

Sıra Sayısı	Bildiri Başlığı	Bildiri Özeti
1.	Dikey Sınırlamalara Dair Rekabet Politikalarının Geleceği: Yeni AB Tüzüğü ve Rekabet Kurulunun 2016 Sonrası Uygulamalarından Çıkarımlar	<p>Dikey anlaşmalar ile anlaşmanın taraflarına getirilen sınırlamalar, bundan on yıl öncesine kadar, tek markalılık, bölge ve müşteri sınırlamaları, yetkili olmayan satıcılara satış yasağı, vb çoğunlukla bir sağlayıcının kendisine dağıtım ağı kurmasına ilişkin sınırlamalardı. Avrupa Birliği ("AB") ve Türk rekabet otoriteleri bu sınırlamaları değerlendirirken, öncelikle sağlayıcının pazar gücüne sahip olup olmadığına bakıyor ve buna göre sınırlamaların ilgili pazardaki markalar arası ve marka içi rekabeti ne şekilde etkileyeceğini öngörmeye çalışıyordu.</p> <p>Ancak COVID 19 pandemisinin de etkisiyle ülkemizde ve AB'de dijitalleşmenin ekonomiye sirayet etmesi ve online platformlar üzerinden yapılan satışların önemli bir paya ulaşması, rekabet politikasının dikey sınırlamalar konusundaki odağını da değiştirdi. Hem ülkemizde hem de AB'de rekabet otoritelerinin iş yükünde, online platformların satıcılara getirdiği, en çok kayırılan müşteri ("EKM") hükümleri, bayilerin online satışlarının engellenmesi, vb bu yeni dönemin etkilerini yansıtan sınırlamaların aldığı yer git gide artmaktadır.</p> <p>Tam bu süreçte, 2019 yılında AB Dikey Anlaşmalar Tüzüğü üzerinde gözden geçirme çalışmaları başladı ve Tüzük 1 Haziran 2022'den itibaren geçerli olacak şekilde değiştirildi. AB Komisyonu'nun web sitesine konulan Açıklayıcı Not'ta, değişikliklerin gerekçesi olarak "dijitalleşmenin gereği" denilmektedir. Yapılan değişiklikler ayrıntılı olarak incelendiğinde ise AB'nin dijitalleşmenin gereğinden anladığının, dijitalleşmeye direnmek olduğu sonucuna varmamak elde değil. Bir yandan online platformlara karşı marka sahibi sağlayıcıları koruyan, öte yandan sağlayıcıların (klasik) bayilerine karşı getirdiği sınırlamalara olan yaklaşımını yumuşatan AB Komisyonu, önümüzdeki on yılda, genel rekabet politikasının bir parçası olarak dikey sınırlama politikasının odağına da online platformların düzenlenmesini koyduğunu söylemek abartıya kaçmak olmayacaktır. AB'nin münhasır dağıtım gibi kimi konularda, dikey sınırlama politikasının dayandığı iktisadi dayanakları hiçe sayarak sağlayıcı lehine gevşemeye gitmesini ve bir yandan "bayilerin online satış haklarını koruyoruz" derken, öte yandan online platformlara satış yasağı getirmeyi grup muafiyeti kapsamına almasını, yukarıda nükteli bir biçimde dile getirdiğimiz önermemizi desteklediğini düşünüyoruz.</p> <p>Ne var ki, AB'nin konuya bu şekilde yaklaşmasının, Rekabet Kurumu'nun son dönem (2016 yılından bu yana) yönelimine zıt olduğunu düşünmekteyiz. Rekabet Kurumu'nun ön araştırma ve soruşturma süreci sonucunda karara bağladığı toplam 27 rekabet ihlali dosyası ve reddettiği 5 muafiyet/menfi tespit başvurusu üzerinde yaptığımız incelemede, Kurum'un yeniden satış fiyatının belirlenmesi ("YSFB") olarak tanımlanan ihlal tipini, birincil dikey</p>

		<p>sınırlama önceliği olarak almaya devam ettiğini (19 dosya), ikinci sırada bölge ve müşteri sınırlamalarının geldiğini (10 dosya), bayilerin online satışlarının engellenmesi (8), seçici dağıtım sorunları (5) ve EKM sınırlamalarının (4) bunları takip ettiğini görüyoruz.</p> <p>Rekabet Kurumu'nun ceza verdiği dosyalarda bayilerin online satışlarının engellenmesi olarak gördüğü ihlallerin, delil bazında inceleme yapıldığında, aslında online platformlara satış yasağı olduğu ve sağlayıcı tarafından YSFB çabasının bir parçası olarak uygulandığı gözlenmektedir. Daha açık ifade etmek gerekirse, bu dosyalardaki sağlayıcıların birincil hedefinin, bayilerin satış kanallarını sınırlamaktan ziyade, tüketicinin karşı karşıya olduğu fiyatın düşmesini engellemek olduğu, bu amaca ulaşmak için de online platformlar üzerinden yapılan satışları engellemeye çalıştıklarını söylemek mümkün. Dolayısıyla, online platformlara satış yasağına olumlu yaklaşan bir rekabet politikasının ülkemizde kabul görmesini beklememek gerekir. Benzer şekilde, AB'nin yeni tüzüğünde yer alan "paylaşımlı münhasırlık" gibi bir uygulamanın Kurum'un bu konudaki oturmuş anlayışını en azından yakın vadede değiştireceğini düşünmüyoruz.</p> <p>Tebliğimizde detaylandırmak istediğimiz benzer başka nedenlerle, Rekabet Kurumu'nun ileriki dönemde AB Komisyonu'nun yeni yaklaşımını benimsemesinin önünde önemli engeller olduğu tezimizi, değerli katılımcılarla tartışmak istiyoruz.</p>
2.	Sendikasyon Kredisi Süreçlerinin Rekabet Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Risklerin Belirlenmesi ve Yönetilmesi	<p>Kurumsal krediler pazarının önemli bir bölümünü oluşturan sendikasyon kredileri, büyük montanlı, uzun vadeli, belirsiz risk içeren kredi konuları bakımından özellikle önem taşımaktadır. Çok taraflı banka kredileri olarak da adlandırılan sendikasyon kredileri, çeşitli bankacılık hizmetleri bakımından rakip konumundaki bankaların belirli bir krediyi birlikte kullanılmak üzere yaptıkları <i>ad hoc</i> işbirliği niteliğindedir. Kredilendirme sürecinde bir tarafta birden çok banka yer alırken karşılıklarında bir kredi alan bulunmaktadır. Rekabet hukuku açısından bakıldığında, sendikasyon bankaları arasındaki ilişkiler yatay bir işbirliği anlaşması, sendikasyon bankaları ile kredi alan arasındaki ilişkiler ise dikey anlaşma görünümündedir. Diğer yandan, finansal risk ve bunun dağıtılması (ya da aynı anlama gelmek üzere "paylaşılması") gibi finans sektörünü reel sektörden farklılaştıran ekonomik güdüler nedeniyle sendikasyon kredilerine ilişkin anlaşmalar paketinin rekabet hukuku değerlendirmesi kendine has özellikler taşımaktadır.</p> <p>Seminer kapsamında, öncelikle sendikasyon kredisi çeşitleri, işleyişi ve ekonomisi kısaca ele alındıktan sonra kredilendirme süreci incelenecektir. Bu kapsamda kredi verecek bankalar grubunun (sendikasyon) ortaya çıkışı, iç organizasyonu, kredi kullandıran ile grup olarak ve teker teker kuracakları ilişkiler ve bunları düzenleyen anlaşmalar,</p>

		<p>ortaya çıkması muhtemel rekabet hukuku riskleri açısından incelenecektir. Bu çerçevede söz konusu risklerin sınırlanması ve yönetilmesi için strateji ve yaklaşım önerilerinde bulunulacaktır. Gerçekleştirilecek inceleme ve değerlendirme çerçevesinde, gerek Rekabet Kurumu uygulamalarından gerekse yurtdışından örnekler verilecek; AB’de gerçekleşen dikey tebliği değişikliği ve 2023 yılı başlarında gerçekleşmesi öngörülen yatay işbirliği anlaşmaları kılavuzu değişikliği ışığında muhtemel mevzuat ve yaklaşım değişikliklerinin sendikasyon kredileri açısından anlamı da ayrıca incelenecektir.</p>
3.	<p>Mukayeseli Hukuk ve Uluslararası Kararlar Işığında 4054 Sayılı Kanunun 15. Maddesinde Düzenlenmiş Araçların Hukuki Statüsünün Disiplinlerarası Bir Bakışla Değerlendirilmesi</p>	<p>4054 numaralı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 1.md.’sinde düzenlenmiş bulunan amaçlar doğrultusunda Kurul, birtakım yetkiler ile donatılmıştır. Bu bağlamda Kurul’un md.9/4’te “Geçici Tedbir”, md.14’te “Bilgi İsteme”, md.15’te “Yerinde İnceleme” yetkilerini kullanabilmesi, görevini ifa ederken kullandığı etkili araçlardır.</p> <p>Kanunun “Yerinde İnceleme” başlıklı 15.md.’si: “Kurul, bu Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken gerekli gördüğü hallerde, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde incelemelerde bulunabilir. Bu amaçla teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin:</p> <p>a) Defterlerini, fiziki ve elektronik ortam ile bilişim sistemlerinde tutulan her türlü verilerini ve belgelerini inceleyebilir, bunların kopyalarını ve fiziki örneklerini alabilir</p> <p>b) Belirli konularda yazılı veya sözlü açıklama isteyebilir,</p> <p>c) Teşebbüslerin her türlü mal varlığına ilişkin mahallinde incelemeler yapabilir.</p> <p>İnceleme, Kurul emrinde çalışan uzmanlar tarafından yapılır. Uzmanlar incelemeye giderken yanlarında incelemenin konusunu, amacını ve yanlış bilgi verilmesi halinde idari para cezası uygulanacağını gösteren bir yetki belgesi bulundurlar.</p> <p>İlgililer istenen bilgi, belge, defter ve sair vasıtaların suretlerini vermekle yükümlüdür. Yerinde incelemenin engellenmesi veya engellenme olasılığının bulunması durumunda sulh ceza hakimi kararı ile yerinde inceleme yapılır.” hükmünü öngörmüştür.</p> <p>4054 numaralı Kanunun “Yerinde İnceleme” başlıklı hükmünün öngördüğü araçlar, 5271 numaralı CMK’nın “Koruma Tedbirleri” başlıklı bölümünde düzenlenmiş bulunan “Arama ve Elkoyma (md.116 vd.)”, “Belge veya kağıtları inceleme yetkisi (md.122)”, “Eşya veya kazancın muhafaza altına alınması ve bunlara el konulması (md.123)”, “Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma (md.128)”, “Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma (md.134)” araçları ile hukuki benzerlik göstermektedir.</p>

		<p>Ceza muhakemesi bağlamında, yargılamanın yapılabilmesi veya ileride verilecek hükmün yerine getirilebilmesi amacıyla her biri bir ya da daha çok temel hakka dokunan tedbirlere koruma tedbirleri denir.¹ “İnsan hak ve hürriyetlerini kısıtlayan koruma tedbirlerinin haklı görülebilmesi, temel şart da denilebilecek olan şu üç önşartın gerçekleşmesine bağlıdır: 1)Gecikmede tehlike, 2)Haklı görünüş, 3)Orantılılık.”² CMK bağlamında koruma tedbirleri, temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı etkisi olduğundan Anayasa md.13’te yer alan sınırlama rejimi doğrultusunda düzenlenmiştir. Anayasal bir özgürlüğün sınırlanması niteliğinde olan koruma tedbirlerinin uygulanabilmesi için Anayasa ve CMK’da belirtildiği üzere kural olarak hakim kararı gereklidir (<i>ANY md.19, 20, 21, 22, 23; CMK md.101, 119, 127, 128, 133</i>).</p> <p>4054 numaralı Kanunun 15.md.’sinde düzenlenmiş bulunan araçlar, temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı niteliktedir. Kanun, bu araçlar hakkında karar yetkisini Kurul’a vermiştir. Aynı maddenin 3.fıkrasında belirtilen durumlarda ise karar yetkisinin sulh ceza hakimliğinde olduğu belirtilmiştir. Bu itibarla 4054 numaralı Kanun, temel hak ve özgürlükleri sınırlayan araçları kullanma hakkında karar verme yetkisini kural olarak Kurul’a istisnai olarak ise sulh ceza hakimine vermiştir.</p> <p>Sonuç itibarıyla, <i>araştırdığımız kadarıyla</i>, doktrinde, 4054 numaralı Kanun’da yer alan araçların hukuki statüsü, Anayasa ve CMK prensipleri bağlamında değerlendirilmemiştir. Bu çalışmanın amacı, 4054 sayılı Kanunun 15.md.’sinde yer alan araçları, mukayeseli hukuk ve uluslararası kararlar ışığında, Anayasa’nın temel hak ve özgürlükleri sınırlama rejiminin ve CMK’da yer alan koruma tedbirlerinin prensipleri bağlamında disiplinlerarası bir bakış açısı ile ele almaktır.</p>
4.	Video Oyunu Sektöründeki Rekabet Hukuku Uygulamaları	<p>Hızla büyüyen bir sektör olan video oyunu sektörünün global pazar büyüklüğü 2022 yılı itibari ile 200 milyar dolar seviyesine yaklaşmıştır.³ Sektör, Türkiye’ye en çok yabancı yatırım çeken sektörlerden biri olup, son yıllarda Türk video oyunu şirketlerine yapılan yatırımlar da kamuoyunda geniş yankı uyandırmıştır.</p> <p>Video oyunu sektörü, platform ekonomilerinin ve şebeke endüstrilerinin klasik özelliklerini bünyesinde</p>

¹ Centel, Nur / Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 21. bs., İstanbul 2022, s. 374.

² Kunter, Nurullah / Yenisey, Feridun / Nuhoğlu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. bs., İstanbul 2010, s. 838.

³ <https://www.statista.com/outlook/dmo/digital-media/video-games/worldwide#revenue> (Erişim: 25.11.2022)

barındırmaktadır. Nitekim, oyun geliştiricileri oyunları geliştirmekte ve geliştirdikleri ürünleri *Playstation, Xbox* gibi oyun konsolları veya uygulama mağazaları gibi platformlar üzerinden kullanıcılarla buluşturmaktadırlar. Ayrıca, çoğu zaman bu platformlar kullanıcıların ödeme gerçekleştirmelerine de aracılık etmektedir. Şebeke etkileri bakımından ise, kullanıcılar oyunları çoğu zaman anılan platformlar üzerinden diğer kullanıcılarla birlikte oynamaktadırlar.

Bu kapsamda, platformlar ile oyun geliştiricileri arasındaki anlaşmalarda yer alan sözleşme koşulları, dikey kısıtlamalar ve platformların hâkim durumlarını kötüye kullanmaya yönelik davranışları rekabet hukuku incelemelerine konu olabilmektedir. Öte yandan, oyun geliştiricilerinin rakip teşebbüslerin hisselerini veya geliştirdikleri oyunlara ait haklarını devralmaları da inceleme konusu olabilmektedir. Benzer şekilde, son yıllardaki devralmalarla birlikte, oyun konsolu üreticilerinin oyunları geliştiren firmaları devralarak alt pazarda da faaliyet göstermeye başladığı görülmektedir. Bu yönleriyle sektör, güncel rekabet hukuku konularından olan “öldürücü devralmalar” bağlamında da tartışmalara konu olmaktadır.

Video oyunu sektörünün diğer sektörlerle olan ilişkisi de önem arz etmektedir. Örneğin, donanım ve ödeme sistemleri gibi ilişkili pazarlardaki gelişmeler de video oyunu sektörünü etkileyebilmektedir. Ayrıca, teşebbüslerin video oyunu sektöründe faaliyet göstererek elde ettikleri *know-how* sayesinde sanal gerçeklik, giyilebilir teknolojiler veya *metaverse* gibi alanlarda yapacakları yatırımlarda da avantaj sağlayabilecekleri düşünülmektedir.

Bu çerçevede, sunumun ilk bölümünde pazar yapısı tanıtılacak ve yukarıda bahsedilen hususların pazardaki rekabet üzerindeki etkileri dijital pazarlara yönelik güncel düzenlemelerin ışığında anlatılacaktır.

Sunumun ikinci bölümünde ise çeşitli rekabet otoritelerinin ve mahkemelerin video oyunu sektörüne ilişkin vermiş oldukları kararlar incelenecektir.

Bu bölümde ilk olarak, Amerika Birleşik Devletleri’nde (“ABD”) Apple Inc.’nin kendi uygulamaları dışındaki ödeme yöntemlerini engellediği ve oyun geliştiricilerinin yaptığı satışlar üzerinden yüksek komisyonlar aldığı yönünde Epic Games Inc. tarafından yapılan şikayet üzerine görülen *Epic Games, Inc. v. Apple Inc.* davası incelenecektir. Üst mahkemelere yapılan itirazlar nedeniyle ilgili dava süreci devam etmekte olup, ilk derece mahkemesi Apple Inc.’nin kullanıcıların farklı ödeme yöntemlerini kullanmasının önünü açması gerektiği yönünde karar vermiştir.

İkinci olarak ise, Microsoft Corporation’ın gerçekleştirdiği Activision Blizzard Inc. devralması incelenecektir. Zira,

		<p>dünyanın en popüler oyun konsollarından biri olan Xbox'un üreticisi konumunda olan Microsoft Corporation, bu devralmayla birlikte dünyanın en önemli oyun geliştiricilerinden birini ve dolayısıyla da dünyanın en popüler oyunlarından bazılarını bünyesine katmıştır. Ayrıca, Activision Blizzard Inc.'nin sahip olduğu grafik, tasarım ve yazılım teknolojilerinin de <i>metaverse</i> evrenindeki rekabet bakımından önemli olabileceği değerlendirilmektedir. Bu çerçevede, bu devralmaya ilişkin olarak ABD ve Avrupa Birliği otoriteleri tarafından yapılan incelemeler ve dava süreçleri üzerinde durulacaktır.</p> <p>Üçüncü olarak, Birleşik Krallık'ta <i>PlayStation</i> platformunda uyguladığı komisyon oranlarının aşırı fiyatlama teşkil ettiği gerekçesiyle Sony Corporation'a karşı tazminat talebiyle açılan sınıf davası incelenecektir. Zira, çok sayıda <i>PlayStation</i> kullanıcısı tarafından açılan bu dava sonucunda Sony Corporation'ın 5 milyar Pounda varan tutarda tazminat ödemek durumunda kalabileceği ifade edilmektedir.</p> <p>Sunumun son bölümünde ise, sunumda incelenen konular ışığında ulaşılan sonuçlara yer verilecek ve gelecekte sektörde ne gibi rekabet hukuku tartışmalarının doğabileceği ortaya konmaya çalışılacaktır.</p>
5.	Düzenlenen Piyasalar, Rekabet Hukuku ve <i>Ne Bis In Idem</i> İlkesi: Bugüne Kadarki Yaklaşımlar, Geleceğe Dair Yorumlar	<p><i>Ne bis in idem</i>, aynı fiil ve konudan dolayı mükerrer yargılama yapılmasına ve ceza uygulanmasına izin verilmemesini ifade eden bir ceza hukuku ilkesi olup, ilkenin unsurları "fiilin aynılığı" ve "kişilerin aynılığı" olarak kabul edilmektedir. Anılan ilke idari ceza hukuku bağlamında da uygulama alanı bulmaktadır.</p> <p>Piyasalarda rekabet ortamının tesisi, denetlenmesi ve yaptırım uygulanması konusunda yetki verilmiş düzenleyici otoriteler ile rekabet otoritelerinin görev alanı da zaman zaman örtüşebilmekte; sektörel düzenlemelere veya rekabet otoritelerine aykırı fiillerin aynı teşebbüs tarafından gerçekleştirilmesi halinde birden fazla yaptırım uygulanması gündeme gelebilmektedir. Bu gibi durumlarda hem sektörel düzenleyici hem de rekabet otoritesi tarafından yaptırım uygulanmasının <i>ne bis in idem</i> ilkesini ihlal edip etmeyeceği tartışmaları doğmaktadır.</p> <p>Bu kapsamda, sunumun ilk bölümünde <i>ne bis in idem</i> ilkesi kısaca açıklanacak ve bu ilkenin neden sektörel düzenleyiciler ile rekabet otoriteleri arasındaki ilişkiyi ilgilendirdiği ortaya konulacaktır.</p> <p>Sunumun ikinci bölümünde, telekomünikasyon ve enerji sektörlerine ilişkin tesis edilmiş olan ve Rekabet Kurulu ("Kurul") ile Danıştay'ın geçmişten bugüne kadarki yaklaşımını ortaya koyan bazı kararlar incelenecektir. Bu</p>

	<p>kapsamda; Rekabet Kurumu'nun ("Kurum") faaliyete başladığı ilk yıllardan itibaren, özellikle telekomünikasyon ve elektrik pazarlarına yönelik kararlarda, ortaya çıkan bir piyasa aksaklığına hangi otoritenin müdahale edeceğine dair değerlendirmeler yapıldığı görülmektedir. Anılan kararlar incelendiğinde; Kurul'un, kimi kararlarında sektörel düzenleyiciler tarafından yapılan incelemeleri veya uygulanan yaptırımları gerekçe göstererek inceleme yapmaktan veya yaptırım uygulamaktan kaçındığı, kimi kararlarında ise sektörel düzenleyiciler tarafından yürütülen inceleme süreçleri ve uygulanan cezalara rağmen soruşturma yürüttüğü ve ceza uyguladığı görülmektedir. Özellikle, yakın tarihli <i>Türk Telekom</i>⁴ ve <i>Enerjisa</i>⁵ kararları da Kurul'un, konuya ilişkin olarak benzer yaklaşımlar ortaya koyarak rekabet otoritelerinin müdahale alanını geniş şekilde yorumlayan kararlar vermesi nedeniyle önem arz etmektedir. Öte yandan; Danıştay'ın istikrar kazanan kararlarında rekabet hukuku düzenlemelerini genel düzenlemeler olarak kabul ederek, sektörel düzenlemelerin varlığının Kurum'un rekabete aykırı davranışlara ilişkin olarak ihlal tespitinde bulunma ve yaptırım uygulama yetkisini kaldırmadığı yönünde hükümler tesis ettiği görülmektedir. Buna karşın, Danıştay'ın bu yaklaşımı terk ettiği ve elektrik dağıtımında ayrımcılık yaparak hâkim durumunu kötüye kullandığı iddia edilen teşebbüsün davranışlarının sektörel düzenlemeler çerçevesinde incelenmesi gerektiği yönünde değerlendirmede bulunduğu bir kararı da mevcuttur.⁶</p> <p>Sunumun üçüncü bölümünde ise; konu dijital pazarlar ve elektronik ticaret ilişkin son dönemde yürürlüğe konulan düzenlemeler ışığında ele alınacak, bu düzenlemelerin <i>ne bis in idem</i> ilkesi çerçevesinde ne gibi tartışmaları gündeme getirebileceği üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun Taslağında yer verilen ve önemli pazar gücüne sahip teşebbüslere Elektronik Ticaretin Korunması Hakkında Kanun kapsamında ceza uygulanması halinde rekabet ihlali nedeniyle ikinci bir ceza uygulanmamasını düzenleyen hüküm değerlendirilecektir. Benzer şekilde, 2022 yılında yürürlüğe giren Şarj Hizmeti Yönetmeliğinin rekabete ilişkin düzenlemeleri de aynı çerçevede incelenecektir.</p> <p>Sunumun son bölümünde ise, <i>ne bis in idem</i> ilkesi kapsamında sektörel düzenlemeler ile rekabet hukuku kuralları arasında doğabilecek örtüşme ve çatışmalar ile teşebbüslerin fiillerine hangi durumlarda ve hangi otorite tarafından müdahale edilmesi gerektiğine yönelik değerlendirmelerimize yer verilecektir.</p>
--	---

⁴ 30.09.2021 tarih ve 21-46/667-332 sayılı Kurul kararı.

⁵ 08.08.2018 tarih ve 18-27/461-224 sayılı Kurul kararı.

⁶ Danıştay İDDK 21.01.2013 T. 2008/1412 E., 2013/101 K.

6.	Arama Bazlı Çevrim İçi Reklamcılık Kısıtlamalarının Rekabet Hukuku ve Fikri Mülkiyet Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi	<p>Rekabet hukuku ile fikri mülkiyet hukuku arasındaki ilişki zaman zaman birtakım tartışmaları beraberinde getirmiştir. Bu tartışmaların en yenilerinden birisi de çevrim içi reklamcılık alanında yaşanmaktadır. Günümüzde teşebbüslerin e-ticaret kanalını daha aktif bir şekilde kullanmasının bir sonucu olarak çevrim içi reklamcılık harcamaları da artmıştır. Teşebbüsler, (temel olarak) bu harcamalarını düşürebilmek amacıyla, arama motorlarında birbirlerinin markalarına anahtar kelime olarak reklam vermeyeceklerine ilişkin sulh sözleşmeleri (<i>trademark settlement agreements</i>) akdetmeye başlamıştır.</p> <p>Teşebbüsler, yaptıkları sulh sözleşmeleri için birtakım gerekçeler ileri sürmektedir. Bunların başında marka hakkının korunarak bedavacılığın önlenmesi gelmektedir. Olası dava masraflarını ortadan kaldırmak ve tüketicilerin kafa karışıklığının önlenmesi de diğer gerekçeler olarak sayılabilir. Diğer taraftan sulh sözleşmelerinin rekabeti kısıtlayıcı etkileri de olabilir. Örneğin bu tür sözleşmeler marka içi rekabeti azaltabilir, internet satışlarını sınırlayabilir ve en önemlisi, tüketicilerin rakiplerden haberdar olmasını engelleyerek onların arama maliyetlerini yükseltebilir.</p> <p>Teşebbüslerin yapmış oldukları bu tür sulh sözleşmeleri, dünyadaki rekabet otoritelerinin incelemelerine giderek daha fazla konu olmaktadır. Avrupa’da bu konu bir dikey sınırlama olarak rekabet otoritelerinin önüne gelmiştir. Almanya’da <i>Asics</i>⁷ ve <i>Adidas</i>⁸; Avrupa Birliği’nde <i>Guess</i>⁹ kararında bu tür hükümlerin, amaç bakımından ihlal olduğuna ve anlaşmayı grup muafiyeti kapsamı dışına çıkaran sınırlama (<i>hardcore restrictions</i>) teşkil ettiğine karar verilmiştir. Amerika Birleşik Devletleri’nde ise, çevrim içi kontakt lens satışı pazarında faaliyet gösteren <i>1-800 Contacts</i> unvanlı bir teşebbüsün 14 rakibiyle akdettiği sulh sözleşmelerinin rekabeti kısıtladığına ve bu anlaşmaların sona erdirilmesine karar verilmiştir.¹⁰ Ancak bu karar daha sonra Temyiz Mahkemesi tarafından bozulmuştur.¹¹ Temyiz Mahkemesi kararda sulh sözleşmelerinin rekabet hukuku incelemesinden bağımsız olmadığını fakat FTC’nin anlaşmaları yanlış bir şekilde “doğası gereği şüpheli” (<i>inherently suspect</i>) olarak değerlendirdiğini ve etki (<i>rule of reason</i>) analizini doğru</p>
----	--	---

⁷ Bundeskartellamt, B2-98/11 – Asics

<https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Kartellverbot/2016/B2-98-11.pdf?blob=publicationFile&v=2>

⁸ Bundeskartellamt, B3-137/12 – Adidas. Bu karar sonucunda Adidas, yetkili satıcılarıyla yapmış olduğu sözleşmelerde yer alan arama reklamcılığında marka adının kullanılmasını sınırlayan hükümleri kaldırmıştır.

<https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Kartellverbot/2014/B3-137-12.pdf?blob=publicationFile&v=2>

⁹ Case AT.40428 – Guess

¹⁰ <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2018/11/ftc-commissioners-find-1-800-contacts-unlawfully-harmed-competition-online-search-advertising>.

¹¹ <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/18-3848/18-3848-2021-06-11.html>

	<p>yapmadığını ifade etmiştir.</p> <p>Ülkemizde ise markanın internet ortamında kullanılmasına ilişkin özel bir düzenleme bulunmaktadır. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun (SMK) 7. maddesinin üçüncü fıkrasının (d) bendinde, markanın internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde anahtar sözcük olarak kullanılması da marka hakkına tecavüz hallerinden biri olarak düzenlenmiştir. Bu durumda marka hakkı sahibi bu kullanımın yasaklanmasını talep edebilir.</p> <p>Rekabet Kurulu, bir muafiyet başvurusunda konuya ilişkin ilk kararını vermiştir.¹² Rekabet Kuruluna göre SMK'da tanınan korumanın kapsamını aşmayan tek sınırlama dar kapsamlı reklam vermeme anlaşmalarıdır.¹³ Negatif eşleme anlaşmalarının¹⁴ ise ilgili pazarlarda, <i>bir nevi rakipler arası müşteri/pazar paylaşımı anlaşmalarına benzer etkiler ortaya çıkarabileceğini</i> ifade etmiştir.¹⁵ Sonuç olarak, sadece tescilli marka adlarına reklam verilemeyeceğine ilişkin gerekli değişiklikler yapıldıktan sonra sulh sözleşmesine bireysel muafiyet tanınabileceğine karar vermiştir.</p> <p>Bu tebliğin konusunu arama bazlı çevrim içi reklamcılık kısıtlamalarının rekabet hukuku ve fikri mülkiyet hukuku bağlamında nasıl değerlendirilebileceği oluşturacaktır. Buradaki temel sorun tüketicilerin menfaati ile marka hakkı sahibinin menfaatinin nasıl dengeleneceğidir (<i>trade-off</i>). Zira bir yandan tüketicilerin alternatif (rakip) markalara erişimi kısıtlanmaktadır. Diğer yanda ise marka hakkı sahibinin markası ile yarattığı değer vardır. Bu nedenle öncelikle markanın çevrim içi arama reklamcılığında anahtar kelime olarak kullanılmasının marka hakkını ihlal edip etmediğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Avrupa Birliği'nde, markanın anahtar kelime olarak kullanılması her durumda marka hakkına tecavüz sayılmayıp somut olayın şartlarına göre bir değerlendirme yapılmaktadır.¹⁶</p>
--	---

¹² Rekabet Kurulunun 25.11.2021 tarihli ve 21-57/789-389 sayılı kararı.

¹³ Dar kapsamlı reklam vermeme anlaşması, tarafların (reklam veren), birbirlerinin *sadece* marka adını anahtar kelime olarak kullanmamayı kabul ettiği reklam kısıtlama anlaşmasıdır.

¹⁴ Negatif eşleme anlaşmaları, tarafların birbirlerinin marka adını "negatif anahtar kelime" olarak seçtiği reklam kısıtlama anlaşmalarıdır. Bu anlaşmanın sonucu olarak, kullanıcılar tarafından bir markanın adını içeren bir sorgu yapıldığı zaman diğer tarafa (markaya) ait olan hiçbir reklam görüntülenmemektedir.

¹⁵ A.g.k., para. 79.

¹⁶ Bu kapsamda markanın köken belirtme işlevinin zarar görüp görmediği incelenmektedir. Bkz. Case C-236/08 - C-238/08, *Google France*; Case C-323/09, *Interflora*; Case C-487/07, *L'Oréal*; Case C-206/01, *Arsenal Football Club*; Case C-342/97, *Lloyd Schuhfabrik Meyer*; Case C-278/08, *BergSpechte*; Case C-558/08, *Portakabin*; Case C-324/09, *eBay*. Ayrıca ABD'de markanın anahtar kelime olarak kullanılması "ticari kullanım" olarak kabul edilmemiştir. Bkz. 1-800 Contacts, Inc., v. WhenU.com, 414 F.3d 400, 2d Circuit, 2005.

		<p>Türkiye’de ise mahkemeler, markanın anahtar kelime olarak kullanılmasını kategorik olarak marka hakkına tecavüz olarak kabul etmektedir.¹⁷ Hatta bir adım ötesinde rakiplerin birbirlerinin markasını negatif anahtar kelime olarak eklemesi gerektiğine dair kararlar verilmiştir.¹⁸ Buradaki sorunu tespit ettikten sonra sulh sözleşmelerine yapılacak rekabet hukuku müdahalesinin sınırının ne olabileceği incelenecektir. Sonuç olarak bu tebliğde rekabet hukuku ve fikri mülkiyet hukuku arasındaki dengenin nasıl sağlanabileceğine ilişkin bir perspektif sunulmaya çalışılacaktır.</p>
7.	Rekabet Kurulunun Uzlaşma Kararlarına İtiraz Edilebilir mi?	<p>Mevzuatımıza girmesinin ardından, uzlaşma kurumuyla ilgili en çok tartışılan meselelerden birisi de Rekabet Kurulunun vermiş olduğu uzlaşma kararlarına karşı yargı yolunun kapatılmış olmasıdır. 4054 sayılı Kanun’un 43. maddesinin sekizinci ve Uzlaşma Yönetmeliği’nin 4. maddesinin beşinci fıkrasına göre, sürecin uzlaşma ile neticelenmesi halinde, (i) idari para cezası ve (ii) uzlaşma metninde yer alan hususlar uzlaşmanın taraflarınca dava konusu yapılamaz.</p> <p>Rekabet Kurulu, uzlaşma kurumunun yürürlüğe girdiği tarihten günümüze kadar 12 farklı soruşturmayı uzlaşma yoluyla sona erdirmiştir. Bunlardan 3 tanesinin gerekçeli kararı yayımlanmışken¹⁹ diğerleri sadece duyuru yoluyla açıklanmıştır.²⁰ Diğer taraftan, halihazırda uzlaşma kurumunun işletildiği başka birçok dosya olduğu da bilinmektedir.</p>

¹⁷ İstanbul 4. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, T. 09.09.2014, E. 2013/15, K. 2014/184 (Onama: Yargıtay 11. HD, T. 06.03.2015, E. 2014/18838, K. 2015/3055); İstanbul 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, T. 15.12.2009, E. 2009/33, K. 2009/268 (Onama: Yargıtay. 11. HD, T. 15.06.2012, E. 2011/4710, K. 2012/10662); İstanbul 2. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, Karar tarihi: T. 29.04.2021, E. 2017/578, K. 2021/197; İstanbul 3. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, T. 27.12.2011, E. 2007/288, K. 2011/289 (Onama: Yargıtay 11. HD, T. 03.07.2013, E. 2012/12304, K. 2013/14141); İstanbul Anadolu 2. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, T. 02/07/2015, E. 2014/279, K. 2015/77 (Onama: Yargıtay 11. HD, T. 12.12.2016, E. 2015/12152, K. 2016/9489); Yargıtay 11. HD, T. 17.02.2015, E. 2014/4455, K. 2015/2092.

¹⁸ İstanbul 2. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, T. 22.1.2020, E. 2018/361, K. 2020/44; İstanbul BAM 16. HD, T. 18.9.2020, E. 2020/1241, K. 2020/1416.

¹⁹ Rekabet Kurulunun 05.08.2021 tarihli ve 21-37/524-258 sayılı Philips, 30.09.2021 tarihli ve 21-46/672-336 sayılı Singer, 30.09.2021 tarihli ve 21-46/671-335 sayılı Arnica kararları.

²⁰ Kinik uzlaşma duyurusu: <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/aktif-isbirligi-ve-uzlasma-kurumlarinin--fd72d3e60cdcec11a22000505685ee05>

Beypazarı uzlaşma duyurusu: <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/aktif-isbirligi-ve-uzlasma-kurumlarinin--fd72d3e60cdcec11a22000505685ee05>

Numil uzlaşma duyurusu: <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/numil-gida-urunleri-san-ve-tic-as-hakkin-38e4baa2f9fcec11a2270050568595ba>

Olka uzlaşma duyurusu: <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/olka-spor-malzemeleri-ticaret-a-s-ve-mar-7407fd690bfdec11a22400505685ee05>

DyDo Drinco uzlaşma duyurusu: <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/dydo-drinco-turkey-icecek-satis-ve-pazar-f74828ba9cfeec11a22400505685ee05>

Hayırlı Kozmetik uzlaşma duyurusu: <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/hayirli-el-kozmetik-pazarlama-a-s-hakkin-a108082ba611ed11a2280050568595ba>

Miele uzlaşma duyurusu: <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/miele-elektrikli-aletler-dis-ticaret-ve--66a9f0c6946ced11a23100505685ee05>

Korkmaz uzlaşma duyurusu: <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/miele-elektrikli-aletler-dis-ticaret-ve--66a9f0c6946ced11a23100505685ee05>

Natura Gıda uzlaşma duyurusu: <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/natura-gida-sanayi-ve-ticaret-as-hakkind-50cfa9b3956ced11a23100505685ee05>

		<p>Bu dosyalardan bazılarının birden çok tarafı bulunmaktadır. Bu durumun diğer bir anlamı, bu kararların tamamının (idari) yargı denetiminden çıkacak olmasıdır. Dolayısıyla Rekabet Kurulu kararları arasında giderek büyüyen bir alan içerisinde hiçbir yönüyle yargı denetimi yapılamayacaktır. Bu nedenle Rekabet Kurulunun uzlaşma nihai kararına itiraz edilip edilemeyeceği sorusunun ilerleyen dönemde giderek önem kazanacağını ve karara itiraz etmek isteyen kişilerin çeşitli araştırmalar içerisinde girilebileceğini düşünüyoruz. Konunun bu öneminden yola çıkarak bu tebliğ önerisinde, Rekabet Kurulunun uzlaşma nihai kararlarına karşı itiraz edilip edilemeyeceği öncelikle pozitif hukukumuz açısından Avrupa Birliği'ndeki düzenlemelerle mukayeseli olarak incelenecektir. Eğer itiraz edilebilecekse uzlaşma nihai kararında yer alan hangi unsurlar açısından bu itirazın yapılabileceği ve bunun hukuki gerekçelerinin neler olabileceği ele alınacaktır. Ardından söz konusu düzenlemeye ilişkin <i>de lege ferenda</i> gözlemlerimize yer verilecektir.</p>
8.	Rekabet Hukuku Perspektifinden Açık Finans Uygulamaları	<p>Uzunca bir süredir dünyada kabul gören geleneksel finans sisteminde, finansal aracı kuruluşlarının müşterileri hakkında elde ettiği verilerin üçüncü kişilerle paylaşılmaması esas olup, esasında geleneksel finans kuruluşlarının müşterilerinin verileri üzerindeki bu gücü, söz konusu kuruluşların pazar güçlerini de etkileyen önemli bir unsur olarak görülmektedir.</p> <p>Öte yandan, geleneksel finans sisteminin yerleşik kabullerinden tamamen farklı bir konsept sunan açık finans hizmetlerinde, müşterilere ait bu tür bilgiler müşterilerin verdiği onay doğrultusunda üçüncü taraf kurumundaki kurumların kullanımına açılmaktadır. Açık finans; bankacılık, sigortacılık, finansman veya yatırım hizmetleri gibi çeşitli finansal hizmetleri kapsayan çatı bir kavram niteliğinde olup, açık finansın öncü uygulamalarından biri "<i>açık bankacılık</i>"tır.</p> <p>Finans sistemindeki bu dönüşümü destekleyen en temel argümanlardan biri, geleneksel finans kuruluşlarının ellerindeki veri gücünün tekelleşmeye sebep olduğundan bahisle, özünde veri paylaşımına dayanan açık finans ve açık bankacılık uygulamalarının finansal hizmetler pazarında rekabeti arttıracığı beklentisidir. Nitekim, Rekabet Kurumu tarafından 2021 yılının Aralık ayında yayımlanan "<i>Ödeme Hizmetlerindeki Finansal Teknolojilere Yönelik İnceleme Raporu</i>"nda da finansal alandaki bu dönüşümün, finans ilişkili pazarlarda yerleşik oyuncuların yanı sıra yeni oyuncuların da hizmet sunmasını sağlayacağı ve rekabetin bir sonucu olarak tüketicilerin, daha fazla seçeneğe sahip olacağı, ürün ve hizmetlere daha uygun şartlarda erişebileceği belirtilmektedir.</p> <p>Temelinde veri paylaşımına dayanan bu konseptle birlikte "<i>birlikte çalışabilirlik (interoperability)</i>" ile "veri</p>

taşınabilirliği (data portability)” kavramları finans kuruluşlarının iş modellerinde gözetilen temel ilkeler haline gelmeye başlamıştır. Diğer taraftan, “*veri paylaşım usulü*” ile “*birlikte çalışabilirlik*” ve “*veri taşınabilirliği*” kavramlarının sınırlarının doğru belirlenememesi ve uygulanamaması halinde anti-rekabetçi etkilere sebep olabileceği hususunda endişeler de bulunmaktadır. Nitekim bu hususa Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan “*Competition Policy for the digital era*” başlıklı Raporda da yer verildiği gibi “*Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)*” tarafından yapılan muhtelif çalışmalarda da dikkat çekilmektedir.

