

No : 2020-81

Tarih : 13.07.2020

Konu : Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Getirilen Yenilikler

26 yıl önce yürürlüğe giren 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (“**Rekabet Kanunu**”) zaman içerisinde birkaç kez değişikliğe uğramış idi. 24 Haziran 2020 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 7246 sayılı Kanun ile oldukça uzun zamandır beklenen esaslı değişiklikler nihayet yürürlüğe girdi. Uzunca süredir üzerinde çalışılan ve tartışılan kanun değişikliği taslaklarından sonuncusunun kanunlaşması neticesinde, bir yandan teşebbüsleri ilgilendiren önemli değişiklikler getirilmiş, diğer yandan da Rekabet Kurumu’nun organizasyonel yapısında bir takım yeni düzenlemeler yapılmış oldu.

Haziran ayı özet bültenimizde Kanunun kısa bir özetine yer vermiştik. Şimdi konunun uzmanı değerli hukukçu dostumuz Ceyda Tabak ile detayları konuşacağız. Söz konusu değişikliklerden teşebbüsler açısından en önemli olduğunu düşündüğümüz taahhüt mekanizması, uzlaşma, yeni getirilen yapısal tedbirler, birleşme ve devralmaların kontrolünde yeni test, muafiyet sisteminde yenilik ile de minimis kuralı ve yerinde inceleme yetkisinin genişletilmesi hususlarına yer vereceğiz.

1. Taahhüt Mekanizması

Bilindiği gibi, birleşme ve devralmalara ilişkin 7. Madde uygulamasında Rekabet Kurumu, bir işlemin rekabetçi endişe doğurması halinde teşebbüslerden bu endişeyi giderici birtakım taahhütler alarak söz konusu işleme izin verebilmekteydi. Rekabet Kanunu’nun 43. Maddesinde yapılan değişiklik ile taahhüt mekanizması Rekabet Kanunu’nun 4. Maddesi (*Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar*) ve 6. Maddesi (*Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması*) açısından da uygulanabilir hale gelmiştir.

Böylelikle, yürütülmekte olan bir ön araştırma ya da soruşturma sürecinde 4. veya 6. Madde kapsamında ortaya çıkan rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik olarak ilgili teşebbüs ya da teşebbüs birliklerince taahhüt sunulabilecektir. Bununla birlikte, rakipler arasında fiyat tespiti, bölge veya müşteri paylaşımı ya da arz miktarının kısıtlanması gibi *açık ve ağır ihlallerle* ilgili olarak taahhüt kabul edilmemektedir.

Rekabet Kurulu sunulan taahhüdü kabul ederse, söz konusu taahhüt ilgili teşebbüs(ler) açısından bağlayıcı hale gelecektir. Böylelikle, açılan bir soruşturmanın sona erdirilmesi mümkündür.

Ancak, (i) kararın alınmasına temel teşkil eden herhangi bir unsurda esaslı değişiklik olması, (ii) İlgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin verdikleri taahhütlere aykırı davranmaları, (iii) kararın taraflarca sunulan eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgiye dayanılarak verilmiş olması hallerinde Rekabet Kurulu soruşturmanın tekrar açılmasına karar verebilecektir. Böyle bir durumda, soruşturma neticesine ilgili teşebbüslerin daha ağır bir yaptırım ile karşılaşabileceklerini belirtmek isteriz.

Taahhüt mekanizmasının işleyişine için düzenlemeler Rekabet Kurulu tarafından çıkartılacak tebliğ ile belirlenecektir.

2. Uzlaşma Mekanizması

Rekabet Kanunu'nun yine 43. Maddesinde yapılan değişiklik ile, uzlaşma mekanizması teşebbüsler aleyhine bir soruşturma başladıktan sonra, Kurul tarafından resen veya teşebbüslerin talebi üzerine uygulanabilecektir. Yukarıda belirtildiği gibi ağır ihlaller için taahhüt mekanizması uygulanamaz iken, uzlaşma mekanizması bu ihlaller açısından da uygulanabilmektedir. Taahhüt mekanizmasından farklı olarak, uzlaşma mekanizması Kurul tarafından bir rekabet ihlali tespit edildiğinde uygulanmaktadır.

