



UYGULAMALI REKABET HUKUKU SEMİNERLERİ 2022 BAHAR DÖNEMİ PROGRAMI 2022 Bahar Dönemi / 10 Mart – 2 Haziran 2022

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 mehaz teşkil etmesi bakımından Avrupa Birliği ve etkisine binaen Amerika Birleşik Devletleri rekabet hukukları da seminer konuları arasında yer alır. Güncel konu ve tartışmalar, konuların uzmanları (avukatlar ve akademisyenler)

tarafından teorik ve uygulama boyutu ile aktarılmakta ve örnek kararlar ile yasaklayıcı normların çizdiği çerçeve izah edilmektedir.

Programın Yapısı ve Süresi

Seminerler, aşağıda belirtilen program dahilinde her **Perşembe 19:00** saatinde **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 10 Mart – 2 Haziran 2022 tarihleri arasında gerçekleşecektir.

Katılım sertifikası söz konusu olduğu için, Program'a asgari olarak **10 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. Program ücreti KDV dahil 5.500 TL olup 10 Şubat 2022 tarihine kadar %40 erken kayıt indirimi uygulanmaktadır. Erken kayıt dönemi sona erdikten sonra ise stajyer avukatlara %20, İstanbul Bilgi Üniversitesi mezun ve öğrencilerine %25 daha önce Rekabet Hukuku ve Politikası Uygulama ve Araştırma Merkezi'nin düzenlediği programlara katılım gösterenlere %40 indirim uygulanacaktır.

Kayıt süreci ile ilgili bilgi için rhm@bilgi.edu.tr adresine mesaj atmanız yeterlidir.

Öğretim Kadrosu

Prof. Dr. İ. Yılmaz Aslan (Aslan Hukuk Bürosu)

Av. Caner K. Çeşit (ACTECON)

Doç. Dr. Emin Köksal (Bahçeşehir Üniversitesi Ekonomi Bölümü Öğretim Üyesi)

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

Av. Armanç Canbeyli (Balcıoğlu Selçuk Ardiyok Keki Avukatlık Ortaklığı)

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

Av. Gönenç Gürkaynak (ELİG Gürkaynak Avukatlık Bürosu)

Av. Ali Kağan Uçar (ELİG Gürkaynak Avukatlık Bürosu)

Av. Mert Karamustafaoğlu (Erdem & Erdem Hukuk Bürosu)

Av. Merve Bakırcı (Erdem & Erdem Hukuk Bürosu)

Av. Şahin Ardiyok (Balcıoğlu Selçuk Ardiyok Keki Avukatlık Ortaklığı)

Dr. Sertaç Serter (Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

Av. Hazar Başar (Balcıoğlu Selçuk Ardiyok Keki Avukatlık Ortaklığı)

Av. Gülçin Dere (Paksoy Hukuk Bürosu)

Neyzar Ünübol (Kolcuoğlu Demirkan Koçaklı Hukuk Bürosu)
Av. Bulut Girgin (Gen & Temizer | Özer)
Av. Simru Tayfun (Gen & Temizer | Özer)
Dr. Ekin Korkmaz (Westfälische Wilhelms-University, Doktora Sonrası
Araştırmacı)
Av. Nuri Melih İnce (İnce Legal Hukuk ve Danışmanlık Bürosu)
Av. Barış Yüksel (Balcioglu Selçuk Ardiyok Keki Avukatlık Ortaklığı)
Selçukhan Ünekbaş (European University Institute, Doktora Öğrencisi)
Ar. Gör. Orcan Ok (Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Muzaffer Eroğlu (Boğaziçi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)
Dr. Erman Ekingen
Dr. Ahmet Fatih Özkan (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi)
Av. Haluk Arı (Arı Avukatlık Bürosu)
Av. Benan Arı (Arı Avukatlık Bürosu)
Dr. Çiçek Ersoy (İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi Öğretim Üyesi)
Doç. Dr. Kadir Baş (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)
Alptekin Köksal (University of Exeter, Doktora Öğrencisi)
Av. Dr. Cihan Doğan (CD Hukuk Bürosu)
Av. Orhan Ünal (Aslan Hukuk Bürosu)
Doç. Dr. Hamdi Pınar (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)
Av. Büşra Yanar (Magna Hukuk Bürosu)
Av. Ömer Faruk Çamaşırıcı (Magna Hukuk Bürosu)

Program koordinatörü

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

PROGRAM (10 Mart – 2 Haziran 2022)

1. HAFTA 10.03.2022

Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında 2021 Yılında Yaşanan Önemli Gelişmeler

Prof. Dr. İ. Yılmaz Aslan (İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Türk rekabet hukuku uygulaması, son üç senedir, belki Pandemi ve yaşanan ekonomik sorunların da etkisiyle, yoğun ve üretken bir dönem geçirmektedir. Başta dijital piyasalar olmak üzere, pek çok endüstride çok sayıda soruşturma açılmakta ve rekor idari para cezaları verilmektedir. Uygulama sadece ihlal incelemeleri açısından değil, sektör raporları ve yasal düzenleme çalışmaları gibi Kurumun diğer faaliyetleri açısından da yoğunlaşmıştır. Ancak bu yoğunluk, pratikte tartışmalı diyebileceğimiz bazı kararlara ve uygulamalara da yol açabilmektedir. Perakende sektöründeki soruşturmalar, reddedilen bazı muafiyet kararları ve dijital piyasalardaki kararlar buna örnek verilebilir. İşte bu seminer dersinde, 2021 yılı içerisinde Kurul tarafından verilen kararların bir muhasebesi yapılacak ve önemli kararlar, objektif bir bakış açısı ile analiz edilecektir. Bu çerçevede pandemi ve ekonomik kriz gibi olağan dışı olguların, Kurul kararları üzerinde etkisinin olup olmadığı, kararların gelecek dönemler için ne anlama geleceği gibi hususlar değerlendirilecektir.

İdari Yargı Rekabet Kurumu'na Neler Fısıldıyor: İptal/Bozma Kararlarının Bir Sentezi

Av. Caner K. Çeşit (ACTECON)

Hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğünün sağlanabilmesi için devletin her türlü işlem ve eyleminin yargı denetimine açık olması gerekir. Hak arama özgürlüğü bakımından kişilerin idareye karşı sahip oldukları en etkili yargısal koruma mekanizması iptal davasıdır. İptal davasında, idari işlemin hukuk kurallarına aykırılığının belirlenmesi halinde iptali yoluna gidilmekte ve bunun sonucunda idarenin hukuka bağlılığı ve hukuk düzeninin korunması sağlanmaktadır.

İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olması prensibi çerçevesinde, rekabet otoritelerinin kararları da yargısal denetime tabidir. Dünyada rekabet otoritelerinin gelişimini sağlayan başlıca unsurlardan biri güçlü yargısal denetimin varlığıdır. Güçlü ve etkin bir yargısal denetim rekabet otoritelerinin daha kuvvetli kararlar tesis etmesini sağlamakta ve bu yönüyle rekabet hukuku uygulamasının gelişimine doğrudan katkıda bulunmaktadır. Dolayısıyla bir rekabet otoritesi kararının iptali/bozulması bir "yenilgi" olarak değerlendirilmemeli ve hukuki uygulamanın gelişmesine yönelik bir destek olarak ele alınmalıdır. Zira idari yargı nezdinde tesis edilecek rekabet otoritesi aleyhine bir karar, rekabet otoritesi açısından daha sonraki uygulamalara yönelik bir kılavuz oluşturacak ve içtihadın gelişimine ortak olacaktır.

Ülkemiz özelinde ele alınacak olursa, her ne kadar rekabet hukuku bakımından idari yargı kararlarının önemli derecede gelişmeye açık olduğu söylenebilecekse de, son yıllarda içtihadın gelişimine yön verecek kararların tesis edildiği görülmektedir. Bu durum da idari yargı nezdinde hükmedilen iptal/bozma kararlarının bir analizinin gerçekleştirilmesini değerli kılmıştır. İşbu çalışmada, Rekabet Kurulu'nun iptal edilen veyahut bozulan kararları sınıflandırılacak ve bu kararlarda yapılan değerlendirmeler ışığında uygulamanın ne şekilde evrileceği tartışmaya açılacaktır.

Çalışmada, Rekabet Kurulu'nun iptal edilen veya bozulan kararları analiz edilirken, bildiri süresi açısından var olan kısıt da göz önünde bulundurularak, son beş yıl içerisinde tesis edilen iptal/bozma kararları esas alınmıştır. Rekabet Kurulu kararlarına karşı açılan idari davaların görece uzun sürmesi, Rekabet Kurulu'nun son beş yıldan çok daha önce vermiş olduğu kararlarına yönelik idari yargı değerlendirmelerinin de yakalama alanı içerisine girmesini sağlamıştır (Örneğin 2010 yılında tesis edilen bir Rekabet Kurulu kararının 2017 yılında iptal edilmesi). Bu bakımdan, her ne kadar yargı kararları açısından son beş yıla odaklanılsa da zengin sayılabilecek bir içtihat verisine ulaşılması mümkün olmuştur.

Bildiride alt sınıflandırmalar yapılacak olmakla birlikte, çalışma kapsamında gerçekleştirilen temel sınıflandırmada aşağıdaki gibi başlıklandırmaya gidilmiştir:

- Usule yönelik hatalı uygulamalarda bulunulması
- Yerinde inceleme ve bilgi/belge talebi yetkilerinin kullanılması
- Dosyaya giriş hakkının kullanılması
- Eksik inceleme yapılması
- İlgili pazar ve pazar payı hesabının yapılması
- Başka bir mevzuata dayalı olarak gerçekleştirilen bir davranışın rekabet hukuku kapsamında değerlendirilmesi
- Hukuki nitelendirmenin hatalı yapılması
- Birleşme/devralma işlemlerinde taahhütlerin değerlendirilmesi

- İhlale son vermeye yönelik görüş yazısı gönderilmesi
- İdari para cezasının belirlenmesi
- Nihai kararın hatalı yönde tesis edilmesi

Tüm bu içtihadın ele alınması neticesinde, idari yargının Rekabet Kurulu'nu ne yönde hüküm tesis etmeye sevk ettiği irdelenerek tartışmaya açılacaktır.

2. HAFTA 17.03.2022

2021 Perakende Soruşturmasının Hukuk ve İktisadi – Enflasyonist Ortamda Fiyat Geçişleri, Alıcı Gücü, Fiyat Liderliği ve Hub-and-Spoke Tipi Kartel İddiaları

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

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

Av. Armanç Canbeyli (Balçioğlu Selçuk Ardiyok Keki Avukatlık Ortaklığı)

Rekabet Kurulu'nun ("Kurul") Covid-19 salgını sırasında başlattığı perakende sektöründeki tedarikçi ve satıcılara yönelik soruşturması ("2021 Perakende Soruşturması") geçtiğimiz Ekim ayı sonunda karara bağlandı. Yayınlanan kısa kararda, beş zincir marketin ve bir tedarikçinin toplamda yaklaşık 2,7 milyar TL'lik rekor para cezası aldığını gördük. Aynı kararda hub-and-spoke tipi kartel oluşumunun cezanın verilmesinin temel sebebi olduğu da yer aldı.

Bizler bu çalışmada -açıklanması durumunda gerekçeli karar- kısa karar, kamuya açık sözlü savunma toplantısındaki bilgiler ve savunma sürecinde edindiğimiz tecrübeler çerçevesinde soruşturmaya dair iktisadi ve hukuki bazı değerlendirmelerde bulunmaya çalışacağız. Sunacağımız iktisadi değerlendirmeler temel olarak, incelenen dönemdeki enflasyonist sürece ve soruşturmaya konu olan organize perakende sektöründeki yapısal aksaklıklara işaret edecek. Hukuki değerlendirmemiz ise daha çok hub-and-spoke tipi kartel oluşumuna ve ispat standartlarına yönelik olacak. Bu çalışmada sunacağımız tespit ve değerlendirmelerin hem 2021 Perakende Soruşturmasının değerlendirilmesine hem de muhtemel ilave soruşturmalardaki süreçleri daha iyi anlamaya yardımcı olacağını düşünüyoruz.

