

Birinci Çeyrekte Rekabet Hukuku Bülteni

Nisan 2023

2023 yılının ilk çeyreğinde rekabet hukuku alanında en önemli gelişme, Rekabet Kurumu'nun Hızlı Tüketim Malları Perakendeciliği Sektör İncelemesi Nihai Raporu'nu ("HTM Sektör Raporu") kamuoyu ile paylaşması oldu. Rekabet Kurulu ("Kurul") bu dönemde ayrıca (i) Twitter Inc.'in tek kontrolünün devralınması işleminin Kurul'un izni alınmaksızın gerçekleştirilmesi sebebiyle Elon R. Musk'a idari para cezası uyguladı, (ii) biyofarma lojistiği alanında faaliyet gösteren teşebbüslere aralarında müşteri paylaşımına yönelik sözleşmeler akdetmek suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ("Rekabet Kanunu") 4. maddesini ihlal etmeleri sebebiyle idari para cezası verdi, (iii) banka ve kredi kartı ihraç ve kabul eden bazı bankalar hakkında yürütülen ön araştırmaya ilişkin gerekçeli kararını yayımladı ve (iv) yerinde incelemenin engellenmesine yönelik yeni kararlar aldı. Diğer yandan, Anayasa Mahkemesi'nin ("AYM"), Rekabet Kanunu'nun bazı hükümlerine ilişkin iptal başvurusunu değerlendirdiği gerekçeli kararı yayımlandı.

1. HTM Sektör Raporu'ndaki Mevzuat Değişikliği Önerileri

Rekabet Kurumu, HTM perakendeciliği sektörüne yönelik olarak Şubat 2017'de başlattığı sektör incelemesine ilişkin nihai raporunu 30 Mart 2023 tarihinde yayımladı. Rekabet Kurumu, HTM perakendecilerinin artan alıcı gücünü tedarikçilerden çeşitli isimler altında bedel alma veya tedarikçilere yapılacak ödemelerin vadelerini uzatma gibi haksız ticari uygulamalarla kötüye kullanmalarını engellemek için, Perakende Ticaretinin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi Taslağı'nda çeşitli değişiklikler yapılmasını önerdi. Rekabet Kurumu'nun yasaklanmasını önerdiği uygulamalar arasında (i) bazı gıda ürünleri bakımından belirli bir süreyi aşan ödeme vadeleri, (ii) bozulabilir gıdalarda kısa sürede yapılan iptal bildirimleri ve (iii) perakendecinin tek taraflı sözleşme değişiklikleri gibi uygulamalar yer alıyor.

HTM Sektör Raporu'nda, önerilen düzenlemelerin etkin şekilde uygulanmasının denetlenmesi için bağımsız bir birim tesis edilmesi ve ilgili birime inceleme yapma, bilgi isteme, tespit ettiği ihlali doğrudan sonlandırma ve idari para cezası verme gibi birtakım yetkiler tanınmasının uygun olacağı belirtiliyor.

HTM Sektör Raporu'nda, sektördeki yoğunlaşmanın arttığı ancak bu aşamada sektörde gerçekleşecek birleşme ve devralmalara ilişkin özel bir eşik belirlenmesine gerek olmadığı tespit edildi.

HTM Sektör Raporu'nda ayrıca, Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ne, bir dikey anlaşmanın grup muafiyetinden faydalanıp faydalanamayacağı değerlendirilirken sağlayıcının pazar payına ek olarak alıcının da pazar payının incelenmesine yönelik bir kural eklenmesi gerektiği belirtiliyor.

2. Twitter'ın İzin Alınmaksızın Devri Nedeniyle İdari Para Cezası

Kurul, Elon R. Musk tarafından Twitter Inc.'in tek kontrolünün devralınması işlemini resen incelemeye almıştı. Ardından Kurul, 6 Mart 2023 tarihinde işleme izin verdiğini, fakat işlem Kurul'un izni olmaksızın gerçekleştirildiği için Elon R. Musk'a 2022 yılına ait Türkiye cirosunun %0,1'i oranında idari para cezası uyguladığını duyurdu.

