



2023 ANTITRUST YEARBOOK

2023 REKABET HUKUKU YILLIĞI

REKABET HUKUKU YILLIĞI 2023



ANTITRUST YEARBOOK 2023



2024

Önsöz

2023 yılını pek çok endüstrideki rekabet hukuku uygulamaları bakımından dikkat çekici bir yıl olarak geride bıraktık. Bu çalışmada her yıl olduğu gibi seçili sektörlerdeki öne çıkan gelişmeleri, bu sektörlerin yapısal görünümleri ve potansiyel rekabet hukuku riskleriyle birlikte değerlendiriyoruz. Bu çalışma kapsamında 2023 yılı için; oyun, sürdürülebilirlik, enerji, ilaç, bankacılık ve finans, dijital piyasalar, işgücü/emek piyasaları ile usul ve mevzuat sektörlerine/temaları belirledik.

Faydalı ve yol gösterici olması dileğiyle.

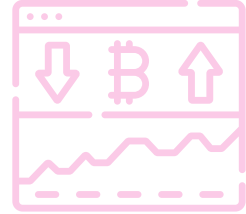
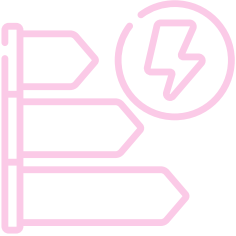
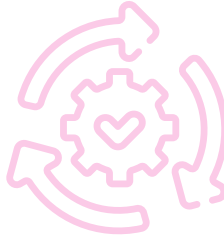
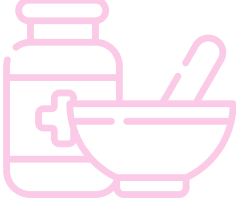
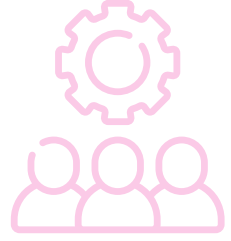
NAZALI REKABET

Foreword

2023 was a remarkable year in terms of competition law enforcement in many industries. In this study, as every year, we evaluate prominent developments in selected industries together with an overview of market structure and potential competition law risks. For the sake of this study, we have identified the following sectors/themes for 2023; gaming, sustainability, energy, pharmaceuticals, banking/finance, digital markets, labor markets, and procedure/legislation.

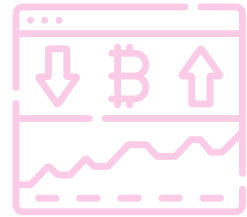
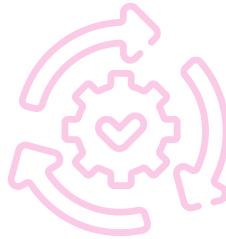
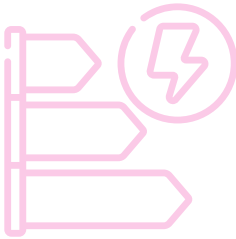
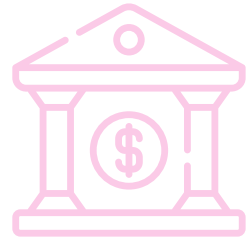
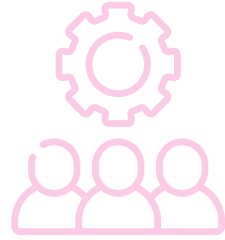
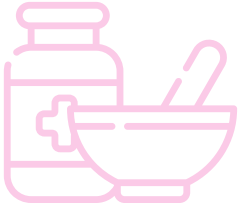
Hope to be useful.

NAZALI ANTITRUST



İçindekiler

01	OYUN PİYASALARI	07
02	SÜRDÜRÜLEBİLİRLİK	30
03	ENERJİ	39
04	İLAÇ	56
05	BANKACILIK VE FİNANS	80
06	DİJİTAL PİYASALAR	102
07	EMEK PİYASASI	130
08	USUL VE MEVZUAT	147



Index

01	GAMING INDUSTRIES	169
02	SUSTAINABILITY	191
03	ENERGY	199
04	PHARMA	215
05	BANKING AND FINANCE	239
06	DIGITAL MARKETS	262
07	LABOR MARKET	287
08	LEGISLATION AND PROCEDURE	304



OYUN PİYASALARI

1. Oyun Piyasaları

1.1 Giriş

Dijital oyun sektörü, yaklaşık 50 senelik geçmişiyle günümüzde oldukça yüksek hacimli ve ülke ekonomilerine önemli katkı sağlayan bir endüstri alanı olarak karşımıza çıkmaktadır. Kişisel bilgisayar, oyun konsolu ve akıllı telefon kullanımının yaygınlaşmasıyla bu cihazların kullanıldığı dijital oyunlar (veya video oyunlar) da paralel şekilde önemli gelişme kaydetmiştir. Dijital oyunlar, bir yazılım endüstrisi olarak kabul edilmekle birlikte gerekli olan oyun donanımı ve teknik altyapı gibi fiziksel bileşenlerle donanım, çevrim içi platform sağlayıcılar, oyun geliştiricileri, yayımcılar, interaktif medya araçları ve bilgi iletişim teknolojileri gibi birçok sektör ile ilişki içerisinde olup doğrudan ve dolaylı olarak farklı birçok sektörü de etkilemektedir¹. Teknoloji ile iç içe olmasının bir sonucu olarak sektör, yüksek inovasyona ve yaratıcılığa dayalı yapısı ile sürekli değişim ve gelişim içerisinde.

Video oyun piyasasının tüketicileri incelendiğinde, 2023 yılı başı itibarıyla dünyada internet kullanıcısı olan 16-64 yaş arası insanların %81,9'unun, Türkiye'de ise %92,3'ünün video oyunu oynadığı görülmektedir². Diğer yandan internet kullanıcıların %66,2'si akıllı telefon aracılığı ile, ise %37,9'u ise bilgisayar aracılığı ile oyun oynadığını belirtmektedir³. Tüketicilerin tercih ettiği cihazlar yaşa, cinsiyete ve oyun tercihlerine bağlı olarak farklılaşmaktadır. Gerek dünyada gerekse Türkiye'de internet kullanıcılarının çok büyük çoğunluğu video oyunu oynamakta olup sektör milyarlarca tüketiciye hitap etmektedir.

Ekonomik büyüme açısından eğlence ve medya sektörleri, Covid-19 pandemisinin neden olduğu çalkantıdan toparlanmaya başlayarak 2021 yılında %10,6'lık büyüme kaydetmesine rağmen 2022 yılında bu büyüme %5,4 seviyesine inmiş

1 Doç Dr. İlgaz Büyükbaykal C. - Abay Cansabuncu İ.: "Türkiye'de Yeni Medya Ortamı Ve Dijital Oyun Olgusu", Yeni Medya Elektronik Dergi s.1-9, Ocak 2020 <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/904521> Son Erişim Tarihi: 22.03.2024

2 T.C. Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi: "Video Oyun Endüstrisi Araştırma Raporu", 2023 https://cbddo.gov.tr/SharedFolderServer/Genel/4.Ara%C5%9Ft%C4%B1rma_Raporu-Video_Oyun_Endu%CC%88strisi.pdf Son Erişim Tarihi: 22.03.2024

3 We Are Social & Hootsuite: "Global Overview Report", 2023

ve yavaşlama sürecine girmiştir. Benzer şekilde önümüzdeki yıllarda da büyüme oranının kademeli olarak düşeceği, nihayetinde 2027 yılında eğlence ve medya sektörlerinin ortalama 2026 yılına göre yalnızca %2,8 oranında büyüyeceği öngörülmektedir. Eğlence ve medya sektörlerinin birçokundaki yavaşlama, pandeminin başlarında gerçekleşen gelir ve ilgi artışının sona ermesine bağlanmaktadır⁴. Ancak video oyun sektörü açısından Covid-19 pandemisi tam tersi etkiler yaratmıştır. COVID-19 salgını nedeniyle ülke çapında uygulanan karantinalar sonucunda tüketiciler vakit geçirmek için oyun platformlarına yönelmiş, böylece oyun platformları yüzlerce ve binlerce yeni ziyaretçiyi çevrimiçi trafiğe çekmiştir. Bu durumun sonucunda video oyun trendleri, oyuncularla ve gelirlerde büyük bir artış yaşanmıştır. Diğer yandan oyun endüstrisindeki teknolojik gelişmelerin sektörün büyümesine önemli ölçüde ivme kazandırması, oyunların gelişmesi ve kullanıcıların genel oyun deneyiminin iyileşmesi de bu büyümeye katkı sağlamıştır⁵. Bu doğrultuda oyun sektörü hızla büyümeye devam ederek küresel olarak 2023 yılında 246 milyar Dolarlık ticaret hacmine ulaşmış olup 2030 yılına kadar sektörün yaklaşık 680 milyar Dolarlık bir hacme ulaşması beklenmektedir⁶.

1.2. Pazar Yapısı

Dijital oyun sektörünün kapsam olarak insan kaynağı ve donanımsal faaliyetler olmak üzere iki temel bileşene sahip olduğu söylenebilecektir. İnsan kaynağı; oyunların geliştirilmesi süreci için tasarım, programlama, sanat ve ses gibi işlevler üzerinde çalışmakta iken donanımsal faaliyetler; oyunların çalışacağı platformları (bilgisayar teknolojileri, oyun konsolu ve bunların yan ürünleri) geliştirmektedir. Diğer yandan video oyun platformları ise, sanal gerçeklik donanımları dışında (i) kişisel bilgisayarlar, (ii) oyun konsolları ve (iii) mobil oyun cihazları olmak üzere üç ana segmente ayrılabilir. Bu üç platform; kullanıcı kitlesi, geliştirme maliyetleri ve pazarlama olanakları bakımından farklı dinamiklere ve pazar yapılarına sahiptir⁷.

Değer zinciri açısından incelendiğinde, bir video oyunun geliştirilip pazarlanması, üretilmesi ve tüketiciye ulaştırılması; (i) donanım üreticileri, (ii) geliştiriciler, (iii) yayıncılar, (iv) dağıtıcılar, (v) perakendeciler/bayiler ve bu halkanın dağıtım aşamasına kadar faaliyet gösteren (vi) oyun yerelleştiriciler tarafından gerçekleştirilmektedir⁸.

4 PWC: "Perspectives from the Global Entertainment & Media Outlook 2023-2027" <https://www.pwc.com/gx/en/industries/tmt/media/outlook/insights-and-perspectives.html> Son Erişim Tarihi:22.03.2024

5 Mordor Intelligence: "Gaming Industry Size & Share Analysis - Growth Trends & Forecasts (2024 - 2029)" <https://www.mordorintelligence.com/industry-reports/global-gaming-market> Son Erişim Tarihi:22.03.2024

6 Vantage Market Research: "Gaming Market- Global Industry Assessment & Forecast" <https://www.vantagemarketresearch.com/industry-report/gaming-market-2320> Son Erişim Tarihi:22.03.2024

7 Ankara Kalkınma Ajansı: "Dijital Oyun Sektör Raporu" <https://kutuphane.ankaraka.org.tr/upload/dokumandosa/dijital-oyun-sektoru-raporu.pdf> Son Erişim Tarihi:22.03.2024

8 Rekabet Kurulu'nun 07.02.2019 tarih ve 19-06/47-16 sayılı kararı

Bir oyun, yazılım ve genel tasarım gibi oyun geliştiricinin ayrılmaz bir parçası olan tüm yönlerden sorumlu olan geliştiriciler tarafından tasarlanmaktadır. Oyun tamamlandıktan sonra ise yayıncı tarafından yayımlanmaktadır. Bu yayıncılar genellikle geliştirme sürecini finanse etmekte ve oyunun pazarlanmasına yatırım yapmaktadır. Bununla birlikte, geliştiricilerin oyunlarını bağımsız olarak pazarlamaları da mümkündür⁹.

Dağıtıcılar ise fiziksel kopyaların perakendecilere ulaştırılmasından sorumludur. Sektörde dağıtım ağı, klasik perakende (fiziksel kopya veya dijital kopya) ve üyelik tabanlı çevrimiçi satış modeli olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Klasik perakendecilik, oyunların kutulu şekilde satışa sunulduğu geleneksel dağıtım kanalını ifade etmektedir. Çevrimiçi satış modeli ise oyunların sanal ortamdan satışlarıdır. Dijital satış kanallarının, yarattığı maliyet avantajları ve tüketiciler açısından kolay erişilebilirliği sayesinde gerçekleştirdiği büyümeyle klasik perakende dağıtıcılarının faaliyetleri giderek azalmaktadır¹⁰. Son olarak oyun yerleştiriciler, oyunun orijinal yapımındaki jargonlar, senaryolar ve diğer unsurların hedef ülkenin diline ve kültürüne tam uyum içerisinde olmasını sağlamaktadır.

Genel hatlarıyla oyun sektörünün başta Sony, Microsoft, Apple ve Google olmak üzere az sayıda oyuncu tarafından kontrol edilen yoğunlaşmış bir pazar yapısına sahip olduğu görülmektedir¹¹. Sektörde özellikle oyun geliştirme ve yayınlamadan dağıtımına kadar dikey bütünleşik teşebbüslerin varlığı, birtakım yapısal rekabetçi endişeleri beraberinde getirmektedir. Örneğin, Microsoft bir geliştirici (Obsidian Entertainment), bir yayıncı (Xbox Game Studios) ve bir dağıtımçı (Microsoft Store) olarak faaliyet göstermekte ve kendi PC işletim sistemine (Windows) sahiptir. Ayrıca Microsoft kendi oyun konsoluna (Xbox) da sahiptir. Dikey olarak bütünleşmiş bir başka şirket örneği de PlayStation'ın üreticisi olan ve birden fazla oyun geliştiricisine (Insomniac Games gibi) sahip olan ve oyunlarını Sony Interactive Entertainment aracılığıyla yayınlayan Sony'dir¹². Dolayısıyla video oyun sektöründe başlıca rekabet hukuku uygulamaları, ileride daha detaylı inceleneceği üzere dikey bütünleşik yapıda olan dev şirketlerin gerçekleştirdiği birleşme ve devralmaların ve kötüye kullanma davranışlarının incelenmesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

1.3. İkame İlişkileri ve Pazar Tanımları

Dijital oyun pazarları her ne kadar PC, oyun konsolu ve mobil oyunları kapsasa da gerek talep ikamesi bakımından gerekse arz ikamesi bakımından üç

9 Hieselaar T., Braeken B., Versteeg J.: "The Game is On: Increased Competition Law Scrutiny and Enforcement in Gaming Industry" <https://bureaubrandeis.com/the-game-is-on-increased-competition-law-scrutiny-and-enforcement-in-gaming-industry/?lang=en> Son Erişim Tarihi:22.03.2024

10 Rekabet Kurulu'nun 07.02.2019 tarih ve 19-06/47-16 sayılı kararı

11 Mordor Intelligence: "Gaming Industry Size & Share Analysis - Growth Trends & Forecasts (2024 - 2029)" <https://www.mordorintelligence.com/industry-reports/global-gaming-market> Son Erişim Tarihi:22.03.2024

12 Hieselaar T., Braeken B., Versteeg J.: "The Game is On: Increased Competition Law Scrutiny and Enforcement in Gaming Industry" <https://bureaubrandeis.com/the-game-is-on-increased-competition-law-scrutiny-and-enforcement-in-gaming-industry/?lang=en> Son Erişim Tarihi:22.03.2024

pazar birbirinden ayrılmakta ve ikame kabul edilmemektedir. Rekabet Kurulu TakeTwo/Zynga kararı¹³nda bu pazarlar arasındaki ilişkiyi incelemiş ve talep ikamesi açısından;

- PC oyunlarına bu oyunların teknik gereksinimlerini karşılayabilecek standart bilgisayarlar ve/veya oyun konsolları ile, konsol oyunlarına ise yalnızca taşınabilir veya sabit oyun konsolları ile ve mobil oyunlara yalnızca akıllı telefon/tablet gibi mobil cihazlar ile erişilebildiğinden, her bir oyun platformuna erişim için farklı gereksinimin söz konusu olması,
- Her bir platformun sundukları hizmet karşısında elde ettikleri gelir kaynağının farklılaşması (PC ve konsol oyunlarının birincil gelir kaynağının ürün satışı olması ancak mobil oyunlarının genelde ücretsiz ve oyun içi satın alımlar ile reklamlar ile gelir sağlanması) ve
- Her bir platformun grafik ve benzeri teknik özellikleri kapsamında farklılaşması

gerekçeleriyle bu üç platform arasında talep ikamesinin bulunmadığı değerlendirilmesinde bulunmuştur. Arz ikamesi bakımından ise;

- her bir oyun platformu özelinde oyun geliştirme maliyetlerinin ve pazarlama ile reklam faaliyetlerinin farklılaştığı,
- bilgisayar ve konsol oyunlarının geliştirilmesinin para, zaman ve kaynak bakımından oldukça yüksek bir yatırım gerektirdiği,
- buna karşılık mobil oyunların daha düşük giriş maliyetleri ve daha düşük yatırım gerektirdiği,

gerekçeleriyle üç platform arasında arz ikamesinin de bulunmadığını değerlendirmiştir. Kurul aynı kararda, bilgisayar veya oyun konsollarındaki tarayıcılardan da oynanabilen mobil oyunların hangi pazar altında değerlendirileceği tartışmasında; (i) tarayıcı oyunlarının bilgisayar veya oyun konsollarının teknik özelliklerinden bağımsız olarak sadece tarayıcıya ihtiyaç duyması, (ii) bilgisayar veya konsol oyunlarına göre düşük bir maliyet ve yatırıma ihtiyaç duyması ve (iii) her yaşta insan tarafından oynanabilen ve kolay erişilebilen oyunlar olması nedeniyle farklı platformlardan erişilebilen bu mobil oyunların bilgisayar veya konsol oyunlarından ziyade mobil oyunlar pazarı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatini ortaya koymuştur.

Rekabet Kurulu ile paralel olarak Avrupa Komisyonu da kişisel bilgisayar (PC) ve konsol oyunları geliştirme ve yayınlama pazarının, mobil oyun geliştirme ve yayınlama pazarından ayrıştığı kanaatindedir. Avrupa Komisyonu bu pazarın, kullanıcının sadece tek bir konsol kullanması anlamına gelen potansiyel single-homing nedeniyle ayrı konsollar (PlayStation (Sony), Xbox (Microsoft) ve

13 Rekabet Kurulu'nun 24.03.2022 tarih ve 22-14/215-92 sayılı kararı

Switch (Nintendo) gibi şekilde bölümlere ayrılıp ayrılmayacağı konusunda ise henüz net bir kanaat ortaya koymamıştır¹⁴.

Konsol oyunları ile PC oyunlarının ve donanımlarının birbirlerine ikame kabul edilip edilmeyeceği Rekabet Kurulu'nun Sony kararı¹⁵nda da incelenmiştir. Kurul, bu kararında oyun konsollarının PC ve mobil cihazlardan farklı olarak yalnızca oyun oynama amacıyla üretilmiş olması ve yalnızca oyun oynamak isteyen tüketicileri hedeflemesi nedeniyle diğer oyun donanımlarından ayrıştığını vurgulamıştır. Bu kapsamda, video oyunları oynamak için özel olarak tasarlanmış elektronik cihazlar olan oyun konsolu üreten bir firmanın PC üretimine geçmesi veya tam tersi için gereken sabit maliyetlerin, yatırımların ve teknolojik know-how'ın farklılaşması nedeniyle, PC ile oyun konsolları arasında arz ikamesinin bulunduğu söylenemeyecektir.

Talep ikamesi açısından ise, aşağıdaki tabloda listelenen hususlar çerçevesinde konsol oyunları ile PC oyunları arasında ikame ilişkisinin bulunmadığı söylenebilecektir.

Tablo – 1: PC ve Oyun Konsolları Arasındaki Talep İkamesini Ortadan Kaldıran Unsurlar¹⁶

PC	Oyun Konsolu
Oyun oynama da dâhil olmak üzere, tüketicilerin çok çeşitli ihtiyaçlarını karşılamaya yöneliktir.	Yalnızca tüketicilerin oyun oynama ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla tasarlanmışlardır.
Çeşitli ihtiyaçları karşılamaya yönelik olduğundan oyun oynamak için gerekli teknik performans ve özellikler görece zayıftır.	Tamamen oyun deneyimine odaklanarak tasarlandıklarından yüksek optimizasyonla daha iyi performansla sahiptir.
En son çıkan oyunları oynayabilmek adına donanımsal güncellemeler yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla yüksek oyun performansı için görece kısa ömre sahiptir.	PC'lerin aksine uzun süreli ve donanımsal ilave harcamalar gerektirmeksizin yüksek oyuncu deneyimi sağlamaktadır.
Güncelleme başta olmak üzere teknik gereksinimler ve detaylar tüketici gözünde çekiciliği azaltabilmektedir.	Konsolun ve oyunun satın alımı sonrasında ilave bir çaba gerektirmeden otomatik güncellemeler yapıldığından tüketiciler için daha caziptir.

14 Hieselaar T., Braeken B., Versteeg J.: "The Game is On: Increased Competition Law Scrutiny and Enforcement in Gaming Industry" <https://bureaubrandeis.com/the-game-is-on-increased-competition-law-scrutiny-and-enforcement-in-gaming-industry/?lang=en> Son Erişim Tarihi:22.03.2024

15 Rekabet Kurulu'nun 07.02.2019 tarih ve 19-06/47-16 sayılı kararı

16 Rekabet Kurulu'nun 07.02.2019 tarih ve 19-06/47-16 sayılı kararı

Yukarıda sıralananların yanı sıra, PC ve oyun konsolları arasında önemli fiyat farklılıkları da mevcuttur. Bu çerçevede, oyun cihazı arayan bir tüketicinin küçük fiyat artışları nedeniyle cihaz değiştirmesi olası görülmemekte ve bu iki pazar birbirine ikame kabul edilmemektedir.

1.4. Hukuki Tartışma Alanları

Video oyun endüstrisine yönelik genel itibariyle rekabet hukuku dışında tartışmaların yoğunlaştığı hukuk alanları incelenecek olursa; (i) fikri mülkiyet, endüstriyel tasarım ve patent haklarının korunması, (ii) oyun elementleri için marka korumaları, (iii) lisans anlaşmaları, (iv) telif hakları, (v) gizlilik, yaş derecelendirmeleri ve tüketicilerin korunmasına yönelik regülasyonlar ve (vi) loot box (video oyunlarında oyuncunun kazandığı veya uygulamada satın alabileceği şans kutusu) kaynaklı yasa dışı kumar endişeleri başlıca hukuki gündemler olarak sıralanabilecektir¹⁷.

Telif hakkı koruması ile sektörde, video oyunlarının hikâye, karakter, müzik ve yazılımın farklı bileşenleri korumakta altına alınmaktadır. Ticari marka korumaları ise, video oyunları ile ilişkili adların, logoların, sembollerin ve karakterlerin korunmasını sağlamaktadır. Diğer yandan patent yasaları oyun konsolları, joystickler ve oyunlarda kullanılan diğer teknik cihazlar üzerinde markaların haklarını koruma altına almaktadır. Endüstriyel tasarımı korumaya yönelik yasalar, video oyunlarının grafik karakterleri, oyun kapakları ve grafik arayüzleri gibi görsel yönleri için teşebbüslere koruma sağlamaktadır. Tüm bunlarla birlikte kişisel verilerin korunması, gizlilik hükümleri ve yaş derecelendirmelerine yönelik düzenlemeler, tüketicilerin korunmasını hedefleyen başlıca regülasyon alanlarıdır. Son olarak, genellikle yasalarda kumar; değerli bir şey karşılığında şansa bağlı bir sonuca bağlı olarak değerli bir şeyi riske atan bir faaliyet olarak tanımladığından, oyun içi "loot box"ların yasa dışı olduklarına yönelik birçok iddia gündeme gelmektedir¹⁸. Gerek teşebbüslere gerekse tüketicilere sağlanan yasal korumalara uyum ve olası ihlaller ise sıralanan başlıklar çerçevesinde yasal zorluklar ortaya çıkarmaktadır.

1.5. Başlıca Rekabetçi Endişeler

Video oyun endüstrisindeki büyüme ve gelişmelerle birlikte rekabetçi sorunlar ve otoritelerin inceleme alanları ile müdahaleleri de geçtiğimiz yıllar içerisinde giderek artmıştır. Bu kapsamda, sektördeki başlıca rekabet hukuku endişeleri; (i) halihazırdaki yoğunlaşmış (ve yoğunlaşmaya devam eden) pazar yapısı, (ii) içeriğe erişilebilirlik (girdi kısıtlamaları), (iii) konsolide yapı sonucunda muhtemel aşırı fiyatlandırma ve sömürücü davranışları, (iv) lisanslara erişim, (v)

¹⁷ Roopali S.: "Legal Challenges in the Gaming Industry", 2023

¹⁸ Smizer E., Council S.: "Loot Box Litigation Lessons For Game Developers" <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b329d767-56e6-4c9a-8897-e5d3fc32a81f#:~:text=A%20common%20thread%20among%20nearly,for%20a%20thing%20of%20value> Son Erişim Tarihi:22.03.2024

ayırımı davranışlar ve (vi) popülerliğe bağlı şebeke etkileri başta olmak üzere özellikle rekabeti sınırlayabilecek nitelikteki birleşme ve devralmalar ile hâkim durumun kötüye kullanılmasına yönelik davranışlar üzerine yoğunlaşmaktadır. Aşağıda bunların her birine ayrı değinilecektir:

a. Yoğunlaşmış Pazar Yapısı:

Gerek PC gerekse mobil ve konsol oyunlar bakımından konsolide pazar yapısının varlığı sektörde göze çarpmaktadır. Video oyun sektörü Sony, Microsoft, Google ve Apple başta olmak üzere az sayıda oyuncu tarafından kontrol edilen yoğunlaşmış bir yapıya sahiptir¹⁹. Birleşik Krallık rekabet otoritesi CMA, bulut oyunları ve mobil tarayıcılara ilişkin gerçekleştirdiği pazar araştırmaları ile mobil cihazlarda yerel uygulamaların (ve dolayısıyla oyunların) dağıtımına yönelik pazarın az sayıda firma arasında yoğunlaştığını tespit etmiştir. Örneğin CMA, Apple'ın bulut oyun tekliflerinin iOS cihazlarının App Store'unda yerel uygulama olarak yer almasını etkin bir şekilde engellemiş olmasından duyduğu endişeyi de dile getirmiştir²⁰. Diğer yandan Google da "Google Play Store" aracılığıyla Android cihazlar bakımından sahip olduğu pazar gücüyle karşımıza çıkmaktadır.

PC platformları ve donanımları bakımından; çevrimiçi oyun satın alma platformları, (Valve – Steam) ekran kartı gibi donanımlar (Nvidia), işletim sistemleri (Windows) ve oyunlar bakımından (Spor oyunları bakımından Electronic Arts) yine yoğunlaşmış bir pazarın ortaya çıktığı söylenebilecektir.

Konsol oyunu platformları ise Sony (PlayStation) ve Microsoft (Xbox) tarafından domine edilmektedir. Bununla birlikte, Sony ve Microsoft gerçekleştirdiği devralmalarla pazardaki güçlerini artırma eğilimi göstermektedir. Nitekim Microsoft'un Activision Blizzard'ı ve Sony'nin ünlü bir geliştirici olan Bungie Studios'u devralması bu iki dev teşebbüsün uzun bir süre daha pazardaki güçlerini koruyacağı ve artıracığı yönünde güçlü işaretler vermektedir²¹.

Hali hazırdaki konsolide yapının yanı sıra gerçekleştirilen devralmalar, şirketlerin oyun portföylerini ve müşteri tabanlarını dahili oyun geliştirmeye yatırım yapmak zorunda kalmadan hızla genişletmelerini sağlamaktadır. Yalnızca 2022 yılında, küresel oyun endüstrisinde toplam değeri en az 123 milyar dolar olan yaklaşık 1.000 birleşme devralma anlaşması gerçekleşmiştir. Bu noktada, Avrupa Komisyonu'na 2010 yılından bu yana bilgisayar oyunlarının yayınlanmasıyla ilgili olarak bildirilen işlemlerdeki %200'lük artış dikkat çekmektedir²².

19 Mordor Intelligence: "Gaming Industry Size & Share Analysis - Growth Trends & Forecasts (2024 - 2029)" <https://www.mordorintelligence.com/industry-reports/global-gaming-market> Son Erişim Tarihi:22.03.2024

20 Gerasimidis K., Kaltenbrunner L.: "Fight for Fair Play: Antitrust Battles in the Gaming Industry", 2023 <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=16fe78aa-32ed-408e-9b34-345ae2ed2030> Son Erişim Tarihi:22.03.2024

21 Schwarz D., Shahid F.: "Gaming Under the Competition Spotlight", 2022 <https://www.cliffordchance.com/insights/resources/blogs/antitrust-fdi-insights/2022/11/Gaming-Under-The-Competition-Spotlight.html> Son Erişim Tarihi: 22.03.2024

22 <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=16fe78aa-32ed-408e-9b34-345ae2ed2030>

b. İÇERİĞE ERİŞİLEBİLİRLİK:

Konsol üreticileri ve oyun içerik sağlayıcıları arasındaki işlemlere ilişkin rekabet hukuku uygulamasında, dikey bütünleşik yapıların oluşmasıyla devralan tarafın işlem sonrasında hedef şirketin oyunlarına rakiplerinin erişimini kısıtlama olasılığının olup olmadığı, bir diğer ifadeyle girdi kısıtlamalarının ortaya çıkıp çıkmayacağı bir diğer rekabetçi endişe olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin Microsoft/Activision Blizzard devralmasında ana rekabetçi endişe; Microsoft'un konsol video oyunlarında Activision Blizzard'ın içeriğine Sony ve Nintendo gibi rakiplerin erişimini engelleme kabiliyeti ve potansiyel ekonomik teşviki olmuştur. Microsoft'un geçmişte ZeniMax'ın oyunlarını yalnızca Xbox'ta sunma yönündeki uygulaması da bu duruma örnek olarak gösterilebilecektir²³.

c. AŞIRI FİYATLAMA VE SÖMÜRÜCÜ UYGULAMALAR

Sektörde video oyun fiyatlarının yıllar içerisinde artış eğiliminde olduğu, bu yönde tüketici şikayetlerinin arttığı ve bu artışlar nedeniyle tüketici taleplerinde azalma meydana geldiğini söylemek mümkündür²⁴. Ancak oyun geliştiricisi teşebbüslerin yüksek geliştirme ve yatırım maliyetleri ile tüketicilerin fiyat hassasiyetleri göz önüne alındığında, video oyun fiyatlarının rekabet yasaları bağlamında aşırı fiyatlama davranışı niteliğinde olması güç olacaktır. Dolayısıyla her ne kadar tüketici şikayetleri video oyun ücretlerinde yoğunlaşsa da esasen otoritelerin inceleme konusu yaptığı aşırı fiyatlama iddiaları video oyun fiyatlarından ziyade sektörün başka alanlarında ortaya çıkmaktadır.

Bu kapsamda sektördeki oyun satışlarına aracılık eden platformların (App Store, Google Play Store vb.) uygulayabileceği yüksek komisyon oranları ve ücretler, aşırı fiyat endişelerini ortaya çıkarmış ve rekabet otoriteleri bu platformların talep ettiği komisyon/ücretleri inceleme altına almıştır. Örneğin aşağıda detaylıca inceleneceği üzere, Apple'ın gerek mobil uygulamalar ve konsol oyunları pazarında sahip olduğu mağazalarda (App Store ve Playstation Store) talep ettiği ücretler şikayetleri beraberinde getirmiş ve rekabet otoritelerinin incelemelerine konu olmuştur. Benzer şekilde Google Play Store ile ilgili olarak Google'a karşı da benzer şikayetler öne sürülmüş ve incelenmiştir.

Diğer yandan, aşırı fiyatlamanın yanı sıra tüketici taleplerinin karşılanmaması ve yatırımların yavaşlatılması yoluyla sömürücü uygulamalar da potansiyel endişeler arasında yer almaktadır. Sektörde yer alan popüler video oyunların birçok kategoride tekele yakın güce sahip olması, hâkim durumdaki teşebbüsün yüksek kar elde etmeye devam ederken tüketici ihtiyaçlarına cevap vermemesi sonucunu doğura-

23 Gerasimidis K., Kaltenbrunner L., "Fight for Fair Play: Antitrust Battles in the Gaming Industry", 2023 <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=16fe78aa-32ed-408e-9b34-345ae2ed2030> Son Erişim Tarihi:22.03.2024

24 Gerasimidis K., Kaltenbrunner L., "Fight for Fair Play: Antitrust Battles in the Gaming Industry", 2023

bilmektedir. Bu eğilimin basketbol ve futbol gibi spor oyunları da dahil olmak üzere birçok ilgili video oyunu pazarında mevcut olduğu söylenebilecektir²⁵.

d. Lisanslara erişim

Video oyun sektörü, birçoğu münhasır nitelikte olan lisansları elde etmek için rakipler arasında kıyasıya bir yarışa da içinde barındırmaktadır. Yaygın olarak tanıyan karakterleri, serileri, takımları veya evrenleri kullanma lisansını güvence altına almak, geliştiricilerin hem mevcut hem de potansiyel oyunculara hitap eden oyunlar yapmasını sağlayarak rakiplerine karşı önemli bir rekabet avantajı sağlamaktadır. Dolayısıyla lisans rekabeti, yarışa kaybeden teşebbüslerin pazardan çıkmaları ve rekabetin azalmasıyla sonuçlanabilmektedir. Örneğin, takımlara, oyunculara ve turnuvalara yönelik almış olduğu lisans haklarının da desteğiyle güçlenen EA FIFA karşısında Pro Evolution Soccer serisi pazardan çıkmış ve EA Games futbol video oyunları sektöründe ezici bir üstünlüğe sahip olmuştur²⁶.

e. Ayrımcı Davranışlar

Sektörde faaliyet gösteren teşebbüslerin sahip olduğu pazar güçleri ve dikey bütünleşik yapıların varlığı ayrımcı davranışlara yönelik potansiyel rekabet hukuku endişelerini de akla getirmektedir. Bir teşebbüsün gerek oyun geliştirme gerek donanım gerekse mağazalara sahip olabilmesi, üst pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin alt pazardaki teşebbüslerden alacağı ücretler ve sunabileceği fırsatlar bakımından potansiyel ayrımcı davranışlarını ve ilişkili pazarlarda rekabetçi işleyişin bozulmasını gündeme getirebilecektir.

1.6. Rekabet Hukuku Uygulamaları

Video oyun endüstrisinde rekabet hukuku uygulamaları, sektörün yapısı gereği birleşme ve devralmaların kontrolü ile pazar gücünün kötüye kullanılmasının yasaklanması üzerine yoğunlaşmakta olup geçtiğimiz yıllarda rekabet otoritelerinin oldukça önemli ve yol gösterici kararlarına konu olmuştur. Özellikle Microsoft/Activision Blizzard devralması, 2023 yılının sektördeki en önemli gelişmesi ve rekabet hukuku tartışma alanı olarak öne çıkmaktadır. Birleşme ve devralmaların kontrolünün yanı sıra sektörde faaliyet gösteren Valve (Steam), Apple ve Sony'nin olası kötüye kullanma davranışları otoritelerin radarına girmiştir. Son olarak, Birleşik Krallık rekabet otoritesi CMA'nın 2022 yılında mobil tarayıcıların ve tarayıcı motorlarının tedarikine ek olarak, bulut oyun hizmetlerinin mobil cihazlardaki uygulama mağazaları aracılığıyla dağıtımına ilişkin bir pazar araştırması başlatmıştır. Birkaç yılda alınan bu kararlar ve gelişmeler, sektördeki rekabet denetimlerinin artacağı yönünde güçlü bir işaret vermektedir. Bu kapsamda, geçtiğimiz yıllarda sektöre ilişkin alınan önemli karar ve gelişmeler aşağıda ayrı ayrı incelenmektedir.

25 Shukla S.: "Ensuring Fair Play: A Call for Competition Oversight in the Gaming Industry", 2023 <https://www.ircl.in/post/ensuring-fair-play-a-call-for-competition-oversight-in-the-gaming-industry> Son Erişim Tarihi: 22.03.2024

26 Shukla S.: "Ensuring Fair Play: A Call for Competition Oversight in the Gaming Industry", 2023

» Avrupa Komisyonu'nun Activision Blizzard/King Kararı (2016)²⁷

Avrupa Komisyonu, 2016 yılında mobil oyun geliştiricisi olan King'in tek kontrolünün oyun geliştiricisi ve yayımlayıcısı olan Activision Blizzard tarafından devralınması işlemini incelemiştir. Kararda Komisyon, oyun yazılımı yayıncılığı pazarının (i) PC oyunları; (ii) konsol oyunları ve (iii) mobil oyunlar olmak üzere farklı platformlara göre ayrıştırılabileceğini belirtmiştir. Bununla birlikte Komisyon, genellikle teşebbüslerin tüm büyük işletim sistemleri için oyun geliştirdiği ve farklı işletim sistemleri kullanılarak oynanan oyunlar arasında anlamlı bir fark olmadığı gerekçesiyle mobil oyunlar pazarının daha alt kırımlara (gündelik, orta seviye, sert oyunlar vb. kırımlar) ayrılmasına gerek olmadığı değerlendirmesinde bulunmuştur.

Yatay ve dikey örtüşme bakımından, (i) oyun yazılımlarının yayınlanması genel pazarda, (ii) mobil oyunların yayınlanması pazarında ve (iii) farklı işletim sistemlerine göre mobil oyunların yayınlanması daha dar potansiyel pazarlarda (yani, Google Android, Apple iOS, vb.) taraflar arasında yatay örtüşme bulunduğu tespit edilmiştir. Komisyon bu pazarlara ilişkin yaptığı inceleme sonucunda işlem sonrasında birleşik teşebbüs ile rekabet edebilecek yeterli sayıda mobil oyun yayıncısı olacağı, pazara giriş engellerinin düşük olduğu, oyunların dağıtımı için önemli yatırımlara gerek olmadığı ve önemli sayıda mobil oyunun piyasada bulunmaya devam edeceği gerekçeleriyle işlemin oyun yazılımı yayıncılığı pazarında ve potansiyel daha dar pazarlarda rekabetçi endişe yaratmayacağı kanaatine vararak işleme izin vermiştir.

» Birleşik Krallık Rekabet Otoritesinin Sektör İncelemeleri (2019-2022)²⁸

Birleşik Krallık rekabet otoritesi Competition & Markets Authority (CMA), 2019 yılında tüketicilerin korunması faaliyetleri kapsamında oyun abonelik sözleşmelerinin otomatik uzamasına yönelik sektör incelemesi başlatmıştır. Bu inceleme sonucunda 2022 yılında Sony, Nintendo ve Microsoft, aboneliklerin otomatik olarak yenilenmesine ilişkin uygulamalarını güncellemeyi kabul etmiştir. Bu kapsamda Sony, aboneliklerini uzun süre kullanmadıklarında müşterilerle iletişime geçerek ödemeleri nasıl durduracaklarını hatırlatmayı, Nintendo ise otomatik abonelik yenilemesini varsayılan seçenek olmaktan çıkarmayı taahhüt etmiştir²⁹.

27 Avrupa Komisyonu kararı: 12.02.2016, M.7866 https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7866_221_3.pdf

28 Sektör incelemesinin basın duyurusu için bkz. <https://www.gov.uk/cma-cases/mobile-browsers-and-cloud-gaming>

29 Nintendo ve Sony'nin taahhütlerine ilişkin basın duyurusu için bkz. <https://www.gov.uk/government/news/cma-welcomes-sony-and-nintendo-s-gaming-subscription-improvements>

Diğer yandan 2022 yılının Kasım ayında CMA, bulut oyunları ve mobil tarayıcılara yönelik bir pazar araştırması başlattığını duyurmuştur. CMA, Apple ve Google'ın mobil cihazlardaki işletim sistemleri, uygulama mağazaları ve web tarayıcıları üzerinde duopol bir yapıyla pazar gücüne sahip olduğunu tespit ettiği mobil ekosistemlere yönelik sektör çalışmasının ardından Google ve Apple'ın pazardaki hakimiyeti ve rekabeti nasıl sınırlamış olabileceklerine yönelik ayrıca bir sektör incelemesi başlatmıştır. Apple ve Google'ın, kısıtlamaların kullanıcıları korumak için gerekli olduğu yönündeki savunmalarını da göz önüne alarak CMA, pazara yönelik yeni bir kural setine ihtiyaç olup olmadığını incelemektedir.

Bu süreçte Apple, CMA'nın sektör incelemesi kararının, orijinal bildirimden itibaren altı aylık süre sınırının dışında olduğunu ileri sürerek konuyu rekabet temyiz mahkemesine taşımış, Apple'ın iddialarını haklı bulan Rekabet Temyiz Mahkemesi (CAT), otoritenin yetkisini aşarak hareket ettiği kanaatine varmış ve 2023'ün Mart ayında inceleme askıya alınmıştır. Ancak CAT tarafından alınmış bu karar da bu kez CMA tarafından temyiz edilmiş ve Birleşik Krallık Temyiz Mahkemesi; CMA'nın mobil tarayıcılar ve bulut oyunları pazarına ilişkin bir sektör incelemesi yapma kararının hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. Bu doğrultuda 2024 yılı Ocak ayında CMA incelemesi tekrar başlamış olup halihazırda devam etmektedir.

» **Avrupa Komisyonu'nun Microsoft/ZeniMax Devralma Kararı (2021)**³⁰

Avrupa Komisyonu, 2021 yılında ZeniMax'in Microsoft tarafından devralınması işlemini incelemiş ve işleme izin vermiştir. ZeniMax, bilgisayarlar, oyun konsolları ve mobil cihazlar için oyun geliştiren ve yayınlayan bir şirket olup diğer yandan Microsoft bilindiği üzere her üç pazarda da oyunlar geliştiren, yayınlayan ve dağıtan küresel bir teknoloji devidir.

Komisyon, Microsoft'un rakiplerinin ZeniMax oyunlarına erişimini kısıtlama imkanının bulunup bulunmadığını, bir diğer ifadeyle Microsoft'un olası girdi kısıtlaması uygulamalarını incelemiştir. Ancak Komisyon, birleşik şirketin pazar payının sınırlı olacağını ve video oyunlarının dağıtımında güçlü rakiplerin varlığını göz önüne alarak önerilen devralmanın rekabet endişesi yaratmayacağı kanaatine varmıştır. İşlem döneminde ZeniMax oyunlarının Avrupa'da çok satan ilk 15 oyun arasında yer almaması da Komisyon'un izin kararı gerekçelerinden birini oluşturmuştur.