İktisadi değerlendirmelerimizin temeli, ilgi pazar ve ülke ekonomisine dair sorun ve gelişmelerin teşebbüs davranışlarını şekillendirdiğine dair tespitlere dayanmaktadır. Zira teşebbüs davranışlarını, faaliyet gösterdikleri mikro (ilgili pazar) ve makro (genel ekonomik) ortamlardan bağımsız düşünmek olası piyasa başarısızlıklarının temelini anlamayı zorlaştırmaktadır. Bunun yanında, bu alanda karar alan kamu otoriteleri için de kamu kaynaklarını etkin kullanamama riskini doğurmaktadır. Bu sebeple, 2021 Perakende Soruşturması açısından, makro düzeyde Türkiye'nin içinde bulunduğu enflasyonist süreci, mikro düzeyde ise organize pazardaki alıcı gücünü ve fiyat liderliğine dayanan teşebbüs davranışlarını dikkate almayan bir değerlendirme sürecinin piyasa aksaklıklarının tespitinde eksiklik yaratacağı düşüncesindeyiz.

Şöyle ki, 2018 yılından başlayarak döviz kuru şoklarına bağlı olarak yaşanan Türkiye'deki enflasyonist süreç, Covid-19 salgını ile şiddetlenmiş ve özellikle ithal girdilerin ağırlıkta olduğu üretim/tedarik süreçlerinde kendini hissettirmiştir. Tedarikçiler için de bu durum fiyat geçişlerinin daha sık aralıklarla yapılmasını zorunlu kılmıştır. Ancak istatistikler, soruşturmaya konu olan ürünler için tedarikçilerin karşılaştığı maliyet artışlarını perakendecilerin olduğu alt pazara yansıtmakta zorlandığını göstermektedir. Soruşturma sürecindeki savunma hazırlıklarımızda bu durumun temel sebebinin organize perakende pazarındaki fiyat rekabeti ve bunu şekillendiren -özellikle indirim marketlerinin

sahip olduğu- alıcı gücü olduğu görülmüştür. Kurul'un 2021 Perakende Soruşturması devam ederken yayınladığı HTM Perakendeciliği Sektör İncelemesi Ön Raporu da bu tespitimizi desteklemektedir.

Organize perakende pazarında, indirim marketlerin liderliğine dayalı fiyat rekabeti ve bunu şekillendiren yapısal bir aksaklık olarak nitelendirilebilecek alıcı gücü, tedarikçilerin enflasyonist süreçte artan maliyetlerine ilişkin fiyat geçişlerini yapmalarını zorlaştırmıştır. Bu durum da tedarikçileri fiyat geçişlerini rekabete aykırı olma riski taşıyan bir şekilde organize etmeye sevk etmiştir. Bu da Kurul'un kısa kararında da belirttiği hub-and-spoke tipi kartel iddialarını gündeme getirmiştir.

Çalışmamızın son bölümü, hub-and-spoke tipi kartel iddialarına dair değerlendirmelere yönelik olacaktır. Son dönemde ortaya çıkan literatür ve uygulamalar ışığında, bu tür iddiaların nasıl ele alınması gerektiği ve ispat standardının ne olması gerektiğine dair değerlendirmeler sunulacaktır. Mümkün olduğunca 2021 Perakende Soruşturmasına dair değerlendirmeler içerecek bu bölümün muhtemel benzer soruşturmalardaki süreçlerin anlaşılmasına da ışık tutması amaçlanmaktadır.

Hızlı Tüketim Malları Perakendecilerinin Rekabet Otoriteleri ile İmtihanı

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

Hızlı tüketim malları (HTM) perakendeciliği sektörü gerek Türkiye'de gerekse de yurt dışında rekabet otoritelerinin merceği altındadır. Sadece 2021 yılındaki gelişmelere bakıldığında, örneğin, Portekiz Rekabet Otoritesi çeşitli perakendecilere ve tedarikçilere topla-dağıt karteli ("*hub and spoke cartel*") içinde yer aldıkları gerekçesiyle milyonlarca Avro ceza uygulamıştır. Tayvan Rekabet Otoritesi, Carrefour'a alıcı gücünü kötüye kullandığı gerekçesiyle ceza vermiştir. Fransız Rekabet Otoritesi ise, gıda perakendeciliği sektöründe faaliyet gösteren çeşitli şirketlerin çalışanlarının evlerinde arama yapmıştır.

Türkiye'de de 2021 yılında çok önemli gelişmeler olmuştur. Örneğin, Rekabet Kurumu 05.02.2021'de hızlı tüketim malları perakendeciliği sektörü incelemesi ön raporunu yayımlamıştır. Anılan raporda, sektörde yoğunlaşmaların hızla arttığı ve çeşitli rekabet sorunlarının ortaya çıktığı iddia edilerek, bu sorunların çözülebilmesi için çeşitli öneriler getirilmiştir. Keza, Rekabet Kurulu tarafından beş zincir market ve bir tedarikçiye 28.10.2021'de toplam 2,7 milyar TL'lik rekor para ceza uygulanmıştır.

Nitekim sunumda;

- 1) Öncelikle yurt dışındaki rekabet otoritelerinin HTM perakendeciliği sektörüne yönelik güncel kararları incelenecek,
- 2) Ardından, bunlardan da hareketle;
 - a) Rekabet Kurumunun ön raporuna ilişkin değerlendirmeler yapılacak ve
 - b) Rekor ceza uygulanmasına sebep olan tespitler ışığında, geleceğe yönelik çıkarımlar ve öneriler paylaşılacaktır.

3. HAFTA 24.03.2022

Birinci Yılın Sonunda Taahhüt Mekanizmasının Değerlendirilmesi

Av. Mert Karamustafaoğlu (Erdem & Erdem Hukuk Bürosu)

Av. Merve Bakırcı (Erdem & Erdem Hukuk Bürosu)

I- GİRİŞ

Geçtiğimiz yıl, taahhüt mekanizması 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a ("4054 sayılı Kanun") eklenmiş ve 2021/2 sayılı Tebliğ ("Tebliğ") ile mekanizmaya ilişkin bazı soru işaretleri giderilmiştir. Anılan mekanizmanın Türk hukukundaki uygulamasının azlığından dolayı konunun bütün yönleriyle ele alınması faydalı olur.

II- TANIM VE AMAÇ

Taahhüt mekanizması, teşebbüsler tarafından Rekabet Kurul'una ("Kurul") sunulan ve Kurul tarafından kabul edildiğinde ilgili teşebbüs aleyhinde yürütülen soruşturma sona erdirilebilecek ya da hiç soruşturma açılmamasını sağlayabilecek bir prosedürdür. Kaynakların tasarruflu bir şekilde kullanımı ve rekabete ilişkin endişeleri kısa zamanda bertaraf etme amacına ulaşmak için konuyu gerçekten iyi özümsemek gerekir.

III- KONU VE ZAMAN BAKIMINDAN UYGULAMA

Taahhütlerin kapsamı Tebliğ'de açıkça düzenlenmiş olup "açık ve ağır ihlaller" kapsam dışı bırakılmıştır. Bu bakımdan açık ve ağır ihlal kavramı üzerinde durulmalıdır.

Taahhüt mekanizmasına ön araştırmada veya soruşturma bildirimini tebliğinden itibaren 3 ay içinde başvurulabilir. Bu sürenin teşebbüslerin rekabetçi endişeleri anlamak için yeterli olup olmadığı ve mekanizmadan beklenen yararı zedeleyip zedelediği ele alınmalıdır.

IV- PROSEDÜR

Taahhüt mekanizmasının usulü 4054 sayılı Kanun'da ve Tebliğ'de sistematik bir biçimde ele alınmıştır. Bu yüzden taahhüt prosedürü detaylıca ele almak yerine, başlıklar halinde kısaca; (i) taahhüt sürecinin başlatılması ve taahhüt görüşmeleri, (ii) taahhüdün sunulması ve taahhüt metni, (iii) taahhüdün niteliği, (iv) taahhüdün değerlendirilmesi ve uygun bulunmayan taahhütlerde değişiklik yapılması, (v) taahhüt sürecinin sonlanması ve (vi) taahhüdün bağlayıcı hale gelmesi ve mekanizmanın uzlaşma ve pişmanlıktan farklarının incelenmesi faydalı olur.

V- AVRUPA'DA ve DÜNYA'DA TAAHHÜT UYGULAMASI

Türkiye'de az uygulaması olması nedeniyle uluslararası bir perspektiften taahhüt uygulamalarının ele alınması gerekir. Bu nedenle ilgili bölümde Coca-Cola Company , FA Premier League Limited , German Electricity Wholesale Market , Visa MIF , Alrosa Company Ltd , Microsoft ve Morningstar , kararlarının incelenmesi konu hakkında daha kapsamlı bir bakış açısı kazandırır.

VI- TÜRKİYE'DEKİ KARARLAR

Her ne kadar Kurul'un konuya ilişkin yerleşik bir içtihadı bulunmasa konuya ilişkin verilmiş Kurul kararları mevcuttur. Kurul uygulamasına ilişkin bir ön izlenim elde etmek adına özellikle taahhütle sona eren ilk soruşturma olması bakımından Türk Hava Yolları , Çiçeksepeti , Yemek Sepeti , Şişecam Çevre Sistemleri ve Coca-Cola kararları ele alınmalıdır.

VII- TAAHHÜDE İLİŞKİN TARTIŞILMASI GEREKEN KONULAR

Henüz yerleşik bir ihtiyaç oluşmamışken taahhüde ilişkin meselelerin masaya yatırılması önemlidir. Bu minvalde, taahhüt kararlarının yargısal denetimi, taahhüt amacının getiriliş amacıyla orantılı kullanımı ve mekanizmanın yönteminin regülasyon aracı olarak kullanılması sorunu önem arz eder.

Türk Rekabet Hukukunda İhlalin Sona Erdirilmesinde Yeni Dönem: Taahhüt ve Uzlaşma Mekanizması, İlk Kararlar ve Gelecek Dönem Bakımından Değerlendirmeler

Av. Gönenç Gürkaynak (ELİG Gürkaynak Avukatlık Bürosu)

Av. Ali Kağan Uçar (ELİG Gürkaynak Avukatlık Bürosu)

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da 16 Haziran 2020 tarihinde yapılan kapsamlı değişiklikler çerçevesinde usul ekonomisi prensibinden hareketle kamu kaynaklarının etkin kullanımına imkân tanıyan taahhüt ve uzlaşma müesseseleri Türk rekabet hukukunda uygulama alanı bulmuştur. Kanun değişikliğini takiben taahhüt ve uzlaşma mekanizmalarının uygulama esasları Rekabet Kurumu tarafından yayınlanan ikincil mevzuat ile ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Taahhüt ve uzlaşma mekanizması ile rekabeti bozucu etkilerin zamanında ve etkin bir şekilde ele alınması, zamandan ve hem Rekabet Kurumu'nun hem de soruşturmaya tabi teşebbüslerin maruz kaldığı maliyetlerden tasarruf sağlanması amaçlanmaktadır.

Tebliğin ilk kısmında yeni yürürlüğe giren Taahhüt Tebliği ve Uzlaşma Yönetmeliği hükümleri ışığında düzenleyici çerçeve ele alınacaktır. Ardından Türkiye'de taahhüt ve uzlaşma müesseselerine ilişkin düzenleyici çerçeve ile bu alanlarda verilen ilk Kurul kararları AB'deki mehz düzenleme ve uygulama ile mukayese edilecektir. Bu çerçevede AB ile benzerlikler ve farklılıklar ortaya konulacaktır.

Tebliğin son kısmında ise taahhüt ve uzlaşma müesseselerinin gelecek dönemde Türkiye'de rekabet hukuku uygulaması bakımından etkilerine ve gelecekte uygulamanın nasıl şekilleneceğine dair öngörü ve beklentiler aktarılacaktır.

4. HAFTA 31.03.2022

Danıştay Henkel Kararı: Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi Tartışmaları ve İspat Standardında Yeni Dönem

Av. Şahin Ardiyok (Balcioğlu Selçuk Ardiyok Keki Avukatlık Ortaklığı)

Dr. Sertaç Serter (Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

Av. Hazar Başar (Balcioğlu Selçuk Ardiyok Keki Avukatlık Ortaklığı)

Danıştay 13. Dairesi'nin 6.7.2021 tarihinde oy birliği ile verdiği, Henkel lehine bozma ile sonuçlanan kararı, Türk rekabet hukuku uygulaması bakımından bir mihenk taşı olarak değerlendirilebilir. Zira anılan kararda, Türk rekabet hukuku uygulamasını derinden etkileyebilecek ve dönüştürebilecek sarih ve zımnî tespitler bulunmaktadır. Bu tespitler, hem 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 4. maddesi bakımından ele alınan yeniden satış fiyatının belirlenmesi (YSFB) şeklindeki dikey ihlal türüne yönelik Rekabet Kurulu'nun son yıllarda geliştirdiği güncel yaklaşımında değişiklik gerektirebilecek nitelikte olup hem de özellikle Rekabet Kurulu kararlarının yargısal denetimi ve özellikle ispat standardı bakımından ilkesel bir rehber sunmaktadır.

