

2022 yılı rekabet hukukunda nasıl geçti?

Cihan Bilaçlı

Türkiye’de rekabet hukuku 2022 yılında oldukça hareketliydi. Yayımlanan istatistiklere¹ göre Kurul geçtiğimiz yıl 386 dosyayı karara bağladı; 29 soruşturmada yaklaşık 1,8 milyar TL idari para cezası verildi, en çok dosya yapılan sektörler gıda ile bilişim teknolojileri ve platform hizmetleri oldu. Önemli olduğunu düşündüğümüz kararları aşağıda sizler için özetledik.

1. Rekabet ihlalleri, muafiyet dosyaları

1.1. Topla-Dağıtım tipi ihlaller incelenmeye devam ediyor

2021 yılının, hatta Kurum tarihinin, en gündeme oturan dosyalarından *HTM Perakendecileri-1*² kararının devamı niteliğindeki soruşturma yılın son günlerinde sonuçlandı³. Yılın en yüksek cezalarının verildiği dosya kapsamında geleceğe yönelik fiyatlar, fiyat geçiş tarihleri, kampanyalar gibi rekabete hassas çeşitli bilgilerin rakip perakendeci teşebbüsler arasında, ortak tedarikçileri vasıtasıyla paylaşıldığına ve satış fiyatları ve fiyat artışları konusunda koordinasyonun sağlandığına kanaat getirildi. Perakendeci teşebbüsler daha önceki dosyada aynı faaliyetler kapsamında cezalandırıldıkları için bu soruşturmada “ne bis in idem” ilkesi uyarınca yeniden idari para cezası verilmedi.

Gerekçeli kararı henüz yayımlanmadığı için bir yorum yapılması bu aşamada mümkün olmasa da yayımlandığında, *HTM Perakendecileri-1* kararında olduğu gibi ispat standardına yönelik tartışmaları beraberinde getirmesi olasıdır.

1.2. İşgücü piyasalarına dair ilk ihlal kararı verildi

Rakip teşebbüslerce birbirinden çalışan transfer etmeme veya çalışanların ücretlerini ve buna dair unsurları birlikte belirlemelerine yönelik yapılan anlaşmalar hem ülkemizde hem dünyada rekabet hukuku gündemini meşgul ediyor.

*Özel Hastaneler*⁴ kararında bazı hastanelerin birbirinden çalışan transfer etmeme üzerine anlaşmaları rekabet ihlali sayıldı ve bu ihlalin rekabeti amacı bakımından ihlal ettiği değerlendirildi. Bir başka deyişle, bu türde yapılan anlaşmalar uygulamaya konulmasa, pazarda etki doğurmasa bile rekabet ihlali olarak kabul edilebileceği işaret edildi.

¹ <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/2022-yillik-web-20230110153239393.pdf>

² 21-53/747-360 sayılı karar.

³ 22-55/863-357 sayılı karar.

⁴ 22-10/152-62 sayılı karar.

İşgücü piyasalarına dair Kurul içtihadının gelişimi teşebbüslerin insan kaynakları politikaları için önem arz etmektedir; bu nedenle önümüzdeki dönemde sonuçlanacak iki soruşturmanın takip edilmesi yararlı olacaktır⁵.

1.3. Bayilerin e-pazaryerlerinden satış yapması engellenemez

2021 yılının son günlerinde alınan *BSH*⁶ kararı bayilerin çevrimiçi platformlar üzerinden satış yapmalarının tamamen kısıtlanması yönündeki uygulamalara muafiyet tanınmadığını ortaya koydu ve geçtiğimiz yıl boyunca epey gündemde kaldı⁷.

Seçici dağıtım sistemini benimsemiş teşebbüslerin pazar payı ne olursa olsun, bayilerinin çevrimiçi pazaryerlerinden satış yapmasını tamamen kısıtlaması rekabeti ihlal eden ve muafiyet alamayacak bir davranış olarak tespit edildi.

Bununla birlikte, sağlayıcı teşebbüsler bayilerine e-pazaryerlerinden satış yapılmasına dair yetkili satıcı ibaresi kullanılması, sorulara bir gün içinde yanıt verilmesi, belli bir lojistik firmasıyla çalışma şartı vb. birtakım objektif kurallar getirebilir. Bu halde ürünün niteliği, pazar koşulları, teşebbüsün büyüklüğü gibi kriterlere bağlı olarak muafiyet alınması mümkün olabilir.

Öte yandan, Komisyon tarafından Mayıs ayında yayımlanan dikey anlaşmalara ilişkin düzenlemeler çevrimiçi pazaryerlerinden satış yapılmasının kısıtlanmasını kural olarak mümkün kılıyor. Kurul yaklaşımının bu konuda tamamen farklı olduğu anlaşılıyor.

1.4. Negatif eşleme anlaşmaları pazar paylaşımı gibi sonuç doğurabilir

Geçtiğimiz yıl yayımlanan önemli kararlardan biri negatif eşleme anlaşmalarının ilk kez değerlendirildiği *Modanisa/Sefamerve* kararıydı⁸. Kurul, teşebbüsler arasında akdedilen çevrimiçi reklam sınırlamaları içeren sözleşmeye muafiyet tanımadı.