30 Avrupa Komisyonu kararı: 05.03.2021, M.10001 <https://competition-cases.ec.europa.eu/cases/M.10001>

» **Avrupa Komisyonu'nun Valve ile Beş Yayıncı Hakkındaki İhlal Kararı (2021)**³¹

Avrupa Komisyonu, çevrimiçi PC video oyun platformu Steam'in sahibi Valve'a ve beş yayıncı; Bandai Namco, Capcom, Focus Home, Koch Media ve ZeniMax'a AB rekabet kurallarını ihlal ettikleri gerekçesiyle 7,8 milyon Euro para cezası verdi. Komisyon teşebbüslerin, AEA (Avrupa Ekonomik Alanı) içindeki kullanıcıların coğrafi konumuna göre belirli oyunların sınır ötesi satışlarını geo-blocking (coğrafi engelleme) yaparak kısıtladığını tespit etti. İş modeli kapsamında Valve, yayıncılara kullanıcıların hesaplarını doğrulamak için "Steam aktivasyon anahtarları" sağlamaktadır. Valve yayıncılara, aktivasyon üzerine coğrafi kısıtlamaların ayarlanmasını sağlayan bir bölge kontrol işlevi de sunmaktadır. Steam aktivasyon anahtarlarının bölge kontrol fonksiyonu ile kombinasyonu, kullanıcının konumuna bağlı olarak oyunların coğrafi olarak kısıtlanmasını mümkün kılmaktadır.

Komisyon'a Göre:

- › Valve ile yayıncılar arasında, coğrafi olarak kısıtlanmış Steam etkinleştirme anahtarları aracılığıyla uygulanan ikili anlaşmalar, yayıncıların bazı bilgisayar video oyunlarının Çekya, Polonya, Macaristan, Romanya, Slovakya, Estonya, Letonya ve Litvanya dışında etkinleştirilmesini engelliyor (pasif satışların engellenmesi).
- › Ayrıca, bazı yayıncıları ile AEA'daki ilgili oyunların dağıtıcıları (Valve dışında) arasında, yukarıda belirtilen ülkeler de dahil olmak üzere, AEA'daki etkilenen oyunlarının pasif satışlarını kısıtlayan hükümler içeren lisanslama ve dağıtım anlaşması şeklinde yapılan coğrafi kısıtlamalar mevcuttur.

Komisyon bu davranışların, tüketicilerin yayıncı dağıtıcıları tarafından satılan oyunları etkinleştirip oynamasını ve AB'nin "Dijital Tek Pazar"dan yararlanmasını engellediği kanaatine varmıştır. Komisyon ile işbirliği yapan yayıncılar, para cezalarında 6 milyon Euro'nun üzerinde bir indirimden yararlandılar. Valve, Komisyon ile işbirliği yapmamayı seçti ve 1.6 milyon Euro'nun üzerinde para cezasına çarptırıldı.

Valve'nin; aktivasyon kodlarının yayıncıların ülke bazında lisanslanan fikri mülkiyet haklarını korumalarını sağladığının Komisyon tarafından dikkate alınmadığı yönündeki itirazları, coğrafi engellemenin amacının fikri mülkiyet haklarını korumak değil, rekabeti kısıtlamak olduğu gerekçesiyle AB Genel Mahkemesi tarafından reddedilmiş ve Komisyon kararı onanmıştır.

31 Kararın basın duyurusu için bkz. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_170

» Epic Games'in Apple ve Google'a Açtığı Davalar (2021-2024)

2024 yılının sıcak gelişmelerinden biri Fortnite oyununun sahibi olan Epic Games'in, Apple'ın hâkim durumunu kötüye kullandığı yönünde açmış olduğu davaya ilişkin olarak Yüksek Mahkeme'nin aldığı karar olmuştur.

Epic Games, Fortnite oyununda Apple'ı aradan çıkartarak oyun içi satın alımlarda tüketicilere doğrudan ve indirimli şekilde ödeme imkânı tanımış ve böylelikle %30'luk komisyon maliyetinden kurtulmuştu. Ancak bu uygulaması sonucunda Apple ve Google, App Store ve Google Play mağazalarından Fortnite'ı kaldırmıştı. Bunun üzerine Epic Games, geliştiriciler tarafından tüketicilere yapılacak satışlarda ve uygulama içi satın almalarında App Store'un kullanılmasını zorunlu tutmak suretiyle Apple'ın hâkim durumunu kötüye kullandığını ileri sürerek dava açmıştı. Açılan dava sonucunda ABD Bölge Mahkemesi, iddiaların büyük bölümünü reddetmiş, ancak Apple'ın kendi sistemi dışında satın alım işlemlerini yasaklamasının rekabet yasalarına aykırı olduğuna karar vererek uygulamalar için mağaza dışı ödeme yolunun önünü açmıştı³².

Yüksek Mahkeme, 2024 yılı Ocak ayında hem Apple'ın hem de Epic Games'in tüm itirazlarını reddetmiştir. Apple'a, Apple'ın ödeme sistemini baypas edecek bağlantılara izin vermesi bu duruma aykırı davranışlarda politikaları durdurması yönündeki karar korunmuştur. Ancak karar ile Epic Games'in, App Store'a geri dönme veya geliştiricilerin yan yükleme veya üçüncü taraf mağazalar aracılığıyla uygulama dağıtımına Apple'ın izin vermesi yönündeki girişimleri başarısız olmuştur. Bu karar, gerek yargılama süresince Apple'ın ödeme sistemini dayatmaya devam edebilmesi, gerekse Epic Games'in App Store'a geri dönmesi yönünde karar alınmaması nedeniyle büyük oranda Apple'ın zaferi olarak yorumlanmıştır.

Apple'ın uygulamalarının yanı sıra Epic Games, Android uygulamalarının satışı için kendi mağazasını kurmasını ve ödeme işlemlerini gerçekleştirmesini engellediği için Google aleyhine de dava açmıştır. Bu davada Apple'dan farklı olarak, Google'ın "Android uygulama dağıtım pazarı" ve "Android uygulama içi faturalandırma hizmetleri" pazarlarındaki hâkim durumunu kötüye kullandığına ve uygulama geliştiricilerle yaptığı Geliştirici Dağıtım Anlaşmaları ile mobil cihaz üreticileriyle yaptığı Mobil Uygulama Dağıtım Anlaşmaları ve Gelir Paylaşımı Anlaşmalarının ABD rekabet yasalarını ihlal eden makul olmayan ticaret kısıtlamaları olduğuna karar verilmiştir. Bununla birlikte dava sonucunda, Google'ın, Play Store kullanımını Google Play'in faturalandırmasına bağlama uygulamasının da rekabet hukukuna aykırı olduğuna karar verilmiştir.

32 United States District Court for the Northern District of California, *Epic Games, Inc. v. Apple Inc.*, 10.09.2021

Dolayısıyla Apple davasında tam olarak istediği sonucu alamayan Epic Games'in Google'a karşı açtığı davadaki iddiaları kabul edilerek Epic Games'in zaferiyle sonuçlanmıştır.

» **Rekabet Kurulu'nun Take Two/Zynga Devralma Kararı (2022)**³³

Rekabet Kurulu, 2022 yılının başlarında Zynga Inc.'nin tek kontrolünün Take-Two Interactive Software, Inc. tarafından devralınması işlemini incelemiş ve işleme izin vermiştir. Kararda dijital oyun pazarları her ne kadar PC, oyun konsolu ve mobil oyunları kapsasa da gerek talep ikamesi bakımından gerekse arz ikamesi bakımından bahse konu üç pazarın birbirinden farklılaştığı, bu nedenle de her birinin ayrı pazar teşkil ettiği değerlendirilmesinde bulunulmuştur. Zynga tarafından sunulan, bilgisayarlar ve oyun konsollarındaki tarayıcılardan da oynanabilen bazı mobil oyunların ise yine bilgisayar veya konsol oyunlarından ziyade mobil oyunlar kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatine ulaşılmıştır.

Kurul, Take Two'nun "bilgisayar oyunları", "konsol oyunları" ve "mobil oyunlar" pazarında; ZYNGA'nın ise yalnızca "mobil oyunlar" pazarında faaliyet gösterdiğini, dolayısıyla taraflar arasında mobil oyunlar pazarı bakımından yatay örtüşme tespit etmiştir. İşlem tarafları dikey ilişkili herhangi bir pazarda faaliyet göstermediğinden herhangi bir dikey örtüşme bulunmamaktadır.

Mobil oyunlar pazarındaki olası anti-rekabetçi etkilere ilişkin değerlendirilmesi sonucunda Kurul, işlem taraflarının ilgili pazardaki pazar paylarının görece düşük olması, pazarda faaliyet gösteren çok sayıda rakip teşebbüsün bulunması, işlem sonrası hesaplanan Herfindahl Hirschman Endekslerinin (HHI) 1.000'in çok altında kalması ve endeksteeki değişimlerin çok düşük olması gerekçesiyle rekabeti olumsuz etkileyebilecek bir yoğunlaşmanın meydana gelmeyeceği kanaatine varmış ve işleme izin vermiştir.

» **Birleşik Krallık'ta Sony'e Karşı Toplu Dava (2023)**³⁴

2022 yılının Eylül ayında, Sony'nin oyun geliştiricileri ve yayıncılara haksız şartlar ve koşullar dayatarak hakim konumunu kötüye kullandığı ve bu uygulamanın PlayStation Store'dan her dijital oyun veya oyun içi içerik satın alımında nihai tüketiciler için aşırı ve haksız fiyatlara yol açtığı iddiasıyla Birleşik Krallık Rekabet Temyiz Mahkemesi'nde (CAT) toplu dava açılmıştır.

33 Rekabet Kurulu'nun 24.03.2022 tarih ve 22-14/215-92 sayılı Kararı

34 Birleşik Krallık Rekabet Temyiz Mahkemesi kararı: 21.11.2023, 1527/7/22 <https://www.catribunal.org.uk/sites/cat/files/2023-11/15277722%20Alex%20Neill%20Class%20Representative%20Limited%20v%20Sony%20Interactive%20Entertainment%20Europe%20Limited%3B%20Sony%20Interactive%20Entertainment%20Network%20Europe%20Limited%3B%20and%20Sony%20Interactive%20Entertainment%20UK%20Limited%20-%20Jud.pdf>

Açılan davada;

- › Sony'nin PlayStation'larda oyun oynamak için diğer üçüncü taraf işletim sistemlerinin veya uygulamalarının kullanılmasına izin vermediği,
- › PlayStation'larda kullanılmak üzere dijital oyun ve eklenti içeriklerinin yalnızca PlayStation Store üzerinden satın alınabildiği ve
- › Sony'nin PlayStation Store üzerinden yapılan tüm oyun ve eklenti içeriği satın alımları için tüketiciler tarafından ödenen ücret üzerinden geliştiricilerden %30 komisyon aldığı ve bu oranın aşırı olduğu

ileri sürülmektedir. CAT, açılan davanın düşürülmesi yönündeki Sony'nin talebini, ileri sürülen iddiaların makul gerekçelere dayanmadığını kanıtlayamaması gerekçesiyle reddederek davanın devam edeceğine karar vermiş ancak dava henüz sonuçlanmamıştır.

» **Fransa Rekabet Otoritesinin Sony Soruşturması (2023)**³⁵

Fransa rekabet otoritesi Autorité de la Concurrence, 2023 yılının Aralık ayında PS4 için video oyun kumandası tedariki pazarındaki hâkim durumunu dört yıldan fazla bir süre boyunca kötüye kullandığı gerekçesiyle Sony'ye idari para cezası vermiştir. Sony'nin 8. nesil konsolu olan ve 2013'dan beri satışta olan PS4, Sony tarafından tasarlanan DualShock 4 adlı bir PS4 kumandasıyla birlikte satışa sunulmaktadır. Video oyun kumandalarının en çok satan konsol aksesuarı olması nedeniyle aynı kumanda PS4'ten ayrı olarak da satışa konu olmaktadır. Autorité, Sony'nin aşağıdaki iki uygulama ile hâkim durumunu kötüye kullandığını tespit etmiştir:

Teknik karşı önlemler: Autorite, Sony'nin sahtecilikle mücadele etmek için uyguladığını ileri sürdüğü, üçüncü taraf video oyun kumandalarının (Sony dışındaki üreticiler tarafından üretilen ve resmi Sony lisansı olmayan) düzgün çalışmasını etkileyerek konsol işletim sistemi güncellemeleri sırasında üçüncü taraf oyun kumandalarının düzenli olarak bağlantılarının kesilmesine yol açtığını tespit etmiştir.

Şeffaf olmayan lisanslama politikası: Autorite ayrıca Sony'nin şeffaf olmayan lisanslama politikasının, PS4 uyumlu kontrolörleri pazarlamak isteyen rakip şirketlerin, üçüncü tarafların resmi bir lisans ve benzersiz kimlik numaraları almasının tek yolu olan OLP ortaklık programına katılmasını engellediğini tespit etmiştir. Autorité, OLP erişim kriterlerini talep eden üreticilere iletmeyi reddeden Sony'nin, programa erişimin bağlantı kesilmelerini önlemenin tek yolu olmasına rağmen kriterleri keyfi bir şekilde uyguladığı değerlendirilmesinde bulunmuştur.

³⁵ Kararın basın duyurusu için bkz. <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/article/autorite-de-la-concurrence-fines-sony-eu135-million-abusing-its-dominant-position-ps4-video>

Autorité, bu iki uygulamanın üçüncü taraf üreticilerin marka imajına hem oyuncular hem de distribütörler açısından önemli ölçüde zarar verdiği, pazardaki genişlemeleri yavaşlattığı ve şirketlerin olası iflaslarına yol açtığı kanaatine vararak Sony'ye 13.5 milyon Euro tutarında idari para cezası vermiştir.

» ABD Adalet Bakanlığı'nın Activision Blizzard Hakkında Uzlaşma Talebi (2023)³⁶

ABD Adalet Bakanlığı (DoJ), Overwatch ve Call of Duty profesyonel e-spor liglerindeki oyuncular için rekabeti sınırlayan kurallar koyduğu ve Sherman Yasasını ihlal ederek bu liglerdeki e-spor oyuncularının ücretlerini baskıladığı gerekçesiyle Activision Blizzard Inc. hakkında bir rekabet davası açmıştır. DoJ tarafından, tüm işçiler gibi profesyonel e-spor oyuncularının da hizmetleri için rekabetten faydalanmayı hak ettiklerini ancak Activision'ın davranışının bunu engellediği belirtilmiştir. ABD Columbia Bölge Mahkemesi'nde açılan davada iddialar, Activision'ın sahibi olduğu iki e-spor liginde, Activision ve her bir ligdeki bağımsız takımlar "Rekabetçi Denge Vergisi" adı verilen bir vergi uyguladığı ve bu vergi ile bir takımın oyuncu ücretinin Activision tarafından belirlenen bir eşiği aşması halinde Overwatch ve Call of Duty Liglerindeki takımları cezalandırmak üzere yapılandırıldığı yönünde olmuştur. Bununla birlikte DoJ, rekabet endişelerini gidermek için bir uzlaşma kararı sunmuştur. Mahkeme tarafından onaylanması halinde, önerilen uzlaşma kararı Activision'ın profesyonel e-spor liglerinden herhangi birinde oyuncu ücretlerini doğrudan veya dolaylı olarak sınırlayacak veya oyuncuları için belirli bir ücret miktarını aştığı için herhangi bir takımı vergilendirecek, para cezasına çarptırılacak veya başka bir şekilde cezalandıracak herhangi bir kural koymasını engellemiş olacaktır.

» Activision Blizzard'ın Microsoft Tarafından Devralınmasına Yönelik İncelemeler (2023)

Avrupa Komisyonu Kararı³⁷:

Avrupa Komisyonu, Activision Blizzard'ın Microsoft tarafından devralınması işlemini, konsollar ve bilgisayarlar için video oyunlarının dağıtımını ve bilgisayar işletim sistemleri pazarlarındaki rekabet endişeleri nedeniyle nihai incelemeye aldığını duyurmuştu. Yaptığı ilk incelemenin ardından Komisyon, başvuru konusu işlem ile çoklu oyun abonelik hizmetleri ve/veya bulut oyun akış hizmetleri de dahil olmak üzere konsol ve bilgisayar oyunlarının dağıtımını ve PC işletim sistemleri pazarlarındaki rekabetin önemli ölçüde azalabileceğini tespit etmiş, ilaveten Activision Blizzard'ın

³⁶ ABD Adalet Bakanlığı'nın basın duyurusu için bkz. <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-files-lawsuit-and-proposed-consent-decree-prohibit-activision-blizzard>

³⁷ Avrupa Komisyonu kararı: 15.05.2023, M.10646 https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/202330/M_10646_9311516_7443_3.pdf

konsol ve bilgisayar oyunlarına diğer platformların erişimi açısından olası kısıtlamalara yönelik endişeleri olduğunu da belirtmişti. Komisyon'un nihai inceleme kararındaki bahsi geçen rekabet endişeleri aşağıdaki değerlendirmeler üzerine oluşmuştur:

- › Microsoft, Activision'ı devralmasıyla, rakiplerinin Activision'ın video oyunlarını kendi konsollarında tüketicilere sunmasını engellemek veya bu video oyunlarına erişimlerine veya kullanımlarına ilişkin hüküm ve koşulları dezavantajlı hale getirmek gibi yollarla Microsoft'a rakip olan konsol video oyunları distribütörlerine karşı pazar kapayıcı stratejiler oluşturma imkanının yanı sıra bu yönde ekonomik teşviğe de sahip olabileceği,
- › Çoklu oyun abonelik hizmetleri ve/veya bulut oyunu akış hizmetleri pazarında Microsoft'un Activision'ı devralmasıyla, bu tür hizmetleri sunan rakip konsol ve bilgisayar video oyunları dağıtıcılarının faaliyetlerini zorlaştıracak şekilde bu şirketlerin bilgisayar ve konsol oyunlarına erişimini engelleyebileceği.

Komisyon, Microsoft'un Activision'ın oyunları ile Microsoft'un sahibi olduğu Windows bulut oyun akışı yoluyla dağıtım hizmetlerini birleştirerek rakip bilgisayar işletim sistemi sağlayıcılarının Windows ile rekabet etme gücünü azaltabileceği endişesi ve bu tür olası stratejilerin bahsi geçen pazarlardaki rekabet ortamına zarar verebileceği gerekçesiyle başvuru konusu devralma işlemini nihai incelemeye aldığını duyurmuştu.

Yürütülen nihai inceleme sonucunda Avrupa Komisyonu, PC'ler, konsollar ve mobil cihazlar için oyunlar geliştirip yayımlama faaliyetinde bulunan Microsoft'un Activision Blizzard'ı devralma başvurusunu, Microsoft tarafından sunulan taahhütlere uyulması koşuluyla onaylamıştır. Komisyon'un nihai incelemesi sonucunda Microsoft'un rakip konsollara ve rakip çoklu oyun abonelik hizmetlerine zarar veremeyeceğine işaret eden bulgular belirtilmiş, diğer yandan Microsoft'un bulut oyun akışı hizmetleri aracılığıyla oyun dağıtımında rekabete zarar verebileceği ve PC işletim sistemleri pazarındaki konumunun güçleneceği ortaya konmuştur. Komisyon yürüttüğü nihai inceleme sonucunda, Microsoft'un Activision Blizzard'ı devralmasının ilgili pazarlardaki rekabete zarar verebileceği kanaatine ulaşmıştır.

Bu endişeleri gidermek adına Microsoft, Avrupa Ekonomik Alanı'ndaki tüketicilere ve bulut oyun yayın hizmeti sağlayıcılarına mevcut ve gelecekteki tüm Activision Blizzard PC ve konsol oyunlarını yayınlamak için ücretsiz bir lisans da dahil olmak üzere kapsamlı lisans taahhütleri sunmuştur. Bu kapsamda Microsoft, 10 yıllık bir süre için tüketicilere ve bulut hizmet sağlayıcılarına Activision Blizzard oyunları için ücretsiz lisans sağlamayı taahhüt etmiştir. Böylelikle işlem öncesinde herhangi bir bulut oyunculuğu hizmetinde yer almayan Activision Blizzard oyunlarına, ilgili oyunları indirerek oynayan tüketiciler ile

aynı şekilde bulut oyunculuğu hizmetleri üzerinden erişilebileceği, bu doğrultuda hem tüketicilerin Activision Blizzard oyunlarını bulut üzerinden oynayabileceği hem de bulut oyunculuğu hizmetlerinin Activision Blizzard oyunları sayesinde gelişeceği ifade edilmiştir.

Komisyon, bu taahhütler ile tespit edilen rekabet endişelerinin tamamen giderildiğini ve lisanslama taahhütlerinin, gelişmekte olan ve hızla büyüyen bir pazar olan bulut oyun yayın hizmetleri pazarında rekabeti teşvik edecek bir gelişmeyi temsil ettiğini ifade etmiş ve nihayetinde Activision Blizzard'ın Microsoft tarafından devralınması işlemine taahhütlere tam uyum şartıyla izin vermiştir.

CMA Kararı³⁸:

Avrupa Komisyonu'na benzer şekilde CMA, oyun konsolları, çoklu oyun abonelik hizmetleri ve oyun yayıncılığında rekabetin önemli ölçüde azalabileceğine yönelik rekabetçi endişelerini belirterek işlemi nihai incelemeye almış ve nihai inceleme sonucunda işleme izin vermiştir.

CMA, işlem tarafı Microsoft'un, Sony ve Nintendo ile birlikte son 20 yıldır oyun konsolları pazarına liderlik eden üç büyük şirketten biri olduğunu ve pazara girişlerin de oldukça sınırlı kaldığını belirtmiştir. Diğer yandan Activision, Blizzard, Call of Duty ve World of Warcraft gibi dünyanın en çok satan ve en çok tanınan oyun serilerinden bazılarını sahip teşebbüs olduğundan CMA, Microsoft'un Activision Blizzard'ı satın almasıyla, oyun sektörüne yeni girenler de dahil olmak üzere rakiplerinin Activision oyunlarına erişimini reddetmek veya çok daha kötü koşullarda erişim sağlamak suretiyle rekabet ortamına zarar verebileceğine yönelik endişelerini belirtmiştir.

CMA ayrıca Activision Blizzard'ı Microsoft'un daha geniş ekosistemiyle birleştirmenin potansiyel etkisine de dikkat çekmiştir. CMA, Microsoft'un halihazırda önde gelen bir oyun konsolu (Xbox), önde gelen bir bulut platformu (Azure) ve önde gelen PC işletim sistemi (Windows OS) olduğunu ve bunların tümünün bulut oyunlarındaki başarı için önemli olabileceğini vurgulamıştır. CMA ayrıca Microsoft'un Activision'ın oyunlarından ve Microsoft'un konsol, bulut ve PC işletim sistemlerindeki gücünden yararlanarak bulut oyun hizmetleri için yeni oluşan pazardaki rekabete zarar verebileceğinden endişe duyduğunu belirtmiştir.

CMA'nın bu endişelerini gidermek adına Microsoft, Avrupa Komisyonu'na verdiği taahhütler gibi CMA'ya da 10 yıl geçerli olacak şekilde; tüm Activision Blizzard oyunlarına rakip bulut oyunu platformlarından ve farklı mağazalardan alınan oyunların bulut oyunları platform-

38 Kararın basın duyurusu için bkz. <https://www.gov.uk/government/news/microsoft-concession-a-gamechanger-that-will-promote-competition>

larından erişilebilmesi için telif ücreti olmaksızın lisans verileceğini taahhüt etmiş ancak bu taahhüt CMA tarafından yeterli bulunmayarak işleme izin vermemiştir.

Bunun üzerine Microsoft, Activision'ın bulut oyun haklarının Microsoft yerine Ubisoft tarafından alınmasını önermiştir ve CMA, 2023 Ekim ayında Microsoft'un, bulut oyun hakları olmaksızın Activision Blizzard'ı devralmasını onayladığını açıklamıştır. CMA, onaylanan bu yeni anlaşmanın, Activision'ın önümüzdeki 15 yıl içinde ürettiği tüm PC ve konsol içeriğinin bulut yayın haklarını (AEA dışındaki), bu içeriğe erişim için yeni yollar sunma noktasında güçlü ve bağımsız bir rakibe devredilmesi anlamına geldiğini belirtmiştir.

CMA, bulut oyun haklarının Ubisoft'a devri ile, bulut oyun pazarındaki rekabetin sınırlandırılmasının engellendiğini ve Birleşik Krallık'taki bulut oyun müşterileri için rekabetçi fiyat ve hizmetlerin korunacağını, Ubisoft'un Activision'ın içeriğini çoklu oyun abonelik hizmetleri de dahil olmak üzere herhangi bir iş modeli altında sunmasına izin vereceğini ve son olarak bulut oyun sağlayıcılarının Activision içeriği için Windows dışı işletim sistemlerini kullanabilmelerini sağlayarak maliyetlerini azaltarak verimliliğini artıracığını ifade etmiştir.

Rekabet Kurulu Kararı³⁹:

Rekabet Kurulu, CMA ve Avrupa Komisyonu kararlarına paralel olarak Activision Blizzard Inc.'in tek kontrolünün Microsoft Corporation tarafından devralınması işlemine izin vermiştir. Kurul kararında Microsoft'un ana faaliyet alanları; verimlilik ve iş süreçleri çözümleri, akıllı bulut teknolojileri ve kişisel bilgi işlem olarak tespit edilmiş, dosya kapsamında önem arz eden oyun sektöründe ise Microsoft'un, Xbox oyun konsolları ile Surface serisi kişisel bilgisayarları tüketicilere sunduğu belirlenmiştir. Ayrıca Microsoft'un bilgisayar, oyun konsolu ve mobil cihazlar için hem Xbox Game Studios isimli 24 adet birinci taraf oyun geliştiriciden oluşan koleksiyonu aracılığıyla oyun geliştirdiği, yayımladığı ve dağıttığı; hem de ikinci ve üçüncü taraf oyun geliştiricileri tarafından geliştirilen oyunların da yayımını ve dağıtımını gerçekleştirdiği ifade edilmiştir. Diğer yandan Activision Blizzard'ın esas olarak oyun geliştirme, yayımlama ve dağıtım faaliyetlerini gerçekleştirdiği, özellikle bilgisayar ve konsol oyunlarına odaklanan Activision Blizzard'ın tam oyun satışları, oyun içi satışlar ve aboneliklerin yanı sıra dağıtım firmalarına yazılım lisans sağladığı belirtilmiştir.

Kurul kararında, dünyada rekabet otoriteleri tarafından başvuru konusu devralma işlemine ilişkin kararlara yer verilmiş olup akabinde üçüncü

³⁹ Rekabet Kurulu'nun 13.07.2023 tarih ve 23-31/592-202 sayılı kararı

tarafkların görüşlerine yer verilmiştir. Bu kararlar ve görüşler de göz önüne alınarak sektöre ilişkin bilgiler çerçevesinde ilgili ürün pazarlar (i) oyun geliştirme ve yayımlama, (ii) oyun dağıtımı, (iii) oyun oynama araçları (donanım oyunculuğu ve bulut oyunculuğu), (iv) lisanslı ürün satışı, (v) evrim içi görüntülü reklamcılık balıklar ve bunların alt kırımlar çerçevesinde değerlendirilmiş, ancak kesin bir ilgili ürün pazar tanımlaması yapılmamıştır. İlgili coğrafı pazar ise Türkiye olarak belirlenmiş, bununla birlikte oyun sektörünün küreselliği ve ülkeler arasında önemli değişimler olmaması göz önüne alınarak küresel pazarların da dikkate alındığı ifade edilmiştir.

Kurul yoğunlaşma analizi sonucunda tarafların ‘‘Oyun Geliştirme ve Yayım-lama’’, ‘‘Oyun Dağıtımı’’, ‘‘Lisanslı rn Satışı’’ ve ‘‘evrim içi Grn-tl Reklamcılık’’ pazarlar bakımından yatay, ‘‘Konsol Donanım ve Bulut Oyunculuğu’’ ile ‘‘Oyun Dağıtımı’’ pazarlar bakımından ise dikey olarak örtüştüğü tespitinde bulunmuştur. Bu kapsamda Kurul, yukarıda sırala-nan her bir etkilenen pazar çerçevesinde ayrı ayrı aşağıdaki değerlendir-melerde bulunmuştur. Yatay örtüşme bulunan pazarlar aşağıdaki Şekilde değerlendirilmiştir:

a. Oyun Geliştirme ve Yayım-lama Pazarına Yönelik Değerlendirme

Bir oyunun tasarlanması, programlanması ve test edilmesini ifade eden oyun geliştirme ve bu oyunun lisanslanması, pazarlanması ve dağıtımını ifade eden oyun yayımlama pazarına ilişkin olarak Kurul, ta-rafların toplam pazar paylarının işlem sonrası bakımından rekabet kar-ıtı endişelere mahal vermeyecek nitelikte olduğu ve yeterli dengeleyici gc olarak birçok rakibin bulunduğu değerlendirmesinde bulunmuştur.

b. Oyun Dağıtımı Pazarına Yönelik Değerlendirme

Kurul, tarafların fiziksel dağıtım kanalında faaliyetlerinin bulun-mamas sebebiyle dijital oyun dağıtımı pazarını temel almış, gerek Microsoft’un gerekse Activision’ın oyun dağıtımı pazarında faaliyet göstermesinden hareketle yatay örtüşme bulunduğunu ve tarafların, Tencent ve Valve (Steam) gibi oyun yayıncısı ve geliştiricisi teşebbüsler tarafından iletilen birçok diğer dijital vitrin ile ve diğer büyük eğlence Şirketleri de dahil olmak üzere çok sayıda teşebbüs ile rekabet içinde olduklarını tespit etmiştir.

Nihayetinde Kurul, işlem taraflarının olduğu sınırlı düzeyde pazar paylarının olması ve rekabetçi baskı kurabilecek konumda çok sayıda rakibin bulunması da dikkate alındığında, bildirim konusu işlemin, yatay rtmenin gerçekleştiği oyun dağıtımı pazarında hem tek taraflı etkiler hem de koordinasyon doğurucu etkiler bakımından rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak nitelikte

olmadığı kanaatine varmıştır.

c. Lisanslı Ürün Satışı Pazarına Yönelik Değerlendirme

Kurul, Microsoft'un kendi çevrim içi lisanslı ürün mağazası microsoft-merchandise.com aracılığıyla, Activision'in ise çevrim içi mağazası gear.blizzard.com aracılığıyla lisanslı ürün satışı pazarında faaliyet gösterdiğini, dolayısıyla yatay örtüşme bulunduğunu tespit etmiştir. Bununla birlikte Kurul, pazarda çok sayıda oyuncunun bulunması, yerleşik ve büyük rakiplerin var olması, tarafların toplam pazar paylarının oldukça düşük kalması ve birçok yeni oyuncunun varlığını sürdürmesi gibi hususları göz önüne alarak işlemin lisanslı ürün satışı pazarında rekabeti sınırlamayacağı kanaatine varmıştır.

d. Çevrim İçi Görüntülü Reklamcılık Pazarına Yönelik Değerlendirme

Kurul, Microsoft'un MSAN platformu, MSN, Outlook, Edge ve sınırlı ölçüde Xbox dahilinde gerçekleştirdiğini, Activision'in ise reklamcılık hizmetlerini ücretsiz olan bilgisayar ve mobil oyunlarda oyun içi reklamcılık yoluyla gerçekleştirdiğini ve özellikle King tarafından sunulan mobil oyunlarda çevrim içi görüntülü reklamcılık faaliyetleri yürüttüğünü, dolayısıyla pazarda yatay örtüşme meydana geldiğini tespit etmiştir. Ancak Kurul, Microsoft'un daha çok görüntülü reklamcılığa, Activision'in ise mobil oyunlarda oyun içi görüntülü reklamcılığa odaklandığını, bu kapsamda tarafların tekliflerinin ve sundukları ürünlerin birbirinden farklılaştığını değerlendirmiştir.

Yatay örtüşmenin bulunduğu yukarıdaki pazarlar bakımından Kurul, tarafların ilgili pazardaki payları toplamının %20'nin altında olması nedeniyle daha ayrıntılı bir analiz yapılmasına gerek olmadığı ve bahsi geçen pazarlar bakımından herhangi bir rekabetçi endişenin söz konusu olmayacağı kanaatine ulaşmıştır.

Yatay örtüşme bulunan pazarların yanı sıra Kurul, oyunların geliştirilmesi ve yayımlanması, konsol ve bilgisayar oyunlarının dijital dağıtımı, konsol donanımı ve bulut oyun hizmetleri pazarlarında dikey örtüşme meydana geldiğini tespit etmiş ve aşağıdaki değerlendirmelerde bulunmuştur:

i. Konsol Donanımı ve Konsol Oyunlarının Dijital Dağıtımı Pazarları Bakımından Değerlendirme

Kurul, taraflardan yalnızca Microsoft'un konsol donanımı pazarında faaliyet gösterdiğini, Activision'in ise bilgisayar, konsol ve mobil oyunlarının geliştirilmesi yayımlanması ve dağıtılması alanlarında faaliyet gösterdiğini, dolayısıyla dikey örtüşmenin meydana geldi-

ğini tespit etmiştir. Bununla birlikte Kurul, konsol donanımı pazarında tarafların pazar payları, Sony'nin lider konumu, Activision'un sahip olduğu ve oldukça önem arz eden CoD oyununun Xbox konsollarındaki yeri ve çapraz oynama özelliğinin önemini göz önüne alarak Microsoft'un girdi kısıtlaması yoluyla rakiplerine pazarı kapatmasının ekonomik açıdan anlamlı olmayacağı değerlendirmesinde bulunmuştur. İlaveten Microsoft'un, Sony ve Nintendo ile Activision oyunlarına ilişkin görüşmeler yapmasının, Activision oyunlarının rakip konsollara sağlanmasına yönelik Microsoft'un niyetinin bulunduğuna işaret ettiği değerlendirilmiştir. Bu kapsamda Kurul, işlem sonrasında birleşik teşebbüsün, rakip konsol sağlayıcılarından Sony'ye Activision oyunlarının erişimini engelleyerek pazarı kapatma imkânına ve bu yönde bir güdüye sahip olmayacağı kanaatine varmıştır.

Bununla birlikte Kurul, Xbox konsollarının pazar payının düşüklüğü ve rakiplerden Sony'nin gücünü dikkate alarak, Microsoft'un üst pazardaki rakiplerin alt pazardaki müşterilere erişimini kısıtlama imkânının olmadığı, ilaveten sınırlı pazar payları ve Microsoft'un büyük ölçüde üçüncü taraf oyun geliştiricilerinin oyunları aracılığıyla gelir elde ediyor olması nedeniyle müşteri kısıtlaması yönünde bir güdünün de olmayacağı değerlendirmesinde bulunmuştur.

ii. Bilgisayar Oyunlarının Dijital Dağıtım Pazarı Bakımından Değerlendirme

Kurul, Microsoft'un sahip olduğu düşük pazar payı, Tencent gibi güçlü rakiplerin varlığı ve pazarda çok sayıda oyuncunun bulunduğunu göz önüne alarak birleşik teşebbüsün sahipliğinde bulunan bilgisayar oyunlarının pazarda önemli bir girdi olarak nitelendirilemeyeceği, dolayısıyla Microsoft'un rakip bilgisayar oyunu dağıtıcılarına bilgisayar oyunu sağlamayı reddetme imkânının olmadığı kanaatine ulaşmıştır. Diğer yandan Microsoft'un kârlı bir şekilde girdi kısıtlaması yapabilecek pazar gücünden yoksun olduğu değerlendirilmiştir. Son olarak, Microsoft'un rakiplerinden olan Valve ile CoD oyununun Steam'de listelenmesi için görüşmeler yapması dikkate alınarak, girdi kısıtlaması yönünde bir güdüye sahip olmadığı değerlendirilmiştir.

Müşteri kısıtlaması bakımından ise Kurul, Microsoft'un düşük pazar payı, pazarda çok sayıda oyuncunun bulunması ve güçlü rakiplerin varlığı gibi unsurlar çerçevesinde Microsoft'un bilgisayar oyunlarının dijital dağıtım pazarında müşteri kısıtlaması yapma imkânına ve güdüsüne sahip olmayacağı değerlendirmesinde bulunmuştur.

iii. Bulut Oyun Hizmetleri Pazarı Bakımından Değerlendirme

Kurul, Microsoft bulut oyun hizmetleri sunarken Activision'ın oyun geliştirmekte ve bunları yayımlama faaliyetinde bulunduğu, dolayısıyla bulut oyun hizmetleri pazarında da dikey örtüşmenin meydana geldiğini tespit etmiştir. Ancak Kurul, Microsoft Türkiye'de bulut oyun hizmeti sunmaya başlasa dahi bulut oyun hizmetleri pazarındaki küresel pazar payı, pazarda birçok büyük ve güçlü oyuncunun bulunması gibi hususlar birlikte değerlendirildiğinde Microsoft'un girdi kısıtlaması yoluyla rakiplerine pazarı kapatmasının ekonomik açıdan mümkün olmayacağı değerlendirilmiştir.

Müşteri kısıtlaması açısından ise pazarın yeni gelişmekte olduğu, alt pazarda çok sayıda güçlü rakibin bulunduğu ve sahip olunan oyun içeriğinin ilgili pazarda rekabet edebilmek adına önem taşıdığı gibi hususlar birlikte değerlendirilerek Microsoft'un üst pazardaki rakiplerin alt pazardaki müşterilere erişimini kısıtlama imkânının olmadığı tespitinde bulunulmuştur.

Her bir pazar özelindeki değerlendirmelerinin akabinde Kurul, Microsoft tarafından Avrupa Komisyonu'na sunulan taahhütlerin Türkiye pazarları bakımından bağlayıcı olup olmadığını incelemiş ve ilgili taahhütlerin 10 yıl boyunca Türkiye'de de geçerli olacağını tespit etmiştir. Bu kapsamda, tarafların Türkiye'de faaliyetlerinin bulut oyun hizmetleri kapsamında örtüşmediği, küresel ölçekte ise tarafların bu pazardaki faaliyetleri bakımından çok sınırlı bir örtüşme ihtimalinin bulunduğu, tarafların Komisyon'a sunduğu taahhütler kapsamında pazarın rakiplere kapanmasına ilişkin endişelerin tamamen ortadan kalktığı, sunulan taahhütlerin Türkiye bakımından geçerli olduğu ve gelecekte pazara yeni girecek teşebbüsler bakımından da geçerli olacağı, bu kapsamda Microsoft'un hâlihazırda birçok teşebbüsle sözleşme yaptığı hususları nedeniyle ilgili işlemin pazarda tek taraflı etkiler kapsamında rekabet karşıtı bir endişe yaratmayacağı kanaatine ulaşılmıştır. Sonuç olarak Rekabet Kurulu, etkin rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmadığı kanaatine vararak işleme izin vermiştir.



SÜRDÜRÜLEBİLİRLİK

Sürdürülebilirlik, günümüzün en önemli küresel gündem maddelerinden biri olmuştur. İklim krizi, çevre kirliliği ve doğal kaynakların tükenmesi gibi sorunlar, sürdürülebilirliği daha da önemli hale getirmekte ve dünyanın daha kapsayıcı bir küresel ekonomiye olan ihtiyacı her geçen gün bir zorunluluğa evrilmektedir. 1987’de yayımlanan “Ortak Geleceğimiz” adlı Birleşmiş Milletler Raporu’nda¹ yer verilerek ön plana çıkan sürdürülebilirlik kavramı, gelecek kuşakların ihtiyaçlarını karşılama kapasitelerini korurken günümüz ihtiyaçlarına etkili bir şekilde yanıt verebilmeyi ifade etmektedir.² Bu çerçevede BM, 2015 yılında “2030 Sürdürülebilir Kalkınma Gündemi”ni³ duyurarak su, enerji, iklim, okyanuslar, şehirleşme, ulaşım, bilim ve teknoloji gibi geniş bir yelpazede yer alan 17 küresel sürdürülebilir kalkınma hedefini, tüm paydaşlar tarafından benimsenmesi için güçlü bir şekilde ortaya koymuştur. Aynı doğrultuda Avrupa Birliği ve OECD de belirlediği hedeflerde 2050’ye kadar net sera gazı emisyonunu sıfırlamayı, daha sürdürülebilir bir ekonomiyi ve oluşturulacak bu düzenin uygulanması sırasında herhangi bir topluluk veya alanın ayrımcılığa uğramamasını tesis etmeyi hedeflemiştir.⁴

Sürdürülebilir ekonomiye küresel geçiş yalnızca ekonomik fırsatlar sunmakla kalmayıp aynı zamanda iklim değişikliği ile mücadele bakımından da hayli önem taşımaktadır. Devletler ve küresel organizasyonlar çevreyi baz alan düzenlemeler, yaptırımlar ve teşvikler yoluyla sürdürülebilir ekonomi hedefine öncülük edecek olsa da bunlar tek başına yeterli olmayacaktır. Kamu tarafındaki çabalar yeterli gelmediği veya bu çabanın ötesine geçebilecek aksiyonlara ihtiyaç duyulduğu takdirde, piyasalardaki ticari bilgi birikimi, inovasyon kabiliyeti ve tüketim üzerindeki etki kullanılarak önemli katkılarda bulunulabilecektir. Bu kapsamda özel sektör içerisindeki firmaların bireysel aksiyonlarının yanında daha etkin ve geniş kapsamlı neticeler elde edilmesi için teşebbüsler arası işbirlikleri gündeme gelebilecektir.

¹ Brundtland Report: Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future, United Nations, 04.08.1987

² University of Alberta, Office of Sustainability, UAlberta’s Sustainability Plan

³ United Nations, Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, //sdgs.un.org/2030agenda

⁴ European Commission, A European Green Deal: Striving to be the first climate-neutral continent, https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en

Hukukun çeşitli alanlarında sürdürülebilirlik kavramı esas veya tali bir konu olarak gündeme gelmektedir. Rekabet hukuku ise, mal ve hizmet piyasalarında rekabetin korunması amacıyla oluşturulan kurallara dayanarak mal veya hizmet piyasalarında iktisadi faaliyet gösteren teşebbüslerin davranışlarını konu almaktadır ve bu doğrultuda rekabet hukukunun, çeşitli araçları kullanarak “toplumsal refahın tesisini” amaçladığı kabul edilmektedir.⁵

İşte bu noktada rekabet hukuku ve sürdürülebilirlik ilişkisi karşımıza çıkmaktadır. Sürdürülebilirliğin, rekabetçi piyasaların işleyişi bakımından kaynakların daha verimli kullanılmasına ve çevresel etkilerin azaltılmasına katkıda bulunacağından bahsedilebilecektir. Aynı zamanda rekabetçi piyasa ortamı tesis edilirken çevresel etkilerin de göz önünde bulundurulduğu bir rekabet politikası ile sürdürülebilirlik hedeflerine ulaşılmasına katkı sağlanabilecektir.⁶ Rekabet hukuku ile sürdürülebilirlik; etkin kaynak tahsisi, ürün kalitesinin korunması, teknolojik ilerleme ve inovasyonun teşvik edilmesi konularındaki işbirliklerini desteklemek suretiyle sürdürülebilir rekabeti tesis edebilmek bakımından ortak bir noktada buluşabilecektir. Bu amaca hizmet etme konusunda yeşil teknoloji-deki teknik gelişmeyi yavaşlatan karteller, daha sürdürülebilir rakiplerin pazara girmesini veya eşit şartlarda rekabet etmesini engelleyen dışlayıcı davranışlar veya yeşil inovasyonun azalmasına yol açabilecek birleşmeler gibi sürdürülebilir rekabetçi piyasa ortamına zarar veren rekabeti kısıtlayıcı ihlallere rekabet otoriteleri, hukukun kendilerine verdiği yetkilerle müdahale edebilecektir.⁷

Öte yandan sürdürülebilirlik ile rekabet hukuku arasında çatışma noktalarının da olduğundan söz edilebilecektir. Zira sürdürülebilirlik amacıyla oluşturulmuş izlenimi verilen işbirliklerinin (“greenwashing”), esasında rekabet hukuku bağlamında bir kartel kabul edilerek cezalandırılması gündeme gelebilecektir. Yine sürdürülebilirlik saikiyle ortaya çıkan birtakım işbirlikleri, bu işbirliklerinin rekabetçi piyasa ortamında meydana getireceği pozitif etkilerin sebep olacağı negatif yansımalarla kıyaslandığında kabul edilebilir noktada olmadığı durumlarda, her ne kadar sürdürülebilirlik başlığı altında da olsa yasaklanabilecektir.