Bu doğrultuda, çalışmamız kapsamında bizzat vekil olarak dava sürecinde yer aldığımız Danıştay 13. Dairesi'nin Henkel kararı hem anayasa, idare ve idarî yargılama hukuku ilkeleri yönünden incelenecek hem de YSFB türündeki ihlallerin rekabet hukuku analizine yönelik teknik rekabet hukuku boyutu ile ele alınacaktır. Bu bağlamda, öncelikle ve temel olarak ele alınacak ana konu başlıklarımız şu şekilde özetlenebilir:

Kurul'un özellikle 2018 tarihli Henkel kararı sonrası dönemde YSFB'ye ilişkin geliştirdiği analiz kriterlerinin ve ispat standardının rekabet hukuku yönünden yerindeliği değerlendirilecektir. Bu kapsamda Danıştay'ın 13. Dairesi'nin Henkel kararının Rekabet Kurulu'nun güncel YSFB yaklaşımı

üzerinde ne gibi etki doğurması gerektiği ve uygulamada bir yaklaşım değişikliğinin beklenip beklenmediği tartışmasına yer verilecektir.

Danıştay 13. Dairesi'nin Henkel kararını vermesi ile sonuçlanan hukuki süreç ve anılan kararı takip eden güncel gelişmeler ele alınacaktır. Daha sonra, Rekabet Kurulu tarafından kabul edilen kılavuzların hukuki niteliği tartışılacaktır.

Rekabet Kurumu ve onun karar organı Rekabet Kurulu'nun yürüttüğü ekonomik kolluk faaliyeti ile bu faaliyet kapsamındaki maddi gerçeğe ulaşma amacı dikkate alındığında, Danıştay 13. Dairesi'nin Henkel kararında teşebbüs lehine delillere yaptığı vurgu elbette çalışmada irdelenecek bir diğer meseledir.

Keza Anayasa'nın 90. maddesinden hareketle idari makamların da riayet etmeleri gereken adil yargılanma hakkı unsurlarından olan gerekçeli karar (alma) hakkı ve idari yaptırımlar söz konusu olduğunda, gerekçeli karar (alma) hakkının bir görünümü niteliğinde olan yeterli ispat standardı ve masumiyet karinesi tartışmaları, elbette bu çalışmada yer alacaktır.

Rekabet Kurulu'nun gelecekteki işlemlerine yön verebilme gücü bakımından Danıştay 13. Dairesi'nin Henkel kararının içtihat niteliğinde olup olmadığı meselesi de bu çalışmada kendisine yer bulacaktır.

Yargı Kararları Işığında Rekabet İhlallerinde İspat Standardı

Av. Gülçin Dere (Paksoy Hukuk Bürosu)

İşbu çalışmada, rekabet otoritelerinin incelemelerinde ve kararlarında ispat standardına yönelik mahkemelerin değerlendirmelerine yer verilerek, rekabet ihlallerinin ortaya konulmasında ispat standardının daha yüksek bir seviyeye taşınıp taşınmadığı sorusu incelenecek ve bunun Rekabet Kurulu ("Kurul") kararlarına etkisi değerlendirilecektir.

Yakın tarihli Henkel kararında Danıştay 13. Dairesi , Kurul'un, Henkel'in ürünlerinin yeniden satış fiyatını belirleyerek 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiğinin somut verilerle ispatlanmadığına, özellikle yeniden satış fiyatının tespitinin gerçekleştirilmesinde "tarafardan birinin baskısı veya teşvik etmesi" unsurunun alıcıların bağımsız bir iktisadi davranış olarak kendi satış fiyatını belirleme serbestliğine etki edecek değerde olması ve bu hususun somut ve ciddi verilerle ortaya konulması, fiyat artışlarının sağlayıcının baskısı veya teşvikinden kaynaklandığına yönelik illiyet bağının ortaya konulması suretiyle Kurum'un ispat yükünü karşılaması gerektiğine hükmetmiştir. Benzer yönde, OPET'in bayilerinin yeniden satış fiyatını belirlemek suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4.maddesini ihlal ettiğinden bahisle tesis edilen Kurul kararının iptaline yönelik değerlendirmesinde mahkeme, Kurul'un tespitlerinin tereddüte yol açmayacak şekilde açık ve kesin nitelikte olması gerektiği, satış fiyatlarına müdahalenin her türlü tereddütten uzak, kesin ve tartışmasız olarak elde edilmiş somut delillerle ispatlanması gerektiğini belirtmiştir.

Kurul'un 12 Banka kararına ilişkin açılan davada ise, davanın reddi yolundaki idare mahkemesi ısrar kararının bozulmasına hükmeden Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, Kurum tarafından Türkiye'de faaliyet gösteren 12 bankanın tamamının mevduat, kredi, kredi kartı ve kamu mevduatı hizmetlerine ilişkin olarak tek bir çerçeve anlaşma dâhilinde hareket ettiğinin ve ihlale katılan teşebbüslerin bu çerçeve anlaşma veya ortak plandan haberdar olduğunun yeterli seviyede (makul şüphenin ötesinde) bir ispat standardı ile ortaya konulmadığına ve gerekli delillerle desteklenmediğine karar vermiştir .

4054 sayılı Kanun'un 4.maddesinin ihlal edildiğinden bahisle alınan Kurul kararlarına karşı açılan davalarda; mahkemelerin, genel itibariyle; 'her türlü şüpheden uzak, açık ve kesin delillerle ispat' standardını aradığı görülmektedir. Mahkemelerin hâkim durumun kötüye kullanılması ve yerinde incelemenin engellenmesine yönelik kararlarına bakıldığında ise; Kurul'un Sahibinden kararının iptaline hükmeden mahkeme, tüketici refahını açıkça ihlal ettiği ispat edilemeyen fiyat artışlarına müdahaleye yönelik değerlendirmelerin tereddüte yol açmayacak şekilde açık ve kesin nitelikte olması, ispat standardının gereği olarak ise; "neredeyse kesin olarak" ispatının gerektiğini vurgulamıştır. Yine, hâkim durumun kötüye kullanılmasına yönelik bir değerlendirmede mahkeme, İstanbul Anadolu Yakası Elektrik Dağıtım A.Ş. tarafından açılan davada, "her türlü şüpheden uzak bir şekilde ispat" standardını tekrarlamıştır. Son olarak, Unilever tarafından, yerinde incelemenin engellenmesine yönelik uygulanan idari para cezasına karşı açılan davada; mahkeme, incelemenin gecikmesi nedeniyle teşebbüsün veri kaçırdığına ya da veri kaçırma ihtimali bulunduğuna ilişkin Kurum tarafından somut bir delilin sunulmadığı gerekçesiyle kararın iptaline hükmetmiştir.

AB hukukunda da benzer değerlendirmeleri görmek mümkündür. 1/2003 sayılı Tüzük ispat yüküne ilişkin düzenleme öngörmekle birlikte; ispat standardı mahkeme kararlarıyla gelişim göstermiştir. Bu bağlamda ispat standardı, "yeterince açık ve tutarlı delil", "inandırıcı ve tutarlı deliller bütünü" vb. ifadelerin yanı sıra "kesin ve tutarlı delillerle iddiaların ispatlanması" esası yönünde evrilmiştir. Öyle ki, çimento sektöründeki lobicilik faaliyetlerinin incelendiği bir soruşturmada Belçika Rekabet Otoritesi'nin soruşturma taraflarının davranışlarının rekabeti kısıtlayıcı nitelikte anlaşma teşkil ettiğine yönelik kararını temyizen inceleyen mahkeme, tarafların faaliyetlerinin ve yapılan bilgi değişiminin meşru lobicilik faaliyetlerine katılım sınırlarını aşmadığı gerekçesiyle iptal etmiştir.

Yukarıdaki hususlar çerçevesinde, çalışmada, mahkeme kararları ışığında rekabet ihlallerinde ispat standardının gelişimi ve bu gelişimin Kurul kararlarına etkisi değerlendirilecektir.

5. HAFTA 07.04.2022

Güncel İdari Yargı Kararları Işığında "Devam Eden Tek Bir İhlal" Yaklaşımına Yeniden Bakış

Neyzar Ünübol (Kolcuoğlu Demirkan Koçaklı Hukuk Bürosu)

Devam eden tek bir ihlal yaklaşımı, Rekabet Kurulu'nun (Kurul) 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (Rekabet Kanunu) 4. maddesinin ihlaline ilişkin pek çok kararında yer bulmaktadır. Bu yaklaşım ile Kurul, tarafların ortak bir amaca yönelik farklı eylemlerini birden çok ihlal olarak tanımlamak yerine, bunları devam eden tek bir ihlalin parçaları olarak değerlendirebilmektedir. Avrupa Birliği (AB) rekabet hukukundan kalkınarak benimsenen bu yaklaşımının uygulamadaki faydası, esasen ortaya çıkarılması ve tüm sürece ilişkin delil bulunması doğası gereği zor olan, çok taraflı ve uzun süreli rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların hukuki incelemesini kolaylaştırmaktır. Bu yönüyle devam eden tek bir ihlal yaklaşımı rekabet otoritesinin ispat yükünü hafifletmektedir. Bununla birlikte, devam eden tek bir ihlal veya birden fazla ihlal tespiti, idari para cezası, zamanaşımı ve özel hukuk sorumluluğu bakımından teşebbüsler için önemli sonuçları bulunmaktadır.

AB'de devam eden tek bir ihlal yaklaşımı Genel Mahkeme ve Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın kararları ile şekillenmiş ve 2000'li yılların başından itibaren AB mahkemeleri devam eden tek bir ihlal yaklaşımının koşullarını belirleyen ve kullanımını sınırlayan kriterler geliştirmiştir. AB'de konuya ilişkin çok sayıda içtihat bulunmakla birlikte hala tartışılan hususlar mevcuttur. Türkiye'de uzun yıllardır ve sıklıkla kullanılmış olmasına rağmen, ne tür eylemlerin hangi koşullarda devam eden tek bir ihlal sayılacağına ilişkin kapsamlı bir değerlendirme yapılmamıştır. On iki banka kararına ilişkin

idari yargı süreci, devam eden tek bir ihlal yaklaşımının sınırları konusunda tartışmaları beraberinde getirmiştir.

Söz konusu idari yargı kararları devam eden tek bir ihlal yaklaşımının hangi koşullarda benimsenebileceğine ışık tutarken AB uygulamasına atıfta bulunmaktadır. Diğer yandan, Avrupa Komisyonu'nun (Komisyon) ve Kurul'un para cezalarını hesaplama metodolojilerinin farklı olmasının devam eden tek bir ihlal yaklaşımının sonuçlarını etkilediği göz ardı edilmemelidir. Devam eden tek bir ihlal yerine birden fazla ihlal tespit edilmesi durumunda, aynı teşebbüs hakkında her bir ihlal için ayrı idari para cezası uygulanması gerekmektedir. Kurul'un yerleşik uygulaması gereğince idari para cezasının, Komisyon'un uygulamasından farklı olarak ihlalden etkilenen ürünlerin satış değeri üzerinden değil, teşebbüsün toplam cirosu üzerinden belirlendiği dikkate alındığında birden fazla ihlal tespiti teşebbüse aynı ciro üzerinden birden fazla ceza uygulanması ile sonuçlanacaktır. Bu durum çoğu zaman teşebbüslerin aleyhine olacaktır.

Bu kapsamda, devam eden tek bir ihlal yaklaşımının AB rekabet hukukunda ortaya çıkışı ve tarihsel gelişimi ve Komisyon ile AB mahkemelerinin güncel yaklaşımının incelenmesinin Türkiye uygulaması bakımından yol gösterici olacağı düşünülmektedir. Bu çalışmada, Rekabet Kurulu kararlarında devam eden tek bir anlaşma yaklaşımının ne şekilde ele alındığı AB rekabet hukuku ile karşılaştırmalı olarak incelenecektir. İdari yargının son dönem kararlarında tespit ettiği devam eden tek bir ihlal koşullarının neler olduğu ve AB uygulamasına paralel koşullar benimsenmesinin sonuçları hakkında çıkarımlar yapılacaktır. Son olarak, idari yargı kararlarının, özellikle on iki banka kararının Kurul tarafından yeniden değerlendirilmesi ile gelecekteki Kurul kararlarında cezanın belirlenmesi ve zamanaşımı bakımından nasıl yansımaları olabileceği tartışılacaktır

Yeni Bir Joker? "Açık ve Ağır İhlal" Kavramının Pratik Sonuçlarına İlişkin Bir Tartışma

Av. Bulut Girgin (Gen & Temizer | Özer)

Av. Simru Tayfun (Gen & Temizer | Özer)

AB ve ülkemiz rekabet hukuku doktrini ve uygulamasında uzun yıllardan beri süregiden "amaç yönünden ihlal" ve "etki yönünden ihlal" en meşhur tartışma konularından birisidir. Bunun yanında, daha çok ülkemizde, ara sıra Kurul tarafından da kullanılan bir per se ve rule of reason yaklaşımı tartışması da amaç/etki tartışmasının yanına eklenmektedir. Bunların yanında ülkemizde Ceza Yönetmeliği sonrasında süregiden bir de "kartel" tanımı tartışması bulunmaktadır.

