

Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri 2014

- 1. Piyasa Ekonomilerinde Rekabet Otoritelerinin Aşırı Fiyatlandırmaya Müdahalesi: Tüpraş-Opet Kararı:** Aşırı fiyatlandırmanın rekabet hukuku müdahalesini gerektirip gerektirmediği, rekabet hukuku literatüründe tartışmalıdır. ABD antitröst hukuku gibi bazı hukuk sistemleri aşırı fiyatlandırmayı hukuka uygun görürken, Türk ve AB hukuklarında, aşırı fiyatlandırma rekabet hukukuna aykırı görülmektedir. Fakat hukuk ve ekonomi literatüründeki tartışmaların da etkisiyle ne Rekabet Kurumu ne de AB Komisyonu aşırı fiyata müdahalede isteklidir. Örneğin Rekabet Kurumunun uygulama pratiğinde, aşırı fiyat konusunda çok sayıda şikâyet olmasına rağmen, geçtiğimiz 17 yılda, yalnızca tek bir soruşturma sonucunda aşırı fiyatlandırmanın hukuka aykırı görülmüş, burada da ilgili teşebbüse cüzi bir para cezası verilmiştir. Bu uygulama pratiği karşısında, Rekabet Kurulu'nun yakın tarihte karara bağladığı Tüpraş-Opet dosyası büyük önem taşımaktadır. Rekabet Kurulu bu dosyada ilk defa özel bir şirketin aşırı fiyat yoluyla hâkim durumunu kötüye kullandığına hükmetmiş ve tarihindeki en yüksek para cezasını vermiştir. Üstelik bu yaptırım, EPDK'nın akaryakıt piyasasındaki fiyatlara müdahale etme yetkisine rağmen uygulanmıştır. Karar, sadece yaptırım politikası değil, aşırı fiyatlandırmanın yorumu açısından da özgün bazı özellikler taşımaktadır. Fiyata müdahalenin olumlu ve olumsuz yönleri tartışıldıktan sonra Rekabet Kurulunun bu uygulamaya olan yaklaşımı ele alınacak ve Tüpraş-Opet Kararının önemi irdelenecektir.
- 2. Yaptırım Politikasında Geri Dönüş mü? Ceza Yönetmeliği Taslağı:** Rekabet Kurumu, 5 senedir uygulamakta olduğu Ceza Yönetmeliği'ni yürürlükten kaldıracak olan yeni bir Yönetmelik Taslağı'nı tartışmaya açmıştır. Kurula göre Taslak'ın varlık nedeni, mevcut Yönetmeliğin uygulamadan kaynaklanan ihtiyaçlar doğrultusunda gözden geçirilmesi ihtiyacıdır ve Taslağın kısa sürede yürürlüğe girmesi beklenmektedir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un İhlali Halinde Verilecek İdari Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik Taslağı'na bakıldığında ise, Taslak mevcut Yönetmeliğin sistematiğini takip etmekle birlikte önemli değişiklikleri içermektedir. Örneğin Taslak; ihlale taraf olan teşebbüsün toplam cirosu yerine, ilgili piyasa cirosunu esas almakta ve temel para cezası için %30'luk bir üst sınır öngörmektedir. Para cezasının belirlenmesinde mevcut Yönetmeliğin dayandığı kartel ve diğer ihlaller ayırımından kısmen de olsa vazgeçilmiş ve Kurul'un takdir yetkisi genişlemiştir. Ağırlaştırıcı hallerde tekerrüre dair ayrıntılı düzenleme getirilmiş, "Caydırıcılık ve Ödeme güçlüğü" başlığı altında (AB hukukuna paralel) yeni bazı hükümler öngörülmüştür. Bu seminerin amacı, mevcut Yönetmeliğin ana esaslarını da ele almak suretiyle, bu Taslağın öngördüğü yenilikleri ve Taslağın teşebbüsler açısından sonuçlarını incelemektir. Bu çerçevede yeni düzenlemeler eleştirel bir yaklaşımla ele alındıktan sonra bazı ihlal kararları özelinde ne gibi sonuçlar yaratabileceği tartışma konusu yapılacaktır. Öneme binaen, olanaklar ölçüsünde konunun, Taslağın hazırlanmasında görev alan bir uzman, uygulamadan bir profesyonel (avukat/ekonomist) ile birlikte Panel kapsamında tartışılması hedeflenmektedir.
- 3. Rekabet Hukukunun İlaç Pazarlarındaki "Gecikme İçin Öde (Pay for Delay)" Aranjanlarına Uygulanması: FTC v. Actavis Sonrasında Nereye? İlaç sektöründeki geri**

ödeme anlaşmaları ("gecikme için öde" olarak da adlandırılır), patenti elinde bulunduran ilaç firmaları ile eşdeğer (jenerik) ilaç bakımından rakipleri olan şirketler arasında yapılan patent uzlaşma sözleşmeleridir. Söz konusu sözleşmeler patent hukuku ve rekabet hukuku ilkeleri arasında bir ihtilafın doğmasına neden olmuştur ve uzun süredir Amerika Birleşik Devletleri'nde mercek altındadırlar. Avrupa Birliği rekabet otoriteleri de son zamanlarda bu anlaşma arı irdellemektedir. Haziran 2013'te Avrupa Komisyonu Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 101. maddesinin ihlal edildiğini iddia ederek Danimarkalı beşerî ilaç firması Lundbeck ve diğerleri aleyhine, eşdeğer ilaçları pazar dışında tutmak için ödeme yapılmasından dolayı 146 milyon Avro ceza vermiştir. Avrupa Komisyonu'nun Lundbeck kararı ile aynı zamanlarda ABD Yüksek Mahkemesi, bu sözleşmelere ilişkin ilk üst derece mahkemesi kararı olan, FTC v. Actavis kararında, geri ödeme anlaşmalarının muhakeme kuralı kapsamında bir analiz gerektirdiğine hükmetmiştir. Bu kararına karşın, Actavis kararı alt derece mahkemeleri için idari bir kılavuz veya işlevsel bir test sunmaktan uzaktır. Diğer bir deyişle, kararın pratikteki etkisi bilinmemektedir. Bazı emsal kararlar ve basın açıklamaları, Avrupa mahkemeleri ve rekabet otoritelerinin de ABD Yüksek Mahkemesi'nin Actavis kararındaki yaklaşımına katıldığına işaret etmektedir. Her halükârda, söz konusu sözleşmelerin Avrupa ve Amerika'da kuşku ile karşılanmaya devam edeceği aşikardır.

4. Rekabet Hukuku Uygulamalarında Teşebbüslerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden ve Anayasa'dan Doğan Hakları ve Bu Hakların Uygulamaya Etkileri:

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) rekabet hukukuna uygulanabilir mi? Rekabet Kurulu bir idari otorite olsa da AİHS'i uygulamak durumunda mıdır? Bu sorulara olumlu yanıt verilebilmesi ve ayrıca Anayasa hükümlerinin idare makamları tarafından da uygulanma zorunluluğu, AİHS ve Anayasal hakların Rekabet Kurulunun incelemelerine doğrudan etki edebilecek nitelikte olduğunu göstermektedir. Bu çerçevede Kurulun incelemelerinde adil yargılanma hakkının gözetilmesi gereken noktalar, Kurulun bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerinin "kendini suçlayıcı beyanda bulunmama hakkı" ve "konut dokunulmazlığı" ilkeleri bakımından AİHS ve Anayasa çerçevesinde değerlendirilmesi sunumun temel noktaları olacaktır.

5. Telekomünikasyon Sektöründe Rekabet Kurulu'nun Yetkisi: Danıştay Kararları Sonrasında Yeni Durum:

2013 yılında özellikle telekomünikasyon sektöründe Rekabet Kurulunun yeniden değerlendirdiği kararlara şahit olduk. Yeniden değerlendirilen kararlara 2014'te belki sonrasında da şahit olmaya devam edecekmişiz gibi görünüyor. Bu kararlar Danıştay 13. Dairesi'nin 2012 yılında aldığı üç karardan kaynaklanıyordu: Borusan Telekom, Telkoder ve Kule A.Ş. Anılan Kurul kararların yeniden ele alınmasından daha önemli olan Danıştay 13. Dairesi'nin kullandığı gerekçelerdi. Özellikle Borusan Telekom ve Telkoder kararlarında Mahkeme, neredeyse birbirinin aynısı ifadelerle, RKHK ile Elektronik Haberleşme Kanunu'nun sınırlarını çizmekle kalmayıp Rekabet Kurulu ile Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu arasındaki "yetki sorunu"na da el attı. Ancak, bu sınırların ne şekilde çizildiği var olan yetki tartışmasını daha değişik bir boyuta taşıyacaktı gibi görünüyor. Mahkeme, BTK tarafından sektöre) düzenleme yapılmış olması durumunda dahi Rekabet Kurulu'nun kendisine ulaşan şikayetleri esastan incelemesi gerektiğini belirtip kurumlar arası iş birliğinin de güçlendirilmesini öneriyor. Rekabet Kurulunun bu kararlara kadar olan süreçte sektöre! düzenleme olması durumunda müdahaleden kaçındığı ve BTK ile olan iş birliğinin

sınırlarını imzalanan bir protokol ile çözmeye çalıştığı düşünüldüğünde, kararların İDDK tarafından da onaylanması durumunda, telekomünikasyon sektöründe yeni bir düzenleyici çerçeve ile karşı karşıya olacağız. Sunumda, "yeni durum"un kaynaklık eden kararlar, bu kararların sonuçları ve kararlara ilişkin değerlendirmelere yer verilecektir.

- 6. Rekabet Kurumu Perspektifinden Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Değişiklikler:** 1994 yılında yürürlüğe giren ve 20 yıllık süreç içerisinde muhtelif defalar değiştirilen Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un yeniden değiştirilmesi gündemdedir. Fakat bu değişiklik, önceki değişikliklerden farklı olarak, belirli sorun ya da hükümlere ilişkin olmayıp, Kanun'un geneline dair esasa ve usule ilişkin önemli bazı değişiklikler öngörmektedir. Yasama sürecinde olan Kanun Tasarısı Taslağı 37 maddeden oluşmaktadır ve RKKH'nun 30'dan fazla maddesinde (sayısal olarak %50'den fazlasında) değişiklik getirmektedir. Bu değişikliklerin bir kısmı mevzuat AB hukukundaki mevzuat değişikliklerinin hukukumuza aktarılmasından ibaret olmakla birlikte, önemli bir kısmı uygulamadaki ihtiyaçları karşılamaya yöneliktir. Yeni Tasarı Taslağı, Kanun'un sistematığına ilişkin bazı değişiklikler öngörmüş (muafiyet, yoğunlaşmaların denetimi), Kurum'un inceleme usulüne ilişkin önemli yenilikler getirmiş ve Kurum teşkilatına dair çok sayıda yeni hüküm benimsemiştir. Bunların da ötesinde "de mini mis", "rekabet savunuculuğu", uzlaşma" ve "taahhüt" gibi kurumları açıkça yasal düzenlemeye kavuşturmuş, yoğunlaşmaların denetimindeki hukuka aykırılık testi değiştirilmiştir. Seminer dersinin amacı, Kanun Tasarısı Taslağı'nın öngördüğü düzenlemelerin ana hatlarının anlatılmasıdır. Bilhassa Yasa koyucuyu bu değişikliklere sevk eden nedenler ve yeni hükümler ile neyin amaçlandığı ele alınacaktır.
- 7. İdari Yargının Rekabet Hukuku:** İdari yargı vermiş olduğu kararlarla Rekabet Kurumu'nun işleyişine önemli müdahalelerde bulunuyor. Danıştay, önceki yıllarda verdiği çok sayıda kararlar ön araştırma yapmayı bir zorunluluk haline getirmişti. 2013 yılında ise Danıştay kararları üzerine Biletix, Turkcell ve Türk Telekom hakkında soruşturmalar açıldı. Geçmişte bu şekilde açılan soruşturmalara bakıldığında cezasız sonuçlandıkları görülmektedir. Ancak Turkcell hakkındaki soruşturmada idari para cezası verilmiştir. İdare Mahkemesi ise THY hakkında verilen kararı iptal ederken, Rekabet Kurulunun hâkim durum ve kötüye kullanmaya dair gerekçesini esastan değerlendirmiştir. Bu karar üzerine, iptal edilen diğer kararlardan farklı olarak THY hakkında yeni bir soruşturma açılmıştır. Dolayısıyla idari yargı gerek usul gerekse esastan rekabet hukukuna ciddi müdahalelerde bulunmaktadır. Bu derste, son yıllarda verilen önemli yargı kararları ele alınarak, mahkemelerin rekabet hukukunun gelişimine nasıl bir etki yaptıkları değerlendirilecektir. Diğer taraftan 4054 sayılı Kanun'da yapılması planlanan değişiklikte idare mahkemelerinin yerindelik denetimi yapamayacağına dair bir düzenlemeye yer verildiği görülmektedir.
- 8. Avrupa Birliği'ndeki Yeni Otomotiv Sektörü Grup Muafiyeti Tüzüğü ve bu Tüzüğün Türk Hukuku Açısından Yansımaları:** Avrupa Birliğinde (AB) Haziran 2010'da servis ve yedek parçada ve Haziran 2013'te ise araç satışta otomotiv grup muafiyeti kurallarında radikal değişiklikler yapılmıştır. En önemli değişiklik eski kuralların bir kısmının gereksiz olduğu gerekçesiyle tamamen yürürlükten kaldırılması ve kuralların basitleştirilmesidir. Ayrıca tek marka satma/rekabet etmeme yükümlülüğü konusunda da önemli değişiklik yapılmıştır. AB'de yapılan bu tür mevzuat değişikliklerine genellikle Türk kural koyucusu

gecikmeli olarak uyum göstermektedir. Nitekim bu konuda Rekabet Kurumu bünyesinde halen çalışmalar devam etmekte, Kurum uzmanları uzunca bir süredir sektörün çeşitli kesimlerinden yapılacak değişikliklerle ilgili görüşler ve değerlendirmeler toplamaktadır.

9. ABD ve Avrupa'daki e-Kitap Soruşturmaları ve Bir Dikey Sınırlama olarak Most Favoured Customer (Nation) Kayıtlarının Rekabet Analizi:

İnternet ve elektronik ticaretin hızla yaygınlaşması sonucu, teşebbüsler online dağıtım kanallarını giderek artan bir şekilde kullanmaya başlamıştır. Bu gelişme, dikey sınırlamalara ilişkin geleneksel rekabet hukuku kurallarının online dağıtım ilişkileri çerçevesinde ortaya çıkan yeni hususlara nasıl uygulanacağı sorununu doğurmuştur. Özellikle Amazon ve Apple gibi online satış platformlarının sağlayıcılar ile acentelik sözleşmesi temelinde bir ilişki kurmaları, rekabet otoritelerinin söz konusu ilişki çerçevesinde öngörülen ve rekabet endişesi yaratan yeni bazı sınırlamalara odaklanmasını gerekli kılmıştır. Nitekim, Atlantik'in iki yakasındaki rekabet otoriteleri, yakın zamanda yürüttükleri ekitap soruşturmalarında, klasik dağıtım sözleşmeleri açısından rekabet sakıncası taşımadığı kabul edilen Most Favoured Customer (en çok kayırılan müşteri) Kayıtlarını, Apple ve kitap yayıncıları arasındaki acentelik benzeri ilişki açısından yeniden satış fiyatı belirlenmesi ile eş değer tutarak bu konuda yasaklayıcı bir tutum sergilemiştir. Ancak, bu kayıtların rekabetçi etkileri ve bunların nasıl incelenmesi gerektiği konusunda söz konusu rejimlerde tartışma ve belirsizlikler halen devam etmektedir. Bu seminerde, Most Favoured Customer Kayıtlarına ilişkin olarak AB, ABD ve İngiltere'de yürütülen söz konusu e-kitap soruşturmaları ve bu çerçevede uygulama ve doktrinde ortaya çıkan tartışmalar ve bütün bunların Türk rekabet uygulamasına muhtemel etkileri ayrıntılı bir şekilde incelenecektir. Ancak, söz konusu inceleme, dikey sınırlamaların rekabet analizine ilişkin genel prensiplerden, özellikle de yeniden satış fiyatı belirlenmesine ilişkin ABD Yüksek Mahkemesi'nin Leegin kararını takiben ortaya çıkan gelişme ve tartışmalardan bağımsız yapılamaz. Bu sebeple, seminerin ilk bölümünde söz konusu hususları da içerecek şekilde dikey sınırlamalara ilişkin genel açıklamalara da yer verilecektir.

10. Teşebbüsler Arasında Azınlık Pay Sahipliği ve Ortak Yöneticiye Sahip Olma Durumlarının Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi:

Ticari hayatın temel aktörleri olan şirketler ve şirket gruplarının organizasyon yapıları çok karmaşık şekillerde tezahür edebilmektedir. Şirketler arasında azınlık pay sahipliği ve/veya ortak yönetim kurulu üyeliğinin bulunması ticari hayatta çok sıkça rastlanan bir durumdur. Her ne kadar şirketler hukuku açısından azınlık pay sahipliği ve/veya ortak yönetim kurulu bir sorun teşkil etmese de bu durum rekabet hukuku açısından çeşitli sorunlar doğurabilecektir. Organizasyon yapısı sonucu birden fazla şirketin pay sahipliği ve/veya yönetim yapısının tek ekonomik bütünlük olarak değerlendirilmesi söz konusu olduğunda, söz konusu şirketler tek teşebbüs olarak kabul edilecektir. Pay sahipliği ve/veya yönetim yapısının ortak kontrolü işaret ettiği durumlarda ortak girişimin varlığı kabul edilerek ilgili rekabet hukuku kuralları uygulanacaktır. Tüm bunlarla beraber, şirketlerin pay sahipliği ve/veya yönetim yapısının, tek teşebbüsün veya ortak girişimin varlığı olarak değerlendirilmediği durumlar sıklıkla söz konusu olabilecektir. Bu nedenle, rekabet hukuku uygulayıcılarının azınlık pay sahipliği ve ortak yöneticiler konusunda bir politika geliştirmesi ve gerektiğinde çeşitli yaptırımlar uygulaması ve/veya önleyici tedbirler alması gerekecektir. Geçmiş yıllarda rekabet otoriteleri bu konulara ilişkin farklı politikalar geliştirmişlerdir. Dünyadaki uygulamalar incelendiğinde

azınlık pay sahipliği ve ortak yönetici uygulamasının genellikle yoğunlaşmaların denetiminde etkin olarak gözden geçirildiği görülecektir. Fakat rekabete aykırı bir anlaşma veya tek taraflı bir kötüye kullanım olduğunda da azınlık pay sahipliği ve/veya ortak yönetim kurulu değerlendirilme e tabii tutulacaktır. Bu seminerde ilk olarak, azınlık pay sahipliği ve ortak yönetim hallerinin şirketler hukuku temelli incelemesi yapılarak pay sahipliği ve yönetimin çeşitli görünümleri değerlendirilecektir. Daha sonra şirketler hukuku yaklaşımı ve rekabet hukuku yaklaşımının değerlendirilmesi yapılacaktır. Pay sahipliği ve/veya ortak yönetim kurulu yapısının kontrolün varlığına işaret etmediği durumlarda rekabet hukuku açısından hangi sorunlara sebebiyet verdiği ortaya konulacaktır. Sorunun ortaya konulması ile birlikte rekabete aykırı durumların önlenmesinde ne gibi önleyici (ex-ante) tedbirlerin alınması gerektiği; bu senaryoların rekabet ihlallerinin incelenmesi aşamasında (ex-post uygulama) gereken yaptırımların ve tedbirlerin neler olduğu ve olması gerektiği örnek kararlar ve uygulamalar ile karşılaştırmalı olarak incelenecektir.

11. Rekabet İhlallerine Karşı Kolektif Tazminat Davalarına İlişkin AB Çalışmaları ve Bunların Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi: Rekabet hukuku ihlalleri pek çok kişinin zarar görmesine neden olur. Fakat, AB'de hem ihlalde bulunanlara karşı açılan dava sayısı hem de bu davalar sonucunda tazminata hükmedilme oranı Amerika'ya kıyasla çok düşük seviyelerdedir. Amerika'daki sınıf davalarına benzer bir sistemin AB genelinde bulunmayışı, tazminat davalarının sayısındaki söz konusu eksikliğin başlıca nedenlerinden biri olarak kabul edilmektedir. Bu kapsamda, AB Komisyonu tarafından tazminat davalarının etkili ve yaygın kullanımını kolaylaştırmak amacıyla başlatılan reform, kolektif tazminat davalarına ilişkin bir mekanizmayı da içermektedir. Kolektif tazminat davası, iki taraflı, yani bir tarafta davalı diğer tarafta davacının bulunduğu geleneksel usuli yöntemlerden bir yönüyle ayrılır: O da bu sistemin, aynı davalının aynı eyleminden zarar gören kişilerin oluşturduğu bir topluluğun, birlikte, tek bir dava ile haklarını aramalarına izin vermesidir. Bu sayede, bu mekanizma, rekabet hukuku alanında kişilerin zararlarını tazmin etmesini kolaylaştırırken sırayla şu unsurları incelemeyi zorunlu kılar: **i.** bu topluluğun içine dahil edilecek zarar gören kişiler nasıl belirlenecek, **ii.** bu topluluğu kim temsil edecek, **iii.** topluluğa dahil kişilerin zararları nasıl hesaplanacak ve **iv.** hükmedilen tazminat miktarı zarar görenler arasında nasıl paylaşılacak. Tüm bu hususlara değinmeyi amaçlayan seminerde öncelikle AB Komisyonu'nun bu konuda reform yapmaya teşvik eden nedenler istatistik veriler ışığında gösterilecektir. Böyle bir prosedüre ne ölçüde ihtiyaç olduğunu araştırmak için ise; ilk olarak, rekabet ihlallerinden kimlerin ne tür zararlar görerek etkilendiği analiz edilecek, sonrasında da AB üyesi ülkelerdeki dava örnekleri üzerinden böyle bir mekanizmanın yararının olabileceği hususlar incelenecektir. Son olarak, Türkiye'de ise, halihazırda bulunan usuli araçlar, rekabet hukuku gibi çok kişiyi etkileyen ihlallerde mağdurların mahkemeye erişimini sağlamaya ve tazminat almasına elverişli değildir. Bu konudaki ihtiyaç Rekabet Kurulu'nun kısa süre önce kartel sebebiyle 12 bankaya verdiği ceza nedeniyle birçok tüketicinin ve tüketici derneğinin dava açmak istediğini açıklamasıyla kamuoyunda da bir farkındalık yaratmıştır. Dolayısıyla aynı mekanizmanın Türk hukukunda bulunmasının faydaları ile AB'deki gelişmelerin buradaki yansımaları da ele alınacaktır.

12. Maddi Hukuk Açısından Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı: TBMM gündeminde bulunan Rekabetin Korunması

Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı, hiç şüphe yok ki önemli değişiklikler öngörmektedir. Dersin konusu, bu değişikliklerin maddi hukuk ve bilhassa özel hukuk yaptırımları yönüyle ele alınmasıdır. Bu bağlamda "de minimis" kuralı, muafiyet hakkındaki yeni hüküm, yoğunlaşmaların denetiminde benimsenen hukuka aykırılık testi ve son olarak da özel hukuk alanındaki 56 ve 57. maddede yapı an değişiklikler tartışma konusu yapılacaktır. Ayrıca bu son derste, programın geneli ile ilgili değerlendirme yapılacaktır.

Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri 2015

13. Akaryakıt Piyasasında Yapısal Rekabet Sorunları ve Güncel Rekabet Hukuku: Seminer kapsamında öncelikle Türkiye akaryakıt (petrol) piyasasının yasal çerçevesinin gelişimi ve bugüne kadar hâkim olan başlıca politika tercihleri kısaca aktarılacaktır. Daha sonra rafinaj, dağıtım ve perakende aşamaları ayrı ayrı ele alınmak suretiyle, karşılaşılan yapısal rekabet sorunları ortaya konulmaya çalışılacak ve bunların nedenleri ile çözüm önerilerine dair bulgu ve görüşler paylaşılacaktır. Seminerde son olarak, Rekabet Kurulunun Ocak 2014 tarihli TÜPRAŞ kararı ile akaryakıt ve LPG sektörlerindeki dikey anlaşmaların tabi olacağı düzenlemelerin çerçevesini çizmek üzere yürütülen tebliğ çalışmasının gerekçeleri ve kapsamı tartışılarak çalışmada gelinen son aşama konusunda bilgi verilecektir.

14. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın "Groupement des Cartes Bancaires (CB) v Commission" kararından hareketle rekabeti kısıtlayıcı amaç kavramının sınırlarının yeniden değerlendirilmesi ve bu durumun Türk rekabet hukuku üzerine olası etkileri: Rekabeti kısıtlama amacı taşıyan anlaşmalar hem Türk rekabet hukuku hem de Avrupa Birliği rekabet hukuku mevzuatında yasaklanmaktadır. Bir anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıdığını tespit eden rekabet otoritesi, anlaşmanın anti-rekabetçi etkilerini inceleme ve kanıtlama yükünden kurtulmaktadır. Bununla birlikte, rekabeti kısıtlayıcı amacın tespiti kolay değildir ve Avrupa Birliği rekabet hukukunda hangi anlaşmaların rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıdığı sorusunun cevabı yakın zamana kadar belirsizlik taşımıştır. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) 11 Eylül 2014 tarihli "Case C-67 /13 P - Groupement des Cartes Bancaires (CB) v Commission" kararı (CB Kararı) ise rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyan anlaşmaların tespiti ve değerlendirilmesi konusunda bir dönüm noktası niteliğindedir. Derste "amacı yönünden rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar"ın ABAD içtihadındaki evrimi, ABAD'ın tartışmalı kararları kapsamında incelenecek, CB Kararı süreci Avrupa Komisyonu'nun konuya ilişkin kararından başlanarak açıklanacak, CB Kararı'nın Avrupa Birliği rekabet hukukundaki olası etkileri tartışılacaktır.

15. Yoğunlaşmalar İçin Yeni Dönem mi Başlıyor? Rekabet Kurulu'nun Son Dönem Kararlarına Bakış: Rekabet Kurulu, 2014 yılında 6 birleşme/devralma dosyasını nihai incelemeye aldı. Bu sayı neredeyse 2014 yılına kadar nihai incelemeye alınan dosya sayısını ikiye katladı. 2014 başında ise Kurul'un daha önce taahhütler çerçevesinde izin vermiş olduğu, sinema sektöründeki bir birleşme işlemine ilişkin karar, Danıştay tarafından verilen taahhütlerin yeterli olmadığı gerekçesiyle iptal edildi. Bu anlamda 2014 yılına yoğunlaşma işlemlerinin damga vurduğu söylenebilecektir. Bu tablo ister istemez akla bazı soruları getirmekte ve yoğunlaşma işlemlerine yakından bakılması ihtiyacını doğurmaktadır. Nihai

incelemeye alınan dosya sayısının bir anda artış göstermesi, tamamen tesadüf mü yoksa değerlendirme kriterleri artık daha katı mı uygulanacak? Artık yoğunlaşma işlemleri için daha fazla endişelenmek gerekiyor mu? İzin için verilen taahhütler neler? Yapısal mı davranışsal mı? İdare Mahkemeleri taahhütlerin yeterli olup olmadığını denetleyebilir mi? Yoğunlaşmalara ilişkin nihai incelemeye alınan bu dosyalar mercek altına alınarak, başta bu sorular olmak üzere sürece ilişkin tartışmalar gündeme getirilecektir.

16. Perakende Sektöründe Alıcı Gücünden Kaynaklanan Rekabet Sorunlarının Analizi ve

Çözüm Yolları: Rekabet hukuku, genel olarak sağlayıcıların pazar gücünün yarattığı rekabet sorunlarına odaklanmaktadır. Ne var ki son yıllarda çeşitli sektörlerde büyük alıcıların ortaya çıkması, rekabet hukukunun alıcı gücüne dayanan uygulamalara da yoğunlaşmasını gerekli kılmıştır. Alıcı gücünün yükseldiği bu sektörlerin başında gıda, temizlik ve kişisel bakım gibi hızlı tüketim malları perakendeciliği gelmektedir. Son dönemde yoğunlaşmanın artış gösterdiği bu sektörde, pazarın önemli bir kısmını elinde tutan büyük süpermarketler, sahip oldukları pazarlık gücünü sağlayıcılar aleyhine kullanmakta ve bunlarla normal rekabetçi koşullara göre daha avantajlı koşullarla sözleşme yapabilmektedir. Perakende sektöründeki bu tür uygulamaların rekabet hukuku kapsamında değerlendirilmesinde iki önemli problem ortaya çıkmaktadır. İlk problem, alıcı gücüne dayanan söz konusu uygulamaların rekabete ve dolayısıyla tüketici refahına etkisinin olumlu mu yoksa olumsuz mu olacağına saptanmasının her zaman kolay olmamasıdır. İkinci problem ise, alıcı gücü kullanımının rekabete olumsuz etkileri sağlam ekonomik veriler ile ortaya konulsa bile, mevcut rekabet hukuku araçlarının bu etkilerin önlenmesi için yetersiz kalmasıdır. Perakende sektöründe alıcı gücünden kaynaklanan rekabet endişelerinin önemli bir gündem maddesi oluşturduğu AB'de süpermarket zincirlerinin genelde hâkim durumda olmaması ve bunların rekabet problemi yaratan uygulamalarının çoğu zaman bir anlaşma oluşturmaması sebebiyle, bu davranışlarla ABİDA Madde 101 ve 102 çerçevesinde etkin bir şekilde mücadele edilememektedir. Bu nedenle, birçok AB ülkesi, rekabet hukukunun yetersiz kaldığı bu sektördeki perakendecilerin davranışlarını regüle eden bir takım özel düzenlemeler kabul etmiştir. Türkiye perakende sektöründe, yoğunlaşmanın nispeten düşük olması sebebiyle alıcı gücünün şu an için AB'de olduğu gibi ciddi rekabet sorunları yarattığını söylemek pek mümkün değildir. Bununla birlikte, bu problemlerin Türkiye açısından tamamen göz ardı edilmesi de mümkün değildir. Nitekim AB ülkeleri düzenlemelerine paralel olarak yakın zamanda TBMM'ye sunulan Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı'nda bu sektörün rekabetçi koşullarda işlemesine yönelik bazı düzenlemeler öngörülmüştür. Bu seminerde, perakende sektöründe alıcı gücünün yarattığı rekabet sorunları ve bu sorunlarla karşılaştırmalı hukukta ve Türkiye'de rekabet hukuku kuralları ve diğer hukuki düzenlemeler çerçevesinde nasıl mücadele edildiği tartışılacaktır. Bu çerçevede, öncelikle alıcı gücünün genel ekonomik analizi sunulacak, daha sonra perakendecilik sektörünün genel özellikleri belirtilerek alıcı gücünün bu sektörde ortaya çıkardığı rekabetçi endişeler ele alınacaktır. Seminerde bu rekabetçi endişelerin giderilmesinde rekabet hukuku kurallarının ne ölçüde başarılı olduğu özellikle karşılaştırmalı hukuk açısından incelenecektir. Son olarak, Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı'nda yer alan düzenlemelerin yerindeliği ve yeterliliği karşılaştırmalı hukuktaki muadil düzenlemeler de dikkate alınarak tartışılacaktır.



17. Finans Sektöründe Yakın Tarihli Rekabet İhlali Davalarının Sinopsisi-LIBOR, EURİBOR,

FOREX ve daha az bilinen diğerleri: 2008 finansal krizinden sonra finans sektöründe adeta Pandora'nın kutusu açılmış ve diğer pek çok sorunun yanında rekabet ihlalleri de ortalığa saçılmıştır. LIBOR'un hesaplanmasında gerçekleştirilen uyumlu eylemlere ilişkin olarak yürütülen soruşturma ve bankaların gerçekleştirilen rekabet ihlalleri için ödedikleri cezalar yerel basın dahi ilgisini çekmiştir. Daha az adı anılan faiz oranı türevlerine ilişkin uyumlu eylemler, kredi temerrüt takası (credit default swap) soruşturması ve halen süren AB Komisyonunun ve İsviçre Rekabet Otoritesinin FOREX pazarlarındaki soruşturmaları da ilk akla gelenlerdir. ABD uygulamasında ise çok daha fazla sayıda örnek bulmak mümkündür. Diğer yandan, Rekabet Kurulu da yakın geçmişte ticari bankaları çeşitli şekillerde rekabeti kısıtladıkları gerekçesiyle iki kez para cezalarına çarptırmıştır. Ayrıca, Rekabet Kurulunun banka ve sigorta sektörünün pek çok uygulamasına ilişkin çok sayıda bireysel muafiyet kararı da bulunmaktadır. Bu tebliğ ile, gerek yerel pazarlarda gerekse küresel olarak en ileri düzeyde entegre olmuş finans pazarlarında tespit edilen rekabet ihlalleri örneğinde, finans piyasalarının rekabet hukuku ile çekişmesi ve bunun muhtemel sebepleri ele alınacak, ayrıca düzenlenmiş bir sektör olarak bilinen bankacılık sektöründe rekabet ihlallerinin ortaya çıkışı, tespit edilmesi ve caydırılması sürecinde düzenleyici otoritelerin nerede durduklarına değinilecektir.

18. Elektrik Piyasalarında Rekabetçi Yapı ve Liberalleşme Sonrası Rekabet Sorunları:

Elektrik piyasalarının serbestleştirilmesi çalışmaları 15 yıllık bir geçmişe sahiptir. Liberalleşme ve özelleştirme hedefi ile çıkılan yolda ilk önce 2011 yılındaki Elektrik Piyasası Kanunu çıkarılmış ve sonrasında kademeli geçiş ile liberalleşme sürecinde önemli adımlar atılmıştır. Liberalleşme sürecine paralel işleyen özelleştirme süreci de büyük ölçüde tamamlanmıştır. 2013 yılında ise Elektrik Piyasası Kanunu'nda önemli değişiklikler yapılarak tam liberal sisteme geçiş için altyapı oluşturulmuştur. Diğer taraftan sektördeki kamu gücünün azaltılması hedefi ile yapılan özelleştirmeler büyük ölçüde tamamlanmıştır. 2015 yılı bazı itibari ile elektrik piyasasının elleştirilmiş ve rekabete dayalı işleyen bir piyasa olarak yapılandığı söylenebilir. Şebeke sistemine dayalı bu sektörde rekabetçi bir yapının oluşturulması özellikle rekabet kuralları konulmasını ve piyasaların sürekli gözetim ve denetimini gerektirmektedir. Bu nedenle elektrik piyasası bir düzenleyici otorite olan Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'nun sürekli gözetim ve denetimine tabidir. Diğer taraftan Rekabet Kurumu (RK) elektrik sektörünün rekabete açılması sürecinde etkin rol almıştır. İlgili piyasada yapılan özelleştirmelere yönelik Rekabet Kurulunun önemli müdahaleleri olmuştur. Son yıllarda ise özelleştirme ve liberalleşme sonrası oluşan yeni piyasa yapısından rekabet ihlallerine ilişkin artan sayıda başvuru yapılmaktadır. RK ayrıca elektrik piyasasına ilişkin bir sektör araştırması yürütmektedir. Bu seminerde Elektrik Piyasası Kanunu ile getirilen rekabetçi yapı, Rekabet Kurulunun özelleştirmelere ilişkin son kararları, RK'nın elektrik piyasasındaki incelemeleri, Elektrik Piyasası Sektör Raporu ve EPDK ve RK arasındaki yetki tartışmaları incelenecektir.

19. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasında Fetret Devri: Mey İçki Kararı:

Bir süredir hızlı tüketim ürünleri perakendeciliğinde faaliyet gösteren teşebbüslere tanınan muafiyetlerin geri alınmasıyla birlikte, birçok soruşturmaya tecrübe edilmiş olduğu üzere Rekabet Kurulu bu teşebbüslerin münhasırlığa yönelik uygulamalarını sık sık mercek altına almaktadır.

Bunlardan bir diğeri ve belki de en çok ses getireni de yakın zamanda alınan ve ilk kez soruşturmaya tabi tutulan Mey İçki'ye idari para cezası verilmesine karar verilen 12.06.2014 tarih ve 14-21/ 410-178 sayılı Kurul kararıdır. Bu seminer dersinde, Rekabet Kurulunun daha önce benzer pazar gücüne sahip teşebbüslerin münhasırlık uygulamalarını Kanun'un 4. maddesi bakımından değerlendirmesine karşılık, Mey İçki'ye yönelik iddiaları 6. madde çerçevesinde ele aldığından ve bu farklılığın sebep ve sonuçlarına ilişkin değerlendirmelerden bahsedilecektir. Ek olarak, bu değerlendirmelerin Avrupa Birliği'ndeki mehz uygulamaya kıyasen "hâkim durumun kötüye kullanılması" kavramını ve Rekabet Kurumu'nun hâkim durumdaki teşebbüs erin dışlayıcı nitelikteki davranışlarına yönelik Kılavuz'unda münhasırlık ve indirim sistemleri hakkında yer verdiği unsurları ne ölçüde ya sittiği tartışılacaktır. Ders sırasında ayrıca, "pazar kapama" analizine yönelik hukuki ve iktisadi değerlendirmelere yer verilecek ve uygulamada etki analizinin önemi ile beraber bunun nasıl yapılması gerektiği üzerinde durulacaktır.

20. Otomotiv Sektöründeki Bulgular ve Yeni Tebliğ Çalışmaları: Rekabet Kurumu 2014 yılında Motorlu Taşıtlar sektörüne ilişkin yürütmüş olduğu araştırmayı, Sektör Raporu olarak kamuoyu ile paylaşmıştır. 2005/4 sayılı Tebliğ'in (bir ölçüde) etkilerini ölçmeyi amaçlayan ve çıkarılacak olan yeni Tebliğ'in ekonomik gereklerini ortaya oyması beklenen Rapor, önemli bazı bulguları içermektedir. Çok markalılığın perakende seviyesinde kabul görmesi, satış piyasasının rekabetçi olması, buna karşılık, satış sonrası piyasaların (servis ve yedek parça) görece yoğunlaşmış ve büyük ölçüde araç üreticilerinin ekonomik kontrolünde olmaları temel bulguların başında gelmektedir. İstanbul Bilgi Üniversitesi Rekabet Hukuku ve Politikası Uygulama ve Araştırma Merkezi'nin ev sahipli in de yapılan Çalıştay'da Rapor'daki bulgular çerçevesinde Sektör temsilcileri ile asıl bir Tebliğ olmalı sorusuna yanıt aranmış ve akabinde de Kurum 7.11.2014 tarihinde bir Duyuru ile Çalıştay'da ön plana çıkan on başlığı görüş hakkında ilgilerin görüşlerine sunmuştur. Sunulacak görüşler çerçevesinde 2015 yılı içerisinde bir Tebliğ'in hazırlanması ve yürürlüğe girmesi beklenmektedir. Tebliğ kapsamında bu gelişmeler göz önünde tutularak otomotiv sektöründeki dikey an aşma arın nasıl bir Tebliğ ile düzenlenmesi gerektiği tartışılacaktır.

21. Rekabet Kurulunun Son Dönemdeki Maya Sektörüne İlişkin Kararlarının İncelenmesi: Sunumun ilk bölümünde maya üreticilerinin aralarında anlaşarak ekmek üretiminde kullanılan yaş maya fiyatlarını yükseltmek suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiği iddiasına yönelik olarak yürütülen soruşturma sonucu alınan Rekabet Kurulu kararı incelenecektir. Bu kapsamda söz konusu karar, konuya ilişkin pişmanlık başvurusuna da işaret edilerek incelenecektir.

22. Yoğunlaşmaların Kontrolü ve Rekabet Kısıtlamalarına İlişkin Düzenlemeler Penceresinden Ortak Girişimlere Bakış: Özellikle 2008 finansal krizi sonrasında Türkiye'ye doğrudan yabancı sermaye yatırımlarının çoğunlukla ortak girişimler vasıtasıyla geldiğini gözlemliyoruz. Öyle ki, 2009 yılında Rekabet Kurumu'na bildirilen ortak girişim sayısı 12 iken, bu rakam 2011'de 68'e ve 2012'de 91'e kadar çıkmış; 2013 yılında da bildirilen işlemlerin üçte birinden fazlasını ortak girişimler oluşturmuştur. Ortak girişimin en önemli unsurlarından biri hiç şüphesiz ortak kontroldür. Bununla birlikte ortak kontrolün tespiti her zaman istenilen netlikte yapılamamaktadır. Yeni kurulacak ortak girişimlerin ise 2010/4

sayılı Tebliğ kapsamında bildirim tabi olması için tam işlevsellik koşulu aranmaktadır. Tam işlevselliğin nasıl değerlendirileceği konusuna, 2013 yılı sonuna doğru yayınlanan Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz AB mevzuatına paralel açıklamalar getirmektedir. Ancak uygulamada belirsizlik yaratan durumlar halen mevcuttur. Örneğin çok yakın tarihli Boeing kararında Rekabet Kurulu, AB Komisyonu'nun tam işlevsel olmadığı gerekçesiyle başvurusunu reddettiği bir ortak girişimi, tam işlevsel olarak değerlendirmiş ve işleme izin vermiştir. Ortak girişimlerin gözden kaçırılan önemli diğer bir boyutu ise kurulan ortak girişimin ana şirketleri ile ve ana şirketlerin kendi ara arındaki ilişkilerinin rekabet hukuku çerçevesinde değerlendirilmesine olan etkisidir. Bu kapsamda bilgi değişimi, ana şirketlerin ortak girişimlerin davranışlarından sorumluluğu, rekabet yasakları ve ortak girişimin bağımsızlığı konuları öne çıkmaktadır. Bu seminerde Türk Rekabet Hukuku literatüründe henüz yeterince tartışma alanı bulmamış ancak giderek önem kazanan ortak kontrol ve tam işlevsellik konuları çok yönlü olarak, Rekabet Kurulu kararları ve kararlara yansımamış gerçek örnekler çerçevesinde incelenecektir.

23. 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 9/3 Maddesinin Uygulanmasından Doğan Belirsizlikler: “Kurul, birinci fıkraya göre bir karar almadan önce ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine ihlale ne şekilde son vereceklerine ilişkin görüşlerini yazılı olarak bildirir”. 5054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un belirtilen 9/3 maddesi, Türk rekabet hukukunda son yıllarda çözülmeye çalışılan konuların en başlarında yer almaktadır. Kanun’un 9/3 maddesi ihlale ilişkin getirilebilecek tedbirler içermektedir. Dolayısıyla Rekabet Kurulunun sıklıkla ön araştırma döneminde 9/3 maddesini uygulamasının, bu maddenin işlerlik kazanması için erken olup olmadığı da sürekli tartışılan konulardan biridir. Öte yandan Kurulun ihlal gerçekleşmediği sonucuna varılan kararlarında da 9/3 maddesini işlettiği örnekler bulunmaktadır. Bu nedenle Kanunun 9/3 maddesinin ne zaman ve hangi koşullarda uygulanabileceğine dair bir hukuki belirlilik ortaya çıkmamıştır. Tebliğ ile Rekabet Kurulunun 9/3 maddesiyle ilgili vermiş olduğu temel kararları incelenecek, bu kararlara karşı idari yargının hükmettiği hususlar paylaşılacaktır.

24. Sabit Telefon ve Genişbant İnternet Pazarlarında Güncel Gelişmeler ve Rekabet Sorunları: Türk Telekom'un özelleştirilmesi ve sektörde serbestleştirme adımlarının atılmaya başlamasından bu yana sabit telefon ve genişbant İnternet pazarları hala tam olarak rekabetçi bir yapıya geçememiştir. Bu nedenle BTK tarafından getirilecek öncül (ex ante) düzenlemelerin önemi günümüzde devam etmektedir. Bununla birlikte özellikle Avrupa çapındaki gelişmelerin de bir yansıması olarak etkin piyasa gücüne sahip oyunculara getirilen öncül yükümlülüklerin giderek kaldırılması yoluna dildiği gözlemlenmektedir. Bu kapsamda, BTK'nın yakın tarihlerde yürürlüğe koyduğu Pazar Analizleri ile yerleşik operatörün perakende sabit telefon pazarındaki yükümlülüklerinin neredeyse tümü kaldırılmıştır. Bunun yanında halihazırda Türkiye' deki geniş bant internet aboneliği ve sunulan hizmetin niteliğinin de olması hedeflenen değerlerden uzak kaldığı gözlemlenmektedir. Bu durumun nedenlerinin incelenmesi, sektördeki halihazırda var olan piyasa aksaklıklarının da incelenmesini gerektirmektedir. Bu kapsamda yeni nesil şebeke erin kurulmasında izlenen yöntemler, yerel ağın etkin bir şekilde paylaşımına açılmamış olması, geçiş hakkı gibi düzenlemeler bakımından uygulamada karşılaşılan sorunlar önem kazanmaktadır. Öte yandan öncül düzenlemelerin giderek kaldırılmasının Rekabet Kurumu'nun sektördeki rolünü artırması da beklenmektedir.

Öncül düzenlemelerin kaldırılmasının yanında bir takım rekabetçi sorunlar yaratan uygulama arının önlenmesi için BTK'nın elinde yeterli düzenleyici araçların bulunmadığı da gözlemlenmektedir. Bu tip uygulamalar açısından da Rekabet Kurumu'nun özellikle Avrupa'daki gelişmeleri de dikkate alarak sektördeki etkisini artırması beklenebilir. Bu kapsamda seminerde perakende sabit telefondaki öncül düzenlemelerin birçoğunun kaldırılmış olmasının gerekçeleri ve olası etkileri, genişbant internet pazarındaki gelişmeler ve Rekabet Kurulu'nun son yıllarda vermiş olduğu kararlar göz önüne alınarak sektördeki rolü tartışılacaktır.

25. AB hukukundaki 2014/104 sayılı Tazminat Davaları Direktifinin Türk Rekabet Hukuku Açısından Olası Yansımaları: AB Hukukunda Komisyon'un inisiyatifiyle 2000'li yılların başından itibaren yürütülen rekabet özel hukukunun yaygınlaşması çalışması, 2014 yılında kabul edilen Konsey Direktifi (Direktif) ile önemli bir aşamaya gelmiştir. Direktif, rekabet hukukunun ihlali nedeniyle açılan tazminat davalarının kolaylaştırılması ve yeknesaklaştırılması için üye ülkelere çeşitli konularda yasal düzenleme çıkarma yükümlülüğü getirmektedir. Delillere erişim, idari otorite kararlarının mahkemeler üzerindeki etkisi, zamanaşımı süreleri, davacı sıfatı ve tazminatın kapsamı gibi konuların düzenleyen Direktifin, Türk Hukuku açısından da etkisi olması çok muhtemeldir. AB hukukunun mehz teşkil etmesi bir kenara, bu konuların bir kısmı, ülkemizde rekabet hukukundan doğan tazminat davalarının yaygınlaşmamasının nedenlerini oluşturmaktadır. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un bu konularda açık bir düzenleme öngörmemiş olması ve genel hükümlerin ihtiyaca tam olarak cevap vermemesi, bu konularda yasal düzenleme ihtiyacı doğurmaktadır. Şu anda TBMM önünde bir Kanun Tasarısı'nın tartışıldığı dikkate alınırsa, Direktifin öngördüğü düzenlemelerin ülkemizde de tartışmaya açılması ve yasa koyucu tarafından dikkate alınması büyük önem taşımaktadır. Bu Seminer dersinde de Direktifin öngördüğü düzenlemeler ana hatlarıyla açıklandıktan sonra, bunların Türk Hukuku açısından hayata geçirilmesinin mümkün olup olmadığı ele alınacaktır.

Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri 2016

26. Yatay/ Dikey Anlaşma Kesişme Halleri: Hub-and-Spoke ve Diğerleri: Bilindiği gibi 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ihlali halinde ortaya çıkan hukuki sonuçlar, anlaşmanın dikey veya yatay niteliğine göre farklılaşabilmektedir. Örneğin, yatay seviyede gerçekleşen ihlallerin büyük çoğunluğu açısından, amaç bakımından kanuna aykırılık yeterli görülüp piyasadaki etkilere bakılmazken, tam aksine dikey ihlallerde, çoğunlukla etki analizi yapılmakta ve muafiyet rejimi uygulanmaktadır. Bunun haricinde, dikey rekabet ihlallerinde, yatay ihlallerde olduğu gibi uzlaşmanın tüm taraflarına değil, yalnızca rekabete aykırı kısıtlamayı getiren tarafa para cezası kesilmektedir. Ayrıca Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye kullanılması Halinde Verilecek Para Ceza arına ilişkin Yönetmelik {"Ceza Yönetmeliği"} uyarınca, yatay seviyede yapılan ve "kartel" olarak adlandırılan bazı rekabete aykırı uzlaşmalar, diğer 4. madde ihlallerine göre daha yüksek oranlar arasında bir temel para cezasına tabi tutulmuştur. Özellikle anlaşmanın arafarı arasında dağıtım ve tedarik ilişkisinin bulunduğu hallerde, dikey ve yatay ilişkiler arasında bu kadar net bir ayırım yapılması her zaman mümkün olmamaktadır.

Örneğin, perakende seviyede doğrudan satışı olmayan bir distribütör, bayileri arasındaki rekabete aykırı bilgi paylaşımında etkin bir rol oynadığı için, perakende seviyede gerçekleşen kartelin taraflarından biri olarak değerlendirilebilmektedir. Aynı şekilde bağımsız bir veri toplama ve istatistik kuruluşunun, aynı pazarda faaliyet gösteren müşterileriyle paylaştığı bilgiler sebebiyle, söz konusu pazardaki bir karteli kolaylaştırmaktan dolayı kartel taraflarıyla birlikte sorumluluğu doğabilmektedir. Benzer durumların geçmişte çeşitli vesilelerle Rekabet Kurulunun önüne geldiği ve bu konuda farklı ama oldukça ilgi çekici kararların alındığı görülmektedir. Tebliğimizde, söz konusu kararlara değinmek suretiyle, uygulamada yatay/ dikey anlaşma kesişmesinin en sık yaşandığı durumlar irdelenecektir.

27. Tebliğ Değişiklikleri Öncesinde Rekabet Kurulu'nun Dikey Sınırlamalarına Yaklaşımı:

Teşebbüslerin ürettikleri mal veya hizmetleri pazara ulaştırmaları dikey anlaşmalarla oluşturdukları dağıtım sistemleri aracılığıyla olmaktadır. Bu anlaşmaların yapılması sırasında rekabet hukukundan kaynaklanan çeşitli kısımlar a karşılaşmaktadırlar. Genel itibariyle ekonomiye olan olumlu katkıları nedeniyle, rekabet hukuku açısından yatay anlaşmalara göre daha ılımlı değerlendirilse de yeniden satış fiyatının tespiti, bölgesel sınırlamalar, rekabet etmeme yükümlülükleri gibi dikey sınırlamalara daha katı yaklaşılmaktadır. Rekabet Kurulunun bugüne kadar olan kararlarına bakıldığında yeniden satış fiyatının tespiti nedeniyle ceza uygulanan Anadolu Elektronik, Linde Gaz, Alarko Carrier gibi örnekler; diğer yandan münhasırlık nedeniyle ceza uygulanan Anadolu Efes, Frito Lay gibi örneklerin yanı sıra aynı konularda soruştur a açılmaya n çok sayıda karar da dikkat çekmektedir. Bu kararlardan yeniden satış fiyatının tespitine ilişkin olanlara yakından bakıldığında Rekabet Kurulu'nun "per se" yaklaşımını terk ederek "rule of reason" yaklaşımını benimseyip benimsemediği tartışma konusu olmuştur. Bölgesel sınırlamalar ve rekabet etmeme yükümlülükleri konularında da benzer şekilde çelişen kararlar bulunmaktadır. Bu seminerde Rekabet Kurulunun dikey sınırlamalara yaklaşımı, özellikle yeniden satış fiyatının tespiti ve bölgesel sınırlamalar gibi ağır dikey kısıt ama ar özelinde ele alınmaya çalışılacaktır. Yıllar itibariyle Kurul kararlarının gelişimi ele alınacak ve "per re" mi "rule of reason" yaklaşımının mı benimsendiği sorusuna cevap bulunmaya çalışılacaktır.

28. Maya Sektöründe Rekabet Kombosu: Birlikte Hakimiyet, Kartel ve Pişmanlık

Başvurusu: Birleşme ve devralma iş emleri arafları için stresli ve işlerin aksamaması için hızlıca halledilmesi gereken işlemlerdir. Ancak Rekabet Kurumunun son iki a önceki yıllardaki toplam nihai inceleme sayısını aşacak şekilde birleşme ve devralma işlemleri sayısını 14'e çıkarması her işlemin hızla sonuçlandırılmayacağı konusunda zaten bir fikir vermektedir. Ancak Dosu Maya'nın Lesaffre et Compaigne arafından devralınması işlemi sırasında taraflar için olabilecek en zor şartlar bir araya geldi. Daha önce defalarca soruşturulmuş ve gerek rekabeti sınırlayıcı anlaşma gerekse de uyumlu eylem tespitleri yapılmış ekmek mayası sektöründe bu kez dikey ihlal iddiasıyla başlayan bir inceleme rakip üreticilerden birisinin pişmanlık başvurusu ile kartel incelemesine dönmüştür. Bu durum sonucunda, devralma sonrasında alıcı tek aşına hâkim duruma gelmiyor olmasına rağmen birlikte hakimlik iddiasıyla alıcının nihai incelemeye alınmasına yol açmıştır. İddia birlikte hakimiyet olduğu için incelemenin esasını oluşturan ekonomik analiz ve ona dayanarak raportörlerin öne sürdüğü argümanlar, tarafların buna ilişkin olarak yaptığı itirazlar, pişmanlık başvurusuna ilişkin detaylar ve verilen taahhütler üzerinden yapılan değerlendirmeler, sonraki işlemler

için Rekabet Kurumu'nun mesleki dairelerinin yaklaşımı hakkında fikir vermesi amacıyla bu seminerde üzerinde durulacak konulardır.

29. Tüketici ve Rekabet Hukuku Sorunu Olarak Müşteri Geri Kazanım Uygulamaları:

Müşteri geri kazanım uygulamaları genellikle hâkim durumda olan iş etmelerin, kendilerinden ayrı an eski müşterilerini veya ayrılma niyetini açıklamış mevcut müşterilerini geri kazanmaya yönelik olarak geliştirdikleri pazarlama stratejisi ileri olarak tanımlanabilir. Bu uygulamaların temel mantığı, mevcut müşterilerin elde tutulmasının yeni müşteri kazanımından çoğu zaman daha az maliyetli olmasıdır. Bu nedenle işletmeler, kendileri ile sözleşmelerini fesheden veya feshetme niyetini beyan eden müşterilerini, çoğu zaman bir önceki sözleşmelerinden çok daha iyi koşullar teklif ederek ellerinde tutmak istemektedir. Söz konusu uygulamalar bir yandan ilgili sektörlerde rekabet seviyesini arttırabilecekken, belirli koşulların varlığı altında tam tersi bir etki yaratarak rekabeti azaltıcı etkiler gösterebilecektir. Özellikle giriş engellerinin ve tüketiciler ile işletmeler arasındaki bilgi asimetrisinin yüksek olduğu enerji ve haber eşme gibi şebeke endüstrilerinde bu türden uygulamaların rekabet karşıtı etkileri çok daha fazla hissedilebilmektedir. Söz konusu sektörlerde müşteri geri kazanım uygulamaları, sektöre yeni giriş yapan veya sektörde büyümeye çalışan işletmelerin karlı biçimde faaliyet gösterebilmeleri için gerekli olan "etkin ölçüğe" ulaşmalarını engelleyebilmektedir. Rekabet hukuku açısından bakıldığında bu türden uygulamalar, gerekli koşullar mevcutsa, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesi bakımından dışlayıcı kötüye kullanma olarak değerlendirilebilecektir. Örneğin uygulamada küçük iş etmelerin sıklıkla ileri sürdüğü şikayetlerden en önemlilerinden birisi, hâkim durumdaki şirketin şebekeyi kontrol etmesi sayesinde elde ettiği bilgileri ve gücü, perakende düzeyde yaptığı pazarlama faaliyetlerinde rakiplerini dışlayıcı bir şekilde kullanması yönünde olmuştur. Bu anlamda söz konusu uygulama 6. madde kapsamında bir pazar gücü aktarımı olarak değerlendirilebilecektir. Bunun yanında geri kazanım uygulamalarının yıkıcı ve seçici fiyatlandırma ile indirim sistemleri gibi diğer dışlayıcı ihlal türleri bakımından da incelenmeleri olasıdır. Yukarıdakilere ek olarak geri kazanım uygulamaları sadece ex post rekabet hukuku anlamında değil, her bir sektöre özgü düzenlemeler çerçevesinde de incelenmelidir. Bu kapsamda örneğin ülkemizde özellikle EPDK ve BTK düzenlemeleri önem kazanmaktadır. Bunun yanında sektöre özgü düzenlemeler ile rekabet hukuku mevzuatından bağımsız olarak bakıldığında da söz konusu uygulama ların çeşitli açılardan haksız rekabet hukuku ile kişisel verilerin korunması ve elektronik ticaret de dahil tüketici hukuku açısından da sorun yaratma riski olduğu söylenebilecektir. Ülkemizde de son yıllarda serbestleşme sürecinden geçmekte olan elektrik sektörü ile serbestleşme süreci tam olarak bitmemiş olan haberleşme sektöründe bu türden uygulamalara sıklıkla rastlanmaktadır. Bu konuda Rekabet Kurulu'nun da özellikle elektrik sektörü ile ilgili olarak son yıllarda çok fazla kararı bulunmaktadır. Bununla birlikte bu türden uygulamalar her ne kadar çeşitli açılardan ilgili sektörlerdeki rekabetçi yapıyı engelleyebilecek olsa da birçok kez müşterilerin yararlandığı ve bu nedenle tercih ettiği uygulamalardır. Dolayısıyla getirilecek düzenleme ve alınacak önlemlerin de oldukça özenli olarak seçilmesi ve tüketici aleyhine bir durumun ortaya çıkmasının engellenmesi gerekmektedir. Bu açıdan seminerde öncelikle geri kazanım uygulamalarının ekonomik gerekçesi ile piyasadaki etkileri üzerinde durulması planlanmaktadır. Daha sonra bu türden uygulamaların başta Rekabetin Korunması Hakkında Kanun olmak üzere, Türk Ticaret Kanunu ve tüketici hukuku mevzuatındaki yeri

incelenecektir. Bunu takiben Rekabet Kurulu'nun güncel kararları tartışılarak ileriye dönük olarak Rekabet Kurumu'nun bu konuya gelecekte nasıl yaklaşacağı öngörülmeye çalışılacaktır. Bunun yanında da başta EPDK ve BTK olmak üzere düzenleyici kurumların geri kazanım uygulamalarına yaklaşımı ve ilgili hukuki düzenlemelerin üzerinde durulması planlanmaktadır. Özellikle Avrupa Birliği ve üye ülkelerde geri kazanım uygulamalarına nasıl yaklaşıldığı ve eğer önlem alınmıyorsa ne türden önlemlerin hangi gerekçelerle alındığı incelenecektir. Son olarak özellikle mevcut düzenlemeler ile yurtdışı örnekleri göz önüne alınarak geri kazanım uygulamaları ile ilgili çeşitli önerilerde bulunulması planlanmaktadır.

30. Elektrik Piyasasında Neler Oluyor? Rekabet Kurulu Kararları Çerçevesinde Rekabet

Sorunlarına Bakış: Elektrik sektöründe yakın dönem Rekabet Kurulu kararlarının anlatılacağı bu seminerde, son birkaç sene içerisinde özelleştirme ve serbestleştirme uygulamalarına konu olan elektrik sektöründe, anılan süreçlerin rekabet hukuku kuralları çerçevesinde nasıl şekillendirildiği; sektörde özel teşebbüslerin faaliyet göstermeye başlamasıyla birlikte ortaya çıkan rekabet ihlali iddialarına Rekabet Kurulu tarafından nasıl yaklaşıldığı ve sektöre! düzenlemelere konu olan bu piyasada, rekabet hukuku ile sektöre! düzenleme dengesinin nasıl kurulabileceğine ilişkin tartışma ve değerlendirmelere yer verilecektir. Bu kapsamda, öncelikle; elektrik üretim, dağıtım ve perakende satış piyasalarına yönelik olarak Rekabet Kurulunun özelleştirmeler kapsamında vermiş olduğu görüşler ve aldığı nihai kararlar ile, sektörde faaliyet gösteren teşebbüslerin 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlal ettiğine ilişkin olarak Kuruma yapılan şikâyetler çerçevesinde yürütülen incelemeler özetlenecek ve konuya ilişkin Kurul kararları kısaca değerlendirilecektir. Seminerin izleyen kısmında; özellikle, Kurul'un 4. ve 6. maddeler çerçevesinde almış olduğu kararlar bağlamında, rekabete yeni açılan bir piyasada rekabet hukuku kapsamında yapılacak müdahalenin sınırına ilişkin çıkarımlar yapılmaya çalışılacaktır. Bilindiği üzere, regülasyona tabi sektörlerde rekabet hukuku uygulamasının nasıl olması gerektiğine yönelik olarak tüm rekabet otoritelerinin benimsediği tek bir yaklaşım biçimi bulunmamakta olup, rekabet hukuku ile sektörel düzenlemeler arasındaki önceliklendirmenin nasıl yapılacağı, güncelliğini koruyan bir tartışma konusudur. Bu bağlamda, seminerde ele alınacak kararlar kapsamında, Kurulun elektrik sektöründe rekabet kurallarının uygulanmasına yönelik yaklaşımı, rekabet hukuku sektörel regülasyon ilişkisine ışık tutan yakın tarihli Danıştay kararları çerçevesinde değerlendirilecektir.

31. Türk ve Karşılaştırmalı Rekabet Hukukunda Anlaşma Kavramı ile İlgili Tartışmalı

Hususlar: Tek taraflı rekabeti kısıtlayıcı davranışları düzenleyen RKHK m.6'nın sadece hâkim durumdaki teşebbüslere uygulandığı, m.7 testine tabi olan birleşmelerin ise dar bir şekilde tanım andığı düşünüldüğünde, RKHK m.4'ün uygulama alanının genişliği, çoğu zaman rekabet açısından sakıncalı bir işleme rekabet hukuku kapsamında müdahale edilip edilemeyeceğini belirlemektedir. RKHK m.4'ün uygulama alanının çizilmesi açısından ise en belirleyici unsur, "anlaşma" kavramıdır. Ancak, somut olayda RKHK m.4 anlamında bir anlaşmanın bulunup bulunmadığının tespiti her zaman kolay olmamaktadır. İspata ilişkin sorunlar bir kenara bırakılırsa, söz konusu tespiti ilişkin zorluk ve tartışmaların, genel olarak "anlaşma" kavramının tanımındaki muğlaklıktan ve somut olaydaki işlem tarafları arasındaki ilişkinin karmaşıklığından kaynaklandığı söylenebilir. İşte bu seminerde, esas itibarıyla Türk ve karşılaştırmalı rekabet hukukunda "anlaşma" kavramının tartışma konusu olduğu söz konusu

sorunlu durumların ele alınması amaçlanmıştır. Bu çerçevede, öncelikle Rekabet Kurulunun ilgili kararları ile karşılaştırma ı hukuktaki önemli kararlar dikkate alınarak "anlaşma" kavramı tanımlanmaya çalışılacaktır. Bir anlaşmanın mevcudiyeti, özellikle teşebbüsler arasında belirli bir bağlantı veya iletişimin söz konusu olduğu, ancak teşebbüsün tek başına karar aldığı durumlarda tartışmalı hale gelebilmektedir. Örneğin, bir teşebbüs tarafından dağıtıcıları arasındaki rekabeti sınırlamak için tek taraflı önlemler alındığı durumlarda, söz konusu teşebbüs ve dağıtıcıları arasında bir anlaşmanın bulunup bulunmadığının tespiti önem taşımaktadır. Seminerde, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın bu konuda vermiş olduğu ADAIAT kararı üzerinde durularak RKHK m.4'ün söz konusu durumlara uygulanabilirliği değerlendirilecektir. Benzer bir değerlendirmenin, teşebbüsler arasında dolaylı bilgi değişiminin gerçekleştiği durumlar açısından da yapılması planlanmaktadır. Seminerin sonraki bölümünde ise, işlem tarafları arasındaki ilişkinin karmaşıklığı sebebiyle RKHK m.4 anlamında bir anlaşmadan bahsedebilmenin tartışmalı hale geldiği hususlar incelenecektir. Bu kapsamda, özellikle bir ortak girişimin iç kararları ve ana teşebbüsleri ile yaptığı işlemlerin anlaşma niteliği tartışılacaktır. Benzer şekilde, birden fazla teşebbüs tarafından kurulan, fakat hiçbir teşebbüsün kontrolü altında bulunmayan kuruluş ve organizasyonların iç ve dış ilişkide gerçekleştirdiği işlemlerin RKHK m.4 kapsamına girip girmediği "teşebbüs birliği" kavramı da tartışmaya dahil edilerek irdelenecektir. Bu konularla ilgili olarak, ilgili Rekabet Kurulu kararlarının yanı sıra, ECJ'in Dow Oiemical kararı ile ABD Yüksek Mahkemesinin Dagher ve American Needle kararlarından bahsedilecektir.

32. Rekabet Kurulunun Pişmanlık Başvuruları Üzerine Aldığı Kararların Analizi: Önceki Kararlar, Pişmanlık Başvurularının Artmasının Önünde Engel mi? Aralık 2015 tarihine kadar Rekabet Kurulu 15 adet pişmanlık başvurusunu karara bağladı. Bu pişmanlık başvuruları kapsamında ilginç sonuçlar ortaya çıktı. Örneğin, bazı pişmanlık başvuruları kapsamında Rekabet Kurulu başvuruya konu eylemlerin ihlal yaratmadığına hükmetti. Bir dosya kapsamında ihlal, "kartel" olarak tanımlanmadı ve pişmanlık başvurusunda bulunan şirket idari para cezası aldı. Bir dosya kapsamında raportörler, pişmanlık başvurusunda bulunan şirketin soruşturma içerisinde Pişmanlık Yönetmeliği'nde belirtilen şartları yerine getirmediğine kanaat getirdiler ve bu şirket hakkında idari para cezası talep ettiler (Kurul sonuç olarak ihlal bulunmadığına karar verdi. Bir başka pişmanlık başvurusunda ihlal olarak Rekabet Kurulu'na sunulan eylemlerin Türkiye piyasalarında etki yaratmadığı ve Kanun kapsamında olmadığı sonucuna ulaşıldı. Ön araştırma başladıktan sonra pişmanlık başvurusu yapılan bir dosyada, raportörler pişmanlık başvurusundan önce, ön araştırma döneminde elde edilen delillerin Kanun'un ihlalini ortaya koymak bakımından yeterli olduğunu ileri sürerek pişmanlık başvurusunda bulunan şirket hakkında idari para cezası talep etti. Kurul ise pişmanlık başvurusunun mevzuata uygun olduğuna hükmederek bu şirkete idari para cezası vermedi. Yukarıdaki satırlar pişmanlık başvurusunda bulunmak isteyen şirketleri, bu başvuruyu yapıp yapmama noktasında bir kez daha düşündürecek nitelikte. Zira bu örnekler, pişmanlık başvurusunda bulunan şirketin bu başvuruyu yapması sebebi ile "pişman olması" dahil, farklı muhtemel sonuçlar yaratıyor. Bu da aslında "pişmanlık" gibi hem hukuki hem de ticari olarak alınması çok zor bir kararı daha da zor hale getiriyor.

33. Yoğunlaşma Denetiminde Davranışsal Taahhütlere Örnek: Bekaert/Pirelli Kararı: Yoğunlaşmaların denetimine dair 2011 yılında kabul edilen Birleşme ve Devralma

İşlemlerinde Kabul Edilebilir Çözümlere İlişkin Kılavuz, hâkim durum riski yaratan birleşmelerin izin alarak hayata geçmesinde önemli rol oynamaktadır. Kılavuz'a göre teşebbüsler, olağan şartlar altında yasak konusu olabilecek bir birleşme için yapısal veya davranışsal taahhütler sunmak suretiyle, işlemin izin almasını sağlayabilirler. Şu ana kadarki uygulamaya bakıldığı zaman, Rekabet Kurulu daha ziyade yapısal taahhütler olarak izin vermektedir. Nitekim mukayeseli hukuktaki uygulama da genellikle buna paraleldir. Fakat kısa süre önce Kurul Bekaert/ Arelli kararı (22.01.2015, 15-04/52-25) ile teşebbüsler tarafından sunulan davranışsa! taahhütleri kabul etmiştir. İşte bu seminer dersinde, yoğunlaşmaların denetiminde önemli işleve sahip taahhüt mekanizmasının ne şekilde işlediği ele alınarak, davranışsa! taahhütlerin hangi şartlar altında kabul göreceği, bu taahhütlerin sunulmasında dikkat edilmesi gereken hususlar Bekaert/Arelli kararı ışığında incelenecektir. Ayrıca bu karar ekseninde "müşteriler için güvenli bölge yaratılması mekanizması" üzerinde durulacaktır.

34. Spor Endüstrisinde Rekabet Hukuku Uygulamaları: Dünya'daki seyrine paralel olarak spor endüstrisi ülkemizde de hızla gelişmektedir. Bunun doğal bir sonucu olarak, spor endüstrisinin rekabet hukuku ile temas ettiği noktalar artmaktadır. Rekabet Kurulu da son yıllarda verdiği kararlarıyla rekabet hukukunu spor endüstrisinde de uygulamakta ve bu endüstrideki bazı uygulamalara yön vermektedir. Bu derste Rekabet Kurulunun yayın hakları, şike uygulamaları, Passolig, federasyonların gelir getirici faaliyetlerindeki uygulamalar, TFF'nin yaş sınırlamaları uygulamaları hakkındaki kararları incelenecektir. Bunun yanında ayrıca Financial Fair Play'in AT Rekabet Hukuku kurallarını ihlal edip etmediğine yönelik yürüyen sürece değinilecektir.

35. Uluslararası Karteller ve Türkiye'deki Etkileri- Etik Doktrini: Rekabet ihlallerinin ihlalin gerçekleştiği ülkeden farklı bir ülkede rekabet kurallarının süzgecine takılması halinde, rekabet kurallarının ülke dışında ne şekilde uygulanacağı konusu gündeme gelmektedir. Bu uygulamanın mümkün olması için söz konusu ülkede etki meydana gelmesi gerekmektedir. Keza 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'unda da yurtdışında mukim, ancak Türkiye'de faaliyet gösteren ve Türkiye pazarındaki rekabeti kısıtlayan teşebbüsle in Kanun kapsamında olduğu düzenlenmektedir. Seminerde, Türkiye dışındaki kartellerin Türkiye'de soruşturulması tartışılacak ve soruşturmada esas alınan kıstaslar, deliller ve zaman aşımı kuramı incelenecektir. Bu türden kartellerde pişmanlık müessesesinin ne derece işler olduğu da tartışılacaktır. Bu kapsamda, Rekabet Kurulunun Is emir, Sun Express/Condor ve İthal Kömür karar arı ve yakın zamanda sonuçlanan demiryolu kargo aracılık hizmetleri soruşturması ışığında etki doktrinin ne şekilde uygulandığı incelenecektir.

36. Güncel Bazı Gelişmeler Işığında Telekomünikasyon Sektöründeki Düzenlemelerin Neden Olduğu Maliyetler ve Rekabet Politikası Açısından Etkileri: Günümüzde bilgi ve iletişim teknolojileri alanındaki aş döndürücü gelişmelerin merkezinde yer alan endüstrilerin başında gelen telekomünikasyon sektörü farklı gerekçelerle ağır bir regülasyona tabidir. Mevcut durumda hem sabit altyapı hem de mobil altyapı üzerinden verilen hizmetleri barındıran telekomünikasyon sektörü sürekli bir değişim ve dönüşüm içindedir. Sektörde sabit taraftaki serbestleşme ve mobil iletişim alanındaki hızlı gelişmeler ile birlikte geline nokta, hem doğrudan doğruya ettiği katma değerle hem de yatay olarak kestiği diğer

sektörlerde neden olduğu verimlilik artışlarıyla ekonomik kalkınma ve büyüme için kritik bir rolü haizdir. Sektörde gerek doğal tekel ve gerekse asimetrik bilginin varlığı nedeniyle ağır bir düzenleyici yapı varlığını artırarak sürdürmektedir. Telekomünikasyon sektöründeki ana düzenleyici kurum Bilgi ve İletişim Teknolojileri Kurumu iken aşırma Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı ilgili politikaların belirlenmesinde kritik bir rol üstlenmektedir. Piyasa ekonomisi modelinde esas ilke rekabet olup, regülasyon daha çok piyasada rekabetin yeterince çalışmadığı ve pazar aksaklık arının bulunduğu durumlarda devreye girmek durumundadır. Ülkemizde telekomünikasyon sektöründeki düzenleyici yapının ve özellikle mikro düzenleme alanlarının bu perspektiften masaya yatırılması ve değerlendirilmesi önem arz etmektedir. Zira belirli bir amaç ile gerçekleştirilen düzenleme, amaçlanan fayda arın çok ötesinde yük getirebilmekte ve kimi durumlarda rekabet üzerinde de önemli olumsuzluklara yol açabilmektedir. Bazı açılardan ise sektörde düzenleme eksikliği veya asimetrik sonuç doğuran düzenlemeler rekabet üzerinde olumsuz sonuçlara yol açabilmektedir. Sunumda klasik telekomünikasyon hukukunda yer verilen ve görece makro düzeyde kalan konulardan (Pazar tanımlamaları, yetkilendirme, spektrum yönetimi vs.) ziyade uygulamaya dayalı ve mikro düzenleme alanlarından yola çıkarak katılımcılara farklı bir rekabet ve regülasyon perspektifi verilmesi hedeflenmektedir.

37. Zorunlu Patentlerde Fiyatlandırma Sorunları: Rekabet Hukukunun, Fikri Mülkiyet Hukuku çerçevesinde korunan değerler bağlamında uygulanması öteden beri tartışmalı bir konudur. Hak sahibi teşebbüslerin piyasa gücüne sahip olduğu bir senaryoda, konu, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesi bağlamında, zorunlu unsur veya mal/hizmet sağlamanın reddi doktrini çerçevesinde ele alınmaktadır. Öte yandan 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 99 vd. hükümleri, patent hakkı sahibinin bazı şartlar altında lisans anlaşması yapmasını zorunlu kılmaktadır. Bu zorunluluğu doğuran gerekçeler arasında rekabetin sağlanması mülahazası yer almaz. Ancak zorunlu lisan sın pratik tatbikinde rekabet hukukuna gereksinim duyulabilmektedir. Burada, hak sahibinin yaptığı fiyatlandırma veya bazı zorlayıcı uygulamalar, rekabet hukukunun müdahalesini haklı kılmaktadır. Bilhassa ilaçlar açısından dan Dünya' da tartışma konusu yapılan bu konu, Türkiye'de de bazı vakalarda rekabet hukuku sorunsalı olarak gündeme gelmektedir. Henüz bir Rekabet Kurulu kararına konu yapılmış olmakla birlikte, yakın dönemde Kurul kararlarına da yansımaları muhtemel olan bu konu, Avrupa Birliği Komisyonu, ABD ve Çin'deki bazı uygulamalar çerçevesinde tartışılacaktır. Özellikle Rekabet Hukuku normlarının, Patent mevzuatı ile öngörülen usuller karşısında uygulama imkânı ve yaptırımların efektif olarak çözüm getirip getirmeyeceği inceleme konusu tartışılacaktır.

Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri 2017

38. Telekomünikasyon Sektöründe Güncel Gelişmeler ve Özellikle Türk Rekabet Kurulu'nun (16-20/326-146 sayılı) Fiber Optik Kablo Kararı: Tebliğ ile Telekomünikasyon sektöründe son dönemde yaşanan rekabet sorunları ele alınacak ve özellikle muhtelif piyasalarda hakim durumda kabul edilen Türk Telekom'un uygulamalarından bahsedilecektir. Rekabet Kurulu son yıllarda Türk Telekom aleyhine muhtelif soruşturmalar açmış olmasına rağmen, bunlardan sadece alt yapı hizmetleri

piyasasındaki dışlayıcı eylemleri konu alan 16-20/326-146 sayılı fiber optik kablo kararında ihlalin varlığına hükmedilmiştir. Geniş bant İnternet piyasasında rekabetin yeniden tesis edilmesi konusunda önemli bir dönüm noktası olmaya aday olan bu karar, rekabet hukukunda tartışmalı olan söz eşme yapmanın reddi doktrini konusunda Rekabet Kurulu'nun güncel tutumunu yansıtmaya açısından da incelenmeye değerdir.