Sürdürülebilirlik hedeflerinin uygulanmasında rekabet hukukunun etkisi ve uluslararası organizasyonların bu konudaki yaklaşımını araştırmak amacıyla hazırlanan UNCTAD Raporu’na⁸ göre rekabet otoritelerinin bu amaç doğrultusunda önemli bir rol oynayacağı kabul edilmektedir. Öyle ki, rekabet politikasının ekonomik, sosyal ve çevresel koşullara uygun bir şekilde tasarlanması ve etkili bir şekilde uygulanması durumunda sürdürülebilir, kapsayıcı büyüme ve kalkınmanın diğer

⁵ Rekabet Hukukunun Esasları, <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Rekabet-savunuculugu/rekabet-hukuku/rekabet-hukukunun-esaslari>

⁶ OECD Environmental Considerations in Competition Enforcement, December 2021

⁷ Competition Policy and Sustainable Development, APEC Competition Policy and Law Group, Post-Workshop Report, July 2023, https://www.apec.org/docs/default-source/publications/2023/7/223_ec_competition-policy-and-sustainable-development.pdf?sfvrsn=cfd2c2f9_2#:~:text=Competition%20law%20and%20sustainable%20development,%20sustainability%20related%20business%20practices.

⁸ United Nations Conference on Trade and Development, *The role of competition policy in promoting sustainable and inclusive growth*, 27.04.2015

kamu politikalarını tamamlayan bir nitelik taşıması beklenmektedir. Yine rekabet hukuku-sürdürülebilirlik bağlamında OECD'nin tespitlerine göre, teşebbüslerin bireysel ve toplu girişimlerinin temel rolü göz önüne alındığında, rekabet politikasının çevresel hedeflere ulaşmak için gerekli teknolojik atılımlara katkıda bulunacak ve sermayenin etkili bir şekilde tahsis edilmesini sağlayacak kilit bir rolünden bahsetmek mümkün olacaktır.⁹ OECD, rekabet otoritelerinin geleneksel enstrümanlarını kullanırken çevresel etkilerin rekabet analizine dahil edilmesinde çeşitli zorluklar yaşayabileceklerine işaret etmektedir. Buna göre, rekabet otoritelerinin karşılaştıkları süreçlerde çevresel etki analizlerini, bireysel ya da kamu yararı bakımından fayda analizlerini, çevresel fayda-diğer faydalar dengesini veya çevresel etkilerin gelecek projeksiyonunu nasıl değerlendireceği gibi hususlar bakımından zorluklarla karşı karşıya kalabileceği belirtilmiştir.

Rekabet hukuku ya da daha tanımlayıcı bir kavramsallaştırmayla rekabetin korunması hukuku ile sürdürülebilirlik arasındaki ilişkide temel sorun, sürdürülebilirliğin korunması amacıyla alınacak aksiyonlar ile rekabetin korunması hukukunun gereksinimleri arasındaki çatışma potansiyelidir. Rekabet hukukunda son dönemde gelişen ya da inşa edilen yaklaşım, bu çatışmanın yönetilebilmesi amacıyla dönüktür. Bu doğrultuda bir yandan rekabet hukuku uygulamasının piyasalarda sürdürülebilirlik adına alınan aksiyonlara engel olmaması ve dahası bu konuda otoriteler eliyle teşvik edici bir motivasyon yaratılması hedeflenirken, diğer yandan piyasalardaki anti-rekabetçi uygulamalara sürdürülebilirlik şemsiyesi altında bir koruma yaratılmaması adına çeşitli yaklaşımlar geliştirilmektedir.

Sürdürülebilirlik-Rekabet Hukuku Ekseninde 2023 Yılı

Sürdürülebilirlik kavramı ve bilinci her geçen gün etki alanını genişletmekte ve daha çok gündeme gelmektedir. Bu bağlamda 2023 yılında da “sürdürülebilirlik” merkezli gelişmeler yaşanmış ve nispeten hareketli bir yıl olmuştur.

Bilindiği üzere 2023 yılında AB rekabet hukuku uygulaması bakımından gerçekleşen önemli gelişmelerden birisi Avrupa Komisyonu'nun Yatay İş Birliği Anlaşmaları Grup Muafiyeti Tebliği (Horizontal Block Exemption Regulations “HBER”) ve Yatay Kılavuz'un (Horizontal Guideline)¹⁰ 01 Haziran 2023 tarihinde Avrupa Komisyonu tarafından kabul edilmesi olmuştur. Söz konusu düzenleme belirli yatay işbirliği anlaşmaları kategorileri için bir “güvenli liman” oluşturmaktadır. Kılavuz ise bu güvenli liman kapsamında çeşitli işbirliği biçimlerinin rekabet hukukuna uygunluğunu değerlendirmek üzere teşebbüslere rehberlik sağlamaktadır. Sürdürülebilirlik anlaşmaları, yalnızca rekabetin amaç bakımından kısıtlanması şeklinde ciddi kısıtlamalar içermeleri veya TFEU¹¹ Madde 101(1)'e aykırı olarak rekabet üzerinde kayda değer olumsuz etkiler yaratmaları halinde Madde

9 OECD (2021), *Environmental considerations in competition enforcement*, OECD Competition Committee Discussion Paper, <https://www.oecd.org/daf/competition/environmental-considerations-in-competition-enforcement.htm>

10 Avrupa Komisyonu, 01.06.2023, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_2990

11 *Treaty on the Functioning of the European Union*

101(1) kapsamında rekabet endişelerine yol açmaktadır. Sürdürülebilirlik anlaşmaları, Madde 101(1)'i ihlal ettiğinde, bu hükmün dört koşulunun karşılanması halinde, Madde 101(3) kapsamında yine de gerekçelendirilebilmektedir.

Bu noktada önemli ve dikkat çekici olan husus yukarıda sözünü ettiğimiz son düzenlemeler ile birlikte İlgili Kılavuz'a sürdürülebilirlik anlaşmalarını kapsayan yeni bir bölüm eklenmiş olmasıdır. Bu bölümde rekabet kısıtlamaları veya rekabet üzerinde kayda değer fiili veya muhtemel olumsuzluklara yol açılması durumları hariç olacak şekilde, rekabet hukuku kurallarının rakipler arasında sürdürülebilirlik amacı güden anlaşmalara engel teşkil etmediği açıklığa kavuşturulmuş ve bu konuda rehber niteliğinde bir içeriğe yer verilmiştir. Tebliğ'de, belirli koşulları karşılayan sürdürülebilirlik standardizasyon anlaşmaları için bir güvenli liman sağlanmıştır. Sürdürülebilirlik anlaşmalarının rekabet hukuku bağlamında değerlendirilmesi açısından dikkate alınabilecek fayda türleri tanımlanmış ve bir sürdürülebilirlik anlaşmasının rekabet hukuku yaptırımlarından nasıl muaf tutulabileceği de açıklığa kavuşturulmuştur.

AB tarafındaki bir diğer gelişme de Avrupa Komisyonu'nun 07 Aralık 2023 tarihinde, yakın zamanda reforme edilen Ortak Tarım Politikası ("Common Agricultural Policy") ile AB rekabet kurallarına getirilen istisna düzenlemesine ilişkin teşebbüslerin ortak sürdürülebilirlik girişimlerini nasıl tasarlayabileceklerine yönelik Kılavuz İlkelerini¹² kabul etmesi olmuştur. Tarım ürünleri piyasalarının ortak bir şekilde düzenlenmesini öngören 1308/2013 sayılı Tüzük¹³ kapsamında, tarım sektöründeki bazı rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar, zorunlu AB veya ulusal kuralların ötesine geçen sürdürülebilirlik standartlarına ulaşmak için vazgeçilmez olduğu durumlarda rekabet hukuku yaptırımlarından muaf tutulmuştur.

Bahse konu Kılavuz özellikle; (i) istisnanın kapsamının tanımlanması, (ii) uygun sürdürülebilirlik hedeflerinin tanımlanması, (iii) sürdürülebilirlik standartları için gerekliliklerin belirlenmesi, (iv) sürdürülebilirlik anlaşmalarının, sürdürülebilirlik standardına ulaşmak için vazgeçilmez olması koşulunun detaylandırılması ve (v) rekabet otoriteleri tarafından yapılacak ex-post müdahalenin kapsamının tanımlanması hususlarını düzenlemektedir. Bu bağlamda spesifik olarak tarım sektörüne yönelik sürdürülebilirlik-rekabet hukuku düzenlemesinin hayata geçirilmesi bakımından bu Kılavuz 2023 yılının sonunda gerçekleşen dikkat çekici bir gelişme olmuştur.

Birleşik Krallık da yakın dönemde sürdürülebilirlik eksenindeki rekabet hukuku gelişmelerine ev sahipliği yapmıştır. Bilindiği üzere 2021 yılında Birleşik Krallık Rekabet ve Piyasa Otoritesi (CMA), "Çevresel Sürdürülebilirlik Anlaşmalarına

¹² Avrupa Komisyonu, 07.12.2023, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_6370

¹³ Avrupa Komisyonu, "Regulation 1308/2013 establishing a common organisation of the markets in agricultural products (CMO Regulation)", <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32013R1308>

İlişkin Kılavuz”u yayımlayarak sürdürülebilirlik anlaşmalarını, mevcut rekabet kuralları bakımından “iklim değişikliğiyle mücadele gibi sürdürülebilirlik hedeflerine ulaşılması için işletmeler arasındaki işbirliği anlaşmaları” şeklinde tanımlayarak kapsamı yalnızca çevresel sürdürülebilirlikle sınırlı tutarak konumlandırmış ve yorumlamıştır.¹⁴ Anılan Kılavuz çerçevesinde uygulama devam ederken CMA 12 Ekim 2023 tarihinde, yeni “Yeşil Anlaşmalar Kılavuzu”nu yayımlamıştır.¹⁵ Yeşil Anlaşmalar Kılavuzu, “Chapter I - Prohibition in the Competition Act 1998” düzenlemesinin rakipler arasındaki çevresel sürdürülebilirlik anlaşmalarına uygulanması konusunda şirketlere açıklık sağlamak üzere tasarlanmıştır. Ocak 2021’de yayımlanan bir önceki kılavuzun aksine, Yeşil Anlaşmalar Kılavuzu belirli sürdürülebilirlik anlaşması türlerine yönelik daha esnek bir yaklaşım sunmaktadır. Kılavuz, önceki rehberi genişleterek içerdiği yeni örneklerle sınırları daha belirli bir yaklaşım sergilemektedir. Bu kapsamda Kılavuzda piyasadaki rekabetle ilgili olmayan ya da rekabet üzerinde kayda değer bir etkiye sahip olmadığı düşünülen dokuz tür “yeşil anlaşma” listelenmiştir, bunlar:

- » Tarafların etkilenen pazarda çok küçük bir toplam pazar payına sahip olduğu ve anlaşmanın amaç itibarıyla rekabeti kısıtlamadığı “kayda değer nitelikte olmayan” (“non-appreciable”) anlaşmalar,
- » Fiyat, miktar, kalite veya yenilik gibi rekabetin ana parametrelerini etkilemeyen anlaşmalar,
- » Taraflardan hiçbirinin teknik yeterliliğe sahip olmadıkları için veya ilgili riskin ya da gerekli yatırım seviyesi nedeniyle tek başına gerçekleştirilemeyeceği bir hususu ortaklaşa meydana getirmek için yapılan anlaşmalar,
- » Teşviklerin ötesinde yasal bir gerekliliğe uymak gibi nedenlerle ortaya çıkan rakipler arasında işbirliği anlaşmaları,
- » Tarafların belirli tedarikçilerden alım yapmasını (veya yapmamasını) gerektirmemesi ve tarafların bu tedarikçilerden satın alınan fiyatlar veya miktarlar hakkında rekabet açısından hassas bilgileri paylaşılmaması koşuluyla, tedarikçilerin çevresel sürdürülebilirlik referansları hakkında objektif ve kanıtla dayalı bilgileri bir araya getirmeye veya bu konuda bir derecelendirme sağlamaya yönelik anlaşmalar,
- » Bir dizi koşula dayalı olarak bir standardın oluşturulması ve uygulanmasına ilişkin, endüstri standartlarının oluşturulması anlaşmaları,
- » Tüketiciler için fiyatlarda kayda değer bir artışa veya kalite ya da seçeneklerde kayda değer bir azalmaya yol açmaması koşuluyla, sürdürülebilir olmayan ürün veya süreçlerin aşamalı olarak kaldırılması veya geri çekilmesine ilişkin anlaşmalar,
- » Katılımcı işletmelerin kendi katkılarını ve hedeflerine ulaşma veya

¹⁴ Competition & Markets Authority, *Guidance: Environmental Sustainability Agreements and Competition Law*, 27.01.2021

¹⁵ Competition & Markets Authority, *Green Agreements Guidance: Guidance on the application of the Chapter I prohibition in the Competition Act 1998 to environmental sustainability agreements*, 12.10.2023

- bunların ötesine geçme şeklini belirlemede bağımsız kalmaları koşuluyla, bir sektör genelinde çevresel hedeflere yönelik anlaşmalar,
- » Çevresel sürdürülebilirliği gözeten kurumsal politikaların desteklenmesi için hissedarlar arasında gerçekleştirilen oy kullanma anlaşmaları.

Yeşil anlaşmaların muafiyetten yararlanabilmesi için, tarafların yeşil anlaşmaların belirli yararlar sağladığını, üretimi veya dağıtımını iyileştirdiğini veya teknik veya ekonomik ilerlemeyi teşvik ettiğini göstermesi ve anlaşmanın içerdiği rekabet kısıtlamalarının bu yararların elde edilmesinde vazgeçilmez olması gerekmektedir. Bunun dışında kılavuza göre sürdürülebilirlik amacı taşıyan bir yeşil anlaşmadan bahsedilebilmesi için “tüketici faydası”nın ortaya çıkması beklenmektedir. Tüketiciler için ortaya çıkacak yararların objektif, somut, doğrulanabilir olması gerekmektedir olup; tüketici faydasının belirlenmesine ilişkin “tüketiciye adil pay” koşulunu, anlaşmadan etkilenen pazar içindeki ve diğer pazarlardaki tüketicilerin yararlarının toplamını dikkate alarak değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmaktadır.

Özetle, CMA'nın “Yeşil Anlaşmalar Kılavuzu”, sürdürülebilirliği teşvik ederken, bu yönde işbirliği yapmayı düşünen teşebbüslere çevresel amaçlar da dahil olmak üzere tek başına “iyi niyet”lerin aykırılıklara yönelik savunma olamayacağı ve bu tür işbirlikleri kapsamında mevcut/potansiyel rakiplerle rekabete hassas bilgi değişiminden kaçınılması gerektiği gibi birtakım hatırlatmaları da içeren, daha fazla netlik sağlamayı amaçlayan bir kılavuz olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hollanda da 2023 yılında sürdürülebilirlik ekseninde kayda değer gelişmelerin yaşandığı ülkelerden olmuştur. Hollanda'da diğer ülkelerde yaşanan gelişmelerde olduğu gibi bir kılavuz yayımlanmasının yanı sıra, özellikle atık yönetimi çerçevesinde kararlar da karşımıza çıkmaktadır. İlk olarak Hollanda rekabet otoritesi (“ACM”) 23 Mayıs 2023 tarihinde, Amsterdam merkezli atık yönetimi şirketi Afval en Energiebedrijf'in (AEB) rakibi Afvalverwerking Rijnmond (AVR) tarafından devralınması işlemine; AVR'nin çok güçlü bir pazar payına ulaşacağı ve bu durumun evsel atıklar ile düşük seviyeli tehlikeli atıkların işleme maliyetlerini artıracakı gerekçesiyle izin vermemiştir.¹⁶ 2021 yılında Amsterdam Belediyesi'nin AEB'yi özelleştirmeye karar vermesi ile başlayan süreçte, ihalenin kazananı AVR olmuş ve söz konusu devralma işlemi için ACM'ye başvurmuştur. Bildirim üzerine ACM tarafından yapılan çeşitli ekonomik analizler sonucunda, Hollanda'da atıkları büyük ölçekte işleyebilen çok az sayıda oyuncu olduğu, devralma işleminin gerçekleşmesi halinde Hollanda'nın güneyinde kalan birçok belediye için AVR/AEB'nin atık yakma tesisleri uzakta kalacağından atık işleme için maliyetlerin yükseleceği ve bu maliyetlerin belediyeler tarafından sakinlerine yansıtılacağı değerlendirmelerinde bulunulmuştur. Bunun yanı sıra devralma sonrası ortaya çıkacak olan teşebbüsün pazar payının %80'lere ulaşacağı ve

¹⁶ Authority for Consumers and Markets (“ACM”), 23.05.2023, <https://www.acm.nl/en/publications/acm-blocks-acquisition-waste-management-company-aeb-rival-company-avr>

işleme kapasitesinin en yakın rakibinin iki katına ulaşacağı ifade edilirken; devralma işleminin AVR tarafından iddia edildiği gibi atık işlemeyi daha sürdürülebilir hale getirme çabalarını hızlandırmayacağı, ayrıştırma tesisleri veya CO2 yakalama gibi sürdürülebilirlik önlemlerinin zaten uygulanması gerektiği ve sürdürülebilirlik hedeflerine gerek duyulduğunda oyuncular arasında gerçekleşebilecek çeşitli işbirlikleri yoluyla halihazırda ulaşılabileceği değerlendirmelerinde bulunulmuş ve işleme izin verilmiştir. Bu karar birleşme ve devralma işlemlerine yönelik rekabet hukuku uygulamalarında sürdürülebilirlik eksenli savunmaların nasıl bir zeminde değerlendirilebileceğine dair dikkat çekici bir karardır.

Yine ACM 13 Haziran 2023 tarihinde, sürdürülebilirlik beyanlarına ilişkin genel kurallar ve pratik örnekler barındıran “Sürdürülebilirlik Beyanlarına İlişkin Kılavuz”u güncellemiştir.¹⁷ Kılavuz, teşebbüslerin sürdürülebilirlik beyanlarını doğru şekilde oluşturmalarına yardımcı olmayı amaçlayan beş belirli kural içermektedir. Kılavuz’a göre teşebbüslerin;

- › Sürdürülebilirlik beyanlarını doğru, açık, detaylı ve kapsamlı şekilde kaleme almak,
- › Sürdürülebilirlik beyanlarını verilerle desteklemek ve güncel tutmak,
- › Rakip ürünler veya diğer markalarla doğru karşılaştırmalar yapmak,
- › Görsel içeren beyanların ve etiketlerin tüketicilerin kafasını karıştırmak yerine onları doğru yönlendirdiğinden emin olmak,
- › Gelecekteki sürdürülebilirlik hedeflerini açıkça belirtmek,

zorunda olduğu ifade edilmiştir.

Son olarak, ACM 04 Ekim 2023 tarihinde, “Sürdürülebilirlik Anlaşmalarını Denetlemesi” başlıklı yeni politika kuralını duyurmuştur. Yeni politika kuralı, işletmelerin sürdürülebilirlik hedeflerine ulaşmak için işbirliği yapabileceklerini ve rekabet kurallarının, sürdürülebilir bir topluma katkı sağlayan anlaşmaların önünde engel teşkil etmeyecek şekilde uygulanmasına yönelik yaklaşımını ortaya koymuştur.¹⁸ Buna göre, teşebbüslerin sürdürülebilirlik hedeflerini karşılamak için belirli şartların sağlanması halinde rekabet kurallarını ihlal etmeden birlikte çalışabileceklerini belirtiyor. Politika kuralı ile birlikte özetle: teşebbüslerin ortaklaşa bir şekilde tam olarak uygulanamayan bağlayıcı bir ulusal veya AB sürdürülebilirlik kurallarına uymayı kabul edebilecekleri ve tüketicilere kayda değer ve objektif bir fayda sağ-

¹⁷ Authority for Consumers and Markets (“ACM”), 13.06.2023, <https://www.acm.nl/en/publications/guidelines-regarding-sustainability-claims>

¹⁸ Authority for Consumers and Markets (“ACM”), 04.10.2023, “ACM’s oversight of sustainability agreements”, <https://www.acm.nl/system/files/documents/Beleidsregel%20Toezicht%20ACM%20op%20duurzaamheidsafspraken%20ENG.pdf>

lanması halinde (CO2 emisyonlarının azaltılması gibi) çevresel hedeflere etkin bir şekilde ulaşmak konusunda anlaşabilecekleri ifade edilmiştir. Söz konusu politika kuralı, Avrupa Komisyonu'nun Yatay İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin Kılavuz'da açıkladığı sürdürülebilirlik anlaşmalarına ilişkin ilkelere uygun olarak hazırlanmıştır. Bu konuda dikkat çekici bir başka gelişme ise ACM'nin, söz konusu politika kuralını ilk kez, atık toplayıcılarının geri dönüşümü teşvik etmek amacıyla işbirliği yapmalarına yönelik anlaşmaya uygulamış olmasıdır.¹⁹ Buna göre ticari atık toplayıcılarının, haftada en az 240 litre ticari atık teslim edebilen kurumsal işletmelere yönelik en az iki ayrıştırılmış atık akışı sunmak için anlaşma yapabilmelerine ACM tarafından politika kuralı çerçevesinde onay verilmiştir. ACM tarafından, bu planın atık toplayıcılarına yönelik yasal atık ayrıştırma yükümlülüğü ile uyumlu olması ve sürdürülebilir atık yönetimine katkı sağlaması, atıkların kaynağında ayrıştırılması, sürdürülebilir ekonomiyi desteklemesi, hammadde israfını önlemesi ve daha az atığın yakılmasını sağlaması nedeniyle söz konusu politika kuralı çerçevesinde olduğu değerlendirilmiştir. Bu karar esasında duyurulan politika kurallarının uygulamaya nasıl yansıtılacağını gösteren somut örnek niteliğinde bir gelişme olması nedeniyle önem taşımaktadır.

2023 yılına ait önemli kabul edilebilecek ve değineceğimiz son gelişme ise Alman rekabet otoritesi Bundeskartellamt'ın 13 Haziran 2023 tarihinde, Alman Sürdürülebilir Kakao Girişimi (Kakaoforum) ile ilgili yürüttüğü inceleme sonucunda detaylı bir soruşturmaya gerek olmadığına karar vermiş olmasıdır.²⁰ Kakaoforum, kamu otoriteleri, kakao ve çikolata endüstrisi şirketleri, Alman perakende market ticaretinin önde gelen oyuncularını ve uluslararası STK'lar arasındaki sektörel işbirliğini hedefleyerek ve üyelerini, üreticiler için adil, kişiselleştirilmiş asgari fiyatlar ile kotalar ve prim sistemlerini gönüllü olarak taahhüt etmeye teşvik ederek kakao çiftçilerini desteklemeyi amaçlayan bir girişimdir.

Bundeskartellamt yaptığı incelemede, Kakaoforum'un sabit primler değil kalkınma yardımı araştırması yoluyla oluşturulan referans fiyatları kullandığını ve her üyenin asgari fiyatlar, kotalar ve primler gibi bireysel taahhütlerini kendi planlarıyla toplu bir biçimde açıklaması gerektiğini tespit etmiştir. Bundeskartellamt, girişimin üyeleri tarafından sunulan tüm taahhütlerin gönüllülük esasına dayanmasını ve bu taahhütlerin yerine getirilmemesi halinde herhangi bir yaptırım mekanizmasının bulunmamasını olumlu bir etken olarak değerlendirmiştir. Ayrıca Bundeskartellamt, bireysel taahhütlerin anonim ve bölgesel bilgilerle yayınlanmakta olduğunu ve bu taahhütlerin değer zinciri ve nihai çikolata ürünleri boyunca toplam fiyat oluşumunun nispeten küçük bir bölümünü temsil ettiğini tespit etmiştir. Bu bulgulara dayanarak Bundeskartellamt, Kakaoforum ile ilgili ayrıntılı bir soruşturmaya gerek olmadığına karar vermiştir.

¹⁹ Authority for Consumers and Markets ("ACM"), 04.10.2023, <https://www.acm.nl/en/publications/acm-positive-about-collaboration-waste-collectors-stimulate-recycling>

²⁰ Bundeskartellamt, 13.06.2023, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2023/13_06_2023_Kakaoforum.html

Özetle Avrupa Kıtasındaki devletlerde sürdürülebilirlik anlaşmalarına yönelik rekabet hukuku bağlamındaki yaklaşımlar birbirine yakınsamaktadır. Buna göre rakipler arasındaki anlaşmalara yönelik olarak rekabet hukuku uygulamasının halihazırda uygulanan kurallarından büyük farklılıklar söz konusu olmamakta; sürdürülebilirlik anlaşması sonucunda ortaya çıkan durumda rekabet tamamen kısıtlanmıyor, rekabetteki kısıtlamaya kıyasla daha fazla çevresel fayda tüketiciye sunuluyorsa bu anlaşmaların rekabet hukukuna aykırı olmayacağı yaklaşımı ön plana çıkmaktadır. Bu çerçevede daha geniş bir fayda analizi yapılması gerektiği yaklaşımı önem kazanmakta olup fayda analizi değerlendirmesinde bireysel kullanıma bağlı olan değer, bireysel kullanıma bağlı olmayan değer ve kolektif fayda unsurlarının dikkate alınacağı ortaya konulmaktadır. Sürdürülebilirlik anlaşması altında ağır kısıtlamalar konusunda muafiyetin söz konusu olamayacağı ve şirketlerin çevreci politikaları kötüye kullanarak bir “greenwashing” durumunun ortaya çıkmasının önüne geçilmesi gerektiği yaklaşımı bu çalışmaların başladığı ilk andan itibaren ortak bir vurgu olarak kabul edilebilecektir.



ENERJİ

Elektrik ve Elektrikli Şarj İstasyonları

Bu çalışma kapsamında elektrik ve elektrikli araç şarj istasyonları piyasalarının rekabet hukuku açısından görünümleri ve 2023 yılı içerisindeki güncel gelişmeler incelenecektir.

1. Elektrik Piyasası

Ülkemizde elektrik piyasasında serbestleşme sürecinin 2001 yılından bu yana devam ettiği görülmektedir. Esasen 1980'ler, 1990'lar ve 2000'li yılların başında atılan çeşitli adımlar bulunsa da rekabetçi bir elektrik piyasasının oluşturulması hedefine yönelik temel mevzuat değişikliği 2001 yılında yürürlüğe giren 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'dur. Bu kanunla birlikte elektrik piyasasındaki bütünleşik yapı ayrıştırmaya tabi tutulmuş ve akabinde belirli bir takvim dahilinde; dağıtım özelleştirmeleri gerçekleştirilmiştir. Özelleştirmelerle eş zamanlı olarak serbest perakende ve toptan satış piyasalarının temelleri atılmıştır. 4628 sayılı Kanun'un yerine 2013 yılında yürürlüğe giren 6446 sayılı Kanun'la birlikte serbestleşme süreci ivme kazanmıştır. 6446 sayılı Kanun; organize toptan elektrik piyasaları, enerji borsası ve piyasa işletmecisi EPIAŞ'ın oluşumunun temel yasal dayanağını oluşturmaktadır. Böylelikle serbestleşme sürecinde büyük önem atfedilen gün öncesi ve gün içi piyasalar ile dengeleme güç piyasası, yan hizmetler piyasası ve türev piyasalarının işlevsel hale getirilmesinin önü açılmıştır.

Elektrik piyasasının özelleştirme ve serbestleşme serüveninde Rekabet Kurumu'nun bu piyasaya temas ettiği çok sayıda süreç yaşanmıştır. Kurumun elektrik piyasasına ilişkin almış olduğu önem arz eden kararlar şu şekilde sıralanabilir:

- » Rekabet Kurumu 1998 yılında TEDAŞ özelleştirmelerine ilişkin kararında¹, TEDAŞ bünyesinde bulunan 17 adet elektrik dağıtım bölgesinin özelleştirmesine ilişkin olarak; dağıtım ve ticari faaliyetlerin birbirinden ayrı olarak ele alınması, eşit durumdaki alıcılara ayrımcı davranılmaması, bölgesel münhasırlıkların kaldırılması, tüketicilere tedarikçilerini seçme serbestisi getirilmesi gerektiği yönünde görüş oluşturmuştur. Rekabet Kurumu'nun bu görüşü, ilerleyen süreçte

¹ Rekabet Kurulu kararı, 19.10.1998, 87/693-138.

oluşturulan özelleştirme ve serbestleşme politikalarına etki etmiş ve 4628 sayılı Kanun'da yer bulmuştur. Ayrıca 2005 yılında, bu defa 21 dağıtım bölgesinin özelleştirilmesi için oluşturulan TEDAŞ görüşünde² bu yaklaşım büyük ölçüde sürdürülmüştür.

- » 2003 yılında alınmış olan ÇEAŞ kararında³, Çukurova bölgesindeki dağıtım ve iletim faaliyetlerini yürüten ÇEAŞ'ın, bölgesindeki rakip elektrik üretim şirketlerinin şebekeye erişimini engellediği tespit edilmiş ve teşebbüse idari para cezası verilmiştir. EPDK'nın henüz kurumsallaşmadığı dönemde alınan bu karar, elektriğin nakli faaliyetlerinin rekabet hukuku kapsamında zorunlu unsur olarak değerlendirilmesi ve bu konunun Rekabet Kurumu müdahalesine konu olması bakımından önem arz etmektedir.
- » Rekabet Kurumu 2008-2013 yılları arasında gerçekleşen dağıtım özelleştirmesi işlemlerine izin vermiştir. İzin kararlarında dağıtım şirketlerinden ayrışarak kurulacak perakende satış şirketlerinin serbestleşmenin ilerleyen dönemlerinde birbirilerinin en güçlü rakibi olacağı değerlendirilerek bu pazarda oluşacak %30 üzeri pazar payı hâkim durum sayılmıştır.
- » Özelleştirmelerin tamamlandığı 2013 yılında Rekabet Kurumu, bir kısım dağıtım ve görevli tedarik şirketlerinin hâkim durumlarını kötüye kullanmaları iddialarına yönelik önaraştırmalar yürütmüştür⁴. İhlal niteliğinde olduğu değerlendirilen çeşitli tespitlere karşın Rekabet Kurulu, serbestleşme sürecinin ilk aşamalarında bulunulması nedeniyle soruşturma açılmamasına ancak teşebbüslere Kanun'un 9. maddesi kapsamında uyarı mahiyetinde bildirimde bulunulmasına karar vermiştir. Bu kararlar elektrik dağıtım ve tedarik piyasaları açısından rekabet ihlali teşkil eden davranışların neler olabileceğine ve olası bir rekabet hukuku incelemesinin ne tür davranışlar üzerine yoğunlaşabileceğine ışık tutan ilk kararlar olarak önem arz etmektedir.
- » Bu önaraştırmaların akabinde Kurum 2015 yılında Elektrik Sektör Araştırması Raporu'nu yayımlamıştır.
- » Rekabet Kurumu, 2016 yılında elektrik dağıtım ve perakende piyasasında faaliyet gösteren teşebbüsler hakkında üç önemli soruşturma

2 21.07.2005 tarihli Rekabet Kurumu görüşü.

3 Rekabet Kurulu kararı, 10.11.2003, 03-72/874-373. (Danıştay'ın iptal kararı üzerine 08.02.2007 tarih ve 07-13/101-30 sayılı yeni bir karar alınmıştır.)

4 Rekabet Kurulu kararları, 22.10.2014 14-42/761-337, 22.10.2014 14-42/762-338, 03.12.2014 14-47/860-390, 15.01.2015 15-03/33-18.

yürütmüş ve soruşturmaların sonunda teşebbüsler hakkında idari para cezası kararları vermiştir⁵.

Yabancı otoritelerin almış olduğu kararlar ve Rekabet Kurumu tarafından Türkiye elektrik piyasasına ilişkin bugüne kadar alınmış olan kararlar ile öngörülerimiz çerçevesinde elektrik piyasasında teşebbüslerin karşı karşıya kalabileceği temel rekabet hukuku riskleri ana hatlarıyla aşağıdaki gibidir:

i. Üretim

- Kapasite tutma stratejileri,
- İletim kısıtları nedeniyle oluşan bölgesel ve zamansal hakim durum ve bu dönemlerdeki fiyatlandırma stratejileri,
- Yüksek üretim kapasitesi ve santral çeşitliliği olan portföylere sahip olan üreticilerin düşük marjinal maliyette üretim yapabildiği durumlarda fiyat yükseltmesi,
- Rakipler arası bilgi değişimi,
- Diğer enerji pazarlarında faaliyet sonucu birincil enerji kaynaklarına erişim ve bu pazarlardaki tüketici portföylerinin kullanılması,
- Oligopolistik pazar yapısının bir sonucu olarak, rakip teşebbüsler arasında piyasadaki rekabeti bozacak şekilde anlaşma ya da uyumlu eylemlerin gerçekleşme ihtimalinin artması.

ii. Dağıtım

- Diğer tedarikçinin GTŞ'de bulunmayan tüketim verilerinin ve pazarın geneline ilişkin verilerin GTŞ'ye aktarılması,
- GTŞ'ye maliyet avantajı yaratılarak çapraz sübvansiyonda bulunulması,
- Okuma, kesme, bakım, onarım gibi dağıtım operasyonlarında GTŞ lehine ayrımcı davranışlarda bulunulması,
- Tüketici nezdinde geçmişten gelen Dağıtım ve GTŞ'nin bütünlük olduğu algısının GTŞ'ye serbest tüketici satışında avantaj sağlayacak şekilde kullanılması,
- Lisanssız elektrik üretimi, araç şarj istasyonlarına ilişkin süreçlerde ayrımcılık yapılması.

iii. Perakende

- Tüketicilerin diğer tedarikçilere geçişinin engellenmesi amacıyla portföyler arasında toplu veya sözleşmesiz geçişler yapılması,
- Regüle tarifeden serbest tüketici geçişlerinde EPDK tarafından belir-

⁵ Rekabet Kurulu kararları, 08.08.2018 18-27/461-224, 01.10.2018 18-36/583-284, 20.02.2018 18-06/101-52.

- lenen mevzuattaki usul ve esaslara uyulmaması,
- Tedarikçi geçişlerini zorlaştıracak nitelikte uzun süreli sözleşmeler akdedilmesi,
- Rakip tedarikçilerle iskonto oranlarının belirlenmesinde koordine hareket edilmesi, Diğer GTŞ'ler ile serbest tüketici satışlarında bölge paylaşımında bulunulması,

2. Elektrik Piyasasında 2023 Gelişmeleri

Yukarıda özetlenen rekabet hukuku riskleri çerçevesinde küresel rekabet hukuku otoritelerinin elektrik piyasasına yönelik olarak 2023 yılında almış oldukları kararlardan önem arz ettiği düşünülenler aşağıda aktarılmıştır.

İlk olarak, Hollanda rekabet otoritesi Auhority for Consumers & Markets (ACM) 15 Şubat 2023 tarihinde yayımlanmış olduğu duyurusunda,⁶ elektrik üretim pazarı bakımından tüm piyasa katılımcılarının bilgiye eşit erişiminin sağlanmasına yönelik uyarıda bulunmuştur. Otorite, yakın zamanda elektrik üreticilerinin toptan enerji piyasalarında kamuya açıklanmamış, doğrudan veya dolaylı olarak bir veya daha fazla toptan enerji ürünüyle ilgili olan ve kamuya açıklandığında fiyatları önemli ölçüde etkilemesi muhtemel olan, tesis kapasitesi ve kullanımı gibi, teşebbüs içi bilgilere yönelik yayın kurallarına uyumu üzerine bir çalışma yürütmüş ve 2022 yılında uyum konusunda genel olarak bir iyileşme olmasına rağmen teşebbüs içi bilgilerin hala tam zamanında ve doğru bir şekilde yayınlanmadığını ortaya koymuştur. ACM, elde ettiği bulgular doğrultusunda üreticilerle görüşmüş ve Toptan Enerji Piyasası Bütünlüğü ve Şeffaflığı'yla (REMIT) ilgili AB düzenlemelerine uyumu sağlamak için web sitesinde ek bilgiler yayınlamaya karar vermiştir. ACM, teşebbüs içi bilgilerin zamanında yayınlanmasını, tüm piyasa katılımcılarının bilgiye eşit erişimini sağlamak, içeriden öğrenen ticaretini ("insider trade") önlemek ve özellikle mevcut enerji krizi sırasında toptan satış piyasalarına olan güveni korumak için önemli olduğu yönünde değerlendirmelerde bulunmuştur. Buna ek olarak ACM, üreticilerin üretim kapasitesindeki kesintilerde bildirim yapmaları gereken durumları netleştirmek ve bir üretim biriminde arıza gibi nedenlerle üretim gerçekleştirilemediğinin paylaşılması için en az 100 MW'lık bir üretim birimi olması gibi bir eşik belirlemek de dahil olmak üzere, web sitesinde teşebbüs içi bilgilerin yayınlanmasına ilişkin ek bilgiler sağlamış ve uyumun yapısal olarak iyileşmemesi halinde cezai yaptırım uygulamak gibi önlemler alabileceğini açıklamıştır.

Bu yıl içerisinde üretim piyasasındaki önemli bir diğer gelişme ise Almanya rekabet otoritesi Bundeskartellamt tarafından 9 Ağustos 2023 tarihinde yayımlanan "Elektrik Üretim Piyasa Gücüne İlişkin 2022/2023 Raporu"dur.⁷ Rapor

⁶ ACM, ACM wil dat elektriciteitsproducenten alerter zijn op publiceren voorwetenschap, 15.02.2023.

⁷ Bundeskartellamt, Bundeskartellamt publishes 2022/23 report on the market power situation in electricity generation, 09.09.2023.

birkaç teşebbüsün piyasa gücünü pekiştirmesi ve artan elektrik ithalatı dikkat çekilen hususların başında gelmiştir. Buna göre RWE'nin, Almanya'daki en büyük elektrik üreticisi olmaya devam ettiği ve elektrik talebinin karşılanmasında vazgeçilmez bir güce sahip olduğu, bu nedenle piyasada hakim durumda olduğu varsayımı için gerekli eşiği açıkça aştığına işaret edilirken, EnBW ve LEAG'nin bu eşiğe yaklaştığı belirtilmiştir. Bu kanaate ulaşılmasında elektrik depolanabilir olmadığı için yılın her saatinde talep edildiği anda üretilme ihtiyacı göz önünde tutulmuş ve bir elektrik üreticisinin elektrik talebini karşılamak için vazgeçilmez olup olmadığı ve ne ölçüde vazgeçilmez olduğu esas alınmıştır. Bunun yanında elektrik üretimi piyasasında bazı teşebbüslerin hakim duruma gelmesinin bu teşebbüslere üretim kapasitelerini suni olarak kısıtlayarak, fiyatları manipüle etme imkanı tanıyabileceği ifade edilmiştir. Rapor bu haliyle, teşebbüsler açısından açıkça hakim durum tespitinde bulunmasa da elektrik üreticilerine otorite tarafından kötüye kullanım denetimine tabi olup olmadıklarını ve dolayısıyla manipülatif olarak kapasitelerini kısıtlamalarının yasak olup olmadığını değerlendirmelerinde yardımcı olmayı amaçladığı belirtilmiştir. Raporda ayrıca kullanılan ve kullanılmayan elektrik üretim santrallerinin kapasiteleri, Almanya'daki kömür ve nükleer enerji kaynaklı elektrik üretiminin geleceği ve Almanya'nın elektrik ihracatı ve ithalatı gibi çeşitli konularda değerlendirmelere de yer verilmiştir.

Portekiz rekabet otoritesi Autoridade Da Concorrência'nın (AdC) 17 Eylül 2019 tarihli kararı⁸ 12 Ekim 2023 tarihinde Lisbon Yüksek Mahkemesi tarafından onanarak, üretim ve dağıtım faaliyeti yürüten enerji devi Energias de Portugal (EDP)'nin, ikincil elektrik rezervi pazarında hâkim durumunu kötüye kullandığı tespitiyle teşebbüse 40 milyon € idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir.⁹ EDP'nin özelleştirilmesi ile birlikte EDP'ye ait yaklaşık otuz enerji santrali ile ulusal elektrik şebekesini (REN) arasında 15 yıllık süreli enerji alınmasına yönelik bağlayıcı uzun vadeli anlaşmaları bulunmaktayken özelleştirmeler ile birlikte piyasanın diğer oyunculara da açılması için bu sözleşmelerin uyarlanması gerekmiştir. Bu değişikliğin ilgili santraller için büyük kayıplar yol açmaması adına 2004 yılında tüketicilerden tahsis edilecek belirli ücretlere dayanan "sözleşme dengesini koruma maliyetleri" (CMEC: "custos de manutenção do equilíbrio contratual") olarak adlandırılan bir telafi mekanizması oluşturulmuştur. Portekiz rekabet otoritesi AdC, EDP'nin 2015-2022 yılları arasında ikincil dengeleme rezervi sağlayabilen elektrik santrallerinden gelen elektrik tekliflerini manipüle ederek, hem CMEC mekanizması üzerinden tazminat aldığı hem de açık piyasada elektrik sattığı tespitinde bulunmuştur. AdC EDP'nin bu eylemlerinin aşağıdaki tespitler çerçevesinde hâkim durumun kötüye kullanılması teşkil ettiğine karar vermiştir:

⁸ *Autoridade Da Concorrência, AdC imposes fine of 48 million euros on EDP Produção for abuse of dominance, 17.09.2019.*

⁹ *Autoridade Da Concorrência, Lisbon Court of Appeal upholds highest ever fine for abuse of dominant position, 27.09.2023.*

- » EDP'nin CMEC mekanizmasına bağlı tesislerde arzı kısmak ve üretimi diğer santraller kaydirmek suretiyle hem CMEC mekanizması üzerinden tazminat alması hem de ikincil dengeleme üretim pazarında hakim durumunu kullanarak yüksek fiyatlara açık piyasada elektrik satışını gerçekleştirme,
- » EDP'nin arzını sınırlandırarak, ikincil dengeleme rezervinin etkinliğini azaltması ve böylelikle ulusal elektrik şebekesinin istikrarını tehlikeye atması,
- » Rekabetçi yapının bozulması nedeniyle tüketicilerin daha yüksek toptan enerji fiyatları ödemesine yol açarak tüketici refahına zarar vermiştir.

