

İkinci Çeyrekte Rekabet Hukuku Bülteni

Temmuz 2022

2022 yılının ikinci çeyreğinde rekabet hukuku alanında önemli gelişmeler yaşandı. Rekabet Kurumu'nun ("Kurum") 14 Nisan 2022 tarihinde yayımladığı ve uzun süredir beklenen E-Pazaryerleri Platformları Sektör İncelemesi Nihai Raporu ("Nihai Rapor") şüphesiz ki bu gelişmelerden en önemlisi olarak öne çıkıyor.

Kurum, E-Pazaryerleri Platformları Sektör İncelemesi Ön Raporu'nda yer alan temel rekabet endişelerini Nihai Rapor'da yineleyerek, bu endişelere karşı geliştirilen politika önerilerini güncelledi. Kurum'un politika önerileri, ikincil mevzuat değişikliklerinin ve önemli pazar gücüne sahip teşebbüslere yönelik düzenlemelerin yolda olduğu sinyali veriyor. Diğer yandan, Ticaret Bakanlığı'nın uzun süredir üzerinde çalıştığı ve 7 Temmuz 2022'de Resmî Gazete'de yayımlanarak yasalanan Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun da Kurum'un tespit ettiği sorunların bir kısmının çözümüne yönelik düzenlemeler içeriyor.¹

Bu dönemde gerçekleşen bir diğer önemli değişiklik ise, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'te ("Ceza Yönetmeliği") değişiklik yapılması oldu. 15 Haziran 2022 tarihinde yürürlüğe giren değişiklik uyarınca, para cezasının belirlenmesine esas olan yıllık gayri safi gelir hesaplanırken net satışlar dışında bir hesap kalemi altında muhasebeleştirilen esas faaliyet gelirlerinin de dikkate alınmasının önü açıldı. Böylelikle, Ceza Yönetmeliği uyarınca uygulanacak para cezalarının hesaplanmasında esas alınan yıllık gayri safi gelir kavramının kapsamı genişletilmiş oldu.

2022 yılının ikinci çeyreği, Rekabet Kurulu'nun ("Kurul") emsal niteliğinde birçok kararının gerekçesinin ve idari yargının rekabet hukuku uygulamasına yol gösterici nitelikte iptal kararlarının yayımlandığı bir dönem oldu. Söz konusu Kurul kararları ve idari yargının iptal kararlarına ilişkin detayları aşağıda bulabilirsiniz.

Kurul Kararları

1. Rakipler Arasında Dijital Reklam Anlaşmaları: Sefamerve/Modanisa Kararı

Kurul, rakip konumdaki Modanisa Elektronik Mağazacılık ve Ticaret Anonim Şirketi ("Modanisa") ile EST Marjinal Medikal Tanıtım ve İletişim Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi ("Sefamerve") arasındaki sulh sözleşmesine ilişkin muafiyet başvurusunu karara bağladı.² Sözleşme, Sefamerve'nin "modanisa" ve "nisa", Modanisa'nın ise "Sefamerve", "sefa merve" ve "sefa" ibarelerini arama motorları ve sosyal medya platformlarındaki reklamlarda negatif kelime olarak eklemeleri ve internet ortamında birbirlerinin markalarını hedeflememelerini düzenliyor. Bunun sonucu olarak, Modanisa ve

Sefamerve'nin belirledikleri, birbirlerinin markalarını çağrıştıran kelimeleri dijital reklam mecralarında anahtar kelime olarak kullanamaması ve bu kelimelerle arama yapan kullanıcılara, bu kelimeleri anahtar kelimelerine ekleyen reklam verenin reklamının arama sonuçlarında gösterilmemesi (negatif eşleşme) sağlanıyor.