39. Havayolu Dereğülasyonu Başarılı mı? Beklenenler ve Gerçekleşenler: 2003 yılında Türkiye, iç hat tarifeli uçuşlar segmentinde piyasaya giriş engellerini kaldırarak, havayolu endüstrisini dereğüle etti. 2007 yılında gerçekleşen fiyat dereğülasyonu ile birlikte endüstri, tamamen rekabete açıldı. Dereğülasyon ve rekabet, fiyatlarda azalma ve beraberinde talepte patlamaya neden olarak, tüketici refahında artışı beraberinde getirdi. Bu anlamda dereğülasyon ve rekabetin, diğler ülke örneklerindeki benzer sonuçlar gösterdiğini söylemek mümkün. Bununla birlikte, Türk Havayolları'nın (THY) piyasadaki dominant pozisyonunun, dereğülasyon ve rekabetin etkilerinin beklenen düzeyde gerçekleşmesini engellediğini söylemek mümkün. Bu derste, havayolu serbestleştirilmesinin rekabetçi etkileri hem anekdota} hem de ampirik olarak analiz edilecek, gelinen noktada, THY'nin tekel gücünün rekabet üzerinde neden olduğı baskı rekabet hukuku perspektifinden analiz edilecektir. Böylece bir yandan, dereğülasyonun artı ve eksilerini, diğler yandan, piyasa gerçekleşmeleri ile Rekabet Kurulu kararları arasındaki asimetriyi anlamak mümkün olacaktır.

40. Enerji Sektöründe Güncel Rekabet Hukuku Tartışmaları: Enerji sektöründe Avrupa Komisyonu başta olmak üzere dünya rekabet otoriteleri tarafından tartışılan güncel rekabet hukuku yaklaşımları, Rekabet Kurulunun halihazırdaki pozisyonları ile birlikte analiz edilecektir.

41. Türk Rekabet Hukuku'nda MFC Şartı ve Uzlaşma İhtiyacı: Son yıllarda özellikle geniş bandın yayılmasıyla internetin yarattığı yeni hizmetler, bu hizmetlere uygulanan rekabet kurallarını dinamik nitelikteki piyasalara özgü şekillendirmektedir. En çok ses getiren ve Rekabet Kurumu'nun yakın merceğinde olan uygulamalardan biri de online platformların müşterilere yönelik en uygun şartların sağlanması amacıyla sıklıkla koyduğı "En Çok Kayrılan Müşteri Şartı (Most Favored Customer Clause- MFC Şartı)" olarak adlandırılan koşullardır. MFC şartları hakkında yapılan Kurum incelemelerinin başında ise, yakın zamanda ilk kez soruşturmaya tabi tutulan Yemek Sepeti hakkındaki 09.06.2016 tarih ve 16-20/347-156 sayılı Kurul kararı gelmektedir. Bu seminer dersinde, Rekabet Kurulu'nun içtihat niteliğindeki Yemek Sepeti kararına ve bu karar çerçevesinde MFC şartına ilişkin yanlış bilinen doğrulara değinilecektir. Ek olarak, dünyada ilk defa Rekabet Kurumu tarafından cezai yaptırıma tabi tutulan MFC şartları bakımından mehz AB uygulamasındaki uzlaşma mekanizmasına değinilerek, inovasyon yoluyla dinamik etkinlik artışının yaşandığı online pazarlarda rekabet hukukunun ve uzlaşma mekanizmasının klasik endüstrilere kıyasla nasıl uygulanması gerektiğine dair hukuki ve iktisadi analizlere yer verilecektir.

42. Teknoloji Yoğunluklu Sektörlerdeki Birleşmelerin Rekabet Denetiminde Yaşanan Sorunlar ve Çözüm Tartışmaları: Atlantik'in iki yakasındaki rekabet otoriteleri, son dönemde ilaç ve bilişim gibi teknoloji yoğunluklu sektörlerdeki sorunlu birleşmelerle mücadeleyi öncelikli hedefleri arasına almıştır. Ne var ki, klasik rekabetçi koşullara göre

belirlenmiş rekabet hukuku kurallarının, teknolojik yeniliklerin ana rekabet parametresi olduğu dinamik rekabete göre şekillenen söz konusu sektörlerdeki birleşmelerin denetlenmesi açısından uygun olmaması veya yetersiz kalması, rekabet otoritelerinin söz konusu amacı elde etmelerini önemli ölçüde zorlaştırmaktadır. Bu seminer kapsamında, öncelikli olarak teknoloji yoğunluklu sektörlerin özelliklileri açıklanacak, sonrasında ABD ve AB'de son dönemde verilen önemli birleşme kararları da dikkate alınarak bu sektörlerdeki birleşmelerin analizinde yaşanan sorunlar irdelenecektir. Bu bağlamda, ciro eşiklerine ilişkin olarak AB Birleşme Tüzüğü'nde yapılması planlanan değişiklik taslağı da incelenecektir. Sunumun son kısmında ise, Rekabet Kurulunun teknoloji yoğunluklu sektörlerdeki birleşme ere (olası) yaklaşımı ve potansiyel çözümler tartışılacaktır.

43. Rekabet İhlallerinin Sona Erdirilmesinde Taahhüt Yöntemi: 1/ 2003 sayılı Komisyon Tüzüğü'nde uzunca bir süredir yer alan, 4054 sayılı Kanun'un değiştirilmesi çalışmalarında gündeme gelen ve ilgili Taslak'ta yer alan "taahhüt" uygulaması, AB komisyonu tarafından da sıkça kullanılmaktadır. Enerji sektöründeki dikey bütünleşik şirketlerin ayrıştırılması ve uzun dönemli sözleşmelerin sürelerinin kısaltılması için kullanılan bu yöntem, son dönemde Booking ve Amazon kararlarıyla gündeme gelmektedir. Yakın gelecekte de önemini koruyacağı düşünülen taahhüt yöntemi ile bir rekabet incelemesi, taahhüt edilen unsurlara bağlı olarak nihai karar alınmadan sona erdirilmektedir. İhlal tespiti yapılmaması teşebbüslerin avantajı iken, rekabet ihlalinin çok kolay sona erdirilmesi, uzun bir hukuki mücadeleden kaçınmak da Otoritelerin kazancı olmaktadır.

44. Rekabet İhlallerinden Dolayı Yöneticilere Uygulanacak yaptırımlar ve Yöneticilerin Sorumlulukları: Rekabet ve Şirketler Hukuku Mevzuatı Açısından Değerlendirme: Rekabet ihlallerinin merkezinde teşebbüsler adına karar veren yöneticiler yer almaktadır. Gerek en ağır ihlal olarak düşünülen karteller olsun gerekse RKHK'nun 4. veya 6. maddesinden kaynaklanan diğer ihlaller olsun rekabete aykırı davranışlar yönetici pozisyonundaki kişilerin aldıkları kararlar ve uygu amaları sonucu meydana gelmektedir. Fakat rekabet hukuku mevzuatında yaptırımlar temel olarak teşebbüslere uygulanmaktadır. Bu nedenle kısa dönem fayda kaygısı ile hareket eden yöneticiler üzerinde yeterince caydırıcı etki yaratmamaktadır. Bu nedenle de son yıllarda yöneticilere yönelik yaptırım arı artan oranlarda tartışılmaya başlanmıştır. Yöneticilerin, rekabet ihlallerinden dolayı şahsi olarak sorumlu tutulmalarının caydırıcılık açısından önem arz ettiği düşünülmektedir. Yöneticilere yaptırım uygulanması konusu büyük oranda kabul görmek ile birlikte hangi tür yaptırım araçlarının kullanılacağı konusunda görüş birliği yoktur. İdari para cezaları, yönetici olma yasakları gibi araçların yanında cezai yaptırımların da yaygın olarak uygulandığı görülmektedir. Diğer taraftan yöneticilere uygulanacak yaptırımların ve yöneticilerin sorumluluklarının sadece rekabet mevzuatı açısından değerlendirilmesi sorumluluk esaslarını çizmede yeterli olmayacaktır. Açıkça kanuna aykırı davranış arı nedeniyle gerek idari para cezası olarak gerekse özel hukuk tazminatı nedeniyle şirketlerin zarar etmesine neden olan yöneticilerin şirketler hukuku ve sermaye piyasası mevzuatı uyarınca da idari, hukuki ve cezai sorumluluklarının doğması muhtemeldir. Bu nedenle rekabet ihlallerinden dolayı yöneticilerin sorumluluklarının şirketler hukuku ve sermaye piyasası hukuku açısından da son yıllarda yaygın tartışmalara sebep olmaktadır. Bu seminerde Türk hukuku esas alınarak (fakat karşılaştırmalı hukuk sistemlerinden faydalanarak) yöneticilerin rekabet

hukuku, ticaret hukuku ve sermaye piyasası hukukundan kaynaklı sorumlulukları ve yöneticilere uygulanacak yaptırımlar son gelişmeler göz önüne alınarak incelenecektir.

45. Rekabet Kurulu'nun Banka Kararı Uyarınca Açılan Tazminat Davalarının Değerlendirilmesi: Rekabet Kurulunun, 2013 yılında verdiği ve on iki bankanın kredi kartı, kredi ve mevduat hizmetleri alanında fiyat anlaşması yaptığına dair ihlal kararı, tazminat davalarına ilişki yarattığı uygulama pratiği nedeniyle, son dönemde çok tartışılmaktadır. Kararın kesinleşmesi ile birlikte, bankalardan hizmet alan binlerce tüketici, tüketici ve asliye hukuk mahkemelerinde tazminat davaları açmakta ve şu ana kadar bir türlü gelişme imkânı göstermemiş, belirsizlikler ile dolu tazminat hukukunun limitlerini zorlamaktadırlar. Bu seminer dersinde sunum sahipleri, önce bu davalar açısından son derece önemli olan Bankacılık kararının haksız fiil sorumluluğu açısından ne anlama geldiğini irdeleyecekler, akabinde açılan tazminat davalarındaki pratik ve nazari sorunları tartışacaklardır. Bu çerçevede özellikle karardaki ihlal bulgusunu ne anlama geldiği, zararın nasıl hesaplanacağı, müteselsil sorumluluğun uygulanma esasları ve zamanaşımı meselesi tartışılacaktır.

46. Türkiye'de Rekabet Mahkemelerinin Kurulması Çok mu Uzak Bir İhtimal? Avrupa Birliği'ne üyelik sürecinde Türkiye' de 1994 yılında bir rekabet mevzuatı yürürlüğe konulmuş ve bu mevzuatı uygulamakla görevli Rekabet Kurumu kuru muştur. Buna kararın, bazı ülkelerin aksine rekabet hukukundan doğan davaları karara bağlamak üzere uzmanlık mahkemesi niteliği taşıyan bir "rekabet mahkemesi" ise oluşturulmamıştır. Bu sunumda rekabet hukukundan doğan iptal ve tazminat davalarının görüldüğü mevcut mahkeme teşkilatı ortaya koyulmakta, rekabet mahkemelerinin kurulmasının Türk yargı örgütüne ve Anayasaya uygun olup olmadığı tartışılmakta, rekabet mahkemelerinin kurulmasına yönelik bir ihtiyacın bulunup bulunmadığı sorusuna yanıt aranmakta ve Türkiye'de rekabet mahkemelerinin kurulmasına ilişkin önerilerde bulunmaktadır.

47. AFM/MARS Devralma İşleminde Mutlu Son! Rekabet Kurulunun İdari Yargı Kararlarının Gereğini Yerine Getirmesine İlişkin Bir İnceleme: Bu seminer dersi, sinema sektöründe son dönemde yaşanan yoğunlaşma olgusunu ele almaktadır. Bu bağlamda özellikle AFM/Mars devralma işlemine ilişkin olarak Rekabet Kurulunun 17.11.2011 Tarih 11-57 /1473-539 sayılı kararı ve akabinde alınan diğer Kurul kararları, ilgili yargı kararları incelenecek ve Rekabet Kurulu'nun yargı kararının yerine getirilmesinde izlediği yol tartışılacaktır. Şüphesiz bu yapılırken yine Kurum'un Sinema Hizmetleri Sektör Raporu ele alınacaktır.

48. ABC Tipi Bilgi Değişimleri: Genel Çerçeve ve Rekabet Kurulu'nun Güncel Kararları Işığında Uygulamadan Doğan Belirsizliklerin Değerlendirilmesi: Rakipler arasındaki rekabete duyarlı bilgi değişimleri uzun bir süredir rekabet hukukunun en çok tartışılan konularından olmakla birlikte, bu bilgi paylaşımlarının doğrudan değil ortak bir alıcı ya da sağlayıcı vasıtası ile dolaylı olarak gerçekleştirilmesi son dönemde rekabet otoritelerince tartışılan en güncel konulardan biri haline gelmiştir. Bu çerçevede "ABC tipi bilgi değişimi" ya da "hub and spoke karteller" olarak adlandırılan üç taraflı şemada ortak sağlayıcıların ya da alıcı arın rakipler arasındaki bilgi değişimindeki rolü, bu şemadaki bilgi akışının hangi durumda rekabete aykırı hale geldiği ve bilgiyi veren, alan ya da bilgiyi nakleden piyasa oyuncularının rekabet ihlalden sorumlu tutulabilmesinin şartları farklı ülkelerin rekabet

otoritelerinin ve mahkemelerinin kararlarına konu olmuştur. Türk Rekabet Kurumu'nun tüketici elektroniği ve konsol oyunları pazar arında yürüttüğü soruşturma kapsamında da benzer bir üçlü ilişki incelenmiş ve perakendeciler ile sağlayıcılar arasındaki perakende satış fiyatlarına yönelik bazı iletişimler Rekabet Kurulu tarafından 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar kategorisinde değerlendirilmiştir. Bu dersimizde dolaylı bilgi değış eri farklı rekabet otoritelerinin ve üst mahkemelerin emsal oluştı an kararları ve Rekabet Kurulunun güncel kararı ışığında incelenecek ve bu şemanın diğeri rekabet ihlallerinden ayrışan yönleri üzerinde durulacaktır.

49. Uyumlu Eylem Karinesi: Geçmiş Günler Geri mi Geldi? Türk rekabet hukukuna özgü bir kavram olarak uyumlu eylem, ispat yükünü tersine çeviren karine ile birlikte rekabet hukukunun en tartışmalı konu arının başında gelmektedir. Bugüne kadarki uygulamada belirli ölçüde bir istikrar sağlandığı düşünülürken, Rekabet Kurulu'nun 14.01.2016 tarih ve 16-02/44-14 sayılı Ege Bölgesi Çimento kararı uyumlu eyleme ilişkin tartışmaları yeniden gündeme getirdi. BU seminerde Gazete kararından başlayarak Kurul'un uyumlu eyleme yaklaşım ve ispat sorunları ekonomik delillerle ispat konuları ele alınacaktır.

50. Rekabet Kurumunun 20.Yılı: Nereden Nereye? Bu seminer dersinde, Rekabet Kurumu'nun kuruluşundan bu yana geçen süreç içerisinde, nasıl bir evrim gösterdiği, teşkilatlanması, büyüme sancuları, kurumsal işleyişinin nasıl yürütüldüğü ve hangi sorunlar ile karşı aşıldı ı anlatılacaktır. Ayrıca Rekabet Kurulunun rekabet hukuku politikasının şekillendirilmesinde mihenk taşı diyebileceğimiz önemli kararları ve uygulamaları, tarihsel bir perspektif ile ele alınacaktır.

Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri 2018

51. Regülasyon ve Rekabet Hukukunun İşlevine Dair bir Deneme: Sözleşmeli Tarım ve Tavukçuluk Sektörü Özelinde Bir Tartışma: Rekabet hukukunun tarım sektöründe uygulanması her zaman belirsizlikler içeren bir alan olmuştur. Devletin bu sektöre yoğun müdahalesi ve bu müdahalenin altında yatan saiklerin farklılaşması, rekabet hukukunun ne şekilde uygulanacağına dair tereddütleri beraberinde getirmiştir. Hal böyle olmakla birlikte, bu sektör, özellikle alım (alt piyasa) yönü bakımından yoğunlaşma temayülü olan ve rekabet sınırlamalarının sıklıkla yaşandığı sektörlerden de birini teşkil etmektedir. Bu nedenle de rekabet hukukunun etkin bir şekilde uygulanması, tüketici refahı bakımından büyük önem arz etmektedir. İşte bu derste, örnek bazı vakalar ışığında, tavukçuluk ve bazı tarım ürünleri piyasasında rekabet hukukunun nasıl uygulandığı, devlet müdahalelerin görünüm biçimi, bunun rekabet politikası açısından arz ettiği sorunlar tartışılacaktır.

52. Birleşme ve Devralmaların Kontrolünde Gelişmeler ve Trendler: Birleşme ve devralmaların kontrolüne ilişkin olarak Avrupa Birliği ve Türk rekabet hukuku kapsamındaki güncel gelişmeler ve yaklaşımlar ele alınacaktır. Bu kapsamda gerek Rekabet Kurulu gerekse Avrupa Komisyonu tarafından nihai incelemeye alınan güncel yoğunlaşma işlemlerine ilişkin kararlarda kabul edilebilir çözümlere ve inovatif (dinamik) etkinliklere ilişkin değerlendirmeler incelenecektir. Rekabet Kurulunun, küresel seviyede sunulmakla birlikte,

Türkiye’de de etki doğuran kabul edilebilir çözümlere ilişkin yerleşik içtihadı ele alınarak, bu kapsamda gündeme gelebilecek olası yaklaşım değişiklikleri üzerinde durulacaktır. 2017/2 sayılı Tebliğ ile 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalara İlişkin Tebliğ’de yapılan değişiklikler, ilgili Avrupa Birliği mevzuatı ve içtihadı çerçevesinde, uygulamadaki etkileri ile birlikte, değerlendirilecektir.

53. Migros-Tesco Kararı – HTM Perakendeciliğinde Yeni Yaklaşımlar: Rekabet Kurulu Şubat 2017’de Migros tarafından Tesco Kipa’nın devralınması işlemine koşullu izin vermiştir. İşlem, hem dikey hem de yatay anlamda endişelerin gündeme geldiği ve ancak her iki kapsamda taahhütlerin verilebilmesi ile izin alabilen, belki de yılın en zorlu devralma işlemlerinden biri olmuştur. İşlem, her ne kadar 2. faza alınmamış olsa da 8 ay süren alışılmadık dışında uzun bir 1. faz incelemesine tabi kılınmış; bu süreçte bazı itirazlara ve eleştirilere de sahne olmuştur. Rekabet Kurulunun izin kararı birkaç açıdan önem taşımaktadır. Birincisi, bu karar Rekabet Kurulunun HTM perakendeciliği alanında pazar tanımı pratiğini değiştirdiği ve pazar tanımı sınırlarını genişlettiği bir karar olmuştur. Öte yandan, pazar büyümesine yapılan vurgu ve bunun pazar paylarının dinamik analizinin bir parçası haline gelmesi kararın diğer bir kritik ayağını teşkil etmiştir. Son olarak karar kapsamında hem dikey hem de yatay endişeleri hedef alan taahhütlerin kabul edilmiş olması, alıcı şirket bakımından titizlikle yönetilmesi gereken bir taahhütlerin tamamlanması/hayata geçirilmesi sürecini beraberinde getirmiştir. Tüm bu unsurlar kararı, rekabet kurallarının HTM perakendeciliğine uygulanması bakımından yeni bir sayfa açan, bundan sonraki benzer nitelikte işlemlere ışık tutacak bir karar haline getirmiştir.

54. Rekabet Kurumunun elektrik dağıtım sektöründeki son dönem soruşturmaları; ayrıştırma ve hâkim durumları kavramları ışığında bir değerlendirme: Elektrik sektöründe Rekabet Kurumunun kararları ile getirilen ayrıştırma kavramı ekseninde son dönemde yoğun tartışmalar yaşanmaktadır. Büyük elektrik dağıtım bölgelerini elinde tutan Türkiye’nin en büyük enerji grupları üst üste Rekabet Kurumu soruşturmalarına maruz kalmaktadır. Aslında 2005 yılından beri Kurumun kararlarına sık sık konu olan ayrıştırma kavramı, güncel soruşturmalar ekseninde dağıtım şirketlerinin kendileriyle aynı grup içerisinde yer alan tedarik şirketlerini kayırdığı, rakip konumundaki bağımsız elektrik tedarikçileri aleyhine hâkim durumlarını kötüye kullandığı iddiaları ile birlikte ele alınmaktadır. Dağıtım ve perakende faaliyetleri arasında hukuki ayrıştırma yapılmasının gerekleri elektrik sektöründe bir türlü istenilen ölçülerde sağlanamadığından devam eden soruşturmalar kapsamında hâkim durumun kötüye kullanılması, rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılması gibi kavramlarla beraber anılan kavram da ön plana çıkmaktadır. Elektrik sektöründe pazara girişte yaşanan zorluklar ve rekabetçi pazar yapısının oluşturulamamasından kaynaklanan tüm sorunlar Rekabet Kurumu’nun son dönem soruşturmaları kapsamında gündeme gelmektedir. Sonucu ne olursa olun anılan soruşturmalar elektrik sektörünün hem mevcut kronikleşen sorunlarına hem de rekabet hukuku açısından oldukça ilginç hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinden olan rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırmak gibi önemli hususlar ışık tutacak niteliktedir.

55. Ensuring the Effectiveness of Competition Law Enforcement: A Case Study of Cartel Criminalisation: A global trend towards the criminalization of cartel activity can be detected

at present. What was once primarily a US phenomenon has become an international one, with countries as diverse as Australia, Brazil, Israel and the United Kingdom pursuing a policy of cartel criminalization. This presentation aims to explain the primary (theoretical) justification for the use of criminal cartel sanctions (namely, economic deterrence) and to evaluate some of the inherent, challenging problems associated with such sanctions when used to achieve the aim of deterrence of anticompetitive behaviour in practice. In doing so it seeks to provide some insights into how best to ensure that cartel criminalisation improves the effectiveness of a criminalised regime's competition policy.

56. Değişen Ekonomik Modellerin Rekabet Hukuku Yaptırımları Üzerine Etkileri: Son yıllarda dünyadaki ekonomik değişimin hızlanması ve buna dayanarak oluşan teşebbüslerin iş yapış modellerindeki farklılıklar nedeniyle rekabet hukukunda yaptırımların etkinliklerini yitirdiği yönünde tartışmalar artmıştır. Ekonomideki hızlı değişimin sonucu olarak geleneksel rekabet hukuku yaptırımlarının yeni ekonomik modellerin oluşturduğu rekabet ihlallerini önlemede etkin olmadığı anlaşılmıştır. Nitekim rekabet kurumlarının kanunlardan aldıkları sınırları belirlenmiş yetkiler çerçevesinde uyguladığı yaptırımlar, kanunların temel amacı olan rekabetçi piyasa modeline ulaşmayı sağlamada etkisiz kalmaktadır. Bu nedenle de son yıllarda dünyada rekabet ihlallerine uygulanacak yaptırım politikalarında önemli değişiklikler öngörülmektedir. Diğer bir deyişle rekabet hukuku tıpkı iş dünyasındaki “sanayi 4.0” “dijital dönüşüm” “yapay zekâ” gibi yeni modellere dayanan yapılara uyum sağlama zorunluluğunu hissettiği için yeni yaptırım modelleri ile geleneksel yaptırım modellerini geliştirme çabasına girmiştir. Bu seminerde rekabet yaptırımlarının geçmişi, mevcut uygulaması ve uygulamadaki olaylar ve karşılaştırmalı hukuktaki örnekler temel alınarak tartışılacaktır.

57. Rekabet Hukuku ve Telif Hakları Politikası Bakımından Sanatta Yaratıcılık Nasıl Bir Uygulama? Tebliğin konusunu, rekabet hukuku kapsamında sanata ilişkin hususların ele alınışı oluşturmaktadır. Seminerde, konunun daha iyi anlaşılmasını sağlamak adına, öncelikle telif hukuku kapsamında sanat eserlerine tanınan koruma, meslek birliklerine ilişkin düzenlemelerle birlikte açıklanacaktır. Sonrasında ise, sanat eserlerine ilişkin bazı piyasalardaki rekabetçi endişeler ve Türk hukuku ve karşılaştırmalı hukukta bu endişelere karşı yaklaşımlar incelenecektir. Bu inceleme kapsamında, sanatsal gelişim ve çeşitlilik üzerindeki etkilerin, ekonomik refaha odaklanan rekabet hukuku değerlendirilmelerinde ne ölçüde dikkate alınması gerektiği de tartışılacaktır.

58. Intel Kararı- Hâkim Durum Dosyalarında Etki Analizinin Önemi: Hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin incelemelerde, rekabete aykırı anlaşma ve uyumlu eylemlerdeki gibi bir muafiyet seçeneği ya da “per se” ve “rule of reason” gibi kavramların yokluğu sebebiyle, inceleme konusu eylemlerin olumlu ve olumsuz etkilerinin karşılaştırmalı değerlendirmesinin ne ölçüde yapılabileceği öteden beri tartışılmalıdır. Nitekim AB Komisyonu ve akabinde Rekabet Kurumu, bu tartışmalara biraz olsun yön vermek amacıyla, en sık rastlanılan ihlal türlerinden olan dışlayıcı kötüye kullanma niteliğindeki davranışların değerlendirilmesine ilişkin kılavuzlar yayımlamışlardır. Ancak şüphesiz ki konu güncelliğini yitirmeden tartışılmaya ve içtihatlarla gelişmeye devam etmektedir. Bu kapsamda, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 6 Eylül 2017 tarihli “Intel” Kararı konuya ilişkin önemli dönüm

noktalarından biri olmuştur. Adalet Divanı, ilgili kararında, AB Komisyonu tarafından Intel'e kesilen (o tarihte bir hakim durum dosyasında verilen en yüksek miktarlı ceza olan) 1,06 Milyar Avro para cezasını iptal ederken konuya ilişkin önemli ve yeni bir içtihat geliştirmiştir: Hakim durumdaki teşebbüsler tarafından alıcılara münhasırlık koşuluyla yapılan indirimlerin doğrudan hukuka aykırı olarak kabul edilmemesi, münhasırlık koşulu içermese de bu sonuca yol açabilecek indirimlerde ("sadakat indirimleri"nde) olduğu gibi, söz konusu indirimlerin piyasadaki rekabet üzerindeki olumlu ve olumsuz etkilerinin birlikte analiz edilmesi gerekliliği kabul edilmiştir. Sunumumuzda, Adalet Divanı'nın konuya ilişkin geçmiş içtihatlarından da ("Hoffman-La Roche", "Michelin II" vb.) bahsederek hakim durum dosyalarındaki etki analizi yaklaşımın yıllar içindeki gelişimi, Intel kararı ile getirilen yeni kriterin içeriği ve unsurları, ayrıca söz konusu kararın bundaki sonraki süreçte rekabet hukuku uygulaması bakımından olası sonuç ve etkileri üzerinde durulacaktır.

59. Avrupa Adalet Divanı'nın C-177/17 AKKA/LAA Kararı Sonrası AB Rekabet Hukuku'nda

Aşırı Fiyatlandırma Bakımından Geline Son Nokta ve Türkiye İçin Çıkarımlar: Piyasada tekel durumunda ya da hâkim durumda olan bir teşebbüsün, aşırı satış fiyatları uygulaması rekabet hukuku bakımından çeşitli problemleri beraberinde getirmektedir. Rekabet otoritelerinin aşırı fiyatlandırma uygulamalarını önlemeyi hedef alması gerekip gerekmediği konusundaki tartışma varlığını sürdürürken, bir fiyatın aşırı olup olmadığının nasıl tespit edileceği noktasında da görüş birliği bulunmamaktadır. Avrupa Adalet Divanı'nın 14 Eylül 2017 tarihinde verdiği *Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra/Latvijas Autoru apvienība' v Konkurences padome* (AKKA/LAA) kararı, aşırı fiyatlamaya ilişkin sorunları yeniden gündeme getirmiştir. Bu seminer kapsamında, öncelikli olarak aşırı fiyatlandırma hem mahkemelerin hem de doktrinin farklı yaklaşımları ışığında tanımlanacak ve fiyatın aşırı olup olmadığını belirlemede kullanılan kriterler incelenecektir. Sonrasında AB'de verilen aşırı fiyatlamaya ilişkin önemli kararlar dikkate alınarak aşırı fiyatlandırma analizinde yaşanan sorunlar ele alınacaktır. Bu bağlamda, AKKA/LAA kararı ile Avrupa Adalet Divanı'nın hangi noktalarda daha açık bir tavır aldığı ve hangi noktaları Üye Devletlerin rekabet otorite ve mahkemelerinin uygulamasına bıraktığı irdelenecektir. Seminerin son kısmında ise, Türk Rekabet Kurulu'nun aşırı fiyatlamaya ilişkin yaklaşımı ve Avrupa Adalet Divanı'nın AKKA/LAA kararında vurguladığı ilkelerin Türk Rekabet Hukuku'na olası yansımaları tartışılacaktır.

60. Dışlayıcı Uygulamalara İlişkin Son Dönem Kurul Kararlarının Değerlendirilmesi:

Son dönemde hâkim durumdaki firmalara yönelik soruşturma sayısında ciddi bir artış dikkat çekiyor. Sadece 2017 yılında hâkim durumu kötüye kullanma unsuru içeren 14 soruşturma açıldı ve 6 soruşturma karara bağlandı. İhlal olup olmadığı dahi sürekli tartışılan aşırı fiyat nedeniyle aynı ay içerisinde iki soruşturma açıldığına dahi tanıklık edildi. Bu tablo hâkim durumdaki firmaların işinin daha zorlaştığına işaret ediyor. Hemen her sektörden hâkim durumda bulunan firmalar mal vermeyi reddetme, indirim sistemleri gibi dışlayıcı uygulamalar nedeniyle soruşturmalarla karşı karşıya kaldılar. Bu kadar çok soruşturma açılması "Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz"un da yeterli bir yol gösterici olup olmadığı sorusunu akla getirmektedir. Bu seminer kapsamında hâkim durumdaki firmaların dışlayıcı davranışlarına yönelik son dönem Kurul kararları ele alınacaktır. Mey İçki I ve II,

Luxottica, Ankara Fuar gibi kararlardaki ihlal tespitleri gerek Kurulun önceki uygulamaları gerekse Dışlayıcı Uygulamalarına İlişkin Kılavuz kapsamında karşılaştırmalı olarak ele alınarak hâkim duruma karşı değişen yaklaşımın nedenleri ve muhtemel sonuçları tartışılacaktır.

61. Veri ve Rekabet Hukuku: Veriye Dayalı Ekonomi Rekabet Hukukunda Değişiklik

Gerektiriyor Mu? Tebliğde öncelikle gelişen teknolojiler açısından verinin önemi ve verinin ekonomik düzende yaratacağı düşünülen değişikliklere değinilecek ve verinin “büyük veri” olarak kabul edilebilmesi için taşınması gereken özelliklere vurgu yapılacaktır. Daha sonra veriye dayalı bir ekonomik düzenin doğuracağı etkinliklere ve bu düzende yaşanması muhtemel olası dışsallıklara değinilecektir. Son olarak, veriye dayalı pazarlarda rekabet hukukunun üç ayağı açısından halihazırda kullanılan rekabet hukuku enstrümanlarının değişmesinin gerekip gerekmediği incelenecektir. Özellikle; birleşme devralmaların kontrolü açısından, bildirilebilirlik eşikleri ve pazar tanımlarına konusunda; hakim durumun kötüye kullanılması açısından, verinin dışlayıcı bir sonuç yaratacak şekilde kullanılıp kullanılmayacağı, bu pazarlarda “essential facilities” doktrininin uygulama alanı bulup bulamayacağı konusunda; ve anlaşma ve danışıklı hareket açısından, veri ve yapay zeka kullanılarak yapılacak bir danışıklılığın rekabet hukuku sorumluluğu doğurup doğurmayacağı konusundaki güncel tartışmalara değinilecektir.

62. Algoritma ve Rekabet Hukuku: 4. Madde İhlallerinin Dijital Görünümleri:

Teşebbüsler online platformlar üzerinden satış yaparken, gelişen teknolojiyle ortaya çıkan daha iyi veri toplama ve analiz etme teknikleri ile fiyata etki eden değişkenleri daha kolay analiz edebilmekte ve satış fiyatlarını da anlık olarak çok düşük maliyetlerle değiştirebilmektedir. Fiyat optimizasyonlarının algoritma tabanlı programlar aracılığıyla etkin bir şekilde yapılabilmesi, algoritmik fiyatlandırma da denen bu yöntemin kullanımının yaygınlaşmasına sebep olmaktadır. Bu durum ise, teşebbüslerin algoritmaları pazardaki rekabetçi yapıyı kendi lehlerine bozmak amacıyla kullanabileceği noktasında bir hassasiyet yaratmaktadır. Fiyatlandırma algoritmaları, etkinlik kazanımlarının yanı sıra, teşebbüslere rekabet karşıtı davranışlarda bulunmak adına yeni fırsatlar da sunmaktadır. Algoritmalar rekabet karşıtı bir anlaşmanın uygulanmasında araç olarak kullanılabilir gibi, bir anlaşma olmaksızın salt pazarda yaygın kullanıma bağlı olarak fiyatı rekabetçi fiyatın üzerinde dengeleyen bir koordinasyon sonucu da doğurabilir. Hatta öz-öğrenimli algoritmaların deneme yanıtı yoluyla hiçbir insan iradesi bulunmasa dahi koordinasyonu optimal strateji olarak belirlemek suretiyle tüketici refahını azaltmaları mümkündür.

63. Ortaklıklar Hukuku Teorisi Ekseninde Rekabet Hukuku Uygulamasında Gündeme

Gelebilecek Önemli Sorunlar: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (“TK”) ticaret ortaklıkları ile ilgili genel hükümleri ve özellikle anonim ortaklıklar bağlamında öngörülen çeşitli hükümlerinin, rekabet hukuku ile ilişkisi perspektifinden irdelenmesi gereken çok sayıda önemli sorunu bünyesinde barındırdığı söylenebilir. Genelde tüm ticaret ortaklıkları açısından uygulama alanı bulan yapısal değişiklikler (TK md. 134-194) ve ortaklıklar topluluğu (TK md. 195-209) ile ilgili hükümlerden; özelde birleşme devralma rejiminin geçerliliği açısından önem arz eden tescilin düzeltici etkisi (TK md. 353), yönetim kurulu üyelerinin temsil yetkisinin kapsamı (TK md.371), ortaklıkla işlem yapma (TK md. 395) ile

rekabet yasağı (TK md. 369), genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü (TK md. 445-451), pay devirlerinin sınırlandırılması (TK md. 491-501) ve nihayet, yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğuna ilişkin olarak gündeme gelebilecek sorunlar (TK md. 549-561) bu kapsamda öncelikli olarak değerlendirme konusu haline getirilecektir. Bununla birlikte güncelliğini muhafaza eden sorunlar olarak; birleşme devralma rejimi bakımından azınlık paylarının devri sorunu, kontrol kavramı açısından ilgili ikincil mevzuatta öngörülen istisnai düzenlemeler ve konu ile olan irtibatı dolayısıyla haksız rekabet hukuku ile rekabet hukuku arasındaki ilişki başta olmak üzere, güncel konulara ilişkin önemli sorunlar hakkında genel bir bakış açısı oluşturulmaya çalışılacaktır.

64. Rekabet Kurulunun Banka Soruşturmaları Çerçevesinde 4054 Sayılı Kanun'un 4. Maddesinin Rekabet Hukuku Tekniği ve Politikası Bakımından Uygulanması Üzerine Bir Tartışma: Rekabet Kurulunun bankacılık endüstrisinde gerçekleştirdiği üç soruşturma neticesinde alınan kararlar (07.03.2011 tarih ve 11-13/243-78 sayılı Banka I Kararı, 08.03.2013 tarih ve 13-13/198-100 sayılı Banka II Kararı, 28.11.2017 tarih ve 17-39/636-276 sayılı Banka III Kararı); bankacılık endüstrisinin önemi, verilen cezaların teşebbüs cirolarının yüksek olmasından dolayı ulaştığı yüksek parasal değerler ve varılan sonuçların hukuki tartışmaları beraberinde getirmesi dikkate alındığında, 20 yıllık Türk rekabet hukuku uygulamasının belki de en önemli kararları olarak ifade edilebilecektir. Öncelikle her üç kararın da uzun dönemli ihlal tespitlerini içerdiği ve özellikle Banka II ve Banka III Kararları'ndaki ihlallerin Türk rekabet hukukundaki devam eden uzlaşma tanımı bakımından büyük önem taşıdığı belirtilmelidir. Ayrıca her üç karar da ihlalin "kartel" mi, yoksa kartel harici bir yatay ihlal olarak "diğer ihlaller"den mi olduğu yönündeki yoğun tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Tekerrür ve cezaya esas alınacak ciro değerlendirmeleri de söz konusu kararların yalnızca hukuki analizinde değil uygulamamızın yaptırımcılık politikası değerlendirmesinde de hep en temel konular arasında yer almıştır. Örneğin, Banka I Kararı'nda Rekabet Kurulu yalnızca ilgili ürün pazarından elde edilen cirodan ceza vermişken, Banka II Kararında tüm ciroyu esas almıştır. Keza Kurul, Banka II Kararı'nda tekerrür hükümlerini uygulamamışken, Banka III Kararı'nda tekerrür hükümlerinin uygulanması sonucuna ulaşmıştır. Ayrıca, Rekabet Kurulunun 2017 Kasım ayında "Kurumsal Bankacılık" alanında cezaya hükmettiği Banka III Kararı'na ilişkin süreçlerin bir pişmanlık başvurusu ile başlaması ve pişmanlık başvurusu yapan teşebbüse cezadan tam muafiyet sağlanması, bankacılık alanındaki kararların Türk rekabet hukuku uygulamasındaki önemini bir seviye daha ileriye taşımıştır. Belirtilen bu hususlar çerçevesinde her üç kararın da hukuki bir analizi yapılacak ve ayrıca bu hukuki analizin de ötesinde, kararların rekabet hukuku politikasını belirleyen özellikleri tartışma konusu olarak katılımcılara sunulacaktır.

Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri 2019

65. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Yapılması Düşünülen Değişiklikler Hakkında Bazı Gözlemler: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun yürürlüğe girdiği 1994 yılından bu yana muhtelif değişikliklere uğramış ve kanuna ilişkin değişiklik önerileri neredeyse hiçbir zaman gündemden düşmemiştir. En son 2014 yılında kapsamlı bir değişiklik teklifi hazırlanmış, ancak kamuoyunda da tartışma konusu olmasına rağmen bu

metin yasalaşmadan hükümden düşmüştür. Basına yansıdığı kadarıyla Ticaret Bakanlığı nezdinde yeni bir değişiklik önerisi hazırlanmıştır ve bu metnin 2019 yılı içerisinde yasalaşması hedeflenmektedir. Daha önceki yasama çalışmalarını temel alan bu metin çok sayıda değişiklik içermese de Kanunun önemli bazı hükümlerinde yenilikler getirmektedir. İşte bu derste amaçlanan bu değişikliklerin neler getirdiğini ele almak ve esasen bizce değişiklik yapılması gereken maddeleri de tartışmaya açmaktır.

66. 21 Yıllık Rekabet Hukuku Uygulamasında Esastan İptal Edilen İlk Kartel Cezası: Ege Bölgesi Çimento Kararı - Mahkemenin Uyumlu Eyleme Dair İktisadi Yaklaşımının

Analizi: Rekabet Kurulunun Ege Bölgesi'nde faaliyet gösteren altı çimento üreticisini, pazar paylaşımı ve fiyat tespitine dair uyumlu eylem içinde oldukları gerekçesiyle idari para cezasına çarptırdığı 14.01.2016 tarih ve 16-02/44-14 sayılı kararına karşı, ihlale taraf olduğu ileri sürülen çimento üreticileri tarafından iptal davaları açılmıştır. Kurul, bahsi geçen kararda ihlalin gerçekleştiği iddia edilen dönemdeki rekabetçi parametreleri (özellikle fiyat hareketleri ve teşebbüslerin satışlarını gerçekleştirdikleri coğrafi bölgeler), ilgili dönemin öncesi ve sonrası ile karşılaştırmış ve ağırlıkla iktisadi veriler üzerinden hareket ederek 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ("Rekabet Kanunu") 4. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Rekabet Kurulunun kararı ertesinde açılan iptal davasında, Ankara İdare Mahkemesi, Türk rekabet hukuku tarihinde eşine ender rastlanacak bir tutum sergileyerek ilgili kararında iktisadi savunmaları detaylı olarak incelemiştir. Mahkeme, bu savunmalar çerçevesinde Rekabet Kurulunun ispat standardını yerine getiremediğine hükmetmiş ve davacı aleyhine uygulanan idari para cezasını iptal etmiştir. Ankara İdare Mahkemesi'nin iptal kararı, 21 yıllık rekabet hukuku uygulamasında Türkiye'de bir idare mahkemesinin, Rekabet Kurulu'nun kartel sebebi ile idari para cezası uyguladığı bir işlemi esasa dair bir sebeple (ispat standardı) iptal ettiği ilk karardır ve bu nedenle Türk rekabet hukuku uygulaması bakımından bir milat olarak değerlendirilebilecektir. Uygulamalı Rekabet Hukuku Semineri kapsamında sunulacak tebliğde, öncelikle Rekabet Kurulu tarafından yürütülen soruşturma kapsamında yer alan bulgular ışığında Rekabet Kurulu'nun kararı incelenecektir. Akabinde ise bahsi geçen iptal kararında, Mahkeme tarafından yapılan değerlendirmeler ele alınacaktır.

67. Rekabet İhlallerine İlişkin Soruşturmalar ve Para Cezaları:

Rekabet Kurulunun 20 Yılı'nın Bilançosu: Piyasalardaki rekabet ortamının sağlanması, korunması ve geliştirilmesi amacına ulaşmak için 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da belirlenen temel araçlardan biri ve muhtemelen en önemlisi, yürütülen soruşturmalar sonucunda Kanun'u ihlal ettiği tespit edilen teşebbüslere idari para cezası uygulanarak caydırıcılığın sağlanmasıdır. 20 yıllık süre zarfında, rekabet ihlallerine yönelik olarak yürütülen bu soruşturmalar sonucunda önemli bir bilgi birikimi ve içtihadın oluştuğu söylenebilir. Ancak Türkiye uygulamasında, tüm soruşturma kararlarını genel bir bakış açısıyla inceleyen ve bunların istatistiksel analizini yapan bir çalışmanın eksikliği hissedilmektedir. Bu eksikliği gidermek adına yakın zamanda yayımlanan "Rekabet İhlallerine İlişkin Soruşturmalar ve Para Cezaları: Rekabet Kurulu'nun 20 Yılı'nın Bilançosu" başlıklı kitapta incelenen konular çerçevesinde seminerde, Rekabet Kurumu'nun yürüttüğü soruşturmaların ve uyguladığı idari para cezalarının istatistiksel bir analizi ve tarihsel bir bakış açısıyla özeti yapılacaktır. Bu bağlamda öne çıkan başlıklar şu şekilde sıralanabilir:

- Raportör görüşünün Rekabet Kurulu kararına etkisi,
- Soruşturmalarda öne çıkan ihlal iddialarının türleri,
- Mahkeme kararı üzerine başlatılan soruşturmalarda yaşanan artış,
- Önceliklendirme mekanizmasına duyulan ihtiyaç,
- Soruşturmaların tamamlanma süresi,
- Ceza oranları ve bunların ihlal türlerine göre ortalaması,
- Ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerin uygulanma sıklığı ve türleri,
- Para cezalarında asgari limite gerek olup olmadığı,
- Pişmanlık başvuruları,
- Yöneticilere ve çalışanlara uygulanan para cezaları.

Rekabet Kurulu'nun geçmiş dönem uygulamaları ve tarihçesi hakkında bilgi edinmek isteyenler için söz konusu seminer, kaçırılmayacak bir fırsat olarak görülebilir.

68. Sinema Sektöründe Neler Oluyor? Rekabet Hukuku ve Politikası Açısından Bir Değerlendirme ABD, AB ve Türk Rekabet Otoritelerinin Davranışsal Taahhütlere İlişkin Güncel Kararlarına Dair Mukayese:

Bir süredir, Mars AFM grubu ile film yapımcıları ile arasında yaşanan ihtilaf, kamuoyu gündemini meşgul etmektedir. Görünürde sorun, sinema gelirlerinin, yapımcı ile perakendeci sinemalar arasında nasıl paylaşılacağı ile ilgilidir. Ancak sorunun özü tabii ki bu değildir. Sorun, Mars AFM'nin devri ile su yüzüne çıkan ve ağırlaşan bir tekelleşme sorunudur ve ne yazık ki bu sorunun ortaya çıkışında Rekabet Kurulunun önemli bir payı vardır. 2011 yılında izin verilen Mars AFM devralması, hâlihazırda zaten yoğunlaşmış olan sinema perakendeciliğinin tekelleşmesine yol açmış ve alınan taahhütler de bu sorunun çözümü için yeterli olmamıştır. Sonraki süreçte de, bu endüstrideki sorunlara dikkat çeken bir rapor kaleme alınmış ancak sorunları giderici bir adım atılamamıştır. Geline nokta, rekabet karşıtı sorunların, sadece tüketici seviyesinde değil, üretim (yapımcı) seviyesinde de olduğu görülmekte ve bu esasen, kültür politikalarını etkileyecek bir ağırlıkta kendini hissettirmektedir. Tebliğ ile önce Türk sinema endüstrisinin kısa gelişiminden bahsedilecek, akabinde bizleri mevcut duruma getiren süreç (Kurul kararları ışığında) ele alınacaktır. Ayrıca bundan sonraki dönemde, tekelleşmenin üst piyasalar bakımından yarattığı sorunların ne şekilde hafifletileceği tartışma konusu yapılacaktır.

69. ABD, AB ve Türk Rekabet Otoritelerinin Davranışsal Taahhütlere İlişkin Güncel Kararlarına Dair

Mukayese: Birleşme veya devralma işleminin yaratacağı rekabet karşıtı etkilerin bertaraf edilmesi amacıyla işlemde belirli düzeltmeler veya değişiklikler yapılabilmektedir. Böylece rekabet otoriteleri birleşme veya devralma işlemi yasaklamak yerine anti-rekabetçi etkilerin bertaraf edilmesi için taraflarca önerilen taahhütlerin yerine getirilmesi koşuluyla işleme izin verebilmektedir. Bu sayede işlemde elde edilmesi olası etkinliklerle birlikte pazardaki rekabetin korunması sağlanabilmektedir. Çözüm olarak kabul edilebilir söz konusu taahhütler kural olarak ikiye ayrılmaktadır: yapısal taahhütler ile davranışsal taahhütler. Yapısal taahhütler, genellikle belirli bir iş biriminin elden çıkarılmasına, davranışsal taahhütler ise birleşik teşebbüsün gelecekteki pazar davranışlarının düzenlenmesine yöneliktir. Dünyada rekabet otoritelerince kural olarak yapısal taahhütlerin etkili bir çözüm yolu olduğuna inanılmaktadır. Öte yandan, son dönemde davranışsal taahhütlerin de dünya

çapında öne çıktığı dosyalar dikkat çekmektedir. Dolayısıyla bildiri kapsamında ABD, AB ve Türk Rekabet otoritelerinin davranışsal taahhütlere ilişkin yaklaşımları incelenecek ve söz konusu otoritelerin güncel kararlarına dair mukayese yapılacaktır.

70. Alıcıların İnternette Satışlarına Getirilebilecek Kısıtlamalar: Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'da Ne Değişti? Neden Değişti? Ne Değişebilir? Rekabet Kurumu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'da yapmayı planladığı değişiklikleri Temmuz 2017'de kamuoyunun görüşüne açmış, Aralık 2017'de konuya ilişkin bir çalıştay düzenlemiş ve Mart 2018'de yeni Kılavuz'u yayımlamıştır. Anılan süreçte en yoğun tartışmaların alıcıların internette satışlarına getirilebilecek kısıtlamalara ilişkin yaşandığı gözlenmiştir. Bu bağlamda sunumda, Rekabet Kurulu, AB ve AB üyesi devletlerdeki kararlar ile AB Komisyonu'nun E-Ticaret sektör araştırması ışığında, konuya ilişkin tartışmalar ve Kılavuz'da yapılan değişikliğin olası etkileri, uygulamadan örneklerle değerlendirilecektir.

71. Sivil Havacılıkta Rekabet Hukuku Uygulamaları: Dünyadaki hâkim ekonomi politikasının gelişimi ve beraberindeki sektörel talepler havacılık hukukunun tadilini ve belli noktalarda dönüşümünü zorunlu kılmıştır. Bu çerçevede havacılık hukuku, özellikle son 40 yılda dünyadaki egemen anlayışa uygun olarak üzerinde liberal ekonomi politikalarının tatbik edildiği bir saha olmuştur. Dolayısıyla daha önce gerek havayollarıyla gerekse havaalanlarıyla devletlerin doğrudan teşebbüste ve yönetimde olduğu sektör, her geçen yıl daha fazla ticarileşmiş ve özelleştirilmiştir. Piyasa ekonomisine dayalı bir sektör arzusu, bu ekonominin dayandığı temel ilkeyi, yani ekonomik ilişkilerin rekabet odaklı olduğu varsayımını da beraberinde getirir. Bu düzlemde sunumumuz, öncelikle Dünya'da ve Türkiye'deki havacılık hukukunun dönüşümünde, rekabet ilişkilerini ve onun hâkim ilkelerini tespit etmeyi amaçlamaktadır. Bu hedef doğrultusunda uluslararası havacılıktaki hâkim yapının başat aktörleri ABD ve AB'nin ilgili hukuk düzenlemeleri ve rekabet politikaları irdelenecektir. Daha sonra, uluslararası ikili sivil havacılık anlaşmalarının rekabet hukuku açısından değerlendirilmesi ve ikili hava ulaştırma anlaşmalarının hava yollarının network oluşturması ve devlet otoritesinin bu anlaşmalar neticesinde elde edilen uçuş haklarını eşit ve adil olarak havayolları arasında paylaşmaması durumunda bunun havacılığa ve rekabete etkileri özel olarak irdelenecektir. Son olarak havacılıktaki rekabet uygulamaları ve ulusal/uluslararası kararlar incelenecektir.

72. Rekabet Hukuku Perspektifinden İstanbul (Üçüncü) Havalimanı: Türkiye her geçen yıl büyüyen havayolu ile yolcu ve eşya taşıma pazarlarında daha da rekabetçi bir konuma gelebilmek ve İstanbul'da hem bireysel kullanıcılardan hem de uluslararası hub olarak transit kullanıcılardan gelen artan talebi karşılamak için dünyanın en büyük havalimanlarından birisini inşa etmiştir. İstanbul Havalimanı olarak adlandırılan havalimanı 2018 yılı sonlarında ilk kez kullanıma açılmış olup 2019 yılı başından itibaren tam kapasite kullanılmaya başlanacaktır. Havalimanının işletmesi 5 teşebbüsün bir araya geldiği ortak girişim şirketine 25 yıl için ihale edilmiştir. Ortak girişimin amacı yıllık kira bedelini ödedikten sonra kalan gelirden kar elde etmektir. Bu nedenle de ortak girişim şirketinin gerek kendisine bırakılan tekel haklarını kullanırken gerekse rekabete açık mal ve hizmet sunumlarından kaynaklı olarak kar güdüsü ile hareket etmesi beklenmektedir. Havalimanları gerek ülke gerekse bulunduğu şehir açısından önemli rekabetçi katkılar sunmaktadır. Tüketicilerin refah

seviyesini artırmakta ve ekonominin canlanmasına katkıda bulunmaktadır. Bu nedenle de hem teşebbüsler hem de tüketiciler için etkin ve rekabetçi bir işleyişin oluşması büyük öneme sahiptir. Havalimanlarının işleyişinde gerek havalimanının içerisindeki alt pazarlar açısından gerekse havalimanının dışından havalimanına hizmet sağlayan (havalimanına yolcu taşıma, yakıt taşıma vs.) birçok alt pazarı bir araya getiren ağ sistemi söz konusudur. Bu pazarlardan birçoğu doğal ve/veya yasal tekeller barındırdığı için yoğun düzenlemeye tabidirler. Bu düzenlemelerden bazıları ihale şartnamesinde yer almakta iken diğer düzenlemeler ise farklı düzenleyici kurumlar tarafından yapılmaktadır. Sonuç olarak havalimanlarının işleyişinde gerek doğal ve yasal tekel haklardan kaynaklı olarak gerekse piyasanın kendine özgü oligopol yapısından kaynaklı olarak çok sayıda hâkim durumda teşebbüsün varlığı yaygın gözlemlenen bir durumdur. Her ne kadar birçok tekel bulunsun da birçok alt pazar ise rekabete açıktır. Havalimanlarında çok sayıda alt pazarın (yolcu ve eşya taşıma, yer hizmetleri, uçak yakıtı, yiyecek, otopark, bakım ve tamir gibi) pazarlarda birden fazla teşebbüsün faaliyet göstermesi normal uygulamadır. Alt pazarlardan rekabete açık olanlarda teşebbüslerin serbestçe rekabet etmesinin sağlanmasının amacı tüketici refahının sağlanmasıdır. Fakat rekabete açık alanlarda yerleşik teşebbüslerin davranışlarının rekabeti kısıtlayıcı nitelikte olması çok yaygın bir davranış olup geçmişte bu hususta çok sayıda rekabet hukuku ihlali olduğu görülmektedir. Hâkim durumdaki teşebbüsler sundukları mal ve hizmetlerde (yolcu ve kargo taşıma gibi) sömürücü ve dışlayıcı davranışlarda bulunabilmektedirler.

73. İnsan Kaynaklarında Rekabet Hukuku Uygulamaları: İşçi ve işverenin arz ve talebi oluşturduğu işgücü piyasalarında, işe alım için benzer özellikler taşıyan adayları arayan şirketler, rekabet hukuku anlamında rakip sayılırlar. Rekabet hukuku kuralları, 'işgücü alım pazarı'nda da tıpkı diğer pazarlarda olduğu gibi uygulanmalıdır. Sunulacak bildiriye, işgücü piyasasında özellikle insan kaynakları departmanlarının rekabeti kısıtlayıcı her tür davranışı (işe alım, performans, ücret, promosyon, prim uygulamaları gibi), insan kaynakları departmanlarının bilgi değişimi (özellikle ücrete ilişkin veriler), birbirlerinin çalışanlarını istihdam etmemeye ilişkin anlaşmalar (no poaching agreements) rekabet hukuku açısından değerlendirilecek, Rekabet Kurumu kararları yanında ABD'deki ve AB'deki içtihatlar tartışılacaktır. İnsan kaynakları alanında rekabet hukuku uygulamalarının geçmişi çok eskiye dayanmamaktadır. Konu ilk olarak doksanlı yılların başında Amerika'da tartışılmaya başlanmış, FTC'nin 1992 ve 1994 yılında sağlık sektöründeki ücret sabitlemesi dosyalarıyla ilk içtihat oluşmuştur. Daha sonra Silicon vadisindeki bilişim şirketlerinin birbirinden eleman almama konusundaki centilmenlik anlaşmalarıyla rekabet hukukunun insan kaynaklarındaki uygulamaları farklı bir boyutuyla tartışılmış ve söz konusu şirketler 2015 yılında toplam 415 milyon dolar tazminat ödemek zorunda kalmışlardır. ABD'de bu gelişmeden sonra Department of Justice (DoJ) ve FTC 2016'da beraber yayınladıkları 'antitrust guidance for human resource professionals' ile istihdam piyasalarındaki rekabet ihlallerine karşı sert tutumun sürdüreceğinin ve özellikle rekabet yasağı, ücret sabitleme, rekabeti kısıtlayıcı bilgi paylaşımı gibi uygulamalarda taviz verilmeyeceğinin sinyallerini vermişlerdir. AB ve Türkiye'de insan kaynakları alanında rekabet hukuku ihlallerinin bugüne kadar ihmal edildiği ve bu tür ihlallere sert yaptırımlar uygulanmadığı söylenebilir. Ancak önümüzdeki yıllarda ABD'deki yaklaşımın da etkisiyle konunun önem kazanması kaçınılmazdır.

74. Dinamik İş Hayatında Rekabet Uyum Programı Yönetmek: Rekabet Hukuku'nun dünyada yaygın olarak düzenlendiği ve uygulandığı günümüzde, uluslararası veya ulusal ticaret hayatında faaliyet gösteren her şirketin bilinçli veya bilinçsiz olarak bu kuralları ihlali durumunda, ağır para cezaları, itibar kaybı, şirket işleyişinin sektöre uğraması ve olası dava ve hukuki prosedürlerle ve hatta bazı ülkelerde cezai müeyyidelerle karşı karşıya kalabilmesi olasıdır. Her şirket, kendi piyasasını, iş ortamını, pazar paylarını, başarısını ve piyasayı etkileme gücünü en iyi şekilde ve düzenli olarak değerlendirerek, pazar gücünü ve tüm rekabet hukuku risklerini analiz etmeli ve rekabet hukuku aykırı eylemde bulunmamak adına gerekli tedbirleri almalı, uygun bir Rekabet Uyum Programını bünyesinde oluşturmalıdır. Bu bağlamda, dinamik ticari ortamda değişen koşullar ile rekabet hukuku analizlerini etkileyen faktör ve veriler çok kolay ve çabuk değişebilir nitelikte olmaları sebebiyle, hukuki bilgi, analiz ve görüşlerin, bu programa düzenli olarak katılımının sağlanması çok önemlidir. Aksi takdirde, uyum programları kolaylıkla yanıltıcı, işe yaramaz ve âtil bir hale gelebilir. Bu çerçevede, hukukçulara düşen görev, uyum programlarını Şirketin düzenli bir şekilde, işleri ve rakamları ile bağlantılı olarak devamlı gözden geçirmesine, rekabet hukukunu teorik değil pratik olarak anlaşılır bir şekilde, gerekli ekiplere izah ve süreçlere dahil edilmesine ve şirketin her seviyesinde, anlaşılır ve yine pratik bir eğitim programının yürütülmesine dahil ve destek olmaktır.

75. Rekabet Kurumunun Zoraki Regülasyon Görevi; Bankalararası Kart Merkezi Muafiyet Kararları: Rekabet Kurumunun, Bankalararası Kart Merkezi A.Ş. tarafından yürütülen faaliyetlere yönelik vermiş olduğu muafiyet kararları ve sektörü izleme süreci, arz ettiği süreklilik ve konularda çeşitlenme ile birlikte bir nevi regülasyon işlevi haline gelmiştir. Rekabet Kurulu kararlarında da hem karar gerekçelerinde hem de karşı oy yazılarında konu hakkında sektörel düzenleyici kurumlar olan Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu veya T.C. Merkez Bankası tarafından düzenlenme yapılması gerektiği belirtilen kredi kartı takas komisyonları işlevi, anılan kurumların düzenleme yapmaması dolayısıyla Rekabet Kurumu'nun izlemesinde kalmıştır. Bir nevi regülasyon haline gelen muafiyet incelemeleri ve kararları, rekabet hukukundaki regülasyon/rekabet dengesi sorununu tekrar gündeme getirmektedir. Öte yandan bankaların ortak olarak kurduğu ve üyelik sistemi ile genişleyen ve sektörün tamamını kapsayan BKM A.Ş.'nin teşebbüs birliği niteliği ile faaliyetlerini çeşitlendirmesi sonucu BKM Express, Kart cüzdanı saklama hizmeti, TechPOS, Troy, ATM platformu gibi alanlarda hizmetler çeşitlenmekte ve muafiyet sistemi içinde bir nevi regülasyona tabi tutulmaktadır. Rekabet Kurulu'nun BKM tarafından sunulan kart bilgisi saklama hizmetine son verilmesine yönelik son kararı ile konu yargıya da taşınmış ve regülasyon/rekabet dengesinde konunun tekrar incelenmesi gereği doğmuştur. Bildirimizde; BKM A.Ş. kararları ışığında, Rekabet Kurumu'nun muafiyet kararları yolu ile (şartlı muafiyet vermek suretiyle) kartlı ödeme sistemine (kredi kartı ve banka kartı) sektörel bir otorite gibi ne şekilde müdahale edip yön verdiği, Kurul kararları ışığında incelenecektir. 2005 yılından bu yana verilen muafiyet kararları ışığında kredi kartı takas komisyonları oranlarının belirlenmesi süreci, kartlı ödeme sistemleri alanında yaşanan gelişmeler BKM A.Ş. muafiyet - özellikle kart bilgisi saklama muafiyetine son verme ve BKM Express muafiyet kararının tekrar incelenmesi- kararları kapsamında değerlendirilecektir. Benzer kararlara dair karşılaştırmalı çalışma yapılarak Avrupa, ABD ve Dünya örnekleri incelenerek, regülasyon/rekabet dengesi ortaya konmaya çalışılacaktır. Tebliğin sonuç kısmında var olan

hukuki durum saptaması sonrasında, rekabet hukuku/regülasyon dengesi bakımından çözüm önerilerinde bulunulacaktır.

76. Rekabet Kurulunun Fintek Kararı Çerçevesinde, Fintek Sektör Oyuncularının Bankalar ile Rekabeti: Bankalar, yıllardan beri 6493 sayılı Ödeme Ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun (“6493 sayılı Kanun”) kapsamında bulunan ve Bankalar ile yatay rekabet halinde olup daha düşük ölçekli firmaların finansal ihtiyaçlarını karşılamakta olan ödeme ve elektronik para (“FinTek”) kuruluşlarının faaliyet gösterdikleri pazarlardaki konumlarına zarar verici faaliyetlerde bulunmaktadır. Rekabet Kurulu, FinTeklerin bu mağduriyetlerine cevap veren ve FinTekler ile Bankalar arasındaki yatay rekabeti tanıyan 07.09.2017 tarih ve 17-28/462-201sayılı Kararı (“RK Kararı”) vermiştir. Söz konusu RK Kararı tüm Avrupa kıtasında konusu özelinde alınan ilk Rekabet Otoritesi kararıdır. Rekabet Kurulu, söz konusu karar ile Türkiye Garanti Bankası A.Ş’nin (“Garanti”), “Bonus Kredi Kartı Programı” çerçevesinde gerçekleştirdiği uygulama ve eylemler ile aynı piyasada faaliyet gösteren ödeme kuruluşları aleyhine rekabeti kısıtlayarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun (“RKHK”) 4. ve 6. maddelerini ihlal ettiği iddiası karara bağlanmıştır. Başvuruda, Garanti’nin özellikle “Bonus Kredi Kartı Programı” çerçevesinde gerçekleştirdiği uygulama ve eylemler ile 6493 sayılı Kanun kapsamında bulunan ve Bankalar ile yatay rekabet halinde olup daha düşük ölçekli firmaların finansal ihtiyaçlarını karşılamakta olan FinTek kuruluşlarının ilgili pazardaki konumuna zarar verici faaliyetlerde bulunduğu iddia edilmiştir. Tebliğimizde böylelikle Dünya ve Türkiye’deki FinTek oyuncularının finans sektörüne olan etkisinden bahsedilerek, Bankalar ile aralarındaki rekabetten söz konusu RK Kararı başta olmak üzere özellikle Avrupa Birliği’nde Komisyonu’nun AB üye ülkelerinin bankacılık birliklerine karşı açmış olduğu soruşturmadan bahsedilecektir.

77. Rekabet Hukuku Bakımından Elektrik Tedarik Piyasalarında Davranışsal Ekonomi ve Kamu Politikaları: Rekabet Kurulu’nun Son Dönemdeki Soruşturmaları: Türkiye’de 1980’li yıllarda başlayan deregülasyon yani piyasaların serbestleştirilmesi sürecinde enerji sektöründe ve bu sektörün en önemli kısmı olan elektrikle ilgili 2001 yılından sonra önemli adımlar atılmış, EPDK kurulmuş ve AB müktesebatı takip edilerek birçok reform gerçekleştirilmiştir. Ancak Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca peyderpey yayınlanan strateji belgelerindeki hedeflerin yıllar geçtikçe gerisinde kalınan ve bu sektörde ister istemez var olan politik süreçlerin iktisadi amaçlardan üstün tutulmaya başlandığı piyasa yapıları hâkim hale gelmiştir. Bu süreç içinde Rekabet Kurumunun beklendiği gibi deregülasyonun önemli bir parçası olan üretim ve ardından bilhassa dağıtım özelleştirmelerinde belirleyici rol oynadığını, örneğin perakende tedarik satışın ayrı tüzel kişilik eliyle yürütülmesi, dağıtım özelleştirmeleri için %30 eşiği getirilmesi gibi önemli koşulları hayata geçirdiğini gözlemliyoruz. Fakat dağıtım ile perakende elektrik satışı arasında mülkiyet ayrıştırması yerine tüzel kişilik ayrıştırmasının neden getirildiği, serbest tüketici limitinin bu kadar geçen süre içinde neden hala sıfırlanmadığı, özelleştirme sürecinde elde edilen müşteri bilgilerinin (CRM verilerinin) nasıl ele alınacağı ve son olarak kamu elindeki üretim varlıkları yoluyla gerek geniş tüketici kitlelerine ve gerekse üretim maliyetlerinin artırılmamasına yönelik olarak sanayi kesimine yönelik popülist uygulamaların rekabet hukuku incelemelerinde nasıl denklemin içinde yer alması gerektiğine yönelik bir fikir birliğinin oluşmadığını Rekabet

Kurumunun son dönemdeki faaliyetleri sırasında oluşmadığını görüyoruz. Gerçekten 2015 yılında bir dizi ön araştırma kararı ile başlayan bu süreçte, ardından gelen Elektrik Sektör Raporu, CK Akdeniz Soruşturması, Enerjisa Soruşturması ve Bereket Soruşturmalarında yer yer birbiriyle çelişen Pazar tanımları, Pazar gücü analizleri, etki analizleri ve tüketici davranışlarına yönelik değerlendirmeler bu alanın tekrar akademik anlamda incelenmesini gerekli kılmaktadır. Nitekim 2018 Aralık ayı içinde Rekabet Kurumunun ilkinin üzerinden oldukça kısa bir vakit geçmesine rağmen yeni bir Sektör Araştırması başlattığını duyurması bunun önemli bir kanıtıdır. Bu kapsamda önerdiğimiz tebliğde, Enerjisa ve Bereket soruşturmalarında incelenen teşebbüs davranışlarının ortaya çıktığı ve büyük ölçüde kamu politikaları ile şekillenen piyasa yapısını incelemeyi, ilgili ürünü yönelik tüketici davranışlarının piyasa parametrelerini ne ölçüde belirlediğini ortaya koymayı, bu çerçevede içinde gerek yaptığı yatırımların geri dönüşünü sağlamaya çalışan yerleşik/görevli elektrik tedarik ve dağıtım şirketleri ile piyasaya rekabet dinamizmi getirecek bağımsız tedarik şirketleri arasında rekabet dengesinin nasıl sağlanmasına yönelik çıkarımlarımızı paylaşıyor olacağız. Bunu yaparken özellikle perakende elektrik satışta ilgili ürün ve coğrafi Pazar tartışmalarına, Pazar gücünün nasıl ölçüleceğine, kamu politikalarının bu pazarlardaki davranışları nasıl etkilediğine, davranışsal iktisat bakış açısı ile mesken kullanıcılarının analizine, bu çerçevede içinde son dönemde gerçekleştirilen üç soruşturmada incelenen davranışların analizlerine ve bu davranışların 6. Madde bakımından nasıl etki değerlendirmesine sokulduğuna bakılacak.

78. Yükselen Korumacı Eğilimlerin Rekabet Hukukuna Etkileri: Özellikle stratejik sektörlerde yapılan Çin kökenli yatırımlar karşısında duyulan endişeler ve Çin piyasasının buna müteakbil açık olmaması sonucunda gelişmiş piyasalar da dahil olmak üzere dünyada korumacı yaklaşımlar güçleniyor. Korumacı önlemler Rekabet Hukuku düzlemi de dahil olmak üzere çeşitli alanlarda tartışılıyor; kimi düzenlemelerde ilgili Rekabet Hukuku otoritesi, kimi düzenlemelerde başka organlar yetkilendirilse de birleşme ve devralma alanında önemli bir faktör haline geldi. ABD’de 1975’te kurulan Committee on Foreign Investment in the United States (ABD’de Yabancı Yatırım Komitesi, CFIUS)’in yetkisi, Kasım ayında yürürlüğe giren Foreign Investment Risk Review Act (Yabancı Yatırım Risk Değerlendirme Yasası, FIRRMA) ile kontrol devri içermeyen bazı işlemleri içerecek şekilde genişletildi. Buna göre belirlenen pilot sektörlerde faaliyet gösteren şirketlerde kontrol sağlayabilecek veya kamuya açık olmayan teknik bilgilere erişim sağlayacak ya da yönetim kurulunda üye veya gözlemci statüsünde yer alma veya aday gösterme statüsü sağlayacak veya oy hakkı dışında karar belirleyici yetki tanyacak tüm işlemler Komite’nin değerlendirme veya inceleme yetkisine dahil edildi. AB’de önce Almanya yabancı firmaların birleşme ve devralma işlemlerini düzenleyen kurallarını değiştirdi. Ardından 2017 ortalarında Hollanda’da, bazı önde gelen Hollanda şirketlerinin yöneticilerinden gelen talep üzerine yabancı yatırımcıların düşmanca devralma (hostile takeover) tekliflerini 250 gün süreyle değerlendirme (ve dondurma) hakkı sunan bir düzenleme hazırlanmasına karar verildi. Hala üzerinde çalışılan düzenleme bu ay başında tamamlandı ve parlamentoya sunulmadan önce görüşler için kamuya sunuldu. Haziran 2017 AB Zirvesi’nde Almanya, Fransa, Hollanda ve İtalya’dan yasama temsilcileri ve 28 AB lideri AB Komisyonu’na bankacılık, enerji ve teknoloji alanlarındaki yatırımları daha yakından incelemesi çağrısında bulundu. Ancak, AB’nin İşleyişi Hakkındaki Antlaşma’nın (TFEU) 63. Maddesi uyarınca “üye devletler arasındaki ve üye devletlerle üçüncü ülkeler

arasındaki sermaye hareketlerine uygulanan tüm kısıtlamalar yasaktır.” Özellikle AB üyesi ülkelerde yerleşik firmaların, başka bir ülkede yerleşik diğer bir firmayı devralması Madde 49 ve 50’de ifade edilen iş kurma/yerleşme hakkı dahilindedir. Bunlara göre, kamu çıkarı veya stratejik önem gibi tanınmış istisnalar hariç, korumacı uygulamalar geçmişte kabul edilemez bulunuyordu. Haziran 2018’de Birleşik Krallık’ta gazeteler ve basın-yayın sektörüne yönelik ulusal güvenlik veya çokseslilik ve finansal sisteme yönelik kararlılık nedenleriyle müdahaleye izin veren mevcut düzenlemelere ek olarak askeri veya askeri ve sivil çift kullanım amacı taşıyan ürünlerin geliştirilmesi veya üretilmesi, bilgisayar donanımlarının tasarlanması veya bakımı ve kuantum teknolojilerinin geliştirilmesi veya üretilmesi alanlarında da düşürülmüş pazar payı ve ciro eşiklerine tabi olarak müdahale yetkisi getirildi. Yürürlüğe girdiği hafta da uçak bileşenleri sektöründe faaliyet gösteren bir firmanın Çin kökenli bir firma tarafından devralınması işlemine yönelik bir inceleme başlatıldı.

79. Birleşmelerin Kontrolünde Daha Yasaklayıcı Bir Politikaya Dönüş mü? Güncel

Tartışmalar ve Çözüm Önerileri: ABD rekabet hukuku uygulamasının ilk dönemlerinde, karteller kadar yoğunlaşmış piyasa yapıları da hedef alınmıştır. Bu kapsamda, Sherman Kanunu’nun uygulanmasına ilişkin ilk önemli Yüksek Mahkeme kararları, tröst konumundaki şirketlerin bölünmesini konu edinmiştir. Doğrudan birleşmeleri konu alan Clayton Kanunu’nun ilk uygulamalarında da birleşmelere karşı genel olarak yasaklayıcı bir tutum benimsenmiştir. Ancak, 80’li yıllarla birlikte, ekonomik teori ve verilere daha fazla ağırlık verilmesi sonucu, birleşmelere yönelik politika git gide yumuşamış ve birleşmelerin yasaklanması istisnai bir hal almıştır. AB birleşmelerin kontrolü politikası ise, daha farklı bir seyir izlemiştir. Teşebbüslerin Birlik düzeyinde faaliyet gösterebilir hale gelmesinin teşviki amacıyla, uzunca bir dönem sadece ABİDA m.102 uyarınca hâkim kötüye kullanılması teşkil eden birleşmeler yasaklanmıştır. 1989 yılında kabul edilen AB Birleşme Tüzüğü ile, hâkim durum yaratan veya mevcut bir durumu güçlendiren birleşmeler yasaklanmış; 2004 tarihli Tüzükte ise, hâkim durum testi yerine etkin rekabeti önemli ölçüde engelleme (SIEC) testi kabul edilerek yasaklanabilecek birleşmelerin kapsamı teorik olarak genişletilmiştir. AB rekabet hukukunda birleşmelere yönelik tutum en azından teorik olarak daha yasaklayıcı bir yöne doğru ilerlese de ABD hukukunun ilk dönemindeki gibi sert bir yaklaşım hiçbir zaman benimsenmemiştir. Birleşmelerin kontrolüne ilişkin mevcut yaklaşım, son dönemde Atlantik’in iki yakasında da sorgulanmaya başlamıştır. Özellikle ABD’de, piyasalarda yoğunlaşma seviyelerinin çok yükselmesi gerekçe gösterilerek, daha yasaklayıcı bir birleşme politikasını savunan görüşler yaygınlık kazanmıştır. Mevcut yaklaşımın, son dönemde hâkim durum ihlallerinin en çok görüldüğü dijital sektörler ile ilaç sektörü açısından başarısızlığı da birleşmelerin kontrolünde yeni bir politika gereksinimini sıcak bir konu haline getirmiştir. İşte bu seminerde, birleşmelere karşı daha yasaklayıcı bir politikaya dönüşün gerekli olup olmadığı, güncel tartışmalardan da yararlanılarak olası çözüm önerileriyle birlikte ele alınacaktır. Bu kapsamda, tartışmaya derinlik kazandırmak için, seminerde, ABD ve AB’de birleşmelerin kontrolüne ilişkin politikaların tarihsel dönüşümü ve mevcut yaklaşımın etkileri detaylıca incelenecektir. Bu tartışmalar sonucunda, Türk rekabet hukuku özelinde de problemlerin tespit edilmesi ve bunlara ilişkin çözüm önerileri getirilmesi amaçlanmaktadır.

80. Dünyada ve Türkiye’de Platformlara Yönelik Güncel Rekabet Politikaları: ABD’de Amex,

AB’de Google Shopping ve Türkiye’de Sahibinden Kararları: Son yıllarda dijital platformlara

yönelik rekabet soruşturmaları ve davalar oldukça dikkat çekiyor. Türkiye’de de 2015 yılından bu yana bu tür soruşturmalar Rekabet Kurulu’nun gündeminden eksik olmuyor. Bizler bu ders kapsamında, öncelikli olarak platformlara yönelik tutarlı bir rekabet politikasının gerekliliğini ve bunun nasıl bir anlayış ile uygulanması gerektiğini ilgili literatüre ve içtihatlarla dayalı olarak sunmaya çalışacağız. Ardından güncel üç karar –ABD’deki Amex, AB’deki Google Shopping ve Türkiye’deki Sahibinden kararları– üzerinden bir değerlendirme yapacağız. Amex kararı, çok taraflı pazardaki farklı ürün ve fiyatlamayı dikkate alarak rekabetçi etkileri ortaya koyan ve ilerde sıkça anılacak bir karar olması sebebiyle önemli bulundu. Google Shopping kararı ise, ihlal iddialarının platformlar açısından yeni boyutların kazandığı bir karar olması açısından dikkatimizi çekti. Sahibinden kararı ise “aşırı fiyatlama” gibi platformlar açısından sıra dışı bir ihlal iddiasını barındırması sebebiyle incelemeye değer bulundu.

81. Elektronik Ticarete Veri: Rekabet Hukuku ve Politikası: Çevrimiçi pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin pazar gücüne etki eden en önemli unsurların başında ilgili teşebbüsün sahip olduğu veriler gelmektedir. Sosyal ağlar, arama motorları ve e-ticaret platformları, kullanıcılarından topladıkları verileri ticari bir emtiaya dönüştürmek üzerine kurulu bir iş modeline sahiptir. Bu tür iş modelini haiz teşebbüsler için sahip olunan verilerin miktarı, çeşitliliği ve kalitesi, ilgili teşebbüslerin pazar gücünü ortaya koyan en önemli faktörlerdendir. Çok tarafın pazar niteliğini haiz bu iş modelleri, çoğunlukla tüketiciler ve reklam verenleri bir araya getirmekte ve tüketicinin çevrimiçi hizmetleri kullanırken ortaya çıkardığı veriyi işlemek ve analiz etmek suretiyle tüketicinin daha etkin sonuç elde etmesini sağlamaktadır. Bu etkin sonuç çoğu zaman ilgili tüketiciye daha yakın arama sonucu veya alışveriş önerisi sunmak olarak karşımıza çıkmakta ve tüketicinin işlem maliyetini azaltmaktadır. Diğer yandan ise reklam veren teşebbüslere de daha hedef odaklı reklam verme imkânı sağlayarak reklam verme maliyetlerini düşürmektedir. Verinin ticari emtiaya dönüştürülmesi üzerine kurulan çevrimiçi iş modellerinde, kimi teşebbüslerin sahip oldukları veriler, kendi hizmetleriyle rekabet halindeki hizmetler veya kendi hizmetlerini tamamlayıcı hizmetlerin sunumunda son derece hayati önemi haiz bir girdi halini alabilmektedir. Hal böyle olunca, teşebbüslerin kendi bünyesindeki veriyi rakipleriyle veya tamamlayıcı ürünü pazara sunmaya hazırlanan teşebbüsler ile paylaşmamaları, tüketici aleyhine pazardaki potansiyel rekabeti kısıtlayacağı gibi pazardaki muhtemel inovasyonun da önüne geçebilecektir. Teşebbüslerin sahip oldukları ve bir nevi dijital çağın modern altyapıları olarak adlandırılacak verilerin paylaşılmamasına bağlı ortaya çıkması muhtemel rekabet hukuku endişeleri, muhtelif yargı yerlerinden örnekler ile tartışılacaktır. Bu kapsamda ayrıca, e-ticaret platformları arasındaki rekabet açısından kritik önemi haiz tüketici yorumları ve değerlendirmelerine ilişkin verilere, tüketicilerin alışveriş davranışlarına olan önemli etkisi dolayısıyla rekabet hukuku açısından nasıl yaklaşılması gerektiği üzerinde durulacaktır. Söz konusu verilen, e-ticaret platformları ve bu platformlar üzerinde mal ve hizmet sağlayan teşebbüsler arasındaki rekabet açısından önemi üzerinden rekabet hukuku açısından zorunlu unsur teşkil edip etmediği ve bu verilerin paylaşılmamasının pazara giriş engellerini artırıp artırmadığı tartışılacaktır.