AdC EDP'nin ihlalinin, toptan enerji fiyatlarında 90 milyon euro artışa yol açtığını ve bu artışın Portekiz'de ikamet eden tüm tüketicileri etkileyerek tüketici refahına zarar verdiğini tespit etmiştir.

Danimarka rekabet otoritesi DCCA 27 Ekim 2023 tarihinde, Effekthandel başta olmak üzere toplam 50 teşebbüsün fiyat koordinasyonu ve ihaleye fesat karıştırmak suretiyle kartel kurduklarına karar vermiştir.¹⁰ DCCA, Effekthandel'in 46 kojenerasyon tesisi ve 3 elektrik santrali ("49 teşebbüs"), Batı Danimarka'da (DK1) mFRR için yapılan günlük ihalelerde yasa dışı olarak fiyat koordinasyonu ve ihaleye fesat karıştırmaya faaliyetlerinde bulunduğunu tespit etmiştir. DCCA'ya göre 49 teşebbüs, mFRR ihalelerindeki fiyatlandırmalarını Effekthandel'e bırakmak üzere bir anlaşma yapmıştır. Belgeler, anlaşmanın mFRR fiyat seviyelerini yükseltmek amacıyla yapıldığını göstermektedir.

DCCA'nın soruşturma kapsamında elde ettiği belgeler, 49 teşebbüsün Effekthandel ile bireysel ve aynı anlaşmalar yoluyla bir havuz planına katıldığını göstermektedir. Havuz planına katılarak, 49 teşebbüs mFRR ihalesinde kendi tekliflerinin fiyatını bağımsız olarak belirlemedi, bunun yerine tekliflerin fiyatlandırılmasını Effekthandel'e bırakmıştır. Belgeler ayrıca, Effekthandel'in 49 teşebbüse gönderdiği ortak e-postalarda, mFRR piyasasında havuz planının koordineli davranışı hakkında 49 teşebbüsü düzenli olarak bilgilendirdiğini göstermektedir.

DCCA anlaşmanın bir parçası olarak Effekthandel'in, 49 teşebbüsün mFRR'den elde ettiği kazançtan komisyon aldığını ve mFRR cirosunu katılımcı teşebbüsler arasında her bir üyenin kayıtlı kapasite miktarına göre dağıttığını tespit etmiştir. Belgelere göre söz konusu davranış Eylül 2019'dan en az Ağustos 2022'ye kadar devam etmiştir.

2023 yılında elektrik piyasasının dağıtım seviyesinde fazla sayıda gelişme olmasa da Birleşik Krallık rekabet otoritesi CMA, "İngiltere tarihindeki en büyük

¹⁰ DCCA, *Price coordination and bid rigging in the energy sector in West Denmark*, 27.10.2023.

enerji yasası” olarak nitelendirilen ve yeni yürürlüğe giren 2023 Enerji Yasası¹¹ ile birlikte enerji ağları için özel bir birleşme kontrol rejimine sahip olmuş ve bu kapsamda taslak rehberi 13 Aralık 2023 tarihinde yayımlamıştır.¹²

Yeni rejim, gaz taşıma lisansı, elektrik dağıtım lisansı veya elektrik iletim lisansı sahibi “enerji şebeke işletmeleri”ni içeren birleşme ve devralma işlemleri bakımından uygulama alanı bulacaktır. Yeni rejimin amacı, enerji şebekelerinin kendi bölgelerinde tekel durumunda olmalarından dolayı düzenleyici Ofgem’in Büyük Britanya’da faaliyet gösteren enerji şebeke işletmelerinin fiyatlarını “kıyaslama” yoluyla etkin bir şekilde sürdürdüğü kontrorlünü sağlıklı bir şekilde sürdürebilmesine yöneliktir. Zira birleşmeler ve devralmalar yoluyla daha fazla şebekenin daha az şirkette toplanması durumunda, karşılaştırılabilir bağımsız kuruluşların sayısında azalma meydana gelecek ve Ofgem’in fiyat kontrollerini belirlerken kıyaslama yapma kabiliyetine potansiyel bir zarara yol açılacaktır; dolayısıyla fiyat üzerinde kontrolün azalması tüketiciler açısından negatif sonuçlara yol açabilecektir.

Şebeke işletmecileri bölgesel tekel olduklarından ve doğrudan birbirleri ile rakip olmadıklarından bu teşebbüsler arasında gerçekleştirilecek birleşme ve devralma işlemleri bakımından yalnızca mutlak birleşme ve devralmalar rejiminin uygulanması anlamlı bir neticeye yol açmayacaktır. Bu nedenle yeni rejimin CMA’ya sağladığı esas yetki, söz konusu işlemler bakımından hem standart birleşme ve devralma kontrol hükümleri (önemli bir rekabet azalması olup olmadığını göz önünde bulundurarak) hem de özel enerji şebekesi hükümleri (Ofgem’in kıyaslama yapma yeteneğine önemli bir zarar olup olmadığını göz önünde bulundurarak) kapsamında ikinci aşama incelemeye yönlendirebilmesidir.

2023 yılında elektrik piyasasının perakende seviyesinde önem arz ettiği düşünülen bir gelişme Alman rekabet otoritesi Bundeskartellamt’ın 22 Haziran 2023 tarihinde, enerji fiyatlarına ilişkin uygulamalar hakkında enerji sektöründeki perakendecilere yönelik soruşturma başlatmasıdır.¹³ Bundeskartellamt, başlatmış olduğu inceleme kapsamında, şirketlerin aşırı fiyat uygulamalarını ve bu doğrultuda faydalandıkları haksız yardım ödemelerini tespit etmeyi amaçlamıştır. Bu kapsamda, avans ödemeleri için başvuruda bulunan elektrik tedarikçileri ve büyük müşterilere elektrik sağlayan tedarikçiler tarafından yapılan talepler de inceleme kapsamına alınmıştır. Bundeskartellamt, başlattığı inceleme kapsamında tespit edilebilecek ihlallere ilişkin olarak bu ihاللer kapsamında gerçekleşen geri ödemelerin iade edilmesi ve ilgililere para cezaları uygulanması gibi yaptırımlar uygulanacağını bildirmiştir.

Elektrik piyasası bakımından üretim, dağıtım ve perakende olarak tanımlanan

¹¹ Energy Act 2023, Erişim Linki: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2023/52/enacted>.

¹² CMA, New energy network merger guidance, 13.12.2023.

¹³ Bundeskartellamt, Missbrauchsaufsicht über Energiepreisbremsen: Prüfverfahren im Bereich Strom eingeleitet, 22.06.2023.

üç sac ayağı piyasa dışında, bu piyasaları ilgilendiren birtakım yan sektör/piyasalar da mevcuttur. Bu kapsamda elektrik piyasası ile alakalı kabul edilebilecek piyasalara ilişkin 2023 yılına ait dünyadaki gelişmelere ve elektrik piyasasına yönelik düzenleyici gelişmelere aşağıda değinilecektir.

Güney Afrika'da 25 Mayıs 2023 tarihinde Enerji Kullanıcıları Grup Muafiyeti ve Enerji Tedarikçileri Grup Muafiyeti Tebliği yayımlanmıştır.¹⁴ Enerji Kullanıcıları Grup Muafiyeti, Güney Afrika rekabet otoritesine bildirim sürecine tabi olarak elektrik arzında meydana gelebilecek daralmalara çözüm sunabilmek için enerji kullanıcıları arasında işbirliğine izin vermektedir. Enerji kullanıcılarının belirli durumlarda, elektrik krizini ele almak için proaktif bir şekilde işbirliği yaparak finansmanlarını ortak bir havuzda toplayabilmesi veya daha düşük maliyetlerle istikrarlı elektrik tedariki sağlamak için ortaklaşa müzakere etmeleri grup muafiyetinden yararlanabilecektir. Daha genel bir ifadeyle grup muafiyeti ile beklenen pozitif etkiyi ortaya çıkarabilecek dikey ve yatay kısıtlamalar ile bu kapsamda gerekli olanla sınırlı bilgi değişimleri, grup muafiyetinden yararlanabilecektir. Öte yandan enerji kullanıcılarının ortak satış fiyatı belirlemeye, ihalelerde hukuka aykırı bir şekilde işbirliği yapmaya veya yeniden satış fiyatını belirlemeye yönelik davranışları grup muafiyeti kapsamında olmayacaktır. Grup muafiyetinden yararlanmakta olan enerji kullanıcıları için bazı pozitif davranış yükümlükleri de getirilmiştir. Buna göre muafiyetten yararlanmakta olan enerji kullanıcılarının, değer zincirinin tüm seviyelerinde faaliyet gösteren KOBİ'lere ve tarihsel olarak dezavantajlı kişilerin sahip olduğu veya kontrol ettiği teşebbüslere de işbirliği anlaşmalarına katılma imkanı tanımları gerekmektedir.

Enerji Tedarikçileri Grup Muafiyeti ise her türlü enerji tedarikçisi teşebbüsünün yanı sıra enerji tedarikiyle ilgili girdilerin, hizmetlerin ve ürünlerin tedarikçisi olan teşebbüsler arasındaki işbirliklerine yöneliktir. Buna göre enerji tedarikçileri, ortak lobi çalışmaları amacıyla işbirlikleri ve daha ucuz enerjinin kesintisiz şekilde tedarikini yaygınlaştırmak için belirli ortak ticari anlaşmaları yapabileceklerdir. Bu kapsamda enerji altyapısına ortak yatırım, enerji projelerinde ortak finansman ve risk paylaşımı, ortak eğitim ve beceri geliştirme veya enerji arzını optimize etmeye yönelik anlaşmalar bu kapsamda değerlendirilmektedir. Enerji Tedarikçileri Grup Muafiyeti, enerji tedarikçilerinin grup muafiyetinden yararlanabilmesi için, kullanıcılara yönelik olandan farklı olarak, otoritenin onayına ihtiyaç duymaktadır. Söz konusu grup muafiyeti ile beklenen pozitif etkiyi ortaya çıkarabilecek dikey ve yatay kısıtlamalar ile bu kapsamda gerekli olanla sınırlı bilgi değişimleri, grup muafiyetinden yararlanabilecektir. Öte yandan enerji tedarikçilerinin satış fiyatlarını sabitlemeye, ihalelerde hukuka aykırı bir şekilde işbirliği yapmaya veya yeniden satış fiyatını belirlemeye yönelik davranışları grup muafiyeti kapsamında olmayacaktır. Yine tedarikçilere yönelik grup muafiyetinde de muafiyetten yararlanan enerji

¹⁴ South Africa Department of Trade, Industry and Competition, Publishing of Energy Block Exemptions, 25.05.2023.

tedarikçilerinin, değer zincirinin tüm seviyelerinde faaliyet gösteren KOBİ'lere ve tarihsel olarak dezavantajlı kişilerin sahip olduğu veya kontrol ettiği teşebbüslere de işbirliği anlaşmalarına katılma imkanı tanımaları gerekmektedir.

Avrupa Komisyonu 21 Ağustos 2023 tarihinde, Nasdaq'ın Avrupa elektrik ticareti ve takası faaliyetlerinin European Energy Exchange AG (EEX) tarafından devralınması teklifinin AB Birleşme Yönetmeliği (EUMR) kapsamında değerlendirilmesi için sunulan talepleri kabul etmiştir.¹⁵

Planlanan devralma işlemi EUMR'de belirtilen bildirim eşiklerine ulaşmamakta olup, hiçbir Üye Devlette bildirim tabi değildir. Danimarka ve Finlandiya, kendi inisiyatifleriyle EUMR'nin 22(1) maddesi uyarınca Komisyon'a ilk bildirim taleplerini iletmışlerdir. İlgili düzenleme Üye Devletlerin, AB ölçeğinde olmayan ancak talepte bulunan devletlerin sınırları içerisindeki rekabeti önemli ölçüde etkileme tehdidi bulunan bir birleşmenin incelenmesi için Komisyon'dan talepte bulunmalarına imkan tanımaktadır.

Komisyon, bu erken aşamada elindeki bilgilere dayanarak işlemin EUMR'nin 22. maddesi uyarınca sevk kriterlerini karşıladığı kanaatine varmıştır. Özellikle, işlemin Nordik elektrik sözleşmelerinin borsa içi ticaretini kolaylaştıran iki hizmet sağlayıcısını birleştirdiği tespit eden Komisyon, bu tür hizmetlerin gelecekteki fiyatları belirlenmiş uzun vadeli enerji sözleşmelerinin kullanılmasına izin vereceğini ve bu nedenle tüketicilerin ve işletmelerin nihai yararına olacak şekilde daha istikrarlı ve öngörülebilir enerji fiyatları için kilit öneme sahip olduğunu değerlendirmiştir. Bu kapsamda Komisyon, EEX'ten işlem için Komisyon'a bildirimde bulunmasını talep etmiştir.

3. Elektrikli Araç Şarj İstasyonu Piyasası

İklim değişikliğinin etkilerinin giderek daha belirgin hale gelmesiyle birlikte, fosil yakıtlara bağımlılığı azaltmak ve çevreyi korumak için yeni enerji kaynaklarına yönelim artmaktadır. Elektrikli araçlar, geleneksel içten yanmalı motorlu araçlara göre daha çevreci ve sürdürülebilir bir ulaşım alternatifi sunmaktadır. Bu nedenle, elektrikli araçların yaygınlaşmasının, küresel iklim değişikliğiyle mücadeleye önemli bir katkı sağlayacağı kabul edilmektedir. Bu araçlar; yarattıkları çevresel avantajlar, elektrik fiyatlarının düşüşü, kamu tarafının elektrikli araçlara yönelik teşvikleri ve teknolojik gelişmelerle birlikte giderek yaygınlaşmaya başlamıştır. Buna bağlı olarak gerekli altyapının oluşturulması ve özellikle elektrikli şarj istasyonlarının yaygınlaştırılması giderek daha önemli hale gelmektedir.

Elektrikli şarj istasyonları, elektrikli araçların şarj edilmesini sağlayan ve bu sayede elektrikli araçların kullanımını mümkün kılan tesislerdir. Elektrikli araçlar, geleneksel içten yanmalı motorlu araçlara yakıt doldurma sürelerinin çok kısa

¹⁵ Avrupa Komisyonu, *Commission to assess the proposed acquisition of Nasdaq Power by EEX*, 21.08.2023.

olduğu düşünülürken, uzun süreli bir şarj süresine ihtiyaç duymaktadır. Bu nedenle, elektrikli araç sahiplerinin, yolculukları sırasında ihtiyaç duydukları şarj istasyonlarını kolaylıkla erişebilmeleri amacıyla yeterli sayıda ve kapasitede şarj noktasının bulunması gerekmektedir. Her ne kadar elektrikli araçların şarj ihtiyacının karşılanması bakımından ev/iş yerlerindeki elektriğin kullanılması bir seçenek olsa da şarj istasyonlarına olan ihtiyaç da, elektrikli araçların yaygınlaşması ile paralel olarak artmaktadır. Bu çerçevede elektrikli şarj istasyonları konusundaki olası sorunlar arasında şunlar sayılabilir:

- » Şarj istasyonlarının yetersizliği
- » Şarj istasyonlarında sunulan elektriğin yüksek seviyede fiyatlandırılması
- » Şarj istasyonlarının yaygınlaştırılmasına yönelik yatırımların yetersizliği
- » Şarj istasyonlarının yaygınlaşma sürecinde tekelleşme ile ortaya çıkabilecek sorunlar
- » Şarj istasyonlarının elektrik altyapısında oluşturacağı yük ve yetersiz altyapı
- » Düzenlemelerin piyasa yapıcılık konusundaki yetersizliği

a. Elektrikli Şarj İstasyonlarına İlişkin Düzenleyici Çerçeve

Elektrikli araç şarj istasyonları ile ilgili regülasyonlar, ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Ancak, genel olarak bakıldığında elektrikli şarj istasyonlarının güvenliğini, erişilebilirliğini ve şeffaflığını sağlamak amacı etrafında düzenlemeler yapılmaktadır. Ülkemizde Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK) 2 Nisan 2022 tarihinde Şarj Hizmetleri Yönetmeliği'ni yayınlamıştır.¹⁶ Şarj Hizmetleri Yönetmeliği'nde şarj ağının oluşturulması, şarj ağı işletmecilerinin lisanslandırılması ve faaliyetlerinin düzenlenmesi, şarj ağı işletmecileri ve şarj istasyonu işletmecileri ile kullanıcıların hak ve yükümlülükleri, serbest erişim platformunun kurulması ve işletilmesi gibi konular düzenlenmektedir.

Ayrıca 17 Ağustos 2023 tarihinde Şarj Hizmetleri Yönetmeliği'nde değişikliğe gidilerek “yenilenebilir enerji kaynak garanti belgesi (YEK-G)” ve “yeşil şarj istasyonu” tanımları yönetmeliğe eklenmiştir. YEK-G belgesi, tüketiciye tedarik edilen elektrik enerjisinin belirli bir kısmının yenilenebilir enerji kaynaklarından üretildiğini gösteren elektronik belgeyi ifade ederken; yeşil şarj istasyonu ise elektriğin yenilenebilir enerjiden üretildiğinin belgelendirilmesi amacıyla, söz konusu elektrik enerjisinin tamamı için YEK-G belgesi itfa edilen şarj istasyonu olarak ifade edilebilecektir.

¹⁶ Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, Şarj Hizmetleri Yönetmeliği.

Erişim Linki:<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=39454&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>

Son düzenlemeden de yola çıkarak, henüz hayatımıza girmeye başlayan elektrikli araç şarj istasyonlarına yönelik olarak mevcut düzenlemelerin yanında, gelişmekte olan bu yeni piyasanın ihtiyaçlarını karşılamak ve yeşil dönüşümü desteklemek üzere başkaca yeni düzenlemeler de beklenebilecektir.

b. Elektrikli Araç Şarj İstasyonu Piyasasında Olası Rekabet Hukuku Riskleri

Elektrikli şarj istasyonları pazarında rekabetin korunması, elektrikli araçların yaygınlaşması ve çevresel faydaların sağlanması için hayati bir öneme sahiptir. Bu nedenle, elektrikli şarj istasyonları ile ilgili rekabet hukuku uygulamalarının da, elektrikli araçların yaygınlaşması ile birlikte öneminin artacağı düşünülmektedir. Dünyada elektrikli şarj istasyonları ile ilgili rekabet hukuku uygulamalarında öne çıkması muhtemel bazı hususlar arasında şunlar sayılabilir:

- Şarj istasyonlarının pazarında yatay rekabeti kısıtlayan anlaşmalar ve uygulamalar
 - Şarj istasyonu işletmecileri arasındaki yatay yönde rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar
 - Şarj istasyonu işletmecileri arasındaki rekabete hassas bilgi değişimleri
- Şarj istasyonlarının pazarında dikey rekabeti kısıtlayan anlaşmalar ve uygulamalar
 - Elektrik altyapısı hizmeti sunan tekel konumundaki dağıtım şirketleri ile şarj istasyonu işletmecileri arasındaki rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar
 - Elektrikli araç üreticileri ile şarj istasyonu işletmecileri arasındaki rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar
- Hakim durumun kötüye kullanılması suretiyle şarj istasyonları pazarına girişin engellenmesi veya dışlayıcı davranışların sergilenmesi
 - Trafo kapasite kısıtlarına bağlı olarak kapasite tahsisatlarında ayrımcılık ya da dağıtım şirketi ile ilişkili şarj istasyonu işletmecilerinin kayrılması
- Şarj istasyonları pazarında fiyatlandırma uygulamaları
- Sürdürülebilirlik temasıyla kurulacak yatay işbirlikleri ve gerçekleştirilecek birleşme işlemlerinin değerlendirilmesi

c. Elektrikli Araç Şarj İstasyonu Piyasasında Yakın Dönem Rekabet Hukuku Gelişmeleri

Birleşik Krallık

Birleşik Krallık Rekabet ve Piyasa Otoritesi CMA 8 Mart 2022 tarihinde, Birleşik Krallık Hükümeti'nin 2030 yılına kadar yeni benzinli ve dizel araçların satışını yasaklama hedefi doğrultusunda, Elektrikli Araç Şarj Piyasası Çalışması raporunu yayımlamıştır.¹⁷ Rapor, otoyol servis istasyonlarındaki uzun vadeli münhasırlık düzenlemelerini, özellikle de The Electric Highway'ın faaliyetlerini incelemektedir. CMA, The Electric Highway'ın Birleşik Krallık'taki otoyol servis alanlarının yaklaşık üçte ikisini kapsayan büyük servis alanı operatörleriyle münhasır anlaşmalar yaptığını tespit etmiş olup, otomatik olarak yenilenebilen bu düzenlemelerin rekabeti engelleyici sonuçlar doğurabileceği şüphesiyle bir soruşturma başlatmıştır. CMA'nın soruşturmasına kapsamında The Electric Highway, Kasım 2026'dan sonra belirli operatörlerle yapılan sözleşmelerde münhasırlık uygulamayacağını taahhüt etmiş ve CMA bu taahhüdün rekabetçi endişelerin giderilmesinde yeterli olduğunu kanaatine varmıştır.

CMA elektrikli araç şarj piyasasındaki çalışmalarının devamı olarak 16 Kasım 2023 tarihinde şarj noktası işletmecilerine ve otoyol servis alanı işletmecilerine yönelik yayımladığı açık mektupta aşağıdaki hususları vurgulamıştır:¹⁸

- » Elektrikli araç pazarının hızla geliştiği, bu alanda ortaya çıkan sorunların erkenden tespit edilip çözülmesinin ve elektrikli araçlara geçişin önündeki engellerin kaldırılmasının önemli olduğu,
- » Otoyol servis alanlarında bulunan şarj noktalarının sürücülerin menzil kaygısını azaltarak sürücülerin güvenlerinin tesis edilmesi bakımından önem taşıdığı,
- » Şarj sektöründe rekabet ve yatırımın önünde bazı engellerin olduğu ve bu durumun yeni girişimcilerin pazara girmesini sınırlarken yerleşik işletmecilerin rekabet avantajını artırabileceği,
- » Elektrikli araç şarj pazarındaki teşebbüslere yönelik rekabet hukuku kapsamındaki yükümlülüklerin hatırlatılmasının ve uzun vadeli münhasırlık düzenlemelerinin rekabeti engelleyebileceğinin vurgulanmasının gerekli olduğu,
- » CMA tarafından otoyollardaki ücretlendirmenin/rekabetin izlenmeye devam edileceği ve gerektiğinde müdahale edileceği,
- » CMA'nın pazardaki etkin rekabetin tesisi için "Office for Zero Emission Vehicles (OZEV)" gibi diğer paydaşlarla etkileşim ve işbirliğinin devam edeceği.

¹⁷ CMA, *Investigation into the supply of electric vehicle chargepoints on or near motorways*, 08.03.2022.

¹⁸ CMA, *CMA open letter regarding electric vehicle charging competition along motorways*, 16.11.2023.

Birleşik Krallık Hükümeti, 2030'dan itibaren benzinli ve dizel araçların satışlarını yasaklamak yönünde bir taahhüt vermiştir. Hükümet elektrikli araçlara geçerek 2035 yılında 1990'a kıyasla sera gazı emisyonlarını %78 azaltma ve 2050 yılında net sifıra geçmeyi planlamaktadır. Bu geçiş, ülke genelinde kapsamlı rekabetçi bir elektrikli şarj ağının mevcut olmasını gerektirmektedir.

İngiltere'deki elektrikli araçların şarj ihtiyaçlarının yarısından fazlasının otoyol hizmet alanlarında¹⁹ ("MSA") giderileceği tahmin edilmektedir. Bahsi geçen orandan dolayı CMA, MSA'ların net sıfır hedefine ulaşmakta önemli bir role sahip olduğu kanaatinde. CMA'ya göre, kapsamlı bir elektrikli araç şarj ağının geliştirilmesi için aşılması gereken zorluklar şu şekilde belirlenmiştir:

- › Elektrikli araç sürücüleri için "menzil kaygısı" bulunmaktadır. Bu nedenle bu sürücüler için şarj ihtiyaçlarını kesintisiz bir şekilde giderebilecekleri bir ağ içerisinde seyahat edebilmeleri önem arz etmektedir.
- › Elektrikli araç şarj noktası sayısını artırmak için önemli yatırımlar gerekmektedir. Bu doğrultuda, yakın gelecekte MSA'larda ultra hızlı şarj noktalarına ihtiyaç duyulabileceğinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Şarj talebi ve elektrikli araç kullanımı arttıkça istasyonlardaki yoğunluk da artacağından şarj hizmetinin daha hızlı sunulması gerekecektir. Bu kapsamda CMA, 2030 yılına kadar her bir MSA'da en az altı ultra hızlı elektrikli araç şarj noktası bulunması hedefini belirlemiştir.
- › MSA'larda elektrikli araç şarjının genişletilmesini desteklemek için gerekli olan ve önemli miktarda ön sermaye yatırımı gerektiren, artan şebeke kapasitesi ve şebeke ağının yükseltilmesi ile ilgili maliyetler olacaktır.
- › Şarj noktası operatörleri²⁰ (CPO) için ağ kapasitesi yükseltmelerinin yüksek ön maliyetleri ve diğer altyapı maliyetleri önem arz edecektir.

İngiltere otoyollardaki ağ şebekesi kapasitesini ve bağlantılarını iyileştirmek için Hızlı Şarj Fonu (Rapid Charging Fund – RCF) adı altında 950 milyon Sterlin'lik yatırım yapmayı planlamıştır. CMA Elektrikli Şarj Sektör Raporu'na göre, RCF'nin MSA'lar içinde elektrikli araç şarj noktası rekabetini başlatmak ve artırmak için çok önemli bir fırsat sunmaktadır. RCF ile sunulan bu finansmanın elde edilmesi, muhtemelen birden fazla CPO'nun ilgili MSA alanlarında rekabetçi bir ihale süreci aracılığıyla gerçekleşecektir.

CMA'in bulgularına göre, Gridserve tarafından devralınan Electric Highway, üç MSA ile (Moto, Roadchef, Extra) uzun dönemli münhasırlık anlaşmaları yapmıştır. Electric Highway üç MSA'nın alanlarında elektrikli araç şarj noktaları kurup çalıştırabilecektir. Düzenlemeler, İngiltere'deki tüm MSA'ların üçte

¹⁹ Otoyol hizmet alanlarıyla kastedilen otoyollarda kurulacak olan istasyonlardır, şehir merkezinde bulunan cadde istasyonları bu kapsama dahil değildir.

²⁰ Chargepoint operators: Türkiye'deki Şarj Hizmetleri Yönetmeliği'ndeki tanımla şarj istasyonu işletmecisi.

ikisini kapsamaktadır. Münhasırlıklar çoğunlukla 2028 veya 2031'de sona ermektedir ve otomatik olarak yenilenebilmektedir.

Söz konusu uzun vadeli münhasırlık içeren anlaşmalar bakımından CMA'in rekabetçi endişeleri şu şekildedir:

- Diğer şarj noktası operatörleri, münhasırlık anlaşması yapılan üç MSA'nın alanlarında rekabet dışında kalabilecektir.
- En geç 2023 başında uygulamaya geçilecek RCF'nin etkin şekilde kullanılması engellenebilecektir. Böylece pazara girişler, pazardaki yatırım ve rekabet bakımından beklenen etkinlik sınırlandırılmış olacaktır.

Bunun üzerine, Gridserve ve üç MSA rekabetçi endişeleri gidermek için taahhütler sunmuştur:

- Moto ile olan sözleşmelerdeki münhasır hakların süresini yaklaşık iki yıl ve Roadchef ile yaklaşık dört yıl kısaltılması, ilgili sözleşmelerdeki münhasırlık hükümlerinin uygulanmasının yaklaşık 5 yıllık bir süreye indirilmesi ve RCF tarafından finanse edilen ek şebeke kapasitesini kullanmayı planlayan şarj noktası operatörlerine veya MSA operatörlerine münhasırlığın uygulanmaması taahhüt edilmiştir.
- Gridserve 2021-2025 yılları arasında (2030'a kadar talepte beklenen önemli artışlardan önce) 200 milyon Sterlin'in üzerinde önemli yatırımlar yapacaktır. Daha önce Electic Highway'e ait olan ve devralmayla birlikte Gridserve'e geçen 50 kW hızlı şarj noktalarının neredeyse tamamı yeni teknolojiyle değiştirilecektir. Aynı anda şarj olabilen EV sayısı, iki katına çıkarılacaktır. Bu yatırım programı ultra hızlı elektrikli araç şarj noktalarına 100 milyon Sterlin'in üzerinde yatırımı da içermektedir.
- Uzun vadeli münhasır düzenlemeler devam ederken gelebilecek daha erken girişlere izin verilecektir. Üç MSA'nın alanında olabilecek yeni girişler, RCF finansmanı alan tüm tesislerde RCF tarafından finanse edilen ek kapasite çevrimiçi olacak ve en geç Kasım 2026'dan itibaren kullanıma hazır olacak. RCF ile finanse edilecek ortam kurulacak, asıl talebin arttığı 2030'da münhasırlık kalkacaktır.
- En geç 2023 başında uygulanmaya başlanılacak RCF'nin etkin şekilde yaygınlaştırmasını engelleyecek uzun vadeli münhasır düzenlemelerdeki engeller kaldırılacaktır.
- Tüm pazar katılımcıları, elektrikli otoyolun münhasırlığının ne zaman sona ereceğinin farkında olacak ve RCF finansmanı dahil olmak üzere buna göre plan yapabilecektir.
- Planlanan yatırımların Gridserve tarafından yakılmasını sağlayarak tüketicilere fayda sağlanacaktır. RCF'nin etkin bir şekilde yaygınlaştırılması, uzun vadeli münhasır düzenlemelerle engellenmeyecektir.

- Güçlü kaçınma önleme, raporlama ve uyum önlemleri alınacaktır.²¹

Fransa

Fransız Rekabet Otoritesi Autorité de la concurrence, 5 Mayıs 2023 tarihinde elektrikli araç şarj altyapısı sektörüne yönelik bir sektör incelemesi başlatmıştır. Sektör incelemesi kapsamında, elektrikli araç şarj altyapısının e-mobilitenin gelişimi için elzem olmasından yola çıkılarak potansiyel pazar sınırlarının belirlenmesi, çeşitli değer zinciri segmentlerinin rekabet dinamiklerini incelenmesi ve mevcut oyuncuların pozisyonlarını ile sözleşmeye dayalı ilişkilerini mercek altına alınması hedeflenmiştir. Ayrıca, otoyollar da dahil olmak üzere kamuya ait elektrikli araç şarj altyapısı ve toplu konutlardaki özel elektrikli araç şarj altyapısı gibi elektrikli araç kullanıcıları için önem taşıyan pazar segmentleri üzerinde daha detaylı bir analiz yapılacağı da ifade edilmiştir. Analizin, tüketicilere fayda sağlayan ve yeniliği teşvik eden rekabetçi ve dinamik bir pazar sağlayarak potansiyel rekabete aykırı uygulamaları ele almayı amaçladığı vurgulanmıştır.²²

Avrupa Birliği

Avrupa Komisyonu, 17 Nisan 2023 tarihinde Motorlu Araç Blok Muafiyet Tüzüğü'nün (MVBBER) süresini beş yıl daha uzatarak, MVBBER'in 31 Mayıs 2028 tarihine kadar geçerli olacağını duyurmuştur.²³ Ayrıca, otomotiv sektörüne yönelik Tamamlayıcı Kılavuz İlkeler, teşebbüslerin dikey anlaşmalarının AB rekabet kurallarına uygunluğunu değerlendirmelerine yardımcı olmak üzere revize edilmiştir. Bu güncellenen kılavuzlar aynı zamanda satış sonrası operatörlere, araç bakım ve onarımı için gereken ve araç tarafından üretilen verilere erişim hakkını da garanti altına almaktadır. Düzenlemenin uzatılması kararı Komisyonun, otomobillerin dijitalleşmesi ve elektrifikasyon trendleri gibi potansiyel pazar değişikliklerine zamanında reaksiyon gösterebilmesini amaçlamaktadır. Bu kapsamda Ek Kılavuzlarda aşağıdaki güncellemelerde yer almaktadır:

- » Araç sensörleri tarafından üretilen verilerin, bakım ve onarım hizmetleri sağlamak için hayati öneme sahip olabileceği vurgulanmıştır. Buna göre, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın (TFEU) 101. maddesi uyarınca yetkili ve bağımsız tamircilerin bu verilere eşit oranda erişimi sağlanmalıdır. Bakım ve onarım hizmetleri için gerekli teknik bilgilerin, otomobiller tarafından üretilen verileri de kapsayacak şekilde paylaşımıyla ilgili mevcut prensipler açıkça belirtilmiştir.
- » Araç tedarikçilerinin, potansiyel siber güvenlik endişeleri nedeniyle otomobiller tarafından üretilen veriler dahil olmak üzere girdileri saklama

²¹ CMA, Gridserve Kararı, Case no: 51050, 08.03.2022.

²² Autorité de la concurrence, *Opinion on electric vehicle charging infrastructure sector: The Autorité sends questionnaires to stakeholders*, 05.05.2023

²³ Avrupa Komisyonu, *Commission prolongs Motor Vehicle Block Exemption Regulation and updates the Supplementary Guidelines*, 17.04.2023.

hususunda orantılılık ilkesine uygun davranması gerektiği belirtilmiştir.

- » Otomobiller tarafından üretilen veriler gibi önemli girdileri, tedarikçiler tarafından bağımsız servis sağlayıcılara tek taraflı olarak erişiminin engellenmesi durumunda TFEU'nun 102. maddesinin uygulanabileceği vurgulanmıştır.

Japonya

Japonya Adil Ticaret Komisyonu 13 Temmuz 2023 tarihinde otoyollardaki elektrikli araç şarj hizmetlerine yönelik sektör araştırması raporunu yayımlamıştır. Söz konusu sektör araştırmasında, on yıl önce e-Mobility Power Corporation'ın ('eMP') otoyollarda elektrikli araç şarj istasyonu kurucusu olma kapasitesine sahip neredeyse tek şirket olduğu ve 31 Mart 2023 itibariyle kurulu elektrikli araç şarj istasyonlarının yaklaşık %98,7'si eMP'ye ait olduğu tespit edilmiştir.²⁴

Birkaç şirketin bağımsız olarak elektrikli araç şarj hizmetleri sağlayabildiği mevcut pazar ortamında, tek bir şirketin tüm otoyol şarj cihazlarına hakim olması durumunda inovasyonun ve pazar rekabetinin potansiyel olarak engellenmesi konusunda endişelerin ortaya çıktığı belirtilmiştir. Adil ve serbest rekabeti teşvik etmek için Japonya'nın rekabet politikası, otoyol şirketlerinin birkaç elektrikli araç şarj cihazı kurucusu arasından seçim yapmasını salık vermektedir. Bu yaklaşım, rekabet yoluyla kaynakların verimli kullanımını teşvik etmeyi, şirket canlılığını artırmayı, tüketici faydalarını artırmayı ve yeniliği teşvik etmeyi amaçlamaktadır. Ayrıca raporda, elektrikli araç şarj cihazı tedarikçileri ile otoyol şirketleri arasındaki münhasırlık anlaşmaların Japon Rekabet Yasası kapsamında risk teşkil edebileceği vurgulanmıştır. Bu değerlendirmeler Japonya'nın elektrikli araç şarj sektöründe pazar yoğunlaşmasını önleme konusundaki proaktif yaklaşımını ortaya koymaktadır.

İtalya

İtalya rekabet otoritesi AGCM, 14 Nisan 2023 tarihinde İtalyan enerji devi Enel'e elektrikli araç şarjı için rakipleri engellemeyi amaçlayan fiyatlandırma politikası yürüterek hakim durumunu kötüye kullandığı gerekçesiyle soruşturma başlatmıştır. Enel'in elektrikli şarj hizmetleri operatörlerine marj sıkıştırması uygulayarak hakim durumunu kötüye kullandığı iddiasıyla başlatılan soruşturmada AGCM, Enel'in kendi grup şirketleri dışında pazarda faaliyet gösteren teşebbüslere kendi şarj ağı noktalarına erişim için toptan fiyat talep ettiğini ve bu toptan fiyatın teşebbüslerin asgari karlılığına müdahalede bulunduğunu tespit etmiştir.²⁵

Almanya

Alman Rekabet Otoritesi Bundeskartellamt elektrikli araçlar için kamuya açık

²⁴ Japan Fair Trade Commission, Market Study Report on the Electric Vehicle (EV) Charging Service on Expressways, 13.07.2023.

²⁵ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Investigation Initiated Against Enel for Possible Abuse of Dominant Position in the E-Mobility Sector, 14.04.2023.

şarj altyapısına ilişkin sektör araştırmasına ilişkin ön bulgularını 12 Ekim 2021 tarihinde yayımlamıştır. Bundeskartellamt şarj istasyonları pazarında mevcut rekabetin yeterli olmadığı tespitinde bulunarak rekabetin, uygun fiyatların ve tüketiciler için çeşitli seçeneklerin teşvik edilmesine yardımcı olacağını belirtmiştir. Bu doğrultuda, kamu alanlarına erişimin ayrımcı olmayan bir şekilde sağlanması gerektiği ve bunun için de ihale usullerinin etkin bir şekilde kullanılması gerektiği ifade edilmiştir. Öte yandan mevcut durumda ihale usulünün yeterince kullanılmadığı ve bazı durumlarda kamu alanların doğrudan bir şirkete verildiğine değinilmiştir. Teşebbüslere yönelik ayrımcı uygulamaları engellemek adına yasal düzenlemelere ihtiyaç olduğu ifade edilmiştir.²⁶

²⁶ Bundeskartellamt, *Calls for More Competition in the Provision of Charging Electricity - Preliminary Findings of Sector Inquiry into Charging Infrastructure*, 12.10.2021.



İLAÇ

İlaç sektörü; önemli çeşitlilik ve miktarla üretim ve ihracat potansiyeline sahip, katma değeri yüksek, inovasyon gücü ve sağladığı istihdam ile ülke kalkınmasına katkıda bulunan, ulusal sağlık politikaları ve halkın sağlık hizmetlerine erişiminde merkezi bir rol oynayan, ülkemizin önemli sektörlerinden biridir.

Geçtiğimiz yıllarda dünyanın ana gündemi haline gelen Covid-19 salgını, küresel bir sağlık seferberliğini beraberinde getirmiş ve ilaç sektörünün önemi bir kez daha ortaya çıkmıştır. Covid-19 salgınının beraberinde getirdiği tedarik sorunları, tüketicilerin hastanelere gitmeye ilişkin çekinceleri ile değişen davranışları, kronik hastalıkların artışı ve teknolojik ilerlemeler ile ilaç sektörü hızla evrilmeye başlamış, değişim kaçınılmaz olmuştur. Türkiye’de de ilaç üretimi ve tedariki konusundaki stratejik kapasitesinin güçlendirilmesinin yanı sıra, biyoteknolojik ürünler ve aşı geliştirme alanlarında yatırımlar yapılmıştır.

Bu süreçte ilaç şirketleri rekabetçi kalabilmek ve hastaların ihtiyaçlarını karşılayabilmek adına yenilikçi ortaklıklar geliştirmek, dijital teknolojilere yatırım yapmak ve hasta merkezli bir yaklaşıma odaklanmak gibi yeni çalışma yöntemlerini değerlendirmektedir. Sağlık ve ilaç sektöründeki bir diğer yenilik ise hasta sonuçlarını iyileştirmek için giyilebilir cihazlar, hastaların kendi evlerinin rahatlığında bakım almalarını sağlayan hasta sağlığını izleyen ve tedaviyi takip eden dijital araçlar ve teletıp platformları gibi dijital teknolojilerin kullanılmasıdır.¹

Beşeri ilaç sektörü kamu sağlığını doğrudan etkilemesi, talebin fiyat esnekliğinin düşük olması ve yoğun düzenlemelere tabi olması sebebiyle diğer sektörlerden farklılaşmaktadır.² İlaç piyasalarındaki rekabet, Ar-Ge faaliyetleri, ruhsat gereklilikleri, sermayeye erişim, fikri mülkiyet hakları, fiyatlandırma düzenlemeleri, tanıtım çabaları, ticari riskler gibi birçok faktöre bağlıdır. İlaç sektöründe hastaların uygun fiyatlı ve yenilikçi temel ilaçlara erişiminin çok yüksek ve sürdürülemez fiyat seviyeleri ile sınırlandırılması, ilaç şirketlerinin aktif iş stratejileri ve ulusal hükümetlerin sınırlı pazarlık gücünün bir araya gelmesi nedeniyle bir takım rekabet endişeleri ortaya çıkmaktadır. Bu çalışmada, öncelikle ilaç sektöründe 2023 yılında gerçekleşen gelişmeler ve genel durum özetlenecek, devamında ilaç sektöründe ortaya çıkan rekabet hukuku riskleri örnek kararlar eşliğinde aktarılacaktır.

¹ KPMG, Sağlık ve İlaç Sektörel Bakış 2023,

² Ebru Özaktaş, ABD ve AB Uygulamaları Işığında İlaç Sektöründe Erteleme-İçin-Ödeme Anlaşmaları, 3

1. 2023 Yılında Türkiye İlaç Pazarı³

Türkiye; üretim teknolojisi, kapasitesi ve standartları itibarıyla oldukça gelişmiş bir ilaç sanayiine sahiptir. Türkiye, ülkedeki gelişmiş sağlık altyapısı, tanı ve tedavi imkanlarındaki gelişmeler, artan sağlık bilinci, aldığı göç ve hızlı nüfus artışı gibi faktörlerin etkisiyle ilaç sektörü için gelişmekte olan pazarlar arasında yer alan önemli ülkelerden biridir. Intercontinental Marketing Services (IMS) verilerine göre Türkiye; Brezilya, Çin, Meksika, Güney Kore, Rusya ve Hindistan ile birlikte gelişmekte olan 7 pazardan biri olarak değerlendirilmektedir.