Veri paylaşımının anti-rekabetçi etkilerinin en başında, rakipler arası koordinasyon riskinin artması ve bu doğrultuda yatay iş birliklerinin ortaya çıkma ihtimali gösterilebilir. Zira, rakipler arasında paylaşılan verilerin “rekabete duyarlı veri” niteliğinde olması halinde açık finansın rekabeti arttırıcı etkisi sorgulanabilecektir. Bununla birlikte müşterisinin verisini paylaşan finansal kuruluş ile veri paylaşımına aracılık eden teşebbüsün arasındaki ilişki dikey nitelikteyken, veri paylaşımına aracılık eden kuruluşun diğer finansal kuruluş ile benzer hizmetleri sunması yahut bu potansiyele sahip olması durumunda teşebbüsler birbirine rakip olabilecektir.

Dünya genelinde ülkeler tarafından farklı modeller uygulanmaya başlanmış olup bu bakımdan sektörün; Amerika Birleşik Devletleri (ABD)’nde ağırlıklı olarak piyasa hareketleriyle şekillendiği, Birleşik Krallık’ta ise “Competition and Markets Authority” tarafından yapılan düzenlenmelerle belirlendiği ve bu itibarla anılan ülke uygulamalarının iki uç örnek teşkil ettiği belirtilebilir.

Bu çerçevede Bildiri özetine konu işbu çalışma ile, geleneksel finans sistemini dönüştürücü güce sahip açık finans ve açık bankacılık kavramları çerçevesinde veri paylaşımının potansiyel anti-rekabetçi etkilerinin;

- i) ABD ve Birleşik Krallıkta uygulamalar incelenerek, bu kapsamda özellikle Birleşik Krallık’ta geleneksel bankacılık sistemindeki rekabet kaynaklı endişeleri gidermek amacıyla yapılan açık bankacılık düzenlemeleri ele alınarak,
- ii) Ülkemizde konuya ilişkin ilk ve tek nitelikli 20-55/767-340 sayılı Rekabet Kurulu Kararı incelemesine yer verilerek,
- iii) Son olarak ülkemizdeki açık bankacılık mevzuat ve uygulamasına değinerek, incelenmesi ve konuya ilişkin bir perspektif sunulması planlanmaktadır.

<p>9.</p>	<p>Dağıtım Kanalı Uygulamalarında “Şahin” Dönem: Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi ve Çevrimiçi Satış Kısıtlamalarına İlişkin Rekabet Kurulu Yaklaşımının Türkiye Pazar Koşulları Ekseninde Analizi</p>	<p>Son yıllarda, Rekabet Kurulu tarafından, yeniden satış fiyatının belirlenmesi (YSFB) kapsamında çok sayıda soruşturma açılmakta ve soruşturmalarda iki konu özellikle dikkat çekmektedir. Bunlardan ilki YSFB meselesinde Kurul’un katı bir biçimde amaç yönünden (<i>per se</i>) yasaya aykırılık kuralı uygulamasıdır. Dikkat çeken diğer konu ise, Kurul’un YSFB ile çevrimiçi satışların kısıtlanmasını birbirini tamamlayan adeta tek bir ihlal gibi ele almasıdır. Örneğin hem Groupe SEB hem de Arnica kararlarında Kurul, YSFB ve distribütörlerin çevrimiçi satışlarının kısıtlanmasını tek bir ihlal olarak nitelendirmiş ve ilgili teşebbüslerin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4. maddesini ihlal ettiğine hükmetmiştir. Bu kararların hemen ardından gelen BSH Muafiyet Kararında ise Kurul, çevrimiçi satışlara ilişkin yaklaşımını bir adım daha öteye taşıyarak, yetkili satıcıların çevrimiçi pazaryerleri üzerinden satış yapmalarını yasaklayan sözleşmelere muafiyet tanımamıştır.</p> <p>Kurul’un çevrimiçi satışlara yaklaşımını, sağlayıcılar karşısında dağıtıcıları/yeniden satıcıları güçlendirmeyi ve marka içi rekabeti de artırmayı hedefleyen bir politika tercihi olarak yorumlamak mümkündür. Genel amacın bu olduğu kabul edilse de, bu politika tercihi belli açılardan incelenmelidir. Öncelikle Kurul’un yaklaşımı, sağlayıcıların dağıtım kanalları üzerindeki kontrolleri hakkındaki AB uygulamasına göre farklılaşmaktadır. Örneğin AB, çevrimiçi pazaryerleri üzerinden satış yasakları konusunda sağlayıcılara daha geniş haklar tanımaktadır. AB’de hal böyle iken Kurul’un daha katı bir tutum belirlemesinin nedenleri, YSFB ile tek bir ihlalin varlığı ve Türkiye pazarına ilişkin koşullar, yani çevrimiçi satış kanallarının perakende ticaret ve tüketici tercihleri içindeki konumu da göz önüne alınarak analiz edilerek rekabet hukuku açısından ne derece isabetli olduğu tartışılmalıdır.</p> <p>Bu noktada önemle vurgulanması gereken konu ise çevrimiçi satış yasakları ile YSFB arasında var olduğu kabul edilen sıkı ilişkidir. Yine dünya uygulamasından farklılaşan bu kabulün gerekçeleri kadar sonuçları da tartışmaya değerdir. Yeniden satış fiyatına ilişkin katı yorum ile birleştiğinde, çevrimiçi satış yasakları da adeta bir <i>per se</i> ihlal niteliğine bürünmektedir. Çevrimiçi reklamlar dahil, çevrimiçi pazaryerleri üzerinden algoritmalar vasıtasıyla tüketicinin karşısına çıkan neredeyse tüm satış ilanları aktif satış niteliğindedir. Fakat, rekabet hukuku bağlamında internet bölgelere ayrılmadığından veya rekabet otoriteleri çevrimiçi pazaryerlerinin işleyiş şemasını fiziki dağıtım kanalları şeması gibi çıkarmadığından, bu tip aktif satışlar da pasif satış olarak ele alınmakta, rekabet hukukunun uygulanması açısından gri bir bölge ortaya çıkmaktadır. Bütün çevrimiçi satışların pasif satış sayılamayacağı açıkken, bu uygulamanın açık ve ağır ihlal tanımı kapsamında değerlendirilen YSFB ile birlikte ele alınması önemli bir sorun teşkil etmektedir.</p>
-----------	--	--

		<p>Sonuç olarak, Rekabet Kurulu'nun son dönemde sağlayıcıların dağıtım modellerine dair daha "şahin" olarak nitelendirilebilecek yaklaşımının;</p> <ul style="list-style-type: none">i) Etki temelli yaklaşımı göz ardı eden katı bir YSFB analizinin sürdürülebilir olup olmadığı,ii) Çevrimiçi satış kanalları ile YSFBnin birlikte ele alınmasının Türkiye koşullarında isabetli bir tercih olup olmadığı,iii) Çevrimiçi pazaryerlerinden satışlara ilişkin AB uygulamasından farklılaşan yaklaşımın sonuçları itibarıyla Türkiye'ye uygun olup olmadığı <p>hususları ekseninde değerlendirilmesi önem arz etmektedir.</p>
10.	Killer Acquisitions: Is Digital Markets Act of the EU Enough to Solve the Problem?	<p>Killer acquisitions are one of the most significant problems that the EU internal market faces as they allow incumbent firms to acquire nascent firms before they become competitive threats and without control of the European Commission. Among other negative effects on effective competition, the most detrimental influence of killer acquisitions is seen on innovation. Until today, too much attention has been given to capturing the killer acquisitions, which are below turnover thresholds, to prevent those concentrations. Significant progress has been made regarding the EU internal market thanks to the <i>Guidance on Article 22 of the EUMR</i> ("Guidance") of the European Commission ("EC") and the <i>Digital Markets Act</i> ("DMA"). The Digital Markets Act brought notification obligations for any acquisition of gatekeepers regardless of whether thresholds are met or not. Even though this is an important improvement, there are further steps that need to be taken.</p> <p>Firstly, it is not certain whether the EU Member States ("Member States") will apply the referral system and execute it. There might be cases where the EC is notified by gatekeepers about the concentration, but it cannot examine it as the Member States do not ask. Secondly, this ambiguity creates uncertainty for merging parties. Lastly, even if the Member States execute the referral system, merely capturing all acquisitions of gatekeepers does not mean the market contestability will be ensured thoroughly since there are problems with the control of digital mergers by the EC. Regarding the last point, the first problem is the burden of proof, and the second problem is related to behavioural remedies, which have been increasingly applied by the Commission in recent years with regard to the acquisitions of gatekeepers. <i>Facebook/WhatsApp</i> and <i>Google/Fitbit</i> decisions of the EC shall be delineated to illustrate these two problems.</p> <p>To address the abovementioned two problems and prevent killer acquisitions in digital markets, in addition to DMA's</p>

		<p>and the Guidance's provisions, there are two steps need to be taken: (i) the burden of proof should be shifted to parties in merely gatekeepers' acquisitions and in terms of innovation theory of harm, as it is more difficult for the EC to prove given the information asymmetries, but should remain on the EC with regards to other theories harms like entry barriers, price, network effects, consumer welfare, etc.; (ii) the EC should be stricter to ensure the effectiveness of merger remedies and be more suspicious about the firms' efficiency arguments as the behavioural merger remedies might not be effective to stop killer acquisitions in digital markets.</p>
11.	<p>Öldürücü Devralmaları Önlemek: 2010/4 sayılı Tebliğ'de Getirilen Yeni Düzenlemelere Dünya Pratiği Kapsamında Bir Bakış</p>	<p>Kökeni ilaç sektörüne dayanan öldürücü devralma işlemleri, özellikle teknoloji sektörlerinde sıklıkla yaşanmaya başlanan start-up devralmaları neticesinde, son yıllarda rekabet hukuku camialarında sıklıkla tartışmalara konu olmaktadır. Dünyanın çeşitli ülkelerinde rekabet otoriteleri bu tip yoğunlaşma işlemleri denetleyebilmek adına yeni düzenlemeler getirmekte, bu anlamda önemli kararlara imza atmaktadır. Ülkemiz de yakın zamanda 2010/4 sayılı Tebliğ'de yapılan değişiklik ile bu kervana katılmıştır.</p> <p>Sunumumuzda bu kapsamda ilk olarak, yurtdışında benzer amaçlarla getirilen düzenlemeleri tüm boyutlarıyla tartışacağız. Bu doğrultuda özellikle Almanya, Avusturya, Japonya, Güney Kore, Çin örneklerine değineceğiz. Alman rekabet otoritesine tesis edilen, belirli koşulların gerçekleşmesi kaydıyla dilediği sektördeki yoğunlaşma işlemini denetleyebilme yetkisine değinirken Avusturya bakımından Facebook/Giphy kararını örnek vermek suretiyle, getirilen yerel bağlantı testini ele alacağız. Japonya'da öngörülen işlem değeri eşğine işaret ederken Çin'de düzenlenen işlem bildirim talebinden bahsedecek, Güney Kore özelinde ise yerel bağlantı testine odaklanacağız. Avrupa Birliği ("AB") bakımından ise, 2014 tarihli Facebook/Whatsapp kararı ile başlayan tartışmalara ve uygulama alanı genişletilen AB Tüzüğü'nün 22. Maddesindeki sevk sisteminin ilk örneğini teşkil eden İllumina/Grail kararına değineceğiz. Bunlara ilaveten; başta İsveç, Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada olmak üzere, çeşitli yargı alanlarında mevcut ex post düzenlemelerin yerindeliğini ve bu tip bir yaklaşımın sebep olduğu dezavantajların Norveç modeli benimsenerek giderilip giderilemeyeceğini de tartışacağız. Son olarak, özellikle dijital pazarlardaki yoğunlaşma işlemleri bakımından mevcut zarar teorilerinin yeterliliği hakkındaki görüşleri kısaca özetleyeceğiz.</p> <p>Sunumumuzun ikinci bölümünde, 2010/4 sayılı Tebliğ'de yapılan değişiklik kapsamında getirilen yenilikleri ayrıntı olarak ele alacak, akabinde bu düzenlemeleri tüm boyutlarıyla tartışacağız. Bu kapsamda öncelikle; teknoloji teşebbüsleri tanımı bakımından sınırlı sayıda ve genel ifadelerle daraltılan uygulama alanını, rekabet otoritelerine daha geniş yetkiler tesis edilmiş dünya uygulaması ile karşılaştırarak ele alacağız. Bu doğrultuda, Almanya ve Çin'de</p>

		<p>uygulamaya konulan veya Birleşik Krallık'ta getirilecek yeni düzenlemedeki gibi daha geniş yetkiler tesis eden mevzuatlardan ve yine Almanya, Avusturya, Japonya, Güney Kore örneklerinde olduğu gibi ciro eşiklerine ek olarak getirilen işlem tutarı bazlı bildirim yükümlülüklerinden ve bunların olası fayda ve zararlarından bahsedeceğiz. Akabinde, 2010/4 sayılı Tebliğ Madde 7(2)'de düzenlenen yerel bağlantının nasıl tespit edileceğine yönelik mevcut belirsizlikler ve madde hükmündeki birtakım tutarsızlıklara dikkat çekeceğiz. Bu doğrultuda yine Güney Kore, Almanya ve Avusturya başta olmak üzere dünya uygulamasından örnekler vermek suretiyle teşebbüsler nezdinde hukuki belirliliğin temini ve Kurul kaynaklarının etkin kullanımı için ne gibi aksiyonlar alınabileceğine değineceğiz. Son olarak, bu tip yoğunlaşma işlemlerinin rutin olarak engellenmesinin uygulamada yol açabileceği problemlere işaret edeceğiz. Bu anlamda Almanya, Avusturya, Japonya, Kore örneklerindeki gibi işlem değeri eşiği veyahut Kore pazarı faaliyet testindeki gibi alternatif düzenlemeleri ülkemizdeki düzenlemeler ile kıyaslayacağız.</p> <p>Son olarak, 2010/4 sayılı Tebliğ'de yapılan değişikliğin sebep olabileceği belirsizliklerin giderilmesi adına atılabilecek adımlara ilişkin yorum ve önerilerimizi, yine dünya uygulamasından örnekler vermek suretiyle tartışmaya açacağız.</p>
12.	Veri Taşınabilirliği- Dünya Pratiğine Karşılaştırmalı Bir Bakış	<p>Verinin dijital pazarlar bakımından önemi giderek artmakta, buna bağlı olarak veri taşınabilirliğinin engellenmesi önemli rekabet sorunlarından biri haline gelmektedir. Dijital pazarların başta ağ etkileri, ölçek ekonomileri, veriden kaynaklı ölçek ve kapsam ekonomileri, geçiş maliyetleri ve kitlenme etkileri olmak üzere bazı karakteristik özellikleri sebebiyle veriye erişim ise bu pazarlarda güçleşmektedir. Buna karşın, veri taşınabilirliğinin pazarda rekabetin sağlanması açısından önemi çeşitli yerlerde sıklıkla vurgulanmaktadır.</p> <p>Veri taşınabilirliğini tüm boyutları ile ele almayı hedeflediğimiz bu sunumumuzda, ilk olarak veriye erişim hususunun yasal çerçevesini ele alacak verinin fikri mülkiyet boyutuna kısaca değineceğiz. İlgili mevzuat uyarınca, veri tabanlarının korumasına ilişkin esaslar ve <i>sui generis</i> hak korumasından bahsederken fikri mülkiyet hukuku ile rekabet hukuku arasındaki ilişkiyi genel hatlarıyla açıklayacağız. Akabinde, verinin rekabet hukuku bakımından öneminin altını çizecek veri taşınabilirliği sağlanmasının pazardaki rekabet üzerindeki etkilerini, tüm boyutlarıyla ortaya koyacağız. Bu bağlamda, veri taşınabilirliğine getirilen kısıtlamaların olası tüm sonuçlarını aktaracak; getirilen kısıtlamalara yönelik tüm eleştirileri, Furman Raporu ve Birleşik Krallık Rekabet Otoritesi'nin tamamlayıcı nitelikteki tavsiye raporunda yer alan görüşleri de aktarmak suretiyle etraflıca değerlendireceğiz.</p> <p>Sunumumuzun ilerleyen bölümünde, dijital pazarda rekabetin gelişmesi için veri taşınabilirliğine yönelik atılan</p>

		<p>adımları, başta Avrupa Birliği'nde Dijital Piyasalar Yasası, Amerika Birleşik Devletleri'nde ACCESS Yasası, Alman Rekabet Kanunu'ndaki değişikliğe yer vermek suretiyle örneklendirirken Fransa, İtalya, Hollanda ve İngiltere'deki gelişmelere de değineceğiz. Akabinde 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da yapılan değişiklik ile getirilen ek yükümlülüklerden bahsedeceğiz. Türk rekabet hukuku bakımından ise, 4054 sayılı Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Düzenleme Taslağı'ndaki düzenlemeleri ele alacağız. Nihayetinde, veri taşınabilirliğine ilişkin getirilen bu öncül yükümlülüklerin olumlu, olumsuz yönlerini ve yerindeliğini aktardığımız dünya pratiği ile karşılaştırmalı olarak tartışacağız.</p> <p>Sunumumuzda son olarak, veri taşınabilirliğine yönelik sınırlamaların rekabet hukukunda ele alınış biçimini Türk Rekabet Kurulu ("Kurul") ve yabancı rekabet otorite kararlarına yer vermek suretiyle aktaracağız. Bu anlamda, Kurul'un veri taşınabilirliğine ilişkin yükümlülük tesis ettiği, kapsamlı değerlendirmeler barındıran Nadir kitap kararını tüm boyutları ile inceleyeceğiz. Akabinde, Avrupa Komisyonu'nun Facebook/Whatsapp, Sanofi/Google/DMI JV, Microsoft/Linkedin ve Verizon/Yahoo kararları; Kanada Rekabet Otoritesi ve Federal Ticaret Komisyonu'nun Google soruşturmaları başta olmak üzere konuya ilişkin uluslararası uygulamaları ele alacağız.</p>
13.	Arama Motorlarında Reklam Vermeme Anlaşmalarının Rekabet Hukuku ve Fikri Mülkiyet Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi	<p>Arama motoru reklamcılığı kapsamında kullanılan yöntemlerden biri olan anahtar kelime reklamcılığı gerek teşebbüsler gerek tüketiciler nezdinde giderek daha da fazla öneme sahip olmuştur. Dijital pazarlamanın bir çeşidini teşkil eden bu tip reklamcılık hizmetleri; sınai mülkiyet hukuku ile korunan marka hakkı ve rekabet hukuku disiplinleri kapsamında birtakım soru işaretlerini de beraberinde getirmektedir. Üçüncü kişinin tescilli markasının veya tescilli olmasa bile ilgili markayı andıran kelime öbeklerinin arama motorunda kullanımı, mahkemeler nezdinde markaya tecavüz ve/veya haksız rekabet olarak nitelendirilirken, aynı konunun engellenmesine yönelik akdedilmiş anlaşmalar da Rekabet Kurumu nezdinde açık/ağır ihlal teşkil eden müşteri/bölge paylaşımına yönelik anlaşmalara eş değer görülebilmektedir. Kurulun Modanisa kararı ile ilk kez ortaya koyduğu bu yaklaşım; ikinci el araçların çevrim içi alım satımının yapıldığı siteler arasında akdedilen sulh anlaşmalarına yönelik halihazırda yürütülen soruşturma dikkate alındığında, korunacak gibi görünmektedir.</p> <p>Sunum kapsamında ilk olarak konunun gelişiminden başlayarak fikri mülkiyet hukuku ve rekabet hukukunun uzun yıllardır süregelen etkileşiminden bahsedecek, bu iki disiplinin ilişkisine yönelik doktrindeki zıt görüşlere değineceğiz. Akabinde, anahtar kelime reklamcılığı kapsamında akdedilen reklam kısıtlama anlaşmalarının farklı çeşitlerini ele alacak, tarafların bu tip anlaşmalar yapmaktaki motivasyon ve gerekçelerini tartışacağız. İkinci olarak, farklı çeşitteki</p>

		<p>reklam kısıtlama anlaşmaları arasında dar kapsamlı markaya reklam vermeme anlaşmalarından negatif eşleme anlaşmalarına doğru arttığı belirtilen rekabeti kısıtlayıcı etkiden söz edeceğiz. Bu aşamada, marka hukuku koruması ile ilgili sulh sözleşmelerinin rekabetçi kısıtlayıcı etkisini, bu tip sözleşmelerin markalar arası rekabeti azalttığı endişesine yer vererek ele alacağız. Bu kapsamda başta İngiltere Rekabet Otoritesi'nin ("CMA") "Çevrim İçi Platformlar ve Dijital Reklamcılık" konulu sektör araştırması ve Kurulun farklı hukuku menfaatler arasındaki hukuki dengenin titiz bir şekilde tesis edildiği, kılavuz niteliğindeki içtihadı Modanisa kararı olmak üzere çeşitli değerlendirmeleri aktaracağız.</p> <p>Sunumun devamında, reklam kısıtlama anlaşmalarına yönelik olarak rekabet hukuku mevzuatı ile marka hukuku mevzuatı arasındaki hassas dengenin nasıl tesis edileceğine yönelik doktrin, rekabet otoriteleri ve mahkeme kararlarından çeşitli değerlendirmelerden bahsedeceğiz. Bu anlamda başta farklı hukuki menfaatler arasındaki dengenin titiz bir şekilde tesis edildiği Kurulun Modanisa kararı olmak üzere, Avrupa Komisyonu'nun Guess kararı, Federal Ticaret Komisyonu'nun 1-800 Contacts kararı ve Hindistan Rekabet Komisyonu'nun Google Adwords kararları olmak üzere farklı rekabet otoritelerinin çeşitli içtihatlarını inceleyeceğiz. Akabinde, terazinin diğer kefesindeki mahkemelerin değerlendirmelerine geçecek, yine başta Yargıtay ve Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi olmak üzere, Avrupa Birliği Adalet Divanı, Amerika Birleşik Devletleri Temyiz Mahkemesi'nin ilgili kararlarına işaret edeceğiz.</p> <p>Sunumumuzun sonuç kısmında, anahtar kelime reklamcılığını sınırlayan marka sulh anlaşmaları arasından özellikle negatif eşleme anlaşmalarının, Sınai Mülkiyet Kanunu'nun hak sahiplerine tanıdığı marka korumasını aşp aşmadığına yönelik Kurul ve mahkeme içtihatları ışığında, konuya ilişkin yorum ve önerilerimizi aktaracağız.</p>
14.	AB Pazar Tanımı Bildirimi Taslağı ve Dijital Pazarlardaki Gelişmeler Işığında İlgili Ürün Pazarının Tanımlanması	<p>İlgili pazarın tanımlanması rekabet analizinin ilk adımını oluşturan ve teşebbüsler arası rekabetin sınırlarını belirleyen bir araçtır. Pazarın doğru tanımlanması; başta teşebbüslerin pazar paylarının hesaplanması, muafiyet analizi, hakim durum tespiti, birleşme ve devralmalardan kaynaklı rekabet karşıtı etki analizi gibi birçok hususta belirleyici unsur niteliğinde olmaktadır. Her ne kadar kavram eski ve alışıldık olsa da kavramın sınırları ve uygulamasının bugüne kadar ağırlıkla içtihatlarla geliştiği görülmektedir. Son yıllarda ise özellikle dijital platformların yaygınlaşması ve pazarın sınırlarının hızlı bir değişime uğraması sonucu pazarın tanımlanması daha da girift ve zor bir konu haline evrilmiştir. Bu gelişmelere dayalı olarak Avrupa Komisyonu geçtiğimiz günlerde Pazar Tanımı Bildirimi Taslağı'nı ("Taslak") kamu görüşlerine açarak pazarın tanımlanmasına ilişkin düzenlemenin kapsamını genişletti ve uygulama esaslarını belirledi.</p>

	<p>Önerilen Taslak ile pazar tanımının, yeni gelişen ve yüksek inovasyonun hakim olduğu dijital pazarlardaki uygulamasının nasıl yapılacağı konusunda düzenlemeler öngörülmekte, yeni kavramlar tanıtılmaktadır. Örneğin Taslak (i) varsayımsal ikamenin, (ii) önemli farklılaşmanın, (iii) fiyat ayrımcılığının, (iv) AR-GE'ye yönelik önemli yatırımların, (v) çok taraflı platformların ve (vi) ardıl pazar, bağlama ve dijital ekosistemlerin varlığı durumlarında pazar tanımının nasıl yapılacağına dair spesifik hükümler öngörmekte, fiyat dışı unsurlar olarak inovasyon ve kaliteye vurgu yapmaktadır. Sunum kapsamında öncelikle anılan Bildirim Taslağı ile getirilmek istenen söz konusu yeni düzenlemelerin tüm yönleriyle tartışılması planlanmaktadır.</p> <p>Bilindiği üzere, pazarın tanımlanması sırasında ilgili ürün pazarının belirlenmesine yönelik konvansiyonel yaklaşımda talep ikamesi, arz ikamesi ve potansiyel rekabet kriterleri esas alınmaktadır. Sunum kapsamında, Taslak ile getirilen yeni kavramlar ve bakış açılarının da yardımıyla, anılan konvansiyonel yaklaşımın dijital dünyada doğurabileceği sorulara cevap aranması planlanmaktadır. Bu soruların başlıcaları aşağıda belirtilmiştir:</p> <ul style="list-style-type: none">i Bir pazarın çok taraflı kabul edilebilmesi için aranan kriterler nelerdir? Platform gibi çok taraflı pazarların söz konusu olduğu durumlarda her bir taraf için farklı pazarlar mı tanımlanmalı yoksa bütün alıcıları kapsayan tek bir pazar mı tanımlanmalı? Her iki yaklaşımın doğurabileceği olumlu/olumsuz etkiler nelerdir?ii Geçmiş kararlarda örnekleri görülen SSNDQ testi²¹ gerçekten de doğru alternatif mi? Günümüze kadar otoriteler SSNDQ testini uyguladığı kararlarda bu testi sağlıklı bir şekilde uygulayabildiler mi? SSNDQ testinin esas alınması devam eden süreçte tek başına yeterli olacak mı?iii Pazar tanımı AB ve muhtelif ülkelerde yürürlüğe giren platformlara yönelik düzenlemelerde ve geçtiğimiz günlerde görüşlere açılan RKHK'da değişiklik yapılmasına dair tasarı kapsamında nasıl değerlendirilmelidir? Düzenlemelerle getirilen temel platform hizmetlerinin tanımlanmasında hangi geçmiş kararlar esas alındı? Eğer bu tanımlamalar yapılırken ilgili ürün pazarına ilişkin kavramlar dikkate alınsaydı farklı sonuçlara ulaşılması mümkün müydü?iv Ülkemizde de Taslak ile getirilmesi planlanan değişikliklere benzer bir değişiklik ihtiyacı mevcut mudur?
--	---

²¹ Yüksek inovasyon ve sıfır gelirli pazarlar gibi fiyat dışında unsurların ön plana çıktığı pazarların tanımlanmasında temel parametre olarak fiyatı alan SSNIP (small but significant non transitory increase in price) testinin yetersiz kalmasına karşılık SSNDQ (small but significant non transitory decrease in quality) testi tercih edilebilmektedir. SSNIP testinde varsayımsal bir tekelin fiyatlarda gerçekleştireceği küçük ama önemli ve kalıcı bir fiyat artışı yaptığında ne gibi sorunlarla karşılaşabileceğinin cevabı aranırken SSNDQ testinde kalitede gerçekleşecek küçük ama önemli ve kalıcı bir azalmanın sonuçları değerlendirilmektedir.

		<p>İkame analizi açısından yeni Taslak neler öneriyor?</p> <p>Yukarıda belirtilen kavram ve sorular doğrultusunda, sunumun konuya ilişkin Kurul ve mukayeseli hukuk karar örnekleri ile de desteklenerek inceleme kapsamının geniş tutulması planlanmaktadır.</p>
15.	Dijital Dünyanın Yeni Aktörü: Oyun Endüstrisinde Rekabet Hukuku Uygulamaları	<p>Oyun endüstrisinin 2021 yılında 173 milyar dolar değerinde bir pazar haline gelmesi (2027’de bu rakamın 314 milyar dolara gelmesi beklenmektedir) ile birlikte rekabet otoriteleri de pazarı kontrol altına alma eğilimine girmiştir. Son dönemde özellikle İngiliz rekabet otoritesi CMA’in ve AB Komisyonu’nun Microsoft’un Activision’ı devralmasına yönelik rekabet karşıtı endişeleri sebebiyle aldığı kararlar ile rekabet hukuku spotlarının bir süre daha bu hızla büyüyen ve tartışmalara sebep olan alana odaklanması beklenmektedir. Aynı zamanda oyun platformlarının çift taraflı pazar yapısı ve çevrimiçi aracılık hizmetleri sunmaları sebebiyle son dönemde platform ekonomilerine yönelik DMA başta olmak üzere Dünya genelinde olduğu gibi Türkiye’de de devam eden yasama süreçleri kapsamında sektörün analiz edilmesini amaçladık.</p> <p>İlk olarak ürünlerin kompleks yapısı ve pazar tanımına yönelik alt kısımlar gözetilerek pazarın tanımlanmasına ilişkin problemler incelenecek, mevcut içtihatla bilgisayar, konsol ve mobil cihazlar şeklinde yapılan ayırımın yeterli olup olmadığı, bulut oyun hizmetlerinin pazar tanımını muğlaklaştıran etkisiyle birlikte, tartışılacaktır. Bunun yanı sıra oyunların ölçeği (AAA, AA ve bağımsız yapımlar gibi), ürünün kullanımı sırasındaki oyuncuların sayısı (tek oyunculu, çoklu oyunculu gibi) veya oyun türleri başta olmak üzere pazar tanımına etki edebilecek çeşitli kriterler değerlendirilecektir.</p> <p>Pazarın tanımlanmasının mukabilinde pazar gücüne etki eden ağ etkisi (CMA Microsoft/Activision kararında da vurgulanan sosyal altyapılar ve çok oyunculu yapımlar özelinde kullanıcıların arkadaşları ile aynı platforma yer almak istemesi), birlikte işlerlik (uygulama içi satın almalar ve komisyon oranları dahil ödeme sistemleri), çoklu erişim, kullanıcı alışkanlıkları (özellikle oyunların yapısal özelliklerinden kaynaklanan) gibi kavramların da bu pazar bağlamında incelenmesi planlanmaktadır. Bu tespitle paralel bir şekilde hakim durum tespiti ve buna dayalı olarak platform sağlayıcılarının hem kendi oyunlarına hem de üçüncü taraf geliştiricilerin oyunlarına yönelik uyguladığı fiyat politikalarının (CMA’in Sony’ye yönelik açtığı soruşturmada olduğu gibi) aşırı veya yıkıcı fiyatlandırma kapsamında değerlendirilmesi gibi olası kötüye kullanma hallerinin incelenmesi planlanmaktadır.</p>

		<p>Akabinde oyunların dağıtımında yaşanan değişimlerin rekabet hukuku bağlamında değerlendirilmesi amaçlanmaktadır. Geleneksel fiziki dağıtım tamamen yok olmasa da eski ağırlığını kaybetmiş, bu süreç de teknolojik gelişmelerle paralel bir şekilde dijitale taşınmıştır. Bilgisayar tarafında pazarda platform hizmeti sunan mevcut oyuncuların yanı sıra pazara yeni giren oyuncuların oyunların dağıtımının dijitale taşınmasıyla birlikte ek bir maliyete katlanmak zorunda olmamalarının da etkisiyle pazar payı elde etmek için kullandığı ücretsiz ürün tedariki veya platformun tanınırlığını sağlama amacıyla oyunlara erişim için platform üyeliğini zorunlu tutma gibi bağlama uygulamaları da rekabet hukuku kapsamında problemlenebilecektir. Pazarda muhtelif aktörlerin yalnızca oyun geliştirdiği veya oyun dağıttığı ya da her ikisini birlikte gerçekleştirdiği görülmektedir. Buna bağlı olarak da gerek kendi gerekse de üçüncü taraf oyunlarının yalnızca belirli platformlarda satışa sunulması şeklinde görülen münhasırlık uygulamalarının sebep olduğu pazar kapama etkilerinin ve platform sağlayıcıların kendi oyunları üzerindeki kendini kayırma eylemlerinin de incelenmesi planlanmaktadır. Son dönemde popülerleşen aylık abonelik sistemlerinin etkisiyle dağıtım stratejileri de değişime uğramaktadır. Türkiye pazarında ağırlıklı olarak mobil tarafta olsa da pazarın genelinde sıklıkla yaşanan birleşme devralma işlemlerinin ise (Türkiye 2022 içerisinde 333 milyon dolar işlem hacmi ile Avrupa'nın zirvesinde yer almaktadır) teknoloji teşebbüsü kavramı kapsamında incelenmesi gerekmektedir.</p> <p>Sunum kapsamında son olarak bugüne kadar oyun sektörü ile ilgili yerli ve yabancı içtihatlarda tespit edilen rekabet sorunlarını inceleme amacıyla Epic V Apple, dağıtım ağlarını inceleyen Wolfire v Valve, coğrafi sınırlama kapsamında Komisyon'un Valve kararları ile Kurul'un konuya yüzeysel olarak değindiği Oyun&Tüketici Elektronik kararının incelenmesi amaçlanmaktadır.</p>
16.	Eski Bir Kavramın Yeni Uygulaması: Birlikte İşlerlik	<p>Dijital pazarlardaki aktörlerin faaliyet gösterdikleri alanlarda sahip oldukları ölçek ekonomileri ve ağ etkileri sebebiyle hızla pazar payı kazanmaları bu aktörlere yönelik rekabetçi endişeleri de beraberinde getirmiştir. Buna bağlı olarak muhtelif ülke ve uluslar üstü kurumlar anılan aktörlerin faaliyetlerini kontrol etme amacıyla öncül düzenlemelere gitme yolunu tercih etmiştir. Bu düzenlemeler kapsamında geçmiş rekabet hukuku içtihadında da uygulama alanı bulmuş kavramlardan biri olan birlikte işlerlik kavramının esasen rekabet hukukunun yeni dönemdeki amaçlarından biri olan "adil" ve "yarışılabilir" pazarların oluşturulmasına "standardizasyon" odaklı bir yaklaşımla hizmet etmesi hedeflenmektedir.</p> <p>Son dönemde platformlara yönelik getirilen DMA ve muadili düzenlemelerle birlikte ülkemiz rekabet mevzuatındaki değişiklik tasarısında da platformlara yönelik tanımlanan yükümlülüklerle birlikte işlerlik de dahil edilmiştir. Sunum</p>

kapsamında düzenlemelerin ve güncel tasarı bünyesinde öncül bir yükümlülük olarak tanımlanan bu kavramın içeriğinin ve kapsamının detaylandırılması planlanmaktadır.

Birlikte işlerlik kavramının farklı alt başlıklarda incelenmesi ve bu bağlamda ilk ayrımın dikey ve yatay birlikte işlerlik olarak yapılması mümkündür. Yatay birlikte işlerlik aynı seviyedeki ürün ve hizmetlerin birlikte işlemesi (WhatsApp ve iMessage mesajlaşma uygulamaları veya telekomünikasyon operatörleri arasında birlikte işlerliğin sağlanması gibi) anlamına gelirken dikey birlikte işlerlik farklı seviyedeki ürün ve hizmetlerin birlikte işlemesini (farklı uygulama mağazalarının aynı işletim sisteminde çalıştırılması veya farklı kimlik tanıma sistemlerinin bir siteye veya dijital hizmete erişirken kullanılmasına izin verilmesi) karşılamaktadır. Yatay birlikte işlerlik genellikle rakipler arasında söz konusu olurken esas fonksiyonu doğrudan ağ etkisinin paylaşılmasıdır. Dikey birlikte işlerlik ise dikey bütünleşik teşebbüslerde olabileceği gibi platformlar arası da mevzu bahis olabilir. Aynı zamanda birlikte işlerliğin protokol birlikte işlerliği, veri birlikte işlerliği (Nadirkıtap kararında olduğu gibi) ve tam protokol birlikte işlerliği olarak veya simetrik ve asimetrik birlikte işlerlik olarak ayrıştırılması mümkündür. Sunum kapsamında birlikte işlerliğin alternatif sınıflandırmalarının ve örneklerinin incelenmesi planlanmaktadır.

Birlikte işlerlik ile yerleşik teşebbüslerin sahip olduğu ağ etkilerinin rakip teşebbüslerce de kullanılması mümkün olabilecek, teşebbüsler ağ etkisinden kalite ve inovasyon gibi unsurlarda rekabet etmeye odaklanabilecektir. Bu sayede pazara giriş engelleri devre dışı kalabilecek, standardizasyon sebebiyle teşebbüsler arası kalite farklarının etkisi azalabilecek, pazardaki etkinlik artabilecektir. Fakat birlikte işlerliğin sağlanması teşebbüsler nezdinde yüksek maliyetlere de sebep olabilecek, kullanıcıların çoklu erişim imkanını kısıtlayabilecektir. Aynı zamanda birlikte işlerlik ile teşebbüslerin inovasyon güdülerinin azalması ile fikri mülkiyet haklarına ve ticari sırlara hanel gelmesi de söz konusu olabilecektir. Sunum kapsamında kavramın rekabet yanlısı ve karşıtı etkilerinin değerlendirilerek böylesine bir yükümlülüğün öncül nitelikte öngörülmesinin pazardaki rekabetin sağlanması için gerekliliğinin tartışılması planlanmaktadır. Anılan düzenlemelerin olmadan da otoritelerin içtihatlarında bu hususu *Microsoft* ve *Android* kararlarında olduğu gibi hakim durumun kötüye kullanılması üzerinden değerlendirmesi de mümkündür.

Sunum kapsamında son olarak Hollanda'daki Haziran 2022 tarihli Apple kararı, ABD'deki Epic v. Apple dosyası ve Komisyon'un Apple Mobil Ödeme dosyaları başta olmak üzere Kurul ve mukayeseli hukuk kararlarıyla desteklenerek incelenmesi planlanmaktadır.

<p>17.</p>	<p>Uzlaşma Prosedürü Kapsamında Uzlaşmadan Beklenen “Usuli Faydalar”</p>	<p>Uzlaşma, rekabeti sınırlayıcı anlaşma veya uyumlu eylemlerin tarafı olan teşebbüslerin, soruşturma kapsamındaki rekabet ihlalinin varlığını kabul etmeleri karşılığında Rekabet Kurulunca (“Kurul”) kendilerine uygulanacak idari para cezasında belli bir oranda indirim elde etmelerine imkân sağlayan bir müessesedir. Uzlaşma sürecinin akıbetini belirleyen en önemli hususlardan biri de uzlaşmadan beklenen “usuli faydalar”ın gerçekleşmesidir. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun uyarınca “<i>Soruşturmaya başlanmasından sonra Kurul, ilgililerin talebi üzerine veya resen, soruşturma sürecinin hızlı bitirilmesinden doğacak <u>usuli faydaları</u> ve ihlalin varlığına veya kapsamına ilişkin görüş farklılıklarını göz önüne alarak uzlaşma usulünü başlatabilir.</i>” (m.43/5).</p> <p>Uzlaşma Yönetmeliğinde “<i>Kurul, uzlaşma usulünün başlatılmasında, soruşturma sürecinin hızlı bitirilmesinden doğacak <u>usuli faydaları</u> ve ihlalin varlığına veya kapsamına ilişkin görüş farklılıklarını dikkate alır</i>” hükmüne yer verilmiştir (m.4/2). Yine Uzlaşma Yönetmeliğinde Kurulun, diğerleri meyanında, “<i>uzlaşma sürecinden beklenen <u>usuli faydanın sağlanamayacağı</u>”</i> anlaşılması halinde uzlaşma sürecini sonlandırmaya yetkili olduğu ifade edilmiştir (m.4/6-(a)). Uzlaşma başvurusunun kabulünün Kurulun takdirinde olması ve uzlaşma talebinin reddi halinde bu karara karşı yargı yoluna gidilmesinin mümkün olmaması dikkate alındığında, uzlaşmadan beklenen usuli faydaların gerçekleşmesinin önemi daha iyi anlaşılmaktadır.</p> <p>Uzlaşma sürecinin gerek başlatılması, gerekse sona erdirilmesi noktasında belirleyici olan usuli faydaların neler olduğu kanunda düzenlenmemiştir. Uzlaşma Yönetmeliğinde ise Kurulun, bu bağlamda “<i>soruşturma taraflarının sayısı</i>”, “<i>soruşturma taraflarının önemli bir kısmının uzlaşmaya başvurup başvurmadığı</i>”, “<i>ihlalin kapsamı ile delillerin niteliği</i>” ve “<i>soruşturma taraflarıyla ihlalin varlığına ve kapsamına ilişkin ortak bir kanaate ulaşmanın mümkün olup olmadığı</i>”nı göz önünde bulundurabileceği belirtilmiştir (m.4/2). Uzlaşma prosedürünün 7246 sayılı Kanunla mevzuata dâhil edilen yeni bir müessese olduğu düşünüldüğünde, uzlaşmadan beklenen usuli faydaların Kurul kararlarında yeterince tartışılmış olmadığı söylenebilir.</p> <p>Bu tebliğde uzlaşma prosedürü kapsamında uzlaşmadan beklenen usuli faydalar, dört başlık altında somutlaştırılarak incelenmektedir:</p> <p>(1) Zamanlama: Uzlaşmadan yararlanmak isteyen teşebbüsler, mevzuatta öngörülen zaman dilimi içerisinde Kurula başvurmalıdır. Usuli faydalar arasından gerçekleşip gerçekleşmediği belki de en kolay tespit edilecek olanı zamanlama unsurudur. 4054 sayılı Kanun uyarınca teşebbüsler, en geç “<i>soruşturma raporunun tebliğine kadar</i>” Kurul ile uzlaşabilir (m.43/5). Esasen kanunda uzlaşma prosedürünün başlatılabileceği en son ana ilişkin bir sınırlamanın</p>
------------	--	---

olması gerekli olup, rekabet otoritelerinin soruşturma raporu hazırlamak gibi personel, zaman, bütçe vb. kısıt kaynaklarını harcamasını gerektiren bir faaliyetten kaçınabilmesi, uzlaşmanın temel mantığını oluşturmaktadır. Kurulun 21-15/190-80 sayılı *Unilever* kararında “*taahhüt müessesesinden beklenen faydaların elde edilebilmesi için taahhüdün zamanlamasının büyük önem taşıdığı*” ifade edilmiştir (prg.503). Aynı durum, uzlaşma prosedürü açısından da geçerlidir.