Uzlaşma için öncelikle ilgili teşebbüs(ler)in bahsi geçen ihlalin varlığını ve kapsamını kabul etmesi şarttır. Uzlaşma yoluna ancak soruşturma raporunun tebliğine kadar gidilebilecektir. Bu çerçevede Kurul, hakkında soruşturma açılan taraflara, ihlalin varlığını ve kapsamını kabul ettikleri bir uzlaşma metni sunmaları için kesin bir süre verir. Verilen süre geçirildikten sonra yapılan bildirimler dikkate alınmaz. İhlal tespitinin ve idari para cezasının yer aldığı bir nihai kararla soruşturma sonlandırılır. Uzlaşma usulü sonucunda teşebbüs(ler)e verilecek idari para cezasında %25'e kadar indirim uygulanabilecektir. Bu oranın Avrupa Birliği uygulamasında %10 oranında olduğunu belirtmek isteriz. Yapılacak olan indirim, Kabahatler Kanunu uyarınca peşin ödeme yapılması halinde indirim uygulanmasına engel değildir.

Soruşturmanın uzlaşma ile sonlandırılması halinde karara karşı dava yolu kapatılmıştır.

Uzlaşma mekanizmasının uygulamasına ilişkin bir yönetmelik Kurul tarafından yayınlanacak ve bu konuda uygulamaya yol gösterecektir.

3. Yapısal Tedbirler

Davranışsal tedbirler teşebbüslerin belirli bir şekilde davranmasına yahut belirli davranışlardan kaçınmalarına yönelik yükümlülüklerdir (örneğin sözleşmedeki rekabete aykırı bazı maddelerin çıkartılması). Yapısal tedbirler ise teşebbüslerin yapılarında değişiklik getirilmesine yönelik yükümlülüklerdir (örneğin teşebbüsün hisselerini üçüncü kişilere devretmesi).

Davranışlar tedbirlerin rekabet ihlaline yönelik kalıcı bir çözüm getirememesi halinde yapısal tedbirlerin istisnai olarak uygulanması rekabet uygulamasında dünyada da görülen bir mekanizmadır. Rekabet Kanunu'nun 9. Maddesinde yapılan değişiklik ile de rekabet ihlallerini sona erdirmeye yönelik olarak Rekabet Kurulu'na yapısal tedbir uygulama yetkisi verilmiştir.

Bu bağlamda, Rekabet Kurulu, Rekabet Kanunu'nun 4., 6. veya 7. maddelerinin ihlal edildiğini tespit eder ve ancak davranışsal tedbirler sonuç vermez ise, teşebbüslerin belirli faaliyetlerini yahut ortaklık paylarını ya da mal varlıklarını devretmeleri şeklinde yapısal tedbirlere karar verebilir. Diğer yandan, bir rekabet ihlali şayet davranışsal tedbir ile önlenilecek ise, yapısal bir tedbir verilemeyecektir. Bu noktada gerek davranışsal tedbirlerin gerekse yapısal tedbirlerin her zaman ölçülülük esası gözetilerek verilmesi gerektiği belirtilmelidir.

4. Birleşme ve Devralmaların Kontrolünde Yeni Test

Bilindiği gibi, Rekabet Kanunu'nun 7. Maddesinin uygulaması çerçevesinde Rekabet Kurulu'nun ön iznine tabi birleşme ve devralma işlemlerinin değerlendirilmesinde "hâkim durum testi" uygulanmakta idi. 7246 sayılı Kanun ile bu konuda önemli bir değişiklik yapılarak, mehzaz Avrupa Birliği mevzuatına uygun olacak şekilde "etkin rekabetin önemli ölçüde azaltılması testi" getirilmektedir.

Böylelikle, işlem sonucunda teşebbüs(ler)in hakim duruma gelmediği yahut hakim durum(lar)ının güçlendirilmediği ancak piyasadaki rekabetin etkilenebileceği hallerde söz konusu işlemler yasaklanabilecektir.

Söz konusu yeni testin uygulamasının Rekabet Kurulu tarafından çıkartılacak ikincil düzenlemelerle (tebliğ, kılavuz) şekilleneceği beklenmektedir.

5. Muafiyet Sisteminde Yenilik

Rekabet Kanunu'nun 5. Maddesi, 4. Madde (*Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar*) kapsamında rekabete aykırılık teşkil eden anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının hangi hallerde muafiyete tabi olacağını, başka bir ifade ile bunların hangi hallerde rekabete aykırı sayılmayacağını düzenlemektedir.

7246 sayılı Kanun ile getirilen değişiklik ile, Avrupa Birliği mevzuatına uygun olarak, muafiyet değerlendirmesinin teşebbüslerce kendiliğinden yapılması ilkesi (*self assessment*) getirilmiş, daha doğrusu güçlendirilmiştir. Zira, bilindiği gibi, 2005 yılında Rekabet Kanunu'nda yapılan değişiklik ile Rekabet Kurulu'na başvuru zorunluluğu kaldırılmış idi. O dönemden beri teşebbüsler muafiyet konusunu kendileri değerlendirmekte, ihtiyaç halinde Kurul'a başvuru yapmakta idi. Yeni düzenleme ile bu hususun daha da netleştirildiğini belirtebiliriz. Maddede belirtilen muafiyet şartlarının var olması halinde Kurul'un takdir yetkisinin olmadığı, söz konusu anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararının Rekabet Kanunu 4. Madde kapsamında rekabete aykırı sayılmayacağı netleştirilmiştir.