Kanımızca, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da 16.06.2020 tarihli kanun değişikliği ile hayatımıza giren "açık ve ağır ihlal" kavramı da yukarıdaki tartışmalara eklenilebilecektir. Zira kanun değişikliği sonrası getirilen taahhüt ve de minimis mekanizmalarının çalıştırılabilmesi için bahse konu ihlalin "açık ve ağır ihlal" olmaması bir ön koşul olarak ortaya konulmuştur. Her ne kadar ikincil mevzuat ile açık ve ağır ihlal türünün çerçevesi çizilmeye çalışılmışsa da pratikte De Minimis ve Taahhüt tebliğlerinde yer verilen "açık ve ağır ihlal" türleri net gibi gözüke de esasen Kurulun herhangi ihlali "açık ve ağır ihlal" olarak değerlendirmesi açısından geniş bir takdir yetkisi bulunduğu düşünülmektedir. Zira Kurul sunulan bazı taahhütleri soruşturmanın konusu açık ve ağır ihlal olduğunu değerlendirerek reddedebilmektedir. Bunun yanı sıra, açık ve ağır ihlal kümesinin çok geniş belirlenmesi De Minimis mekanizmasının ölü doğmasına da yol açabilecektir.

Tebliğimizde Kanun değişikliği üzerine yayımlanan tebliğlerdeki tanıma göre hangi eylemlerin açık ve ağır ihlal olarak değerlendirilebileceği karar örnekleri gösterilmeye çalışılacaktır. Akabinde açık ve ağır ihlal diye adlandırılan bu ihlal türüne atfedilen hukuki statünün pratikte ne gibi bir fark yarattığı

tartışılacaktır. Ağır ve açık ihlal tespiti için gerekli olan kriterlerin ne olduğu, ispat standardının nasıl belirlenmesi gerektiği ele alınacaktır.

İlaveten ülkemizdeki düzenleme ile mehz AB hukuku kıyaslanarak ortak yönler ile ayrışan noktalar tespit edilecektir. Açık ve ağır ihlal kavramı, Türk rekabet hukukunda genellikle AB rekabet hukukundaki “hardcore restriction” kavramının yerine kullanılmaktadır. Bu kavram mehz AB hukukundaki anlamı ile kıyaslamalı olarak anlatılacak ve ortak yönler ile ayrışan noktalarına değinilecektir. Zira per se ihlal ve ağır sınırlama veya amaç bakımından kısıtlama kavramlarının sıklıkla ve hatalı olarak birbiri yerine kullanıldığı görülmektedir.

Son olarak kavramsal açıklamaların akabinde, açık ve ağır ihlalin birincil şartı olan amaç ve etki değerlendirmesinin pratik önemini daha iyi ortaya koyabilmek adına Rekabet Kurulu kararlarına bu terimlerin nasıl yansıdığı tartışılacaktır. Rekabet Kurulu kararlarında ağır ve açık ihlal tespitine ilişkin değerlendirmelere yer verilerek bu konuda belirlilik sağlanmaya çalışılacaktır.

6. HAFTA 14.04.2022

AB ve ABD Güncel Uygulaması Işığında “Pay-For-Delay” Anlaşmalarının Rekabet Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

Dr. Ekin Korkmaz (Westfälische Wilhelms-University, Doktora Sonrası Araştırmacı)

Ödeme karşılığında pazara geç giriş” olarak tercüme edilebilecek “pay-for-delay” anlaşmaları, patent sahibi ilaç üreticisi teşebbüslerin (“brand companies”), referans ilaca ilişkin patentin koruma süresinin dolmasına az bir zaman kala, jenerik ilaç üreticileriyle (“generic manufacturers”) anlaşarak anlaşma süresi boyunca onları piyasa dışında tutmalarını sağlamaktadır. Bu yolla, adeta, patentin koruma süresi anlaşmada kararlaştırılan süre kadar uzatılarak patentin verdiği münhasırlık yetkisi bu süre boyunca da devam ettirilmekte ve bu sayede, ilaç fiyatının yapay bir biçimde yüksek kalması sağlanmaktadır. Jenerik ilaç üreticisi teşebbüslerin bu anlaşma karşılığında elde ettiği menfaat, genellikle, anlaşmada belirlenmiş bedelin ödenmesi olsa da jenerik ilaç üreticisi teşebbüse, herhangi bir yolla kazandırmada bulunulması, bu teşebbüs ile distribütörlük anlaşması yapılması, piyasa paylaşımı taahhüdü verilmesi gibi menfaatler sağlanması da mümkündür.

“Pay-for-delay” anlaşmalarının akıbeti, Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri ilaç ve tıbbi malzeme sektörlerine ilişkin rekabet hukuku uygulamalarında güncelliğini koruyan bir meseledir. Avrupa Komisyonu, ilk olarak 2016 yılında verdiği *Lundbeck* ve ardından 2018 yılında verdiği *Servier* kararlarında, rekabeti kısıtlama ya da ortadan kaldırma amacının bulunduğu gerekçesiyle, “pay-for-delay” anlaşmalarının rekabet hukukuna aykırı olduğunu kabul etmiştir. 2020 yılının başında Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), *Generics* kararında “pay-for-delay” anlaşmalarının Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma (ABİDA)’nın 102. maddesini ihlal edebileceği sonucuna varmıştır. Bununla birlikte ABAD, bu anlaşmalara ilişkin *per se* ihlal yaklaşımını reddetmiştir. Son olarak, Avrupa Komisyonu, 2020 yılının Kasım ayında verdiği *Modafinil (Teva-Cephalon)* kararında, teşebbüsler arasındaki “pay-for-delay” anlaşmasının ABİDA’nın 101. maddesine aykırı olduğu sonucuna varmıştır. ABD Yüksek Mahkemesi ise bu anlaşmaların rekabet hukuku bakımından doğurduğu sonuçlar konusunda emsal teşkil eden *Actavis* kararında, “pay-for-delay” anlaşmalarının *per se* ihlal teşkil etmeyeceğine hükmetmiştir. Tüm ABD mahkemeleri ile ABD Federal Ticaret Komisyonu’nu bağlayıcı nitelikte olan bu ilke ve bu doğrultuda ABD Federal Ticaret Komisyonu tarafından verilen *Impax* kararı, “pay-for-delay” anlaşmalarının rekabet hukukundaki sonuçları hakkında öğretilerde önemli tartışmalara neden olmuştur.

Sunumumuzda, rekabet hukuku ile fikri mülkiyet hukukunun kesişim alanında yer alan “*pay-for-delay*” anlaşmalarının özellikleri ve rekabet hukuku bakımından doğurduğu sonuçlar, sözü edilen hukuk sistemlerindeki öğretici görüşleri ve kararlar ışığında açıklanacak, benimsenen ilkelerin Türk hukuku bakımından da uygulanabilir olup olmadığı inceleme konusu yapılacaktır.

Son Dönem Kararları Işığında İlaç Sektöründeki Güncel Rekabet Hukuku Tartışmaları

Av. Nuri Melih İnce (İnce Legal Hukuk ve Danışmanlık Bürosu)

Son dönemde rekabet otoritelerinin ve mahkemelerin ilaç sektörüne ilişkin verdiği kararlarda pazar analizleri ile ihlallere yönelik ispat standartları bakımından yeni ölçütlerin gündeme getirildiği görülmektedir. Yoğun düzenlemelere tabi olan ilaç pazarları; fiyatlandırma ve geri ödeme düzenlemeleri, referans fiyat uygulamaları, genellikle en güçlü alıcı konumunda devlet kuruluşlarının bulunması, orijinal-jenerik ilaç ayrımı, patente ilişkin düzenlemeler gibi faktörlerle diğer pazarlardan ayrılmaktadır. Bu çerçevede, tebliğin ilk iki bölümünde ilgili düzenlemeler ve pazardaki etkileri tanıtılacak; rekabet otoriteleri tarafından ilaçlar arasındaki ikame ilişkisinin nasıl kurulduğu, ilgili ürün pazarı tanımlamalarının, pazar gücü ve hâkim durum değerlendirmelerinin ne şekilde yapıldığı üzerinde durulacaktır.

İlk iki bölümün ardından, dört tane yakın tarihli karar incelenecektir.

Öncelikle, Rekabet Kurumu'nun, Altuzan'a göre daha pahalı olan Lucentis'in kullanımını yaygınlaştırmak amacıyla uyumlu davrandıkları gerekçesiyle Roche Müstahzarları San. A.Ş. (“Roche”) ve Novartis Sağlık Gıda ve Tarım Ür. San. ve Tic. A.Ş.'ye (“Novartis”) idari para cezası uyguladığı kararı incelenecektir. Kararda, farklı etkin maddeler içeren Lucentis ile Altuzan göz hastalıkları bakımından birbirine ikame olarak değerlendirilmiş; ilgili ilaçları geliştiren Genentech Inc.'nin Roche'un iştiraki olması, Roche'un kendi ilacı Altuzan'ın satışlarından sağladığı gelirlerin yanında Lucentis satışları üzerinden de dolaylı olarak gelir sağlaması ve Novartis'in Roche'un bir kısım hisselerinin sahibi olması gibi hususların Roche'un Altuzan'ın göz tedavilerindeki satış potansiyelini değerlendirme güdüsünü azaltacağı ifade edilmiştir. İhlal tespitinde bulunulurken, temel olarak; Roche'un Altuzan'ın ruhsatlandırılmaması yönünde, Novartis'in Altuzan'ın olumsuz şekilde tanıtılması ve göz hastalıklarının tedavisinde Altuzan'ın kullanımını zorunlu kılan düzenlemelerin iptali yönünde çalışmalar yürüttüğü belirtilmiştir. Daha önce soruşturma konusuna ilişkin olarak İtalyan ve Fransız Rekabet Otoritelerinin de aynı teşebbüslere ceza uygulamış olması sebebiyle, bu kararlara atıfta bulunulacaktır.

Ardından, Avrupa Komisyonu'nun ilaç sektörüne yönelik aşırı fiyatlandırma tespitinde bulunduğu ilk karar olan *Aspen* kararı ele alınacaktır. Kararda, Aspen'in yıllar içinde devralmalar yoluyla kanser tedavisinde kullanılan ilaçlar bakımından pazarda hâkim duruma geldiği, ilaçların fiyatlarının yedi yılda birkaç kat arttığı ve teşebbüsün maliyetlerini yaklaşık yüzde üç yüz oranında aştığı yönünde tespitlerde bulunulmuştur. Kararın iki tane önemli yansımasının bulunduğu düşünülmektedir. İlk olarak, aşırı fiyatlandırma tespiti yapılmasına karşın teşebbüse herhangi bir ceza uygulanmamış, Aspen tarafından sunulan fiyatların düşürüleceğine yönelik taahhütler kabul edilmiştir. Ayrıca, Aspen'in fiyat artışı yapmak istemeyen otoriteleri ilaçları piyasadan çekmekle tehdit etme stratejisi uyguladığı belirtilerek, bu husus ihlale dayanak olarak gösterilmiştir. Bu bakımdan, hâkim durumun kötüye kullanılması davranışının incelendiği bir olayda, Avrupa Komisyonu'nun per se ihlal benzeri bir ihlal tespiti yapmış olmasının ispat standardı bakımından önemli olduğu düşünülmektedir.

Son olarak ise, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın ("ABAD") orijinal ve jenerik ilaç üreticileri arasında akdedilen patent anlaşmaları hakkında 2020 ile 2021 yıllarında verdiği ve birbirine benzer değerlendirmelerde bulunduğu *Paroxetine* ve *Lundbeck* kararları incelenecektir. İlgili kararlarda, değer aktarımını konu edinen patent anlaşmalarının doğrudan rekabetin amaç bakımından kısıtlandığı anlamına gelmeyeceği, ancak, bu patent anlaşmalarının tarafların rekabet etmemeye yönelik ticari menfaatlerinin bir yansıması olmaktan başka bir açıklaması olamayacağı durumlarda rekabetin amaç bakımından ihlal edilmiş olacağı ve henüz pazarlama izni almamış jenerik ilaç üreticilerinin de orijinal ilaç üreticilerinin potansiyel rakibi olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Sonuç olarak, güncel kararlar ışığında rekabet otoritelerinin ve ABAD'ın ilaç pazarlarına ilişkin yaklaşımlarını okumaya çalışacak, ayrıca kendi görüşlerimizi de sunacağız.