Kurul, izin alınması zorunlu olup Kurul'dan izin alınmaksızın gerçekleştirilen birleşme ve devralma işlemlerini genellikle ilgili işlem taraflarının bildirdiği başka işlemler kapsamında tespit edip resen incelemeye alabiliyor. Diğer yandan, Twitter Inc.'in tek kontrolünün Elon R. Musk tarafından devralınması gibi medyada geniş yer bulan işlemler de Kurul'un dikkatini çekebiliyor.

3. Ödeme Kuruluşlarının POS Hizmetlerine Erişiminin Engellenmesine İlişkin Değerlendirme

Kurul, Türkiye'de faaliyet gösteren ve kredi kartı ihraç ve kabul eden 21 bankanın, ödeme kuruluşlarına karşı sözleşme yapmanın reddi (örneğin, POS verilmemesi, verilen POS'ların yurt dışı kartlarla işleme kapatılması) ve fiyat sıkıştırması (örneğin, ödeme kuruluşlarına farklı isimlerle ek maliyet çıkarılması) gibi dışlayıcı eylemlerde bulunarak Rekabet Kanunu'nun 4. ve 6. maddelerini ihlal ettikleri iddialarına yönelik olarak yürüttüğü ön araştırmayı sonuçlandırdı.¹

Kararda, (i) ödeme altyapısına erişim talebi reddedilen ödeme kuruluşlarının rekabette geri kalabilecekleri kabul edilse de bu durumun etkin rekabeti tamamen ortadan kaldırmadığı, (ii) tüketicilerin (nihai üye iş yerlerinin) doğrudan bankalardan ödeme hizmeti alabilmelerinin mümkün olması sebebiyle banka altyapısına erişimlerinin mutlak anlamda kısıtlanmadığı, (iii) ilgili uygulamaların ödeme kuruluşları üzerinden geçen yasa dışı ödemelerin tespitinin zor

¹ Kurul'un 7 Nisan 2022 tarih ve 22-16/265-119 sayılı kararı

olması sebebiyle uygulandığı ve dolayısıyla bankaların haklı gerekçeleri olduğu tespit edildi. Bu doğrultuda Kurul, sözleşme yapmanın reddi şartlarının gerçekleşmediği ve bankaların ödeme kuruluşlarını dışlama niyetini gösteren bir bulguya ulaşamadığını saptadı. Ayrıca Kurul, ödeme kuruluşlarından dışlayıcı nitelikte yüksek üye iş yeri komisyon oranları talep edilmediği ve dolayısıyla bir fiyat sıkıştırması uygulanmadığı kanaatine vardı.

Yapılan değerlendirmeler sonucunda, şikâyet konusu uygulamalar açısından soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verildi. Karar, bankaların sıklıkla şikâyet konusu edilen uygulamalarının hangi şartlar altında ihlal niteliğinde olup olmayacağını sınırlarının belirlenmesi açısından yol gösterici oldu.

4. Rekabet Etmeme Yükümlülüklerinin Kartel Anlaşması Olarak Değerlendirilmesi: Transorient, Tunaset ve Biopharma Kararı

Kurul, biyofarma lojistiği alanında faaliyet gösteren Transorient Uluslararası Taşımacılık ve Ticaret Anonim Şirketi ("Transorient"), Tunaset Biofarma Lojistik Hizmetleri Anonim Şirketi ("Tunaset") ve Biopharma Lojistik Hizmetleri Anonim Şirketi'nin ("Biopharma") müşteri paylaşımına yönelik sözleşmeler akdetmek ve müşterilere yönelik süresiz rekabet etmeme yükümlülüğü tesis etmek suretiyle Rekabet Kanunu'nun 4. maddesini ihlal ettiği iddialarına yönelik soruşturmasını sonlandırdı.²

Kararda, öncesinde Transorient'ta çalışan ve Transorient ile halihazırda aynı ekonomik bütünlük içerisinde bulunan Tunaset'e danışmanlık hizmeti veren Biopharma'nın kurucu ortağının Transorient-Tunaset ekonomik bütünlüğünden ayrıldığı dönemde bu ekonomik bütünlük ile imzaladığı rekabet etmeme anlaşmaları incelendi. İlgili anlaşmalar uyarınca, tarafların bir diğerinin portföyünde yer alan müşterilere hizmet vermesinin süresiz olarak yasaklandığı tespit edildi.