Negatif ekleme yükümlülüğü kapsamında taraflar, birbirlerinin tescilli markalarını ve sözleşmede yer alan diğer ibareleri, tüm tarayıcı ve arama motorlarında, Google AdWords, Facebook, Twitter, Youtube, Instagram ve diğer tüm sosyal medya mecralarında geniş ve sıralı eşleşme türlerinde “negatif kelime” olarak ekleyeceklerdir. Hedeflememe yükümlülüğü kapsamında ise taraflar, birbirlerinin tescilli markalarını ve sözleşmede yer alan diğer ibareleri, tüm tarayıcı ve arama motorlarında ve tüm sosyal medya mecralarında geniş ve sıralı eşleşme türlerinde reklam verme amacıyla doğrudan veya dolaylı olarak hedeflemeyeceklerdir. Son olarak, Tekst, Metatag, Keywords ve AdWords’e ilişkin yükümlülükler kapsamında taraflar, birbirlerinin tescilli markalarını ve sözleşmede yer alan diğer ibareleri, tarayıcı ve arama motorlarında ve diğer tüm sosyal medya mecralarında ilan tekstlerine yazmayacak, metne eklemeyecek ve yönlendirici kod olarak hiçbir zaman kullanmayacaklardır.

⁵ <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/isgucu-piyasasina-yonelik-centilmenlik-a-7497be5c7a9ced11a2120050568520f2> ve <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/etiya-bilgi-teknolojileri-yazilim-sanayi-80c5fac49ccfec11a22000505685ee05>

⁶ 21-61/859-423 sayılı karar.

⁷ Kararın detayı için yazımız incelenebilir: <https://www.vergidegundem.com/rekabet-hukuku-sirkuler-detay?circularId=4990796>

⁸ 21-57/789-389 sayılı karar.

Kararda sadece tescilli markanın ismini hedeflememenin marka hakkının korunmasının sınırlarını aşmadığı ve Sınai Mülkiyet Kanununda öngörülen korumadan yararlanabileceği belirtildi. Negatif anahtar kelime olarak ekleme yükümlülüğünün bir nevi müşteri/pazar paylaşımı anlaşması niteliğinde olduğunun ifade edilmesi önemlidir; zira bu halde anlaşmaların açık ve ağır ihlal kabul edilmesi mümkün olacaktır. Konuya ilişkin yürüyen bir soruşturma⁹ bazı belirsizliklerin giderilmesi sağlayabilir, bu nedenle takip edilmesi yararlı olacaktır.

1.5. Hâkim durumdaki teşebbüslerin veriyi kullanma ve yönetim politikaları kötüye kullanma teşkil edebilir

2022 yılında alınan *Nadirkitap*¹⁰ ve *Facebook*¹¹ kararları teşebbüslerin veriyi kullanma ve yönetme yöntemlerine dair önemli tespitler yapmaktadır.

Kurul, ikinci el kitap satış platformu Nadirkitap'ın rakip platformlar vasıtasıyla ürünlerini satmak isteyen üyelerinin kitap envanter verilerini kendilerine sağlamayarak rakip platformların faaliyetlerini zorlaştırdığına karar verdi. Fikri mülkiyet hukukuna ilişkin değerlendirmede teşebbüsün elindeki veri setinin, sahibinin yaratıcılığını taşıması nedeniyle telif korumasından ve esaslı yatırım unsurunu taşıması nedeniyle de sui generis hak korumasından yararlanamayacağı belirtildi. Kararda, verinin ve veri taşınabilirliğinin dijital pazarlar bakımından önemini pek çok kez vurgulanmış ve bu yöndeki herhangi bir sınırlamanın yapay giriş maliyetleri oluşturarak girişleri engelleyeceği ve rakiplerin faaliyetlerinin zorlaşacağı ifade edildi. Dolayısıyla, teşebbüse talep edilmesi halinde ilgili satıcı üyelere kitap envanter verilerini doğru, anlaşılabilir, güvenli, eksiksiz bir şekilde, ücretsiz ve uygun formatta sağlaması yükümlülüğü getirildi.

Gerekçeli kararı henüz yayımlanmayan *Facebook* kararında teşebbüsün farklı temel hizmetlerinden topladığı verileri birleştirerek rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırdığı ve pazara giriş engeli yarattığı kararı verildi. Ulaşılan sonuç bakımından Kurul'un Alman rekabet otoritesi ile benzer bir yaklaşım benimsediği anlaşılıyor.

Bu kararlar, dijital pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin veri kullanımına ilişkin politikalarını detaylıca gözden geçirmelerinin faydalı olacağını ortaya koyuyor.

2. Uzlaşma ve taahhüt kararları

2020 yılında yapılan mevzuat değişikliğiyle uzlaşma müessesesi Türk rekabet hukukunun bir parçası olmuştu. Uzlaşma Yönetmeliği'nin de yürürlüğe girmesiyle beraber pek çok teşebbüsün uzlaşmanın maddi ve usul faydalarından yararlanmayı tercih ettiği görülüyor. Teşebbüslere uygulanacak idari para cezası, uzlaşma kapsamında %10 ila %25 arasında bir oranda indirilerek hesaplanıyor.

Aşağıdaki tabloda geçtiğimiz yıl uzlaşmayla sonuçlanan dosyaların konusu ve indirim oranı yer almaktadır. İlgili dosyaların konusunu genelde yeniden satış fiyatının tespiti ve internet

⁹ <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/arabam-com-internet-ve-bilgi-hizmetleri--bb562332e316ed11a2280050568595ba>

¹⁰ 22-16/273-122 sayılı karar.