Son 5 yılda %6,9 yıllık bileşik büyüme oranı ile büyüyen küresel ilaç pazarı, 2022 yılında önceki yıla göre %7,8 büyüme göstererek 1.448 milyar dolar satış hacmine ulaşmıştır. Ülkelerin 2022 yılı ilaç pazarı büyüklüklerine bakıldığında 643,1 milyar dolar ile ABD en büyük ilaç pazarına sahip ülke konumunda iken Türkiye, yaklaşık 7,7 milyar dolarlık ilaç pazarı büyüklüğü ile 22. sırada yer almaktadır. Türkiye ilaç pazarı, 2022 yılında yerel para birimine göre fiyat artışları ve pazara yeni giren ürün ve paketlerin etkisi ile %78,1 büyüme göstermesine rağmen, dolar bazında bakıldığında pazarın önceki yıla göre %4,8 daraldığı görülmektedir. Yerel para birimine göre bakıldığında yüksek büyüme oranı görülmesine rağmen ilaç pazarının dolarda daralmasının başlıca nedenleri, Türk lirasının döviz kuru karşısında gösterdiği hızlı değer kaybı ve ilaç fiyatlandırılmasında kullanılan sabit ilaç kurunun gerçek kura göre çok düşük seviyede kalmasıdır.⁴

Yine 2020-2022 yılları arasında ilaç pazarında kutu satışları %7,9 büyüme gösteren Türkiye, seçili ülkeler arasında kutu bazında en çok büyüyen ülke olmasına rağmen, dolar bazında pazarın daraldığı tek ülke olmuştur. Patent korumalı ilaçlar bakımından, Türkiye’de toplam ilaç pazarı değerinin yaklaşık %15’ini patent korumalı ürünler oluşturmakta ve 2022 yılı itibarıyla patent koruması devam eden ürünlerin tedavi alanlarına dağılımına bakıldığında, satış değerinin yaklaşık %57’si onkoloji, %20’si sindirim sistemi ve metabolizma alanındaki tedavilerden gelmektedir.⁵ Biyoteknolojik ilaçlar bakımından ise, Türkiye ilaç pazarında 2022 yılında satışı bulunan 124 adet referans biyoteknolojik ilaç ve 28 adet biyobenzer ilaç bulunmaktadır. Türkiye ilaç pazarının %16,6’sını biyoteknolojik ilaçlar oluştururken, bu oran OECD ülkelerinde ortalama %35,8 ve AB üyesi ülkelerde ortalama %29,9 olmuştur.⁶

İlaç endüstrisindeki yatırımlar bakımından ise; Türkiye’deki şirketler ilaç sektöründe 2020 yılında 69 milyon dolar, 2021 yılında 12 milyon dolar (DYY) doğrudan yabancı yatırım çıkışı gerçekleştirmiştir. Türkiye’de ilaç endüstrisine yapılan DYY ise 2019’da 111 milyon dolar, 2020’de 277 milyon dolar olarak

3 IQVIA, *Türkiye İlaç Sektörü Raporu 2023*

4 *ibid*, 16

5 *ibid*, 17

6 *ibid*, 20

gerçekleşmiştir ancak 2021’de 37 milyon dolar yabancı yatırımın ülkeden ayrıldığı görülmektedir.⁷

Türkiye ilaç endüstrisinde öne çıkan uluslararası yatırımlar;⁸

- » Abbvie yerel üretim projesi kapsamında göz sağlığı ürünlerinin üretimini Abdi İbrahim’in üretim tesisinde gerçekleştirecektir. Ticari üretime 2023 sonu veya 2024 başında başlanacağı belirtilen ve global teknoloji transferi sağlayacak yatırımın açıklanan değeri 20 milyon avrodur.⁹
- » Gilead, Pharmactive İlaç iş birliğiyle hepatit ve HIV alanlarında geliştirdiği yenilikçi ilaçlarını 2022 yılında Türkiye’de üretmeye başladı. Yerli üretim projesinin yatırım değeri 60 milyon dolar olarak açıklandı.¹⁰
- » GSK ve Abdi İbrahim iş birliğiyle, solunum yolu hastalıklarının tedavisinde kullanılan nebül üretimi yapılacak uluslararası standartlardaki Steril İnhalasyon Tesisi Aralık 2022’de faaliyete girdi. T.C. Cumhurbaşkanlığı Yatırım Ofisi’nin desteğiyle hayata geçirilen projenin yatırım tutarı 340 milyon TL.¹¹
- » Sanofi, 2023’te yerli üretim yatırımı ile 3 katmanlı tablet üretim teknolojisini Türkiye’deki üretim tesislerine getirerek, 6,5 milyon avro ithalatı yerleştirdi.¹²

Türkiye’de ilaç şirketleri portföylerini genişletmek, Ar-Ge faaliyetlerini güçlendirmek veya yeni pazarlara giriş yapmak amacıyla özellikle yenilikçi ilaç geliştirme üzerine odaklanan biyoteknoloji firmaları ile birleşme ve satın alma girişimlerinde bulunmaktadır.

YIL	HEDEF ŞİRKET	YATIRIMCI	HİSSE ORANI (%)	ANLAŞMA DEĞERİ (MİLYON DOLAR)
2012	Mustafa Nevzat İlaç	Amgen	95,6	669,2
2007	Eczacıbaşı Jenerik İlaç	Zentiva	75	606,5
2009	Eczacıbaşı - Zentiva Sağlık Ürünleri		25	193,1
2020	OM Pharma	Abdi İbrahim	28,5	549,0

7 OECD.Stat (2021), *Finansal DYY Akışları*, Erişim: Ağustos 2023.

8 *Ibid*, 23

9 *Hürriyet* (2023) Göz damlasını artık Türkiye’de üretecek, <https://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/gozdamlasini-artik-turkiyede-uretecek-42270752>

10 *Bloomberght* (2023) İlaç devinden Türkiye’ye 60 milyon dolarlık yatırım, <https://www.bloomberght.com/ilac-devinden-turkiye-ye-60-milyon-dolarlik-yatirim-2308442>

11 GSK (2022) GSK Türkiye ve Abdi İbrahim’den Solunum İlaçlarının Yerli Üretimi için Dev Yatırım, <https://tr.gsk.com/tr-tr/medya/basin-bultenleri/gsk-turkiye-ve-abdi-ibrahimden-solunum-ilaclarinin-yerliuretimi-icin-dev-yatirim/>

12 AA (2023) Sanofi Türkiye üroloji alanındaki yeni teknoloji transferini tanıttı, <https://www.aa.com.tr/tr/sirkethaberleri/saglik/sanofi-turkiye-uroloji-alanindaki-yeni-teknoloji-transferini-tanitti/680789>

2019	Sanovel İlaç	MCP - Morgan Stanley & CO LLC	30	200,0
2006	Biofarma İlaç	PILS - CVCI	100	200,0
2022	Gensenta (Önceki adıyla Mustafa Nevzat)	Eczacıbaşı İlaç	100	135,0
2011	Frik İlaç	Recordati	100	130,0
2015	Neutec Toplam Kalite	Takeda	100	121,4
2003	Fako İlaç	Actavis Grubu (Önceki adıyla Pharmaco)	89	60,0
2006			11	20,4
2008	Yeni İlaç	Recordati	100	60,0
2008	Monrol Nükleer Ürünler	Eczacıbaşı İlaç	50	43,4
2008	Frik İlaç	İş Girişim Sermayesi	17	15,3

Görüldüğü üzere 2012 yılında Mustafa Nevzat ilaç'ın ABD merkezli ilaç şirketi Amgen tarafından 669 milyon dolara satın alınması, Türkiye ilaç sektörü tarihinde gerçekleşen en yüksek değerli anlaşma olmuştur. Son dönemde Gensenta ilaç ismini alan Mustafa Nevzat ilaç, 2022 yılında 135 milyon dolar değerindeki satın almayla birlikte Eczacıbaşı grubuna dahil olmuş¹³, ilgili işlem Rekabet Kurulu kararına da konu olmuştur. Kurul yapmış olduğu değerlendirmede, işlem tarafı teşebbüslerin Türkiye'de; A02B-anti ülser ilaçları, A04A- mide bulantısının önlenmesi, C08A- anti hipertansifler, D07B- topikal kortikosteroid kremleri, G04D- idrar inkontinansi ilaçları, J01D- sefalosporin grubu antibiyotikler, L01B- onkoloji ilaçları, L02B- androjen baskılayıcısı onkoloji ilaçları, M01A- ağrı kesiciler, M03A- kas gevşeticiler, N05A- antipsikotik ilaçlar, N06A- antidepresan ilaçlar, V03X- vitamin, mineral ve takviye edici gıdalar, D01A- cilt mantarı ilaçları ATC-3 sınıflarında yatay olarak örtüşüklerini tespit etmiş ve her sınıf bakımından ayrı bir değerlendirme yaparak işlem taraflarının pazar payının düşüklüğü, güçlü birçok rakibin varlığı ve çok sayıda teşebbüsün faaliyet göstermesi birlikte ele alındığında işlem sonucunda ilgili pazarda etkin rekabetin önemli derecede azalmayacağı kanaatine varmıştır.¹⁴

2. İlaç Sektöründe Pazar Yapısı ve Sektörün Özellikleri

ilaç sektörü, sağlık hizmetlerinin bir parçası olmasından dolayı diğer sektörlerden; yoğun regülasyon altında olması, doktorlar, hastalar ve diğer piyasa aktörleri arasındaki bilgi asimetrisi ve talepten ve hizmet sunumu kalitesinden

¹³ IQVIA, Türkiye İlaç Sektörü Raporu 2023

¹⁴ Rekabet Kurulu kararı - 13.10.2022, 22-47/679-289

kaynaklanan belirsizlik gibi özelliklerle ayrılmaktadır. Bununla birlikte ilaç sektöründe fikri mülkiyet hukukunun belirleyici rolü ve benzeri unsurlar, ilaç sektörünü sağlık sektöründen ayırmaktadır¹⁵.

Sektör, arge çalışmalarının ve tanıtım faaliyetlerinin oldukça yoğun olduğu bir yapıya sahiptir. Sektörün arge çalışmalarına harcanan bütçelerin büyüklüğü ile tanınması göz önüne alındığında, pazara giriş için gerekli finansal güç bir giriş engeli olarak görülmektedir. Bununla birlikte sektörde fikri mülkiyetin oldukça güçlü bir şekilde korunması, pazara giriş engellerini azaltmaktadır. Zira yeni bir ilaçla pazara girmek isteyen firma, patent hakları ile diğer firmalara karşı korunmakta ve patent korumasının sona ereceği zamana kadar pazarda önemli bir büyüklüğe ulaşabilmektedir. Bu kapsamda ilaç sektöründe iki tip üretici bulunduğu değerlendirilmelidir. Bunlar yeni ilaç geliştiren ve geliştirilen ilacı ilk kez piyasaya süren orijinal üretici firmalar ile, patent koruma süresi dolan ilaçları hukuka uygun olacak şekilde içeriğini kopyalayarak, orijinal ilaç ile eşdeğerde olduğunu kanıtlayan ve piyasaya süren jenerik ilaç firmalarıdır.

Orijinal ilaç üreticileri arge faaliyetlerine odaklanarak kendi geliştirdiği ilaçların üretimini ve tanıtımını yapmakta olup daha küçük ölçekli jenerik ilaç üreticileri ise başarılı olan orijinal ürünün fikri mülkiyet korumasının sona ermesiyle orijinal ürünün jeneriği ile pazara dahil olmaktadır. Bu noktada patent korumasının süresi ise, orijinal ilaç üreticileri ile jenerik ilaç üreticileri arasındaki anlaşmalara, orijinal üreticinin kendi jeneriğini üretmesine ve jenerik ilaçlara ilişkin kamu politikalarına göre değişkenlik gösterebilmektedir¹⁶. Bir ilacın patent alabilmesi için ise; yeni olması, buluş basamağı içermesi ve endüstri için uygulanabilir olması koşullarını sağlaması gerekmektedir¹⁷. Patent koruması hususunun yanı sıra jenerik ilaçların pazara girişleri; karlılık beklentilerine, patent koruması öncesi pazar büyüklüğü, hastalık tipi, rekabet halindeki ürün sayısı, hastane satış oranları ve terapötik pazar olup olmadığına göre değişkenlik göstermektedir¹⁸.

ilaç sektöründe dağıtım seviyesinde ise toptan satıcı konumunda ecza depoları bulunmaktadır. Ecza depoları, üretici ya da sağlayıcı firmalar ile perakende satış arasındaki kanal olup ilaçların dağıtılması ve lokal olarak depolanması faaliyetini gerçekleştirmektedir. Faaliyetleri itibarıyla iki tür ecza deposu bulunmaktadır. Bunlardan ilki perakende seviyede olan eczanelere yönelik satış yapan ecza depoları, ikincisi ise hastane ihalelerine giren ecza depolarıdır. Genel segmentasyon bu şekilde olsa da her iki alanda faaliyet gösteren ecza depoları da bulunmaktadır. Eczanelere satış yapan ecza depoları açısından pazarların genellikle az sayıda büyük oyuncudan oluşan yoğunlaşmış pazarlar olduğu görülmektedir.

15 *Rekabet Kurumu, İlaç Sektör Raporu, Nisan 2013*

16 *Avrupa Komisyonu, İlaç Sektöründe Rekabet Uygulaması, 2009*

17 *Avrupa Komisyonu, 2009*

18 *Moreno-Torres: "Regüle İspanyol İlaç Pazarına Genel Giriş", 2009*

İlaç sektörüne ilişkin olarak rekabet hukuku değerlendirmelerinde yer alan ilgili pazar analizlerinde, ATC sınıflandırması esas alınmaktadır. ATC sınıflandırılmasında ürünler etkili oldukları ve tedavi ettikleri organlara veya sistemlere, terapötik (tedavi ediciliği), farmakolojik (ilacın yapısı ve etkisi) ve kimyasal özelliklerine göre gruplandırılmakta olup bu gruplar 16 temel kategoriden oluşmaktadır. Her bir kategoride genelden özele doğru sıralanan dörder seviye bulunmaktadır. Kategorinin birinci seviyesi (ATC-1) en genel, dördüncü seviyesi (ATC-4) ise en detaylı olanıdır. Pazar tanımı çoğunlukla, ilacın tedavi edici özelliklerine veya kimyasal yapısına dayanan ATC-3 sınıflandırmasına göre yapılmakta iken, incelemenin gerektirdiği durumlarda pazarın etkin madde ya da ATC-4 bazında daha dar tanımlanması da mümkündür¹⁹.

3. İlaç Sektöründe Rekabet Hukuku Riskleri

Ülkemizde ve dünyada ilaç piyasalarında meydana geldiği gözlemlenen ve rekabet hukuku açısından incelemelere konu olan davranışlar aşağıdaki şekilde sıralanabilir:

- » İlaç üreticileri arasındaki fiyat belirleme anlaşmaları,
- » Belirli ilaçlar bakımından aşırı fiyatlama,
- » Jenerik ilaç üreticilerinin pazara girmemesi ya da geç girmesi amacıyla orijinal ilaç üreticileri ile jenerik ilaç üreticileri arasında yapılan anlaşmalar (reverse payment, pay for delay anlaşmaları),
- » Jenerik ilaç üreticilerinin pazara girişinin engellenmesi amacıyla orijinal ilaç üreticilerinin mevcut ilaçların yeni versiyonlarını yeni bir isim altında satışa sunması (product-hopping),
- » Jenerik ilaç üreticilerinin biyodenklik testi için gerekli olan ilaç numunelerine erişimlerinin orijinal ilaç üreticileri tarafından engellenmesi,
- » Belirli ilaç ya da ilaç gruplarında hâkim durumda bulunan ilaç üreticileri tarafından alıcılarla yapılan sözleşmelerde yer alan dışlayıcı indirim sistemleri ve münhasır alım koşulları,
- » İlaç üreticilerinin ecza depolarına mal vermeyi reddetmesi,
- » Biyoeşdeğer ilaç üreticilerinin pazara girişlerini zorlaştırıcı uygulamalar,
- » Sektörde gerçekleşen birleşme/devralmalarda inovasyon unsurunun korunmasına dönük rekabet müdahaleleri (ar-ge birimlerinin ayrıştırılması),
- » İlaç üreticileri ile ecza depoları arasında başta münhasırlık hükümleri olmak üzere çeşitli rekabet kısıtlamaları barındıran dikey anlaşmalar,
- » Ecza depolarının eczanelerle yapılan tedarik konusunda kendi aralarında anlaşması,
- » Eczane seviyesinde yer alan mesleki örgütlerin, üyelerinin ticari kararlarına müdahale niteliğindeki uygulamaları,
- » Meslek örgütlerinin çeşitli nedenlerle ilaç üreticilerine bazı eczanelere ürün vermemesi konusunda baskı yapması,

¹⁹ Rekabet Kurulu kararı, 12.12.2019, 19-44/732-312

- » İlaç üreticileri ile eczaneler arasında yapılan dikey anlaşmalar,
- » Meslek örgütlerinin eczanelere bazı ilaç firmaları için boykot çağrılarında bulunması.

Bu kapsamda aşağıda öncelikle Rekabet Kurumu ve diğer rekabet otoritelerinin ilaç sektörüne bakış açısını yansıtmaları bakımından önem arz eden özellikli kararlara değinilecek, ardından ilaç sektöründe ortaya çıkabilecek rekabet hukuku riskleri bakımından 2023 yılı içerisinde rekabet otoriteleri tarafından en çok değinilmiş olan konular örnek kararlar eşliğinde aktarılacaktır

4. Sektöre İlişkin Geçmiş Yıllardaki Önemli Kararlar

» Rekabet Kurumu – Sanofi Kararı²⁰

Rekabet Kurulu, Sanofi Aventis İlaçları Ltd. Şti.’nin ilaç dağıtım pazarında küçük ölçekli ecza depolarını pazar dışına çıkarmaya yönelik uygulamalarda bulunarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 6. maddesini ihlal ettiği iddiasını incelediği kararında, teşebbüsün 30 ayrı etken maddeli ilaç pazarlarında %100 hakim durumda bulunduğunu ve Mart 2008 tarihinde yürürlüğe koyduğu satış koşulları aracılığıyla ilaç sektörünün toptan dağıtım aşamasındaki rekabeti bozduğunu değerlendirerek teşebbüs hakkında idari para cezası verilmesine karar vermiştir.

Kurul, Sanofi Aventis’in daha önce farklı ilaç grupları için 60 ila 180 gün olarak uyguladığı vade sistemini 1.3.2008 tarihi itibarıyla değiştirdiği ve ecza depolarının aylık 250.000 YTL’nin altındaki alımlarında uyguladığı vadeyi 15 gün ile sınırladığı uygulamasını değerlendirmiş ve;

- Birçok ilaç grubunda önemli paya sahip olan Sanofi Aventis firmasından ilaç tedarik edilememesinin depoları zor durumda bıraktığını,
- Sanofi Aventis’in soruşturma konusu uygulaması, doğrudan piyasa yapısını değiştirmeye yönelik, serbest piyasa koşullarının olmazsa olmazı niteliğindeki pazara girişleri sınırlayan ve piyasa mekanizmasıyla bağdaşmayan yapay bir müdahale ile önemli sayıda deponun pazardan çıkışına yol açacak bir nitelik arz ettiğini,
- Uygulamanın devamı ve -kuvvetle muhtemel- diğer ilaç üreticisi firmalarca takip edilmesi halinde ortaya çıkacak piyasa yapısı, doğal bir işleyişin sonucu değil, hakim durumdaki firmaların piyasaya müdahalelerinin bir neticesi olacağını,

tespit ederek soruşturmaya konu satış koşullarının tüm depoların Sanofi Aventis ürünlerine ulaşmasının engellenmesine yönelik olduğu sonucuna ulaşmıştır.

20 Rekabet Kurulu kararı - 20.4.2009, 09-16/374-88

» Rekabet Kurumu - GSK – Bilim İlaç Kararı²¹

Rekabet Kurulu, GSK'nın üreticisi ve dağıtıcısı olduğu Seretide markalı ürünün münhasır tanıtım hakkına yönelik Bilim İlaç ile imzalanan "İşbirliği Sözleşmesi"ne muafiyet tanınması talebini incelediği kararında sözleşmeye 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan şartların tamamını karşılması nedeniyle bireysel muafiyet tanınmasına karar verdi.

Sözleşmede; BİLİM İLAÇ'ın Sözleşme süresince, Seretide ile aynı etkin maddeyi ihtiva eden rakip ürünleri pazarlamayacağı, tanıtmayacağı, satma ve/veya dağıtma hakkına sahip olmayacağı hükme bağlanmıştır. Kurul yapmış olduğu değerlendirmede;

- Bilim İlaç'ın sözleşme konusu Seretide ile rekabet halinde olan Ventefor Combi adlı ATC-3 sınıfındaki jenerik ürünün üreticisi olması nedeniyle grup muafiyetinden yararlanamayacağı,
- Seretide'nin tanıtımının daha düşük bir maliyetle BİLİM İLAÇ tarafından gerçekleştirilecek olmasının, GSK açısından, mevcut kaynakların ağırlıklı olarak Relvar Ellipta ve Anoro markalı ürünlerin tanıtımına ayrılabilmesi ve tanıtım harcamalarının azaltılmasıyla ortaya çıkacak kaynakların bir kısmının fiyat rekabetine yönlendirilebileceği göz önünde bulundurularak 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bendinde belirtilen koşulların sağlandığı değerlendirilmiştir.

Diğer yandan Kurul kararında şu değerlendirmelere yer verilmiştir;

"Beşeri ilaç piyasasında rakipler arası yapılan bazı anlaşmalar, örtülü bir işbirliğinde rekabet karşıtı getirinin taraflar arasında paylaşılmasına hizmet edebilmektedir. Bunun en yaygın örneklerinden biri, orijinal ilaç tedarikçisinin, jenerik ilacı piyasaya sunmaması karşılığında, jenerik ilaç tedarikçisine çıkar sağlamasıdır. Bu bedelin doğrudan karşı tarafa ödenmesi halinde, bu durumun tespit edilmesi görece kolay ve rekabet kuralları karşısında savunulması zor olacaktır. Bu nedenle, esas ilişkinin masum görünen bir anlaşmanın arkasına gizlenmesi tercih edilebilmektedir. Yukarıda belirtilen endişe gözetilerek, BİLİM İLAÇ'ın ilgili ATC-3 sınıfında yeni bir ürün geliştirmekte olup olmadığı ve geri çekilenler de dahil olmak üzere yeni bir ruhsat başvurusunda bulunup bulunmadığı sorusuna istinaden taraflardan gelen cevabi yazıda; bu yönde herhangi bir çalışmanın ve başvurunun söz konusu olmadığı belirtilmiştir. Bu bilgiye göre, sözü edilen ikinci endişenin de mevcut dosya bakımından geçerli olmadığı sonucuna ulaşılmıştır."

Bu çerçevede, Bilim İlaç'ın ilgili ATC-3 sınıfında yeni bir ürün geliştirmede geri çekilenler de dahil olmak üzere yeni bir ruhsat başvurusunda bulunmadığı teyit edildikten sonra başvuruya muafiyet tanınmıştır.

21 Rekabet Kurulu kararı - 13.03.2017, 17-10/119-54

İlgili karar Kurul'un jenerik rekabetine yaklaşımı bakımından önemli tespitler içermektedir. Kararda rakipler arasındaki anlaşmaların arkasında, farklı amaçlı bir anlaşmanın gizlenebileceği açıkça dile getirilmiştir. Görüldüğü üzere Kurul'un erteleme-ödeme anlaşmalarına yaklaşımı 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 4. ve 6. maddesi kapsamında incelenen dosyalardan ziyade Kanun'un 5. maddesi kapsamında ele alınan muafiyet dosyaları çerçevesinde ortaya çıkmaktadır.

» **Rekabet Kurumu – Roche Kararı**²²

Rekabet Kurulu, Roche Müstahzarları Sanayi A.Ş'nin, beşeri ilaçların serbest eczanelere ve özel hastanelere dağıtımında mevcut durumda çalışılan 30'dan fazla ecza deposu sayısının 5 ila 10 arasında sınırlandırılması ve bu depolar dışındaki depolarla çalışılmamasına muafiyet verilmesi talebini incelediği kararında;

- Ecza depoculuğu alanında yoğunlaşmanın fazla olduğu,
- Küçük ölçekli ecza depolarının bulunmadığı bir pazar yapısında bazı eczanelerin faaliyet göstermesinin zorlaşacağı,
- Uygulama ve akabinde ortaya çıkabilecek olası uygulamalar nedeniyle pazarın uzun süre belirli teşebbüslerin kontrolünde kalabileceği,
- Tüm ürünleri dağıtabilen az sayıdaki ecza deposunun eczacıların alımlarını daha yüksek oranda kendilerine kaydırabilmek amacıyla paket alımları cazip hale getirmek için bağlama/sadakat indirimi yöntemine başvurabileceği,
- Mevcut duruma göre çok daha az sayıda (5-10 arasında) deponun bulunduğu ve rekabet seviyesinin azaldığı bir yapıda, ulusal jenerik ilaç üreticileri ile daha küçük ölçekli orijinal ilaç üreticileri bakımından ürünlerini eczanelere ulaştırmanın maliyetinin artacağı,
- Sözleşmenin özellikle küçük ve orta ölçekli ecza depolarının faaliyetlerini zorlaştırabilecek, bu depoların pazardan çıkması ve/veya yeni girişlerin olmaması halinde pazarlardaki yoğunlaşma düzeyini artırabilecek nitelikte olduğu,

değerlendirilerek menfi tespit ve bireysel muafiyet verilemeyeceğine karar verilmiştir.

» **Rekabet Kurumu – BAYER Kararı**²³

Rekabet Kurulu, BAYER ile MEDİFAR Ecza Deposu arasında MEDİFAR'ın tüm Türkiye sınırları içerisinde yer alan devlet ve üniversite hastaneleri için Kamu

22 *Rekabet Kurulu kararı - 12.12.2019, 19-44/732-312*

23 *Rekabet Kurulu kararı - 28.07.2020, 20-36/488-214*

İhale Kanunu hükümlerine uygun düzenlenecek ihaleler ile doğrudan temin kapsamında yapılacak satın alımlar için Sözleşme konusu BAYER ürünleri olan Gadovist, Ultravist ve Urografin bakımından münhasıran yetkilendirilmesine ilişkin akdedilen İhale Satış Sözleşmesi'ne muafiyet tanınması talebini incelediği kararında;

- İlaç üreticilerinin ecza depolarıyla münhasıran çalışmaması durumunda, bu üreticiler arasında şeffaflığın artması ve koordinasyon riskinin doğması risklerinin oluşabileceği,
- Bir ecza deposunun, birbirine rakip olan aynı etken maddeli iki farklı ürünün de üreticisi ile çalışması halinde ihalelerde her iki ürün için de rekabetçi fiyat teklifi sunmayarak ilgili pazardaki ürün çeşitliliğini ve arzını etkileyebileceği,
- Rekabet etmeme yükümlülüğü olmadığı takdirde rakip ürünlerin ihalelerden dışlanabileceği,
- Bu çalışma sistemi ile hastaların ilaca daha hızlı ve eksiksiz olarak ulaşabilmesi sağlanarak dağıtım ağı, lojistik kapasitenin daha etkin bir şekilde kurulması ve güçlü stok yapısı ile acil taleplerin en kısa sürede sonuçlandırılması mümkün olabileceği,

değerlendirmelerinde bulunarak ilgili sözleşmeye bireysel muafiyet tanınması karar vermiştir.

» **Hollanda Rekabet Otoritesi - AbbVie Kararı**²⁴

ACM, AbbVie'nin Humira'da kullandığı aktif bileşen "adalimumab"ın patentinin sona erip ilaç üreticilerinin ilacın aktif içeriğinin jenerik varyantlarını üretmelerine ve biyobenzerlerinin pazarlamasına izin verilmesinin ardından pazardaki konumunu korumak için (i) hastanelerin hastalarının Humira'yı kullanmaya devam etmesine ve (ii) biyobenzer ilaçlara geçmemeleri şartıyla hastanelere indirim yapmaya başlaması iddialarını incelediği kararında eski patent sahibi AbbVie'nin biyobenzer üreticilerin pazara girmesini zorlaştırmaya çalıştığı sonucuna varmıştır.

2018'in sonlarında, AbbVie'nin Humira'da kullandığı aktif bileşen "adalimumab"ın patenti Hollanda'da sona ermiştir. Patent süresi dolana kadar, Hollanda'daki tüm ilaçlar arasında en yüksek ciroya sahip olan bu ilaç yaygın olarak romatizma, sedef hastalığı ve Crohn hastalığı için reçete edilmiştir. İlacın patent süresinin dolmasından sonra, ilaç üreticilerinin ilacın aktif içeriğinin jenerik varyantlarını üretmelerine ve biyobenzerlerinin pazarlamasına izin verilmiştir. Bunun üzerine AbbVie, pazardaki konumunu korumak için has-

24 Hollanda Rekabet Otoritesi kararı - 24.09.2020

tanelerin hastalarının Humira'yı kullanmaya devam etmesine ve biyobenzer ilaçlara geçmemeleri şartıyla hastanelere indirim yapmaya başlamış ancak ACM 2019 yılında, AbbVie'nin 2018'de hastanelere sunduğu indirimlerle ilgili bir soruşturma başlatmıştır.

AbbVie ihlal iddialarını kabul etmemekle birlikte şu taahhütlerde bulunmuştur:

- AbbVie, ticari sözleşmelerinde, münhasıran AbbVie'den satın alma yükümlülüğü veya benzer etkiye sahip olabilecek herhangi bir madde içermemesini sağlayacaktır.
- AbbVie, hastanelerle olan "adalimumab" sözleşmesindeki karşılıklı fesih hükmünü kaldırarak hastane sözleşmeyi ihlal etmeden fesih hakkını kullanamayacaktır.
- AbbVie, hastanelere ve diğer alıcılara rakipler tarafından yapılan teklifler ve / veya fiyatları hakkında soru sormamayı içeren satın alma prosedürlerinde uygun ve etik davranışa odaklanarak uyumluluk politikası ve uyumluluk eğitimini güçlendirecektir. Uyum eğitimi yılda en az bir kez verilecektir.

Bu taahhütleri yeterli bulan ve uygulama sürecini izleme kararı alan ACM, bu şekilde hastanelerin, hastaların ve sigortalıların biyobenzerler pazarına giriş fırsatlarından yararlanmasına imkan sağlayacağı kanaatine ulaşmıştır.

» AVRUPA KOMİSYONU – Aspen Soruşturması²⁵

Avrupa Komisyonu tarafından yürütülen soruşturma kapsamında, global bir ilaç şirketi olan Aspen, altı kanser ilacı için Avrupa'daki fiyatlarını düşürmeyi ve bu patent dışı ilaçların önemli bir süre boyunca tedarikinin devam etmesini sağlamayı taahhüt etmiştir. Komisyon, 2017 yılında yaptığı soruşturmada, Aspen'in Avrupa'daki kanser ilaçlarının satışından fiyatlarını kademeli olarak artırarak ilaçların maliyetlerinin neredeyse %300 oranında aşarak çok yüksek kar elde ettiğini tespit etmiştir. Ek olarak, Komisyon, bu ilaçların 50 yıldır patent dışı kaldığı için bu karın hiçbir meşru sebep olmadan elde edildiğini, dolayısıyla herhangi bir Ar-Ge ücreti ödenmediğini belirtmiştir. Aspen ayrıca, ulusal makamlar fiyat artışına direnmeye çalıştığında, ilaçları ulusal geri ödenbilir ilaçlar listesinden geri almakla tehdit etmiştir. Komisyon'un rekabetçi endişelerine karşılık olarak Aspen;

- Avrupa çapında altı kanser ilacının fiyatlarını yaklaşık %73 oranında düşüreceğini;
- İndirimli fiyatlar, Aspen'in önümüzdeki 10 yıl için talep edebileceği mak-

²⁵ Avrupa Komisyonu kararı, 10.02.2021

simum fiyatlar olacağına ve 1 Ekim 2019 itibarıyla yürürlüğe girmeye başlayacaklarına,

- Önümüzdeki 5 yıl boyunca ilaçların tedarikini garanti edeceğine ve 5 yıllık bir süre boyunca ya tedarik etmeye devam edeceğine ya da pazarlama ruhsatını diğer tedarikçilere sunacağını,

taahhüt etmiş olup Komisyon, Aspen'in nihai taahhütlerinin rekabet endişelerine hızlı, kapsamlı ve kalıcı bir çözüm sunduğunu ve bu nedenle bunları yasal olarak bağlayıcı hale getirdiğini belirtmiştir.

» Roche – Novartis Kararları

Roche AG ve Novartis AG firmalarının göz hastalıklarında kullanılan Avastin ve Lucentis isimli ilaçlardan daha pahalı olan Lucentis'in kullanımını yaygınlaştırmak ve Avastin'in endikasyon dışı kullanımını caydırma ve sınırlandırma amacıyla kartel faaliyetinde bulunarak haksız kazanç elde ettiği iddiası, birçok rekabet otoritesi kararına konu olmuştur.

Avastin (tümörlü hastalıkların tedavisi için ruhsatlı) ve Lucentis (göz hastalıklarının tedavisi için ruhsatlı), Hoffmann-La Roche grubuna ait bir şirket olan Genentech tarafından geliştirilen ilaçlardır. Genentech, Lucentis'in ticari kullanımını bir lisans anlaşması yoluyla Novartis grubuna devrederken, Hoffmann-La Roche Avastin'in pazarlama ve satış hakkına sahiptir. Her iki ilacın etken maddesi benzer olsa da (farklı şekillerde geliştirilmiş olsa da), Avastin, Lucentis yerine önemli ölçüde daha düşük fiyatı nedeniyle göz hastalıklarının tedavi etmek için sıklıkla endikasyon dışı (bir ilaç kurumu tarafından yetkilendirilmeden) kullanılmıştır.

- İtalyan rekabet otoritesi, 2014 yılında Novartis ve Hoffmann-La Roche'un Avastin'i Lucentis'ten -kendi kazanç beklentileri doğrultusunda Lucentis'in satışlarını artırmak için Altuzan'ın oftalmik kullanımının güvenliği ile ilgili endişeleri artırma ve yaygınlaştırma amacıyla gizli anlaşma yaptıklarını tespit etmiştir.²⁶ Anlaşma, talebi daha pahalı olan Lucentis'e kaydırmak için oftalmolojide kullanılan Avastin'in güvenliğine ilişkin endişeleri artıran bilgileri yaymayı amaçlamıştır. İtalyan rekabet otoritesine göre, bu yasadışı gizli anlaşma birçok hastanın tedaviye erişimini engelleyebilmiş ve İtalyan sağlık sistemine sadece 2012 yılında 45 milyon Euro tutarında ek harcama yaptırmıştır. Otoritenin kararına karşı ikinci derece temyiz prosedüründe, İtalyan Danıştay, ABİHA'nın 101. Maddesinin yorumlanmasına ilişkin çeşitli sorularla ilgili olarak Adalet Divanına bir ön başvuru göndermiştir. Adalet Divanı verdiği cevaplarda, diğer hususların yanı sıra, (i) prensip olarak, endikasyon dışı kullanılan bir ilacın bu kullanım için ruhsatlandırılmış ilaçlar-

26 İtalyan Rekabet Otoritesi kararı – 27.02.2014

la rekabet ediyor olarak değerlendirilebileceğini ve (ii) endikasyon dışı bir ilacın güvenliğine ilişkin yanıtıcı bilgilerin yetkililere, tıp uzmanlarına ve halka iletilmesinin amaç bakımından rekabetin kısıtlanması teşkil edebileceğini açıklığa kavuşturmuştur. Bu başvurunun ardından, İtalyan Danıştay'ı 2019 yılında NCA'nın kararını onamıştır.

- Aynı ilaçlarla ilgili olarak Fransız rekabet otoritesi, 2020 yılında Novartis, Roche ve Genentech'e toplam 444 milyon Euro para cezası vermiştir.²⁷ Ancak Fransız rekabet otoritesi bu dosyada rekabete aykırı bir anlaşma değil, bu üç teşebbüsün Avastin'in endikasyon dışı kullanımını engelleyerek Lucentis'in konumunu ve fiyatını korumayı amaçlayan kolektif hakim durumlarını kötüye kullandıklarını tespit etmiştir. Otorite, Novartis'in Avastin'i, aynı amaçla Lucentis ile karşılaştırıldığında endikasyon dışı kullanımıyla ilişkili riskleri haksız yere abarttığı için kötülediğini tespit etmiştir. Bu iletişim kampanyası, endikasyon dışı kullanımı itibarsızlaştırmak amacıyla oftalmologları, hasta derneklerini ve genel kamuoyunu hedef almıştır. Ayrıca Otorite, Novartis, Roche ve Genentech'in engelleyici davranışlarda bulunarak ve bu konuda yanıtıcı bilgiler yayarak Fransız sağlık otoritesinin bu endikasyon dışı kullanımı teşvik etme girişimlerine haksız yere müdahale ettiklerini tespit etmiştir. 2023 yılında Paris Temyiz Mahkemesi tarafından yapılan değerlendirmede ise, ilgili teşebbüslerin Avastin isimli ilacı kötüleme amacıyla hareket etmedikleri ve Fransız sağlık kuruluşlarına yanıtıcı nitelikte bilgi verdiklerinin kabul edilemeyeceği ifade edilmiş; teşebbüslerin hakim durumlarını kötüye kullanmadıklarına karar verilmiştir.²⁸
- Aynı dosya Rekabet Kurulu kararına da konu olmuştur.²⁹ Kurul yapmış olduğu değerlendirmede; Taraflar arasındaki ticari ilişkilerin, Türkiye beşeri ilaç piyasasına da yansımış olan global stratejinin iktisadi temellerini oluşturduğunu,
 - ROCHE'un kendi ürününün rakibi olan ve üstelik çok daha yüksek fiyatlı olan Lucentis'in satışlarından ciddi düzeyde gelir elde ettiği,
 - Avastin hakkında yanlış bilgilendirilmesi suretiyle göz içine uygulanan anti-VEGF moleküller pazarının ve dolaylı olarak bu pazardaki müşterilerin paylaştığı,

Sonuçlarına ulaşarak Novartis'e yaklaşık 165 milyon TL ceza uygularken Roche'a yaklaşık 113 milyon TL ceza uygulamıştır.

İtiraz üzerine Ankara 13. İdare Mahkemesi'nin 30.12.2022 tarihli kararı ile ilgili teşebbüslerin uyumlu eylemde buldukları hususunun yeterli açıklıkta ortaya konulamadığı, uyumlu eylem suretiyle kartel nitelemesinin yapılabilmesi

27 Fransız Rekabet Otoritesi kararı – 09.09.2020

28 Paris Temyiz Mahkemesi kararı – 16.02.2023

29 Rekabet Kurulu kararı - 21.01.2021, 21-04/52-21

için gerekli ispat standardının sağlanmadığı ve dosyada mevcut bilgi ve belgelerin kartelin varlığını ispata yer olmadığı değerlendirilerek Rekabet Kurulu kararını iptal etmiştir.

- Belçika rekabet otoritesi de 24.01.2023 tarihli kararı ile aynı gerekçeyi izleyerek Novartis'e Roche grubu ile birlikte sahip olduğu kolektif hakim durumunu kötüye kullandığı gerekçesiyle 2,78 milyon Euro para cezası vermiştir.³⁰

5. 2023 Yılında Alınan Önemli Kararlar ve Gelişmeler

» AVRUPA KOMİSYONU – AB Antitröst ve Birleşme Kurallarının İlaç Sektöründe Uygulanmasına İlişkin Rapor Yayınlandı³¹

Avrupa Komisyonu, Komisyon ve ulusal rekabet otoriteleri tarafından AB antitröst ve birleşme kurallarının ilaç sektöründe uygulanmasına ilişkin genel bir bakış sunan ve Ocak 2019'da yayınlanan ve 2009-2017 yıllarını kapsayan bir önceki raporu takip eden yeni bir rapor yayınladı.

Raporda, rekabet politikasının ve ilaç sektöründeki uygulama faaliyetlerinin etkili olabilmesi için, çeşitli paydaşları içeren özel talep ve arz yapısı ve farklı Üye Devletlerdeki kapsamlı yasal ve düzenleyici çerçeve gibi bu sektörün özelliklerini ve bunun sonucunda ortaya çıkan rekabet dinamiklerinin dikkate alınması gerektiği değerlendirilmiştir. Bu kapsamda Komisyon, ilaçları ve belirli tıbbi ürünleri kapsayan bu raporu, 27 AB Üye Devletinin ulusal rekabet otoriteleri ile işbirliği içinde hazırlamıştır.

Rapor temel olarak; (i) Komisyon ve ulusal rekabet otoriteleri tarafından ilaç sektöründe rekabet hukukunun uygulanmasına ilişkin genel bir bakış (bölüm 2), (ii) ilaç sektöründeki rekabet değerlendirmesini şekillendiren temel özelliklerin açıklaması (bölüm 3), Covid-19 krizi dönemlerinde rekabet hukukunun teşebbüsleri ve tüketicileri nasıl koruduğuna dair bir açıklama (bölüm 4) ve (iii) antitröst ve birleşme incelemelerinin analizi yoluyla, rekabet hukuku uygulamalarının uygun fiyatlı ilaçlara (bölüm 5) ve ilaç ve tedavilerde yenilik ve seçeneklere nasıl katkıda bulunduğu örneklenmesi (bölüm 6) olmak üzere altı bölümden oluşmaktadır. Raporadaki tespitlere göre;

Rekabete aykırı anlaşmalar ve hâkim durumun kötüye kullanılması vakalarıyla ilgili olarak, 2018'den bu yana Komisyon ve ulusal rekabet makamları;

- İlaç tedarikinde rekabete aykırı uygulamalara karşı, toplamda 780 milyon Avro'yu aşan para cezaları uygulayarak veya şirketlerin rekabete aykırı davranışlarını düzeltmeleri için yasal olarak bağlayıcı taahhütler vererek 26 karar kabul etmiş,

30 Belçika Rekabet Otoritesi kararı – 23.01.2023

31 Avrupa Komisyonu kararı – 26.01.2024

- 40'ı nihai olarak kapatılan ve 30'u halen devam etmekte olan 70'ten fazla soruşturma yapmıştır.

Soruşturmalarda, 11 dosya ilaç üreticilerinin, 8 dosya toptancıların ve 3 dosya perakende dağıtıcıların rekabete aykırı uygulamaları ile ilgili olup, 4 dosya ise hem üreticilerin hem de dağıtıcıların dahil olduğu uygulamalarla ilgilidir. Söz konusu rekabet karşıtı uygulamalar (i) patent sisteminin kötüye kullanılması ve patent münhasırlığını uzatmak için kötü niyetli davalar açılması; (ii) hakim şirketin satışlarını korumak için rakibin ürünlerinin küçümsenmesi; (iii) orijinal ve jenerik şirketlerin jenerik ilaçları piyasadan uzak tutmak ve orijinal ilaçların karını paylaşmak için işbirliği yaptığı geciktirme karşılığı ödeme anlaşmaları ve (iv) patent dışı ilaçlar için uygulanan aşırı fiyatlar olarak ortaya çıkmıştır.

Müdahale kararlarına yol açan en yaygın rekabet sorunu türü hakimiyetin kötüye kullanılmasıdır (vakaların %50'si) ve bunu şirketler arasındaki farklı türdeki kısıtlayıcı anlaşmalar izlemektedir. Bunlar arasında (i) gecikme karşılığı ödeme anlaşmaları gibi rakipler arasındaki kısıtlayıcı yatay anlaşmalar (%8); (ii) açık karteller (ihaleye fesat karıştırma gibi) (%31); ve (iii) dikey anlaşmalar (distribütörlerin promosyon yapmasını veya rakip üreticilerin ürünlerini satmasını yasaklayan hükümler gibi) (%11) yer almaktadır.

Birleşme-devralma kontrolüne ilişkin; Komisyon, ilaç sektöründeki 30'dan fazla birleşmeyi incelemiş ve birleşmelerin fiyat artışlarına, hastaların ve ulusal sağlık sistemlerinin bazı ilaçlardan mahrum kalmasına veya yeni ilaçların geliştirilmesine yönelik yenilikçi çabaların azalmasına yol açabileceği beş vakada endişeler tespit etmiştir. Komisyon bu birleşmelerden dördüne ancak şirketlerin Komisyon'un endişelerini giderecek ve mevcut rekabet düzeyini koruyacak çözümler sunmasının ardından izin vermiştir. Bir dosya ise Komisyon'un ilk rekabet endişelerini dile getirmesinin ardından iptal edilmiştir.