Kararda öncelikle, ilgili anlaşmaların işçi-işveren ilişkisinin sınırlarını aşan bir rakiplik ilişkisi olduğu ve ilgili eylemlerin açık bir kartel anlaşması olduğu değerlendirildi. Kurul ayrıca, (i) biyofarma lojistik sektörünün oligopolistik yapısı, (ii) Transorient-Tunaset ekonomik bütünlüğünün pazarda önemli bir oyuncu olması ve (iii) bu sektörde hizmet alan müşterilerin uzun süre aynı firmalarla çalışmayı tercih etmesi sebebiyle, pazara girişlerin zor olduğunu ve dolayısıyla ilgili müşteri paylaşımının piyasa üzerinde rekabete aykırı etkilere sebep olabileceği sonucuna ulaştı. Kurul, soruşturma taraflarının, bir çalışanın eski işyerinin ticari sırlarına ve müşteri portföyüne vakıf olması sebebiyle ilgili anlaşmaların böyle bir yükümlülük getirdiği savunmalarını haklı bulmadı. Bu kapsamda Kurul, Transorient'a ve Tunaset'e idari para cezası uygulanmasına, Biopharma'ya ise Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik'teki koşulları yerine getirmesi kaydıyla idari para cezası uygulanmamasına karar verdi.

Karar, çalışanlar ile eskiden çalıştıkları teşebbüsler arasında akdedilen karşılıklı ve süresiz rekabet etmeme anlaşmalarının müşteri paylaşımını hedefleyen kartel anlaşmaları olarak nitelendirilebileceğini göstermiş oldu.

Bununla birlikte karardaki karşı oylarda, (i) ilgili anlaşmaların amacının müşteri portföyüne yönelik know-how ve bazı stratejik bilgilerin korunması olduğu, (ii) bu tip bilgilerin paylaşılmasının engellenmesinin rekabeti kısıtlama amacı taşıdığı ve (iii) Kurul'un değerlendirmesinde tüketiciyi korumanın ötesinde, serbest piyasa ekonomisinin işlerliğini de dikkate alması gerektiği öne sürüldü.

5. Yerinde İncelemenin Engellenmesi Kararları

Kurul, 2023'ün ilk çeyreğinde (i) tıbbi cihaz ve sarf malzemesi ürünleri satıcısı Disamed Sağlık Ürünleri Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi, (ii) bilişim teknolojileri hizmetleri sunan Akcom Bilişim ve Teknoloji Hizmetleri Limited Şirketi ("Akcom"), (iii) yazılım şirketi Softtech Yazılım Teknolojileri Araştırma Geliştirme ve Pazarlama Ticaret Anonim Şirketi, (iv) bilişim teknolojileri hizmetleri sağlayıcısı Vitelco Bilişim Hizmetleri Danışmanlık Limited Şirketi, (v) kozmetik ve kişisel bakım ürünleri sektöründe faaliyet gösteren Loreal Türkiye Kozmetik Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi ile (vi) Naos İstanbul Kozmetik Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi hakkında yerinde incelemenin engellenmesi ve/veya zorlaştırılması nedeniyle verilen idari para cezalarına ilişkin kararlarını yayımladı.³

İlgili kararların hepsinde idari para cezaları, teşebbüs çalışanlarının yerinde incelemeye başlanmasının ardından e-posta ve WhatsApp yazışmalarını silmiş olmaları ve/veya yerinde incelemede görevli personelin veya incelemeye başlanmasının bekletilmesi nedeniyle verildi.

Özellikle Kurul'un Akcom hakkında verdiği karar, Kurul başkanının karşı oyu nedeniyle dikkat çekti. Rekabet Kurulu başkanı karşı oyunda, (i) yumurta üretim ve satışı sektörüne ilişkin bir dosya kapsamında bir bilişim şirketine yerinde inceleme yapılması olağan dışı olduğundan, ilgili şirkete incelemenin kapsamı ve soruşturmada iddia edilen ihlalle ilişkilerinin açıklanmasının elzem olduğunu, (ii) bu konuda uzmanlarca etkin bir iletişim sağlanmadığını ve (iii) Akcom'un yalnızca soruşturma taraflarından birine donanım tedariki ve danışmanlık hizmeti sağlayan bir bilişim şirketi olduğunu belirterek, uzmanlara her türlü bilgi/belgeyi sunma sorumluluğunun yalnızca soruşturmanın doğrudan taraflarında (soruşturmaya konu teşebbüslerde) olduğunu savundu.