(2) İhlalin kapsamı: Uzlaşma teşebbüslerce ihlalin kabulünü gerektirdiğinden, üzerinde uzlaşılacak ihlalin türü, niteliği ve süresine, yani kapsamına ilişkin olarak teşebbüsler ile Kurul arasında anlaşma sağlanmalıdır. Uzlaşma Yönetmeliğinde “*soruşturma taraflarıyla ihlalin varlığına ve kapsamına ilişkin ortak bir kanaate ulaşmanın mümkün olup olmadığı*”nın Kurulca gözetileceği belirtilmiştir (m.4/2-(d)). İsnat edilen ihlalin kapsamı konusunda Kurul ile teşebbüslerin anlaşamaması halinde (örneğin Kurulun topla-dağıt kartelinden, teşebbüslerin ise bilgi değişiminden uzlaşmak istemesi veya teşebbüslerce kabul edilen ihlalin, gerçekleştirilen ihlaller zincirinin küçük bir kısmını oluşturması), uzlaşma sürecinin derhal sonlandırılması ve olağan soruşturma usulünün takip edilmesi, uzlaşmadan beklenen usuli faydaların başında gelmektedir.

(3) Teşebbüslerin başvuru durumu: Kurul açısından dosyayı soruşturma usulü yerine uzlaşmayla sonlandırmayı tercih ettirecek sayıda teşebbüs uzlaşma yoluna başvurmalıdır. Teşebbüslerden bir veya birkaçının Kurul ile uzlaşması mümkün olduğundan, teşebbüslerin bir bölümü açısından dosyanın uzlaşmayla sonlanması, diğer bölümü için ise soruşturmaya devam edilmesi söz konusu olabilir. Sayısal olarak uzlaşmaya başvuran teşebbüsler ile başvurmayan teşebbüsler arasında bir dengenin olduğu, usuli faydaların gerçekleştirilmesi için Yönetmelikte ifade edildiği gibi teşebbüslerden “*önemli bir kısmının*” uzlaşmaya başvurmamasının gerektiği anlaşılmaktadır. Bu noktada Kurulun uzlaşmaya başvurmayan teşebbüsleri de uzlaşma görüşmelerine davet etme yetkisi önem kazanmaktadır. Ayrıca teşebbüslerin pişmanlıktan yararlanıp yararlanmadıkları da uzlaşmadan beklenen usuli faydaların gerçekleşmesine katkı sağlayabilir. Nitekim Kurul ile aktif işbirliği kapsamında sağlanacak bilgi ve belgeler, uzlaşmayan teşebbüslere gönderilecek soruşturma raporunun daha hızlı ve daha az kaynak kullanılarak hazırlanmasına yardımcı olabilir.

(4) Dosyadaki delillerin niteliği: Rekabet ihlalinin varlığını gösteren deliller, Kurul açısından dosyayı uzlaşma yerine soruşturma usulüyle sonlandırmayı tercih ettirecek ölçüde açık ve net olmalıdır. Uzlaşmadan beklenen usuli faydalar noktasında dosya kapsamında rekabet ihlalinin varlığını hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek şekilde gösteren delillerin mevcut olması durumunda, teşebbüslerin uzlaşma başvurusu kabul edilmemelidir. Kurulun ihlal iddialarını

		<p>somut delillerle ispatlayamadığı veya ihlalin varlığını net bir biçimde ortaya koyamadığı dosyalar açısından uzlaşma sürecini resen başlatma yetkisini kullanması, uzlaşmadan beklenen usuli faydaların gerçekleşmesine hizmet edecektir. 1/2003 sayılı Komisyon Tüzüğünde taahhüt mekanizması kapsamında Komisyonun teşebbüslere para cezası verme niyetinin olduğu durumlarda taahhüt yoluna başvurulmasının uygun olmadığı ifade edilmiştir (Recital 13). Aynı durum, dosyadaki delillerin niteliğine göre uzlaşma açısından da geçerli olmalıdır.</p>
18.	<p>Yapay Zeka ve Makine Öğrenmesinin Çalışma Prensipleri Işığında Rekabet Hukuku ve Ekonomi Değerlendirmeleri</p>	<p>“Yapay zeka” terimi altında toplanan ve esas itibariyle matematik, istatistik ve bilgisayar bilimi yöntem ve bulgularının kullanılması ile sağlanan karar alma algoritmalarının son zamanlarda rekabet hukuku dünyasında büyük ilgi uyandırdığı görülmektedir. İnsan iradesinin bir görünümü, daha doğrusu gerçekleştirilme ya da duruma göre gizlenme yöntemi olarak kullanılan algoritmaların rekabet hukuku açısından, tespit zorluğu dışında, bir ilginçliği bulunmamaktadır. Diğer yandan, makine öğrenmesi algoritmalarının, rekabetin kısıtlandığı pazarlardakilere benzer sonuçlar ortaya çıkaracak şekilde “davranabildikleri” görülmekte ve rekabet hukuku uygulayıcıları arasında ilgi ile izlenmektedir. Bu çerçevede insan davranış ve kararlarına ilişkin çeşitli hukuki, ekonomik ve psikolojik terim ve kavramların, algoritmalara atfedildiği, bu anlamda algoritmaların insansılaştırıldığı ve rekabet hukuku süjesine dönüştürüldükleri, dönüştürülmeye çalışıldıkları görülmektedir. Örneğin, gizli anlaşma dolayısıyla “anlaşma” ya da “gizli danışıklı ilişki” terimleri bu kapsamda ilk ele alınması gerekenlerdir. Ancak ilk dikkati çeken bu iki terimin ötesinde daha birçok terim ve kavramın benzer şekilde kullanımına rastlanmaktadır: ortak çıkarlar, ortak stratejiler, öğrenme, takip yeteneği, anlaşmayı sürdürme isteği, bir sonuca ulaşmaya ya da bir noktaya gelmeye çalışmak, algoritmaların misilleme yapması, piyasa şeffaflığı ve piyasa şeffaflığının artması/artırılması gibi.</p> <p>Sunum çerçevesinde öncelikle genel yapay zeka, yapay zeka, yapay bilinç, makine öğrenmesi ve algoritma terimleri ele alınarak fark ve benzerlikleri vurgulanacaktır. Daha sonra sunumun hukuki çerçevesinin oluşturulması amacıyla, paralel davranış ve “tacit collusion” arasındaki ilişki örneğinde anlaşma, irade, niyet ve diğer temel kavramlar ele alınarak, makine öğrenmesi algoritmalarının rekabet hukuku çerçevesinde değerlendirilen karar ve davranışlarına uygulanacaktır. İkinci aşamada, fonksiyonel bir deep learning algoritma örneği parçalarına ayrılarak çalışma biçimi gösterilerek uygulama örneği sunulacaktır. Örneğin somutlaştırılması adına Alman perakende yakıt pazarı örneği ve diğer örnekler ele alınarak incelenecektir. Son olarak yapay zekanın uygulamada ortaya çıkarabileceği sonuçlar rekabet hukuku ve ekonomi bakış açılarından ele alınarak, sanal zeka hukukunun ve özel olarak sanal zeka “rekabet” hukukunun muhtemel geleceği ele alınacaktır.</p>

<p>19.</p>	<p>Uygulamadan Düzenlemeye: Dijitalleşmeyle Değişen Pazar Koşulları Çerçevesinde Güncellenen VBER Işığında İnternet Satışlarında Dikey Kısıtlamalar</p>	<p>Avrupa Komisyonu'nun ("Komisyon"), 2018 yılında başlattığı Dikey Grup Muafiyeti Yönetmeliği ("VBER") ve Dikey Kısıtlamalar Hakkında Kılavuz'a ("Dikey Kılavuz") yönelik güncelleme çalışmalarının ardından ilgili yönetmeliğin ve kılavuzun yeni halleri 1 Haziran 2022 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir.²² Söz konusu değişiklikler ile, dikey anlaşmaların rekabet hukukuna uygunluğuna yönelik anlaşma taraflarının kendi değerlendirmelerine kayda değer bir şekilde yardımcı olan bu ikincil mevzuatın, özellikle çevrim içi satışlar ve çevrimiçi platformlar gibi yeni pazar oyuncularının artması ile önemli ölçüde değişen pazar koşullarına adapte edilmesi amaçlanmıştır. Nitekim VBER'in bu modernizasyon çabası, "çevrimdışı" satışlara yönelik kurallarda da birtakım değişiklik olsa da, esas yeniliklerin e-ticaret ve çevrimiçi satışlara yönelik olmasından da gözükmemektedir.</p> <p>VBER'da çevrim içi satışlara dair açık bir düzenleme yokken, Kılavuz'un eski halinde bu satışlar yalnızca pasif satışlar kapsamında ve açık ve ağır ihlal olarak ele alınmaktaydı. Yeni VBER'de alıcıların veya müşterileri tarafından satış yapmak üzere internetin etkin bir şekilde kullanımının sağlayıcı tarafından yasaklanması açık ve ağır ihlaller arasında kabul edilmiştir. Buna karşın, çevrimiçi satışların fiziki satışlar karşısında artık korunma gereksinimine ihtiyaç duymadığı da dikkate alınarak, çevrimiçi satışlardaki belirli sınırlamalar muafiyetin kapsamına alınmıştır.</p> <p>Detaylandırmak gerekirse, öncelikle VBER'de çevrimiçi aracılık hizmetleri tanımlanarak bu hizmetlerin sunulmasının da bir dikey anlaşma olduğu açıklığa kavuşturulmuş; ancak bu hizmetlerin sağlayıcısının aynı zamanda aracılığa konu ürün veya hizmetlerin satışı alanında da faaliyet göstermesi halinde VBER'in uygulama alanı bulmayacağı ve bu anlaşmaların yatay anlaşmalar kapsamında değerlendirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile, VBER büyük e-ticaret konglomeralarının bazı ürünleri veya bakımından VBER'den faydalanamama ihtimali gündeme gelmektedir. Buna karşın, VBER'den faydalanabilecek çevrimiçi aracılık hizmetleri sağlayıcıları platformlar-arası ve geniş parite koşulu öngörebilecektir.</p> <p>Bunun yanı sıra, alıcıların etkin bir şekilde çevrimiçi satış yapmasının engellenmesi VBER'de yasak olsa da, çevrimiçi satışlara yönelik birtakım kısıtlamalar ve çevrimiçi reklamcılık kanallarının tamamının kullanımını yasaklama amacına sahip olmayan birtakım çevrimiçi reklamcılık kısıtlamaları istisna tutulmuştur. Güncellenen Kılavuz'da ise, bu haller detaylandırılmıştır. Yeni Kılavuz'a göre, belirli çevrimiçi satış kanallarının kullanımına ilişkin kısıtlamalar, alıcının en azından bir tane fiziksel mağaza işletmesi gerekliliği ve minimum mutlak çevrimdışı satış hacmi koşulu gibi sağlayıcı</p>
------------	---	--

²² [Basın Açıklaması, Avrupa Komisyonu, 10 Mayıs 2022.](#)

		<p>tarafından çevrimiçi satış kısıtlamaları kural olarak muafiyet kapsamındadır.</p> <p>VBER'deki bu güncellemeler esas olarak dijitalleşmeyle faaliyet stratejilerinde değişikliğe giden teşebbüslerin davranışları ve bu davranışların Komisyon nezdinde denetlenmesi ile ortaya çıkan içtihat doğrultusunda şekillenmiştir. Gerçekten de, Kılavuz'daki çevrimiçi satış kısıtlamalarına yönelik örneklerin <i>Pierre Fabre</i>²³ ve <i>Coty</i>²⁴ gibi dosyalardan alındığı gözlemlenmektedir.</p> <p>Rekabet Kurumu'nun Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuzu'nda açıkça öngörüldüğü üzere, Türk rekabet hukuku uygulamasında da internet yoluyla satışlara ilişkin kısıtlamalar kural olarak yasaktır. Nitekim son dönemde Rekabet Kurulu'nun ("Kurul") <i>BSH</i>²⁵, <i>Yataş</i>²⁶, <i>Marks & Spencer II</i>²⁷ gibi kararları ile internet satışlarına yönelik çizilen sınırlar giderek kalınlaştırılmaktadır.</p> <p>Bu kapsamda, ilgili çalışmada son yıllardaki Kurul ve Komisyon kararları göz önünde bulundurularak, yeni VBER'in internet satışlarına yönelik kısıtlamalar bakımından getirdiği güncellemeler ile bunların Türk rekabet hukuku mevzuatına olası etkileri irdelenmeye çalışılacaktır.</p>
20.	Avrupa Birliği ("AB") Taslak Yatay İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin Rehber'in AB Rekabet Hukuku'nda Getirdikleri ve Türk Rekabet Hukuku Üzerindeki Olası Etkileri	<p>AB Komisyonu tarafından 1 Mart 2022 tarihinde Ar&Ge ve Uzmanlaşma Anlaşmalarına ilişkin taslak grup tüzüklerinin yanı sıra Taslak Yatay İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin Rehber ("Taslak Yatay Kılavuz") de paydaşlara açılmış ve görüş toplama süreci başlatılmıştır.</p> <p>Yatay Kılavuz; grup muafiyeti tüzüklerinin ne şekilde yorumlanması ve uygulanması gerektiği hususunda yol gösterici olduğu gibi, rakipler arasında akdedilen yatay işbirliği anlaşmalarının ne zaman ABİDA md. 101/(1) kapsamına girebileceği ve hangi şartların yerine getirilmiş olması halinde md. 101/(3) uyarınca bireysel muafiyetten istifade edebileceği hususuna açıklık sağlayan; dolayısıyla "kendi kendine değerlendirme/self assessment" ilkesinin marjlarını çizen en önemli kaynaklardandır.</p>

²³ Case C-439/09, EU:C:2011:649, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS v Président de l'Autorité de la Concurrence*, 13 Ekim 2011.

²⁴ Case C-230/16, EU:C:2017:941, *Coty Germany GmbH v Parfümerie Akzente GmbH*, 6 Aralık 2017.

²⁵ [BSH, 16.12.2021, 21-61/859-423.](#)

²⁶ [Yataş, 06.02.2020, 20-08/83-50.](#)

²⁷ [Marks & Spencer II, 11.04.2019, 19-15/208-93.](#)

“Herhangi bir grup muafiyeti düzenlemesinin kapsamına girmeyen ya da bir grup muafiyeti düzenlemesinin kapsamına girmekle birlikte, şartları sağlamadığı için, istifade edemeyen bir yatay işbirliği anlaşması, taraflarınca ne şekilde incelenmeli ve değerlendirilmelidir?” sorusunun doğru şekilde yanıtlanması son derece kritiktir.

Taslak Yatay Kılavuz ile bu sorunun yanıtlanmasının -geçmişe nazaran- kolaylaştırılması ve dijitalleşme ile sürdürülebilirlik kavramlarının ön plana çıktığı günümüze uygun çözümler üretilmesi amaçlanmaktadır.

Anılan amaçların gerçekleştirilmesi, rekabetin ve rekabet kültürünün geliştirilmesi, ayrıca hukuki belirlilik sağlanması için önemlidir. Zira rakip teşebbüslerin ortak ticari emellerine hizmet etmesi için yürürlüğe koydukları bir işbirliği, rekabet politikalarına takılarak istenmeyen birçok hukuki ve cezai sorumluluğu beraberinde getirebilmektedir.

Taslak Yatay Kılavuz ile rakipler arası ortak satın alma anlaşmaları, ticarileştirme anlaşmaları, standardizasyon anlaşmaları ve rakipler arası rekabete duyarlı bilgi paylaşımı hususunda önemli düzenlemeler ve yenilikler getirilmiştir. Bu kapsamda;

- Yatay işbirliği anlaşmalarının ağırlık merkezinin belirlenmesine ilişkin esaslar açıklanmış,
- Grup muafiyeti tüzükleri ile getirilen yeni tanımlar açıklanmış,
- Süreçler sadeleştirilmiş,
- Dijitalleşmeye uygun yeni paylaşım modelleri açıklanmış (Ör: altyapı paylaşım anlaşmaları),
- Teşebbüs, teşebbüs birliği, uyumlu eylem vb. temel kavramlar güncel içtihat çerçevesinde yeniden açıklanmış,
- Ana teşebbüsler ile ortak girişimler arasındaki ilişkilere 101/(1). maddenin ne şekilde uygulanması gerektiği yeniden açıklanmış,
- Sürdürülebilirlik anlaşmaları yeni bir kategori olarak açıklanmış,

		<p>- Yatay işbirliği anlaşması kategorileri ve rekabete duyarlı bilgi paylaşımı hususunda amaç ve etki bakımından ihlal konularında yapılması gereken değerlendirmeler güncel içtihat çerçevesinde açıklanmış ve önemli düzenlemeler getirilmiştir.</p> <p>Özetle; Rakipler arası yatay işbirliği anlaşmalarının meşru ve hukuka uygun amaçları/etkileri ile rekabet ihlali teşkil eden amaç/etkileri arasındaki ayrımın net şekilde yapılabilmesi gerek AB’de gerekse Ülkemizde kritik bir gündem maddesidir.</p> <p>AB’de yaşanan ve rakipler arası 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.</p> <p>Sunumda; Rakip teşebbüsler arasındaki tüm işbirliklerini ilgilendiren bu değişiklikler ve Türk Rekabet Hukuku üzerinde görülebilecek olası etkileri ele alınacaktır.</p>
21.	Rekabet Hukuku’nda Usul ve Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Gündemdeki Meseleler	<p>Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinde ve Anayasa’nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı, hukuk devleti ile hukukun üstünlüğü ilkelerinin ve demokratik toplumun temel unsurlarından kabul edilmektedir. Kural olarak, yargılama sonucunda verilen kararın adil olup olmamasını değil, yargılama sürecinin başından sonuna kadar adil ve hakkaniyetli yürütülüp yürütülmediği meselesine ilişkin olan adil yargılanma hakkı, maddi güvencelerden ziyade usule yönelik birtakım ilke ve kurallar ihtiva etmektedir.</p> <p>İdari yargıda riayet edilmesi gereken adil yargılanma hakkı güvenceleri arasında; mahkemeye erişim hakkı, karar hakkı ve kararın icra edilmesi hakkını içeren mahkeme hakkı, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkeme hakkı, genel anlamda hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, gerekçeli karar (alma) hakkı, silahların eşitliği ilkesi ile çelişmeli yargılama hakkı, hukuki belirlilik ile kesinlik ilkesi, bariz takdir hatası veya açıkça keyfi değerlendirmelerin yapılmaması gerekliliği, aleniyet ilkesi ile aleni hüküm hakkı, masumiyet karinesi ve makul sürede yargılanma hakkı sayılabilir. Bunlara ek olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6/3 maddesinde yer verilen asgari haklar da idari uyuşmazlıklar bakımından uygulama alanı bulabilmektedir.</p>

		<p>Genel durum böyle olmakla birlikte; gerekçeli karar (alma) hakkı, silahların eşitliği ile çelişmeli yargılama hakkı, hukuki belirlilik ilkesi, makul sürede yargılanma hakkı, masumiyet karinesi ve savunma hakkını da içerecek şekilde hukuki dinlenilme hakkı gibi kimi adil yargılanma hakkı unsurlarının son zamanlardaki Rekabet Hukuku uyuşmazlıkları dikkate alındığında çokça ihlal edildiği görülmektedir.</p> <p>Bunun dışında, tıpkı sözü edilen adil yargılanma hakkı ihlalleri gibi, Rekabet Hukuku'nun doğrudan esasına ilişkin olmamakla birlikte, yargılamanın usulüne ilişkin kimi kural ihlalleri de idari yargı merci kararlarında son yıllarda sıkça gözlemlenmektedir. Rekabet Kurumu'nun yürüttüğü ekonomik kolluk faaliyeti kapsamında gerçekleştirdiği soruşturmalar sırasında esasen maddi anlamda yargılama faaliyeti ifa ettiği dikkate alındığında, sözü edilen adil yargılanma hakkına ve usule ilişkin kurallar, elbette Rekabet Kurumu ve (Rekabet Kurumu'nun karar organı olan) Rekabet Kurulu için de geçerlidir.</p> <p>Buradan hareketle, bu çalışma, Rekabet Hukuku'nun maddi meselelerine doğrudan odaklanmamakla beraber, Rekabet Hukuku uyuşmazlıklarında son zamanlarda sıklıkla görülen ve teşebbüslerin ciddi hak kayıplarına maruz kalmalarına sebep olan adil yargılanma hakkına ve usule ilişkin hak ihlallerine odaklanacak ve tespit edilen sorunlara çözümler önerecektir. Bu doğrultuda, Türk hukukundaki meseleler temel alınacak olmakla birlikte, Türk Rekabet Hukuku'nun mehzaz uygulaması telakki edilebilecek Avrupa Rekabet Hukuku'ndaki mevcut uygulamalar da ele alınacak ve böylelikle karşılaştırmalı bir yöntem izlenecektir.</p> <p>Yazarlardan birinin uluslararası bir hukuk bürosunun Amsterdam ofisinde uzun yıllardır Avrupa Rekabet Hukuku üzerine çalışıyor olduğu, diğerinin ise Avrupa Konseyi ile Adalet Bakanlığı tarafından ortaklaşa yürütülmekte olan İdari Yargının Etkinliğinin Artırılması ve Danıştay'ın Kurumsal Kapasitesinin Güçlendirilmesi Projesi kapsamında idari yargı hâkimlerine adil yargılanma hakkı konusunda eğitimler verdiği dikkate alındığında, önerilen çalışmanın Türk Rekabet Hukuku'na katkı sağlayacağı beklenmektedir.</p> <p>Anahtar Kelimeler: Rekabet Hukuku, adil yargılanma hakkı, yargılamada usul.</p>
22.	E-ticaret Kanunu ve Rekabet Kanunu Değişiklik Taslağı:	Dijital piyasaların iktisadi yapısının geleneksel piyasalardan ayrışması nedeniyle rekabet hukuku müdahalesinin etkisizliğine yönelik tartışma, dünyanın birçok yargı yerinde dijital piyasaların düzenlenmesi dalgasını tetiklemiştir.

	<p>Mükerrer Yargılama ve Yaptırım Riskine Dair Değerlendirmeler</p>	<p>Bazı yargı yerlerinde bu piyasalar doğrudan özel bir regülasyona konu edilirken, bazı yargı yerlerinde rekabet hukukunun sınırları içerisinde kalan ve hatta rekabet mevzuatı kapsamında yapılan düzenlemelere konu edilmek suretiyle ele alınmıştır. Türkiye’de ise konu <i>ilk olarak</i> kapsamı sınırlı olsa da 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun (“<i>E-ticaret Kanunu</i>”) ile düzenlenmiştir. Akabinde ise 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da değişiklik yapılmasına dair düzenleme taslağı (“<i>Taslak</i>”), 14 Ekim 2022 tarihinde görüşlerini almak amacıyla muhtelif paydaşlarla paylaşılmıştır.</p> <p>E-ticaret Kanunu ile Taslak incelendiğinde, en azından üç temel örtüşme alanının bulunduğu görülmektedir. Bunlardan <i>ilki</i>, ticari kullanıcıdan elde edilen verinin ticari kullanıcılarla rekabet ederken kullanılmasıdır. <i>İkincisi</i> ise veri taşımanın engellenmesi hususudur. Hatta Rekabet Kurumunun bu konuda bir tamamlanan bir de devam eden soruşturması bulunmaktadır. <i>Üçüncüsü</i> ise ticari kullanıcıların farklı kanallarda faaliyet yürütmesi (=münhasırlık) ile faaliyet yürüttüğü farklı kanallarda daha iyi koşullarda ürün veya hizmet sağlamasının (=EKM) yasaklanmasına dair düzenlemedir. İlaveten, Taslak’ta satıcılara, reklam verenlere ve reklam hizmeti ile ilgili diğer paydaşlara, reklam hizmetinin kapsamına dair bilgi sağlanmasına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Paydaşların bilgi asimetrisinin giderilmesine yönelik bu düzenlemelerle müdahale edilen uygulamaların E-ticaret Kanunu kapsamında haksız ticari uygulama olarak değerlendirilmesi de mümkündür. Üstelik, Taslak’ta yer alan öncül yasakların büyük bir çoğunluğunun hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilecek olması, bu kapsamda ilave bir potansiyel örtüşme riski barındırmaktadır.</p> <p>Bu tebliğde, E-ticaret Kanunu ve Taslak’ta yer alan hükümler, aynı eylemden ötürü birden fazla yargılama ve ceza olmasını engelleyen ve özünde temel bir ceza hukuku ilkesi olan <i>ne bis in idem</i> ilkesi ışığında incelenecektir. Bu kapsamda her iki düzenlemenin gerekçesinde yer alan benzer tespitler de değerlendirilecektir. Taslak’ta öncül yasaklardan hemen sonra yer verilen ve <i>ne bis in idem</i> ilkesini ihlal etmemek adına alındığı anlaşılan hükmün amaca uygun olup olmadığı tartışma konusu haline getirecektir. Ayrıca, iki farklı kurum tarafından aynı konuya ilişkin iki farklı soruşturma yürütülebilmesi de yine <i>ne bis in idem</i> ilkesi ışığında değerlendirilecektir.</p>
23.	<p>Rekabet Kanunu Değişiklik Taslağı: Amaç, Öncül Yasaklar ve Usule Dair Değerlendirmeler</p>	<p>İnternet teknolojilerinde son yıllarda yaşanan hızlı değişimin dijital pazarlar ve tüketici alışkanlıkları üzerindeki etkisine ayak uydurma amacına matuf olarak güncellenmesi öngörülen 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda (“<i>4054 sayılı Kanun</i>”) değişiklik yapılmasına dair düzenleme taslağı (“<i>Taslak</i>”), muhtelif paydaşlarla paylaşılmıştır. Dijital piyasaların düzenlenmesi konusunun ülkemizdeki E-ticaret Kanunu’ndan sonraki ikinci adımı</p>

		<p>olarak nitelendirilebilecek Taslak, özellikle E-ticaret Kanunu'na kıyasla çok daha geniş kapsamlı muhtelif hükümler barındırmaktadır.</p> <p>4054 sayılı Kanun'un kapsamına temel platform hizmetleri bakımından önemli pazar gücüne sahip teşebbüslerin bu güçlerini kötüye kullanmasını önleme amacını da alan Taslak kapsamında temel platform hizmetlerinde önemli pazar gücüne sahip teşebbüslere yönelik toplam on dört (14) ayrı öncül yasak getirilmesi öngörülmektedir. Bu yasaklardan bazıları bilgi asimetrisine müdahale eden yükümlülük ve yasaklar [(l) ve (m) bentleri], bazıları birlikte işlerlik konusuna müdahale eden yükümlülük ve yasaklar [(j) ve (k) bentleri], bazıları bağlama temelli yasak ve yükümlülükler [(c), (d) ve (e) bentleri], bazıları veri temelli yükümlülük ve yasaklar [(b), (g), (h) ve (i) bentleri], bazıları ayrımcılık temelli yasak ve yükümlülükler [(a) ve (n) bentleri], bir tanesi de münhasırlık temelli bir yasak ve yükümlülük [(f) bendi] şeklinde tasnif edilebilir.</p> <p>Taslak kapsamında, önemli pazar gücüne sahip teşebbüslerin ve bu teşebbüslerin tabi oldukları yükümlülüklerin belirlenmesi süreci detaylı bir şekilde açıklanmıştır. Taslakta ayrıca bu yükümlülüklere ilişkin itiraz mekanizması, bu yükümlülüklere uyum süreci ve bu yükümlülüklere aykırı davranılması durumunda işletilecek süreç de hüküm altına alınmıştır. Yine Taslak kapsamında yapısal tedbirlere, yerinde inceleme hükümlerine ve uygulanacak idari yaptırımlara kadar birçok yeni düzenleme yapılması öngörülmektedir.</p> <p>Bu ders kapsamında, öncelikli olarak Taslak'ta öngörülen düzenlemeler açıklanacak ve bu düzenlemeler mümkün olduğu ölçüde DMA ve Alman Rekabet Kanunu ile mukayese edilecektir. Bu bağlamda, öngörülen öncül yasakların 4054 sayılı Kanun kapsamında hâkim durumu kötüye kullanma halleriyle ne ölçüde örtüştüğü tartışılacak ve potansiyel bir örtüşme durumunda Kurul'un sahip olduğu yetkiler değerlendirilecektir. Bu kapsamda ayrıca, gerekçede iddia edildiği üzere öngörülen değişikliklerin 4054 sayılı Kanun'un ruhuna uygun olup olmadıkları tartışma konusu haline getirilecektir.</p>
24.	Türk Rekabet Hukuku ve Sorumluluk Hukuku Temelinde, Hakim Durumun Kötü Kullanılması Sebebiyle Oluşan Fiili Zararlar ve Kâr	<p>Türk hukukunda rekabet ihlalden kaynaklı tazminat sorumluluğuna ilişkin teori ve uygulamanın yakın tarihe kadar az gelişmiş olduğu söylenebilir iken, <i>Rekabet Kurulu'nun 12 banka kararı sonrasında, gerek öğretide gerekse yargı kararlarında içtihatlarının da zenginleştiği söylenebilir.</i> Bu çalışmada ise; çoğunluğunu RKHK m.6/hakim durumun kötüye kullanılması nedeniyle açılan tazminat davalarında, gerek ilk derece gerek istinaf mahkemelerince verilen tazminat kararları ve kararlara dayanak raporlar "yalnız ilkesel olarak" analiz edilmeye çalışılacaktır.</p>

Mahrumiyetinin Giderimi
Davalarda Tazminatın
Hesabı; Yakın Tarihli
Davalardan Kurgulanmış
Örnekler

Çalışmaya konu kararların tamamına yakını, hakim durumun kötüye kullanılması iddiaları temelinde, dışlayıcı kötüye kullanımlar/pazar kapama davranışları nedeniyle ilgili pazarda faaliyetini sona eren davacıların fiili zararlarının tazmini ve faaliyetin zorlaştırıldığı iddiaları temelinde açılan kâr mahrumiyeti davaları oluşturmaktadır.

Bu kapsamda birinci olarak; dava dilekçelerindeki talepler, rekabet hukukuna ve tazminat hukukuna dair yaklaşımları ve hazır bulunmuşluk seviyeleri ilkesel olarak incelenecektir. Davalarda, Mahkemelerin Kurul kararına ilişkin analizleri, kararın delil niteliğine ilişkin yaklaşımları ve karar içeriği hakkındaki analizlerin yeterliliği ve rekabet hukukuna ve literatüre hakimiyetleri çerçevesinde incelenecektir.

İkinci olarak, Yargı kararlarına ve bilirkişi raporlarına yansıdığı şekliyle, uygun illiyet bağına ilişkin uygulamalar ve tespitlerin etkin bir şekilde yapıp yapılmadığı ele alınacak, bu kapsamda kararda ihlal tespiti yapılmayan davranışlar sebebiyle oluşan zararların ayrıştırılmasında yaşanan hatalı kararlar ve altında yatan güçlükler değerlendirilecektir.

Üçüncü olarak, fiili zararların ve kâr mahrumiyetinin (müspet ve menfi zararların) hesaplanmasında bilhassa bilirkişi raporlarında tercih edilen (varsayımsal) metodların, gerek ABD gerekse mehz AB hukukunda genel kabul görmüş önce-sonra, farkın farkı, mukayese vb. yöntemlerden ne yönde ayrıştığı, ekonometrik modellemelerin- regresyon analizlerinin tercih edilmemesinin altında yatan nedenler, örneğin regresyon analizlerinin her zarar türünde doğru sonuç vermeme ihtimalinden mi, bilirkişilerin liyakatından mı veya mahkemelerin yerleşik tercihlerine aykırı bir yöntem kabul ettirmenin zorluğundan mı kaynaklandığı incelenecektir.

Dördüncü olarak; kusurun derecesine ilişkin tespitler bakımından, tazminat hukukumuzun yerleşik prensipleriyle birlikte-RKHK hükümlerindeki düzenlemeye dair yaklaşımlar ve Kurul kararındaki ihlale sebep olan davranışların ağırlığına/kusurun derecesine ilişkin tespitlerin, mahkemeler nezdindeki önemi ve yeri ile ihlal kararına dayanak eylemlerin rekabete aykırı amaç ve etki analizleri bakımından mahkemelerin kast-ağır-hafif ihmal değerlendirmeleri incelenecektir.

Beşinci olarak; üç kat tazminat bakımından mahkemelerce yapılan değerlendirmelerin; AMAC ve ETKİ prensibi çerçevesindeki konuya yaklaşımları ele alınacaktır. İlkesel olarak ağır ve ölçüsüz bir yaptırım olduğu, aşırı caydırıcılık sorunu olup olmadığı, idari yaptırımla birlikte, üç kat tazminat ve neredeyse 8-10 yıl süren davalarda dava tarihinden

		<p>işleyen avans faiziyle birlikte oluşan tazminatın; <u>“ne bis in idem”</u>e ilkesine aykırılık teşkil edip etmeyeceği tartışmaya açılacaktır.</p> <p>Son olarak bu çalışmada; rekabet ihlallerinde Kabahatler Kanununda öngörülen 8 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanabilirliği, Bilirkişi incelemesinde mevcut sorunlar, YSFT nedeniyle dikey anlaşma taraflarının davacı sıfatlarının olup olmadığı, Kurul’un de minimis kararıyla soruşturmayı sonlandırdığı olaylarda, mahkemelerin Kurul kararının delil niteliğine olan yaklaşımları, Kurul’un uzlaşma ve taahhüt kararlarının özel hukuk davalarına etkisi ve bu davalarda Kurul’dan celbi istenen belgeler hakkında bir kısıtlama olup olmayacağı vb. hususlar çalışmanın kısıtlılıkları dahilinde, mahkeme kararlarına yansıdığı şekliyle ve fakat kurgulanmış haliyle ele alınmaya çalışılacaktır.</p>
25.	Rekabet Hukukunda Tazminat Talepleri ile Pişmanlık Arasındaki İlişki: ABD ve AB Hukuku’nun Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi ve Türk Hukuku Bakımından Çıkarımlar	<p>Rekabet hukukunun hem özel hukukta hem de kamu hukukunda doğurduğu sonuçların rekabet hukuku kurallarının etkinliğini artırma amacına hizmet ettiği kabul edilmektedir. Aralarındaki amaç ortaklığına rağmen, bazı durumlarda, rekabet hukukunun bu iki kolu arasındaki ilişki tartışmalara sebep olmaktadır. Geçtiğimiz yıllarda bu tartışmalar pişmanlık başvuruları ile tazminat talepleri arasındaki ilişki üzerinde yoğunlaşmıştır. Bunun sebebi, son yıllarda özellikle AB’de pişmanlık başvurularında görülen azalmanın, tazminat taleplerinin giderek yaygınlaşmasına bağlanmış olmasıdır.</p> <p>İhlal nedeniyle zarar görenlerin tazminat taleplerinin pişmanlık başvurularını olumsuz etkilemesinin temel nedeni, birçok hukuk sisteminde, pişmanlık başvurusu kabul edilen teşebbüsün, ihlalin kamu hukukuna ilişkin sonuçlarından kısmen ya da tamamen kurtulurken özel hukuka ilişkin sonuçlarına tâbi olmayı sürdürmesidir. Tazminat taleplerinin kapsamının belirsizliği ve bazı sistemlerde zararı aşan tazminata izin verilmesi karşısında kartel üyesi teşebbüsün gerçekçi bir iktisadi analiz yürüterek pişmanlık başvurusunda bulunmaya karar vermesi oldukça güçtür. Ayrıca, yakın zamanda “Airlines Cargo” davasında görüldüğü üzere, pişmanlık başvurusunda bulunarak idari para cezası ödemekten kurtulan teşebbüs bundan çok daha geniş kapsamlı bir tazminat ödeme yükümlülüğü altında kalabilmektedir. Bu durumun teşebbüslerin pişmanlık başvurusundan kaçınmasına sebep olduğunu söylemek mümkündür. Bir başka açıdan, pişmanlık başvurusu yapan teşebbüs genellikle ihlal kararını temyiz etmediğinden karar, ona karşı daha erken kesinleşmekte ve teşebbüsün zarar görenlerin tazminat taleplerinin öncelikli muhatabı haline gelmesine yol açmaktadır. Üstelik, bazı hukuk sistemlerinde otoriteye sunulan pişmanlık belgeleri tazminat davalarında delil olarak da kullanılabilirdiğinden yargılamada bu belgeleri sunan teşebbüslerin eli önemli ölçüde zayıflamaktadır. Teşebbüsleri pişmanlık başvurusu yapmaktan alıkoyarak ihlali sürdürmelerine yol açabilecek bu sonuçlar, rekabet hukuku</p>

politikası açısından şu soruları beraberinde getirmektedir: “Pişmanlık başvurusu yapan teşebbüsün özel hukuk sorumluluğunun tâbi olduğu esaslar nasıl belirlenmelidir?” ve “pişmanlık başvurusunda bulunan teşebbüsün otoriteye sunduğu belgelerin özel hukuk (tazminat) davalarında kullanılmasına ilişkin esaslar ne olmalıdır?”

Konuyla ilgili farklı hukuk politikası tercihleri yapıldığı görülmektedir. ABD’de “*Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004*” ile pişmanlık başvurularını desteklemek için, başvuruda bulunan teşebbüsün zararın 3 katı tazminattan sorumlu tutulmasından vazgeçilmiş, teşebbüs yalnızca zararı gidermekle sorumlu kılınmıştır. Bununla beraber, mahkemelerin pişmanlık belgelerine erişimi ortadan kaldırılmadığı gibi pişmanlık başvurusunda bulunan teşebbüsler de tazminat davalarında davacılarla iş birliği yapma yükümlülüğü altında tutulmuştur. AB hukukunda ise 2014/104/EU Direktifi uyarınca pişmanlık başvurusunda bulunan teşebbüs, yalnızca doğrudan ve dolaylı alıcılarının uğradığı zararı karşılamakla sorumlu tutulmuştur. Böylece diğer teşebbüslerin zararın tamamını karşılayamadığı durum haricinde müteselsil sorumluluğu ortadan kaldırılmıştır. Ayrıca, bu sistemde, özel hukuk davalarına bakan mahkemelerin pişmanlık belgelerine erişimi de engellenmiştir. Pişmanlık başvurusunda bulunan teşebbüse sınırlı bir koruma sağlayan bu düzenleme, öğretinin geneli tarafından yetersiz bulunmuştur. Yakın zamanda, Alman Rekabet Otoritesi başkanı Andreas Mundt’un öncülük ettiği görece radikal bir görüş, rekabet hukukunun özel hukuka dair sonuçlarının kamu hukuku politikalarını engelleyici etki doğurmasını önlemek için pişmanlık başvurusu yapan teşebbüsün, rekabet hukukunun özel hukuka ilişkin sonuçlarından tamamen muaf tutulmasını önermiştir. Bunun yanında daha ılımlı (örneğin, sorumluluğu sınırlandırmayı, Macar hukukunda benimsenen çözümü ya da ABD fon sistemini öneren) bazı başka görüşler de mevcuttur.

Türk hukukundaki düzenlemeler ve uygulama yakından incelendiğinde ise meselenin henüz tartışmaya dahi açılmadığı görülmektedir. Yukarıda değinilen diğer hukuk sistemlerine göre pişmanlık başvurusu karşısında en elverişsiz sonuçlar Türk hukukunda doğmaktadır. Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik’te ya da bu yönetmeliğin açıklanmasına ilişkin Kılavuz’da konu ile ilgili herhangi bir düzenleme yer almadığından, pişmanlık başvurusu kabul edilen teşebbüsün, zararın 3 katına kadar tazminat ödeme sorumluluğu devam etmektedir. Ayrıca mahkemelerin pişmanlık başvurusu belgelerine erişim yetkisi de sınırlandırılmamıştır. Bu sonuçlar teşebbüslerin pişmanlık başvurusu yapma yönünde karar vermesini açıkça olumsuz etkilemektedir. Rekabet hukukunun temel amaçlarından olan kartellerle mücadelede doğrudan etkili olan bu konunun tartışmaya açılması ve bununla ilgili doğru bir politika belirlenmesi şarttır.

