanmıştır. Bu dönüşümden sonra kamu döneminde karşılaşılan uygun ve zamanında liman hizmeti alamama yönündeki şikayetler giderilmiş ancak bu defa da hizmet bedelleri tartışılır hale gelmiştir.

Limanalarda sunulan hizmetler alıcısına göre ikiye ayrılarak incelenmektedir: Gemilere verilen hizmetler ve yüke verilen hizmetler.

Gemilere verilen hizmetler, yanaşma ve ayrılma için zorunlu tutulan kılavuzluk, römorkörcülük, bağlama, barınma, atık alımı gibi kalemlerden oluşmaktadır. Bu hizmetleri ülkemizde boğazlar ve özel sektörün giriş yapmak istemediği atıl durumdaki limanlar haricinde özel sektör sunmaktadır. Buna karşın söz konusu hizmetlere dair düzenleme boşlukları uzun süre devam etmiştir. Nihayet 31/12/2018 tarihinde Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı Kılavuzluk ve Römorkörcülük Hizmetleri Yönetmeliği’ni yayınlamışsa da sektörde tartışma yaratan yönetmeliğin yürütmesi Danıştay İDDK kararı ile durdurulmuştur. Bunun ardından Bakanlık 08/01/2020 tarihli Kılavuzluk ve Römorkörcülük Hizmetleri Hakkında Yönetmeliği yayınlamış bu ikinci düzenleme de tartışmalara son vermemiş aksine yeni davaların açılmasına yol açmıştır. Hizmetlerin kim tarafından nasıl sunulacağına dair tartışmaya ilave olarak hizmet bedelleri konusu da tartışmalıdır. Bakanlığın 2003’te yayımladığı bir tavan fiyat tarifesi hukuken geçerli olsa da fiilen bu tarifenin uygulanmadığı gözlenmektedir. Bu durumu değiştirmek üzere 16/05/2020 tarihinde “Kıyı Tesislerinde Verilen Hizmet Kalemleri İle Bu Hizmet Kalemlerinin Taban ve Tavan Ücretlerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ” yayımlanmış ancak bu düzenlemeden de yine kısa süre içinde geri adım atılmıştır. Şöyle ki Bakanlık 11/12/2020 tarihinde aynı konuyu çok daha dar kapsamlı olarak düzenleyen “Kıyı Tesislerinde Gemilere Verilen Hizmetlere İlişkin Tebliğ”i yayınlamıştır. Bu şekilde sürekli değişen ve hayata geçirilmesinde güçlükler yaşanan düzenlemeler aslında bu alanda bir türlü rekabet hukuku tartışması yapılamamasının altında yatan problemleri özetlemektedir. Bir diğer deyişle, sektörün düzenlenmesine dair bu karmaşık durum rekabete açılmasını da engellemektedir demek hatalı olmaz. Rekabet Kurumu da açtığı soruşturmalarda gemilere verilen hizmetleri irdelenmiş ancak özel düzenlemelere tabi olduğu gerekçesiyle bu güne kadar müdahil olmamıştır. Bu kararların isabetli olup olmadığı ve düzenleme boşluğu bulunan bir sektörde rekabet kurallarının nasıl uygulanabileceği bildiri kapsamında tartışılacaktır.

Diğer yandan limanlarda gemilerin yanında yüklere de hizmet verilmektedir. Yüklere verilen başlıca hizmetler yükleme, boşaltma, elleçleme, kara ulaştırmasına nakil, depolama gibi hizmetlerdir. Yüklere verilen hizmetler konusunda da yukarıda özetlenen hizmet bedeli tartışmaları tarifeler yönünden geçerlidir. Bu konuda Rekabet Kurumu'na da çok sayıda aşırı fiyat şikayeti yapılmış Kasım 2020'de Ortadoğu Liman Hizmetleri kararına kadar şikayetler reddedilmiştir.

Bildiride liman hizmetlerine dair ülkemizin durumunun bir fotoğrafını çekmeye, Rekabet Kurumu'nun aldığı kararlarla bu fotoğraftaki yerini tartışmaya çalışacağız ve rekabet hukuku araçlarıyla bu alanda başka ne yapılabilirdi ne yapılamazdı sorularına cevap arayacağız.

Rekabet Hukukunda Yeni bir Yaptırım Türü Olarak “Yapısal Tedbirler”

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

Bilindiği üzere 16/6/2020 yılında yapılan değişiklikler ile birlikte Rekabet Kurulu ihlalin bir daha olmasını önlemek ve piyasada rekabeti tesis etmek için davranışsal tedbirlerin yanında yapısal tedbirler uygulama yetkisi de verilmiştir. Değişiklik sonrası hüküm şu şekildedir Madde 9 – (Değişik birinci fıkra:16/6/2020-7246/3 md.) Kurul; ihbar, şikâyet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya resen bu Kanunun 4 üncü, 6 ncı veya 7 nci maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine rekabetin tesisi için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları ve teşebbüslerin belirli faaliyetlerini yahut ortaklık paylarını ya da mal varlıklarını devretmeleri şeklindeki yapısal tedbirleri nihai kararında bildirir. Davranışsal ve yapısal tedbirler, ihlalle orantılı ve ihlalin etkili biçimde sona erdirilmesi için gerekli olmalıdır. Yapısal tedbirlere ancak daha önce getirilen davranışsal tedbirlerin sonuç vermediği hallerde başvurulur. Davranışsal tedbirlerin sonuç vermediğinin nihai kararla tespit edilmesi halinde ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine yapısal tedbire uyması için en az 6 ay süre verilir.

Bu seminerde öncelikle yapısal tedbirlerin gerekli olup olmadığı ve hukuk sistemi içerisindeki yeri incelenecektir. Yeni getirilen kurum çeşitli açılardan incelenecektir. Rekabet Kurulunun geçmiş kararları yargı kararları incelenerek uygulama geçmişi değerlendirilecektir. Bununla birlikte karşılaştırmalı hukukta yapısal tedbirlerin uygulanma şekilleri örnek davalar üzerinden incelenerek konunun temelleri oluşturulacaktır.

Sonrasında her bir ihlal türü için yapısal tedbirlerin uygulama alanları incelenecektir. RKHK 4. Madde kapsamındaki uygulamalar ile başlanarak en çok uygulama tartışmaları yapılan RKHK 6. Madde kapsamındaki uygulanmasına ilişkin tartışmalara yer verilecektir. Yine RKHK 7. Madde kapsamında da değerlendirme yapılacaktır.

Tüm bu incelemelerimizi yapısal tedbirlerin uygulanmasının tüm rekabet hukuku ve genel mevzuat içerisinde en etkin ne şekilde uygulanması gerektiği analizi ile yapılacaktır.

4. HAFTA 24.03.2021

7246 sayılı Kanunla Getirilen De Minimis Kuralının Türk Rekabet Hukukunda Uygulanabilirliği

Dr. Ahmet Fatih ÖZKAN (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

Rekabet hukuku bağlamında de minimis, rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların yasaklandığı normlar çerçevesinde değerlendirilebilecek bazı anlaşmaların, ufak ve önemsiz olmaları nedeniyle rekabet otoritelerince dikkate alınmaması olarak tanımlanabilir. Bir anlaşmanın de minimis kapsamında değerlendirilmesi, onun hukuka uygun olduğu anlamına gelmeyip, yalnızca rekabet otoritesince soruşturma konusu yapılmayacağını göstermektedir. Böylece ilgili pazarda kayda değer bir rekabet sınırlamasına yol açmayan anlaşmalarla uğraşmak yerine, rekabet otoriteleri kaynaklarını daha ciddi rekabet ihlallerini araştırmaya ve

soruşturmaya ayırabilecektir 7246 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla ile de minimis kuralı Türk rekabet hukuku mevzuatına dâhil edilmiştir. Bu doğrultuda “rekabeti kayda değer ölçüde kısıtlamayan” anlaşmalar, 4054 sayılı Kanunun 4. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle Kurul tarafından soruşturulma konusu yapılmayabilecektir.

7246 sayılı Kanun ile ana hatları, “Rekabeti Kayda Değer Ölçüde Kısıtlamadığı Kabul Edilen Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Karar ve Eylemlerine İlişkin Tebliğ Taslağı” ile de ayrıntıları düzenlenen de minimis kuralının dikkat çeken özelliklerinden biri de “açık ve ağır ihlallerin” kapsamı dışında bırakılmış olmasıdır. Buna göre fiyat tespiti, bölge veya müşteri paylaşımı ya da arz miktarının kısıtlanması gibi açık ve ağır ihlaller, pazar payı eşiklerine bakılmaksızın, de minimis kuralından yararlanamayacaktır. Tebliğ taslağının oluşturulmasından büyük ölçüde yararlandığı anlaşılan Avrupa Komisyonunun 2014 tarihli De Minimis Duyurusunda da amaç bakımından rekabetin sınırlanmasına yol açan anlaşma türleri açısından benzer bir düzenleme yer almaktadır. Mevzuat ile uyum sağlanması anlaşılabilir ve doğru bir yaklaşım olsa da mevcut haliyle de minimis kuralının, gerek Türk hukukunun ulus üstü bir niteliğe sahip olmadığı, gerekse Rekabet Kurulunun geçmiş kararları gözetildiğinde sorun oluşturabilecek boyutlarının olduğu ileri sürülebilir.

Şöyle ki mevzuat AB rekabet hukuku uygulamasında Komisyonun de minimis gerekçesiyle soruşturma konusu yapmadığı anlaşmaların, üye devletlerin rekabet kanunları uyarınca incelenmesine bir engel bulunmamaktadır. Buna karşın, Türk rekabet hukukunun böyle bir özelliğinin bulunmaması sonucu Kurulca de minimis kuralının uygulandığı durumlarda rekabet ihlali iddialarını kimin inceleyeceği meselesi ortaya çıkmaktadır. Anlaşmanın rekabeti sınırladığını iddia eden kişilerin, Kurul kararının idari yargıda iptalini istemek dışında, olayı adli yargıya taşımaktan başka bir çaresinin olmadığı söylenebilir. Ancak Yargıtay’ın yerleşik içtihatları sonucu rekabet ihlaline karar verme konusunda fiilen Kurulun yetkili olduğu ve Kurulun vereceği kararın mahkemelerce bekletici mesele yapılması gerektiği düşünüldüğünde, rekabet ihlali iddialarının nasıl soruşturulacağı konusunda belirsizlik doğmaktadır.

Diğer taraftan; taahhüt, uzlaşma, yapısal tedbirler gibi 7246 sayılı Kanunun getirdiği diğer müesseselerin aksine, de minimis uygulaması Türk rekabet hukuku açısından yeni değildir. 7246 sayılı Kanun öncesinde ne 4054 sayılı Kanunda ne de ikincil mevzuatta de minimis kuralına doğrudan dayanak oluşturabilecek bir hükmün yer almasına rağmen, Kurulun fiilen de minimis kuralı varmış gibi hareket ettiği kararlarına rastlanmaktadır. Bu bağlamda, anlaşmanın uygulanmaması veya rekabeti kısıtlayıcı bir etki doğurmaması ya da kısa süreli olması yahut sınırlı bir coğrafi pazarı kapsamaması veyahut tarafların ekonomik anlamda küçük olması gibi çeşitli gerekçelerden hareketle Kurulun ilgili anlaşmayı kayda değer görmeyerek soruşturma konusu yapmadığı ve 9(3) kararıyla dosya konusu uygulamalara son verilmesine yönelik teşebbüslere görüş yazısı göndermekle yetindiği azımsanmayacak ölçüde kararı bulunmaktadır.

Bu tebliğde, 7246 sayılı Kanun ile mevzuata dâhil edildiği haliyle de minimis kuralının Türk rekabet hukukunda uygulanabilirliği konusu ele alınmaktadır. Bu bağlamda, de minimis olarak değerlendirilip Kurulca soruşturma konusu yapılmayan anlaşmalara karşı hukuken nasıl bir yol izlenmesi gerektiği sorusu ile açık ve ağır ihlal tanımına giren bazı anlaşma türlerinin Kurul tarafından geçmişte soruşturma konusu yapılmamış olmasının, 7246 sayılı Kanun sonrası da Kurula geçmiş kararlarına atıfta bulunarak benzer bir karar verme yetkisi verip vermediği sorusuna yanıt aranmak suretiyle, de minimis kuralının uygulamada sorun teşkil edebilecek boyutları masaya yatırılmaktadır.