82. Yıkıcı Yenilik & Birleşme ve Devralmaların Kontrolü: Yıkıcı yenilik” (disruptive innovation) günümüzde rekabet hukukunun ana meselelerinden biri haline gelmiştir. Bu sorunun temel sebeplerinden biri, dijital pazarlarda faaliyet gösteren dev oyuncuların, kendi

pazarlarını yok etme veya derinden etkileme potansiyeline sahip ürün ve hizmetler geliştiren genç şirketleri ardı ardına devralmalarıdır. Öte yandan, yıkıcı yenilik söz konusu olduğunda rekabet hukukunda alışlagelmiş analiz yöntemlerinin, özellikle de ilgili ürün pazarı tanımı ve pazar payı hesaplamalarının geçerliliği ve önemi de tartışmaya açılmıştır. Kaldı ki, günümüzde Türkiye ve Fransa da dahil olmak üzere birçok ülkede yoğunlaşmaların rekabet otoriteleri tarafından kontrolü ciro eşiklerinin aşılmasına bağlıdır. Ancak küçük oyuncuların devralındığı durumlarda, hedef şirketler kayda değer yatırım toplamış fakat henüz kayda değer gelir elde etmemiş olduklarından, ciro eşikleri çoğu zaman aşılmamakta ve bu işlemler rekabet otoritelerinin iznine dahi gerek kalmadan sonuçlandırılmaktadır. Öyleyse internetin ve dijitalleşmenin de etkisiyle gittikçe daha çok karşılaştığımız yıkıcı yenilikler söz konusu olduğunda, birleşme ve devralmaların kontrolünde yerleşik kurallar ve yöntemler değişmeli midir? Değişmeli ise, nasıl değişmelidir? Bu soruları yanıtlamak adına, seminer kapsamında: (i) Yıkıcı yeniliğin ekonomik temelleri Schumpeter'in "yaratıcı yıkım" (creative destruction) teorisinden başlanarak, Arrow ve Aghion'un yenilik/rekabet ilişkisine dair teorilerine de yer verilerek incelenecektir, (ii) Yıkıcı yeniliklerin artan yeniliklerden (incremental innovation) farkı, piyasalarda rekabet dinamiklerini nasıl etkilediği ve bu çerçevede ciro eşiklerine alternatif bildirilebilirlik eşiklerinin gerekliliği, özellikle Almanya ve Birleşik Krallık örnekleri üzerinden değerlendirilecektir, (iii) Yıkıcı yenilik kabul edilen teknoloji veya iş modellerinin birleşme ve devralmaların tarafı haline gelmesi ve/veya taraflar üzerinde rekabetçi baskı kurması durumunda karşılaşılan güçlükler, bilhassa ilgili pazar tanımı, pazar payı hesaplamaları ile mevcut ve potansiyel rakip kavramlarının yetersizliği tartışılacaktır, (iv) Bu tür işlemlere AB ve ABD rekabet otoritelerinin bugüne kadar nasıl yaklaştıkları Google/Waze, Facebook/Instagram, Facebook/WhatsApp, Microsoft/LinkedIn vb. örnekler üzerinden ortaya koyulacaktır, (v) Rekabet hukuku ve ekonomisinde yerleşik ve yeni bazı teorilerin, özellikle oyunbozan teşebbüs (maverick firm) ve inovasyon sahaları (innovation spaces) teorilerinin, bu tür işlemlere nasıl uyarlanabileceği tartışılacaktır.

83. Rekabete Hassas Veri Paylaşımının Birleşme & Devralma Yönü ve Gun-jumping:

Birleşme ve devralma işlemleri rekabet hukuku kapsamında genellikle kapanış sonrasında işlemin ilgili ürün pazarında rekabeti ne ölçüde etkileyeceği yönünden ele alınmaktadır. Ancak son yıllarda rekabet otoriteleri işleme yönelik imzaların atılmasından önceki süreçte due diligence incelemeleri kapsamında hedef şirkete yönelik paylaşılan verilerin niteliği üzerine de detaylı incelemelerde bulunmaktadır. Birleşme & devralma işlemleri bakımından üzerinde durulan bir diğer önemli husus ise; yetkili rekabet otoritesinden izin alınmadan önceki süreçte birleşme veya devralma işleminin esasen uygulanmaya başlanması, bir diğer ifade ile "gun-jumping"dir. Sunumda birleşme & devralma işlemleri kapsamında rakipler arasında rekabete hassas veri paylaşımının olası görünüm biçimleri üzerine detaylı inceleme yapılacak ve rekabet otoriteleri tarafından bu hususta meydana getirilen içtihatlar üzerinde durulacaktır.

84. Yapay Zekâdan Doğan Rekabet Hukuku Sorumluluğuna İlişkin Çözüm Önerileri:

Gelişen teknoloji, Endüstri 4.0 Devrimi ile beraber iş ve özel yaşamın pek çok alanında radikal değişiklikler ve yıkıcı gelişmeler yaratmaktadır. Endüstri 4.0 Devrimi'nin en önemli ayaklarından biri kabul edilen yapay zekânın ise sahip olduğu sonsuz potansiyel nedeniyle iş ve özel hayatın ötesinde hukuk sistemimizi de önemli ölçüde değiştirmesi beklenmektedir.

Diğer hukuk dallarından farksız olarak, rekabet hukukunun da bu yıkıcı dalgadan etkilenmesi beklenmektedir. Bildirinin konusu, yapay zekâ uygulamalarının ortaya çıkaracağı ihlaller ve bu ihlallerden doğan hukuki sorumluluğunun hangi tüzel veya gerçek kişiye (veya hukuk sistemimizde henüz var olmayan başka bir kişilik türüne) ait olması gerektiğine ilişkin çözüm önerileri sunmaktır. Bu çalışma kapsamında öncelikle yapay zekâ ile kastedilen yapı ve bu yapıya ilişkin hukuki kişilik tartışmaları incelenecektir. Bu kapsamda yapay zekânın mimarisi üzerinde durulacak, algoritmadan ayrıştığı noktalar işaret edilecek, John Searle'ın "Çin Odası Argümanı" ve ilk olarak Philippa Foot tarafından ortaya atılan "trolleybüs problemi" gibi yapay zekânın sınırları hakkında önemli bilgiler veren tartışmalardan bahsedilecektir. Bu tartışmalardan sonra, yapay zekânın 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin uygulanması kapsamında ortaya çıkarabileceği sorunlar irdelenecektir. Özellikle, derin makine öğrenimi kullanan yapay zekâ sistemlerinin ürün ve hizmet pazarlarında herhangi bir insan girdisi veya etkisi olmaksızın tek taraflı karar ve davranışları ile pazardaki fiyatları rekabet üstü seviyelere taşıması durumu değerlendirilecektir. Söz konusu durumda insandan bağımsız çalışan yapay zekânın davranışlarının rekabete aykırı anlaşma veya uyumlu eylem tanımları kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve bu bakımdan rekabet hukukunun uygulama alanının dışında olup olmadığı tartışılacaktır. Son olarak, yapay zekânın tek taraflı eylemleri ile (yapay zekânın kullanımı ile yavaş yavaş bütün pazarlarda) tekel fiyatlarına veya rekabet üstü fiyatlara ulaşmasının bir rekabet hukuku ihlali kabul edileceği varsayımı altında yapay zekânın faaliyetleri kapsamında ortaya çıkabilecek rekabet hukuku sorumluluğunun kime veya neye ait olması gerektiği hakkında çözüm önerileri ve ihtimaller öne sürülecektir.

85. Yeniden Satış Fiyatının Tespitine Müdahalede Politika Değişikliği mi Var? Dijital Ekonomi ve Değişen Dağıtım İlişkileri: Rekabet Kurulu son iki sene içerisinde, yeniden satış fiyatının tespit edildiği iddiasıyla 13 teşebbüs hakkında soruşturma başlattı. Rekabet Kurulunun son 10 yıllık yaptırım politikasını dikkate alınca, bu ölçekte soruşturma açılması, Kurulun bu davranışlar karşısında sert bir politika değişikliğine gittiğine işaret ediyor. İşte bu sunum kapsamında, hükme bağlanan kararlar ve son dönemde dağıtım ilişkilerindeki değişim ışığında, yeniden satış fiyatı hakkındaki politika değişikliğinin (eğer mevcutsa) nedenlerini ele alacağız. Bu bağlamda özellikle elektronik ticaretin yarattığı dinamiklerin rekabet hukuku açısından yansımalarını ve rekabet hukuku kurallarının rolünü tartışmaya açacağız.

86. Rekabet Hukukunda Madalyonun Öbür Yüzü: İzin Verilmeyen Birleşme ve Devralmalar: Rekabet Kurumu tarafından izin verilmeyen birleşme ve devralma işlemleri, ilgili rejim açısından kırmızı çizgileri ortaya koyması nedeniyle önem arz etmektedir. Nitekim birleşme ve devralmalar rekabeti çoğu zaman tamamen değil, sadece kısmi olarak engellemektedir ve bu nedenle işlem Rekabet Kurumu tarafından doğrudan yasaklanmamaktadır. Bu anlamda Rekabet Kurumunun onayının alınmasının asla mümkün olmadığı işlemlerin incelenmesi ilgili rejim açısından esaslı unsurları ortaya koyacaktır. Sunum kapsamında, Rekabet Kurulunun izin vermediği kararlar ve son derece tartışmalı biçimde izin verdiği AFM Mars kararı ele alınacaktır. Bu anlamda içerikte (i) LPG Ortak Girişim kararı (1999), (ii) İstanbul Gübre kararı (2000), (iii) TMSF – Mey İçki kararı (2009), (iv) AFM Mars kararı (2011), (v) Beta Marina – Setur kararı (2015) ve (vi) UN Ro-Ro- Ulusoy kararı (2017) tartışılmaktadır. Rekabet Kurumunun birleşme ve devralma çözümlerini kabul

etmeyerek izin vermediği söz konusu işlemlerin olayın özellikleri bazında incelenmesi ve bu anlamda, birleşme ve devralma rejiminde madalyonun öbür yüzünün gösterilmesi sunumun konusunu oluşturmaktadır.

Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri 2020

87. Avrupa Birliği Komisyonu ve Rekabet Kurulunun Son Dönemdeki Kararları Işığında

İhlal Türleri ve Sektörlere Bakış Açısı: Çalışma ile, Türk Rekabet Kurulu ve Avrupa Birliği Komisyonu'nun 2019 yılı ağırlıklı olmak üzere son 5 yılda yoğunlaştığı sektörler ve rekabet ihlali türlerine ilişkin olarak genel bir bakış açısı sunulması amaçlanmaktadır. Çalışma kapsamına otoritelerin birleşme/devralma, menfi tespit/muafiyet değerlendirmelerine konu kararları dahil edilmemiştir. İnceleme konusu kararlar ihlal bulgularının değerlendirildiği kararlardır. Bu çerçevede öncelikle, otoritelerin yoğunlaştığı sektörlerle ilişkin istatistiki bilgiler sunularak otoritelerin incelemelerini yönlendirdiği sektörler gösterilmektedir. İstatistiki bilgiler, 2019 yılı öncelikli olmak üzere son 5 yıl içerisinde verilen kararlar ve henüz sonuçlanmamış olmakla birlikte devam eden soruşturmaları kapsamaktadır. İkinci olarak, Rekabet Kurulu ile Avrupa Birliği Komisyonu'nun rekabet ihlali türü bakımından son beş yıl içerisinde gösterdiği trendler ele alınmaktadır. Bu çerçevede, Rekabet Kurulu'nun 4054 sayılı Rekabet Korunması Hakkında Kanun'un 4 ile 6. maddelerine yönelik olarak hangi rekabet ihlali türüne ağırlık verdiği ve 4. madde özelinde yatay ve dikey ihlallerden hangisine yoğunlaştığı gösterilmektedir. Benzer bir şekilde, Avrupa Birliği Komisyonu'nun kararlarının da Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 101 ile 102. maddelerinden hangilerine ve 101. madde özelinde yatay ve dikey ihlallerden hangisine yoğunlaştığı açıklanmaktadır. Çalışmanın son kısmında ise, sektörlerin genellikle hangi ihlal türlerine yönelik rekabet sicillerinin kabarık olduğu ve değişen toplumsal ve teknolojik yapının Avrupa Birliği Komisyonu ile Rekabet Kurulunun kararlarına nasıl yansıdığı yönünde bir sonuca ulaşılması hedeflenmektedir.

88. Rekabet Kurulunun Uyumlu Eylem Kararları: Sanayi İktisadi Öngörüler, ABD ve AB

İçtihatlarıyla Ne Kadar Uyumlu? Uyumlu eylem, rekabet hukuku açısından tespiti en zor ve aynı zamanda hata riski en yüksek ihlal türlerinden biridir. Bu sebeple ileri düzeyde iktisadi ve hukuki analizlerin yapılmasının zorunlu olduğu bir alandır. Bu tür iddialara dair tespitlerin sağlıklı bir şekilde yapılmasında ve ortaya çıkabilecek hatalara dair risklerin azaltılmasında, rekabet hukuku uygulayıcılarının tecrübeleri ve bu çerçevede ortaya koydukları içtihatları büyük rol oynamaktadır. Bunun yanında, modern rekabet hukuku anlayışını benimsemiş ülkelerdeki yaklaşım ile de etkileşim halinde olmanın bu yönde bir ilerleme sağlayacağı kuşkusuzdur. Bu çalışmada yukardaki tespitlerden yola çıkarak, uyumlu eylem iddialarının Rekabet Kurulu kararlarında nasıl bir yaklaşım ile ele alındığının ve bu yaklaşımın zaman içerisinde nasıl evrildiğinin bir analizini yapmaktadır. Bunu yaparken de rekabet hukuku bakımından öncü olan Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve Avrupa Birliği (AB) uygulamaları ile karşılaştırmalı bir çerçeve sunmaktadır. Çalışmada, 2000 – 2018 yılları arasında doğrudan uyumlu eylem iddiası barındıran 17 Rekabet Kurulu kararı incelenmiştir. Bu kararlardan beşi idari yargıda iptal edilmiş ve Rekabet Kurulunca yeniden değerlendirilmiştir. Her ne kadar hukuksal geçerliliği olmasa da yeniden değerlendirilen bu

kararlar, Kurul'un yaklaşımını görmek amacıyla inceleme kapsamına alınmıştır. Bu kapsamda öncelikle ABD ve AB mevzuatından farklı olarak, Rekabet Kanunu'nun uyumlu eylemlere yönelik getirdiği karine uygulamasının Kurul kararlarına nasıl yansıdığına bakıldığında, 2004-2008 arasındaki altı kararın, incelenen diğer kararlardan oldukça farklı bir anlayış ile ele alındığı göze çarpmaktadır. Söz konusu kararların herhangi bir iletişim deliline dayanmadan veya rekabet hukuku kapsamında ihlal sayılabilecek bir anlaşmanın varlığı ispat edilmeden, teşebbüslerin paralel nitelikteki davranışlarına dayanarak alındığı anlaşılmaktadır. Bu çerçevede yukarıda sözü edilen kararların uyumlu eylem karinesi üzerinden ilerleyen, iktisadi verilerle açıklanamayan paralel davranışları rekabet ihlali olarak değerlendirdiği anlaşılmaktadır. Kararlardaki bu yaklaşım AB ve ABD uygulamalarından farklı bir uygulamaya işaret etmektedir. Rekabet Kurulunun aldığı uyumlu eylem iddialarına yönelik ilk kararlarda (2000-2004 yılları arasında), oligopol pazarlardaki karşılıklı bağımlılık unsurunun belirgin bir şekilde dikkate alındığı, iletişimin varlığı ve niteliğinin kararlarda belirleyici bir rol oynadığı görülmektedir. Bu yaklaşım, ABD'deki uygulamalara benzer şekilde paralel fiyat davranışlarından çok, teşebbüslerin söz konusu davranışlarını iletişim yoluyla destekleyip desteklemediğine yönelik uygulama ile benzerlik göstermektedir. Ayrıca, 1990'lardan sonraki uyumlu eyleminin nedensellik içeren bir etki-tepki ilişkisi içinde olup olmadığını ortaya koyma çabasını barındıran AB uygulamaları ile de paralellik göstermektedir. Rekabet Kurulunun 2014 ve sonrasındaki uyumlu eylem iddialarını incelediği kararların sanayi iktisadi literatürünün ortaya koyduğu öngörüler ile tutarlı olmanın yanında özellikle teşebbüsler arası iletişimin niteliğini incelenmesi açısından çağdaş AB ve ABD uygulamalarına paralel bir anlayışı da yansıttığını söylemek mümkündür. Tarihsel açıdan bakıldığında ise Kurul'un bu uygulamaları ile 2000'li yılların başındaki yaklaşımına geri döndüğünü söylemek yanlış olmayacaktır.

89. İklim Değişikliği, Sürdürülebilirlik ve Rekabet Hukuku: Bilimsel veriler, temel nedeni tüketim üzerine kurulu modern yaşam biçimi olan iklim değişikliğinin çevre ve insan hayatı üzerindeki kötü etkilerinin şiddetini gün geçtikçe artırdığına işaret ediyor. Öyle ki bugünlerde artık salt iklim değişikliğinden değil bir "iklim krizinden" söz ediliyor. Nitekim bu gelişmelerle birlikte iklim kriziyle mücadele başta olmak üzere sürdürülebilirlik tartışmaları son yılların ekonomi gündeminin en önemli konu başlıklarından biri haline geldi ve bu tartışmalar da kaçınılmaz olarak geleneksel ekonomik modellerin sorgulanması sonucunu doğurdu. Bu tartışmalar yapılırken teşebbüslerin kâr elde etme amacının yanında sürdürülebilir politikalar izlemelerinin de bir gereklilik olduğu savı önemli oranda destekçi bulmakta, teşebbüslerin güncel ekonomi politikalarını ve uygulamadaki davranışlarını sürdürülebilirlik esaslarına göre yeniden şekillendirmeleri gerektiği savunulmaktadır. Tüm bu tartışmalar serbest piyasa ekonomisinin merkezinde yer alan ve piyasa ekonomisinin sağlıklı bir şekilde işlemesini sağlamak için önemli bir araç olan rekabet hukuku uygulamalarını da etkilemektedir. Bilindiği üzere rekabet hukukunun bugün en çok kabul gören amacı tüketici refahını sağlamaktır. Bugünlerde sürdürülebilirlik tartışmaları ile birlikte uzun yıllar yalnızca ekonomik parametrelerle ölçülen tüketici refahının artık yalnızca ekonomik parametreleri değil çevresel etki gibi tüketici refahına etki eden başkaca parametreleri de kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu gelişmeler kapsamında temel rekabet hukuku kurallarının yeniden yorumlanması ve teşebbüslerin iklim kriziyle mücadeleye ve sürdürülebilirliği sağlamaya yönelik davranışlarının rekabet hukuku uygulaması açısından

değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu amaçla bu seminer dersinde iklim krizi ve sürdürülebilirlik konularının rekabet hukuku uygulaması üzerine mevcut ve muhtemel etkilerinin incelenmesi ve ekolojik kaygıların rekabet hukuku analizinin bir parçası haline getirilmesi gerekip gerekmediği hususunun tartışmaya açılması amaçlanmaktadır.

90. Anti-tröstün Kökenleri ve Yeni Ekonominin Rekabet Hukuku Paradigması: Modern anlamda anti-tröst 1800'lü yılların ikinci yarısında Kuzey Amerika'da ortaya çıkarken anti-tröst savunucusu toplumsal hareketlerin temel amacı; tekellerin endüstrilerin neredeyse tamamını eline geçiren pazar gücünün önlenmesiydi. Bu anlamda, anti-tröstün teknik bir hukuki süreç olmaktan ziyade 1800'lü yılların sonunda toplumsal ve politik bir hareket olarak ortaya çıktığı söylenebilir. Tarihi örnekler üzerinden gidildiğinde, pazar gücü artışının sadece tüketici refahı veya toplumsal refah kaybı gibi sorunlarına değil; aynı zamanda demokrasi krizlerine ve toplumsal çöküntülere de yol açabildiği görülmektedir. ABD'de Büyük Buhran'ın ortaya çıkışı ile İtalya'da faşizmin ve Almanya'da da nasyonal sosyalizmin yükselişinin ilgili yıllarda bu ülkelerde yaşanan tekelleşme ve anti-tröst politikalarıyla ilişkisi yadsınamaz. Bunun yanında, tekelci pazar gücü genellikle ilgili dönemin "teknolojik/inovatif" girdisine sahip olarak elde edilegelmiştir. Rockefeller dönemindeki inovatif girdi olan demiryoluna sahip olmak ile günümüzde de büyük veriye sahip olmak üzerinden bir analogi kurulabilecektir. Özellikle yakın zamandaki AB Komisyonunun ve Rekabet Kurulunun Google ve Bundeskartellamt'ın Facebook kararları ortada bir pazar gücü sorunu olduğunu açık bir biçimde ifade etmektedir. Büyük veriden kaynaklanan pazar gücü sadece pazardaki rekabete etki etmekle kalmamaktadır. Cambridge Analytica skandalında olduğu gibi; sosyal medya üzerinden kamuoyu iradesinin manipülasyonu iddiaları düşünüldüğünde büyük verinin getirdiği pazar gücünden kaynaklanan sorunların çok farklı boyutları ortaya çıkmaktadır. Bu noktada, anti-tröstün ilk çıkış amacına dönüp bakmakta yarar görülmektedir. 1950 sonrası Chicago okulunun etki kazanması ile anti-tröst uygulamasının evrildiği, temele etkinliği koyan, toplumsal refah anlayışının ve bunun ölçülmesinde kullanılan yöntemlerin günümüzdeki geçerliliği sorgulanır hale gelmiştir. Zira pozitif fiyatı merkeze alan SSNIP pratiği üzerinden bir pazar tanımının veya gelir üzerinden yapılan pazar gücü ölçümünün, klasik anlamda fiyatın ortadan kalktığı yeni ekonomide geçerliliğini yitirmeye başladığı söylenebilecektir. Yine yoğunlaşmaların kontrolüne ilişkin mevcut düzenlemeler, "killer acquisition" olarak tabir edilen devralmaları kaçırmakta mevcut rekabet hukuku kuralları veya veri gizliliği düzenlemeleri birçok endüstrinin temel girdisi olan "büyük verinin" az sayıda teşebbüsün elinde birikmesinin önüne geçmekte yetersiz kalarak Tip 2 hatalara yol açmaktadır.

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

hukuku kuralı ortaya koymamaktadır. Fikri mülkiyet hukuku açısından bakıldığında ise, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda, yedek parça rekabetinin korunması amacıyla sınai hak sahibine sağlanan tekel haklarına önemli istisnalar getirildiği görülmektedir. Ancak, bu istisnaların, üçüncü kişilerin yedek parça pazarına girişi konusunda sınai hakların oluşturmuş olduğu hukuki engelleri tümüyle kaldırdığını söylemek de güçtür. Bu seminerde, yedek parçalara ilişkin rekabetçi bir ortamın oluşturulması konusunda mevcut sınai mülkiyet hukuku ve rekabet hukuku yaklaşımlarının incelenmesi ve tespit edilen sorunlu hususlara ilişkin çözüm önerileri getirilmesi amaçlanmaktadır. Seminerde, özel bir düzenlemeye tabi olması ve yedek parça rekabetinin ön plana çıkması sebebiyle, daha çok motorlu taşıtlar sektörüne odaklanılacaktır. Bu sektör açısından önemli bir oyuncu olmaları dolayısıyla sigorta şirketlerinin rolüne de seminerde değinilecektir.

92. Ödeme Hizmetlerindeki Rekabette Yeni Dönem: Madalyonun İki Yüzü: Bilindiği üzere, dijital çağın gelişimiyle beraber, yapay zekâ, büyük veri, blokzincir, algoritma, platform ekonomisi gibi teknolojiler hayatımıza kazandırılmıştır. Piyasalarda yaşanan dijital dönüşümden finansal pazarlar da nasibini almış ve sektöre yönelik olarak getirilen yeni düzenlemeler neticesinde finansal hizmetlerin banka dışı teşebbüsler tarafından sunulmasına imkân tanınmıştır. Finansal hizmetlerin teknolojik altyapıyla birleşmesi üzerine finansal teknoloji (fintek - fintech) kavramı literatürde kendisine yer bulmuştur. Fintek hizmeti sunan teşebbüslere, finansal piyasalardaki mevcut hizmetleri hem ikame etme hem de tamamlama rolü atfedilmiştir. Değerlendirmeler neticesinde, ülkemizdeki düzenleyici çerçevenin ne şekilde geliştirilmesi ve Rekabet Kurumu'nun burada hangi rolü üstlenmesi gerektiği tartışmaya açılacaktır.

93. Rekabet Hukuku İhlallerinden Kaynaklı Tazminat Davalarında Nedensellik Bağına İlişkin Sorunlar: Rekabet hukuku ihlalleri özel hukuk açısından Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi anlamında birer haksız fiildir ve bu ihlallerden kaynaklı tazminat taleplerinde dört temel unsurun varlığının ispat edilmesi gerekir. Bu unsurlar; kusur, hukuka aykırı fiil, zarar ve hukuka aykırı fiil ile zarar arasındaki nedensellik bağıdır. Türk Hukuku'nda henüz çok fazla yaygınlaşmamış olan, rekabet hukuku ihlali kaynaklı tazminat davalarında çözüme kavuşturulmayı bekleyen birçok problemlili konu vardır. Bu problemlili konuların önemli bir kısmı da yukarıda sayılı dört unsurdan biri olan nedensellik bağı noktasında toplanmaktadır. Hukuka aykırı fiil ve zarar arasındaki nedensellik bağının önemi, esasen ihlali gerçekleştirdiği iddia edilen teşebbüsün sorumluluğunun sınırının çizilmesinde ortaya çıkacaktır. Bu noktada belirlenmesi gereken ilk husus, ihlal iddiasına konu eylem harici zarara yol açabilecek pazarın daralması, ekonomik kriz gibi sebeplerin var olup olmadığı ve nedensellik bağı üzerindeki etkisidir. Nedensellik bağına ilişkin gündeme gelebilecek ikinci husus ise ihlale dayalı tazminat davasını kimlerin açabileceği hususudur. Bu çerçevede, ihlalden doğrudan zarar gören teşebbüs ve/veya kişilerin yanında dolaylı olarak zarar gören tarafların da belirlenmesi dava hakkı açısından azami önem arz etmektedir. Bu çalışmada nedensellik bağına ilişkin olarak yukarıda yer alan sorular Avrupa Birliği (özellikle Almanya ve İngiltere) ile ABD Hukukundaki güncel gelişmeler çerçevesinde karşılaştırmalı olarak incelenecek ve Türk uygulamasında açılacak tazminat davalarında nedensellik bağının belirlenmesine ilişkin değerlendirmelerimiz sunulacaktır.



94. Gelenekselden Dijitale: Müzik Sektörüne Rekabet Hukuku Bağlamında Bir Bakış:

Dijitalleşme ile bankacılıktan sağlığa her türlü sektörde alışageldik kalıplardan hızlıca çıkıyoruz. Geleneksel piyasalardan kodların ve algoritmaların dünyasına olan bu geçişte gerek AR&GE sonucu gelen yeni ürünler ve hizmetler gerekse de bu yeniliklerle şekillenen tüketici alışkanlıkları ve tercihleri ile hem yeni pazarların keşfi hem de eskilerin devinimi kaçınılmaz oluyor. Son birkaç 10 yılda şekilden şekle giren müzik sektörü özellikle tüketicinin dijitalleşmede belki de en hızlı uyum sağladığı yerlerden biri. Çok da geriye gitmeden yalnızca 2000'li yılların başına baktığımızda CD ve DVD'lerin ciddi seviyede hüküm sürdüğü müzik piyasasında "korsan" ürünler konuşulurken yalnızca birkaç yıl sonra dijital ortamda ücretli ya da ücretsiz olarak şarkılar indirilmeye (download) başlanmıştı. Akabinde, özellikle çevrimiçi dinleme (online ya da streaming) özelliğinin gelmesi ve hatta video destekli ücretsiz müzik platformlarının da ziyadesiyle kullanılması ile bugün müzik piyasasında fiziki satışın neredeyse sona erdiği bir noktadayız. Bu durum, kendinde has yapısı sebebiyle tedarik zincirinin farklı seviyelerinde birçok farklı aktörü barındıran müzik sektöründeki pazar tanımlarını ve rekabeti de etkilemektedir. Gerçekten de icra edilen bir şarkının yalnızca bir yapımcı tarafından kaydedilip ilgili mali hakların devri yoluyla fiziki dağıtım sonucu direkt tüketiciye ulaştığı bir kurgudan halihazırda dağıtım kanallarının çeşitlenmesi ile zincirleme ve bir o kadar kompleks bir düzene doğru gelinmektedir. Dijital dağıtım haklarını alan bir teşebbüs artık tüketiciye şarkıyı etkin bir şekilde ulaştırabilmek için yolu gerek online video müzik platformlarından gerekse de tüm dünyada ücretsiz ve çevrimiçi olarak tüketicilerin dinletisine sunan büyük dijital müzik mağazalarından geçecektir. Sektörün dijitalleşmesi sebebiyle, pazardaki rekabeti ölçümlerken yapılan ciro hesaplamalarında da şu soru sık sık gündeme gelmektedir: Geleneksel anlayışla fatura kesilen platformlar mı, en son ulaşan tüketici mi yoksa mali haklara ilişkin telif hakkı ödemesi yapılacak yapımcılar mı esas alınacaktır? Avrupa Birliği Komisyonu ve ilgili üye ülkelerin rekabet otoritelerinin kararları bize bu konuda da yol gösterecektir. Yine dijital sektörde mihenk taşı olarak adlandırılabilir bir karar müzik piyasasında 2018 yılında Avrupa Birliği Komisyonu tarafından Apple/Shazam birleşmesine ilişkin alınmış ve Birlik'te her ne kadar ciro eşiği sistemi uygulansa da işlem değeri esas alınarak incelemeye tabi tutulmuştur. Sunumda gerek yukarıdaki kararlardan örnekler verilerek gerekse de Türkiye pazarındaki dinamikler irdelenmek suretiyle dijitalleşen müzik sektöründe rekabetin anlatılması hedeflenmektedir.

95. Rekabet Hukukunda Taahhüt Yöntemi: 15 Yıllık Komisyon Uygulaması ve Türk

Rekabet Hukukundaki Benzer Uygulamalar: Taahhüt yöntemi, rekabet hukuku incelemesi altındaki teşebbüslerin, rekabet sorunlarını giderici nitelikte birtakım taahhütler sunması ve bu taahhütler çerçevesinde yürütülen incelemenin sonlandırılmasına olanak sağlayan bir uzlaşma usulüdür. Taahhüt yöntemine duyulan ihtiyaç, kamu tarafının aleyhine oluşan bilgi asimetrisi karşısında, ön araştırma ve soruşturmalarda etkinlik ve verimlilik arayışından kaynaklanmaktadır. Avrupa Komisyonu'nun taahhüt uygulaması, 2004 yılında yürürlüğe giren 1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü kapsamında gerçekleştirilmektedir. 1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü'nde genel olarak; rekabet hukuku uygulamasında etkinlik ve verimliliğin sağlanması, Komisyon'un genişlemeler nedeniyle artan iş yükü karşısında önemli rekabet ihlallerine eğilebilmesinin sağlanması, yeknesak bir uygulamanın gerçekleştirilebilmesi, teşebbüsler için hukuki güvenliğin sağlanması ve usullerin sadeleştirilerek bürokratik engellerin azaltılması amaçlanmaktadır. Konsey Tüzüğü'nün 9. maddesindeki "Taahhütler" başlığı altında

düzenlenen bu yöntemde; dosya özelindeki rekabet sorununun en kısa süre içerisinde ortadan kaldırılması ve rekabetin yeniden tesisi amacıyla isabetli tedbirlerin hayata geçirilmesi ve inceleme süreçlerinde usul ekonomisi sağlanması amaçlanmıştır. Komisyon'un 1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü kapsamındaki 15 yıllık geçmiş taahhüt uygulamasına bakıldığında, 2004-2019 yılları arasında rekabet ihlallerine ilişkin toplam 78 karar almış olduğu ve bu kararların 40'ının taahhüt kararıyla sonuçlandırıldığı görülmektedir. İhlal kararlarının yarısından fazlasının taahhüt yöntemiyle sonuçlandırılmış olması, bu yöntemin 15 yıl boyunca etkin bir şekilde kullanıldığını göstermek açısından ilk gösterge olarak kabul edilmelidir. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da ("4054 sayılı Kanun") ise uzlaşma ve taahhüt yöntemlerini açıkça düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık 23.01.2014 tarihli Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nda, Avrupa Konseyi'nin 1/2003 sayılı Tüzüğü'nün 9. maddesinde yer alan taahhüt yöntemini düzenleyen maddesiyle benzer nitelikte bir hükme yer verilmiştir. Söz konusu Tasarı'nın ne zaman yasalaşacağı, Tasarı'da herhangi bir değişiklik yapıp yapılmayacağı henüz kamuoyu tarafından bilinmemektedir. 4054 sayılı Kanun'da henüz açık bir yasal dayanak bulunmamakla birlikte, Rekabet Kurumu'nun Kanun'un "İhlale Son Verme" başlıklı mevcut 9. maddesinin 3. fıkrasını geniş yorumlayarak ön araştırma ve soruşturma süreçlerinde ihtiyaç duyduğu taahhüt benzeri uygulamaları uzun yıllardır gerçekleştirdiği görülmektedir. Kurulun 9/3 uygulaması gerçekleştirdiği en güncel karar, 19-14/189-85 sayılı ve 04.04.2019 tarihli ESGAZ kararıdır. Gerekçeli kararın yakın zamanda yayımlandığı ve ön araştırma sonunda alınmış olan bu karardaki 9/3 uygulamasında, Avrupa Komisyonu'nun taahhüt uygulamasına çok yaklaşıldığı görülmektedir.

96. Yerinde İnceleme Yetkisine İlişkin Güncel Tartışmalar: Tüm Paydaşları Mutlu Edecek

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

97. Avrupa Birliğinde Yoğunlaşmaların Kontrolünde Hukuksuz Kararlar ve Tazminat:

Rekabet otoriteleri dahil olmak üzere, tüm idari otoriteler tarafından verilen kararların yargısal denetime tabi olması şüphesiz herhangi bir modern hukuk sistemi için vazgeçilmezdir. Zira aksi durum, idari işlem niteliğinde olan rekabet otoritesi kararlarını Anayasal bir zorunluluk olan yargısal denetimden yoksun bırakacaktır. Avrupa Komisyonunun vermiş olduğu kararlar bakımından söz konusu yargısal denetim görevini Avrupa Mahkemeleri (ABAD ve Genel Mahkeme) yerine getirmektedir. Bununla birlikte, Avrupa'daki yargısal denetim mekanizmasının etkinliği ve beraberinde getirdiği sonuçlar, son

yıllarda Komisyon kararlarının işlem tarafları ve üçüncü kişiler tarafından daha sıklaşan bir şekilde temyiz incelemesine tabi tutulması yönündeki eğilim dikkate alındığında, git gide daha da önem kazanmaktadır. Komisyonun birleşme veya devralma işlemlerine ilişkin izin veya ret kararlarının Avrupa Mahkemelerince yapılan inceleme sonucunda iptal edilmesi, taraflar, ilgili üçüncü kişiler ve pazarın geneli üzerinde, diğer iptal kararlarına kıyasla daha farklı sonuçlara yol açabilmektedir. Zira birleşme veya devralma işlemlerine ilişkin kararlar, ex-post bir değerlendirme neticesinde pazardaki geçmiş bir davranışa ilişkin olarak alınmış Komisyon kararlarından ziyade, ex-ante bir değerlendirme neticesinde pazarda henüz oluşmamış bir senaryonun incelenmesi suretiyle verilen kararlardır ve nitelik itibarıyla birçok belirsizlik barındırmaktadırlar. Bu itibarla bir işleme dair verilen izin veya ret kararının belirli bir süre sonra Komisyon kararındaki eksik veya hatalı bir unsur nedeniyle iptal edilmesi hem işlem tarafları hem de ilgili üçüncü kişiler bakımından tazmin edilmesi oldukça güç zararların doğmasına sebebiyet verebilmektedir. Bununla beraber söz konusu zararların pazarın bütününe sirayet ederek, nihai olarak tüketiciler bakımından da etkisiz sonuçlar doğurması da gündeme gelebilecektir. Bu kapsamda birleşme devralma dosyalarının incelenmesi neticesinde verilen Komisyon kararlarının yargısal denetimi ile kararın iptal edildiği durumlarda, işlem tarafları, ilgili üçüncü kişiler ve nihai olarak pazarın bütünü açısından doğabilecek olumsuz sonuçların en aza indirgenebilmesi adına, tazminat mekanizmasının daha etkin şekilde işleyişinin sağlanması ve Komisyon kararlarının en azından usule dair unsurlarının, kararın bozulmasına sebebiyet verebilecek nitelikte bir eksik veya hata barındırmaması için gereken mekanizmaların kurulması gibi önlemlerin alınması büyük önem teşkil etmektedir.

98. Rekabet Hukukunda İktisadi Delil ve Hukukçular için İktisadi Analiz: İktisadi delil ve analiz yaklaşımının rekabet hukuku uygulamalarında gittikçe daha geniş yer bulduğu ve önümüzdeki dönemde de önemini daha da arttıracığı ifade edilebilecektir. Ortaya konan bu nedenlerle rekabet hukukuna ilişkin karar alıcı, uygulayıcı ve araştırmacıların; iktisadi yaklaşımlar konusunda yüzeysel dahi olsa bir temel oluşturması bir ihtiyaç haline gelmiştir. Bu ihtiyaca yönelik olarak öncelikle rekabet hukuku ile iktisadi analiz arasındaki ilişkinin irdelenerek kavramsal bir çerçevenin çizilmesi ve iktisadi delillere neden ihtiyaç duyulduğunun konu edilmesi yerinde olacaktır. Buna ek olarak rekabet hukuku incelemelerinde kullanılan iktisadi yaklaşımların örnekler ile açıklanması, konunun daha rahat anlaşılmasına ve iktisadi yaklaşım hakkında bir perspektif oluşturulmasına katkı sağlayabilecektir. Özellikle hukukçuların doğru iktisadi soruları sorması ve ihtiyaç duyulan veriler ile analizin sunumuna yönelik bir söylem geliştirmesine ilişkin hususların gündeme getirilmesi oldukça fayda sağlayacaktır.

99. Rekabet Hukukunda İspat Standardı: Güncel Uygulamaların İdare Hukuku İlkeleri Kapsamında Değerlendirilmesi: İspat standardı, içerisinde maddi anlamda yargılama faaliyeti barındıran ve hukuki terminoloji itibarıyla yargısal, yarı yargısal veya yargı benzeri olarak addedilen tüm süreçlerin en önemli unsurlarındandır. Dolayısıyla, inceleme konusu sürecin ne şekilde isimlendirildiğinden bağımsız olarak, soruşturma ve delil toplama gibi unsurları barındıran ve yaptırım tesis etme kabiliyetine sahip tüm adli veya idari süreçlerin, ispat standardına ilişkin kural ve teamüllere uyum göstermesi gerekmektedir. Aksi takdirde, verilen kararlar ve tesis edilen yaptırımların itibarına gölge düşeceği gibi, bunlar ile elde

edilmek istenen hukuki faydalar da yarım kalacaklardır. İşbu çalışma, son dönemde verilen Rekabet Kurulu kararları üzerinden ispat faaliyetindeki uygulama eğilimlerini ele alacak ve Rekabet Kurulunun karar insicamı üzerinden ispat faaliyetindeki gelişim ve değişimleri değerlendirecektir. Bu kapsamda birinci olarak rekabet soruşturmalarının idare hukuku içerisindeki konumu ve niteliği değerlendirilecektir. İkinci olarak ispat standardının teorik boyutunu ele alacak ve mehz AB uygulaması üzerinden mukayeseli bir inceleme gerçekleştirecektir. İspat standardı konusunda katma değer sunan bir diğer önemli yetki alanı olan ABD hukuku da analogi itibarıyla uygun düştüğü ölçüde çalışmaya yansıtılacaktır. Takip eden bölümde ispat standardı uygulamasında son dönemde karşılaşılan temel sorunlar ele alınacaktır. Bu bölümün alt başlıkları kapsamında ikincil delillerin, istatistiki delillerin, niyet unsurunun ve piyasanın genel görünümünün delil nitelikleri ve ispat kabiliyetleri incelenecektir. Özellikle makul şüphe kavramının AB ve Türk rekabet hukuku rejimindeki karşılığı incelenecek ve ne tür bulguların makul şüphenin ötesine geçip nelerin yokluğundan kararın eksik inceleme sebebiyle bozulabileceğine ilişkin yüksek yargı kararları ele alınacaktır. Son olarak Tip-I/Tip-II hatalar ile ispat standardının ihlal türüne göre değişkenlik göstermesi konularına da değinecek olan çalışmamız, ispat faaliyetinin iktisadi boyutunu da ele alacak ve “hukuk ve ekonomi” teorisi düzleminde ideal ispat standardına ilişkin kullanılan formülleri inceleyecek ve güncel kararları bu açıdan değerlendirecektir.

100. Avrupa, Rusya ve Türkiye Otoritelerinin Google Android Kararları Üzerine Bir

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

Android Kararları'nın uygulanmasında yarattığı belirsizliklere dikkat çekilecek, otoriteler arası uluslararası iş birliğinin kuvvetlendirilmesine yönelik atılabilecek adımlar katılımcılara sunulacaktır.

101. Rekabet Hukukunda Fiyat Dışı Rekabet Unsuru Olarak Kişisel Verilerin Gizliliğinin

Korunması: Hacim, hız, çeşitlilik ve değer olmak üzere dört niteliği ile tanımlanan büyük veri; son yıllarda işletmeler için neredeyse sermaye ve işgücü kadar önem arz eden yeni bir girdi niteliği kazanmıştır. Büyük verinin ekonomik öneminin artması ve veriyi depolama ve işleme maliyetlerinin azalması ile; daha fazla değer yaratmak amacıyla günlük hayata dair süreçler çeşitli ekonomik birimler tarafından veriselleştirilmekte, böylece yaşamın her alanının veriye dönüştürüldüğü veriselleşme çağına başladığı görülmektedir. Özellikle teşebbüsler nezdinde derlenen ve işlenen veri hacminin ve çeşitliliğinin artması, Anayasa ile güvence altına alınan kişisel verilerin gizliliğinin korunması hususunda ciddi endişelere yol açmaktadır. Büyük veriyi kontrol eden teşebbüsler pazar güçlerini artırarak rekabetçi avantaj kazanmakta, bu nedenle büyük veriden daha çok yararlanmak için üçüncü kişilere veri aktarmak ya da üçüncü kişilerden veri satın almak yoluna gidebilmekte, veri yoğunlaşmasına yol açacak birleşme veya devralma işlemleri gerçekleştirebilmekte, mevcut gizlilik politikalarını değiştirerek tüketicilerden sundukları ürün ve hizmetler karşılığında daha fazla kişisel bilgi talep edebilmekte, işte tüm bu süreçlerde de verilerin korunmasına ve gizliliğine yönelik temel kural ve ilkeler çiğnenebilmekte ve tüketiciler bu durumdan zarar görebilmektedir. Tüketici zararından bahsedildiği noktada, rekabet hukukunu doğrudan ilgilendiren bir konu olmayan kişisel verilerin gizliliğinin korunması hususu, rekabet hukukunu da ilgilendirir hale gelmektedir. Nitekim rekabet hukuku kapsamında büyük veriye ilişkin tartışmaların büyük çoğunlukla kişisel veriler üzerine olduğu görülmektedir. Bu kapsamda yapılacak bir değerlendirmenin beraberinde getirdiği zorlukların neler olduğu, nasıl aşılabileceği ve özellikle yoğunlaşma işlemlerinde teşebbüslerce Rekabet Kuruluna sunulabilecek etkinlik savunmalarının söz konusu değerlendirmelerde nasıl bir rol oynayabileceği tartışılacak ve mevcut uygulamaların iyileştirilmesi bakımından çeşitli öneriler sunulacaktır.

102. Rekabet Hukuku ve İktisadi Perspektifinden Kişisel Fiyatlandırma:

Teknolojik gelişmeler ve internetin yaygınlaşması, teşebbüslere, daha etkin bir şekilde veri toplama, toplanan bu veriyi saklama ve daha da ötesinde, toplanılan veriyi işleyerek rekabet açısından önemli bilgiler edinme imkânı tanıdı. Teşebbüsler elde ettikleri bu veriler üzerinden tüketicilere ilişkin profil oluşturma, tüketiciye özgü fiyatlandırma yapma ve ürün sunma yeteneği kazanmıştır. Bu, teşebbüslere taleplerini genişletebilme imkanını sağladığı gibi bazı tüketicileri sömürülmesi ve hatta yer yer rakipleri dışlanma amacıyla da kullanılabilir. Fakat bu eylemin tüketici refahı üzerindeki görünümü net değildir. Haliyle somut dosya özelinde değerlendirme yapılması kaçınılmazdır. Bu sunumda, kişisel fiyatlandırmanın 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamında ihlal teşkil edip etmediği muhtelif yargı yerlerindeki dosyalar ve literatürdeki yaklaşımlar ışığında tartışma konusu haline getirilecektir. Bu kapsamda ayrıca, teşebbüslerin muhtemel etkinlik savunmaları ile birlikte bu eylemin tüketici refahı üzerindeki etkileri güncel iktisadi çalışmalar ışığında değerlendirilecektir.

103. Denizcilik Sektöründe Güncel Rekabet Hukuku Gelişmeleri: Denizcilik sektörüne ilişkin güncel rekabet hukuku meseleleri, üç ana konu üzerinden ilerlemek suretiyle ele alınacaktır. Bu konular şunlardır:

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

Denizcilik sektörü sıklıkla rekabet otoritelerince değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Yukarıdaki sıralama ile sunulması öngörülen bildiri öncelikle, Rekabet Kurulunun sektöre yönelik detaylı değerlendirmeler içeren yakın tarihli iki kararına değinilecek ve ardından Avrupa Komisyonunun kargo taşımacılığına ilişkin grup muafiyeti yönetmeliğinin uzatılması teklifinde belirtilen gerekçeler açıklanacaktır. İncelenecek ilk Rekabet Kurulu kararı, Ambarlı- Bandırma ve Ambarlı - Topçular ro-ro hatlarında faaliyet gösteren toplam 5 teşebbüsün birlikte fiyat tespiti yaptıklarından hareketle cezalandırıldığı Ambarlı ro-ro kartelleri kararıdır. İki ayrı kartelin varlığının ro-ro taşımacılığı sektörü oyuncularının yazışmaları üzerinden ispat edildiği bu karar, birçok yönden önem arz etmektedir. Sektöre ilişkin güncel değerlendirmeler içermektedir, Rekabet Kurulunun en yakın tarihli kartel kararıdır, dosyada pişmanlık başvurusu bulunmaktadır, teşebbüs bütünlüğü kavramı dosyada irdelenmektedir ve dosyadaki karşı oylar, Anic varsayımı gibi kilit rekabet hukuku meselelerine değinmektedir. Bu itibarla karara değinilmesinin faydalı olacağı değerlendirilmektedir. Gemilerin boş yük taşıması etkinsizliğe yol açtığından bu durumu bertaraf etmek için hatlar arasında sınırları kati biçimde çizilmiş konsorsiyumlar kurulmaktadır. Halihazırda bu tür konsorsiyumlara, sektöre yönelik çıkarılmış olan grup muafiyeti yönetmeliği çerçevesinde Avrupa Komisyonunca izin verilmektedir. Bununla birlikte, Avrupa Komisyonu 20 Kasım 2019 tarihli açıklamasıyla “pazar koşulları sektöre özgü bir grup muafiyetinin mevcudiyetinin halen gerekli olduğuna işaret ettiği” gerekçesiyle grup muafiyetinin 4 yıl daha uzatılmasını teklif etmiştir. Bu çerçeveden hareketle sektörde konsorsiyumları gerekli kılan unsurlara değinilecektir.

104. Rekabet Hukukunda Yeni Ufuklar; Federal Alman Kartel Ofisi (Bundeskartellamt)

Facebook Dosyası: Hiç şüphesiz 2019 yılının rekabet hukuku açısından en önemli gelişmesi uzun süredir beklenen Federal Alman Kartel Ofisi'nin (“Ofis”) Facebook kararıdır. Özellikle kişisel verilerin korunması hukuku ve rekabet hukuku kavramlarının iç içe geçtiği bu dosya bazında kişisel veriler ve rekabet hukuku kavramları ile birlikte incelenmiştir. Facebook tarafından kullanıcılara sunulan genel işlem şartları uyarınca kullanıcılar anılan teşebbüs tarafından sunulan sosyal ağ hizmetlerinden ancak Facebook veri işleme politikasını kabul etmek şartıyla yararlanabilmektedir. Böylelikle anılan teşebbüs kullanıcıların Facebook haricinde, aynı grupta yer alan Instagram ve WhatsApp uygulamalarındaki verilerinin yanında üçüncü taraf olarak adlandırılan Facebook dışındaki internet sayfaları ve uygulamalardaki verileri de elde etmektedir. Böylece Facebook kullanıcılar için bütün faaliyetlerinde kullanabileceği eksiksiz bir Facebook verisi oluşturabilmektedir. Kartel Ofisi kararlarına karşı yargı merci olarak belirlenmiş olan Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesi (“OLG”), Ofis'in bu çok tartışmalı kararına karşı yürütmeyi durdurma kararı vermiştir. Bu kapsamda OLG'nin,

Ofis'in rekabet ihlali tespiti konusunda asıl dayanağı olan sömürücü davranışlar konusundaki tespitlere esaslı şekilde karşı çıktığı görülmektedir. OLG kararı neticesinde Facebook kararı özelinde yaşanacak birçok tartışma, şu an için ertelenmiş durumdadır. Zira OLG'nin nihai kararına kadar Facebook, tartışmalı veri işleme politikasını değiştirmek zorunda değildir. Ancak yargılama sonucu ne olursa olsun anılan karar kişisel verilerin işlenmesi yoluyla yeni bir sömürücü davranış tipi ortaya koymuştur ki, bu birçok tartışmayı beraberinde getirmektedir.

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

SEP, fikri mülkiyet hukuku kapsamında korunan tescilli bir teknolojiye yönelik geliştirilen standardın, ilgili teknolojiye erişim olmaksızın hayata geçirilememesi noktasında gündeme gelmektedir. Bu doğrultuda SEP kavramı, bir standart belirleme kuruluşu tarafından belirlenen teknik bir standardın uygulanabilmesi için zorunlu olduğu ilan edilen patenti ifade etmektedir. SEP sahibinin elindeki patentli teknolojiyi, ilgili standardın uygulanmasını engellemek için kullanmak suretiyle diğer firmaları piyasadan dışlaması durumunda dışlayıcı uygulamalar ortaya çıkabilmektedir. Bu uygulamalar lisanslamamın reddi, engelleme (hold up) ve mahkeme emri şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Bu bildirin konusunu oluşturan mahkeme emri, SEP sahibi teşebbüsün, söz konusu SEP'in ihlal edildiği gerekçesiyle yargıya başvurmak suretiyle elde ettiği; davalıyı belli bir davranıştan kaçınmaya zorlayan yahut o davranışı sürdürmekten men eden ve ihlalden doğan zararların ortadan kalkmasını amaçlayan yargı kararına işaret etmektedir. Söz konusu emir genel itibariyle; patent hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması, tecavüzün giderilmesi, patent hakkına tecavüz suretiyle üretilen veya ithal edilen ürünlere, bunların üretiminde doğrudan doğruya kullanılan araçlara ve patente bağlı bir usulün kullanımını sağlayan araçlara el konulması, patent hakkına tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması, el konulan ürünlerin ve araçların şekillerinin değiştirilmesi veya patent hakkına tecavüzün önlenmesi için imhası uygulamalarını kapsamaktadır. SEP'lere ilişkin mahkeme emri uygulamaları, AB rekabet hukukunda "hâkim durumun kötüye kullanımı" çerçevesinde ele alınmaktadır. Türkiye'de rekabet hukuku uygulamasında ise konunun ilk kez ele alındığı karar Vestel AŞ ile Koninklijke Philips N.V (Royal Philips) arasındaki uyuşmazlığa ilişkindir. İlgili kararda Rekabet Kurulu tarafından Royal Philips'in sahip olduğu SEP'lerin lisans anlaşması olmaksızın kullanıldığına ilişkin Vestel'e dava açması ve lisanssız ürünlerin toplatılmasına ilişkin mahkeme emri alması davranışları hâkim durumun kötüye kullanılması çerçevesinde değerlendirilmiştir. Bildiride SEP'lere ilişkin mahkeme emri uygulamaları, AB kararları ve Rekabet Kurulunun Royal Philips kararı çerçevesinde incelenecek ve hangi koşullarda hakim durumun kötüye kullanılması sayılacağı değerlendirilecektir.

106. Blokzincir Teknolojisi ve Olası Rekabet Hukuku Sorunları:

Hızla gelişen blokzincir teknolojisi rekabet otoriteleri için birtakım sorunların değerlendirilmesini gerektirmektedir. Dağıtık bir veri tabanında, bütün paydaşlara açık, şeffaf ve doğrulama yapmasına imkân tanıyan yenilikçi teknoloji, merkezi bir otoriteye ve aracı platformlara (bankalar, brokerler, internet platformları vb) olan ihtiyacı ortadan kaldırarak işlem maliyetlerini azaltmakta, tüketiciler için daha hızlı, güvenilir ve etkin bir sistem sunmaktadır. Bununla birlikte, merkezi olmayan kripto edilmiş dağıtık yapı, merkezîleşmiş yapıya ve yaptırımlara dayanan rekabet otoriteleri için birtakım endişeleri beraberinde getirmektedir. Özellikle, bu yıkıcı/yenilikçi

teknoloji, geleneksel antitröst araçlarının zincir üzerinde gerçekleşebilecek ihlalleri tespit etmede yeterliliği konusunda, otoritelerin yargı yetkisi ve regülasyon ihtiyacı bakımından soru işaretleri uyandırmaktadır. Çalışmada blokzincir teknolojisinin tüketiciler için önemli etkinlikler yarattığı tespit edilmekle birlikte, teknolojinin doğasından kaynaklanan olası rekabet hukuku sorunlarına 4054 sayılı Kanun'un 4., 6 ve 7. Maddesi bakımından ışık tutulacaktır. Ayrıca, bu alanda regülasyon ihtiyacı olup olmadığı ve 4054 sayılı Kanun bağlamında grup muafiyeti veya bireysel muafiyet bakımından değerlendirmeler sunulacaktır.

107. Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Rekabet Hukuku İhlallerinden

Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu: Yüksek tutarda idari para cezası ve üç katına kadar tazminat sorumluluğu riskleri dikkate alındığında, rekabet hukuku ihlallerinin teşebbüsler açısından önemli sonuçları bulunmaktadır. Teşebbüslerin rekabet hukuku ihlali sebebiyle karşılaşabileceği idari para cezası ve tazminatlar ile ihlalden zarar gören ilgililerin uğrayacağı zararlar nedeniyle yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğuna ilişkin problemler, mukayeseli hukukta (özellikle Alman ve İsviçre hukukunda) ciddi ölçüde tartışılmaya başlanmıştır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ekseninde anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunun şirketler hukuku teorisinin komplike alanlarından biri olması, konunun tercih edilmesinde bir başka etken olmuştur. Bu kapsamda hukuk güvenliğinin tesisi açısından çözüm arayışı içerisine girilmesi gereken çok sayıda çetrefil sorun bulunduğu rahatlıkla dile getirilebilir. Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin rekabet hukuku ihlallerinden kaynaklanan hukuki sorumluluğunun sorgulanacağı çalışmamızda güncel sorunların ilk bakışta sekiz alt başlıkta toparlanabilmesi mümkündür: İlk olarak, organ sıfatıyla yönetim kurulu üyelerinin, ihlalden zarar gören kişilere karşı doğrudan sorumluluğu bulunup bulunmadığı ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (=Rekabet Kanunu) 58. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen üç katına kadar tazminat hükmünün yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğuna ilişkin davalarda uygulama alanı değerlendirilecektir. İkinci olarak, ihlal dolayısıyla yönetim kurulu üyeleri hakkında gündeme gelebilecek yaptırımlar tahtında idari para cezası ödenmesi nedeniyle yönetim kurulu üyelerine rücu edilebilip edilemeyeceği ve ortaklığın ihlal dolayısıyla elde ettiği menfaatlerin oluşan zarardan denkleştirilmesinin mümkün olup olmadığı ele alınacaktır. Üçüncü olarak, yönetim kurulu üyelerinin şirket menfaati ekseninde özenli davranma yükümlülüğünün kapsamı ve iş adamı kararı ilkesinin (=business judgment rule) rekabet hukuku ihlallerindeki uygulama alanı tartışılacaktır. Bunu takiben dördüncü olarak, açık ve kompleks ihlaller tasnifi ışığında yönetim kurulu üyeleri açısından kusursuzluğun ispatı sorunları irdelenecektir. Beşinci olarak, yönetim kurulu üyelerinin rekabet hukukunun ihlali teşkil eden eylemleri sonucunda oluşan zararın niteliği ve genel kurul tarafından verilen ibra kararının şirket, pay sahipleri ve şirket alacaklılarının dava hakkına etkisi üzerinde durulacaktır. Altıncı olarak, yönetim ve/veya temsil yetkisinin devrinin rekabet hukuku ihlallerinden kaynaklanan sorumluluk rejimine etkisi ve özellikle farklılaştırılmış teselsüle ilişkin düzenlemenin rekabet hukukundaki uygulama alanı sorgulanacaktır. Yedinci olarak, pişmanlık programlarından yararlanılması veya yararlanılmamasının yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu üzerindeki etkisi incelenecektir. Nihayet sekizinci olarak, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk riskinin önlenmesi için alınabilecek önlemler, bu konunun kurumsal yönetim

ilkeleri ile ilişkisi ve özellikle rekabet uyum hizmeti (=compliance) alınması halinde, bunun yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna etkisi değerlendirilecektir.

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

Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri 2021

109. Yabancı Rekabet Otoritelerinin Vermiş Olduğu Kararların Rekabet Hukuku İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğundaki Delil Niteliği Hakkında Tartışmalar: Rekabet hukukunun ihlalinden doğan tazminat sorumluluğu, bünyesinde son derece tartışmalı konuları barındıran ve belki de bu nedenle Türk hukukunda fazla gelişme göstermemiş bir alandır. Bildiğimiz kadarıyla 20 senelik uygulama geçmişinde tazminata hükmedilerek kesinleşen bir yargı kararı bulunmamaktadır. Bu durumun nedenlerinden biri, Rekabet Kurumu ile adli mahkemeler arasındaki ilişkiye, daha açık bir deyişle, Rekabet Kurulu (“Kurul”) kararlarının tazminat yargılaması açısından hukuki etkisine ve mahkemelerin Kurul kararı olmaksızın yargılama yapmalarının mümkün olup olmadığına dair bir düzenleme yapılmamış olmasıdır. Yargıtay’ın kararları da ne yazık ki yol gösterici olmaktan uzaktır. Üstelik 2020 yılında yapılan Kanun değişikliği de meseleyi daha karmaşık hale getirecek gibi gözükmektedir. Bu sunum, tazminat davasının en önemli unsurlarından biri olan hukuka aykırılık unsurunu, rekabet otoritesi kararlarının delil niteliği açısından ele almaktadır. Bu çerçevede, Kurul kararının devam etmekte olan bir yargılamaya etkisi de dâhil olmak üzere, rekabet otoritelerinin vermiş olduğu kararların tazminat davasındaki etkisi ve delil değeri tartışılacaktır. Hâlihazırda mevcut bir uyuşmazlık kapsamında verilmiş olan Avrupa Komisyonu kararının etkisi de irdelenecek ve bu çerçevede verilen mahkeme kararları incelenecektir. Sistematik olarak ele alırsak öncelikle, rekabet ihlallerinden doğan tazminat hakkının Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da nasıl düzenlendiği; ispat yükü, Kurul kararlarının delil niteliği ve özellikle açılan tazminat davalarında özel hukuk mahkemeleri ile Kurul arasındaki ilişki perspektiflerinden ele alınacaktır. Ardından, yabancı rekabet otoritesi kararlarının Türk mahkemelerinde görülen davalara etkisi ve bu tür bir karara dayanılarak

tazminat hükmü kurulup kurulamayacağı değerlendirilecektir. Bu kapsamda Vestel'in, Avrupa Komisyonu'nun 05.12.2012 tarihli AT.39437 sayılı kararına dayanarak Türkiye'de açtığı ve bu konuda 14 Aralık 2020 tarihinde, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 45. Hukuk Dairesi tarafından verilen E. 2020/1974, K. 2020/312 sayılı karar incelenecektir. Son olarak, Avrupa Birliği ("AB") rekabet hukukunda rekabet ihlallerinden doğan tazminat talebi, tarihsel süreç içerisinde incelenecektir. Bu bağlamda AB mevzuatına göre, üye devletlerin rekabet otoritelerince verilen kararların, diğer üye devletlerde nasıl bir değer taşıdığı anlatılacaktır.

110. 12. Yılında Ceza Yönetmeliği'nin Muhasebesi: Taşlar Yerine Oturdu mu? Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" (Ceza Yönetmeliği) 15 Şubat 2009 tarih ve 27142 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girdi. Dibacesinde Ceza Yönetmeliği ile ulaşılmak istenen amaçların şu şekilde sıralandığını görüyoruz: a) Cezalandırma sürecinde şeffaflık, nesnellik ve tutarlılık sağlanması. b) Cezalar belirlenirken, incelemelere yardımcı olunması, aktif iş birliği gibi hususların dikkate alınmasıyla, bunların teşvik edilmesi. c) Para cezalarının özel ve genel caydırıcılığı sağlayacak nitelikte olması. Yürürlüğe girmesinin üzerinden geçen 12 yıllık sürede çok sayıda ceza uygulandı ve birçok tartışma gündeme geldi ve halen de gelmeye devam ediyor. Toplam ciro mu ilgili ürün cirosu mu, temel para cezası belirlenirken oranların nasıl tespit edildiği, tekerrür uygulaması, ihlal konusu faaliyetlerin gayrisafi gelir içindeki payının düşüklüğü nedeniyle uygulanacak indirim oranı gibi konular ilk akla gelenler. Gerek Rekabet Kurulu kararlarında gerekse idari yargı yerlerinde Yönetmeliğin uygulanmasına yönelik oldukça farklı kararlara rastlıyoruz. Örneğin 10.01.2019 tarih ve 19-03/23-10 sayılı Turkcell kararındaki tekerrür uygulaması ile 16.01.2020 tarih ve 20-04/47-25 sayılı Kargo II kararındaki tekerrür uygulaması tümüyle farklılık arz ediyor. Bu farklılığın teşebbüs açısından maliyeti ise ceza miktarının %50 oranında yüksek olması! Bu seminerde 12 yıllık uygulamada Ceza Yönetmeliği'nin öngörülen amaçlara ulaşip ulaşmadığı; özellikle cezalandırma sürecinde şeffaflık, nesnellik ve tutarlılık sağlanıp sağlanmadığı noktasından hareketle, tartışmalı konulardaki Kurul ve idari yargı kararlarına yer verilmek suretiyle ele alınacaktır.

111. Avrupa Yeşil Mutabakat Politikalarının Rekabet Hukuku Uygulaması Üzerindeki Olası Etkileri ve Tüketici Refahı Kavramının Yeniden Tanımlanması İhtimali: Çevresel sürdürülebilirlik hedefleri özellikle gelişmiş ülkeler için giderek daha öncelikli bir hale gelmektedir. Avrupa Birliği düzeyinde de "Avrupa Yeşil Mutabakat" adı altında, topluluk politikalarının büyük bir bölümünün çevresel sürdürülebilirlik hedefleri doğrultusunda gözden geçirilmesi gündeme gelmiştir. Bu kapsamda, Avrupa Yeşil Mutabakatı mevcut rekabet hukuku uygulaması üzerinde de bazı etkiler doğurabilecektir. Hollanda ve Yunanistan rekabet otoriteleri, çevresel sürdürülebilirlik hedeflerini rekabet hukuku ile entegre etmek için çeşitli adımlar atmış ve Avrupa Birliği Komisyonu da gerek ABİHA'nın 101 ve 102. maddelerine dayalı incelemelerde gerekse yoğunlaşmaların kontrolünde rekabet hukuku uygulamalarının çevresel sürdürülebilirlik hedefleri doğrultusunda nasıl revize edilebileceğini incelemek için kamuoyu görüşlerine başvurmuştur. Komisyon'un, çevresel sürdürülebilirlik hedeflerine ilişkin unsurlar ile rekabet hukuku uygulamaları arasında bir bağlantı kurarken, esas olarak çevreye dair endişelerin ve sürdürülebilirlik ile ilgili kaygıların tüketicilerin karar alma süreçlerini etkileyen parametreler haline geldiği varsayımı üzerinden

hareket ettiği görülmektedir. Bu çerçevede, örneğin rakip konumundaki teşebbüslerin bir araya gelerek çevresel sürdürülebilirlik hedeflerine ulaşılmasını kolaylaştıracak iş birlikleri içine girmesinin tüketici yararını arttırdığının yahut teşebbüslerin sürdürülebilir ürünlere yönelik inovasyon motivasyonunu azaltabilecek yoğunlaşma işlemlerinin tüketici zararına yol açtığı ileri sürülmesi mümkün olabilecektir. Bu yaklaşım, “tüketici refahı” kavramının sınırlarının ciddi derecede genişlemesi anlamına gelebilecektir. Sunum çerçevesinde tüketici refahı kavramının sınırlarındaki olası genişlemenin olumlu ve olumsuz yönleri tartışılacak ve rekabet hukuku uygulamalarının çevresel sürdürülebilirlik hedeflerine paralel olarak revize edilmesi esnasında göz önünde bulundurulması gereken riskler üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda, rekabet hukukunun birbiri ile çelişebilecek birden fazla amaca (ör: fiyat rekabeti ve sürdürülebilirlik) hizmet ettiği bir kurguda, somut olay özelinde amaçlar arasında önceliklendirmenin (ör: hammadde tedarikinde yalnızca sürdürülebilir kaynakların kullanılmasını öngören fakat toplam maliyetlerde ve dolayısıyla fiyatlarda artışa yol açan rakipler arası anlaşmanın analizi) nasıl yapılacağına büyük önem arz ettiği vurgulanacak ve olası en iyi uygulamalara ilişkin tartışma ve önerilere yer verilecektir.

112. Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Davaları: Firmalar Bakımından Fırsatlar (ve Riskler): Rekabet hukuku ihlalinden zarar gördüğünü iddia eden şirketler veya tüketiciler, bu zararlarının giderilmesi için dava açabilmekte ve çok büyük miktarlarda tazminat alabilmektedir. Örneğin, AB Komisyonu’nun 2012 yılında CRT üreticilerine kartel kurdukları gerekçesiyle 1,5 milyar Avro ceza vermesinin ardından Vestel 2 milyar Avro’luk bir tazminat talebi ile Hollanda’da LG, Philips, Samsung ve Technicolor aleyhine dava açmış; anılan dava kapsamında Philips yakın bir tarihte Vestel ile uzlaştığını açıklamıştır. Benzer şekilde, Arçelik’in de CRT üreticileri aleyhinde açtığı davada, davalıların 50 milyon dolara yakın tazminat ödemeyi kabul ettiği Arçelik’in KAP açıklamasından anlaşılmaktadır. Öte yandan bu tazminatların elde edilebilmesi, aşağıda örnek olarak verilen pek çok konu üzerinde değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir: - Davanın hangi hukuk düzeninde açılacağı (AB, ABD, Birleşik Krallık, Türkiye...), - Hangi hukuk bürosu (Hausfeld gibi tazminat davalarında uzmanlaşmış bürolar, rekabet soruşturmalarında uzmanlaşmış olanlar...) ile nasıl bir ödeme modeline göre çalışılacağı (saat karşılığı ödeme, alınacak tazminattan pay verilmesi...), dava masraflarının nasıl finanse edilebileceği (fon desteği alınması, sigortalama...), - Davalıların olası hukuki (zamanaşımı, Rekabet Kurulunun ihlal tespitinin olmaması...) ve iktisadi argümanları (Zararın miktarı, alıcılara yansıtılıp yansıtılmadığı, uygulanacak faiz ve oranı...), - Davanın açılması ve kazanılmasında karşılaşılabilecek diğer zorluklar (üst yönetim desteği, ilgili iş birimlerinin işbirliğinin sağlanması, geçmiş bilgi ve belgelere ulaşım...) Sunumda tüm bu konulara ilişkin olarak özellikle yurt dışında açılan tazminat davalarından hareketle değerlendirmeler yapılacak, ardından firmalar ve hukuk büroları bakımından öneriler getirilecektir.

113. Liman Hizmetleri Alanındaki Düzenlemeler ve Rekabet: Ülkemizin stratejik konumuna ve üç tarafının denizlerle çevrili olmasına rağmen denizcilik alanında yeterli gelişmeyi kaydedemediği sürekli karşılaşılan bir klişedir. Bu “acı gerçeğin” arkasında yatan sebeplerden birisi olarak da liman hizmetleri alanındaki problemler gösterilmektedir. Diğer yandan son otuz yılda liman özelleştirmeleri ve yeni yatırımlar sonucunda liman hizmetleri pazarında başta TCDD ve TDİ kamu kurumlarının hizmet sunduğu bir piyasadan özel sektörün

hâkim olduğu bir piyasaya geçiş yaşanmıştır. Bu dönüşümden sonra kamu döneminde karşılaşılan uygun ve zamanında liman hizmeti alamama yönündeki şikayetler giderilmiş ancak bu defa da hizmet bedelleri tartışılır hale gelmiştir. Limanlarda sunulan hizmetler alıcısına göre ikiye ayrılarak incelenmektedir: Gemilere verilen hizmetler ve yüke verilen hizmetler. Gemilere verilen hizmetler, yanaşma ve ayrılma için zorunlu tutulan kılavuzluk, römorkörcülük, bağlama, barınma, atık alımı gibi kalemlerden oluşmaktadır. Bu hizmetleri ülkemizde boğazlar ve özel sektörün giriş yapmak istemediği atıl durumdaki limanlar haricinde özel sektör sunmaktadır. Buna karşın söz konusu hizmetlere dair düzenleme boşlukları uzun süre devam etmiştir. Nihayet 31/12/2018 tarihinde Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı Kılavuzluk ve Römorkörcülük Hizmetleri Yönetmeliği'ni yayınlamışsa da sektörde tartışma yaratan yönetmeliğin yürütmesi Danıştay İDDK kararı ile durdurulmuştur. Bunun ardından Bakanlık 08/01/2020 tarihli Kılavuzluk ve Römorkörcülük Hizmetleri Hakkında Yönetmeliği yayınlamış bu ikinci düzenleme de tartışmalara son vermemiş aksine yeni davaların açılmasına yol açmıştır. Hizmetlerin kim tarafından nasıl sunulacağına dair tartışmaya ilave olarak hizmet bedelleri konusu da tartışmalıdır. Bakanlığın 2003'te yayımladığı bir tavan fiyat tarifesi hukuken geçerli olsa da fiilen bu tarifenin uygulanmadığı gözlenmektedir. Bu durumu değiştirmek üzere 16/05/2020 tarihinde "Kıyı Tesislerinde Verilen Hizmet Kalemleri İle Bu Hizmet Kalemlerinin Taban ve Tavan Ücretlerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ" yayımlanmış ancak bu düzenlemeden de yine kısa süre içinde geri adım atılmıştır. Şöyle ki Bakanlık 11/12/2020 tarihinde aynı konuyu çok daha dar kapsamlı olarak düzenleyen "Kıyı Tesislerinde Gemilere Verilen Hizmetlere İlişkin Tebliğ"i yayımlanmıştır. Bu şekilde sürekli değişen ve hayata geçirilmesinde güçlükler yaşanan düzenlemeler aslında bu alanda bir türlü rekabet hukuku tartışması yapılamamasının altında yatan problemleri özetlemektedir. Bir diğer deyişle, sektörün düzenlenmesine dair bu karmaşık durum rekabete açılmasını da engellemektedir demek hatalı olmaz. Rekabet Kurumu da açtığı soruşturmalarda gemilere verilen hizmetleri irdelemiş ancak özel düzenlemelere tabi olduğu gerekçesiyle bugüne kadar müdahil olmamıştır. Bu kararların isabetli olup olmadığı ve düzenleme boşluğu bulunan bir sektörde rekabet kurallarının nasıl uygulanabileceği bildiri kapsamında tartışılacaktır. Diğer yandan limanlarda gemilerin yanında yüklere de hizmet verilmektedir. Yüklere verilen başlıca hizmetler yükleme, boşaltma, elleçleme, kara ulaştırmasına nakil, depolama gibi hizmetlerdir. Yüklere verilen hizmetler konusunda da yukarıda özetlenen hizmet bedeli tartışmaları tarifeler yönünden geçerlidir. Bu konuda Rekabet Kurumuna da çok sayıda aşırı fiyat şikâyeti yapılmış Kasım 2020'de Ortadoğu Liman Hizmetleri kararına kadar şikayetler reddedilmiştir. Bildiride liman hizmetlerine dair ülkemizin durumunun bir fotoğrafını çekmeye, Rekabet Kurumunun aldığı kararlarla bu fotoğraftaki yerini tartışmaya çalışacağız ve rekabet hukuku araçlarıyla bu alanda başka ne yapılabilirdi ne yapılamazdı sorularına cevap aranacaktır.

114. Rekabet Hukukunda Yeni bir Yaptırım Türü Olarak “Yapısal Tedbirler”: Bilindiği üzere 16/6/2020 yılında yapılan değişiklikler ile birlikte Rekabet Kurulu ihlalin bir daha olmasını önlemek ve piyasada rekabeti tesis etmek için davranışsal tedbirlerin yanında yapısal tedbirler uygulama yetkisi de verilmiştir. Değişiklik sonrası hüküm şu şekildedir Madde 9 - (Değişik birinci fıkra:16/6/2020-7246/3 md.) Kurul; ihbar, şikâyet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya resen bu Kanunun 4 üncü, 6 ncı veya 7 nci maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine rekabetin tesisi için yerine

getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları ve teşebbüslerin belirli faaliyetlerini yahut ortaklık paylarını ya da mal varlıklarını devretmeleri şeklindeki yapısal tedbirleri nihai kararında bildirir. Davranışsal ve yapısal tedbirler, ihlalle orantılı ve ihlalin etkili biçimde sona erdirilmesi için gerekli olmalıdır. Yapısal tedbirlere ancak daha önce getirilen davranışsal tedbirlerin sonuç vermediği hallerde başvurulur. Davranışsal tedbirlerin sonuç vermediğinin nihai kararlar tespit edilmesi halinde ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine yapısal tedbire uyması için en az 6 ay süre verilir. Bu seminerde öncelikle yapısal tedbirlerin gerekli olup olmadığı ve hukuk sistemi içerisindeki yeri incelenecektir. Yeni getirilen kurum çeşitli açılardan incelenecektir. Rekabet Kurulunun geçmiş kararları yargı kararları incelenerek uygulama geçmişi değerlendirilecektir. Bununla birlikte karşılaştırmalı hukukta yapısal tedbirlerin uygulanma şekilleri örnek davalar üzerinden incelenerek konunun temelleri oluşturulacaktır. Sonrasında her bir ihlal türü için yapısal tedbirlerin uygulama alanları incelenecektir. RKHK 4. Madde kapsamındaki uygulamalar ile başlanarak en çok uygulama tartışmaları yapılan RKHK 6. Madde kapsamındaki uygulanmasına ilişkin tartışmalara yer verilecektir. Yine RKHK 7. Madde kapsamında da değerlendirme yapılacaktır. Tüm bu incelemelerimizi yapısal tedbirlerin uygulanmasının tüm rekabet hukuku ve genel mevzuat içerisinde en etkin ne şekilde uygulanması gerektiği analizi ile yapılacaktır.