		<p>Çalışmamızda, ABD ve AB rekabet hukukunda güncel bir tartışma konusu olan tazminat talepleri ile pişmanlık arasındaki ilişki yukarıda belirtilen temel sorunlar çerçevesinde değerlendirilecektir. Bu sistemlerdeki politika tercihleri, düzenlemeler ve uygulamalardan hareketle Türk hukuku bakımından çıkarımlarda bulunulacaktır.</p>
26.	Avrupa Birliği ve Türkiye’de Teknoloji Şirketlerinin Yoğunlaşma Kontrolü	<p>Gerek ülkemizde gerekse de dünya genelinde rekabet otoriteleri, yüksek teknolojinin önemli rol oynadığı piyasalara yönelik düzenleme ve denetim faaliyetlerini arttırmaktadır.²⁸ İlgili faaliyetlerin kayda değer bir bölümünü oluşturan yoğunlaşma kontrolleri ise akademik tartışmalara, politika değişikliklerine ve çeşitli hukuki gelişmelere sahne olmuştur.²⁹ İşbu Tebliğin amacı, rekabet hukuku çerçevesinde teknoloji şirketlerince gerçekleştirilen birleşme ve devralmaların kontrolünde ülkemiz ve Avrupa Birliği hukukunda meydana gelen güncel değişiklik ve yenilikleri karşılaştırmalı bir perspektiften ele almaktır.</p> <p>Tebliğin ilk kısmının Avrupa Birliği’nde yaşanan gelişmeleri incelemesi planlanmaktadır. Buna göre, ilk olarak Avrupa Komisyonu ve/veya Birlik Mahkemeleri’nce incelenen işlemlerin kısa bir tarihçesi sunulacaktır.³⁰ Akabinde AB’de teknoloji şirketlerince gerçekleştirilen birleşme ve devralmaların kontrolüne getirilen yenilikler ele alınacaktır. Bu kapsamda, 139/2004 sayılı Tüzüğün 22. Maddesinde yer alan ve “Hollanda Hükümü” (<i>Dutch Clause</i>) olarak bilinen kurumun artan önemine değinilecektir. İlgili hüküm, bir devralma işleminin kontrolüne yönelik üye devletler veya AB düzeyinde yargı yetkisi kurulmasa dahi rekabet hukuku incelemesi yapılmasına olanak vermektedir. Dolayısıyla hüküm, hem ilgili işlemlerle iştigal eden teşebbüsler bakımından hem de daha genel bir düzeyde hukuki güvenlik ve belirlilik prensipleri bakımından büyük önem taşımaktadır.³¹ Tebliğ kapsamında 22. Madde kurumu, Komisyon tarafından yayımlanan 22. Madde Kılavuzu bünyesinde yer alan değişiklikler etrafında ele alınacak ve bu değişikliklerin işletildiği ilk işlemlerden olan <i>Facebook/Kustomer</i> ve <i>Illumina/GRAIL</i> devralmaları incelenecektir. Bu inceleme çerçevesinde, Komisyon tarafından “yüksek teknoloji” gibi ucu açık kavramların nasıl yorumlandığı, hangi</p>

²⁸ Heike Schweitzer & Frederik Gutmann, ‘Unilateral practices in the digital market: An overview of EU and national case law’ (2021) Concurrences Article No. 101045 https://www.concurrences.com/pdf_version.api/objet/article-101045.pdf (Erişim tarihi: 7 Aralık 2022).

²⁹ Cf. Massimo Motta & Martin Peitz, ‘Big Tech Mergers’ (2021) 54 Information Economics and Policy 1; John M. Yun, ‘Vertical Mergers and Integration in Digital Markets’ (2021) Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy 8.

³⁰ Bu işlemlere örnek olarak *Apple/Beats*, *Apple/Shazam*, *Microsoft/Skype*, *Microsoft/LinkedIn*, *Facebook/WhatsApp*, *Microsoft/GitHub*, *Google/FitBit* ve *Microsoft/Zenimax* verilebilir.

³¹ Jay Modrall, ‘Illumina/Grail Prohibition: The End of the Beginning for EU Review of “Killer Acquisitions”?’ (*Kluwer Competition Law Blog*, 8 Eylül 2022) <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2022/09/08/illumina-grail-prohibition-the-end-of-thebeginning-for-eu-review-of-killer-acquisitions/> (Erişim tarihi: 7 Aralık 2022).

		<p>sektörlerin mercek altına alındığı ve yargısal denetimde karşılaşılabilecek sorunlar da açıklığa kavuşturulacaktır. Bu bağlamda akademik tartışmalara konu olan “killer acquisitions” kavramına da değinilecek, potansiyel rakiplerin erken safhalarda devralınması sonucu ortaya çıkabilecek rekabeti bozucu etkilere karşı Almanya ve Avusturya gibi üye devletlerde ne gibi önlemler alındığı açıklanacaktır. Böylece, ülkemizde yaşanan gelişmelere mehz hukuk bağlamında ilave bir perspektif kazandırılması ve güncel gelişmelere yönelik farkındalığın artırılması hedeflenmektedir.³²</p> <p>AB düzenleyici çerçevesindeki gelişmeler ele alındıktan sonra Tebliğ, Türk rekabet hukukundaki yenilikleri inceleyecektir. Bu kapsamda, yeni Birleşme ve Devralma Kılavuzunda yer alan “teknoloji şirketi” kavramı, AB hukukuyla karşılaştırmalı olarak değerlendirilecektir. Örneğin kavramın tanımında yer verilen “Türkiye’de faaliyet gösterme”, “Türkiye’de AR-GE faaliyetleri yürütme” ve Türkiye’ye hizmet sağlama gibi kıstasların Alman ve Avusturya hukukunda yer alan “lokasyon hükümlerinden” esinlendiği açıktır.³³ Yine Kılavuz’da yer alan ve teknoloji şirketlerinin faaliyet kapsamını ortaya koyan açıklamaların AB hukukuyla farklılaşan yönleri bulunmaktadır. Bu ve bunun gibi yenilikler, <i>Airties</i> ve <i>IFG</i> gibi Kurul kararlarıyla da açıklığa kavuşmaya devam eden Türk içtihadının yakından incelenmesini gerektirmektedir. İşbu Tebliğ, gerek akademik gerekse de pratik açıdan büyük önem arz eden teknoloji şirketlerinde yoğunlaşma kontrolü konusunu karşılaştırmalı bir şekilde ele almayı ve Türk rekabet hukukunun edindiği yaklaşımı dünya düzleminde yaşanan gelişmeler çerçevesine oturtmayı hedeflemektedir.</p>
27.	Data Access Problems in the Emerging Digital Agriculture Sector: What role for Regulatory Initiatives in the EU?	<p>The growing population of the world and increasing concerns regarding climate change pose a particular challenge to the capacity to ensure a sustainable food supply while also reducing the environmental impact of food production processes. With the proliferation of IoT technologies in agriculture, ‘Smart Farming’ referring data-driven solutions for agricultural practices has tremendous potential in this regard. Agricultural technology providers in the emerging Digital Agriculture sector provide various data-driven suggestions, solutions and prescriptions for farmers to let them detect the problems earlier and take swift actions tailored to specific agricultural operations. Despite the significant potential, this emerging sector is not free from problems. One of the most prominent discussions in the sector concerns a basic ambiguity regarding agricultural data access. It is not clear who has what rights over which agricultural data sets among various players in the farm-to-fork chain. This creates interconnected data access-related</p>

³² Örneğin, Case C-449/21 Towercast [2022] Başsavcı Kokott’un mütalaası.

³³ Zeynep Şengören & Ramiz Arslan, ‘Navigating In Fog: Ambiguous Technology Firm Concept Under the New Turkish Merger Control Regime’ (*Mondaq*, 14 Ekim 2022) <https://www.mondaq.com/turkey/corporate-and-company-law/1240354/navigating-in-fogambiguous-technology-firm-concept-under-the-new-turkish-merger-control-regime> (Erişim tarihi: 7 Aralık 2022).

		<p>problems that have harmful effects on competition and innovation in the emerging Digital Agriculture sector.</p> <p>Against this backdrop, this paper aims to demonstrate the prominent problems in the Digital Agriculture sector and discuss to what extent the recent EU regulatory initiatives are able to address these challenges. In particular, sectoral market failures including data lock-in, data fragmentation, data access problems, and a lack of trust on the part of farmers will be centralised when evaluating the EU Code of Conduct on agricultural data sharing in Europe, applicability of the GDPR framework, possible implications of the recent Data Act proposal and European Commission's plans to create Common European Agricultural Data Space in addition to the remaining issues for the possible future follow-up sectoral agricultural data regulation that is signalled by the horizontal Data Act and the recent Commission communications. By doing this, the paper provides an overall evaluation of the most relevant regulatory initiatives in the EU from the sectoral perspective.</p> <p>It demonstrates that legal design should be flexible enough to remove the reasons for these problems. Creating rules/rights might not be enough to remove all the issues though. A holistic approach including a legal design and infrastructural opportunities assumes great importance in this regard. Also, the paper explains how traditional competition law enforcement and regulatory intervention can complement each other in the ag-data access setting.</p>
28.	Rekabet Kanunu Değişiklik Taslağı'nda Öngörülen Öncül Düzenleme Modelinin Karşılaştırmalı Analizi ve Regülasyon Teorilerine Dayalı Öneriler	<p>Dijital platformların; ekonomik, sosyal ve siyasal faaliyetler bakımından temel mecralar haline gelmesi, dünyanın hemen her yerinde devletlerin odağını bu piyasalara çevirmesine sebep olmuştur. Özellikle bireysel kullanıcıların birbiri ile iletişim kurabilmesi veya ticari kullanıcıların bireysel kullanıcılara erişebilmesi için köprü işlevi gören platformların faaliyet gösterdikleri pazarlardaki yoğunlaşma oranlarının giderek artması ve bu pazarların tekel ya da oligopol/duopol yapılara doğru hızla evrilmesi, endişeleri beraberinde getirmiştir. Ülkemizde Rekabet Kanunu'nda köklü bir değişiklik yapılmasını ve Rekabet Kurumu'nun çeşitli dijital pazarlar bakımından bir düzenleyici kurum haline getirilmesini öngören Rekabet Kanunu Değişiklik Taslağı ("Taslak"), bu endişelere cevap vermek üzere hazırlanmıştır.</p>

	<p>Değişiklik Taslağı temel olarak AB'deki düzenlemeleri örnek almaktadır³⁴. AB'de, dijital pazarlardaki düzenleme ihtiyaçlarına dair analizler bazı yapısal piyasa aksaklıklarına odaklanmıştır³⁵ ve bunların yarattığı olumsuzlukları gidererek piyasalarda adil rekabet ortamını tesis etmeyi hedeflemiştir. Bu sebepten ötürü Dijital Piyasalar Yasası'nda³⁶ ("DMA") benimsenen model, 5809 sayılı Kanun ile ülkemizde de uygulanan ve yine AB düzenlemelerini esas alan telekomünikasyon sektörüne ilişkin düzenleyici çerçeveyi andırmaktadır. Ancak DMA'da öncül düzenlemeye tabi tutulacak temel platform hizmetlerinin ve her bir hizmet bakımından geçit bekçisi niteliğindeki teşebbüslerin tabi olacağı yükümlülüklerin yasa ile önceden belirlenmesi³⁷ ve geçit bekçisi olacak teşebbüslerin yasal düzenlemede yer alan nicel eşiklere dayalı olarak tespit edilmesi³⁸ DMA ile öngörülen düzenleyici çerçeveyi, telekomünikasyon örneğinden farklılaştırmaktadır. Bu farklılıkların esas sebebinin; telekomünikasyon sektörüne özgü düzenlemeleri ulusal düzenleyici kurumların, DMA'yı ise bizzat Komisyon'un uygulaması olduğu ileri sürülebilir³⁹.</p> <p>Taslak'ta benimsenen düzenleme modeli, DMA ve 5809 sayılı Kanun ile çizilen çerçevelerin karışımı niteliğindedir. Örneğin Taslak'ta, DMA'ya benzer şekilde düzenlemeye tabi tutulacak temel platform hizmetleri yasa ile belirlenmekte ve Rekabet Kurumu'na bunlar dışındaki pazarları öncül düzenlemeye tabi tutma yetkisi tanınmamaktadır. Öte yandan, 5809 sayılı Kanun'da olduğu gibi önemli piyasa gücüne sahip teşebbüslere ("ÖPG") getirilecek yükümlülüklerin,</p>
--	--

³⁴ Taslak'ta Alman Rekabet Kanunu'ndan da esinlendiği anlaşılmakta ise, de DMA'nın mehz AB rekabet hukukunun bir parçası olduğu, Alman Rekabet Kanunu'nun ise ulusal bir düzenleme niteliğinde olduğu dikkate alındığında, Değişiklik Taslağı bakımından DMA'nın daha temel bir kaynak olduğu değerlendirilmektedir.

³⁵ Bkz. Crémer, Jacques, Yves-Alexandre de Montjoye, Heike Schweitzer (2019), "Competition Policy for the Digital Era - Final Report". <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>

³⁶ Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828.

³⁷ Telekomünikasyon sektörüne dair düzenleyici çerçeve, çeşitli pazarlarda öncül düzenleme ihtiyacı olup olmadığının ve ilgili pazarda etkin piyasa gücüne sahip teşebbüslerin ("EPG") bulunup bulunmadığının detaylı bir pazar analiz süreci sonucunda belirlenmesini öngörmektedir. Ayrıca, düzenleyici otoriteler, EPG'lere uygulanacak yükümlülükleri, ilgili pazarın özelliklerini ve pazar analizi sürecinde tespit edilen aksaklıkları dikkate alarak olay özelinde belirlemektedir.

³⁸ Komisyon, kapsamlı bir pazar araştırması sonucunda, çeşitli nitel kriterlere dayalı olarak nicel eşiklerin altında kalan teşebbüsleri geçit bekçisi olarak atayabilir.

³⁹ Üye Ülkeler, DMA'nın uygulanması bakımından Komisyon'un takdir yetkisini sınırlandırarak, bu alandaki egemenlik haklarını tümünden devretmekten kaçınmış olabilir. Fakat bu durum DMA'nın esnekliğini azaltmaktadır.

		<p>Kanun'da sıralananlar arasından, olay özelinde Kurul'un tarafından seçilmesi öngörülmektedir. ÖPG ilan edilecek teşebbüslerin belirlenmesi bakımından ise iki modelden de farklılaşan bir yöntem benimsenmiştir⁴⁰. Taslak'ta yer alan ve farklı modellere dayanan bazı tercihler birbirleriyle ters düşmektedir. Ayrıca belirli bir modelin yalnızca bazı kısımlarının Taslak'a dahil edilmesi, bu kısımlar ile ilgili modelin bütünü arasındaki ilişkinin Taslak'a tam olarak yansıtılmamasına yol açmaktadır.</p> <p>Çalışmamızda, Taslak'ta öngörülen düzenleyici model DMA ve 5809 sayılı Kanun ile benimsenen modeller ile ayrı ayrı mukayese edilecek ve bu kapsamda Taslak'ın bünyesinde barındırdığı çelişkilerin tespit edilerek, regülasyon teorileri çerçevesinde bu çelişkilerin nasıl giderilebileceğine dair öneriler sunulacaktır. Böylece, uygulamada ortaya çıkabilecek sorunların minimize edilmesine katkı sağlanması hedeflenmektedir.</p>
29.	Dijital Pazarlarda Hâkim Durumda Bulunan Teşebbüslerin Kendini Önceleme Davranışları	<p>1. GİRİŞ</p> <p>Piyasada kârını maksimize etme amacı ile faaliyet göstermekte olan teşebbüslerin, kendi ürünlerine öncelik vermek suretiyle rakiplerinin ürünleri karşısında avantajlı bir konuma gelme içgüdüsüne sahip olması olağan bir durumdur. Bu kapsamda, Apple marklı bilgisayarlarda iOS yerine Microsoft'un Windows işletim sisteminin yer verilmesi beklenemeyeceği gibi Amazon'un alışveriş sitesinde Alibaba platformuna ilişkin tanıtım yapılmasını zorunlu tutmak hayatın olağan akışına uygun olmayacaktır. Ancak, hâkim durumda bulunan şirketlerin, rekabetçi piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüslerden farklı olarak, rekabetin daha fazla sınırlanmaması adına özel bir sorumluluğunun olduğu bilinmektedir. Nitekim birden fazla pazarda faaliyet gösteren ve bu pazarların en az birinde hâkim durumda bulunan bir şirketin, söz konusu hâkim durumundan faydalanmak suretiyle diğer ürünleri lehine ayrımcılık yapması son dönemde birtakım zarar teorilerinin ortaya çıkmasına yol açmıştır.</p> <p>Rekabet hukuku çerçevesinde "kendini önceleme" olarak adlandırılan davranış modeli, büyük teknoloji şirketleri aleyhinde özellikle son dönemde Avrupa Birliği ve Türkiye'de sayısı artan soruşturmalara ve idari para cezalarına konu edilmiştir. OECD tarafından yapılan tanım çerçevesinde kendini önceleme, bir pazarda hâkim durumda olan bir teşebbüsün başka bir pazarda da pazar gücü elde edebilmek adına bu gücünü bir kaldıraç olarak kullanmasıdır.</p>

⁴⁰ Değişiklik Taslağı'nda da nicel eşikleri aşan teşebbüslerin ÖPG olarak kabul edileceği düzenlense de nicel eşiklerin Kurul tarafından belirlenecek olması, Taslak'ı DMA'dan farklılaştırmaktadır. Yine nitel kriterlere dayalı analiz yöntemi hem DMA'daki pazar araştırmasına hem de 5809 sayılı Kanun'daki pazar analiz sürecine göre çok daha yüzeysel kalmaktadır.

Bu kapsamda, Avrupa Komisyonu ve Türkiye’de, Google aleyhinde açılan *Shopping* ve *Android* soruşturmalarında, ilgili teşebbüsün kendi ürünlerini önelemek suretiyle alt pazarda faaliyet gösteren teşebbüsleri dışladığı sonucuna varılmış ve Google aleyhinde idari para cezası ile birtakım davranışsal tedbirler uygulanmasına hükmedilmiştir. Buna ek olarak, Türkiye’de Rekabet Kurumu tarafından yine Google aleyhinde verilen *Yerel Arama* kararı da kendini öneleme davranışının incelendiği ve hâkim durumun kötüye kullanıldığı sonucuna varılan dosyalardan biridir.

Buna karşılık, teknoloji şirketlerinin kendini öneleme yoluyla hâkim durumunu kötüye kullanmasını engelleme çabaları devam ederken bu şirketlerin kullanıcılar gözünde ortaya çıkardığı refahın göz ardı edilmemesi gerektiği düşünülmektedir. Nitekim bugün Google’ın kullanıcı deneyimini ön plana çıkaran genel arama hizmetinin olmadığı veya internet üzerinden iletişim kurmayı kolaylaştıran Whatsapp’ın olmadığı bir dünyada tüketicilerin refahının olumsuz etkileneceği açıktır. Dolayısıyla, böyle bir ortamda iyi bir diplomat gibi hareket edilmeli ve bir yandan bu şirketlere müdahale ederken diğer yandan teknoloji şirketleri küstürülmemeli, yani inovasyon yapma güdülerini sınırlandırılmamalıdır. Nitekim rekabet hukuku kurallarının amacına ulaşabilmesi için ilgili ekonomik düzen içerisinde dağıtım etkinliğinin tesis edilmesinin yanında dinamik etkinliğin de göz ardı edilmemesi gerektiği açıktır. Dinamik etkinlik ise şirketlerin araştırma & geliştirme faaliyetlerine yatırım yapabilir durumda olmasını, teknolojinin yeni nimetlerinin ortaya çıkarılmasını ve inovatif ürün veya hizmetler sunabilen teşebbüslerin ödüllendirilmesini gerektirmektedir.

2. BİLDİRİ KAPSAMINDA TARTIŞILACAK HUSUSLAR

İşbu bildiri kapsamında, öncelikle kendini öneleme davranışları tanımlanacak ve ardından söz konusu davranışların zarar teorisi çerçevesinde ortaya çıkaracağı rekabete aykırı etkiler üzerinde durulacaktır. Bu olumsuz etki araştırılırken Avrupa Komisyonu ve Rekabet Kurumu tarafından özellikle Google aleyhinde verilen ihlal kararları incelenecektir. Ardından son dönemde Avrupa’da yasalaşan Dijital Pazarlar Yasası ile Almanya’nın güncel rekabet mevzuatı çerçevesinde belirli teknoloji şirketlerinin kendini öneleme davranışlarına nasıl yaklaşılacağı hususuna ışık tutulacaktır. Son bölümde, kamuoyu görüşüne açılan ve rekabet mevzuatımızda değişiklik yapılmasına ilişkin taslak kanunda öngörülen tanım ve değişikliklerin yerindeliği ve yeterliliği hususu tartışılacaktır.

3. KAYNAKÇA

İşbu bildiri kapsamında aşağıda yer verilen kaynaklardan yararlanılması planlanmaktadır. Buna karşılık, çalışmamızın bu kaynaklarla sınırlı olmayacağını ve yalnızca işbu bildiri önerisine esas teşkil etmesi amacıyla kısa bir listeye yer

		<p>verildiğini belirtmek isteriz.</p> <ul style="list-style-type: none">• Australia, Digital Platform Services Inquiry – March 2022 Report on General Online Retail Marketplaces, 2021• Avrupa Komisyonunun 2004 tarihli <i>Microsoft</i> (COMP/C-3/37.792), 2017 tarihli <i>Google Shopping</i> (Case AT.39740) ve 2018 tarihli <i>Google Android</i> (Case AT. 40099) kararları• F. Lancieri, P.M. Sakowski, 'Competition in Digital Markets: A Review of Expert Reports', Stigler Center for the Study of the Economy and the State University of Chicago Booth School of Business, Working Paper Series No. 303, 2020• F. Marty, Competition and Regulatory Challenges in Digital Markets: How to Tackle the Issue of Self-Preferencing?, Gredeg WP No. 2021-20 France, Competition & E-commerce Report, 2020• G. Niels, H. Jenkins, J. Kavanagh, Economics for Competition Lawyers, Oxford, 2016• Greece, Interim Report in the Context of the Sector Inquiry into E-commerce Under Art. 40, 2021• I. Lianos, Digitalisation and Competition Law: New Challenges, RDC Vol. 7/1, 2019• O. Lynskey, Regulating Platform Power, LSE Law, Society and Economic Working Papers, 2017• OECD, Implications of E-commerce for Competition Policy, 2018• R. Bork, The Antitrust Paradox, The Free Press, 1978• R. Whish, D. Bailey, Competition Law, 10. Edition, Oxford, 2021• R.A. Woodcock, Digital Monopoly Without Regret, Concurrences Digital & Competition On-Topic, 2020• Rekabet Kurulunun ise 2018 tarihli <i>Google Android</i> (18-33/555-273), 2020 tarihli <i>Google Shopping</i> (20-10/119-69) ve 2021 tarihli <i>Google Yerel Arama</i> (21-20/248-105) kararları <p>Rekabet Kurumu, E-pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Raporu, 2022</p>
30.	Yöneticilerin Tüzel Kişinin Rekabet İhlallerinden Doğan Hukuki Sorumluluğu: Borçlar Hukuku Düzleminde Bir İnceleme	<p>Rekabet Kurumu'nun uyguladığı yaptırımlar bağımsız karar alabilen ve ekonomik bütün teşkil eden birimler olarak tanımlanabilecek teşebbüs kavramı üzerine kurgulanmıştır. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ("RKHK") m.16/3 uyarınca kanunda yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüslere yıllık gayri safi gelirlerinin %10'una kadar idari para cezası verilmektedir. Ayrıca RKHK m.57 vd. uyarınca kanunda yasaklanan davranışlarda bulunan teşebbüsler, zarar görenlerin zararını gidermekle yükümlüdür.</p> <p>Akla gelebilecek bir soru tüzel kişilerin yöneticileri bakımından herhangi bir sorumluluğun doğup doğmayacağıdır.</p>

RKHK m.16/4 bu konunun idari para cezası boyutunu düzenlemektedir. Hüküm uyarınca, para cezasına çarptırılan teşebbüslerin ihlalde belirleyici etkisi saptanan yönetici/çalışanlarına teşebbüslere verilen cezanın %5'ine kadar idari para cezası verilir. Ancak RKHK'de yöneticilerin hukuki sorumluluğu düzenlenmemiştir. Dolayısıyla meselenin Türk Ticaret Kanunu ("TTK") ve Türk Borçlar Kanunu'ndaki ("TBK") hükümlere göre çözülmesi gerekecektir.

Anonim şirket yöneticilerinin şirketin rekabet hukuku ihlallerinden sorumluluğu Türk hukukunda çeşitli eserlerde incelenmiş olsa da bu eserlerin temel olarak şirketin rekabet hukuku yaptırımları sonucu uğradığı zararın TTK kapsamında yöneticilere tazmin ettirilmesine odaklandığı görülmektedir. Halbuki yöneticilerin, şirketin pay sahibi ya da alacaklısı olmayan üçüncü kişilerin (doğrudan) zararlarından sorumluluğu genel hükümlere göre tespit edilecektir, zira yöneticilerin sorumluluğunu düzenleyen TTK m.553 hükmü pay sahipleri ve alacaklılar dışında kalan kişilerin (doğrudan) zararları bakımından sessizdir. Pay sahipleri ifadesi açık olsa da şirket alacaklılarının nasıl anlaşılması gerektiği tereddütlere mahal verebilir. Nitekim hükmün karşılığı olan İsviçre Borçlar Kanunu m.754 kapsamında da şirket alacaklıları (*Gesellschaftsgläubigern*) kavramının kapsamına kimlerin girdiği tartışma konusudur. Şirket alacaklıları kavramının kapsamına girip girmeyeceği tereddüt uyandırabilecek iki grup rekabet ihlali mağdurları müşteriler ve rakiplerdir. Müşterilerin TTK m.553 anlamında şirket alacaklısı sayılmaları savunulabilir olsa da rakiplerin bu kapsama girmeyecekleri belirtilmelidir, çünkü rakipler şirket alacaklısı olmaları sebebiyle zarara uğramamaktadır. Bu durumda tüzel kişi organlarının kusurlarından kişisel olarak sorumlu olduklarını belirten Türk Medeni Kanunu ("TMK") m.50/3 hükmü uygulama alanı bulacak ve rakiplerin yöneticilere açacakları tazminat davalarında genel hükümlere gidilecektir.

Yöneticilerin tüzel kişinin rekabet ihlalden borçlar hukukunun genel hükümlerine dayanan sorumluluğu, özellikle problemin belki de en önemli noktası olan hukuka aykırılık bağı bakımından, (tespit edilebildiği kadarıyla) Türk hukukunda detaylı bir incelemeye tabi tutulmamıştır. Bu çalışmada yöneticilerin, tüzel kişinin (özellikle anonim/limited şirketin) rekabet ihlalden doğan zarardan özel hükümlere (TTK'ye) göre sorumlu tutulamadıkları ihtimallerde genel haksız fiil hükümleri uyarınca hangi şartlarda sorumlu tutulabilecekleri diğer ülkelerle karşılaştırmalı olarak incelenecektir. İlk olarak anonim ve (TTK m.644/1-a atfıyla) limited şirket yöneticileri bakımından uygulanan TTK m.553 hükmündeki alacaklı ifadesinin dışında kalan üçüncü kişilerin ve TMK m.50/3'teki "organ" kavramının kimler olduğu incelenecektir. Bu hususların aydınlatılmasından sonra, üçüncü kişilerin zararı salt ekonomik zarar niteliğinde olacağından yöneticilerin fiili ile zarar arasında hukuka aykırılık bağının kurulup kurulamayacağı üzerinde durulacak ve RKHK m.16/4'ün (veya bir başka hükmün) hukuka aykırılık bağı kuracak özel

		<p>koruma normu teşkil edip edemeyeceği meselesi tartışılacaktır. Ayrıca üçüncü kişinin zararının tazmini (<i>Drittschadensliquidation</i>) gibi alternatif sorumluluk teorileri kapsamında yöneticilerin sorumlu tutulup tutulamayacağı irdelenecektir. Son olarak yöneticilerin genel hükümlere göre zarardan sorumlu tutulabileceği ihtimallerde teselsülün ve zamanaşımının TTK'ye (m.557/560) göre mi yoksa TBK'ye göre mi belirleneceği incelenecek ve yöneticilerden üç katı tazminat talep edilip edilemeyeceği özel hukuk cezası kavramının ceza hukukunun genel prensipleri ile ilişkisi kapsamında tartışılacaktır.</p>
31.	Dijital Pazarlarda Eşik Bekçilerinin Son Büyük Yükümlülüğü: Birlikte İşlerlik	<p>Avrupa Komisyonu, Avrupa dijital pazarında süregelen rekabet tartışmalarından elde ettiği tecrübelerden yararlanarak dijital pazarlarda ortaya çıkan sorunları çözmeyi hedef aldığı sektör odaklı <i>ex ante</i> kanun metni olan Dijital Pazarlar Yasasını (Digital Markets Act 'DMA') Kasım 2022'de yürürlüğe sokmuştur. Aralık 2020'de yayınlanan taslak ile son metin arasında en önemli farklardan biri yasa içerisinde artan birlikte işlerlik vurgusu ve eşik bekçileri için bir yükümlülük olarak düzenlenen kişilerarası iletişim hizmetlerinde birlikte işlerlik hali olmuştur.</p> <p>Birlikte işlerlik (<i>interoperability</i>), bir donanım veya yazılımın tüm öğelerinin diğer donanım ve yazılımlarla ve kullanıcılarla amaçlanan her şekilde çalışması için bilgi alışverişi yapma ve arayüzler veya diğer çözümler aracılığıyla değiş tokuş edilen bilgileri karşılıklı olarak kullanabilme yeteneği anlamına gelir. Bir yazılım ürününün değerinin en önemli göstergelerinden biri yazılımı edinen kullanıcıların halihazırda sahip olduğu ve kullanmaya devam ettiği sistemlerle ne ölçüde entegre olabileceğidir. Bu nedenle birlikte işlerlik dijital pazarlarda rol alan ticaret aktörleri için önemli bir değerdir.</p> <p>Kullanıcıların tek bir platforma bağlı kalmaması ve kullanıcılara daha çok seçenek sunulabilmesi açısından bakılınca, birlikte işlerliğin dijital pazarlarda rekabet edilebilirliği ve adaleti sağlamak ve tüketici refahını artırmak açısından olumlu sonuçlar ortaya koyabileceği genel bir tartışma konusu olmaktadır. Bunun yanında, birlikte işlerliğin beraberinde getireceği inovasyon kaynaklı pazara giriş engelleri ve son kullanıcılar için gizlilik ve güvenlik korumaları üzerindeki potansiyel etkileri düşünüldüğünde ise birlikte işlerlik yükümlülüklerinin eşik bekçilerinin pazar içerisinde ortaya koyacakları gücü dengelemek ve pazarda rekabet edilebilirliği ve adaleti sağlamak amaçları için uygun bir düzenleyici araç olup olmadığını ayrı bir tartışma konusudur.</p> <ul style="list-style-type: none">• Bu çalışma, öncelikle genel itibarıyla birlikte işlerlik kavramını ve pazar rekabeti üzerindeki olası etkilerini ve sonrasında DMA kapsamında birlikte işlerlik kavramının nasıl ele alındığını ve temel görünümünü

		<p>ayrıntılılarıyla açıklayacaktır. Bu sayede, dijital pazarlarda eşik bekçilerinin yükümlülüklerinin belirlenmesi, son kullanıcıların ekonomik ve sosyal durumları ve pazar rekabeti üzerinde etkili olan, önemli bir rekabet hukuku aracı olarak birlikte işlerlik ve birlikte işlerliğin gerekliliği üzerinde bir sonuca varmayı amaçlamaktadır.</p>
32.	<p>Serbestleştirilen Enerji Piyasalarında Yerleşiklerin Durumu ve Tarihi Kullanıcı Verilerinin Kullanımı: ENGIE, ENEL ve EDF Kararları Türkiye'ye Örnek Olur Mu?</p>	<p>Mehaz olarak takip edilen Avrupa Birliği'nde (AB) alınan kararlar ve yapılan tartışmalar ülkemizdeki içtihadı ve incelemeleri etkilemektedir. AB'de alınan bir kararın varlığı halinde Rekabet Kurulu'nun daha net ve kesin şekilde benzer tespitlere ulaştığı görülmektedir (bknz. Google kararları, emek piyasası incelemesi, kargo kararı vb.). Ancak AB'de alınan kararların değerlendirdiği durum ve şartlar ile ülkemizdeki şartlar her zaman aynı olmayabilmektedir. Bu sebeple durumun nevinin tamamen değiştirecek farklılıklara ayrıca dikkat edilmesi gerektiği düşünülmektedir.</p> <p>İşbu çalışmada sonradan rekabete açılan enerji sektörüne yönelik olan ve eski tekellerin ellerindeki verilerin kullanımına ilişkin değerlendirme içeren üç kararın incelenmesi ve söz konusu kararların neden doğrudan Türkiye'de uygulama alanı bulamayacağı tartışılması amaçlanmaktadır.</p> <p>Çalışmada ilk olarak ENGIE, ENEL ve EDF kararlarının kısa özeti, tarihsel tekelden gelen birikmiş verilerin/yasal tekel kapsamında bulunan verilerin kullanımı ve rekabet karşıtı görülen durumun ne olduğu ele alınacak, ardından söz konusu kararların arkasındaki piyasa yapısı tartışılacaktır. Yine aynı bölümde ülkemizdeki elektrik ve doğal gaz sektörlerindeki dağıtım ve perakende faaliyetlerinin (dağıtım şirketi/görevli tedarik şirketi ayrımı, düzenlenen portföy (K1) ve serbest piyasa portföyü (K2)) yapısı ele alınacaktır ve yurt dışı örneklerle ülkemizde yapı karşılaştırılacaktır.</p> <p>İkinci olarak, ülkemizdeki serbestleşme süreci ile bahsi geçen kararlardaki enerji piyasalarındaki serbestleşme süreçleri arasındaki farklar tartışılacaktır. Bu bölüm şu üç başlıkta ele alınacaktır:</p> <ul style="list-style-type: none">- Özelleştirme yöntemi: Farklı ihaleler (Türkiye) – halka açılma (Fransa ve İtalya),- Faaliyet ölçeği: Bölgesel yapı (Türkiye) – ulusal yapı (Fransa ve İtalya),- Kurulun mevcut veri tabanı kullanımını konusunda değerlendirmesi: Enerya kararı ve dağıtım özelleştirmeleri kararları. <p>Üçüncü bölümde ise, ENGIE, ENEL ve EDF kararlarının ülkemizdeki dağıtım ve perakende faaliyetleri açısından nasıl örnek alınabileceği tartışılacaktır. Tartışma eksenleri şu şekildedir:</p>

		<ul style="list-style-type: none">- Dağıtım faaliyeti: Tekel kapsamında veri ve bu veriye erişimin ülkemiz bakımından anlam ifade ettiği yerin dağıtım faaliyeti olduğu, bu kapsamda dağıtım faaliyeti ile ilişkili olan çatı tipi güneş santrali, elektrikli araç şarjı, depolama ve diğer faaliyetlerin bu gözle değerlendirilmesi gerektiği ele alınacaktır.- Perakende faaliyeti: ENGIE, ENEL ve EDF'teki durumun doğrudan ülkemizdeki düzenlenen portföy (K1) ile serbest portföye (K2) uygulanmaması gerektiği, Türkiye'deki pazarın özelliklerinin farklı olduğu ve Kurul içtihadının düzenlenen portföydeki verilerin serbest piyasaya açık alanda kullanılmasında sakınca bulmadığı tartışılacaktır. <p>Son bölüm olan sonuç bölümünde ise, ENGIE, ENEL ve EDF kararlarından çıkarım yapmadan evvel söz konusu kararların alınmasına neden olan şartların incelenmesinin ve bu şartların ülkemizdekilerle karşılaştırılmasının mevcut durumda tarihsel kullanıcı tabanına sahip olan oyuncular açısından aşırı müdahaleci sonuçlara neden olabileceği tartışılacaktır.</p>
33.	Rakibin Kötülenmesi: Yeni Bir Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Tipi Mi Doğuyor?	<p>Ticari bir avantaj elde etmek adına rakip ürünlerin kötülenmesi gerek Avrupa ülkeleri gerekse Türkiye'de genellikle ticaret kanununda yer alan haksız rekabet hükümleri çerçevesinde ya da reklam mevzuatı tahtında ele alınmaktadır.⁴¹ Bununla birlikte, özellikle Fransız Rekabet Otoritesi'nin başını çektiği çeşitli ulusal rekabet otoritelerinin kararları ile "rakipleri kötüleme" davranışının yeni bir tür hakim durumun kötüye kullanması hali olarak son yıllarda rekabet hukukunda yer edinmeye başladığı gözlenmektedir.⁴² Son olarak, bu tandansın Avrupa Komisyonu'na da yayıldığı söylenebilir. Nitekim, 20 Haziran 2022 tarihinde Avrupa Komisyonu, İsviçre merkezli bir demir eksikliği tedavisi ürünleri üreticisinin rekabete aykırı kötüleme kampanyasına ilişkin bir soruşturma başlattığını duyurmuştur.⁴³</p> <p>Her ne kadar hakim durumdaki teşebbüsler tarafından rakip ürünlerin kötülenmesi yoluyla bir hakim durumun kötüye kullanılması durumunun ortaya çıkabileceği çeşitli rekabet otoritelerinin ortak duruşu olsa da, bu tür bir</p>

⁴¹ Nissen, M. and Haugsted, F. "Badmouthing Your Competitor's Products: When Does Denigration Become an Antitrust Issue?" The Antitrust Source, February 2020, Volume 19, Issue 4; Kelekçi, S. "Kötüleme Yoluyla Haksız Rekabet" Altınbaş Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.

⁴² AT. 40577, Vifor; Konkurrencerådet's afgørelse den 30. januar 2019 Falck, Journal nr. 18/04542; Case C-179/16 F, *Hoffmann-La Roche Ltd v. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, 2018 ECLI:EU:C:2018:25.

⁴³ AT. 40577, Vifor.

		<p>kötüye kullanma için hangi şartların aranması gerektiği konusunda bir fikir birliği bulunmamaktadır. Nitekim, Fransız rekabet otoritesi hakim durumdaki şirketin pazar gücü ile kötüleme davranışının etkinliği arasında bir bağlantı⁴⁴ ararken Danimarka rekabet otoritesinin genel olarak davranışın dışlayıcı sonuçları üzerine odaklandığı görülmektedir.⁴⁵</p> <p>Şu ana kadarki Türk Rekabet Kurulu uygulamasına bakıldığında ise, kötülemenin Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesi uyarınca hakim durumun kötüye kullanılması yasağı kapsamında değerlendirilmediği görülmektedir.⁴⁶ Bununla birlikte özellikle yukarıda değinilen yakın zamanlı soruşturma sonucunda Komisyon'un aldığı pozisyona bağlı olarak, bu trendin Türkiye'ye de ulaşması şaşırtıcı olmayacaktır.</p> <p>Bu çerçevede, işbu tebliğ çerçevesinde öncelikle (i) ulusal rekabet otoritelerinin mevcut kararları çerçevesinde rakip ürünlerin kötülenmesinin ne zaman hakim durumun kötüye kullanılması teşkil edebileceğine ilişkin ortaya çıkan değişik legal testler ortaya koyularak ilgili unsurların nasıl uygulanabileceğine ilişkin çıkarımlarda bulunulacak, (ii) Türk Rekabet Kurulu'nun kötüleme bazlı şikayetlere ilişkin geçmiş kararlarında konuya nasıl yaklaştığı irdelenecek ve (iii) Avrupa'daki mevcut uygulamanın bir eleştirisi yapılarak Türk Rekabet Kurulu'nun bu genel yaklaşımı benimsemeye karar vermesi durumunda dikkat etmesi gereken hususlara ilişkin çıkarımlarda bulunulacaktır.</p>
34.	Emek Piyasasında Rekabet Hukukuna Uyum İçin İnsan Kaynaklarının Alabileceği Önlemler ve İyi Uygulamalara Dair Bir Tartışma	<p>Gerek Rekabet Kurumunun gerekse de dünya genelinde pek çok rekabet otoritesinin merceği altına alınan iş gücü pazarı, bilhassa güncel tarihli olmak üzere pek çok soruşturma ve incelemeye maruz kalmıştır. Nitekim klasik anlamdaki ürün pazarı tanımından farklı olarak teşebbüslerin ana faaliyet alanları ile doğrudan bağlantısı olmaksızın tanımlanan ve böylece sınırları son derece geniş bir biçimde ele alınan pazar kavramı ile günümüzde teşebbüsler için göz ardı edilemez bir öneme sahip olduğunu söylemek hatalı olmayacaktır. Gerçekten de rekabete uyum çabalarını sürdüren, bununla birlikte emek piyasasındaki rekabete uyumu bu çabalarına daha önce dahil etmemiş olan çok sayıda teşebbüsün artık insan kaynakları uygulamalarını da bu yönde iyileştirmeye gayret ettiğini görüyoruz.</p> <p>İş gücü pazarı ile bu pazar dahilinde rekabete tesir edebilecek eylemlerin nitelendirilmesi hakkında yeknesak ve genel geçer bir biçimde kabul görmüş herhangi bir anlayışın mevcut olduğunu söylemek en azından bu aşamada pek</p>

⁴⁴ Case C-179/16 F, *Hoffmann-La Roche Ltd v. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, 2018 ECLI:EU:C:2018:25

⁴⁵ Konkurrence-rådet's afgørelse den 30. januar 2019 Falck, Journal nr. 18/04542, para. 100

⁴⁶ *Müzik Sektörü Meslek Birlikleri*, 27.12.2007, 07-92/1175-459, para.150

mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla hatları kesinlik ile çizilemeyen ve henüz ticari hayatın gereklilikleri ile sınanmamış değerlendirmelere sahip olması nedeniyle iş gücü pazarındaki rekabet kurallarının, teşebbüslerin olağan ticari faaliyetlerini haddinden fazla sınırlayacak şekilde yorumlanması olasıdır. Bu bakımdan teşebbüslerin iş gücü pazarını etkileyen ticari davranışları ile rekabet hukuku kuralları arasında bir dengenin oluşturulması önem arz etmektedir.