Rekabet Hukukunda Geçici Tedbir Kararlarının Yükselişi: Dijitalizasyon ve Pandeminin Etkileri

Av. Caner K. Çeşit (ACTECON)

Av. Mustafa Ayna (ACTECON)

Son yıllarda mal ve hizmet piyasalarında konsolidasyonun artması ve teşebbüslerin kar marjlarının yükselme eğilimi içerisinde girmesi, rekabet hukuku kurallarının ve bunların uygulanmasının etkinliğini sorgulanır hale getirmiştir. Buna karşın gerek rekabet otoriteleri gerekse doktrindeki görüşler, mevcut rekabet hukuku araçlarının etkin bir şekilde uygulanıp uygulanmadığını ve yeni araçlara ihtiyaç olup olmadığını tartışmaya açmıştır.

Bu tartışmalardan nasibini alan araçlardan biri de rekabet otoritelerinin mevcut yetkileri arasında yer alan geçici tedbir kararlarıdır. Nitekim geçici tedbir kararları, rekabet otoritelerinin sıkça eleştiriye konu olduğu soruşturma sürecinin uzaması sebebiyle piyasada oluşan ciddi ve telafi edilemez rekabetçi zararların zamanında etkili bir biçimde giderilememesi sorununu bertaraf edebilecek kapasiteye sahiptir. Bununla birlikte, geçici tedbir kararlarına karşı açılan davalarda mahkemelerin görece yüksek bir standart benimsemesi, rekabet otoritelerinin bu aracı kullanmaktan nispeten çekinmesine yol açmıştır. Nihayet Avrupa Komisyonu, 11 Aralık 2018 tarih ve 2019/1 sayılı Direktifi (ECN+ Direktifi) aracılığıyla, hızlı gelişen piyasalardaki rekabetçi sorunlarla etkin bir şekilde mücadele edilebilmesi adına üye ülke rekabet otoritelerinin resen geçici tedbir yöntemine başvurmaları imkanı tanımıştır. Yine Komisyon, IMS Health dosyasından beri geçen yaklaşık 20 yıllık aradan sonra 2019 yılında geçici tedbir uygulamasına başvurmuştur.

Özellikle piyasalarda yaşanan dijitalizasyonun getirdiği yıkıcı yenilikler karşısında, ya geleneksel oyuncuların bu yenilikleri önlemeye yönelik uygulamaları ya da piyasaları domine eden büyük teknoloji şirketlerinin geleneksel teşebbüslerin piyasada var olmasını zorlaştırmaları, rekabet otoritelerinin geçici tedbirlere başvurmasını zorunlu kılmıştır. Keza Covid-19 pandemisinin mal ve hizmet piyasalarında yol açtığı öngörülen rekabetçi endişeler de rekabet otoritelerinin bu yönetime başvurmasına ön ayak olmuştur.

İşbu çalışmada; öncelikle geçici tedbir kararlarının olumlu yönleri ve tesis edilmelerinin önündeki engeller ele alınarak koşullarına değinilecek; bu tedbirler neticesinde teşebbüslere getirilebilecek bir eylemi yapmaya yönelik pozitif veya bir eylemi sonlandırmaya yönelik negatif tedbirler arasındaki farklılıklar vurgulanacak ve bu farklılıkların yargı nezdindeki değerlendirmeleri ne ölçüde etkileyebileceğine dair çıkarımlarda bulunulacaktır.

Dijitalizasyonun etkisine örnek olarak; (i) İtalya Rekabet Otoritesi'nin Torino Taksi Kooperatifi'nin inovatif hizmetlerin kullanımını engellemesi, (ii) Fransa Rekabet Otoritesi'nin Google Ads kuralları, (iii) Avrupa Komisyonu'nun Broadcom'un münhasırlık uygulamaları ve (iv) Fransa Rekabet Otoritesi'nin Google'ın yayıncıların içeriklerini yeniden kullanması hakkında tesis ettiği geçici tedbir kararları ve varsa takip eden yargı süreci incelenecektir.

Pandeminin etkisine örnek olarak ise; (i) Rekabet Kurulu'nun zincir marketler ile bunların tedarikçilerinin gıda ve temizlik ürünlerindeki fiyat artışları, (ii) Arnavutluk Rekabet Otoritesi'nin dezenfektan, maske gibi önleyici sağlık ürünlerinin fiyatlamaları ve ticari koşulları, (iii) Portekiz Rekabet Otoritesi'nin Portekiz Profesyonel Futbol Ligi'nin oyuncu ayartmama kuralı ve (iv) Birleşik Krallık Rekabet Otoritesi'nin havayolları slot anlaşmaları hakkında tesis ettiği geçici tedbir kararları ve varsa takip eden yargı süreci değerlendirilecektir.

Tüm bu değerlendirmeler neticesinde, geçici tedbir aracının rekabet otoriteleri tarafından ne ölçüde kullanılabileceği hususu tartışmaya açılacaktır.

İnovasyon Rekabeti: Rekabet Hukukunda Paradigma Değişimi mi? (Alman Otomotiv Üreticileri Soruşturmaları ve Facebook Davası Ekseninde Değerlendirmeler)

Dr. Çiçek Ersoy (İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi Öğretim Üyesi)

AB Komisyonu, 18 Eylül 2018 tarihinde BMW, Daimler ve Volkswagen hakkında, benzinli ve dizel yakıtlı binek araçlar için emisyon teknolojileri alanındaki gelişmelerin ve yeni teknolojilerin piyasaya sürülmesinin kısıtlandığı iddiasıyla soruşturma başlatmıştır. Yapılan açıklamalarda ve özellikle Alman medyasında çıkan haberlerde, en büyük beş markanın sahibi olan üç otomotiv üreticisinden toplam 200 çalışanın, 2006 ile 2014 yılları arasında, 60 farklı ortak çalışma grubu kapsamında 1000 kadar toplantıda bir araya geldiği, bu toplantıların belirli teknik standartların oluşturulması amacıyla yönelik olduğu, teknolojik gelişmelere ilişkin fikir alışverişinde bulunduğu ancak bazı teknik gelişmelerin uygulanmaması konusunda da anlaşmalara varıldığı, nitekim anlaşmaya taraf olan teşebbüslerden birinin pişmanlık başvurusunda bulunduğu iddialarına yer verilmiştir. Bu iddiaların ispatlanması halinde otomotiv üreticilerinin, tüketicilerin daha çevre dostu arabalar kullanmasının önüne geçmek için mevcut teknolojileri kullanmamak konusunda hukuka aykırı olarak anlaşmış oldukları sonucuna ulaşılabilecektir.

AB'de yürüyen otomotiv soruşturmasına paralel olarak Rekabet Kurulu da 1 Haziran 2020 tarihinde Audi, Porsche, Volkswagen, BMW ve Mercedes Benz hakkında soruşturma başlatmıştır. Soruşturmanın konusu, otomotiv üreticilerinin inovasyon, çevresel ve güvenlikle ilgili teknolojiler, sertifikalar ve standartlar ile bunların piyasaya giriş zamanlamasına ilişkin koordineli davranışlarının rekabeti sınırlandırdığı iddialarıdır.

2021 yılı içerisinde sonuçlanması beklenen bu soruşturmalara ilişkin olarak kamuoyuna yansıyan haberlerden fiyat konusunda bir anlaşma olmadığı; konunun inovasyon rekabeti ve bunun kısıtlanmasından ibaret olduğu anlaşılmaktadır. Bu durum, rekabet otoritelerinin özellikle son yıllardaki birleşme ve devralma kararlarındaki yaklaşımlarla birlikte değerlendirildiğinde paradigma değişikliği tartışmalarına yol açmaktadır. Örneğin 2017 yılındaki Dow/DuPont devralma kararında AB Komisyonu, bildirilen yoğunlaşma sonucunda pazardaki inovasyon rekabetinin kısıtlanıp kısıtlanmayacağını değerlendirmiş ve işleme DuPont'un pestisit alanındaki AR-GE faaliyetlerini elden çıkarması koşuluyla izin vermiştir. Dow/DuPont kararında öne çıkan özellik, değerlendirmenin geleneksel fiyat artışı olup olmayacağı parametresi ile değil, pazardaki potansiyel rakiplerin yeni bir teknik gelişme ile pazara girme konusundaki motivasyonları açısından yapılmasıdır. Araştırma-geliştirme faaliyetlerinin ve inovasyonun, şirketlerin ticari başarısını eski yıllara göre çok daha net belirlediği bir dünyada, rekabet hukukunun da yüzünü bu yöne çevirmesi ve fiyat ve üretim miktarı dışındaki parametreleri tartışma konusu yapması kaçınılmaz görünmektedir.

Nitekim son olarak, ABD'de Federal Ticaret Komisyonu ve eyaletlerin Facebook aleyhine açtıkları davanın temel konusunu, tüketiciler aleyhine fiyat artışları iddiası değil; Facebook'un geçmişte yaptığı Instagram ve WhatsApp satın almaları ile inovasyon rekabetini azalttığı iddiası oluşturmaktadır.

Özetle sunumda otomotiv soruşturmaları ekseninde rakipler arasında inovasyona ve teknik gelişmeye ilişkin yatay anlaşmaların ne ölçüde ve hangi koşullarda hukuka aykırı olacağı sorusuna cevap aranacak; son yıllardaki ABD'deki Facebook davası ile birlikte bu gelişmelerin rekabet hukukunda bir paradigma değişimine işaret edip etmediği değerlendirilecektir.

Yoğunlaşma Kontrolünde İnovasyon Rekabetinin Rolü

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

Yoğunlaşma kontrolünün amacı rekabetçi pazar yapısının birleşme ve devralmalar yolu ile bozulmasının önlenmesidir. Geleneksel yoğunlaşma denetiminin odağında fiyat rekabeti bulunmakla birlikte rekabetin önemli parametrelerinden birinin inovasyon olduğu kabul edilmektedir. Yoğunlaşma denetiminde inovasyon rekabetinin iki farklı şekilde etkisi olabilmektedir. Yoğunlaşma işlemi neticesinde inovasyon rekabetinin azalacağına ilişkin rekabetçi kaygıların ortaya çıkması ya da yoğunlaşmanın inovasyon üzerindeki olumlu etkileri (dinamik etkinlikler) nedeniyle işlemin antirekabetçi etkilerinin dengelenmesi söz konusu olabilmektedir.¹ Dolayısıyla inovasyon rekabeti olgusu, bir yoğunlaşma işleminin yasaklanmasına neden olabileceği gibi rekabet endişesi doğuran bir yoğunlaşma işlemine dinamik etkinlikler gerekçesiyle izin verilmesini de sağlayabilecektir. Avrupa Komisyonu (Komisyon) ve ABD Federal Ticaret Komisyonu (FTC) gibi rekabet hukuku bakımından liderlik eden otoriteler inovasyon rekabeti ve dinamik etkinlik argümanlarının yoğunlaşma analizinde dikkate alınacağını açıkça ifade etmesine rağmen, bu hususun uygulamada ikincil kaldığı söylenebilecektir.² İnovasyon rekabeti ve dinamik etkinliklerin yoğunlaşma kontrolüne entegre edilmesi ise mevcut pazar yapısının yanında gelecekteki pazar yapısına ilişkin öngöründe bulunmayı da gerektirmesi, belirsizlik taşıması ve ölçümleme sorunları gibi nedenlerle uygulamada zorluklar doğurabilmektedir.³