Rekabet otoriteleri, (i) piyasaların işleyişi hakkında fikir veren; (ii) düzenleme ve mevzuatın daha rekabetçi bir şekilde tasarlanmasını sağlayan ve (iii) piyasa katılımcılarına rehberlik eden ve hatta bazı münferit durumlarda antitröst soruşturmalarını tetikleyen 60 piyasa izleme ve savunuculuk faaliyeti yürütmüştür.

Raporda belirlenen temel rekabet endişeleri; (i) bir veya birkaç Üye Devlette bazı ilaçların fiyatlarının artması; (ii) hastaların ve ulusal sağlık sistemlerinin bazı tıbbi ürünlerden mahrum kalması ve (iii) Avrupa düzeyinde ve hatta küresel düzeyde geliştirilen bazı tedavilere ilişkin yeniliklerin azalması riskiyle ilgilidir. Sonuç olarak, ilaç sektöründeki müdahale oranı yaklaşık %17 olmuştur. Buna karşılık, dönem boyunca tüm sektörlerdeki toplam müdahale oranı %5tir.

Rapor, antitröst ve birleşme kurallarının etkin bir şekilde uygulanmasının, hastaların daha geniş bir yelpazede uygun fiyatlı ve yenilikçi ilaçlara erişiminin sağlanmasında önemli bir rol oynamaya devam ettiğini, özellikle de koronavirüs pandemisinin ya-

şandığı zorlu dönemde bu hedefe ulaşılmasına yardımcı olduğunu göstermektedir.

- » Federal Ticaret Komisyonu (FTC) – Sanofi'nin Maze Therapeutics'in Pompe Hastalığı İlacını Satın Alma Teklifinin Feshedilmesine İlişkin Açıklama³²

FTC, Sanofi'nin Maze'e ait Faz 2'ye hazır geliştirme aşamasındaki ilacının münhasır lisansını devralmasını engellemek için 11 Aralık 2023'te dava açmış ve anlaşmanın Sanofi'nin Pompe hastalığı tedavisi pazarındaki tekeline meydan okumaya hazır yeni bir rakibi ortadan kaldıracığını iddia etmişti. FTC'nin şikayetine göre, Sanofi Maze'in 2021'de geliştirme planlarını kamuoyuna açıklamasından kısa bir süre sonra Pompe hastalığının tedavisi tekeline yönelik önemli bir tehdit olarak belirlemiştir. Maze'nin ilacı sadece Sanofi'den önemli bir pazar payı kapmakla kalmayıp, aynı zamanda Pompe hastalığı için standart tedavi olarak Sanofi'nin tedavilerinin yerini alma potansiyeline sahip olduğu FTC tarafından değerlendirilmiştir. Şikayette 755 milyon dolar değerindeki satın almanın hem Sanofi'nin Pompe hastalığı tedavileri üzerindeki tekel gücünü artıracığı hem de yeni Pompe ilaçları geliştirmek için inovasyon rekabetini azaltacağı iddia edilmiştir. FTC'nin şikayette bulunması ve federal mahkemede dava açmasının ardından Sanofi, Maze ile olan anlaşmasını feshedeceğini açıklamıştır. Bunu takiben FTC 13 Aralık 2023 tarihinde federal mahkemeye şikayetini ve açtığı davayı geri çekmek için harekete geçtiğini açıklamıştır.

- » **AVRUPA KOMİSYONU – Novozymes A/S ile Christian Hansen A/S Birleşmesi**³³

Avrupa Komisyonu, her ikisi de biyobilim şirketleri olan Novozymes A/S (Novozymes) ile Christian Hansen A/S (Chr. Hansen) arasında önerilen birleşmeyi tarafların sunduğu taahhütlere tam olarak uyulması şartına bağlı olarak onaylamıştır. Avrupa Komisyonu tarafından yapılan araştırmalar neticesinde, planlanan birleşmenin genetik modifikasyon teknolojisi kullanılarak spesifik bir enzim olan laktazın üretimi için pazardaki rekabeti azaltacağı anlaşılmıştır. Avrupa Komisyonu özellikle Chr. Hansen'in bu ürünü üretmeye başlamak için bir projesi olduğunu ve büyük olasılıkla kısa bir süre içinde etkili bir rakibe dönüşeceğini tespit etmiştir. Komisyon ayrıca, birleşme sonrasında, birleşen kuruluş üzerinde yeterli rekabet baskısı oluşturabilecek yeterli sayıda potansiyel rakibin olmayacağını da tespit etmiştir.

Avrupa Komisyonu tarafından belirtilen rekabetçi endişelerin giderilmesi için taraflar aşağıda belirtilen unsurları elden çıkarmayı teklif etmiştir:

- Chr. Hansen'in laktaz üretimi pazarına girme projesi,
- Chr. Hansen'in laktaz dağıtım işi,
- Novozymes'in laktaz üretim tesisi.

32 FTC kararı – 13.12.2023

33 Avrupa Komisyonu kararı – 12.12.2023

Taahhütlerin piyasa testi kapsamında alınan olumlu geri bildirimlerin ardından Komisyon, taahhütlerle değiştirilen işlemin artık rekabet endişelerini artırmayacağı sonucuna varmış ve önerilen birleşmeyi tarafların sunduğu taahhütlere tam olarak uyulması şartına bağlı olarak onaylamıştır.

» **REKABET KURUMU – İlaç Sektöründe Faaliyet Gösteren Teşebbüsler Hakkında Soruşturma Açılması**³⁴

Rekabet Kurulu, çoğunluğu ilaç sektöründe faaliyet gösteren teşebbüsler tarafından 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ihlal edilip edilmediğinin tespiti amacıyla başlatmış olduğu önaraştırma kapsamında, on dokuz teşebbüs hakkında soruşturma açılmasına karar verdiğini duyurmuştur.

» **AVRUPA KOMİSYONU – Seagen'in Pfizer Tarafından Devralınması**³⁵

Avrupa Komisyonu (Komisyon), Seagen'in Pfizer tarafından satın alınmasına yönelik işleme, ilgili işlemin Avrupa Ekonomik Alanı'nda ('EEA') herhangi bir rekabet endişesi yaratmayacağı gerekçesiyle koşulsuz olarak izin verdiğini bildirmiştir. Komisyon, öncelikle ilgili satın almayı incelemek üzere bir pazar araştırması yürütmüştür. Komisyon, bu araştırma sonucunda; ilgili satın alma işleminin, tarafların faaliyetlerinin EEA içinde çakıştığı pazarlarda rekabeti önemli ölçüde azaltmayacağı sonucuna varmıştır. Buna göre, Komisyon;

- Tarafların faaliyetlerinin farklı hasta kesimlerini ve tedavi alanlarını ilgilendirmesi ve dolayısıyla aynı etkiye sahip olmaması sebebiyle ikame edilebilir olmadığı; böylece ilgili işlemin tarafların devam eden ve örtüşen araştırma hatlarının veya boru hattı projelerinin durdurulması, geciktirilmesi veya yeniden yönlendirilmesi sonucunu doğurmayacağı,
- Özellikle Pfizer'in büyümek istediği alanda araştırma ve geliştirme faaliyetlerinde bulunan çok sayıda oyuncu bulunması sebebiyle, ilgili işlemin genel inovasyon seviyesinin yapısal olarak azalmasından kaynaklanan inovasyon kaybına sebep olmayacağı

yönünde tespitlerde bulunmuştur. Ayrıca Komisyon, tarafların tekliflerinin farklılaştırılmış olması ve incelenen çeşitli kanser türlerinin tedavisine yönelik pazarların yeterince rekabetçi olması nedeniyle işlemin fiyatlar üzerinde olumsuz bir etki yaratmasının muhtemel olmadığını belirtmiştir. Sonuç olarak Komisyon, anılan sebeplerle önerilen satın almanın rekabet endişesi yaratmayacağı sonucuna varmış ve işleme koşulsuz olarak izin vermiştir.

³⁴ Rekabet Kurulu kararı – 30.11.2023

³⁵ Avrupa Komisyonu kararı – 19.10.2023

» AVRUPA KOMİSYONU – İlaç Şirketleri Kararı³⁶

Avrupa Komisyonu, Nisan 2019'da C2 PHARMA tarafından yapılan pişmanlık başvurusu üzerine başlattığı Alkaloids of Australia, Alkaloids Corporation, Boehringer, Linnea ve Transo-Pharm'nın önemli bir farmasötik bileşenle ilgili kartele katıldıkları hakkındaki soruşturmayı uzlaşma ile sonlandırmış ve para cezasına hükmetmiştir. Kartele konu olan ürün N-Butylbromide Scopolamine/Hyoscine'dir ('SNBB') olup abdominal antispazmodik ilaç Buscopan ve jenerik versiyonlarının üretiminde önemli bir hammadde teşkil etmektedir. Komisyon'un soruşturması, altı şirketin koordineli bir şekilde SNBB'nin distribütörlere ve jenerik ilaç üreticilerine asgari satış fiyatını belirledikleri, kota tahsis etmek üzere anlaştıkları ve rekabete hassas bilgi paylaşımı gerçekleştirerek Avrupa Ekonomik Alanı'nda 1 Kasım 2005'ten 17 Eylül 2019'a kadar uzanan tek ve sürekli bir ihlalin varlığını ortaya koymuştur.

C2 PHARMA Nisan 2019'da karteli Komisyon'a pişmanlık programı kapsamında ifşa ettiği için para cezasına çarptırılmamış, Eylül 2019'da Transo-Pharm ve Linnea da cezaların azaltılması için art arda pişmanlık başvurusunda bulunmuştur. Alchem dışındaki altı teşebbüs karteli kabul ederek pişmanlık veya uzlaşmadan yararlanmış ve soruşturma bu teşebbüsler için sonlandırılmıştır. Alchem bu uzlaşma kararı kapsamında değildir ve bu nedenle Alchem hakkında soruşturma devam edecektir. C2 PHARMA, karteli ortaya çıkardığı için yaklaşık 807.000 € para cezası hakkında tam dokunulmazlık elde etmiş, Transo-Pharm ve Linnea, işbirliği yaptıkları için para cezalarında indirimden yararlanmışlardır. Buna ek olarak, Komisyon uzlaşma kapsamında diğer teşebbüslere verilen para cezalarında %10'luk bir indirim uygulamıştır. Nihayetinde Komisyon pişmanlık ve uzlaşma kararı ile sonlandırdığı soruşturma kapsamında teşebbüsler hakkında toplamda 13,4 milyon € para cezasına hükmetmiştir.

» FTC – Amgen'in Horizon Therapeutics'i Satın Almasına Yönelik Rıza Anlaşması³⁷

Federal Ticaret Komisyonu (FTC), Amgen'in Horizon Therapeutics'i (Horizon) devralmasından kaynaklanabilecek rekabetçi endişeleri gidermek adına Amgen Inc. ile uzlaşmaya varmıştır. FTC, bu uzlaşmayla birlikte söz konusu devralmaya ilişkin itirazların ülke çapında çözüme kavuşturulacağı ve federal mahkemelerin yürütmüş olduğu ihtiyati tedbir davasının düşeceğini belirtmiştir.

FTC, Mayıs ayında, önerilen işlemi engellemek için mahkemeye bir şikayette bulunmuştur. Bu dava, FTC'nin on yıldan uzun bir süredir bir ilaç birleşmesine karşı açtığı ilk dava olmuştur. Buna göre, FTC, ilgili işlemin Amgen'e Horizon'un tiroid göz hastalığı (TED) ve kronik refrakter gut (CRG) tedavisinde

³⁶ Avrupa Komisyonu kararı – 19.10.2023

³⁷ FTC kararı – 01.09.2023

kullanılan ilaçları olan Tepezza ve Krystexxa'nın pazardaki tekel konumlarını güçlendirerek rakiplerini devre dışı bırakma gücü vereceğini, böylece giriş engellerini artıracaklarını ve daha küçük firmaların pazarda rekabet etmelerini engelleyeceğini belirtmiştir. FTC, tüm bunların önüne geçmek amacıyla uzlaşma önermiş ve bu öneri Amgen tarafından da kabul edilmiştir. Buna göre Amgen'in;

- Kendi ürününü, Tepezza veya Krystexxa ile birlikte paketlemesi yasaklanmıştır.
- Kendi ürünle ilgili herhangi bir ürün iadesi veya sözleşme şartını bu ilaçlardan birinin satışına veya konumlandırılmasına bağlaması engellenmiştir.
- Tepezza veya Krystexxa ile rekabet edebilecek herhangi bir ürünü dışlamak veya dezavantajlı duruma düşürmek için herhangi bir ürün iadesi veya sözleşme şartı kullanması yasaklanmıştır.
- Komisyon'dan önceden onay almadıkça, TED veya CRG'yi tedavi eden herhangi bir ürün veya eşdeğerlerinin üretimi veya satışı uğraşan herhangi bir işletmede herhangi bir ürün veya menfaat elde etmek için herhangi bir anlaşma veya mutabakata girmesi yasaklanmıştır.
- TED veya CRG'yi tedavi etmek için klinik çalışmalarını tamamlamış herhangi bir ticari öncesi ürünü alması Komisyon onayına bağlanmıştır.
- Krystexxa veya Tepezza'nın formüller kapsamı, yerleştirilmesi veya konumlandırılmasıyla ilgili olarak ödeme yapanlar ile imzalanan tüm sözleşmelerin, sözleşmeden itibaren 30 gün içerisinde denetçiye ibraz edilmesi zorunluluğu getirilmiştir.
- Krystexxa veya Tepezza'nın satın alınması, kapsamı, yerleştirilmesi veya konumlandırılması ile ilgili olarak ödeme yapanlarla sözleşme veya müzakerelere doğrudan dahil olan tüm Amgen çalışanlarının; rıza anlaşmasını gözden geçirmeleri, ek olarak anlaşmanın yükümlülüklerini anladıklarını ve bunlara uyduklarını yazılı olarak beyan etmeleri zorunlu kılınmıştır.
- Krystexxa veya Tepezza'nın aşağıdaki koşulların hepsini sağlaması halinde denetçinin bilgilendirilmesi şartı getirilmiştir:
 - Krystexxa veya Tepezza'nın hastanın kendi kendine uygulaması için FDA tarafından onaylanmış olması,
 - Krystexxa veya Tepezza'nın kendi kendine uygulanan versiyonunun piyasada mevcut olması,
 - Krystexxa veya Tepezza'nın kendi kendine uygulanan versiyonunun eczane yardım ürünü olarak karşılanmaya uygun olması.

FTC, son olarak, taahhüt paketini kısa süre içerisinde yayımlayacağını duyurmuştur.

» **FTC – Markalı İlaç Üreticilerinin Patentlerini “Turuncu Kitap”ta Uygun-
suz Şekilde Listelemesine İlişkin Politika Bildirgesinin Yayınlanması**³⁸

Federal Ticaret Komisyonu (FTC), 14 Eylül 2023 tarihinde ABD Gıda ve İlaç Dairesi (FDA) tarafından da desteklenen bir politika bildirgesi yayımlayarak, markalı ilaç üreten ve satan ilaç şirketlerin FDA'nın “Turuncu Kitap” olarak bilinen “Terapötik Eşdeğerlik Değerlendirmeleri ile Onaylanmış İlaç Ürünleri” kataloğunda patentleri uygunsuz bir şekilde listelemeleri hususunun FTC Yasasının 5. Bölümünü ihlal ederek potansiyel rekabet ihlali çerçevesinde soruşturmaya konu olabileceğini ifade etmiştir.

Turuncu Kitap, FDA tarafından güvenli ve etkili olduğu onaylanan ilaç ürünlerinin bir listesidir. Eğer bir marka şirketi Turuncu Kitap'ta listelenmiş bir patentine dayanarak bir patent ihlali davası açarsa, bu dava sayesinde rakip nitelikteki daha ucuz patent dışı eşdeğer alternatif (jenerik) ilaç ürününün pazarlama başvurusunun onayını, patentin geçersiz olup olmadığına veya ihlal edilip edilmediğine bakılmaksızın, otomatik olarak 30 ay erteleme hakkına sahip olmaktadır.

Politika bildirgesine göre, patentlerin Turuncu Kitap'ta uygunsuz bir şekilde listelenmesi, jenerik üreticilerin pazara girmesini gayrimeşru bir şekilde geciktirmekte veya engellemekte ve tüketicileri daha düşük maliyetli ilaçlara ve ilaç ürünlerine erişimden mahrum bırakmakta; ayrıca daha ucuz alternatif jenerik ilaçların rekabetine zarar verebilir ve fiyatların yapay olarak yükselmesine sebep olmaktadır. Ayrıca bu tür uygunsuz patent listeleri muhtemelen on yıllardır ilaç piyasalarını bozduğunu yönelik kanaat ifade edilmiştir.

» **FEDERAL TİCARET KOMİSYONU – Biyofarmasötik Devi Amgen'in İki Ciddi Hastalığın Tedavisinde Kullanılan İlaçları Tekelinde Tutacak Satın Almasını Engellemek İçin Dava Açılması**³⁹

ABD rekabet otoritesi Federal Ticaret Komisyonu (FTC), Horizon Therapeutics pl.c.'nin bir biyofarmasötik (Biyolojik Kökenli Tıbbi Madde Ürünleri) devi olan Amgen Inc. tarafından satın alınmasını, anlaşmanın Amgen'in satış rekorları kıran ilaç portföyünden yararlanarak Horizon'un tiroid göz hastalığı ve kronik refrakter gut gibi iki ciddi hastalığı tedavi etmek için kullanılan ilaçlarının tekel konumlarını güçlendirmesine olanak sağlayacağı gerekçesiyle engellemek için dava açmıştır.

FTC tarafından, 2022'de açıklanan en büyük farmasötik işlem olan bu satın alma işlemi ile Amgen'in sigorta şirketlerine ve eczane fayda yöneticilerine (PBM'ler) Horizon'un iki tekel ürününü tercih etmeleri için baskı yapmak üzere ilaçlarında indirimler kullanmasına olanak sağlayabileceği ifade edilmiştir. Amgen'in rakiplerine karşı avantaj elde etmek için geniş portföyünü ve sözleşme kaldıracını kullanma geçmişine dikkate alındığında FTC bu satın almanın Amgen'in konumunu daha da güçlendire-

38 FTC kararı – 14.09.2023

39 FTC kararı – 16.05.2023

bileceğini savunmuştur. Önerilen satın alma, potansiyel rakipler için giriş engelleri ve hastalara, doktorlara ve sağlık planlarına olası zararlar konusunda endişelere yol açmaktadır. Bu nedenle, FTC'nin eylemi, ilaç holdinglerinin tüketiciler ve adil rekabet pahasına tekellerini sağlamlaştırılmalarını önlemeyi amaçlamaktadır.

» **FTC – Surescripts'e Önerilen Anlaşma**⁴⁰

Federal Ticaret Komisyonu (FTC), sağlık bilgi teknolojisi şirketi Surescripts'e karşı dışlayıcı davranışlarda bulunduğu ve mevcut ve eski çalışanlarıyla rekabet etmeme anlaşmaları yaptığı gerekçesiyle federal mahkemeye başvurmuştur. FTC, ilgili mahkeme emri ile, Surescripts'in iki e-reçeteli ilaç pazarını tekelleştirmek için rekabete aykırı taktikler kullandığı suçlamalarını ele almıştır.

FTC, daha önce alınmış olan bir mahkeme kararı ile, Surescripts'in e-reçete hizmetlerinde yüzde 95 pazar payı ile tekel gücüne sahip olduğunun doğrulandığını belirtmiştir. FTC ayrıca, daha önce Surescripts'e karşı açmış olduğu bir davada teşebbüsün iki farklı e-reçete pazarındaki hakim durumunu korumak amacıyla ihlal niteliği taşıyan dikey ve yatay kısıtlamalar kullandığını tespit etmiştir. Bu bakımdan önerilen yeni talimatlar ile FTC, Surescripts'in 2010 yılından bu yana uyguladığı rekabete aykırı uygulamaları ortadan kaldırmayı ve e-reçete ilaç pazarında adil rekabete izin veremeyi amaçlamıştır. İlgili talimatlar; Surescripts'in;

- Yönlendirme ve uygunluk müşterilerine çoğunluk payı gereklilikleri (münhasırlık veya sadakat anlaşmaları gibi) getiren sözleşmeleri uygulamasının yasaklanması,
- Müşterilerin rakiplerle iş yapma kabiliyetini sınırlayan sorunlu hükümleri kullanmasının engellenmesi,
- Müşterilerin rakiplerin hizmetlerini tanıtmasını engellemesinin ve rakiplerle iletişimlerini kısıtlamasının yasaklanması,
- Rakiplerinin yönlendirme ve uygunluk konusunda rekabet etmesini engellemesinin yasaklanması,
- Çoğunluk payı gerekliliklerini reddeden müşterilere karşı ayrımcılık yapmasının veya onları tehdit etmesinin engellenmesi,
- Çalışanların hem mevcut hem de eski rakip e-reçete hizmet sağlayıcıları için çalışmasını engelleyen rekabet etmeme anlaşmalarını uygulamasının yasaklanması

yönünde kısıtlamalar içermektedir.

» **Amerikan Adalet Bakanlığı (DOJ) – Teva ve Glenmark ile Anlaşmaya Varılması**⁴¹

Amerikan Adalet Bakanlığı (DOJ), Teva Pharmaceuticals USA, Inc. (Teva) ve

⁴⁰ FTC kararı – 27.07.2023

⁴¹ DOJ kararı – 21.08.2023

Glenmark Pharmaceuticals Inc. (Glenmark) aleyhindeki fiyat sabitleme suçlamalarını çözüme kavuşturarak anlaşmaya varıldığını açıklamıştır. Buna göre, her iki şirkete farklı oranlarda olmak üzere para cezası verilmiş ve ihlale ilişkin önlem almaları amacıyla birtakım ek yaptırımlar uygulanmıştır.

DOJ, ilgili anlaşmaların, şirketlerin fiyat sabitleme ihlalinin temel bir parçası olan ve yaygın olarak kullanılan bir kolesterol ilacı olan pravastatin için kendi ilaç hatlarının elden çıkarılması da dahil olmak üzere, iyileştirici önlemler içerdiğini belirtmiştir. Ek olarak, Teva'ya; ihlale konu olmuş olan ve değeri 50 milyon dolar olan ilaçları, vatandaşlara ilaç sağlayan insani yardım kuruluşlarına bağışlaması yönünde bir yükümlülük getirdiğini açıklamıştır. Her iki teşebbüs de, tüm bunların yanı sıra, devam eden cezai soruşturmalarda ve sonuçlanan kovuşturmalarda bakanlıkla işbirliği yapmayı, uyum programları hakkında bakanlığa rapor vermeyi ve gerekli ve uygun olduğu durumlarda bu uyum programlarını değiştirmeyi kabul etmiştir.

Sonuç olarak, DOJ, her iki teşebbüsle varmış olduğu anlaşmalar neticesinde; teşebbüslere farklı oranlarda para cezası ve tedbir niteliğinde önleyici yaptırımlar uygulamıştır.

» **REKABET KURUMU – NOVO ve ÖZSEL Arasında Akdedilen Tek Satıcılık Sözleşmesine Menfi Tespit Verilmesi /Muafiyet Tanınması Talebi**⁴²

Rekabet Kurulu, Novo Nordisk Sağlık Ürünleri Ticaret Limited Şirketi (NOVO) ile Öz-sel Ecza Depoları Ticaret ve Pazarlama A.Ş. (ÖZSEL) arasında imzalanmış olan kamu sağlık kuruluşlarının ihtiyaçlarının karşılanması için Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğü (DMO) tarafından gerçekleştirilecek ilaç ve tıbbi malzeme alım ihaleleri ile ilgili Tek Satıcılık Çerçeve Sözleşmesi'ne menfi tespit verilmesi/muafiyet tanınması talebini incelediği kararda, sözleşmenin 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan şartların tamamını sağlaması nedeniyle bireysel muafiyet tanınmasına karar verdi.

Sözleşmede ÖZSEL, DMO tarafından yapılan ve e-ihale yoluyla gerçekleştirilecek ilaç/tıbbi malzeme alım ihalelerinin takibi, katılımı ve ürün tedariki için sözleşme konusu ürünler bakımından Türkiye genelinde münhasıran yetkilendirilmekle birlikte, ÖZSEL'in ihalelere rakip ürünler için katılması yasaklanmıştır. Kurul, sözleşmedeki münhasırlık ve rekabet etmeme hükümleri nedeniyle sözleşmenin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğuna, dolayısıyla sözleşmeye menfi tespit verilemeyeceğine karar verdi.

Kurul değerlendirmesinde ilgili ürün pazarını, DMO ihalelerinin etkin madde bazında gerçekleştirildiğini dikkate alarak etkin maddelerden her birini ayrı birer ilgili ürün pazarı olarak tanımladı. Sözleşme konusu 11 ilacın beşinde ve iğne uçlarında NOVO'nun etkin madde bazında pazar payının %30'luk eşğin

42 Rekabet Kurulu kararı – 22.09.2022, 22-43/633-264

altında kalması ve sözleşmede getirilen rekabet yasağı süresinin Grup Muafiyeti Tebliği'nde öngörülen beş yıllık sınırlamayı aşmaması sebebiyle ilgili ürünler bakımından sözleşmenin grup muafiyetinden yararlandığı ve jeneriği bulunmayan ve dolayısıyla etkin madde bazında %30'un üzerinde pazar payı (%100) olan ürünler bakımından ise bireysel muafiyet değerlendirmesi yapılması gerektiği sonucuna ulaşıldı.

Kurul yapmış olduğu bireysel muafiyet değerlendirmesinde;

(a) Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması bakımından; arz devamlılığının sağlanması, DMO ihaleleri yoluyla kamu hastanelerine zamanında ve eksiksiz olarak ürünlerin ulaştırılması, üretim ve stok planlamasının daha etkin bir şekilde yapılmasına olanak sağlanarak hastaların ilaca daha etkin bir şekilde ulaşabilmesi, her bir ihalenin düzenli bir şekilde takip edilerek katılım sağlanmasının markalar arası rekabeti artırması gibi etkinlikler sağlanacağı,

(b) Tüketicinin yarar sağlanması bakımından; arz devamlılığının sağlanması, münhasır depoya daha fazla iskonto uygulanabilmesi ve devletin sağlık harcamalarının azalması, kalitenin ve ürün çeşitliliğinin artması gibi tüketici faydalarının sağlanacağı,

(c) İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması bakımından; Sağlık Market sistemine kayıtlı 37 üretici ve 32 ecza deposu bulunduğu, bununla birlikte, ruhsatlı ilaçların büyük çoğunluğunun eczaneler kanalı ile satıldığı, ihale kanalının genel satışlar içinde küçük bir paya sahip olduğu dolayısıyla başvuru konusu sözleşme sonucunda ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmasının söz konusu olmayacağı,

(d) Rekabetin zorunlu olandan fazla sınırlandırılmaması bakımından; Sağlık Bakanlığı ve DMO iş birliği ile uygulamaya alınan Sağlık Market platformunda, ecza depoları bakımından kamu sağlık kuruluşları için etkin madde ve il bazında açılan ihalelere girilebilmesinin ön şartının ecza deposunun üretici firma ile tek yetkili satıcılık sözleşmesi imzalamış olması nedeniyle dosya kapsamında getirilen rekabet kısıtlarının, DMO ihalelerine katılım için gereken şartların karşılanmasına yönelik olduğu,

Sonucuna ulaşarak 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan şartların tamamını sağlaması nedeniyle bireysel muafiyet tanınmasına karar vermiştir.

» **REKABET KURUMU – BIOGEN ve GEN İlaç Arasında İmzalanan Münhasırlık Distribütörlük Sözleşmesine Menfi Tespit Verilmesi/Muafiyet Tanınması Talebi**⁴³

43 Rekabet Kurulu kararı – 15.12.2022, 22-55/853-352

Rekabet Kurulu Biogen International GmbH (“Biogen”) ile Gen İlaç ve Sağlık Ürünleri Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi (“Gen İlaç”) arasında imzalanmış olan Mühnasır Distribütörlük Sözleşmesi’ne menfi tespit belgesi verilmesi/ muafiyet tanınması talebine yönelik olarak, akdedilmesi planlanan sözleşmenin 4054 Sayılı Kanun’un 4. maddesi kapsamında rekabeti kısıtlayıcı hükümler içermesi nedeniyle ilgili sözleşmeye menfi tespit verilemeyeceğine, sözleşmenin grup muafiyetinden faydalanmadığına, bununla birlikte 4054 Sayılı Kanun’un 5. Maddesinde yer alan koşulların sağlanması nedeniyle söz konusu sözleşmeye bireysel muafiyet tanınmasına karar vermiştir.

Rekabet Kurulu talebe yönelik olarak yapmış olduğu değerlendirmede detaylı bir pazar incelemesi yürütmekle birlikte, mevcut dosyada yer alan hususlar bakımından net bir ilgili pazar tanımı yapmanın sonuca herhangi bir etkisi olmayacağını tespit etmiş dolayısıyla kesin bir pazar tanımı yapılmasına gerek duymamıştır. Bildirim formunda yer alan bilgilerden sözleşme taraflarının ürettiği ve SMA hastalığının tedavisinde kullanılan diğer ilaçlardan nitelik itibarıyla farklılaşan dolayısıyla diğer ilaçlarla tam olarak ikame görülemeyen Spinraza ilacının mevcut pazar payının %100 olduğunu tespit eden Kurul, söz konusu ürünün %30’luk pazar payı eşliğinin üzerinde yer almasından ötürü ürüne yönelik olarak bireysel muafiyet değerlendirmesinde bulunmuştur.

Buna göre bireysel muafiyetin tanınması için sağlanması gereken; malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunumunda gelişim sağlanması, tüketicinin yarar sağlanması, ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması ve rekabetin zorunlu olandan fazla sınırlanmaması şartlarına yönelik olarak Rekabet Kurulu;

- Spinraza ilacının Türkiye’de ruhsat alması durumunda ilacın yurt dışından tedarik edilmesine gerek kalmadan yerel piyasada ulaşılabilir hale geleceği,
- İlacın Türkiye’de ruhsatlanmasıyla tüketicinin ilacı bulabilmesinin kolaylaşacağı,
- Biogen ile Gen İlaç arasındaki mühnasırlık ilişkisinin yatırım güdüsü ve ilaç satış faaliyetlerine ilişkin yapacağı olumlu katkılar dikkate alındığında, pazarın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kaldırılmasının söz konusu olmadığı,
- Sözleşmenin süre veya yaratılan mühnasırlıklar bakımından dikey anlamda herhangi bir rekabet kısıtlamasına yol açmadığı,

değerlendirmelerinde bulunmuş ve incelenen sözleşmenin bireysel muafiyetin dört koşulunu da sağladığını dolayısıyla sözleşmeye 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesi kapsamında bireysel muafiyet tanınabileceği sonucuna ulaşmıştır.



BANKACILIK VE FİNANS

Bankacılık ve finans sektörü, ekonominin önemli bir parçasını oluşturan ve finansal hizmetler sunan kurumları içeren geniş bir sektördür. Finansal piyasalar başlıca; bankacılık, sigortacılık, faktöring, leasing, bireysel emeklilik, aracı kurumlar, yatırım fonları, portföy yönetim şirketleri ile finansal teknoloji ve ödeme sistemleri olmak üzere çok sayıda ürün ve hizmetin sunulabildiği ve farklı pazarların etkileşim halinde olduğu piyasalardır. Sıralanan bu faaliyetler arasında hacim olarak önemli bir büyüklüğe sahip olan geleneksel bankacılık sektörü ve hızla gelişen finansal teknoloji pazarları ise son dönemde dünyada ve Türkiye’de çeşitli rekabet hukuku uygulamalarına konu olmaktadır. Bu çalışmada, öncelikle finansal piyasalarda 2023 yılında gerçekleşen gelişmeler ve genel durum özetlenecek, devamında bankacılık ve finans sektöründe ortaya çıkan rekabet hukuku riskleri örnek kararlar eşliğinde aktarılacaktır.

1. 2023 Yılında Türkiye’de Finansal Piyasalar

2023’ün ilk çeyreğinde finansal piyasalarda önemli etkiler yaratan bir dizi gelişme yaşanmıştır. Öncelikle Rusya-Ukrayna Savaşı ve diğer jeopolitik riskler, endişeleri artırarak resesyon korkularını tetiklemiş, ülke genelinde 6 Şubat’ta yaşanan deprem felaketiyle birlikte ise dalgalı bir seyir izlenmiştir. Bu süreçte, yurt dışında önemli merkez bankalarının enflasyonla mücadele kapsamında attığı adımların etkisi ve bazı bankaların iflası, resesyon endişelerini artırmıştır. Döviz kurları ve tahvil faizlerindeki değişimler ise, küresel ekonomik belirsizliğin etkilerini yansıtmıştır. Bu karmaşık ekonomik ortamda, merkez bankalarının aldığı önlemler ve açıklamalar, finansal piyasalardaki dalgalanmalara yönelik yatırımcı beklentilerini etkilemiştir.

1.1. Bankacılık Sektörü

Son birkaç yılda küresel çapta biriken ve 2022 ile birlikte zirve yapan çeşitli jeopolitik riskler, pandemi, enerji fiyatları, enflasyonist gelişmeler, belirsizlik nedeniyle oluşan endişeler ve tedarik zincirinde oluşan sorunlar, 2023’e girerken bankacılık sektörünü olumsuz etkilemiştir. Enflasyonun yükselmesi ve faiz oranlarındaki artış, bankacılık sektörünün uzun vadeli öngörülerini belirsizleştirmiştir. Ancak, sürdürülebilirlik ve dijital dönüşüm odaklı bankalar olumlu performans göstermiştir. Makro ekonomik faktörler, para politikaları ve faiz-fiyat seviyeleri, 2023’te bankacılık sektörü için kritik öneme sahip olmuştur.¹

¹ KPMG, ‘Bankacılık Sektörel Bakış’ (2023) 30

Türkiye’de dijitalleşme ve teknolojinin hızla artmasıyla gelişen olumlu etkilere rağmen, bankaların şube sayılarındaki azalma eğilimi sebebiyle 2018’den başlayarak 2021’e kadar devam eden personel sayısındaki düşüş, 2022’de tersine dönmüştür.² 2021’de 185.248 olan çalışan sayısı, 2022’de 3.439 kişi artarak 188.687’ye yükselmiştir. Bu artış eğilimi 2023’te de devam etmiş olup Haziran 2023 itibarıyla sektörde toplam 188.850 kişi çalışmaktadır ve bunun 6.063’ü yatırım bankalarında görev almaktadır.³ Bankaların teknolojik dönüşüm ve dijitalleşme stratejilerinin etkisiyle şubeleşme ve personel sayılarındaki bu eğilimlerin 2023 sonrasında da devam etmesi öngörülmektedir.⁴

Eylül 2023 dönemi itibarıyla bankacılık sektörünün toplam aktiflerine göre mevduat bankaları %86, kalkınma ve yatırım bankaları %6 ve katılım bankaları %8 paya sahip olmuştur. Buna göre; kamu bankaları %46, yerli özel bankalar %29 ve yabancı bankalar %25 paya sahiplik etmiştir.⁵ Bununla birlikte, bankalar tarafından Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu’na (BDDK) raporlanan verilere göre; Kasım 2023 döneminde Türk Bankacılık Sektörünün aktif büyüklüğü 22.539.870 milyon TL olarak gerçekleşmiştir. Sektörün aktif toplamı 2022 yılsonuna göre 8.192.480 milyon TL artmıştır. Son olarak, 2022 yılsonuna göre özkaynak toplamı %40,0 artış gösterirken, Kasım 2023 döneminde sektörün dönem net kârı 535.471 milyon TL, sermaye yeterliliği standart oranı ise %18,29 seviyesinde bulunmuştur.⁶

1.2. Finansal Teknolojiler (Fintek)

Türkiye’deki FinTech (fintek) sektöründeki büyüme; girişimciler, yatırımcılar ve devlet desteğinin artan ilgisiyle devam etmektedir. Özellikle, dijital imkanların çoğalması ve bunların kullanımı ile birlikte, fintek ekosistemi desteğiyle açık bankacılık uygulamalarının yaygınlaşması, sektörün gelişimi için önemli bir “itici güç” olarak nitelendirilmektedir.⁷

Mart 2023’te Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Finans Ofisi (“Finans Ofisi”) tarafından yayımlanan Türkiye Fintek Rehberi’ne⁸ göre; Şubat 2023 itibarıyla 637’si aktif olmak üzere Türkiye’de bugüne kadar 739 finansal teknoloji şirketi kurulmuştur. Fintek şirketleri; merkeziyetsiz finans, bankacılık teknolojileri, kurumsal finans, sigortacılık, finansman, borsa-yatırım, skorlama/kimlik doğrulama/bilgi güvenliği, kitle fonlaması, para transferi, kişisel finans yönetimi ve varlık yönetimi olmak üzere dikeylerine göre değerlendirildiğinde ödemeler, 255 kuruluş ile ilk sırada yer almaktadır. Bunu 92 kuruluşla merkeziyetsiz finans, 91 kuruluşla bankacılık teknolojileri ve 66 kuruluşla kurumsal finans dikeyleri takip etmektedir.⁹

2 *ibid* 9

3 TBB, ‘İstatistiki Raporlar Banka, Çalışan ve Şube Bilgileri’ (2023) 1

4 KPMG, ‘Bankacılık Sektörel Bakış’ (2023) 9

5 BDDK, ‘Türk Bankacılık Sektörü Temel Göstergeleri, Eylül 2023’ (2023) 2

6 *ibid* 1

7 TKBB, ‘IFN 2024 Yıllık Rehberi Yayımlandı’ (2023); IFN, ‘2024 Annual Report’ (2023) 42

8 Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Finans Ofisi, ‘Türkiye Fintek Rehberi 2023’ (2023) 12

9 *ibid* 11

Türkiye; yatırım ekosistemi olarak Avrupa’da 10. sırada, Orta Doğu ve Kuzey Afrika (ODKA) bölgesinde 3. sırada bulunmaktadır.¹⁰ Fintek yatırımları bakımından ise Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Finans Ofisi’nin her yıl yayınladığı Türkiye Fintek Rehberi’nde 34 yatırım anlaşması ve 89 milyon ABD doları yatırım ile 2022 yılının en yüksek fintek yatırımına ulaşılan yıl olduğu belirtilmiştir.

Türkiye’de 2023 yılında Fintek alanında yaşanan önemli gelişmeler aşağıdaki gibi özetlenebilir;

- » Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Finans Ofisi tarafından 15 Mart 2023 itibarıyla Türkiye Fintek Rehberi yayımlanmıştır. Rehber, doğrudan düzenlemeye tabi kuruluşlar ve dolaylı düzenlemeye tabi kuruluşları içermektedir. Rehberde, doğrudan veya dolaylı düzenlemeye ihtiyaç duymayan fintek dikeyleri, kendi özgün dinamikleriyle faaliyet gösterdikleri için kapsam dışında tutulmuştur.
- » Bankalarca Kullanılacak Uzaktan Kimlik Tespiti Yöntemlerine ve Elektronik Ortamda Sözleşme İlişkinin Kurulmasına İlişkin Yönetmelik 01.04.2020 tarihli ve 31441 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.
- » Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası (TCMB) tarafından yapılan düzenlemelerle, 7 Ekim 2023’te yayımlanan “Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para İhracı ile Ödeme Hizmeti Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik” ve “Ödeme ve Elektronik Para Kuruluşlarının Bilgi Sistemleri ile Ödeme Hizmeti Sağlayıcılarının Ödeme Hizmetleri Alanındaki Veri Paylaşım Servislerine İlişkin Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ”, Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.
- » Mali Suçları Araştırma Kurulu Genel Tebliği’nde Kasım 2023 itibarıyla değişiklik yapılmış ve böylece ödeme ve elektronik para kuruluşlarının uzaktan kimlik tespiti ve müşteri edinimiyle ilgili beklenen düzenlemeler gerçekleştirilmiştir.
- » TOM Dijital Katılım Bankası ve Hayat Finans adlı iki yeni dijital katılım bankası sektöre dahil olmuştur. Bu yeni katılım ile birlikte, katılım bankalarının Türk bankacılık sektöründeki pazar paylarını artırmayı, aynı zamanda müşteri ve dağıtım kanalları ile ürün/hizmet çeşitliliğini geliştirmeyi hedefledikleri düşünülmektedir.¹¹

Bunun yanında 2024 yılının ilk çeyreğinde yürürlüğe girmesi planlanan Katılım Kanunu’nun, sektörün bütüncül yönetimi, finansal gelişim ve müşteri penetrasyonu açısından kritik bir rol oynayacağı belirtilmektedir. Ayrıca sigortacılık, sermaye piyasaları ve bankacılık dışındaki finansal kurumların katılımı ve gelişimiyle birlikte, sektörün büyüme ivmesinin devam etmesi beklenmektedir.¹²

¹⁰ *ibid* 5

¹¹ TKBB, ‘IFN 2024 Yıllık Rehberi Yayınlandı’ (2023); IFN, ‘2024 Annual Report’ (2023)

¹² *ibid*

2. Finansal Piyasalarda Ortaya Çıkan Rekabet Hukuku Riskleri

Türkiye’de özellikle pandemi sonra ivme kazanan ve bu etkisini hızla sürdüren teknolojik gelişmeler, bankacılık ve finans sektöründe çeşitli dönüşümlere neden olmaktadır. Bu dönüşümler ise, geleneksel bankacılık ürünlerinin dijitalleştirilmesini, dijital ürünlerin banka dışı kuruluşlar tarafından sunulmasını ve yeni oyuncuların pazarlara girişini içermektedir. Özellikle finteklerin gelişimi ile birlikte yalnızca Türkiye’de değil, dünya genelinde elektronik ödeme hizmetleri, cüzdan hizmetleri, kart verisi saklama gibi yeni pazarlar ortaya çıkmıştır.

Fintek alanında yaşanan gelişmeler ile birlikte, finansal teknolojiler konusu da son yıllarda rekabet otoritelerinin mercek altına aldığı konulardan biri haline gelmiştir. Bu bağlamda, 2021 Aralık ayında Rekabet Kurumu tarafından yayımlanan ve 2022 yılında da gündemde önemli bir yere sahip olan “Ödeme Hizmetlerindeki Finansal Teknolojilere Yönelik İnceleme Raporu», fintek ekosistemindeki gelişmelerin rekabete etkileri ve rekabet hukuku perspektifinden ele alınabilecek yaklaşımları değerlendirerek bankacılık ve finans sektöründe karşılaşılan rekabet hukuku problemleri bakımından yol gösterici olmuştur.