7. HAFTA 21.04.2022

Esnek Ekonomi Rekabet Hukuku Kurallarını Esnetmeli Mi? Rekabet Hukukunda Platform Çalışanlarının Statüsü ve Rekabet Politikaları İlişkisi

Av. Barış Yüksel (Balcıoğlu Selçuk Ardiyok Keki Avukatlık Ortaklığı)

Selçukhan Ünekbaş (European University Institute, Doktora Öğrencisi)

Son yıllarda işgücü piyasaları, geleneksel işçi-işveren ilişkisinden ayrılan, çalışanların görünürde bağımsızlaştığı ve özellikle COVID-19 salgınının etkisiyle dijital platformların güçlerini arttırdığı bir noktaya doğru evrilmektedir. Literatürde "esnek ekonomi" (*gig economy*) olarak anılan ve "paylaşım ekonomileri" gibi alt dalları bulunan bu yeni tip iktisadi organizasyon, rekabet hukuku ve politikası bakımından da birtakım endişeler doğurabilecek niteliktedir.

Dijital ekonominin ana aktörlerinden olan platformlardan bazıları, hizmet aldıkları gerçek kişilerle iş sözleşmeleri imzalamaktan imtina etmektedir. İşçi statüsündeki gerçek kişiler teşebbüs olarak nitelendirilmezken, (iş sözleşmesi olmaması sebebiyle) hizmet alanın emir ve talimatları ile bağlı olmayan kişilerin teşebbüs statüsü tartışmalıdır. Tartışmaların sonucu olarak, rekabet hukuku ile iş hukuku arasındaki etkileşimin yoğunluğu artmaktadır. Bu kapsamda, tebliğde ele almayı önerdiğimiz sorulardan bazıları aşağıdaki gibidir:

(i) Dijital platformlara, iş sözleşmesi olmadan hizmet sağlayan kişiler teşebbüs müdür? Örneğin *Uber* veya *Lyft* gibi platformlarla çalışan (bağımsız) şoförler veya platformlara hizmet sağlayan (bağımsız) kuryeler, rekabet hukuku kurallarının süjesi konumundaki teşebbüsler midir?

(ii) Bu kişilerin statüsünün rekabet hukuku açısından sonuçları nedir? Örneğin, çalışma koşullarını iyileştirmek amacıyla toplu iş sözleşmesine benzer bir anlaşma imzalamak isteyen çalışanların kartel kurdukları veya çalışanlarının fiyatlarını merkezi olarak belirleyen (ör: *Uber*) ve açıkça sergileyen platformların, bağımsız teşebbüslerin fiyatına müdahale ettikleri ve/veya teşebbüsler arası anlaşmayı koordine ettikleri söylenebilir mi?

(iii) Bu kişilerin işçilere tanınan haklardan faydalanamamaları eleştirilmekte, bu hakların korunabilmesi amacıyla kolektif hareket etmelerine izin verilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bu ise, rekabet hukukunda kabul edilmiş teşebbüs kavramının revize edilmesiyle ve "bağımsız karar verebilme" kıstasının, taraflar arası ekonomik güç dengesi ışığında yumuşatılmasıyla gerçekleşebilecektir. Ancak bu kişilerin kolektif hareket etmesine izin verilmesi halinde, bunların ücret ve diğer haklarında gerçekleşecek iyileşmeler, işverenlerin maliyetlerini arttıracaktır. Rekabet

hukukunun “tüketici refahını maksimize etme” nihai amacını güttüğü dikkate alındığında, nihai fiyatlarda önemli artışlara yol açabilecek sosyal kaygılar politika belirleme sürecinde nasıl bir rol oynayabilir?

(iv) Hizmet alınan kişilerle iş sözleşmesi imzalayıp imzalamamak (hizmeti içselleştirmenin maliyetleri ile piyasa mekanizmasını kullanmaktan doğan işlem maliyetleri kıyaslanarak yapılan) bir iş modeli tercihidir ve bu tercih teşebbüsler arasındaki rekabetin bir parametresidir. Rekabet hukuku uygulamasıyla bir modelin (sosyal kaygılarla) dezavantajlı kılınması bu rekabeti ortadan kaldırabilir. Rekabet hukuku, rekabeti arttıran fakat sosyal açıdan istenmeyen sonuçlar doğuracak uygulamalara nasıl yaklaşmalıdır? Etkinlik odaklı olmayan değer yargılarının rekabet politikasındaki yeri nedir?

(v) Rekabet politikalarının sosyal kaygıları tüketici refahı maksimizasyonu karşısında önceliklendirecek şekilde revize edilmesine hangi merciin karar vermesi doğru olur? Mevcut kuralların rekabet otoriteleri tarafından yorumlanma biçiminin değiştirilmesi (ör: teşebbüs kavramının taraflar arasın güç dengesi gözetilerek yeniden tanımlanması) mümkün müdür, yoksa meşruiyet için siyasi iradenin müdahalesi mi aranmalıdır?

Ülkemizde ve dünyada önemini gittikçe arttıran esnek ekonominin rekabet hukuku gibi oldukça özelleşmiş ve ayrıca yüksek cezaları içinde bulunduran bir hukuk dalı perspektifinden incelenmesinin elzem olduğuna inanıyoruz. Bu inceleme, özellikle son yıllarda ülkemizden çıkan ve “unicorn” olarak tabir edilen bazı şirketlerin de ilgi alanına gireceğinden, gerekli hukuki belirliliğin sağlanması yönünde bir farkındalık yaratılmasının ilk adımı olabileceğini düşünüyoruz.

Rekabet Hukuku İhlalinden Doğan Zararın Hesaplanması: Hukuki ve Ekonomik Bir Yaklaşım

Ar. Gör. Orcan Ok (Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un (RKHK) 58. maddesine göre rekabet hukuku ihlalinden zarar görenler uğradıkları zararların tazminini ihlalde bulunanlardan talep edebilirler. Anılan hükümlerle bir haksız fiil sorumluluğu düzenlenmiş olup zararı ispat yükü Türk Borçlar Kanunu’nun (TBK) haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümleri arasında yer alan 50. maddesi uyarınca zarar gören davacı üzerindedir. RKHK’de zararın nasıl ispatlanacağıyla ilgili muhtelif hükümler yer almakla beraber en nihayetinde zararın ispatı rekabet hukuku ihlallerinde bilhassa zordur, zira davacı rekabet ihlali sonucu malvarlığının içinde bulunduğu durum ile söz konusu ihlal olmasaydı içinde bulunacağı alternatif bir dünyadaki durumun ne kadar farklı olduğunu ortaya koymak durumunda kalacaktır. Elbette bu alternatif dünyadaki durumun kesin olarak ispatı mümkün değildir ve TBK m. 50’ye göre uğranılan zararın miktarı tam olarak tespit edilemediği takdirde hâkim zararı hakkaniyete uygun olarak belirleyecektir.

Haksız fiil hukukunun ekonomik amaçlarına hizmet edebilmesi için zararın gerçeğe mümkün olduğunca yakın olarak tespit edilmesi önemlidir. Dolayısıyla bu doğrultuda hâkimin takdir yetkisini kullanırken faydalanacağı yöntemler belirleyici olacaktır. Çeşitli ekonomik modeller ve ekonometrik tekniklerden faydalanarak yapılan analizler ile zararın tahmin edilmesi mümkündür. Her ne kadar bu analizler en nihayetinde bilirkişi olarak bilgisine başvuru ekonomistler tarafından yapılacaksa da süreçte yer alan hukukçuların da kullanılan yöntemlerin işleyişi hakkında bilgi sahibi olması oldukça önemlidir. Bunun en önemli sebebi farklı yöntemler kullanarak farklı sonuçlara varılabilmesi ve hangi yöntemin daha uygun olduğunun somut olaya göre değişebilmesidir. Dolayısıyla hukuken hangi yöntemin ispat ölçütünü sağlayacağına bir hukukçu gözüyle karar verilmesi gerekmektedir.

Bu çalışmada genel olarak borçlar hukuku özel olarak ise rekabet hukukunda zararın ispatı ve hesaplanması ile ilgili önem arz eden meseleler (özellikle pratikte uygulanacak yöntemleri etkileyebileceğinden RKKH m. 58/2'deki menfaat devri yaptırımı ile ilgili tartışılabilir olabilecek hususlar) üzerinde durulduktan sonra zararın hesaplanmasına ilişkin farklı ekonomik yöntemlerin detaylarına girilecektir. Farklı sınıflandırmalar yapılmakla birlikte, bu yöntemleri iki grup altında toplamak mümkündür. Bir grup yöntem gerçekte var olan (ihlalin gerçekleştiği veya diğer) pazarlardaki verileri kullanarak yapılacak ampirik karşılaştırmalar ile ihlalin gerçekleştiği pazarın ihlal olmasaydı içinde bulunacağı durumu saptamaya çalışmaktadır. Bu gruptaki yöntemler ekonomik modellerden ziyade ekonometrik analizlere dayanmaktadır. Bir diğer grup yöntem ise ekonomik modeller kullanarak ve ilgili pazardan elde edilen verilerle bu modelleri kalibre ederek rekabet ihlalinin olmadığı senaryoyu simüle etmeye çalışmaktadır. Her iki grup altında çeşitli yöntemler yer almakla birlikte bu yöntemler ihtiyaç duydukları verinin kapsamı, dayandıkları varsayımlar, tahminlerin gerçeğe yakınlığı ve uygulamada karşılaşılan zorluklar bakımından farklılıklar taşımaktadır. Ayrıca kartel ve hâkim durumun kötüye kullanılmasından doğan zararların hesabında temel olarak benzer yöntemler kullanılmakla birlikte zararın niteliği farklılık arz edebileceğinden bu yöntemlerin uygulanmasında çeşitli ayrımlar söz konusu olacaktır. Bu çalışmanın nihai amacı farklı ülkelerdeki gerçek davalardan örnekleri de kullanarak aslında ilk bakışta ekonomistlerin işi gibi görülebilecek bu yöntemlerin detaylarına bir hukukçunun perspektifinden yaklaşmak ve bu doğrultuda çeşitli sonuçlar çıkarmak olacaktır.

8. HAFTA 28.04.2022

Bugün Aslında Düdü: Dijital Piyasaların Regülasyonunun ve Geleneksel Ağ Piyasalarında Rekabetçi Yapıya Müdahalelerin Karşılaştırılması

Dr. Muzaffer Eroğlu (Boğaziçi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Son yıllarda rekabet hukukunun en çok tartışılan konularından birisi çevrimiçi platformların yarattığı rekabet sorunlarının giderilmesidir. Bu bakımdan hem rekabet hukuku kapsamında hem de düzenleyici bir müdahale ile getirilebilecek çözümler ele alınmaktadır. Rekabet otoriteleri ellerindeki araçları kullanarak, geçici tedbirler almaya ve gerek idari para cezaları gerek diğer davranışsal ve yapısal tedbirler ile yaptırımlar uygulamaya başlamışlardır. Diğer taraftan, sorunların daha geniş çerçevede ve kalıcı çözümler için düzenleme çalışmaları da son sürat devam etmektedir.

Çevrimiçi platformların çok hızlı bir şekilde hayatımıza girmiş olmaları ve mal ve hizmetlerin sunumunda kazandıkları önem dolayısıyla bir ağ olarak kabul edilmeleri hala tam olarak netleşmemiştir. Kanaatimce bunun nedeni platform ekonomisinin henüz çok dinamik bir yapıya sahip olması ve genel işleyişinin açıklamalarının açık ve net olarak yapılamamasıdır. Öyle ki dijital piyasalarda çevrimiçi platformlar bakımından karşılaşılan sorunlar aslında gerek rekabet otoritelerinin kararlarında gerek düzenleyici müdahale için ortaya konulan önerilerde enerji ve elektronik haberleşme gibi geleneksel ağ piyasalarındaki rekabetçi sorunlara benzemektedir.

Bu sunumda çevrimiçi platformların yarattığı rekabet sorunları ile geleneksel ağ piyasalarındaki sorunları rekabet otoritelerinin kararları ve ağ piyasalarının düzenlenmesi temelinde tartışacak ve benzerlik ile farklılıklarını ortaya koyacağım. Bundan sonra ağ piyasalarındaki rekabet sorunlarının giderilmesi için getirilen önerilerden faydalanarak çevrimiçi platformların regülasyonuna ilişkin önerilerimi sunacağım.