Uluslararası yoğunlaşma denetimi uygulamaları incelendiğinde, son yıllarda özellikle sağlık sektörüne ilişkin pazarlarda inovasyon rekabetinin belirleyici bir faktör olarak ele alındığı karar örneklerine rastlanmaktadır. Örneğin 2019 yılının son aylarında Illumina ve Pacific Biosciences of California birleşmesi işlemi ile ilgili olarak hem İngiliz Rekabet Otoritesi (CMA) hem de FTC tarafından⁴ işlemin “yeni nesil DNA dizilimi sistemleri” pazarında rekabeti kısıtlamasının yanında “gelecekteki rekabeti” de kısıtlayacağı endişeleri dile getirilmiştir. CMA ve FTC’nin incelemelerinin derinleşmesiyle Illumina ve PacBio işleminden vazgeçtiğini duyurmuştur. Yine 2019 yılında Avrupa Komisyonu Allergan/Abbvie devralma işlemine inovasyona ilişkin kaygılar nedeniyle, Allergan’ın geliştirme aşamasında olduğu bir ürünü elden çıkarması taahhüdüyle izin vermiştir. CMA’nın Tobii/Smartbox kararında ise yoğunlaşmanın yaratacağı dinamik etkinlikler olduğu argümanının bu etkinliklerin yeterince kanıtlanamadığı gerekçesiyle reddedildiğini ve işleme izin verilmediğini görmekteyiz.⁵ Türkiye uygulamasında ise inovasyon rekabetine ilişkin rekabetçi kaygılar ve dinamik etkinliklerin Yatay Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz’da yer bulduğu ancak inovasyon rekabeti olgusunun Rekabet Kurulu kararlarına yansımalarının oldukça sınırlı olduğu söylenebilecektir. Rekabet Kurulu’nun etkinlik kazanımı kapsamında inovasyon üzerinde olumlu etki edecek olan dinamik etkinlik argümanlarını kabul ettiği sınırlı sayıda kararında ise dinamik etkinlik argümanlarının derinleşmediği ve somutlaştırılmadığı

¹ Bruno Jullien ve Yassine Leoufilli, “Horizontal Mergers and Innovation” (2018)

https://www.tse-fr.eu/sites/default/files/TSE/documents/doc/by/jullien/policy_paper_merger_innovation_revised_august_2018.pdf

² Ingo L.O. Schmidt, “The suitability of the more economic approach for competition policy: dynamic vs. static efficiency” (2007) ECLR 28(7) 408

³ Andrew Tepperman ve Margaret Sanderson, “Innovation and Dynamic Efficiencies in Merger Review” (2007) Report for Canada Competition Bureau
<http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/02376.html>

⁴ CMA’nın basın açıklaması için bkz; <https://www.gov.uk/government/news/illumina-s-takeover-of-pacbio-raises-competition-concerns> FTC’nin basın açıklaması için bkz; <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2019/12/ftc-challenges-illumina-proposed-acquisition-pacbio>

⁵

https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5d5d1800e5274a0766482c45/Final_Report2.pdf, para 8.100, 8.101

söylenbilir. Yukarıda değinilen Allergan/Abbvie işlemine ilişkin kararında ise Rekabet Kurulu'nun tarafların sadece mevcut ürünleri odaklı bir değerlendirme yaptığı ve gelecekteki rekabetin ne şekilde etkileneceğini dikkate almadığı anlaşılmaktadır.⁶

Çalışmada inovasyon rekabetinin, fiyat rekabeti odaklı olan yoğunlaşma kontrolüne ne şekilde entegre edilebileceği, ülke uygulamaları bağlamında karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır. Bu kapsamda ilk bölümde yoğunlaşmalar sonucunda inovasyon rekabetinin azalmasından kaynaklanan rekabet endişeleri, ikinci bölümde ise dinamik etkinlik argümanları ve bu argümanların yoğunlaşma kontrolüne etkisi analiz edilecektir. Bu kapsamda dinamik etkinliklerin yoğunlaşma kontrolü sürecine entegrasyonu ve somutlaştırılması için yöntemler ele alınacaktır. Son olarak Rekabet Kurulu kararlarında inovasyon rekabetinin ne ölçüde dikkate alındığı ve bu hususun yoğunlaşma kontrolünde bir boşluk oluşturup oluşturmadığı tartışılacaktır.

6. HAFTA 07.04.2021

Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz Işığında Yerinde İnceleme Yetkisinin Gelişimi ve Olası Riskler

Av. Gülçin Dere, LL.M. (Paksoy Hukuk Bürosu, Rekabet Hukuku Danışmanı)

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ("4054 sayılı Kanun")'un yerinde inceleme yetkisine ilişkin 15. maddesinde yakın tarihte yapılan değişiklikle Rekabet Kurumu'nun dijital verileri incelenmesine ilişkin yetkileri açıklığa kavuşturulmuş ve akabinde uygulama esaslarına ilişkin Kılavuz yayınlanmıştır.¹ Bilindiği üzere, yerinde inceleme yetkisi, 4054 sayılı Kanun'un ihlal edilip edilmediğinin ortaya çıkarılmasında kullanılan en önemli araçların başında olup, yetkinin etkin ve usulüne uygun bir şekilde kullanılması her geçen gün yerinde incelemelerde kişisel veri ve anayasal temel hak ve özgürlüklere ilişkin itirazların arttığı dikkate alındığında hayati önemi haizdir.

İşbu çalışmada Rekabet Kurulu ("Kurul")'nun yerinde incelemelerde dijital verilerin incelenmesi bakımından yaklaşımındaki gelişmeler Kurul'un örnek kararları ışığında disiplinlerarası bir yaklaşımla ele alınacaktır. Nitekim dijital verilerin incelenmesine ilişkin gelişen Kurul yaklaşımına paralel olarak, Kılavuz Avrupa Komisyonu'nun mobil cihazların incelenmesi konusundaki mevzuatına benzerlik göstermekle birlikte, cihazların adli bilişim araçları vasıtasıyla incelenmesine ilişkin esaslar bakımından konunun önümüzdeki dönemde temel hak ve özgürlükler, kişisel veri mevzuatı ve etki doktrini çerçevesinde detaylı incelenmesini gerektirmektedir.²

Yakın tarihte Kurul'un bankalara yönelik yürütülen önaraştırma kapsamında talep edilen bilgi ve belgelerin bazı teşebbüslerce sağlanmaması gerekçesiyle idari para cezasına hükmettiği kararında konuya ilişkin kapsamlı ve birbiriyle bağlantılı itirazlara rastlamak mümkündür.³ Temelde, yurt dışında yerleşik teşebbüslerin Türkiye'yi etkileyen faaliyetlerine ilişkin bilgi talebi kapsamında kişisel verilerin ihlaline yönelik itirazlar, anılan teşebbüslere ve iştiraklerine tebligat konusu ve bu bağlamda etki doktrini çerçevesinde değerlendirilmiştir. Kurul Kararı'nda, kişisel veri barındıran bilgi ve belgelerin üçüncü ülkelere veriler gizlenmeden iletilmesinin şartlarına ilişkin AB'de geçerli Genel Veri Koruma Tüzüğü ("GDPR")'nün 49. maddesinde yer alan istisna hükmüne istinaden transferin sağlanıp sağlanamayacağı hususu incelenmiş, teşebbüslerden talep edilen verilerin hem 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ("KVKK") açısından hem diğer ülkelerin ilgili mevzuatları kapsamında kişisel veri olarak kabul edildiğine dair bütüncül ve otomatik bir yaklaşımın doğru olmayacağı, ancak GDPR'da yer alan istisna hükümlerine rağmen, teşebbüslerin başka egemen

⁶ <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=fc4c7e99-a4ea-473d-a426-ac8e444b8e59>

devletin müşteri gizliliğine ilişkin yasal düzenlemeleri ile 4054 sayılı Kanun'un bilgi talebine yönelik hükümleri bakımından etki prensibi ve uluslararası nezaket ilkeleri (positive comity)4 çerçevesinde değerlendirilme yapılması gereğine işaret edilmiştir. 5

İşbu çalışmada söz konusu gelişimi inceleyebilmek adına, yerinde incelemenin engellenmesine ilişkin, e-posta kutusundaki verilerin ilgili yerel mevzuat ve GDPR kapsamında olduğu gerekçesiyle uzaktan erişimin sağlanamadığına yönelik Kurul'un Groupe SEB İstanbul Ev Aletleri Kararı ile, veri koruma yasaları gerekçesiyle yerinde incelemede "eDiscovery" aracılığıyla arama yapılmasına yönelik itirazların incelendiği Unilever Kararı ve benzer yöndeki Siemens Healthcare Kararı ile, kişisel e-posta adresi vesilesiyle özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyeti gibi anayasal hakların gündeme geldiği Kurul'un Ege Gübre Kararı vb. kararlar ışığında konu incelenecektir.6

Son olarak çalışmada konuya ilişkin yurt dışı rekabet otoritelerinin uygulamaları ve kararlarına yer verilecektir. Nitekim yerinde incelemelerin gerçekleştirilmesinde, çeşitli adli bilişim yazılım ve donanımları, imaj alınması, iş için kullanılan kişisel cihazların incelenmesi (bring your own device) vb. konularında yurt dışında farklı uygulamalar bulunmaktadır. İspanya Rekabet Otoritesi (CNMC), Hollanda Rekabet Otoritesi (ACM) başta olmak üzere AB ülkelerindeki uygulamalar mahkeme kararları ışığında değerlendirilecektir.7 Bu çerçevede, çalışmada KVKK hükümleri ve rekabet mevzuatındaki hükümler kapsamında mobil cihazlar gibi kişisel veri yoğun cihazların incelenmesinde teşebbüslerin temel hak ve özgürlüklerinin kısıtlanmaması adına karşılaşılabilecek olası riskler ve çözüm önerileri değerlendirilecektir. 8

1 <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/yerinde-inceleme-kilavuz1-20201009091644514-pdf> 16.06.2020 tarih ve 7246 sayılı Kanun ile 4054 sayılı Kanun'un "Yerinde İnceleme" başlıklı 15. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yapılan değişiklik için bkz. <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Mevzuat/4054-sayili-kanun>

2 "Explanatory note on Commission inspections pursuant to Article 20(4) of Council Regulation No 1/2003" http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/explanatory_note.pdf

Etki doktrini için bkz. DERE G., Uluslararası Hukuk Bağlamında Rekabet Otoritelerinin Yetki Sorunu Ve Türkiye İçin Çözüm Önerileri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2012.

3 Kurul'un 02.07.2020 tarih ve 20-32/397-179 sayılı kararı.

4 Positive comity ve negative comity için bkz. DERE G., Uluslararası Hukuk Bağlamında Rekabet Otoritelerinin Yetki Sorunu Ve Türkiye İçin Çözüm Önerileri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2012, s.7.

5 Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) madde 49, 50.

Ayrıca, talep edilen verilerin bir başka yargı çevresindeki hukuk kurallarının ihlali anlamına gelebileceği argümanına ilişkin bkz. Commission Decision of 25 June 1976 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/26.186 — CSV) (76/593/EEC) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31976D0593&from=EN> , GDPR'ın 50. maddesi kişisel verilerin korunmasında uluslararası işbirliği hükümlerini düzenlemektedir (International cooperation for the protection of personal data) .

Yurt dışında yerleşik teşebbüs hakkında sorumluluk tayini bakımından bkz. Kurul'un 28.11.2017 tarih ve 17-39/636-276 sayılı (Sendikasyon Kredileri) kararı, Kurul'un 05.01.2017 tarih ve 17-01/12-4 sayılı Booking.com Kararı.

6 Groupe SEB İstanbul Karar tarihi: 09.01.2020, sayı: 20-03/31-14.

Unilever Kararı tarihi : 07.11.2019, sayı: 19-38/584-250.