2.1. Ödeme Hizmetlerindeki Finansal Teknolojilere Yönelik İnceleme Raporu

Rapor, fintekin ortaya çıkışı ve gelişimi ile ilgili çeşitli unsurları ele almaktadır. Buna göre, dijitalleşmenin etkisiyle fintekler, ödeme hizmetlerinden kitle fonlamasına kadar geniş bir yelpazede finansal kapsayıcılığı artırmaktadır. Ancak, yerleşik oyuncuların dışlayıcı davranışları, düzenleyici engeller ve pazar dinamikleri gibi faktörler, yeni oyuncuların pazarda rekabet etmesini zorlaştırmaktadır.¹³ Raporunda, özellikle yerleşik finansal kuruluşların yeni girişimleri, inovasyonları sınırlamak adına uyguladığı dışlayıcı davranışlar ve fintek sektörü açısından düzenleyici kuralların yetersizliği, buna karşılık bankacılık sektörü açısından aşırı düzenlemelerin söz konusu olması ve genel olarak düzenlemelerin yeni hizmetlere uygun olmaması gibi faktörlerin fintek gelişimini engellediği belirtilmiştir. Ayrıca, pazar dinamiklerinden kaynaklanan tüketicilerin güven kazanma ve yeni hizmetler konusundaki kafa karışıklığı gibi zorluklar da ele alınmıştır. Raporunda öne çıkan başlıklar aşağıdaki gibidir:

» Finteklerin Ortaya Çıkışını ve Gelişimini Destekleyen Hususlar:

Rapora göre, dijitalleşme, farklılaşan hizmet beklentisi, klasik bankacılık sistemi sorunları, finansal erişim eksikliği ve müşteri portföy etkisi gibi faktörler finansal dönüşümü hızlandırmaktadır. Ödeme hizmetleri alanında dijital tabanlı hızlı ve pratik ürünler ve hizmetlerin gelişmesi; mobil bankacılık, dijital kimlik doğrulama, dijital cüzdanlar gibi teknolojilerle birlikte yaşanan dijitalleşmeye paralel olarak ortaya çıkmıştır.

13 Rekabet Kurumu, ‘Ödeme Hizmetlerindeki Finansal Teknolojilere Yönelik İnceleme Raporu’ (2021)

» Fintekin Gelişiminin Önündeki Engeller ve Yeni Oyuncuların Karşılaştığı Zorluklar:

Bu başlık altında fintekin gelişiminin önündeki başlıca engeller; pazar dinamikleri, yerleşik teşebbüslerin dışlayıcı davranışları ve düzenlemeler olmak üzere üç başlık altında incelenmiştir. Pazar dinamiklerine ve tüketici davranışlarına bağlı engellerde şebeke etkileri, müşteri güveni kazanma zorluğu, bilgi eksikliği, düşük marka bilinirliği gibi faktörlere odaklanılmaktadır. Yerleşik finansal oyuncuların dışlayıcı davranışları ise; tek taraflı eylemleri, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar ve uyumlu eylemler ile öldürücü devralmalar olarak ortaya çıkmaktadır. Düzenleyici çerçeveye ilişkin; düzenlemenin hiç olmaması, düzenlemenin yeni hizmetlere uygun olmaması ya da düzenlemenin aşırı olmasının pazarda rekabetin ve inovasyonun engellenmesine neden olabileceğinin altı çizilmiştir. Bunun yanında Raporda bahsedilen rekabeti sınırlayıcı faktörler aşağıda özetlenmektedir;

(i) Pazar Dinamikleri: Raporda, pazar dinamiklerinden kaynaklanan engeller; tüketici davranışlarına bağlı engeller ve pazar yapısına bağlı engeller olarak iki ana başlık altında incelenmiştir. Tüketici davranışlarına bağlı engellerde, fintek şirketlerinin karşılaştığı önemli zorluk, müşterilerin güvenini kazanma sürecidir. Tüketicilerin alternatif hizmetler ve avantajları hakkında yetersiz bilgi sahibi olmaları, sürekli olarak yeni hizmetlerin piyasaya sürülmesi nedeniyle kararsızlık yaşamaları ve bir seçim yapmakta zorlanmaları gibi durumlar öne çıkmaktadır. Pazar yapısına ilişkin engellerde ise fintek şirketlerinin müşteri sadakatinden kaynaklanan potansiyel müşteri portföyü eksikliği, potansiyel müşterilere ulaşmak için yeterli veriye sahip olmama, düşük marka bilinirliği, yüksek sermaye maliyetleri ve ödeme platformları ile cihazlar arasında uyumluluk sağlanamaması gibi faktörler öne çıkmaktadır.

(ii) Yerleşik Teşebbüslerin Davranışları: Sektör raporu, yerleşik finansal kuruluşların fintek şirketlerini dışlayıcı davranışları ve bu davranışların sektördeki etkilerini üç ana kategoride değerlendirmektedir. Bunlar; yerleşik teşebbüslerin tek taraflı eylemleri, teşebbüsler arası anlaşma ve uyumlu eylemler ile yok edici devralmalar olarak ayrılmaktadır. Bu doğrultuda;

Teşebbüslerin tek taraflı eylemleri bakımından başlangıç noktası, fintek şirketlerinin faaliyetlerinin bir kısmının bankacılık altyapısına bağımlı olması ve bu altyapının büyük ölçüde bankaların kontrolünde olması nedeniyle fintek şirketleri ile bankalar arasında ortaya çıkan dikey bir ilişkidir. Bu ilişki, fintek şirketlerinin üst pazarda bankalardan hizmet alırken aynı zamanda alt pazarda bu bankalarla rekabet etmesini içermektedir. Bu durumun üst pazarda hâkim durumda bulunan yerleşik

teşebbüslerin sözleşme yapmanın reddi, fiyat sıkıştırması, üst dilim indirimleri gibi dışlayıcı eylemlere başvurmalarına ve böylece fintek şirketlerinin pazara girişinin zorlaştırılmasıyla birlikte, pazardaki rekabetin ve yenilikçiliğin sınırlanmasına sebep olabildiği belirtilmektedir. Bunun yanında bankacılık altyapılarının genel olarak hâkim durumda olmadığı, ancak bazı durumlarda her bir bankanın kendi müşteri verisine sahipliği noktasında hâkim durumda olabileceği ve bu dikey ilişki çerçevesinde de dikey anlaşmalarda yer alan rekabeti kısıtlayıcı hükümlerin, fintek şirketlerinin pazar girişini veya pazarda faaliyet göstermesini güçleştiren etkilere sahip olabileceği ifade edilmektedir. Hâkim durumda olmayan yerleşik teşebbüslerin gerçekleştirdiği sözleşme yapmanın reddi gibi eylemlerin ise, rekabet hukuku kapsamında ihlal olmasa da pazarlarda verimsizliğe yol açabildiği ve bu nedenle düzenleyici müdahalelerin gündeme gelmesi gerektiği belirtilmektedir. Buna örnek olarak, “Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para İhracı ile Ödeme Hizmeti Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelik”in 8. maddesinde düzenlenmiş olan ve bir ödeme hizmeti sağlayıcısının ödeme hesabı hizmetleri ve altyapı hizmetleri gibi sunulan hizmetlerinin, başka bir ödeme hizmeti sağlayıcısı tarafından kullanılması talep edildiğinde; bu hizmetin, mevzuat yükümlülükleri, güvenlik, operasyonel ve teknik gereksinimlere uygun olarak diğer ticari müşterilere, iş ortaklarına ve diğer ödeme hizmeti sağlayıcılarına benzer koşullarda sunulması yükümlülüğü olarak getirilen düzenleme üzerinde durulmaktadır. Aynı yönetmeliğin 59. maddesinin beşinci fıkrasında ise ödeme hesabı bulunduran tüm ödeme hizmeti sağlayıcılarının, ödeme hesaplarına dair bilgi sağlama ve ödeme emri başlatma hizmetlerini sunabilmek adına yetkili diğer ödeme hizmeti sağlayıcılarının taleplerine uygun altyapıyı sağlaması gerektiği düzenlenmektedir.

Teşebbüsler arası uyumlu eylem ve anlaşmalar yönünden; ödeme hizmetleri pazarında üst pazardaki yerleşik teşebbüslerin benimsediği standartların ve fintek şirketlerine öne sürülen koşulların, rakipler arasındaki rekabeti sınırlayıcı anlaşma ya da uyumlu eylemden kaynaklı olması durumunda da yine fintek şirketlerinin pazardan dışlanması ve rekabetin kısıtlanması sonucunun doğabileceği belirtilmektedir. Buna göre, yerleşik teşebbüsler arasında yapılan standardizasyon veya ticarileştirme anlaşmalarının, bazı durumlarda pazar etkinliğini artırabildiği ancak diğer durumlarda yeni oyuncuların faaliyetlerini zorlaştırdığı belirtilmektedir. Ek olarak Kanun’un 4. maddesi açısından finansal pazarlarda teşebbüsler arasında yapılan dikey anlaşmaların önemi vurgulanmaktadır. Bu anlaşmaların, bazı durumlarda pazara girişi zorlaştırabileceği, fiyat katılığına yol açabileceği, rakipler arası koordinasyonu kolaylaştırabileceği ve nihayetinde pazarda rekabetin sınırlanmasına neden olabileceği ifade edilmektedir. Bunun yanında, fintek şirketlerine sağlanan girdi karşılığında makul olmayan bedeller talep edilmesi,

hizmetlerin gerekçesiz aksatılması veya boykot uygulamaları gibi dikey veya yatay şekilde yeni oyunculara karşı ortak şekilde sergilenen dışlayıcı nitelikteki eylemlerin, rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ya da uyumlu eylem olarak değerlendirilebileceği ve amaç bakımından rekabeti ihlal edebileceği vurgulanmaktadır.

Öldürücü devralmalar ise, sermaye açısından güçlü bu yerleşik teşebbüslerin, fintek şirketlerinin ödeme hizmetleri alanına getirdiği inovasyon ve teknoloji odaklı hizmetler ile rekabet etmek yerine fintek şirketlerini erken dönemde devralarak rekabeti kısıtladığı durumlarda ortaya çıkmaktadır. Fintek sektöründeki devralmaların (teknoloji şirketlerine yönelik diğer devralmalar gibi), rekabet otoriteleri tarafından şüpheli bir yaklaşımla ele alındığı ve bu yaklaşımın dijital pazarlardaki endişelerle bağlantılı olduğu belirtilmektedir. Bununla birlikte, büyük teknoloji şirketlerinin yaptığı devralmaların inovasyonu baskıladığı ve dışlayıcı etkiler yarattığına dair akademik çalışmaların artmasıyla birlikte, bu şüpheli yaklaşımın fintek sektöründeki devralmalar açısından da geçerli olabileceği ifade edilmektedir.

Türk hukukundaki gelişmeler bakımından, teknoloji yoğun sektörlerde gerçekleşen ve öldürücü nitelik arz edebilecek devralmaların teşhis edilebilmesi amacıyla, 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in ("Tebliğ") 7. maddesi kapsamında getirilen değişiklik ile teknoloji teşebbüslerinin devralınmasına ilişkin işlemlerde geçerli olacak şekilde bildirim eşiklerinde bir inovasyona gidilmiştir. Buna göre, Türkiye coğrafi pazarında faaliyet gösteren veya ar-ge faaliyeti olan ya da Türkiye'deki kullanıcılara hizmet sunan teknoloji teşebbüslerinin devralınmasına ilişkin işlemlerde Tebliğ'in 7. maddesinde belirtilen (a) ve (b) bentlerinde yer alan tutarlara yönelik ciro eşiklerinin aranmayacağı hüküm altına alınmıştır. Böylelikle cirosu sıfır olan teknoloji teşebbüslerinin devralınması işlemlerine ilişkin olarak bir bildirim yükümlülüğü doğmuştur. Başka bir deyişle, devralınan şirketin teknoloji şirketi niteliğinde olması durumunda, Tebliğ'in 7. maddesinde belirtilen ciro eşiklerine ulaşılması yalnızca devralan şirket için gerekli hale gelmiştir.

Devralmalara ilişkin olarak getirilen bir başka düzenleme olan ve 2020 yılında 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesinde yapılan değişiklikle getirilen, birleşme ve devralma incelemelerinde pazardaki etkin rekabetin önemli ölçüde engellenip engellenmediğinin analiz edildiği SIEC testi değişikliği de yıkıcı devralmaların önüne geçilebilmesi kapsamında yarar sağlayacaktır.

(iii)Düzenleyici Çerçeve: Düzenlemeye ilişkin sorunlar; fintek alanında yeterli düzenlemenin olmaması, fintekler bakımından aşırı düzenleme olması ve düzenlemelerin genel olarak yeni hizmetlere uygun olmaması

olmak üzere üç ana başlık altında incelenmiştir. Düzenleyici kuralların bulunmamasından kaynaklanan sorunlar; fintek şirketlerinin teknolojik imkanlarla sunduğu ve finansal sisteme etki eden hizmetleri mevcut düzenleyici çerçevenin dışında kalırken alt pazarda düzenleyici kurallara uyum için gereken maliyetlere katlanmak zorunda olan bankalarla rekabet etmelerinden kaynaklanmaktadır. Bu durum yerleşik oyuncular ile fintek şirketlerinin adil koşullarda rekabet edebilmesini engelleyebilmektedir. Öte yandan finansal istikrarı koruma amacıyla yapılan birtakım düzenlemeler, banka dışı yeni oyuncular için orantısız bir yükümlülük oluşturabilir, rekabeti engelleyebilir ve pazara girişi zorlaştırabilir niteliktedir. Bu kapsamda geniş faaliyet alanına ve finansal sistem üzerinde büyük etkiye sahip bankalar gibi yerleşik oyunculara yönelik oluşturulan düzenleyici kuralların sınırlı faaliyet alanına sahip fintek şirketlerine birebir uygulanmasının doğurabileceği sorunlara karşı, finansal aktörlerin sisteme etki edebileceği riske göre orantılı yükümlülükler öngören asimetrik düzenleyici yaklaşım kurallarının benimsenmesi gündeme gelebilecektir.

» **Büyük Teknoloji Şirketleri:**

Raporda ele alınan bir diğer başlık ise büyük teknoloji şirketlerinin, sahip oldukları kullanıcı verisi ve veri toplama yetenekleri, sermaye gücü, marka bilinirliği gibi avantajlarıyla finansal pazarlarda faaliyet göstermeye başlamasının fintek şirketlerinin karşılaştığı giriş engellerini artırabileceği tehlikesidir. Fintekin gelişimini engelleyen faktörler arasında, farklı sektörlerde faaliyet gösteren ve yüksek pazar gücüne sahip büyük teknoloji şirketlerinin finansal pazarlara girişi ve başka pazarlardaki olası hâkim durumu kötüye kullanma endişeleri de bulunmaktadır. Bu şirketler, geniş kullanıcı portföyleri ve güçlü finansal kaynaklarıyla özellikle ödeme hizmetleri gibi finansal alanlarda faaliyet göstermeye başlamıştır. Bu durum, rekabet otoritelerinin dikkatini çekmekte ve fintek şirketlerinin pazar girişi engellerini avantaja çevirebilecekleri bir konumu işaret etmektedir. Bu şirketlerin sahip olduğu avantajlar, finansal hizmetleri düşük maliyetle sunma potansiyeli taşıırken, aynı zamanda rekabetçi baskı yaratma potansiyeline işaret etmektedir. Bu nedenle, yerleşik finansal kuruluşlar, sıkı düzenlemelerden kaçınmak ve rekabetle başa çıkmak için bu teknoloji şirketleriyle işbirliği yaparak ortak platformlar oluşturma eğiliminde olabilecektir.

» **Sonuç ve Öneriler:**

Raporda, fintek sektöründeki gelişmeleri desteklemek ve rekabeti artırmak amacıyla önerilen çeşitli stratejilere odaklanılmıştır. Bu stratejilerden biri, müşteri verisinin önemine vurgu yaparak, belirli veri setlerine sahipliğin bir teşebbüsün hâkim durumda olması durumunu kabul etmeyi içermektedir. Ayrıca, düzenleyici kuralların finansal istikrarın yanı sıra rekabetin ve inovasyonun sürekliliğini gözeterek farklı oyunculara yönelik farklılaştırılmış yükümlülükler içeren asimetrik düzenleme yaklaşımını benimsemek de öneriler arasında bulunmaktadır.

Bu stratejilerin yanı sıra, “düzenleyici deney alanları” adı verilen inovasyon odaklı düzenleme bölgeleri oluşturarak yeni teknolojilere esnek bir yaklaşım benimsemek, kamu kaynaklı sermaye desteği programlarını netleştirerek küçük ve orta ölçekli işletmelerin finansmana erişimini artırmak da öneriler arasındadır. Bununla birlikte, piyasa eğilimlerini etkili bir şekilde takip etmek, toplu pazar verisi oluşturmak ve zorunlu nitelikteki bankacılık altyapılarına fintek şirketlerinin doğrudan erişimine izin vermek de önemli stratejiler arasında gösterilmiştir. Tüm bu önerilerin bütüncül bir ülke politikası çerçevesinde ele alınması ve ilgili kamu otoriteleri arasında yakın işbirliği kurulması gerektiği de vurgulanmıştır.

2.2. Genel Değerlendirme

Yukarıdaki bahsedilen bilgiler ışığında geleneksel bankacılık ve finans sektörünün yanı sıra fintek sektöründe de incelenen ve çeşitli rekabet otoritelerinin kararlarına konu olan davranışlar aşağıdaki gibi özetlenebilir;

- › Bankalar arasında gerçekleşen rekabete duyarlı bilgi değişimleri ve buna dayalı olarak ortaya çıkan koordineli pazar davranışları,
- › Pazardaki oyuncular arasında pazar paylaşımı anlaşmalarının yapılması,
- › Belirlenen bölge dışında (ülke, Avrupa Birliği gibi) yapılan harcamalarda yüksek komisyon oranlarının belirlenmesi suretiyle satış yapan kişilerin bu kartlarla ödeme almamasını sağlamak,
- › Kart saklama gibi alt pazarlarda faaliyet göstermeye başlayan ve üst pazarda yerleşik bulunan teşebbüslerin girdi kısıtlama stratejileri,
- › Bankalar tarafından bir araya gelinerek oluşturulan girişimlerin, bankalar arasında sağladıkları entegrasyon ve bunun pazara giriş üzerindeki etkileri,
- › Elektronik ödeme kuruluşlarının bankalar ile akdettikleri münhasırlık anlaşmaları,
- › Bankaların ödeme hizmetleri pazarında müşterilerinin rakip hizmetlerden yararlanma ve bunlar arasında seçim yapmasını engelleyici nitelikteki uygulamaları,
- › Üst pazarda yerleşik konumda bulunan teşebbüslerin, daha küçük ölçekli fintek şirketlerini rekabet etmekten kaçınmak amacıyla devralma (yıkıcı devralma) uygulamaları,
- › Sigorta şirketlerinin acenteleri olarak çalışan bankaların; kredi kullandırılan müşterileri sigorta yaptırmaya yönlendirmeleri, ürün bağlama yoluna giderek söz konusu sigorta şirketinden sigorta yaptırılmadığı takdirde kredi açılmaması, çek defteri verilmemesi gibi uygulamaların ortaya çıkması,
- › Meslek kuruluşları aracılığıyla alınan çeşitli karar ve uygulamalar,
- › Ortak kampanya programlarına ilişkin muafiyet başvuruları,
- › Ortak ATM, BKM gibi ortak girişimlerin kurulması amacıyla yapılan muafiyet başvuruları.

Aşağıda, öncelikle Rekabet Kurumu ve diğer rekabet otoritelerinin bu sektörlerle bakış açısını yansıtmaları bakımından önem arz eden özellikli kararlara değinilecek, ardından banka ve finans sektöründe ortaya çıkabilecek rekabet hukuku riskleri bakımından 2023 yılı içerisinde rekabet otoriteleri tarafından en çok değinilmiş olan konular örnek kararlar eşliğinde aktarılacaktır.

3. Sektöre İlişkin Geçmiş Yıllardaki Önemli Kararlar

» AVRUPA KOMİSYONU – UBS, UniCredit ve Nomura Bankaları Hakkında Kartel Soruşturması¹⁴

Avrupa Komisyonu (Komisyon) 2021 yılında tamamladığı soruşturma sonunda, Bank of America, Natixis, Nomura, RBS, UBS, UniCredit ve WestLB bankalarının, bir grup tüccarın Avrupa Devlet Tahvillerinin ('EGB') birincil ve ikincil piyasasında bir kartele katılmaları yoluyla Avrupa Birliği (AB) antitröst kurlarını ihlal ettiklerini tespit etmiştir.

Komisyon, yaptığı araştırmalar sonucunda, ilgili yedi yatırım bankasının EGB masalarında çalışan ve kapalı bir güven çemberi içinde faaliyet gösteren bir grup tüccar aracılığıyla bir kartele katıldığını tespit etmiştir. Buna göre, söz konusu tüccarlar birbirleriyle genel olarak çok taraflı sohbet odalarında düzenli olarak temas kurmuş ve bu sohbet odaları aracılığıyla özellikle ihaleler öncesinde uygulanacak olan teklif stratejileri, teklif fiyatları, teklif hacimleri ve ikincil piyasadaki alım satım parametreleri ile müşterilerine veya genel olarak piyasaya gösterdikleri fiyatlar hakkında rekabete hassas bilgi alışverişinde bulunmuşlardır. Komisyon bunun yanında, ilgili davranışların 2007 ile 2011 yılları arasında sürdüğünü ve tüm Avrupa Ekonomik Alanı'nı ('EEA') etkilediğini tespit etmiştir.

Sonuç olarak Komisyon, ilgili yedi bankanın davranışlarının, AB rekabet kurlarını ihlal ettiği kanaatine varmış ve Nomura, UBS ve UniCredit'e toplam 371 milyon Euro idari para cezası uygulamıştır. NatWest ise ilgili karteli Komisyon'a bildirdiği gerekçesiyle herhangi bir para cezasına çarptırılmamıştır. Bank of America ve Natixis'e de para cezalarının uygulanmasına ilişkin zaman aşımı süresinin aşılması sebebiyle yine para cezası uygulanmamıştır. Son olarak WestLB'nin yasal ve ekonomik halefi olan Portigon ise, son mali yılda herhangi bir net ciro elde etmediği gerekçesiyle 0 Euro para cezası almıştır.

» REKABET KURUMU – Banka 1, 2, 3 Kararları

Rekabet Kurulu'nun geçmiş kararlarına bakıldığında geleneksel bankacılık alanında üç önemli soruşturmanın yürütüldüğü ve karara bağlandığı görülmektedir. Bunlardan ilki 2009 yılında alınan Banka-1 kararıdır¹⁵. Bu kararda bankaların, bir

¹⁴ European Commission, 20.05.2021

¹⁵ Rekabet Kurulu Kararı, 07.3.2011, 11-13/243-78

centilmenlik anlaşması yaparak bu kapsamda maaş hizmeti verdikleri kurum, kuruluş ve şirketlere verilen maaş promosyonları konusunda koordineli davrandıkları tespit edilmiştir. Kararda ilgili ürün pazarı “bireysel bankacılık hizmetleri” olarak tanımlanmış ve centilmenlik anlaşmasınının 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi kapsamında ihlal teşkil ettiğine karar verilmiştir. Sektöre ilişkin ikinci önemli karar 2013 yılında alınmış olan Banka-2 kararıdır¹⁶. Bu karar, aşağıda ilgili başlık altında konuya ilişkin 2019 yılında verilmiş olan bir idari yargı kararıyla birlikte ayrıntılı bir şekilde açıklanmaktadır. Son olarak, bankacılık sektörüne ilişkin 2017 yılında sonuçlandırılan Banka-3 kararında¹⁷, sendikasyon kredilerine ilişkin ihlal iddiaları incelenmiştir. Soruşturma, Bank of Tokyo-Mitsubishi UFJ Turkey A.Ş.’nin (“BTMU”) pişmanlık başvurusu ile başlamış ve toplam 13 banka hakkında yürütülmüştür. Soruşturma konusu, sendikasyon kredisi olarak da isimlendirilen kurumsal müşterilere sağlanan kredilere ilişkin olarak soruşturma kapsamındaki kuruluşlar ve bankalar arasında kredi teklifi verilirken fiyat ve hacim gibi kredi koşulları hakkında geleceğe dönük ve rekabete duyarlı bilgilerin düzenli olarak paylaşılmasıdır. Yürütülen soruşturma sonunda 13 banka arasından, BTMU pişmanlık başvurusu nedeniyle idari para cezası almamış; ING Bank ile The Royal Bank of Scotland hakkında idari para cezası kararı verilmiştir. Soruşturma kapsamındaki diğer 10 banka açısından rekabet ihlali tespiti yapılmamıştır. Bankacılığa ilişkin verilen bu ihlal kararında dikkat çeken nokta, Kurul’un ilgili ürün pazarı tanımını yapmayı gerekli görmemiş olmasıdır.

» REKABET KURUMU – PayU/Iyzico Kararı¹⁸

Rekabet Kurulu’nun zikredilen üç bankacılık soruşturması dışında, 2019 yılı içerisinde onayladığı ve ilk kez ödeme hizmetleri alanında faaliyet gösteren finteklere yönelik olarak bir pazar tanımı yaptığı PayU/Iyzico devralma kararı da önem arz etmektedir. Hem devre konu taraf olan Iyzico, hem de devralan taraf olan PayU Türkiye, fintek şirketleridir. Kararda tarafların faaliyetlerinin yatay seviyede sanal POS hizmetleri ve kart verisi saklama hizmetleri pazarlarında örtüştüğü tespit edilmiştir. Naspers’in iştiraki olan Letgo’nun varlığı nedeniyle ise tarafların sanal POS hizmetleri ile çevrimiçi ilan platform hizmetleri arasında dikey seviyede bir ilişki olabileceği değerlendirilmektedir. Değerlendirmeler sonucunda herhangi bir pazarda hâkim durum yaratılmayacağı veya mevcut hâkim durumun güçlenmesinin söz konusu olmayacağı belirtilmiş ve işleme izin verilmiştir.

Bu kararın yol gösterici yönü; Kurul’un ilk kez ödeme hizmetleri alanında faaliyet gösteren finteklere yönelik olarak bir pazar tanımı yaparak, hangi teşebbüslerin ilgili pazarda birbirine rakip konumda bulunduğuna yönelik önemli değerlendirmeler yapmış olmasıdır. Kararda, “sanal POS hizmetleri pazarı”

¹⁶ Rekabet Kurulu Kararı, 08.3.2013, 13-13/198-100

¹⁷ Rekabet Kurulu Kararı, 28.11.2017, 17-39/636-276

¹⁸ Rekabet Kurulu Kararı, 05.09.2019, 19-31/466-199

açısından PayU ve Iyzico'nun, bankaların doğrudan rakipleri olduğu belirtilmiştir. Bu değerlendirme sektöre yönelik bundan sonra gündeme gelebilecek rekabet hukuku incelemeleri açısından önem arz etmektedir. Kararda değerlendirmeye konu olan bir diğer pazar ise "kart verisi saklama hizmetleri pazarı" olmuştur. Bu pazara yönelik dikkat çeken nokta, pazar paylarının hesaplanmasına yönelik olarak Kurul'un birçok farklı yöntem arasında "verisi saklanan kart sayısı"ni dikkate almış olmasıdır.

» REKABET KURUMU – Türkiye Bankalar Birliği Kararları

Rekabet Kurumu 2019 yılında, Türkiye Bankalar Birliği (TBB) tarafından yapılan başvuru kapsamında, Türkiye'de faaliyette bulunan banka ve diğer finansal kuruluşlara 25 milyon TL'den az borcu bulunan şirketler için hazırlanan Finansal Yeniden Yapılandırma Çerçeve Anlaşması'na (FYYÇA - Küçük Ölçekli Uygulama), anlaşmanın söz konusu teşebbüslerin öngörülen süre içerisinde mali kesime olan geri ödeme yükümlülüklerini yerine getirebilmelerine ve vergi tahsilatının artırılmasına ve finansal açıdan darboğaz yaşayan firmaların faal kalarak katma değer ve rekabet yaratmaya devam etmelerine katkı sağlayacağı değerlendirilerek bulunarak FYYÇA'ya bireysel muafiyet vermiştir¹⁹.

TBB hakkında verilen bir diğer bireysel muafiyet kararı ise "Ticari Borçlularla Bağitlanan Yeniden Yapılandırma Sözleşmelerinde TLREF Faiz Oranının Kullanılmasına İlişkin Tavsiye Karar Taslağı" (Tavsiye Karar) ve "Finansal Yeniden Yapılandırma Çerçeve Anlaşması (Büyük Ölçekli Uygulama-BÖU) Kapsamında Bağitlanan Yeniden Yapılandırmalarda TLREF Faiz Oranının Kullanılmasına İlişkin Karar Taslağı"na (Yeniden Yapılandırma Kararı) ilişkindir. Kurul, incelemesinde muafiyet koşullarını ayrı ayrı değerlendirerek her iki kararın da tüm muafiyet koşullarını taşıdıklarını tespit etmiş ve bireysel muafiyet tanınmasına karar vermiştir²⁰.

TBB hakkında değinilmesi gereken bir diğer karar ise 27.01.2020 tarih ve 02 sayılı Tavsiye Kararı'na üzerinde birtakım değişiklikler yapılması koşuluyla bireysel muafiyet tanınmasıdır. Söz konusu Tavsiye Karar'a göre, 25 milyon TL altında borcu bulunan firmalar için değışken faiz tercih edildiğı takdirde nihai faiz oranının 0-2 yıl vadeli işlemlerde TLREF+1, 2-5 yıl vadeli işlemlerde TLREF+2 olarak kullanılması tavsiye edilmektedir. Bunun dışında kalan tüm yeniden yapılandırmalarda nihai faiz oranı tavsiye edilmemekte olup, TLREF'in baz faiz oranı olarak kullanılması tavsiye edilmektedir. Ek olarak Karar'da, TLREF'in güncellenme sıklığı ve hesaplanmasında esas alınacak verilere ilişkin öneriler de bulunmaktadır. Buna göre, TLREF oranı 3 ayda bir güncellenebilecek; kredinin kullanılmaya tarihidinden bir iş günü öncesi ile 30 gün öncesinin endeks verileri kullanılmak suretiyle bazı oluşturulacak TLREF oranı hesaplanacaktır. Kurul yapmış olduğu bireysel muafiyet değerlendirmesinde TBB'nin söz konusu Tavsiye Kararı'na FYYÇA dışında kalan;

¹⁹ Rekabet Kurulu, 19-38/564-233, 07.11.2019

²⁰ Rekabet Kurulu, 20-06/69-38, 23.01.2020

- › 25 milyon TL altı borçların yeniden yapılandırılmasında değişken faiz oranı tercih edilmesi halinde, faiz oranının 0-2 yıl vadeli işlemlerde TLREF+1; 2-5 yıl vadeli işlemlerde TLREF+2 şeklinde belirlenebilmesine dair oranların azami oranlar olacak,
- › Miktar sınırlaması olmaksızın bütün yeniden yapılandırılacak borçlarda TLREF oranının üç ayda bir güncellenebilmesine ve TLREF oranının kredinin kullandırılma tarihinden bir iş günü öncesi ile 30 gün öncesinin (tatil gününe denk gelmesi durumunda takip eden iş günü seçilecektir) endeks verileri kullanılmak suretiyle hesaplanabilmesine ilişkin hükümlerin ancak yeniden yapılandırmaya başvuracak borçlunun tercih etmesi halinde uygulanacak

şekilde düzenlenmesi halinde bireysel muafiyet tanınmasına karar vermiştir²¹.

» **REKABET KURUMU – Finansal Kurumlar Birliği'nin Menfi Tespit Belgesi ve Bireysel Muafiyet Talebi²²**

Rekabet Kurulu, Finansal Kurumlar Birliği'nin (FKB) başvurusu üzerine, Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Birliği (Birlik) tarafından Birlik üyesi teşebbüslere ait; mali veriler, ciro raporları, merkezi fatura kaydı sisteminden üretilen faktoring işlem hacmi bilgileri ve finansal kiralama sözleşme tescil sisteminden üretilen finansal kiralama sözleşme bilgilerine yönelik verilerin günlük, haftalık, aylık, üçer aylık gibi ihtiyaç duyulan periyotlarda gizlilik prensibi çerçevesinde bireysel bazda paylaşılmasına; teşebbüs/teşebbüs birliği niteliğinde olmayan kamu kurum ve kuruluşları bakımından menfi tespit belgesi verilmesine, teşebbüs birliği niteliğindeki kurum ve kuruluşlar bakımından ise gizlilik koşullarının gözetilmesi kaydıyla bireysel muafiyet tanınmasına karar vermiştir.

Kurul, bildirim konu uygulama çerçevesinde TCMB, Kalkınma Bankası, Eximbank, Takasbank ve MKK'nın teşebbüs veya teşebbüs birliği niteliği taşınamaması nedeniyle sözü edilen kurum ve kuruluşlar bakımından menfi tespit belgesi verilebileceği değerlendirmesinde bulunmuş olup, TKBB ve TBB Risk Merkezi gibi kurum ve kuruluşlar bakımından ise sözü edilen kurum ve kuruluşların teşebbüs birliği sayılmaları nedeniyle bireysel muafiyet verilebileceği kanaatine varmıştır.

» **REKABET KURUMU – Döviz Piyasalarına İlişkin Soruşturma²³**

Rekabet Kurulu, bankaların spot döviz piyasasında alım satım miktarı, zamanı gibi güncel bilgileri paylaştıkları ve denge döviz kurunu etkilemeye yönelik olarak birlikte hareket ettikleri iddiasına yönelik olarak 2016 yılında tamamlanan soruşturma sonunda, 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma

21 Rekabet Kurulu, 20-21/280-134, 30.04.2020

22 Rekabet Kurulu, 20-23/296-143, 07.05.2020

23 Rekabet Kurulu, 16-41/667-300, 24.11.2016

açılmamasına karar vermiştir. Kurul, yapmış olduğu pazar değerlendirmesi sonucunda, spot döviz piyasalarının elektronik ortam ve bankalar aracılığıyla iletişim ve ticaretin yoğun olarak gerçekleştiği bir piyasa olduğunun altını çizmiştir. Buna göre ilgili piyasanın; bilginin hızla fiyatlandığı, denge fiyatın tek bir aktör tarafından etkilenmediği ve rekabetçi bir yapıya sahip tam rekabet piyasalarına yakın özellikler taşıdığı belirtilmiştir.

Devamında, Kurul, diğer finansal piyasalar bakımından da olduğu gibi döviz piyasalarının etkin işleyişi önündeki en önemli engellerden birinin de işleme ve bilgiye dayalı manipülasyon olduğunu vurgulamıştır. Bu bağlamda her ne kadar sermaye piyasaları bakımından etki kapasitesi yönüyle iki manipülasyon türünün benzer olduğu ifade edilebilecek olsa da döviz piyasaları bakımından işleme dayalı manipülasyonun etki kapasitesi yönüyle ön planda olduğu ve rekabeti kısıtladığı noktada rekabet hukuku kapsamında ele alındığı ifade edilmiştir. Buna göre, sektördeki rekabet ihlali suçturumlarında, bankalar arasındaki sistemli ve organize koordinasyonun rekabet sürecine zarar verdiği tespit edilmiştir. Bunun yanında piyasanın global niteliği, büyüklüğü ve rekabetçi işleyişi göz önüne alındığında, manipülasyonun denge kurları üzerinde etkili olabilmesi için büyük işlem hacmi ve koordineli davranışların gerektiğinin altı çizilmiştir.

Kurul'un ilgili incelemede mercek altına aldığı bir diğer mesele ise WM/Reuters Fixing oranları olmuştur. Bu oranlar, spot döviz piyasalarında bankalarca kullanılmakta olup manipülasyona açık olmaları itibarıyla eleştirilmiştir. Bu bağlamda ilgili sisteme getirilen eleştiriler genel olarak fixing (fixing işlemi günün belli bir saatinde döviz arz ve talebinin toplulaştırılması ve bunun sonucunda oluşan denge kur fiyatının açıklanması olarak tanımlanmıştır) penceresinin kısa olması, tek bir veri kaynağının kullanılması ve likiditenin yetersiz olduğu durumlarda kotasyonların dikkate alınması olarak ele alınmıştır.

Kurul, somut iddia ve belgeler bakımından yapmış olduğu değerlendirme sonucunda, bazı yazışmalarda müşterilere ait gizli bilgilerin paylaşıldığı ve manipülasyon amacıyla işbirliği yapıldığı tespit edilmiş olsa da, spot döviz piyasasındaki iletişimde manipülatif amaçlı bir sistematığın olmadığı kanaatine varmıştır. Bu çerçevede, mevcut bilgi ve belgelerle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında bir ihlal tespit edilmediği kanaatine varılmıştır.

4. 2023 Yılında Alınan Önemli Kararlar ve Gelişmeler

2023 itibarıyla Türkiye özelinde Rekabet Kurulu da dahil olmak üzere dünya genelindeki rekabet otoriteleri tarafından banka ve finans sektöründe ortaya çıkan rekabet hukuku endişeleri çerçevesinde pek çok önemli karara imza atılmıştır. Bu kapsamda ilk olarak önde gelen rekabet otoriteleri tarafından 2023 yılı içerisinde verilmiş dikkat çeken kararlara değinilecektir. Devamında ise Türkiye bakımından Rekabet Kurulu'nun bu yıl incelemiş olduğu ve önem arz eden kararlardan bahsedilecektir.

» **FEDERAL TİCARET KOMİSYONU – Mastercard Hakkındaki Nihai Kararın Onaylanması**²⁴

Federal Ticaret Komisyonu (FTC), Mastercard'ın işyerlerini banka kartı ödemelerini kendi ödeme ağı üzerinden yönlendirmeye zorlayıcı birtakım davranışlarda bulunduğu yönündeki suçlamaları çözüme kavuşturan nihai kararı onaylamıştır. Komisyon, Mastercard'ın tacirlerin e-cüzdanlarda kayıtlı Mastercard markalı banka kartlarını kullanarak e-ticaret işlemlerini alternatif ödeme kartı ağlarına yönlendirmelerini engelleyen davranışlar nedeniyle yasayı (Durbin Değişikliği) ihlal ettiğini iddia etmiştir. Buna göre, Mastercard'ın tacirleri e-cüzdanlarda kayıtlı Mastercard markalı banka kartlarını kullanarak alternatif ödeme kartı ağlarına yönlendirmelerini engelleyen davranışların, rekabetin kısıtlanmasına ve işyerlerinin serbestçe alternatif ödeme kartı ağları arasında seçim yapma yeteneklerinin engellenmesine yol açtığı ve bu nedenle;

- › Bu tür uygulamalara son vermek ve rakip ağlara banka ödemelerini işlemek için ihtiyaç duydukları müşteri hesap bilgilerini sağlaması gerektiği,
- › İşyerlerinin rakip banka kartı ağları arasında seçim yapmasını engelleyecek başka eylemlerde bulunmaması gerektiği

gerektiği yönünde karar verilmiştir.

Federal Ticaret Komisyonu'nun bu kararı, rekabeti koruma amacını taşıyarak işyerlerinin serbestçe seçim yapma özgürlüğünü sağlamayı ve pazardaki rekabeti artırmayı hedeflemektedir

» **AVRUPA KOMİSYONU – Deutsche Bank ve Rabobank Hakkında Yürütülen Euro Cinsinden Tahvil Ticaret Karteli Soruşturmasının Sonlandırılması**²⁵

Avrupa Komisyonu, 2022 yılında başlatmış olduğu, Deutsche Bank ve Rabobank'a Euro cinsinden tahvil ticaret karteli soruşturması ile ilgili olarak nihai kararını vermiştir. Buna göre, Deutsche Bank, Komisyon ile işbirliği yaptığı ve ilgili karteli ihbar ettiği gerekçesiyle ceza kapsamında muafiyet kazanırken Rabobank'a ise 26.6 milyon Euro değerinde idari para cezası verilmiştir.

Komisyon, 2022 yılında yayımlanmış olduğu kararında²⁶, Rabobank ve Deutsche Bank'ın 2005 ve 2016 yılları arasında, tacirlerinden bazıları aracılığıyla, e-postalar ve çevrimiçi sohbet odası iletişimleri yoluyla ticari açıdan hassas bilgi alışverişinde bulunduğu ve tahvilleri Avrupa Ekonomik Bölgesi'ndeki ikincil piyasada alıp satarken fiyatlandırma ve ticaret stratejilerini koordine ettikleri konusunda endişe duyduğunu açıklamıştır. Komisyon, bu kapsamda yapmış

²⁴ Federal Trade Commission, 30.05.2023

²⁵ European Commission, 22.11.2023

²⁶ European Commission, 06.12.2022

olduğu araştırma ve incelemeler sonucunda, iki bankanın gerçekten de tüccarları aracılığıyla rekabete hassas bilgileri değişimi içerisinde bulunduğunu ve ticaret ve fiyatlandırma stratejilerini koordine ettiğini ortaya koymuştur. Buna göre, iki banka da tacirler aracılığıyla; fiyatlar, hacimler, mevcut ve gelecekteki ticaret stratejileri ve pozisyonlar, tahvil alım veya satım talepleri vb. konularda rekabete bilgi alışverişinde bulunmuştur. Komisyon, bu kapsamda kartelde yer aldığı gerekçesiyle Rabobank hakkında 26.6 milyon Euro değerinde idari para cezası uygulanmasına karar vermiştir.

Komisyonun bu kararı, rakipler arası rekabete hassas bilgi değişimleri yoluyla yaratılan kartel ihlallerinin önüne geçmek adına uygulanan ceza bakımından oldukça caydırıcı bir nitelik taşımaktadır.

» **BUNDESKARTELLAMT – Paypal Hakkında Soruşturma Başlatılması**²⁷

Alman Rekabet Kurumu (Bundeskartellamt), PayPal (Europe) S.à.r.l. et Cie, S.C.A. aleyhinde, rakipleri dışlamaya ve fiyat rekabetini kısıtlamaya yönelik olası uygulamalar nedeniyle soruşturma başlatmıştır. Buna göre soruşturma, PayPal'ın Almanya'da geçerli olan kullanıcı sözleşmesinde yer alan "Ek Ücretlendirme Kuralları" ve "PayPal'ın Sunumu"nu ele almıştır. Bundeskartellamt'ın yapmış olduğu incelemeye göre, söz konusu koşullar uyarınca satıcılar, müşterilerin PayPal'dan daha ucuz bir ödeme yöntemini tercih etmeleri durumunda mal ve hizmetlerini daha düşük fiyatlarla sunma hakkına sahip olmamakla birlikte, aynı zamanda PayPal dışındaki ödeme yöntemlerine öncelik tanıyamamaktadırlar. Bundeskartellamt, bu maddelerin rekabeti kısıtlayabileceğini ve hâkim durumun kötüye kullanılmasını ihlal edebileceğini belirtmiştir. Soruşturma, hâkim durumun kötüye kullanılmasının yasaklanması ve göreceli veya üstün piyasa gücünün kötüye kullanılmasının yasaklanması kurallarına dayanmaktadır.