DMA ve DMU: Dijital Pazarlar İçin İki Ayrı Sektör Odaklı Düzenleme Taslağı: Benzerlikleri, Farkları ve Pazar Rekabetine Etkileri

Dr. Erman Ekingen

2021 yılı, dijital pazarları ve bu pazarlarda rol alan güçlü aktörlerin sorumluluklarını düzenlemeyi amaç edinen yasa taslakları ve dijital pazarlar için ortaya atılan sistem değerlendirmelerinin etkisiyle birlikte, önümüzdeki süreçte dijital ekonomi pazar dinamiklerinin ne denli değişeceğinin ve bu dinamikler üzerinde birçok yeni tartışmanın yapılacağı habercisi olan bir yıl olmuştur. Bu raddeye gelinceye kadar geçen süreçte, hem Avrupa Komisyonu hem bazı ulusal rekabet otoriteleri hem de birçok akademik çalışma var olan rekabete aykırı durumlara ilişkin yaptırımların dijital ekonominin gereklerini tam olarak karşılayamadığını belirtmiş ve bu nedenle dijital pazarlar ve özellikle çevrimiçi çok taraflı platformlar için sektör odaklı düzenlemelerin gerekliliğini vurgulamıştır. Bu genel yargının sonucu olarak da hem Avrupa Komisyonu bünyesinde hem de rekabet hukuku gelişimine öncülük eden ülkelerden biri olan Birleşik Krallık'ın rekabet otoritesi olan Competition and Markets Authority (CMA) bünyesinde çalışmalar yürütülmüştür. 8 Aralık 2020 tarihinde CMA, İngiliz Hükümetine çevrimiçi çok taraflı platformlar ve işleyişlerine dair sektör odaklı bir yasal düzenlemenin gerekliliğine ilişkin bir tavsiyede bulunmuş, ve sonrasında Nisan 2021'de İngiliz Hükümeti bu tavsiyeye uygun olarak CMA içerisinde Dijital Pazarlar Birimini (DMU) kurmuştur. Yine 2020'nin Aralık ayında, Avrupa Komisyonu ise bu bahsi geçen sektör odaklı düzenlemeyi bir yasa taslağı olarak paylaşmış ve görüşleri almaya başlamıştır. 15 Aralık 2020 tarihinde yayınlanan Dijital Pazarlar Yasası (DMA) taslağı AB bünyesindeki dijital pazarlarda adaleti ve rekabeti artırmayı temel amaç edinmiş bir yasal düzenleme olarak tanıtılmıştır.

Bu bildiriye, DMA ve DMU kapsamında oluşturulmak istenen rejimler ayrıntılarıyla açıklanacak ve iki düzenleme arasındaki benzerlikler ve farklılıklar tespit edilerek ortaya koydukları seçimlerin nedenlerinin neler olduğu belirtilecektir. Sonrasında, ayrıntıları açıklanmış olan bu taslaklar aracılığıyla, dijital pazarlar için ortaya atılan yeni düzenleyici rejimlerin etkilerinin neler olabileceği ve oluşturulan bu rejimlerin ne gibi sorunlar ortaya çıkarabileceği üzerinde genel açıklamalar yapılmaya çalışılacaktır.

9. HAFTA 05.05.2022

Rekabet Hukukunda Taahhüdü İhlal

Dr. Ahmet Fatih Özkan (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Taahhüt, haklarında yürütülmekte olan bir inceleme kapsamında teşebbüslerin, rekabet otoritelerinin tespit ettikleri muhtemel rekabet sorunlarını gidermek üzere faaliyetlerinde bazı davranışsal veya yapısal değişikliklere gitmeye üstlendikleri, bunun karşılığında rekabet otoritelerinin de herhangi bir ihlal kararına hükmetmeksizin yürütmekte oldukları incelemeyi cezasız sonlandırdığı bir müessesedir. Mevzuat AB rekabet hukukunda 1/2003 sayılı Tüzük'te düzenlenen taahhüt mekanizması, 7246 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler kapsamında Türk rekabet hukukuna dâhil edilmiştir.

4054 sayılı Kanun uyarınca "yürütülmekte olan bir önaraştırma ya da soruşturma sürecinde 4 üncü veya 6 ncı madde kapsamında ortaya çıkan rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik olarak ilgili teşebbüs ya da teşebbüs birliklerince taahhüt sunulabilir. Kurul söz konusu taahhütler yoluyla rekabet sorunlarının giderilebileceğine kanaat getirirse bu taahhütleri ilgili teşebbüs ya da teşebbüs birlikleri açısından bağlayıcı hale getirerek soruşturma açılmamasına veya açılmış bulunan soruşturmaya son verilmesine karar verebilir" (m.43/3).

Taahhüt mekanizması teşebbüslerce bir ihlalin varlığının kabul edilmesini gerektirmediği için rekabet otoritelerine verilen taahhütler karşısında teşebbüsler, idari para cezalarıyla karşılaşmadıkları gibi

özel hukuk mahkemelerinde açılacak tazminat davalarıyla da muhatap olmamaktadır. Teşebbüslerin birtakım taahhütler vermek suretiyle haklarında yürütülen rekabet incelemelerini cezasız sonlandırma imkânı karşısında, taahhütlerin yerine getirilip getirilmediğinin çeşitli yöntemlerle izlenmesi ve taahhüde aykırılık halinde bunun bir yaptırıma bağlanması, bu yaptırımın caydırıcı olması önem arz etmektedir.

Mehaz AB rekabet hukukunda Komisyon'a verdiği taahhütleri ihlal eden teşebbüslere, bir önceki mali yıldaki cirolarının yüzde 10'u oranında idari para cezası verilebilmektedir (1/2003 sayılı Tüzük m.23/2-(c)). 4054 sayılı Kanun'da ise taahhütlerini yerine getirmeyen teşebbüslere karşı Rekabet Kurulu'nun soruşturma açabileceği ifade edilmiş (m.43/4), ancak taahhüdün ihlali karşılığında uygulanacak herhangi bir yaptırım düzenlenmemiştir. 2021/2 sayılı Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasına Yönelik Önerilerde ve Soruşturmalarda Sunulacak Taahhütlere İlişkin Tebliğ'de (Taahhüt Tebliği) taahhüt kararında bulunabilecek unsurlar arasında *"taahhüde uyulmaması durumunda uygulanacak yaptırımlar"* sayılmıştır (m.14/2-(h)). Bu yaptırımların neler olabileceğine dair ne 4054 sayılı Kanun'da, ne de Taahhüt Tebliği'nde bir bilgi bulunmaktadır.

Bu durum karşısında taahhütlerini ihlal eden teşebbüslere uygulanacak yaptırımın somut olayın koşullarına göre, dosya konusu taahhüt özelinde mi belirleneceği sorusu akla gelebilir. Ancak cezaların kanuniliği ilkesi gereği kanunda düzenlenmeyen bir yaptırıma taahhüt kararında hükmedilemeyeceği gibi, 1/2003 sayılı Tüzük'teki gibi taahhüdün ihlali için ayrı ve özel bir ceza düzenlenmedikçe, taahhüt kararının bir ihlal tespiti içermemesi sonucu teşebbüslere bir yaptırımın uygulanıp uygulanamayacağı da tartışılabilir. Kaldı ki Taahhüt Tebliği'nin 14/2. maddesinde sayılan unsurların tümünün kararda yer alması da zorunlu olmayıp, maddede sayılan unsurlar *"uygun olduğu ölçüde"* taahhüt kararında gösterilecektir. Yani taahhüt kararında ille de taahhüdün ihlali halinde uygulanacak bir yaptırımın yer alması zorunluluk arz etmemektedir. Nitekim Kurul'un verdiği ilk taahhüt kararı niteliğindeki 21.10.2021 tarih ve 21-51/712-354 sayılı Şişecam kararında da bu bağlamda herhangi bir yaptırıma yer verilmemesi dikkat çekicidir.

Esasen 7246 sayılı Kanun öncesinde de 4054 sayılı Kanun'da *"taahhüt"* ibaresinin geçtiği hükümler bulunmaktaydı. Örneğin 16/5. maddede idari para cezasının belirlenmesi noktasında teşebbüslerin *"taahhütlere uyup uymaması"*nın Kurul tarafından dikkate alınabileceği belirtilmiştir. Yine 17/1-(a). maddede *"verilen taahhütlere uyulmaması"* durumunda, ihlalin devam ettiği her gün için teşebbüslere cirolarının on binde beşi oranında idari para cezası verileceği hükme bağlanmıştır. Her ne kadar adı geçen hükümler, teşebbüslere uygulanacak yaptırımlar bağlamında açıkça taahhütlere aykırılığı zikretmişse de bu hükümler kapsamındaki *"taahhütlerin"*, taahhüt mekanizması bağlamındaki *"taahhütleri"* karşılayıp karşılamadığı, kanundaki mevcut bu hükümlerin kanuna sonradan eklenen bir müessese için uygulanıp uygulanamayacağı tartışmaya açıktır. Özellikle 4054 sayılı Kanun'da taahhütlere aykırılık halinde uygulanacak açık bir yaptırımın bulunmaması karşısında, bu boşluğu doldurmak üzere şayet mevcut hükümlerden istifade edilme yoluna gidilmesi durumunda meselenin önemi daha da artacaktır.

Bu tebliğde 7246 sayılı Kanun ile Türk rekabet hukukuna dâhil edilen taahhüt mekanizması kapsamında Kurul'a taahhüt sunan teşebbüslerin taahhütlerini ihlal etmeleri halinde karşılaşılabilecek sonuçlar ele alınmaktadır.

Güncel Rekabet Kurulu Kararları Çerçevesinde Rekabete Duyarlı Bilgi Değişiminde Değişen Yaklaşımlar

Av. Haluk Arı (Arı Avukatlık Bürosu)

Av. Benan Arı (Arı Avukatlık Bürosu)

Rekabet Kurulu'nun Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz'unda belirtildiği üzere teşebbüsler arasında bilgi değişimi; rekabete duyarlı bilgiler rakipler arasında doğrudan veya meslek kuruluşları gibi teşebbüs birlikleri, pazar araştırma kuruluşları ve benzeri üçüncü taraflar veya teşebbüslerin tedarikçi ya da dağıtım ağı yoluyla dolaylı olarak paylaşılabilir. Dolayısıyla bilgi değişimi rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların bir parçası ya da doğrudan kendisi olabildiği gibi teşebbüs birlikleri bünyesinde yürütülen faaliyetlerin bir parçası ve hatta birleşme-devralma işlemlerinin bir sonucu dahi olabilmektedir. Bunların her birine dair Rekabet Kurulu'nun pek çok emsal kararı bulunmaktadır.

Son birkaç yıla bakıldığında ise rekabet ihlalleri, muafiyet-menfi tespit ve birleşme-devralma kararlarında, bilgi değişimine dair Kurul'un önceki kararlarından önemli ölçüde farklılık içeren örnekler rastlanmaktadır. 2021 yılında üç teşebbüs birliği tarafından yapılan bilgi değişimlerine ilişkin kararlara muafiyet verilmemesi, *Beyaz Et I ve II* kararlarında pazardan bilgi edinmeye dair farklı yaklaşımlar benimsenmesi, *Perakende* kararında bilgi değişiminin kartel olarak nitelendirilmesi bu durumun somut örnekleridir. Ayrıca birleşme-devralma dosyalarında da rekabete duyarlı bilgilerin daha sık gündeme geldiği, *De Minimis* ve *Taahhüt Tebliği*'nde ise "gelecekte uygulanması planlanan fiyat, üretim ya da satış miktarı gibi rekabete duyarlı bilgilerin paylaşılması"nın kapsam dışında bırakıldığı dikkat çekmektedir.

Rekabete duyarlı bilgi değişiminin rekabet hukuku açısından en önemli gündem maddelerinden biri olduğu açık olmakla birlikte, teşebbüsler açısından da rasyonel kararlar vermenin en önemli araçlarından birinin pazara dair sağlıklı bilgilere sahip olmak olduğu tartışmasızdır. Bu sunumda; böylesine hassas bir terazi ekseninde, rekabete duyarlı bilgi değişimi konusunda son dönemde gözlenen değişen yaklaşım ele alınacaktır.

10. HAFTA 12.05.2022

Finansal Denetim ve Danışmanlık Sektöründe Rekabet Sorunları: Big Four (PWC, Deloitte, KPMG, Ernst&Young) Egemenliğinin Sonu Mu?