Diğer yandan, 5. Maddede geçen "*muafiyetin Kurul tarafından verileceği*" ifadesinin kaldırılmış olması, muafiyet verilmesi konusunda Kurul'un münhasır yetkisinin kaldırıldığı, dolayısıyla bu konuda karar vermeye mahkemelerin de yetkili kılındığı şeklinde anlaşılmaktadır. Mevcut durumda Yargıtay 1999 yılından beri istikrarlı bir şekilde, rekabet ihlaline dayalı tazminat davalarında, bu konuda Rekabet Kurulu'nun kararının alınması gerektiğini belirtmiş ve bu kararın bekletici mesele yapılması yaklaşımını benimsemiştir. Yargıtay'ın bu son değişiklik sonrasında bu yaklaşımını muhafaza edip etmeyeceği uygulamacıların merakla beklediği bir husus olacaktır.

6. De minimis

Mehzaz Avrupa Birliği düzenlemelerinde yer alan ve Rekabet Kanunu'nun ilk yıllarından beri üzerinde konuşulan *de minimis* kuralı nihayetinde Rekabet Kanunu'nda yerini bulmuştur. Böylelikle, rekabeti kayda değer ölçüde kısıtlamayan bir takım rekabete aykırı anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği uygulamalarının soruşturma konusu yapılmaması imkânı Rekabet Kurulu'na verilmiştir. Burada amaç, daha önemli nitelik arz eden ihlallere Kurul'un öncelik vermesidir.

De minimis uygulamasında yine rakipler arasında fiyat tespiti, bölge veya müşteri paylaşımı ve arz miktarının kısıtlanması gibi *açık ve ağır ihlallerin* kapsam dışı olacağını belirtmemiz gerekir.

De minimis kuralı kapsamına hangi pazar payı ve ciro ölçütlerindeki teşebbüslerin girebileceği Rekabet Kurulu tarafından düzenlenecek tebliğ ile belirlenecektir. Dolayısıyla, bu konunun detaylarının da bir ikincil düzenleme ile detaylandırılmasını beklemekteyiz.

7. Yerinde İnceleme Yetkisinin Genişletilmesi

Rekabet Kanunu'nun 15. Maddesine getirilen düzenleme ile, Rekabet Kurulu'nun yerinde incelemelerde esasen halihazırdaki uygulaması yasal bir zemine oturtulmuştur. Şöyle ki, Rekabet Kurulu, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin *defterlerini, fiziki ve elektronik ortam ile bilişim sistemlerinde tutulan her türlü verilerini ve belgelerini inceleyebilir, bunların kopyalarını ve fiziki örneklerini alabilir*" hükmü 15. Maddeye eklenmiştir. Böylelikle Kurul'un delil toplama yetkisi elektronik verileri de kapsayacak şekilde genişletilmiş olmaktadır.

SONUÇ

Yukarıda kısaca değinildiği gibi, söz konusu değişiklikler ile daha önce var olmayan birtakım müesseseler Rekabet Kanunu'na getirilmekle birlikte, var olan birtakım düzenlemelerde de güncel ihtiyaçlar doğrultusunda değişikliğe gidildiği görülmektedir. Ayrıca, Rekabet Kurulu'nun daha önce kararlarında ve uygulamasında görülen kimi hususların da yasal zemine oturtulmuş olduğunu tespit etmekteyiz.

Yapılan değişikliklerin temel amacının Rekabet Kanunu'nun mehası olan Avrupa Birliği *acquis communautaire* ile uyumun sağlanması olduğu belirtilmelidir. Ayrıca, Rekabet Kurulu'nun daha etkin ve verimli çalışmasını sağlayacak ve süreçlerin daha hızlı neticelendirilmesine yönelik yeniliklerin getirilmesinin hedeflendiğini de belirtebiliriz.

Rekabet Kanunu'nda yapılan değişikliklerin uygulamasına yönelik ikincil düzenlemelerin de Rekabet Kurulu tarafından hızlıca çıkartılmasını temenni ediyoruz.

* * *

Yukarıdaki bilgiler ışığında, Rekabet Kanunu ve uygulaması ile ilgili her türlü sorunuz için Tabak & Ongan Hukuk Bürosu ile irtibata geçebilirsiniz.

Teşekkürler, Sayın Ceyda Tabak ve Burak Ongan

Saygılarımızla,

Şaban Küçük

Tax & Innovation Advisory