Teşebbüslerin, istihdam politikalarını rekabet hukukuna uyumlu hale getirmeye çalışırken esas ekonomik faaliyetlerini sürdürdükleri ticari düzlemin gerekliliklerini göz ardı etmeleri mümkün değildir. Bu nedenle “iş öldürmeyen” iyi uygulama yöntemlerinin tespiti, teşebbüslerin iş gücü pazarındaki rekabete uyumlarını hem kolaylaştıracak hem de sürdürülebilir kılacaktır.

Bilindiği üzere bu ticari düzlem içerisinde bir anlaşma ile ulaşılmak istenen hedeflerin gerçekleştirilmesi adına çalışan ayartmamaya yönelik yan sınırlamalar getirilmesi mümkündür. Nitekim belli durumlar özelinde emek rekabeti kapsamında birtakım sınırlamalara izin verildiği görülmektedir. Örneğin birbirinden ürün veya hizmet alan teşebbüsler arasındaki, meşru olduğu kabul edilen, çalışan ayartmama anlaşmaları izin verilen sınırlamalardandır. Benzer şekilde aralarında tedarik ilişkisi bulunan iki şirketin yürüttüğü bir proje kapsamında, söz konusu projeye ilişkili personelin transfer edilmesinin önüne geçen anlaşmalar da meşru kabul edilebilmektedir.

Biz de bu doğrultuda, tebliğimiz kapsamında iş gücü pazarındaki rekabete uyum için alınabilecek önlemlerden bahsedeceğiz ve bu kapsamda özellikle ticari hayatın sürekliliği açısından zorunlu olan sınırlamalar arasında bir denge kurmaya çalışacağız. Bu kapsamda özellikle risk sermayesi şirketlerinin portföylerinde yer alan şirketler arası yapılacak bir çalışan ayartmama anlaşmasının yahut çalışan geçişlerinin önlenmesine yönelik uygulamaların da meşru bir temelde ele alınabileceği yönündeki görüşümüzden hareketle, aynı ekonomik bütünlük altında değerlendirilemeyecek olup da birbirinden tamamen bağımsız olmayan şirketler (ör: portföy şirketleri) arasında, yatırımların geri dönüşünün temini açısından kaçınılmaz olan çalışan hareketliliğinin kontrolüne dair iyi uygulama önerilerini tartışacağız.

İş gücü pazarı ile ilgili olarak halihazırda tam anlamıyla kesinlik taşımayan kurallara, teşebbüsler ile bünyelerinde çalışan personelin uyumunun sağlanması da bir o kadar önem arz etmektedir. Netice itibarıyla tebliğimizde öncelikle genel hatları ile iş gücü pazarında izlenmesi gereken kurallar bütününe ve kaçınılması uygun görülen hususlara

		<p>değınilecek, bununla birlikte teşebbüslerin serbest oldukları, yapmalarının önünde bir sakınca olmayan uygulamalar ele alınacaktır. Bu çerçevede, yan sınırlamalar başlığı altında ticari hayat ile rekabet hukuku kuralları arasındaki ilişki ele alınacak ve iş gücü pazarının münferit ve özelliğli yapısına temas edilerek teşebbüslere iyi uygulama konusunda kılavuzluk edilmeye çalışılacaktır.</p>
35.	Birleşme ve Devralmalarda Yeni Düzen: Eşikler Önemini Yitiriyor mu?	<p>Geçtiğimiz sene Rekabet Kurumu (“Kurum”) tarafından, 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ (“2010/4 sayılı Tebliğ”) ve ilgili kılavuzlara değişiklikler getirilmiştir. Kurum, değişikliklerin amaçlarından birinin öldürücü devralmaları önlemek olduğunu açıkça ifade etmiştir. Bununla birlikte, eski düzenlemeler çerçevesinde özellikle dijital pazarlarda önemli pazar gücüne sahip teşebbüslerin bazı işlemlerinin, ciro eşiklerine takılmaması sebebiyle, değerlendirmeye tabi tutulmayabileceğine ilişkin endişelere işaret etmiştir.</p> <p>Rekabet hukuku çerçevesinde tüketiciye yansıyan etki bakımından ürün arzında devamlılık ve fiyat gibi faktörler sıklıkla dikkate alınsa da teknoloji bazlı pazarlar bakımından inovasyon potansiyeli (dinamik etkinlik) üzerindeki etkilere ilişkin değerlendirmeler, dijital ekonomide daha fazla önem kazanmaktadır. İnovasyonun korunmasına ilişkin düzenlemelerin rekabet politikası uygulamasına sistematik olarak entegre edilmesinin, özellikle giriş engellerinin yüksek olduğu ve belli başlı teşebbüslerin hakim durumda bulunduğu pazarlar için özellikle önemli olduğu doktrinde de tartışılmaktadır.⁴⁷</p> <p>Bu bağlamda örneğin Bourreau/de Streel,⁴⁸ dijital pazarlarda kabiliyet, kapasite ve gerekli girdiler dikkate alınarak "inovasyon pazarlarının" tanımlanmasını önermektedir. Nitekim ilaç sektörüne ilişkin bazı Avrupa Komisyonu kararlarında bu doğrultuda değerlendirmeler mevcuttur.⁴⁹ İlgili zarar teorisine göre, tarafların hâlihazırda geliştirmekte oldukları ancak henüz piyasaya sürmedikleri ürün ve projelerdeki örtüşme ve ilişkiler incelenmelidir. Hedef teşebbüs, gelecekte devralanın pazar payının bir kısmını ele geçirebileceği için yamyamlaştırma etkisinin (<i>cannibalisation effect</i>) de dikkate alınması gerekmektedir.</p> <p>Facebook/WhatsApp, Facebook/Instagram ve Google/YouTube gibi işlemlerin geriye dönük değerlendirmelerinde öne</p>

⁴⁷ Avrupa Komisyonu, Montjoye, Y., Schweitzer, H., Crémer, J., *Competition policy for the digital era*, 2019, <https://data.europa.eu/doi/10.2763/407537>

⁴⁸ Bourreau/de Streel, *Digital Conglomerates and EU Competition Policy*, 2019.

⁴⁹ Case M.7932 - Dow/Dupont, Case M.8084 - Bayer/Monsanto.

		<p>çıkan bu tip hususların bugün Illumina/Grail, Microsoft/Activision gibi dosyaların incelenmesi kapsamında etkili olduğu söylenebilecektir. Bu bakımdan, devralan teşebbüslerin sundukları ürün ve hizmetler ile potansiyel rekabet arasındaki ilişkinin yeterince incelenmemesinin, giriş engellerinin daha da yükselmesine neden olarak pazar kapama etkisine sebep olduğu ifade edilmektedir.</p> <p>Tebliğimizde, AB ve ABD’de görülen dosyalardan yola çıkarak bu tip işlemlerin doktrinde ve rekabet otoritelerince nasıl değerlendirildiği, bu değerlendirmelerin Türkiye’de özellikle oyun sektörüne ilişkin işlemler, jenerik ilaç üreticilerinin devralınması gibi işlemler bakımından nasıl yansımaları olabileceği üzerinde durulacaktır. Bu bakımdan, ölçek ekonomisi ve inovatif güçlerin birleşmesi vasıtasıyla verimlilik artışları ve fiyatların düşmesi gibi olumlu etkiler karşısında, bu işlemlerin tekel kârı yaratma ihtimali, yerleşik teşebbüsün yenilikçi ve daha kaliteli ürünlere/hizmetlere yatırım yapmaya eğiliminin daha az olması sebebi ile tüketici refahına etkileri ele alınacaktır. Bu bağlamda, diğer rekabet otoritelerinin kararlarının da etkisiyle Rekabet Kurulunun <i>laissez-faire</i> yaklaşımının yerini nispeten daha müdahaleci bir yoğunlaşma kontrolü politikasına bırakma ihtimali tartışılacaktır.</p>
36.	İlgili Pazar Tanımında Dijital Reform: Avrupa Komisyonu Taslağı Perspektifinden Bir Bakış	<p>Teknolojik ilerlemeler yeni pazarların gelişmesine yol açarken, aynı zamanda daha geleneksel pazar tanımlarına dair yeni anlayışlara ve çok sayıda tartışmaya konu oluyor. Bu yenilikler büyük teknoloji (<i>big tech</i>) şirketlerinin sahip olduğu pazar gücünü korumak adına, platform rekabetinin doğasında bulunan faydalardan haksız şekilde yararlanabilme endişelerine sebebiyet veriyor. Dijital platformlarda rekabetin karakteristik özellikleri arasında doğrudan ve dolaylı ağ etkileri, geniş ölçek ekonomileri, sifıra yakın marjinal maliyetler yer almaktadır. Bu özelliklerin yaratabileceği piyasa aksaklıkları nedeniyle aralarında ülkemizin de bulunduğu çok sayıda ülkede öncül platform düzenlemeleri gündeme gelmiştir. AB’de ise Digital Markets Act yasalaşmış ve yürürlüğe girmesi beklenmektedir.</p> <p>İlgili pazarı tanımlamanın ve söz konusu pazardaki pazar gücünü değerlendirmenin amacı, bir teşebbüsün pazarda özgürce hareket edebilme yeteneğini sınırlayan rekabet kısıtlamalarını ve rekabete ve tüketicilere zarar veren etkilerini belirlemektir. Bu doğrultuda geleneksel pazar tanımı araçlarının, başta çok taraflılık gibi kendine has özellikleri olan dijital platformlar söz konusu olduğunda yetersiz kaldığı birçok rekabet otoritesince kabul edilmektedir.</p> <p>Bu kapsamda Avrupa Komisyonu 1997 yılından beri yürürlükte olan Pazar Tanımı Duyurusunu güncelleme yönünde adımlar atmış ve yakın zaman önce de yeni Taslak Pazar Tanımı Duyurusunu (“Taslak”) kamuoyu görüşüne açmıştır.</p>

	<p>Taslak'ta rekabet hukuku incelemelerinin en temel bileşeni olan pazar tanımının yeni ekonomideki dinamiklere uyumlulaştırılması planlanmaktadır.</p> <p>Taslak'ta yoğun ürün farklılaştırmasının olduğu pazarlar, AR-GE pazarları, çok taraflı platformlara ilişkin pazarların belirlenmesi ve dijital ekosistemlerde pazar tanımı gibi hususlar ele alınmıştır. Bunun yanında pazar tanımı yapılırken yararlanılan araçların başta dijital ekonomi olmak üzere teknolojik değişiklikler ve ekosistemlerin önemi, "sıfır fiyat" olarak adlandırılan pazarlar, çok taraflı pazarlar, dijitalleşmenin önemi dahil olmak üzere belirli pazar özellikleri ve yeni iş modellerini yansıtacak şekilde güncellenmesinin gerektiğine dikkat çekmiştir. Halen kamuoyu görüşüne açık olan bu Taslak başta ikame edilebilirlik kavramı olmak üzere dijital pazarların ve platformların tanımlanabilmesi çerçevesinde şekillendirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.</p> <p>Benzer yaklaşımlar diğer gelişmiş ülkelerde de görülmektedir. Buna karşılık Türk rekabet hukuku açısından da dijital pazarlara ilişkin olarak <i>Sahibinden.com</i>⁵⁰ kararları, "<i>e-Pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Nihai Raporu</i>", <i>Trendyol Geçici Tedbir</i>⁵¹ kararı (ve idare mahkemesinin karara yönelik yaklaşımı), <i>Nadirkitap</i>⁵² kararı ve henüz gerekçesi yayınlanmayan <i>Meta</i> kararında Kurul'un dijital pazarlardaki ilgili ürün pazarı değerlendirmesi çeşitli tartışmalar doğurmuştur. Dijital pazarların dinamik yapısı, kesin bir pazar tanımı yapmayı güç kılmakta, öte yandan hakim durum tespitleri konusunda tereddüt oluşturmaktadır. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da yapılması planlanan ve dijital pazar oyuncularını hedef alan kapsamlı değişikliklerin birtakım öncül düzenlemeler de öngörüyor olması karşısında ilgili pazarın sınırlarının belirlenmesinin önemi kendini daha da göstermektedir.</p> <p>Tebliğimizde, dijital pazarlara has özelliklerin geleneksel pazar tanımları yapılırken göz önünde bulundurulmuş mevcut pazar tanımı araçlarının ne tür yenilikleri gerekli kıldığı değerlendirilecektir. Kavramsal açıklamaların ardından halihazırda dijital pazarların Avrupa Komisyonu ve Rekabet Kurumu nezdinde nasıl tanımlandığı, Komisyon ve Kurul kararları değerlendirilerek örneklendirilecektir. Bu doğrultuda güncel değerlendirmelerin eksik yönleri, rekabet otoritelerinin halihazırda sunmuş oldukları öneriler tanıtılacak ve ardından dijital pazarların tanımlanmasına ilişkin öneriler tartışılacaktır.</p>

⁵⁰ Kurul'un 05.08.2021 tarihli ve 21-37/540-263 sayılı Sahibinden.com kararı.

⁵¹ Kurul'un 30.09.2021 tarihli ve 21-46/669-334 sayılı Trendyol Geçici Tedbir kararı.

⁵² Kurul'un 07.04.2022 tarihli ve 22-16/273-122 sayılı Nadirkitap kararı.

37.	Yavru Ortaklıklar Tarafından Gerçekleştirilen Rekabet İhlallerinden Ana Teşebbüsün Sorumluluğu	<p>Günümüzde, ulusal ve uluslararası düzeyde faaliyet gösteren şirketler topluluklarında, bağımlı veya bağımsız iş kolları ile iştigal eden çok sayıda yavru şirketler bulunmaktadır. Söz konusu şirketlerin, “geniş ölçüde ve çeşitli şekillerde birbirleri arasında sarmallaştığı ve karşılıklı olarak bağlandığı” bu komplike ilişki içerisinde etki, kontrol, hakimiyet, bağımlılık, ilişkilerinin ön plana çıktığı ifade edilmektedir⁵³.</p> <p>Şirketler topluluğunun çatısında yer alan ana teşebbüsün bağımsız tüzel kişiliği haiz yavru şirketler tarafından gerçekleştirilen rekabet ihlallerinden dolayı sorumlu olup olmadığı gerek rekabet hukuku doktrini gerekse şirketler hukuku bağlamında tartışılmaktadır.</p> <p>Rekabet ihlallerinde, ana şirketin sorumluluğuna esasen doğrudan RKHK m. 3 uyarınca teşebbüs tanımından yola çıkarak ekonomik bütünlük yaklaşımı ile gidilebilmektedir⁵⁴. Avrupa Birliği ve Türk Rekabet Hukuku bağlamında konu; ekonomik bağımsızlık, ekonomik bütünlük ve kontrol/belirleyici etki kavramları üzerinden açıklanmaktadır.</p> <p>Rekabet Kurulu kararlarında ekonomik bütünlüğün tespiti için hukuki kontrolün varlığı bağlamında, hisse çoğunluğu mülkiyetine sahip olma, Yönetim Kurulu’nun çoğunluğunu belirleme hakkına sahip olma, azınlık hisselerine esas sözleşme ile tanınan imtiyazlar (veto hakkı, yönetim kuruluna aday gösterme hakkı vb.) ve sözleşmeler yoluyla kontrolün sağlanmasının değerlendirildiği görülmektedir.</p> <p>AB Komisyonu ve ABAD kararları uyarınca, ana şirketin yavru şirketin işlediği rekabet ihlallerinde belirleyici etki göstermesi şartı aranırken, yavru şirketin hisselerinin %100’ünün ana şirkete ait olması halinde belirleyici etkinin karine olarak varlığı kabul edilmektedir⁵⁵. Bu noktada, ana şirketin sorumluluktan kurtulmasının tek yolu, yavru şirketin ticari kararlarında etkisi olmadığının ispat edilmesidir⁵⁶.</p>
-----	--	---

⁵³ Pulaşlı, Hasan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Şirketler Hukuku Şerhi – Cilt I, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 269.

⁵⁴ Sanlı, Kerem Cem, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu, Ankara, 2000, s. 35.

⁵⁵ Akzo Nobel v. Commission, C-97/08.

⁵⁶ Konuya ilişkin ABAD tarafından verilen ilk kararlarda, yavru şirket ana şirket arasındaki ilişkinin “ekonomik bütünlük” yaklaşımı çerçevesinde değerlendirildiği görülmektedir. Önemli olan ana şirket yavru şirketin ekonomik bağımsızlığı özelinde belirleyici etkisi olup olmadığının tespitidir. Bunun için ana şirketin yavru şirket üzerindeki hisse oranına ilk kez 1972 tarihli ICI kararında (Imperial Chemical Industries Ltd. v Commission C-48/69) değinilmiş, sonrasında AEG Telefunken kararında (AEG-Telefunken v. Commission, C-107/82) benzer tespitlerde bulunulmuştur. 1998 tarihli Stora kararında (Stora Kopparbergs Bergslags AB v. Commission, C-286/98) ilginç olarak ana şirket ile yavru şirketin soruşturma sürecinde aynı vekil tarafından temsil edilmelerinin aynı ekonomik bütünlük

		<p>Çalışmamızda, yavru ortaklıkların rekabet ihlallerinden hangi koşullar altında ana şirketin sorumlu olduğu, sorumluluğun dayanakları ve sonuçları ABAD ve Rekabet Kurulu kararları⁵⁷ eşliğinde değerlendirilecektir. Ayrıca, usuli ihlaller yönünden ise, Kurul'un bilgi talebinde bulunulan yurtdışı merkezli ana teşebbüsün (Goldman Sachs, Garanti Bankası, ING Bankası, JPMorgan Chase Bank, Citibank) sorumluluğuna ilişkin Rekabet Kurulu'nun 20-32/397-179 sayılı ve 21-40/576-280 sayılı Kurul kararları ve bu kararlara istinaden verilen çelişkili İdare Mahkemesi kararları⁵⁸ hakkında değerlendirmelerde bulunulacaktır.</p> <p>Şirketler Topluluğu Hukuku açısından ise, TTK m. 195 vd. yer alan düzenlemelerin ise rekabet ihlalleri özelinde uygulanıp uygulanamayacağı, TTK m. 195/5 hükmünde yer alan "hâkim teşebbüs" kavramının RKHK m. 3'te ifade edilen "teşebbüs" kavramından farkı ve özellikle rekabet ihlallerinin özel hukuk sonuçları bağlamında tazminat taleplerinden sorumluluk yönünden kısaca değinilecektir.</p>
38.	RK Ödeme Hizmetlerindeki Finansal Teknolojilere Yönelik İnceleme Raporuna Bakış - Banka Perspektifi	<p>Son yıllarda finans sektöründe gözlemlenen teknoloji odaklı radikal dönüşüm rekabet otoritelerinin de çeşitli inisiyatifler almasını ve finansal teknolojiler (FinTek) alanındaki yeniliklere uyum sağlamasını zorunlu kılmıştır. Bu kapsamda yürütülen FinTek sektör incelemesinde, Türkiye açısından finans sektöründe yaşanan teknolojik değişimin en somut çıktılarının görüldüğü ödeme hizmetleri pazarı öncelikli inceleme konusunu oluşturmuştur.</p> <p>Bu alanda çalışma yapılacağına ilişkin ilk duyuruya Rekabet Kurumu 2020 yılı Faaliyet Raporunda yer vermiştir. Nitekim daha önce ilan ettiği üzere Rekabet Kurumu, kendisi tarafından ödeme hizmetlerindeki finansal teknolojiler alanında yaşanan gelişmelerin rekabete etkilerinin belirlenmesi ve rekabet hukuku perspektifinden ne tür yaklaşımların benimsenebileceğinin tespiti amacıyla hazırlanan "Ödeme Hizmetlerindeki Finansal Teknolojilere</p>

kapsamında olduklarının bir diğer delil olarak kabul edilmiştir. 2007 tarihli Bolloré kararında (Bolloré and Others v. Commission, Joined Cases T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T- 28/02, T-132/02 and T-136/02) ise ana şirketin %100 mülkiyet hakkının belirleyici etki uygulandığına ilişkin ciddi bir gösterge olduğunu, ancak bunun yanında emare düzeyinde de olsa ek deliller gösterilmesinin gerektiği şeklinde değerlendirmeler yapılmıştır.

⁵⁷ Rekabet Kurulu'nun 04.03.1999 tarihli ve 99-13/99-40 sayılı kararı, Rekabet Kurulu'nun 04.03.1999 tarihli ve 99-13/99-40 sayılı kararı, Rekabet Kurulu'nun 18.08.2004 tarihli ve 04-55/751-188 sayılı kararı, Danıştay Kararı- 13. D., E. 2006/4791 K. 2008/7687 T. 16.12.2008. Rekabet Kurulu 31.01.2013 tarihli ve 13-08/94-55 sayılı kararı, Rekabet Kurulu'nun 02.02.2006 tarih ve 06-08/121-30 sayılı kararı, Rekabet Kurulu'nun 19.11.2008 ve 08-65/1055-411 sayılı kararı, Rekabet Kurulu'nun 07.11.2016 tarih ve 16-37/628-279 sayılı kararı.

⁵⁸ Rekabet Kurulu'nun 02/07/2020 tarih ve 20-32/397-179 kararına karşı, Ankara 3. İdare Mahkemesi E. 2021/554, K. 2022/269, T. 16.02.2022 kararında idari para cezası verilmesi kararının iptaline karar verilirken, aynı mahkeme tarafından verilen E. 2020/1303, K. 2021/477, T. 04.03.2021 tarihli kararda davanın reddine karar verilmiştir.

Yönelik İnceleme Raporu"nu Aralık 2021'de yayımlamıştır. Rapor'da finans sektöründe ve özellikle ekonomik birimler arasında fon aktarım işlevi gören ödeme hizmetleri alanında gözlemlenen teknoloji odaklı radikal dönüşümün, finansal pazarların alışlagelmiş dinamiklerini derinden değiştirdiği ve fintek olarak isimlendirilen bu dönüşümün, kanun koyucu ve sektörün düzenleyici otoritelerinin olduğu kadar rekabet otoritelerinin de çeşitli inisiyatifler almasını zorunlu kıldığı ifade edilmiştir. Raporda, ülkemiz özelinde finans sektöründeki radikal dönüşümden azami seviyede faydalanılmasının önemini vurgulamak ve bu alanda kurumlar arası işbirliğinin gerekliliğini ortaya koymak amacıyla hazırlandığı da ifade edilmiştir.

Çalışmada;

1. Fintekin ortaya çıkış nedenleri ve finans sektörüne etkileri,
2. Ödeme hizmetleri alanında yeni oyuncuların ürün ve hizmetlerini pazarlamada karşılaştığı zorluklar ile pazardaki inovasyonun ve rekabetin artmasının önündeki engeller,
3. Büyük teknoloji şirketlerinin finansal pazarlara girişinin potansiyel sonuçları incelenmiştir.

Raporun gerek hazırlanma süreci, gerek yayımlanması hem Fintekler açısından, hem de bankalar açısından birçok tartışmaları beraberinde getirmiştir.

Ödeme Hizmetlerindeki Finansal Teknolojilere Yönelik İnceleme Raporu,

1. Bir inceleme raporu olarak hazırlanmış olması,
2. Finteklerin yerleşik finans sistemine entegrasyonunu ortaya koyması,
3. Aynı zamanda karşı karşıya kalınan sorunları tespit etmesi açısından, kritik öneme sahip bir çalışmadır.

Söz konusu Rapor yayımlandıktan sonra, Rekabet Kurumu tarafından sektör paydaşlarına yönelik Ankara'da bir konferans düzenlenmiş, Raporun değerlendirmeleri daha çok finansal teknoloji firmalarınca yapılmıştır. Bu konuda dikkati çeken bir diğer husus, söz konusu inceleme raporunun yerleşik finans sistemince nasıl değerlendirildiğinin açıkça ortaya konmamış olmasıdır. Ancak, sektörle ve rekabet hukukuyla ilgilenenlerin kolayca anlayabileceği gibi, söz konusu Rapor, Rekabet Kurumu'nun bu sektöre ilişkin pazar tanımlarını ve perspektifini kökünden değiştirecek niteliktedir. Bu durum ayrıca, ödeme sistemleri pazarının ana oyuncularını olan bankaların iş modellerinde köklü değişikliklere gitmelerini gerektirebilecektir.

İnceleme Raporunun yayımlanmasının ardından durumu daha kritik hale getiren bir diğer gelişme, Rekabet

		<p>Kurumu'nun 1 Mart 2022 tarihinde bankalar ve ödeme kuruluşlarıyla ilişkilerine yönelik bir önaraştırmaı başlatmış olmasdır. Henüz bu önaraştırmanın gerekçeli kararı yayımlanmadığı için, bugün itibariyle bu önaraştırmaıla ilgili bir değerlendirmede bulunmak pek mümkün değildir. Ancak sunum tarihinden önce söz konusu gerekçeli karar yayımlanırsa, sektördeki son durumu ve Rekabet Kurumu'nun sektöre yönelik bakış açısına ilişkin çok daha sağlıklı analizler yapılabilecektir.</p> <p>Yukarıda verdiğim bilgiler ışığında söz konusu Tebliğde, RK Ödeme Hizmetlerindeki Finansal Teknolojilere Yönelik İnceleme Raporu (yayımlanırsa yukarıda bahsi geçen gerekçeli karar dâhil olmak üzere) artıları ve eksileriyle birlikte bankacılık perspektifinden değerlendirilmeye ve sektör adına çıkarımlar yapılmaya çalışılacaktır.</p>
39.	Yeni E-Ticaret Kanunundaki Neo-Brandezyen İzler	<p>Var olan e-ticaret kanununda 2022 yılında yapılan değişiklikle ortaya çıkan yeni e-ticaret kanunu⁵⁹ ("Kanun"), önümüzdeki yıllarda e-ticaret pazarlarını ve bu pazarların işleyişini değiştirecek köklü düzenlemeler içeriyor. Kanun, yeni kavramlarla birlikte, hukuka aykırı içerikler, haksız ticari uygulamalar ve verinin kullanımı konusunda da yeni düzenlemeler getiriliyor. Bunların çoğu uzun süredir ilgili çevrelerde tartışılan ve üzerinde fikir birliğinin olduğu konular. Ancak, Kanun'un e-ticaret araçlarına⁶⁰ ve e-ticaret satıcılarına⁶¹ getirdiği bazı yükümlülükler gerek taslak aşamasında gerekse Kanun'un yasalaşması sonrasında çok tartışıldı ve tartışılmaya da devam edecek gibi görünüyor.</p> <p>E-ticaret araçlarına getirilen yükümlülükler içerisinde en önemlisi, belirli net işlem hacmi eşiklerini aşan e-ticaret araçlarının elektronik ticaret lisansı ("lisans") alma zorunluluğu olarak karşımıza çıkıyor. Ancak, tartışma lisans alınması konusunda değil, bu lisanslar için ödenecek ücretlerinin net işlem hacmine bağlı olarak artan oranlı bir şekilde tasarlanmış olması noktasında başlıyor. E-ticaret araçlarının, net işlem hacimlerinin Kanun'da belirtilen eşiklerin üzerinde kalan kısmı için artan oranda lisans ücretleri ödeyeceği anlaşılıyor. Ayrıca, net işlem hacmi ve işlem adedi eşiklerine göre sınıflandırılan e-ticaret araçları ve/veya e-ticaret satıcılarının da reklam ve indirim harcamalarının sınırlanması ve hatta e-ticaret araçlarının kendi ekonomik bütünlüğünde bulunan markaları satamayacağı öngörülüyor.</p> <p>Yukarıda anılan ve ilgili çevrelerdeki tartışmalarda ön plana çıkan bu düzenlemelerin çoğunu iktisadi bir temele oturtmanın zor olduğunu söyleyebiliriz. Her ne kadar Kanun'un belirli bir iktisadi altyapıya sahip olmadığını düşünsek</p>

⁵⁹ 7416 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 07.07.2022 tarihli ve 31889 sayılı Resmî Gazete.

⁶⁰ Kanun'da anıldığı haliyle "elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı".

⁶¹ Kanun'da anıldığı haliyle "elektronik ticaret hizmet sağlayıcı".

		<p>de gerekçesinde belirtilen “<i>tekelleşmenin önüne geçilerek pazara yeni aktörlerin girişinin kolaylaştırılması ve pazarın dengeli ve sağlıklı büyümesinin sağlanması amacıyla, ölçekler de dikkate alınarak</i>”⁶² e-ticaret pazarlarının yapısına yönelik bir yaklaşımın benimsendiğini anlıyoruz. Bu türden bir yaklaşımla hazırlandığını düşündüğümüz Kanun’un – bilinçli olarak olmasa da – son yıllarda rekabet hukuku dünyasında çok konuşulan Neo-Brandezyen (<i>Neo-Brandeisian</i>) hareketten izler taşıdığını söyleyebiliriz.</p> <p>Neo-Brandezyen hareket, ABD’deki rekabet politikasında köklü bir değişikliğe ihtiyaç olduğunu savunan <i>Timothy Wu</i> ve <i>Lina Khan</i> gibi hareketin öncüleri olan akademisyenlerin uygulamada görev almalarıyla daha görünür hale gelen bir düşünce hareketini simgeliyor. Özellikle, büyük teknoloji firmalarının dijital pazarlardaki etkinliğinin artmasıyla kendinden daha da çok söz ettiren bu hareket, rekabet hukuku uygulamalarının modern sanayi iktisadı argümanlarının ötesine geçmesini savunuyor. Büyük teknoloji firmalarına karşı mevcut rekabet yasalarının yeterli olmadığını, bu yasaların ötesinde özel birtakım kuralların ve düzenlemelerin gerekliliğine işaret ediyor.⁶³</p> <p>Bizler, Kanun’un bilinçli olarak bu hareketi referans aldığına dair bir argümanı savunmasak da Kanun’un modern iktisadi anlayıştan kopan Neo-Brandezyen hareketin izlerini taşıdığını düşünüyoruz. Bu sebeple de Kanun’un Neo-Brandezyen hareketin temel düşünceleri ile ne oranda örtüştüğünü ve nerelerde farklılaştığını ortaya koymayı amaçlıyoruz. Üç bölümden oluşmasını planladığımız çalışmamızda öncelikle Kanun’un getirdiği tartışmalı konuları bir bütün içerisinde incelemeyi, ardından Neo-Brandezyen hareketin köklerini ve bugünkü temel bakış açısını özetlemeyi, ve son bölümde de Kanun’daki yaklaşım ile Neo-Brandezyen hareketin benzerlik ve farklılıklarını analitik bir çerçevede sunmayı amaçlıyoruz.</p>
40.	‘Competition on the Merits’: A Proxy for Legality in the Context of Article 102 TFEU	Abuse of dominance within the meaning of Article 102 TFEU has been consistently conceptualised by the EU Courts as ‘an objective concept <i>relating to the behaviour of an undertaking in a dominant position which has the effect of hindering</i>

⁶² Türkiye Büyük Millet Meclisi. (28 Haziran 2022). *Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi*. Erişim tarihi 09.12.2022, <http://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-4528.pdf>.

⁶³ *Bkz.* Khan, L. (2018). The New Brandeis Movement: America’s Antimonopoly Debate. *Journal of European Competition Law and Practice*, 9(3), 131–132.; Wu, T. (2018). *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*. *Columbia Global Reports.*; Shapiro, C. (2021). Antitrust: What Went Wrong and How to Fix It. *Antitrust*, 35(3), 33–45.

<p>and A Critical Analysis of Its Interpretation in General Court's Google Shopping Judgement</p>	<p><i>the maintenance of the degree of competition</i> still existing in the market or the growth of that competition <i>through recourse to methods different from those governing normal competition</i>'.⁶⁴ There are three central notions inferred from this conceptualisation that together lead to the classification of a conduct as 'abusive': the perpetrator's (that has to be a dominant undertaking) special responsibility to avoid further weakening of competition in the market; anti-competitive effects resulting from deviating from methods or practices that are governing 'normal competition' or in other words 'competition on the merits'.⁶⁵ All three notions require further clarification. Especially, the notion of 'competition on the merits' which lacks an inferable essence, a clear definition, that by itself discloses that certain types of behaviours by dominant undertakings are abusive. To begin with, it is disputed whether 'competition on the merits' is a 'general phrase addressing conduct that is legitimate and therefore not abusive' or 'an additional unlawfulness element' that must also be demonstrated to classify a conduct as abusive.⁶⁶</p> <p>Nevertheless, the European Court of Justice (the 'Court') has addressed the need for clarification and considerable progress has been made in this regard. In its recent line of case law such as <i>Michelin I</i>, <i>TeliaSonera</i>, <i>Post Danmark I, II</i>, and <i>Intel</i>; the Court has drawn a framework that rules out form-based (<i>per se</i>) prohibitions and favours a 'performance-based' approach which weights 'competition on the merits' among other things with price, quality and innovation. Thus, as highlighted by AG Rantos, the meaning ascribed to the phrase 'competition on the merits' under the case law in its current form reflects an economic ideal that is informed by the economic rationale behind the conduct and its influence on the market. However, even this comprehensible formulation remains open to criticism for being an oversimplification of the substantive difficulties around 'competition on the merits'. As some commentators raise, 'price, quality and functionality' still do not provide adequate limiting principles.⁶⁷ Because for instance all predatory pricing and loyalty discounts are 'price competition', although they are not necessarily permitted. Consequently, the application of Article 102 has been and continues to be the source of some of the most difficult and divisive disputes surrounding the enforcement of EU competition law. These disputes, recently, are further fuelled by the Commission's ambitious application of Article 102 to novel kinds of conducts in markets that are already subject to heavy ex ante regulation or vastly dynamic digital markets.</p>
---	---

⁶⁴ See for instance Case 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co AG v Commission* EU:C:1979:36, para. 91. [emphasis added].

⁶⁵ Jedličková and Crowe (2021), *Exclusionary conduct in competition law: a consequence-sensitive deontological account*, p. 126.

⁶⁶ Opinion of Advocate General Rantos delivered on 9 December 2021 (1), Case C-377/20, para. 49.

⁶⁷ O'Donoghue and Padilla (2020), *The General Concept of an Abuse - The Law and Economics of Article 102 TFEU*, p. 266.

		<p>The General Court's (the 'GC') Google Shopping⁶⁸ judgement is another landmark example of this underlined pattern. What makes Google Shopping a stand-out case is precisely the lack of an existing clear legal rule that forbids self-favouring by a dominant undertaking or a well-established substantive legal test that reveals in which instances the conduct falls within the remits of 'competition on the merits'. Therefore, the GC and the Commission's engagement with the notion of competition on the merits and prerequisites of abusive conduct offers an important opportunity to discuss the application of earlier case law to issues involving digital platforms and to observe which actions of the major digital platforms will potentially be recognised as outside the remits of 'competition on the merits'.</p> <p>The main contention of this proposal is that the substantive justifications for classifying Google's behaviour in Google Shopping as abusive depart from the pertinent definition of abuse under Article 102 as established by the relevant case law. In support of this claim, this proposal focuses on a number of key components that are relied upon in the General Court's judgement to classify Google's behaviour as outside of the remits of competition on the merits. Namely, the court's claim that 'equal treatment' is a general duty of vertically integrated dominant undertakings and a component of their special responsibility; the court's references to 'abnormality' of Google's self-favouring given the '<i>universal vocation of Google's general search engine</i>' and Google's change in conduct as distinct evidence of abusive nature of Google's conduct. This proposal ultimately aims to demonstrate the descriptive, substantive and normative framework of the 'competition on the merits' concept and illustrate that the GC's Google Shopping judgement goes beyond the content of Article 102 TFEU as established under the case law in the sense that it is largely based on an account that praises both the Commission's and the GC's discretion in interpreting the scope of Article 102 TFEU and such account endorses a presumptive or inherent illegality of particular types of behaviours as opposed to a case-by-case analysis that is premised on the effects of the conducts.</p>
41.	Yoğunlaşmaların Denetiminde Yan Sınırlamaların Yeri ve Rekabet Kurulu'nun Şartlı İzin Kararları Ekseninde Yaklaşımları	<p>Yan sınırlamalar, Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz'da "<i>yoğunlaşma işlemi ile doğrudan ilgili ve işlemin uygulanabilmesi ve yoğunlaşmadan beklenen etkinliklerin tam olarak sağlanabilmesi için gerekli olan sınırlamalar</i>" olarak tanımlanmaktadır.</p> <p>Birleşme ve devralma işlemleri, 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar</p>

⁶⁸ Case T-612/17, Google LLC, Formerly Google Inc. and Alphabet, Inc. v Commission, EU:T:2021:763.

Hakkında Tebliğ uyarınca kural olarak (i) kalıcı kontrol değişikliğine yol açması ve (ii) ciro eşiklerini aşması halinde Rekabet Kurulu iznine tabidir. Rekabet Kurulu, izne tabi bir birleşme ve devralma işlemini incelerken, hâkim durum yaratma yahut mevcut bir hâkim durumu güçlendirme veya bir mal veya hizmet piyasasında etkin rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğurup doğurmamasına yönelik değerlendirme yapmaktadır.

Bu incelemeyi yaparken, ilgili birleşme ve devralma işleminin gerçekleşmesi bakımından zorunlu olan ancak doğası itibarı ile rekabeti kısıtlayan sözleşme hükümlerinin “yan sınırlama” istisnası kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunda da inceleme yapılmaktadır. Bununla birlikte, yapılan inceleme sonucunda Rekabet Kurulu işleme izin vermesine rağmen sözleşmede öngörülen sınırlamanın “yan sınırlama” olarak nitelendirilemeyeceğine ve ilgili hükmün sözleşmeden çıkartılması veya tadil edilmesine karar verebilir.

Bununla birlikte, birleşme ve devralma işleminin 4054 sayılı Kanun’un 7. maddesi kapsamında hukuka uygunluğuna ilişkin izin kararı içerisinde yapılan yan sınırlama değerlendirmesine ilişkin kararın niteliği hukuken tartışmalı olup Rekabet Kurulu’nun da içtihatlarında farklı uygulamalara konu olmuştur.

Rekabet Kurulu, 2011 ve öncesi kararlarında yan sınırlamaları incelerken söz konusu birleşme ve devralma işleminin izne tabi olup olmamasını dikkate almadan inceleme yapmaktaydı. Şöyle ki söz konusu yoğunlaşma işlemi izne tabi olmasa dahi Kurul, rekabeti kısıtlayıcı nitelikleri nedeniyle, önüne gelen bir dosyada öngörülen sınırlamaların yan sınırlama olup olmadığını incelemekteydi. Dolayısıyla Kurul, söz konusu birleşme veya devralma izne tabi olsun veya olmasın birleşme ve devralmalarda öngörülen ve rekabeti kısıtlayıcı olan sınırlamaların, şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini ayrıca incelemektedir ve söz konusu sınırlamanın, yan sınırlama kabul edilip edilmeyeceğini de kararlarında belirtmektedir.

Rekabet Kurulu’nun 2011-2022 yılları arasında ise yan sınırlama değerlendirmelerine kararlarında neredeyse yer vermediği görülmektedir. Buna mukabil 2022 yılına gelindiğinde yan sınırlamalara ilişkin değerlendirmelerinin tekrar yoğunlaştığı gözlemlenmektedir. Bu dönemde verilen kararlara bakıldığında rekabeti kısıtlayıcı nitelikte bulunan yan sınırlamalara tadil veya sözleşmeden çıkarma şartıyla işleme izin verildiği gözlenmektedir. Diğer bir ifadeyle yan sınırlama istisnasından faydalanmayan sözleşme hükümlerinin “şartlı izin kararı”na yol açtığı görülmektedir.

Bildirimizde, öncelikle yoğunlaşmaların denetimi bakımından “yan sınırlama” kavramının AB ve Türk rekabet hukuku kapsamında ortaya çıkış şekillerine ve koşullarına ilişkin teorik çerçeveyi içtihatlarla birlikte ortaya koyacağız.