Siemens Kararı tarihi : 07.11.2019, sayı:19-38/581-247.
Ege Gübre 07.02.2019 tarih ve19-06/51-18 sayı. Ayrıca bkz. Nuhoğlu Karar Tarihi : 21.12.2017; Karar Sayısı: 17-42/669-297, Askaynak Karar Tarihi : 26.12.2019, sayı: 19-46/793-346.
Whatsapp yazışmalarına ilişkin inceleme ve delil niteliği bakımından bkz. T. TURAN, G.DERE, "Can WhatsApp correspondence be used as an admissible evidence under Turkish Competition Law?" (2019) <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d0c5077c-bc04-4942-871b-59e6a595f8a1>
Burdur Otogaz kararı 20-03/28-12 Karar Tarihi : 09.01.2020, Ankara Ortodonti Karar tarih 29.03.2018, sayı: 18-09/157-77 , Frito Lay Kararı 12.06.2018 , sayı: 18-19/329-163 ; Gaziantep çiğ köfte 10.01.2019 tarih, sayı:19-03/13-5 .
7 RESOLUCIÓN (Expte. S/DC/0503/14 FABRICANTES DE TURRÓN) bkz: https://www.cnmc.es/sites/default/files/921617_7.pdf . bkz: DAF/COMP/AR(2017)15 Annual Report on Competition Policy Developments in Spain (21-23 June 2017) s. 7. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/AR\(2017\)15/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/AR(2017)15/en/pdf) .
"2014 ACM Procedure for the Inspection of Digital Data", Netherlands Authority for Consumers and Markets ("ACM") https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/12772_2014-acm-procedure-for-the-inspection-of-digital-data-2014-02-06.pdf . Annual Report on Competition Policy Developments in the Netherlands (2018), the Organisation for Economic Co-operation and Development (the "OECD") DAF/COMP/AR(2018)43. s.7. Ayrıca bkz. ÇİROĞLU, F. "Mobil Cihazlarda Adli Bilişim İncelemeleri Ve Rekabet Hukukundaki Uygulamaları", Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, Ağustos 2020 s.72-74. <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/uzmanlik-tezleri/04-fatih-ciroglu-tez-20200915155928807-pdf>
Ayrıca bkz. <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/uzmanlik-tezleri/21-ali-ozan-tez-20200923173629999-pdf>
8 GDPR kapsamında AB kurumları ve rekabet otoritelerinin soruşturma faaliyetlerine ilişkin bkz. https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/18-10-30_letter_investigative_activities_eui_gdpr_en.pdf
Yerinde inceleme yetkileri, özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği konusunda değerlendirmeler için bkz. GÜNDÜZ, H. (2009), "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Rekabet Hukuku Uygulamasına Etkisi", Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No. 99, Ankara, s. 18 ve COŞGUN, H. (2009), "ABD, AB ve Türk Otoritelerinin Bilgi Edinme Yetkileri ve Bilgi Kaynağı olarak Fonksiyonları", Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No.107, Ankara, s. 64-65.

Rekabet Kurumu'nun Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Yetkisinin Adli Bilişim İlkeleri ve Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi
Dr. Mehmet Bedii Kaya (İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

Rekabet Kurulunun, tüketici refahına olumsuz etkilerde bulunan ve genellikle gizli şekilde yapılan kartellerle ve hâkim durumun kötüye kullanıldığı durumlarla mücadele edebilmek için diğer tüm rekabet otoriteleri gibi yerinde inceleme yetkisine ihtiyacı vardır. Ancak yerinde inceleme yetkisinin kapsamının çok geniş tutulması, bireylerin kişisel verilerini ihlal etme riskini de beraberinde getirmektedir. Bu kapsamda yerinde inceleme yetkisi özelinde, rekabet ihlallerini ortaya çıkarmanın yaratacağı toplumsal faydalar ile kişisel verilerin ihlalinin yaratacağı bireysel zarar arasında makul bir denge kurulması önemlidir.

Rekabet Kurulu, 8 Ekim 2020 tarihinde 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ("RKHK") 15. maddesi uyarınca dijital verilerin incelenmesi süreçlerinde uygulanacak usule ilişkin usul ve esasları ortaya koymak adına "Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin

İncelenmesine İlişkin Kılavuzu ("Kılavuz") yayımlamıştır. Kılavuz, Rekabet Kurulunun yerinde inceleme yetkisinin kullanımına ilişkin özellikle son dönemde tartışmalı olan konularda şeffaflık sağlaması bakımından olumlu olsa da hem adli bilişim ilkeleri hem de kişisel verilerin korunması hukuku açısından çeşitli sorunları barındırmaktadır.

Rekabet ihlallerine ilişkin delillerin özel usul ve yöntemlerle tespit edilmesi ve bunların muhafaza zincirine uyularak delile dönüştürülmesi gerekmektedir. Rekabet Kuruluna tanınmış olan yerinde inceleme yetkisi, bu bağlamda özel bir adli bilişim yetkisi niteliğindedir ve her adli bilişim incelemesi gibi katı kurallara tabi olması gerekmektedir. Ancak Kılavuzda adli bilişimin farklı süreçlerine ilişkin atıflar yer alsa da bu konuda tutarlı bir sistematığın geliştirildiğini ve her bir adli bilişim sürecinin gerekliliklerinin (cloud forensics, network forensics, database forensics, mobile forensics gibi.) veya canlı ve ölü analiz gibi durumların özellikli hallerinin ortaya koyulduğunu söylemek zordur.

Keza Kılavuzda yer alan tümüyle şahsi kullanıma özgü olduğu tespit edilen taşınabilir iletişim cihazlarının tespitinde de yapısal sorunlar vardır. Tümüyle şahsi kullanıma özgü olduğu tespit edilen taşınabilir iletişim cihazlar hem teşebbüs çalışanının hem de çalışanın iletişim kurduğu veya bilgi alışverişi yaptığı tamamen ilgisiz üçüncü kişilerin özel yaşamlarına ilişkin muhtelif bilgiler içermesi mümkündür. Salt bir yüzeysel keşif veya indeksleme sırasında dahi birçok kişisel verinin işlenmesi ihtimal dahilindedir. Ne var ki Kılavuzda, bir telefonun şahsi kullanıma özgü olduğuna ilişkin hangi kriterlerin uygulanacağı dahi net olarak ortaya koyulmamıştır.

Teşebbüslerde "kendi cihazını getir" politikalarının uygulandığı, kurumsal telefonların şahsi amaçlarla kullanımının yasaklanmadığı, şahsi telefonun bir kısmının MDM (Mobile device management) gibi araçlarla yönetildiği, veri kayıp önleme yazılımları (DLP) ile şahsi telefonların ağda izlendiği durumlar gibi özellikli durumlar için müstakil değerlendirmelerin yapılması gerekmektedir. Şahsi cihazların teşebbüs ağındaki izleri de bu bağlamda ayrıştırılması gerekecektir.

Bu bildiri kapsamında Rekabet Kurumu'nun yerinde inceleme yetkisi kapsamında dijital verileri inceleme yetkisi adli bilişime hâkim olan ilkeler ile kişisel verilerin korunması çerçevesinde incelenecektir. Bu çerçevede teşebbüslerin kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemeleri gerekçe göstererek Rekabet Kurulunun erişim ve belge taleplerinin reddetmesine ilişkin son dönemdeki Kurul kararları da ele alınacaktır. Ayrıca karşılaştırmalı bir bakış açısı sunmak amacıyla, bildiriye konuya ilişkin Avrupa Birliği hukuku düzenlemeleri ve uygulamaları da sunulacaktır.

7. HAFTA 14.04.2021

Rekabet Kurulu'nun Akaryakıt Piyasasına Müdahalelerinin Bir Okuması

Hakan Erek (CK Enerji - Uyum Müdürü)

Devletin en büyük vergi kaynaklarından birini oluşturan ve her gün fiyatıyla haberlere konu olacak kadar tüketici refahını etkileyen akaryakıt piyasaları sahip olduğu öneme paralel olarak hem düzenleyici otorite olan Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK) hem de bakanlık tarafından ciddi müdahalelere uğramaktadır. Piyasayı temelden şekillendirmiş olan müdahalelerin bir kısmı şu şekildedir:

- Özelleştirme şekli (TÜPRAŞ'ın bir bütün olarak özelleştirilmesi),
- Şehir içine yeni istasyon kurmanın engellenmesi ve istasyonlar arasına mesafe şartı getirilmesi,
- EPDK tarafından uygulanan fiyatlama metodolojisi ve promosyon ürünlerin yasaklanması.

Rekabet Kurulu'nun bugüne kadar akaryakıt piyasasıyla alakalı vermiş olduğu ve tüm rekabet hukuku camiasında ciddi anlamda ses getiren kararların (Tüpraş, intifa ve son akaryakıt kararı

gibi) içinde bulunulan yapısal çerçeve kapsamında değerlendirilmesi ve bu kapsamda tartışılmasının Kurul tarafından yapılan müdahalelerin doğru ve yanlış yanlarının daha net anlaşılmasına katkı sağlayacağı düşünülmektedir.

Bu bağlamda işbu çalışma kapsamında ilk olarak akaryakıt piyasasındaki değer zincirinin halkaları olan;

- Rafinaj (yarı tekelci yapı, özelleştirme yönetimi, ithalat durumu ve giriş engelleri),
- Dağıtım (oligopolistik yapı ve yeni istasyon kurmanın önündeki engeller),
- Bayi (fiyatlandırma metodolojisi, promosyon ürün yasağı)

aşamalarının ekonomik dinamiklerine ve bu aşamaları şekillendiren yapısal kamu müdahalelerine yer verilecektir.

İkinci bölümde Rekabet Kurulu'nun ekonomik ve hukuki kısıtlar çerçevesinde rekabeti artırmak için yaptığı müdahaleler tartışılacaktır. Kurul tarafından yapılan müdahalelerle değer zincirinin halkalarının eşleştirilmesi aşağıdaki gibidir:

- Rafinaj: Davranışsal müdahale (Aşırı fiyat kararı – Tüpraş Kararı),
- Dağıtım: Giriş engellerinin azaltılması (intifa kararları) ve marka içi rekabetin sağlanması (Opet-Petrol Ofisi-Shell-BP kararı),
- Bayi (il merkezleriyle ilgili alınan akaryakıt kararları)

Üçüncü bölümde Rekabet Kurulu'nun bugüne kadar verdiği en yüksek tutarlı idari para cezası olan Opet-Petrol Ofisi-BP-Shell kararı ele alınacak, bu kararda Kurul tarafından benimsenen yaklaşım ve analizler irdelenecektir.

Son bölümde de, genel bir değerlendirme yapılacak ve ilerleyen dönemde Kurul'un değer zincirinin hangi kısmına ilgisinin olabileceği tartışılacaktır.

Sonuç olarak, işbu çalışma çerçevesinde Rekabet Kurulu'nun akaryakıt piyasalarına yaptığı müdahalelerin arkasındaki "okumanın" daha iyi anlaşılabilmesi için akaryakıt piyasasına farklı kamu otoriteleri tarafından yapılan müdahalelerin yarattığı yapısal çerçeve ile piyasa dinamikler tartışılacak ve Kurul kararlarının bu çerçevede oturduğu yer değerlendirilecektir.

Rekabet Kurulu'nun 2020 Akaryakıt Kararı: Yeniden Satış Fiyatının Tespitine Dair Yaklaşım ve Verilerin İktisadi Analizine Yönelik Değerlendirmeler

Doç. Dr. Emin Köksal (Bahçeşehir Üniversitesi, Ekonomi Bölümü)

Av. Bora İkiler (Balcıoğlu Selçuk Ardiyok Keki Avukatlık Ortaklığı)

Rekabet Kurulu'nun 2020 yılında verdiği kararlarından en ilgi çekici olanlarından biri akaryakıt sektörüne ilişkin soruşturma kararıdır ("2020 Akaryakıt kararı"). Söz konusu karara dair inceleme süreci, başından sonuna kadar birçok dikkat çekici konuyu barındırmaktadır. Örneğin, soruşturma başlangıçta teşebbüslerin yatay ilişkilerine dair bir inceleme izlenimi verirken , daha sonra dört ayrı teşebbüsün dikey ilişkilerinin aynı dosyada sorgulandığı anlaşılmıştır. Soruşturma sonunda takdir edilen para cezası ise bir rekor olarak Türk rekabet hukuku tarihine geçmiştir. Rekabet Kurulu'nun bu kararının farklı boyutlarıyla akademik açıdan birçok incelemeyi hak ettiğini söylemek mümkündür. Bizler de bu çalışmada kararın temel iddiasını oluşturan yeniden satış fiyatının tespitine (YSFT) ilişkin yaklaşımı ve bu iddiayı desteklemek için sunulan veriye dayalı iktisadi bakış açısını ele almayı düşünüyoruz.