¹¹ 22-48/706-299 sayılı karar.

satış kısıtlamaları oluşturmaktadır. Kurul'un bu iki konuya son dönemdeki katı yaklaşımı ve enflasyonist koşullar¹² teşebbüslerin uzlaşmayı tercih etmesini etkilemiş olabilir. Ayrıca, Kurul'un iki dosya dışındaki tüm dosyalarda en yüksek indirim oranını vermeye devam etmesi de teşvik edici bir unsur olarak değerlendirilebilir.

Teşebbüsler	Konu	Uzlaşma İndirim Oranı
Beypazarı/Kınık ¹³	Geleceğe dönük fiyat bilgisi paylaşımı, kartel	%25
Numil Gıda ¹⁴	Yeniden satış fiyatının tespiti	%15
Olka/Marlin ¹⁵	E-pazaryerlerinden internet satışının kısıtlanması	%25
DyDo Drinco ¹⁶	Yeniden satış fiyatının tespiti	%20
Hayırlı El ¹⁷	Yeniden satış fiyatının tespiti	%25
Hiksan ¹⁸	Yeniden satış fiyatının tespiti	%25
Aslan Ticaret ¹⁹	E-pazaryerlerinden internet satışının kısıtlanması & yeniden satış fiyatının tespiti	%25
Natura Gıda ²⁰	Yeniden satış fiyatının tespiti	%25
Korkmaz/Gençler/Punto ²¹	Yeniden satış fiyatının tespiti	%25
Miele ²²	Yeniden satış fiyatının tespiti	%25
Panek Ticaret ²³	Yeniden satış fiyatının tespiti	%25

Uzlaşmayla beraber aynı dönemde rekabet hukukuna dahil olan taahhüt mekanizması da benimsenmiş görünüyor. Bilindiği üzere, taahhüt başvurusu kabul edilen teşebbüslere soruşturma kapsamında idari para cezası verilmiyor. Kurum tarafından yapılan duyurular çerçevesinde *Tadım*²⁴, *Martı*²⁵, *Mey İçki*²⁶ ve *Baymak*²⁷ dosyalarında taraflarca sunulan taahhüt paketleri rekabet sorunlarını gidermeye elverişli bulundu ve dosyaları sonlandırıldı. İlgili kararlar, taahhüt mekanizmasının soruşturmanın yanında önaraştırma sürecinde de kullanılabilceğini gösteriyor.

¹² Dosyaların sonuçlanması ve gerekçeli kararın yayımlanması çoğunlukla bir yılı aşmaktadır, dolayısıyla teşebbüsler yeni yılın daha yüksek cirosu üzerinden ceza riski ile karşılaşabilmektedir.

¹³ 22-17/283-128 ve 22-23/379-158 sayılı kararlar.

¹⁴ 22-29/483-192 sayılı karar.

¹⁵ 22-29/488-197 sayılı karar.

¹⁶ 22-32/508-205 sayılı karar.

¹⁷ 22-33/523-210 sayılı karar.

¹⁸ 22-56/882-365 sayılı karar.

¹⁹ 22-54/834-344 sayılı karar.

²⁰ 22-52/771-317 sayılı karar.

²¹ 22-51/754-313 sayılı karar.

²² 22-51/753-312 sayılı karar.

²³ 22-57/899-369 sayılı karar.

²⁴ 22-32/505-202 sayılı karar.

²⁵ Henüz yayımlanmamıştır.

²⁶ Henüz yayımlanmamıştır.

²⁷ 22-14/221-95 sayılı karar.

3. Birleşme ve devralmalar

Geçtiğimiz yıl 2010/4 sayılı Tebliğ'de²⁸ önemli değişiklikler yapılmıştı. Son 10 yıl değişmeyen bildirim eşikleri yaklaşık sekiz kat artırılmış, bildirim formu ve etkilenen pazar kavramı değiştirilmiş ve teknoloji teşebbüslerinin devralınmasını içeren işlemler bazı eşiklerden bağımsız bildirim tabi kılınmıştı²⁹.

Bildirim eşiklerinde yapılan artış ve ekonomik gelişmeler sonrası incelenen işlem sayısının 309'dan 245'e gerilediği görülüyor³⁰. Bu açıdan, elbette tek nedeni olmamakla birlikte, eşiklerde yapılan güncellemelerle bildirim tabi işlemler bakımından iş yükünün azaltılması hedefinin bir nebze yakalandığı söylenebilir. Ancak bu sayı 2013-2020 yılları arasında incelenen işlem sayısından hala daha yüksektir. Ayrıca, bildirilen işlemlerin ortalama nihai karara bağlanma süresinin geçen yıla göre az da olsa arttığı raporlanmıştır: son bildirim tarihinden itibaren 2020 yılında ortalama 18, 2021 yılında 11 gün olan bu süre, 2022 yılında 15'e yükselmiştir.