		<p>Ardından Kurul'un "şartlı izin kararı"nın hangi durumlarda verilebileceği ve hukukî sonuçlarını ele alacağız. En nihayetinde yan sınırlamalara ilişkin Kurul değerlendirmelerinin "şartlı izin kararı" için uygun bir hukukî gerekçe oluşturup oluşturmadığı, bu usulün hukukî ve uygulamada ortaya çıkaracağı sorunlar ile bu şekilde verilen kararların idarî yargı denetiminin nasıl yapılabileceği değerlendirilecektir. Çalışma, AB hukukundaki uygulamalar ile karşılaştırmalı olarak yapılacaktır.</p>
42.	Rekabet Kanunu'nun 4. Maddesi Çerçevesinde "Anlaşmaya Davet"	<p>Amerika Birleşik Devletleri'nde Federal Ticaret Komisyonu Kanunu'nun ("FTC Kanunu") 5. bölümü⁶⁹ uyarınca anlaşmaya davet, haksız rekabet yöntemleri (<i>unfair methods of competition</i>) kapsamında yasaklanmaktadır. Anlaşmaya davet (<i>invitation to collude</i>), bir teşebbüsün rakibi konumundaki teşebbüslere aralarındaki rekabeti kısıtlamaya ilişkin açıkça veya örtülü olarak teklifte bulunması olarak tanımlanabilir. Anlaşmaya davet hem teşebbüsler arası iletişim hem de bir teşebbüsün tek taraflı açıklamaları/bilgi ifşası yoluyla gerçekleşebilmektedir. Nitekim özellikle oligopol piyasalarda, fiyat lideri teşebbüsün yapacağı geleceğe yönelik fiyatlama politikasına ilişkin bilgi ifşası (<i>unilateral information disclosure</i>) da anlaşmaya davet ile benzer etki yaratabilecektir.</p> <p>Federal Ticaret Komisyonu'nun Valassis kararına⁷⁰ göre, (i) bir anlaşmaya davetin kabul edilip edilmediğini tespit etmek güç olabilmekte, (ii) kabul edilmemiş bir anlaşmaya davet bile, davet edenin niyet ve tercihlerini ortaya çıkararak rakipler arasındaki koordinasyonu kolaylaştırabilmekte ve (iii) bu doktrin potansiyel olarak zararlı olabilecek ve yasal ticari bir amaca hizmet etmeyen davranışlara karşı caydırıcı bir rol oynamaktadır. Bu nedenle anlaşmaya davet ve tek taraflı bilgi ifşasının rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmanın ortaya çıkmasını kolaylaştıracağı kabul edildiği ve anlaşmanın varlığı aranmaksızın yasaklanmaktadır.</p> <p>Avrupa Komisyonu uygulamasında ise tek taraflı anlaşmaya davetler yasak olmayıp, Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın ("TFEU") 101. maddesi yalnızca rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacı taşıyan veya bu etkiyi doğurabilecek karşılıklı anlaşmaları veya uyumlu eylemleri yasaklamaktadır. Anlaşmaya davetin veya tek taraflı bilgi (geleceğe yönelik fiyat artışı bilgisi gibi) ifşasının karşı taraftan kabul görmesi halinde, 101. madde kapsamında rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşma kurulduğu tartışmasızdır. Ancak, karşı tarafın anlaşma davetini kabul</p>

⁶⁹ Policy Statement Regarding the Scope of Unfair Methods of Competition Under Section 5 of the Federal Trade Commission Act Commission File No. P221202, November 10, 2022

⁷⁰ *In the Matter of Valassis Communications Inc.*, F.T.C. No: C-4160, <http://www.ftc.gov/os/caselist/0510008/0510008.shtm>

		<p>etmediği durumda, 101. madde kapsamında aranan taraflar arasındaki irade uyumu ortaya çıkmamaktadır. TFEU’da anlaşmaya davete yönelik bir düzenleme olmamasını bir boşluk olarak gören görüşler mevcuttur.⁷¹ Yunanistan rekabet kanununda yapılan son değişiklikle FTC Kanunu’na paralel bir düzenleme getirilmiştir. Kanun değişikliği ile hem anlaşmaya davet hem de geleceğe yönelik fiyatlandırma politikasına ilişkin bilgi ifşasını yasaklamaktadır. Üstelik, bazı ülkelerin ulusal rekabet yasalarında kartel anlaşmalarını kolaylaştırabilecek tek taraflı davranışları yasaklayan düzenlemeler mevcuttur. Örneğin, Almanya rekabet yasasında, bir teşebbüsün tek taraflı olarak diğer teşebbüslerin boykot uygulamasını talep etmesini veya yasak bir davranışta bulunmaya teşvik etmesini⁷² ve Avusturya⁷³ rekabet yasasında kartel önerilerini yasaklayan düzenlemeler mevcuttur. Diğer yandan, Avrupa Komisyonu’nun bazı kararlarında da özellikle kamuya duyurulan fiyatlar kapsamında anlaşmaya davet konsepti incelenmiştir.⁷⁴ Diğer yandan, rekabet açısından faydalı etkiler doğurabileceğinden (örneğin, müşteriler için pazardaki şeffaflığı artırmak, kurumsal yönetim amacıyla yapılan açıklamalar), rekabet otoritelerinin bunlara ne düzeyde müdahale edeceği de bir tartışma konusudur.</p> <p>Yukarıda açıklandığı üzere, anlaşmaya davet yasağının Avrupa’daki ulusal rekabet yasalarında da yaygınlaşmaya başladığı gözlemlenmektedir. Bu nedenle, hem anlaşmaya davet yasağının mevcut uygulaması hem de yakın gelecekte Avrupa Komisyonu veya Türkiye’de ne şekilde uygulama alanı bulabileceği üzerine düşünmek önem kazanmıştır. Bu kapsamda bildiride, anlaşmaya davetlerin mevcut durumda Federal Ticaret Komisyonu tarafından hangi kriterler altında ve sınırlar içerisinde ele alındığı, Avrupa ve Türkiye’de bu gibi davetlerin uyumlu eylem gibi konseptler altında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, son gelişmeler ışığında Avrupa Komisyonu ve bazı ulusal rekabet otoritelerinin anlaşmaya davet konusuna yaklaşımı ve anlaşmaya davetin özellikle hangi pazarlarda ve ne şekilde rekabeti kısıtlayabileceği tartışılacaktır.</p>
43.	Delillerin Karartılmasına Yönelik Eylemler Bakımından	Rekabet Kurulu kararlarında, yerinde incelemelerde teşebbüse ait verilerin silinmesinin delillerin karartılmasına yönelik eylemler kapsamında, incelemede görevli meslek personelinin olası delillere erişimini zorlaştırdığı

⁷¹ Lianos, I. Wagner Von Papp, F.; Tackling invitations to collude and unilateral disclosure: the moving frontiers of competition law? *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 13, Issue 4, June 2022, 249–253

⁷² Section 21(1) of the Act against Restraints of Competition (ARC)

⁷³ Section 1(4) of the Cartel Act

⁷⁴ Press Release, Eur. Commission, Antitrust: *Commission accepts commitments by container liner shipping companies on price transparency* (7 Temmuz 2016), http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2446_en.htm

İspat Standardı	kabulünden hareketle yaptırma bağlandığı ve silinen içeriğin adli bilişim aracılığıyla geri getirilmesinin eylemin delil karartmaya yönelik eylem oluşunu değiştirmedeği belirtilmektedir ⁷⁵ . Kurul'un yerinde inceleme esnasında delillerin karartılmasına yönelik eylemler kapsamında aldığı <i>LDR Turizm, LG&SVS, Pasifik, UNMAŞ, N11, Savola, P&G, Çiçek Sepeti, ETİ, İGSAŞ, Medicana</i> kararlarından ⁷⁶ , yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılmasına ilişkin yaptırımlarda silinen verilerin geri getirilip getirilmediğine yahut içeriğinin bir rekabet ihlaline işaret eder nitelikte olup olmadığına yönelik
-----------------	--

⁷⁵ DERE, G.: "Nurkut İnan'a Armağan: Rekabet Kurulu Kararları Işığında Yerinde İnceleme Yetkisinin Gelişimi", s. 411 vd. Ayrıca bkz. DERE, G.: "Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz Işığında Rekabet Kurumu'nun Yerinde İnceleme Yetkisi ve Olası Riskler", Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri Kitabı (2021), s.225 vd.

⁷⁶ Yerinde inceleme esnasında delillerin karartılmasına (teşebbüse ait verilerin e-posta, Whatsapp mesajı vb. teşebbüs çalışanlarınca silinmesi veya belgelerin imha edilmesi) yönelik eylemler dolayısıyla yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılmasına ilişkin kararlar:

Kurul'un Pasifik Tüketim Ürünleri Satış ve Ticaret A.Ş. kararı (Karar Sayısı: 21-24/279-124, Karar Tarihi: 29.04.2021).

Kurul'un Unmaş Unlu Mamuller Sanayi ve Ticaret A.Ş. ("UNMAŞ") Kararı, Karar Sayısı : 21-26/327-152, Karar Tarihi : 20.05.2021

Kurul'un Doğu Planet Elektronik Ticaret ve Bilişim Hizmetleri A.Ş. ("N11") kararı (Karar Sayısı: 21-27/354-172, Karar Tarihi: 27.05.2021).

Kurul'un 30.06.2022 tarih ve 22-29/476-191 sayılı LDR Turizm Kararı.

Kurul'un 09.09.2021 tarih ve 21-42/618-305 sayılı LG ve SVS kararı.

Kurul'un Savola Gıda San. ve Tic. A.Ş. (SAVOLA) kararı (Karar Sayısı: 21-34/451-226, Karar Tarihi : 08.07.2021)

Kurul'un Procter and Gamble Tüketim Malları Sanayi A.Ş. ("P&G") Kararı, Karar Sayısı : 21-34/452-227, Karar Tarihi : 08.07.2021

Kurul'un Eti Gıda San. ve Tic. A.Ş. ("ETİ GIDA") Kararı Karar Sayısı : 21-24/278-123, Karar Tarihi : 29.04.2021

Kurul'un İstanbul Gübre Sanayi A.Ş. (İGSAŞ) Kararı Karar Sayısı : 21-38/544-265, Karar Tarihi : 12.08.2021

Kurul'un Çiçek Sepeti İnternet Hizmetleri A.Ş. (ÇİÇEK SEPETİ) kararı (Karar Sayısı: 21-27/354-173, Karar Tarihi: 27.05.2021)

Kurul'un Medicana Samsun Özel Sağlık Hizmetleri A.Ş.'de (Medicana Samsun) Kararı Karar Sayısı : 21-31/400-202 Karar Tarihi : 17.06.2021

Kurul'un Sahibinden Bilgi Teknolojileri Pazarlama ve Ticaret A.Ş. (Sahibinden) Kararı (Karar Sayısı: 21-27/354-174, Karar Tarihi: 27.05.2021).

Kurul'un Fatih Römorkörcülük ve Denizcilik Hizmetleri A.Ş. Kararı Karar Sayısı : 21-36/486-254 Karar Tarihi : 29.07.2021

Coşkunlar Hazır Beton İnş. Taah. San. ve Tic. A.Ş. kararı (13.03.2019; 19-12/146-67 sayı). Ayrıca, Ankara 16. İdare Mahkemesi (E.2019/622, K.2019/2482).

Kurul'un *Koçak Petrol* kararı, 05/08/2009 günlü, 09-34/837-M sayılı Kurul kararı. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, (18/01/2016), Esas No: 2013/3389 Karar No: 2016/23, ayrıca bkz. Danıştay 13. Dairesi'nin 26/03/2013 tarih, E.2009/5890, K:2013/847 sayılı kararı.

Kurul'un 26.12.2019 tarihli ve 19-46/793-346 sayılı Askaynak (Kaynak Tekniği San. ve Tic. A.Ş.) kararı. Ayrıca bkz. Ankara 11. İdare Mahkemesi, Esas No: 2020/1727, Karar No: 2021/1247 kararı.

Kurul'un *TTNet A.Ş.* Kararı, 18.07.2013 tarih ve 13-46/601-M sayılı Kurul kararı; bkz. Ankara 13. İdare Mahkemesi'nin 24/10/2014 tarih ve 2013/1598 Esas, 2014/1495 Karar No.'lu kararı.

Kurul'un, teşebbüs yetkilisinin e-postalarına uzaktan erişim sağlanamayarak yerinde incelemenin engellendiğine ilişkin *Groupe SEB İstanbul Ev Aletleri Kararı* (Karar tarihi: 09.01.2020, sayı: 20-03/31-14), bkz. Ankara 3. İdare Mahkemesi kararı (E. 2020/905 K. 2021/325) (22/02/2021). Benzer yönde, *Siemens Healthcare*'de yapılan yerinde incelemede Microsoft Office 365 (O365) uygulaması üzerinden "eDiscovery" aramasına izin verilmemesine ilişkin Kurul kararı (07.11.2019 tarih, 19-38/581-247 sayı) Kararı inceleyen Ankara 16. İdare Mahkemesi'nin 29/04/2021 tarih ve Esas No: 2020/807, Karar No: 2021/1050 sayılı kararı.

Kurul'un 23.09.2021 tarih ve 21- 44/645-322 sayılı *Europen Endüstri* kararı.

	<p>hususların sonucu etkileyen unsurlar olarak dikkate alınmadığı anlaşılmaktadır.</p> <p>Diğer taraftan, Kurul'un <i>HEPSİBURADA-I</i> kararında⁷⁷, Kurul'un yukarıdaki anlayışından oldukça farklı bir yaklaşım benimsenmiştir. 19.08.2021 tarihinde HEPSİBURADA'da yapılan yerinde incelemede, inceleme esnasında çeşitli WhatsApp yazışmalarının silindiğinin sabit olmasına ve incelemenin engellendiği/zorlaştırıldığı iddiasıyla raportörlerin 4054 sayılı Kanun'un 16/1(d) bendi uyarınca HEPSİBURADA'ya idari para cezası verilmesi gerektiği görüşüne karşın, Kurul, HEPSİBURADA'nın yerinde incelemeyi engellemediğine ve bu nedenle ceza verilmesine yer olmadığına oyçokluğu ile karar vermiştir. Karar'a yönelik Karşı Oy'da, Kurul'un yukarıda benimsediği yerleşik içtihadı yönünde önümüzdeki döneme ışık tutabilecek önemli sorular cevaplandırılmıştır. Bu sorular arasında; (i) İlgililere herhangi bir veri silmemeleri hususunda uyarı yapılmış olmasının teşebbüsün sorumluluğunu ortadan kaldırıp kaldırmayacağı, (ii) Silinen yazışmaların önemli bölümünün teşebbüsün iç yazışması veya özel/şahsi yazışma olmasının ya da rekabet ihlalini göstermemesinin engelleme eylemini ortadan kaldırıp kaldırmayacağı⁷⁸, (iii) Yazışmaların önemli bir bölümünün geri getirilmesinin engelleme eylemini ortadan kaldırıp kaldırmayacağı ve (iv) Silme işlemi yapan kişinin iyi niyetli olmasının engelleme eylemini ortadan kaldırıp kaldırmayacağı gibi oldukça kritik değerlendirmeler yer almaktadır. Karşı Oy'da özellikle, subjektif nedenlerin değerlendirildiği ve duruma göre kabul edildiği bir senaryoda, teşebbüsler tarafından birçok gerekçe ve açıklama sunulabileceği, bunun da hem kararları tartışılır hale getireceği hem de haber verilmeksizin, ansızın, süratli ve kesintisiz biçimde gerçekleştirilmesi gereken yerinde incelemeleri etkisiz hale getireceği değerlendirilmesinde bulunulmuştur.</p> <p>Kurul'un yaklaşık 3 ay sonra alınan <i>HEPSİBURADA-II</i> kararında⁷⁹ ise Karşı Oy'un etkisini görmek mümkündür. Kurul'un 01.04.2021 tarihli kararı uyarınca yürütülmekte olan soruşturma kapsamında HEPSİBURADA'da yapılan yerinde incelemede HEPSİBURADA tarafından çeşitli WhatsApp gruplarında ve ikili sohbetlerde yapılan yazışmaların silinmesi suretiyle yerinde incelemenin zorlaştırıldığı/engellendiği tespit edilmiş ve Kanun'un 16/1(d) bendi uyarınca idari para cezası verilmesine oybirliğiyle karar verilmiştir. Kararda, yerinde incelemelerin engellenmesi/zorlaştırılmasına ilişkin Kurul'un yerleşik kararlarında, silinen verilerin geri getirilip getirilmediğine</p>
--	--

⁷⁷ Kurul'un 07.10.2021 tarih ve 21-48/678-338 sayılı HEPSİBURADA-I kararı.

⁷⁸ Karşı Oy'da, "Silinen yazışmaların içeriğinin engelleme anlamında bir önemi bulunmamaktadır. Özel/şahsi yazışma olduğu iddiasıyla silme işlemi yapılan vakılarda dahi Kurul ve Mahkemeler, engellenen bulduğuna karar verilmiştir" hususuna yer verilmiştir. (Örnek kararlar için bkz. 24.01.2013 tarih ve 13-07/70-39 sayılı; 21.06.2018 tarih ve 18-20/356-176İ; 05/08/2009 tarih, 09-34/837-M sayılı kararlar).

⁷⁹ 13.01.2022 tarih ve 22-03/35-16 sayılı HEPSİBURADA -II kararı.

		<p>yahut bu verilere ulaşıp ulaşılmadığına yönelik hususların sonucu etkilemediği hususu vurgulanmıştır.</p> <p>Diğer taraftan mahkemelerin konuya bakışı da uygulamanın şekillenmesi açısından büyük öneme sahiptir. Bugüne kadar yerinde incelemelerde delillerin karartılması, incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması vb. eylemlerine yönelik, mahkemeler genel itibariyle Kurul'un yukarıdaki yaklaşımına paralel yönde içtihat geliştirmiştir⁸⁰. Bununla birlikte, Ankara 2. İdare Mahkemesi'nin 15 Nisan 2022 tarihinde Kurul'un <i>Sahibinden</i> kararına yönelik tesis ettiği kararı⁸¹, mahkemelerin mevcut yaklaşımından oldukça farklılaşmaktadır. Mahkeme, belirli WhatsApp grubunda yapılan yazışmaların inceleme başladıktan sonra silindiği sabit olmasına karşın, idari yaptırım gerektiren eylemlerin somut bilgi, belge ve unsurlarıyla ortaya konulmadığına, dava konusu Kurul kararında, bir çalışanın kullanımında bulunan mobil cihazdan incelemenin başladığı saat itibarıyla veri silindiği tespit edilmiş olsa dahi; (i) davacı şirket tarafından inceleme öncesinde çalışanlarına verilerin silinmemesi yönünde uyarı yapıldığı, (ii) silinen yazışmalara diğer çalışanların telefonlarında yapılan incelemelerde ulaşıldığı, (iii) veri silindiği tespit edilen telefonun ilgili çalışanın kişisel telefonu olduğu ve (iv) silinen yazışmaların şirket işlerine ilişkin hususları içermediği dikkate alınarak dava konusu Kurul kararında hukuka uygunluk bulunmadığına ve kararın yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir⁸².</p> <p>Görüldüğü üzere, Mahkeme kararındaki gerekçeler <i>HEPSİBURADA-I</i> kararındaki Karşı Oy gerekçesi ve yerleşik Kurul ve mahkeme kararlarından tamamen farklılaşmakta ve hukuki belirsizlik yaratmaktadır. İşbu çalışmada, konuya ilişkin Kurul ve mahkeme kararları ışığında, yerinde incelemelerde delillerin karartılmasına yönelik eylemler bakımından ihlalin unsurları ve bunun ortaya konulmasında ispat standardının ne olması gerektiği, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini koruyan farklı disiplinlerdeki düzenlemeler de dikkate alınarak incelenecektir.</p>
44.	Yeniden Satış Fiyatının Tespitinde İspat Standardı:	Yakın dönemde gerek Danıştay gerekse yabancı rekabet otoriteleri ve mahkemelerinin yeniden satış fiyatının tespiti ("YSFB") konusunda aldıkları kararlar, ihlalin unsurları ve ispat standardının gözden geçirilmesi gereğine işaret

⁸⁰ *Unilever Sanayi ve Ticaret Türk A.Ş.* Kararı, Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesi, T. 10.02.2022, E. 2021/1523, K. 2022/222.

Ayrıca, Danıştay Onüçüncü Daire, T.22/06/2022, Esas No:2022/1993, Karar No:2022/2819.

Siemens Healthcare Sağlık A.Ş. kararı, Ankara 16. İdare Mahkemesi T.: 29/04/2021, E.: 2020/807, K.: 2021/1050

Ayrıca *Groupe SEB İstanbul Ev Aletleri* kararı, Ankara 3. İdare Mahkemesi, 22.02.2021, E. 2020/905, K. 2021/325. Rekabet Kurulu'nun 20-03/31-14 sayılı ve 09.01.2020 tarihli *Groupe SEB İstanbul Ev Aletleri* kararı.

⁸¹ Ankara 2. İdare Mahkemesi T.15/04/2022, E.: 2022/254. Ayrıca bkz. Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8.İdari Dava Dairesi Y.D İtiraz No : 2022/320, T.:18/05/2022

⁸² Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8.İdari Dava Dairesi YD İtiraz No : 2022/320. T.:18/05/2022. Kurum tarafından yapılan YD itiraz isteminin reddine ilişkin karar.

<p>Uzlaşmalı Mı? Mücadeleye Devam Mı Etmeli?</p>	<p>etmektedir.</p> <p>Paris Temyiz Mahkemesi, <i>Apple'a</i> ilişkin yakın tarihli bir kararında⁸³, Fransız Rekabet Otoritesi'nin YSFB ihlalinin ortaya koyamadığını değerlendirerek, Otorite kararını kısmen iptal etmiş ve toplam ceza tutarını üçte iki oranında (<i>1,1 milyar Euro'dan 400 milyon Euro'nun altına</i>) azaltmıştır. Mahkeme, YSFB konusunda benimsenen delil testinin (i) tavsiye edilen fiyatların yeniden satıcılara iletilmesi, (ii) bu fiyat politikasının yeniden satıcılar tarafından uygulanması ve (iii) yeniden satıcıların tavsiye fiyatlara önemli düzeyde uyum göstermesi şeklinde üç kriter dahilinde ispatlanabileceğini vurgulamıştır. Mahkeme, ilgili dosyada Apple Premium Reseller'ların ("APR") tavsiye edilen fiyatlara uyumunu sağlamak için Apple tarafından yaptırım (cezalandırma) mekanizması uygulandığına ilişkin herhangi bir delilin bulunmadığını belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme, bazı APR'lerin tavsiye fiyat listesini "asgari yeniden satış fiyatı" olarak yorumlamasına rağmen, APR'lerin uygulamada, Apple tarafından tavsiye edilen yeniden satış fiyatından daha düşük fiyatları uygulayabildiklerini tespit etmiştir. Buna göre, APR'lerin tavsiye edilen yeniden satış fiyatına uyumuna ilişkin olarak, bazı APR'lerin tavsiye edilen yeniden satış fiyatını uygulamış olması, kendi beyanlarında da bunu özgürce tercih ettiklerini ifade ettikleri üzere, APR'lerin yeniden satış fiyatının belirlenmesi uygulamasına uyum gösterdiklerinin ispatı için yeterli değildir. Diğer deyişle, "<i>Pazar dinamiklerine uyum sağlama ve ilgili lüks (Apple) ürünlerin özellikleriyle açıklanabilecek salt paralel davranışlar, yeniden satış fiyatının tespiti anlamına gelmemektedir</i>". Mahkeme, Otorite'nin kararını "güvenilir, tutarlı ve kesin delillerle" ispatlayamadığına hükmetmiş ve tavsiye edilen fiyatlar ile yeniden satıcıların uyguladıkları gerçek fiyatlar arasındaki farklılıkları, yeniden satıcıların tavsiye edilen fiyatlara önemli düzeyde uyumu vb. hakkında kapsamlı pazar analizi yapılması gereğine işaret etmiştir.</p> <p>Rekabet Kurulu'nun yakın tarihli <i>Adidas</i> kararında, Paris Temyiz Mahkemesi'nin <i>Apple'a</i> ilişkin kararındaki unsurları görmek mümkündür. Kurul <i>Adidas</i> kararında, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi bağlamında amaç bakımından kısıtlamaya atıfta bulunmakla birlikte, iddia konusu eylemlerin pazardaki etkilerini detaylı bir şekilde analiz etmiştir. Bunun sonucunda; (i) Adidas tarafından yeniden satıcılar ile paylaşılan "Adidas'ın Tavsiye Edilen Fiyat Listelerine" uyulması hususunda yeniden satıcılara müdahalede bulunulduğuna, (ii) bu listelere uyulması konusunda yeniden satıcılarla iletişime geçildiğine, (iii) listelere uymayan yeniden satıcılara yaptırım uygulandığına veya (iv) liste fiyatlarına uyan yeniden satıcılara ilave ayrıcalıklar tanındığına yönelik herhangi bir somut bulguya ulaşılmadığına ve Adidas hakkında soruşturma açılmamasına karar verilmiştir⁸⁴.</p>
--	---

⁸³ Paris Temyiz Mahkemesi, 20/08582, 6 Ekim 2022 tarihli *Apple* kararı. Paris Court of Appeal's [decision dated 6 October 2022](#)

⁸⁴ Kurul'un 21.04.2022 tarihli ve 22-18/300-133 sayılı *Adidas* kararı, para. 66.

	<p>Kurul'un <i>Adidas</i> kararında aynı zamanda Danıştay'ın <i>Henkel</i> kararının⁸⁵ da etkisini gözlemlemek mümkündür. Danıştay'ın <i>Henkel</i> kararında, YSFB'nin tespitinde "<i> tarafların herhangi birisinin baskısı veya teşvik etmesi</i>" unsurunun ortaya konulması gerektiği, "<i>baskı ve teşvikin</i>" alıcıların bağımsız bir iktisadi davranış olarak kendi satış fiyatını belirleme serbestisine etki edecek değerde olması ve Kurum'un analizinde rekabete aykırı uygulamalar ile fiyat artışı arasındaki illiyet bağıını yeterli ve somut delillerle ispatlaması gerektiğine hükmedilmiştir⁸⁶.</p> <p>Uzlaşma müessesesinin hukukumuzda kabul edilmesinden bugüne kadar Kurul pek çok uzlaşma kararı almış ve YSFB'nin tespitine yönelik ihlallerin konu olduğu soruşturmaların pek çoğunu uzlaşma ile sonuçlandırmıştır. Bununla birlikte ispat standardının yeterince yükseltilmediği durumda, iddia konusu eylemlerin pazardaki etkisi yeterince incelenmeden salt birtakım iletişim bulgularına dayanılarak YSFB isnadında bulunulması, teşebbüslerin soruşturma ve ceza tehdidi altında aslında yapmadığı bir ihlali uzlaşma kapsamında kabul etme eğilimine yol açabilecektir. Diğer taraftan, birincil delillerle desteklenmeyen ve fakat salt pazar analizi kapsamında paralel davranışlara odaklanan incelemelerin de iptal edilmesi kaçınılmaz olacaktır. Nitekim Ankara 7. İdare Mahkemesi YSFB ihlali iddialarının incelendiği <i>Opet</i>⁸⁷ kararında; idari makamın tespitlerinin tereddüte yol açmayacak şekilde açık ve kesin nitelikte delillerle ispatlanması gerektiğini vurgulamıştır.</p> <p>Bu doğrultuda güncel mahkeme kararları ışığında, YSFB'nin tespitinde ihlalin unsurları ve bunların ortaya konulmasındaki ispat standardının rekabet otoritelerince gözden geçirilmesi zamanı gelmiştir. İşbu çalışmada, YSFB ihlaline yönelik güncel yaklaşımlar ve mahkeme kararları incelenerek savunma hakkının temini bağlamında ispat standardı sorunsalı değerlendirilecektir.</p>
--	--

⁸⁵ Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesi'nin *Henkel* kararı E. 2021/1300, K. 2021/1241 T. 09.09.2021. Danıştay'ın *Henkel* kararı E. 2021/969 K. 2021/2654 T. 06.07.2021; Danıştay 13. İdari Dava Dairesi kararı E.2021/4683, K.2022/1815 T. 21.04.2022. *Bkz.* Kurul'un 19.09.2018 tarihli ve 18-33/556-274 sayılı *Henkel* kararı

⁸⁶ Benzer yönde, Komisyon'un *Philips, Asus, Denon & Marantz ve Pioneer* kararlarında da, YSFB'nin tespitinde kayda değer ölçüde baskı uygulanması ve *yaptırım mekanizmasının* ortaya konmasının altı çizilmiştir. Komisyon'un 24 Temmuz 2018 tarihli ve Dava AT.40465 sayılı *Asus* kararı; Komisyon'un 24 Temmuz 2018 tarihli ve Dava AT.40469 sayılı *Denon & Marantz* kararı; Komisyon'un 24 Temmuz 2018 tarihli ve Dava AT.40181 sayılı *Philips* kararı ve Komisyon'un 24 Temmuz 2018 tarihli ve Dava AT.40182 sayılı *Pioneer* kararı.

⁸⁷ Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesi E. 2021/1427 K. 2022/535 T. 20.4.2022, Kurul'un 12.03.2020 tarihli ve 20-14/192-98 sayılı *Opet Petrol* kararı.

45.	“Nerde İhlal Ettik?": İşgücü Piyasalarına Yönelik Müdahaleler Kapsamında Çalışan Ayartmama Anlaşmaları	<p>İşgücü piyasalarındaki rekabeti kısıtlayıcı uygulama ve eylemlere yönelik rekabet otoritelerinin müdahaleleri son yıllarda giderek artmaktadır. Rekabet Kurulu'nun yakın tarihli <i>Özel Hastaneler</i> kararında çalışan ayartmama anlaşmalarının, ne ölçüde uygulandığından ya da pazardaki mevcut veya potansiyel etkilerinden bağımsız olarak, amaç bakımından rekabet ihlali teşkil ettiği ve personel transferinin engellenmesine yönelik centilmenlik anlaşmalarının “<i>sağlayıcıların paylaşılması</i>”na benzer sonuçlar doğurması nedeniyle açık ve ağır ihlal teşkil ettiği belirtilmiştir⁸⁸.</p> <p>Anılan Kurul kararında, soruşturma tarafları arasında hekim transferinin engellenmesinin amaçlandığı anlaşmaların “<i>Rakip teşebbüsler arasında ..sağlayıcıların paylaşılması..</i>” yönüyle Ceza Yönetmeliği'nde yer alan kartel tanımı ile Taahhüt Tebliği'ndeki açık ve ağır ihlal tanımıyla benzeştiği belirtilerek soruşturma tarafları hakkında Ceza Yönetmeliği kapsamında idari para cezasına hükmedilmiştir. Buna göre, personel transferinin engellenmesine yönelik rakipler arasındaki centilmenlik anlaşmaları Taahhüt Tebliği'ndeki tanımıyla sağlayıcıların paylaşılması (emek arz edenlerin) kapsamında değerlendirilmekte ve bu sebeple işgücü pazarındaki rekabeti kısıtlayıcı eylemler olan <i>alım kartelleri</i> 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini amaç bakımından ihlal etmektedir. Bu yaklaşımın bir sonucu olarak da personel (hekim) transferinin engellenmesinin amaçlandığı anlaşmalar bakımından Kurul tarafından Kanun'un 5. maddesi kapsamında bireysel muafiyet değerlendirmesi yapılmamıştır⁸⁹.</p> <p>Çalışan ayartmama anlaşmaları özelinde işgücü piyasalarındaki rekabeti kısıtlayıcı uygulamaların pazar üzerindeki etkilerinin ve tüketici zararının saptanması önem arz etmektedir⁹⁰. Öyle ki, çalışan ayartmama anlaşmalarına yönelik zarar teorisinin oluşturulmasında işverenlerin monopson gücünün anlaşılması, ihlal tespiti ve değerlendirilme esaslarının tayininde (<i>rule of reason, etki analizi, amaç bakımından kısıtlama</i>) kritik görev üstlenmektedir.</p> <p>Günümüzde işverenler arasındaki meşru işbirlikleri olan birleşme/devralmalarda veya franchise anlaşmaları gibi çeşitli formlarda gerçekleşen dikey anlaşmalardaki çalışan ayartmama yükümlülüklerinin somut olay özelinde nasıl değerlendirilmesi gerektiği ve rekabet üzerine etkisinin detaylı olarak incelenmesi gerekmektedir. Nitekim, Kurul</p>
-----	--	---

⁸⁸ Kurul'un 24.02.2022 tarih ve 22-10/152-62 sayılı *Özel Hastaneler* Kararı.

⁸⁹ Kurul'un 24.02.2022 tarih ve 22-10/152-62 sayılı *Özel Hastaneler* Kararı, para. (371) “*Böyle bir anlaşma veya uyumlu eylem “malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması” sonucunu doğuramayacaktır. Bu kapsamda Samsun ilindeki fiyat tespiti ile hem Samsun hem Bursa’da işgücü piyasasına yönelik rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar sonucunda ortaya çıkan faydanın tamamen anlaşma tarafı teşebbüslerin lehine etki doğurması sebebiyle ve tüketicilerin bu uygulamalardan önemli zararlar görmesi nedenleriyle söz konusu anlaşmalara muafiyet tanınması mümkün değildir.*”

⁹⁰ KIRAN, N.F.: İşgücü Pazarında Rekabet Hukuku Uygulamaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, (Temmuz 2022), s.29 vd.

		<p>işgücü piyasalarına yönelik yakın tarihli soruşturma ve kararlarında bu konuya daha müdahaleci bir bakışla yaklaşılacağına sinyalini vermiştir. Yakın tarihli <i>Vinmar/Arisan</i>⁹¹ kararında sözleşmede düzenlenen ayartmama yükümlülüklerinin süresinin işlemin ardından üç yıl süreyle geçerli olacak şekilde kısıtlanması koşuluyla işleme izin verilmiştir. Kurul, <i>Bfit</i> Kararında, dikey anlaşmalar kapsamında franscihe alana getirilen çalışan ayartmamaya ilişkin hükmün sözleşme süresiyle sınırlandırılmasına hükmetmiştir⁹². Çalışan ayartmama anlaşmaları ve yan sınırlamaların değerlendirilmesindeki farklı yaklaşımlar, Borçlar Kanunu'nun 444. maddesi ile TTK'nın 54 vd. maddelerindeki hükümlerin yaratabileceği belirsizlik de dikkate alındığında dikey anlaşmalar veya birleşme/devralmalarda teşebbüslerin soruşturma geçirmesi tehdidi altında işlem den beklenen faydayı ve potansiyel tüketici faydasını da olumsuz etkileyebilecektir.</p> <p>Bu çerçevede, açık karteller ile meşru işbirlikleri arasındaki sınırın nasıl çizilmesi gerektiği, yan sınırlama olarak kabul edilen hükümlerdeki değerlendirme esaslarının neler olması gerektiğinin ve uygulama yöntemlerinin Kurul tarafından açıklığa kavuşturulması hukuki belirliliği temin edecektir⁹³. Aksi halde teşebbüsler soruşturma bildirimini aldıklarında Kanunu "Nerde ihlal ettik?"lerini dahi takdir edemez durumda bırakılacaktır.</p> <p>İşbu çalışmada, çalışan ayartmama anlaşmalarının hangi formlarda ve düzlemde (dikey/yatay) karşımıza çıkabileceği, hibrit işbirlikleri, hangi durumlarda çalışan ayartmama hükümleri/anlaşmalarının açık ve ağır ihlal olarak nitelendirilebileceği, birleşme ve devralma işlemlerinde teşebbüslerin kendilerini soruşturma tehdidinden koruyabilmek adına gerek sözleşme hükümlerinin tasarlanmasında gerekse bu hükümlerin uygulama aşamasında dikkat edilmesi gereken noktalar Rekabet Kurulu ve yabancı rekabet otoritelerinin kararları ışığında incelenecek ve uygulama için çözüm önerileri sunulacaktır.</p>
46.	Rekabet Kurulu'nun Modanisa Kararı Işığında Dijital	Rekabet hukuku düzenleyici ve uygulamacılarının, veri ve algoritma gibi dijital dünyanın temel niteliklerine ve özüne dokunan konulara gösterdiği ilgi son yılların en göze çarpan gelişmelerinin başında yer alıyor. Bununla birlikte,

⁹¹ Kurul'un 24 Şubat 2022 tarihli ve 22-10/155-63 sayılı *Vinmar/Arisan* kararı.

⁹² Kurul'un 07.02.2019 tarihli ve 19-06/64-27 sayılı *Bfit* kararı.