115. 7246 sayılı Kanunla Getirilen De Minimis Kuralının Türk Rekabet Hukukunda

Uygulanabilirliği: Rekabet hukuku bağlamında de minimis, rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların yasaklandığı normlar çerçevesinde değerlendirilebilecek bazı anlaşmaların, ufak ve önemsiz olmaları nedeniyle rekabet otoritelerince dikkate alınmaması olarak tanımlanabilir. Bir anlaşmanın de minimis kapsamında değerlendirilmesi, onun hukuka uygun olduğu anlamına gelmeyip, yalnızca rekabet otoritesince soruşturma konusu yapılmayacağını göstermektedir. Böylece ilgili pazarda kayda değer bir rekabet sınırlamasına yol açmayan anlaşmalarla uğraşmak yerine, rekabet otoriteleri kaynaklarını daha ciddi rekabet ihlallerini araştırmaya ve soruşturmaya ayırabilecektir. 7246 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunla Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla ile de minimis kuralı Türk rekabet hukuku mevzuatına dâhil edilmiştir. Bu doğrultuda “rekabeti kayda değer ölçüde kısıtlamayan” anlaşmalar, 4054 sayılı Kanunun 4. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle Kurul tarafından soruşturulma konusu yapılmayabilecektir. 7246 sayılı Kanun ile ana hatları, “Rekabeti Kayda Değer Ölçüde Kısıtlamadığı Kabul Edilen Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Karar ve Eylemlerine İlişkin Tebliğ Taslağı” ile de ayrıntıları düzenlenen de minimis kuralının dikkat çeken özelliklerinden biri de “açık ve ağır ihlallerin” kapsamı dışında bırakılmış olmasıdır. Buna göre fiyat tespiti, bölge veya müşteri paylaşımı ya da arz miktarının kısıtlanması gibi açık ve ağır ihlaller, pazar payı eşiklerine bakılmaksızın, de minimis kuralından yararlanamayacaktır. Tebliğ taslağının oluşturulmasından büyük ölçüde yararlandığı anlaşılan Avrupa Komisyonunun 2014 tarihli De Minimis Duyurusunda da amaç bakımından rekabetin sınırlandırılmasına yol açan anlaşma türleri açısından benzer bir düzenleme yer almaktadır. Mevzuat ile uyum sağlanması anlaşılabilir ve doğru bir yaklaşım olsa da mevcut haliyle de minimis kuralının, gerek Türk hukukunun ulus üstü bir niteliğe sahip olmadığı, gerekse Rekabet Kurulunun geçmiş kararları gözetildiğinde sorun oluşturabilecek boyutlarının olduğu ileri sürülebilir. Şöyle ki mevzuat AB rekabet hukuku uygulamasında Komisyonun de minimis gerekçesiyle soruşturma konusu yapmadığı anlaşmaların, üye devletlerin rekabet kanunları uyarınca incelenmesine bir engel bulunmamaktadır. Buna karşın, Türk rekabet

hukukunun böyle bir özelliğinin bulunmaması sonucu Kurulca de minimis kuralının uygulandığı durumlarda rekabet ihlali iddialarını kimin inceleyeceği meselesi ortaya çıkmaktadır. Anlaşmanın rekabeti sınırladığını iddia eden kişilerin, Kurul kararının idari yargıda iptalini istemek dışında, olayı adli yargıya taşımaktan başka bir çaresinin olmadığı söylenebilir. Ancak Yargıtay'ın yerleşik içtihatları sonucu rekabet ihlaline karar verme konusunda fiilen Kurulun yetkili olduğu ve Kurulun vereceği kararın mahkemelerce bekletici mesele yapılması gerektiği düşünülduğünde, rekabet ihlali iddialarının nasıl soruşturulacağı konusunda belirsizlik doğmaktadır. Diğer taraftan; taahhüt, uzlaşma, yapısal tedbirler gibi 7246 sayılı Kanunun getirdiği diğer müesseselerin aksine de minimis uygulaması Türk rekabet hukuku açısından yeni değildir. 7246 sayılı Kanun öncesinde ne 4054 sayılı Kanunda ne de ikincil mevzuatta de minimis kuralına doğrudan dayanak oluşturabilecek bir hükmün yer almasına rağmen, Kurulun fiilen de minimis kuralı varmış gibi hareket ettiği kararlarına rastlanmaktadır. Bu bağlamda, anlaşmanın uygulanmaması veya rekabeti kısıtlayıcı bir etki doğurmaması ya da kısa süreli olması yahut sınırlı bir coğrafi pazarı kapsamaması veyahut tarafların ekonomik anlamda küçük olması gibi çeşitli gerekçelerden hareketle Kurulun ilgili anlaşmayı kayda değer görmeyerek soruşturma konusu yapmadığı ve 9(3) kararıyla dosya konusu uygulamalara son verilmesine yönelik teşebbüslere görüş yazısı göndermekle yetindiği azımsanmayacak ölçüde kararı bulunmaktadır. Bu tebliğde, 7246 sayılı Kanun ile mevzuata dâhil edildiği haliyle de minimis kuralının Türk rekabet hukukunda uygulanabilirliği konusu ele alınmaktadır. Bu bağlamda, de minimis olarak değerlendirilip Kurulca soruşturma konusu yapılmayan anlaşmalara karşı hukuken nasıl bir yol izlenmesi gerektiği sorusu ile açık ve ağır ihlal tanımına giren bazı anlaşma türlerinin Kurul tarafından geçmişte soruşturma konusu yapılmamış olmasının, 7246 sayılı Kanun sonrası da Kurula geçmiş kararlarına atıfta bulunarak benzer bir karar verme yetkisi verip vermediği sorusuna yanıt aranmak suretiyle, de minimis kuralının uygulamada sorun teşkil edebilecek boyutları masaya yatırılmaktadır.

116. Rekabet Hukukunda Geçici Tedbir Kararlarının Yükselişi: Dijitalizasyon ve Pandeminin Etkileri: Son yıllarda mal ve hizmet piyasalarında konsolidasyonun artması ve teşebbüslerin kar marjlarının yükselme eğilimi içerisine girmesi, rekabet hukuku kurallarının ve bunların uygulanmasının etkinliğini sorgulanır hale getirmiştir. Buna karşın gerek rekabet otoriteleri gerekse doktrindeki görüşler, mevcut rekabet hukuku araçlarının etkin bir şekilde uygulanıp uygulanmadığını ve yeni araçlara ihtiyaç olup olmadığını tartışmaya açmıştır. Bu tartışmalardan nasibini alan araçlardan biri de rekabet otoritelerinin mevcut yetkileri arasında yer alan geçici tedbir kararlarıdır. Nitekim geçici tedbir kararları, rekabet otoritelerinin sıkça eleştiriye konu olduğu soruşturma sürecinin uzaması sebebiyle piyasada oluşan ciddi ve telafi edilemez rekabetçi zararların zamanında etkili bir biçimde giderilememesi sorununu bertaraf edebilecek kapasiteye sahiptir. Bununla birlikte, geçici tedbir kararlarına karşı açılan davalarda mahkemelerin görece yüksek bir standart benimsemesi, rekabet otoritelerinin bu aracı kullanmaktan nispeten çekinmesine yol açmıştır. Nihayet Avrupa Komisyonu, 11 Aralık 2018 tarih ve 2019/1 sayılı Direktifi (ECN+ Direktifi) aracılığıyla, hızlı gelişen piyasalardaki rekabetçi sorunlarla etkin bir şekilde mücadele edilebilmesi adına üye ülke rekabet otoritelerinin resen geçici tedbir yöntemine başvurmaları imkânı tanımıştır. Yine Komisyon, IMS Health dosyasından beri geçen yaklaşık 20 yıllık aradan sonra 2019 yılında geçici tedbir uygulamasına başvurmuştur. Özellikle piyasalarda yaşanan

dijitalizasyonun getirdiği yıkıcı yenilikler karşısında, ya geleneksel oyuncuların bu yenilikleri önlemeye yönelik uygulamaları ya da piyasaları domine eden büyük teknoloji şirketlerinin geleneksel teşebbüslerin piyasada var olmasını zorlaştırmaları, rekabet otoritelerinin geçici tedbirlere başvurmasını zorunlu kılmıştır. Keza Covid-19 pandemisinin mal ve hizmet piyasalarında yol açtığı öngörülen rekabetçi endişeler de rekabet otoritelerinin bu yönetime başvurmasına ön ayak olmuştur. İşbu çalışmada; öncelikle geçici tedbir kararlarının olumlu yönleri ve tesis edilmelerinin önündeki engeller ele alınarak koşullarına değinilecek; bu tedbirler neticesinde teşebbüslere getirilebilecek bir eylemi yapmaya yönelik pozitif veya bir eylemi sonlandırmaya yönelik negatif tedbirler arasındaki farklılıklar vurgulanacak ve bu farklılıkların yargı nezdindeki değerlendirmeleri ne ölçüde etkileyebileceğine dair çıkarımlarda bulunulacaktır. Dijitalizasyonun etkisine örnek olarak; (i) İtalya Rekabet Otoritesi'nin Torino Taksi Kooperatifi'nin inovatif hizmetlerin kullanımını engellemesi, (ii) Fransa Rekabet Otoritesi'nin Google Ads kuralları, (iii) Avrupa Komisyonu'nun Broadcom'un münhasırlık uygulamaları ve (iv) Fransa Rekabet Otoritesi'nin Google'ın yayıncıların içeriklerini yeniden kullanması hakkında tesis ettiği geçici tedbir kararları ve varsa takip eden yargı süreci incelenecektir. Pandeminin etkisine örnek olarak ise; (i) Rekabet Kurulu'nun zincir marketler ile bunların tedarikçilerinin gıda ve temizlik ürünlerindeki fiyat artışları, (ii) Arnavutluk Rekabet Otoritesi'nin dezenfektan, maske gibi önleyici sağlık ürünlerinin fiyatlamaları ve ticari koşulları, (iii) Portekiz Rekabet Otoritesi'nin Portekiz Profesyonel Futbol Ligi'nin oyuncu ayartmama kuralı ve (iv) Birleşik Krallık Rekabet Otoritesi'nin havayolları slot anlaşmaları hakkında tesis ettiği geçici tedbir kararları ve varsa takip eden yargı süreci değerlendirilecektir. Tüm bu değerlendirmeler neticesinde, geçici tedbir aracının rekabet otoriteleri tarafından ne ölçüde kullanılabilmesi hususu tartışmaya açılacaktır.

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

AB Komisyonu, 18 Eylül 2018 tarihinde BMW, Daimler ve Volkswagen hakkında, benzinli ve dizel yakıtlı binek araçlar için emisyon teknolojileri alanındaki gelişmelerin ve yeni teknolojilerin piyasaya sürülmesinin kısıtlandığı iddiasıyla soruşturma başlatmıştır. Yapılan açıklamalarda ve özellikle Alman medyasında çıkan haberlerde, en büyük beş markanın sahibi olan üç otomotiv üreticisinden toplam 200 çalışanın, 2006 ile 2014 yılları arasında, 60 farklı ortak çalışma grubu kapsamında 1000 kadar toplantıda bir araya geldiği, bu toplantıların belirli teknik standartların oluşturulması amacıyla yönelik olduğu, teknolojik gelişmelere ilişkin fikir alışverişinde bulunduğu ancak bazı teknik gelişmelerin uygulanmaması konusunda da anlaşmalara varıldığı, nitekim anlaşmaya taraf olan teşebbüslerden birinin pişmanlık başvurusunda bulunduğu iddialarına yer verilmiştir. Bu iddiaların ispatlanması halinde otomotiv üreticilerinin, tüketicilerin daha çevre dostu arabalar kullanmasının önüne geçmek için mevcut teknolojileri kullanmamak konusunda hukuka aykırı olarak anlaşmaları sonucuna ulaşılacaktır. AB'de yürüyen otomotiv soruşturmasına paralel olarak Rekabet Kurulu da 1 Haziran 2020 tarihinde Audi, Porsche, Volkswagen, BMW ve Mercedes Benz hakkında soruşturma başlatmıştır. Soruşturmanın konusu, otomotiv üreticilerinin inovasyon, çevresel ve güvenlikle ilgili teknolojiler, sertifikalar ve standartlar ile bunların piyasaya giriş zamanlamasına ilişkin koordineli davranışlarının rekabeti sınırlandırdığı iddialarıdır. 2021 yılı içerisinde sonuçlanması beklenen bu soruşturmalara ilişkin olarak kamuoyuna yansıyan haberlerden fiyat konusunda bir anlaşma olmadığı; konunun inovasyon rekabeti ve bunun

kısıtlanmasından ibaret olduğu anlaşılmaktadır. Bu durum, rekabet otoritelerinin özellikle son yıllardaki birleşme ve devralma kararlarındaki yaklaşımlarla birlikte değerlendirildiğinde paradigma değişikliği tartışmalarına yol açmaktadır. Örneğin 2017 yılındaki Dow/DuPont devralma kararında AB Komisyonu, bildirilen yoğunlaşma sonucunda pazardaki inovasyon rekabetinin kısıtlanıp kısıtlanmayacağını değerlendirmiş ve işleme DuPont'un pestisit alanındaki AR-GE faaliyetlerini elden çıkarması koşuluyla izin vermiştir. Dow/DuPont kararında öne çıkan özellik, değerlendirmenin geleneksel fiyat artışı olup olmayacağı parametresi ile değil, pazardaki potansiyel rakiplerin yeni bir teknik gelişme ile pazara girme konusundaki motivasyonları açısından yapılmasıdır. Araştırma-geliştirme faaliyetlerinin ve inovasyonun, şirketlerin ticari başarısını eski yıllara göre çok daha net belirlediği bir dünyada, rekabet hukukunun da yüzünü bu yöne çevirmesi ve fiyat ve üretim miktarı dışındaki parametreleri tartışma konusu yapması kaçınılmaz görünmektedir. Nitekim son olarak, ABD'de Federal Ticaret Komisyonu ve eyaletlerin Facebook aleyhine açtıkları davanın temel konusunu, tüketiciler aleyhine fiyat artışları iddiası değil; Facebook'un geçmişte yaptığı Instagram ve WhatsApp satın almaları ile inovasyon rekabetini azalttığı iddiası oluşturmaktadır. Özetle sunumda otomotiv soruşturmaları ekseninde rakipler arasında inovasyona ve teknik gelişmeye ilişkin yatay anlaşmaların ne ölçüde ve hangi koşullarda hukuka aykırı olacağı sorusuna cevap aranacak; son yıllardaki ABD'deki Facebook davası ile birlikte bu gelişmelerin rekabet hukukunda bir paradigma değişimine işaret edip etmediği değerlendirilecektir.

118. Yoğunlaşma Kontrolünde İnovasyon Rekabetinin Rolü: Yoğunlaşma kontrolünün amacı rekabetçi pazar yapısının birleşme ve devralmalar yolu ile bozulmasının önlenmesidir. Geleneksel yoğunlaşma denetiminin odağında fiyat rekabeti bulunmakla birlikte rekabetin önemli parametrelerinden birinin inovasyon olduğu kabul edilmektedir. Yoğunlaşma denetiminde inovasyon rekabetinin iki farklı şekilde etkisi olabilmektedir. Yoğunlaşma işlemi neticesinde inovasyon rekabetinin azalacağına ilişkin rekabetçi kaygıların ortaya çıkması ya da yoğunlaşmanın inovasyon üzerindeki olumlu etkileri (dinamik etkinlikler) nedeniyle işlemin antirekabetçi etkilerinin dengelenmesi söz konusu olabilmektedir. 1 Dolayısıyla inovasyon rekabeti olgusu, bir yoğunlaşma işleminin yasaklanmasına neden olabileceği gibi rekabet endişesi doğuran bir yoğunlaşma işlemine dinamik etkinlikler gerekçesiyle izin verilmesini de sağlayabilecektir. Avrupa Komisyonu (Komisyon) ve ABD Federal Ticaret Komisyonu (FTC) gibi rekabet hukuku bakımından liderlik eden otoriteler inovasyon rekabeti ve dinamik etkinlik argümanlarının yoğunlaşma analizinde dikkate alınacağını açıkça ifade etmesine rağmen, bu hususun uygulamada ikincil kaldığı söylenebilecektir. 2 İnovasyon rekabeti ve dinamik etkinliklerin yoğunlaşma kontrolüne entegre edilmesi ise mevcut pazar yapısının yanında gelecekteki pazar yapısına ilişkin öngöründe bulunmayı da gerektirmesi, belirsizlik taşıması ve ölçümleme sorunları gibi nedenlerle uygulamada zorluklar doğurabilmektedir.3 Uluslararası yoğunlaşma denetimi uygulamaları incelendiğinde, son yıllarda özellikle sağlık sektörüne ilişkin pazarlarda inovasyon rekabetinin belirleyici bir faktör olarak ele alındığı karar örneklerine rastlanmaktadır. Örneğin 2019 yılının son aylarında Illumina ve Pacific Biosciences of California birleşmesi işlemi ile ilgili olarak hem İngiliz Rekabet Otoritesi (CMA) hem de FTC tarafından 4 işlemin “yeni nesil DNA dizilimi sistemleri” pazarında rekabeti kısıtlamasının yanında “gelecekteki rekabeti” de kısıtlayacağı endişeleri dile getirilmiştir. CMA ve FTC'nin incelemelerinin derinleşmesiyle Illumina ve

PacBio işleminden vazgeçtiğini duyurmuştur. Yine 2019 yılında Avrupa Komisyonu Allergan/Abbvie devralma işlemine inovasyona ilişkin kaygılar nedeniyle, Allergan'ın geliştirme aşamasında olduğu bir ürünü elden çıkarması taahhüdüyle izin vermiştir. CMA'nın Tobii/Smartbox kararında ise yoğunlaşmanın yaratacağı dinamik etkinlikler olduğu argümanının bu etkinliklerin yeterince kanıtlanamadığı gerekçesiyle reddedildiğini ve işleme izin verilmediğini görmekteyiz.⁵ Türkiye uygulamasında ise inovasyon rekabetine ilişkin rekabetçi kaygılar ve dinamik etkinliklerin Yatay Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz'da yer bulduğu ancak inovasyon rekabeti olgusunun Rekabet Kurulu kararlarına yansımalarının oldukça sınırlı olduğu söylenebilecektir. Rekabet Kurulu'nun etkinlik kazanımı kapsamında inovasyon üzerinde olumlu etki edecek olan dinamik etkinlik argümanlarını kabul ettiği sınırlı sayıda kararında ise dinamik etkinlik argümanlarının derinleşmediği ve somutlaştırılmadığı söylenebilir. Yukarıda değinilen Allergan/Abbvie işlemine ilişkin kararında ise Rekabet Kurulu'nun tarafların sadece mevcut ürünleri odaklı bir değerlendirme yaptığı ve gelecekteki rekabetin ne şekilde etkileneceğini dikkate almadığı anlaşılmaktadır.⁶ Çalışmada inovasyon rekabetinin, fiyat rekabeti odaklı olan yoğunlaşma kontrolüne ne şekilde entegre edilebileceği, ülke uygulamaları bağlamında karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır. Bu kapsamda ilk bölümde yoğunlaşmalar sonucunda inovasyon rekabetinin azalmasından kaynaklanan rekabet endişeleri, ikinci bölümde ise dinamik etkinlik argümanları ve bu argümanların yoğunlaşma kontrolüne etkisi analiz edilecektir. Bu kapsamda dinamik etkinliklerin yoğunlaşma kontrolü sürecine entegrasyonu ve somutlaştırılması için yöntemler ele alınacaktır. Son olarak Rekabet Kurulu kararlarında inovasyon rekabetinin ne ölçüde dikkate alındığı ve bu hususun yoğunlaşma kontrolünde bir boşluk oluşturup oluşturmadığı tartışılacaktır.

119. Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz Işığında

Yerinde İnceleme Yetkisinin Gelişimi ve Olası Riskler: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ("4054 sayılı Kanun")'un yerinde inceleme yetkisine ilişkin 15. maddesinde yakın tarihte yapılan değişikliklerle Rekabet Kurumu'nun dijital verileri incelenmesine ilişkin yetkileri açıklığa kavuşturulmuş ve akabinde uygulama esaslarına ilişkin Kılavuz yayınlanmıştır. Bilindiği üzere, yerinde inceleme yetkisi, 4054 sayılı Kanun'un ihlal edilmediğinin ortaya çıkarılmasında kullanılan en önemli araçların başında olup, yetkinin etkin ve usulüne uygun bir şekilde kullanılması her geçen gün yerinde incelemelerde kişisel veri ve anayasal temel hak ve özgürlüklere ilişkin itirazların arttığı dikkate alındığında hayati önemi haizdir. İşbu çalışmada Rekabet Kurulu ("Kurul")'nun yerinde incelemelerde dijital verilerin incelenmesi bakımından yaklaşımındaki gelişmeler Kurul'un örnek kararları ışığında disiplinlerarası bir yaklaşımla ele alınacaktır. Nitekim dijital verilerin incelenmesine ilişkin gelişen Kurul yaklaşımına paralel olarak, Kılavuz Avrupa Komisyonu'nun mobil cihazların incelenmesi konusundaki mevzuatına benzerlik göstermekle birlikte, cihazların adli bilişim araçları vasıtasıyla incelenmesine ilişkin esaslar bakımından konunun önümüzdeki dönemde temel hak ve özgürlükler, kişisel veri mevzuatı ve etki doktrini çerçevesinde detaylı incelenmesini gerektirmektedir. Yakın tarihte Kurul'un bankalara yönelik yürütülen önaraştırma kapsamında talep edilen bilgi ve belgelerin bazı teşebbüslerce sağlanmaması gerekçesiyle idari para cezasına hükmettiği kararında konuya ilişkin kapsamlı ve birbiriyle bağlantılı itirazlara rastlamak mümkündür. Temelde, yurt dışında yerleşik teşebbüslerin Türkiye'yi etkileyen faaliyetlerine ilişkin bilgi talebi kapsamında kişisel verilerin ihlaline

yönelik itirazlar, anılan teşebbüslere ve iştiraklerine tebligat konusu ve bu bağlamda etki doktrini çerçevesinde değerlendirilmiştir. Kurul Kararı'nda, kişisel veri barındıran bilgi ve belgelerin üçüncü ülkelere veriler gizlenmeden iletilmesinin şartlarına ilişkin AB'de geçerli Genel Veri Koruma Tüzüğü ("GDPR")'nün 49. maddesinde yer alan istisna hükmüne istinaden transferin sağlanıp sağlanamayacağı hususu incelenmiş, teşebbüslerden talep edilen verilerin hem 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ("KVKK") açısından hem diğer ülkelerin ilgili mevzuatları kapsamında kişisel veri olarak kabul edildiğine dair bütüncül ve otomatik bir yaklaşımın doğru olmayacağı, ancak GDPR'da yer alan istisna hükümlerine rağmen, teşebbüslerin başka egemen devletin müşteri gizliliğine ilişkin yasal düzenlemeleri ile 4054 sayılı Kanun'un bilgi talebine yönelik hükümleri bakımından etki prensibi ve uluslararası nezaket ilkeleri (positive comity)⁴ çerçevesinde değerlendirilme yapılması gereğine işaret edilmiştir. İşbu çalışmada söz konusu gelişimi inceleyebilmek adına, yerinde incelemenin engellenmesine ilişkin, e-posta kutusundaki verilerin ilgili yerel mevzuat ve GDPR kapsamında olduğu gerekçesiyle uzaktan erişimin sağlanamadığına yönelik Kurul'un Groupe SEB İstanbul Ev Aletleri Kararı ile, veri koruma yasaları gerekçesiyle yerinde incelemede "eDiscovery" aracılığıyla arama yapılmasına yönelik itirazların incelendiği Unilever Kararı ve benzer yöndeki Siemens Healthcare Kararı ile, kişisel e-posta adresi vesilesiyle özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyeti gibi anayasal hakların gündeme geldiği Kurul'un Ege Gübre Kararı vb. kararlar ışığında konu incelenecektir. Son olarak çalışmada konuya ilişkin yurt dışı rekabet otoritelerinin uygulamaları ve kararlarına yer verilecektir. Nitekim yerinde incelemelerin gerçekleştirilmesinde, çeşitli adli bilişim yazılım ve donanımları, imaj alınması, iş için kullanılan kişisel cihazların incelenmesi (bring your own device) vb. konularında yurt dışında farklı uygulamalar bulunmaktadır. İspanya Rekabet Otoritesi (CNMC), Hollanda Rekabet Otoritesi (ACM) başta olmak üzere AB ülkelerindeki uygulamalar mahkeme kararları ışığında değerlendirilecektir. Bu çerçevede, çalışmada KVKK hükümleri ve rekabet mevzuatındaki hükümler kapsamında mobil cihazlar gibi kişisel veri yoğun cihazların incelenmesinde teşebbüslerin temel hak ve özgürlüklerinin kısıtlanmaması adına karşılaşılabilecek olası riskler ve çözüm önerileri değerlendirilecektir.

120. Rekabet Kurumunun Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Yetkisinin Adli Bilişim İlkeleri ve Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi:

Rekabet Kurulunun, tüketici refahına olumsuz etkilerde bulunan ve genellikle gizli şekilde yapılan kartellerle ve hâkim durumun kötüye kullanıldığı durumlarla mücadele edebilmek için diğer tüm rekabet otoriteleri gibi yerinde inceleme yetkisine ihtiyacı vardır. Ancak yerinde inceleme yetkisinin kapsamının çok geniş tutulması, bireylerin kişisel verilerini ihlal etme riskini de beraberinde getirmektedir. Bu kapsamda yerinde inceleme yetkisi özelinde, rekabet ihlallerini ortaya çıkarmanın yaratacağı toplumsal faydalar ile kişisel verilerin ihlalinin yaratacağı bireysel zarar arasında makul bir denge kurulması önemlidir. Rekabet Kurulu, 8 Ekim 2020 tarihinde 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ("RKHK") 15. maddesi uyarınca dijital verilerin incelenmesi süreçlerinde uygulanacak usule ilişkin usul ve esasları ortaya koymak adına "Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuzu ("Kılavuz") yayımlamıştır. Kılavuz, Rekabet Kurulunun yerinde inceleme yetkisinin kullanımına ilişkin özellikle son dönemde tartışmalı olan konularda şeffaflık sağlaması bakımından olumlu olsa da hem adli bilişim ilkeleri hem de kişisel verilerin korunması hukuku açısından çeşitli sorunları barındırmaktadır. Rekabet ihlallerine ilişkin delillerin özel usul ve

yöntemlerle tespit edilmesi ve bunların muhafaza zincirine uyularak delile dönüştürülmesi gerekmektedir. Rekabet Kuruluna tanınmış olan yerinde inceleme yetkisi, bu bağlamda özel bir adli bilişim yetkisi niteliğindedir ve her adli bilişim incelemesi gibi katı kurallara tabi olması gerekmektedir. Ancak Kılavuzda adli bilişimin farklı süreçlerine ilişkin atıflar yer alsa da bu konuda tutarlı bir sistematığın geliştirildiğini ve her bir adli bilişim sürecinin gerekliliklerinin (cloud forensics, network forensics, database forensics, mobile forensics gibi.) veya canlı ve ölü analiz gibi durumların özellikli hallerinin ortaya koyulduğunu söylemek zordur. Keza Kılavuzda yer alan tümüyle şahsi kullanıma özgü olduğu tespit edilen taşınabilir iletişim cihazlarının tespitinde de yapısal sorunlar vardır. Tümüyle şahsi kullanıma özgü olduğu tespit edilen taşınabilir iletişim cihazlar hem teşebbüs çalışanının hem de çalışanın iletişim kurduğu veya bilgi alışverişi yaptığı tamamen ilgisiz üçüncü kişilerin özel yaşamlarına ilişkin muhtelif bilgiler içermesi mümkündür. Salt bir yüzeysel keşif veya indeksleme sırasında dahi birçok kişisel verinin işlenmesi ihtimal dahilindedir. Ne var ki Kılavuzda, bir telefonun şahsi kullanıma özgü olduğuna ilişkin hangi kriterlerin uygulanacağı dahi net olarak ortaya koyulmamıştır. Teşebbüslerde “kendi cihazını getir” politikalarının uygulandığı, kurumsal telefonların şahsi amaçlarla kullanımının yasaklanmadığı, şahsi telefonun bir kısmının MDM (Mobile device management) gibi araçlarla yönetildiği, veri kayıp önleme yazılımları (DLP) ile şahsi telefonların ağda izlendiği durumlar gibi özellikli durumlar için müstakil değerlendirmelerin yapılması gerekmektedir. Şahsi cihazların teşebbüs ağındaki izleri de bu bağlamda ayrıştırılması gerekecektir. Bu bildiri kapsamında Rekabet Kurumunun yerinde inceleme yetkisi kapsamında dijital verileri inceleme yetkisi adli bilişime hâkim olan ilkeler ile kişisel verilerin korunması çerçevesinde incelenecektir. Bu çerçevede teşebbüslerin kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemeleri gerekçe göstererek Rekabet Kurulunun erişim ve belge taleplerinin reddetmesine ilişkin son dönemdeki Kurul kararları da ele alınacaktır. Ayrıca karşılaştırmalı bir bakış açısı sunmak amacıyla, bildiride konuya ilişkin Avrupa Birliği hukuku düzenlemeleri ve uygulamaları da sunulacaktır.

121. Rekabet Kurulunun Akaryakıt Piyasasına Müdahalelerinin Bir Okuması: Devletin en büyük vergi kaynaklarından birini oluşturan ve her gün fiyatıyla haberlere konu olacak kadar tüketici refahını etkileyen akaryakıt piyasaları sahip olduğu öneme paralel olarak hem düzenleyici otorite olan Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK) hem de bakanlık tarafından ciddi müdahalelere uğramaktadır. Piyasayı temelden şekillendirmiş olan müdahalelerin bir kısmı şu şekildedir: - Özelleştirme şekli (TÜPRAŞ'ın bir bütün olarak özelleştirilmesi), - Şehir içine yeni istasyon kurmanın engellenmesi ve istasyonlar arasında mesafe şartı getirilmesi, - EPDK tarafından uygulanan fiyatlandırma metodolojisi ve promosyon ürünlerin yasaklanması. Rekabet Kurulunun bugüne kadar akaryakıt piyasasıyla alakalı vermiş olduğu ve tüm rekabet hukuku camiasında ciddi anlamda ses getiren kararların (Tüpraş, intifa ve son akaryakıt kararı gibi) içinde bulunulan yapısal çerçeve kapsamında değerlendirilmesi ve bu kapsamda tartışılmasının Kurul tarafından yapılan müdahalelerin doğru ve yanlış yanlarının daha net anlaşılmasına katkı sağlayacağı düşünülmektedir. Bu bağlamda işbu çalışma kapsamında ilk olarak akaryakıt piyasasındaki değer zincirinin halkaları olan; - Rafinaj (yarı tekelci yapı, özelleştirme yönetimi, ithalat durumu ve giriş engelleri), - Dağıtım (oligopolistik yapı ve yeni istasyon kurmanın önündeki engeller), - Bayi (fiyatlandırma metodolojisi, promosyon ürün yasağı) aşamalarının ekonomik dinamiklerine ve bu aşamaları şekillendiren yapısal kamu müdahalelerine yer verilecektir. İkinci bölümde

Rekabet Kurulunun ekonomik ve hukuki kısıtlar çerçevesinde rekabeti artırmak için yaptığı müdahaleler tartışılacaktır. Kurul tarafından yapılan müdahalelerle değer zincirinin halkalarının eşleştirilmesi aşağıdaki gibidir: - Rafinaj: Davranışsal müdahale (Aşırı fiyat kararı – Tüpraş Kararı), - Dağıtım: Giriş engellerinin azaltılması (intifa kararları) ve marka içi rekabetin sağlanması (Opet-Petrol Ofisi-Shell-BP kararı), - Bayi (il merkezleriyle ilgili alınan akaryakıt kararları) Üçüncü bölümde Rekabet Kurulunun bugüne kadar verdiği en yüksek tutarlı idari para cezası olan Opet-Petrol Ofisi-BP-Shell kararı ele alınacak, bu kararda Kurul tarafından benimsenen yaklaşım ve analizler irdelenecektir. Son bölümde de, genel bir değerlendirme yapılacak ve ilerleyen dönemde Kurulun değer zincirinin hangi kısmına ilgisinin olabileceği tartışılacaktır. Sonuç olarak, işbu çalışma çerçevesinde Rekabet Kurulu'nun akaryakıt piyasalarına yaptığı müdahalelerin arkasındaki "okumanın" daha iyi anlaşılabilmesi için akaryakıt piyasasına farklı kamu otoriteleri tarafından yapılan müdahalelerin yarattığı yapısal çerçeve ile piyasa dinamikler tartışılacak ve Kurul kararlarının bu çerçevede oturduğu yer değerlendirilecektir.

122. Rekabet Kurulunun 2020 Akaryakıt Kararı: Yeniden Satış Fiyatının Tespitine Dair Yaklaşım ve Verilerin İktisadi Analizine Yönelik Değerlendirmeler: Rekabet Kurulunun 2020 yılında verdiği kararlarından en ilgi çekici olanlarından biri akaryakıt sektörüne ilişkin soruşturma kararıdır ("2020 Akaryakıt kararı"). Söz konusu karara dair inceleme süreci, başından sonuna kadar birçok dikkat çekici konuyu barındırmaktadır. Örneğin, soruşturma başlangıçta teşebbüslerin yatay ilişkilerine dair bir inceleme izlenimi verirken, daha sonra dört ayrı teşebbüsün dikey ilişkilerinin aynı dosyada sorgulandığı anlaşılmıştır. Soruşturma sonunda takdir edilen para cezası ise bir rekor olarak Türk rekabet hukuku tarihine geçmiştir. Rekabet Kurulunun bu kararının farklı boyutlarıyla akademik açıdan birçok incelemeyi hak ettiğini söylemek mümkündür. Bizler de bu çalışmada kararın temel iddiasını oluşturan yeniden satış fiyatının tespitine (YSFT) ilişkin yaklaşımı ve bu iddiayı desteklemek için sunulan veriye dayalı iktisadi bakış açısını ele almayı düşünüyoruz. YSFT, rekabetçi ve rekabet karşıtı etkileri sebebiyle, otoritelerin ve mahkemelerin kararları açısından tam bir fikir birliğinden bahsetmenin mümkün olmadığı uygulamalardandır. Ancak gerek rekabet hukuku gerekse sanayi iktisadi literatürüne bakıldığında YSFT'nin rekabetçi etkilerini ortaya koyan çalışmalar son 10-15 yılda büyük hız kazanmış, bu da rekabet otoritelerinin ve mahkemelerin kararları ile oluşan içtihatla etkili olmuştur. Özellikle ABD'de, Leegin kararı sonrası bugün gelinen noktada, bir dikey kısıtlama olan YSFT'nin ele alınmasında pazardaki fiili sonuçlara odaklanılmaktadır. Rekabet Kurulunun Vira Kozmetik, Dagi Giyim, KWS Türk, Yatsan, UFO, Aygaz, Yataş ve Duru Bulgur kararlarındaki rule of reason yaklaşımını andıran değerlendirmelerinin esasında etki bazlı bir değerlendirmeye işaret ettiği anlaşılmaktadır. YSFT'nin bir ihlal olduğu varsayımı ile birlikte, pazarda uygulanıp uygulanmadığı ve doğurduğu etkilerin tespit edilmeye çalışıldığı görülmektedir. Her ne kadar, son dönemde verilen Henkel ve Sony kararlarında, Rekabet Kurulunun bu yaklaşımından uzaklaştığı düşünülse de söz konusu teşebbüslerin pazardaki konumlarının ve ilgili pazarların yapısının YSFT uygulamalarının olumsuz etkilerini arttıracabilecek olmasının bu kararlarda belirleyici bir ol oynadığı ileri sürülebilir. Bizler, Rekabet Kurulunun, YSFT'ye dair iddiaların ele alınışı açısından, 2020 Akaryakıt kararında tartışılması gereken bir yaklaşım izlendiğini düşünüyoruz. Kararda, her ne kadar YSFT iddialarına dair yazışma ve belgeleri ön planda tutan bir anlayış benimsense de veriye dayalı analizler ile YSFT iddialarının gerçekleşip

gerçekleşmediğinin de sorgulandığı görülmektedir. Bu yönüyle Kurul'un, YSFT'nin doğrudan bir ihlal olduğu varsayımı ile birlikte, pazarda uygulanıp uygulanmadığını tespit etmeye çalıştığı anlaşılmaktadır. Hatta öyle ki, teşebbüslerden birine (OPET), YSFT iddialarına dair herhangi bir belge olmaksızın, veriye dayalı analizlerin YSFT iddialarını desteklediği kanaatine dayalı olarak ceza verildiği görülmektedir. Çalışmamızın ilk kısmında Kurulun bu yaklaşımı ele alınacak hem kararın kendi içindeki tutarlılığı hem de Kurulun önceki kararları bakımından bir değerlendirme sunulacaktır. İkinci kısımda ise soruşturma çerçevesinde tercih edilen veriye dayalı iktisadi yöntemin YSFT iddialarının sınanması konusunda ne kadar güvenilir olduğu tartışılacaktır. Kararda, ihlal iddiasının olduğu dönem ve olmadığı dönem(ler) ayrıştırılmadan, tavsiye edilen fiyatlar ile fiili satış fiyatları karşılaştırılmış ve bu fiyatların benzerlik oranları çerçevesinde, iddianın gerçekleşip gerçekleşmediğine kanaat getirilmiştir. Oysa, bu tür ihlal iddialarının varlığına dair kanıtlar sunabilmek için ihlal iddiasının olduğu ve olmadığı dönem(ler)deki fiyatlama davranışlarının karşılaştırılması, gerek literatürde gerekse uygulamada temel prensip olarak kabul edilmektedir. Soruşturma konusu sektördeki piyasa aksaklıkları da dikkate alınarak, çalışmamızın ikinci kısmında, tercih edilen bu yöntemin ispat standartları açısından sakıncaları ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır.

123. Perakendecilere Peş Peşe Açılan Soruşturmalar ve Yeni Sektör Araştırmaları Bize Ne Söylüyor? Rekabet Kurulunun Ajandasında Alıcı Gücü Var mı? Geleneksel diyebileceğimiz rekabet hukuku uygulamalarının kaynağı olan rekabet politikası, rekabetin “ekonomik etkinlik” sağladığı ve böylece sosyal refahı artırdığı varsayımı üzerine kurulmuştur. Bu yaklaşım çerçevesinde rekabet hukukunun en azından iktisadi meşruiyet kaynağı, ekonomik etkinlik için bir tehdit olan yüksek pazar gücünden doğabilecek piyasa aksaklıklarına müdahale etmek olarak belirlenmiştir. Zamanla “refah” kavramının bir politika aracı olmak için fazlasıyla sübjektif bulunması nedeniyle ekonomik etkinlik ölçütü Chicago Ekolü öncülüğünde “tüketici refahı standardı” olarak somutlaştırılmıştır. Tüketici refahı standardını esas alan yaklaşım da pazar gücünden doğan aksaklıkları çoğunlukla piyasanın sağlayıcı tarafına atfetmiş ve bu çerçevede piyasadaki rekabetin korunması için öncelikli hedeflerini, sağlayıcının rekabete aykırı davranışlarının tespit edilmesi ve bunların cezalandırılması olarak belirlemiştir. Aynı geleneksel yaklaşım, alıcının yüksek pazar(lık) gücünün, sağlayıcının pazar gücünü dengeleyeceğini ve bu sayede fiyatlarda düşüş gibi tüketici yararına sonuçlar doğuracağını varsaymış, hal böyleyken alıcı konumundaki teşebbüsün pazar gücü (alıcı gücü), rekabet politikasının ana odaklarından biri olarak kabul edilmemiştir. Ancak bugün geldiğimiz nokta -özellikle organize perakende sektöründe yüksek pazar gücüne sahip alıcıların ortaya çıkmasıyla birlikte- güçlü alıcıların piyasadaki etkisinin geleneksel varsayımla çelişebildiğini; alıcının yüksek pazar gücünün hem tüketiciler hem de küçük üreticiler üzerinde çok önemli olumsuz etkileri olabildiğini göstermiştir. Elbette bunun yeni bir tartışma olmadığını da belirtmek gerekir. Nitekim alıcı gücü -sağlayıcının pazar gücünün gördüğü ilgiye kıyasla hala ikincil olsa da- özellikle 2000’li yılların başlarından itibaren perakendecilerin (bilhassa gıda ve HTM perakendecilerinin) teknolojik gelişmeler, tüketici tercihlerindeki dönüşüm ve ölçek ve alan ekonomilerinin etkisiyle gittikçe daha fazla pazar gücü elde etmesi sonucunda oldukça yoğun ilgi görmeye başlamıştır. Üstelik bu gelişmeler alıcıların pazar gücü ölçülürken geleneksel kıstaslardan farklı olarak “zorunlu ticari partnerlik”, “ekonomik bağımlılık” ve “kapı bekçiliği” gibi birtakım yeni ölçütlerin



önerilmesine neden olmuş, hatta bazı rekabet hukuku sistemlerinde “muafiyet rejimlerinde alıcılara özel pazar payı eşikleri”, “alıcılara özel hâkim durum tanımı”, “ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılması yasağı” gibi çeşitli mevzuat değişiklikleriyle sonuçlanmıştır. Ancak bu tartışmaların Türkiye rekabet hukuku özelindeki yansımaları -2015 yılında yürürlüğe giren 6585 sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun’la getirilen bazı hükümler ve Türk Ticaret Kanunu’nun 1530. maddesini bunlar ayrı mevzuatlar olduğundan dışarıda bırakırsak- son derece cılız kalmıştır. Bununla birlikte özellikle 2018 yılında başlayan döviz krizi ve perakende ürün fiyatlarında görülen ciddi yükselişle birlikte hem genel olarak HTM pazarı hem de özel olarak yaş meyve sebze pazarı Rekabet Kurulu’nun radarına girmiş, 2019 yılında su ile yaş meyve ve sebzelerin perakende satışı pazarında faaliyet gösteren 23 teşebbüse, 2020 yılında da içerisinde çok önemli zincir marketlerin ve hatta tedarikçilerin olduğu 29 teşebbüse soruşturma açılmıştır. 2020 yılında başlatılan soruşturmada gerekçe olarak “zincir marketlerin hem alış hem de satış tarafında oligopol (ya da karmaşık tekel ve karmaşık monopson) yapı sergilemeleri (monemporist) sonucu fiyat savaşlarına girmediği; iş birliği güçlerini hem tedarikçilerden ucuza mal tedarik etmek hem de tüketicilere gereğinden yüksek fiyat uygulamak için kullandığı” gibi doğrudan alıcı gücünün ekonomisine ilişkin, oldukça iddialı bir tespit sunulmuştur. Yine daha önce başlayan perakende sektör araştırması henüz tamamlanmadan bir de özel olarak yaş meyve sebze pazarına yönelik yeni bir sektör araştırması başlatılmıştır. Dolayısıyla alıcı gücünün, hem ülke ekonomisinde makro ölçekteki gelişmeler hem de perakende sektöründeki dijital dönüşümle birlikte Türkiye rekabet hukuku gündeminin önemli tartışma konularından biri haline geldiği düşünülmektedir. Aslında sadece Türkiye’de değil, dünyada da özellikle dijital pazarlara ilişkin gelişmeler alıcı gücü tartışmalarını, özellikle de oldukça nadir görüldüğü kabul edilen ve alıcı gücü görünümünden biri olan monopson üzerinden yeniden alevlendirmiştir. Nitekim OECD Şubat 2020’de yayımladığı bir raporda iş gücü piyasalarında online iş bulma platformlarının monopson olup olmadığını sorgulamış, literatürde de aynı zamanda perakendecilik yapan hibrit bir platform olan Amazon’un e-kitap pazarında e-monopson olup olmadığı gibi hususlar tartışmaya açılmıştır. Bunların yanında Avrupa Birliği’nde dikey sınırlamalara ilişkin ikincil mevzuata ilişkin değişiklik önerileri de alıcı gücüne ilişkin rekabet hukuku endişelerinin yeniden gündeme gelmesine neden olmuştur. Bu gelişmeler çerçevesinde seminer programında alıcı gücünün ekonomisinin sağlayıcıdan ayrıldığı noktaların izah edilmesi, sağlayıcıya odaklanan geleneksel rekabet hukuku analizi ve mevcut müdahale araçlarının alıcı gücünden kaynaklanan rekabet sorunlarını çözmeye elverişli olup olmadığı ve Türkiye rekabet hukuku sisteminde (hem maddi hükümler hem de rekabet hukuku uygulaması bakımından) alıcı gücünün potansiyel olumsuz etkilerinin giderilmesine ilişkin bir boşluk bulunup bulunmadığı hususlarının Rekabet Kurulunun güncel kararları (özellikle de perakendecilerin fiyat değişikliklerini periyodik olarak Rekabet Kuruluna bildirmesine ilişkin 7 Mayıs 2020 tarihli geçici tedbir kararı ve bu karardaki tespitler) göz önüne alınarak Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri gibi çeşitli rekabet hukuku sistemleriyle karşılaştırmalı olarak irdelenmesi önerilmektedir.

124. Amacı Bakımından Rekabetin Kısıtlanması Kavramına İlişkin Son Dönem ABAD Kararları ve İktisat Perspektifinden Bir Sentez: Rekabetin kısıtlanması fikrinin anlamı üzerinde net bir uzlaşma olduğu söylenemeyecektir. Süreç boyunca, aralarında net olarak uygulanabilir temel ayrımlar yapılmaksızın, bazı uygulamaların “amaç” bakımından rekabete

aykırı olduğu kabul edilirken bazı uygulamaların etkilerinin değerlendirilmesi şeklinde bir pratik yerleştiğinden bahsedilebilecektir. Rekabet Kanununun temel hükümlerinin, yani 4. ve 6. Maddelerin (veya Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşmanın (TFEU) 101 (1) ve 102. Maddelerinin) uygulanmasına ilişkin olarak "etki analizi" üzerine çok sayıda tartışma yürütülürken; 4. Madde kapsamındaki amaç ve etki ihlallerinin, özellikle de her bir kavram kapsamında gerekli olan ekonomik analizler dikkate alınarak, ayrıştırılmasına yönelik düşünce pratiklerine ilginin daha taze olduğu söylenebilecektir. Bununla birlikte, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) tarafından özellikle son 4-5 yıllık dönemde alınan kararların ve böylelikle oluşturulan içtihatın, 101(1). maddenin kapsamına ilişkin kalan tartışmalı alanlar bakımından belirli bir açıklık getirdiğinden bahsedilebilecektir. Daha genel olarak, son dönemdeki kararlar, bir anlaşmanın "amacının" değerlendirilmesinin bağlama (legal and economic context) özgü bir araştırma olduğunu (dolayısıyla soyut kategorilere dayalı olmadığını) net bir biçimde vurgularken, bu pratiğin ne şekilde gerçekleştirilmesi gerektiğine dair de önemli çerçeveler ortaya koymuştur. Bu kapsamda, bu çalışmanın amacı, yakın zamanda alınan kararların hem yatay hem de dikey anlaşmaların "amaç" bakımından analizine dair tartışmalar üzerindeki etkisini incelemektir. Çalışma esas olarak, temelde "amaç" ve "etki" kavramları arasındaki çizginin nereye çekileceğini belirleyen amaç ihlallerinin kapsamını, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın mevcut içtihatları çerçevesinde analiz etme ve buradaki çalışmadan pratik olarak uygulanabilecek bir testi sentezlemek gibi iddialı bir girişimi hedeflemektedir. Yazarlar, akademik ve profesyonel geçmişlerinin de etkisiyle, bu tartışmanın esas dayanağını kararlar ışığında hukuki temeller üzerine inşa edecek olmak birlikte, temelde iktisadi bir çekirdekten ortaya çıkan "amaç" kavramına getirilmeye çalışılan yaklaşımın, bu alandaki izdüşümlerini de tespit etmeye gayret edecektir. Yine bekleneceği üzere, Rekabet Kurumu'nun bu tartışmaların neresinde olduğunu görmek ve son dönem aldığı kararlara sentezleyeceğimiz yaklaşımın uygulanmasının ne gibi sonuçlar doğuracağını anlamak adına Türk Rekabet hukuku uygulamasının yakın zamanlı bir analizi de kapsama alınacaktır. Nihai olarak oluşacak kapsam, süreç içerisinde yürütülecek çalışmaya göre ufak farklılıklar gösterebilecekse de çalışmada esas olarak aşağıdaki kararların ele alınması planlanmaktadır: ABAD: Metro, Pronuptia, Asnef-Equifax, Allianz Hungária, Maxima Latviya, Cartes Bancaires, Lundbeck, Hoffman La-Roche, Coty – Pierra Fabre, Generics and Budapest Bank Birleşik Krallık Rekabet Otoritesi ve Mahkemeleri: Ping Avrupa Komisyonu: ISU Rekabet Kurumu: BKM Ekspress, Akaryakıt Dağıtım, Baymak, Kargo, Arçelik/Vestel, Sigorta/Reüserans.

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

Birleşme ve devralma ("B&D") işlemlerinde bazı usul hükümlerine uyulmaması, işlemin tarafları açısından ciddi idari para cezası riski doğurmaktadır. Bunlar; işlemin hiç bildirilmemesi veya geç bildirilmesi ile bildirim yapılırken eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi halleridir. Rekabet Kurulu kararları incelendiğinde B&D tarafı şirketlerin çeşitli sebeplerle işlemi bildirmedikleri görülmektedir. Bu konuda verilebilecek en yakın tarihli örnek, BMW, Daimler, Ford ve Porsche arasındaki ortak girişim olan IONITY'nin izne tabi bir işlem olmasına rağmen bildirilmemesi nedeniyle para cezası verilmesine ilişkindir¹. 2017 yılında kurulan IONITY'e 2020 yılında Hyundai ve Kia'nın ortak olması işleminin Rekabet Kurumuna bildirilmesi sonucunda, 2017'deki işlemin aslında bildirim tabi olduğu ortaya çıkmış ve taraflara para cezası uygulanmıştır. Bildiride ilk olarak

Türkiye’de (Selçuklu, Total/Cepsa vb) ve dünyada (AB Komisyonu’nun Canon/Toshiba Medical Systems dosyasında Canon’a verdiği 28 milyon Avro’luk ceza gibi) B&D işlemlerinin bildirilmemesi nedeniyle uygulanan cezalar incelenecektir. Bu bağlamda işlem taraflarının bu bildirimleri yapmama nedenleri de (para cezası riskini göze alarak bilerek başvurmamak, hangi ülkelerde başvurulması gerektiğine dair doğru değerlendirme yapmamak gibi), uygulamadan örneklerle birlikte değerlendirilecektir. Ayrıca farklı ülke uygulamaları karşılaştırmalı olarak değerlendirilerek, tarafları bildirimde teşvik edici bir uygulamanın nasıl sağlanabileceğine ilişkin öneriler sunulacaktır. B&D işlemleri ile ilgili olarak yaptırım uygulanması riskini doğurabilecek bir diğer husus, B&D bildirimlerinde eksik, yanlış ya da yanıltıcı bilgi verilmesidir. Bu konuda verilebilecek en çarpıcı örnek, AB Komisyonu’nun Facebook’a verdiği 110 milyon Avroluk cezadır. Facebook/WhatsApp devralması işleminin değerlendirilmesi sürecinde, AB Komisyonu, Facebook ve WhatsApp müşteri hesaplarının birbirleri ile eşleştirilip eşleştirilemeyeceğini sormuş ve taraflardan bunun mümkün olmadığı bilgisini almıştır. Ancak işlemin onaylanmasını takip eden süreçte bunun yapılabildiği anlaşılmış; bu nedenle taraflara yanlış ve yanıltıcı bilgi vermeleri sebebiyle ceza verilmiştir. Dolayısıyla bildirimde ikinci olarak Türkiye’de ve dünyada B&D bildirimlerinde eksik, yanlış ve yanıltıcı bilgi nedeniyle verilen cezalar incelenecektir. İşlem taraflarının hangi durumlarda bilgileri gizlemek gibi saiklerinin olduğu, bu tür cezalarla karşılaşmamak için alınması gereken tedbirler gibi konular yine uygulamadan örneklerle değerlendirilecek ve öneriler getirilecektir.

126. Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmalara İlişkin İptal Kararlarının

Sonuçları: “Tekel Birası Kararı: Bu tebliğ kapsamında, mehz AB hukuku ile Kurul ve yargı kararları dikkate alınarak, Rekabet Kurulunun birleşme ve devralmaya ilişkin izin kararının Danıştay tarafından iptal edilmesi üzerine, dosyanın tekrar incelenmesi ve ilk karardan itibaren geçen sürede pazarın şartlarının değişmesi halinde Rekabet Kurulunun yeniden aynı konuda nasıl bir karar verebileceği akademik bir bakış açısıyla uygulamaya da yol gösterici olması için incelenecektir. İnceleme kapsamında öncelikle Rekabet Kurulunun TEKEL BİRASI (2009) kararının Danıştay tarafından iptali edilmesi (2018) sonrası ortaya çıkan hukuki durum analiz edilecek olup devamında ortaya çıkan tartışmalar hakkında ayrıntılı bir değerlendirme yapılacaktır. TEKEL BİRASI kararının tebliğ konusu yapılmasının sebebi; Rekabet Kurulunun kararının dokuz yıl gibi uzun bir süreden sonra Danıştay tarafından iptal edilmesi ile başlayan tartışmalardır. İptal sonrası ortaya çıkan durumun ne anlama geldiği, nasıl bir yolla ve uyuşmazlığın ne şekilde çözüleceği ile esasa ilişkin yeni bir kararın alınması gerekip gerekmediği, alınacak yeni kararın gerekçesinin ne olacağı ve taraflar arasındaki devir işlemine konu markanın ve devir sözleşmesinin marka ve sözleşme hukuku açısından ortaya çıkan sorunlar da dahil olmak üzere tüm bu konular değerlendirilecektir. Tebliğde ayrıca Rekabet Kurulunun Dosu Maya I ve II kararları ile Danıştay’ın Dosu Maya I’e ilişkin iptal kararı da ele alınacaktır. Dosu Maya I ve II kararlarıyla bazı yönlerden benzerlik gösterse de TEKEL BİRASI kararının kendine has bazı yönlerinin olması ve rekabet mevzuatında mehz hukuktaki gibi açık bir düzenlemenin olmaması sebebiyle yeni bir durumla karşılaşmış olması bu olayı başlı başına inceleme zaruretinin ortaya çıkarmıştır. Tebliğde yol gösterici olması için önce Dosu Maya kararları ile mehz AB rekabet hukuku somut uyuşmazlıkla bağlantılı bir şekilde incelenecektir. TEKEL BİRASI hakkındaki Rekabet Kurulu kararı ile mahkeme kararları (tedbirin ve iptal talebinin reddine ilişkin kararlar, 2019- 2020) eleştirisel

bir bakış açısıyla ele alınarak usul ve esasa ilişkin konular tartışılacaktır. Özellikle uyumsuzluğun esasına ilişkin olarak izin kararının iptalinin kesinleşmesinin ardından yeniden Rekabet Kurulu tarafından aynı konuya ilişkin izin verilmesinin şartları, değişen mevzuat ve piyasa şartları değerlendirilecektir. Geçen süre için değişime piyasa şartlarının yeniden dikkate alınıp alınamayacağı, taraf iradeleri ile üçüncü kişilerin durumları ve ortaya çıkan yeni durumun rekabete olan etkileri üzerinde durulacaktır. Tartışma konusu olan bir diğer husus ise, marka devir sözleşmesinin geçersiz olup olmadığı ve buna ilişkin olarak üçüncü kişi konumunda olan TUBORG'un 2008 yılındaki Anadolu EFES ile MEY İÇKİ arasındaki marka devir sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürüp süremeyeceği marka ve sözleşme hukuku boyutuyla incelenecektir. Yukarıda ana hatları ile ortaya konulan inceleme ve değerlendirmeler neticesinde, rekabet hukuku açısından birleşme ve devralmalara ilişkin iptal kararlarının yeniden bir Rekabet Kurulu işlemine konu olması halinde ne tür sorunlarla karşılaşılacağı ve bunlara ilişkin çözüm önerilerimize ilişkin kanaatimizi ortaya koyulacaktır.

127. Rekabet Kurulunun Güncel Kararları Işığında Kamu Kuruluşlarının Rekabeti Bozucu İşlem ve Eylemleri ile Bunlara Uygulanabilecek Yaptırımlar: Bu çalışma kapsamında, kamu kuruluşlarının rekabeti bozucu işlem ve eylemlerinin Rekabet Kurulu ("Kurul") tarafından nasıl değerlendirildiği Kurulun son on yılda vermiş olduğu kararlar doğrultusunda ele alınmaya çalışılacaktır. Bu itibarla, öncelikle rekabet hukuku kurallarının muhatabı olabilmek bakımından teşebbüs tanımı kapsamında kamu kuruluşlarının Kurulca nasıl değerlendirildiği ele alınacak, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ("Rekabet Kanunu") bağlamında Türk hukukunda "teşebbüs kavramı" incelenecektir. Ardından, Kurul tarafından "teşebbüs" olarak değerlendirilen kamu kuruluşlarının rekabeti bozucu faaliyetleri üzerine Kurulun tutumu Kurulun son on yılda vermiş olduğu bütün kararlar üzerinden incelenecektir. Bu itibarla, söz konusu çalışma ile Rekabet Kurumu'nun kamu kuruluşlarını konu alan kararlarında sergilediği güncel tutum ortaya konmaya çalışılacaktır. Özetle, çalışma kapsamında, Kurulun son on yılda vermiş olduğu kararlar doğrultusunda kamu kuruluşlarının rekabeti bozucu işlem ve eylemlerinin Rekabet Kurulu tarafından nasıl değerlendirildiği ele alınacaktır. Rekabet Kurulunun kamu kuruluşlarının davranışlarını ele aldığı kararların incelenmesi üzerine sonuç olarak, kamusal yetki kullanımından arı olarak bağımsız ekonomik faaliyet yürüten kamu kuruluşlarının teşebbüs sayıldığı ve faaliyetlerinin Rekabet Kanunu kapsamında değerlendirildiği, buna karşın ekonomik faaliyet yürütmeyen veya ekonomik faaliyetinin yürütümü bir idari görevin yerine getirilmesi gerekliliğine dayanan kamu kuruluşlarının teşebbüs sayılmayacağı söylenebilecektir. Kurulun kamu teşebbüslerinin rekabet hukuku anlamında teşebbüs niteliğini haiz olup olmadığını değerlendirirken ekonomik faaliyet gerçekleştirilmesi ve kamusal yetki kullanımının söz konusu olmaması ölçütlerini ağırlıklı olarak kullandığı çıkarımına ulaşılabilecektir. İlaveten, meslek kuruluşları bakımından ise, meslek kuruluşlarının Kurul tarafından rekabet hukuku bağlamında teşebbüs birliği niteliğini haiz olduklarının değerlendirildiği ve faaliyetlerinin rekabet hukukuna uygunluğu incelenirken faaliyetlerinin yasal dayanağının olup olmadığının incelendiği söylenebilecektir. Kurulun incelemesinde ilk adım olan "kamu kuruluşunun teşebbüs olup olmadığının değerlendirilmesi" adımından sonra, ilgili teşebbüsün faaliyetinin Rekabet Kanunu kapsamında incelenebilmesi için Kurulun "yasal dayanak" ve "yetki kullanımı" unsurlarının mevcut olup olmadığını araştırdığı, eğer bu unsurlar mevcutsa söz konusu faaliyetlerin

rekabet hukuku mevzuatına aykırı olup olmadığını değerlendirmede çıkarımı açıklanacaktır. İlâveten, kamu kuruluşunu inceleme konusu faaliyetinin yasal dayanağının Rekabet Kanunu'na aykırı olması durumunda, Kurulun normlar hiyerarşisine dayanarak değerlendirme yaptığı kararlarına değinilecektir. Burada Danıştay'ın Kurulun rekabet mevzuatına aykırı düzenleyici işlemin iptali için idari yargıda dava açma hususunda ehliyeti olmadığı yönündeki görüşüne de değinilecektir. Sonuç olarak, Kamu kuruluşlarının yasal dayanağı olan ve yetki kullanımı teşkil eden bir faaliyet ile rekabeti kısıtlamaları ihtimalinde, Kurula kalan yegâne yolun bağlayıcı olmayan bir görüş göndermek olduğu belirtilecektir. Bu itibarla, Kurul'un birçok kararında, şikâyet konusunun idare hukuku alanına girdiği ve 4054 Sayılı Kanun kapsamında değerlendirilemeyeceği tespiti yapılarak somut olaya müdahale edilmediği ve fakat "rekabet savunuculuğu" kapsamında, rekabete aykırılığın giderilmesi gerektiği yönündeki kanaat doğrultusunda, ilgili mercilere görüş bildirdiğinin tespit edildiği açıklanacaktır. Rekabet savunuculuğu yolunun etkin olup olmadığının ise, gönderilen görüşler sonrasında herhangi bir yasal değişikliğin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği üzerinden gelecekte yeniden değerlendirilmesi gerekeceği vurgulanacaktır.

128. İstihdam Pazarlarında Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar: Rakip teşebbüslerin çalışanlarının iş değiştirmelerini ve/veya rakip teşebbüslerin önceden haber verilmeden bünyelerindeki herhangi bir çalışana iş teklif edilmesini engellemeye yönelik olarak istihdam pazarında rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar yapıldığı görülmektedir. "Nopoching" ve "no cold call" anlaşmaları olarak da isimlendirilen bu tür anlaşmalar çalışanların daha iyi çalışma koşullarına sahip olmasını engellemeleri nedeniyle, doğrudan iş gücü rekabetini sınırlayıcı anlaşmalar olarak değerlendirilmekte olup, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesi kapsamında ihlal niteliği yaratabilecek uygulamalardandır. İlgili anlaşmalar, rakipler arasında pazarın işgücü bakımından alım tarafında tekelleşme oluşturulması amacını taşımakta olup, anlaşmaya taraf teşebbüslerin işgücü maliyetlerini düşürebilmektedir. Rakipler arası maaş sabitleme anlaşmaları bunu doğrudan sağlarken, çalışan ayartama anlaşmaları çalışanların daha yüksek maaş ve yan hakka sahip işlere geçme imkânını kısıtlayarak maaş artışlarının uzun dönemde baskılanması sonucunu doğurmaktadır. Diğer alım kartellerinde olduğu gibi bu tarz anlaşmalar ile teşebbüslerin, işgücü piyasasında rekabeti kısıtlayarak yani katlandıkları işgücü maliyetini azaltarak, kârlarını artırması mümkün olup bu kâr artışının da teoride belirli rekabetçi pazar koşulları altında, çıktı pazarında tüketicilere refah artışı olarak yansıma ihtimali bulunsa da; bu anlaşmalar istihdam pazarındaki rekabetin oldukça fazla kısıtlanmasına neden olmaktadır. Bu tarz centilmenlik anlaşmalarının yatay pazar paylaşımı anlaşmalarına benzer şekilde rekabete aykırı etkiler doğuracağı ve işgücü piyasasında çalışanların iş değiştirme imkanını sınırlayarak dolaylı ya da doğrudan maaşların sabitlenmesine yol açacağı söylenebilecektir. Konu ile ilgili olarak ABD'de Federal Ticaret Komisyonu ve Adalet Bakanlığı'nın rehber dokümanları, ayrıca emsal içtihatları bulunmakta; AB'de üye ülke rekabet otoritelerinin içtihatları görülmekte; Türkiye'de ise Rekabet Kurulu'nun özellikle son dönem kararlarında bu mesele ele alınmaktadır. Çalışma kapsamında istihdam pazarındaki rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar 4 boyutta ele alınabilecektir: Yatay ilişkili pazarlarda faaliyet gösteren; dolayısıyla rakip olan teşebbüsler arası anlaşmalar, Dikey ilişkili pazarlarda faaliyet gösteren; çoğu zaman aralarında bir hizmet ilişkisi (fason üretim, danışmanlık, taşeronluk vb.) olan teşebbüsler arası anlaşmalar, Pazar araştırma şirketlerinin, işçilik piyasasına ilişkin veri

havuzları dolayısıyla koordinasyon yaratma ihtimali, Birleşme & devralmalar kapsamındaki yan sınırlamalar.

129. Dijital Piyasalarda Yoğunlaşmalara Ex Post Bakış: Makaralar Geri mi Sarılıyor? Son yıllarda teknoloji devlerinin devrim yaratan ürünleriyle ticarete oyunun kuralları değiştiği gibi, rekabet hukukunun amacının, yerleşik kurallarının ve içtihatlarının da baştan sona tartışılmaya başlandığı bir döneme girilmiştir. Öyle ki rekabet hukukunun mevcut kapsamıyla söz konusu teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı stratejilerinin önlenemediği, bazı işlemlerin rekabet üzerindeki olumsuz etkilerine rağmen otoritelerin radarına takılmadan hayata geçirilebildiği endişesi gündeme gelmiştir. Sözü edilen endişelerin yoğun şekilde tartışıldığı alanlardan biri, şüphesiz yoğunlaşmaların kontrolüdür. Nitekim “öldürücü yoğunlaşmalar” (“killer acquisitions”) fenomeninin ortaya çıkışıyla birlikte teknoloji devlerinin yakın tarihli devralma işlemleri mercek altına alınmış, bu işlemlerin bazılarının kritik rakiplerin ortadan kaldırılması için araç olarak kullanıldığı ileri sürülmüştür. Belirtilen argümana göre, rekabet otoritelerinin eşiklerine takılmayacak kadar küçük ancak potansiyel rekabete olan etkisi bakımından son derece büyük olan şirketler (gelişmekte olan, “nascent” teşebbüsler) henüz piyasada varlık göstermeden pazarın önde gelen şirketleri tarafından devralınmakta ve oyun dışında bırakılmaktadır. Dijital pazarların teknoloji yoğun niteliği gereği, söz konusu (görece) küçük oyuncuların geliştirdiği ürün ve hizmetler işlem tarihinde kayda değer bir satış miktarı veya pazar payı elde edemese dahi, yakın gelecekte pazardaki rekabet dinamiklerini baştan sona değiştirme potansiyeline sahip olabilmektedir. Özellikle ABD ve AB’de koşulsuz izin verilen Facebook/Instagram 7 ve Facebook/WhatsApp8 gibi işlemlerin bu kapsamda olabileceğine dikkat çekilmektedir. Sözü edilen endişeler AB’de dijital piyasalara yönelik yeni mevzuat çalışmalarını tetiklemiş, bu piyasalara özgü bildirim eşiklerinin gerekli olabileceği tartışmasını başlatmıştır. Atlantik Okyanusunun karşı tarafında ise yakın tarihte çok daha radikal müdahalelerin sinyalleri gelmeye başlamıştır. Nitekim ABD Temsilciler Meclisi Yargı Komitesi, dijital ekonominin bekçileri olarak değerlendirdikleri Google, Amazon, Facebook ve Apple hakkındaki incelemeleri sonucunda, bu şirketlerin hakim durumlarını kötüye kullandıkları kanaatine ulaşmıştır.9 Nihayet 9 Aralık 2020’de FTC, 48 eyalet ve bölge savcısı ile birlikte Facebook’a karşı sosyal medya alanındaki hakim durumunu kötüye kullandığı iddiasıyla dava açarak, (diğer taleplerinin yanında) WhatsApp ve Instagram’ın satışı ve yeniden yapılandırılması yoluyla bu şirketlerin devrine ilişkin işlemlerin geriye döndürülmesini talep etmiştir.10 Söz konusu talep, esas itibarıyla, rekabet kurumlarından izin alarak hayata geçirilmiş ve bu izne dayanarak 6-8 yıllık bir sürede ilgili şirketlerin entegrasyonuna yol açmış işlemlerin geri alınması amacını taşımaktadır. ABD’de son yirmi yılda yalnızca dört kez başvurulmuş olan, AB’de ise ancak “son çare” olarak kullanılabileceği değerlendirilen bu yöntem gerek hukuki alt yapısı gerekse uygulanabilirliği bakımından oldukça tartışmalıdır. Ex ante denetim prensibine dayalı yoğunlaşma kontrolü rejimine ex post bir boyut kazandıran bu davanın, dijital piyasalar ve rekabet hukuku uygulaması bakımından devrimsel sonuçları olacağına şüphe yoktur. Bu çerçevede tebliğde, ABD ve AB başta olmak üzere önde gelen hukuk düzenlerinde son dönemlerde yaşanan gelişmeler ışığında; dijital piyasalarda izin verilen devralma işlemlerinin geri alınmasına yönelik hukuki tartışmaların ve uygulama sorunlarının değerlendirilmesi amaçlanmaktadır.

130. Büyük Teknoloji Firmalarının Ex-Ante ve Ex-Post Regülasyonu: Mukayeseli Analiz

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

131. Ortak Girişim ve Ana Teşebbüs Tek Bir Ekonomik Bütünlük Oluşturur mu? Türk

Rekabet Hukuku Uygulaması: Rekabet hukuku kapsamında, aynı kontrol altında bulunan şirketlerin (ekonomik birimlerin) tek bir ekonomik bütünlük, yani tek bir teşebbüs oluşturduğu kabul edilir. Aynı ekonomik bütünlük içerisinde yer almanın başlıca üç sonucu vardır: (i) İlgili işlem veya davranışın rekabetçi etkilerinin analizinde aynı ekonomik bütünlük içerisindeki tüm şirketler bir bütün olarak değerlendirilir; (ii) aynı ekonomik bütünlük içerisindeki şirketler arasındaki anlaşmalar RKHK m. 4'ün kapsamına girmez ve (iii) bir şirketin gerçekleştirmiş olduğu rekabet ihlali sebebiyle bu şirketi kontrol eden şirketler de sorumlu olur. Bir şirketin diğer bir şirketin tek kontrolüne sahip olduğu durumlarda, bu şirketlerin aynı ekonomik bütünlük içerisinde sayılacağı ve söz konusu sonuçların ortaya çıkacağı genel kabul görmektedir. Bu kuralın, bir teşebbüs ile onun ortak kontrolü altındaki ortak girişimi açısından uygulanıp uygulanmayacağı sorusunu cevaplamak ise bu kadar kolay değildir. Bu konudaki zorluk, her şeyden önce ana teşebbüslerin ortak girişim dışında bağımsız faaliyetlerini korumalarından, yani ortak girişimlerin ekonomik doğasından kaynaklanmaktadır. Buna ek olarak AB ve Türk Rekabet hukukunda yoğunlaşma sayılan tam işlevsel ortak girişimler açısından "bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirme" şartının aranması, ortak girişimlerin ana teşebbüsleri ile birlikte aynı ekonomik bütünlük içerisinde değerlendirilmesini daha tartışmalı hale getirmiştir. Rekabet Kurulu, 2014 tarihli Tüpraş kararında ortak girişim ile ana teşebbüs arasındaki anlaşmaların RKHK m. 4'e tabii olacağını kabul etmiştir. Bu anlayışın, genel olarak Türk rekabet hukuku uygulamasında ve öğretisinde de benimsendiği söylenebilir. Buna karşılık Avrupa Birliği Adalet Divanı ("ABAD"), EI du Pont (C-172/12 P [2013]) ve Toshiba (C-623/15 P [2017]) kararlarında, ana teşebbüsün ortak girişimi ile tek bir ekonomik oluşturduğu sonucuna vararak ortak girişimin katıldığı kartel sebebiyle ana teşebbüsün sorumlu olduğuna karar vermiştir. ABAD'ın sorumluluk rejimi açısından benimsediği bu yaklaşımın, bir ortak girişim ile onun ana teşebbüsü arasındaki anlaşmaların ABİDA m. 101'den muaf tutulması için de bir dayanak oluşturduğu söylenebilir. Bu tebliğde, ortak girişim ile ana teşebbüsün tek bir ekonomik bütünlük teşkil edip edemeyeceğinin Türk hukuku açısından incelenmesi

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

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

Bildiride rekabet hukukunda aslında oturmuş bir kavram olduğu kabul edilen ekonomik bütünlük kavramının öğretide pek fazla tartışılmayan ve özellikle Rekabet Kurulu'nun 02.07.2020 tarihli ve 20-32/397-179 sayılı kararı (Döviz İşlemleri Kararı) ile yeniden tartışmaya açılan idari usul hukuku ekseninde incelenmesi planlanmaktadır. Bu kapsamda öncelikle Avrupa Birliği'ndeki mevcut durum özetlendikten sonra Rekabet Kurulu'nun konuya yaklaşımı üzerinde durulacaktır. Avrupa Birliği uygulamasında öğretide büyük yankı uyandıran Akzo kararında, ana şirketin soruşturma konusu kartel oluşumu içerisinde yer alan dört farklı bağlı şirketinin %100 hissedarı oluşunun ana şirket hakkında da soruşturma açılması için yeterli olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca, ana şirketin bağlı şirketlerinin söz konusu kartele katılmaları konusunda herhangi bir dahli olmadığının teşebbüs tarafından ispat edilmesi gerektiği belirtilerek ispat yükü bir anlamda ters çevrilmiştir. Söz konusu kararda Komisyon yeterli caydırıcılığı sağlayabilmek adına bağlı şirketlerin değil, ana şirketin cirosu üzerinden para cezasına hükmetmiştir. Türkiye uygulamasına bakıldığında ise Rekabet Kurulu'nun etkili bir rekabet ihlalinde söz konusu eylemin failinin kim olduğunun tespit edilmesinin gerektiği ve bu kapsamda ilgili rekabete aykırılıkta etkisi ve dahli olan şirket kim ise soruşturmaya onun muhatap alınması gerektiği ifade edilmektedir. Bu çerçevede Kurul'un “muhatap alma” anlayışının iki farklı şekilde ortaya çıktığı görülmektedir. Birincisi, Google Android ve Booking kararlarında olduğu gibi hem Türk bağlı ortaklığın hem de yabancı ana şirketin soruşturma tarafı olarak kabul edilmesidir. İkinci yaklaşım ise Sendikasyon Kredileri ve Döviz İşlemleri kararlarında olduğu gibi ana şirketlerin soruşturmaya dâhil edilmemesi ancak ekonomik bütünlük ilkesi öne sürülerek özellikle delil toplanması aşamalarında incelemelerin tüm grup üzerinden yürütülmesidir. İkinci yaklaşımın benimsenmesi sonucunda aynı ekonomik bütünlüğün parçası olmakla birlikte ayrı tüzel kişiliklere haiz teşebbüslerden kendi uhdelerinde bulunmayan (ancak diğer grup şirketlerinde olan) bilgilerin talep edilmesi uygulamada ciddi sorunları beraberinde getirmektedir. İlk olarak bağlı şirkete yapılan tebligatın ana şirketi bağlayıcı olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir. Her ne kadar Kurul, AB uygulamasını örnek göstererek ve basiretli bir tacirin aksi bir savunmada bulunamayacağını belirterek bağlı şirkete yapılan tebligatın ana şirkete yapılmış gibi sonuç doğuracağı savını öne sürmekteyse de bu hususun tebligat hukuku kapsamında incelenmesi gerekmektedir. İkinci yaklaşımın taşıdığı bir diğer risk ise yabancı şirketlerin tabi oldukları mevzuatlardan doğan yükümlülüklerdir. Böyle bir durumda yabancı şirketlerden kendilerinin taraf olmadığı bir süreç kapsamında başka bir hukuk sistemine tabi bir otoritenin talebi üzerine başta kişisel verilerin korunması hukukundan doğan yükümlülükler olmak üzere yerleşik buldukları ülke hukukları tahtındaki çok çeşitli mevzuatlardan kaynaklanan yükümlülüklere aykırı hareket etme riskini almaları beklenmektedir. Bildiride, son olarak Rekabet Kurulu'nun ekonomik bütünlük kavramını farklı şekillerde uyguladığı kararlarında vermiş olduğu idari para cezasını hiçbir zaman ana şirket cirosu üzerinden hesaplamamış olması hususu da tartışılacak ve delil

toplanması aşamasında kabul edilen ekonomik bütünlük kavramının idari para cezasına hükmedilmesi konusunda dikkate alınmamasının sebepleri ve sonuçları üzerinde durulacaktır.

Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri 2022

133. Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında 2021 Yılında Yaşanan Önemli Gelişmeler:

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

134. İdari Yargı Rekabet Kurumuna Neler Fısıldıyor: İptal/Bozma Kararlarının Bir

Sentezi: Hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğünün sağlanabilmesi için devletin her türlü işlem ve eyleminin yargı denetimine açık olması gerekir. Hak arama özgürlüğü bakımından kişilerin idareye karşı sahip oldukları en etkili yargısal koruma mekanizması iptal davasıdır. İptal davasında, idari işlemin hukuk kurallarına aykırılığının belirlenmesi halinde iptali yoluna gidilmekte ve bunun sonucunda idarenin hukuka bağlılığı ve hukuk düzeninin korunması sağlanmaktadır. İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olması prensibi çerçevesinde, rekabet otoritelerinin kararları da yargısal denetime tabidir. Dünyada rekabet otoritelerinin gelişimini sağlayan başlıca unsurlardan biri güçlü yargısal denetimin varlığıdır. Güçlü ve etkin bir yargısal denetim rekabet otoritelerinin daha kuvvetli kararlar tesis etmesini sağlamakta ve bu yönüyle rekabet hukuku uygulamasının gelişimine doğrudan katkıda bulunmaktadır. Dolayısıyla bir rekabet otoritesi kararının iptali/bozulması bir “yenilgi” olarak değerlendirilmemeli ve hukuki uygulamanın gelişmesine yönelik bir destek olarak ele alınmalıdır. Zira idari yargı nezdinde tesis edilecek rekabet otoritesi aleyhine bir karar, rekabet otoritesi açısından daha sonraki uygulamalara yönelik bir kılavuz oluşturacak ve içtihadın gelişimine ortak olacaktır. Ülkemiz özelinde ele alınacak olursa, her ne kadar rekabet hukuku bakımından idari yargı kararlarının önemli derecede gelişmeye açık olduğu söylenebilecekse de, son yıllarda içtihadın gelişimine yön verecek kararların tesis edildiği görülmektedir. Bu durum da idari yargı nezdinde hükmedilen iptal/bozma kararlarının bir analizinin gerçekleştirilmesini değerli kılmıştır. İşbu çalışmada, Rekabet Kurulunun iptal edilen veyahut bozulan kararları sınıflandırılacak ve bu kararlarda yapılan değerlendirmeler ışığında uygulamanın ne şekilde evrileceği tartışmaya açılacaktır. Çalışmada, Rekabet Kurulunun iptal edilen veya bozulan kararları analiz edilirken, bildiri süresi açısından var olan kısıt da göz önünde bulundurularak, son beş yıl içerisinde tesis

edilen iptal/bozma kararları esas alınmıştır. Rekabet Kurulu kararlarına karşı açılan idari davaların görece uzun sürmesi, Rekabet Kurulunun son beş yıldan çok daha önce vermiş olduğu kararlarına yönelik idari yargı değerlendirmelerinin de yakalama alanı içerisine girmesini sağlamıştır (Örneğin 2010 yılında tesis edilen bir Rekabet Kurulu kararının 2017 yılında iptal edilmesi). Bu bakımdan, her ne kadar yargı kararları açısından son beş yıla odaklanılsa da zengin sayılabilecek bir içtihat verisine ulaşılması mümkün olmuştur. Bildiride alt sınıflandırmalar yapılacak olmakla birlikte, çalışma kapsamında gerçekleştirilen temel sınıflandırmada aşağıdaki gibi başlıklandırmaya gidilmiştir:

- Usule yönelik hatalı uygulamalarda bulunulması
- Yerinde inceleme ve bilgi/belge talebi yetkilerinin kullanılması
- Dosyaya giriş hakkının kullanılması
- Eksik inceleme yapılması
- İlgili pazar ve pazar payı hesabının yapılması
- Başka bir mevzuata dayalı olarak gerçekleştirilen bir davranışın rekabet hukuku kapsamında değerlendirilmesi
- Hukuki nitelendirmenin hatalı yapılması
- Birleşme/devralma işlemlerinde taahhütlerin değerlendirilmesi
- İhlale son vermeye yönelik görüş yazısı gönderilmesi
- İdari para cezasının belirlenmesi
- Nihai kararın hatalı yönde tesis edilmesi

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

135. 2021 Perakende Soruşturmasının Hukuk ve İktisadi – Enflasyonist Ortamda Fiyat Geçişleri, Alıcı Gücü, Fiyat Liderliği ve Hub-and-Spoke Tipi Kartel İddiaları: Rekabet Kurulu'nun ("Kurul") Covid-19 salgını sırasında başlattığı perakende sektöründeki tedarikçi ve satıcılara yönelik soruşturması ("2021 Perakende Soruşturması") geçtiğimiz Ekim ayı sonunda karara bağlandı. Yayınlanan kısa kararda, beş zincir marketin ve bir tedarikçinin toplamda yaklaşık 2,7 milyar TL'lik rekor para cezası aldığını gördük. Aynı kararda hub-and-spoke tipi kartel oluşumunun cezanın verilmesinin temel sebebi olduğu da yer aldı. Bizler bu çalışmada -açıklanması durumunda gerekçeli karar- kısa karar, kamuya açık sözlü savunma toplantısındaki bilgiler ve savunma sürecinde edindiğimiz tecrübeler çerçevesinde soruşturmaya dair iktisadi ve hukuki bazı değerlendirmelerde bulunmaya çalışacağız. Sunacağımız iktisadi değerlendirmeler temel olarak, incelenen dönemdeki enflasyonist sürece ve soruşturmaya konu olan organize perakende sektöründeki yapısal aksaklıklara işaret edecek. Hukuki değerlendirmelerimiz ise daha çok hub-and-spoke tipi kartel oluşumuna ve ispat standartlarına yönelik olacak. Bu çalışmada sunacağımız tespit ve değerlendirmelerin hem 2021 Perakende Soruşturmasının değerlendirilmesine hem de muhtemel ilave soruşturmalardaki süreçleri daha iyi anlamaya yardımcı olacağını düşünüyoruz. İktisadi değerlendirmelerimizin temeli, ilgi pazar ve ülke ekonomisine dair sorun ve gelişmelerin teşebbüs davranışlarını şekillendirdiğine dair tespitlere dayanmaktadır. Zira teşebbüs davranışlarını, faaliyet gösterdikleri mikro (ilgili pazar) ve makro (genel ekonomik) ortamlardan bağımsız düşünmek olası piyasa başarısızlıklarının temelini anlamayı zorlaştırmaktadır. Bunun yanında, bu alanda karar alan kamu otoriteleri için de kamu kaynaklarını etkin kullanamama riskini doğurmaktadır. Bu sebeple, 2021

Perakende Soruşturması açısından, makro düzeyde Türkiye'nin içinde bulunduğu enflasyonist süreci, mikro düzeyde ise organize pazardaki alıcı gücünü ve fiyat liderliğine dayanan teşebbüs davranışlarını dikkate almayan bir değerlendirme sürecinin piyasa aksaklıklarının tespitinde eksiklik yaratacağı düşüncesindeyiz. Şöyle ki, 2018 yılından başlayarak döviz kuru şoklarına bağlı olarak yaşanan Türkiye'deki enflasyonist süreç, Covid-19 salgını ile şiddetlenmiş ve özellikle ithal girdilerin ağırlıkta olduğu üretim/tedarik süreçlerinde kendini hissettirmiştir. Tedarikçiler için de bu durum fiyat geçişlerinin daha sık aralıklar ile yapılmasını zorunlu kılmıştır. Ancak istatistikler, soruşturmaya konu olan ürünler için tedarikçilerin karşılaştığı maliyet artışlarını perakendecilerin olduğu alt pazara yansıtmakta zorlandığını göstermektedir. Soruşturma sürecindeki savunma hazırlıklarımızda bu durumun temel sebebinin organize perakende pazarındaki fiyat rekabeti ve bunu şekillendiren -özellikle indirim marketlerinin sahip olduğu- alıcı gücü olduğu görülmüştür. Kurul'un 2021 Perakende Soruşturması devam ederken yayınladığı HTM Perakendeciliği Sektör İncelemesi Ön Raporu da bu tespitimizi desteklemektedir. Organize perakende pazarında, indirim marketlerin liderliğine dayalı fiyat rekabeti ve bunu şekillendiren yapısal bir aksaklık olarak nitelendirilebilecek alıcı gücü, tedarikçilerin enflasyonist süreçte artan maliyetlerine ilişkin fiyat geçişlerini yapmalarını zorlaştırmıştır. Bu durum da tedarikçileri fiyat geçişlerini rekabete aykırı olma riski taşıyan bir şekilde organize etmeye sevk etmiştir. Bu da Kurul'un kısa kararında da belirttiği hub-and-spoke tipi kartel iddialarını gündeme getirmiştir. Çalışmamızın son bölümü, hub-and-spoke tipi kartel iddialarına dair değerlendirmelere yönelik olacaktır. Son dönemde ortaya çıkan literatür ve uygulamalar ışığında, bu tür iddiaların nasıl ele alınması gerektiği ve ispat standardının ne olması gerektiğine dair değerlendirmeler sunulacaktır. Mümkün olduğunca 2021 Perakende Soruşturmasına dair değerlendirmeler içerecek bu bölümün muhtemel benzer soruşturmalardaki süreçlerin anlaşılmasına da ışık tutması amaçlanmaktadır.

136. Hızlı Tüketim Malları Perakendecilerinin Rekabet Otoriteleri ile İmtihanı: Hızlı tüketim malları (HTM) perakendeciliği sektörü gerek Türkiye'de gerekse de yurt dışında rekabet otoritelerinin merceği altındadır. Sadece 2021 yılındaki gelişmelere bakıldığında, örneğin, Portekiz Rekabet Otoritesi çeşitli perakendecilere ve tedarikçilere topla-dağıt karteli ("hub and spoke cartel") içinde yer aldıkları gerekçesiyle milyonlarca Avro ceza uygulamıştır. Tayvan Rekabet Otoritesi, Carrefour'a alıcı gücünü kötüye kullandığı gerekçesiyle ceza vermiştir. Fransız Rekabet Otoritesi ise, gıda perakendeciliği sektöründe faaliyet gösteren çeşitli şirketlerin çalışanlarının evlerinde arama yapmıştır. Türkiye'de de 2021 yılında çok önemli gelişmeler olmuştur. Örneğin, Rekabet Kurumu 05.02.2021'de hızlı tüketim malları perakendeciliği sektörü incelemesi ön raporunu yayımlamıştır. Anılan raporda, sektörde yoğunlaşmaların hızla arttığı ve çeşitli rekabet sorunlarının ortaya çıktığı iddia edilerek, bu sorunların çözülebilmesi için çeşitli öneriler getirilmiştir. Keza, Rekabet Kurulu tarafından beş zincir market ve bir tedarikçiye 28.10.2021'de toplam 2,7 milyar TL'lik rekor para ceza uygulanmıştır. Nitekim sunumda;

- 1) Öncelikle yurt dışındaki rekabet otoritelerinin HTM perakendeciliği sektörüne yönelik güncel kararları incelenecek,
- 2) Ardından, bunlardan da hareketle;
 - a) Rekabet Kurumunun ön raporuna ilişkin değerlendirmeler yapılacak ve

b) Rekor ceza uygulanmasına sebep olan tespitler ışığında, geleceğe yönelik çıkarımlar ve öneriler paylaşılacaktır.

137. Birinci Yılın Sonunda Taahhüt Mekanizmasının Değerlendirilmesi: Geçtiğimiz yıl, taahhüt mekanizması 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a ("4054 sayılı Kanun") eklenmiş ve 2021/2 sayılı Tebliğ ("Tebliğ") ile mekanizmaya ilişkin bazı soru işaretleri giderilmiştir. Anılan mekanizmanın Türk hukukundaki uygulamasının azlığından dolayı konunun bütün yönleriyle ele alınması faydalı olur. Taahhüt mekanizması, teşebbüsler tarafından Rekabet Kurul'una ("Kurul") sunulan ve Kurul tarafından kabul edildiğinde ilgili teşebbüs aleyhinde yürütülen soruşturma sona erdirilebilecek ya da hiç soruşturma açılmamasını sağlayabilecek bir prosedürdür. Kaynakların tasarruflu bir şekilde kullanımı ve rekabete ilişkin endişeleri kısa zamanda bertaraf etme amacına ulaşmak için konuyu gerçekten iyi özümsemek gerekir. Taahhütlerin kapsamı Tebliğ'de açıkça düzenlenmiş olup "açık ve ağır ihlaller" kapsam dışı bırakılmıştır. Bu bakımdan açık ve ağır ihlal kavramı üzerinde durulmalıdır. Taahhüt mekanizmasına ön araştırmada veya soruşturma bildirimini tebliğinden itibaren 3 ay içinde başvurulabilir. Bu sürenin teşebbüslerin rekabetçi endişeleri anlamak için yeterli olup olmadığı ve mekanizmadan beklenen yararı zedeleyip zedelediği ele alınmalıdır. Taahhüt mekanizmasının usulü 4054 sayılı Kanun'da ve Tebliğ'de sistematik bir biçimde ele alınmıştır. Bu yüzden taahhüt prosedürü detaylıca ele almak yerine, başlıklar halinde kısaca; (i) taahhüt sürecinin başlatılması ve taahhüt görüşmeleri, (ii) taahhüdün sunulması ve taahhüt metni, (iii) taahhüdün niteliği, (iv) taahhüdün değerlendirilmesi ve uygun bulunmayan taahhütlerde değişiklik yapılması, (v) taahhüt sürecinin sonlanması ve (vi) taahhüdün bağlayıcı hale gelmesi ve mekanizmanın uzlaşma ve pişmanlıktan farklarının incelenmesi faydalı olur. Türkiye'de az uygulaması olması nedeniyle uluslararası bir perspektiften taahhüt uygulamalarının ele alınması gerekir. Bu nedenle ilgili bölümde Coca-Cola Company , FA Premier League Limited , German Electricity Wholesale Market , Visa MIF , Alrosa Company Ltd , Microsoft ve Morningstar , kararlarının incelenmesi konu hakkında daha kapsamlı bir bakış açısı kazandırır. VI- TÜRKİYE'DEKİ KARARLAR Her ne kadar Kurul'un konuya ilişkin yerleşik bir içtihadı bulunmasa konuya ilişkin verilmiş Kurul kararları mevcuttur. Kurul uygulamasına ilişkin bir ön izlenim elde etmek adına özellikle taahhütle sona eren ilk soruşturma olması bakımından Türk Hava Yolları, Çiçeksepeti, Yemek Sepeti, Şişecam Çevre Sistemleri ve Coca-Cola kararları ele alınmalıdır. Henüz yerleşik bir ihtiyaç oluşmamışken taahhüde ilişkin meselelerin masaya yatırılması önemlidir. Bu minvalde, taahhüt kararlarının yargısal denetimi, taahhüt amacının getiriliş amacıyla orantılı kullanımı ve mekanizmanın yönteminin regülasyon aracı olarak kullanılması sorunu önem arz eder.

138. Türk Rekabet Hukukunda İhlalin Sona Erdirilmesinde Yeni Dönem: Taahhüt ve Uzlaşma Mekanizması, İlk Kararlar ve Gelecek Dönem Bakımından Değerlendirmeler: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da 16 Haziran 2020 tarihinde yapılan kapsamlı değişiklikler çerçevesinde usul ekonomisi prensibinden hareketle kamu kaynaklarının etkin kullanımına imkân tanıyan taahhüt ve uzlaşma müesseseleri Türk rekabet hukukunda uygulama alanı bulmuştur. Kanun değişikliğini takiben taahhüt ve uzlaşma mekanizmalarının uygulama esasları Rekabet Kurumu tarafından yayınlanan ikincil mevzuat ile ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Taahhüt ve uzlaşma mekanizması ile rekabeti bozucu etkilerin zamanında ve etkin bir şekilde ele alınması, zamandan ve hem Rekabet Kurumunun

hem de soruşturmaya tabi teşebbüslerin maruz kaldığı maliyetlerden tasarruf sağlanması amaçlanmaktadır. Tebliğin ilk kısmında yeni yürürlüğe giren Taahhüt Tebliği ve Uzlaşma Yönetmeliği hükümleri ışığında düzenleyici çerçeve ele alınacaktır. Ardından Türkiye’de taahhüt ve uzlaşma müesseselerine ilişkin düzenleyici çerçeve ile bu alanlarda verilen ilk Kurul kararları AB’deki mehz düzenleme ve uygulama ile mukayese edilecektir. Bu çerçevede AB ile benzerlikler ve farklılıklar ortaya konulacaktır. Tebliğin son kısmında ise taahhüt ve uzlaşma müesseselerinin gelecek dönemde Türkiye’de rekabet hukuku uygulaması bakımından etkilerine ve gelecekte uygulamanın nasıl şekilleneceğine dair öngörü ve beklentiler aktarılacaktır.

139. Danıştay Henkel Kararı: Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi Tartışmaları ve İspat

Standardında Yeni Dönem: Danıştay 13. Dairesi’nin 6.7.2021 tarihinde oy birliği ile verdiği, Henkel lehine bozma ile sonuçlanan kararı, Türk rekabet hukuku uygulaması bakımından bir mihenk taşı olarak değerlendirilebilir. Zira anılan kararda, Türk rekabet hukuku uygulamasını derinden etkileyebilecek ve dönüştürebilecek sarih ve zımni tespitler bulunmaktadır. Bu tespitler, hem 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 4. maddesi bakımından ele alınan yeniden satış fiyatının belirlenmesi (YSFB) şeklindeki dikey ihlal türüne yönelik Rekabet Kurulu’nun son yıllarda geliştirdiği güncel yaklaşımında değişiklik gerektirebilecek nitelikte olup hem de özellikle Rekabet Kurulu kararlarının yargısal denetimi ve özellikle ispat standardı bakımından ilkesel bir rehber sunmaktadır. Bu doğrultuda, çalışmamız kapsamında bizzat vekil olarak dava sürecinde yer aldığımız Danıştay 13. Dairesi’nin Henkel kararı hem anayasa, idare ve idarî yargılama hukuku ilkeleri yönünden incelenecek hem de YSFB türündeki ihlallerin rekabet hukuku analizine yönelik teknik rekabet hukuku boyutu ile ele alınacaktır. Bu bağlamda, öncelikle ve temel olarak ele alınacak ana konu başlıklarımız şu şekilde özetlenebilir: Kurul’un özellikle 2018 tarihli Henkel kararı sonrası dönemde YSFB’ye ilişkin geliştirdiği analiz kriterlerinin ve ispat standardının rekabet hukuku yönünden yerindeliği değerlendirilecektir. Bu kapsamda Danıştay’ın 13. Dairesi’nin Henkel kararının Rekabet Kurulu’nun güncel YSFB yaklaşımı üzerinde ne gibi etki doğurması gerektiği ve uygulamada bir yaklaşım değişikliğinin beklenip beklenmediği tartışmasına yer verilecektir. Danıştay 13. Dairesi’nin Henkel kararını vermesi ile sonuçlanan hukuki süreç ve anılan kararı takip eden güncel gelişmeler ele alınacaktır. Daha sonra, Rekabet Kurulu tarafından kabul edilen kılavuzların hukuki niteliği tartışılacaktır. Rekabet Kurumu ve onun karar organı Rekabet Kurulu’nun yürüttüğü ekonomik kolluk faaliyeti ile bu faaliyet kapsamındaki maddi gerçeğe ulaşma amacı dikkate alındığında, Danıştay 13. Dairesi’nin Henkel kararında teşebbüs lehine delillere yaptığı vurgu elbette çalışmada irdelenecek bir diğer meseledir. Keza Anayasa’nın 90. maddesinden hareketle idari makamların da riayet etmeleri gereken adil yargılanma hakkı unsurlarından olan gerekçeli karar (alma) hakkı ve idari yaptırımlar söz konusu olduğunda, gerekçeli karar (alma) hakkının bir görünümü niteliğinde olan yeterli ispat standardı ve masumiyet karinesi tartışmaları, elbette bu çalışmada yer alacaktır. Rekabet Kurulu’nun gelecekteki işlemlerine yön verebilme gücü bakımından Danıştay 13. Dairesi’nin Henkel kararının içtihat niteliğinde olup olmadığı meselesi de bu çalışmada kendisine yer bulacaktır.

140. Yargı Kararları Işığında Rekabet İhlallerinde İspat Standardı: İşbu çalışmada, rekabet otoritelerinin incelemelerinde ve kararlarında ispat standardına yönelik mahkemelerin



değerlendirmelerine yer verilerek, rekabet ihlallerinin ortaya konulmasında ispat standardının daha yüksek bir seviyeye taşınıp taşınmadığı sorusu incelenecek ve bunun Rekabet Kurulu ("Kurul") kararlarına etkisi değerlendirilecektir. Yakın tarihli Henkel kararında Danıştay 13. Dairesi, Kurul'un, Henkel'in ürünlerinin yeniden satış fiyatını belirleyerek 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiğinin somut verilerle ispatlanamadığına, özellikle yeniden satış fiyatının tespitinin gerçekleştirilmesinde " taraflardan birinin baskısı veya teşvik etmesi" unsurunun alıcıların bağımsız bir iktisadi davranış olarak kendi satış fiyatını belirleme serbestliğine etki edecek değerde olması ve bu hususun somut ve ciddi verilerle ortaya konulması, fiyat artışlarının sağlayıcının baskısı veya teşvikinden kaynaklandığına yönelik illiyet bağının ortaya konulması suretiyle Kurum'un ispat yükünü karşılaması gerektiğine hükmetmiştir. Benzer yönde, OPET'in bayilerinin yeniden satış fiyatını belirlemek suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4.maddesini ihlal ettiğinden bahisle tesis edilen Kurul kararının iptaline yönelik değerlendirmesinde mahkeme, Kurul'un tespitlerinin tereddüte yol açmayacak şekilde açık ve kesin nitelikte olması gerektiği, satış fiyatlarına müdahalenin her türlü tereddütten uzak, kesin ve tartışmasız olarak elde edilmiş somut delillerle ispatlanması gerektiğini belirtmiştir. Kurul'un 12 Banka kararına ilişkin açılan davada ise, davanın reddi yolundaki idare mahkemesi ısrar kararının bozulmasına hükmeden Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, Kurum tarafından Türkiye'de faaliyet gösteren 12 bankanın tamamının mevduat, kredi, kredi kartı ve kamu mevduatı hizmetlerine ilişkin olarak tek bir çerçeve anlaşma dâhilinde hareket ettiğinin ve ihlale katılan teşebbüslerin bu çerçeve anlaşma veya ortak plandan haberdar olduğunun yeterli seviyede (makul şüphenin ötesinde) bir ispat standardı ile ortaya konulmadığına ve gerekli delillerle desteklenmediğine karar vermiştir. 4054 sayılı Kanun'un 4.maddesinin ihlal edildiğinden bahisle alınan Kurul kararlarına karşı açılan davalarda; mahkemelerin, genel itibarıyla; 'her türlü şüpheden uzak, açık ve kesin delillerle ispat' standardını aradığı görülmektedir. Mahkemelerin hâkim durumun kötüye kullanılması ve yerinde incelemenin engellenmesine yönelik kararlarına bakıldığında ise; Kurul'un Sahibinden kararının iptaline hükmeden mahkeme, tüketici refahını açıkça ihlal ettiği ispat edilemeyen fiyat artışlarına müdahaleye yönelik değerlendirmelerin tereddüte yol açmayacak şekilde açık ve kesin nitelikte olması, ispat standardının gereği olarak ise; "neredeyse kesin olarak" ispatının gerektiğini vurgulamıştır. Yine, hâkim durumun kötüye kullanılmasına yönelik bir değerlendirmede mahkeme, İstanbul Anadolu Yakası Elektrik Dağıtım A.Ş. tarafından açılan davada, "her türlü şüpheden uzak bir şekilde ispat" standardını tekrarlamıştır. Son olarak, Unilever tarafından, yerinde incelemenin engellenmesine yönelik uygulanan idari para cezasına karşı açılan davada; mahkeme, incelemenin gecikmesi nedeniyle teşebbüsün veri kaçırdığına ya da veri kaçırma ihtimali bulunduğuna ilişkin Kurum tarafından somut bir delilin sunulmadığı gerekçesiyle kararın iptaline hükmetmiştir. AB hukukunda da benzer değerlendirmeleri görmek mümkündür. 1/2003 sayılı Tüzük ispat yüküne ilişkin düzenleme öngörmekle birlikte; ispat standardı mahkeme kararlarıyla gelişim göstermiştir. Bu bağlamda ispat standardı, "yeterince açık ve tutarlı delil", "inandırıcı ve tutarlı deliller bütünü" vb. ifadelerin yanı sıra "kesin ve tutarlı delillerle iddiaların ispatlanması" esası yönünde evrilmiştir. Öyle ki, çimento sektöründeki lobicilik faaliyetlerinin incelendiği bir soruşturmada Belçika Rekabet Otoritesi'nin soruşturma taraflarının davranışlarının rekabeti kısıtlayıcı nitelikte anlaşma teşkil ettiğine yönelik kararını temyizden inceleyen mahkeme, tarafların faaliyetlerinin ve yapılan bilgi değişiminin meşru lobicilik faaliyetlerine katılım

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

141. Güncel İdari Yargı Kararları Işığında “Devam Eden Tek Bir İhlal” Yaklaşımına Yeniden Bakış: Hakkında Kanun’un (Rekabet Kanunu) 4. maddesinin ihlaline ilişkin pek çok kararında yer bulmaktadır. Bu yaklaşım ile Kurul, tarafların ortak bir amaca yönelik farklı eylemlerini birden çok ihlal olarak tanımlamak yerine, bunları devam eden tek bir ihlalin parçaları olarak değerlendirebilmektedir. Avrupa Birliği (AB) rekabet hukukundan kalkınarak benimsenen bu yaklaşımın uygulamadaki faydası, esasen ortaya çıkarılması ve tüm sürece ilişkin delil bulunması doğası gereği zor olan, çok taraflı ve uzun süreli rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların hukuki incelemesini kolaylaştırmaktır. Bu yönüyle devam eden tek bir ihlal yaklaşımı rekabet otoritesinin ispat yükünü hafifletmektedir. Bununla birlikte, devam eden tek bir ihlal veya birden fazla ihlal tespitinin, idari para cezası, zamaşımı ve özel hukuk sorumluluğu bakımından teşebbüsler için önemli sonuçları bulunmaktadır. AB’de devam eden tek bir ihlal yaklaşımı Genel Mahkeme ve Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın kararları ile şekillenmiş ve 2000’li yılların başından itibaren AB mahkemeleri devam eden tek bir ihlal yaklaşımının koşullarını belirleyen ve kullanımını sınırlayan kriterler geliştirmiştir. AB’de konuya ilişkin çok sayıda içtihat bulunmakla birlikte hala tartışılan hususlar mevcuttur. Türkiye’de uzun yıllardır ve sıklıkla kullanılmış olmasına rağmen, ne tür eylemlerin hangi koşullarda devam eden tek bir ihlal sayılacağına ilişkin kapsamlı bir değerlendirme yapılmamıştır. On iki banka kararına ilişkin idari yargı süreci, devam eden tek bir ihlal yaklaşımının sınırları konusunda tartışmaları beraberinde getirmiştir. Söz konusu idari yargı kararları devam eden tek bir ihlal yaklaşımının hangi koşullarda benimsenebileceğine ışık tutarken AB uygulamasına atıfta bulunmaktadır. Diğer yandan, Avrupa Komisyonu’nun (Komisyon) ve Kurulun para cezalarını hesaplama metodolojilerinin farklı olmasının devam eden tek bir ihlal yaklaşımının sonuçlarını etkilediği göz ardı edilmemelidir. Devam eden tek bir ihlal yerine birden fazla ihlal tespit edilmesi durumunda, aynı teşebbüs hakkında her bir ihlal için ayrı idari para cezası uygulanması gerekmektedir. Kurulun yerleşik uygulaması gereğince idari para cezasının, Komisyon’un uygulamasından farklı olarak ihlalden etkilenen ürünlerin satış değeri üzerinden değil, teşebbüsün toplam cirosu üzerinden belirlendiği dikkate alındığında birden fazla ihlal tespiti teşebbüse aynı ciro üzerinden birden fazla ceza uygulanması ile sonuçlanacaktır. Bu durum çoğu zaman teşebbüslerin aleyhine olacaktır. Bu kapsamda, devam eden tek bir ihlal yaklaşımının AB rekabet hukukunda ortaya çıkışı ve tarihsel gelişimi ve Komisyon ile AB mahkemelerinin güncel yaklaşımının incelenmesinin Türkiye uygulaması bakımından yol gösterici olacağı düşünülmektedir. Bu çalışmada, Rekabet Kurulu kararlarında devam eden tek bir anlaşma yaklaşımının ne şekilde ele alındığı AB rekabet hukuku ile karşılaştırmalı olarak incelenecektir. İdari yargının son dönem kararlarında tespit ettiği devam eden tek bir ihlal koşullarının neler olduğu ve AB uygulamasına paralel koşullar benimsenmesinin sonuçları hakkında çıkarımlar yapılacaktır. Son olarak, idari yargı kararlarının, özellikle on iki banka kararının Kurul tarafından yeniden değerlendirilmesi ile gelecekteki Kurul kararlarında cezanın belirlenmesi ve zamaşımı bakımından nasıl yansımaları olabileceği tartışılacaktır.



142. Yeni Bir Joker? “Açık ve Ağır İhlal” Kavramının Pratik Sonuçlarına İlişkin Bir

Tartışma: AB ve ülkemiz rekabet hukuku doktrini ve uygulamasında uzun yıllardan beri süregiden “amaç yönünden ihlal” ve “etki yönünden ihlal” en meşhur tartışma konularından birisidir. Bunun yanında, daha çok ülkemizde, ara sıra Kurul tarafından da kullanılan bir per se ve rule of reason yaklaşımı tartışması da amaç/etki tartışmasının yanına eklenmektedir. Bunların yanında ülkemizde Ceza Yönetmeliği sonrasında süregiden bir de “kartel” tanımı tartışması bulunmaktadır. Kanımızca, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da 16.06.2020 tarihli kanun değişikliği ile hayatımıza giren “açık ve ağır ihlal” kavramı da yukarıdaki tartışmalara eklenebilecektir. Zira kanun değişikliği sonrası getirilen taahhüt ve de minimis mekanizmalarının çalıştırılabilmesi için bahse konu ihlalin “açık ve ağır ihlal” olmaması bir ön koşul olarak ortaya konulmuştur. Her ne kadar ikincil mevzuat ile açık ve ağır ihlal türünün çerçevesi çizilmeye çalışılmışsa da pratikte De Minimis ve Taahhüt tebliğlerinde yer verilen “açık ve ağır ihlal” türleri net gibi gözükse de esasen Kurulun herhangi ihlali “açık ve ağır ihlal” olarak değerlendirmesi açısından geniş bir takdir yetkisi bulunduğu düşünülmektedir. Zira Kurul sunulan bazı taahhütleri soruşturmanın konusu açık ve ağır ihlal olduğunu değerlendirerek reddedebilmektedir. Bunun yanı sıra, açık ve ağır ihlal kümesinin çok geniş belirlenmesi De Minimis mekanizmasının ölü doğmasına da yol açabilecektir. Tebliğimizde Kanun değişikliği üzerine yayımlanan tebliğlerdeki tanıma göre hangi eylemlerin açık ve ağır ihlal olarak değerlendirilebileceği karar örnekleri gösterilmeye çalışılacaktır. Akabinde açık ve ağır ihlal diye adlandırılan bu ihlal türüne atfedilen hukuki statünün pratikte ne gibi bir fark yarattığı tartışılacaktır. Ağır ve açık ihlal tespiti için gerekli olan kriterlerin ne olduğu, ispat standardının nasıl belirlenmesi gerektiği ele alınacaktır. İlaveten ülkemizdeki düzenleme ile mehz AB hukuku kıyaslanarak ortak yönler ile ayrışan noktalar tespit edilecektir. Açık ve ağır ihlal kavramı, Türk rekabet hukukunda genellikle AB rekabet hukukundaki “hardcore restriction” kavramının yerine kullanılmaktadır. Bu kavram mehz AB hukukundaki anlamı ile kıyaslamalı olarak anlatılacak ve ortak yönler ile ayrışan noktalarına değinilecektir. Zira per se ihlal ve ağır sınırlama veya amaç bakımından kısıtlama kavramlarının sıklıkla ve hatalı olarak birbiri yerine kullanıldığı görülmektedir. Son olarak kavramsal açıklamaların akabinde, açık ve ağır ihlalin birincil şartı olan amaç ve etki değerlendirmesinin pratik önemini daha iyi ortaya koyabilmek adına Rekabet Kurulu kararlarına bu terimlerin nasıl yansıdığı tartışılacaktır. Rekabet Kurulu kararlarında ağır ve açık ihlal tespitine ilişkin değerlendirmelere yer verilerek bu konuda belirlilik sağlanmaya çalışılacaktır.

143. AB ve ABD Güncel Uygulaması Işığında “Pay-For-Delay” Anlaşmalarının Rekabet

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

anlaşması yapılması, piyasa paylaşımı taahhüdü verilmesi gibi menfaatler sağlanması da mümkündür. “Pay-for-delay” anlaşmalarının akıbeti, Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri ilaç ve tıbbi malzeme sektörlerine ilişkin rekabet hukuku uygulamalarında güncelliğini koruyan bir meseledir. Avrupa Komisyonu, ilk olarak 2016 yılında verdiği Lundbeck ve ardından 2018 yılında verdiği Servier kararlarında, rekabeti kısıtlama ya da ortadan kaldırma amacının bulunduğu gerekçesiyle, “pay-for-delay” anlaşmalarının rekabet hukukuna aykırı olduğunu kabul etmiştir. 2020 yılının başında Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), Generics kararında “pay-for-delay” anlaşmalarının Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma (ABİDA)’nın 102. maddesini ihlal edebileceği sonucuna varmıştır. Bununla birlikte ABAD, bu anlaşmalara ilişkin per se ihlal yaklaşımını reddetmiştir. Son olarak, Avrupa Komisyonu, 2020 yılının Kasım ayında verdiği Modafinil (Teva-Cephalon) kararında, teşebbüsler arasındaki “pay-for-delay” anlaşmasının ABİDA’nın 101. maddesine aykırı olduğu sonucuna varmıştır. ABD Yüksek Mahkemesi ise bu anlaşmaların rekabet hukuku bakımından doğurduğu sonuçlar konusunda emsal teşkil eden Actavis kararında, “pay-for-delay” anlaşmalarının per se ihlal teşkil etmeyeceğine hükmetmiştir. Tüm ABD mahkemeleri ile ABD Federal Ticaret Komisyonu’nu bağlayıcı nitelikte olan bu ilke ve bu doğrultuda ABD Federal Ticaret Komisyonu tarafından verilen Impax kararı, “pay-for-delay” anlaşmalarının rekabet hukukundaki sonuçları hakkında öğretide önemli tartışmalara neden olmuştur. Sunumumuzda, rekabet hukuku ile fikri mülkiyet hukukunun kesişim alanında yer alan “pay-for-delay” anlaşmalarının özellikleri ve rekabet hukuku bakımından doğurduğu sonuçlar, sözü edilen hukuk sistemlerindeki öğreti görüşleri ve kararlar ışığında açıklanacak, benimsenen ilkelerin Türk hukuku bakımından da uygulanabilir olup olmadığı inceleme konusu yapılacaktır.

144. Son Dönem Kararları Işığında İlaç Sektöründeki Güncel Rekabet Hukuku

Tartışmaları: Son dönemde rekabet otoritelerinin ve mahkemelerin ilaç sektörüne ilişkin verdiği kararlarda pazar analizleri ile ihlallere yönelik ispat standartları bakımından yeni ölçütlerin gündeme getirildiği görülmektedir. Yoğun düzenlemelere tabi olan ilaç pazarları; fiyatlandırma ve geri ödeme düzenlemeleri, referans fiyat uygulamaları, genellikle en güçlü alıcı konumunda devlet kuruluşlarının bulunması, orijinal-jenerik ilaç ayrımı, patente ilişkin düzenlemeler gibi faktörlerle diğer pazarlardan ayrılmaktadır. Bu çerçevede, tebliğin ilk iki bölümünde ilgili düzenlemeler ve pazardaki etkileri tanıtılacak; rekabet otoriteleri tarafından ilaçlar arasındaki ikame ilişkisinin nasıl kurulduğu, ilgili ürün pazarı tanımlamalarının, pazar gücü ve hâkim durum değerlendirmelerinin ne şekilde yapıldığı üzerinde durulacaktır. İlk iki bölümün ardından, dört tane yakın tarihli karar incelenecektir. Öncelikle, Rekabet Kurumu’nun, Altuzan’a göre daha pahalı olan Lucentis’in kullanımını yaygınlaştırmak amacıyla uyumlu davrandıkları gerekçesiyle Roche Müstahzarları San. A.Ş. (“Roche”) ve Novartis Sağlık Gıda ve Tarım Ür. San. ve Tic. A.Ş.’ye (“Novartis”) idari para cezası uyguladığı kararı incelenecektir. Kararda, farklı etkin maddeler içeren Lucentis ile Altuzan göz hastalıkları bakımından birbirine ikame olarak değerlendirilmiş; ilgili ilaçları geliştiren Genentech Inc.’nin Roche’un iştiraki olması, Roche’un kendi ilacı Altuzan’ın satışlarından sağladığı gelirlerin yanında Lucentis satışları üzerinden de dolaylı olarak gelir sağlaması ve Novartis’in Roche’un bir kısım hisselerinin sahibi olması gibi hususların Roche’un Altuzan’ın göz tedavilerindeki satış potansiyelini değerlendirme güdüsünü azaltacağı ifade edilmiştir. İhlal tespitinde bulunulurken, temel olarak; Roche’un Altuzan’ın ruhsatlandırılmaması

yönünde, Novartis'in Altuzan'ın olumsuz şekilde tanıtılması ve göz hastalıklarının tedavisinde Altuzan'ın kullanımını zorunlu kılan düzenlemelerin iptali yönünde çalışmalar yürüttüğü belirtilmiştir. Daha önce soruşturma konusuna ilişkin olarak İtalyan ve Fransız Rekabet Otoritelerinin de aynı teşebbüslere ceza uygulamış olması sebebiyle, bu kararlara atıfta bulunulacaktır. Ardından, Avrupa Komisyonu'nun ilaç sektörüne yönelik olarak aşırı fiyatlama tespitinde bulunduğu ilk karar olan Aspen kararı ele alınacaktır. Kararda, Aspen'in yıllar içinde devralmalar yoluyla kanser tedavisinde kullanılan ilaçlar bakımından pazarda hâkim duruma geldiği, ilaçların fiyatlarının yedi yılda birkaç kat arttığı ve teşebbüsün maliyetlerini yaklaşık yüzde üç yüz oranında aştığı yönünde tespitlerde bulunulmuştur. Kararın iki tane önemli yansımasının bulunduğu düşünülmektedir. İlk olarak, aşırı fiyatlama tespiti yapılmasına karşın teşebbüse herhangi bir ceza uygulanmamış, Aspen tarafından sunulan fiyatların düşürüleceğine yönelik taahhütler kabul edilmiştir. Ayrıca, Aspen'in fiyat artışı yapmak istemeyen otoriteleri ilaçları piyasadan çekmekle tehdit etme stratejisi uyguladığı belirtilerek, bu husus ihlale dayanak olarak gösterilmiştir. Bu bakımdan, hâkim durumun kötüye kullanılması davranışının incelendiği bir olayda, Avrupa Komisyonu'nun per se ihlal benzeri bir ihlal tespiti yapmış olmasının ispat standardı bakımından önemli olduğu düşünülmektedir. Son olarak ise, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın ("ABAD") orijinal ve jenerik ilaç üreticileri arasında akdedilen patent anlaşmaları hakkında 2020 ile 2021 yıllarında verdiği ve birbirine benzer değerlendirmelerde bulunduğu Paroxetine ve Lundbeck kararları incelenecektir. İlgili kararlarda, değer aktarımını konu edinen patent anlaşmalarının doğrudan rekabetin amaç bakımından kısıtlandığı anlamına gelmeyeceği, ancak, bu patent anlaşmalarının tarafların rekabet etmemeye yönelik ticari menfaatlerinin bir yansıması olmaktan başka bir açıklaması olamayacağı durumlarda rekabetin amaç bakımından ihlal edilmiş olacağı ve henüz pazarlama izni almamış jenerik ilaç üreticilerinin de orijinal ilaç üreticilerinin potansiyel rakibi olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

- 145. Esnek Ekonomi Rekabet Hukuku Kurallarını Esnemeli Mi? Rekabet Hukukunda Platform Çalışanlarının Statüsü ve Rekabet Politikaları İlişkisi:** Son yıllarda işgücü piyasaları, geleneksel işçi-işveren ilişkisinden ayrılan, çalışanların görünürde bağımsızlaştığı ve özellikle COVID-19 salgınının etkisiyle dijital platformların güçlerini arttırdığı bir noktaya doğru evrilmektedir. Literatürde "esnek ekonomi" (gig economy) olarak anılan ve "paylaşım ekonomileri" gibi alt dalları bulunan bu yeni tip iktisadi organizasyon, rekabet hukuku ve politikası bakımından da birtakım endişeler doğurabilecek niteliktedir. Dijital ekonominin ana aktörlerinden olan platformlardan bazıları, hizmet aldıkları gerçek kişilerle iş sözleşmeleri imzalamaktan imtina etmektedir. İşçi statüsündeki gerçek kişiler teşebbüs olarak nitelendirilmezken, (iş sözleşmesi olmaması sebebiyle) hizmet alanın emir ve talimatları ile bağlı olmayan kişilerin teşebbüs statüsü tartışmalıdır. Tartışmaların sonucu olarak, rekabet hukuku ile iş hukuku arasındaki etkileşimin yoğunluğu artmaktadır. Bu kapsamda, tebliğde ele almayı önerdiğimiz sorulardan bazıları aşağıdaki gibidir: (i) Dijital platformlara, iş sözleşmesi olmadan hizmet sağlayan kişiler teşebbüs müdür? Örneğin Uber veya Lyft gibi platformlarla çalışan (bağımsız) şoförler veya platformlara hizmet sağlayan (bağımsız) kuryeler, rekabet hukuku kurallarının süjesi konumundaki teşebbüsler midir? (ii) Bu kişilerin statüsünün rekabet hukuku açısından sonuçları nedir? Örneğin, çalışma koşullarını iyileştirmek amacıyla toplu iş sözleşmesine benzer bir anlaşma imzalamak isteyen çalışanların kartel kurdukları veya çalışanlarının fiyatlarını merkezi olarak belirleyen (ör:

Uber) ve açıkça sergileyen platformların, bağımsız teşebbüslerin fiyatına müdahale ettikleri ve/veya teşebbüsler arası anlaşmayı koordine ettikleri söylenebilir mi? (iii) Bu kişilerin işçilere tanınan haklardan faydalanamamaları eleştirilmekte, bu hakların korunabilmesi amacıyla kolektif hareket etmelerine izin verilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bu ise, rekabet hukukunda kabul edilegelmiş teşebbüs kavramının revize edilmesiyle ve “bağımsız karar verebilme” kistasının, taraflar arası ekonomik güç dengesi ışığında yumuşatılmasıyla gerçekleştirilebilir. Ancak bu kişilerin kolektif hareket etmesine izin verilmesi halinde, bunların ücret ve diğer haklarında gerçekleşecek iyileşmeler, işverenlerin maliyetlerini arttıracaktır. Rekabet hukukunun “tüketici refahını maksimize etme” nihai amacını güttüğü dikkate alındığında, nihai fiyatlarda önemli artışlara yol açabilecek sosyal kaygılar politika belirleme sürecinde nasıl bir rol oynayabilir? (iv) Hizmet alınan kişilerle iş sözleşmesi imzalayıp imzalamamak (hizmeti içselleştirmenin maliyetleri ile piyasa mekanizmasını kullanmaktan doğan işlem maliyetleri kıyaslanarak yapılan) bir iş modeli tercihidir ve bu tercih teşebbüsler arasındaki rekabetin bir parametresidir. Rekabet hukuku uygulamasıyla bir modelin (sosyal kaygılarla) dezavantajlı kılınması bu rekabeti ortadan kaldırabilir. Rekabet hukuku, rekabeti arttıran fakat sosyal açıdan istenmeyen sonuçlar doğuracak uygulamalara nasıl yaklaşmalıdır? Etkinlik odaklı olmayan değer yargılarının rekabet politikasındaki yeri nedir? (v) Rekabet politikalarının sosyal kaygıları tüketici refahı maksimizasyonu karşısında önceliklendirecek şekilde revize edilmesine hangi merciin karar vermesi doğru olur? Mevcut kuralların rekabet otoriteleri tarafından yorumlanma biçiminin değiştirilmesi (ör: teşebbüs kavramının taraflar arası güç dengesi gözetilerek yeniden tanımlanması) mümkün müdür, yoksa meşruiyet için siyasi iradenin müdahalesi mi aranmalıdır? Ülkemizde ve dünyada önemini gittikçe arttıran esnek ekonominin rekabet hukuku gibi oldukça özelleşmiş ve ayrıca yüksek cezaları içinde bulunduran bir hukuk dalı perspektifinden incelenmesinin elzem olduğuna inanıyoruz. Bu inceleme, özellikle son yıllarda ülkemizden çıkan ve “unicorn” olarak tabir edilen bazı şirketlerin de ilgi alanına gireceğinden, gerekli hukuki belirliliğin sağlanması yönünde bir farkındalık yaratılmasının ilk adımı olabileceğini düşünüyoruz.

146. Rekabet Hukuku İhlalinden Doğan Zararın Hesaplanması: Hukuki ve Ekonomik Bir

Yaklaşım: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un (RKHK) 58. maddesine göre rekabet hukuku ihlalinden zarar görenler uğradıkları zararların tazminini ihlalde bulunanlardan talep edebilirler. Anılan hükümlerle bir haksız fiil sorumluluğu düzenlenmiş olup zararı ispat yükü Türk Borçlar Kanunu’nun (TBK) haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümleri arasında yer alan 50. maddesi uyarınca zarar gören davacı üzerindedir. RKHK’de zararın nasıl ispatlanacağıyla ilgili muhtelif hükümler yer almakla beraber en nihayetinde zararın ispatı rekabet hukuku ihlallerinde bilhassa zordur, zira davacı rekabet ihlali sonucu malvarlığının içinde bulunduğu durum ile söz konusu ihlal olmasaydı içinde bulunacağı alternatif bir dünyadaki durumun ne kadar farklı olduğunu ortaya koymak durumunda kalacaktır. Elbette bu alternatif dünyadaki durumun kesin olarak ispatı mümkün değildir ve TBK m. 50’ye göre uğranılan zararın miktarı tam olarak tespit edilemediği takdirde hâkim zararı hakkaniyete uygun olarak belirleyecektir. Haksız fiil hukukunun ekonomik amaçlarına hizmet edebilmesi için zararın gerçeğe mümkün olduğunca yakın olarak tespit edilmesi önemlidir. Dolayısıyla bu doğrultuda hâkimin takdir yetkisini kullanırken faydalanacağı yöntemler belirleyici olacaktır. Çeşitli ekonomik modeller ve ekonometrik tekniklerden faydalanarak yapılan analizler ile zararın tahmin edilmesi

mümkündür. Her ne kadar bu analizler en nihayetinde bilirkişi olarak bilgisine başvurulmuş ekonomistler tarafından yapılacaksa da süreçte yer alan hukukçuların da kullanılan yöntemlerin işleyişi hakkında bilgi sahibi olması oldukça önemlidir. Bunun en önemli sebebi farklı yöntemler kullanarak farklı sonuçlara varılabilmemesi ve hangi yöntemin daha uygun olduğunun somut olaya göre değişebilmesidir. Dolayısıyla hukuken hangi yöntemin ispat ölçütünü sağlayacağına bir hukukçu gözüyle karar verilmesi gerekmektedir. Bu çalışmada genel olarak borçlar hukuku özel olarak ise rekabet hukukunda zararın ispatı ve hesaplanması ile ilgili önem arz eden meseleler (özellikle pratikte uygulanacak yöntemleri etkileyebileceğinden RKKH m. 58/2'deki menfaat devri yaptırımını ile ilgili tartışılmalı olabilecek hususlar) üzerinde durulduktan sonra zararın hesaplanmasına ilişkin farklı ekonomik yöntemlerin detaylarına girilecektir. Farklı sınıflandırmalar yapılmakla birlikte, bu yöntemleri iki grup altında toplamak mümkündür. Bir grup yöntem gerçekte var olan (ihlalin gerçekleştiği veya diğer) pazarlardaki verileri kullanarak yapılacak ampirik karşılaştırmalar ile ihlalin gerçekleştiği pazarın ihlal olmasaydı içinde bulunacağı durumu saptamaya çalışmaktadır. Bu gruptaki yöntemler ekonomik modellerden ziyade ekonometrik analizlere dayanmaktadır. Bir diğer grup yöntem ise ekonomik modeller kullanarak ve ilgili pazardan elde edilen verilerle bu modelleri kalibre ederek rekabet ihlalinin olmadığı senaryoyu simüle etmeye çalışmaktadır. Her iki grup altında çeşitli yöntemler yer almakla birlikte bu yöntemler ihtiyaç duydukları verinin kapsamı, dayandıkları varsayımlar, tahminlerin gerçeğe yakınlığı ve uygulamada karşılaşılan zorluklar bakımından farklılıklar taşımaktadır. Ayrıca kartel ve hâkim durumun kötüye kullanılmasından doğan zararların hesabında temel olarak benzer yöntemler kullanılmakla birlikte zararın niteliği farklılık arz edebileceğinden bu yöntemlerin uygulanmasında çeşitli ayrımlar söz konusu olacaktır. Bu çalışmanın nihai amacı farklı ülkelerdeki gerçek davalardan örnekleri de kullanarak aslında ilk bakışta ekonomistlerin işi gibi görülebilecek bu yöntemlerin detaylarına bir hukukçunun perspektifinden yaklaşmak ve bu doğrultuda çeşitli sonuçlar çıkarmak olacaktır.

147. Bugün Aslında Düdü: Dijital Piyasaların Regülasyonunun ve Geleneksel Ağ Piyasalarında Rekabetçi Yapıya Müdahalelerin Karşılaştırılması: Son yıllarda rekabet hukukunun en çok tartışılan konularından birisi çevrimiçi platformların yarattığı rekabet sorunlarının giderilmesidir. Bu bakımdan hem rekabet hukuku kapsamında hem de düzenleyici bir müdahale ile getirilebilecek çözümler ele alınmaktadır. Rekabet otoriteleri ellerindeki araçları kullanarak, geçici tedbirler almaya ve gerek idari para cezaları gerek diğer davranışsal ve yapısal tedbirler ile yaptırımlar uygulamaya başlamışlardır. Diğer taraftan, sorunların daha geniş çerçevede ve kalıcı çözümler için düzenlenme çalışmaları da son sürat devam etmektedir. Çevrimiçi platformların çok hızlı bir şekilde hayatımıza girmiş olmaları ve mal ve hizmetlerin sunumunda kazandıkları önem dolayısıyla bir ağ olarak kabul edilmeleri hala tam olarak netleşmemiştir. Kanaatimce bunun nedeni platform ekonomisinin henüz çok dinamik bir yapıya sahip olması ve genel işleyişinin açıklamalarının açık ve net olarak yapılamamasıdır. Öyle ki dijital piyasalarda çevrimiçi platformlar bakımından karşılaşılan sorunlar aslında gerek rekabet otoritelerinin kararlarında gerek düzenleyici müdahale için ortaya konulan önerilerde enerji ve elektronik haberleşme gibi geleneksel ağ piyasalarındaki rekabetçi sorunlara benzemektedir. Bu sunumda çevrimiçi platformların yarattığı rekabet sorunları ile geleneksel ağ piyasalarındaki sorunları rekabet otoritelerinin kararları ve ağ piyasalarının düzenlenmesi temelinde tartışacak ve benzerlik ile farklılıklarını ortaya

koyulacak ve ağ piyasalarındaki rekabet sorunlarının giderilmesi için getirilen önerilerden faydalanılarak çevrimiçi platformların regülasyonuna ilişkin öneriler sunulacaktır.

148. DMA ve DMU: Dijital Pazarlar İçin İki Ayrı Sektör Odaklı Düzenleme Taslağı:

Benzerlikleri, Farkları ve Pazar Rekabetine Etkileri: 2021 yılı, dijital pazarları ve bu pazarlarda rol alan güçlü aktörlerin sorumluluklarını düzenlemeyi amaç edinen yasa taslakları ve dijital pazarlar için ortaya atılan sistem değerlendirmelerinin etkisiyle birlikte, önümüzdeki süreçte dijital ekonomi pazar dinamiklerinin ne denli değişeceğinin ve bu dinamikler üzerinde birçok yeni tartışmanın yapılacağı habercisi olan bir yıl olmuştur. Bu raddeye gelinceye kadar geçen süreçte, hem Avrupa Komisyonu hem bazı ulusal rekabet otoriteleri hem de birçok akademik çalışma var olan rekabete aykırı durumlara ilişkin yaptırımların dijital ekonominin gereklerini tam olarak karşılayamadığını belirtmiş ve bu nedenle dijital pazarlar ve özellikle çevrimiçi çok taraflı platformlar için sektör odaklı düzenlemelerin gerekliliğini vurgulamıştır. Bu genel yargının sonucu olarak da hem Avrupa Komisyonu bünyesinde hem de rekabet hukuku gelişimine öncülük eden ülkelerden biri olan Birleşik Krallık'ın rekabet otoritesi olan Competition and Markets Authority (CMA) bünyesinde çalışmalar yürütülmüştür. 8 Aralık 2020 tarihinde CMA, İngiliz Hükümetine çevrimiçi çok taraflı platformlar ve işleyişlerine dair sektör odaklı bir yasal düzenlemenin gerekliliğine ilişkin bir tavsiyede bulunmuş ve sonrasında Nisan 2021'de İngiliz Hükümeti bu tavsiyeye uygun olarak CMA içerisinde Dijital Pazarlar Birimini (DMU) kurmuştur. Yine 2020'nin aralık ayında, Avrupa Komisyonu ise bu bahsi geçen sektör odaklı düzenlemeyi bir yasa taslağı olarak paylaşmış ve görüşleri almaya başlamıştır. 15 Aralık 2020 tarihinde yayınlanan Dijital Pazarlar Yasası (DMA) taslağı AB bünyesindeki dijital pazarlarda adaleti ve rekabeti artırmayı temel amaç edinmiş bir yasal düzenleme olarak tanıtılmıştır. Bu bildiriye, DMA ve DMU kapsamında oluşturulmak istenen rejimler ayrıntılarıyla açıklanacak ve iki düzenleme arasındaki benzerlikler ve farklılıklar tespit edilerek ortaya koydukları seçimlerin nedenlerinin neler olduğu belirtilecektir. Sonrasında, ayrıntıları açıklanmış olan bu taslaklar aracılığıyla, dijital pazarlar için ortaya atılan yeni düzenleyici rejimlerin etkilerinin neler olabileceği ve oluşturulan bu rejimlerin ne gibi sorunlar ortaya çıkarabileceği üzerinde genel açıklamalar yapılmaya çalışılacaktır.

149. Rekabet Hukukunda Taahhüdü İhlal:

Taahhüt, haklarında yürütülmekte olan bir inceleme kapsamında teşebbüslerin, rekabet otoritelerinin tespit ettikleri muhtemel rekabet sorunlarını gidermek üzere faaliyetlerinde bazı davranışsal veya yapısal değişikliklere gitmeye üstlendikleri, bunun karşılığında rekabet otoritelerinin de herhangi bir ihlal kararına hükmetmeksizin yürütmekte oldukları incelemeyi cezasız sonlandırdığı bir müessesedir. Mevzuat AB rekabet hukukunda 1/2003 sayılı Tüzük'te düzenlenen taahhüt mekanizması, 7246 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler kapsamında Türk rekabet hukukuna dâhil edilmiştir. 4054 sayılı Kanun uyarınca "yürütülmekte olan bir önaraştırma ya da soruşturma sürecinde 4'üncü veya 6'ncı madde kapsamında ortaya çıkan rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik olarak ilgili teşebbüs ya da teşebbüs birliklerince taahhüt sunulabilir. Kurul söz konusu taahhütler yoluyla rekabet sorunlarının giderilebileceğine kanaat getirirse bu taahhütleri ilgili teşebbüs ya da teşebbüs birlikleri açısından bağlayıcı hale getirerek soruşturma açılmamasına veya açılmış bulunan soruşturmaya son verilmesine karar verebilir" (m.43/3). Taahhüt mekanizması teşebbüslerce bir ihlalin varlığının kabul edilmesini gerektirmediği için rekabet



otoritelerine verilen taahhütler karşısında teşebbüsler, idari para cezalarıyla karşılaşmadıkları gibi özel hukuk mahkemelerinde açılacak tazminat davalarıyla da muhatap olmamaktadır. Teşebbüslerin birtakım taahhütler vermek suretiyle haklarında yürütülen rekabet incelemelerini cezasız sonlandırma imkânı karşısında, taahhütlerin yerine getirilip getirilmediğinin çeşitli yöntemlerle izlenmesi ve taahhüde aykırılık halinde bunun bir yaptırıma bağlanması, bu yaptırımın da caydırıcı olması önem arz etmektedir. Mevzuat AB rekabet hukukunda Komisyon'a verdiği taahhütleri ihlal eden teşebbüslere, bir önceki mali yıldaki cirolarının yüzde 10'u oranında idari para cezası verilebilmektedir (1/2003 sayılı Tüzük m.23/2-(c)). 4054 sayılı Kanun'da ise taahhütlerini yerine getirmeyen teşebbüslere karşı Rekabet Kurulu'nun soruşturma açabileceği ifade edilmiş (m.43/4), ancak taahhüdün ihlali karşılığında uygulanacak herhangi bir yaptırım düzenlenmemiştir. 2021/2 sayılı Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasına Yönelik Önerştirmelerde ve Soruşturmelerde Sunulacak Taahhütlere İlişkin Tebliğ'de (Taahhüt Tebliği) taahhüt kararında bulunabilecek unsurlar arasında "taahhüde uyulmaması durumunda uygulanacak yaptırımlar" sayılmıştır (m.14/2-(h)). Bu yaptırımların neler olabileceğine dair ne 4054 sayılı Kanun'da, ne de Taahhüt Tebliği'nde bir bilgi bulunmaktadır. Bu durum karşısında taahhütlerini ihlal eden teşebbüslere uygulanacak yaptırımın somut olayın koşullarına göre, dosya konusu taahhüt özelinde mi belirleneceği sorusu akla gelebilir. Ancak cezaların kanuniliği ilkesi gereği kanunda düzenlenmeyen bir yaptırıma taahhüt kararında hükmedilemeyeceği gibi, 1/2003 sayılı Tüzük'teki gibi taahhüdün ihlali için ayrı ve özel bir ceza düzenlenmedikçe, taahhüt kararının bir ihlal tespiti içermemesi sonucu teşebbüslere bir yaptırımın uygulanıp uygulanamayacağı da tartışılabilir. Kaldı ki Taahhüt Tebliği'nin 14/2. maddesinde sayılan unsurların tümünün kararda yer alması da zorunlu olmayıp, maddede sayılan unsurlar "uygun olduğu ölçüde" taahhüt kararında gösterilecektir. Yani taahhüt kararında ille de taahhüdün ihlali halinde uygulanacak bir yaptırımın yer alması zorunluluk arz etmemektedir. Nitekim Kurul'un verdiği ilk taahhüt kararı niteliğindeki 21.10.2021 tarih ve 21-51/712-354 sayılı Şişecam kararında da bu bağlamda herhangi bir yaptırıma yer verilmemesi dikkat çekicidir. Esasen 7246 sayılı Kanun öncesinde de 4054 sayılı Kanun'da "taahhüt" ibaresinin geçtiği hükümler bulunmaktaydı. Örneğin 16/5. maddede idari para cezasının belirlenmesi noktasında teşebbüslerin "taahhütlere uyup uymaması"nın Kurul tarafından dikkate alınabileceği belirtilmiştir. Yine 17/1-(a). maddede "verilen taahhütlere uyulmaması" durumunda, ihlalin devam ettiği her gün için teşebbüslere cirolarının on binde beşi oranında idari para cezası verileceği hükme bağlanmıştır. Her ne kadar adı geçen hükümler, teşebbüslere uygulanacak yaptırımlar bağlamında açıkça taahhütlere aykırılığı zikretmişse de bu hükümler kapsamındaki "taahhütlerin", taahhüt mekanizması bağlamındaki "taahhütleri" karşılayıp karşılamadığı, kanundaki mevcut bu hükümlerin kanuna sonradan eklenen bir müessese için uygulanıp uygulanamayacağı tartışmaya açıktır. Özellikle 4054 sayılı Kanun'da taahhütlere aykırılık halinde uygulanacak açık bir yaptırımın bulunmaması karşısında, bu boşluğu doldurmak üzere şayet mevcut hükümlerden istifade edilme yoluna gidilmesi durumunda meselenin önemi daha da artacaktır. Bu tebliğde 7246 sayılı Kanun ile Türk rekabet hukukuna dâhil edilen taahhüt mekanizması kapsamında Kurul'a taahhüt sunan teşebbüslerin taahhütlerini ihlal etmeleri halinde karşılaşacağı sonuçlar ele alınmaktadır.

150. Güncel Rekabet Kurulu Kararları Çerçevesinde Rekabete Duyarlı Bilgi Değişiminde

Değişen Yaklaşımlar: Rekabet Kurulunun Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz’unda belirtildiği üzere teşebbüsler arasında bilgi değişimi; rekabete duyarlı bilgiler rakipler arasında doğrudan veya meslek kuruluşları gibi teşebbüs birlikleri, pazar araştırma kuruluşları ve benzeri üçüncü taraflar veya teşebbüslerin tedarikçi ya da dağıtım ağı yoluyla dolaylı olarak paylaşılabilir. Dolayısıyla bilgi değişimi rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların bir parçası ya da doğrudan kendisi olabileceği gibi teşebbüs birlikleri bünyesinde yürütülen faaliyetlerin bir parçası ve hatta birleşme-devralma işlemlerinin bir sonucu dahi olabilmektedir. Bunların her birine dair Rekabet Kurulunun pek çok emsal kararı bulunmaktadır. Son birkaç yıla bakıldığında ise rekabet ihlalleri, muafiyet-menfi tespit ve birleşme-devralma kararlarında, bilgi değişimine dair Kurulun önceki kararlarından önemli ölçüde farklılık içeren örnekler rastlanmaktadır. 2021 yılında üç teşebbüs birliği tarafından yapılan bilgi değişimlerine ilişkin kararlara muafiyet verilmemesi, Beyaz Et I ve II kararlarında pazardan bilgi edinmeye dair farklı yaklaşımlar benimsenmesi, Perakende kararında bilgi değişiminin kartel olarak nitelendirilmesi bu durumun somut örnekleridir. Ayrıca birleşme-devralma dosyalarında da rekabete duyarlı bilgilerin daha sık gündeme geldiği, De Minimis ve Taahhüt Tebliği’nde ise “gelecekte uygulanması planlanan fiyat, üretim ya da satış miktarı gibi rekabete duyarlı bilgilerin paylaşılması”nın kapsam dışında bırakıldığı dikkat çekmektedir. Rekabete duyarlı bilgi değişiminin rekabet hukuku açısından en önemli gündem maddelerinden biri olduğu açık olmakla birlikte, teşebbüsler açısından da rasyonel kararlar vermenin en önemli araçlarından birinin pazara dair sağlıklı bilgilere sahip olmak olduğu tartışmasızdır. Bu sunumda; böylesine hassas bir terazi ekseninde, rekabete duyarlı bilgi değişimi konusunda son dönemde gözlenen değişen yaklaşım ele alınacaktır.

151. Finansal Denetim ve Danışmanlık Sektöründe Rekabet Sorunları: Big Four (PWC,

Deloitte, KPMG, Ernst&Young) Egemenliğinin Sonu Mu? Son yıllarda global şirketler ciddi yolsuzluk ve dolandırıcılık skandallarıyla gündeme gelmeye başladılar. 2020 yılında Almanya’da ortaya çıkarılan ve ülkede bugüne kadar gerçekleşmiş en büyük yolsuzluk olan Wirecard skandalında şirkette 1,9 milyar avroluk bir açık tespit edilmiş ve şirket kısa süre sonra iflas etmiştir. Bu skandalda finansal denetim şirketi olan Ernst&Young’ın kusuru ve hatta katkısı bulunduğu da iddia edilmiştir. Bundan çok daha öncesinde 2001 yılında Amerika’da ortaya çıkan Enron skandalında ise, yine bir finansal denetim şirketi olan Arthur Andersen’in kusuru nedeniyle aslında zarar eden Enron uzun süre kar etmiş gibi gösterilmiş ve olay Amerikan tarihindeki en büyük muhasebe skandalı olarak yerini almıştır. Denetim şirketi Arthur Andersen’in de sektörden tamamen çıkmasına neden olan bu olay, finansal denetim sektöründeki sorunların su yüzüne çıkmaya başladığı ilk vaka olarak da nitelendirilebilir. Bu skandalların ardından birçok ülkede finansal denetim ve danışmanlık piyasasındaki ciddi sorunlara dikkat çekilmiş ve İngiliz hükümeti öncü rol oynayarak bu sektörde bir reform yapılması yönünde adımlar atmaya başlamıştır. İngiliz Rekabet Otoritesi (Competition and Markets Authority) ve bağımsız gözlemciler Sir Donald Brydon ve Sir John Kingsman tarafından 2018 ve 2019 yıllarında hazırlanan üç farklı raporun ortak özelliği sektördeki rekabet sorunlarına ve bunların doğurduğu düşük hizmet standardına dikkat çekmeleridir. Bu raporların hemen ardından İngiltere İş, Enerji ve Sanayi stratejisi bakanı Kwasi Kwarteng, sektörde radikal değişiklikler getirmesi beklenen süreci başlatmıştır. Mart 2021’de İngiliz hükümeti yayınladığı öneride sektördeki düşük kalite standartları sonucu

yaşanan denetim skandallarına ve yolsuzluklara dikkat çekerek ciddi revizyonlar yapılmasını ve sektörün rekabetçi hale getirilmesini istemiştir. Kamuoyunun görüşlerine açılan bu önerilere 8 Temmuz 2021 tarihine kadar tüm paydaşlardan gelen cevaplar toplanmış ve bunların tümü yeni bir rapor olarak parlamentoya sunulmuştur. Burada özellikle altı çizilen nokta, rapordaki tespit edilen sorunların sadece İngiltere pazarı ile sınırlı olmadığı, dünyanın çeşitli ülkelerinde finansal denetim ve danışmanlık faaliyetleri pazarlarında benzer sorunlar yaşandığı olmuştur. Söz konusu reform çalışmasının odağında sadece rekabet hukuku olmamakla beraber, rekabet hukukunu yakından da ilgilendiren sebep ve sonuçlardan bahsedilmektedir. Bunlar özellikle pazara giriş engelleri ve pazarın oligopolistik yapısı ile kolaylaşan rakipler arası iş birliği olasılığıdır. Önerinin amacı pazarda big four (PWC, Deloitte, KPMG, Ernst&Young) olarak anılan dördünün hakimiyetinin ve etkinliğinin azaltılması ve pazardaki denetim hizmet kalitesinin de artırılarak pazarın daha rekabetçi hale getirilmesidir. Rekabet hukuku yanında sektörle ilgili diğer regülasyon otoritelerini de ilgilendiren önerilere göre Denetim Raporlama ve Yönetişim Otoritesi (Audit, Reporting, Governance Authority - ARGA)'nin kurularak mevcut Finansal Raporlama Konseyinin görevini devralması ve böylece daha etkin bir denetim sağlanması öngörülmektedir. ARGA'nın en önemli yetkilerinden biri denetim ve denetim dışı danışmanlık faaliyetlerini çok daha kesin çizgilerle ayırmak ve olası rekabetçi sorunların önüne geçmek olacaktır. İngiltere'deki bu gelişmeler farklı ülkelerde de karşılık bulmaya başlamıştır. Hindistan'da finansal denetim piyasasındaki aksaklıklar, ortaya çıkan çok sayıda denetim skandallarının da etkisiyle Hindistan hükümetinin dikkatini çekmiştir. Hükümet, 2020 yılında birlikte hâkim durumlarını kötüye kullandıkları ve aynı sektördeki diğer rakip şirketlerin faaliyetlerini zorlaştırdıkları veya pazara girişini engelledikleri iddiasıyla Hindistan Rekabet Otoritesinin inceleme başlatmasını talep etmiştir. İtalya'da ise 2017 yılında İtalya Rekabet Otoritesi dört büyük finansal denetim şirketine büyük danışmanlık projelerinde danışıklı davranışları ve ihalelerde beraber hareket etmeleri nedeniyle toplam 23 milyon avro idari para cezası uygulamıştır. Özetle, finansal denetim ve danışmanlık sektöründe dünyanın farklı ülkelerinde yaşanan ciddi aksaklıklar olduğu aşıkardır. Özellikle 'big four'un yerleşik pazar gücü, pazarın oligopolistik yapısı ve pazara giriş engelleri sektörde etkin rekabetin inşa edilmesinin önünde engel teşkil etmektedir. Finansal denetim pazarlarında daha sağlıklı bir rekabet ortamının sağlanması ve hizmet kalitesinin artırılmasını kolaylaştıracak mekanizmalarından biri şüphesiz ki rekabet hukukudur. Rekabet hukuku bu amaca elverişli ve gerekli bir mekanizma olmakla beraber tek başına yeterli bir araç değildir. Farklı regülasyon otoritelerinin de dahil edilmesi sorunun çözümüne ulaşılmasını da kolaylaştıracaktır. Tebliğ kapsamında finansal denetim ve danışmanlık piyasalarının yapısı ve işleyiş parametreleri anlatıldıktan sonra skandallarla somutlaşmış olan rekabetçi sorunlar ortaya konulacaktır. Tebliğde finansal denetim piyasalarında rekabet hukukunun nasıl bir çözüm üretmesi gerektiği, hangi noktalarda müdahale gerekliliği olabileceği ve Türkiye açısından da olası sonuçlar tartışılacaktır. Finansal denetim ve danışmanlık sektöründe rekabet hukuku uygulamaları, dünyada çok yeni gündeme gelmiş olması ve Türkiye'de de bugüne kadar hiç ele alınmamış bir konu olması nedeniyle özgün niteliğini korumaktadır. Bu da konunun uygulamalı rekabet hukuku seminerleri ile ulaşılmak istenen akademik hedefe uygunluğunu ortaya koymaktadır.

152. Bildirim Eşiklerini Aşmayan Yoğunlaşmalara Mevcut Rekabet Hukuku Araçlarının Uygulanabilirliği: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (RKHK) 7'inci

maddesinin ilk fıkrasında, etkin rekabeti önemli ölçüde azaltan birleşme ve devralmalar (yoğunlaşmalar) yasaklanmış, ikinci fıkrasında ise hukukî geçerlilik kazanabilmesi için Rekabet Kuruluna (Kurul) bildirilmesi gereken yoğunlaşmaların Kurulun çıkaracağı tebliğle belirleneceği öngörülmüştür. Bu doğrultuda Kurul tarafından çıkarılan 2010/4 sayılı Tebliğ'de öngörülen ciro bazlı eşikleri aşan yoğunlaşma işlemleri Kurula bildirilmekte ve RKHK m. 7'ye aykırılık taşımayan işlemlere izin verilmektedir. RKHK m. 7 ve 2010/4 sayılı Tebliğ çerçevesinde oluşturulan söz konusu hukuki düzen, bildirim eşiklerinin altında kalan yoğunlaşmaların genel olarak RKHK'ya uygun sayılacağı yönünde bir algı yaratmaktadır. Ancak bu algının doğruluğu, iki açıdan sorgulanabilir. Öncelikle RKHK m. 7/2'nin lafzından yola çıkarak söz konusu hükümde Kurula sadece izin için bildirilmesi gereken yoğunlaşma işlemlerini belirleme yetkisi verildiği, dolayısıyla bildirim eşiklerini aşmayan yoğunlaşma işlemlerinin RKHK m. 7/1'e tabi olmaya devam ettiği yorumunda bulunulabilir. Bu yorum çerçevesinde bildirim eşiklerini aşmamasına rağmen etkin rekabeti önemli ölçüde azaltan işlemlerin, ex post bir denetim sonucunda RKHK m. 7/1 uyarınca yasaklanabileceği iddia edilebilir. İkinci olarak bildirim eşiklerini aşmayan yoğunlaşma işlemlerine RKHK m. 4 ve m. 6'nın uygulanabilirliği tartışılabilir. 139/2004 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün 21'inci maddesinde, yoğunlaşma işlemlerine AB düzeyinde sadece söz konusu Tüzük hükümlerinin uygulanacağı açıkça ifade edilmiştir. Buna karşılık RKHK'da yoğunlaşmaları m. 4 veya 6'nın kapsamı dışına çıkaran benzeri bir hükme yer verilmemiştir. 2010/4 sayılı Tebliğ m. 13/3'te yoğunlaşma olarak kabul edilen tam işlevsel ortak girişimlerin ayrıca RKHK m. 4 ve 5 çerçevesinde değerlendirileceğinin öngörülmesi, yoğunlaşma denetiminin RKHK m. 7 ile sınırlı olmadığı görüşünü destekler nitelikte kabul edilebilir. Bunun yanında hâkim durumdaki teşebbüslere yüklenen özel sorumluluk çerçevesinde bu teşebbüslerin bildirim eşiklerini aşmayan devralmalar gerçekleştirerek hâkim durumlarını güçlendirmesinin RKHK m. 6'yı ihlal edebileceği ileri sürülebilir. Bu tebliğ de bildirim eşiklerini aşmayan yoğunlaşma işlemlerine RKHK m. 7 ile m. 4 ve m. 6 hükümlerinin uygulanabilirliğini, mevcut düzenlemeler ve olması gereken hukuk çerçevesinde değerlendirmeyi amaçlamaktadır. Bu değerlendirmeye dolaylı olarak ilgili olması sebebiyle tebliğde, RKHK m. 4'ün tam işlevsel ortak girişimlere uygulanmasının yerindeliği ayrıca ele alınacaktır.

153. Dijital Ekosistemler Arası ve Ekosistem İçi Rekabet: Pazar Gücünün Belirlenmesinde “Moligopoli” Konsepti ve Platform Hukuku Çözümlerinin Etkisi:

Dinamik, yenilikçi özellikleri ve teknolojiye olan bağımlılıkları nedeniyle, dijital piyasalar kendi içlerinde hızla gelişmektedir. Bu piyasalarda, rekabetin biçiminin de önemli ölçüde değiştiği gözlenmektedir. Çoğu ticari işletme için, inovasyon rekabeti bugün bir zorunluluktur. Bu nedenle, teşebbüsler arasındaki rekabetin sınırlarını tespit etmekte kullanılan statik pazar tanımı için tasarlanmış geleneksel araçlar, veriye dayalı dijital piyasalar için etkisini önemli ölçüde kaybetmektedir. Diğer bir deyişle, AB ve Türk Hukukunda benimsendiği şekliyle belirli bir ürünün pazarının tespitinde mevcut ikamelerinin tespit edilip, tespit edilen pazarı etkileyebilecek diğer unsurların göz önüne alınıp, ürünlerin coğrafi kapsamının da dikkate alınarak bir ürün pazarı tanımlamak, veriye dayalı dijital piyasalar açısından mantıklı görünmemektedir. Bunun arkasındaki ana nedenlerden biri, çevrimiçi ekosistemlerin (dijital ekosistemlerin) ortaya çıkmasıdır. Ekosistem kavramı iş hayatında nispeten yeni bir kavramdır. İş ekosistemleri, sadece iyi uyarlanmış stratejiler izleyen ve yenilikçi karakterini koruyan işletmelerin hayatta kalabileceği, sürekli bir değişim süreci içerisinde olan biyolojik

ekosistemlere benzer bir süreç izler. Dijital piyasaların çok yönlü karakteri beraberinde verinin etkin kullanımı sayesinde oluşan ağ dışsallıklarının yanı sıra, ekosistem yapısı, dijital ekonominin en önemli bileşenlerinden biridir. Ekosistem yapısını iyi anlamak ve sağlıklı bir rekabetin olup olmadığına dair bir değerlendirmeyi yapabilmek adına moligopoli konseptinin, Google ve Apple in sahip olduğu mobil ekosistemler üzerinden tekrar incelenmesi gereklidir. Google ve Apple in yaratmış olduğu veriye dayalı mobil ekosistemlerdeki durum, çevrimiçi ekosistemler arası ve ekosistem içi rekabettir. İmalat veya perakende gibi geleneksel pazarlardan farklı olarak, teknoloji devleri kendi oluşturdukları ekosistemler sebebiyle tekel benzeri güçlere sahiptirler. Ayrıca daha geniş olarak bağlantılı pazarlarda birlikte oligopoller oluşturmaktadırlar. Bu durum salt ürün rekabeti ve coğrafi rekabetin önüne geçmekte ve moligopolileri oluşturmaktadır. Ekosistemler içerisindeki bağımlılık stratejileri, bu tip veri odaklı pazarlara giriş engellerinin yaratılmasına neden olur. Bugün, Apple iOS ve Google Android, akıllı telefonlar aracılığıyla en yaygın mobil işletim sistemleridir ve moligopol konumdadırlar. Günümüzde çoğu uygulama geliştiricisi, Apple ve Google'ın işletim sistemleri için uygulamalar oluşturmakta ve rakipler pazardan silinmektedir. Bunun yanı sıra, Apple ve Google mobil ekosistemler sayesinde oluşturdukları pazar güçlerini rekabete aykırı kullanmaktadırlar. Bu çalışma, hem bu ilgili pazarlardaki çeşitli endişeleri ve potansiyel sorunları görmemize olanak sağlamakta, hem de mobil ekosistemlerin işleyişine ışık tutmaktadır. Bu çerçevede pazar tanımı ve hâkim durumun tespiti için tasarlanmış geleneksel araçlardan uzaklaşarak hem mobil ekosistemler hem de veriye dayalı diğer dijital piyasalar açısından AB'de sunulan platform hukuku çözümlerinin potansiyel etkileri incelenmektedir.