YSFT, rekabetçi ve rekabet karşıtı etkileri sebebiyle, otoritelerin ve mahkemelerin kararları açısından tam bir fikir birliğinden bahsetmenin mümkün olmadığı uygulamalardandır. Ancak gerek rekabet hukuku gerekse sanayi iktisadi literatürüne bakıldığında YSFT'nin rekabetçi etkilerini ortaya koyan çalışmalar son 10-15 yılda büyük hız kazanmış, bu da rekabet otoritelerinin ve mahkemelerin kararları ile oluşan içtihatla etkili olmuştur. Özellikle ABD'de, Leegin kararı sonrası bugün geline nokta, bir dikey kısıtlama olan YSFT'nin ele alınmasında pazardaki fiili sonuçlara odaklanılmaktadır.

Rekabet Kurulu'nun Vira Kozmetik, Dagi Giyim, KWS Türk, Yatsan, UFO, Aygaz, Yataş ve Duru Bulgur kararlarındaki rule of reason yaklaşımını andıran değerlendirmelerinin esasında etki bazlı bir değerlendirmeye işaret ettiği anlaşılmaktadır. YSFT'nin bir ihlal olduğu varsayımı ile birlikte, pazarda uygulanıp uygulanmadığı ve doğurduğu etkilerin tespit edilmeye çalışıldığı görülmektedir. Her ne kadar, son dönemde verilen Henkel ve Sony kararlarında, Rekabet Kurulu'nun bu yaklaşımından uzaklaştığı düşünülse de söz konusu teşebbüslerin pazardaki konumlarının ve ilgili pazarların yapısının YSFT uygulamalarının olumsuz etkilerini arttırabilecek olmasının bu kararlarda belirleyici bir rol oynadığı ileri sürülebilir.

Bizler, Rekabet Kurulu'nun, YSFT'ye dair iddiaların ele alınışı açısından, 2020 Akaryakıt kararında tartışılması gereken bir yaklaşım izlendiğini düşünüyoruz. Kararda, her ne kadar YSFT iddialarına dair yazışma ve belgeleri ön planda tutan bir anlayış benimsense de veriye dayalı analizler ile YSFT iddialarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin de sorgulandığı görülmektedir. Bu yönüyle Kurul'un, YSFT'nin doğrudan bir ihlal olduğu varsayımı ile birlikte, pazarda uygulanıp uygulanmadığını tespit etmeye çalıştığı anlaşılmaktadır. Hatta öyle ki, teşebbüslerden birine (OPET), YSFT iddialarına dair herhangi bir belge olmaksızın, veriye dayalı analizlerin YSFT iddialarını desteklediği kanaatine dayalı olarak ceza verildiği görülmektedir. Çalışmamızın ilk kısmında Kurul'un bu yaklaşımı ele alınacak, hem kararın kendi içindeki tutarlılığı hem de Kurul'un önceki kararları bakımından bir değerlendirme sunulacaktır.

İkinci kısımda ise soruşturma çerçevesinde tercih edilen veriye dayalı iktisadi yöntemin YSFT iddialarının sınanması konusunda ne kadar güvenilir olduğu tartışılacaktır. Kararda, ihlal iddiasının olduğu dönem ve olmadığı dönem(ler) ayrıştırılmadan, tavsiye edilen fiyatlar ile fiili satış fiyatları karşılaştırılmış ve bu fiyatların benzerlik oranları çerçevesinde, iddianın gerçekleşip gerçekleşmediğine kanaat getirilmiştir. Oysa, bu tür ihlal iddialarının varlığına dair kanıtlar sunabilmek için ihlal iddiasının olduğu ve olmadığı dönem(ler)deki fiyatlama davranışlarının karşılaştırılması, gerek literatürde gerekse uygulamada temel prensip olarak kabul edilmektedir. Soruşturma konusu sektördeki piyasa aksaklıkları da dikkate alınarak, çalışmamızın ikinci kısmında, tercih edilen bu yöntemin ispat standartları açısından sakıncaları ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır.

8. HAFTA 21.04.2021

Perakendecilere Peş Peşe Açılan Soruşturmalar ve Yeni Sektör Araştırmaları Bize Ne Söylüyor? Rekabet Kurulu'nun Ajandasında Alıcı Gücü Var mı?

Av. Dilan Alma (Rosenblatt & Company)

Geleneksel diyebileceğimiz rekabet hukuku uygulamalarının kaynağı olan rekabet politikası, rekabetin "ekonomik etkinlik" sağladığı ve böylece sosyal refahı artırdığı varsayımı üzerine kurulmuştur. Bu yaklaşım çerçevesinde rekabet hukukunun en azından iktisadi meşruiyet kaynağı, ekonomik etkinlik için bir tehdit olan yüksek pazar gücünden doğabilecek piyasa aksaklıklarına müdahale etmek olarak belirlenmiştir. Zamanla "refah" kavramının bir politika aracı olmak için fazlasıyla subjektif bulunması nedeniyle ekonomik etkinlik ölçütü Chicago Ekolü öncülüğünde "tüketici refahı standardı" olarak somutlaştırılmıştır. Tüketici refahı standardını esas alan yaklaşım da pazar gücünden doğan aksaklıkları çoğunlukla piyasanın sağlayıcı tarafına atfetmiş ve bu çerçevede piyasadaki rekabetin korunması için öncelikli hedeflerini, sağlayıcının rekabete aykırı davranışlarının tespit edilmesi ve bunların cezalandırılması olarak belirlemiştir. Aynı geleneksel yaklaşım, alıcının yüksek pazar(lık) gücünün, sağlayıcının pazar gücünü dengeleyeceğini ve bu sayede fiyatlarda düşüş gibi tüketici yararına sonuçlar doğuracağını varsaymış, hal böyleyken alıcı konumundaki teşebbüsün pazar gücü (alıcı gücü), rekabet politikasının ana odaklarından biri olarak kabul edilmemiştir.

Ancak bugün geldiğimiz nokta -özellikle organize perakende sektöründe yüksek pazar gücüne sahip alıcıların ortaya çıkmasıyla birlikte- güçlü alıcıların piyasadaki etkisinin geleneksel varsayımınla çelişebildiğini; alıcının yüksek pazar gücünün hem tüketiciler hem de küçük üreticiler üzerinde çok önemli olumsuz etkileri olabildiğini göstermiştir. Elbette bunun yeni bir tartışma olmadığını da belirtmek gerekir. Nitekim alıcı gücü -sağlayıcının pazar gücünün gördüğü ilgiye kıyasla hala ikincil olsa da- özellikle 2000'li yılların başlarından itibaren perakendecilerin (bilhassa gıda ve HTM perakendecilerinin) teknolojik gelişmeler, tüketici tercihlerindeki dönüşüm ve ölçek ve alan ekonomilerinin etkisiyle gittikçe daha fazla pazar gücü elde etmesi sonucunda oldukça yoğun ilgi görmeye başlamıştır. Üstelik bu gelişmeler alıcıların pazar gücü ölçülürken geleneksel kıstaslardan farklı olarak "zorunlu ticari partnerlik", "ekonomik bağımlılık" ve "kapı bekçiliği" gibi birtakım yeni ölçütlerin önerilmesine neden olmuş, hatta bazı rekabet hukuku sistemlerinde "muafiyet rejimlerinde alıcılara özel pazar payı eşikleri", "alıcılara özel hâkim durum tanımı", "ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılması yasağı" gibi çeşitli mevzuat değişiklikleriyle sonuçlanmıştır. Ancak bu tartışmaların Türkiye rekabet hukuku özelindeki yansımaları -2015 yılında yürürlüğe giren 6585 sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'la getirilen bazı hükümler ve Türk Ticaret Kanunu'nun 1530. maddesini bunlar ayrı mevzuatlar olduğundan dışarıda bırakırsak- son derece cılız kalmıştır.

Bununla birlikte özellikle 2018 yılında başlayan döviz krizi ve perakende ürün fiyatlarında görülen ciddi yükselişle birlikte hem genel olarak HTM pazarı hem de özel olarak yaş meyve sebze pazarı Rekabet Kurulu'nun radarına girmiş, 2019 yılında su ile yaş meyve ve sebzelerin perakende satışı pazarında faaliyet gösteren 23 teşebbüse, 2020 yılında da içerisinde çok önemli zincir marketlerin ve hatta tedarikçilerin olduğu 29 teşebbüse soruşturma açılmıştır. 2020 yılında başlatılan soruşturmada gerekçe olarak "zincir marketlerin hem alış hem de satış tarafında oligopol (ya da karmaşık tekel ve karmaşık monopson) yapı sergilemeleri (monemporist) sonucu fiyat savaşlarına girmediği; iş birliği güçlerini hem tedarikçilerden ucuza mal tedarik etmek hem de tüketicilere gereğinden yüksek fiyat uygulamak için kullandığı" gibi doğrudan alıcı gücünün ekonomisine ilişkin, oldukça iddialı bir tespit sunulmuştur. Yine daha önce başlayan perakende sektör araştırması henüz tamamlanmadan bir de özel olarak yaş meyve sebze pazarına yönelik yeni bir sektör araştırması başlatılmıştır. Dolayısıyla alıcı gücünün, hem ülke ekonomisinde makro ölçekteki gelişmeler hem de perakende sektöründeki dijital dönüşümle birlikte Türkiye rekabet hukuku gündeminin önemli tartışma konularından biri haline geldiği düşünülmektedir.

Aslında sadece Türkiye'de değil, dünyada da özellikle dijital pazarlara ilişkin gelişmeler alıcı gücü tartışmalarını, özellikle de oldukça nadir görüldüğü kabul edilen ve alıcı gücü görünümünden biri olan monopson üzerinden yeniden alevlendirmiştir. Nitekim OECD Şubat 2020'de yayımladığı bir raporda iş gücü piyasalarında online iş bulma platformlarının monopson olup olmadığını sorgulamış, literatürde de aynı zamanda perakendecilik yapan hibrit bir platform olan Amazon'un e-kitap pazarında e-monopson olup olmadığı gibi hususlar tartışmaya açılmıştır. Bunların yanında Avrupa Birliği'nde dikey sınırlamalara ilişkin ikincil mevzuata ilişkin değişiklik önerileri de alıcı gücüne ilişkin rekabet hukuku endişelerinin yeniden gündeme gelmesine neden olmuştur.

Bu gelişmeler çerçevesinde seminer programında alıcı gücünün ekonomisinin sağlayıcıdan ayrıldığı noktaların izah edilmesi, sağlayıcıya odaklanan geleneksel rekabet hukuku analizi ve mevcut müdahale araçlarının alıcı gücünden kaynaklanan rekabet sorunlarını çözmeye elverişli olup olmadığı ve Türkiye rekabet hukuku sisteminde (hem maddi hükümler hem de

rekabet hukuku uygulaması bakımından) alıcı gücünün potansiyel olumsuz etkilerinin giderilmesine ilişkin bir boşluk bulunup bulunmadığı hususlarının Rekabet Kurulu'nun güncel kararları (özellikle de perakendecilerin fiyat değişikliklerini periyodik olarak Rekabet Kurulu'na bildirmesine ilişkin 7 Mayıs 2020 tarihli geçici tedbir kararı ve bu karardaki tespitler) göz önüne alınarak Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri gibi çeşitli rekabet hukuku sistemleriyle karşılaştırmalı olarak irdelenmesi önerilmektedir.