6. Anayasa Mahkemesinin Rekabet Kanunu Hakkında Kararı

AYM'nin, Rekabet Kanunu'nda yer alan, Kurul'a yerinde inceleme esnasında incelenen belgelerin örneklerini alma hakkı ile ihlal tespit ettiği durumlarda yapısal tedbirler uygulama yetkisi tanıyan ve Rekabet Kurumu kadrosunun yapılanmasına ilişkin bazı düzenlemelere ilişkin iptal başvurusunun değerlendirildiği kararı, 30 Mart 2023 tarihli Resmî Gazete'de yayımlandı.

AYM, Kurul'a ihlal tespit ettiği durumlarda "teşebbüslerin belirli faaliyetlerini yahut ortaklık paylarını ya da malvarlıklarını devretmeler" gibi yapısal tedbirler uygulama yetkisi tanıyan Rekabet Kanunu'nun 9. maddesi ile yerinde incelemeler esnasında incelenen veri ve belgelerin fiziki örneklerinin alınmasını mümkün kılan Rekabet Kanunu'nun 15. maddesinin ilgili kısımlarını hukuka uygun buldu.

AYM Başkanı ve dört üye, Rekabet Kanunu'nun 15. maddesinin ilgili kısmının Anayasa'ya uygun bulunması tespitine ilişkin karşı oy sundu.

² Kurul'un 25 Mayıs 2022 tarih ve 22-24/390-161 sayılı kararı

³ Kurul'un sırasıyla (i) 8 Eylül 2022 tarih ve 22-41/573-234 sayılı, (ii) 8 Eylül 2022 tarih ve 22-41/560-224 sayılı, (i) 15 Eylül 2022 tarih ve 22-42/614-258 sayılı, (v) 15 Eylül 2022 tarih ve 22-42/615-259 sayılı, (v) 29 Eylül 2022 tarih ve 22-44/646-278 sayılı, (vi) 6 Ekim 2022 tarih ve 22-45/659-283 sayılı kararları

Karşı oyda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve AYM içtihatları uyarınca, (i) teşebbüslerin yönetim işlerinin yürütüldüğü şirket merkezi, şube ve tesislerin de "konut" kapsamında değerlendirilip "hakim kararı" güvencesinden yararlandığı, (ii) bu sebeple ilgili düzenlemenin yalnızca kişisel verilerin korunması hakkını değil, konut dokunulmazlığı hakkını da ihlal ettiği, (iii) alınan verilerin nasıl ve ne kadar süre ile saklanacağı gibi hususların Rekabet Kanunu ile düzenlenmesi gerektiği ve (iv) ilgili düzenlemedeki "her türlü veri" ibaresinin özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesini mümkün kıldığı belirtildi.

Öte yandan AYM, (i) Rekabet Kurumu personel kadrosuna ilişkin birtakım usul ve esasları belirleme yetkisini Kurul'a veren Rekabet Kanunu'nun 34. maddesinin ve (ii) bazı kadrolarda bulunanların Rekabet Kurumu kadrosuna atanmış sayıldığını ve bu kişilerin Rekabet Kurumu tarafından ihtiyaç duyulan hallerde görevlendirileceğini düzenleyen Rekabet Kanunu'nun geçici 6.

maddesinin iptaline karar verdi. AYM, iptal kararının gerekçesi olarak, Rekabet Kurumu'nun personel atamalarının Rekabet Kanunu tarafından düzenlenmesi gerektiği ve bazı kadrolardaki kişilerin araştırmacı kadrosuna atanmasını gerektiren herhangi bir zorunluluk olmadığını öne sürdü.

İLETİŞİM



Rekabet Hukuku Danışmanı
Neyzar Ünübol

nunubol@kolcuoglu.av.tr



Av. Esen Çakır

ecakir@kolcuoglu.av.tr