154. Platformlara Müdahalenin Yeni Yöntemi: Platform ve Ödeme Hizmetinin

Ayrıştırılması: Ekonominin gelişimi için dijital piyasalar, dijital piyasalar için de platform iş modeli kilit önemi haizdir. Nitekim bir tüketicinin günlük yaşamında dijital ortamda gerçekleştirdiği ekonomik etkileşimlerin çok büyük bir kısmı platformlar üzerinden gerçekleştirilmektedir. Dijital Piyasalar Yasa Tasarısı'nın yaptığı ayrımla; çevrimiçi aracılık hizmetleri, çevrimiçi arama motorları, çevrimiçi sosyal ağ hizmetleri, video paylaşım hizmetleri, numarasız iletişim hizmetleri, işletim sistemleri gibi iş modellerinin tamamı platform iş modeli üzerine kurgulanmıştır. Çevrimiçi aracılık hizmetleri de kendi içerisinde, Amazon, Hepsiburada ve Trendyol gibi çevrimiçi pazaryeri platformları; Apple App Store, Google Play Store gibi uygulama dağıtım platformları; YemekSepeti, GetirYemek gibi çevrimiçi yemek sipariş platformları ve Booking, Hotels gibi çevrimiçi konaklama rezervasyon platformları şeklinde ayrıştırılabilmektedir. Platform iş modeline müdahale ile bu müdahalenin hukuki zemini uzun zamandır tartışılmaktadır. Fakat özellikle 2021 yılının ikinci yarısından itibaren, müdahalede, platform ile ödeme hizmetinin ayrıştırılması yoluna gidildiği görülmektedir. Güney Kore, telekomünikasyon yasasında yaptığı değişiklikle, Apple App Store ve Google Play Store gibi uygulama dağıtım platformlarının kendi uygulama içi ödeme hizmetlerinin kullanılmasını zorunlu tutmasını yasaklamıştır. Benzer şekilde ABD'de Open Apps Markets Act yasa tasarısıyla, uygulama dağıtım platformlarına getirilen yasaklardan biri de belirli eşikleri aşan uygulama dağıtım platformlarının kendi ödeme hizmetlerini kullandırmaya zorlamasıdır. Benzer hüküm Komisyon'un DMA tasarısında da bulunmaktadır. Bu konuda düzenleyici müdahaleler dışında rekabet hukuku müdahaleleri de görülmeye başlanmıştır. Japon Rekabet Otoritesi, Apple'a karşı yürüttüğü soruşturmayı, Apple tarafından

Apple Pay dışında alternatif ödeme hizmeti araçlarını da kabul edeceği yönünde verilen taahhülle kapanmıştır. Benzer şekilde Hollanda Rekabet Otoritesi, Apple'a App Store'da uygulama içi satın almalarda alternatif ödeme araçları kullanma zorunluluğu getirilmiştir. Birleşik Krallık rekabet otoritesi CMA nezdinde ise konuya ilişkin soruşturma devam etmektedir. Tebliğ önerimiz kapsamında, farklı yargı yerlerinde platformun yarattığı platform listeme değer ile ödeme sistemi değerinin ayrıştırılmasına yönelik müdahaleler tartışma konusu haline getirilecektir. Bu kapsamda, doğrudan düzenlemenin gerekli olup olmadığı ve rekabet hukuku müdahalesinin yeterliliği ve etkinliği tartışılacaktır. Mevcut durumda uygulama dağıtım platformlarında görülen bu müdahale dalgasının, başta çevrimiçi pazaryeri sipariş platformları olmak üzere diğer platformları da etkileyip etkilemeyeceğine yönelik öngörülerimiz tartışmaya açılacaktır.

155. Taslak VBER'in (Vertical Block Exemption Regulation – Dikey Grup Muafiyeti Düzenlemesi) AB Rekabet Hukuku'nda Getirdikleri ve Türk Rekabet Hukuku Üzerindeki Olası Etkileri: 2018 yılının Ekim ayında başlatılan tarama sürecinin ardından, Taslak VBER, AB Komisyonu tarafından kamuoyu ile paylaşılmıştır. Taslak Kılavuz ile yapılan değişiklikler kapsamında:

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

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

156. Dijital Ortamlarda Seçici Dağıtım Sistemiyle Getirilebilecek Satış Kısıtlamalarına

İlişkin Tartışmalar: İçinde bulunduğumuz dijital çağda mal ve hizmet ticareti de dijital ortamlarda gerçekleştirilmektedir. Bu ortamı sağlayan en önemli araç da günümüzde dijital platformlardır. Bunun yanında güncel olan metaverse olarak adlandırılan dijital evrenin ticari hayatı da ne şekilde etkileyeceğinin şimdiden tartışılması gerekir. Bu tartışmaların başlangıcını Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) bazı kararları oluşturmaktadır. Bunların başında Metro I ve II, PierreFabre ve Coty Germany kararları gelmektedir. Bu kararların çerçevesinin belirlenmesi, dijital ticari hayatın paydaşları açısından hayati önem taşımaktadır. Özellikle sağlayıcı ve perakendeci olanlar ile dijital platform işleten teşebbüsler arasındaki hukuki ilişkilerin doğru bir biçimde açıklığa kavuşturulması ve bu alanda çalışan hukukçuların

da müvekkillerini rekabet hukuku boyutuyla isabetli olarak yönlendirmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu konuya ilişkin en güncel gelişme Türk Rekabet Kurulunun ... tarihli BSH Ev Aletleri ve Sanayi Ticaret AŞ.'ye ilişkin verdiği karardır. Bu kararla Türk Rekabet Kurulu dijital platformlara ilişkin seçici dağıtım sistemiyle getirilen kısıtlamaları kabul etmediğini ortaya koymuştur. Böylece Alman Rekabet Otoritesi'nin (Bundeskartellamt) ABAD'ın Coty Germany kararından sonrasındaki açıklamalarına paralel bir uygulama benimsemiştir. Rekabet Kurulunun BSH kararı, halihazırda Arçelik, BSH ve Samsung hakkında dijital platformlardaki satış yasaklarına ve diğer hususlara ilişkin yürütülen soruşturmanın geleceği hakkında da büyük önem taşımaktadır. ABAD'ın Coty Germany kararı ile lüks ürünlerin marka imajının korunması amacıyla, üçüncü taraf platformlarında satışa ilişkin bir yasa getirilebileceği tespiti yapılmıştır. Dolayısıyla bahsi geçen ve diğer ilgili kararları birlikte dikkate alındığında özellikle şu unsurların tartışılması zaruridir: (1) Ürünün "lüks" niteliği, (2) İnternet kısıtlamasının gerekliliği, (3) Bayiler arasında "ayrımıcı" davranılmaması, (4) Orantılılık ve (5) Rekabetin engellenmemesi. Güncel olarak, AB Komisyonu tarafından 09.07.2021 tarihinde Dikey Anlaşmalara ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Tüzük'e ve Dikey Kısıtlamalara İlişkin Kılavuz'a dair iki ayrı taslak metin yayımlanmıştır. Ancak bu taslaklarda konuya ilişkin değerlendirmeler yer almakla birlikte bu alandaki tartışmalardan ortaya çıkan sorunların çözüme kavuşturulduğunu söylemek henüz mümkün değildir. Bu çalışma kapsamında geçmiş, günümüz ve geleceğe ilişkin hukuki yönden bir inceleme çerçevesinde dijital ortamlardaki satış stratejileri ve özellikle seçici dağıtım sistemi ile birlikte aktif-pasif satışlar ile tükenme ilkesi dikkate alınacaktır. Böylece dijital çağın gerekleriyle uyum sağlayabilecek ve dijital ortamı kullanan tüm paydaşlara yol gösterebilecek nitelikte rekabet hukuku çerçevesinde bir değerlendirme yapılabilir. Konunun incelenmesinde yalnızca Türk hukukuyla sınırlı kalınmayarak başta Avrupa Birliği (AB), Almanya ve ABD de dahil olmak üzere güncel ve yararlı olacağına inandığımız diğer ülke uygulamaları da araştırılacaktır.

Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri 2023

157. Türk Rekabet Hukukunda 2022 Yılında Yaşanan Önemli Gelişmelerin

Değerlendirilmesi: Türk rekabet hukuku uygulaması, son dört senedir, belki de Pandemi ve yaşanan ekonomik sorunların da etkisiyle, yoğun ve üretken bir dönem geçirmektedir. Başta dijital piyasalar olmak üzere, pek çok endüstride çok sayıda soruşturma açılmakta ve rekor idari para cezaları verilmektedir. Uygulama sadece ihlal incelemeleri açısından değil, sektör raporları ve yasal düzenleme çalışmaları gibi Kurumun diğer faaliyetleri açısından da yoğunlaşmıştır. 2020 yılındaki Kanun değişikliğinin akabinde, hızlı bir şekilde ikincil mevzuat yürürlüğe girmiş, ayrıca birleşme ve devralma tebliğinde değişiklik yapılmıştır. Yine son dönemde Rekabet Kanunu'nda dijital piyasaları konu alan önemli bir değişiklik taslağı da gündemdedir. Ancak bu yoğunluk, pratikte tartışmalı diyebileceğimiz bazı kararlara ve uygulamalara da yol açabilmektedir. Perakende sektöründeki soruşturmalar, YSFT ihlalleri, artan sayıda uzlaşma ve taahhüt kararları ve idari yargıda iptal edilen kararlar buna örnek verilebilir. İşte bu seminer dersinde, 2022 yılı içerisinde Kurul (ve kısmen idari yargı) tarafından verilen kararların bir muhasebesi yapılacak ve önemli kararlar, objektif bir bakış açısı ile analiz edilecektir. Bu çerçevede ekonomik kriz gibi olağan dışı olguların, Kurul kararları üzerinde etkisinin olup olmadığı, kararların gelecek dönemler için ne anlama geleceği gibi hususlar değerlendirilecektir.

158. Reklam ve Rekabet Hukuku: Reklamlar, alıcılara ürünlerin kalitesi veya fiyatı gibi özellikleri hakkında bilgi vererek farklı ürünleri birbiriyle kıyaslama imkânı sunar. Alıcılar, bu kıyaslama sonucunda tercihlerini fiyat veya kaliteye ilişkin kriterler bakımından kendileri açısından en uygun olan üründen yana kullanır. Reklamlar, ayrıca marka imajı oluşturulmasına yardımcı olarak tüketicilerin teşebbüslerin kendisine veya ürünlerine olan güvenini ve bağlılığını arttırabilir. Bu bakımdan reklamlar, özellikle alıcıların ürünleri bizzat araştırma kabiliyetine veya motivasyonuna sahip olmadığı hallerde, teşebbüslerin ürünlerine olan talebi arttırmaları bakımından önemli bir işlev görür. Bu işlevi sebebiyle reklamların genel olarak rekabetçi sürecin vazgeçilmez bir parçası olduğu söylenebilir. Reklamlar, aktif rakipler arasındaki rekabeti artırmanın yanı sıra pazara yeni girişleri kolaylaştırabilir. Hâlihazırda güçlü yerleşik teşebbüslerin bulunduğu piyasalarda, yeni giriş yapacak teşebbüslerin söz konusu yerleşik teşebbüslerin müşterilerini çekerek pazar payı elde etmeleri, müşteriler nezdinde kendi ürünlerinin tanınırlığını ve güvenilirliğini güçlendirmelerine bağlıdır. Reklamlar, bu olanağı sağlamaları nedeniyle pazara giriş engellerini kaldırıcı nitelikte sayılabilir. Diğer taraftan reklamların, en azından teoride rekabet üzerinde bazı olumsuz etkilerde bulunması söz konusu olabilir. Teşebbüslerin reklamlar yoluyla ürünlerinin fiyatını açıklamaları, rakipler arasında koordinasyon kurulmasını veya halihazırda kurulmuş bir koordinasyonun koşullarına teşebbüslerce uyulup uyulmadığının takip edilmesini kolaylaştırabilir. Bunun ötesinde müşteri ilgisini ve güvenini kazanabilmek için yoğun reklam yapılması gerekliliği, ilgili piyasaya giriş maliyetlerini arttırabilir. Bu bakımdan batık maliyet niteliğindeki reklamlar, özellikle küçük teşebbüsler için önemli bir giriş veya rekabet engeli oluşturabilir. Reklamların rekabetçi bir sürecin gereği olması karşısında reklamların söz konusu olası olumsuz etkileri, yakın zamana kadar bir rekabet endişesi olarak gündeme gelmemiştir. Ancak yakın zamanda Türk hukukunda dijital piyasalar özelinde reklam uygulamalarını konu alan iki gelişme meydana gelmiştir:

- Rekabet Kurulu, 2021 tarihli Google Android kararında, Google tarafından genel arama sonuçları sayfasının önemli bir bölümünün metin reklamlarına ayrılmasının, organik arama sonuçlarının görünürlüğünü azalttığını, bunun da teşebbüsleri metin reklamcılığına yönlterek reklam maliyetlerini arttırdığını, bu maliyetin küçük bütçeli teşebbüsler açısından giriş engeli yarattığını belirterek Google'un hâkim durumunu kötüye kullandığı sonucuna varmıştır.

- 7 Temmuz 2022'de Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'unda değişiklik yapan 7416 sayılı Kanun ile belirli işlem hacmi eşiklerini aşan online işlem platformlarının reklam harcamalarına sınır getirilmiştir. Bu sınırlama, 7416 sayılı Kanun'da öngörülen diğer birçok yükümlülük ve sınırlama ile birlikte online platformların pazar güçlerini törpüleme amacına yönelmektedir. Bu tebliğde, genel olarak reklamların ekonomik etkileri incelenerek Google Adwords kararı ve 7416 sayılı Kanun ile getirilen reklam harcaması sınırlamasının yerindeliği tartışılacaktır.

159. Türk Rekabet Hukuku ve Sorumluluk Hukuku Temelinde, Hâkim Durumun Kötü Kullanılması Sebebiyle Oluşan Fiili Zararlar ve Kâr Mahrumiyetinin Giderimi Davalarında Tazminatın Hesabı; Yakın Tarihli Davalardan Kurgulanmış Örnekler: Çalışmaya konu kararların tamamına yakını, hâkim 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 işleyen avans faiziyle birlikte oluşan tazminatın; “ne bis in idem” ilkesine aykırılık teşkil edip etmeyeceği tartışmaya açılacaktır. 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.

- 160. Rekabet Hukukunda Tazminat Talepleri ile Pişmanlık Arasındaki İlişki: ABD ve AB Hukukunun Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi ve Türk Hukuku Bakımından Çıkarımlar:** 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. 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 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 konuyla 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. 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.

161. Rekabet Hukukunda Usul ve Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Gündemdeki

Meseleler: 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. 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. 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. 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. 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. 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.

162. Yerinde İncelemelerde Delillerin Karartılmasına Yönelik Eylemler Bakımından

İspat Standardı: Rekabet Kurulu kararlarında, yerinde incelemelerde teşebbüse ait verilerin silinmesinin delillerin karartılmasına yönelik eylemler kapsamında, incelemede görevli meslek personelinin olası delillere erişimini zorlaştırdığı kabulünden hareketle yaptırıma bağlandığı ve silinen içeriğin adli bilişim aracılığıyla geri getirilmesinin eylemin delil karartmaya yönelik eylem oluşunu değiştirmede belirtmektedir. Kurul'un yerinde inceleme esnasında delillerin karartılmasına yönelik eylemler kapsamında aldığı LDR Turizm, LG&SVS, Pasifik, UNMAŞ, N11, Savola, P&G, Çiçek Sepeti, ETİ; İGSAŞ, Medicana kararlarından, yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılmasına ilişkin yaptırımlarda silinen verilerin geri getirilip getirilmediğine yahut içeriğinin bir rekabet ihlaline işaret eder nitelikte olup olmadığına yönelik hususların sonucu etkileyen unsurlar olarak dikkate alınmadığı anlaşılmaktadır. Diğer taraftan, Kurul'un HEPSİBURADA-I kararında, 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 kaldırmayacağı, (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. Kurul'un yaklaşık 3 ay sonra alınan HEPSİBURADA-II kararında 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 yahut bu verilere ulaşıp ulaşılmadığına yönelik hususların sonucu etkilemediği hususu vurgulanmıştır. 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 itibarıyla Kurul'un yukarıdaki yaklaşımına paralel yönde içtihat geliştirmiştir. Bununla birlikte, Ankara 2. İdare Mahkemesi'nin 15 Nisan 2022 tarihinde Kurul'un Sahibinden kararına yönelik tesis ettiği kararı, 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 vermiştir. Görüldüğü üzere, Mahkeme kararındaki gerekçeler HEPSİBURADA-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.

163. Rakibin Kötülenmesi: Yeni Bir Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Tipi mi Doğuyor? 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. Bununla birlikte, özellikle Fransız Rekabet Otoritesi'nin başını çektiği çeşitli ulusal rekabet otoritelerinin kararları ile "rakipleri kötüleme" davranışının yeni bir tür hâkim durumun kötüye kullanması hali olarak son yıllarda rekabet hukukunda yer edinmeye başladığı gözlenmektedir. 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. Her ne kadar hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından rakip ürünlerin kötülenmesi yoluyla bir hâkim durumun kötüye kullanılması durumunun ortaya çıkabileceği çeşitli rekabet otoritelerinin ortak duruşu olsa da bu tür bir kötüye kullanma için hangi şartların aranması gerektiği konusunda bir fikir birliği bulunmamaktadır. Nitekim, Fransız rekabet otoritesi hâkim durumdaki şirketin pazar gücü ile kötüleme davranışının etkinliği arasında bir bağlantı ararken Danimarka rekabet otoritesinin genel olarak davranışın dışlayıcı sonuçları üzerine odaklandığı görülmektedir. Şu ana kadarki Türk Rekabet Kurulu uygulamasına bakıldığında ise, kötülemenin Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesi uyarınca hâkim durumun kötüye kullanılması yasağı kapsamında değerlendirilmediği görülmektedir. Bununla birlikte özellikle yukarıda değinilen yakın zamanlı soruşturma sonucunda

Komisyon'un aldığı pozisyona bağlı olarak, bu trendin Türkiye'ye de ulaşması şaşırtıcı olmayacaktır. 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.

164. Çevrimiçi Reklamcılıkta Rekabet Hukuku: Negatif Eşleşmenin Engellenmesine

İlişkin Anlaşmalardan Kaynaklanan Rekabet Hukuku Sorunlarının Analizi: 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. 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. 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. 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. Bu tür reklam kısıtlama anlaşmalarının rekabet üzerindeki etkileri ise seçilen kelimelere ve yapılan anlaşmanın niteliğine göre değişkenlik gösterecektir. Rekabet Kurulu'nun Modanisa/Sefamerve kararında 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.

165. Avrupa Birliği ("AB") Taslak Yatay İş Birliği Anlaşmalarına İlişkin Rehber'in AB Rekabet Hukukunda Getirdikleri ve Türk Rekabet Hukuku Üzerindeki Olası Etkileri:

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. Yatay Kılavuz; grup muafiyeti tüzüklerinin ne şekilde yorumlanması ve uygulanması gerektiği hususunda yol gösterici olduğu gibi, rakipler arasında akdedilen yatay iş birliği 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. "Herhangi bir grup muafiyeti düzenlemesinin kapsamına girmeyen ya da bir grup muafiyeti düzenlemesinin kapsamına girmekle birlikte, şartları sağlamadığı için, istifade edemeyen bir yatay iş birliği 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. Belirlilik sağlanması için önemlidir. Zira rakip teşebbüslerin ortak ticari emellerine hizmet etmesi için yürürlüğe koydukları bir iş birliği, 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 iş birliği 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,
- Yatay iş birliği 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.

Özetle; Rakipler arası yatay iş birliği 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. 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. Sunumda; Rakip teşebbüsler arasındaki tüm iş birliklerini ilgilendiren bu değişiklikler ve Türk Rekabet Hukuku üzerinde görülebilecek olası etkileri ele alınacaktır.

166. Rekabet Kanunu’nun 4. Maddesi Çerçevesinde “Anlaşmaya Davet”: Amerika Birleşik Devletleri’nde Federal Ticaret Komisyonu Kanunu’nun (“FTC Kanunu”) 5. Bölümü uyarınca anlaşmaya davet, haksız rekabet yöntemleri (unfair methods of competition) kapsamında yasaklanmaktadır. Anlaşmaya davet (invitation to collude), 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 (unilateral information disclosure) da anlaşmaya davet ile benzer etki yaratabilecektir. Federal Ticaret Komisyonu’nun Valassis kararına 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. Avrupa Komisyonu uygulamasında ise tek taraflı anlaşmaya davetler yasak olmayıp, Avrupa Birliği’nin 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 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. Yunanistan rekabet kanununda yapılan son değişiklikle FTC Kanunu’na paralel bir düzenleme getirilmiştir. Kanun değişikliği ile hem anlaşmaya davet hem de geleceğe yönelik fiyatlama 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

tarafı olarak diğer teşebbüslerin boykot uygulamasını talep etmesini veya yasak bir davranışta bulunmaya teşvik etmesini ve Avusturya rekabet yasasında kartel önerilerini yasaklayan düzenlemeler mevcuttur. Diğer yandan, Avrupa Komisyonu'nun bazı kararlarında da özellikle kamuya duyurulan fiyatlar kapsamında anlaşmaya davet konsepti incelenmiştir. 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. 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 bildiriye, 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.

- 167. Recommended Prices Communicated Electronically to Retailers Qualifying as Concerted Practices Under Swiss Competition Law:** The Federal Supreme Court of Switzerland [FSC] recently ruled on the assessment, by competition law, of recommended prices when the recommendation is made through a platform. Confirming both the decision of the Swiss Competition Commission [ComCo] and the ruling of the Federal Administrative Court of Switzerland [FAC], the FSC stated that such recommended prices may qualify as a concerted practice prohibited by Article 5 of the Swiss Cartel Act because they constitute an unlawful agreement affecting competition. The case concerned the pharmaceutical company Pfizer, which issued nonbinding "recommended prices" for Viagra that were automatically transmitted to retailers (both physicians and pharmacies) via an electronic database system; the prices appeared to the retailers when the bar code of the product was scanned without them having to do any additional action. After recalling the general principles that apply to concerted practices (coordination, success of the coordination, causal link between the coordination and its success) and to price recommendations, the main part of the presentation will focus on the assessment of the Judgment of the FSC BGE 147 II 72 of 4 February 2021. For the FSC, a concerted practice is deemed to exist when at least 50 per cent of the retailers comply with the recommended price. On the other hand, a retailer is deemed to comply with the recommended price when at least 50 per cent of the products are sold with no discount. The case applied the Anic presumption according to which, as soon as the existence of coordination is proved, a rebuttable presumption applies that an undertaking takes into account the exchanged information when it determines its market conduct (conditions 2 and 3 of the concerted practice). Judgment BGE 147 II 72 is of particular interest, because such a situation has never been encountered by European Competition Authorities and that the Swiss Competition Authorities therefore played a pioneering role in the field. The situation is now part of the new Swiss Vertical Guidelines, while the new European Vertical Guidelines do not mention this hypothesis. One may consider whether the Anic presumption should be extended to the link between the coordination and the market behavior in cases where the

information necessary for writing the future market strategy of the market participants is communicated through a platform. Thus, in this case, no analysis of the success of the coordination or of the equal behavior would be necessary. The presentation will also be a chance to discuss some compliance measures that may be applied by undertakings in order to avoid that their recommended prices qualify as illegal concerted practices.

168. Rekabet Hukuku ve Politikası Tasarımında “Ekonomik Olmayan Amaç” Tartışmaları: Toplumsal Cinsiyet Eşitliğinin Sağlanması Örneği Üzerinden bir İnceleme: Son yıllarda ekonomi politikaları belirlenirken ve yasal düzenlemeler tasarlanırken salt ekonomik unsurların değil; ekonomik olmayan örneğin iklim krizi, toplum sağlığı, sürdürülebilirlik ve benzeri sosyal sorunlarla ilgili endişelerin de dikkate alınması gerektiği önemli oranda kabul görmeye başladı. Benzer şekilde toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması amacı sadece sosyal alanlara değil ekonomik alanlara ilişkin politikaların belirlenmesi ve regülasyon yapılması aşamalarında da önemli bir parametre olarak öne çıkmaya başladı. Bu tartışmalar doğal olarak rekabet politikasına ilişkin tartışmalara da yansıdı. Nitekim rekabet politikası tasarlanırken diğer ekonomik olmayan unsurların yanında toplumsal cinsiyet eşitliğine ilişkin endişelerin de dikkate alınması gerektiği, pek çok uluslararası platformda dile getirildi. Geleneksel bakış açısında rekabet politikaları belirlenirken öncelikle ekonomik etkinlik ve tüketici faydası esas alınmaktadır. Ancak esasında toplumdaki ekonomik gelişme her zaman aynı oranda sosyal gelişme getirmemekte, toplumdaki her kesime eşit biçimde dağılmamaktadır. Nitekim, Türkiye’de de uluslararası iktisadi ölçeklere göre tespit edilen ekonomik gelişmelerin toplumsal cinsiyet alanındaki sorunların çözümüne yeterince katkı sağlamadığı görülmektedir. Kanaatimizce tam da bu nedenle daha sürecin en başında, henüz ekonomi politikaları belirlenirken ve elbette bu politikalar uygulanırken, toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlamanın da önemli amaçlardan biri olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Toplumsal cinsiyet eşitliğinin rekabet hukuku ve politikasına muhtemelen yansımalarını şöyle somutlaştırabiliriz: Örneğin rekabet hukukunda ilgili ürün pazarının belirlenmesi tüketici tercihleri temelinde yapılmaktadır. Oysa bazı ürünlerin belirlenmesinde sürdürülebilirlik, çalışan hakları ve toplumsal cinsiyet temelli hususlar gibi ekonomik olmayan unsurların dikkate alınması rekabet politikasının bu sorunların çözümüne doğrudan katkı yapmasını sağlayabilir. Yine bu hususların dikkate alınması rekabet hukuku açısından yoğunlaşmaların denetlenmesinde ve muafiyet rejimlerinin uygulanmasında farklı sonuçların çıkmasına dahi sebebiyet verebilir. Yatay anlaşmalar bakımından rekabet hukuku uygulanırken örneğin işgücü piyasalarında cinsiyet temelli ayrımcılık yapılması gibi birçok davranış ekonomik olmayan unsurlardan biri olarak analize dahil edilebilir. Ya da dikey anlaşmaların uygulanmasında, örneğin yeniden satış fiyatının belirlenmesinde haklı bir gerekçe olarak davranışın toplumsal cinsiyet temelli politikalara etkisi tartışılabilir. Hâkim durumdaki teşebbüslerin bazı davranışlarının sürdürülebilirlik ve toplumsal cinsiyet eşitliğine katkısı bu davranışların ihlal olup olmadığına ilişkin değerlendirmede bir kriter olarak ele alınabilir. Ya da tam aksi yönde hâkim durumdaki teşebbüsün toplumsal cinsiyet eşitliğini zedeleyici davranışlarının sömürücü davranış olarak değerlendirilmesi tartışılabilir. Yukarıda belirtilen tartışmalar çerçevesinde bu seminerde ‘ekonomik olmayan unsurları ve toplumsal cinsiyet eşitliği temelli tartışmaları dikkate alan yeni bir rekabet hukuku ve politikası mümkün mü’, ‘şayet mümkünse bunu sağlamak adına

hangi adımlar atılabilir' sorularının yanıtı aranacak, bu tartışmalar kapsayıcı bir perspektif ile ele alınacaktır.

169. Dağıtım Kanalı Uygulamalarında “Şahin” Dönem: Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi ve Çevrimiçi Satış Kısıtlamalarına İlişkin Rekabet Kurulu Yaklaşımının Türkiye Pazar Koşulları Ekseninde Analizi: 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 (per se) 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. 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. 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 per se 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. Sonuç olarak, Rekabet Kurulu'nun son dönemde sağlayıcıların dağıtım modellerine dair daha “şahin” olarak nitelendirilebilecek yaklaşımının; 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 hususları ekseninde değerlendirilmesi önem arz etmektedir.

170. Son Yıllarda Artan Bir Ceza Gerekçesi: Alıcılara Getirilen Bölge veya Müşteri

Kısıtlamaları: 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde yapılan düzenleme ile, sağlayıcıların, alıcılar üzerine mal veya hizmetleri satacağı bölge veya müşterilere ilişkin kısıtlamalar getirmesi kural olarak yasaklanmış; buna karşılık, alıcının, sağlayıcı tarafından kendisine veya bir başka alıcıya tahsis edilmiş münhasır bir bölgeye ya da münhasır müşteri grubuna yapacağı aktif satışların kısıtlanmasına imkan verilmiştir. Rekabet Kurumunun ilk yıllarında alıcılara getirilen bölge veya müşteri kısıtlamaları nedeniyle her yıl ortalama bir kez idari para cezası verildiği görülmektedir. Bunun ilk örneği İGTOD iken, bu cezaların en yaygın uygulaması çeşitli Çimento kararları ile olmuştur. Buna karşılık 2007'den 2020'ye kadar yani yaklaşık 13 sene boyunca bu ihlal tipi nedeniyle hemen hiç ceza verilmemiş; bunun istisnası hâkim durumun da söz konusu olduğu Trakya Cam ve idari yargının iptal kararı üzerine verilen 3M kararları olmuştur. Başka bir ifadeyle, Kurul 2002/2 sayılı Tebliğ ile muafiyet tanınanların ötesine geçecek şekilde alıcılara bölge veya müşterilere ilişkin kısıt getirilmesine, muafiyet verilmemesi, sözleşmenin değiştirilmesi, uygulamanın sona erdirilmesi gibi yöntemlerle müdahale etmiş ama bu müdahaleler idari para cezası uygulanması noktasına varmamıştır. Ancak 2020 yılından sonra Kurul'un daha aktif ve katı yaklaşımlarına paralel olarak bu alanda da bir değişim gözlenmektedir. Baymak, Groupe SEB, DYO, Skechers-Asics, Schafer gibi şirketlere alıcıların yeniden satış fiyatının belirlendiği iddiasının yanı sıra başta internet satışlarının engellenmesi olmak üzere bölge veya müşterilere ilişkin kısıtlamalar getirdikleri gerekçesiyle de ceza uygulanmıştır. Keza 2022'de hâkim durumda olduğu tespit edilen Digitürk'e idari para cezası uygulanmasının yegâne sebebi, yeniden satıcılarının kendilerine münhasıran tahsis edilen bölgeler dışında aktif ve pasif satış yapmalarını yasaklaması olmuştur. Kurumun bu konuya yönelik olarak devam eden birden fazla soruşturması olduğu da bilinmektedir. Sunumda, Kurum uygulamasındaki bu değişim, dünyadaki gelişmeler ışığında ele alınacak; keza alıcıların internetten satışlarına getirilebilecek kısıtlamalara ilişkin güncel gelişmeler de aktarılacaktır.

171. AB Pazar Tanımı Bildirimi Taslağı ve Dijital Pazarlardaki Gelişmeler Işığında İlgili

Ürün Pazarının Tanımlanması: 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, hâkim 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 ağırlıklı 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. Önerilen Taslak ile pazar tanımının, yeni gelişen ve yüksek inovasyonun hâkim 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. 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: 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 testi gerçekten de doğru alternatif mi? Günümüze kadar otoriteler SSNDQ testini uyguladığı kararlarında 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? İkame analizi açısından yeni Taslak neler öneriyor? Yukarıda belirtilen kavram ve sorular doğrultusunda, sunumun konuya ilişkin Kurul ve mukayeseli hukuk karar örnekleri ile de desteklenerek inceleme kapsamının geniş tutulması planlanmaktadır.

172. AB Rekabet Hukukunda Bir Hukuka Uygunluk Ölçütü Olarak “Competition on the Merits” Kavramı: Genel Mahkemenin Google Shopping Kararı Kapsamında Bir Değerlendirme: Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşmanın (TFEU) 102. maddesi anlamında 'hâkim durumun kötüye kullanılması', Avrupa Birliği mahkemeleri tarafından tutarlı bir şekilde 'hâkim durumdaki bir teşebbüsün, meşru rekabet yöntemlerinden farklı yöntemlere başvurarak piyasada mevcut olan rekabetin sürdürülmesini veya büyümesini engellemesini ifade eden nesnel bir kavram olarak tanımlanmıştır. Bu kavramsallaştırmadan çıkan ve hangi davranışların 'kötüye kullanma' sayılacağını, dolayısıyla 'hukuka aykırı' kabul edileceğini belirleyen üç temel unsur vardır. Bunlar (i) hukuka aykırı davranan teşebbüsün (bu, hâkim durumdaki bir teşebbüs olmalıdır) piyasadaki rekabetin daha fazla azalmasını önleme konusundaki özel sorumluluğu; (ii) 'meşru rekabet' veya İngilizce ifadesiyle 'competition on the merits' sayılan yöntem veya uygulamalardan sapma ve (iii) bu sapmadan kaynaklanan ve piyasadaki rekabeti sınırlayan etkilerdir. Her üç unsur da izaha muhtaçtır. Özellikle de hâkim durumdaki teşebbüslerin hangi davranışlarının hukuka aykırı hangilerinin uygun olacağını önceden bilmeye imkân verecek açık bir tanımdan yoksun olan 'competition on the merits' kavramı. Nitekim, söz konusu ifadenin 'meşru olan ve bu nedenle kötüye kullanma niteliğinde olmayan davranışları ifade eden genel bir kavram mı' yoksa bir davranış hâkim durumun kötüye kullanılması olarak sınıflandırmak için ayrıca ortaya konulması gereken 'ilave bir hukuka aykırılık unsuru' mu olduğu dahi tartışmalıdır. Söz konusu kavramsal belirsizlikler Avrupa Adalet Divanı'nın ('ABAD') çeşitli kararlarına konu olmuş ve

belirsizliklerin giderilmesi adına önemli bir aşama kaydedilmiştir. Nitekim Michelin I, TeliaSonera, Post Danmark I, II ve Intel gibi yakın tarihli içtihatlarında ABAD, per se yasakları reddeden ve hangi davranışların 'competition on the merits' sayılacağını fiyat, kalite ve inovasyon gibi parametrelerle ölçen 'performansa dayalı' bir yaklaşımı benimsemiştir. Bu nedenle, mevcut içtihatlar kapsamında 'competition on the merits' kavramına atfedilen anlamın, davranışın kendisinden ziyade arkasındaki ekonomik gerekçeye ve bunun piyasa üzerindeki etkisine odaklandığını söylemek mümkündür. Bununla birlikte, bu anlaşılır formülasyon bile, kavramın etrafındaki belirsizliklerin tamamen bertaraf edilmesine yetmemektedir. Nitekim bazı yazarların öne sürdüğü gibi, 'fiyat, kalite ve işlevsellik' gibi performansa dayalı parametreler de her durumda kötüye kullanma sayılacak ve sayılmayacak davranışları ayırt etmek için yeterli olmayabilmektedir. Örneğin, tüm yıkıcı fiyatlandırma ve sadakat indirimleri, 'fiyat rekabeti' niteliğinde olmalarına rağmen bazı durumlarda kötüye kullanma teşkil edebilmektedir. Söz konusu belirsizlikler nedeniyle 102. maddenin uygulanması hala AB rekabet yasalarının uygulanmasına ilişkin en zor ihtilaflardan bazılarının temel kaynağıdır. Üstelik bu ihtilaflar, son zamanlarda Komisyon'un 102. maddeyi ağır regülasyonlara tabi pazarlardaki ve oldukça dinamik dijital pazarlardaki yeni davranış türlerine katı biçimde uygulamasıyla daha da alevlenmiştir. Genel Mahkemenin Google Shopping kararı da söz konusu katı uygulamanın önemli örneklerinden biridir. Google Shopping kararını bu anlamda öne çıkaran husus, hâkim durumdaki bir teşebbüsün kendini öncelemesini yasaklayan açık bir yasal hükmün ve söz konusu davranışın hangi durumlarda 'meşru rekabet' sınırlarına girdiğini ortaya koyan net bir hukuki testin mevcut olmamasıdır. Bu nedenle, Genel Mahkeme ve Komisyonun bu kararı, dijital piyasalarda hangi davranışların potansiyel olarak 'competition on the merits' sayılacağını, hangilerinin hukuka aykırı kabul edileceğini tartışmak için önemli bir fırsat sunmaktadır. Bu çalışmanın ana iddiası, Genel Mahkemenin Google'ın anılan Shopping kararına konu davranışını kötüye kullanma olarak kabul ederken dayandığı gerekçelerin, ABAD'ın yakın zamanlı içtihatlarıyla benimsediği performansa dayalı yaklaşımdan ayrıldığıdır. Bu iddiayı desteklemek üzere bu çalışma, Genel Mahkeme'nin kararda Google'ın davranışının 'competition on the merits' sayılmayacağına gerekçe olarak dayandığı bir dizi iddiayı ele almaktadır. Bunlar (i) mahkemenin hakim durumdaki dikey olarak bütünleşik teşebbüslerin rakiplerine ve kendi bağlı iştiraklerine eşit muamele etmekle yükümlü olduğu ve bu yükümlülüğün söz konusu teşebbüslerin özel sorumluluklarının bir bileşeni olduğu iddiası; (ii) mahkemenin, "Google'ın arama motorunun genel kabul gören işlevini" göz önüne alarak Google'ın kendini kayırma davranışını "anormal" olarak nitelendirmesi ve (iii) Google'ın iş modelinde yaptığı değişiklikleri ihlal tespitine gerekçe olarak göstermesidir. Bu çalışma nihai olarak, AB rekabet hukukunda 'competition on the merits' kavramının semantik, maddi ve normatif çerçevesini ortaya koymayı ve Genel Mahkemenin Google Shopping kararının 102. maddenin ABAD içtihatlarıyla çizilen çerçevesinin ötesine geçtiğini ve aslında Komisyon ve mahkemenin takdir yetkisini yücelten bir yaklaşımı yansıttığını göstermeyi amaçlamaktadır.

173. Yeni E-Ticaret Kanunundaki Neo-Brandezyen İzler: Var olan e-ticaret kanununda 2022 yılında yapılan değişikliklerle ortaya çıkan yeni e-ticaret kanunu ("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

İlgili çevrelerde tartışılan ve üzerinde fikir birliğinin olduğu konular. Ancak, Kanun'un e-ticaret araçlarına ve e-ticaret satıcılarına getirdiği bazı yükümlülükler gerek taslak aşamasında gerekse Kanun'un yasallaşması sonrasında çok tartışıldı ve tartışılmaya da devam edecek gibi görünüyor. E-ticaret araçlarına getirilen yükümlülükler içerisinde en önemli, 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. 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 de gerekçesinde belirtilen "tekelleşmenin önüne geçilerek pazara yeni aktörlerin girişinin kolaylaştırılması ve pazarın dengeli ve sağlıklı büyümesinin sağlanması amacıyla, ölçekler de dikkate alınarak" 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 (Neo-Brandeisian) hareketten izler taşıdığını söyleyebiliriz. Neo-Brandezyen hareket, ABD'deki rekabet politikasında köklü bir değişikliğe ihtiyaç olduğunu savunan Timothy Wu ve Lina Khan 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 iktisadi argümanlarının ötesine geçmesini savunuyor. Büyük teknoloji firmalarına karşı mevcut rekabet yasalarının yeterli olmadığını, bu yasaların ötesinde özel birtakım kuralların ve düzenlemelerin gerekliliğine işaret ediyor. 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.

174. E-ticaret Kanunu ve Rekabet Kanunu Değişiklik Taslağı: Mükerrer Yargılama ve Yaptırım Riskine Dair Değerlendirmeler: Dijital piyasaların iktisadi yapısının geleneksel piyasalardan ayrışması nedeniyle rekabet hukuku müdahalesinin etkinsizliğine yönelik tartışma, dünyanın birçok yargı yerinde dijital piyasaların düzenlenmesi dalgasını tetiklemiştir. 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 ilk olarak kapsamı sınırlı olsa da 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında

Kanun (“Eticaret Kanunu”) ile düzenlenmiştir. Akabinde ise 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da değişiklik yapılmasına dair düzenleme taslağı (“Taslak”), 14 Ekim 2022 tarihinde görüşlerini almak amacıyla muhtelif paydaşlarla paylaşılmıştır. E-ticaret Kanunu ile Taslak incelendiğinde, en azından üç temel örtüşme alanının bulunduğu görülmektedir. Bunlardan ilki, ticari kullanıcıdan elde edilen verinin ticari kullanıcılarla rekabet ederken kullanılmasıdır. İkincisi ise veri taşımanın engellenmesi hususudur. Hatta Rekabet Kurumunun bu konuda bir tamamlanan bir de devam eden soruşturması bulunmaktadır. Üçüncüsü 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 hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilecek olması, bu kapsamda ilave bir potansiyel örtüşme riski barındırmaktadır. 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 ne bis in idem ilkesi ışığında incelenecektir. Bu kapsamda her iki düzenlemenin gerekçesinde yer alan benzer tespitler de değerlendirilecektir. Taslak’ta öncül yasaklardan hemen sonra yer verilen ve ne bis in idem ilkesini ihlal etmemek adına alındığı anlaşılan hükmün amaca uygun olup olmadığı tartışma konusu haline getirilecektir. Ayrıca, iki farklı kurum tarafından aynı konuya ilişkin iki farklı soruşturma yürütülebilmesi de yine ne bis in idem ilkesi ışığında değerlendirilecektir.

175. The Promises and Perils of EU’s Regulation of the Digital Economy - The Digital Markets Act as Viable Solution for Attaining Contestable and Fair Digital Markets? With its ‘Europe fit for the digital age’ strategy, the European Commission aims at regulating the digital economy and shaping the principles of digitization for the coming years.[1] A core piece of this strategy is the recently adopted Digital Markets Act (DMA)[2] which has received a great deal of applause for being the first sector-specific regulatory instrument worldwide to combat the increasing concentration of economic power within a handful of undertakings. Heavily influenced by scholarly work in the field of competition policy and established practices of specific enforcement authorities, the DMA establishes a novel regulatory concept. This not only relates to specific obligations that are designed against the backdrop of newly established theories of harm, new market design approaches and specific harmful conduct of undertakings it also relates to questions regarding the legislative competences of the Commission within its delegated law-making competences and the remaining parallel competences of Member States’ legislatures, administrative bodies and courts. Although already put into law, the entire regulatory framework is still in need of fine tuning and continues to be a process of selfdiscovery. Even though the DMA is specifically designed for gatekeeper undertakings offering core platform services, it intersects with multiple regulatory frameworks and enforcement mechanisms on both the EU and Member States’ level. The talk will shed some light on the regulatory design of the DMA. This includes an overview of (1) the DMA’s concepts of contestability and fairness (that are further reflected in the specific

obligations and legislative updating competences of the Commission); (2) its institutional design; (3) the intersection with already existing overlapping laws; (4) and its enforcement level. It will outline already existing regulatory shortcomings and suggests remedies for tackling those. This will provide a fundament for the discussion on how the DMA can serve as a blueprint for jurisdictions like Turkey to attain fair and contestable markets for digital core platform services.

176. Dijital Pazarlarda Eşik Bekçilerinin Son Büyük Yükümlülüğü: Birlikte İşlerlik:

Avrupa Komisyonu, Avrupa dijital pazarında süregelen rekabet tartışmalarından elde ettiği tecrübelerden yararlanarak dijital pazarlarda ortaya çıkan sorunları çözmeyi hedef aldığı sektör odaklı ex ante 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. Birlikte işlerlik (interoperability), 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. 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. 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 ayrıntılarıyla 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.

177. Rekabet Kurulu Kararları Işığında Topla-Dağıt (Hub-and-Spoke) Kartelleri:

Aynı sağlayıcı ile dikey ilişki içinde olan rakip dağıtıcıların bir sağlayıcı üzerinden gerçekleştirdikleri, dolaylı ve birbirinden bağımsız temaslar yoluyla kurdukları, atipik veya merkez-uç olarak da tanımlanan topla-dağıt karteller, literatürde bir üçlü kartel türü olarak değerlendirilmektedir. Rakipler arasındaki doğrudan bilgi paylaşımından farklı olarak, dolaylı bir bilgi paylaşımı niteliği taşıyan topladağıt kartelinde, rakipler arasında bilgi paylaşımını sağlayan üçüncü bir taraf bulunmaktadır. En az üçlü bir yapı gösteren bu kartellerde, aynı sağlayıcı ya da dağıtıcı ile dikey ilişki içinde olan rakip teşebbüsler, dikey ilişki içerisinde buldukları teşebbüs üzerinden gerçekleştirdikleri ve birbirinden bağımsız temaslar yoluyla

merkez-uç olarak da nitelendirilen yapı içerisinde dolaylı bilgi değişiminde bulunmaktadır. Özellikle son dönemde Kurulun hızlı tüketim malları sektöründe faaliyet gösteren üretici/tedarikçi ve perakendeci teşebbüslere ilişkin ihlal iddiaları ile gündeme gelen topladağıt kartelleri, Türk Rekabet Hukuku'nda son dönemde en çok tartışılan kartel türü haline gelmiştir

178. Veri Taşınabilirliği- Dünya Pratiğine Karşılaştırmalı Bir Bakış: 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. 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 sui generis hak korumasından bahsederken fikri mülkiyet hukuku ile rekabet hukuku arasındaki ilişkiyi genel hatlarıyla açıklayacağız. Akabinde, verinin rekabet hukuku bakımından önemini altını çizerek 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. Sunumumuzun ilerleyen bölümünde, dijital pazarda rekabetin gelişmesi için veri taşınabilirliğine yönelik atılan 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. 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, Kurulun veri taşınabilirliğine ilişkin yükümlülük tesis ettiği, kapsamlı değerlendirmeler barındıran Nadirkitap 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.

179. Elektrikli Araçlar Şarj Altyapısı ve Rekabet Sorunları: İklim değişikliğiyle mücadele tüm ülkelerin ajandalarında yerini almıştır. BM nezdinde ülkeler emisyonlarını azaltmaya yönelik hedefler belirlemektedirler. Dünya genelinde karbon emisyonlarının artmasının önemli sebeplerinden biri de ulaşımda fosil yakıtların kullanılmasıdır. İklim değişikliğine



karşı hedeflerin ülkeler bakımından bağlayıcı olduğu bu ortamda, düşük emisyon hedeflerine ulaşmada elektrikli araçlara (EV) geçiş önemli bir politika aracı olarak görülmektedir. Hedeflere ulaşmanın sosyal ve çevresel etkileri düşünüldüğünde, elektrikli araçlar ekosisteminin piyasa tarafından kendi kendine mi inşa edileceği, yoksa kamu politikalarının desteğinden mi yararlanılacağı hususu önemli soru işaretlerinden biridir. Elektrikli araçların içten yanmalı motorlu araçlara (ICE) nazaran tercih edilmesini sağlayacak teşvikler ve şarj altyapısının varlığı, talep esnekliğini yönetmek bakımından önemli görülmektedir. Şarj altyapısının geliştirilmesi sırasında hem rekabet enstrümanlarından hem de regülasyondan yararlanılması mümkündür. Şarj istasyonlarıyla ilgili olarak çeşitli seviyelerde rekabet sorunlarının doğması mümkündür. Her şeyden önce elektrikli araçlar ile şarj altyapısının bir ekosistem şeklinde birbirine bağlı olduğu ve çift taraflı piyasa özellikleri sergilediği görülmektedir. Bu kapsamda ağ dışsallıkları gibi çift taraflı piyasalara özgü endişelerin gündeme gelme olasılığının göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Şarj istasyonlarında kullanılacak ekipmanların tedarik sürecinde dikey anlaşmalardan kaynaklı çeşitli rekabetçi endişelerden de söz edilmesi mümkündür. Öte yandan, her ne kadar şarj altyapısı akaryakıt sektöründen farklılaşsa da şarj istasyonlarının kurulması safhasında akaryakıt sektöründe intifa haklarıyla ilgili daha önce tecrübe edilmiş rekabet sorunlarının benzerleri ortaya çıkabilecektir. Bunun yanında şarj istasyonu işletmecisinin kimliği de beraberinde çeşitli rekabet riskleri getirebilecektir. Örneğin elektrik dağıtım şirketlerinin ya da yerleşik perakende satış şirketlerin şarj hizmeti sundukları sırada rakiplerine karşı dışlayıcı davranış riskleri bakımından özellikle gözetilmeleri gerekebilecektir. Şarj altyapısına yönelik endişelerin en azından başlangıç döneminde mevcut rekabet hukuku araçları çözülemeyecek sorunlar olmadığı değerlendirilmektedir. Nitekim dünyada da rekabet otoriteleri, şarj altyapısını yakından incelemekte ve rekabetin kısıtlandığı hallerde müdahale etmekten geri kalmamaktadırlar. Örneğin Birleşik Krallık'ta CMA, şarj ünitesi tedarikçisi Gridserve'ün münhasırlık içeren sözleşmelerine yönelik soruşturma açmış, taraflardan aldığı taahhütlerle soruşturmayı sonlandırmıştır. Türkiye'de de Rekabet Kurumu, şarj altyapısına yönelik olmasa da benzer rekabet sorunları hakkında daha önce çokça çalışmış ve bu sorunlara rekabet enstrümanlarıyla çözümler getirmiştir. Türkiye'de EPDK, Rekabet Kurumu'nun sektöre yönelik adımlar atma fırsatı olmadan Şarj Hizmetleri Yönetmeliğini hazırlamıştır. Yönetmelik, EPDK'nın şarj altyapısını geliştirme niyetini sergilemesi bakımından olumlu karşılanmıştır. Bununla birlikte regülasyonların yapısal sorunlara odaklanması ve mümkün olan en dar çerçeve ile hazırlanması beklenirken, EPDK tarafından hazırlanmış regülasyonun bu gerekleri karşılamadığı görülmektedir. Özellikle Yönetmelikte piyasaya giriş engelleri yaratan koşulların bulunması (dağıtım şirketleri ve GTŞ'lere yönelik faaliyet yasağı, asgari sermaye miktarı), fiyat belirleme serbestisinin kısıtlanması ve makul karlılık kavramının belirsizliği, iş modellerine dair kısıtlamalar getirilmesi (sadakat sözleşmelerinin düzenlenmesi, hizmet bedelinin yalnızca kW/h üzerinden belirlenebilmesi, soketlere ilişkin sınırlamalar, şarj ünitesi sayılarına ilişkin şartlar) ve işletmecilerin yatırım tercihlerine müdahale eden düzenlemeler öngörülmesi (şarj istasyonlarının sayısına ve yerine dair kurallar), hazırlık sürecinde detaylı bir rekabetçi etki analizinin yapılmadığını göstermektedir. Çok detaylı olan bu kurallar herhangi bir yapısal aksaklığı çözmediği gibi aksine rekabeti ve inovasyonu olumsuz etkilemektedir. Bildirimizde, bu yüzyılın en önemli teknolojik dönüşümünün ayrılmaz parçası olan elektrikli araçlar şarj altyapısı bakımından doğabilecek rekabet sorunları ele alınacak, bununla birlikte aşırı düzenlemenin rekabet ve inovasyon üzerindeki etkileri

değerlendirilecektir. Daha sonra şarj altyapısının gelişimi için rekabet enstrümanlarının ve regülasyonun bir arada kullanımına yönelik öneriler sunulacaktır.

180. Video Oyunu Sektöründeki Rekabet Hukuku Uygulamaları: Hızla büyüyen bir sektör olan video oyunu sektörünün global pazar büyüklüğü 2022 yılı itibari ile 200 milyar dolar seviyesine yaklaşmıştır. Sektör, Türkiye'ye en çok yabancı yatırım çeken sektörlerden biri olup, son yıllarda Türk video oyunu şirketlerine yapılan yatırımlar da kamuoyunda geniş yankı uyandırmıştır. Video oyunu sektörü, platform ekonomilerinin ve şebeke endüstrilerinin klasik özelliklerini bünyesinde 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, 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 metaverse 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. Üçüncü olarak, Birleşik Krallık'ta PlayStation platformunda uyguladığı komisyon

oranlarının aşırı fiyatlama teşkil ettiği gerekçesiyle Sony Corporation'a karşı tazminat talebiyle açılan sınıf davası incelenecektir. Zira, çok sayıda PlayStation kullanıcısı tarafından açılan bu dava sonucunda Sony Corporation'ın 5 milyar Poundsa varan tutarda tazminat ödemek durumunda kalabileceği ifade edilmektedir. Sunumun son bölümünde ise, sunumda incelenen konular ışığında ulaşılan sonuçlara yer verilecek ve gelecekte sektörde ne gibi rekabet hukuku tartışmalarının doğabileceği ortaya konmaya çalışılacaktır.

181. Rekabet Hukuku Perspektifinden Açık Finans Uygulamaları: 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. 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 konumundaki 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 "açık bankacılık"tır. 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 "Ödeme Hizmetlerindeki Finansal Teknolojilere Yönelik İnceleme Raporu"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. Temelinde veri paylaşımına dayanan bu konseptle birlikte "birlikte çalışabilirlik (interoperability)" ile "veri 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 antirekabetçi 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 Krallık'taki 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.

182. Emek Piyasasında Rekabet Hukukuna Uyum İçin İnsan Kaynaklarının Alabileceği

Önlemler ve İyi Uygulamalara Dair Bir Tartışma: 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. 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 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 i 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 değinilecek, 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 özellikli yapısına temas edilerek teşebbüslere iyi uygulama konusunda kılavuzluk edilmeye çalışılacaktır.

Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri 2024

183. Türkiye Bira Pazarının Rekabet Hukuku ile İmtihani: Rekabet Kurulunun bira sektörü oyuncuları hakkında aldığı kararların, pazarın yapısı ve dinamiklerini önemli ölçüde etkilediği ve bu müdahalelerin pazarın geleceğini şekillendirdiği gözlenmiştir. Bu kapsamda işbu makalede, Türkiye bira pazarı, Rekabet Kurulunun konuya ilişkin kararları ışığında kapsamlı biçimde ele alınacaktır. Makale kapsamında özellikle son 20 yıl boyunca duopol pazardaki iki önemli oyuncu olan Anadolu Efes ve Türk Tuborg'a odaklanan kararlar incelenecektir. Bu kapsamda, öncelikle Anadolu Efes'e tanınan muafiyetler ve bu muafiyetlerin geri alınması sürecine dair detaylı bir inceleme sunulacaktır. Ardından, Anadolu Efes'e getirilen "dolap kuralı" ve buna ilişkin istisnalara yönelik Kurul kararı irdelenecektir. Akabinde, Türk Tuborg'a tanınan muafiyet ve bu muafiyetin uygulandığı dönem boyunca pazardaki değişim ile Türk Tuborg ile Anadolu Efes'in paylarında yaşanan oransal değişimlere odaklanarak ayrıntılı bir analiz sunulacak, Türk Tuborg'un muafiyetinin geri alındığı karar incelenecektir. Ek olarak, makalemizde Kurul'un Anadolu Efes hakkında yürüttüğü çeşitli ön araştırma ve soruşturmalar; Anadolu Efes'in Ekomini projesi kapsamında yapılan incelemeler ve muafiyet kararları; fikri mülkiyet hukuku hakkında tartışmaları da içerecek şekilde Tekel Birası'nın devrine ilişkin karmaşık süreç; ve Migros'un Anadolu Grubu tarafından devralınması ile daha sonra Tesco Kipa'nın Migros tarafından devralınması işlemleri kapsamında Kurul'a sunulan biraya ilişkin taahhütler ele alınarak rekabet hukukunun Türkiye bira pazarındaki rolü ve Kurul'un pazara müdahaleleri incelenecektir. Makale, rekabet kurulu kararlarının bira pazarı üzerinde meydana getirdiği etkilere ve pazarın değişiminde oynadığı role dair yorumlarımızı içeren bir bölümle tamamlanacaktır.

184. Avrupa Yüksek Mahkemelerinin Yerinde İncelemelere İlişkin Güncel Kararları: Son yıllarda, Rekabet Kurumu tarafından yürütülen yerinde incelemelerin ve yerinde incelemenin engellenmesi nedeniyle ceza uygulanan dosyaların sayısı ciddi derecede artmıştır. Yakın zamanda, Anayasa Mahkemesi ("AYM") tarafından hâkim kararı olmadan yürütülen yerinde



incelemelerin konut dokunulmazlığını ihlal ettiğine karar verilmiştir. Ayrıca, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun yerinde incelemelere ilişkin 15. maddesinin de AYM tarafından incelenmekte olduğu bilinmektedir. Bu doğrultuda, yerinde incelemeler, son dönemde ülkemizde en çok tartışılan rekabet hukuku konularının başında gelmektedir. Türk rekabet hukukuna mehz teşkil eden Avrupa Birliği (“AB”) rekabet hukuku uygulamasına bakıldığında, son dönemde Avrupa Birliği Adalet Divanının (“ABAD”), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (“AİHM”) ve üye ülkelerdeki yüksek mahkemelerin de yerinde inceleme süreçlerine ilişkin önemli kararlar verdiği görülmektedir. ABAD’ın 2022 yılında verdiği Orde van Vlaamse Balies kararında, bağımsız avukatlar ile müvekkileri arasındaki gizlilik imtiyazının taraflar arasındaki tüm iletişimleri kapsayacağı, bu imtiyazın savunma hakkının kullanılmasına ilişkin iletişimlerle sınırlı olmadığı yönünde hüküm kurulmuştur. Ayrıca, Fransız Yüksek Mahkemesinin 2022 yılında verdiği Whirlpool kararında, ilgili teşebbüsün çalışanı konumundaki danışmanlar tarafından hazırlanan ve teşebbüsün bağımsız avukatları tarafından aktarılan bilgileri ve savunma stratejilerini açıklar nitelikte olan yazışmaların avukat-müvekkil gizliliği imtiyazından yararlandığına hükmedilmiştir. ABAD’ın 2020 yılında verdiği Prysmian kararında, Avrupa Komisyonunun, yerinde inceleme gerçekleştirdiği teşebbüsün çalışanlarının bilgisayarlarına ait sürücülerde bulunan belgelerin niteliğine ve yerinde inceleme konusu ile olan ilgilerine bakmaksızın bu belgelerin kopyalarını oluşturabileceği ve kendi yerleşkesinde inceleyebileceği yönünde hüküm kurulmuştur. AİHM’nin 2023 yılında verdiği Kesko Senukai kararına konu uyuşmazlıkta ise, ilgili teşebbüste gerçekleştirilen yerinde incelemede soruşturma ile ilgisi bulunmayan çok sayıda belge toplandığı gerekçesiyle, anılan belgelerin imha veya iade edilmesi için Litvanya Rekabet Otoritesine (“LRO”) başvurulmuştur. LRO’nin bu başvuruyu reddetmesi üzerine, ilgili teşebbüs yerel mahkemeler nezdinde dava açmıştır. Ancak, yerel mahkemeler, yalnızca hukuki sonuç doğuracak olan konular ve tamamlanan soruşturmalar hakkında yargılama yapılabileceği gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Uyuşmazlığın AİHM’ye taşınmasının ardından, AİHM, yerel mahkemelerin yargılama yapmaktan kaçınmasının konut dokunulmazlığını ve iletişim özgürlüğünü ihlal ettiğine ve başvuru teşebbüse yargısal denetim hakkı sağlanması gerektiğine karar vermiştir. ABAD, 2023 yılında vermiş olduğu üç farklı karar ile ise, Fransız Rekabet Otoritesinin süpermarket işletmeciliği yapan teşebbüslerde gerçekleştirdiği yerinde incelemelerin hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir. ABAD, yerinde inceleme kararına dayanak olarak süpermarketlerin sağlayıcıları ile yapılan görüşmelerin dayanak olarak gösterildiğini, ancak bu görüşmelerin kayıt altına alınmadığının anlaşıldığını belirterek, ilgili görüşmeleri ortaya koyan somut delil bulunmaması nedeniyle yerinde inceleme kararının hukuki dayanaktan yoksun kaldığına hükmederek yerinde inceleme kararlarını iptal etmiştir. Son olarak, İspanyol Yüksek Mahkemesinin (“İYM”) 2023 yılında verdiği Altadis kararında, yerinde inceleme heyeti, yerinde inceleme için mahkmeden izin alınıp alınmadığına yönelik bir soru karşısında “yerinde inceleme yapılmasına engel olacak bir mahkeme kararı” bulunmadığını belirtmiştir. Ancak, mahkeme izninin bulunmadığının anlaşılması üzerine, ilgili teşebbüs tarafından yerinde incelemenin iptali ve teşebbüsten alınan belgelerin iadesi için dava açılmıştır. Bu kapsamda, İYM, yerinde inceleme heyeti tarafından mahkeme izni olup olmadığına ilişkin soruya verilen cevabın yanıltıcı olduğuna ve davacı teşebbüsün yerinde inceleme yapılması için gösterdiği rızayı geçersiz kıldığına hükmederek yerinde incelemenin iptali ile toplanan belgelerin iadesine karar vermiştir. Bu doğrultuda, sunum kapsamında, yukarıda yer verilen kararlar, Türk rekabet

hukuku ile karşılaştırmalı olarak ele alınacak, geçmişteki karar ve uygulamalara da değinilecektir.

185. Uzlaşma Mekanizmasından Beklenen Etkinlik ve Riskler: Rekabet Kurumunun Uzlaşma Usulüne İlişkin Yönetmeliği 15 Temmuz 2021 tarihinde yürürlüğe girmiş ve bugüne kadar Rekabet Kurulu'nun pek çok kararında uygulanmıştır. Öyle ki, Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği 2021 yılını takiben, 2022 yılında 34 uzlaşma kararı alınmışken, 2023 yılında bu rakam 60'ı geçmiştir. Yıllar itibariyle Kurul'un soruşturma karar sayılarındaki artış kayda değer olmakla birlikte, uzlaşma kararlarındaki artış özellikle dikkat çekicidir. Bu minvalde, işbu çalışmada uzlaşma mekanizmasının hukukumuzdaki gelişimi Kurul kararları ve yabancı rekabet otoritesi uygulamaları ışığında incelenecektir. Kurulun uzlaşma kararlarına konu ihlallerin niteliği ve ilgili sektörlerine baktığımızda, bu kararların büyük çoğunluğunun 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine yönelik ihlaller kapsamında yeniden satış fiyatının belirlenmesi ("YSFB") eylemlerine yönelik olduğunu görmekteyiz. Yine 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar (fiyat tespiti, topla-dağıt karteli, çalışan ayartmama anlaşmaları) niteliğinde değerlendirilen eylemler için de uzlaşma kararları artmıştır. Uzlaşma kararlarına konu ihlallerin gerçekleştiği ilgili sektörler incelendiğinde ise, bu kararların daha ziyade perakende sektörü özelinde, kozmetik ve gıda sektörlerinde yoğunlaştığı bununla birlikte işgücü piyasası olarak adlandırabileceğimiz pazarda ise çalışan ayartmama anlaşmaları bakımından ivme kazandığı görülmektedir. Uzlaşma neticesinde - istisnaları bulunmakla birlikte- taraflara genel itibariyle azami indirim oranı olan %25 oranının uygulanmasının yanı sıra, soruşturma özelinde temel para cezasında hafifletici unsurlar ile birlikte değerlendirildiğinde önemli oranlarda indirimler uygulanabildiği görülmektedir. Öyle ki, kozmetik ve tüketici elektroniği sektöründe faaliyet gösteren birtakım teşebbüslere %25 oranındaki uzlaşma indirimi öncesinde teşebbüse uygulanacak temel para cezasında %60 oranında hafifletici unsurlar kapsamında indirim uygulanmış olup, HTM sektöründe faaliyet gösteren bir teşebbüse temel para cezasında uzlaşma indirimi öncesinde her bir ihlal için ayrı ayrı %45 oranında indirim uygulanmıştır. Şu haliyle idari para cezasında sağladığı indirim yönüyle uzlaşma mekanizması teşebbüsler bakımından cazip görünmekle birlikte, uzun vadede yaratabileceği olası hukuki etkilerinin analiz edilmesi isabetli bir yaklaşım olacaktır. Uzlaşma mekanizması olağan soruşturma sürecini kısaltarak Rekabet Kurumu bakımından; idari para cezasında tasarruf sağlaması dolayısıyla da teşebbüsler bakımından usul ekonomisi sağlamakla birlikte, uzlaşmada bir rekabet ihlali tespiti yapıldığı da dikkate alındığında kararların yeterli ispat standardını sağlayacak detayda yazılması ve hazırlanması gerekmektedir. Nitekim, 4054 sayılı Kanun'un 56-59. maddeleri arasında düzenlenen rekabet ihlalinden zarar görenlerin hukuk mahkemelerinde tazminat davası açma yolu bakımından uzlaşma neticesinde -tarafın ikrarını da içeren- Rekabet Kurulu kararı önemli bir delil teşkil edebilecektir. Uzlaşma Usulüne İlişkin Yönetmelik gereği uzlaşma neticesinde, idari para cezası ve uzlaşma metninde yer alan hususlar uzlaşma tarafınca dava konusu yapılamamaktadır. Mevzuatından ayrılan bu hüküm, Türk Rekabet Hukukunda mekanizmanın işleyişi konusunda bir takım soru işaretlerini beraberinde getirebilecektir. Örneğin Kurulun Numil Gıda ve Sunny Elektronik kararlarında yer verilen Karşı Oy'larda, uzlaşan ilgili teşebbüslerin ihracat cirolarının idari para cezası hesabında dışarda bırakılması hususu eleştirilmiş, 4054 sayılı Kanun uyarınca uygulanacak idari para cezalarında, ihracat rakamlarının ceza hesabında dışarda bırakılmasının doğru olmadığı ifade

edilmiştir. Yine, Kurul'un Olka&Marlin kararında ise, uzlaşma ara kararıyla tespit edilen hususların müzakere edilmemesi gerekirken, Olka ve Marlin'in uzlaşma metninde yer verdiği talebi üzerine Kurul tarafından idari para cezasının yeniden takdir edilerek indirim yapılmasının "müzakere" anlamına geleceğinden hareketle uzlaşma nihai kararıyla cezanın düşürülmesinin mevzuata aykırı olduğu belirtilmiştir. Uzlaşma müessesesinin hukukumuzda kabul edilmesinden bugüne kadar, özellikle 2023 yılında, Kurul çok sayıda uzlaşma kararı almış ve YSFB'nin tespitine yönelik ihlallerin konu olduğu soruşturmaların pek çoğunu uzlaşma ile sonuçlandırmıştır. Uzlaşma kararlarındaki bu dikkat çekici artışın, AB Komisyonu düzenlemesinde uzlaşmaya sadece kartellerin konu olması ve fakat Türk hukukunda bu yönde bir sınırlamanın bulunmamasından kaynaklandığı iddia edilebilecekse de, özellikle YSFB bakımından ispat standardının yeterince yükseltilmediği durumda, iddia konusu eylemlerin ekonomik bağlamı yeterince incelenmeden YSFB isnadında bulunulması, teşebbüslerin soruşturma ve ceza tehdidi altında bir ihlal iddiasını uzlaşma kapsamında kabul etme eğilimine yol açabilecektir. Diğer taraftan, soruşturma bildiriminde ihlalin varlığı ve kapsamını gösterir yeterli delillere yer verilmemesi ise teşebbüslerin uzlaşma başvurusu hakkını layıkıyla kullanamamalarına yol açabilecektir. Yukarıda açıklanan hususlar çerçevesinde, işbu çalışmada 2021 yılında hukukumuzda kazandırılan uzlaşma mekanizmasının bugüne kadarki uygulanışı, Kurul kararları ışığında incelenecek ve mehz AB uygulaması başta olmak üzere yabancı rekabet otoriteleri uygulamaları ile karşılaştırılarak önümüzdeki dönemde yaratabileceği olası riskler ele alınacaktır.

186. Arz Güvenliği ve Depolar Arası Rekabet Kaygılarıyla Şekillenen Özgün Rekabet Hukuku Kuralları: İlaç Sektöründe Dağıtım Anlaşmaları: Türkiye'de ilaç sektöründeki dağıtım anlaşmalarına özgü bir rekabet hukuku mevzuatı olmasa da Rekabet Kurulunun bu alanda tesis ettiği kararlar, diğer sektörlerden önemli derecede farklılaşan bir uygulamanın oluşmasına yol açmıştır. Tarihsel perspektiften bakıldığında, bu farklı uygulamanın kaynağında ilgili sektöre özgü yasal düzenlemelerin ortaya çıkardığı kendine has dinamiklerin yattığı görülmektedir. İlaç sektöründe, araştırma geliştirme aşamasından başlayıp, ürünün nihai kullanıcıya ulaşmasına kadar geçen sürecin tamamı çok sıkı bir şekilde düzenlenmekte ve rekabet koşulları da kaçınılmaz olarak buna bağlı olarak şekillenmektedir. Örneğin, ilaçlara yönelik patent koruması ve ilaçların güvenlik onayı almasına ilişkin kurallar, pazara giriş engellerini ve üretim seviyesindeki yoğunlaşmayı doğrudan etkilemekte ve bu düzenlemelerin etkileri sektörün tamamında global düzeyde hissedilmektedir. Ancak çalışmamız, Türkiye'de ilaçların fiyatlandırılmasına ve dağıtımına ilişkin düzenlemelerin rekabet hukuku uygulamaları üzerindeki etkilerine odaklanacaktır. Bahsi geçen düzenlemelerin Türkiye'deki ilaç sektörü üzerinde iki temel etkisi olduğu söylenebilir. İlk olarak, ülkemizdeki ilaç fiyatları, başta Avrupa Birliği üye ülkeleri olmak üzere, pek çok ülkeye göre çok daha düşük seviyelerde kalmaktadır. İkinci olarak, dağıtım seviyesindeki lisans yükümlülükleri pazara giriş maliyetlerini arttırırken, fiyat regülasyonları da depoların kar imkanlarını sınırlamaktadır. Bu durum, dağıtım seviyesindeki oyuncuların motivasyonlarını da etkilemekte ve özellikle küçük ölçekli depolara, ölçekleri dolayısıyla görece düşük seviyede kalan riskler olarak büyük kazançlar elde etme imkânı sunmaktadır. Ancak paralel ihracat, Türkiye'deki regülasyonlar sebebiyle ortaya çıkan düşük fiyatların, ilaç üreticilerinin diğer ülkelerdeki karlılığını da azaltması anlamına geleceğinden, üreticiler için önemli bir tehdit oluşturmaktadır. Paralel ihracattan kaynaklı en kritik tehdit ise arz güvenliğine ilişkindir.

Nitekim diğer ülkelerle fiyat farkı yüksek olan ilaçların Türkiye’de satılmasını ilaç üreticileri için anlamsız hale gelirse, bu ilaçların ülkemize arzı durdurulabilir. Fiyat farkının özellikle patent koruması altında olan ve jeneriği bulunmayan ilaçlarda yüksek olabileceği dikkate alındığında, söz konusu ilaçlarda yaşanacak arz sıkıntısı toplum sağlığını riske atabilecektir. Ülkemizdeki fiyat regülasyonları, Türk Lirası yabancı para birimleri karşısında değer kaybettikçe paralel ihracatı daha da karlı hale getirmekte ve depoların risk iştahını arttırmaktadır. Nitekim, son dönemlerde de görüldüğü üzere, ilaç üreticileri bu zamanlarda paralel ihracattan çok daha fazla şikâyet etmekte ve bazı ilaçları Türkiye’ye arz etmekten tamamen vazgeçebilmektedir. Ülkemizde paralel ihracatın engellenmesi için çeşitli önlemler alınmaktadır. Ayrıca ilaç şirketleri de depolara yönelik sözleşmesel yükümlülükler ve kontrol mekanizmaları vasıtasıyla paralel ihracatı engellemeye çabalamaktadır. Fakat bu önlemler özellikle küçük ölçekli depolar bakımından yeterli caydırıcılığı sağlayamamaktadır. Bu aşamada üreticiler bakımından en makul çözüm, paralel ihracat yapma riski yüksek görülen depolarla ticari ilişkilerini kesmek ve sınırlı sayıda depo ile çalışmaktır. İşte rekabet hukuku kuralları da denkleme tam olarak bu noktada girmektedir. Rekabet Kurulu, ilk olarak 2007 Pfizer Kararı’nda detaylı olarak izah ettiği ve yine ilaç sektörüne özgü düzenlemelerle ilişkilendirebilecek sebeplerden ötürü, ilaç üreticilerinin çalışacakları depo sayısını sınırlandırmasının rekabeti önemli ölçüde sınırlandırabileceği kanaatindeydi. Kurul, bu kanaat çerçevesinde, 2002/2 sayılı Tebliğ’e dayalı olarak grup muafiyetinden yararlanamayan üreticilerin nicel seçici dağıtım sistemi kurulmasına yönelik bireysel muafiyet taleplerini istikrarlı biçimde reddetmiştir. Bu kararların ilaç sektöründeki uygulamayı diğer sektörlerden farklılaştırdığı söylenebilirse de tamamen ilaç sektörüne özgü kurallar oluşturduğunu söylemek güçtür. İlaç sektöründeki dağıtım anlaşmalarının tamamen özgün kurallara tabi olduğu argümanını destekleyecek iki karar 2009 Sanofi Aventis ve 2020 Janssen kararlarıdır. Bu kararların ilkinde Kurul, Sanofi Aventis’in belli ölçeğin altındaki depolara ilaç tedariği yapmama yönündeki tek taraflı kararını rekabet ihlali olarak değerlendirmiştir. 2009 Sanofi Aventis kararı, Kurul’un ikinci seviye ayrımcılığı (kararda ayrımcılık ifadesine hiç yer verilmesine de ihlal tespitinin farklı bir zarar teorisine dayandırılması mümkün değildir) cezalandırdığı tek karar olarak tarihe geçmiştir. İkinci kararda ise Kurul, 2002/2 sayılı Tebliğ’de grup muafiyeti için öngörülen şartların tamamını sağlayan ürünlere yönelik bir nicel seçici dağıtım sistemi kurulmasına yönelik muafiyet talebini, ilgili ürünlerin niteliği gereği seçici dağıtıma uygun olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. 2020 Janssen kararı, grup muafiyeti şartlarını sağlayan bir anlaşmaya muafiyet tanınmayan tek karar olarak tarihe geçmiştir. Ayrıca ilgili kararda, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz’un 172. paragrafında yer alan “Tebliğ ile ürünün niteliğine bakılmaksızın seçici dağıtım ağına muafiyet tanınır” ifadesinin tamamen göz ardı edilmiş olması da ilaç sektöründe özgün bir rekabet hukuku uygulaması olduğunu desteklemektedir. Bunlarla birlikte, Kurul’un küçük ölçekli depoları koruma amacıyla yarattığı özgün kurallar, 2021 Allergan kararı ile önemli bir yara almıştır. Nitekim bu karar, ilaç üreticilerinin tek taraflı kararları ile çalışacakları depo sayısını sınırlamalarının rekabet ihlali teşkil etmeyeceğini belirtmekte ve böylece 2009 Sanofi Aventis kararı ile benimsenen tutumun da değiştiğini göstermektedir. Kararda bu değişime ve sebeplerine dair herhangi açıklama yer almasa da kararın zamanlaması dikkate alındığında, Kurulun paralel ihracatın engellenmesine yönelik kaygıları önceliklendirme eğiliminde olduğunu ileri sürmek mümkün olabilir. Çalışmamızda ilaç sektöründeki dağıtım anlaşmalarının tarihçesi regülasyon-pazar

yapısı-rekabet ilişkisi perspektifinden ve yukarıda değinilen sektörel düzenlemeler ve geçmiş 15 sene içinde verilen Kurul kararları analiz edilerek ele alınacaktır.

187. ABD’de, Avrupa Birliği’nde ve Bazı Başka Ülkelerde Rekabet Hukukunun İnsan Kaynakları Alanındaki Uygulaması: Çalışmamız, son yıllarda farklı yargı alanlarındaki rekabet otoritelerinin incelemelerini sıklaştırıp, çalışmalarını yoğunlaştırdığı insan kaynakları ve iş gücü alanındaki rekabet hukuku kuralları ve uygulamalarını konu almaktadır. Bu kapsamda işgücü ve insan kaynakları alanındaki rekabet hukuku kurallarının ve uygulamalarının, uluslararası arenada, farklı yargı yerlerinde benzerlik gösterdiği, farklılaştığı ve birbirini etkilediği alanlar masaya yatırılacaktır. Amerika Birleşik Devletleri’nde Adalet Bakanlığı (DoJ) Antitröst Birimi ve Federal Ticaret Komisyonu (FTC) insan kaynakları ve iş gücü alanında rekabet hukuku uygulamalarının öncüsü kabul edilmekle birlikte, son yıllarda Avrupa Birliği Komisyonu ve Birleşik Krallık Rekabet ve Piyasalar Otoritesi (CMA) de bu alanların artan şekilde radarlarında olacağını ve bu alana yön verecek adımlar atılacağını sinyali net şekilde veren otoritelerin başında gelmektedir. Avrupa Birliği Komisyonu'nun rekabetten sorumlu üyesi Vestager, 2021 yılı sonunda bu alanı “kartel uygulamalarında yeni dönem” olarak nitelendirip akabinde Komisyon bu alanları konu alan yerinde incelemeleri duyururken, CMA ise, işgücü piyasalarına yönelik ilk soruşturmasını duyurmasından kısa süre sonra 2023 yılının başlarında ABD’de de olduğu gibi, işverenlere hitap ederek iş gücü piyasalarında rekabet hukuku ihlallerinden kaçınabilmek adına yapılması ve yapılmaması gerekenleri gösteren bir kılavuz yayımlamıştır. Her ne kadar alanda ABD, AB ve Birleşik Krallık ana aktör olarak boy gösterip uygulamaların nasıl şekilleneceğinde tüm rekabet camiasınca yakından izlenen otoriteler olsa da Avrupa Birliği üye ülkeleri veya diğer yargı yerlerindeki rekabet otoritelerinin bu öncü otoritelerden önde giden adımlardan geri durmadıklarına da şahit olunmaktadır. Tüm bu gelişmeler ışığında, tıpkı ülkemizde olduğu gibi insan kaynakları uygulamaları ve işgücü piyasaları, dünya genelinde tüm rekabet otoritelerinin dikkatini çeken, klasik kartel olgusunu ve rekabet ilişkisini dönüştüren ve sektörler arası alana genişleten, beraberinde uygulamanın hangi zeminde ve esaslar çerçevesinde ele alınması gerektiğine dair tartışmaları da getiren canlı bir alan olarak kalmaya çok güçlü bir adaydır. Çalışmamız yukarıda yer verilen kapsamda insan kaynakları ve işgücü alanında farklı ülke rekabet hukuku uygulamalarını ele alıp bu alanda rekabet hukuku uygulamalarının ve uyumunun geleceğine dair öngörülerde bulunmayı hedeflemektedir.