⁹³ Bkz. TURAN, T., DERE. G., "Turkish Labour Markets are Headed for a New Era of Competition Law Enforcement", (May 11 2021), https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=ea8065f0-c6e6-49f2-a30c-262adaba7dee&utm_source=Lexology+Daily+Newsfeed&utm_medium=HTML+email&utm_campaign=Lexology+subscriber+daily+feed&utm_content=Lexology+Daily+Newsfeed+2021-05-13&utm_term=

<p>Reklamcılık Alanında Rekabet Hukuku Gelişmeleri</p>	<p>ticaretin ve ekonominin dijitalizasyonunun “geleneksel” rekabet ihlal yöntemelerine yeni uygulama alanları sağladığı gibi yeni uygulama araçları da temin edebildiği gözden kaçırılmamalıdır. Bu çerçevede, reel ekonominin dijital dünya ile temel ilişki alanlarından biri olan internet reklamcılığında ortaya çıkan “negatif eşleme yükümlülükleri” çok yönlü rekabet hukuku başlıklarına dokunduğu için ilginç bir örnek sunmaktadır.</p> <p>Kurul, <i>Sefamerve/Modanisa</i> kararında, rakip iki şirketin dijital reklamcılık alanında birbirlerinin markalarını internet ortamında (özellikle GoogleAds mecrasında) hedeflemeleri ve negatif kelime olarak eklemelerine yönelik anlaşmalarını incelemiştir. Karar, dijital reklamcılık alanında düzenleyici olan marka koruması sınırları ile rekabet hukukunun sınırlarının kesişim noktasını ilk kez ve açıkça göstermesi açısından önemlidir. Kararda rakiplerin ekonomik hayatta marka koruması, fikri mülkiyet hukuku gibi alanların kuralları çerçevesinde yaptıkları reklamcılık faaliyetlerinin rekabet hukuku perspektifinden değerlendirilmesi gerektiği ve iki hukuk alanının kesişim noktası değerlendirilerek sınırı aşan uygulamalara son verilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu kapsamda, marka hukuku korumasının sınırlarının aşıldığı belirtilen “<i>negatif eşleme yükümlülükleri</i>” rekabet hukuku literatüründe yerini almış; teknik anlamda dijital reklamcılıkta dar eşleme, geniş eşleme gibi ifadelerin tanımları ortaya konulmuştur. Sınai Mülkiyet Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu’nda yer alan düzenlemeler çerçevesinde marka hukukçuları ile rekabet hukukçuları arasında farklı yorumlamalara yol açan muğlak teknik terimlerin bir Rekabet Kurulu kararında derinlemesine tanımlanması ve değerlendirilmesi konuya en azından Rekabet Kurumu perspektifi bakımından netlik kazandırmıştır.</p> <p>Bu konuda ikinci bir inceleme de hâlihazırda yürütülen ve online platformlar üzerinden ikinci el araç alım, satımında faaliyet gösteren belirli şirketlerin dijital reklamcılık faaliyetlerine yönelik olan soruşturmada ele alınmaktadır. Bu konunun ve rakiplerin reklamcılık faaliyetlerinin rekabet hukukunun gündemini önümüzdeki yıllarda oldukça meşgul edeceği anlaşılıyor.</p> <p>Bildiriye konu sunumunda <i>Modanisa</i> kararı ve halihazırda yürütülen dijital reklamcılık faaliyetlerini gündeme alan soruşturma ışığında rekabet hukuku literatürüne yeni kazandırılan söz konusu terimlerin ne ifade ettiğinin, şirketlerin reklamcılık alanında bu durumu nasıl yorumladıklarının ve Rekabet Kurulunun dijital reklamcılığa bakış açısının anlatılması konun hem Rekabet Hukuku, hem de Sınai Mülkiyet Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu’nda yer alan düzenlemeler ışığında değerlendirilmesi hedeflenmektedir.</p>
--	---

47.	Arama Bazlı Çevrimiçi Reklamcılık Faaliyetlerinde Gri Alan: Marka Korumasının Rekabet Hukuku Açısından Sınırları	<p>Dijital platformlardaki reklamcılık faaliyetleri kapsamında şirketlerin arama bazlı reklamcılığı giderek yoğunlaşan bir şekilde kullandıkları görülmektedir. Şirketler bu sayede belirli anahtar kelimeler aracılığıyla marka ve hizmetlerinin tanıtımını yapabilmekte ve yeni müşterilere ulaşabilmektedir. Arama faaliyetleri tüketiciler açısından da ürün ve fiyat karşılaştırması yapma imkânı bakımından büyük bir kolaylık sağlamaktadır.</p> <p>Hukumumuzda markanın internet alanında kullanımına ilişkin sınırlar 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun m.7/f.3/(d) hükmü ile düzenlenmiştir. Anılan hükümde marka sahiplerine, markalarının üçüncü kişiler tarafından internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde izinsiz kullanılmasını yasaklama hakkı tanınmıştır. Hükümde markanın internet ortamında kullanılma halleri örnekleyici olarak sayılmış ve sayılan haller arasında markanın anahtar sözcük ve yönlendirici kod olarak kullanılması da yer almıştır. Buradan hareketle arama bazlı çevrimiçi reklamcılık hizmetleri kapsamında arama motorlarında kullanılacak anahtar kelimeler, marka hakkının sınırlarını ihlal etmeyecek şekilde seçilmelidir. Bu yönde bir düzenleme AB Marka Tüzüğü ve birçok üye ülkenin marka kanunlarında yer alması da gerek ABAD kararlarında gerekse de üye ülkelerdeki yüksek mahkeme içtihatlarında, uluslararası doktrin ve içtihatlarda çevrimiçi reklamcılık hizmetlerinde anahtar kelime kullanımının marka hakkı kapsamında sınırlandırılabilirliği hususunda görüş ve uygulama birliği mevcuttur. Bu durum marka hakkı koruma alanının giderek genişlemesine sebep olmuştur.</p> <p>Teşebbüslerin, marka koruma alanını ileri sürerek diğer teşebbüsleri geniş anahtar kelimeleri kullanmaktan menetmeye, hatta diğer teşebbüslerle birbirlerinin markalarını anahtar kelime olarak kullanmama yönünde anlaşmalar yapmaya yönelmesi konunun rekabet hukuku boyutuyla da ele alınmasını gerektirmiştir. Nitekim marka koruma alanının sınırlarına ilişkin yabancı rekabet otoritelerinin kararları da söz konusu olmuştur. Dolayısıyla bir taraftan dijital platformlardaki reklamcılık faaliyetlerinde marka hakkının korunması gerekliliği mevcutken, diğer taraftan rakip teşebbüslerin reklam kısıtlama anlaşmaları rekabet hukuku kapsamında endişeler doğurmuştur.</p> <p>Rekabet Kurulu 25.11.2021 tarihli ve 21-57/789-389 sayılı kararında, bu konuyu geniş bir şekilde ele alarak marka koruma alanı ve rekabet hukuku arasındaki dengeyi incelemiştir. Kurul, yaptığı incelemede, özellikle Avrupa Komisyonu'nun Guess kararı olmak üzere birçok rekabet otoritesinin kararlarına atıf yaparak tescilli markalara getirilen bütün reklam kısıtlamalarının marka koruması kapsamında olmadığını, marka koruma alanının yalnızca "tescilli markayı aynen hedeflememe yükümlülüğü" getirdiğini belirtmiştir. Bu sebeple Kurul'a göre teşebbüsler arasında yalnızca birbirlerinin markalarına anahtar kelime olarak reklam vermemeleri yönündeki "dar kapsamlı</p>
-----	---	---

		<p>markaya reklam vermeme anlaşması” marka hakkı korumasından faydalanacaktır.</p> <p>Öte yandan fikri mülkiyet hukuku perspektifinden Türk hukukundaki yaklaşıma bakıldığında, derece mahkemeleri ve Yargıtay’ın arama bazlı reklamcılık faaliyetlerinde fikri mülkiyet koruma alanını geniş değerlendirdiği görülmektedir. Öyle ki, Rekabet Kurulu’nun yaklaşımından farklılaşan şekilde, markanın üçüncü şahıslar tarafından aynen ya da içinde geçtiği herhangi bir kelime grubu içerisinde anahtar sözcük olarak kullanılmasının marka sahibi tarafından her durumda yasaklanabileceği yönünde mahkeme kararları mevcuttur.</p> <p>Buradan hareketle Tebliğ kapsamında rekabet hukuku ve fikri mülkiyet hukuku arasında gri bir alan olarak nitelendirilebilecek ve önemi giderek artacak bu konu disiplinlerarası bir yaklaşımla incelenecektir. Ayrıca Kurul’un güncel yaklaşımıyla birlikte Türk hukukunda marka koruma alanı ve rekabet hukuku arasındaki dengenin geldiği durum, derece mahkemeleri ve Yargıtay’ın yaklaşımının rekabet hukuku açısından oluşturduğu sakıncalar, Kurul kararının mahkemeler tarafından nasıl dikkate alınması gerektiği ve Kurul kararıyla birlikte gri alanın giderilip giderilmediği konuları kapsamlı şekilde tartışılacaktır.</p>
48.	Bir Haksız Rekabet Olgusunun Rekabet Hukuku Sorunsalına Dönüşümü: Kötüleme/Yanıltma Yoluyla Rekabet İhlali	<p>Serbest piyasa ekonomisine bağlı sistemlerde adil ve serbest rekabetin düzenlenmesi gerekliliği çerçevesinde, piyasa paydaşlarını koruyacak rekabetin tesis edilmesi görevinin rekabet hukuku ve haksız rekabet hukuku hükümleriyle korumaya alındığı görülmektedir. Haksız rekabet hukukunun, tüm piyasa paydaşlarının yanı sıra kamu ve tüketicileri de koruyacak adil bir rekabetin tesis edilmesinde teşebbüslerin rekabet ihlallerini yasaklayan düzenlemelere tamamlayıcı unsur olarak farklı amaç ve perspektifler doğrultusunda rekabet hukukuna yardımcı araçlar sunduğu kabul edilmektedir.</p> <p>Özellikle “adillik (<i>fairness</i>)” kavramının rekabet hukuku uygulamasında sıkça dile getirilir olması, bazı haksız rekabet hallerinin rekabet hukuku araçlarıyla müdahale edilebilir hale gelip gelmediğini sorgulanabilir kılmıştır. İşte bu noktada tipik bir haksız rekabet hali teşkil eden kötüleme ve yanıltma davranışlarının, rekabet otoritelerinin soruşturmalarına konu edildiği gözlemlenmeye başlamıştır.</p> <p>İlk olarak birden fazla teşebbüsün irade uyuşması çerçevesinde gerçekleşen kötüleme/yanıltma eylemlerine bakılacak olursa, bu halde piyasadaki fiyatların artırılması ve/veya bazı rakiplerin piyasadan dışlanması durumunda rekabet otoritesi müdahalesinin ortaya çıkabileceği yadsınamazdır. Bu husustaki içtihadın Roche-Novartis dosyasıyla</p>

geliştiğini söylemek mümkündür. İspanya Rekabet Otoritesi ve Avrupa Birliği Adalet Divanı'na kadar uzanan süreç sonucunda İtalya Rekabet Otoritesi tarafından cezaya çarptırılan davranışlar, Rekabet Kurulu'ndan da nasibini almış ve Rekabet Kurulu dosya konusu davranış cezaya çarptırmaktan geri kalmamıştır.

Çalışmamızın esas tartışma konusu ise, teşebbüslerin tek taraflı kötüleme/yanıltma davranışlarının rekabet hukuku müdahalesine tabi tutulup tutulamayacağı noktasına odaklanmaktadır. Bilindiği gibi, hâkim durumun kötüye kullanılması soruşturmaları kapsamında değerlendirilen bazı davranışlar önceden belirlenmiş temel ihlal "kategorileri" altında ele alınabilmekteyken; bu kategorilere tam anlamıyla uymayan teşebbüslerin çeşitli uygulamalarının somut olay özelinde kötüye kullanma olarak değerlendirilmesi mümkün olabilmektedir.

Bu doğrultuda, kötüleme/yanıltma davranışlarının ele alındığı bazı kararlarda Rekabet Kurulu tarafından haksız rekabete ilişkin eylemlerin adli yargı mercilerinin görev alanına girdiği ifade edilmiş ve bu nedenle, bazı başvurular kapsam dışı görülerek reddedilmiştir. Bununla birlikte, özellikle son zamanlarda Kurul'un ve/veya idari yargının bazı kararlarında teşebbüslerin kötüleme/yanıltma benzeri davranışlarının rekabet hukuku kuralları çerçevesinde değerlendirildiği görülmektedir (örneğin Trendyol Geçici Tedbir Kararı, EAE Elektrik Kararı). Keza çeşitli rekabet otoritelerinin de teşebbüslerin tek taraflı kötüleme/yanıltma davranışlarını hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan düzenleme tahtında ele aldığı gözlemlenmektedir (örneğin Fransa Rekabet Otoritesi'nin Janssen-Cilag, Schering-Plough, Sanofi-Aventis Kararları, Danimarka Rekabet Otoritesi'nin Falck Kararı). Nihayet yakın dönemde Avrupa Komisyonu tarafından Teva ve Vifor Pharma şirketleri hakkında başlatılan kötüleme/yanıltma davranışlarını konu edinen soruşturmalar da bu husustaki tartışmaları alevlendirmiş ve ülkemiz açısından değerlendirme gerekliliğini beraberinde getirmiştir.

İşbu çalışmada, öncelikle genel hatlarıyla rekabet hukuku ve haksız rekabet hukuku arasındaki ilişki ele alınarak bu iki hukuk dalının ayrışan/kesişen noktalarına değinilecek; ardından birden fazla teşebbüsün irade uyuşması doğrultusunda kötüleme/yanıltma davranışlarının Roche-Novartis içtihadı ışığında hangi hallerde rekabet ihlali teşkil edeceği ele alınacak; bunun üzerine aynı konudaki tek taraflı teşebbüs davranışlarının hâkim durumun kötüye kullanılması çerçevesinde ele alındığı çeşitli rekabet otoritelerinin kararları irdelenecektir.

Tüm bu değerlendirmeler neticesinde, kötüleme/yanıltma davranışlarının hangi hallerde rekabet ihlali teşkil edebileceği, rekabet ihlali tespiti için belirli pazar yapılarının varlığının gerekip gerekmediği ve teşebbüslerin dikkat

		etmesi gereken hususların neler olduğu başta olmak üzere çeşitli sorular tartışmaya açılacaktır.
49.	Tıbbi Cihazların Bakım ve Onarımına İlişkin Rekabet Kurulu Kararları Işığında Güncel Tartışmalar	<p>Rekabet Kurulu'nun ("Kurul"), tıbbi cihazların ardıl pazarı olarak değerlendirilen bakım-onarım pazarının rekabetçi bir hale getirilmesine ve söz konusu pazarın, bağımsız servis sağlayıcılara ("BSS") kapatılmamasına yönelik birçok kararı bulunmaktadır.</p> <p>Kurul kararlarında, ağırlıklı olarak, (i) BSS tarafından teknik servis faaliyetlerinin yürütülebilmesi için zorunlu olan şifrelerin ilgili tıbbi cihazların üreticileri tarafından BSS'ye sağlanıp sağlanmadığı, (ii) BSS tarafından teknik servis hizmeti verilmesine olanak sağlayan aparatların/cihazların sağlanıp sağlanmadığı; (iii) yedek parça temini süreçlerinde, hakim durumun kötüye kullanılıp kullanılmadığı hususları değerlendirilmiştir.</p> <p>Kurul'un 2009 Kararı⁹⁴ ve 2021 Kararı⁹⁵ ile, soruşturmanın tarafı olan teşebbüslerin de dahil olduğu bahse konu pazarda faaliyet gösteren tüm teşebbüsler açısından birtakım yükümlülükler tesis edildiği görülmektedir. Kurul'un ilgili soruşturmaya taraf olmayan teşebbüsler hakkında da görüş bildirip bildiremeyeceği ve bu görüşün bağlayıcılığı hakkındaki değerlendirmelerimiz de çalışmamızda sunulacaktır.</p> <p>Kurul tarafından; tıbbi cihazlara ilişkin pazarlar, tamamlayıcı ürün ve hizmetlere duyulan ihtiyaç nedeniyle "öncül (birincil)" ve "ardıl (ikincil)" pazarlar olarak ikiye ayrılabilir. Yedek parça, sarf malzemesi, tamir, bakım-onarım hizmetleri gibi öncül ürünle birlikte kullanılan ve öncül ürünün satın alınmasından belli bir süre sonra ihtiyaç duyulan ürün ve hizmetlerin bulunduğu pazarlar, "ardıl" pazarlar olarak tanımlanmaktadır. Bu ardıl pazarların da marka özelinde tanımlanıp tanımlanamayacağı, Kurul kararlarında⁹⁶ çeşitli kriterler kapsamında değerlendirilmektedir.</p> <p>Avrupa Komisyonu'nun ise, satış sonrasında ilişkin pazar ile asıl pazarın birbirleri ile yakın ilişkide olması nedeniyle öncül ve ardıl pazarları, tek bir pazar olarak tanımladığı kararları⁹⁷ bulunmaktadır.</p>

⁹⁴ Rekabet Kurulu'nun 18.02.2009 tarihli ve 09-07/128-39 sayılı kararı.

⁹⁵ Rekabet Kurulu'nun 26.08.2021 tarihli ve 21-40/589-286 sayılı kararı.

⁹⁶ Rekabet Kurulu'nun, 18.02.2009 tarihli ve 09-07/128-39 sayılı kararı; 20.08.2014 tarihli ve 14-29/613-266 sayılı kararı; 13.10.2016 tarihli ve 16-33/587-258 sayılı kararı; 24.10.2016 tarihli ve 16-34/589-259 sayılı kararı; 26.08.2021 tarihli ve 21-40/589-286 sayılı kararı

⁹⁷ Case No: IV/34.330 – Pelikan/Kyocera; Case No: IV/E 2/36.431 – Info-Lab/Ricoh; Case COMP/C-3/39.391 EFIM

		<p>Çalışmamızda; Kurul'un ve Avrupa Komisyonu'nun kararları ışığında, rekabet hukuku literatüründe, tıbbi cihazlara ilişkin öncül ve ardıl pazar tanımlamasının hangi kriterlere bağlı olarak yapıldığına; öncül ve ardıl pazarların, aynı ilgili pazarda tanımlanıp tanımlanamayacağına; ayrı pazarlarda tanımlanıyorsa da marka özelinde bir pazar tanımlaması yapılabilmesinin şartlarına değinilecektir.</p> <p>Çalışmamızda; Kurul'un, Avrupa Komisyonu'nun ve Amerika Birleşik Devletleri mahkemelerinin ardıl pazarlardaki hakim durum analizi ve hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin değerlendirme kriterleri incelenecektir. Bu kısımda özellikle, ABD'ye ek olarak, Türkiye'deki ve AB'deki rekabet hukuku uygulamasında da önem arz eden Kodak⁹⁸ kararına yer verilecektir. Kodak kararındaki; ardıl pazarlarda pazar gücü tespitinde, öncül ve ardıl pazarların birlikte değerlendirilmesi gerektiği görüşü, diğer ülkelerin rekabet otoritelerinin kararlarını da etkilemiştir.</p> <p>Kurul kararlarında; teşebbüslerin fikri mülkiyet haklarının korunması ve tıbbi cihaz mevzuatı kapsamındaki sorumluluklar ile pazarın rekabetçi yapısının korunması hususları kapsamında değerlendirmelerde bulunulmuş olup çalışmamızda bu değerlendirmelere ilişkin tartışmalara da yer verilecektir.</p>
50.	Anahtar Kelimelere İlişkin Reklam Kısıtlama Anlaşmalarının Modanisa Kararı ve E-Ticaret Mevzuatındaki Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi	<p>Rakip teşebbüsler arasındaki, anahtar kelimelere ilişkin reklam kısıtlaması getiren anlaşmalar, Rekabet Kurulu'nun ("Kurul") Türkiye'deki ilk ve ilke kararı olarak nitelendirilen 25.11.2021 tarihli ve 21-57/789-389 sayılı Modanisa kararında incelenmiş olup karar kapsamında "negatif eşleşme" ve "geniş kapsamlı markaya reklam vermeme" anlaşmalarının, pazar/müşteri paylaşımı niteliğinde olduğu ve rekabeti kısıtlayıcı etkiyi haiz olduğu değerlendirilmiştir.</p> <p>Karara konu başvuru; Modanisa ile Sefamerve arasında akdedilen sulh sözleşmesinin ("Sözleşme"), rekabet hukuku mevzuatına aykırılık içermediğinin tespiti, bunun reddi halinde ise muafiyet tanınması talebine ilişkindir. Sözleşme incelendiğinde, Sözleşme'de belirtilen ibarelerin (i) negatif kelime olarak eklenmesi; (ii) reklam olarak hedeflenmemesi; (iii) Tekst, Metatag, Keyword, Adwords vb. uygulamalarda kullanılmaması hususlarında tarafların anlaşığı görülmektedir. Taraflar, Sözleşme'nin asıl amacının; internet ortamında verilecek reklamlarda meydana gelebilecek karışıklıkların önlenmesi ve marka hukukuna ilişkin olası ihtilafların önüne geçilmesi olduğunu belirtmiştir.</p>

⁹⁸ Eastman Kodak Company v. Image Technical Services, Inc., 504 US 451 (1992)

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun ("SMK") 7. maddesinin 1. fıkrası uyarınca; marka hakkı korumasından bahsedilebilmesi için öncelikle tescilli bir markanın varlığı gerekmektedir. Sözleşme çerçevesinde, tescilli marka dışındaki ifadelerle ilişkin olarak da anahtar kelime kısıtlaması getirildiği tespit edilmiştir.

Kurul, marka hakkı sahiplerinin, sahip oldukları marka hakkının kapsamı dâhilinde hareket edebileceklerini, ancak bu yetkinin geleneksel anlamıyla menşei belirtme işlevi görmeyecek şekilde marka hukukunun koruyuculuğunun ötesinde genişletilmesinin rekabet hukukuna aykırılık teşkil edeceğini belirtmiştir. Bu doğrultuda Kurul, SMK'daki düzenleme ile aynı kapsamda olabilecek en geniş reklam yasağının, tarafların internet ortamında verecekleri reklamlarda birbirlerine ait tescilli markaları anahtar sözcük olarak kullanmamaları yönünde olabileceğini, bunun ise "dar kapsamlı markaya reklam vermeme anlaşması" vasıtasıyla yapılabileceğini; "negatif eşleme anlaşmaları" ile "geniş kapsamlı markaya reklam vermeme anlaşmaları" ile yapılamayacağını değerlendirmiştir.

Modanisa kararına paralel olarak, ikinci el araç satışı yapan teşebbüsler hakkında, internet üzerinden yapılan aramalarda alternatif şirket bulma seçeneklerinin kısıtlanmasına dair soruşturma başlatılmıştır. Anılan soruşturma kapsamında, teşebbüsler arasındaki anlaşmanın açık ağır ihlal teşkil etmesi nedeniyle teşebbüslerin taahhüt taleplerinin reddedilmesi; Kurul'un, Modanisa kararındaki değerlendirmelerinde istikrarlı olduğunun açık bir göstergesidir.

Dünyadaki rekabet otoritelerinin, anahtar kelime reklamcılığına ilişkin çeşitli kararlarındaki yaklaşımına baktığımızda; kararlarda aşağıdaki kriterlerin varlığı halinde reklam kısıtlama anlaşmalarının rekabet hukuku mevzuatına uygun olduğunun değerlendirildiği görülmektedir.

- Markalar arasında gerçek bir karışıklık riski olması⁹⁹
- Bir markaya işaret eden ifadenin, ilgili markaya atıfta bulunmaksızın gerçek anlamında kullanılması veya ilgili markadan farklı bir mal/hizmet ile ilişkili olarak kullanılması¹⁰⁰
- Reklamın tüketici nezdinde kafa karıştırıcı olması ve gerekli olduğu ölçüde kısıtlayıcı düzenlemeler ile marka korumasının sağlanması, meşru bir marka hakkı ihlalinin olması.¹⁰¹

⁹⁹ Case C-35/83, BAT Cigaretten-Fabriken GmbH v. Commission, 30.01.1985.

¹⁰⁰ Case No.07, Case No.30 - Google vs. BharatMatrymony, Competition Commission of India - CCI, 2012.

		<p>Öte yandan, 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'daki değişiklikler kapsamında teşebbüslerin dar kapsamlı markaya reklam vermeme anlaşmasına ek olarak negatif eşleşme ve geniş kapsamlı markaya reklam vermeme anlaşması yapabilmeye cevaz verildiği görülmektedir.</p> <p>Kurul'un görüşü ile farklılık arz eden işbu mevzuat değişikliği, Modanisa kararı verildiğinde henüz yayınlanmamıştır. Halihazırda hazırlık çalışmaları devam eden E-ticaret Hizmet Sağlayıcılar ve E-ticaret Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik kapsamında konunun nereye evrilmesi gerektiği tartışılmaktadır. Dünyadaki uygulamalar ve öğreti ışığında gerek Kurul'un gerekse de Ticaret Bakanlığı'nın yaklaşımına ilişkin değerlendirmelerimize sunumda yer verilecektir.</p>
51.	Spor Endüstrisinde Yaşanan Gelişmelerin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi	<p>Spor ve özellikle de takım sporlarının günümüzde artık bir yarışmadan daha çok bir endüstri ve pazar alanı haline geldiği herkesçe bilinen bir gerçek. Profesyonel spor kulüplerinin neredeyse tamamı şirketleşti ya da bir şirket gibi hareket ediyor ve dünya çapındaki yatırım fonları bu organizasyonlara hissedar olabilmek için rekabete girmekten çekinmiyorlar.</p> <p>Rekabet hukuku ve spor endüstrisinin en çok kesiştiği alan; spor liglerinin ve müsabakaların yayın haklarının devrine ilişkin rekabet incelemeleri ve otoriteler tarafından verilen kararlar olarak ortaya çıkmaktadır. 2021 yılında spor ve özellikle futbol endüstrisinde yaşanan iki farklı gelişme ise bu alanda rekabet hukuku bakımından yeni ve farklı perspektifler açıldığını göstermektedir. Bunlardan ilki; Avrupa'nın elit kulüpleri olarak kabul edilen Arsenal, Manchester United, Chelsea, Liverpool, Manchester City, Tottenham, AC Milan, Inter, Juventus, Atletico Madrid, Barcelona ve Real Madrid'in ortak kararlarıyla başlatmak istedikleri ancak halihazırda askıda olan Avrupa Süper Ligi girişimidir. Diğer gelişme ise; İngiltere Premier Ligi'nin köklü kulüplerinden Newcastle United'ın Suudi Arabistan Kamu Yatırım Fonu'nun da içerisinde bulunduğu konsorsiyum tarafından satın alınmasıdır.</p> <p>Bu çalışmanın ilk bölümünde; rekabet hukuku ile spor endüstrisinin hangi alanlarda örtüştüğü ve örtüşebileceği ele alınacaktır. Özellikle liglerin yapısı ile yayın haklarının devrinde ne gibi rekabet uygulamalarının olduğu incelenerek bu çalışma için bir giriş bölümü oluşturulacaktır. Bu bakımdan Rekabet Kurulu'nun Süper Lig ve</p>

	<p>TFF 1. Lig futbol maçları yayın haklarını elinde bulunduran Katar merkezli Bein Media Group bünyesinde olan Krea İçerik Hizmetleri ve Prodüksiyon Anonim Şirketi'nin tarafı olduğu 2022 tarihli kararlar değerlendirilecektir.¹⁰² Lig müsabakalarının yayınlarının devrine ilişkin rekabet uygulamaları incelenirken; son dönemde Fransa'da yaşanan futbol maçlarının yayını krizinden bahsedilerek Fransız Rekabet Otoritesi'nin bu konudaki tutumu, verdiği kararlarından biri üzerinden örnek vererek açıklanacaktır. 21.06.2021 tarihli ilgili kararda; Canal Plus Grubu'nun, Fransız Profesyonel Ligi'nin hakim durumunu kötüye kullanarak yayın haklarının devrinde eşitsiz koşullar oluşturduğu ve ayrımcılık yaptığı iddiasıyla gerçekleştirdiği başvuru Fransa Rekabet Otoritesi tarafından reddedilmişti ve bu konu Fransa'da hala tartışmalara konu olarak güncelliğini koruyor.</p> <p>Çalışmanın ikinci bölümünde; yukarıda bahsedilen Avrupa Süper Ligi projesinin oluşma şekli, kamuoyuna yansımalarına değinilerek söz konusu projenin rekabet hukuku bakımından uygunluğu değerlendirilecektir. Yerel lig yönetimleri ile futbol sporunda düzenleyici kurumlar olan UEFA ve FIFA'nın devre dışı bırakılarak on iki kulübün bir araya gelmesi sonucunda söz konusu kulüplerin kendi kurallarını uygulayabildikleri bir başka lig kurma çabalarının, ilk etapta rakipler arası bir anlaşma olarak değerlendirme ihtimali analiz edilecek ve ardından birlikte hakim durumlarının kötüye kullanılarak rekabeti kısıtlayıcı bir eylem oluşturup oluşturmadığı; Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Antlaşma'nın 101. Maddesi kapsamında değerlendirilecek ve farklı görüşlere dair bilgilere yer verilecektir.</p> <p>Çalışmanın son bölümünde; İngiltere Premier Ligi'nin en eski kulüplerinden Newcastle United'ın Suudi Arabistan Kamu Yatırım Fonu'nun da içerisinde bulunduğu konsorsiyum tarafından satın alınmasından yola çıkılarak spor kulüplerinin devirlerinde ne gibi rekabet uygulamalarının olduğu, işlemlerin bildirim tabi olup olmadığı, nasıl bir prosedür öngörüldüğü ve ilgili diğer detaylar anlatılacaktır. Son olarak ülkemizdeki gelişmeler iki ana başlıkta ele alınacaktır. İlk başlıkta; henüz yeni yeni rastlamaya başladığımız spor kulüplerinin bir başka teşebbüs tarafından satın alınması durumunda rekabeti kısıtlayıcı unsurların oluşma ihtimalleri, dernek statüsü de bulunan birçok spor kulübünün olası bir devir halinde teşebbüsün ciro ve toplam malvarlığı hesaplanmasındaki ölçütler farklı açılardan ele alınacaktır. Sonrasında; Beşiktaş, Galatasaray, Fenerbahçe ve Trabzonspor'un Mart 2021'de Bankalar Birliği ile imzalamış olduğu Finansal Yeniden Yapılandırma Sözleşmesi'nin bir rakipler arası anlaşma niteliğinde olup olmadığı ve söz konusu anlaşmanın Süper Lig'de yer alan diğer takımlar açısından ayrımcı bir uygulama oluşturma potansiyeli incelenecektir.</p>
--	--

¹⁰² 13.01.22 tarih ve 22-03/48-19 sayılı Karar, 04.07.22 tarih ve 22-30/494-198 sayılı Karar ve 29.09.22 tarih ve 22-44/652-281 sayılı Karar

52.	Spor Endüstrisindeki Teşebbüslerin Faaliyetleri: Muafiyet mi İhlal mi?	<p>Geçtiğimiz sene içerisinde spor medyasını uzun bir süre meşgul eden Avrupa Süper Ligi (“ASL”), kuruluşu itibariyle Uluslararası Futbol Birliği Federasyonu (“FIFA”) ve Avrupa Futbol Federasyonları Birliği’nin (“UEFA”) yoğun tepkisine neden oldu ve katılmayı planlayan takımları için idari yaptırımların söz konusu olacağını belirtti. ASL Şirketinin uyuşmazlığı Avrupa Adalet Divanı’na taşınması üzerine ise 15 hakim C-333/21 numaralı dosya için görevlendirildi. ASL Şirketi başvurusu kapsamında üzerinde ön karar verilmesini talep ettiği konularda FIFA ve UEFA’nın hakim durumlarını kötüye kullandıklarını iddia etti. Başvuruda, Avrupa Birliği’nin İşleyişine İlişkin Antlaşma’nın (“ABİİA”) 102. maddesi kapsamında hakim durumun kötüye kullanıldığı ve FIFA ile UEFA teşebbüslerinin futbol organizasyonu niteliğiyle kurulması muhtemel herhangi bir teşebbüsü ön şart olarak onaya bağlamasını yine ABİİA’nın 101. maddesine aykırı olduğunu belirtti. FIFA Statü’sünün 67 ve 68. maddelerine konu olan üyelerin denetimi rekabet hukuku bağlamında markete ilişkin düzenlemelerin teşebbüs tarafından gerçekleştirildiği anlamına mı gelmektedir? Söz konusu uyuşmazlık ele alındığında her ne kadar 12 takımın katılımı ile başlayan ASL Şirketi’nin an itibariyle 3 takımı barındırdığı gözükse dahi, davacı teşebbüs FIFA ve UEFA gibi teşebbüslerin spor endüstrisindeki konumlarını sorgulatacak ve piyasadaki hâkim durumlarını kötüye kullanıp kullanmadıklarının teyit edilmesini sağlayacaktır. Davalı teşebbüsler ile konuya ilişkin savunmalarının özetinde spor bütünlüğünü savunarak yeni bir girişimin bu bütünlüğe zarar vereceğini belirtmiştir.</p> <p>Spor faaliyetleri bakımından yönetim organı niteliğini taşıyan teşebbüsün, ön yetkilendirme sistemi dahilinde üçüncü tarafların piyasa içindeki girişimlerine onay verebilmesi Uluslararası Paten Birliği hakkında Avrupa Birliği Genel Mahkemesi tarafından 16 Aralık 2020 tarihinde verilen kararınca netleşti. Söz konusu karar uluslararası futbol yönetim organları kapsamında ele alındığında FIFA ve UEFA’nın hakim durumlarını kötüye kullanmadığı mı kabul edilmeli yoksa ABİİA’ nın 101 ve 102. maddelerinin ihlal edildiği iddiası doğrulanmalı mıdır? Ülkemizde özerk bir yapıya sahip Türkiye Futbol Federasyonu’nun (“TFF”) benzer girişimde bulunabilecek topluluklar bakımından yetkilerinin sınırına yönelik an itibariyle herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. TFF Statüsü’ nün 77. maddesinde ise uluslararası müsabaka ve turnuvalar için yetkinin FIFA ve UEFA’ya ait olduğu kabul edilmiştir. Rekabet Kurumu’nun olası bir uyuşmazlık dahilinde görüşü, piyasada hakim durumun kötüye kullanılmasının önlenmesi veya aksi bir şekilde spor endüstrisinin özel konumu dolayısıyla onayı söz konusu olabilir. Piyasa hacmi gelirler ve dağılımı bakımından yüksek olan spor endüstrisinde bahsi geçen uyuşmazlıkların rekabet ihlallerine konu olabilecekleri aşikardır.</p>
-----	--	--

		<p>Öte yandan ASL Şirketi tarafından yürütülen girişim ve topluluğa katılan teşebbüsler ele alındığında ise söz konusu organının kendisinin de bir bakımdan rekabet ihlallerine ve kartelleşmeye yol açtığı yorumu belirtilebilir. Bütçeleri ve faaliyet gösterdikleri spor liglerindeki gelirleri yüksek olan 12 takımın oluşturduğu bu teşebbüsün de oluşum dışı kalan takımlar bakımından rekabet ihlallerine yol açtığı vurgulanmalıdır. Bunun sebebi ise tek teşebbüs dahilinde takımların oluşum dışında kalan takımların reklam, sponsorluk gelirleri ve yayın haklarının satışından elde edilen gelirler gibi kalemlerde ayrımcılığa uğrayacak olmasıdır. Bu çalışma ise serüveni yukarıda özetlenen gelişmelerin ışığında her iki yönüyle de rekabet hukukuna konu olan hem ASL Şirketinin oluşum yapısının kartel niteliği üzerinde hem de FIFA ve UEFA'nın hakim spor endüstrisindeki hakim durumlarını kötüye kullanmalarını incelemeyi hedeflemektedir.</p>
53.	Dijital Marketlerde Rekabet Hukuku Düzenlemeleri: Geleceğin Efendisi Platform Hukuku	<p>Dijitalleşmenin global boyutta seyrettiği günümüz piyasasında rekabet hukuku bakımından oluşabilecek sorunlar göz önünde bulundurularak 4054 sayılı kanunda düzenlemelerin gerçekleştirilmesi hedeflenmektedir. Bu doğrultuda dijital market piyasasında sağlanan çevrim içi hizmetler, yayım hizmetleri ve her türlü bilişim hizmeti rekabet hukukunun konusu olabilecek önemli market gücüne ("ÖMG") sahip teşebbüslerin faaliyetlerini barındırmaktadır. Rekabet Kurumu tarafından kullanıcı sayısının gün geçtikçe çoğaldığı söz konusu sektörde 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da ("Rekabet Kanunu") Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak Kanun'da ("Taslak Kanun") bir teşebbüsün ÖMG niteliğine sahip olup olmadığı konusunda bazı kriterler belirlenmiş ve bu teşebbüsler için yükümlülükler getirilmiştir. Avrupa Birliği mevzuatına uyum süreci kapsamında dijital market piyasaları hakkında tespitler, tanımlar ve idari yaptırımlar içeren bu Taslak Kanun Dijital Piyasalar Yasası ("DMA") ile benzer nitelikler taşımaktadır.</p> <p>Taslak Kanun'da tanımlanan temel platform hizmetleri, tüketicilerin gündelik yaşamlarında sürekli olarak kullandıkları ve abone olarak yararlandıkları hizmetler olup bu boyutuyla da düzenlemenin hedef kitlesinin fazlasıyla geniş olduğu anlaşılmaktadır. Ek olarak Taslak Kanun'da belirlenen ÖMG'ye sahip teşebbüslere yönelik kriterler ve başvuru süreci ve sonrasındaki yükümlülükler dijital market piyasalarında teşebbüsler arası rekabetin düzenlenmesi açısından sağlıklı bir ortam yaratacak ancak teşebbüslere yükümlülüklerin ihlali dolayısıyla uygulanması planlanan idari yaptırımların ekonomik boyutu eleştirilere açık olacaktır. Gerçekleştirilmesi hedeflenen değişiklik dahilinde teşebbüslerin ÖMG'ye sahip olup olmadıklarının ispatı teşebbüsün kendisine ait olacakken buna ilişkin tespitin geçerlilik süresi ise 3 yıl olarak belirlenmiştir.</p>

		<p>Taslak Kanun'da ÖMG'ye sahip teşebbüsleri hedef alan yükümlükler doğrultusunda tüketicilerin dâhi direkt olarak gözlemleyebileceği teşebbüslere ait sorumluluklar meydana gelmiştir. Bu kapsamda yükümlülüklerden birisi olan ÖMG sahibi dijital platform teşebbüsünün kendi mal veya hizmetleri ve ticari kullanıcılarının mal veya hizmetleri arasında sıralama, tarama veya dizinleme gibi koşullarda ayrımcılık yapması yasaklanmıştır. Bu durumun elektronik ticarete getirilen yeni düzenlemelerle etkileşimi özellikle non bis in idem ve görev açısından incelenecektir.</p> <p>Örneğin Netflix'e herhangi bir içeriği izlemek için erişim sağladığınızda Netflix yapımı hizmetlerin öne çıktığı ve diğer yapımları tüketicinin erişimine negatif ayrımcılık dahilinde sunulduğu bir durum Taslak Kanun kapsamında yükümlülük ihlali olarak nitelendirilebilecektir. Rekabetin etkinliğinin açık ve şeffaf hale gelmesini kullanıcılar bakımından daha elverişli kılan bu yükümlülüklerin ihlali durumunda ise çeşitli idari yaptırımlar öngörülmüştür. ÖMG'ye sahip teşebbüslerin belirtilen yükümlülüklere uymaması dahilinde yıllık brüt gelirlerinin %20'si gibi yüksek bir yüzdeyle idari para cezası uygulanacağı belirtilmiştir. Taslak Kanun yükümlülükler bakımından caydırıcılığı ön plana çıkarmak adına idari para cezasının yanı sıra birleşme ve devralmaların yasaklanabileceği durumların da altını çizmiştir. Bu doğrultuda belirlenen yükümlülükleri beş yıl içinde iki kez ihlal eden ÖMG sahibi ilgili teşebbüsün birleşme ve devralmaları beş yıla kadar yasaklanabilecektir. İdari yaptırımların serbest piyasa ekonomisi ile ne kadar örtüştüğü sorgulanacak ve etkinliği tartışılacaktır. Bu çalışma altında dijital platformların rekabet hukuku bağlamında da ayrı bir başlık altında ele alınmasının ticari entiteleri ve faaliyetleri bakımından diğer şirketlerden ayrıldığı noktalar ele alınacaktır. Öte yandan ilerleyen zamanda market hacmi daha da yükselecek olan dijital platformlar bakımından "Platform Hukuku" temalı düzenlemelerin öne çıkışı baş göstermektedir.</p> <p>İlgili düzenlemeler ayrıca kıta Avrupası hukukundaki güncel gelişmelerle ve özellikle Microsoft davasında belirtilen kriterlerle kıyaslanarak düzenlemelerin gerekliliği ve overregulation açısından düzenlemelerin yol açabileceği olası zararlar incelenecektir.</p>
54.	Güncel Kurul Kararları Işığında Spor Endüstrisi ve Rekabet: Yayın Hakları Sözleşmesi Rekabet Hukuku İhlali Doğurur mu?	<p>Artan ilgi ve organizasyonlarla spor endüstrisi yıllar içerisinde tüm dünyada büyük bir ticari hacme sahip olurken medya teknolojilerindeki gelişmeler spor müsabakalarının izleyicilere ulaşmasını kolaylaştırmıştır. Sporun ticarileşmesi ve müsabakaların medya araçları ile yayınlanması yayın haklarının ihale edilmesine sebep olmuş; gelişen pazar, yayıncı kuruluşlar bakımından potansiyel reklam verenler ve abonelere ulaşma fırsatı sağlamıştır. Öte yandan, artan ticari faaliyetler tüm dünyada rekabet endişeleri doğurmuş; endüstrinin aktörleri de kendilerini mahkemeler, Avrupa Komisyonu ve ulusal rekabet otoritelerinin radarında bulmuşlardır.</p>

		<p>Küresel ölçekte Avrupa Komisyonu'nun ve ulusal rekabet otoritelerinin spor endüstrisi aktörlerinden federasyonlar, kulüpler ve bu sektörde mal ve hizmet sunumu yapan diğer teşebbüslere yönelik almış olduğu kararlar arasında en sık gündeme gelen soruşturma konularından biri yayın hakkı sözleşmeleridir. Nitekim, Avrupa Komisyonu yayın hakları sözleşmelerini rekabet hukuku perspektifinden birçok dosyada incelemiş, benzer şekilde Türkiye'de Rekabet Kurumu ("Kurum") da bu yaklaşımı benimseyerek aynı pazarda birçok detaylı inceleme gerçekleştirmiştir. 2022 yılında Türkiye Futbol Federasyonu ile Krea İçerik Hizmetleri ve Prodüksiyon A.Ş. arasında imzalanmış olan "Yayın Hakları Sözleşmesi"ne tanınan bireysel muafiyetin uzatılmasına ilişkin kararlar dikkat çekicidir. Katar'da düzenlenen 2022 FIFA Dünya Kupası, tüm dikkatleri futbola çekerken önümüzdeki günlerde yayın haklarına ilişkin yeni bir inceleme daha başlatılıp başlatılmayacağı ise merak konusudur.</p>
55.	Veri Temelli Ekonomi Perspektifinden Güncel Değişikliklerin AB ve Türk Rekabet Hukukuna Olası Etkileri	<p>Günümüzde teknoloji teşebbüslerine rekabet hukukunun yerleşik uygulamasıyla yeterince ve efektif olarak etki edilip edilemediği ve ne gibi değişiklikler yapılması gerektiği tartışmaları devam etmektedir.</p> <p>Sunumda dijital ekonomiye ilişkin genel bir giriş yapılarak öncelikle veri temelli ekonomi ve dinamiklerinin diğer teşebbüslerden farklılıkları karşılaştırmalı olarak anlatılacaktır.</p> <p>Giriş bölümünden sonra veri temelli ekonomi kaynaklı rekabet sorunlarından bahsedilecek, ardından ise Avrupa Birliği'ndeki <i>Digital Markets Act</i> ("DMA"), Amerika Birleşik Devletleri'ndeki <i>Platform Competition and Opportunity Act</i> ("PCOA") ve ülkemizdeki değişiklikler başta olmak üzere güncelde gerçekleşen ve gerçekleştirilmesi tartışılan değişiklikler anlatılacaktır.</p> <p>Kapanış kısmında ise önceki bölümlerde anlatılanlar birbiriyle bağdaştırılarak söz konusu gerçekleşmiş ve gerçekleşmesi muhtemel değişikliklerin Avrupa Birliği ve Türk Rekabet Hukukuna olası etkileri tartışılacaktır.</p>
56.	Self-Preferencing and European Competition Law	<p>Since its popularization in early 2010's, the self-preferencing is central to all discussion about competition law and policy, especially regarding digital markets. The object of this study is to understand the concept of self preferencing, its recent popularization, and its consequences on European competition law and policy.</p> <p>Broadly defined, the concept of self-preferencing refers to a situation in which an integrated undertaking leverages its</p>

position in a given market to favor its activities in adjacent markets. In its essence, this definition corresponds to a large variety of strategies that are traditionally implemented by rational operators -or “firms”- looking to maximize their profits. In this sense, the concept of self-preferencing does not refer to a limited number of strategies that are intrinsically abnormal or anticompetitive, but to a huge variety of behaviors that have very little in common and which generally are a reflection of a normal and healthy competition.