Karar, Kurul'un dijital reklam alanına ilişkin yatay işbirliği anlaşmalarına yaklaşımını ortaya koyuyor. Kurul, öncelikli olarak yalnızca reklam verenlerin birbirlerinin marka adına teklif vermeme yükümlülüğünü içeren dar kapsamlı markaya reklam vermeme yükümlülüklerinin marka koruması kapsamında değerlendirilebileceğini, ancak marka olarak tescil edilmemiş ibarelerin hedeflenmemesi ve negatif anahtar kelime olarak

¹ Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'a ilişkin detaylı bilgi içeren bültenimize şu adres üzerinden ulaşılabilir: https://www.kolcuoglu.av.tr/Uploads/Publication/elektronik_ticaretin_duzenlenmesi_hakkinda_kanunda_degisiklik_yapilmasina_dair_kanun-z9K5BcCj.pdf

² 25 Kasım 2021 tarih ve 21-57/789-389 sayılı Rekabet Kurulu kararı

eklenmesi yükümlülüklerinin marka koruması sınırlarını aştığını tespit etti. Bununla birlikte, sözleşmenin müşteri/pazar paylaşımına benzer bir etki doğurabilme potansiyeli olduğunu belirten Kurul, (i) reklam verenlerin birbirlerinin marka adını içeren ancak marka adıyla ilgili olmayan kelime gruplarına dijital reklam vermemelerine ilişkin yükümlülüklerin (geniş kapsamlı reklam vermeme yükümlülüğü) ve (ii) reklam verenlerin birbirlerinin marka adını "negatif anahtar kelime" olarak seçtiği negatif eşleme yükümlülüklerinin, marka hakkını koruma amacını aşan bir rekabet sınırlaması içermesi, tüketicilerin seçeneklerini azaltması ve ilgili ürün ve hizmetlerde fiyat artışı ve kalite düşüşüne sebep olabileceği gerekçeleriyle bireysel muafiyetten faydalanamayacaklarına hükmetti.

Bu doğrultuda Kurul, dijital reklam mecralarında marka olarak tescil edilmemiş olan "nisa" ve "sefa" kelimelerine ilişkin hedeflemeye yükümlülüğü ile negatif eşleşme yükümlülüğü düzenlemelerinin sözleşmeden çıkarılması şartıyla, sözleşmeye bireysel muafiyet tanınabileceğine karar verdi.

Karar, marka koruma hakkının rekabet hukuku bakımından sınırlarını ve dijital reklamlara ilişkin yatay anlaşmaların muafiyetten yararlanabilme koşullarını net bir şekilde ortaya koyuyor.

2. Kurul'un Veri Taşınabilirliği Hakkında İlk Kararı: Nadirkitap

Kurul, bir ikinci el satış platformu olan Nadirkitap Bilişim ve Reklamcılık Anonim Şirketi'nin ("**Nadirkitap**"), ürünlerini rakip aracılık hizmeti sağlayıcıları üzerinden pazarlamak isteyen satıcılara kendi verilerini sağlamayarak rakip teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırdığı iddiasına ilişkin nihai kararını açıkladı.³ Kararda, detaylı bir ilgili ürün pazarı analizi yapan Kurul (i) ikinci el kitaplar ile yeni kitapların birbirine ikame olmadığı, (ii) ikinci el kitap satışı bakımından çevrimiçi kanal ile geleneksel satış kanallarının ikame olmadığı, (iii) satıcı ile tüketiciyi bir araya getiren platformlar ile doğrudan kendi adına satış yapan internet sitelerinin ikame olmadığı ve (iv) yalnızca kitap satışı gerçekleştiren platformlar ile çeşitli ürün satışı yapan platformların ikame olduğu sonucuna ulaştı. Bu kapsamda, Nadirkitap'ın "ikinci el kitap satışına aracılık sağlayan platform hizmetleri" pazarında hakim durumda olduğu ve satıcı üyelerin Nadirkitap platformuna yükledikleri kitap envanter verilerine erişiminin ve bu verilerin taşınabilirliğinin "haklı bir gerekçe olmadan" engellenmesinin, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ("**Rekabet Kanunu**") 6. maddesi uyarınca hâkim durumun kötüye kullanılması ihlali teşkil ettiğine karar verildi. Bu doğrultuda Kurul, Nadirkitap'a idari para cezası uygulamasının yanı sıra, Nadirkitap'tan veri talep eden satıcı üyelerine ilgili verileri sağlama yükümlülüğü getirdi.