Amacı Bakımından Rekabetin Kısıtlanması Kavramına İlişkin Son Dönem ABAD Kararları ve İktisat Perspektifinden Bir Sentez

Erdem Aktekin, LL.M (ACTECON)

Av. Nabi Can Acar (ACTECON)

Rekabetin kısıtlanması fikrinin anlamı üzerinde net bir uzlaşma olduğu söylenemeyecektir. Süreç boyunca, aralarında net olarak uygulanabilir temel ayrımlar yapılmaksızın, bazı uygulamaların "amaç" bakımından rekabete aykırı olduğu kabul edilirken bazı uygulamaların etkilerinin değerlendirilmesi şeklinde bir pratik yerleştiğinden bahsedilebilecektir. Rekabet Kanununun temel hükümlerinin, yani 4. ve 6. Maddelerin (veya Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşmanın (TFEU) 101 (1) ve 102. Maddelerinin) uygulanmasına ilişkin olarak "etki analizi" üzerine çok sayıda tartışma yürütülürken; 4. Madde kapsamındaki amaç ve etki ihlallerinin, özellikle de her bir kavram kapsamında gerekli olan ekonomik analizler dikkate alınarak, ayrıştırılmasına yönelik düşünce pratiklerine ilginin daha taze olduğu söylenebilecektir.

Bununla birlikte, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) tarafından özellikle son 4-5 yıllık dönemde alınan kararların ve böylelikle oluşturulan içtihatın, 101(1). maddenin kapsamına ilişkin kalan tartışmalı alanlar bakımından belirli bir açıklık getirdiğinden bahsedilebilecektir. Daha genel olarak, son dönemdeki kararlar, bir anlaşmanın "amacının" değerlendirilmesinin bağlama (legal and economic context) özgü bir araştırma olduğunu (dolayısıyla soyut kategorilere dayalı olmadığını) net bir biçimde vurgularken, bu pratiğin ne şekilde gerçekleştirilmesi gerektiğine dair de önemli çerçeveler ortaya koymuştur.

Bu kapsamda, bu çalışmanın amacı, yakın zamanda alınan kararların hem yatay hem de dikey anlaşmaların "amaç" bakımından analizine dair tartışmalar üzerindeki etkisini incelemektir. Çalışma esas olarak, temelde "amaç" ve "etki" kavramları arasındaki çizginin nereye çekileceğini belirleyen amaç ihlallerinin kapsamını, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın mevcut içtihatları çerçevesinde analiz etme ve buradaki çalışmadan pratik olarak uygulanabilecek bir testi sentezlemek gibi iddialı bir girişimi hedeflemektedir. Yazarlar, akademik ve profesyonel geçmişlerinin de etkisiyle, bu tartışmanın esas dayanağını kararlar ışığında hukuki temeller üzerine inşa edecek olmak birlikte, temelde iktisadi bir çekirdekten ortaya çıkan "amaç" kavramına getirilmeye çalışılan yaklaşımın, bu alandaki izdüşümlerini de tespit etmeye gayret edecektir. Yine bekleneceği üzere, Rekabet Kurumu'nun bu tartışmaların neresinde olduğunu görmek ve son dönem aldığı kararlara sentezleyeceğimiz yaklaşımın uygulanmasının ne gibi sonuçlar doğuracağını anlamak adına Türk Rekabet hukuku uygulamasının yakın zamanlı bir analizi de kapsama alınacaktır.

Nihai olarak oluşacak kapsam, süreç içerisinde yürütülecek çalışmaya göre ufak farklılıklar gösterebilecekse de çalışmada esas olarak aşağıdaki kararların ele alınması planlanmaktadır: ABAD: Metro, Pronuptia, Asnef-Equifax, Allianz Hungária, Maxima Latvija, Cartes Bancaires, Lundbeck, Hoffman La-Roche, Coty – Pierra Fabre, Generics and Budapest Bank

Birleşik Krallık Rekabet Otoritesi ve Mahkemeleri: Ping

Avrupa Komisyonu: ISU

Rekabet Kurumu: BKM Ekspres, Akaryakıt Dağıtım, Baymak, Kargo, Arçelik/Vestel, Sigorta/Reüserans

9. HAFTA 28.04.2021

Birleşme ve Devralma İşlemlerine İlişkin Para Cezası Riskleri: Şirketler Neden Bildirimde Bulunmaz veya Yanlış Bilgi Verir?

Av. Gamze Çiğdemtekin LL.M. (Çiğdemtekin Çakırca Arancı Hukuk Bürosu)

Birleşme ve devralma ("B&D") işlemlerinde bazı usul hükümlerine uyulmaması, işlemin tarafları açısından ciddi idari para cezası riski doğurmaktadır. Bunlar; işlemin hiç bildirilmemesi veya geç bildirilmesi ile bildirim yapılırken eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi halleridir.

Rekabet Kurulu kararları incelendiğinde B&D tarafı şirketlerin çeşitli sebeplerle işlemi bildirmedikleri görülmektedir. Bu konuda verilebilecek en yakın tarihli örnek, BMW, Daimler, Ford ve Porsche arasındaki ortak girişim olan IONITY'nin izne tabi bir işlem olmasına rağmen bildirilmemesi nedeniyle para cezası verilmesine ilişkindir¹. 2017 yılında kurulan IONITY'e 2020 yılında Hyundai ve Kia'nın ortak olması işleminin Rekabet Kurumuna bildirilmesi sonucunda, 2017'deki işlemin aslında bildirim tabi olduğu ortaya çıkmış ve taraflara para cezası uygulanmıştır. Bildiride ilk olarak Türkiye'de (Selçuklu, Total/Cepsa vb) ve dünyada (AB Komisyonu'nun Canon/Toshiba Medical Systems dosyasında Canon'a verdiği 28 milyon Avro'luk ceza gibi) B&D işlemlerinin bildirilmemesi nedeniyle uygulanan cezalar incelenecektir. Bu bağlamda işlem taraflarının bu bildirimleri yapmama nedenleri de (para cezası riskini göze alarak bilerek başvurmamak, hangi ülkelerde başvurulması gerektiğine dair doğru değerlendirme yapamamak gibi), uygulamadan örneklerle birlikte değerlendirilecektir. Ayrıca farklı ülke uygulamaları karşılaştırmalı olarak değerlendirilerek, tarafları bildirim teşvik edici bir uygulamanın nasıl sağlanabileceğine ilişkin öneriler sunulacaktır.

B&D işlemleri ile ilgili olarak yaptırım uygulanması riskini doğurabilecek bir diğer husus, B&D bildirimlerinde eksik, yanlış ya da yanıltıcı bilgi verilmesidir. Bu konuda verilebilecek en çarpıcı örnek, AB Komisyonu'nun Facebook'a verdiği 110 milyon Avroluk cezadır. Facebook/WhatsApp devralması işleminin değerlendirilmesi sürecinde, AB Komisyonu, Facebook ve WhatsApp müşteri hesaplarının birbirleri ile eşleştirilip eşleştirilemeyeceğini sormuş ve taraflardan bunun mümkün olmadığı bilgisini almıştır. Ancak işlemin onaylanmasını takip eden süreçte bunun yapılabildiği anlaşılmış; bu nedenle taraflara yanlış ve yanıltıcı bilgi vermeleri sebebiyle ceza verilmiştir. Dolayısıyla bildiride ikinci olarak Türkiye'de ve dünyada B&D bildirimlerinde eksik, yanlış ve yanıltıcı bilgi nedeniyle verilen cezalar incelenecektir. İşlem taraflarının hangi durumlarda bilgileri gizlemek gibi saiklerinin olduğu, bu tür cezalarla karşılaşmamak için alınması gereken tedbirler gibi konular yine uygulamadan örneklerle değerlendirilecek ve öneriler getirilecektir.

1-28.07.2020 tarih ve 20-36/483-211 sayılı karar.

Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmalara İlişkin İptal Kararlarının Sonuçları: "Tekel Birası Kararı"

Dr. Hamdi Pınar (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

Bu tebliğ kapsamında, mehz AB hukuku ile Kurul ve yargı kararları dikkate alınarak, Rekabet Kurulunun birleşme ve devralmaya ilişkin izin kararının Danıştay tarafından iptal edilmesi üzerine, dosyanın tekrar incelenmesi ve ilk karardan itibaren geçen sürede pazarın şartlarının değişmesi halinde Rekabet Kurulunun yeniden aynı konuda nasıl bir karar verebileceği akademik bir bakış açısıyla uygulamaya da yol gösterici olması için incelenecektir.

İnceleme kapsamında öncelikle Rekabet Kurulunun TEKEL BİRASI (2009) kararının Danıştay tarafından iptali edilmesi (2018) sonrası ortaya çıkan hukuki durum analiz edilecek olup devamında ortaya çıkan tartışmalar hakkında ayrıntılı bir değerlendirme yapılacaktır. TEKEL BİRASI kararının tebliğ konusu yapılmasının sebebi; Rekabet Kurulunun kararının dokuz yıl

gibi uzun bir süreden sonra Danıştay tarafından iptal edilmesi ile başlayan tartışmalardır. İptal sonrası ortaya çıkan durumun ne anlama geldiği, nasıl bir yolla ve uyumsuzluğun ne şekilde çözüleceği ile esasa ilişkin yeni bir kararın alınması gerekip gerekmediği, alınacak yeni kararın gerekçesinin ne olacağı ve taraflar arasındaki devir işlemine konu markanın ve devir sözleşmesinin marka ve sözleşme hukuku açısından ortaya çıkan sorunlar da dahil olmak üzere tüm bu konular değerlendirilecektir.

Tebliğde ayrıca Rekabet Kurulunun Dosu Maya I ve II kararları ile Danıştay'ın Dosu Maya I'e ilişkin iptal kararı da ele alınacaktır. Dosu Maya I ve II kararlarıyla bazı yönlerden benzerlik gösterse de TEKEL BİRASI kararının kendine has bazı yönlerinin olması ve rekabet mevzuatında mehzaz hukuktaki gibi açık bir düzenlemenin olmaması sebebiyle yeni bir durumla karşılaşmış olması bu olayı başlı başına inceleme zaruretini ortaya çıkarmıştır. Tebliğde yol gösterici olması için önce Dosu Maya kararları ile mehzaz AB rekabet hukuku somut uyumsuzlukla bağlantılı bir şekilde incelenecektir. TEKEL BİRASI hakkındaki Rekabet Kurulu kararı ile mahkeme kararları (tedbirin ve iptal talebinin reddine ilişkin kararlar, 2019-2020) eleştirisel bir bakış açısıyla ele alınarak usul ve esasa ilişkin konular tartışılacaktır. Özellikle uyumsuzluğun esasına ilişkin olarak izin kararının iptalinin kesinleşmesinin ardından yeniden Rekabet Kurulu tarafından aynı konuya ilişkin izin verilmesinin şartları, değişen mevzuat ve piyasa şartları değerlendirilecektir. Geçen süre için değişime piyasa şartlarının yeniden dikkate alınıp alınamayacağı, taraf iradeleri ile üçüncü kişilerin durumları ve ortaya çıkan yeni durumun rekabete olan etkileri üzerinde durulacaktır.

Tartışma konusu olan bir diğer husus ise, marka devir sözleşmesinin geçersiz olup olmadığı ve buna ilişkin olarak üçüncü kişi konumunda olan TUBORG'un 2008 yılındaki Anadolu EFES ile MEY İÇKİ arasındaki marka devir sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürüp süremeyeceği marka ve sözleşme hukuku boyutuyla incelenecektir.

Yukarıda ana hatları ile ortaya konulan inceleme ve değerlendirmeler neticesinde, rekabet hukuku açısından birleşme ve devralmalara ilişkin iptal kararlarının yeniden bir Rekabet Kurulu işlemine konu olması halinde ne tür sorunlarla karşılaşılacağı ve bunlara ilişkin çözüm önerilerimize ilişkin kanaatimizi ortaya koyacağız.