2022 yılında yayımlanan gerekçeli kararlara bakıldığında bir diğer dikkat çeken husus, yan sınırlamaların uzun bir aradan sonra tekrar incelemeye konu edinilmesidir. Yan sınırlamalar; yoğunlaşma işlemi ile doğrudan ilgili ve işlemin uygulanabilmesi ve yoğunlaşmadan beklenen etkinliklerin tam olarak sağlanabilmesi için gerekli olan sınırlamalardır³¹. 2010/4 sayılı Tebliğ'in 13/5. maddesi ve yan sınırlamalara ilişkin kılavuz hükümleri doğrultusunda bir sınırlamanın yan sınırlama olup olmadığının değerlendirilmesi esas itibarıyla işlem taraflarının sorumluluğuna bırakılmaktadır. Bu düzenlemelerden sonra yan sınırlamalar neredeyse hiç konu edinilmemişti. Fakat geçtiğimiz yıl alınan üç kararın³² ikisinde rekabet etmeme yükümlülüğünü üç yıla, diğerinde beş yıla sınırlandırılması şartıyla işleme izin verilmiştir. Her üç kararda da tarafların rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin daha uzun süreli talepleri makul görülerek sınırlandırılmıştır. Rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin getirilen koşulların, esas işleme verilen izinle beraber ele alındığı söylenebilir. Bir başka kararda da Avrupa Komisyonuna cam kaplama iş kolu ile porselen emaye kaplama faaliyetlerinin elden çıkarılması taahhüt edilmiş, bu çerçevede işleme ülkemizde de izin verilmiştir³³.

2010/4 sayılı Tebliğ'de bu yıl yapılan bir diğer önemli değişiklik teknoloji teşebbüslerini bildirim eşiklerinin bir bölümünden muaf tutan düzenlemeydi. Türkiye'de faaliyet gösteren veya ar-ge faaliyeti olan ya da Türkiye'deki kullanıcılara hizmet sunan teknoloji teşebbüslerinin devralınmasına ilişkin işlemlerde 250.000.000 TL eşiği aranmıyor. Tebliğde "*teknoloji teşebbüsleri*" dijital platformlar, yazılım ve oyun yazılımı, finansal teknolojiler, biyoteknoloji, farmakoloji, tarım kimyasalları ve sağlık teknolojileri alanlarında faaliyet gösteren teşebbüsleri veya bunlara ilişkin varlıkları olarak tanımlanıyor. Ancak bu tanımın uygulamada nasıl ele alınacağına dair belirsizlikler mevcuttu. Bu yıl yayımlanan

²⁸ 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ

²⁹ Değişikliklerin detayı için şu yazımız incelenebilir: <https://www.vergidegundem.com/rekabet-hukuku-sirkuler-detay?circularId=4992627>

³⁰ Rekabet Kurumu, Birleşme ve Devralma Görünüm Raporu 2022

³¹ Örn. rekabet etmeme yükümlülüğü

³² Arısan/Vinmar, 22-10/155-63 sayılı karar; Adatıp/Lokman, 22-14/233-101 sayılı karar; Checklas/LG, 22-17/286-130 sayılı karar.

³³ Ferro/AmericanSecurities; 22-10/144-59 sayılı karar.

birkaç kararda aşağıda sayılan faaliyetlerde bulunan teşebbüsler teknoloji teşebbüsü sayılmış³⁴ ve yol gösterici olmuştur³⁵:

- Geniş bant operatörleri için konut Wi-Fi çözümleri sağlayıcısı ve geniş bant operatörlerinin Wi-Fi ağları sunmasını ve yönetmesini sağlayan tamamlayıcı yazılım hizmetleri³⁶,
- Dijital platformlar üzerinden sunulan hayat sigortası hizmetleri³⁷,
- Farmasötik firmaları adına yazılım ara yüzleri ve kullanıma hazır ilaçlar üretilmesi³⁸,
- Hayvanlara yönelik ilaç ve yazılım faaliyetleri³⁹,
- Biyoteknoloji sektöründe tanıtım görüntüleme faaliyetleri⁴⁰,
- Siber güvenlik⁴¹; kullanıcı sanallaştırma, içerik paylaşımı ve birlikte çalışma, ağ ve bilişim teknolojileri⁴² alanlarındaki yazılım hizmetleri,
- İkinci el ağır makine, ekipman, araç ve endüstriyel ürünlerin alım ve satımı için çevrimiçi açık artırma platform hizmetleri⁴³,
- Reasürans şirketlerinin sistemlerini yönetmek üzere yazılım hizmetleri⁴⁴.

Görüldüğü üzere, bildirim eşikleri, etkilenen pazar tanımı, teknoloji teşebbüsleri gibi güncellemeler 2022 yılını birleşme ve devralma işlemleri açısından hareketli kıldı. Enflasyonist ekonomik koşulların getirdiği ciro büyümeleri önümüzdeki dönemde bildirim tabi işlemlerin sayısını artırabilir. Keza Türkiye’de sınırlı faaliyeti olup döviz bazlı bilançolara sahip yabancı teşebbüslerin yoğunlaşma işlemleri de daha sık bildirim tabi olabilir, zira ortalama dolar ve avro kurları 2022’de yaklaşık iki katına çıktı⁴⁵. Ekonomik konjonktür bir yana bırakılırsa, birleşme ve devralma işlemleri bakımından rekabet hukuku gündeminin 2023 yılında da hareketli geçeceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

³⁴ yuvarla.com internet sitesiyle finansal teknoloji alanında faaliyet gösteren teşebbüsün bir başka finansal teknoloji teşebbüsü devralınmasını konu edinen işlemin, teknoloji teşebbüsü değerlendirmesi yapılmadan genel eşikleri aşması nedeniyle incelemeye tabi tutulması da dikkat çekmektedir (Fonzip/Papara, 22-29/487-196 sayılı karar).