Kurul'un Nadirkitap hakkında verdiği karar, satıcıların dijital platformlardaki verilerinin taşınabilirliğinin engellenmesinin Rekabet Kanunu'nun 6. maddesi kapsamında bir ihlal olarak değerlendirildiği ilk karar oldu.

Bu karara istinaden, dar bir tüketici grubuna hitap eden ve niş pazarlarda faaliyet gösteren küçük ölçekli dijital platformların, pazar tanımlarının daha dar yapılması halinde hâkim durumda bulunma riskinin olduğu değerlendirilebilir.

3. Aktif İşbirliği ve Uzlaşma İndirimlerinin Birlikte Uygulanması

Kurul, 24 Şubat 2021 tarihli ve 22-10/140-M sayılı kararı ile, Beypazarı İçecek Pazarlama Dağıtım Ambalaj Turizm Petrol İnşaat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi ("**Beypazarı**") ile Kınık Maden Suları Anonim Şirketi'nin ("**Kınık**") birbirleriyle rekabete hassas fiyat bilgileri paylaştıklarını tespit ederek, teşebbüslere idari para cezası verilmesine hükmetti. Bununla birlikte Kurul, soruşturma taraflarının hem Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik ("**Aktif İşbirliği Yönetmeliği**") uyarınca yaptıkları aktif işbirliği başvurularını hem de uzlaşma taleplerini kabul ederek, soruşturma sonucu verilen idari para cezalarında indirim uyguladı.

Aktif İşbirliği Yönetmeliği uyarınca, ilk başvuru sahibi Kınık'a %35; ikinci başvuru sahibi Beypazarı'na ise %30 oranında indirim uygulandı. Bu indirimlere ilaveten Kurul, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasına Yönelik Soruşturmalarda Uygulanabilecek Uzlaşma Usulüne İlişkin Yönetmelik⁴ ("**Uzlaşma Yönetmeliği**") kapsamında, her iki soruşturma tarafına ayrı ayrı %25 oranında indirim uygulanmasına karar verdi.

Uzlaşma Yönetmeliği uyarınca Kurul %10 ile %25 arasında bir indirim uygulamakta takdir hakkına sahip olup kararda en yüksek indirim oranı olan %25 oranında indirim uygulanmıştır.

4. İnternet Satışlarını Kısıtlayan Bayilik Sözleşmelerine İlişkin Muafiyet Kararı: Solgar Vitamin

Kurul, 9 Eylül 2021 tarih ve 21-42/611-298 sayılı kararı ile, Solgar Vitamin ve Sağlık Ürünleri Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi ("**Solgar**") ve Solgar tarafından kontrol edilen Navita İlaç ve Sağlık Ürünleri Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi'nin ("**Navita**") 12 ecza deposu ve 25.000'e yakın eczaneyle akdetmeyi planladığı, Solgar ve Navita markalı gıda takviyesi ürünlerine ilişkin bayilik sözleşmelerine menfi tespit verilmesi veya muafiyet tanınması talebini reddetti. Sözleşme e-ticaret siteleri, zincir marketler, vitamin perakendecileri gibi eczane kanalı dışında kalan mecralar üzerinden yapılan satışları yasaklamakta ve yalnızca eczaneler üzerinden satışı mümkün kılmaktadır.

Kurul yaptığı bireysel muafiyet değerlendirmesinde, Solgar'ın söz konusu sözleşmeler ile ürünlerinin izlenilebilirliğini artırarak nihai tüketicilerin sahte veya ruhsatsız ürün satın almasının önüne geçmeyi amaçladığı yönündeki savunmasını reddederek ilgili sözleşmelerin internet kanalı üzerinden satışı yasaklayarak ürünlerin üretimi veya dağıtımında gelişme ve iyileşme ya da ekonomik veya teknik herhangi bir gelişme sağlamadığı sonucuna vardı. Kurul böyle bir yasağın, tam tersine, tüketicilerin Solgar ürünlerine erişimini tek bir kanala indireceği ve hizmet sunumunu olumsuz etkileyeceğini değerlendirdi.