188. Rakip Olmayan Teşebbüsler Arası Getirilen Çalışan Ayartmama Yükümlülüklerinin Rekabet Hukuku Analizi: İşgücü pazarlarında rekabet hukuku uygulamaları Türk rekabet hukukunun son dönemdeki en tartışmalı konularından birisi hâline gelmiştir. Rekabet Kurulunun son yıllarda verdiği kararlarda rakipler arası çalışan ayartmama anlaşmaları ile maaş sabitleme anlaşmalarının per se ihlâl niteliği ortaya konmuş, bu bağlamda teorik çerçeveye ilişkin tartışmalar çok kez ele alınmıştır. Bununla birlikte bir dikey ilişki (örn: hizmet sözleşmesi, tedarik sözleşmesi, eser sözleşmesi vb.) kapsamında ilişkinin tarafı teşebbüsler arası getirilen çalışan ayartmama yükümlülüklerine ilişkin değerlendirme kriterleri Kurul içtihatlarında henüz netleşmiş değildir. Her ne kadar Kurulun Bift kararı (07.02.2019; 19-06/64-27) ile bankalarla sigorta şirketleri arasındaki bankasürans sözleşmelerine ilişkin verilen bazı bireysel muafiyet kararlarında somut dosya bazında bazı münferit değerlendirmeler yer alsada teşebbüsler açısından hukukî öngörülebilirlik

sağlanabilmiş değildir. Bu nedenle bildirimizde, öncelikle işgücü pazarlarında rekabet hukuku uygulamalarının teorik altyapısı ortaya konacaktır. Bu kapsamda rakipler arası çalışan ayartmama ile maaş sabitleme anlaşmalarının hukukî niteliği kısaca irdelenecektir. Akabinde Rekabet Kurulunun anılan ihlâl türlerini değerlendirirken ortaya koyduğu teorik çerçevenin dikey anlaşmalar bağlamında getirilen çalışan ayartmama yükümlülüklerine uyumluluğu incelenecektir. Bu kapsamda, ABD uygulamasında özellikle franchising sözleşmeleri bakımından uygulanan “yan sınırlama” yaklaşımının Türk hukukundaki uygulanabilirliği ve ihlâl in ispatında “etki analizi”nin nasıl uygulanacağı tartışılacaktır. Rekabet Kurulunun yukarıda anılan kararları ile ABD kaynaklı kararlar karşılaştırmalı olarak incelenecek ve bazı değerlendirme standartları önerilecektir. Akabinde dikey anlaşmalar kapsamında getirilen çalışan ayartmama yükümlülüklerine karşı Rekabet Kurulu tarafından alınacak alternatif pozisyonların Türk Ticaret Kanunu’nun haksız rekabet hükümleri çerçevesinde doğurabileceği sorunlar ele alınacak, bu kapsamda yargı içtihadının Rekabet Kurulu’na ışık tutup tutamayacağı tartışılacaktır. Son olarak uygulamada dikey anlaşmalar kapsamında getirilen çalışan ayartmama yükümlülüklerinin, ayartmaya konu işçilerin iş sözleşmelerinde yer alan rekabet etmeme yükümlülükleri ile birlikte ele alındığı ve taraflar arasındaki hukukî girişimlerin hem iş hukuku hem de ticaret hukuku çerçevesinde yürütüldüğü görülmektedir. Böyle bir durumda iş sözleşmelerindeki çalışan ayartmama yükümlülüklerinin Rekabet Kurulu tarafından tek başına yahut tamamlayıcı bir unsur olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalarına da yer verilecektir. Genel çerçevede ise rekabet politikaları ile çalışma hürriyeti arasındaki ilişki de irdelenecektir. Bu kapsamda, denetleyici ve düzenleyici otorite olan Rekabet Kurumu’nun kamu politikaları arası çatışma alanları söz konusu olduğunda alabileceği alternatif pozisyonların sonuçları da kurgusal örnekler üzerinden incelenecektir. Nihâî hedefimiz, Rekabet Kurulu’nun son dönemde işgücü pazarlarına ilişkin verdiği kararlar sonrası teşebbüslerin akdettiği sözleşmeler bakımındaki belirsizliği giderici nitelikte öneriler sunmaktır. Bu öneriler sunulurken gerek Rekabet Kurulunun gerekse de yabancı rekabet otoriteleri ile yargı mercilerinin tesis ettikleri kararlardan yola çıkılarak geleceğe dönük somut bir uygulama trendi beklentisi de ortaya konulacaktır. Bu yönüyle bildirinin tartışmacı nitelikte olması hedeflenmektedir.

189. Cloud Portability and Interoperability under the EU Data Act: Dynamism versus

Equivalence: We examine the provisions of the EU Data Act relating to cloud portability and interoperability through a joint legal and economic lens. The cloud industry is characterised by dynamic competition for the market underpinned by high levels of service innovation and customisation. We find that insufficient thought appears to have been given to the potential implications of these provisions, which envisage relatively static competition between ‘equivalent’ services, pursue standardisation and unbundling and introduce mandatory contract law. We suggest that the minutiae of the definition of ‘equivalence’ are quite different from portability and interoperability rules for simple products due to feature complexity and ongoing innovation. While a certain level of portability and interoperability are natural and essential for customers, the breadth of net cast by ‘equivalence’ could yield unintended consequences that not only lead to operational challenges but even product simplification to a lowest common denominator, reducing availability of the cloud computing service variety that customers seek. Overall, we are concerned that the EU Data Act may disincentivise innovation, harm smaller providers and strengthen the position of incumbents. We propose a

way forward that seeks to protect and stimulate dynamic competition and innovation in the EU market for cloud computing services. Despite the risk of a potentially negative 'Brussels effect', we find that there may be an opportunity for emerging markets such as Turkey to develop a more tailored and flexible approach. Regulation of the cloud sector represents an essential foundational layer for the flourishing and effective governance of artificial intelligence. By evaluating the merits and demerits of the prevailing EU regulatory model, we consider how to optimally calibrate the relationship between law and technology for an industry that is characterised by short-run innovation cycles. Ultimately, we remain optimistic about the emergence of market-driven solutions and underscore the capacity for emerging markets to acquire a leading position in the digital economy by fostering a well-functioning cloud infrastructure. Finally, we highlight areas that require further legal and economic research.

190. AB Dışlayıcı Kötüye Kullanma Halleri Kılavuzunda Güncelleme: Türk Rekabet Hukuku Uygulaması Bakımından Olası Yansımaları ve Değerlendirmeler: AB

Komisyonu, 2008'de ABİDA m. 102'nin hâkim durumdaki teşebbüslerin dışlayıcı kötüye kullanma niteliğindeki davranışlarına uygulanması konusunda uygulama önceliklerini açıklamak üzere bir kılavuz ("2008 tarihli Kılavuz") yayınlamıştır. "Guidance" olarak ifade edilen bu kılavuz, esasen hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin hukuki ilkeleri koymaktan ziyade, Komisyonun hangi tür kötüye kullanma hallerinin soruşturulmasına öncelik vereceğini açıklamaktadır. Komisyon, Mart 2023'te dışlayıcı kötüye kullanma hallerine ilişkin söz konusu politikasının, 2008 yılı sonrasındaki uygulamaları ve AB Mahkemelerinin kararları çerçevesinde güncellenmesi için iki ayrı adım atmıştır. İlk olarak Komisyon, 2008 tarihli Kılavuzun yerini almak üzere ABİDA m. 102'nin dışlayıcı kötüye kullanma hallerine uygulanması konusunda hukuki ilkeleri ortaya koyacak bir "Guidelines"ın 2025 yılında kabul edilmesinin planlandığını duyurmuş ve bu konuda kamuoyunun görüşlerini talep etmiştir. İkinci olarak Komisyon, söz konusu Guidelines kabul edilene kadar geçerli olmak üzere 2008 tarihli Kılavuzda bazı değişiklikler yapmıştır. 2008 tarihli Kılavuzda yapılan söz konusu revizyon, çok geniş bir kapsama sahip olmamakla birlikte ilkesel nitelikte bazı önemli değişiklikler getirmiştir. Bu değişikliklerin en önemlileri şöyledir:

- Rekabete aykırı pazar kapama etkisi bakımından artık hâkim durumdaki teşebbüsün fiyatları kârlı bir şekilde artırabilecek bir pozisyona gelmesi bir şart olarak aranmayacaktır. Pazar kapayıcı davranış ile "fiyatların, üretimin, inovasyonun, ürün çeşitliliğinin veya kalitesinin olumsuz etkilenmesi" bu bakımdan yeterli kabul edilecektir.

- Eşit etkinlikteki rakip testi kapsamında maliyet ve satış fiyatlarına ilişkin iktisadi verilerin esas alınması opsiyonel hale getirilmiş, tüm ilgili deliller dikkate alınarak bir değerlendirme yapılacağı ifade edilmiştir.

- Eşit etkinlikte olmayan rakiplerin de ciddi bir rekabet baskısı oluşturabileceğinden hareketle, eşit olmayan rakipler açısından pazarın kapanmasına da müdahale edilebileceği belirtilmiştir.

- Hâkim durumdaki teşebbüs tarafından haksız şartlar sunularak sözleşme yapmanın reddedilmesi halinde, müdahale için ilgili ürün veya hizmetin "vazgeçilmez" nitelikte olması bir şart olmaktan çıkarılmıştır. İşbu tebliğde, yukarıda sayılanlar başta olmak üzere 2008 tarihli Kılavuzda yapılan değişiklikler, bunlara temel teşkil eden Komisyon ve AB Mahkemeleri kararları ile birlikte açıklanacaktır. Bu kapsamda söz konusu değişikliklerin

Türk hukuku açısından geçerliliği ve etkisi, Rekabet Kurulunun bu konuda ilgili olabilecek son dönem kararları da incelenerek sunulacaktır.

191. Birleşme ve Devralmaların Kontrolünde Bir Yetki Meselesi: Teknoloji Teşebbüsü

Tanımının Sınırları: Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'de ("2010/4 Sayılı Tebliğ") Değişiklik Yapılması Hakkında Tebliğ ("Tadil Tebliği") 4 Mart 2022 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanmış ve Tadil Tebliği 4 Mayıs 2022 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Tadil Tebliği'nin hayatımıza kazandırdığı en temel değişikliklerden bir tanesi de yoğunlaşma denetimi rejiminde "teknoloji teşebbüsü" kavramı olup, 2010/4 sayılı Tebliğ'in ek 4(1)(e). maddesine göre bu kavram " dijital platformlar, yazılım ve oyun yazılımı, finansal teknolojiler, biyoteknoloji, farmakoloji, tarım kimyasalları ve sağlık teknolojileri alanlarında faaliyet gösteren teşebbüsleri veya bunlara ilişkin varlıkları" ifade etmektedir. Buna paralel olarak Tadil Tebliği, Türkiye coğrafi pazarında faaliyet gösteren veya ar-ge faaliyeti olan ya da Türkiye'deki kullanıcılara hizmet sunan bahse konu teknoloji teşebbüslerinin devralınmasına ilişkin işlemlerde 2010/4 sayılı Tebliğ'de belirtilen iki yüz elli milyon TL eşiklerinin aranmayacağını belirlemiştir. Tadil Tebliği'nin gerekçesine bakıldığında bahse konu düzenlemelerin temel gerekçesinin anılan teşebbüslerin "öldürücü devralmalara" (killer acquisitions) konu edilmesinin önüne geçilmesi olduğu görülmektedir. Bununla birlikte, Rekabet Kurulu'nun ("Kurul") teknoloji teşebbüslerine yönelik geçmiş tarihli kararları ışığında geçtiğimiz 1.5 senelik sürede hangi teşebbüslerin teknoloji teşebbüsü kavramına dahil olacağına yönelik Kurul ile uygulamacılar arasında net bir görüş birliği oluşmadığı anlaşılmaktadır. Örneklendirmek gerekirse, Kurul'un 15.09.2022 tarih ve 22-42/625-261 sayılı Berkshire Hathaway kararında Kurul, ilgili hedef teşebbüsün "finansal teknolojiler" alanında faaliyet gösterip göstermediğini ve dolayısıyla teknoloji teşebbüsü olup olmadığını değerlendirirken hedefin Türkiye'de herhangi bir alanda ve dünyada ise herhangi bir coğrafi pazarda teknoloji teşebbüsü kapsamına girebilecek alanda faaliyet göstermesinin yeterli olacağı değerlendirmiştir. Görüldüğü üzere, 2010/4 sayılı Tebliğ'in 7.2 maddesinin uygulamasındaki belirsizliklerden sadece bir tanesi bile ancak aylar sonra verilen bir karar aracılığıyla netleştirilmiştir. Bu durum hem Rekabet Kurumu ("Kurum") hem de uygulamacılar nezdinde gerçekten öldürücü devralma olarak tanımlanabilecek işlemlerin yakalanması ihtimalini düşürmekte ve aynı zamanda usul ekonomisine de hem Kurum hem de taraflar nezdinde zarar vermektedir. Nitekim 1.5 yılın sonunda hala bazı teşebbüs faaliyetlerinin teknoloji teşebbüsü kavramına dahil olup olmayacağı konusunda belirsizlikler yaşanmaktadır. Bunun başlıca sebepleri arasında öncelikle teknoloji teşebbüsü tanımının kapsamını çizebilecek bir kılavuzun bulunmaması değerlendirilebilecektir. İkinci olarak Kurul, önüne gelen bazı devralma bildirimlerinde taraflarca teknoloji teşebbüsü olarak tanımlanan hedefin faaliyetlerini teknoloji teşebbüsü için yeterli görmez ve 2010/4 sayılı Tebliğ ışığında ilgili ciro eşikleri de aşılmıyor ise işlemin bildirim tabi olmadığını değerlendirmektedir. Bu senaryoda Kurum herhangi bir gerekçeli karar yayınlamadığından, uygulamacılar ve kamuoyu tarafından Kurul'un teknoloji teşebbüsü kavramına dair yaptığı değerlendirme ve bakış açısı gözlemlenememektedir. Bu durum, teknoloji teşebbüsü kavramının sınırlarının daha net bir şekilde çizilmesi ihtiyacını ortaya koymaktadır. Tüm bu açıklamalar çerçevesinde teknoloji teşebbüsü kavramının sınırlarının belirlenmesinde şu an için yegâne kaynağın Kurulun bugüne kadar yayınladığı gerekçeli kararlar olduğu söylenebilecektir. Bu kapsamda, kaleme almayı öngördüğümüz tebliğ

kapsamında, (i) 4 Mayıs 2022 tarihinden itibaren geçmiş tarihli teknoloji teşebbüsü kavramına ilişkin Kurul kararlarını inceleyerek kavramın sınırları irdelenecek, (ii) Kurul'un mevcut değerlendirme yapısının fiiliyatta "öldürücü devralmaları" hedefleyip hedefleyemediği değerlendirilecek ve (iii) bahse konu sınırların çizilebilmesi adına alınabilecek aksiyonlar tartışılacaktır.

192. Rekabet Hukukunda Tekerrür - Yoğunlaşma İşlemleri Neticesinde Uygulanabilirliğine Yönelik Tartışmalar:

Rekabet hukuku uygulamasında en sık karşılaşılan cezada ağırlaştırıcı sebep olan tekerrür kavramına yönelik tartışmalar süregelmektedir. Söz konusu kurumun temel hak ve özgürlükler ile ilişkisi; eylemlerin tekerrüre esas alınmasının ceza hukuku bağlamında kanunsuz ceza olmaz ilkesi, aleyhe yasanın geçmişe yürümezliği ilkesi ve ne bis in idem ilkesi bağlamındaki sonuçları birçok karara konu olmuştur. Dahası, tekerrür kavramının dikkate alınması için aranan üç kümülatif koşul ve söz konusu koşulların gerçekleştiğinin kabulü için aranan hukuki çerçeveye yönelik tartışmalar da devam etmektedir. Rekabet hukukunda tekerrür kavramını tüm boyutları ile ele almayı hedeflediğimiz bu sunumda ilk olarak söz konusu kavramın hukuki niteliğini ele alacak, tekerrür türleri, ceza hukuku ve kabahatler bağlamında görünümüne kısaca değineceğiz. Akabinde karşılaştırmalı hukuktan örneklerle tekerrürün hukuki zemini ve uygulama koşullarını genel hatlarıyla açıklayacağız. Söz konusu kavramının mevcudiyeti için aranan esasa yönelik koşulları ele alırken aynı teşebbüs kavramına yer verecek, ihlalin kime isnat edilebileceği, sorumluluğun kime atfedileceği hususunda mevcut tartışmaları gündeme getireceğiz. Bu bağlamda grup şirketleri bakımından sorumluluğun kime atfedileceği konusunu incelerken AB Komisyonu'nun (Komisyon) başta Akzo Nobel and Others, Aristrain, Elevators and Escelators, Alloy Surcharge olmak üzere bu minvaldeki tartışmalı kararlarına yer vereceğiz. Bu bölümde son olarak, ihlalin "aynı ya da benzer" olması, daha önce yapılmış ihlal tespiti ve orantılılık ilkesi kapsamında önceki ihlal ile sonraki ihlal arasındaki süre unsurlarına yer verecek hemen akabinde başta Kurul ve Komisyon olmak üzere, çeşitli rekabet otoritelerinin tekerrür halinde temel para cezasında artışa gittiği oranları da karşılaştırmalı olarak ele alacağız. Sunumumuzun ilerleyen bölümünde, daha önce aleyhine ihlal tespiti yapılan teşebbüslerin çeşitli yöntemlerle el değiştirmesi halinde tekerrür uygulamasının yerindeliliğine yönelik tartışmaları gündeme getireceğiz. Bu kapsamda öncelikle Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) güncel ThyssenKrupp Liften Ascenseurs NV and Others v European Commission kararına yer verecek, söz konusu tespitler ışığında Rekabet Kurulunun birleşme neticesinde tekerrür uyguladığı EssilorLuxottica S.A. kararının yerindeliliğini tartışacağız. Bu bağlamda, birleşme işlemleri neticesinde ortaya yeni bir irade çıktığından bahisle eski iradenin esas alınıp alınamayacağı, salt ekonomik bütünlük içinde bulunulduğundan bahisle teşebbüsün sorumlu tutulup tutulamayacağı, savunma hakkı gereği söz konusu sorumluluk tayini bakımından bir önceki ihlale giden süreçte yapılan bildirimim kimi muhatap alması gerektiği vb. tartışmalara yer vereceğiz. Akabinde, birleşme işlemi neticesinde mevcut hukuki kişiliklerin sona erdiği ve yeni bir teşebbüs doğduğundan bahisle eski ihlale varan süreçte ortaya koyulan irade ve ihlaldeki belirleyici rolün başka bir teşebbüse ait olduğu kanısı temelinde yeni teşebbüse tekerrür uygulanmamasının yerindeliliğini tartışacağız. Sunumumuzda son olarak, birleşme işlemi neticesinde ABAD'ın yeni teşebbüse tekerrür uygulanmaması yönündeki güncel tutumunun devralma işlemleri sonucu da uygulanıp uygulanamayacağına yönelik birtakım argümanlar dile getirecek, bu minvalde

farklı görüşleri yalnız AB uygulamasıyla sınırlı kalmaksızın dünya üzerindeki farklı uygulamaları inceleyerek ele alacağız.

193. Re-orienting Competition Law: A Complexity Perspective: Competition law is presently living its 'liminal moment'. Following the great soul-searching exercise imposed by the economic 'irritant' of the digital platform phenomenon the last decade, competition authorities had to weather the storm of the Covid-19 pandemic, while they have been recently confronted to the tidal wave of price hikes and inflationary trends. Furthermore, competition authorities around the world are beginning to deal with the sustainable development goals, not exclusively the environmental and climate change protection agenda, but also the social sustainability one, in particular with regard to the transformation and precarity of work in the digital 'gig' economy and the changes AI may bring to the relation between capital and labour as well as entrepreneurship. Finally, there are calls to enhance the role of industrial policy considerations in competition law enforcement, which if taken forward may jeopardize the policy autonomy of a field of law that has been at the centre of the effort of EU integration in recent decades. This simultaneous eruption of these different policy agendas the last five years, in combination with socio-economic developments that have challenged systemic resilience (a pandemic and accompanying economic crisis) may become vectors for significant changes, not only of the methodological and conceptual toolkit of competition law but also more broadly of its goals and overall role in the legal and regulatory system of the EU. The lecture will assess these developments and will put forward the various broader approaches/narratives that are currently in the making (by academia as well as competition officials around the world) in order to make sense of this new reality and to provide a (new) purpose or re- purpose the competition law enterprise. The lecture will particularly emphasise the influence of complexity science (as the new public policy science for competition law in the 21st century) in the emergence of this new competition law and policy equilibrium, and will undertake some legal foresight on the challenges to come.

194. Fiyatlandırma Algoritmaları - Nasıl çalışır? Ne zaman endişe yaratır? Nasıl ele alınmalıdır? Fiyatlandırma algoritmaları son yıllarda rekabet otoritelerinin ve uluslararası kuruluşların ilgi alanında yer alıyor. Geçtiniz aylarda Rekabet Kurumu da otomatik fiyatlandırma mekanizması uygulayan üç büyük e-ticaret platformu hakkında soruşturma başlatıldığını duyurdu. Böylelikle, sadece diğer ülkelerde değil, Türkiye'de de 2024 yılında fiyatlandırma algoritmaları rekabet hukuku tartışmalarının odağında yer alacağı benziyor. Bizler de tartışmaya hem hukuki hem de iktisadi açıdan katkıda bulunmak amacıyla bu çalışmayı hazırladık. Bunu yaparken de somut bir şekilde şu üç soruya cevaplar aradık: Fiyatlandırma algoritması nedir, nasıl çalışır? Hangi durumlarda danışıklık (anlaşma) açısından endişe potansiyeli taşıyabilir? Algoritmalara dair endişeler incelenirken, mevcut rekabet hukuku yaklaşımında bir değişime ihtiyaç var mıdır? Çalışmanın ilk bölümünde - her ne kadar çeşitliliği ve işlevselliği açısından zor olsa da - rekabet hukuku bakımından yaratabileceği endişelerin farkını ortaya koymak amacıyla fiyatlandırma algoritmalarını iki temel kategoride inceledik. Yeni gelişen literatüre de dayanarak bunları, (1) "kurala bağlı algoritmalar" ve (2) "öğrenen algoritmalar" olarak ikiye ayırdık. Daha iyi anlaşılması için de gerçek hayattan örneklerle pekiştirdik. Literatürde veya rekabet otoritelerinin raporlarında yapıldı gibi danışıklık türüne (sonuca) göre değil, algoritmaların tipine (kökene) göre bir

ayırım yapılmasının rekabet hukuku endişelerini daha iyi anlamamıza yardımcı olduğunu gördük. İkinci bölümde, algoritmalar konusunda en kritik kaygının fiyatlamaya dair danışıklık (anlaşma) olduğundan hareketle, algoritmaların danışıklıkta ilave bir rolü olup olmadığını ele aldık. Oyun teorisi üzerinden basit ve anlaşılır bir şekilde, danışıklığın kurulmasında ve sürdürülmesinde farklı türdeki algoritmaların olası etkilerini ortaya koymayı amaçladık. Yeni gelişen literatürü de dikkate alan bulgularımız, kurala bağlı algoritmalar ile öğrenen algoritmaların danışıklık için farklı etkileri olabileceğini gösterdi. Üçüncü bölümde ise algoritmalarla dair endişeler incelenirken, mevcut rekabet hukuku anlayışında bir değişime ihtiyaç olup olmadığını sorguladık. İlk iki bölümdeki çıkarımlarımız çerçevesinde, kurala bağlı algoritmalar açısından mevcut rekabet hukuku yaklaşımının korunması – anlaşmanın varlığının aranması, irade uyuşması vb. – gerektiği sonucuna ulaştık. Öğrenen algoritmalar için ise hem danışıklığın kurulması hem de sürdürülmesi bakımından mevcut rekabet hukuku anlayışının bir revizyona ihtiyacı olabileceğini gördük. Bu konuda yeni yapılan deneysel çalışmalara da değinerek, tartışmanın önümüzdeki süreçte rekabet otoritelerinin takınacağı tavır ile şekilleneceğine dikkat çektik.

195. Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Haksız Fiil Sorumluluğu Ekseninde Kurul Kararlarının Hukuka Aykırılık Unsuru Açısından “Bağlayıcı” Etkisi: Türk hukukunda ve mukayeseli hukukta rekabet otoriteleri tarafından verilen kararların rekabet hukukunun ihlalinden doğan tazminat davalarına etkisi, geçmişten bugüne süregelen kadim bir tartışmadır. Konu, özel hukuk yaptırımlarının kamusal yaptırımları tamamlayıcı işlevi ve etkinliği açısından büyük bir öneme sahiptir. Kurul kararının zarar ve nedensellik unsurları açısından bağlayıcı bir etkisi bulunmamakla birlikte, Türk hukukunda yasal zeminde mehz Avrupa Birliği hukukundan farklı bir seyir takip edilse de içtihatısal gelişim, ihlal tespiti içeren kesinleşmiş Kurul kararının hukuka aykırılık unsuru açısından de facto kesin delil teşkil edeceği yönündedir. Bu sebeple hukukumuzda takip eden dava modeli (follow-on actions) gelişim göstermiştir. İhlal tespiti içeren bir Kurul kararı, özellikle; (i) ihlalde bulunan teşebbüs/lerin kimliği, (ii) ihlalin kapsamı (=maddi içeriği), (iii) ihlalin coğrafi kapsamı ve (iv) zamansal gelişimi, diğer bir ifadeyle, ihlal dönemi hakkında belirleyici bir öneme sahiptir. Kurul kararı bu içeriği itibariyle adli mahkemeler tarafından yorumlanabilecek bir metin hüviyetindedir. Bununla birlikte 2020 yılı haziran ayı itibariyle hukuk sistemimize dâhil olan de minimis, uzlaşma ve taahhüt kurumları açısından konu incelenmeye ziyadesiyle değerlidir. İlk bakışta soruşturma süreci sonunda ihlal tespiti içeren bir Kurul kararı ile ihlalin soruşturmanın tarafı olan teşebbüs/ler tarafından kabulü anlamına gelen ve Kurul’un ihlal tespiti ile sonuçlanan uzlaşma kararının tazminat davalarında hukuka aykırılık unsurunu büyük ölçüde tartışma konusu olmaktan çıkartacağı söylenebilir. Bununla birlikte konu, taahhüt kararı açısından büyük ölçüde belirsizdir. Zira bir teşebbüs tarafından taahhüt sunulması, uzlaşmadan farklı olarak, ihlalin kabulü anlamına gelmediği gibi, Kurul da ihlalin varlığı ya da yokluğu hakkında açık bir tespitte bulunmaz. Bu aşamada söz konusu olan, rekabetçi endişenin varlığıdır. Şu hâlde taahhüt kararının tazminat davalarındaki delil değeri, ispat yüküne ve Yargıtay’ın hukuka aykırılık unsuru hakkındaki müstakar yaklaşımına etkisi başta olmak üzere, davacının omuzları üzerinde bulunan ispat sorunlarına çözüm ortaya konulması zorunluluğu ile karşı karşıya kalınmaktadır. Diğer taraftan, soruşturma sürecinin belirli taraf/lar bakımından uzlaşma ya da taahhüt ile sonuçlanmasının, soruşturma sürecinin olağan seyrinde tamamlandığı teşebbüsler hakkında açılan tazminat davalarındaki

değerlendirmeye etkisi de tartışılması gereken sorunlardandır. Yine, pişmanlık başvurusu sonucunda verilen Kurul kararının tazminat davalarına etkisi de sorgulanmaya muhtaçtır. Çalışmamızda öncelikle Türkiye’de rekabet hukukunun ihlalden doğan tazminat davalarının katettiği genel görünüm ve yasal düzenleme boşluklarının oluşturduğu sorunlara dair çözüm önerilerimizi ana hatları itibariyle paylaşacağız. Takiben, mukayeseli hukuk uygulamasını ve yargı tatbikatını da dikkate alarak, açık bir hukuka aykırılık tespiti içeren ve içermeyen tüm Kurul kararlarının tazminat davalarında hukuka aykırılık analizine etkisini değerlendireceğiz. Bunu yaparken her bir Kurul kararı özelinde örnek bir endüstri özelinde ihlal tespiti içeren, pişmanlık, uzlaşma ve taahhüt kararı ile sonuçlanan Kurul kararlarından seçilen örneklerle potansiyel tazminat uyuşmazlıklarının somut başarı şansını ele alarak, çalışmamızı tamamlayacağız.

196. Rekabet Hukuku İhlallerinden Doğan Tazminat Davaları Cephesinde Yeni Gelişme:

Yargıtay’ın Efe Kararı ve Çıkarımlar: Türkiye’de rekabet ihlallerinden doğan özel hukuk tazminat uygulaması AB ve özellikle ABD’nin aksine henüz gelişim aşamasındadır. Rekabet Kurulu’nun kamuoyunda 12 Banka Kararı olarak da bilinen 08.03.2013 tarih ve 13-13/198-100 sayılı kararı sonrasında açılan ve ülke genelinde sayısı binlerle ifade edilebilecek davalarda bu süreçte hükmedilen bazı tazminat kararları önemli kilometre taşları oluşturmuştur. Ancak, nihai olarak Danıştay İDDGK’nın, Ankara 2. İdare Mahkemesi’nin ihlal tespiti içeren Kurul kararına karşı açılan iptal davasında davayı redde direnilmesi yolundaki kararını bozması ve sonrasında ilk derece mahkemesinin bu karar gereği Kurul Kararı’nı iptal etmesi sonucunda özel hukuk tazminat uygulaması anlamında adli yargı safahatini tamamlayan ve bundan sonraki sürecin seyrine ilişkin çıkarımlar yapılmasına olanak sağlayan bir karara ilişkin beklentiler doğal olarak oldukça düşük bir düzeyde kalmıştır. Öte yandan, Rekabet Kurulu’nun rakı pazarında hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin verdiği ve ihlal tespiti içeren 12.06.2014 tarih ve 14-21/410 sayılı kararı sonrasında bir pazar oyuncusu tarafından rekabet ihlali nedeniyle zarara uğradığı iddiasıyla açılan tazminat davasında adli yargı basamakları tamamlanmış ve Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin oldukça yakın tarihli (24.05.2023) ve E. 2022/495 K. 2023/3224 sayılı kararıyla davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Yüksek mahkemenin bu yeni kararı, rekabet hukuku ihlallerinin özel hukuk uygulaması bağlamındaki sonuçları açısından önemli çıkarımlar yapılmasına elverişlidir ve kuşkusuz yeni hukuki tartışmaları da beraberinde getirebilecektir. Bu çalışmada, öncelikle rekabet ihlallerinden doğan özel hukuk tazminat uygulamalarına ilişkin belli başlı yargı çevrelerindeki ve Türkiye’deki duruma ilişkin genel bir değerlendirmeye yer verilecek, ardından yukarıda işaret edilen yüksek mahkeme kararı özelinde, yargılamanın safhaları da göz önüne alınarak, Yargıtay kararlarına göre davanın açılacağı aşama, davanın tarafları, yetki, zaman aşımı, tazminat talebinin hukuki formülasyonu, zararın hesaplanmasında benimsendiği düşünülen yaklaşım, zararın kapsamı, manevi tazminat talebinin rekabet ihlali ile ilişkisi tartışılacak ve geleceğe yönelik çıkarımlara yer verilecektir.

197. Recent Developments in Competition Policy on Digital Markets in the EU and

Germany: The session will cover the political underpinnings and general change in the approach by competition authorities worldwide towards Big Tech. It will in particular give an overview on the EU Digital Markets Act as well as its relation to EU abuse of dominance law.

In addition, recent developments in law and practice in Germany with regard to digital gatekeepers will be analysed.

198. Unraveling the Legal Nexus: Personalized Pricing and EU Competition Law: The rapid expansion of algorithm-driven business practices and the utilization of big data are fuelling the emergence of the digital economy, causing significant transformations. One such practice is personalized pricing, which involves variable pricing for identical goods or services based on consumer and market information. This has prompted legal authorities to establish regulations governing this practice. However, its implications under European Union (EU) competition law remain unclear. Within the EU, the abusive actions of dominant market players are governed by Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). Assessing the impact of abusive behaviours on EU competition law is crucial because studies on the effects of personalised pricing on the market and consumer welfare yield ambiguous results. While personalized pricing can benefit certain consumer segments and foster competition, it also has the potential to harm rivals and exploit consumers. Thus, ex-ante regulation of personalized pricing as a violation of EU competition law might hinder its positive effects on the market and consumer welfare. However, due to its potential for abuse, analysing the legal context of personalized pricing within EU competition law is significant. It can be employed abusively in various ways. This paper specifically explores and conceptualises the relationship of personalised pricing with excessive pricing and predatory pricing as breaches of Article 102 TFEU. Despite its importance to the functioning of competitive markets, these connections have received insufficient attention in EU competition law discussions. The paper first debates whether personalized pricing facilitates predatory pricing by reducing the risk of predatory strategies and increasing the recoupment ability of undertakings during the predatory phase. Then, it discusses the relationship between excessive pricing and personalized pricing conducted through scenarios in which excessive pricing, combined with personalized pricing, benefits abusive undertakings while detrimentally affecting the market, consumers, and competitors, and examines the potential effects that excessive pricing through personalized pricing might lead to in the market. Therefore, this paper addresses the ambiguity surrounding personalized pricing within EU competition law. When personalized pricing leads to anticompetitive behaviour, it argues for considering it a breach of Article 102 TFEU under predatory pricing or excessive pricing terms. Conversely, in cases where it does not result in such practices, the paper advocates allowing personalized pricing as a legitimate competitive strategy. By examining the potential alignment of personalized pricing with predatory pricing and excessive pricing, the paper sheds light on an overlooked aspect of EU competition law and provides a framework for understanding when personalized pricing might cross into anticompetitive territory or remain a valid market practice.

199. Sustainability, Inequality, and Antitrust: Elegance does not sit well with competition law. It is not in the DNA of a discipline that is a political construct, intrinsically prone to ideological shifts, and shaped by a compound of societal variants. The tensions between the messy nature of antitrust on the one hand and the need for consistency and objectivity on the other foster an intrinsic existential 'permacrisis'. The discussion around whether competition policy should take non-economic goals into account is rich and prolific. It is a dispute between

those who are willing to sacrifice validity for the sake of reliability, and it leads to oscillations between workability and predictability. The acceptance that competition law can never be fully purified triggers an intense battle of policy goals. Not only can non-economic purposes run counter to efficiency; they may also clash with one another, thus potentially affecting antitrust in opposed fashions. Two concerns of global dimensions increasingly prominent in the goal discussion illustrate this tension: rising wealth inequality and the plight for sustainability. On the one hand, the alarming upward trend in wealth concentration has been linked to issues competition law may have the power to tackle, such as the intensification of unchallengeable market power. On the other hand, as pressure mounts on the business community to take action to mitigate climate change, it seems politically unacceptable to compel companies to invest in green initiatives if there is a risk that these might be punishable under competition law. From this perspective, more competition law enforcement is usually invoked as a means to help narrow the wealth gap, while less antitrust intervention is often portrayed as the best way to enable environmentally friendly collaborations. Despite the predominance of the more antitrust / less antitrust, it paints an incomplete picture. Wealth equality and sustainability need not, and most often do not, exert opposite forces on competition policy. In this seminar, we aim to construct a consistent path for competition policy to embrace non-economic goals without losing sight of its pivotal role in safeguarding the proper functioning of markets. Through a careful comparison of the US and EU regimes, and drawing on legal theory, we consider how environmental and equality considerations have shaped and influenced antitrust enforcement. On this basis, we will question the merits of the calls for laxer antitrust enforcement, and expound how robust enforcement may provide adjuvant protection to non-economic goals. We will explore strategies to maximize antitrust's social "ripple effect" within the boundaries of current antitrust policy. To assess these fundamental questions, the seminar will first consider whether there is any room for social pursuits in the (efficiency-focused) ideological framework that underpins contemporary antitrust policy. Thereafter, the two main routes for balancing competition and non-competition goals—less antitrust and robust enforcement—will be scrutinized. Finally, we will foster a critical reflection among the participants and build normative and policy proposals.

200. Non-Competition Interests in EU Antitrust Law: An Empirical Study of Article 101

TFEU: This book is the first to empirically examine the role of non-competition interests (public policy) in the enforcement of the EU's prohibition on anti-competitive agreements. Based on an original quantitative and qualitative database of more than 3,100 cases, this book records all of the public enforcement actions of Article 101 TFEU taken by the European Commission, EU Courts, and the national competition authorities and courts of five representative member states (France, Germany, Hungary, the Netherlands, and the United Kingdom). The book not only exposes explicit tools in which noncompetition interests played a role but also sheds light on the 'dark matter' of balancing, namely invisible forms of balancing triggered by the institutional and procedural setup of the competition enforcers. Moreover, it contributes to the empirical-legal study of various other aspects of EU competition law enforcement, such as its objectives, the more economic approach, decentralised enforcement, and the functioning and success of Regulation 1/2003.

201. Kaba Kuvvet ile Hukuk Ayırımında Türk Rekabet Ceza Politikasının

Değerlendirilmesi: “Rekabet hukuku, ceza muhakemesi hukukunun güvencelerini, serbest piyasa rekabetine yönelik ihlalleri en etkili biçimde önlemek amacı üzerine yeniden inşa etmeye başladığı anda, muhakeme hukukunun temel ilkeleri, rekabet hukukunda kendine yer bulamaz oldu. Böylelikle, rekabet hukuku, hukuk devleti pahasına işletilen bir ceza politikasına dönüştü (Baur/Holle (ZWeR, 2022/4) S. 467).” Bir kimseyi cezalandırmak konusunda çete ile devleti birbirinden ayıran en önemli iki husus; cezanın, cezalandırılana yönelik haklılaştırılabilirliği olması ve cezalandırılanın, bu cezalandırma gücünü kullanırken deontolojik -fayda ve etkinlik analizinden bağımsız- sınırlara tabi olmasıdır. Kısacası, cezalandırıcı hukuku, kaba kuvvetten ayırabilmemizi sağlayan, “cezalandırılana karşı haklılaştırılabilirlik” ve “devletin tabi olduğu deontolojik sınırlar”dır. Giriş cümlesinde paylaşılan Baur/Holle’nin Alman rekabet hukukuna yönelik eleştirisinin temelinde, Alman rekabet otoritesinin, bilgi ve belge isteme yetkilerini genişleten Alman Rekabet Kanununun Değiştirilmesi Hakkında Kanun yer alır. Yazarlar, tüzel kişiler ile gerçek kişiler arasında nemo tenetur ilkesi yönünden muhakeme güvencelerinin farklılaştırılmasını “hukuk devleti pahasına işletilen ceza politikası” ifadesiyle sert biçimde eleştirmiştir. Bu haklı eleştiriden yola çıkarak, Türk rekabet (kabahat ve ceza) hukukunun, kaba kuvvet ile hukuk ayırımı ekseninde yeniden düşünülmesi zorunludur. Nitekim, Anayasa Mahkemesinin (AYM), devletin serbest piyasa rekabetini sağlamaya yönelik ödevinin, teşebbüslerin işletme özgürlüğü, kişilerin özgürlük ve güvenlik haklarından daha ağır bastığını gerekçelendirdiği Ford Otomotiv Kararı (Başvuru No. 2019/40991), yürürlükteki hukukta Türk rekabet ceza politikasının, hukuk devleti pahasına işletiliyor olduğunun itiraf edilmesinden öteye geçememiştir. AYM, kanunilik ve ne bis in idem ilkeleri yönünden yetersiz inceleme yapmıştır ve RKHK m. 14, 15’te düzenlenen soruşturma işlemlerinin anayasaya aykırılığını, düştüğü yanılgı nedeniyle sadece Anayasa m. 21/1’de düzenlenen konut hakkı çerçevesinde değerlendirmiştir. Bu çalışmayla yanıtlanması amaçlanan soru şudur: “Türk rekabet ceza politikası, hukuk devleti pahasına mı işletilmektedir?” Bu soruyu yanıtlayabilmek için öncelikle sorunlu alanlar belirlenecektir. Bu alanlar, cezalandırılan ya da ceza iddiası yöneltilen teşebbüslere karşı bu cezanın ya da iddianın dayanak teşkil ettiği zor kullanımının “haklılaştırılabilirliği” ile devletin, rekabet ceza politikasının “deontolojik sınırları”dır. Bunlar bakımından ortaya şu sorular çıkmaktadır: (i) Rekabet soruşturmalarında, rekabet kabahati işlediği şüphesi altında bulunan gerçek ya da tüzel kişilere yönelik nemo tenetur ilkesi nasıl uygulanacaktır? (ii) Rekabet soruşturmalarında, “hukuka aykırı delil” söz konusu mudur? (iii) Rekabet kabahati işlediği şüphesi altında bulunan gerçek ya da tüzel kişilerle “uzlaşma” adı altında, bu kişilerin ikrar ve yargı yolu güvencesinden feragat etmeleri karşılığında ceza indirim yapılması, hukuk devleti ilkesine uygun mudur? (iv) Rekabet kabahati işlediği gerekçesiyle cezalandırılan ya da rekabet kabahati işlediği iddiası karşısında aklanan teşebbüslere yönelik verilen kararlara, “maddi anlamda kesin hüküm” etkisi tanınabilecek midir? (v) Rekabet hukukunda yasallık ve kusur ilkesine “ne ölçüde” ve “hangi kapsamda” geçerlilik tanınmaktadır? Bu beş sorunlu alan her ne kadar birbirinden ayrı gözükseler de temelde “cezanın haklılaştırılabilirliği” ve devletin “deontolojik sınırları” yönünden kesişmektedir. Nemo tenetur, ne bis in idem, kusur ve yasallık ilkeleri devletin ceza politikasının sınırlarını çizerken, hukuka uygun delil, teşebbüsün “uzlaşma” adı altında cezalandırılmasına “rıza” göstermesi, haklılaştırma konusuna dairdir. Bu sorunlu alanlar üzerinden Türk rekabet ceza politikası muhakeme hukuku yönünden değerlendirilirken, gerekli çözüm önerileri de sunulacaktır.

202. Rekabet Hukuku Işığında Devlet Yardımları ve AB Yabancı Sübvansiyonlar

Düzenlemesi: Serbest piyasa ekonomisinin anayasası olarak değerlendirebileceğimiz rekabet hukuku kuralları, piyasadaki faaliyet gösteren firmaların milliyeti ya da sunulan ürünlerin menşei (ithal olup olmadığı) ile ilgilenmez. Hatta bu ekonomik sistemin atası Adam Smith'in Ulusların Zenginliği adlı kitabı, bununla uyumlu olarak, dış ticarete korumacılığın nedenli etkinsiz ve refah bakımından manasız olduğunu tartışır. Ancak piyasada adil rekabetin sağlanması ve rekabet kurallarının iyi işlemesi için o ülkedeki hukuki altyapının daha doğru bir ifade ile rekabet politikasının da piyasa yapısını dengelemesi gerekir. Örneğin haksız rekabet kuralları iyi işlemezse bu kez bunu ihlal eden teşebbüsler etkin olan rakiplerini dışlayabilirler. Ya da ayrımcı devlet yardımları benzer sonuçları doğurabilir, hatta ithalatta haksız rekabet anlamında dampingli satışlar veya sübvansiyonlar yıkıcı fiyata benzer etkiler doğurabilir. İşte bu anlamda DTÖ çerçevesinde ortaya çıkan ithalatta haksız rekabet mevzuatına yakalanmayan birtakım uluslararası ticaret uygulamalarının Avrupa Birliği'nde ("AB") piyasaları olumsuz etkileyebileceğini gören AB bunlara yönelik yeni bir düzenlemeyi devreye almış durumda. Bu anlamda takvimler 12 Ocak 2023 tarihini gösterdiğinde, AB'de de ülkemizi de yakından ilgilendiren yabancı kaynaklı mali sübvansiyonları düzenlemek amacıyla önemli bir adım atarak Yabancı Sübvansiyonlar Yönetmeliği'ni (Foreign Subsidies Regulation- "FSR") yürürlüğe koydu. Devlet yardımları, birleşme ve devralmaların kontrolü, kamu ihaleleri ve uluslararası ticaret kuralları gibi pek çok konuyu düzenleyen FSR, AB iç pazarında adil bir rekabet ortamının korunmasına hizmet edecek olup, AB'de faaliyet gösteren tüm işletmeleri ilgilendirmektedir. 12 Temmuz 2023 tarihinde ise FSR uygulamaları büyük ölçüde hayata geçirilmiştir. Dolayısıyla, Türkiye başta olmak üzere AB ile yatırım ve ticaret ilişkisi içinde bulunan ülkeler açısından FSR uyum çalışmaları kritik duruma gelmiştir. FSR genel olarak değerlendirildiğinde AB dışında yer alan üçüncü devletlerin sağladığı mali sübvansiyonlara ilişkin denetim boşluğunu (regulatory gap) büyük ölçüde giderecek bir mekanizma sağladığını söylemek mümkündür. FSR uluslararası ticaret ve rekabet alanında yeni ve önemli bir düzenlemeyi temsil ederken, AB iç pazarında adil bir rekabet ortamını koruma amacını taşımaktadır. Bu bağlamda, çalışmamız ilk olarak FSR uygulamasının hukuki temellerini ele alacak ve AB müktesebatındaki işlevini irdeleyecektir. Ek olarak, AB'yi bu uygulamaları yürürlüğe sokmaya yönlendiren hukuki ve iktisadi faktörlere de değinilerek FSR'ın rekabet hukuku içerisindeki yeri ele alınacaktır. Ayrıca, FSR kapsamında Komisyon'un işlevi ile görev ve yetkileri somutlaştırılacaktır. FSR'ın Türkiye üzerindeki etkilerini de ele alan çalışmamız kapsamında yükümlülüklerini yerine getirmeyen teşebbüslere karşı alınabilecek önlemler incelenecektir. Bu kapsamda özellikle gerçekleşen/tamamlanan işlemler bakımından ilgili eşiklerin aşılması durumunda Komisyon'a yapılacak olan bildirim yükümlülüğü incelenecektir. Komisyon'un önceden onay alınmaması durumunda tarafların toplam dünya cirolarının %10'una kadar para cezası kesme yetkisi ile resen soruşturma açma, düzeltici önlem alma, devralmanın geri alınması veya kamu ihalesinin iptal edilmesi, Ar-Ge sonuçlarının yayımlanması, mali sübvansiyonların faiziyle birlikte geri ödenmesi ve/veya idari yapıların yeniden düzenlenmesi gibi yetkileri de çalışma kapsamında ele alınacaktır. Son olarak Türkiye'de devlet yardımlarına yönelik mevcut mevzuat ve etkinliği ile FSR benzeri bir mevzuata ihtiyaç duyulup duyulmadığı üzerinde durulacaktır.



203. Rekabet Hukukunda Bir İkilem: İkili Dağıtım Modelleri: Klasik dağıtım modellerinden farklı olarak, ikili dağıtımda üretici ve dağıtıcı arasında hem dikey hem de yatay ilişki bulunmaktadır. Nitekim rekabet hukuku perspektifinden ikili dağıtıma rengini veren unsurun bu olduğu söylenebilecektir. Tam olarak da bu unsur, ikili dağıtım bağlamında gerçekleşen teşebbüsler arası anlaşmaların nitelendirilmesi sorununu doğurmaktadır. 2002/2 Sayılı Tebliğ ve Avrupa Birliği mevzuatındaki Dikey Anlaşmalar Tüzüğü (VBER) gibi düzenlemelerde ikili dağıtım ilişkilerinin hangi şartlarda dikey muafiyetten yararlanacağı düzenlenmektedir. Bununla birlikte, bu durumda bile grup muafiyetinin dışına çıkan sınırlamaların söz konusu olması ya da sözleşmenin başka sebeplerden muafiyetten yararlanmaması durumunda ortaya bir gri alan çıkmaktadır. Örneğin sağlayıcı tarafından dağıtıcıya getirilen satış fiyatı dayatması ya da müşteri veya bölge sınırlaması, ikili dağıtımda gerçekleştiğinde, bir dikey kısıtlama olarak mı kabul edilecektir yoksa bir kartel anlaşması mı? Aynı şekilde bu dağıtım modeli çerçevesinde teşebbüsler arasında cereyan eden bilgi değişimlerinin hukuki akıbeti konusunda tartışmalar bulunmakta olup, bu konu şirketlerin dağıtım sistemleri kapsamındaki uyum çalışmaları için özel bir hassasiyet yaratmaktadır. Yanıtları ilgili teşebbüsler yönünden önemli sonuçlar doğuracak bu soruların genel geçer bir yanıtı bulunmamaktadır. Nitekim, Türk Rekabet Kurulu, birçok geçmiş kararında ikili dağıtım sistemlerini dikey perspektiften inceleme konusunda istikrarlı bir duruş sergilemişse de benzer durumlarda yabancı otoritelerin bununla zıtlaşan kararları da bulunmaktadır. Konuya ilişkin genel bir inceleme yapıldığında, somut vaka özelinde dikey ya da yatay yaklaşımının öne çıkabildiği gözlenmektedir. Bu konuda bir sonuca varılırken, tedarik zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren ve inceleme konusu teşebbüsler arasında iş birlikçi sonuç yaratmaya yönelik bir irade uyumunu mu yoksa üst seviyeden alt seviyeye uygulanan bir baskı mı olduğu hususunun çeşitli kriterler ışığında irdelendiği görülmektedir. Bu değerlendirmede ilgili pazarın nasıl tanımlanacağı gibi belirli rekabet hukuku araçlarının nasıl kullanıldığı da önemli olabilmektedir. Eldeki zengin tartışmaya son dönemde tekrar güncellik kazandıran bir gelişme de VBER ve AB ilgili dikey kılavuzunda, ikili dağıtım kapsamında gerçekleşen bilgi değişimlerinin detaylı bir biçimde incelenerek, bazı durumlarda ikili dağıtım sistemleri nezdinde sağlayıcı ve dağıtıcı arasında gerçekleşen bilgi değişimlerinin dikey düzlemin dışına çıkacağı açıkça teyit edilmesidir. Nitekim, mehz AB hukukundaki bu değerlendirmelerin Türkiye ve AB ekolünü izleyen diğer ülkeler için de etkili olması beklenebilecektir. İşbu tebliğimizde gerek Rekabet Kurulu'nun gerekse yabancı rekabet otoritelerinin ikili dağıtım çerçevesinde ortaya çıkan rekabet sorunlarına yaklaşımı ilgili dosyalar üzerinden tahlil edilecek ve değişik yargı çevrelerindeki yaklaşım farkları ortaya koyulacaktır. Buna ek olarak, özellikle VBER'in ilgili hükümleri ve bunlara ilişkin VBER'in nihai hale gelme süreci ve sonrasında ortaya çıkan tartışmalar üzerinden, ikili dağıtım sistemleri kapsamındaki bilgi değişimlerinin değerlendirilmesine ve özellikle uyum perspektifinden dikkat edilmesi gereken hususlara ilişkin detaylı bir inceleme yapılacaktır. Son olarak, özellikle yatay perspektifin öne çıktığı vakalara ilişkin bir eleştiri yapılacak ve ikili dağıtımın dikey yönünün analiz açısından öne çıkması gerektiği yönündeki görüşümüz savunulacaktır.

204. Geçici Tedbirin Teorideki ve Kurum Uygulamasındaki Amacı Farklılaşıyor mu?

Geçici tedbir kurumu, rekabet açısından yakın bir tehlikeyle başa çıkmak, rekabet soruşturmaları esnasında piyasa koşullarını korumak ve rekabet hukuku uygulamasının genel etkinliğini artırmak için tasarlanmış önemli ve kuvvetli bir araçtır. İlgili kurumun, rekabet



otoritelerinin elindeki kuvvetli bir araç olmasına binaen gerek ulusal gerek yurtdışındaki mevzuatlarda oldukça katı şartlara tabii tutulmuş ve uygulanması teknik olarak istisnai kabul edilmektedir. İstisnai niteliği sebebiyle Avrupa Komisyonu (“Komisyon”), özellikle Avrupa Adalet Divanı’nın mevzuatta aranan şartları detaylı bir şekilde incelediği ve bu sebeple iptal ettiği IMS Health kararından sonra uzun yıllar boyunca, geçici tedbire mesafeyle yaklaşmıştır. Öteki taraftan, dijitalleşmenin artması ve dijital piyasaların rekabet hukuku bakımından gün geçtikçe daha fazla endişe doğurmasıyla birlikte Komisyon bu konuya ilişkin yaklaşımını değiştirmiştir. Nitekim, Margrethe Vestager 2017 yılında yaptığı açıklamada geçici tedbir uygulamalarına yeşil ışık yakmış ve bu konuda tabiri caizse elini korkak alıstırmayan Fransız Rekabet Otoritesi’nin/Autorité de la Concurrence) örnek alınabileceğini ifade etmiş ve ilgili açıklamadan iki yıl sonra Komisyon yirmi yıl sonra ilk defa geçici tedbir uyguladığı Broadcom kararını yayımlamıştır. Bu doğrultuda, aynı yıl Vestager dijital pazarların dinamik olduğu ve soruşturma süreci sırasında yaşanan değişiklikler nedeniyle soruşturmanın başlangıcında beklenen veriminin nihai kararlarla alınamayacağı endişelerini dile getirmiştir. Öteki taraftan, aranan şartların bakımından bir mevzuat değişikliği olmaması ve Komisyon’un ilgili prosedürü usul ekonomisi bakımından ek bir külfet olarak görmesi nedeniyle, geçici tedbir Komisyon tarafından halen sıklıkla başvuru bir usul değildir. Türkiye’deki uygulamaya bakıldığı zaman ise, Rekabet Kurumu’nun (“Kurum”), son üç yıllık süreçte, giderek artarak geçici tedbir uygulamasına başvurduğu görülmektedir. (Bkz. Perakendeciler, Trendyol, Krea, Meta, Nesine, Mackolik kararları. Konuya ilişkin kararlar incelendiği zaman, kararların oldukça kısa olduğu, geçici tedbir şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği bir yana şartların değerlendirilmediği, ilgili kararların soruşturmanın en erken safhalarında verilebildiği ve 4054 sayılı Kanun’un 9/4. maddesinde aranan şartlardan biri olan “ihlalden önceki durumu tesis etme”nin ötesinde tedbirlere hükmedildiği gözlenmiştir. Yukarıda sıralanan gözlemler geçici tedbirin mevzuattaki amacı dışında uygulanıp uygulanmadığı konusunda merak uyandırmaktadır. Bu kapsamda, Rekabet Kurul’un geçici tedbir uygulamasının nihai kararlarla birlikte verilen tedbirler veya taahhülle alınması beklenen faydalara hizmet edebileceği düşünülmektedir. İlk olarak, geçmiş kararlarda, geçici tedbirle birlikte nihai kararlarla birlikte elde edilmesi beklenen sonuca yönelik tedbirler verildiği dikkat çekmektedir. Bu durumda soruşturmaların erken safhalarında otoritelere müdahale imkânı tanıyan bu kurum, teşebbüsler üzerinde orantısız yük oluşmasına, teşebbüslerin savunma hakkının ve mülkiyet hakkı, sözleşme özgürlüğü gibi temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesine neden olabilmektedir. Bununla birlikte, geçici tedbir uygulaması bakımından Kurul’un Komisyon gibi geniş bir inceleme yapmadığı göz önüne alındığında, soruşturmaya konu uygulamaların rekabet açısından olumlu etkilerinin de yok olmasına sebep olabilmektedir. İkinci olarak, Kurul’un taahhüt uygulamasına teşebbüsleri teşvik etmesi ve her geçen yıl taahhüt kararlarındaki sayının artması da geçici tedbir yoluyla teşebbüslerin taahhüde teşvik edilmediği sorusunu gündeme getirmektedir. Zira, geçici tedbir kararlarında hükmedilen tedbirler geçici olarak uygulanmaktan ziyade taahhüt mekanizması kapsamında sunulmaya daha yakındır. Nitekim, Krea geçici tedbir kararından sonra şirketin taahhüt sunması da bu duruma işaret etmektedir. Kurul’un kararları 9/4. maddedeki şartlar ve Avrupa’daki uygulama bakımından değerlendirilecek, geçici tedbir, taahhüt ve nihai kararlarla verilen tedbirlerin benzerlikleri ve farklılıkları ele alınacak ve geçici tedbirin başka amaçlarla kullanılıp kullanılmadığı ve bu uygulamanın olası sonuçlarına yanıt aranacaktır. Bu tartışmalar kapsamlı ve karşılaştırmalı hukuk perspektifinden ele alınacaktır.

205. **Bilgisayımsal Antitröst: Rekabet Hukuku Uygulamasında Yeni Bir Çağın Başlangıcı:**

Bilgisayımsal antitröst (computational antitrust), rekabet hukuku alanında, teknolojinin getirdiği yenilikçi yöntemlerin ve araçların uygulanması suretiyle, uygulamanın daha etkin hale getirilmesi sürecini ifade etmektedir. Bu sayılanlarla sınırlı olmamak üzere, rekabet hukuku uygulamasını ilgilendiren i) piyasa şartları ile teşebbüs eylem ve davranışların tespiti, analizi ve bu alanda gerekli tedbirlerin uygulanması, ii) yoğunlaşma kontrolünün etkin bir şekilde gerçekleştirilmesi, iii) bu alandaki hukuki hizmetlerin sunumunun daha etkin hale getirilmesi, iv) rekabet hukuku alanındaki inceleme süreçlerinin teşebbüsler ve otoriteler bakımından daha hızlı ve verimli hale getirilmesi gibi unsurlar bilgisayarlı antitröstün temel amaçlarını teşkil etmemektedir. Bilgisayımsal antitröst alanının yükselişi ve bu alanda artan teknolojik entegrasyon, rekabet otoritelerinin ve hukuk firmalarının işleyiş metodolojilerinde önemli dönüşümleri tetiklemektedir. Bu bağlamda bilgisayarlı antitröstün önemi, iktisat bilimi ve pazar dinamiklerinin anlaşılmasındaki karmaşıklığın artmasıyla paralel olarak giderek artmaktadır. Bu çalışma, bilgisayarlı antitröstün, rekabet hukukunun uygulanışına nasıl entegre edildiğini ve bu entegrasyonun hukuk pratiğini nasıl dönüştürdüğünü analiz etmektedir. Günümüz rekabet hukuku uygulamasında karşı karşıya kalınan yeni zorluklar ve bu zorluklara karşı bilgisayarlı antitröstün sunabileceği çözümler incelenirken, aynı zamanda yapay zekâ, otomatik karar verme sistemleri, bilgisayarlı birleşme incelemeleri (computational merger review), belge otomasyonu, kartel taraması (cartel screening) ve elektronik keşif gibi araçların yarattığı yeni fırsatlar ve karşılaşılan zorluklar ele alınmaktadır. Bu yeni teknolojiler, rekabet hukukunun temel fonksiyonlarını, yani rekabet karşıtı uygulamaları tespit etme, analiz etme ve bu uygulamalara müdahale etme yeteneklerini genişletmektedir. Çalışmanın kapsamı, bu teknolojik araçların rekabet hukuku uygulamalarına nasıl entegre edildiğini ve bu entegrasyonun hem rekabet otoriteleri hem de hukuk firmalarının operasyonları üzerindeki etkilerini derinlemesine irdelemektedir. Bu kapsamda, söz konusu teknolojik yeniliklerin rekabet hukuku uygulamalarına adaptasyonunun yanı sıra, geleneksel hukuk pratiklerinin dönüşümü ve bu dönüşümün rekabet hukukunun geleceği üzerindeki etkileri analiz edilmektedir. Ek olarak, çalışma, rekabet hukuku alanında danışmanlık hizmetlerinin sunulmasını etkinleştirmek üzere kullanılacak teknoloji araçlarını da örneklenirerek incelemektedir. Bilgisayrımsal antitröst alanında yapılan öncü çalışmalara ışık tutmak üzere, Stanford Üniversitesi Codex Merkezi'nin Bilgisayrımsal Antitröst Projesi gibi öncü girişimler ve bu projenin sağladığı verilere de çalışma kapsamında değinilecektir. Çalışma, bilgisayarlı antitröstün rekabet hukukunun geleceğindeki rolünü ve bu alandaki teknolojik gelişmelerin etkilerini farklı boyutlarıyla ortaya koymaktadır. Ayrıca, bu teknolojik gelişmelerin, rekabet hukukunun uygulanmasında nasıl bir dönüşüm yarattığını ve bu dönüşümün hukuk profesyonelleri, rekabet otoriteleri ve piyasa oyuncuları için ne anlama geldiğini değerlendirmektedir. Çalışma, bilgisayarlı antitröstün sunduğu fırsatları ve karşılaşılan zorlukları, hukuk ve teknolojinin kesişim noktasında, multi-disipliner bir perspektifle analiz etmekte ve bu alandaki ilerlemenin rekabet hukukunun geleceği üzerindeki olası etkilerine değinmektedir.

206. **Rekabet Hukukunda Hukuka Aykırı Delil Uygulamalarına İlişkin Tartışmalar:**

Anayasa'nın 38. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan "Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez." hükmü uyarınca, delillerin elde edilişi sırasında

herhangi bir şekilde hukuk aykırılığın yapılmış olması, söz konusu delillerin hükme esas alınmasına kesin bir şekilde engeldir. Söz konusu Anayasa hükmü, her ne kadar yalnızca ceza yargısına ilişkin gibi görünse de, tüm yargı çeşitleri bakımından geçerlilik taşıyan bir düzenleme konumundadır. Rekabet ihlalleri, Kabahatler Hukuku kapsamında değerlendirilmekle birlikte, başta karteller olmak üzere bu ihlaller karşısında uygulanan yaptırımların ağırlığı, yüksek yargı organlarının içtihadına da yansıdığı üzere, konunun ceza hukuku ekseninde değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla gerek ceza gerekse medeni yargılama hukukunda Anayasa ile teminat altına alınmış olan “hukuka aykırı delillerin kabul edilemezliği” rekabet hukuku açısından da temel bir ilke teşkil etmektedir. İşbu Çalışma’da, öncelikle hukuka aykırı delil kavramına yer verilecek ve AİHM, Anayasa ve Danıştay kararlarında bu kavramın nasıl ele alındığı incelenecektir. Ardından geniş bir uygulama alanı bulan bu ilkenin sınırları rekabet hukuku uygulamasında Kurul’un delil elde etme yetkisine ilişkin tartışmalar ile sınırlandırılacaktır. Bu doğrultuda; yetki belgelerinin kapsamı, tesadüfi delil, Kurum meslek personelinin statüsü, kişisel cep telefonlarının (kişisel cihazların) incelenmesi, avukat-müvekkil yazışmalarının durumu, yerinde inceleme işleminin konut dokunulmazlığı hakkı ile olası çatışmaları, rıza dışında elde edilen ses ve görüntü kayıtları gibi tartışmalı alanlara ilişkin değerlendirmelerde bulunulacaktır.

Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri 2025

207. Rekabet Hukukunda 2024 Yılında Yaşanan Gelişmelerin Değerlendirilmesi ve 2025

Yılına Bakış: Seminer programının ilk haftasında rekabet hukukunda 2024 yılında yaşanan gelişmelerin değerlendirileceği, soru ve cevap şeklinde yürütülecek olan bir panel düzenlenecektir. Bu çerçevede iş gücü piyasalarındaki rekabet hukuku uygulamaları, Rekabet Kurulunun dijital piyasalara ilişkin incelemeleri, mevzuat değişiklikleri, uzlaşma ve taahhüt kurumlarının uygulama alanı, Rekabet Kurulunun güncel soruşturmaları ve verdiği önemli kararlar ve rekabet hukukuna ilişkin idari yargıda yaşanan gelişmeler gibi konular ele alınacaktır. Panelistler aynı zamanda bu gelişmeleri dikkate alarak, 2025 açısından beklentilerini aktaracaktır.

208. İş Gücü Piyasalarındaki Rekabet İhlallerine Yönelik Kılavuz Işığında Rekabet

Hukukunun İş Gücü Piyasalarındaki Etkisi: İş gücü piyasalarında insan kaynaklarına yönelik rekabet sınırlamaları, özellikle son yıllarda pek çok rekabet otoritesinin odaklandığı konulardan biri hâline gelmiştir. İlgili kısıtlamaların en belirgin örneklerinin yatay anlaşmalar bağlamında görüldüğü tespit edilmiş; arz piyasalarında “fiyat tespiti” ve “pazar paylaşımı” anlaşmalarının bir yansıması olarak değerlendirilen “ücret belirleme” ve “çalışan ayartmama” anlaşmaları, rekabet otoritelerinin gündemine yerleşmiştir. İş gücü piyasasının kendine özgü dinamikleri de rekabet otoritelerinin bu alana yaklaşımını ilgi çekici kılmaktadır. Nitekim emeğin üretimde bir girdi olarak kabul edilmesi, bu girdinin alıcılarının rekabete aykırı davranışlarının bir “alım karteli” oluşturabilmesi ve bu alım kartelinin tüketici refahına etkilerinin farklı bir analize tabi olması; ekonomi merkezli değerlendirmeden ötede, aynı zamanda işçi psikolojisi gibi sosyal unsurların da rekabet otoriteleri tarafından dikkate alınmasını gerekli kılmıştır. Böylece iş gücü piyasaları, rekabet hukuku açısından önemli bir çalışma alanı hâline gelmiştir. Federal Trade Commission (FTC) ve Department of Justice (DoJ)

tarafından 2016'da yayımlanan Antitrust Guidance, "ücret belirleme" ve "çalışan ayartmama" anlaşmalarını per se ihlal olarak tanımlamıştır. Amerika gibi liberal bir antitröst politikası izleyen bir ekolün bile bu kadar sıkı bir tutum benimsemesi ve mahkemelerin de zamanla bu yaklaşımı kabul etmiş olması, iş gücü piyasasının birey temelli, kendine özgü dinamiğini açıkça ortaya koymaktadır. Benzer şekilde, Avrupa Komisyonu'nun yakın zamanda yayımladığı bir Policy Brief de iş gücü piyasasındaki bu tür anlaşmaları "amaç bakımından ihlal" olarak nitelemekte ve etki analizi yapılmasına gerek olmadığını vurgulamaktadır. ABD ve Avrupa'ya paralel olarak Japonya, Brezilya, Kanada, Singapur, Çin, Peru, Birleşik Krallık, İsviçre ve İskandinav ülkelerinin de benzer şekilde katı bir tutum sergilediği görülmektedir. Rekabet Kurumu da son yıllarda iş gücü piyasasına yönelik soruşturmasını sıklaştırmış; bu piyasaları değerlendirdiği kararlarda içerikli değerlendirmelere yer vermiştir. Bunu takiben de Rekabet Kurumu, 21.11.2024 tarihinde "İş Gücü Piyasalarındaki Rekabet İhlallerine Yönelik Kılavuz"u yayımlamıştır. Kılavuz, diğer rekabet otoriteleri paralel bir yaklaşım benimsemekte olup (i) yatay anlamda ücret belirleme ve çalışan ayartmama anlaşmalarını "amaç bakımından ihlal" olarak değerlendirmekte, (ii) bilgi değişiminin amaç veya etki bakımından ihlale yol açabileceğini belirtmekle birlikte ihlal kapsamı dışında kalabilecek bilgi değişimleri için koşullar belirlemekte, (iii) "yan sınırlama" şartlarını açıklayarak bu şartları karşılayan davranışları 4. madde kapsamı dışında bırakmakta ve (iv) bireysel muafiyet, hâkim durumun kötüye kullanılması ile birleşme/devralmalar konularına ilişkin yönlendirmeler sunmaktadır. Sunum kapsamında iş gücü piyasasındaki rekabetten ne anlaşılması gerektiği, bu piyasanın sahip olduğu yapısal özellikler, sıklıkla karşılaşılan rekabet karşıtı davranışlar ve bu davranışlara yönelik uygulanan kurallar anlatılacaktır.

209. Karşılaştırmalı Rekabet Hukukunda Sürdürülebilirlik Anlaşmaları ve Muafiyet

Rejimi: Son dönemlerde sürdürülebilirlik ve iklim değişikliği konularında artan farkındalık, bu alanda yürütülen çalışmalar, rekabet hukukunun bu konularla olan ilişkisini de gündeme getirmiştir. Konunun rekabet hukuku bakımından odak noktası ise, teşebbüsler arasında sürdürülebilirlik hedeflerine ulaşmak için yapılan iş birlikleri ve anlaşmalardır. Ancak bu tür anlaşmalar, fiyat, miktar, kalite, seçenek veya yenilik gibi rekabet parametreleri üzerinde olumsuz etkiler yarattığında rekabet hukuku açısından endişeler doğurabilir. Sürdürülebilirlik anlaşmalarının değerlendirilmesi, sürdürülebilir kalkınma hedefleri ile rekabetin korunması arasında ince bir denge kurulmasını gerektirir. Bazı rekabet otoriteleri, bu anlaşmaları muafiyet rejimi kapsamında değerlendirirken, ek kriterler geliştirmekte ve belirli sektörlere özel politikalar yürütmektedir. Bu nedenle, aşağıda özetlendiği üzere bu konuda erken farkındalık geliştiren ülkelerdeki rekabet hukuku gelişmelerinin karşılaştırmalı olarak incelenmesi önem taşır. Avrupa Birliği: AB Yatay Anlaşmalar Kılavuzu, sürdürülebilirlik anlaşmalarına yönelik özel düzenlemeler sunar. Bu düzenlemeler, anlaşmaların rekabeti yalnızca doğrudan kısıtladığında veya belirgin olumsuz etkiler yarattığında endişe doğuracağını ve muafiyet için TFEU m. 101(3) kapsamındaki şartları sağlaması gerektiğini belirtir. Ayrıca, sürdürülebilirlik standardizasyon anlaşmaları için bir "güvenli liman" öngörülmüştür. Tarım sektörüne yönelik 1308/2013 sayılı Tüzük ile ise bu sektöre özel bir muafiyet rejimi oluşturulmuştur. Almanya ve Fransa: Bu ülkelerde sürdürülebilirlik anlaşmaları için özel düzenlemeler bulunmamakla birlikte, mevcut muafiyet rejimi altında ele alınabileceği düşünülmektedir. Almanya'nın Monopol Komisyonu raporları ve Fransa'nın uzun zamandan bu yana süregelen rekabet otoritesi görüşleri, sürdürülebilirlik konusundaki

farkındalığı artırırken, her iki ülke de bu tür anlaşmalara temkinli yaklaşmaktadır. Birleşik Krallık ve Hollanda: Bu ülkelerin rekabet otoriteleri, sürdürülebilirlik anlaşmalarına rehber ilkelerle yaklaşmakta ve bu anlaşmaların tanımı, kapsamı ile muafiyet koşullarını açıklamaktadır. Böylece, piyasadaki aktörlere yol gösterilmektedir. İsviçre ve Macaristan: Bu ülkelerin rekabet kanunları, sürdürülebilirlik anlaşmalarına dolaylı atıflar içermektedir. Kaynakların etkin kullanımı ve çevrenin korunmasına katkı sağlayan anlaşmaların muafiyet rejimi kapsamında değerlendirilebileceği öngörülmektedir. Avusturya: 2021’de yapılan düzenlemelerle sürdürülebilirliğe doğrudan atıfta bulunulmuş ve sürdürülebilirlik ile tüketici menfaatleri arasındaki ilişki netleştirilmiştir. Türk rekabet hukuku bakımından ise sürdürülebilirlik anlaşmalarına yönelik yaklaşım, mevcut kanuni rejimin bu tür anlaşmalar için muafiyet tanınmasına elverişli olduğunu göstermektedir; ancak bu, teşebbüslerin 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesinde belirtilen şartları karşıladığını ispatlamasına bağlıdır. Rekabet Kurulu’nun geçmiş ve yakın tarihli kararları da bu bakış açısını destekler niteliktedir. Örneğin, Demir-Çelik Üreticileri Kararı, çevresel düzenlemeler gereği kurulan ve rakip üreticileri bir araya getiren iş birliklerinin hoşgörüsüyle karşılanması gerektiğine dikkat çekerken, Güzel Enerji Kararı, çevresel faydaların muafiyet süresi üzerindeki etkisini vurgulayarak bu tür anlaşmaların önemini ortaya koymuştur. Ayrıca, Sabun ve Deterjan Sanayicileri Derneği Kararı, çevre kirliliğinin sosyal bir maliyet olarak değerlendirilmesi ve çevrenin daha az kirletilmesinin ekonomik faydalarının her zaman doğrudan ölçülemeyebileceğini belirtmiştir. Karşılaştırmalı hukukta sürdürülebilirlik anlaşmalarında ele alınan muafiyet koşulları, genel itibariyle; üretim ve dağıtımda iyileştirme, tüketici faydası sağlama, gereksiz kısıtlamalardan kaçınma ve rekabeti ortadan kaldırmama gibi ortak kriterlere dayanmaktadır. Ancak, özellikle tüketici menfaatinin tespiti ve analizi özelinde eleştirilerin getirildiği görülmekte olup sürdürülebilirlik hassasiyetleri doğrultusunda rekabet otoritelerinin yaklaşımlarının değişebileceği değerlendirilmektedir. Sonuç itibariyle; karşılaştırmalı hukuk incelemeleri, sürdürülebilirlik anlaşmalarına muafiyet sağlanması süreçlerinde hukuki belirliliğin artırılması gerektiğini ve konuda daha kapsayıcı çalışmaların yapılması gerektiğini ortaya koymaktadır.

210. Katı Olan Her Şey Buharlaşıyor: Yoğunlaşmaların Kontrolünde Flulaşan Çizgiler:

Dünya genelinde rekabet hukuku rejiminde yakın döneme kadar hangi işlemlerin bildirim tabi olacağı, hangi muhtemel rekabetçi endişelerin gündeme gelebileceği ve nasıl değerlendirilebileceği konularında belli bir netlik söz konusuydu. Ancak günümüzde yoğunlaşmaların kontrolünde hangi işlemlerin rekabet kurumlarının önüne gideceği ve bu işlemlerin değerlendirilmesi konusunda birçok belirsizlik bulunuyor. Bu belirsizliklerin başında öldürücü devralmaların geldiği muhakkak. Ülkemizde rekabet hukuku rejimimize yeni dahil edilen teknoloji teşebbüsü istisnası Kurum’un da ifade ettiği üzere, öldürücü devralmaların radardan kaçmaması ve özellikle dijital pazarlardaki rekabetin sürdürülebilmesi için kritiktir. Bununla birlikte teknoloji teşebbüsü tanımına giren şirketlere dair henüz hukuki kesinlik söz konusu değildir ve bir öldürücü devralma işleminin nasıl ele alınacağı konusunda belirsizlik bulunmaktadır. Benzer belirsizliklerin, sadece ülkemizde değil, esasen tüm dünyada da geçerli olduğu görülmektedir. Avrupa Komisyonunun Illumina/Grail kararı, sonrasında ABAD’ın konuya dair kararı ve bunun üzerine büyük yankı uyandıran “eşik altı” işlemlerin nasıl değerlendirilebileceği konusu da büyük önem arz etmektedir. Bu kapsamda AB yoğunlaşma düzenlemesinde (EUMR) de büyük bir değişim

olması muhtemeldir. Yine Amazon'un Anthropic'e yatırım yapması, Microsoft'un Mistral ve OpenAI gibi yapay zekâ şirketlerine yatırımları gibi hamleler Avrupa Komisyonu ve ABD Adalet Bakanlığı (DOJ) ile Federal Ticaret Komisyonu (FTC) gibi rekabet hukuku otoritelerinin özellikle dikkatini çekmiştir. Komisyon OpenAI'a yapılan yatırımın değerlendirmeye tabi olmadığını tespit etse de bu konu üzerinde durmaya devam edeceğinin altını çizmiştir. Günümüzde birleşme devralma kontrolü kapsamında üzerinde durulan bir diğer mesele de elbette iş gücü piyasasındaki yoğunlaşma ve bunun çalışanların refahı üzerindeki etkisinin nasıl değerlendirileceğidir. Örneğin DOJ ve FTC gerçekleşen veya gerçekleşmeyen birçok işlem kapsamında bu hususu gündeme getirmesi ve dava konusu haline getirmiştir. Kurum'un yakın zamanda yayınladığı İş Gücü Kılavuzununun 49. paragrafında yer alan yoğunlaşmaların iş gücü pazarlarına etkisinin de değerlendirileceğine ilişkin düzenleme de bu flulaşan sınırlara bir örnek gösterilebilir. Doktrinde de işlemlerin değerlendirilmesi sırasında maaş seviyeleri, sosyal haklar, çalışma koşulları ve alıcı gücü potansiyeli gibi faktörleri göz önünde bulundurarak iş gücü piyasası rekabetinin kapsamlı bir analizini yapmaları gerektiği belirtilmektedir. Bir diğer muğlaklık da belirli durumlarda kritik iş gücünün transfer edilmesinin de yoğunlaşma kontrolü kapsamında değerlendirilmesi gerekebilecektir. Birleşik Krallık'ta Competition and Markets Authority böyle bir transferin bir nevi iş kolu devri gibi değerlendirilebileceğinden bahsetmektedir. Tebliğimizde ABD ve AB'deki kararlar ve doktrinde yer alan tartışmalar da göz önünde bulundurularak yoğunlaşmaların kontrolünde gerek işlemlerin ne zaman bildirileceği gerekse de bunların nasıl değerlendirileceğine ilişkin dünya genelinde rekabet politikasındaki belirsizliklerin neler olduğu ve bizleri gelecekte neler beklediği uygulamaya yönelik örneklerle tartışılacaktır.