Under the traditional case law, a big part of strategies of self-preferencing are considered as a reflection of the competition by the merits, and their pro-competitive effects are recognized. Some specific strategies are prohibited under several labels of abuse strictly defined by the case law, such as refusal to deal or tying.

While the concept of self-preferencing had no utility in the traditional competition law, it became relevant in the context of the digital economy : in early 2010’s, stakeholders started to become worried of various self-preferencing strategies implemented by vertically integrated dominant digital platforms (such as Google or Amazon), as the effects of these strategies were increasingly harmful as a result of high levels of dominance and gatekeeping power that were intrinsic characteristics of relevant digital markets. Moreover, the competition law seemed unable to offer a solution. Especially, as the standards established by the relevant case law were tailored to the traditional economy, they were hard to satisfy in the context of digital markets even when it was necessary. In this context, the concept of self-preferencing became increasingly popular amongst stakeholders, who were pushing for a departure from the traditional case law.

For now, the impacts of this new movement on European case law seems fairly limited. Few decisions that were issued by the Commission and by the General Court depart modestly from the case law in order to offer some new possibilities to prohibit some problematic self-preferencing strategies. But, at the same time, they try to avoid creating a precedent or a new label of abuse, by doing a case-specific analysis, never using the term “self-preferencing”, and staying attached to general principles of European case law.

While waiting for the consequence of the pending cases before the European Commission, it is possible to argue that the European authorities seem to be trying to offer a transitory solution to the problem of self-preferencing without doing irreparable damage to the case law. The permanent solution seems like the DMA, which is outside the boundaries of competition law.

57.	Rekabet Hukukunda Yeni Bir Perspektif: Güncel Tedarik Zinciri Düzenlemelerinden Doğan Riskler ve Sürdürülebilir Rekabet Hukuku	<p>Sürdürülebilirlik dönüşümü, insanlığın, kaynakların daha rasyonel kullanımı hedefine yönelik olarak daha yaşanabilir bir dünya için attığı en somut adım olarak görülmektedir. AB'nin yeni bir sanayi dönüşümü modeli olarak kabul ettiği yeşil mutabakat ile, üye ülkelerde kapsamlı mevzuat değişikliklerine gidilmektedir. Bu çerçevede geleneksel hukuk dalları, sürdürülebilirliğin getireceği yeni ekonomi modeli ışığında yeniden tanımlanmakta ve yorumlanmaktadır. Sürdürülebilirlik dönüşümünden etkilenecek disiplinlerin başında rekabet hukuku gelmektedir.</p> <p>AB'nin sürdürülebilirlik hedeflerine ulaşmak amacıyla getirdiği yeni düzenlemelerden en günceli, şirketlerin tedarik ilişkilerine ilişkindir. Almanya'da 11 Haziran 2021 tarihinde kabul edilip, 1 Ocak 2023 tarihinde yürürlüğe girecek yasalaşan Alman Tedarik Zinciri Özen Yükümlülüğü Kanunu'nun hemen ardından Kurumsal Sürdürülebilirlik Denetimine İlişkin AB Direktif Taslağı (<i>Proposal on EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence</i>) Şubat 2022'de AB Komisyonu tarafından yayınlanmış ve 1 Aralık 2022'de Konsey tarafından kabul edilmiştir. Bu düzenlemeler uluslararası tedarik zincirinin bütünsel olarak dönüştürülmesi ve AB şirketlerinin tüm tedarik zinciri (doğrudan ve dolaylı) açısından sorumluluk üstlenmesi prensibine dayanmaktadır. Avrupalı şirketlere tedarik zinciri operasyonlarında insan hakları riskleri (zorla çalıştırma, çocuk işçiliği, adil olmaya ücret ve iş koşulları vb) ve çevresel riskleri bertaraf etmeleri yükümlüğü getiren bu yeni düzenlemeler ile, tüm değer zincirinde, çalışan haklarına saygılı ve çevre ile dost yeni bir sistem oluşturulması hedeflenmektedir. Düzenlemelerin ihlali halinde, satın alma yapan işletmelere ciro bazlı idari para cezaları öngörülmüştür. Yeni tedarik zinciri düzenlemeleri, müşteri konumundaki şirkete, sadece belirli standarttaki doğrudan ve dolaylı tedarikçilerden satın alma ve bu tedarikçileri denetleme yükümlülüğü getirdiği için, AB'deki birçok sektör büyük ek maliyetlere katlanmak zorunda kalacaktır. Bu durum da tedarik yapılarında ciddi değişikliklere yol açacaktır.</p> <p>Tebliğde, yeni tedarik zinciri düzenlemelerinin ticari sonuçları, yatay ve dikey anlaşmalar açısından değerlendirilecektir. Öncelikle yeni oluşacak satınalma ilişkilerinin rakipler arası ilişkilerde nasıl sonuçlar doğuracağı tartışılacaktır. Söz konusu tedarik zinciri düzenlemelerinin tedarik ilişkilerine ilk olası etkisi, rakip şirketlerin satın alma konusundaki işbirlikleri (ortak alım anlaşmaları) olacaktır. Böylelikle aynı sektördeki şirketler, düzenlemelerin getireceği maliyet yükünü azaltacaklar ve ortak tedarikçilerinin kanun kapsamındaki yükümlülükleri yerine getirip getirmediğini birlikte ve yeknesak kurullarla denetleyeceklerdir. Ancak bu yatay işbirliklerinin, bazı pazarlarda, özellikle yatay işbirliği içinde olan rakiplerin pazar paylarının belli büyüklüğün üzerinde olması halinde, rekabetçi endişe yaratması da beklenmektedir. Rekabet hukukunun sürdürülebilirlik hedeflerine ulaşılması amacıyla daha esnek</p>
-----	---	---

		<p>yorumlanmasının söz konusu olup olmayacağı ise tartışma konusudur.</p> <p>Yeni tedarik zinciri düzenlemeleri nedeniyle, özellikle rakiplerin aynı zamanda dikey ilişki içinde oldukları piyasalarda (otomotiv gibi), birbirleri ile maliyet, fiyat veya üretim standartları gibi rekabete duyarlı bilgi değişiminde bulunmaları kaçınılmaz olacaktır. Zira yeni kurallar, satın alan şirketlere doğrudan ve dolaylı tedarikçilerini belli kriterlere göre (çalışanlara verilen ücret, çalışma koşulları, üretimde standartlar vb) denetleme zorunluluğu getirmektedir.</p> <p>Son olarak yeni düzenlemeler nedeniyle tedarik zincirinde bazı katmanlarda yoğunlaşmalar ortaya çıkacağı ve/veya münhasır tedarik ilişkilerinin artacağı beklenmektedir. Zira kanunun getirdiği yükümlülük ve standartları yerine getiremeyen pek çok tedarikçi ile satınalma ilişkisi sona erdirilecek ve ticari ilişki, daha az riskli görülen az sayıda tedarikçiye kayacaktır. Bu durumda da, rekabetçi endişe yaratan belli ticari ilişkilere, tedarik zincirlerinde sürdürülebilirlik hedefleri göz önüne alınarak, daha hoşgörülü yaklaşılması söz konusu olabilecektir.</p>
58.	İşgücü Piyasasında Rekabet ve Kırmızı Çizgiler	<p>Nisan 2021'de Rekabet Kurumu tarafından işgücü piyasasına yönelik centilmenlik anlaşmaları nedeniyle Türkiye genelinde 32 teşebbüse yönelik açılan soruşturma bir anda ülkenin gündemine oturdu. Giyimden telekoma, yazılımdan perakendeye farklı birçok sektör paydaşını aynı sepette toplayan soruşturma ilgili pazar olarak bir nevi <i>sektörler üstü</i> olarak nitelendirilebilecek "işgücü alım pazar"ını esas aldığından bu yönüyle de Türkiye'de bir ilk oldu. Çalışan-işveren ilişkisinde duymaya alışık olduğumuz ve hukuki çerçevesi yasalarca açıkça belirlenmiş "rekabet etmeme yasağı" ve "çalışan ayartmama yasağı" normları rekabet hukuku sınırları içerisinde bambaşka bir görünümde karşımıza çıktı.</p> <p>Kimilerine göre kökeni 1700'lü yıllarda ünlü ekonomist John Law'un İngiltere'den Fransa'ya getirip istihdam ettiği nitelikli işçi gönderimine "dur" demek için İngiltere'nin işçilere yönelik yurtdışı yasağı getirmesine dayanan, kimilerine göre ise Silikon Vadisi oyuncularını rekabet otoritelerinin radarına sokan "no-poaching" uygulamaları görece yakın zamanlı olan Amerikan rekabet hukuku ilkelerine dayanmaktadır. Gerçekten de çalışan transfer etmeme, ücret sabitleme gibi işverenler arası farklı tipteki bu anlaşmalar 2000'ler sonrası artan bir ivmeyle başta ABD olmak üzere birçok rekabet otoritesinin kararına konu olmuştur.</p> <p>Her ne türde mal veya hizmet üretimi/dağıtımı olursa olsun ilgili pazarın çoğunlukla en önemli arz girdilerinden biri - emek diğer bir deyişle iş gücüdür. Dolayısıyla, işverenler bakımından gerek işgücüne ilişkin bilgilerin (ücret, yan haklar, çalışma koşulları vs.) gerekse de işgücünün bizatihi kendisi en önemli rekabet parametrelerinden olarak kabul</p>

		<p>edilmektedir. Bu hususta rakipler arası rekabete duyarlı herhangi bir bilgi paylaşımı ya da kısıtlayıcı anlaşma esasen stratejik belirsizliği ortadan kaldıracak ve çalışanlar bakımından ise işverene karşı pazarlık gücünü azaltacaktır. Bu durumun doğal sonucu olarak doğru orantıda ilerleyen mobilite ve inovasyonda düşüş yaşanması ise kaçınılmazdır. Sunumda, getirilen bu tarz kısıtlamaların işgücü hareketliği ve verimliliğine yönelik etkileri ve pazar yapısının nasıl monopson bir yapıya bürünebileceğine ilişkin örnekler vererek anlatılması hedeflenmektedir.</p> <p>Diğer cevabı aranacak bir soru ise rekabet kurumlarının işgücü piyasasını denetleme yetkisi olup olmadığı ve varsa bunu ne ölçüde bunu uygulayabileceği hususudur. Sonrasında, <i>per se</i> ihlal değerlendirmesi ve amaç/etki analizi ekseninde Türk Rekabet Kurulunun ("Kurul") kararları (<i>Dizi Yapımcıları Kararı, BFIT Kararı, Konteyner Şöförleri Kararı, Özel Okullar Birliği Kararı, Hastaneler Kararı</i>) incelenecektir. Bir diğer araştırılacak önemli husus ile işgücü piyasasında yürütülen soruşturmalarda ispat standartıdır. Bu kapsamda Kurul kararları, ABD (Lucasfilm-Pixar Kararı, eBay-Intuit Kararı, Knorr-Bremse Kararı, Davita Inc. & Kent Thiry kararı) ve Avrupa Birliği ülkelerinin rekabet otoritelerine konu olmuş kararlarla (Manken Ajansları Kararı, Yer Kaplamaları Kararı vs.) karşılaştırmalı olarak incelenecektir. Bu çerçevede, Kurul'un konuya ilişkin yayınlanmış olduğu son gerekçeli karar Hastaneler Kararında ihlale ilişkin kartel değerlendirilmesi ve para cezası uygulaması da yine önceki Kurul kararlarıyla birlikte irdelenecektir.</p> <p>Son olarak, rekabet hukukunun merceğine giren işgücü pazarı soruşturmalarının şirketler üzerinde etkilerine değinilecektir. Buna göre, üretilen mal veya hizmete bakılmaksızın işverenler arası çalışanlara yönelik yapılan doğrudan veya dolaylı şekilde rekabeti engelleyecek mahiyette işçi ücret ve sosyal hakları sabitleme/baskılama veya işe alım dahil istihdam koşullarını belirleme ya da işçi transferinin engellenmesi amacıyla anlaşmaların rekabet hukuku bakımından sakınca yaratabileceğini söylemek mümkündür. Benzer şekilde, C-level yöneticiler ve satış departmanlarının yanı sıra insan kaynakları bölümünün de rekabet hukuku farkındalık eğitimlerinin vazgeçilmez bir parçası olması gerektiği söylenebilir.</p>
59.	Bankalararası Kart Merkezi Soruşturmasından Günümüze Ödeme Sistemleri	<p>Rekabet Kurumu'nun TABGİS'in başvurusu üzerine Bankalararası Kart Merkezi(BKM) hakkında Aralık 2003 tarihinde başlattığı soruşturma Türk rekabet hukuku uygulamasında birçok açıdan ilkleri barındırmaktadır:</p> <ol style="list-style-type: none">1. Bu soruşturma Rekabet Kurumu'nun ödeme hizmetleri ve dolayısıyla bankacılık sektörü hakkında yürüttüğü ilk soruşturmadır.2. Bu soruşturma sonucunda Rekabet Kurumu ceza vermektense çok, BKM'nin işleyişini analiz ederek, çok taraflı

takas sisteminde regülasyon yapmayı tercih etmiştir.

3. Söz konusu Soruşturma sürecinde bankaların kendi aralarında kurmuş oldukları Bankalararası Kart Merkezi ve takas sistemi, fiyatlandırma sistemleri detaylı bir biçimde analiz edilmiş ve sonuç olarak davranışsal bir yaklaşımla BKM'nin takas formülüne müdahale edilmiştir.

Söz konusu soruşturma yukarıda belirttiğim tespitlerle birlikte, Temmuz 2005'te sonuçlanmıştır. Gerekçeli kararda öne çıkan bir nokta da, ödeme sistemlerinin kartlı ödeme sistemleri olarak algılanmış olmasıdır. Ancak kabul etmek gerekir ki, Soruşturmanın üzerinden 17 sene geçmiştir ve ödeme sistemlerinin yapısı da Türkiye'de ve dünyada kapsamlı değişimlerden geçmiştir. Her şeyden önce, ödeme sistemleri kavramı artık sadece kartlı ödeme sistemlerinden ibaret değildir. Yeni nesil ödeme hizmetleri olarak tanımlanan bu sisteme, mobil cüzdanlar, kişiden kişiye mobil ödeme sistemleri, kapsamı genişleyen para transfer hizmetleri, gerçek zamanlı ödemeler, kart verisi saklama hizmeti, ödeme emri başlatma ve hesap bilgisi sağlama gibi hizmetler de ilave edilmiştir. Dolayısıyla son yıllarda, elektronik ödeme hizmetlerinden, açık bankacılıktan, finteklerden ve son olarak tekfinlerden bahsedilir olmuştur. Piyasada artık sadece bankaların kredi kartı ve banka kartlarından ibaret sığ bir rekabet ortamından bahsetmek mümkün değildir. Ödeme sistemleri rekabetine yerleşik bankaların yanı sıra, finansal teknoloji şirketleri (fintekler), Telekom operatörleri, tekfin olarak adlandırabileceğimiz büyük teknoloji şirketleri de dâhil olmuştur. Elbette, bu kapsamlı değişimin sakin sükûn bir şekilde gerçekleştiğini iddia etmek mümkün değildir. Piyasaya yeni teknoloji şirketleri ve yeni oyuncuların katılmasıyla, rekabetin şekli ve oyunun kuralları da değişmiştir.

Finteklerin piyasaya giriş çabaları, onların yerleşik finans sistemine entegrasyonda karşılaştığı sorunlar, Telekom operatörlerinin ve büyük teknoloji platformlarının sahip oldukları geniş müşteri ağından bu alanda da faydalanmak istemeleri oyunu daha da karmaşık hale getirmiştir. Tüm bu değişim, hem sektörel düzenlemeler açısından hem de rekabet kuralları açısından birçok düzenlemenin yapılmasını gerekli kılmıştır. Bu alanda, Avrupa Birliği'ndeki Ödeme Hizmetleri Direktifi I ve II'den, İngiltere'de Açık Bankacılık düzenlemelerinden, Türkiye'de ise, 6493 ve 7192 sayılı Kanunlar ve bunlara bağlı çıkarılan ikincil düzenlemelerden bahsedebiliriz. Bu noktada değinebileceğimiz, alanımızla ilgili en kapsamlı düzenleme RK tarafından çıkarılan "Ödeme Hizmetlerindeki Finansal Teknolojilere Yönelik İnceleme Raporu"dur. Düzenlemeler bu yönde ilerlerken, Rekabet Kurumları da Avrupa Birliği'nde, ABD'de, Türkiye'de ya da dünyanın diğer coğrafyalarında birçok karara konu olmuştur. Dolayısıyla, önümüzde kuralları ve yapısı itibarıyla yeniden değerlendirilmeyi bekleyen yeni bir ödeme sistemleri dünyası bulunmaktadır. Söz konusu çalışmamızla, RK'nın bankacılık sektöründeki ilk kararından bu yana ödeme hizmetleri pazarında yaşanan değişim rekabet hukuku

		açısından değerlendirilmeye çalışılacak ve geleceğe ilişkin öngörülerde bulunulacaktır.
60.	Çevrim İçi Platformların Yan Hizmetlerine Yönelik Müdahalelere İlişkin Rekabet Hukuku ve Regülasyon Perspektifinden Bir Değerlendirme	<p>Son yıllarda çevrim içi platform hizmetlerinde ortaya çıkan hızlı büyüme ve kısa süre içerisinde yaşanan dönüşüm, birtakım rekabetçi endişeleri beraberinde getirmiştir. Ortaya çıkan rekabetçi endişeler hem mevzuat çalışmalarına hem de rekabet otoriteleri tarafından yürütülen süreçlere konu edilmektedir. Söz konusu rekabetçi endişelere sebep olan faaliyetlerin belirli bir bölümünün çevrim içi platformlar tarafından sunulan yan hizmetlerden kaynaklandığı görülmektedir. Platformlar tarafından sunulmakta olan temel hizmetlerin dışında ancak bu hizmetlerle ilişkili olarak sunulan ödeme, kargo/lojistik, reklamcılık gibi hizmetler başlıca yan hizmetler olarak sıralanabilecektir. E-pazaryerleri tarafından kargo/lojistik ve ödeme sistemleri gibi ilişkili pazarlara girilmesi halinde, hem satıcılar hem de bu pazarlarda halihazırda faaliyet göstermekte olan teşebbüsler bakımından rekabetçi endişelerin ortaya çıkabileceği değerlendirilmektedir.¹⁰³</p> <p>Avrupa Komisyonu ("Komisyon") tarafından Amazon hakkında yürütülmekte olan soruşturma kapsamında yan hizmet niteliğinde olan taşımacılık hizmetlerine ilişkin rekabetçi endişelerin de değerlendirildiği ve Amazon tarafından sunulan taahhütlerin içerisinde bu endişenin de giderilmesinin hedeflendiği görülmektedir. Rekabet hukukuna ilişkin bir diğer değerlendirme ise Avrupa Adalet Divanı tarafından Google Shopping'e ilişkin olarak <i>gatekeeper</i> olarak tanımlanan bir teşebbüsün yan hizmetlerine haksız şekilde avantaj sağlamasının rekabet hukuku ihlali oluşturabileceğidir. Gerek Amazon hakkında yürütülen soruşturma gerek Adalet Divanı'nın değerlendirmesi, pazar gücüne sahip bir teşebbüs tarafından sunulan yan hizmetlere ilişkin rekabet otoritelerinin müdahale yetkisini ortaya koymaktadır. Mevzuat çalışmalarına örnek olarak ise Avrupa Birliği'nde ("AB") yürürlüğe giren Digital Markets Act ("DMA") kapsamında yan hizmetlere ilişkin yapılan düzenlemeler gösterilebilecektir.</p> <p>Türkiye'de de AB'ye benzer olarak yan hizmetlere ilişkin mevzuat çalışmalarının yürütüldüğü görülmektedir. İlk olarak, 7 Temmuz 2022 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile belirlenen eşikleri aşan e-ticaret aracı hizmet sağlayıcılarına, kendileri tarafından sunulan kargo gibi hizmetler dahil olmak üzere herhangi bir kişiden mal veya hizmet teminine zorlanmasının ve mevcut pazar güçlerini finansal hizmetlere, kargo ve lojistik hizmetlerine taşımalarının önlenmesine</p>

¹⁰³ Rekabet Kurumu (2022), E - Pazaryeri Sektör İncelemesi Nihai Raporu, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/sektor-raporlari/e-pazaryeri-si-raporu-pdf-20220425105139595-pdf> Erişim tarihi: 10.12.2022.

		<p>ilişkin yükümlülükler getirilmiştir.</p> <p>Rekabet Kurumu (“Kurum”) tarafından yayımlanan E-Pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Nihai Raporu’nda (“Rapor”) da yan hizmetlere ilişkin rekabetçi endişelerin giderilmesini adına mevzuat çalışması yapılması gerekliliği değerlendirilmiştir. Çalışma kapsamında, temel platform hizmetleri ile yan hizmetlerin birlikte işlerliğinin sağlanması, platform içi rekabetin korunması ve güçlendirilmesine yönelik olarak kritik olan platform şeffaflığının tesisi için ticari kullanıcılara, temel ve yan hizmetlerin kapsamı, kalitesi ve performansı ile ücretlendirme esasları hakkında yeterli bilgi sağlanmasına yönelik yükümlülükler getirilmesi planlanmıştır.</p> <p>Bu hususta bir diğer gelişme ise 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da (“4054 sayılı Kanun”) değişiklik yapılmasına ilişkin olarak Kurum tarafından hazırlanan ve DMA ile benzerlikler taşıyan Taslak Kanun’dur. Taslak Kanun’un gerekçesinde, temel platform hizmetlerinin yanında yan hizmetlerin sunulması ve bu hizmetlerin kullanımının birbirine bağlanmasının, var olan pazar gücünün yan hizmetlere veya bu hizmetlerin sunulduğu pazarlara aktarılması riskinin bulunduğu ifade edilmiştir.</p> <p>Yan hizmetlere ilişkin müdahale yöntemlerinin ilgili pazarlarda rekabet üzerinde doğuracağı etkilerin tartışılması gerekmektedir. Güçlü konumda olmadıkları bir pazarda faaliyet gösteren çevrim içi platformların, inovasyon ve güvenlik gibi unsurlarda ilerlemeye katkıda bulunması, rekabeti teşvik etmesi gibi olumlu veya aksine pazar gücünün kullanılması ile rakiplerin pazar dışına itilmesi gibi olumsuz etkiler ortaya çıkabilecektir. Bu kapsamda hızlı bir dönüşüm geçirmekte olan çevrim içi pazarlarda öngörülen mevzuatsal yükümlülüklerin ve rekabet hukuku müdahalelerde denge noktasının bulunması kritiktir.</p>
61.	İşgücü Piyasalarındaki Rekabetçi Endişelerin Dikey Anlaşmalar (Hizmet ve Tedarik Anlaşmaları)	İşgücü piyasalarında emeğin alıcısı konumundaki işverenler, kendi aralarında çalışanların ücretlerini, çalışma koşullarını tespit etmeye yönelik ya da çalışan ayartmamaya yönelik anlaşmalar yapma ya da çalışanlara yönelik hassas bilgi paylaşma eğiliminde olabilmektedir. İşverenlerin bu tür iş birliklerinin yarattığı suni monopson yapı, rekabet otoriteleri tarafından çıktı kartellerinin tam simetriği olan alım karteli olduğu sınıflandırılır ¹⁰⁴ .

¹⁰⁴ Özel Hastaneler Kararı, para. 223; Rekabet Kurulu’nun 07.02.2019 tarihli, 19-06/64-27 sayılı kararı (“Bfit Kararı”); Avrupa Komisyon Başkan Yardımcısı Margrethe Vestager, 21.10.2021 tarihinde İtalyan Antitröst Derneği Yıllık Konferansı Konuşmasında şu ifadelere yer verir: “Bazı alım kartelleri rekabetin yanı sıra bireylerin üzerinde doğrudan etki doğurmaktadır. Özellikle teşebbüsler çalışanların maaşlarını/ücretlerini tespit etmek için anlaşmalarında veya çalışan ayartmama anlaşmaları ile dolaylı olarak maaşları baskıladıklarında bu durum ortaya çıkmaktadır.”; Ege Konteyner Kararı.

	Yönünden İncelenmesi	<p>Rekabet Kurulu'nun son dönem kararları dikkate alındığında, çalışan istihdam eden teşebbüslerin aynı ürünleri üretip üretmediklerine veya aynı hizmetleri sunmak için rekabet edip etmediklerine bakılmaksızın işgücü piyasasında rakip kabul edildiği görülür¹⁰⁵. Bir diğer önemli husus ise, Kurul'un işgücü piyasasına yönelik tesis ettiği kararlarda ya da yürütmekte olduğu soruşturmalarda ilgili pazar tanımı yapmadığı yönündeki yaklaşımıdır. İlgili pazar tanımının yapılmaması teşebbüsler arasındaki rekabetin sınırlarının tespit edilmesini zorlaştırır. Nitekim, üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde, farklı sektörlerde faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki bir hizmet sözleşmesinde yer alan çalışan ayartmama düzenlemesinin piyasadaki rekabeti sınırladığı gerekçesiyle, hatta en ağır ihlal tipi olan kartel iddiasıyla rekabet incelemesine tabi olabileceği Rekabet Kurulu'nun yürüttüğü güncel soruşturmalardan öngörülebilir. Bu durum; aynı ilgili ürün ve hizmet pazarında faaliyet gösteren rakip teşebbüsler arasında işgücü pazarının paylaşılmasına yönelik yapılan anlaşmaların yanı sıra, dikey ilişki içindeki teşebbüsler arasındaki çalışan istihdamına yönelik kısıtlamaların rekabet hukuku bakımından netliğe kavuşturulması kritik önem taşır.</p> <p>Yukarıda belirtilenler ışığında, dikey ilişkiler kapsamında çalışan istihdamına getirilen kısıtlamaların nasıl değerlendirilmesi gerektiği, yan sınırlama teşkil edip etmediği, kartel olarak nitelendirilmesinin kanunilik ilkesine aykırı olup olmadığı, duyulan rekabetçi endişelerin borçlar hukuku altında imkan tanınan rekabet yasağı karşısındaki konumu güncel gelişmeler ışığında ele alınacaktır.</p>
62.	Arama Bazlı Çevrim İçi Reklam Kısıtlama Anlaşmalarının Rekabet Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi	<p>Google, Yandex, Bing gibi çevrimiçi arama motorları kullanıcıların arattıkları anahtar kelimeler doğrultusunda değişken sonuçlar (organik ve inorganik) sunar. Bunlar; kullanıcıların arattığı anahtar kelimelere ilişkin sundukları organik sonuçların üst kısmında yer almak üzere ücretli reklam hizmetleri sağlayan inorganik sonuç(lar) da listelerler.¹⁰⁶ Böylece, kimi teşebbüsler faaliyet gösterdikleri pazar(lar)a ilişkin anahtar kelimelere ücretli reklam vererek kullanıcıların arama sorgularında daha ön planda gözükmeyi amaçlarlar. Kimi teşebbüsler ise pazarlama stratejisi olarak rakip teşebbüslerin marka isimlerine veya benzer isimlere reklam vererek rakip firmanın marka ismi aratılsa dahi arama sonuçlarında (inorganik sonuçlarda) kendi marka isimlerinin üst sırada görünmesini sağlarlar. Böylesine bir eşleme çatışmasından kaçınmak isteyen teşebbüsler ise arama bazlı çevrimiçi reklam kısıtlama anlaşmaları ("Reklam kısıtlama anlaşmaları") yaparak kendi markaları aratıldığında rakip teşebbüsün daha üst</p>

¹⁰⁵ ABD Adalet Bakanlığı Antitröst Bölümü ve Federal Ticaret Komisyonu Rehberi: "Antitrust Guidance for Human Resources Professionals", Ekim 2016, s.2, <https://www.justice.gov/atr/file/903511/download> (Son erişim tarihi:07.12.2022)

¹⁰⁶ What is paid search?, Google, available at https://ads.google.com/intl/en_id/home/resources/what-is-paid-search/; See also 1-800 Contacts, Inc., Docket No. 9372, Commission Opinion and Order Granting Motion for Partial Summary Decision (Feb. 1, 2017).

	<p>sonuçlarda gözükmesini önleme yoluna giderler.</p> <p>Reklam kısıtlama anlaşmaları hedeflememe yükümlülüğü içeren reklam vermeme anlaşmaları ve negatif eşleme anlaşmaları olarak sınıflandırılabilir. Reklam kısıtlama anlaşmaları rakip firmaların birbirlerine ait marka, ürün ve benzeri anahtar kelimeleri hedeflememe veya negatif eşleme yükümlülüğü doğuran arama motorları tarafından sunulan adwords uygulamalarına yönelik anlaşmalardır.¹⁰⁷ Reklam vermeme anlaşmaları rakip teşebbüslerin birbirlerine ait marka isimlerini veya ilgili anahtar kelimeleri eşleme listelerine eklememe (<i>hedeflememe yükümlülüğü</i>) şeklinde anlaşmanın taraflarına negatif bir edim (<i>non facere</i>) yükler.¹⁰⁸</p> <p>Reklam vermeme anlaşması yapan teşebbüsler söz konusu anlaşmalarla marka haklarının korunmasını amaçlar ve bu kısıtlamayı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun ("SMK") 7. maddesine dayandırır¹⁰⁹. Zira marka sahibi, marka hakkının ihlali halinde söz konusu ihlalin önlenmesini isteme hakkına sahiptir ve marka koruması internet üzerinden yapılan aramaları da kapsar. Bu itibarla, marka sahibinin ücretli reklam hizmetleri yoluyla gerçekleştirebilecek marka ihlallerine yönelik olarak ihlalin önlenmesini isteyebileceği ifade edilir. Bu kapsamda rakip teşebbüslerin, ister aktif olarak, isterse ilgili çevrimiçi arama motorunun algoritmasından kaynaklanan sebeplerle birbirlerinin markalarına reklam vermeleri, tüketiciler tarafından üçüncü kişi reklam veren ile marka sahibi arasında bağlantı olduğu algısını yaratarak, marka hakkı üzerinden haksız faydalanılmasının, marka itibarının zedelenmesi ve markanın ayırt ediciliğinin zarar görmesi gibi birtakım sonuçlara neden olduğu belirtilir.¹¹⁰</p> <p>Buna karşın söz konusu anlaşmaların 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ("4054 sayılı Kanun") 4. maddesini ihlal edip etmediği yönünde önemli tartışmalar süregelir. Konuya ilişkin halihazırda rekabet otoritelerince belirlenmiş yeknesak bir yaklaşım ya da yürürlükte olan bir mevzuat henüz mevcut değildir. Bu nedenle, SMK m.7 ve 4054 sayılı Kanun m.4'ün birlikte ne şekilde uygulama alanı bulacağı önemli bir tartışma konusu yaratır. İşbu oturumda, reklam kısıtlama anlaşmalarının etkileri, teşebbüslerin marka hakkının korunması menfaati ile pazardaki rekabetin sağlanması arasındaki orantılılık, SMK ile 4054 sayılı Kanun arasındaki çatışma Kurul'un Modanisa kararı, halihazırda konuya ilişkin yürütülen soruşturmalarıyla ve yabancı otoritelerin kararları ve yayınları ışığında</p>
--	--

¹⁰⁷ Rekabet Kurulu'nun 25.11.2021 tarihli ve 21-57/789-389 sayılı kararı, s.18.

¹⁰⁸ Rekabet Kurulu'nun 25.11.2021 tarihli ve 21-57/789-389 sayılı kararı, s.18-19.

¹⁰⁹ Bkz: s.3 C-1.

¹¹⁰ Yasaman, Z. (2020), s. 292.

		tartışmaya sunulacaktır.
63.	Hakim Durum, Önemli Pazar Gücüne Karşı; Yeni ile Eskinin Savaşı	<p>Dijitalleşme toplumsal hayatın her alanında kendini gösterir. Dijitalleşmenin giderek artması iş yapış modelleri, tüketici alışkanlıkları ve daha birçok konuyu şekillendirir. Dijitalleşmenin sebep olduğu değişimler, bazı platformları besleyip güçlendirse de bu değişikliklerden sınırlı sayıda platform değer elde etmiştir. Dolayısıyla, bu sürecin beraberinde getirdiği pazara ilk giren avantajı, yüksek maliyetler, ölçek ve kapsam ekonomileri, ağ etkileri, veri sahipliği gibi kavramlar bazı teşebbüslerin çok hızlı bir şekilde büyümesine yol açmıştır. Bununla beraber bu özellikler, ilgili teşebbüslerin pazarda sağlam ve kalıcı bir yer edinmesine sebep olarak dijital pazarları rekabetçi olmayan bir yapıya yakınlaştırmıştır. Rekabet endişeleri barındıran bu ortam, dijital pazarların kendine has yapısından dolayı, bu durum alışlagelmiş mevcut ve geleneksel rekabet hukuku terimleriyle çözümlenememiş ve rekabet otoriteleri ile yasa koyucuları yeni mevzuat çalışmalarına yönlendirmiştir. Avrupa'daki Dijital Pazarlar Yasası ("DMA"), Almanya'daki Rekabet Kanunu'nun 19-a maddesindeki değişiklik, Türkiye'deki E-Pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Nihai Raporu, Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkındaki Kanun'daki değişiklikler, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Değişikliklere İlişkin Kanun Taslağı ("Taslak Metin") bunlara örnek olarak gösterilebilir. Bu yeni düzenlemelerin ve mevzuat çalışmalarının ortak noktası, yeni bir rekabet hukuku kavramı yaratmalarıdır. Bu kavram; DMA'de geçit bekçisi (<i>gatekeeper</i>) olarak tanımlanırken, Kanun Taslağı ya da Alman Rekabet Kanun Değişikliğinde "<i>önemli pazar gücüne sahip teşebbüs</i>" (<i>paramount significance for competition across markets</i>) olarak ifade edilir.</p> <p>Taslak Metin'de önemli pazar gücüne sahip teşebbüs, "<i>Bir veya birden fazla temel platform hizmeti bakımından belirli bir ölçüde ve son kullanıcılara erişimde veya ticari kullanıcıların faaliyetleri üzerinde önemli etkiye sahip şekilde faaliyet yürüten ve bu etkiyi yerleşik ve kalıcı bir şekilde sürdürebilme gücüne sahip olan veya yerleşik ve kalıcı bir şekilde sürdürebilme gücüne erişebileceği öngörülebilir teşebbüsler</i>" şeklinde tanımlanır. Bu kavramın DMA'deki yansıması da geçit bekçisi kavramıdır. Geçit bekçileri ya da önemli pazar gücüne sahip teşebbüsler, diğer teşebbüslerden farklı yükümlülüklerle tabi olurlar. İlgili teşebbüslere, sahip olduğu güçten dolayı özel bir yükümlülük getirilmesi, bu teşebbüslerin hâkim durumdaki teşebbüslerle kıyaslamaya yol açabilir. Nitekim, dijital pazarlarda faaliyet gösteren ve hâkim durumda olan bir teşebbüsün önemli pazar gücüne sahip olduğu açıktır. Fakat aksinin her durumda geçerli olduğu söylenemeyebilir. Hâkim durum kavramı ile önemli pazar gücüne sahip teşebbüs kavramının birbiri yerine kullanılmaması ve karıştırılmaması önem arz eden bir konudur. Zira iki kavramın da birbirinden farklı sonuç ve yaptırımları doğabilir. Dolayısıyla, Taslak Metin kesinleşip yürürlüğe girmeden bu kavramların iyice oturtulması adına işbu oturumda geçit bekçisi, önemli pazar gücüne sahip teşebbüs kavramlarının getiriliş amacı üzerine konuşulacak,</p>

		<p>hâkim durumdaki teşebbüs kavramıyla karşılaştırılması yapılacak ve alternatif öneriler tartışmaya açılacaktır.</p>
64.	<p>Çevrimiçi Reklamcılıkta Rekabet Hukuku: Negatif Eşleşmenin Engellenmesine İlişkin Anlaşmalardan Kaynaklanan Rekabet Hukuku Sorunlarının Analizi</p>	<p>İnternet erişiminin yaygınlaşması, sosyal medya ve mobil cihazların kullanımının hayatın ayrılmaz parçası hâline gelmesiyle beraber dijital reklamcılığın önemi giderek artmıştır. Dijital reklamlar sayesinde, internette aranan içeriğe ulaşmanın kolaylaştırılması veya sosyal medyanın sağladığı iletişim gibi birçok hizmet tüketiciye görünürde ücretsiz olarak sunulmakta, ancak bu süreçte tüketicinin sonraki adımda tercihe dönüşebilecek ilgisi ve verisi platformlar ve reklam verenler arasında ticarete konu olmaktadır.</p> <p>Çevrimiçi reklamları en genel haliyle, arama bazlı ve arama bazlı olmayan reklamlar şeklinde gruplandırmak mümkündür. Bu kapsamda, arama bazlı reklamlar, kullanıcıların arama motorlarında belirli kelimelerle yaptıkları sorgular neticesinde karşısına çıkan sonuçlar arasında yer alan reklamlardır. Firmalar bu reklamlar ile arama listesinin üst sıralarında yer alarak görünürlüklerini arttırmayı hedeflemektedirler. Bu reklamlara her bir tıklanma bazında ödeme yapılmakta ve sorgu yapıldığında reklamın görünmesini sağlayacak kelimeler için tercihte bulunulabilmektedir. Kelime tercihleri, başka bir ifadeyle reklam verilen tarafından seçilen ya da dışarıda bırakılan kelimeler, sorgu ile reklamın ne ölçüde uyumlu olacağını ifade etmek üzere “eşleşme” olarak tanımlanmaktadır.</p> <p>Bahsedilen eşleşmenin etkinliğini artırmak ve reklam sahibi markaya yönlendirme yapılmasını sağlamak reklam verenlerin çevrimiçi reklamcılıktan beklediği fayda için elzemdir. Öte yandan aynı ilgili ürün pazarında birbiriyle rekabet içerisinde olup aynı arama motorlarını yahut reklam platformlarını kullanan firmaların çıkarları kaçınılmaz olarak çatışmaktadır. Bu kapsamda reklam veren firmalar sorgu kelimeleri konusunda reklam kısıtlama anlaşmaları yapabilmektedir. Böylelikle aynı alanda faaliyet gösteren firmaların belirli kelimeleri marka haklarına dayanarak korumaları ya da dışarıda tutmaları mümkün olabilmektedir.</p> <p>Öte yandan, tüketicinin kelime bazlı aramalarında rakiplerin markalarının görünmesini engelleyen anlaşmalar, tüketicinin karşılaştığı seçeneği azaltmakta ve rakip ürün bilgisine ulaşamaması sonucunu doğurabilmektedir. İlaveten, tüketicinin uygun fiyatlı ürünü arama ve beklentilerine en yakın ürünle eşleşen tanıtımı yakalama maliyeti, bu tarz rakipler arası anlaşmalar sebebiyle artabilmektedir.</p>

Bu tür reklam kısıtlama anlaşmalarının rekabet üzerindeki etkileri ise seçilen kelimelere ve yapılan anlaşmanın niteliğine göre değişkenlik gösterecektir. Rekabet Kurulu'nun *Modanisa/Sefamerve* kararında¹¹¹ eşleşme konusunda rakipler arasında yapılan bir sözleşmeye ilişkin bireysel muafiyet değerlendirmesi yapılmış ve Türk rekabet hukuku uygulaması bakımından değerlendirme ilkeleri ana hatlarıyla ortaya konmaya çalışılmıştır.

Negatif eşleşmenin engellenmesi yönündeki rakipler arası anlaşmaların hangi koşullar altında rekabet hukukunu ihlâl edeceği ve marka hakkının korunması ile menfaat dengesinin nasıl korunacağı hususu küresel düzeyde tartışılmaktadır. Konuyla ilgili önemli kararlardan olan Federal Ticaret Komisyonu'nun *1-800 Contacts* kararı birçok rekabet otoritesi tarafından atıf yapılan bir kaynak olmakla birlikte Temyiz Mahkemesi, kararı hem ispat standardı hem de marka hukuku ve dijital etik bağlamında kurulması beklenen menfaat dengesi çerçevesinde değerlendirip bozmuştur.

Avrupa Birliği'nde ise Avrupa Komisyonu'nun *Guess* kararı da dikey anlaşmalar yönünden konuyu marka ve rekabet hukuku çerçevesinde değerlendirmektedir.

Bu kapsamda bildirimizde, öncelikle çevrim içi reklamcılık ve arama bazlı reklamlar işleyişi hem reklam veren hem de platform yönüyle incelenecektir. Ardından kelime seçiminde firmalar arasında yapılabilecek reklam kısıtlama anlaşmaları ele alınacak ve konunun Türkiye'de ve yurt dışında rekabet otoritelerince nasıl ele alındığı incelenecektir. Bildiride ayrıca Sınai Mülkiyet Kanunu ile korunan marka hakkı ve 4054 sayılı Kanun'un örtüştüğü ve ayrı düştüğü noktalar gündeme getirilerek menfaat dengesinin nasıl sağlanabileceği ve konuya ilişkin rekabet hukuku analizinde belirlenebilecek değerlendirme kriterleri ortaya konacaktır.

¹¹¹ Kurul'un 25.11.2021 ve 21-57/789-389 sayılı kararı