Dr. Çiçek Ersoy (İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi)

Son yıllarda global şirketler ciddi yolsuzluk ve dolandırıcılık skandallarıyla gündeme gelmeye başladılar. 2020 yılında Almanya'da ortaya çıkarılan ve ülkede bugüne kadar gerçekleşmiş en büyük yolsuzluk olan Wirecard skandalında şirkette 1,9 milyar avroluk bir açık tespit edilmiş ve şirket kısa süre sonra iflas etmiştir. Bu skandalda finansal denetim şirketi olan Ernst&Young'ın kusuru ve hatta katkısı bulunduğu da iddia edilmiştir. Bundan çok daha öncesinde 2001 yılında Amerika'da ortaya çıkan Enron skandalında ise, yine bir finansal denetim şirketi olan Arthur Andersen'in kusuru nedeniyle aslında zarar eden Enron uzun süre kar etmiş gibi gösterilmiş ve olay Amerikan tarihindeki en büyük muhasebe skandalı olarak yerini almıştır. Denetim şirketi Arthur Andersen'in da sektörden tamamen çıkmasına neden olan bu olay, finansal denetim sektöründeki sorunların su yüzüne çıkmaya başladığı ilk vaka olarak da nitelendirilebilir.

Bu skandalların ardından birçok ülkede finansal denetim ve danışmanlık piyasasındaki ciddi sorunlara dikkat çekilmiş ve İngiliz hükümeti öncü rol oynayarak bu sektörde bir reform yapılması yönünde adımlar atmaya başlamıştır. İngiliz Rekabet Otoritesi (Competition and Markets Authority) ve bağımsız

gözlemciler Sir Donald Brydon ve Sir John Kingsman tarafından 2018 ve 2019 yıllarında hazırlanan üç farklı raporun ortak özelliği sektördeki rekabet sorunlarına ve bunların doğurduğu düşük hizmet standardına dikkat çekmeleridir. Bu raporların hemen ardından İngiltere İş, Enerji ve Sanayi stratejisi bakanı Kwasi Kwarteng, sektörde radikal değişiklikler getirmesi beklenen süreci başlatmıştır. Mart 2021’de İngiliz hükümeti yayınladığı öneride sektördeki düşük kalite standartları sonucu yaşanan denetim skandallarına ve yolsuzluklara dikkat çekerek ciddi revizyonlar yapılmasını ve sektörün rekabetçi hale getirilmesini istemiştir. Kamuoyunun görüşlerine açılan bu önerilere 8 Temmuz 2021 tarihine kadar tüm paydaşlardan gelen cevaplar toplanmış ve bunların tümü yeni bir rapor olarak parlamentoya sunulmuştur. Burada özellikle altı çizilen nokta, rapordaki tespit edilen sorunların sadece İngiltere pazarı ile sınırlı olmadığı, dünyanın çeşitli ülkelerinde finansal denetim ve danışmanlık faaliyetleri pazarlarında benzer sorunlar yaşandığı olmuştur. Söz konusu reform çalışmasının odağında sadece rekabet hukuku olmamakla beraber, rekabet hukukunu yakından da ilgilendiren sebep ve sonuçlardan bahsedilmektedir. Bunlar özellikle pazara giriş engelleri ve pazarın oligopolistik yapısı ile kolaylaşan rakipler arası işbirliği olasılığıdır.

Önerinin amacı pazarda big four (PWC, Deloitte, KPMG, Ernst&Young) olarak anılan dördünün hakimiyetinin ve etkinliğinin azaltılması ve pazardaki denetim hizmet kalitesinin de artırılarak pazarın daha rekabetçi hale getirilmesidir. Rekabet hukuku yanında sektörle ilgili diğer regülasyon otoritelerini de ilgilendiren önerilere göre Denetim Raporlama ve Yönetişim Otoritesi (Audit, Reporting, Governance Authority - ARGÄ)nin kurularak mevcut Finansal Raporlama Konseyinin görevini devralması ve böylece daha etkin bir denetim sağlanması öngörülmektedir. ARGÄnin en önemli yetkilerinden biri denetim ve denetim dışı danışmanlık faaliyetlerini çok daha kesin çizgilerle ayırmak ve olası rekabetçi sorunların önüne geçmek olacaktır.

İngiltere’deki bu gelişmeler farklı ülkelerde de karşılık bulmaya başlamıştır. Hindistan’da finansal denetim piyasasındaki aksaklıklar, ortaya çıkan çok sayıda denetim skandallarının da etkisiyle Hindistan hükümetinin dikkatini çekmiştir. Hükümet, 2020 yılında birlikte hâkim durumlarını kötüye kullandıkları ve aynı sektördeki diğer rakip şirketlerin faaliyetlerini zorlaştırdıkları veya pazara girişini engelledikleri iddiasıyla Hindistan Rekabet Otoritesinin inceleme başlatmasını talep etmiştir.

İtalya’da ise 2017 yılında İtalya Rekabet Otoritesi dört büyük finansal denetim şirketine büyük danışmanlık projelerinde danışıklı davranışları ve ihalelerde beraber hareket etmeleri nedeniyle toplam 23 milyon avro idari para cezası uygulamıştır.

Özetle, finansal denetim ve danışmanlık sektöründe dünyanın farklı ülkelerinde yaşanan ciddi aksaklıklar olduğu aşıkardır. Özellikle ‘big four’un yerleşik pazar gücü, pazarın oligopolistik yapısı ve pazara giriş engelleri sektörde etkin rekabetin inşa edilmesinin önünde engel teşkil etmektedir. Finansal denetim pazarlarında daha sağlıklı bir rekabet ortamının sağlanması ve hizmet kalitesinin artırılmasını kolaylaştıracak mekanizmalarından biri şüphesiz ki rekabet hukukudur. Rekabet hukuku bu amaca elverişli ve gerekli bir mekanizma olmakla beraber tek başına yeterli bir araç değildir. Farklı regülasyon otoritelerinin de dahil edilmesi sorunun çözümüne ulaşılmasını da kolaylaştıracaktır. Tebliğ kapsamında finansal denetim ve danışmanlık piyasalarının yapısı ve işleyiş parametreleri anlatıldıktan sonra skandallarla somutlaşmış olan rekabetçi sorunlar ortaya konulacaktır. Tebliğde finansal denetim piyasalarında rekabet hukukunun nasıl bir çözüm üretmesi gerektiği, hangi noktalarda müdahale gerekliliği olabileceği ve Türkiye açısından da olası sonuçlar tartışılacaktır.

Finansal denetim ve danışmanlık sektöründe rekabet hukuku uygulamaları, dünyada çok yeni gündeme gelmiş olması ve Türkiye’de de bugüne kadar hiç ele alınmamış bir konu olması nedeniyle özgün

niteliğini korumaktadır. Bu da konunun uygulamalı rekabet hukuku seminerleri ile ulaşılmak istenen akademik hedefe uygunluğunu ortaya koymaktadır.

Bildirim Eşiklerini Aşmayan Yoğunlaşmalara Mevcut Rekabet Hukuku Araçlarının Uygulanabilirliği

Doç. Dr. Kadir Baş (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (RKHK) 7'inci maddesinin ilk fıkrasında, etkin rekabeti önemli ölçüde azaltan birleşme ve devralmalar (yoğunlaşmalar) yasaklanmış, ikinci fıkrasında ise hukukî geçerlilik kazanabilmesi için Rekabet Kuruluna (Kurul) bildirilmesi gereken yoğunlaşmaların Kurulun çıkaracağı tebliğle belirleneceği öngörülmüştür. Bu doğrultuda Kurul tarafından çıkarılan 2010/4 sayılı Tebliğ'de öngörülen ciro bazlı eşikleri aşan yoğunlaşma işlemleri Kurula bildirilmekte ve RKHK m. 7'ye aykırılık taşımayan işlemlere izin verilmektedir. RKHK m. 7 ve 2010/4 sayılı Tebliğ çerçevesinde oluşturulan söz konusu hukuki düzen, bildirim eşiklerinin altında kalan yoğunlaşmaların genel olarak RKHK'ya uygun sayılacağı yönünde bir algı yaratmaktadır. Ancak bu algının doğruluğu, iki açıdan sorgulanabilir.

Öncelikle RKHK m. 7/2'nin lafzından yola çıkarak söz konusu hükümde Kurula sadece izin için bildirilmesi gereken yoğunlaşma işlemlerini belirleme yetkisi verildiği, dolayısıyla bildirim eşiklerini aşmayan yoğunlaşma işlemlerinin RKHK m. 7/1'e tabi olmaya devam ettiği yorumunda bulunulabilir. Bu yorum çerçevesinde bildirim eşiklerini aşmamasına rağmen etkin rekabeti önemli ölçüde azaltan işlemlerin, *ex post* bir denetim sonucunda RKHK m. 7/1 uyarınca yasaklanabileceği iddia edilebilir.

İkinci olarak bildirim eşiklerini aşmayan yoğunlaşma işlemlerine RKHK m. 4 ve m. 6'nın uygulanabilirliği tartışılabilir. 139/2004 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün 21'inci maddesinde, yoğunlaşma işlemlerine AB düzeyinde sadece söz konusu Tüzük hükümlerinin uygulanacağı açıkça ifade edilmiştir. Buna karşılık RKHK'da yoğunlaşmaları m. 4 veya 6'nın kapsamı dışına çıkaran benzeri bir hükme yer verilmemiştir. 2010/4 sayılı Tebliğ m. 13/3'te yoğunlaşma olarak kabul edilen tam işlevsel ortak girişimlerin ayrıca RKHK m. 4 ve 5 çerçevesinde değerlendirileceğinin öngörülmesi, yoğunlaşma denetiminin RKHK m. 7 ile sınırlı olmadığı görüşünü destekler nitelikte kabul edilebilir. Bunun yanında hâkim durumdaki teşebbüslere yüklenen özel sorumluluk çerçevesinde bu teşebbüslerin bildirim eşiklerini aşmayan devralmalar gerçekleştirerek hâkim durumlarını güçlendirmesinin RKHK m. 6'yı ihlal edebileceği ileri sürülebilir.

Bu tebliğ de bildirim eşiklerini aşmayan yoğunlaşma işlemlerine RKHK m. 7 ile m. 4 ve m. 6 hükümlerinin uygulanabilirliğini, mevcut düzenlemeler ve olması gereken hukuk çerçevesinde değerlendirmeyi amaçlamaktadır. Bu değerlendirmeyle dolaylı olarak ilgili olması sebebiyle tebliğde, RKHK m. 4'ün tam işlevsel ortak girişimlere uygulanmasının yerindeliği ayrıca ele alınacaktır.

11. HAFTA 26.05.2022

Dijital Ekosistemler Arası ve Ekosistem İçi Rekabet: Pazar Gücünün Belirlenmesinde "Moligopoli" Konsepti ve Platform Hukuku Çözümlerinin Etkisi

Alptekin Köksal (University of Exeter, Doktora Öğrencisi)

Dinamik, yenilikçi özellikleri ve teknolojiye olan bağımlılıkları nedeniyle, dijital piyasalar kendi içlerinde hızla gelişmektedir. Bu piyasalarda, rekabetin biçiminin de önemli ölçüde değiştiği gözlenmektedir. Çoğu ticari işletme için, inovasyon rekabeti bugün bir zorunluluktur. Bu nedenle, teşebbüsler arasındaki rekabetin sınırlarını tespit etmekte kullanılan statik pazar tanımı için tasarlanmış geleneksel araçlar, veriye dayalı dijital piyasalar için etkisini önemli ölçüde

kaybetmektedir. Diğer bir deyişle, AB ve Türk Hukukunda benimsendiği şekliyle belirli bir ürünün pazarının tespitinde mevcut ikamelerinin tespit edilip, tespit edilen pazarı etkileyebilecek diğer unsurların göz önüne alınıp, ürünlerin coğrafi kapsamının da dikkate alınarak bir ürün pazarı tanımlamak, veriye dayalı dijital piyasalar açısından mantıklı görünmemektedir. Bunun arkasındaki ana nedenlerden biri, çevrimiçi ekosistemlerin (dijital ekosistemlerin) ortaya çıkmasıdır.