Anahtar Kelimeler : Rekabet hukuku, Birleşme ve Devralma, Marka sözleşmesi, İptal kararı, Dosu Maya, Tekel Birası

10. HAFTA 05.05.2021

Rekabet Kurulunun Güncel Kararları Işığında Kamu Kuruluşlarının Rekabeti Bozucu İşlem ve Eylemleri ile Bunlara Uygulanabilecek Yaptırımlar

Gülce Korkmaz (İ.D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Burslu Lisansüstü Öğrenci)

Bu çalışma kapsamında, kamu kuruluşlarının rekabeti bozucu işlem ve eylemlerinin Rekabet Kurulu ("Kurul") tarafından nasıl değerlendirildiği Kurulun son on yılda vermiş olduğu kararlar doğrultusunda ele alınmaya çalışılacaktır. Bu itibarla, öncelikle rekabet hukuku kurallarının muhatabı olabilmek bakımından teşebbüs tanımı kapsamında kamu kuruluşlarının Kurulca nasıl değerlendirildiği ele alınacak, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ("Rekabet Kanunu") bağlamında Türk hukukunda "teşebbüs kavramı" incelenecektir. Ardından, Kurul tarafından "teşebbüs" olarak değerlendirilen kamu kuruluşlarının rekabeti bozucu faaliyetleri üzerine Kurulun tutumu Kurulun son on yılda vermiş olduğu bütün kararlar üzerinden incelenecektir. Bu itibarla, söz konusu çalışma ile Rekabet Kurumu'nun kamu kuruluşlarını konu alan kararlarında sergilediği güncel tutum ortaya konmaya çalışılacaktır. Özetle, çalışma kapsamında, Kurulun son on yılda vermiş olduğu kararlar doğrultusunda kamu kuruluşlarının rekabeti bozucu işlem ve eylemlerinin Rekabet Kurulu tarafından nasıl değerlendirildiği ele alınacaktır.

Rekabet Kurulunun kamu kuruluşlarının davranışlarını ele aldığı kararların incelenmesi üzerine sonuç olarak, kamusal yetki kullanımından arı olarak bağımsız ekonomik faaliyet yürüten kamu kuruluşlarının teşebbüs sayıldığı ve faaliyetlerinin Rekabet Kanunu kapsamında değerlendirildiği, buna karşın ekonomik faaliyet yürütmeyen veya ekonomik faaliyetinin yürütümü bir idari görevin yerine getirilmesi gerekliliğine dayanan kamu kuruluşlarının teşebbüs sayılmayacağı söylenebilecektir. Kurulun kamu teşebbüslerinin rekabet hukuku anlamında teşebbüs niteliğini haiz olup olmadığını değerlendirirken ekonomik faaliyet gerçekleştirilmesi ve kamusal yetki kullanımının söz konusu olmaması ölçütlerini ağırlıklı olarak kullandığı çıkarımına ulaşılabilecektir. İlaveten, meslek kuruluşları bakımından ise, meslek kuruluşlarının Kurul tarafından rekabet hukuku bağlamında teşebbüs birliği niteliğini haiz olduklarının değerlendirildiği ve faaliyetlerinin rekabet hukukuna uygunluğu incelenirken faaliyetlerinin yasal dayanağının olup olmadığının incelendiği söylenebilecektir. Kurulun incelemesinde ilk adım olan “kamu kuruluşunun teşebbüs olup olmadığının değerlendirilmesi” adımından sonra, ilgili teşebbüsün faaliyetinin Rekabet Kanunu kapsamında incelenebilmesi için Kurulun “yasal dayanak” ve “yetki kullanımı” unsurlarının mevcut olup olmadığını araştırdığı, eğer bu unsurlar mevcutsa söz konusu faaliyetlerin rekabet hukuku mevzuatına aykırı olup olmadığını değerlendirmede çıkarımı açıklanacaktır. İlaveten, kamu kuruluşunu inceleme konusu faaliyetinin yasal dayanağının Rekabet Kanunu’na aykırı olması durumunda, Kurulun normlar hiyerarşisine dayanarak değerlendirme yaptığı kararlarına değinilecektir. Burada Danıştay’ın Kurulun rekabet mevzuatına aykırı düzenleyici işlemin iptali için idari yargıda dava açma hususunda ehliyeti olmadığı yönündeki görüşüne de değinilecektir.

Sonuç olarak, Kamu kuruluşlarının yasal dayanağı olan ve yetki kullanımı teşkil eden bir faaliyet ile rekabeti kısıtlamaları ihtimalinde, Kurula kalan yegâne yolun bağlayıcı olmayan bir görüş göndermek olduğu belirtilecektir. Bu itibarla, Kurul’un birçok kararında, şikâyet konusunun idare hukuku alanına girdiği ve 4054 Sayılı Kanun kapsamında değerlendirilemeyeceği tespiti yapılarak somut olaya müdahale edilmediği ve fakat “rekabet savunuculuğu” kapsamında, rekabete aykırılığın giderilmesi gerektiği yönündeki kanaat doğrultusunda, ilgili mercilere görüş bildirdiğinin tespit edildiği açıklanacaktır.

Rekabet savunuculuğu yolunun etkin olup olmadığının ise, gönderilen görüşler sonrasında herhangi bir yasal değişikliğin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği üzerinden gelecekte yeniden değerlendirilmesi gerekeceği vurgulanacaktır.

İstihdam Pazarlarında Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar

Av. Orhan Ünal (Aslan Hukuk Bürosu)

Rakip teşebbüslerin çalışanlarının iş değiştirmelerini ve/veya rakip teşebbüslerin önceden haber verilmeden bünyelerindeki herhangi bir çalışana iş teklif edilmesini engellemeye yönelik olarak istihdam pazarında rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar yapıldığı görülmektedir. “No-poaching” ve “no cold call” anlaşmaları olarak da isimlendirilen bu tür anlaşmalar çalışanların daha iyi çalışma koşullarına sahip olmasını engellemeleri nedeniyle, doğrudan iş gücü rekabetini sınırlayıcı anlaşmalar olarak değerlendirilmekte olup, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4. maddesi kapsamında ihlal niteliği yaratabilecek uygulamalardandır.

İlgili anlaşmalar, rakipler arasında pazarın işgücü bakımından alım tarafında tekelleşme oluşturulması amacını taşımakta olup, anlaşmaya taraf teşebbüslerin işgücü maliyetlerini düşürebilmektedir. Rakipler arası maaş sabitleme anlaşmaları bunu doğrudan sağlarken, çalışan ayartama anlaşmaları çalışanların daha yüksek maaş ve yan hakka sahip işlere geçme imkânını kısıtlayarak maaş artışlarının uzun dönemde baskılanması sonucunu doğurmaktadır.

Diğer alım kartellerinde olduğu gibi bu tarz anlaşmalar ile teşebbüslerin, işgücü piyasasında rekabeti kısıtlayarak yani katlandıkları işgücü maliyetini azaltarak, kârlarını artırması mümkün olup bu kâr artışının da teoride belirli rekabetçi pazar koşulları altında, çıktı pazarında tüketicilere refah artışı olarak yansıma ihtimali bulunsa da; bu anlaşmalar istihdam pazarındaki rekabetin oldukça fazla kısıtlanmasına neden olmaktadır. Bu tarz centilmenlik anlaşmalarının yatay pazar paylaşımı anlaşmalarına benzer şekilde rekabete aykırı etkiler doğuracağı ve işgücü piyasasında çalışanların iş değiştirme imkanını sınırlayarak dolaylı ya da doğrudan maaşların sabitlenmesine yol açacağı söylenebilecektir.

Konu ile ilgili olarak ABD’de Federal Ticaret Komisyonu ve Adalet Bakanlığı’nın rehber dokümanları, ayrıca emsal içtihatları bulunmakta; AB’de üye ülke rekabet otoritelerinin içtihatları görülmekte; Türkiye’de ise Rekabet Kurulu’nun özellikle son dönem kararlarında bu mesele ele alınmaktadır.

Çalışma kapsamında istihdam pazarındaki rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar 4 boyutta ele alınabilecektir:

Yatay ilişkili pazarlarda faaliyet gösteren; dolayısıyla rakip olan teşebbüsler arası anlaşmalar, Dikey ilişkili pazarlarda faaliyet gösteren; çoğu zaman aralarında bir hizmet ilişkisi (fason üretim, danışmanlık, taşeronluk vb.) olan teşebbüsler arası anlaşmalar, Pazar araştırma şirketlerinin, işçilik piyasasına ilişkin veri havuzları dolayısıyla koordinasyon yaratma ihtimali, Birleşme & devralmalar kapsamındaki yan sınırlamalar.

11. HAFTA 26.05.2021

Dijital Piyasalarda Yoğunlaşmalara Ex Post Bakış: Makaralar Geri mi Sarılıyor?

Av. Burcu Can, LL.M. (Burcu Can Avukatlık Bürosu)

Son yıllarda teknoloji devlerinin devrim yaratan ürünleriyle ticarete oyunun kuralları değiştiği gibi, rekabet hukukunun amacının, yerleşik kurallarının ve içtihatlarının da baştan sona tartışılmaya başlandığı bir döneme girilmiştir. Öyle ki rekabet hukukunun mevcut kapsamıyla söz konusu teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı stratejilerinin önlenemediği, bazı işlemlerin rekabet üzerindeki olumsuz etkilerine rağmen otoritelerin radarına takılmadan hayata geçirilebildiği endişesi gündeme gelmiştir.

Sözü edilen endişelerin yoğun şekilde tartışıldığı alanlardan biri, şüphesiz yoğunlaşmaların kontrolüdür. Nitekim “öldürücü yoğunlaşmalar” (“*killer acquisitions*”) fenomeninin ortaya çıkışıyla birlikte teknoloji devlerinin yakın tarihli devralma işlemleri mercek altına alınmış, bu işlemlerin bazılarının kritik rakiplerin ortadan kaldırılması için araç olarak kullanıldığı ileri sürülmüştür. Belirtilen argümana göre, rekabet otoritelerinin eşiklerine takılmayacak kadar küçük ancak potansiyel rekabete olan etkisi bakımından son derece büyük olan şirketler (gelişmekte olan, “*nascent*” teşebbüsler) henüz piyasada varlık göstermeden pazarın önde gelen şirketleri tarafından devralınmakta ve oyun dışında bırakılmaktadır. Dijital pazarların teknoloji yoğun niteliği gereği, söz konusu (görece) küçük oyuncuların geliştirdiği ürün ve hizmetler işlem tarihinde kayda değer bir satış miktarı veya pazar payı elde edemese dahi, yakın gelecekte pazardaki rekabet dinamiklerini baştan sona değiştirme potansiyeline sahip

olabilmektedir. Özellikle ABD ve AB’de koşulsuz izin verilen *Facebook/Instagram*⁷ ve *Facebook/WhatsApp*⁸ gibi işlemlerin bu kapsamda olabileceğine dikkat çekilmektedir. Sözü edilen endişeler AB’de dijital piyasalara yönelik yeni mevzuat çalışmalarını tetiklemiş, bu piyasalara özgü bildirim eşiklerinin gerekli olabileceği tartışmasını başlatmıştır. Atlantik Okyanusunun karşı tarafında ise yakın tarihte çok daha radikal müdahalelerin sinyalleri gelmeye başlamıştır. Nitekim ABD Temsilciler Meclisi Yargı Komitesi, dijital ekonominin bekçileri olarak değerlendirdikleri Google, Amazon, Facebook ve Apple hakkındaki incelemeleri sonucunda, bu şirketlerin hakim durumlarını kötüye kullandıkları kanaatine ulaşmıştır.⁹ Nihayet 9 Aralık 2020’de FTC, 48 eyalet ve bölge savcısı ile birlikte Facebook’a karşı sosyal medya alanındaki hakim durumunu kötüye kullandığı iddiasıyla dava açarak, (diğer taleplerinin yanında) WhatsApp ve Instagram’ın satışı ve yeniden yapılandırılması yoluyla bu şirketlerin devrine ilişkin işlemlerin geriye döndürülmesini talep etmiştir.¹⁰ Söz konusu talep, esas itibarıyla, rekabet kurumlarından izin alarak hayata geçirilmiş ve bu izne dayanarak 6-8 yıllık bir sürede ilgili şirketlerin entegrasyonuna yol açmış işlemlerin geri alınması amacını taşımaktadır. ABD’de son yirmi yılda yalnızca dört kez başvurulmuş olan, AB’de ise ancak “son çare” olarak kullanılabileceği değerlendirilen bu yöntem, gerek hukuki alt yapısı gerekse uygulanabilirliği bakımından oldukça tartışmalıdır. *Ex ante* denetim prensibine dayalı yoğunlaşma kontrolü rejimine *ex post* bir boyut kazandıran bu davanın, dijital piyasalar ve rekabet hukuku uygulaması bakımından devrimsel sonuçları olacağına şüphe yoktur. Bu çerçevede tebliğde, ABD ve AB başta olmak üzere önde gelen hukuk düzenlerinde son dönemlerde yaşanan gelişmeler ışığında; dijital piyasalarda izin verilen devralma işlemlerinin geri alınmasına yönelik hukuki tartışmaların ve uygulama sorunlarının değerlendirilmesi amaçlanmaktadır.