³⁵ İlgili kararlarda yerellik koşuluna vurgu genel olarak ciro elde edilmesi üzerinden yapılmıştır.

³⁶ Airties/Providence, 22-25/403-167 sayılı karar.

³⁷ Cinven/IFGL, 22-23/372-157 sayılı karar. Dijital platform hizmetlerinden ciro elde edilmese bile uygulamaya Türkiye’den erişim sağlayabilen 230 civarı sınırlı kullanıcının olması yerellik koşulu için yeterli görülmüştür.

³⁸ Corden/Astorg, 22-25/398-164 sayılı karar.

³⁹ Covetrus/CD&R/TPG, 22-32/512-209 sayılı karar.

⁴⁰ Affidea/GBL, 22-27/431-176 sayılı karar.

⁴¹ Mandaniant/Alphabet, 22-26/425-174 sayılı karar.

⁴² Citrix/Tibco, 22-21/344-149 sayılı karar.

⁴³ Klaravik/Castik, 22-41/582-242 sayılı karar.

⁴⁴ Alleghany/Berkshire, 22-42/625-261 sayılı karar.

⁴⁵ Bir teşebbüsün döviz cinsinden hesaplanan yıllık cirosu TL’ye dönüştürülürken, cironun gerçekleştiği mali yıldaki Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası (TCMB) döviz alış kuru ortalaması göz önüne alınır. Bu bağlamda, 2021 yılında ortalama dolar ve avro kurları sırasıyla 8,89 ve 10,47 TL tutarındayken 2022 yılında sırasıyla 16,56 ve 17,38 TL olarak gerçekleşmiştir.

https://evds2.tcmb.gov.tr/index.php?/evds/serieMarket/#collapse_2

4. Yerinde incelemeler

Kurul kararlarında pek çok kez vurgulandığı üzere en önemli delil elde etme aracı olan yerinde incelemeler, 2022 yılında da tartışılmaya devam etti. İki yıl önce yapılan kanun değişikliği sonrası cep telefonları ile Whatsapp, Microsoft Teams vb. uygulamalardaki yazışmaların incelenmeye başlamasıyla beraber peş peşe birçok engelleme veya zorlaştırma cezası ile karşılaşılmıştı⁴⁶.

Geçtiğimiz yıl yayımlanan kararlarda⁴⁷, inceleme esnasında yazışmaların niteliğine bakılmaksızın silinmesini engelleme veya zorlaştırma olarak kabul eden ve yazışmaların geri getirilmesini dikkate almayan Kurul yaklaşımında genel olarak bir değişiklik olmadığı söylenebilir. Bu kararlar arasında *Loreal* kararı, hem yerinde incelemenin ne zaman başladığı hem de teşebbüsün konuya dair itirazlarına tüm detaylarıyla yer vermesi bakımından dikkat çekmektedir. Kararda silme işleminin, inceleme yapıldığı bilgisinin Hukuk Direktörü tarafından teşebbüs çalışanlarına bildirildiği 11.37'den yaklaşık 45-50 dakika önce yapıldığına ve işlemin aslında geri çekme olduğuna dair itirazlar dile getirilmiştir. Ancak Kurul, incelemenin uzmanların teşebbüse geldiği ve uyarıların yapıldığı 10.30'dan itibaren başladığı ve yazışmalardan teşebbüs çalışanlarının 10.51'den itibaren yapılan yerinde incelemeden haberdar olduklarının anlaşıldığı tespitleriyle itirazları kabul etmemiştir.

Silme işleminin ne zaman yapıldığı oldukça önemlidir, zira teşebbüslere yerinde incelemenin engellenmesi veya zorlaştırılması gerekçesiyle ceza verilmesi ancak silme işleminin yerinde inceleme esnasında yapılmasıyla mümkündür. *Yeni Mağazacılık* kararında bu hususa vurgu yapılmış, silme işleminin log-kaydı gibi somut delillerle ispatlanamadığı belirtilerek ceza verilmemiştir⁴⁸. Bununla birlikte, *D-Market* kararında incelemenin başlamasından yaklaşık yarım saat sonra bazı yazışmaların silindiği tespitine rağmen, somut bir gerekçe gösterilmeden ceza verilmemesi de içtihattan oldukça farklılaşmıştır⁴⁹.

Yerinde incelemelere ilişkin bir diğer ilginç karar olan *Naos* kararı şüpheli vakaların ne kadar detaylı incelendiği ortaya koymuştur. Teşebbüs yetkilisinin kullandığı tek telefon olduğunu ifade ettiği mobil cihazda herhangi bir kişi ve arama kaydı, yazışma, Whatsapp iletişim uygulamasının bulunmaması hayatın olağan akışına uygun bulunmamış ve ikinci kez incelemeye gidilmiştir. Yapılan incelemeler sonucunda teşebbüs yetkilisinin telefon hattının inceleme günü iki ayrı cihazda kullanıldığı BTK verileriyle ortaya koyulmuş ve aksi

⁴⁶ 2021 yılında verilen kararların özeti için yazımız incelenebilir. <https://www.vergidegundem.com/rekabet-hukuku-sirkuler-detay?circularId=4990228>

⁴⁷ *Naos*, 22-45/659-283 sayılı; *Loreal*, 22-44/646-278 sayılı; *Softtech*, 22-42/614-258 sayılı; *LDR Turizm*, 22-29/476-191 sayılı; *AB Gıda*, 22-26/426-175 sayılı; *D-Market*, 21-48/678-338 ve 22-03/35-16 sayılı; *Yeni Mağazacılık*, 22-28/464-187 sayılı; *Kınık*, 22-11/161-65 sayılı; *Europen*, 21-44/645-322 sayılı; *LG & SVS*, 21-42/618-305 sayılı kararlar.