Kurul benzer şekilde, internet satışlarına getirilen yasağın farklı kanallardan ürün tedarikine son verilmesi, zaman ve yer kısıtı olmaksızın erişim kolaylığının ve ürün çeşitliliğinin azalması, müşterilerin daha uygun fiyattan alım yapabilmelerinin zorlaştırılması gibi sebeplerle, bu sözleşmelerdeki kısıtlamalardan tüketicinin yarar sağlamadığı sonucuna vardı. Kurul, sahte veya ruhsatsız ürünlerin satışını engellemek için eczane dışı tüm kanallarda satışın yasaklanmasının orantılı bir yöntem olmadığını ve e-ticaret kanalında faaliyet gösteren diğer teşebbüslerin sahte ürün satışına ilişkin daha orantılı tedbirler aldığını belirtti.

Son olarak Kurul Solgar'ın sahte veya ruhsatsız ürünlerin satışını engelleyerek tüketicileri ve markasını koruma amacının elde edilmesi

³ Kurul'un Nadirkitap hakkındaki kararına ilişkin detaylı bilgi içeren bültenimize şu adres üzerinden ulaşılabilir:

https://www.kolcuoglu.av.tr/Uploads/Publication/veri_tasinabilirligi_hakkinda_ilk_karar.pdf

⁴ Uzlaşma usulüne ilişkin detaylı bilgi içeren bültenimize şu adres üzerinden ulaşılabilir:

https://www.kolcuoglu.av.tr/Uploads/Publication/rekabet_hukukunda_yeni_bir_usul_olarak_uzlasma.pdf

için eczane dışı kanaldan satışın tamamen engellenmesinin rekabeti zorunlu olandan fazla sınırlandırıldığına karar verdi. Kurul, Tarım ve Orman Bakanlığı ve bazı hallerde Sağlık Bakanlığının gıda takviyesi ürünlerine ilişkin denetimler gerçekleştirerek izinsiz ürünleri satıştan kaldırdığını belirtti.

Sonuç olarak sözleşmelere, ilgili şartların tamamını karşılamadığından, bireysel muafiyet tanınamayacağına karar verildi.

Karar, BSH Ev Aletleri Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi'ne ilişkin verdiği kararda olduğu gibi, Kurul'un e-ticaret platformları üzerinden satışlara getirilen kısıtlamalara karşı katı yaklaşımını gösteriyor.

İdari Yargının İptal Kararları

1. Yerinde İncelemenin Engellenmesi: Sahibinden Kararı

Kurul, Mayıs 2021'de⁵, Sahibinden Bilgi Teknolojileri Pazarlama ve Ticaret Anonim Şirketi'ne ("Sahibinden") yerinde inceleme sırasında bazı Whatsapp yazışmalarının silinmesi üzerine, yerinde incelemenin engellendiği gerekçesiyle idari para cezası uygulamıştı. Bunun üzerine Sahibinden, söz konusu kararın hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle iptalini ve yürütmenin durdurulmasını talep etmişti.

Sahibinden'in bu talebini inceleyen Ankara 2. İdare Mahkemesi, 15 Nisan 2022 tarihli kararıyla, (i) Sahibinden'in yerinde inceleme günü çalışanlarına e-posta göndererek çalışanlarını yerinde inceleme süresince veri silme hususunda bilgilendirdiği, (ii) silinen yazışmalara diğer çalışanların telefonlarında yapılan incelemelerde ulaşıldığı, (iii) verilerin silindiği telefonun ilgili çalışanın kişisel telefonu olduğu ve (iv) silinen yazışmaların şirket faaliyetlerine ilişkin hususları içermediği gerekçeleriyle yürütmenin durdurulmasına karar verdi. Ardından Ankara Bölge İdare Mahkemesi, Kurum'un yürütmenin durdurulması kararına ilişkin itiraz talebini reddederek kararı onadı.

Ankara 2. İdare Mahkemesi'nce benimsenen yukarıdaki kriterler, Kurul'un bir başka kararında "silinmiş konuşmaların içeriğinden bağımsız olarak rekabetçi unsurlar taşıdığı varsayılacağı" şeklinde ifade ettiği yaklaşımından ayrılıyor.