Büyük Teknoloji Firmalarının Ex-Ante ve Ex-Post Regülasyonu: Mukayeseli Analiz ve Türkiye için Çıkarımlar

Av. Şahin Ardiyok (Balçioğlu Selçuk Ardiyok Keki Avukatlık Ortaklığı)
Burak Aytakin

Yaşadığımız Covid-19 salgını ile beraber büyük teknoloji firmaları diye tabi ettiğimiz, en önde gelenleri ABD merkezli olan firmaların hayatımızdaki yeri daha da arttı. Artan sadece bu değil, bu firmalara yönelik gerek rekabet hukuku ve gerekse çoğunluğu rekabet incelemelerinde ortaya çıkan olumsuzluklara dayalı regülasyon tartışmaları oldu. Bu konudaki en son gelişme Avrupa Birliği Komisyonu’nun taslaklarını açıkladığı Digital Services Act ve Digital Markets Act. Tabi ABD de bunlar benim şirketimdir, ne olursa olsun arkasındayız demeyip benzer endişelerden hareketle bazı aksiyonlar aldı. Fakat Atlantığın iki tarafındaki yaklaşımlar açısından en önemli farklılık AB’nin çözümü; piyasalara öncül yani ex-ante müdahale ederek, ABD’nin ise ardıl yani ex-post müdahale (Google ve Facebook’a karşı açılan davalar) yoluyla bulması. Biz çalışmamızda gündeme gelen sorunları ve bu müdahale tercihlerini inceleyeceğiz. Ama bu firmaların hizmetlerini bir Amerikalı ya da bir Alman kadar kullandığımız için Türkiye olarak biz ne yapıyoruz ve ne yapmalıyız sorularına AB’ye uyum sürecini de dikkate alarak değerlendireceğiz. Bunu yaparken her biri farklı ve oldukça teknik konulara değinirken, bir

⁷ FTC, *Facebook/Instagram*, August 22, 2012; File No. 121-0121.

⁸ Avrupa Komisyonu, COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp*, 3.10.2014. FTC’nin işleme ilişkin onayı için bkz. <https://www.reuters.com/article/us-facebook-whatsapp-idUSBREA391VA20140410>.

⁹ Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, “Investigation of Competition in Digital Markets”, October 2020, https://fm.cnb.com/applications/cnb.com/resources/editorialfiles/2020/10/06/investigation_of_competition_in_digital_markets_majority_staff_report_and_recommendations.pdf.

¹⁰ FTC Complaint for Injunctive and Other Equitable Relief, U.S. District Court for the District of Columbia, December 9, 2020.

avukat olarak nefesimizin yetmediği noktalarda bilgisayar mühendisi olarak Burak imdadımıza yetişecek.

12. HAFTA 02.06.2021

Ortak Girişim ve Ana Teşebbüs Tek Bir Ekonomik Bütünlük Oluşturur mu? Türk Rekabet Hukuku Uygulaması

Dr. Kadir Baş (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

Rekabet hukuku kapsamında, aynı kontrol altında bulunan şirketlerin (ekonomik birimlerin) tek bir ekonomik bütünlük, yani tek bir teşebbüs oluşturduğu kabul edilir. Aynı ekonomik bütünlük içerisinde yer almanın başlıca üç sonucu vardır: (i) İlgili işlem veya davranışın rekabetçi etkilerinin analizinde aynı ekonomik bütünlük içerisindeki tüm şirketler bir bütün olarak değerlendirilir; (ii) aynı ekonomik bütünlük içerisindeki şirketler arasındaki anlaşmalar RKHK m. 4'ün kapsamına girmez ve (iii) bir şirketin gerçekleştirmiş olduğu rekabet ihlali sebebiyle bu şirketi kontrol eden şirketler de sorumlu olur.

Bir şirketin diğer bir şirketin tek kontrolüne sahip olduğu durumlarda, bu şirketlerin aynı ekonomik bütünlük içerisinde sayılacağı ve söz konusu sonuçların ortaya çıkacağı genel kabul görmektedir. Bu kuralın, bir teşebbüs ile onun ortak kontrolü altındaki ortak girişimi açısından uygulanıp uygulanmayacağı sorusunu cevaplamak ise bu kadar kolay değildir. Bu konudaki zorluk, her şeyden önce ana teşebbüslerin ortak girişim dışında bağımsız faaliyetlerini korumalarından, yani ortak girişimlerin ekonomik doğasından kaynaklanmaktadır. Buna ek olarak AB ve Türk Rekabet hukukunda yoğunlaşma sayılan tam işlevsel ortak girişimler açısından “bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirme” şartının aranması, ortak girişimlerin ana teşebbüsleri ile birlikte aynı ekonomik bütünlük içerisinde değerlendirilmesini daha tartışmalı hale getirmiştir.

Rekabet Kurulu, 2014 tarihli Tüpraş kararında ortak girişim ile ana teşebbüs arasındaki anlaşmaların RKHK m. 4'e tabi olacağını kabul etmiştir. Bu anlayışın, genel olarak Türk rekabet hukuku uygulamasında ve öğretisinde de benimsendiği söylenebilir. Buna karşılık Avrupa Birliği Adalet Divanı (“ABAD”), EI du Pont (C-172/12 P [2013]) ve Toshiba (C-623/15 P [2017]) kararlarında, ana teşebbüsün ortak girişimi ile tek bir ekonomik oluşturduğu sonucuna vararak ortak girişimin katıldığı kartel sebebiyle ana teşebbüsün sorumlu olduğuna karar vermiştir. ABAD'ın sorumluluk rejimi açısından benimsediği bu yaklaşımın, bir ortak girişim ile onun ana teşebbüsü arasındaki anlaşmaların ABİDA m. 101'den muaf tutulması için de bir dayanak oluşturduğu söylenebilir.

Bu tebliğde, ortak girişim ile ana teşebbüsün tek bir ekonomik bütünlük teşkil edip edemeyeceğinin Türk hukuku açısından incelenmesi amaçlanmaktadır. Tebliğde, tek ekonomik bütünlük teorisi ve ortak girişimlerin rekabet hukuku analizine ilişkin genel ilkeler çerçevesinde tutarlı bir yaklaşım sunulması ve bu bakımdan Türk rekabet hukuku uygulamasında hâkim olan mevcut yaklaşımının eleştirilmesi planlanmaktadır. Bu önerilere ve eleştirilere temel oluşturması amacıyla, tebliğde ABAD'ın EI du Pont ve Toshiba kararları başta olmak üzere AB hukuku uygulaması da ele alınacaktır.

Rekabet Hukukundaki “Ekonomik Bütünlük” Kavramının İdarenin Usule İlişkin İşlemleri Bakımından Değerlendirilmesi

Av. Emre Önal (Gedik Eraksoy Avukatlık Ortaklığı)
Av. İpek İnce (Gedik Eraksoy Avukatlık Ortaklığı)

Bildiride rekabet hukukunda aslında oturmuş bir kavram olduğu kabul edilen ekonomik bütünlük kavramının öğretide pek fazla tartışılmayan ve özellikle Rekabet Kurulu'nun 02.07.2020 tarihli ve 20-32/397-179 sayılı kararı (Döviz İşlemleri Kararı) ile yeniden tartışmaya açılan idari usul hukuku ekseninde incelenmesi planlanmaktadır. Bu kapsamda öncelikle Avrupa Birliğindeki mevcut durum özetlendikten sonra Rekabet Kurulu'nun konuya yaklaşımı üzerinde durulacaktır.

Avrupa Birliği uygulamasında öğretide büyük yankı uyandıran Akzo1 kararında, ana şirketin soruşturma konusu kartel oluşumu içerisinde yer alan dört farklı bağlı şirketinin %100 hissedarı oluşunun ana şirket hakkında da soruşturma açılması için yeterli olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca, ana şirketin bağlı şirketlerinin söz konusu kartele katılmaları konusunda herhangi bir dahli olmadığına teşebbüs tarafından ispat edilmesi gerektiği belirtilerek ispat yükü bir anlamda ters çevrilmiştir. Söz konusu kararda Komisyon yeterli caydırıcılığı sağlayabilmek adına bağlı şirketlerin değil, ana şirketin cirosu üzerinden para cezasına hükmetmiştir.

Türkiye uygulamasına bakıldığında ise Rekabet Kurulu'nun etkili bir rekabet ihlalinde söz konusu eylemin failinin kim olduğunun tespit edilmesinin gerektiği ve bu kapsamda ilgili rekabete aykırılıkta etkisi ve dahli olan şirket kim ise soruşturmaya onun muhatap alınması gerektiği ifade edilmektedir. Bu çerçevede Kurul'un “muhatap alma” anlayışının iki farklı şekilde ortaya çıktığı görülmektedir. Birincisi, Google Android2 ve Booking3 kararlarında olduğu gibi hem Türk bağlı ortaklığın hem de yabancı ana şirketin soruşturma tarafı olarak kabul edilmesidir. İkinci yaklaşım ise Sendikasyon Kredileri4 ve Döviz İşlemleri kararlarında olduğu gibi ana şirketlerin soruşturmaya dâhil edilmemesi ancak ekonomik bütünlük ilkesi öne sürülerek özellikle delil toplanması aşamalarında incelemelerin tüm grup üzerinden yürütülmesidir.

İkinci yaklaşımın benimsenmesi sonucunda aynı ekonomik bütünlüğün parçası olmakla birlikte ayrı tüzel kişiliklere haiz teşebbüslerden kendi uhdelerinde bulunmayan (ancak diğer grup şirketlerinde olan) bilgilerin talep edilmesi uygulamada ciddi sorunları beraberinde getirmektedir. İlk olarak bağlı şirkete yapılan tebligatın ana şirkete bağlayıcı olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir. Her ne kadar Kurul, AB uygulamasını örnek göstererek ve basiretli bir tacirin aksi bir savunmada bulunamayacağını belirterek bağlı şirkete yapılan tebligatın ana şirkete yapılmış gibi sonuç doğuracağı savını öne sürmekteyse de bu hususun tebligat hukuku kapsamında incelenmesi gerekmektedir.

İkinci yaklaşımın taşıdığı bir diğer risk ise yabancı şirketlerin tabi oldukları mevzuatlardan doğan yükümlülüklerdir. Böyle bir durumda yabancı şirketlerden kendilerinin taraf olmadığı bir süreç kapsamında başka bir hukuk sistemine tabi bir otoritenin talebi üzerine başta kişisel verilerin korunması hukukundan doğan yükümlülükler olmak üzere yerleşik buldukları ülke hukukları tahtındaki çok çeşitli mevzuatlardan kaynaklanan yükümlülüklerle aykırı hareket etme riskini almaları beklenmektedir.

Bildiride, son olarak Rekabet Kurulu'nun ekonomik bütünlük kavramını farklı şekillerde uyguladığı kararlarında vermiş olduğu idari para cezasını hiçbir zaman ana şirket cirosu üzerinden hesaplamamış olması hususu da tartışılacak ve delil toplanması aşamasında kabul edilen ekonomik bütünlük kavramının idari para cezasına hükmedilmesi konusunda dikkate alınmamasının sebepleri ve sonuçları üzerinde durulacaktır.

- 1 Case C-97/08 P Akzo Nobel NV and Others v Commission of the European Communities (2009) ECR I8237
- 2 Rekabet Kurulu'nun 19.09.2018 tarih ve 18-33/555-273 sayılı kararı.
- 3 Rekabet Kurulun 05.01.2017 tarih ve 17-01/12-4 sayılı kararı
- 4 Rekabet Kurulun 28.11.2017 tarih ve 17-39/636-276 sayılı kararı