⁴⁸ Bazı Kurul üyeleri incelenmek üzere gözetime alınan cep telefonunun uzmanlardan habersiz olarak alınıp üzerinde işlem yapılmasını, çalışanın WhatsApp uygulamasını kullandığını belirttiği halde uygulamanın kullanılabilir halde bulunmamasını, tekrar yüklenen WhatsApp uygulamalarının içeriğinin boş olmasını, özel yazışmalar bulunduğu gerekçesiyle WhatsApp uygulamasının inceleme başladıktan sonra silindiğinin beyan edilmesini ileri sürerek karara katılmamıştır.

⁴⁹ Bazı Kurul üyeleri gerekçe eksikliği ve dosyadaki diğer vakıaları öne sürerek karara katılmamıştır.

yöndeki beyanlara rağmen yerinde inceleme öncesine dayanan Whatsapp yazışmalarının bulunduğu çapraz kontrollerle tespit edilmiştir.

İncelediğimiz kararlarda öne çıkan diğer hususları şöyle sıralayabiliriz:

- *AB Gıda* kararında uzmanların güvenlik görevlisi ve sekreter tarafından çeşitli gerekçelerle teşebbüse alınmayıp incelemeye yaklaşık 1,5 saat sonra başlanması ceza verilmesinin nedenlerinden biri olmuştur. Yerinde incelemenin teşebbüs adına karar vermeye yetkili olmayan kişilerce de engellenebileceği bir kez daha ortaya konulmuştur.
- *LG & SVS* kararında bazı çalışanlarca cihazlarındaki Whatsapp uygulamasının silinip yeniden yüklendiğinin tespitine dair kullanılan yöntemin hatalı sonuçlar ürettiği, bu nedenle silme işlemi zamanının tam olarak doğrulanamayacağı ve ilgili uygulamanın her ay başında silinip yeniden yüklenmesinin bir şirket politikası olduğu savunmalarına, teşebbüsün silme işlemine dair tutanakta itirazda bulunmadığı, ayrıca ilk cevap yazısında kabul ettiği ve silme işleminin her ay rutin olarak yapıldığına ilişkin herhangi bir bulguya rastlanılmadığı gerekçeleriyle itibar edilmemiştir.

2022 yılında yerinde incelemelere ilişkin idare mahkemeleri nezdinde de gelişmeler oldu. Ankara 2. İdare Mahkemesi 15.04.2022 tarihli kararında silindiği ifade edilen yazışmalara diğer çalışanların telefonlarında yapılan incelemelerde ulaşıldığı, veri silindiği tespit edilen telefonun kişisel telefon olduğu ve silindiği ifade edilen yazışmaların şirket işlerine ilişkin hususları içermediği hususlarını vurgulayarak yürütmenin durdurulması kararı vermişti⁵⁰. Bu karar, evvelki kararlardan farklılaşarak mahkemenin ispat standardını yüksek belirlediği şeklinde yorumlanmıştı. Ancak mahkemenin bu görüşü diğer mahkemelerce benimsenmemiş görünüyor; zira daha sonraki tarihlerde alınan bu kararlarda benzer savunmalara itibar edilmiyor⁵¹. Dolayısıyla, yerinde inceleme uygulamalarına dair yaklaşımın yeknesaklaşması için daha istikrarlı bir içtihadın oluşması gerekiyor.

Geçtiğimiz yıl yayımlanan kararlardan Kurul'un yerinde incelemelere ilişkin katı tutumunu sürdürdüğü anlaşılıyor. Şahsi telefonların incelenmesi ve özel hayatın gizliliği arasındaki sınırın nasıl çizileceğine ve silinen verilerin niteliğinin önemli olup olmadığına dair belirsizlikler ve tartışmalar bir müddet daha sürecek gibi duruyor.

5. Mahkeme kararları

5.1. Avukat/müvekkil gizliliği

Bir enerji şirketi bünyesindeki teşebbüslerde yapılan yerinde inceleme sonucunda alınan bazı belgelerin teşebbüs ile işveren ilişkisi olmayan hukuki danışmanlık kapsamındaki bir rapora ilişkin olduğu, bu nedenle avukat/müvekkil yazışmalarının gizliliği kapsamında iadesi istemi reddedilmişti⁵². Kararda bu imtiyazdan yararlanılabilmesi için belgelerin müvekkili ile arasında işçi-işveren ilişkisi bulunmayan bağımsız avukat ile müvekkil

⁵⁰ Ankara 2. İdare Mahkemesi, 15.04.2022 tarihli, E:2022/254 sayılı kararı.