2. Geçici tedbir uygulanması: Trendyol Kararı

Kurul, Eylül 2021'de⁶, DSM Grup Danışmanlık İletişim ve Satış Ticaret Anonim Şirketi'ne ("Trendyol"), (i) kendi ürünlerine avantaj sağlayacak şekilde algoritmaya müdahale etmesi ve bazı avantajları yalnızca kendi ürünlerine sağlaması, (ii) kendi perakende faaliyetine avantaj sağlayacak şekilde pazaryerinde satış yapan satıcıların verilerini kullanması ve (iii) pazaryerinde satış yapan satıcılar arasında ayrımcılık yapması sebepleriyle geçici tedbir uygulanmasına karar verdiğini açıklamıştı. Bu kapsamda Kurul, Trendyol'a, (i) algoritma ve kodlama gibi müdahalelerle rakiplerine karşı avantaj sağlama ve benzeri eylemlerine son vermesi, (ii) pazaryeri faaliyetinden elde ettiği verilerin paylaşımını ve kullanımını durdurması, (iii) pazaryerinde satış yapan satıcılar arasında ayrımcılık doğuracak nitelikte algoritma ve kodlama aracılığıyla yaptığı müdahaleler ve benzeri eylemlerine son vermesi, (iv) bu tedbir kararlarının denetlenebilmesi için her türlü teknik, idari ve organizasyonel tedbirleri alması ve (v) algoritma modelleri üzerinde yapılan parametrik ve yapısal değişiklikler, yazılımlara ait kaynak kodları ve kullanıcı erişim ve yetkilendirme kayıtları ile yönetici

denetim kayıtlarını 8 yıl süre ile saklaması gibi geçici tedbirler uygulamıştı.⁷

Ankara 9. İdare Mahkemesi, 25 Mayıs 2022 tarihli kararıyla söz konusu geçici tedbir işleminin kısmen iptaline karar verdi. Mahkeme, Trendyol'a uygulanan, pazaryerinde satış yapan satıcılar arasında ayrımcılık doğuracak nitelikte algoritma ve kodlama aracılığıyla yapılan müdahaleler ve benzeri eylemlere son verilmesine yönelik tedbir, (i) satıcıların eşit durumda olup olmadığının Kurul'ca değerlendirilmediği ve bu yönde yeterli bilgi ve belge olmadığı, (ii) farklı durum ve statüde olan satıcılar ve teknik problemlerin çözümü için farklı uygulamalar olabileceği ve (iii) Trendyol'un ayrımcılık yaptığına ve bunun hakim durumun kötüye kullanılması olarak nitelendirilebileceğine ilişkin herhangi bir nihai karar verilmemiş olması gerekçeleriyle iptal etti. Mahkeme ayrıca, Trendyol'un algoritma modelleri üzerinde yapılan parametrik ve yapısal değişiklikler, yazılımlara ait kaynak kodları ve kullanıcı erişim ve yetkilendirme kayıtları ile yönetici denetim kayıtlarının 8 yıl süre ile saklanmasına yönelik geçici tedbir de kısmen iptal etti. Bu doğrultuda mahkeme, mevzuatta tedbir kararlarının geçerlilik süresine ilişkin düzenleme bulunmamasına karşın, tedbir kararının ancak Kurul tarafından verildiği tarihten nihai kararın alındığı tarihe kadar geçerli olabileceğini belirtti ve söz konusu tedbir kararını, nihai tedbir kararının alınmasından sonraki tarihlere isabet edecek kısım yönünden iptal etti.

Kurul'un geçici tedbir kararı, özellikle 8 yıllık saklama yükümlülüğünün oldukça uzun olması ve nihai karar alınmasından sonraki dönemi de kapsamı açısından tartışma konusu olmuştu. Bu doğrultuda, Ankara 9. İdare Mahkemesi'nin kararı, geçici tedbirlerin geçerlilik süresine ilişkin içtihat oluşturarak bundan sonra uygulanacak geçici tedbir kararları açısından aydınlatıcı oldu.