211. Yetenek Avı mı Rekabetin Kısıtlanması mı: Çalışan Transferinin Yoğunlaşma

Denetimi Boyutu: Teknoloji devlerinin liderleri tarafından dile getirilen sözler aslında ortak bir stratejiyi gösteriyor: "Acqui-hiring." Acqui-hiring, satın alınan hedefin yetenekli insan sermayesini elde etmeyi amaçladığı bir devralma türü olup, sadece şirketleri değil, aynı zamanda içlerindeki yetenekli insanları da kazanmayı hedeflemektedir. Bu devralmaların geleneksel devralmalardan farkı, bu devralmaların odak noktası ürün veya hizmet değil, yetenek ve insanlardır. Dijital piyasaların hızla evrilmesi ve büyümesi, yetenekli IT çalışanı kıtlığını ortaya çıkarmış ve özellikle yapay zeka alanında çalışanları bünyelerine katma konusunda şirketler arasında rekabeti artırmıştır. Bu durum, Avrupa Komisyonu ve bazı ulusal rekabet otoritelerinin, Inflection AI'nın bazı varlıklarının Microsoft tarafından devralınmasına ilişkin yürüttükleri yoğunlaşma denetimleri kapsamında işgücü transferinin denetime tabi olup olmayacağı ve bunun rekabet üzerindeki etkisi konusundaki tartışmaları gündeme getirmiştir. 19 Mart 2024'te Microsoft, 2022 yılında yapay zeka alanında faaliyet göstermeye başlamış Inflection AI'nın iki kurucu ortağını Copilot dahil yapay zeka ürünlerini geliştirmek ve araştırma yapmak üzere işe aldığını duyurmuştur. Ayrıca, Microsoft Inflection'ın birçok çalışanına iş teklif etmiş, Inflection'ın fikri hakları için münhasır olmayan lisans hakları almış ve iki şirket birbirlerinin çalışanlarını işe almayacakları konusunda anlaşmıştır. Almanya, Belçika, Fransa, Hollanda, İspanya, İtalya ve Portekiz, işlemin incelenmesi için Avrupa Komisyonu'na başvurmuş, ancak Avrupa Adalet Divanı'nın 3 Eylül 2024 tarihli Illumina/Grail kararı çerçevesinde Yoğunlaşma Yönetmeliği'nin 22. maddesinin uygulanamayacağını belirterek başvurularını geri çekmiştir. Avrupa Komisyonu, yetki alanına girmediği için karar almayacağını duyurmuş, ancak işlemin bir yoğunlaşma teşkil ettiğini teyit

etmiştir. Birleşik Krallık Rekabet Otoritesi, Microsoft'un yapay zekâ girişimi Inflection'ın, kurucuları ve kritik görevlerdeki çalışanlarını istihdam etmesini devralma olarak değerlendirip incelemiş ve işleme izin vermiştir. Alman Rekabet Otoritesi, tüm çalışanların devralınmasını ve buna eşlik eden finansman ve fikri mülkiyet haklarının kullanımını Almanya'da bildirim tabi bir işlem olarak değerlendirmiştir. Ancak, işlemin ciro eşliğini geçmesine rağmen Inflection'ın Almanya'da kayda değer bir faaliyeti bulunmadığı için işlemin izne tabi olmadığına karar vermiştir. Elbette kendisine ciro atfedilebilen varlıklar üzerinde kontrolün devralınması yoğunlaşma denetimi rejimlerinde genellikle kabul edilen ciro eşiklerini de sağlaması halinde rekabet otoritelerinin iznini gerektirebilecektir. Nitekim Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve Kontrol Kavramı Hakkında Kılavuz kapsamında da belirtildiği üzere, Kurul yaklaşık 10 yıl önce verdiği bir kararda, taşıma işleri organizatörlüğü faaliyetlerine ilişkin müşterilerin ve çalışanların devralınmasını yoğunlaşma olarak nitelendirmiştir. Bu itibarla, teknoloji şirketleri tarafından işgücünün devralınmasını konu alan ve "öldürücü devralma"ların gelişmiş bir şekli olarak nitelendirilebilecek bu tür devralmalar bir yoğunlaşma olarak kabul edilebilecek olsa da çoğunlukla ciro eşiklerini aşmayabilecektir ve ilgili yargı mercinde "öldürücü devralma"ları hedefleyen istisnai bir düzenleme de yoksa yoğunlaşma denetimine tabi olmayabilecektir. Örneğin, Hollanda Rekabet Otoritesi de rekabetçi endişelerin, yapay zekâ alanında inovasyonun engellenmesi ve tüketiciler ile teşebbüslerin tercihleriyle ilgili olduğunu belirtmiştir. Nitekim yakın zamanda yayımlanan Kurum'un İş Gücü Piyasalarında Rekabet İhlallerine Yönelik Kılavuz'da da işlemin iş gücü pazarını ilgilendirmesi halinde işlemin öldürücü devralma ihtimali taşıyıp taşımadığı gibi değişkenlerin inceleneceği öngörülmüştür. Bu çerçevede; kaleme almayı öngördüğümüz tebliğ kapsamında, çalışan istihdamının yoğunlaşma denetimine tabi olup olmadığının yanı sıra, özellikle dijital piyasalarda yapılan ortaya çıkartabileceği olası rekabet hukuku endişeleri tartışılacaktır.

212. The Superiority of the Consumer Welfare Standard: Why did antitrust law in most jurisdictions adopt the consumer welfare standard (CWS)? A popular explanation, which we term the Critical Political Economy Theory of Antitrust (CPETA) pretends that the CWS reflects the triumph of conservative, anti-enforcement, and free-market ideology. The CPETA asserts that neoliberals like Robert Bork and his acolytes cajoled US courts into believing that antitrust law application required a narrow focus on economic evidence of consumer harm. By limiting the universe of injuries cognizable under antitrust law and raising plaintiffs' burden of proof, the CWS achieved the neoliberals' intended purpose: to enucleate antitrust law of any social and political relevance. This 'minimalist' version of antitrust law was subsequently globalized as part of the standard neoliberal ideological package, under the auspices of US hegemony. The CPETA is a fable. First, the CWS is not a "plant" of Robert Bork and the Chicago School. Antitrust history shows footprints of a CWS as far back as the common law of the seventeenth century, in the first cases of the US Supreme Court, and antitrust legislation in the US and the EU decades before the ascent of neoliberalism. Second, the proposition that the CWS is slanted against antitrust enforcement cannot be reconciled with many demonstrable instances in which the CWS leads to more antitrust law intervention, not less. In fact, proponents of more antitrust enforcement in the 1980s favored the CWS over more "laissez-faire" alternatives. What explains the success of the CWS is a more mundane, practical need for endowing real-life cases with the weight of empirical evidence. By adding an

evidential filter, the CWS makes sense of an absurdly vast statute that could, on its face, condemn everything from law firm partnerships to wedding contracts. The CWS limits two types of decisional errors of antitrust laws focused on the protection of competition or the competitive process. First, the CWS reduces the type 1 error of false conviction when straight limitations of competition like collusion, monopolization, or mergers do not translate in welfare losses. Second, the CWS reduces the type 2 error of false acquittal when there is no straight evidence of a limitation of competition. Of course, the benefits of reducing type 1 and 2 errors comes with costs. Those costs relate mainly to the uncertainty of having to grapple with hard economic evidence in the face of ambiguous business conduct. These costs must be acknowledged, since one of the main welfare benefits of antitrust law lies in its predictability. But the existence of uncertainty further proves that the CWS is not a deterministic standard wedded to an anti-enforcement conservative agenda, as the CPETA suggests. If it were, non-enforcement would be assured, and no antitrust cases would be brought or won. However, this is inconsistent with the dynamics of antitrust enforcement and litigation over the past fifty years. We conclude that CWS is a judicial interest in the truth about market competition, not a socially constructed power structure propelled by the skullduggery of a neoliberal cabal. The former explains the emergence and endurance of the CWS in US antitrust law. This view further suggests that it would have been plausible for antitrust law to orient itself towards a CWS without Robert Bork.

213. Prioritization, Competitiveness, and Article 102 TFEU A Market Failure Perspective:

Competitiveness is back on the agenda of many jurisdictions, including the European Union and the United States. In the EU, expert reports by Enrico Letta and Mario Draghi have once again put the issue of competitiveness front and center. While boosting competitiveness is a demanding task that requires many policies to contribute, competition policy is likely to play a key role. Competition law and policy not only helps maintain a unified internal market, but it also enables European firms scale and innovate, thereby performing a crucial duty in increasing competitiveness. Although many facets of competition law need to be studied to address competitiveness issues, a preliminary problem is likely to be prioritization. Prioritizing cases is important as enforcement resources are limited, and not all industries matter equally to bolstering competitiveness. Starting from the premise that competition law fixes market failures, and specifically market power under unilateral conduct rules, this paper explores a new method to prioritize cases by detecting when markets underperform in their allocative functions. It argues that when markets systematically fail to steer resources toward productive firms and away from unproductive ones, greater enforcement attention is warranted. Developing a simple methodology to operationalize this intuition, the paper briefly investigates five important industries to help illustrate how prioritization can be reimagined for competitiveness-oriented competition law.

214. Yoğunlaşma Kontrolünde Hâkim Durum Testinden Etkin Rekabetin Önemli Ölçüde

Azaltılması Testine Geçilmesinin Etkileri: 24 Haziran 2020 tarihinde yürürlüğe giren Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (“Değişiklik Kanunu”) ile yoğunlaşma denetiminde hâkim durum testi terkedilmiş ve Avrupa Birliği mevzuatı kapsamında 2004 yılından beri uygulanan “etkin rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması” testi (Significant Impediment of Effective Competition Test - SIEC)

benimsenmiştir. Hâkim durum testine göre, bir yoğunlaşma işleminin yasaklanması için ön koşul, işlemin bir hâkim durum yaratması, mevcut bir hâkim durumu güçlendirmesi ve bu suretle rekabeti kısıtladığının tespit edilmesidir. SIEC testi ise, hâkim durum yaratmasa veya mevcut bir hâkim durumu güçlendirmese dahi piyasadaki rekabetin önemli ölçüde azaltılmasına yol açan yoğunlaşma işlemlerinin yasaklanmasını öngörmektedir. Bu nedenle, SIEC testine geçiş Rekabet Kurulu'nun ("Kurul") yoğunlaşma denetimine ilişkin uygulamasında önemli bir etkiye sahip olabilecek niteliktedir. SIEC testinin uygulanması pratikte hâkim durum tespitini işlevsiz kıldığından, Kurul'un işlem özelindeki değerlendirmesine bağlı olarak SIEC testinin daha sıkı bir yoğunlaşma kontrolüne imkân sağladığı söylenebilecektir. Bununla birlikte, Rekabet Kurumu'nun yoğunlaşma denetimine ilişkin yayımladığı kılavuzların Değişiklik Kanunu öncesinde de Avrupa Birliği mevzuatına paralel olduğu ve bu nedenle SIEC testine geçişin Kurul'un uygulamasında önemli bir değişiklik yaratmayabileceği görüşü de mevcuttur. Bu bildiri kapsamında, yaklaşık dört yıldır uygulanan SIEC testinin Türkiye'deki yoğunlaşma denetimine etkilerinin değerlendirilmesi amaçlanmaktadır. Değişiklik Kanunu yürürlüğe girdikten yaklaşık bir ay sonra Kurul SIEC testini uygulayarak, etkin rekabetin önemli ölçüde azaltılmasına yol açması sebebiyle ilk kez bir işleme izin vermemiştir. Ayrıca, Değişiklik Kanunu yürürlüğe girdiğinden beri, taahhütler çerçevesinde koşullu olarak izin verilen pek çok birleşme ve devralma işlemi olmuştur. Kurul'un SIEC testine geçilen 2020 yılından itibaren 2024 yılının ilk altı aylık dönemine kadar koşullu olarak izin verdiği toplam 12 yoğunlaşma işlemi mevcuttur. Söz konusu işlemlere ilişkin Kurul kararlarındaki değerlendirme ve tespitler, SIEC testinin uygulamada nasıl etki gösterdiği ve yoğunlaşma işlemlerinin değerlendirilmesinde hâkim durum dışında ne tür rekabetçi endişelerin dikkate alındığının anlaşılması açısından faydalı olacaktır. Örneğin Kurul'un, etkin rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması testi kapsamında, yatay olmayan (dikey-konglomera) yoğunlaşma işlemleri sonucunda işlem taraflarının, rakiplerinin rekabete duyarlı verilerine erişebilmesi gibi faktörleri değerlendirmesinde sıklıkla dikkate aldığı gözlenmektedir. Ayrıca, 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'deki 4 Mart 2022 tarihli değişiklikle uygulamaya koyulan teknoloji teşebbüsü istisnası da hakim durum yaratma veya güçlendirme olasılığı görece düşük olan işlemleri de Kurul'un iznine tabi kılmıştır. Bu tür işlemlerin değerlendirilmesi bakımından SIEC testinin etkisinin olması beklenecektir. Bu kapsamda bildiriye, SIEC testinin benimsenmesinden itibaren geçen dört yıllık süreç içerisinde Kurul'un birleşme/devralma kararları analiz edilerek, SIEC testinin birleşme ve devralmaların değerlendirilmesinde değişikliğe neden olup olmadığı ve Kurul'un ne tür işlemlerde rekabetin önemli ölçüde azaltılması riski gördüğü değerlendirilecektir.

215. Ekosistem Zarar Teorilerinin AB Yoğunlaşma Denetiminde Gerekliliği ve

Uygulanabilirliği: Today's digital ecosystems built and enhanced their ecosystems with acquisitions. With its acquisition of DoubleClick, Google established its current position in the online advertising market, which constitutes an integral part of its ecosystem. Microsoft enhanced its offering with Yahoo Search Business, Skype and LinkedIn. These are just a few examples of approximately 1,000 acquisitions by Google (Alphabet), Apple, Facebook (now Meta), Amazon, and Microsoft. According to The Report on the Competition Policy for the Digital Era (Cremer Report), the "typical scenario" in the acquisition of "innovative targets" is incorporating the acquired company's product(s) into the ecosystem. The digital ecosystem

structure and digital ecosystem acquisitions brought about novel competition concerns. In recent years the European Commission assessed multiple digital ecosystem acquisitions and has developed a new approach step by step until its decision to prohibit Booking's acquisition of eTraveli in September 2024. We argue that the novel concepts and competitions concerns related to digital ecosystem structure and digital ecosystem acquisitions should be analyzed with a newly developed approach, more specifically, ecosystem-based theories of harm. Against this background, we firstly define digital ecosystems and list their characteristics. We then proceed to describe "Ecosystem-Based Theories of Harm" and examine the necessity of ecosystem-based theories of harm in EU merger control with references to the drawbacks of the only relevant market-based merger control assessment and potential anticompetitive effects of acquisitions by digital ecosystems. Later, we delve into potential practical challenges of applying ecosystem-based theories of harm. Lastly, we examine the existing approach to digital ecosystem acquisitions in the EU, especially after Booking/eTraveli.

216. Rekabet Kurulunun Bölge Dışı Satış Engelleri ile Satış Yasaklarına İlişkin Soruşturmalara Tarihsel bir Bakış:

Rekabet Kurulunun faaliyete geçtiği ilk yıllarından itibaren yatay ihlaller kadar dikey ihlalleri kapsayan soruşturmaları da dikkat çekmektedir. Son dönemdeki Kurul kararları incelendiğinde yatay ihlallere ilişkin dosyalardan ziyade dikey ihlallere ilişkin dosya sayısının daha fazla olduğunu söylemek mümkündür. Aynı şekilde bu konudaki ceza oranlarındaki artış da son derece dikkat çekicidir. Dikey ihlaller bakımından yeniden satış fiyatının tespiti, rekabet etmeme yükümlülüğü ile münhasır bölge kısıtlamaları ile aktif-pasif satış engelleri temel hususlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çalışmada ise Rekabet Kurulu'nun kurulduğu ilk yıllardan itibaren bölge dışı satış engelleri ile aktifpasif satış yasaklarına ilişkin (internet kısıtlamaları hariç) soruşturmaları milat niteliğinde olan 1999 tarihli İGTOD kararından başlamak üzere kronolojik olarak ele alınmaya çalışılacaktır. İlk yıllarda farklı sektörlerdeki kararların ardından bölge sınırlamalarının çimento sektöründe, ürünün yapısı ve yatay ihlallerin yaygınlığı ile birlikte, sıklıkla karşılaşılan bir ihlal olarak görülmektedir. Nitekim bu konuda Kurul tarafından 2002 İç Anadolu-Akdeniz-Marmara Çimento, 2004 Ege Çimento-2 ve 2006 Marmara Çimento dosyalarında bölge dışı satış kısıtlamaları nedeniyle ihlal tespiti yapılmıştır. 2006 yılında çimento ve hazır beton sektöründe üç dosya ise cezasız olarak tamamlanmıştır. 2007 yılında Alarko, 3M-1 ve Ameliyat İpliği kararlarının üçü de cezayla sonuçlanmıştır. Buraya kadar sayılan kararlar Kurum'un ilk dönem kararları olarak kabul edilebilecektir. 2007 yılı sonrasında mahkeme kararıyla ceza verilen 3M-2 dosyası istisna olmak üzere 2021 yılına kadar bu konuda hiç ceza verilmemiş olması bir yaklaşım değişikliği olarak nitelendirilebilecektir. Sakin geçen bu dönemin ardından ise 2021 yılında DYO kararıyla başlayan ve tekrar ihlal tespitleriyle birlikte cezaların verildiği üçüncü bir dönem başlamıştır. Bu kapsamda 2022 Digiturk ve bayileri, 2023 Iveco, 2023 Mavili Elektronik, 2024 yılındaki traktör dosyaları ve yakın zamanda açıklanan 2024 Nestle kararı önemli kararlar arasındadır. Kararlar incelendiğinde bölge dışı satış engelleri getirilmesi yoluyla aktif ya da pasif satış kısıtlamalarının kimi zaman tek başına soruşturma konusu yapıldığı kimi zaman ise yeniden satış fiyatının tespiti iddiasıyla birlikte konu edildiği görülmektedir. Bu açıdan Kurul cezalarında bu iki ihlalin beraber olduğu hallerde tek ceza mı yoksa iki ayrı ihlalden mi ceza verdiği konusu da çalışmamızda tartışılacaktır. Zira bu husus 2020 yılındaki Kanun değişikliğiyle birlikte önem kazanmıştır. Şöyle ki açık ve ağır ihlal olarak kabul edilmeyen hallerde teşebbüslerin taahhüt vererek

soruşturmaları cezasız olarak kapatma imkânı bulunmaktadır. Nitekim 2023 yılında internet satışları da dâhil olmak üzere bölge ve müşteri kısıtlamaları nedeniyle hakkında soruşturma yürütülen Iveco taahhüt vermiş ve bu taahhütlerin kabulüyle dosya cezasız olarak kapatılmıştır. Benzer şekilde 2023 Mavili Elektronik ile 2024 yılındaki traktör dosyaları bu şekilde sona erdirilmiştir. Bununla birlikte 2024 Nestle kararından YSFT eylemleri ile bölge ve müşteri kısıtlamasına gitmek suretiyle aktif ve pasif satışların engellenmesi tek bir davranış niteliğinde kabul edilerek YSFT dışındaki ihlal iddiaları bakımından taahhütlerin kabul edilmediği ve her iki ihlal nedeniyle tek bir ceza verildiği anlaşılmaktadır. Sonuç itibarıyla Kurul'un ilk yıllarında cezalar uyguladığı, sonrasında ise uzun bir süre yaptırımsız kalmasının ardından yeniden gündeme gelen bölge ve müşteri sınırlamaları konusunun farklı yönleriyle ele alınmasının rekabet hukuku gündemine katkıda bulunacağı değerlendirilmiştir.

217. Üreticiler/Tedarikçiler Tarafından Bayiler/Distribütörler Aracılığı ile Elde Edilen Rakip Fiyat Listelerinin Rekabet Hukuku Perspektifinde Değerlendirilmesi:

Üreticiler/Tedarikçiler tarafından, bayileri/distribütörleri ile fiyat listesi paylaşımı yapılması başta perakende sektörü olmak üzere birçok piyasada artık kemikleşmiş hale gelen bir uygulama halini almıştır. İlgili fiyat listeleri geleneksel yöntemlerle (Ör. Üretici/Tedarikçi imzalı ve kaşeli şekilde) paylaşılabilirdiği gibi, e-posta vasıtasıyla ya da bir yazılım entegrasyonu yolu ile (soft/veri şeklinde) de paylaşılabilir. Bu listelerde; ürün bilgisi, koli adet içeriği vb. ürün/mal ile ilgili koşulların yanı sıra, bayinin/distribütörün alış fiyatı (yani maliyet bilgisi) ve tavsiye edilen/azami yeniden satış fiyatları gibi ticari koşullar yer almaktadır. Uygulamada Üreticiler/Tedarikçiler tarafından fiyat listeleri, fiyat geçişinin olacağı tarihten belirli süreler öncesinde, bayiler/distribütörler ile paylaşılmakta olup, mehil tanınarak yapılan bu paylaşımlar ticaret hayatının olağan akışı içerisinde bayinin/distribütörün satın alma ve satış stratejilerini belirlemesi açısından önem arz edebilmektedir. Zira ilgili süre içerisinde bayinin/distribütörün, yeni gelen fiyat listesini göz önünde bulundurarak; stoklarını kontrol etme, bunları eritme, yerine göre indirim uygulama ya da Üretici/Tedarikçi'den ek destek talep etme ve vereceği sipariş miktarını tespit etme vb. ticari pratikleri belirlemesi söz konusu olabilmektedir. Dahası çok markalı bayiler/distribütörler bu fiyat listelerini karşılaştırarak, hangi Üreticiden/Tedarikçiden sipariş geçeceğine karar verebilmektedir. Konunun rekabet hukukunu ilgilendiren yönü ise, ilgili fiyat listelerinin bu ara dönemde (yani paylaşım ile fiyat geçişinin olacağı tarih arasındaki dönemde), bayiler/distribütörler üzerinden rakip Üreticiler/Tedarikçiler tarafından edinilmesi ile başlamaktadır. Üretici/Tedarikçi açısından, bu paylaşım ile rakiplerinin geleceğe dönük fiyatlandırma bilgisi elde edilmiş olduğundan, kendi ticari kararlarını verme noktasında stratejik bir girdiye erişilmiş olacaktır. Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz'da ("Yatay Kılavuz"), teşebbüsler arasında bilgi değişiminin rakipler arasında doğrudan veya meslek kuruluşları gibi teşebbüs birlikleri, pazar araştırma kuruluşları ve benzeri üçüncü taraflar veya teşebbüslerin tedarikçi ya da dağıtım ağı yoluyla dolaylı olarak gerçekleştirilebildiği ifade edilmiştir. Dahası geleceğe dönük fiyat bilgisi, doğası gereği rekabeti kısıtlayabileceği ifade edilen, bu itibarla paylaşımı amaç yönünden rekabeti kısıtlama ihtimali görece yüksek görülen bir kategoridedir. Hatta Yatay Kılavuz'da yer verilen ve normal koşullar altında kartel olarak değerlendirileceği ifade edilen bilgi değişimi kümesi, "rakiplerin, gelecekte uygulamayı planladıkları fiyat, üretim ya da satış miktarı gibi rekabete duyarlı bilgiler"den oluşmaktadır. Ayrıca Yatay Kılavuz'da bu tür bilgi değişimlerinin bireysel

muafiyet koşullarını sağlama ihtimalinin çok düşük olduğu vurgulanmaktadır. Tüm bu hususlar gözetildiğinde, Üreticiler/Tedarikçiler tarafından bayiler/distribütörler üzerinden elde edilen rakip fiyat listelerinin; (i) rakipler arası dolaylı rekabete duyarlı bilgi değişimi teşkil ettiği, (ii) amaç yönünden rekabeti kısıtlama ihtimalinin olduğu, (iii) hatta bir topladağıt karteli incelemesine neden olabileceği, (iv) diğer yandan bu bilgilerin kamuya açık nitelikte olup olmadığı, (iv) pazarın yapısına ilişkin unsurlar, paylaşım sıklığı ya da pazarı kapsama derecesi gözetilmeksizin; dolayısıyla etkisi değerlendirilmeksizin bir rekabet kısıtlamasını gündeme getirip getiremeyeceği, (v) bayilere/distribütörlere fiyat listelerini paylaşma hususunda bir sözleşmesel yükümlülük getirilip getirilemeyeceği, (vi) pazarlık niyeti ile istihbarat niyetinin ihlal değerlendirmesinde bir kriter olup olamayacağı hususları, rekabet hukuku uygulamasını yakından ilgilendiren konulardır. İşbu Tebliğ kapsamında anılan tereddütler/sorular, emsal içtihat kapsamında ele alınarak, bir güvenli liman olup olmadığı değerlendirilmeye çalışılacaktır.

218. Evidence Matters in Competition Enforcement: Challenges and Prospects: Evidence plays a pivotal role in law enforcement in general and competition enforcement in particular. To prohibit a conduct or a merger, authorities must not only meet the requirements of the substantive competition provisions, but must also adhere to the applicable evidence rules, including on the burden of proof, the standard of proof, rules on evidence admissibility and evaluation, and presumptions. The design of these rules both shapes the accuracy, efficiency and fairness of competition decision-making, and allocates the risk, and cost, of a mistaken decision in conditions of factual uncertainty. However, discussions about evidence in competition enforcement are often confounded by misconceptions about the function of the relevant rules, the factors informing their design, and their interplay with the substantive provisions. Moreover, in an era marked by rapid change and increasing complexity, especially post-digitalisation, balancing the accuracy, efficiency and fairness of competition decisionmaking, whilst ensuring the effectiveness of enforcement, becomes even more difficult. This presentation will explore the challenges that evidence matters present in competition enforcement and will critically discuss possible prospects going forward.

219. Taslak Kılavuz Kapsamında Dışlayıcı Kötüye Kullanmalarda İspat Standardı Sorunsalı: Avrupa Komisyonu tarafından 1 Ağustos 2024 tarihinde kamuoyu istişare görüşüne açılan hâkim durumdaki teşebbüslerin dışlayıcı kötüye kullanma niteliğindeki davranışlarının değerlendirilmesine ilişkin taslak kılavuzu ("Taslak Kılavuz") kapsamlı değişiklikler öngörmektedir. Taslak Kılavuz hukuki belirliliği sağlama ilkesinden yola çıkmakla birlikte, Taslak'ta etki-esaslı (effects-based) yaklaşımdan uzaklaşarak ağırlıklı olarak varsayım ve karinelere yer verilmesi, özellikle de ispat yükünün teşebbüslere çevrildiği dikkate alındığında çeşitli endişeleri beraberinde getirmektedir. Taslak Kılavuz hâkim durumdaki teşebbüslerin iddia konusu dışlayıcı davranışlarının kötüye kullanma teşkil edip etmediğinin analizi bakımından kendi-kendine değerlendirme ilkesine atıf yapmaktadır. Taslak'ta temel olarak, hâkim durum tespiti ve hâkim durumdaki teşebbüsün davranışlarının dışlayıcı kötüye kullanma teşkil edip etmediğine yönelik sorumluluğun tayinindeki genel ilkeler ile teşebbüsler tarafından öne sürülebilecek objektif haklı gerekçeler ve etkinlik kazanımlarına yönelik prensipler açıklanmaktadır. Taslak'ta dikkati çeken en önemli düzenlemelerden biri hâkim durumdaki teşebbüslerin belirli davranışlarının dışlayıcı etki

yaratma kapasitesine yönelik varsayımdır. Taslak'ta belirli davranışların daha başlangıçtan dışlayıcı etki yaratma kapasitesine sahip olduğu varsayılmakta ve Komisyon'un ispat yükü hafifletilerek, ispat yükü teşebbüslere çevrilmektedir. Bununla birlikte, ispat yükünün anılan varsayım/karinelere istinaden ölçüsüz şekilde teşebbüslere yüklenmesi, teşebbüslerin objektif haklı gerekçeleri ve etkinlik kazanımlarını ispatlayabilmeleri noktasında Komisyon kadar bilgi/pazar verisi toplama yetkilerini haiz olmadığı dikkate alındığında, teşebbüsleri aksini ispatlayamayacakları ve savunma haklarını kısıtlayabilecek bir noktaya getirmektedir. Taslak'ta Komisyon'un dışlayıcı etki yaratma kapasitesine yönelik ispat yükü bakımından, Komisyon'un rekabet üzerindeki fiili zararı veya tüketici zararını ortaya koymasının gerekmediği, dolayısıyla hakim durumdaki firmanın davranışına bağlı olarak pazarda fiyat, üretim, inovasyon veya kalite üzerindeki olumsuz etkilerin gösterilmesine gerek bulunmadığı, fiili veya potansiyel rakiplerin eşit etkinlikte rakip olmalarının da gösterilmesine gerek olmadığı ve nihayetinde meşru rekabetten (competition on the merits) ayrılan herhangi bir fiili veya potansiyel dışlayıcı etkisi olan davranışın TFEU madde 102 kapsamında değerlendirileceği belirtilmektedir. Bu hususta yakın tarihte OECD'nin ispat standardı konusunda yayınlanan politika dokümanı dikkat çekmektedir. OECD dokümanında, rekabet otoritelerinin etki-temelli yaklaşım ve bu doğrultuda gerçekleştirilen ekonomik analizler çerçevesinde rekabet soruşturmalarında gerekli ispat standardını karşılamada güçlük çektikleri belirtilmekte olup, örnek olarak, Intel kararındaki değerlendirmelere yer verilmektedir. ABAD, 24 Ekim 2024 tarihli Intel kararına ilişkin değerlendirmesinde, Komisyon'un pazardaki bütün olguları dikkate alarak rekabeti kısıtlayıcı fiili veya potansiyel etkileri analiz etmesi gerektiğine işaret etmişti. ABAD, Komisyon'un iddia konusu indirimlerle pazarın ne kadarının kapatıldığını, indirimlerin bağlandığı koşullar ve ilgili anlaşmalar, bunların süresi ve miktarı ile eşit etkinlikteki rakipleri dışlamaya yönelik olası stratejinin ortaya konması gerektiğini belirtmişti. Yine, Qualcomm kararında, FTC'nin ihlal tespitine yönelik kararı, önemli ölçüde pazar kapamanın fiili veya gerçek etkilerinin ispat edilemediği gerekçesiyle mahkeme tarafından iptal edilmişti. OECD dokümanında rekabet otoritelerinin gerekli ispat standardını karşılamada zorlandıkları hususuna dikkat çekilerek, politika tercihi olarak ispat yükünün hafifletilmesi veya standardın düşürülmesi ve bunun için de mevcut standart veya hukuki testlerin revize edilerek yeni varsayımlar/karineler benimsenmesi yöntemlerinin tartışıldığı belirtilmektedir. Nitekim, Komisyon'un Taslak Kılavuzu'nda bunun yansımalarını görmek mümkündür. Taslak'ta belirli davranışların dışlayıcı etki yaratma kapasitesine yönelik varsayım kapsamında eşit etkinlikteki rakip testine ilişkin olarak, Komisyon'un iddia konusu davranıştan etkilenen fiili veya potansiyel rakiplerin eşit etkinlikte rakip olduğunun gösterilmesine gerek olmadığı belirtilmektedir. Bununla birlikte, eşit etkinlikteki rakip testi sıklıkla uygulanan bir test olup, Komisyon'un Google Shopping kararında da bu hususta eşit etkinlikteki rakip testinin esas alındığı anlaşılmaktadır. Yukarıdaki hususlar çerçevesinde, işbu çalışmada, Komisyon'un Taslak Kılavuzunda etki- esaslı yaklaşımdan uzaklaşarak daha formalistik ve karinelere dayalı bir yaklaşım benimsenmesinin ispat standardı bakımından yaratacağı riskler Komisyon kararları ışığında incelenecek ve Rekabet Kurulu uygulamalarına olası yansımaları değerlendirilecektir.

220. Pişmanlıkta Yeni Dönem: Rekabet Kurulunun Yeni Pişmanlık Yönetmeliği Amaçlarına Ulaşabilecek mi? Pişmanlık; teşebbüslerin, tarafı oldukları kartellerin ortaya çıkarılmasına yönelik olarak rekabet otoriteleriyle iş birliği yapmak suretiyle, cezadan

muafiyet veya cezada indirim elde etmelerine imkân tanıyan bir müessesedir. Kartellerle mücadelenin en etkili yollarından birini oluşturan pişmanlık müessesesi, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda 2008 yılında yapılan bir kanun değişikliğiyle birlikte “aktif iş birliği” adı altında Türk rekabet hukukuna dâhil olmuştur. 2009 yılında Pişmanlık Yönetmeliğinin yürürlüğe girmesiyle birlikte yasal çerçevesi oluşturulan pişmanlık müessesesi, aynı yıl içerisinde uygulanmaya başlanmıştır. Pişmanlık müessesesinin Türk rekabet hukukunda 15 yıla yakın uygulaması kapsamında pişmanlık başvurusu sayılarının ve pişmanlık suretiyle ortaya çıkarılan kartel sayılarının düşük seyretmesi, pişmanlık müessesesinin etkinliği ve başarısı hakkında soru işaretlerine yol açmıştır. Pişmanlık müessesesinin uygulamadaki performansı, Rekabet Kurumunun geleceğe yönelik stratejilerini ortaya koyduğu raporları kapsamında da sıklıkla gündeme gelmiş ve bu müessesenin uygulamada daha etkin bir hale getirilmesi, bir amaç olarak söz konusu stratejilerde yer almıştır. Pişmanlık müessesesinin etkinliğinin artırılması amacıyla yönelik olarak, uygulamada elde edilen deneyim, uzlaşma müessesesinin yürürlüğe girmesi ve karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeler ışığında Pişmanlık Yönetmeliğinin gözden geçirilmesine ilişkin Kurum içi bir çalışma başlatılmıştır. Bu çalışmanın sonucunda 2009 tarihli Pişmanlık Yönetmeliği, Aralık 2023 tarihinde yürürlükten kaldırılarak, yerini yeni Pişmanlık Yönetmeliğine bırakmıştır. Yeni Pişmanlık Yönetmeliğinde pişmanlık müessesesinin genel çerçevesi ve başvuru koşulları büyük ölçüde korunmakla birlikte, bazı konularda birtakım değişiklikler ve yenilikler yapılmıştır. Bunlar arasında cezada indirimden yararlanılabilmesi için katma değer yaratan belge şartının getirilmesi, kartel kolaylaştırıcısı kavramının mevzuata dâhil edilmesi ve kartel kolaylaştırıcısı niteliğindeki teşebbüslere pişmanlık başvurusu yapma imkânı tanınması, pişmanlık başvurusunda bulunan teşebbüslerin başvurusunun Rekabet Kurulu tarafından kabul edilmesine karşın soruşturma sonunda ihlalin kartel olarak değerlendirilmemesi durumunda başvuru sahibinin Pişmanlık Yönetmeliğinden yararlandırılması, cezada indirim oranlarının gösterilmesinde yüzde esasına geçilmesi ve son olarak cezada indirim için yapılacak pişmanlık başvuru süresinin soruşturma bildiriminden itibaren 3 ay ile sınırlandırılmasına ilişkin değişiklik bulunmaktadır. Bu çalışmada yeni Pişmanlık Yönetmeliğiyle yapılan değişiklikler pişmanlık müessesesinin etkinleştirilmesi amacı kapsamında incelenmektedir. Çalışmada, pişmanlık müessesesinin uygulamada gerçekten etkinleştirilmesi amaçlanıyorsa, yeni Pişmanlık Yönetmeliğiyle yapılan değişikliklerle yetinilmeyerek, Türk rekabet hukukunda 15 yıla yakın uygulaması kapsamında pişmanlık müessesesinin neden kendisinden bekleneni veremediği hususunun araştırılması ve araştırma sonuçlarının işaret ettiği sorun ya da sorunların kaynağına yönelik çözüm önerilerinin geliştirilmesi gerektiği savunulmaktadır.

221. Rekabet Kurulunun Taahhüt Uygulaması: Hukuki ve Pratikteki Sorunlar ve Çözüm

Önerileri: Taahhüt müessesesinin Türk rekabet hukuku uygulamasına kazandırılması üzerinden dört yıl geçmiş bulunmaktadır. Bu süre zarfında sayısı 40’ı aşkın dosyada ilgili mekanizma Rekabet Kurulu (“Kurul”) tarafından işletilmiştir. Perspektif sağlamak adına, aynı aracın Avrupa Komisyonu’na (“Komisyon”) sağlanmasından itibaren geçen ilk 10 yılda, karara bağlanan taahhüt dosyası sayısı 29’dur. Dolayısıyla Kurul’un neredeyse Komisyon’un yarı zamanında, iki misli dosyayı bu usulle sonuçlandırdığı bir fotoğrafa bakıyor olmamız muhtemeldir. Bu veriler ise bize Türk uygulaması bakımından bir içtihadi değerlendirme yapma fırsatını aralamaktır. İşbu sunumumuzda 2021/2 sayılı Taahhüt Tebliği’nin (“Tebliğ”)

uygulanmasında ortaya çıkan önemli hukuki ve pratik sorunlar irdelenecektir. Tebliğ'in sistematigi takip edilecek olursa, ilk olarak, taahhüt sunma talepleri değerlendirilirken, ilgili anlaşma veya uygulamanın "açık ve ağır ihlal" olarak nitelendirilmesi sorunu ele alınacaktır. Özellikle taahhüt yolu kapatılan anlaşma ve uygulamalar bakımından yapılan vasıflandırmanın, Ceza Yönetmeliği'nin 5(1). maddesi karşısındaki durumu incelenecektir [Letgo ve Arabam.com Kararları, 20.07.2023, 23-32/629-211 - 23- 32/630-212]. İkinci olarak, taahhüt sunma taleplerinin değerlendirilmesi bakımından Tebliğ'in Kurul'a tanıdığı takdir yetkisi tartışılacaktır. Nitekim Kurul'un son dönemde bir paradigma değişimine giderek, taahhüt müessesinin kullanımını yaygınlaştırmak adına taahhüt mekanizmasını istikrarlı bir şekilde işletmeye yönelik pozisyonunu bırakma sinyalleri verdiği ve Tebliğ'in uygulanabileceği dosyalara dair bilhassa takdir yetkisine dayanarak seçici bir tavır benimsemeye başladığı gözlenmektedir [Nestle, 25.05.2023, 23-24/447-154]. Bu politika tercihi, hukuki düzlemde idari takdir yetkisinin sınırları ve teşebbüslere eşit muamele uygulanması gereği üzerinden mercek altına alınacaktır. Bu çerçevede, Kurulun taahhüt sunma talebini reddetmek yerine taahhüt sunma talebine dair kararını erteleme imkanını kullanmaktan imtina etmesi de tartışılacaktır. Yine bu minvalde, çok taraflı ya da birden çok tipte ihlal şüphesinin soruşturulduğu dosyalar bakımından taahhüt yönteminden beklenen usuli faydaların sağlanıp sağlanamayacağı yönünde kategorik bir değerlendirme yapılması da konu edilecektir. Üçüncü olarak, taahhüdün izlenmesi sürecinde Rekabet Kurumundan gelebilecek ek taleplerin olası sınırlarının netleştirilmesinde bulunabilecek faydaya işaret edilecektir. Ve son olarak, Kurul'un teşebbüsler tarafından sunulan taahhütleri reddettiği örnekler incelenecektir [Nesine, 29.02.2024, 24- 11/194-78]. Bu çerçevede Kurul'un dört yılı aşkın taahhüt uygulamasına ilişkin olarak bir taraftan yol gösterici saptamalar yapılacak diğer yandan eleştirel bir tahlille bu mekanizmadan beklenen faydaların ençoklaştırılabilmesi için önerilerde bulunulacaktır.

222. Uzlaşma Müessesesindeki Dava Yasağının Rekabet Kurumu ve İdari Yargı Uygulamasından Kaynaklanan Sonuçlarının Hukuki Analizi: Teşebbüslerin mahkemeye erişim hakkı, birçok yönden kritik önemi haizdir. Basit bir uyuşmazlık kapsamında haklı taleplerinin karşılanmasının yanı sıra, yasama faaliyetlerinin hızla değişen dünya koşullarına ayak uydurmakta zorlanması sebebiyle yaratılan hukuki belirsizliklerin çözümü de çoğu zaman yine mahkemeler kanalıyla gerçekleştirilmektedir. Öte yandan, tarafların mahkemeye erişim hakları çeşitli sebeplerle ve çeşitli şekillerde sınırlandırılabilir. Bu denli önemli ve anayasal dayanağı olan bir temel hakkın sınırlandırıldığı haller titizlikle değerlendirilmeli ve farklı yöntemlerle benzer faydaların elde edilebildiği hallerde tarafların mahkemeye erişim hakkı baki kalmalıdır. Dava açma yasağı eliyle mahkemeye erişim hakkının kısıtlandığı bir örnek, rekabet hukuku kapsamında karşımıza çıkmaktadır. 2020 yılında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da yapılan değişikliklerle uygulamaya konulan uzlaşma müessesesi, hakkında soruşturma açılan teşebbüsün kendisine isnat edilen tüm ihlal iddialarını kabul ederek soruşturmayı kısa sürede sonuçlandırmasına imkân tanımaktadır. Öte yandan, uzlaşma müessesesinden beklenen usule ilişkin faydaların sağlanabilmesi ve mahkemelerin iş yükünün azaltılması gerekçeleri öne sürülerek, uzlaşan tarafların uzlaşma kararını dava konusu edemeyecekleri düzenlenmiştir. Uygulamada gerek Rekabet Kurulu'nun gerekse idare mahkemelerinin bu sınırlamayı oldukça katı yorumladıkları gözlemlenmektedir. Özellikle Türk rekabet hukuku kuralları ve Rekabet Kurulu içtihadı

bakımından mehzaz kabul edilen Avrupa Birliği'nin düzenlemelerinde bu yönde bir yasağın bulunmaması, kanun koyucunun uzlaşma müessesesi özelinde neden farklı bir politika tercih ettiği konusunda soru işaretleri yaratmaktadır. Aynı zamanda getirilen bu yasağın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına uygunluğu bağlamında da ele alınması önem arz etmektedir. Bu bağlamda sunumumuz ile, Rekabet Kurumu ve idari yargı uygulamasından hareketle, yürürlükteki dava yasağının usul ekonomisini teşvik etmekte ne ölçüde etkili olduğu tartışmaya açılacaktır. Dava yasağı uygulanmayan Avrupa Birliği'nde gerçekleştirilen çalışmalar esas alınarak, usul ekonomisi gerekçesinin uygulamada ne ölçüde hayata geçirilebildiği ve usul ekonomisinin sağlanması ile temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması arasındaki denge/sizlik Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı tahtında incelenecektir. Zira uygulamada karşılaşılan örnekler, dava yasağının (idari başvuru hakkını da engelleyecek ölçüde) hak arama özgürlüğü, adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim hakkı ile gerekçeli karar hakkı, mülkiyet hakkı gibi temel hak ve özgürlükleri ihlal edebildiğine işaret etmektedir. Yine uygulama; kanuni idare, eşitlik, idari istikrar, idare hukukunun statü hukuku olması gibi temel ilkelere aykırı biçimde şekillenebilmekte ve teşebbüsler için hukuki belirliliği ortadan kaldırarak keyfi idareye yol açabilmektedir. Sunumumuzla uzlaşma bağlamında usul ekonomisi ile temel hak ve özgürlüklerin korunması arasındaki dengenin kurulması bakımından dava yasağının yerinde bir müessese olup olmadığı ve dava yasağı mevcutken idari yargı kararları ve idarenin tutumuyla teşebbüslerin temel hak ve özgürlükleri lehine uygulamaların mümkün olup olmadığı konularının tartışmaya açılması hedeflenmektedir.

223. 1/2003 Sayılı AB Konsey Tüzüğü Değişiklik Çalışmalarının Türk Rekabet Hukukunun Usul Kurallarına Olası Yansımaları: Avrupa Birliği (AB) rekabet politikası çerçeve düzenlemesi 1/2003 sayılı Tüzük ile bu Tüzüğün tamamlayıcısı niteliğinde olan ve rekabet politikasının uygulama alanlarını düzenleyen 773/2004 sayılı Tüzük yaklaşık yirmi yıldır yürürlükte. Avrupa Komisyonu (Komisyon); dijitalleşme, yeşil dönüşüm gibi AB'nin yeni gelişim alanlarını dikkate alarak, AB rekabet politikası uygulamalarının gözden geçirilmesi amacıyla 2022 yılında bir kamu istişare süreci başlatmıştır. Süreçte ulusal rekabet otoriteleri başta olmak üzere sivil toplum kuruluşları, akademi ve özel sektör gibi diğer paydaşların da katkıları alınmıştır. Paydaşlarca verilen katkılar AB rekabet uygulamalarında tespit edilen sorunlu ve iyileştirilmeye açık alanlara işaret etmiştir. Bu çerçevede; Komisyon'un rekabet politikasındaki en temel değişim alanı şeffaflık ve iletişimin artırılması olarak öne çıkmakta, bunun yanı sıra, uygulamada yeşil ve dijital dönüşüm hedeflerini merkezine alan "keskin ve temel haklara saygılı usul kuralları" öngörülmektedir. Kamu istişaresi sonuç raporu 2024 yılının Eylül ayında kamuya açıklanmıştır. Çalışma sonucunda dijitalleşmeden artan şekilde etkilenen özellikle bilgi/belge talepleri ve yerinde incelemeler, ilgililerin beyanlarına başvurulması, yapısal ve geçici tedbirler ve cezalar hakkındaki usul kurallarının yeterince efektif olmadığı, zamanında ve etkin müdahaleye olanak tanımayan boyutlarının olduğu görüşlerine ulaşılmıştır. Keza Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından son yıllarda tesis edilen kararlar ışığında içtihatla tutarsız hale gelen çeşitli kuralların güncellenme zarureti ortaya çıkmıştır. AB rekabet politikasında bu başlıklarda hedeflenen değişikliklerin, AB müktesebatı ile büyük ölçüde uyumlu yapısı göz önüne alındığında, Türkiye rekabet politikası ve mevzuatını da etkileyeceği değerlendirilmektedir. Nitekim benzer usulü kurallar ve uygulama şekilleri, Türk rekabet hukukunda önemli tartışmalara konu olmakta,

Rekabet Kurulu kararları idari yargı nezdinde tartışılmakta ve Anayasa Mahkemesi gündemini de meşgul etmektedir. Tebliğde; AB’de yaşanan değişimin, ülkemizdeki ihtilaflar da dikkate alınmak suretiyle Türkiye’ye olası yansımaları başta yukarıda sayılan usul mekanizmaları çerçevesinde ele alınacak ve rekabet otoritelerinin geçmiş kararları üzerinden tartışılacaktır. Tartışma kapsamında öncelikle (i) AB’de bulunmasına rağmen ülkemizde olmayan usul kuralları, (ii) hem AB hem de ülkemizde bulunsa da yetersiz olduğu düşünülen usul kuralları ve (iii) ülkemizde AB’den daha etkin olan usul kuralları şeklinde üçlü bir sınıflandırmada bulunulacaktır. Bahsi geçen sınıflandırma dahilinde, AB rekabet hukukundaki görüş ve kanaatler ışığında Türk rekabet hukuku usul kurallarına yönelik düzenleme önerileri sunulacaktır.

224. Çalışanların Eylemlerinden Ötürü Teşebbüsün Rekabet Hukuku Sorumluluğu: Uygun Sınır Nerede Çizilmeli? Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Bir İnceleme:

Rekabet hukuku, teşebbüsleri muhatap alan bir ekonomik kolluk faaliyeti olup, ihlal isnadı genellikle tüzel kişilere yöneltilmektedir. Ancak teşebbüslerin iradesi, bireysel eylemlerden çok, belirli bir yetki paylaşımı çerçevesinde hareket eden gerçek kişiler tarafından şekillendirilmektedir. Bu çerçevede, çalışanların eylemlerinden ötürü kuruluşların ne ölçüde sorumlu tutulacağı ve bizzat çalışanlara teşebbüsün yanı sıra ceza verilmesi önemli bir tartışma konusudur. Rekabet hukuku uygulamalarında, kuruluşların çalışanlarının her eyleminden sorumlu tutulması yönünde bir eğilim gözlenmektedir. Otoriteler, bireysel yazışmalara dayanarak teşebbüslerin ihlal yönünde irade gösterdiği sonucuna varmakta, genellikle kurumsal iradeyi gerçek anlamda değerlendirmeden karar almaktadır. Bu yaklaşım, kuruluşları tüm çalışanlarını sıkı uyum programları ve eğitimlerle yönlendirmeye itmektedir. Ancak yine de bazı bireysel eylemler nedeniyle teşebbüsler ağır yaptırımlarla karşılaşabilmekte, kuruluşların uyum çalışmaları genelde dikkate alınmamaktadır. Öte yandan Türkiye’de, çalışanlara doğrudan ceza verilmesi için “belirleyici etki” standardı oldukça yüksek tutulduğundan, ihlal kararlarının büyük çoğunluğu yalnızca teşebbüsler aleyhine sonuçlanmaktadır. Bu durumun çalışanları rekabet kurallarına uyum konusunda yeterince caydırmadığı, ancak standardın düşürülmesi halinde de ticari risk alımının azalabileceği değerlendirilmektedir. Uluslararası yaklaşımlar incelendiğinde, AB ve ABD uygulamalarında çalışanların cezai sorumluluğuna dair farklı kriterlerin geliştirildiği görülmektedir. ABAD kararlarında teşebbüslerin çalışan seçimindeki kusur (culpa in eligendo) ve yönetim eksikliği (culpa in vigilando) sorumluluğu vurgulanmaktadır. Türkiye’de ise Arçelik-Vestel ve Anavarza Bal kararları gibi örneklerde teşebbüslerin çalışanlarının eylemlerinden sorumluluğuna ilişkin farklı yaklaşımlar benimsenmiştir. Bu çalışma kapsamında, teşebbüslerin hukuka uyum programlarının etkisini ve önleyici tedbirlerin rekabet ihlali değerlendirmelerine ne ölçüde yansiyabileceğini ele almaktadır. Ayrıca, önlem alan ve almayan teşebbüslerin hukuki ve ekonomik açıdan nasıl ayrıştırılabileceği değerlendirilecek, kamu kaynaklarının etkin kullanımına yönelik öneriler sunulacaktır.

225. Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Haksız Fiillerde Yasak Hatası Üzerine

Değerlendirmeler: Rekabet hukukunun ihlalinden kaynaklanan tazminat davaları, zamanaşımı süresi, sürenin başlangıcı, görevli ve yetkili mahkeme, mahkeme ile Rekabet Kurulu arasındaki ilişki, uygulanacak hukuk, kasıt ve ağır kusur hallerinde hâkim tarafından hükmedilecek tazminatın “üç kat” mı yoksa “üç kata kadar” mı olabileceği gibi pek çok yönüyle

uygulamada ve öğretilerde tartışma konusu olmuştur. Bu çalışmada, (henüz tek başına inceleme konusu yapılmamış olan) rekabet hukukunun ihlalinin vücut verdiği haksız fiil sorumluluğunun “kusur” unsuru üzerinden “yasak hatası” tartışmaya açılacaktır. Zira, ihlal tiplerinin çokça çeşitlendiği rekabet hukuku uygulamasında, özellikle henüz üstüne içtihat olmayan yeni ihlaller bakımından, teşebbüsün “kusurlu” addedilmesinin özel hukuk tazminat davalarındaki olası etkileri düşünüldüğünde, pratik sonuçları bakımından “kusur” unsurunun tartışmaya değer olduğunu düşünülmektedir. Rekabet ihlallerini idari para cezası yaptırımına bağlayarak birer kabahat olarak düzenleyen Türk kanun koyucusu, kabahatten doğan ceza sorumluluğunun esaslarında “Türk Ceza Kanunu’nun hata hallerine ilişkin hükümleri, ancak kasten işlenen kabahatler bakımından uygulanır” (Kabahatler Kanunu m. 10) düzenlemesine yer vermiştir. Buradan yola çıkarak, bu çalışma şu soruyu cevaplamayı amaçlamaktadır: Türk Ceza Kanunu’nun 30. maddesinde düzenlenen hata hallerine ilişkin hükümler- özellikle yasak hatasını düzenleyen son fıkra-, rekabet ihlallerinin teşebbüslere isnat edilmesinde ne yönde sonuç doğuracaktır? Bir diğer deyişle, teşebbüs, rekabet ihlali gerçekleştirdiğine yönelik hataya düşebilir mi? Çalışma bu soruları salt kabahat hukukuna yönelik değil, özellikle rekabet ihlallerinden doğan tazminat sorumluluğu yönünden sormaktadır. Zira, kabahat teşkil eden rekabet ihlali fiili, aynı zamanda haksız fiil tazminatı talebine de temel oluşturabilmektedir. Bu sorunun cevaplanabilmesi için öncelikle rekabet hukukunda hukuka aykırılık ile kusur arasındaki ayırım net olarak ortaya koyulmaya çalışılacak, kasıt ve taksire yönelik tartışma yapılacak ve elbette özen yükümlülüğünün sınırları teşebbüsler yönünden objektif olarak belirlenecektir. Bu soru, rekabet otoritesinin oturmuş bir uygulamasının olmadığı yeni ihlal tipleri düşünüldüğünde, kanımızca ilgi çekici hale gelmektedir. Kusur ilkesi, Türk hukukunda “cezanın şahsiliği ilkesi”nin (Anayasa m. 38/7) bir alt ilkesi olarak, münhasıran devletin suç ya da kabahat öngören ceza normunun ihdasında ya da ihlale karşılık uygulanacak ceza yaptırımlarında temel hak ve özgürlüklerin korunmasına hizmet eder. Bu ilke, öğretilerde kusurun kurucu işlevini anlatan “nulla poena sine culpa” (kusur olmadan ceza olmaz) deyişiyle; kusurun belirleyici ve sınırlayıcı işlevine işaret eden “nulla poena extra culpam” (kusuru aşan ceza olmaz) deyişiyle ifade edilmektedir. Avrupa Birliği rekabet cezalarının, kusur ilkesine aykırı olduğu- özellikle Alman öğretisi tarafından- sıklıkla eleştirilmekte; bu eleştirilere yanıt olarak ise kusur ilkesiyle güdülen hukuk politikasının, rekabet hukukunun amaçlarıyla çatıştığı takdirde rekabet hukukunun amaçlarının öncelikli olduğu öne sürülmektedir. Birlik hukukunda bu çatışma alanları, teşebbüsün kusur yeteneği, şirketler topluluğunda rekabet ihlalinin mutlak suretle ana şirkete isnat edilebilirliği, rekabet cezasının teşebbüse göre bireyselleştirilmesi ve son olarak yasak hatasıdır (kural üzerinde hata). Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda, kusur ilkesi yönünden tartışılan en çatışmalı alan olan “yasak hatası (kural üzerinde hata)” Türk hukukuna muhakkak KK m. 10, TCK 30/4, TBK 49/1’e uygun olarak ve yürürlükteki hukuka özgülenerak aktarılmalıdır. Her ne kadar Türk hukukunda, kusur ilkesi haksız fiil hukukunda mutlak bir geçerliliğe sahip olmasa da hataya ilişkin hallerin tazminat sorumluluğunu etkilediği öğretilerde kabul edilmektedir. Bu çalışma, Birlik hukukundaki kusur ilkesine dair tüm sorunlu alanları, Türk hukukuna aktarmaktan ziyade Birlik hukukundan yola çıkarak yürürlükteki Türk hukukuna özgü bir tartışma alanı açmayı amaçlamaktadır. Bu tartışma alanında sorulacak sorularda ve bu sorulara verilecek yanıtlarda özellikle Alman hukukundan yararlanılacaktır. Çalışmanın sonucunda teşebbüslerin hataya düşebileceği ve belirli şartlar altında bu hata nedeniyle, hukuk düzeninin

cevaz vermediği rekabet bozucu fiilden ötürü sorumlu tutulmalarını engelleyeceği gösterilmiş olacaktır.

226. Article 102 TFEU before the Court of Justice of the European Union: The presentation will focus on how the Court of Justice has adapted its case law towards a more effectsbased approach over the past 15 years. This has not been a linear development. Usually, we have had two steps forward and then one step backwards. In addition, sometimes, the development of the case law gives the impression of being rather haphazard. But still it is now clear that the Court has had many opportunities over the last 15 years to shed more light on how it views abuse of dominance. The net result is probably positive. The EU Courts have managed to keep the Commission on its toes and have reversed previously held impressions that it is futile for companies to exercise their right of judicial redress in Article 102 TFEU cases. At the same time, in preliminary reference cases, the Court has signalled to national competition authorities that they too need to be careful in their decision-making. This increases the overall legitimacy of the system. While it is true that the case law has departed from the previous formalistic approach to a much more effects-based approach, still, this is a very “European” development. Indeed, concepts such as “consumer welfare” have a broader meaning in the EU case law that they have in the US. As the Commission is currently revisiting its own guidelines on Article 102 TFEU, it remains to be seen how the EU case law will develop in the next 15 years.

227. Rekabet Kurulu İhlal Kararlarının Çeyrek Asırlık Analizi: Yapay Zekâ Destekli Bir İnceleme: Çeyrek asrı aşkın bir süredir Rekabet Kurulu (“Kurul”), Türk rekabet hukukuna yön veren kararlarıyla bu alanın şekillendiricisi olmuştur. Bu süre zarfında verilen yüzlerce karar, çeşitli akademik çalışmalara konu olmuş, ancak bu çalışmalar genellikle belirli temalar veya sektörler özelinde sınırlı kalmıştır. Günümüzde üretken yapay zekâ teknolojilerinin gelişimi, bu geniş karar arşivinin kapsamlı ve sistematik bir analizini mümkün kılmaktadır. Bu çalışma, söz konusu teknolojik gelişmelerin sunduğu imkanlarla, Kurul kararlarının bütüncül bir analizini ortaya koymayı amaçlamaktadır. Çalışmamızda, Rekabet Kanunu'nun 4. veya 6. maddelerini ihlali iddiasıyla başlatılan incelemeler sonucunda verilen tüm (yaklaşık üç bin) Kurul kararları, detaylı bir kılavuz (codebook) eşliğinde üç temel boyutta değerlendirilmektedir: 1) İktisadi Analiz: Kararın ilgili piyasayı ve rekabet koşullarını ekonomik teori ve ampirik verilerle değerlendirme düzeyi, 2) İspat Standardı: Kararın vardığı sonuçların deliller ve mantıksal çıkarımlarla temellendirilme düzeyi, 3) Rekabetin Korunması: Kararın piyasadaki rekabeti koruma ve geliştirme amacına hizmet düzeyi. Her boyutta 1 ila 10 arasında puanlama yapılırken, ihlal iddiası türü, sektörler, ceza miktarları, raportör görüşünün verilen karar ile uyumu, karşı oy ve farklı gerekçelere dair bilgiler de derlenmektedir. Çalışmada sonuçların güvenilirliğini sağlamak amacıyla iki aşamalı bir yöntem kullanılmaktadır. İlk aşamada, yapay zekâ modellerinin her seferinde farklı sonuçlar üretebileceği göz önünde bulundurularak, her bir Kurul kararı birden fazla kez değerlendirilmekte ve bu tekrarlı değerlendirmelerden elde edilen puanların ortalaması ve değişkenlik oranı hesaplanarak her karar için nihai değerlendirme puanları belirlenmektedir. İkinci aşamada ise çalışmanın ana kısmında kullanılan yapay zekâ modelinden (Google Gemini – 1.5 Pro) elde edilen sonuçların güvenilirliğini test etmek için rastgele seçilen bir örneklem, alternatif yapay zekâ modelleriyle (OpenAI – GPT-4o ve Anthropic – Claude 3.5) analiz

edilmekte ve sonuçlar karşılaştırılarak değerlendirmelerin tutarlılığı kontrol edilmektedir. İlk bulgularımız, Kurul kararlarında zaman içinde belirgin eğilimler ve farklılıklar olduğunu göstermektedir. Bu eğilimler, sektörel dinamikler, ihlal türleri ve ceza miktarları açısından da farklılıklar sergilemektedir. Ayrıca, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçiş gibi kurumsal değişikliklerin karar dinamikleri üzerindeki etkilerini de incelemekteyiz. Çalışmamız, hem yapay zekâ destekli hukuki analiz metodolojisine katkıda bulunmayı hem de Kurul'un karar verme süreçlerindeki evrimini ortaya koymayı hedeflemektedir. Devam eden bu araştırma, geleneksel hukuki analiz yöntemleri ile modern yapay zekâ teknolojilerinin kesişiminde yer alan yenilikçi bir çalışmadır. Çalışmanın amacı, kesin sonuçlar ortaya koymak değil kullanılan yapay zekâ araçları, uygulanan yöntemler ve elde edilen veriler üzerinden ileriye dönük zengin bir tartışma başlatmaktır.

228. Media Mergers and Democratic Integrity: The Role of Competition Law in

Safeguarding Pluralism: Central to the democratic ethos lies an independent media which provides information to the populace while upholding accountability and transparency in governance. The essence of such media is manifested in the diversity of opinions it presents, enabling consumers to form well-informed opinions. However, cross-media ownerships can lead to consolidation of power by a single entity, disadvantaging the market participants and attracting scrutiny under competition law. The independence of media is further jeopardised when these mergers are financed by political parties or conglomerates, who may exploit these platforms to propagate their own ideologies and consequently diminish the diversity of opinions showcased. In countries like Turkey and India where such media ownership patterns are prevalent, competition law alone may fall short in addressing broader policy concerns like media plurality. For instance, the acquisitions of major media outlets like Reliance/Network 18 in India and Demirören Holding/Doğan Holding in Turkey, which ostensibly consolidated multiple news channels under single ownership were approved by the respective competition authorities without adequately considering their implications on media plurality. Thus, there exists a stark divergence between the democratic ideals of these countries and their regulatory practices. Even the sectoral regulators who often work in isolation have struggled to safeguard media plurality and ensure that the regulatory frameworks adapt to the evolving media landscape. In India, the Telecom Regulatory Authority of India lacks the enforcement powers required to implement its own recommendations for preserving media plurality. Similarly in Turkey, the absence of legislation mandating public disclosure of media ownership and the arbitrary amendments to broadcasting rules illustrate the significant gaps in sectoral support for achieving media plurality. Hence, the said lack in competition authorities' siloed assessment can be mitigated by adopting a holistic approach that necessitates intervention of sectoral regulators during the merger review process. Here, they can jointly address the multifaceted implications of media mergers on both competition and plurality, if any. In light of the same, this research paper aims to explore how regulatory collaboration in India and Turkey can be effectively structured to improve the assessment of media mergers by competition authorities. The authors will identify key cases of cross-media ownership in both countries that raise significant media pluralism issues and propose a framework to enhance cooperation among relevant regulatory bodies. As a result, this research will equip competition authorities with practical guidance on how to strengthen their collaboration with sector regulators while conducting merger reviews. In this manner,

the author will position antitrust as a vital instrument for safeguarding media plurality and reinforcing democratic principles.

229. Rekabet Hukukunda Hakkaniyet Tartışması: Kavramın Doğuşu, Yabancı Ülkelerdeki Düzenleme ve Uygulamalara Etkisi ile Türk Hukukundaki Mevcut ve Potansiyel Yansımaları Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz:

Rekabet hukukunun amacı bakımından geleneksel olarak serbest piyasa ekonomisi bağlamında rekabetçi iktisadî düzenin korunması yoluyla tüketici refahının muhafaza edilmesi yahut artırılması hedefi ortaya konmaktadır. Bununla birlikte, özellikle iktisadî faaliyetlerdeki dijital dönüşümün hukuk ve iktisat yaklaşımı üzerinde yarattığı etkiler ile birlikte tüm piyasa paydaşları için adil rekabet koşullarının sağlanması, KOBİ'lerin korunması ve sosyal adaletin gözetilmesi gibi daha geniş hedeflerin de rekabet hukukunun konusu hâline geldiği gözlemlenmektedir. Bu dönüşüm, mevcut normatif temellerin ötesine geçecek şekilde "hakkaniyet" (fairness) kavramını rekabet hukukunda bir değerlendirme kriteri olarak gündeme getirmiştir. Bu kapsamda tebliğimizde, rekabet hukukunda "hakkaniyete" dayalı hukuki yaklaşımın kavramsal altyapısını ele alacak, yabancı ülkelerdeki uygulamalara dair karşılaştırmalı analizler sunulacak ve bu kavramın Türk rekabet ve idare hukuku bağlamında uygulanabilirliği değerlendirilecektir. Tebliğin ilk bölümünde, "hakkaniyet" kavramının fikirler tarihi yönünden kökenleri, hukuki ve iktisadi anlamları ile rekabet hukuku uygulamasına girişi analiz edilecektir. Bu çerçevede, özellikle dijital piyasaların regülasyonunda geçit bekçisi kavramına geçiş süreci, KOBİ'lerin korunması ihtiyacı, iş gücü piyasalarında çalışan refahının korunması ve manevî unsurların dikkate alınması gibi "sosyal adalet" ve "adil rekabet koşulları" ile ilişkilendirilen alanlarda "hakkaniyet" kavramının etkisinin teorik çerçevesi çizilecektir. Tebliğin ikinci bölümünde ise AB, ABD, Avustralya ve Güney Afrika gibi farklı yargı alanlarındaki değişik uygulamalarda "hakkaniyet" kavramının yansımalarına ve rekabet hukuku uygulamalarına etkilerine değinilecektir. Bu çerçevede AB özelinde DMA ve rekabet hukuku ilişkisi ile dijital platformların selfpreferencing uygulamalarının sınırlandırılmasında süre gelen "hakkaniyet" tartışmaları ile hukuki öngörülebilirlik sorunları ele alınacaktır. Öte yandan, Avustralya'da ACCC'nin, dijital platform hizmetleri sektör incelemesinde yer verdiği hakkaniyet yaklaşımı temelli uygulamalar irdelenecektir. Ayrıca, Güney Afrika rekabet hukukundaki sosyal adaleti gözetme yaklaşımının ve hakkaniyet temelli hukuk uygulamalarının sosyal politika hedeflerine ulaşmada ve pazarların regüle edilmesinde nasıl hizmet edebileceği ele alınacaktır. Tebliğin üçüncü bölümünde, Türkiye'de rekabet ve idare hukuku bağlamında hakkaniyet kavramının yeri ele alınacaktır. Bu çerçevede,

- Rekabet Kurulu'nun dijital platformlara ilişkin kararları "hakkaniyet" ilkesinin yansımaları
- Kurul'un işgücü pazarlarındaki rekabet hukuku uygulamaları ile İşgücü Kılavuzu ile hukukumuza kazandırılan bazı kavram ve değerlendirme kriterlerinin "hakkaniyet" yaklaşımı ile bağı
- yerinde incelemenin engellenmesi bakımından açılan "hakkaniyet" temelli istisnâ uygulamalar ile Kurul'un 9/3 uygulamaları ele alınacaktır. Tebliğin son bölümünde, Türk idare hukuku ilkeleri ile hakkaniyet kavramı arasındaki çatışmalar incelenecektir. Bu kapsamda özellikle idarenin kanuniliği ile hukukî öngörülebilirlik ilkeleri karşısında "hakkaniyet" in kamu yararına hizmet eden bir ilke olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışılacaktır.

230. Çevresel, Sosyal ve Yönetim Uygulamaları ve Rekabet Hukuku İlişkisinde Güncel

Sorunlar: Çevresel, sosyal ve yönetim (ÇSY) hedefleri teşebbüslerin ana hedeflerinden birisi olması gerektiği kurumsal yönetim uygulamalarında genel kabul görmektedir. Son yirmi yıldır şekillenen ÇSY temelli kurumsal yönetim sistemi gerek yatırımcıların talepleri gerekse menfaat sahiplerinin istekleri doğrultusunda şirketlerin sürdürülebilir hedefler doğrultusunda hareket etmelerinin zorunluluk olduğuna işaret etmektedir. Bu nedenle de ÇSY temelli gerek zorunlu kurumsal yönetim uygulamaları gerekse gönüllü uygulamalar oldukça artmaya başladı. Teşebbüslerin karar alma ve iş yapma modellerini değiştiren bu uygulamaların rekabet hukuku üzerinde etkisi yeni yeni ortaya çıkmaya başladı. İlk başlarda rakip teşebbüsler arasında sürdürülebilirlik anlaşmaları ve muafiyet rejimleri üzerindeki etkiler incelenmeye ve buna ilişkin kararlar ve mevzuat şekillenmeye başladı. Fakat özellikle dünyada değişen politik konjektürel yapı ile birlikte yeniden alevlenen ekonomik rekabet algısı sonucunda ÇSY uygulamalarının rekabeti azaltıcı etkisine dikkat çekilmeye başlandı. Nitekim sürdürülebilir ekonomik modele geçişinde rekabetçi piyasa içerisinde olmasının gerektiği kabul edilmektedir. Sürdürülebilir davranış hem fiyat hem de inovasyon rekabetini içermelidir. İşte bu durumda sürdürülebilirlik modelli iş yaparken de teşebbüslerin rekabetçi yarış halinde olması gerekir. Bu durumda teşebbüslerin sürdürülebilirlik prensipleri gereği yürüttüğü faaliyetlerin rekabet hukuku gözü ile bakmaları kaçınılmaz bir gereklilik olarak tekrar gündeme geldi. Örneğin yatırım fonlarının şirketlere yatırım kararlarında zorunlu olan kriterler dışında kendi aralarında belirledikleri diğer kriterleri esas almaları veyahut ÇSY standartlarını beğenmedikleri şirketlere karşı boykot kararları almalarının rekabet hukuku açısından bir ihlal niteliği taşıyıp taşımadığı tartışılmaya başlandı. Bu durumda yatırım fonlarının şirketler üzerindeki etkileri ve bundan kaynaklı rekabeti kısıtlayıcı etkiler özellikle ABD’de tartışılmaya açıldı. Yine şirketlerin gerek zorunlu ve gerekse gönüllü sürdürülebilirlik raporlamaları ile oldukça geniş hususlarda kamuya açıklama yaptıkları görülmektedir. Fakat bu durumun rekabet hukuku açısından henüz pek değerlendirilmediği görülmektedir. Oysa tek taraflı dahi olsa kamuyu aydınlatma gelecekteki rekabetçi davranışları açıklıyorsa rekabeti kısıtlayıcı etki doğurabilecektir. Diğer bir husus ise ÇSY faydaları nedeniyle izin verilen yoğunlaşma işlemlerinde sürdürülebilirlik bir pozitif etmen iken rekabetçi yapının da korunduğundan emin olunmalıdır. Aksi bir durumda rekabet politikasının ve hukukunun ana hedefi olan piyasa yoğunlaşmasının önlenmesinin aksine teknoloji piyasalarında olduğu gibi geri dönüşmesi zor yoğunlaşmış bir piyasa ortaya çıkacaktır. Sonuç olarak sürdürülebilirlik temelli işleyişin yeni bir ekonomik model oluşturmasına rağmen rekabetçi piyasa ekonomisi kurallarından bağımsız bir model olmadığı kabul edilmelidir. Bu sunumda teşebbüslerin ÇSY hedefleri ile yürüttükleri faaliyetlerin rekabet politikası ve hukukunun genel prensipleri ile çelişmeleri halindeki durumlar örnek olaylar ve karşılaştırmalı hukuk analizi ile incelenecektir.

231. Yapay Zekâ Sistemlerinin Karmaşık Terminolojisi: Dijital Piyasalar Yasası'nın (DMA) Temel Modellere (FM) Uygulanabilirlik Sorunu:

Temel Modeller (FM) toplum veya teknoloji için yeni değildir. Temel aldıkları sinir ağları ve otonom öğrenme metotları uzun yıllardır mevcuttur. Ancak, doğal dil işleme (NLP) temelli çalışan Geniş Dil Modeli (LLM) tabanlı uygulamaların kullanıcılar tarafından benimsenmesindeki patlama ve artış, özellikle 2023 yılından itibaren tüm teknoloji sektörünü etkilemiştir. Bu durum Open AI'nın

ChatGPT'yi, Google'ın Gemini'yi ve Microsoft'un Copilot'ı gibi çok modlu yapay zekâ sistemlerini piyasaya sürmesinden kolayca fark edilebilmektedir. DMA ve Yapay Zekâ Yasası kapsamında Temel Modellere dair sorunlar önümüzdeki yıllarda karşımıza daha sık çıkacaktır. Bunun sebebi, DMA hazırlanırken sesli asistanlardan ibaret olduğu düşünülen ve Yapay Zekâ Yasa tasarısına da son anda eklenen Temel Modellerin hukukun uygulanmasında boşluk doğuracak olmasıdır. Geniş Dil Modelleri de (LLM) dahil olmak üzere Temel Modeller (FM) düşünülerek tasarlanmamış olan Dijital Piyasalar Yasası'nın (DMA), önemli pazar etkileri nedeniyle bu teknolojiler çerçevesinde yeniden tartışılması gerekmektedir. Kaldı ki, Avrupa Birliği'nde yürürlüğe giren Yapay Zekâ Yasası (AI Act), Temel Modelleri tanımlamış olsa da ciddi sistemik risklere işaret etmektedir. Bütün bu risklere ek olarak, Rekabet Hukuku ile Temel Modeller arasındaki ilişkinin de tespit edilmesi gerekmektedir. En temel sorunlar, DMA'nın yasama müdahalesi olmaksızın Temel Modellere uygulanıp uygulanmayacağı ve Temel Modellerin DMA Madde 2(2) kapsamında çekirdek platform hizmetleri listesine dahil edilmesinin gerekli olup olmadığıdır. DMA çerçevesinde Temel Modellerin, diğer çekirdek platform hizmetlerinin bir parçası haline geldiği durumlarda, ex-ante uygulama açısından bir sorun olmadığı görülmektedir. Örneğin, DMA'nın kapsamına giren ve 'geçit bekçileri' olarak bilinen büyük arama motoru sağlayıcılarının, Temel Model destekli uygulamalarında (ChatGPT destekli bir arama motoru gibi) DMA'nın ilgili maddeleri kolaylıkla uygulama alanı bulacaktır. Ancak DMA'nın kapsamı, doğal dil işleme ve otonom öğrenme gibi yapay zekâ teknolojilerinin bilgisayara komut verilerek kullanıldığı arama motoru, mobil uygulama, chatbot gibi grafiksel arayüzler (GUI) ve sesli asistanlar ile kullanılmasından ibarettir. Bir başka deyişle, Madde 2(2) DMA kapsamında tespit edilen çekirdek platform hizmetlerinden ibarettir. Ancak, yapay zekâ sistemlerinin karmaşık yapısı sebebiyle gerçek dünyadaki izdüşümünün insanlar ve piyasa dinamikleri üzerinde geniş kapsamlı sonuçları vardır. Temel modeller, yeni ürünleri pazara sunmak ve mevcut ürünleri ve hizmetleri dönüştürmek için kullanılmaktadır. Bunların ilk örneklerinden, GPT, BERT, DALL-E, Flamingo, MusicGen, RT-2 gibi (sesli/yazılı içerik üreten yapay zekâ asistanları olma özelliklerini aşan) robotik kontrol, matematik, müzik, kodlama, tıp gibi alanlarda yeni yeni kullanıma açılan bu teknolojiler, gelecekte Rekabet Hukukunun ana konularından biri olacaktır. Zira Temel Modeller, her sektördeki her büyüklükteki teşebbüsün ürün ve hizmetlerini, müşterileriyle iş yapma biçimlerini yeniden düşünmeye zorlayacağından, yıkıcı olma olasılığı çok yüksektir. Dolayısıyla bu çalışma kapsamında Temel Modellerle ilgili aşağıdaki sorulara cevap aranacaktır:

- Temel Modeller, iş birliği platformlarına dönüşürse mevcut rekabet kurallarının (RKHK 4-6-7) uygulanması yeterli olacak mıdır?
- Temel Modellerin de çekirdek platform hizmeti olarak kabulü için DMA ve benzeri regülasyonlar üzerinde yasama yolu ile müdahale gerekli midir?
- Hala gelişme aşamasında olan Temel Modellerin çekirdek platform hizmetlerinin yerini aldığı senaryoda değer zincirlerini tamamen değiştirmesi, DMA gibi regülasyonların kadük hale gelmesine sebebiyet verebilir mi?