⁵¹ Ankara 16. İdare Mahkemesi, 25.10.2022 tarihli, E:2022/61 K:2022/2068 sayılı; Ankara 23. İdare Mahkemesi, 14.11.2022 tarihli, E:2022/245 K:2022/2210 sayılı; Ankara 17. İdare Mahkemesi, 27.12.2022 tarihli, E:2022/4 K:2022/2942 sayılı kararlar.

⁵² 16-42/686-314 sayılı karar

arasında ve müvekkilin savunma hakkının kullanılması amacıyla yapılması gerektiği belirtilmişti.

İlk derece mahkemesi, ilgili belgenin şirketin rekabet mevzuatına uyumu ve rekabet ihlallerinin önlenmesi kapsamında önerilerin sıralanması mahiyetinde olduğuna ve şirketin bağımsız avukatlar tarafından rekabet hukuku yönünden denetlenmesi ve denetim sonucuna ilişkin raporun savunma hakkının kullanılması kapsamında olduğu, bu nedenle koşullar sağlandığından belgenin avukat-müvekkil gizliliğinden yararlanması gerektiğine dikkat çekerek Kurul kararının iptaline karar vermişti⁵³.

İstinaf incelemesinde söz konusu belgelerin bağımsız çalışan avukat ile teşebbüs arasındaki ilişkiye ait olması şartını taşımasına rağmen, uyum raporunun hazırlandığı tarihte teşebbüsler hakkında yürütülen bir soruşturma bulunmadığı için savunma hakkı kapsamında doğrudan kullanılmak üzere hazırlandığından söz edilemeyeceği gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılmıştı⁵⁴.

Bu karar, Danıştay 13. Dairesinin bu yıl aldığı kararla onandı⁵⁵. Dolayısıyla, bağımsız avukatlar tarafından hazırlanan rekabet uyum raporlarının avukat-müvekkil gizliliğinden yararlanamadığı kesinleşmiş oldu.

5.2. Seçici dağıtım sistemleri

Bir ilaç üreticisinin, bazı ilaçların serbest eczane kanalına dağıtımında dokuz ecza deposu ile çalışılması ve bunlar dışındaki depolarla iş yapılmaması uygulamasına muafiyet tanınmamıştı⁵⁶.

İlk derece mahkemesi mevzuatta nicel seçici dağıtım anlaşması yapılmasını engelleyen bir düzenleme bulunmadığı, sağlayıcı tarafından belirlenen depoların farklı büyüklükte olduğu, depolar arasındaki satışların kısıtlanmadığı ve her il bakımından en az iki depo seviyesinde ilaç temin edilebileceği, bu nedenle ilacın bulunurluğunun sağlanması bakımından tüketici nezdinde bir sorun kalmadığı, Kurumun sağlayıcının başvurusuna ilişkin Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumundan görüş almadığı, somut olayda herhangi bir değişiklik olması halinde Kurul'un muafiyet kararını geri alabileceği gerekçeleriyle kararı iptal etmişti⁵⁷.

İstinaf incelemesinde ise uygulamayla getirilmek istenilen seçici dağıtım sisteminin beşerî ilaç piyasası için gerekli olmadığı, bu piyasada benzer çok sayıda ürün bulunduğu, dolayısıyla uygulama dahilinde dağıtıcıların seçiminin dayandığı ölçütlerin söz konusu ürünlerin özellikleriyle açıklanamayacağı, Tebliğ'de sayılan haller olmadığından, depoların satışlarına yönelik kısıtlamalar getirilmesinin, anlaşmayı grup muafiyeti kapsamı dışına

⁵³ Ankara 15. İdare Mahkemesi, 16.11.2017 tarihli, E:2017/412 K:2017/3045 sayılı karar.

⁵⁴ Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesi, 10.10.2018 tarihli, E:2018/658 K:2018/1236 sayılı karar.

⁵⁵ Danıştay 13. Dairesi, 05.07.2022 tarihli, E:2019/865 K:2022/3005 sayılı karar.

⁵⁶ 20-40/553-249 sayılı karar.

⁵⁷ Ankara 13. İdare Mahkemesi, 27.04.2022 tarihli, E:2017/412 K:2017/3045 sayılı karar.

çıkardığı belirtilmiştir. Ayrıca, bireysel muafiyet koşullarını sağlamadığı da belirtilerek ilk derece mahkemesinin kararı kaldırıldı⁵⁸.

İlaç sektöründeki dağıtım yöntemleri için önem taşıyan bu kararların temyiz süreçlerinin yakından takip edilmesi faydalı olacaktır.

5.3. Ekonomik bütünlük ve tebligat

Kurul yürüttüğü bir önaraştırma kapsamında beş bankadan birtakım bilgi ve belgeler talep etmiştir. İlgili talebe bankalar, genel olarak, yurt dışındaki banka traderlarının Türkiye'deki bankanın bordrosunda yer almadığını, traderların istihdam edildikleri yurt dışındaki bankanın bulunduğu ülke kanunlarına tabi olduğu, Türkiye'deki bankanın yurt dışındaki bankaya ait talep edilen bilgilere doğrudan ulaşma imkânı bulunmadığını, bilgi talebi tebligatının usulüne uygun şekilde yurt dışındaki bankaya yapılması gerektiği gibi gerekçeleri öne sürmüş ve belgeleri zamanında sağlayamayıp para cezasıyla karşılaşmıştır. Ekonomik bütünlük kavramına yoğunlaşan Kurul, teşebbüslerin savunmalarını kabul etmemiştir⁵⁹.