3. İlaç sektöründe seçici dağıtım sistemleri: Johnson & Johnson Kararı

Kurul, 3 Eylül 2020 tarih ve 20-40/553-249 sayılı kararıyla, Johnson and Johnson Sıhhi Malzeme Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'nin ("JJ") bazı ilaçlarının dağıtımını için ecza depoları ile nicel seçici dağıtım sistemi kurulmasına ilişkin Beşeri İlaç Depo Satış Sözleşmesi'ne ("Sözleşme") yönelik muafiyet talebini reddetmişti. JJ yaptığı başvuruda, seçici dağıtım sistemi uygulaması ve ilgili depolara uygulanan, seçici dağıtım sistemi dışında kalan depolara ürün satma, tedarik etme ya da takas etme yasağının ardında yatan amacın, Sözleşme konusu ilaçların paralel ihracat yoluyla satışının engellenmesi ve sınırlı sayıda ecza deposu ile çalışarak yurt dışına satılan ilaçların takip edilebilmesi olduğunu belirtmişti. İlgili mevzuat uyarınca ilgili pazar payı eşliğinin aşılması halinde seçici dağıtım sistemlerine ürünün niteliğine bakılmaksızın muafiyet tanınacağı belirtilmesine rağmen, Kurul kararında ürünlerin niteliğinin seçici dağıtım ağını gerektirip gerektirmediğine ilişkin bir değerlendirme yaptı. Kurul, Sözleşme'ye konu ürünlerin (i) bu ürünlere benzer çok fazla rakip ürün olması sebebiyle istisnai olmadığı, (ii) seçici dağıtım sisteminin beşeri ilaç piyasası için geçerli olmadığı, (iii) Sözleşme ile getirilen kısıtlamanın herhangi bir etkinlik artışı veya fayda sağlamadığı ve (iv) yeniden satıcılara zorunlu olandan daha kısıtlayıcı bir müdahale getirdiği yönünde bir değerlendirme yapmıştı.

Ankara 13. İdare Mahkemesi, 27 Nisan 2022 tarihli kararıyla Kurul'un ilgili kararını iptal etti. Mahkeme özetle, (i) Sözleşme hükümlerinin paralel ihracatı önlemeye yönelik olduğunu ve bu durumun elzemliğinin ilaçların üzerlerindeki barkodlarla yurt dışına çıkışlarının

⁵ 27 Mayıs 2021 tarih ve 21-27/354-174 sayılı Rekabet Kurulu kararı

⁶ 30 Eylül 2021 tarih ve 21-34/452-227 sayılı Rekabet Kurulu kararı

⁷ Trendyol hakkındaki geçici tedbir kararına ilişkin detaylı bilgiler içeren bültenimize şu adres üzerinden ulaşılabilir: https://www.kolcuoglu.av.tr/Uploads/Publication/rekabet_kurulu_nun_trendyol_hakkindaki_gecici_tedbir_karari.pdf

KOLCUOĞLU DEMİRKAN KOÇAKLI

HUKUK BÜROSU • ATTORNEYS AT LAW

takip edilememesi ile doğrulandığını, **(ii)** ilgili ilaçların JJ'nin dağıtımını yaptığı otuz yedi üründen yalnızca dördünü oluşturduğunu ve **(iii)** ilaçların hepsinin pazar paylarının %40'ın, hatta yeni yürürlüğe giren %30'luk pazar payı eşiğinin de altında kaldığını değerlendirdi. Ankara 13. İdare Mahkemesi ayrıca, muafiyet kararının alınmasına esas teşkil eden olayda değişiklik olması halinde, muafiyet kararının geri alınabileceğini de vurgulayarak, yukarıdaki gerekçelerle Kurul kararının hukuka uygun olmadığına hükmetti.

Ankara 13. İdare Mahkemesinin bu kararı, özellikle ilaç sektöründe seçici dağıtım anlaşmalarının uygulanabilirliğine ilişkin hukuki öngörülebilirliği artırıyor.

İLETİŞİM



Rekabet Hukuku Danışmanı
Neyzar Ünübol



Av. Ali Tunçsav

nunubol@kolcuoglu.av.tr atuncsav@kolcuoglu.av.tr