Ekosistem kavramı iş hayatında nispeten yeni bir kavramdır. İş ekosistemleri, sadece iyi uyarlanmış stratejiler izleyen ve yenilikçi karakterini koruyan işletmelerin hayatta kalabileceği, sürekli bir değişim süreci içerisinde olan biyolojik ekosistemlere benzer bir süreç izler. Dijital piyasaların çok yönlü karakteri beraberinde verinin etkin kullanımı sayesinde oluşan ağ dışsallıklarının yanı sıra, ekosistem yapısı, dijital ekonominin en önemli bileşenlerinden biridir. Ekosistem yapısını iyi anlamak ve sağlıklı bir rekabetin olup olmadığına dair bir değerlendirmeyi yapabilmek adına *moligopoli* konseptinin, Google ve Apple in sahip olduğu mobil ekosistemler üzerinden tekrar incelenmesi gereklidir. Google ve Apple in yaratmış olduğu veriye dayalı mobil ekosistemlerdeki durum, çevrimiçi ekosistemler arası ve ekosistem içi rekabettir. İmalat veya perakende gibi geleneksel pazarlardan farklı olarak, teknoloji devleri kendi oluşturdukları ekosistemler sebebiyle tekel benzeri güçlere sahiptirler. Ayrıca daha geniş olarak bağlantılı pazarlarda birlikte oligopoller oluşturmaktadırlar. Bu durum salt ürün rekabeti ve coğrafi rekabetin önüne geçmekte ve *moligopolileri* oluşturmaktadır.

Ekosistemler içerisindeki bağımlılık stratejileri, bu tip veri odaklı pazarlara giriş engellerinin yaratılmasına neden olur. Bugün, Apple iOS ve Google Android, akıllı telefonlar aracılığıyla en yaygın mobil işletim sistemleridir ve *moligopol* konumdadırlar. Günümüzde çoğu uygulama geliştiricisi, Apple ve Google'ın işletim sistemleri için uygulamalar oluşturmakta ve rakipler pazardan silinmektedir. Bunun yanı sıra, Apple ve Google mobil ekosistemler sayesinde oluşturdukları pazar güçlerini rekabete aykırı kullanmaktadırlar. Bu çalışma, hem bu ilgili pazarlardaki çeşitli endişeleri ve potansiyel sorunları görmemize olanak sağlamakta, hem de mobil ekosistemlerin işleyişine ışık tutmaktadır. Bu çerçevede pazar tanımı ve hâkim durumun tespiti için tasarlanmış geleneksel araçlardan uzaklaşarak hem mobil ekosistemler hem de veriye dayalı diğer dijital piyasalar açısından AB'de sunulan platform hukuku çözümlerinin potansiyel etkileri incelenmektedir.

Platformlara Müdahalenin Yeni Yöntemi: Platform ve Ödeme Hizmetinin Ayırıştırılması

Av. Dr. Cihan Doğan (CD Hukuk Bürosu)

Ekonominin gelişimi için dijital piyasalar, dijital piyasalar için de platform iş modeli kilit önemi haizdir. Nitekim bir tüketicinin günlük yaşamında dijital ortamda gerçekleştirdiği ekonomik etkileşimlerin çok büyük bir kısmı platformlar üzerinden gerçekleştirilmektedir. Dijital Piyasalar Yasa Tasarısı'nın yaptığı ayrımla; çevrimiçi aracılık hizmetleri, çevrimiçi arama motorları, çevrimiçi sosyal ağ hizmetleri, video paylaşım hizmetleri, numarasız iletişim hizmetleri, işletim sistemleri gibi iş modellerinin tamamı platform iş modeli üzerine kurgulanmıştır. Çevrimiçi aracılık hizmetleri de kendi içerisinde, *Amazon*, *HepsiBurada* ve *Trendyol* gibi çevrimiçi pazaryeri platformları; *Apple App Store*, *Google Play Store* gibi uygulama dağıtım platformları; *YemekSepeti*, *GetirYemek* gibi çevrimiçi yemek sipariş platformları ve *Booking*, *Hotels* gibi çevrimiçi konaklama rezervasyon platformları şeklinde ayırıştırılabilmektedir.

Platform iş modeline müdahale ile bu müdahalenin hukuki zemini uzun zamandır tartışılmaktadır. Fakat özellikle 2021 yılının ikinci yarısından itibaren, müdahalede, platform ile ödeme hizmetinin ayırıştırılması yoluna gidildiği görülmektedir. Güney Kore, telekomünikasyon yasasında yaptığı değişiklikle, *Apple App Store* ve *Google Play Store* gibi uygulama dağıtım platformlarının kendi uygulama içi ödeme hizmetlerinin kullanılmasını zorunlu tutmasını yasaklamıştır. Benzer şekilde

ABD'de *Open Apps Markets Act* yasa tasarısıyla, uygulama dağıtım platformlarına getirilen yasaklardan biri de belirli eşikleri aşan uygulama dağıtım platformlarının kendi ödeme hizmetlerini kullandırmaya zorlamasıdır. Benzer hüküm Komisyon'un DMA tasarısında da bulunmaktadır.

Bu konuda düzenleyici müdahaleler dışında rekabet hukuku müdahaleleri de görülmeye başlanmıştır. Japon Rekabet Otoritesi, Apple'a karşı yürüttüğü soruşturmayı, Apple tarafından Apple Pay dışında alternatif ödeme hizmeti araçlarını da kabul edeceği yönünde verilen taahhülle kapanmıştır. Benzer şekilde Hollanda Rekabet Otoritesi, *Apple'a App Store'da* uygulama içi satın almalarda alternatif ödeme araçları kullanma zorunluluğu getirilmiştir. Birleşik Krallık rekabet otoritesi CMA nezdinde ise konuya ilişkin soruşturma devam etmektedir.

Tebliğ önerimiz kapsamında, farklı yargı yerlerinde platformun yarattığı platform listeme değer ile ödeme sistemi değerinin ayrıştırılmasına yönelik müdahaleler tartışma konusu haline getirilecektir. Bu kapsamda, doğrudan düzenlemenin gerekli olup olmadığı ve rekabet hukuku müdahalesinin yeterliliği ve etkinliği tartışılacaktır. Mevcut durumda uygulama dağıtım platformlarında görülen bu müdahale dalgasının, başta çevrimiçi pazaryeri sipariş platformları olmak üzere diğer platformları da etkileyip etkilemeyeceğine yönelik öngörülerimiz tartışmaya açılacaktır.

12. HAFTA 02.06.2022

Taslak VBER'in (Vertical Block Exemption Regulation – Dikey Grup Muafiyeti Düzenlemesi) AB Rekabet Hukuku'nda Getirdikleri ve Türk Rekabet Hukuku Üzerindeki Olası Etkileri

Av. Orhan Ünal (Aslan Hukuk Bürosu)

2018 yılının Ekim ayında başlatılan tarama sürecinin ardından, Taslak VBER, AB Komisyonu tarafından kamuoyu ile paylaşılmıştır. Taslak Kılavuz ile yapılan değişiklikler kapsamında:

- İkili dağıtımı ilgilendiren dört alanın, eşleme yükümlülüklerinin, aktif satış kısıtlamalarının ve çevrimiçi satışları kısıtlayan bir takım dolaylı önlemlerin değerlendirilmesi,
- E-ticaret ve çevrimiçi platformların gelişimiyle şekillenen yeni iş ortamında paydaşlara güncel bilgilerin sunulması ve AB genelinde dikey kuralların daha uyumlu bir şekilde uygulanmasının garanti altına alınması, özellikle çevrimiçi satışlar ve çevrimiçi reklamcılık kanallarındaki kısıtlamalar bağlamında platform ekonomisine ilişkin kuralların derç edilmesi,
- Bilhassa KOBİ'ler olmak üzere, birtakım kuralların sadeleştirilmesi ve açıklığa kavuşturulması yoluyla teşebbüslerin uyum maliyetlerinin azaltılması hedeflenmiştir.

Üretim ve dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren teşebbüsler arasında akdedilen, başta bayilik, distribütörlük ve yetkili satıcılık olmak üzere, tüm –dikey- anlaşmaları ilgilendiren bu değişikliklerin yakından takip edilmesi, Türk Rekabet Hukuku mevzuatında yapılabilecek olası değişiklikler ve dahası Rekabet Kurulu kararlarının girebileceği güzergahları önceden tahmin edebilmek; dolayısıyla riskli uygulamalardan kaçınmak ve mevzuata uyum kapsamında yerine getirilmesi gereken yükümlülükler ile ilgili ön hazırlık yapabilmek açısından önem arz edebilecektir.

Sunumda; Çevrim içi pazar yerleri dahil olmak üzere, dağıtım sistemi içerisinde faaliyet gösteren tüm teşebbüsleri ilgilendiren bu değişiklikler ve Türk Rekabet Hukuku üzerinde görülebilecek olası etkileri ele alınacaktır.

Dijital Ortamlarda Seçici Dağıtım Sistemiyle Getirilebilecek Satış Kısıtlamalarına İlişkin Tartışmalar

Doç. Dr. Hamdi Pınar (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Av. Büşra Yanar (Magna Hukuk Bürosu)

Av. Ömer Faruk Çamaşırıcı (Magna Hukuk Bürosu)

İçinde bulunduğumuz dijital çağda mal ve hizmet ticareti de dijital ortamlarda gerçekleştirilmektedir. Bu ortamı sağlayan en önemli araç da günümüzde dijital platformlardır. Bunun yanında güncel olan *metaverse* olarak adlandırılan dijital evrenin ticari hayatı da ne şekilde etkileyeceğinin şimdiden tartışılması gerekir. Bu tartışmaların başlangıcını Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) bazı kararları oluşturmaktadır. Bunların başında *Metro I ve II*, *PierreFabre* ve *Coty Germany* kararları gelmektedir. Bu kararların çerçevesinin belirlenmesi, dijital ticari hayatın paydaşları açısından hayati önem taşımaktadır. Özellikle sağlayıcı ve perakendeci olanlar ile dijital platform işleten teşebbüsler arasındaki hukuki ilişkilerin doğru bir biçimde açıklığa kavuşturulması ve bu alanda çalışan hukukçuların da müvekkillerini rekabet hukuku boyutuyla isabetli olarak yönlendirmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu konuya ilişkin en güncel gelişme Türk Rekabet Kurulunun ... tarihli BSH Ev Aletleri ve Sanayi Ticaret AŞ.'ye ilişkin verdiği karardır. Bu kararla Türk Rekabet Kurulu dijital platformlara ilişkin seçici dağıtım sistemiyle getirilen kısıtlamaları kabul etmediğini ortaya koymuştur. Böylece Alman Rekabet Otoritesi'nin (*Bundeskartellamt*) ABAD'ın *Coty Germany* kararından sonrasındaki açıklamalarına paralel bir uygulama benimsemiştir. Rekabet Kurulunun BSH kararı, halihazırda Arçelik, BSH ve Samsung hakkında dijital platformlardaki satış yasaklarına ve diğer hususlara ilişkin yürütülen soruşturmanın geleceği hakkında da büyük önem taşımaktadır.

ABAD'ın *Coty Germany* kararı ile lüks ürünlerin marka imajının korunması amacıyla, üçüncü taraf platformlarında satışa ilişkin bir yasak getirilebileceği tespiti yapılmıştır. Dolayısıyla bahsi geçen ve diğer ilgili kararları birlikte dikkate alındığında özellikle şu unsurların tartışılması zaruridir: (1) Ürünün "lüks" niteliği, (2) İnternet kısıtlamasının gerekliliği, (3) Bayiler arasında "ayrımcı" davranılmaması, (4) Orantılılık ve (5) Rekabetin engellenmemesi. Güncel olarak, AB Komisyonu tarafından 09.07.2021 tarihinde Dikey Anlaşmalara ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Tüzük'e ve Dikey Kısıtlamalara İlişkin Kılavuz'a dair iki ayrı taslak metin yayımlanmıştır. Ancak bu taslaklarda konuya ilişkin değerlendirmeler yer almakla birlikte bu alandaki tartışmalardan ortaya çıkan sorunların çözüme kavuşturulduğunu söylemek henüz mümkün değildir.

Bu çalışma kapsamında geçmiş, günümüz ve geleceğe ilişkin hukuki yönden bir inceleme çerçevesinde dijital ortamlardaki satış stratejileri ve özellikle seçici dağıtım sistemi ile birlikte aktif-pasif satışlar ile tükenme ilkesi dikkate alınacaktır. Böylece dijital çağın gerekleriyle uyum sağlayabilecek ve dijital ortamı kullanan tüm paydaşlara yol gösterebilecek nitelikte rekabet hukuku çerçevesinde bir değerlendirme yapılabilecektir. Konunun incelenmesinde yalnızca Türk hukukuyla sınırlı kalınmayarak başta Avrupa Birliği (AB), Almanya ve ABD de dahil olmak üzere güncel ve yararlı olacağına inandığımız diğer ülke uygulamaları da araştırılacaktır.