İlk derece mahkemesi önce bankalardan biri için aldığı kararda Kurul kararını hukuka uygun buldu⁶⁰. Fakat daha sonra diğer dört banka için yaptığı değerlendirmede görüşünü değiştirdi ve Kurul kararını iptal etti⁶¹. Gerekçe olarak Rekabet Kanununun ilgili taraflara yapılacak bildirimlerin Tebligat Kanunu hükümlerine göre yerine getirileceğine ilişkin hükmü, Tebligat Kanunundaki yabancı memlekette tebligat usulünün tebligatın Dışişleri Bakanlığı aracılığıyla yabancı memleketteki Türkiye Elçiliğine veya Konsoloslukuna yapılmasını öngörmesi sıralanıyor. Ayrıca rekabet hukukuna özgü amaçlara hizmet eden ekonomik bütünlük yaklaşımının usule ilişkin bir konu olan ve mevzuatında ayrıntılı olarak düzenlenen tebligat işlemi yönünden uygulanmasının mümkün olmadığı vurgulanıyor.

Ancak istinaf aşamasında rekabet hukukundaki "teşebbüs" kavramının ekonomik bütünlük ilkesi uyarınca tanımlandığına ve dolayısıyla rekabet ihlaline ilişkin değerlendirmelerde bir yavru şirketin tek başına değil, bağlı olduğu diğer şirketlerle birlikte değerlendirilmesi gerektiğine vurgu yapılıyor. Ayrıca, etki doktrini prensibine göre rekabet otoritesinin yetkisinin belirlenmesinde, teşebbüsün nerede yerleşik olduğunun ve tabiiyetinin bir öneminin bulunmadığı, esasen teşebbüsün faaliyetinin Türkiye'ye etkisi olmasının önem arz ettiği belirtiliyor. Rekabet Kurumu tarafından talep edilen bilgi ve belgeleri vermekle sorumlu olan teşebbüslerin imkânı dahilinde gerekli bilgi ve belgeleri vermeleri gerektiği de ifade ediliyor ve ilk derece mahkemesi kararı kaldırılıyor⁶².

⁵⁸ Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesi, 23.09.2022 tarihli, E:2022/894 K:2022/1032 sayılı karar.

⁵⁹ 20-32/397-179 sayılı karar.

⁶⁰ Ankara 3. İdare Mahkemesi, 04.03.2021 tarihli, E:2020/1303 K:2021/477 sayılı karar. Kararda davacı teşebbüsün talep edilen bilgilerin kendi uhdesinde bulunmadığını, bilgilerin sunulmasının imkânsız olduğunu iddia etse de söz konusu bilgilerin daha sonra davalı idareye sunduğuna da dikkat çekilmektedir.

⁶¹ Ankara 3. İdare Mahkemesi, 16.02.2022 tarihli, E:2021/435 K:2022/270 sayılı; E:2021/554 K:2022/269 sayılı; E:2021/432 K:2022/268 sayılı; E:2021/428 K:2022/267 sayılı kararlar.

⁶² Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesi, 26.10.2022 tarihli, E:2022/396 K:2022/1261 sayılı; E:2022/394 K:2022/1313 sayılı; E:2022/392 K:2022/1310 sayılı kararlar. Bankalardan biri için ilk derece

Danıştay'ın alacağı karara göre Kurumun bilgi isteme gibi usul süreçlerinde hangi teşebbüsü muhatap alacağı kesinleşecek. Temyizde istinaftakine paralel bir sonuç çıkması halinde ilgili teşebbüs yerine grup teşebbüslerinden birine tebligat yapılması yeterli olacaktır. Keza yurtdışında bulunan ana teşebbüseye yönelik bilgi ve belge talepleri için bu teşebbüseye tebligat yapmak yerine, aynı ekonomik bütünlük içinde ve Türkiye'de yerleşik bir teşebbüseye tebligat yapılması tercih edilebilecektir. Bu durumda Türkiye'deki teşebbüs imkânlar dahilinde talep edilen bilgileri Kuruma sunmakla yükümlü olacaktır.

Sonuç

Geçtiğimiz yıl rekabet hukukunda önemli gelişmeler yaşandı. 2023 yılının da selefinden farklılaşmayacağı anlaşılıyor. Zira kanunda dijital piyasalar açısından önemli değişiklikler yapılması planlanıyor; Kurum istatistiklerine göre 45 soruşturma sonuçlanmayı bekliyor. Gelişmeleri merakla takip edeceğiz.

Bu makalede yer alan açıklamalar, yazarının konu hakkındaki kişisel görüşünü yansıtmaktadır. Makaledeki bilgi ve açıklamalardan dolayı EY ve/veya Kuzey YMM ve Bağımsız Denetim A.Ş.'ye sorumluluk iddiasında bulunulamaz. Mevzuatın sık değiştirilen ve farklı anlayışlarla yorumlanabilen yapısı nedeniyle, herhangi bir konuda uygulama yapılmadan önce konunun uzmanlarından profesyonel yardım alınmasını tavsiye ederiz.

mahkemesince verilen davanın reddi kararına ilişkin başvuru ise aynı gerekçelerle reddediliyor (25.10.2022 tarihli, E:2021/1086 K:2022/1240 sayılı karar).