» **CMA – 5 Büyük Banka Hakkında Soruşturma Açılması**²⁸

İngiltere Rekabet ve Piyasalar Otoritesi (CMA), Citi, Deutsche Bank, HSBC, Morgan Stanley ve Royal Bank of Kanada'nın, İngiltere hükümet tahvilleriyle ilgili olarak rekabete hassas bilgileri paylaşmak suretiyle rekabeti ihlal ettiğini tespit etmiştir. CMA, bu beş büyük bankanın, 2009 ve 2013 yılları arasında sohbet odalarında yaptıkları birebir çevrim içi konuşmalarda rekabetle ilgili hassas bilgileri rekabet kurallarına aykırı bir şekilde paylaştığını açıklamıştır. Buna göre, söz konusu bilgi değişimleri aşağıdaki konuları içermektedir;

- › İngiltere Borç Yönetim Ofisi tarafından ve açık artırma yoluyla gerçekleştirilen altın satışlarına ilişkin bilgiler,
- › Gilts ve gilt varlık takasları, alım ve satımlarına ilişkin bilgiler,

²⁷ Bundeskartellamt, 23.01.2023

²⁸ Competition and Markets Authority, 24.05.2023

- › İngiltere Merkez Bankası tarafından yapılan geri alım ihalelerine ilişkin bilgiler.

Deutsche Bank ve Citi, anti rekabetçi faaliyetlerine ilişkin olarak CMA ile bilgi alışverişi ve işbirliği yapmıştır. Bu bakımdan Deutsche Bank herhangi bir para cezası almayarak tam muafiyete konu olmuş, Citi ise indirimli para cezasına çarptırılmıştır. HSBC, Morgan Stanley ve Royal Bank of Canada ise herhangi bir itirafta bulunmamıştır. CMA'nın soruşturması devam etmekte olup, iki veya daha fazla bankanın anti rekabetçi faaliyette bulunduğu dair nihai bir karara varılması durumunda, ilgili bankalara idari para cezası uygulanması öngörülmektedir.

Görüldüğü üzere, Almanya Rekabet Otoritesi ile İngiltere Rekabet ve Piyasalar Otoritesi'nin kararları konu ve sonuç bakımından paralellik göstermektedir. Nitekim, her iki otorite kararı da, teşebbüslerin çevrimiçi sohbet odalarını kullanarak rekabete hassas bilgi değişiminde bulunmak suretiyle rekabet kurallarını ihlal etmelerine dayanmaktadır.

Rekabet Kurulu'nun 2023 yılına ilişkin banka ve finans gündeminde ise genel olarak bireysel muafiyet ve menfi tespit belgesi verilmesine yönelik başvurular yer almıştır. Kurul'un merceği altına aldığı ve incelemeye tabi tuttuğu başvurulara aşağıda yer verilmektedir.

» **REKABET KURUMU – QNB Finansbank AŞ'nin Ödeme Kuruluşlarına Yönelik Müşteri Sınırlaması Uygulamasına Bireysel Muafiyet Tanınması²⁹**

Rekabet Kurulu, QNB'nin doğrudan kendisinin POS hizmeti sunduğu bazı üye işyerlerine ödeme kuruluşları tarafından POS hizmeti sunulmasını engelleyerek 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği iddiası ile yürüttüğü önaraştırmada, QNB'nin dosya konusu eyleminin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamına girdiği ancak anılan eyleme 01.01.2023 tarihine kadar bireysel muafiyet tanınabileceği ve bu nedenle QNB hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar vermiştir.

POS hizmetleri bakımından; işyerleri, müşterilerinin banka ya da kredi kartı ile yapacakları ödemeleri kabul edebilmek için bankalar tarafından sunulan POS sistemlerine entegre olmaya ihtiyaç duymaktadır. Her bir bankadan POS temin etmenin operasyonel ve teknik gerekliliklerden doğacak zorlukları, iş yerlerinin hâlihazırda birçok bankanın POS'u ile entegre olan bir sistem sayesinde tek bir noktadan ödeme alabilmesine yönelik ihtiyacı beraberinde getirmektedir. Söz konusu sistem sayesinde, bankalar ile ayrı ayrı üye iş yeri anlaşması (POS anlaşması) yapma imkânından yoksun iş yerlerinin ilgili ödeme kuruluşu ile kurulacak tek bir entegrasyon üzerinden bu ödeme kuruluşunun anlaşmalı olduğu tüm bankaların POS'undan ödeme alabilmesi sağlanmaktadır. Bu yönüyle bankalar ile ödeme kuruluşları arasında POS hizmetlerinin sunulmasına

29 Rekabet Kurulu, 22-54/833-343, 08.12.2022

yönelik bankaların sağlayıcı, ödeme kuruluşlarının ise alıcı konumunda olduğu dikey bir ilişki bulunmaktadır. Bu durumun bir sonucu olarak, ödeme kuruluşlarının iş yerlerine ödeme hizmeti sunabilmesi için bankalardan POS entegrasyonuna yönelik altyapı hizmeti alması gerekmektedir. Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para İhracı ile Ödeme Hizmeti Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğe göre ise tüm ödeme hizmeti sağlayıcılarına, kendi ödeme hizmetlerine ilişkin altyapılarını (bankalarca ödeme kuruluşlarına sunulan POS hizmetlerini de kapsamak üzere) talepte bulunan başka ödeme hizmeti sağlayıcılarına kullan-dırma yükümlülüğü getirilmiştir.

Kurul kararında, QNB'nin fiziki POS hizmetlerinde doğrudan kendisinin POS hizmeti sunduğu bazı üye işyerlerine ödeme kuruluşları tarafından POS hizmeti sunulmasını engelleme yönündeki eylemini, sağlayıcı tarafından alıcılara uygulanan ve müşteri sınırlaması olarak yeniden satış şartlarına müdahale doğrultusunda 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirmiştir. Grup muafiyeti incelemesinde; QNB tarafından uygulanan müşteri sınırlaması, dağıtım ağının kurulması kapsamında QNB tarafından kendisine ya da alıcı konumundaki teşebbüslere tahsis edilmiş olan belirli bir münhasır müşteri grubunun bulunduğu veya söz konusu sınırlamanın sadece aktif satışları kapsadığına yönelik herhangi bir bilgi ya da tespiti ulaşılamaması nedeniyle Kurul, uygulamanın grup muafiyetinden yararlanmadığı sonucuna varmıştır. Bireysel muafiyet incelemesinde ise;

- › Sınırlamanın piyasada daha sağlıklı iş akışlarının oluşturulması bakımından makul bir uygulama olduğu, zira söz konusu uygulamanın uzun vadede pazarda tüm müşterileri kapsayan daha kaliteli hizmetlerin sunumuna katkı sağlayarak pazarda etkinlik yarattığı,
- › Uygulamanın, fiziki POS altyapısının sağlıklı bir şekilde tesis edilmesini mümkün kılarak nihai olarak tüketicilerin ödeme hizmetlerinden sorunsuz şekilde faydalanmasını sağladığı, bu yönüyle tüketici faydasına ilişkin muafiyet koşulunu da karşıladığı,
- › QNB'nin sanal ve fiziki POS hizmetlerinde sınırlı bir pazar payına sahip olması ve QNB tarafından uygulanan müşteri sınırlamasının, sadece fiziki POS'lar için geçerli olup sanal POS için herhangi bir müşteri sınırlaması bulunmaması nedeniyle pazarda rekabetin tamamen ortadan kalkmadığı,
- › Teknik altyapının geliştirilmesi sürecinde yaşanabilecek aksaklıkların etkisinin sınırlandırılması amacına hizmet eden objektif nitelikte bir uygulama olması nedeniyle rekabetin zorunlu olandan fazla sınırlanmadığı

tespitlerinde bulunarak ödeme hizmeti sağlayıcıların kendi ödeme altyapılarını diğer ödeme hizmeti sağlayıcılarına kullandırmaları için gereken teknik hazırlıkları tamamlaması öngörülen süre olan 28.02.2023 tarihine kadar bireysel muafiyet tanınmasına karar vermiştir.

Görüldüğü üzere, kararda, ödeme hizmeti sağlayıcılarının kendi ödeme altyapılarını diğer sağlayıcılara kullandırma yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeler ve bu bağlamda QNB'nin fiziki POS hizmeti bakımından müşteri sınırlaması uygulamasının rekabeti zorunlu olandan fazla sınırlamadığı tespit edilmiştir. Ayrıca, QNB'nin uygulamasının piyasada sağlıklı iş akışları oluşturarak tüketici faydasına katkı sağladığı ve rekabetin gelişimine uygun bir uygulama olduğu vurgulanmıştır. Bu bağlamda, QNB'ye bireysel muafiyet tanınması kararı, rekabetin korunması ve sağlıklı iş akışlarının oluşturulması hedeflenerek alınmıştır.

» **REKABET KURUMU –Türkiye Bankalar Birliğinin “Tavsiye Karar’ına” Menfi Tespit Verilmesi³⁰**

Rekabet Kurulu, Türkiye Bankalar Birliği tarafından 26.05.2022 tarihli kamuoyu duyurusunda yer verilen Tavsiye Karar’ın “TRLIBOR içeren ve geçiş konu olacak işlemler için Basis Keşif Analizi çalışmaları çerçevesinde geçiş spread’i önerisinin kararlaştırılmasına ilişkin hükmüne 4054 sayılı Kanun’un 8. maddesi uyarınca menfi tespit belgesi verilebileceğine karar vermiştir.

Dosya konusu bildirim, Finansal Yönetim Otoritesi (Financial Conduct Authority - FCA) tarafından 2021 yılının sonundan itibaren Londra Bankalararası Borç Verme Oranı’nın (London Interbank Offered Rate – LIBOR) yayımlanmasına son verileceğinin açıklanmasıyla birlikte, Türkiye’de TRLIBOR bağlantılı finansal ürünlere ilişkin yükümlülüklerin TRLIBOR yerine yeni yerel gösterge faiz oranı olarak benimsenmesi hedeflenen Türk Lirası Gecelik Referans Faiz Oranı (TLREF) ile devam edebilmesine ve bu çerçevede her iki faiz oranı arasındaki dönüşümün sağlıklı bir şekilde sağlanmasına yönelik geçiş sürecine ilişkindir. Kurul değerlendirmesinde, spread hesaplama yöntemi ve buna denk düşen spread oranlarını içeren bildirim konu Tavsiye Karar’ın;

- › Yalnızca geçmişte TRLIBOR üzerinden akdedilmiş ve fiyatlama aşamasındaki rekabetçi sürecin sona erdiği finansal sözleşmelerin nasıl uyarlanabileceğine yönelik olması,
- › Sözleşme tipi ve işlem hacmi bakımından oldukça sınırlı bir ürün portföyünü konu edinmesi,
- › Düzenleyici kamu otoritelerinin ve sektör paydaşlarının geniş katılımı ve katkıları sonucunda şeffaf bir süreç yürütülerek hazırlanması ve düzenleyici kamu otoritelerinin onayından geçmesi,
- › Tavsiye niteliğinde olup bağlayıcılığının bulunmaması ve sözleşme taraflarının diledikleri hesaplama yöntemini ve oranını belirlemelerinde serbest olmaları

30 Rekabet Kurulu, 22-53/805-331, 01.12.2022

hususlarını göz önüne alarak uygulamanın pazarda rekabeti sınırlayıcı etki göstermeyeceği tespitinde bulunarak TRLIBOR bağlantılı ürünlerden TLREF'e geçiş sırasında ulusal finans otoriteleri tarafından yapılan çalışmalar sonucunda belirlenen ve TBB tarafından alınan Tavsiye Karar'ın spread hesaplama yöntemi ile oranlarının belirlenmesine ilişkin hükmünün mevcut koşullar altında 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal eder nitelikte olmadığı ve bu kapsamda Tavsiye Karar'ın ilgili hükmüne aynı Kanun'un 8. maddesi uyarınca menfi tespit belgesi verilebileceğine karar vermiştir.

Rekabet Kurulu'nun bu kararında ise, Türkiye Bankalar Birliği'nin yayımladığı Tavsiye Kararı'nda belirttiği geçiş sürecinde spread hesaplama yöntemi ve oranlarını belirlemesine yönelik olarak ilgili kararın rekabeti sınırlayıcı bir etki yaratmadığına ve bu nedenle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal etmediğine hükmetmiştir. Bu kararda da yine, finansal sektördeki geçiş süreçlerinde rekabetin korunması ve sağlıklı bir geçişin sağlanması amaçlanmaktadır.

» **REKABET KURUMU – Türkiye Finans ile Bereket Emeklilik Arasında Akdedilecek Olan Acentelik Sözleşmesine Bireysel Muafiyet Tanınması³¹**

Rekabet Kurulu, Türkiye Finans Katılım Bankası AŞ (TFKB) ile Bereket Emeklilik ve Hayat AŞ arasında akdedilecek olan Hayat Katılım Sigortacılığı Acentelik Sözleşmesi'ne menfi tespit verilmesi veya bireysel muafiyet tanınması talebini incelediği kararında, sözleşmede öngörülen teşvik etmeme yükümlülüğünün sözleşmenin sona ermesinden itibaren en fazla 5 yıllık süre öngörülmesi koşuluyla 2032 yılına kadar (sözleşme süresi) bireysel muafiyet tanınmasına karar vermiştir.

Kurul değerlendirmesinde, geleneksel sigortacılık ile katılım esaslı sigortalarda İslami şartlara uyum noktasında temel bir ayrım bulunduğu ve iki sigorta grubunun talep ve arz bakımından ikame edilebilir olmadığını değerlendirerek ilgili ürün pazarını “katılım esaslı hayat sigortacılığı acentelik hizmetleri pazarı” ve “katılım esaslı bireysel emeklilik ürünlerinde acentelik hizmetleri pazarı” olarak tanımlamıştır. Buna göre, Bildirim konusu sözleşme, TFKB'nin BEREKET'in sunduğu katılım esaslı hayat sigortası ve katılım esaslı bireysel emeklilik ürünlerinin bankasürans yoluyla tanıtılması, pazarlanması, dağıtımı, satışı ve primlerinin tahsil edilmesi için acente olarak atanmasına ilişkin olup Kurul tarafından bu sözleşme ile TFKB'nin acente olarak Dikey Kılavuz çerçevesinde risk üstlenmediği ve bağımsız davranmadığı, dolayısıyla taraflar arasındaki standart bankasürans sözleşmesinin kural olarak Kanun'un 4. maddesi kapsamında olmadığı değerlendirilmiştir. Bunun yanında sözleşme ile rekabet etmeme yükümlülüğü ve belirsiz süreli teşvik etmeme yükümlülüğü getirildiği tespit edilmiştir. Son olarak sözleşmede, BEREKET'in herhangi bir katılım esaslı hayat sigortası ürününü TFKB'ye uygulanan şartlardan veya

31 Rekabet Kurulu, 22-54/832-342, 08.12.2022

sunulan özelliklerden daha avantajlı koşullarda piyasaya sunmayı arzu etmesi halinde söz konusu şartları müşterilere veya üçüncü kişilere sunulmadan veya iletilmeden önce TFKB'ye önermesi gerektiğine dair bir En Çok Kayrılan Müşteri (EKM) koşulu bulunduğu belirtilmiştir.

Kurul, Dikey Kılavuz uyarınca acentelik sözleşmesindeki rekabet etmeme yükümlülüklerinin pazarda kapama etkisine yol açmak suretiyle rekabeti sınırlama potansiyeli taşıyıp taşımadığının incelemesi gerektiğinden hareketle, sağlayıcı BEREKET'in katılım esaslı hayat sigortası pazarında yüksek pazar payına sahip olması ve genel olarak pazar dinamikleri içerisinde sigorta şirketlerinin bankalarla kurdukları acentelik ilişkilerinde rekabet etmeme yükümlülükleri ön görmesinin, pazara yeni girecek teşebbüslerin etkin bir acente ağına ulaşımını zorlaştırabilecek ve bu yönüyle pazarda kısmi kapama etkisi oluşturabileceğini değerlendirerek sözleşmenin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamına girdiği ve acentelik sözleşmesi olmasına rağmen süresi 10 yıl olan rekabet etmeme yükümlülüğü içeren anlaşmaya menfi tespit belgesi verilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır.

Dikey Anlaşmalara ilişkin Grup Muafiyeti Tebliği bakımından yaptığı değerlendirmede, sağlayıcı konumundaki BEREKET'in 2021 yılı için katılım esaslı hayat sigortacılığı pazarındaki payının %30 eşiğinin üzerinde olması ve rekabet etmeme yükümlülüğü bulunan sözleşmenin süresinin 10 yıl olarak düzenlenmesi nedeniyle sözleşmenin grup muafiyetinden yararlanamayacağı sonucuna ulaşmıştır. Son olarak yapmış olduğu bireysel muafiyet değerlendirmesinde Kurul;

- › Rekabet etmeme yükümlülüğü içeren sözleşme aracılığıyla ve uzun vadeli çalışma ortamının yaratacağı istikrar sayesinde yatırımların artabileceği, katılım sigortacılığı pazarının gelişmesine ve bu tür işbirliklerinin esasında katılım finans ürünlerinin finans pazarlarından aldığı düşük payı da genişlemesine hizmet edebileceği ve katılım esaslı hayat sigortası ve bireysel emeklilik ürünlerinin dağıtımında etkinlik kazanımının sağlanacağı,
- › Ürünlerin katılım bankası aracılığıyla sunulması sayesinde daha geniş bir dağıtım ağı ile tüketicilerin erişimine açılacağı ve bu sayede tüketicilerin bu ürünlere erişim imkanlarının artacağı ve uzun dönemli işbirliği sonucu ortaya çıkacak uzmanlaşmanın tüketicilerin lehine olacağı,
- › Katılım sigortası pazarının gelişme evresinde olan bir karakter sergilemesi, yeni mevzuat ile birlikte yeni girişlere açık olması ve hayat dışı katılım sigortacılığı alanına göre hayat sigortacılığı alanında daha az sayıda teşebbüsün faaliyet göstermesi, ilgili pazarlarda markalar arası rekabetin önemli düzeyde olması ve mevzuat altyapısının yakın zamanda kurulmasıyla birlikte katılım banka sigortacılığı aracılığıyla gerçekleşen sigortacılık faaliyetlerinin gittikçe yükselme eğilimi izlemesi gibi pazar özellikleri dikkate alındığında, sektörde münhasırlık hükmü içeren nitelikli bankasürans anlaşmalarının yaygın olmasının mevcut durumda piyasada kapama etkisine yol açacak bir sonuç doğurmadığı,

- › BEREKET'in katılım esaslı hayat sigortacılığı pazarında banka kanalının görece düşük pazar payı sebebiyle göz ardı edilebilecek seviyede olduğu ve ilgili pazarlarda markalar arası rekabetin önemli düzeyde bulunduğu dikkate alındığında, TFKB'ye getirilecek 10 yıl süreli rekabet etmeme yükümlülüğünün kabul edilebilir olduğu,
- › Öte yandan geçmiş Kurul kararları da göz önünde bulundurularak TFKB'ye getirilen ve sözleşmenin sona ermesinden veya feshedilmesinden itibaren 5 yıl süreyle geçerli olacak teşvik etmeme yükümlülüğünün bireysel muafiyet koşulları ile bağdaştığı ancak BEREKET'e getirilen belirsiz süreli teşvik etmeme yükümlülüğünün sözleşmenin sona ermesinden itibaren 5 yılı aşmayacak şekilde tadil edilmesi gerektiği,
- › EKM koşulu bakımından ise TFKB'nin pazarda önemli bir alıcı gücü bulunmadığından katılım esaslı hayat sigortacılığı alanında önemli bir yoğunlaşma da görülmediği

değerlendirmelerinde bulunarak BEREKET hakkında sınırsız süreli teşvik etmeme yükümlülüğü içeren hükmün sözleşmenin sona ermesinden itibaren en fazla 5 yıla sınırlanması halinde sözleşmeye 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde bireysel muafiyet tanınmasına karar vermiştir.



DİJİTAL PIYASALAR

1. Giriş

Dijital piyasalar, geleneksel anlamda bir endüstriyel yapıdan farklı olan ve platform tabanlı ekonomilerin, özellikle de (i) pazar yerleri (Amazon, Trendyol), (ii) uygulama mağazaları (Apple ve Google Play Store), (iii) sosyal ağ siteleri (LinkedIn, Twitter) ve (iv) arama motorları (Google, Yandex) gibi oyuncuların yer aldığı pazarlardır. Dijital piyasa oyuncularının sayısının ve faaliyetlerinde tüketici verilerini kullanma biçimlerinin artmasına bağlı olarak geleneksel piyasalar için düzenlenen yasaların bu dinamik ortamdaki rekabet sorunlarını ele almak için yeterli olmadığı ve oluşan rekabetçi endişeleri gidermek adına dünya çapında düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Esasında, geleneksel rekabet hukuku kurallarının yanında dijital pazarlara yönelik olarak gerçekleştirilen özel düzenleme çalışmalarının temelinde bu tür pazarların ayrıksı yapısı yatmaktadır. Dijital pazarlarda yerinde ve zamanında yapılmayan bir müdahale, pazarların kapanmasına neden olabilirken, gereğinden erken gerçekleştirilen müdahaleler sektördeki girişimlerin inovasyon ve yatırım motivasyonlarını zayıflatabilmektedir.¹

Formun ÜstüBu sebeptendir ki; bu pazarlara yönelik olarak birçok ülkede öncül müdahale olanağı veren düzenlemeler yapılmaktadır. Bu düzenlemelerin temelinde pazar gücünün veya tekel konumun kötüye kullanılmasından kaynaklı rekabetçi endişeler yatmaktadır. Bu gerekçelere dayanarak yapılan her düzenleme girişiminde ilgili düzenlemenin süjesi bakımından farklı tanımlamalar yapılmıştır. Avrupa Birliği'nde yürürlüğe giren Dijital Piyasalar Yasası'nda ("DMA"), buna "geçit bekçisi" (gatekeeper) denirken, Birleşik Krallık'ta henüz yasalaşmamış olan Dijital Piyasalar, Rekabet ve Tüketici Yasa Tasarısı ("DMCC"), "stratejik piyasa pozisyonu bulunan teşebbüs" (undertaking with strategic market status) olarak adlandırılmaktadır.² Alman Rekabet Kanunu'na baktığımızda «önemli rekabet gücü bulunduğu tespit edilen teşebbüs» (undertaking of paramount significance for competition across markets), ABD'deki American Innovation and Choice Online Act ("AICOA")'da ise sınırlı düzenlemeler bulunsa da konuya "kapsanan platform" (covered platform) olarak bakıldığı, ülkemizdeki Rekabet Kanunu Taslağı'nda ise "önemli pazar

¹ Rekabet Kurumu, *Dijital Dönüşümün Rekabet Hukukuna Yansımaları*, Nisan 2023.

² Kerem Cem Sanlı, Cihan Doğan, *Rekabet Politikası Açısından Dijital Piyasaların Düzenlenmesi: E-Ticaret Kanunu ve Rekabet Kanunu Değişiklik Taslağı*, 18.10.2023.

gücüne sahip teşebbüs” şeklinde bir ifade üzerinde çalışıldığı görülmektedir.³ Başta Avrupa Birliği (“AB”) Dijital Pazarlar Yasası (“DMA”) ve Alman Rekabet Kanunu (“German Competition Act 19a”) olmak üzere önde gelen örnek uygulamalarda yeni getirilen kuralların özü, geleneksel hakim durum tanımından farklı olarak belirli ölçütlere göre belirlenmiş eşikleri aşan ve önemli bir pazar gücüne sahip oldukları tespit edilen teşebbüslerin rekabet hukukuna aykırı olacak birtakım davranışlarının öncül/ex- ante olarak yasaklanması ve rekabet otoritelerine uzun soluklu rekabet soruşturma süreçlerini yürütmeksizin müdahale olanağı sağlamasıdır.

2023 yılı özellikle rekabet otoritelerinin geleneksel pazarlarda faaliyet gösteren oyunculara uyguladıkları mevcut düzenlemelerin etkinlik bakımından dijital piyasalarda yeterli olmadığı konusunda farkındalık kazandıkları bir yıl olmuştur. Nitekim dijital piyasaların gelişim hızı göz önüne alındığında birçok otoritenin endişelerinin ortak noktası, rekabet hukuku araçlarının yeterince hızlı ve etkin olmadığı yönünde olmuş; bu nedenle yeni düzenleme ve uygulama metotları üzerinde çalışmalar başlamıştır. Bu kapsamda ex-ante düzenlemelerin, daha çok ex-post araçlarla yürütülen rekabet hukuku uygulaması bakımından isabetli olup olmayacağı, yapılacak yeni düzenlemelerin amaçlarının ve sınırlarının nasıl çizileceği, ulusötesi düzenleme ihtiyaçlarının nasıl giderileceği gibi hususlar tartışılmaktadır.

Özellikle OECD üyesi ülkelerde gündeme gelen düzenleme önerilerine ilişkin yapılan çalışmaya ilişkin “G7 Inventory of New Rules for Digital Markets” Raporun’da⁴; ortak amaçlar ve ortak rekabetçi endişelerin bulunduğu tespit edilmiş olsa da uygulamanın ne şekilde olması gerektiğine ve sınırlarının nasıl çizileceğine ilişkin henüz bir mutabakata varılmadığı ortaya konulmuştur. Ana hatlarıyla bakıldığında; ex-ante düzenlemelerin gerekli olup olmadığı, bu tür düzenlemeler yapıldığı takdirde müdahale alanlarının nasıl belirleneceği, kavram ve tanımların muğlak olmasının etki alanını ne denli genişletebileceği ve bunun piyasa üzerinde nasıl etkiler doğurabileceği hususlarının OECD tarafından tartışıldığı görülmüştür. Zira etkin ve yetersiz müdahale dijital piyasaların rekabetçi olmayan bir yapıda şekillenmesine sebebiyet verebileceği gibi fazla müdahale de gelişmekte olan bu piyasalarda inovasyon ve yatırım güdüsünün ortadan kalkmasına neden olabilecektir. Bu noktada dijital piyasalara ilişkin yapılacak düzenlemelerde denge sağlanması hayati bir önem arz etmektedir.

2023 yılı içerisinde dünyada rekabet otoritelerinin başlattığı çalışmaların değerlendirilmesi, dijital piyasalara ilişkin kamu tarafı yaklaşımının anlaşılması bakımından önem arz etmektedir. Bu çerçevede 2023 yılında dünyada yaşanan ve öne çıkan gelişmelere aşağıda değinilmektedir:

3 Kerem Cem Sanlı, Cihan Doğan, *Rekabet Politikası Açısından Dijital Piyasaların Düzenlenmesi: E-Ticaret Kanunu ve Rekabet Kanunu Değişiklik Taslağı*, 18.10.2023.

4 OECD, *G7 Inventory of new rules for digital markets*, Kasım 2023.

- » **Avrupa Birliği**'nde 2022 yılında Digital Markets Act'in ("DMA") yürürlüğe girmesiyle birlikte üye devletler tarafından ulusal rekabet otoritelerine DMA'ya uyumu denetlemeye ve DMA'yı uygulamaya yönelik yetkiler vermeyi hedefleyen tasarılar hazırlanmaya başlamıştır. Bu kapsamda 01.01.2023 tarihinde Macar⁵ ve Hollanda⁶ Rekabet Kanun'larında, 23.03.2023 tarihinde Lüksemburg⁷ Rekabet Kanunu'nda ve 05.04.2023 tarihinde Alman⁸ Rekabet Kanunu'nda değişikliklere gidilmiştir.⁹ Ayrıca OECD tarafından Almanya, Avrupa Birliği, Japonya, Birleşik Krallık, ABD, Güney Kore ve Brezilya'nın regülasyon çalışmalarını takip eden ve karşılaştıran bir rapor hazırlanmıştır.¹⁰
- » **Birleşik Krallık** dijital piyasalarda rekabetin düzenlenmesini sağlamak; 1998 tarihli Rekabet Yasası ile 2002 tarihli İşletme Yasası'nı değiştirmek ve rekabet hukukuna tüketici haklarının korunmasına ilişkin hükümler eklemek amacıyla Dijital Piyasalar, Rekabet ve Tüketiciler Yasa Tasarısı (Digital Markets, Competition and Consumers Bill) hakkında çalışmalarını sürdürmektedir.¹¹
- » **Çin** 28 Eylül 2023 tarihinde Sınır Ötesi Veri Akışının Düzenlenmesi ve Kolaylaştırılmasına İlişkin Yönetmelik (the Regulations on Regulating and Facilitating Cross-border Data Flow) isimli taslak yönetmeliği yayımlayarak sınırlar arası veri transferinin kolaylaştırılmasını sağlamak için regülasyon çalışmaları başlatacağını duyurmuştur.¹² Kabul edilmesi halinde, Çin'den sınır ötesi veri transferleri üzerindeki kısıtlamaları önemli ölçüde azaltacaktır.
- » **Almanya** Federal Resmi Gazetesi'nde yayımlanarak 7 Kasım 2023 tarihi itibariyle, Alman Rekabet Kanunu'nda (GWB) yapılan 11. değişiklik yürürlüğe girmiştir. Alman Rekabet Kanunu'nda yapılan değişiklik kapsamında Bundeskartellamt'ın sektör incelemeleri kapsamında kullanabileceği birtakım yetkiler, AB Dijital Piyasalar Yasası (DMA)'nın uygulanmasına yönelik yetkiler ve menfaatlerin geri ödenmesine yönelik yetkilere ilişkin düzenlemeler hayata geçmiştir.¹³ Buna göre:

5 HCA, *Changes in Competition Law: expanding GVH toolbox and less administrative burden for undertakings*, 01.01.2023.

6 ACM, *Uitvoeringswet digitalemarktenverordening*, 01.01.2023.

7 *Autorité de la concurrence Luxembourg, Vers une concurrence plus équitable: mise en œuvre de deux règlements européens majeurs en faveur des entreprises et consommateurs en vue de renforcer le marché intérieur*, 24.03.2023.

8 *Bundeskartellamt, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und anderer Gesetze*, 05.04.2023.

9 *Rekabet Kurumu, Dijital Dönüşümün Rekabet Hukukuna Yansımaları*, Nisan 2023, s26.

10 *OECD, G7 Inventory of new rules for digital markets*, Kasım 2023.

11 *CMA, Changes to Digital Markets Bill introduced to ensure fairer competition in tech industry*, 15.11.2023.

12 *USCBC, Provisions on Regulating and Facilitating Cross-Border Data Flow*, 28.09.2023.

13 *Bundeskartellamt, Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, 07.11.2023.

- › **Bundeskartellamt’a sektör soruşturmalarını takiben davranışsal veya yapısal tedbirler uygulama yetkisi verilmiştir.** Bir sektör incelemesini takiben rekabetin önemli ölçüde ve sürekli olarak bozulduğu durumlar söz konusu olduğunun tespiti halinde, bir ihlalin mevcut olduğunun tespitine gerek kalmadan, Bundeskartellamt’a teşebbüslerin bölünmesini de dahil olmak üzere rekabet aksaklığını giderecek yapısal veya davranışsal önlemler veya iyileştirici tedbirler uygulamak gibi araçları kullanma imkanı tanınmıştır. Söz konusu yapısal, davranışsal ya da iyileştirici tedbirler rekabet hukukuna tam uyum gösteren teşebbüslere dahi uygulanabilecektir.
- › **DMA’nın uygulanmasına yönelik güçlendirici yetkiler düzenlenmiştir.** Düzenleme ile Bundeskartellamt’ın olağan soruşturma yetkilerini kullanarak DMA ihlallerini soruşturması sağlanmakta ve tespitlerini DMA hususunda nihai ve tek uygulama makamı olarak Avrupa Komisyonu’na bildirmesi zorunlu kılınmıştır.
- › **Rekabete aykırı uygulamalardan elde edilen menfaatlerin geri ödenmesine yönelik karine düzenlenmiştir.** Rekabet hukuku ihlallerinden elde edilen menfaatlerin geri ödenmesi, Alman rekabet hukuku bakımından yeni bir uygulama olmasa da bu zamana kadar rekabet hukuku ihlali ile elde edilen ekonomik avantajın boyutunun tahmin edilmesindeki pratik zorluklar nedeniyle uygulamaya yansımamıştır. Yeni düzenlemeyle birlikte artık rekabet hukuku ihlalinin, ihlalde bulunan teşebbüs için ekonomik bir fayda sağladığı ve bu menfaatin ihlalde bulunan teşebbüsün etkilenen ürün veya hizmetlerden elde edilen yurtiçi cirosunun en az %1’i kadar olduğu karinesi düzenlenmiştir. Karine, ilgili zaman diliminde ihlale karışılmadığının veya kar elde edilmediğinin kanıtlanması suretiyle teşebbüs tarafından çürütülebilecektir.
- » **Fransa** rekabet otoritesi Autorité de la concurrence, yayımlamış olduğu 2023-2024 yol haritasında DMA ile uyum çalışmalarının hızlandırılacağını ve dijitalleşmenin ilerlemesiyle birlikte regülasyon çalışmalarının bu ilerlemeyi takip edeceğini belirtmiştir.¹⁴
- » **Kanada**, yayımlamış olduğu Çevrimiçi Haber Yasası (Online News Act) düzenlemesiyle Kanada dijital pazarında rekabeti geliştirmeyi ve Kanada haber sektörünün sürdürülebilirliğine katkıda bulunmayı amaçlamaktadır. Bunu da en büyük dijital platformlar ile haber işletmeleri arasındaki ticari anlaşmalar için bir pazarlık çerçevesi oluşturarak gerçekleştirmektedir.¹⁵

¹⁴ Autorité de la concurrence, Feuille de route, s2.

¹⁵ Gouvernement de Canada, Final regulations for the Online News Act, 15.12.2023.

- » **İspanya**, DMA ile uyum çalışmalarını kapsamında 29 Temmuz 2023 tarihinde İspanya Resmi Gazetesi'nde yayımlanan "Royal Decree Law" ile Rekabet Kanunu'nda değişikliklere gitmiştir. Değişiklikler büyük ölçüde dijital piyasalarda birleşme ve devralmaları düzenlemektedir.¹⁶
- » **Avusturalya** rekabet otoritesi ACCC, 2022 yılında uygulanmaya başlanan Rekabet ve Tüketici Kanunları'nın (Competition and Consumer Laws) tüketicilere ve küçük işletmelere etkilerini inceleyen bir rapor paylaşmış ve analizlerine göre önümüzdeki dönemde Kanun'da gerçekleştirilmesi beklenen değişikliklerin örneklerini vermiştir.¹⁷

Tüm bunların yanında, dijital çağa doğru hızlı ilerleme, sektörlerde devrim yaratabilecek yapay zeka araçlarının ortaya çıkmasına ve teşebbüslerin yapay zekayı iş modellerine entegre etmesine yol açmıştır. İş süreçlerinin otomasyonunda ve gelişmiş müşteri katılımının sağlanmasında yapay zeka kullanımı giderek yaygınlaşırken, yapay zekanın yeni dallarının, özellikle de üretici yapay zekanın (Generative AI, mevcut içeriği manipüle etmek veya değiştirmek yerine yeni içerik üretimini destekleyen yapay zeka modeli) katlanarak büyümesi, yapay zekanın bir kaynak olarak gerçek gücü ve potansiyeli hakkında bir fikir vermiştir. Avrupa Birliği tarafından Yapay Zeka Yasası (Artificial Intelligence Act) ve Yapay Zeka Sorumluluk Direktifi (Artificial Intelligence Liability Directive) aracılığıyla yapay zeka sistemlerinin piyasaya yerleştirilmesi, kullanımı ve sorumluluğunun düzenlenmesi için çaba sarf edilirken, Birleşik Krallık Rekabet ve Piyasalar Otoritesi (CMA) ve ABD Federal Ticaret Komisyonu (FTC) dahil olmak üzere bazı rekabet otoriteleri tarafından alınan daha yeni girişimler, yapay zeka ve rekabet hukuku arasındaki etkileşimi anlamaya odaklanmaktadır.

Bu çalışma kapsamında öncelikle, dijital piyasaların yapısına ilişkin açıklamalara yer verildikten sonra dijital piyasalarda görülen rekabetçi endişelere ve 2023 yılı içerisinde bu endişelere yönelik olarak verilmiş kararlara ve gelişmelere değinilecektir. Ardından yapay zeka ve algoritmaların rekabet hukuku kapsamında ne tür sonuçlar doğurabileceğine ilişkin açıklama ve değerlendirmelerimize yer verilecektir.

2. Dijital Piyasalarda Yapı

Dijital piyasalara yönelik tanımlama yapmanın zorluğu nedeniyle temel bir ayrıma gidilmesi hem piyasaların işleyişinin daha iyi anlaşılması hem de rekabet hukuku açısından ortaya çıkmış veya çıkabilecek problemlerin rahatlıkla ele alınabilmesi açısından daha işlevsel olacaktır. Bu kapsamda dijital piyasaların ana faaliyet alanları açısından ikili bir ayrıma gidilmesi mümkündür. İlk

¹⁶ Clifford Chance, *Spain: New Developments in The Time Limits For Competition Law Proceedings And The Role Of The Cnmc In The Application Of The Digital Markets Act*, Temmuz 2023, s2.

¹⁷ ACCC, *Consumers and small businesses to benefit from proposed new regulation of digital platforms*, 8.12.2023.

kategori olarak temel faaliyetleri veri toplama, işleme ve veriler üzerinden değer yaratma olarak nitelendirilebilecek olan Google, Facebook, Apple ve Amazon (“GAFA”) gibi teşebbüsler ele alınacaktır. İkinci kategoride ise e-ticaret platformları, çevrimiçi yemek sipariş hizmetleri, finansal teknoloji şirketleri (fintekler) gibi halihazırda mevcut hizmet alanlarının daha iyi ve/veya farklı biçimlerde alınmasını sağlayan ve geleneksel hizmetlerin dijital ortama çekildiği piyasalar ele alınacaktır. Bu kategori oldukça renkli ve çeşitli olup Amazon, Uber, Alibaba, Netflix gibi birçok şirket örnek olarak gösterilebilecektir. İkinci kategoride sayılan hizmetler özelinde de verinin önem arz ettiği göz ardı edilemeyecek olsa dahi, ilk kategoride olduğu kadar hizmetin temelini oluşturmaması ve daha çok alıcılar ve satıcıların bir araya getirilmesi üzerine dayanması nedeniyle bu yönde bir sınıflandırma yapılmasının uygun olduğu düşünülmektedir. Her iki kategoride yer alan teşebbüslerin birçok alanda hizmet sunması ve bütüncül ürünler ortaya çıkarması kapsam ekonomilerinin oluşmasına ve yeni rekabet hukuku problemlerini gündeme getiren ekosistemlerin yaratılmasına sebep olmaktadır.

Büyük dijital ekosistem firmalarının yapıları nedeniyle henüz ekonomik ve rekabete ilişkin değerlendirmeler karmaşıklığını korumaktadır. Firmaların yapıları gereği ortaya çıkan ortam ve çıktılar, doğrudan tüketici aleyhine sonuç doğurmamakla birlikte birçok farklı pazarda faaliyet göstermeleri nedeniyle firmalar arasında bulunan temasın firmalar arası koordinasyonun kolaylaştırıcı unsuru hale gelmesi riski göz ardı edilemeyecektir. Dijital ekosistemlere yönelik rekabetçi endişelerden biri de yine dijital piyasalarda başlıca sorulardan biri olarak karşımıza çıkan rekabet politikasının nasıl inşa edileceği hususudur. Zira rekabet politikasının hatalı inşası tüketici ve inovasyona faydalı olabilecek gelişmeler ile rekabete aykırı davranışların ayrıştırılmasının önüne geçecektir¹⁸.

Dijital ekosistemlerin yaygınlaşması ile birlikte rekabet hukukunda davranışsal ekonominin önemi de giderek artmaktadır. Teşebbüslerin müşteriler ile etkileşiminin dijital ortama taşınmasıyla birlikte ürün ve hizmetlerin pazarlanmasında kullanılan yeni yöntemler doğmakta ve bu durum rekabet hukukunun dijital piyasalara adapte olmasını gerektiren yeni bir alan ortaya çıkarmaktadır. Bu gelişmelerden göze çarpan bir durum piyasalarda arz talep dengesinde yaşanan değişikliklerdir. Geleneksel pazarlarda müşteri, almak istediği ürün veya hizmeti arayarak bulurken dijital pazarlarda yaygın bir şekilde filtreleme sisteminin mevcut olması arz talep dengesinin çok daha hızlı kurulmasını sağlamaktadır. Bu durum rakibiyle aynı pazarda faaliyet göstermesine rağmen, satışlarını dijital ortamdan gerçekleştiren bir teşebbüse bazı rekabetçi avantajlar sağlamaktadır. Örneğin online bir perakendeci filtreleme sistemlerini müşterilerin kullanımına sunarak müşterilerin istediği ürün veya hizmetleri doğrudan sunabilmekte, hatta bazı algoritmaları sistemine entegre ederek

18 OECD, *Dijital rekabet politikası: Ekosistemler farklı mı?*, 9.11.2020.

müşterilerin karar verme sürecine doğrudan müdahalede bulunabilmektedir. Teşebbüs elinde kalan fazla ürün veya hizmeti çeşitli yöntemlerle müşterinin önüne sunabilmekte, elinde az kalanın ise fiyatını artırabilmektedir. Zira satışlarını online olarak gerçekleştiren bir teşebbüs müşteri davranışlarını da satışlarını geleneksel yöntemlerle gerçekleştiren bir teşebbüse göre çok daha kolay bir şekilde takip edebilmektedir.¹⁹ Buna benzer rekabetçi avantaj sağlayan birçok yöntemin kullanımı dijital piyasaların yaygınlaşmasıyla artmaktadır. Dolayısıyla teşebbüslerin ne ölçüde daha iyi arz ve başarılı inovasyonlar yoluyla rekabet ettikleri ve piyasaların gelişimi ile ortaya çıkabilen pazara giriş engellerinden ne ölçüde korundukları dijital piyasalarda önem arz eden inceleme konularıdır.²⁰

Dijital piyasalarda halen gelişmekte olan bu yapıya bağlı olarak Rekabet Kurumu'nun ve diğer rekabet otoritelerinin kararları, kılavuzlar ve düzenleyici gelişmeler çerçevesinde mevcut ve potansiyel rekabet hukuku riskleri aşağıdaki şekilde sıralanabilmektedir:

- » Ayrımcılık,
- » Rakiplerin pazar dışına itilmesi (münhasırlık koşulları, uygulamaların cihazlara önyüklenmesi, uygulamaların cihazlarda varsayılan olarak belirlenmesi...),
- » Hakim durumdaki teşebbüslerin ilgili pazarda kendini öncelemesi,
- » Birden fazla pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin hakim durumda oldukları pazardaki güçlerini diğer pazarlarda kötüye kullanması,
- » Rakip ürünlerle entegrasyonun, birlikte kullanılabilirliğin engellenmesi,
- » Pazara giriş için gerekli verilerin potansiyel rakiplerle paylaşılmaması,
- » Multi-homing (çoklu platform kullanımı), data portability (bir platformdaki verilerin başka bir platforma taşınabilmesi), data interoperability (dataların diğer platformlarla birlikte kullanılabilmesi) engellenmesi,
- » Şebeke etkisi (ağ dışsallıkları) nedeniyle hakim durumdaki teşebbüslerin pazar güçlerinin zayıflamasının düşük bir ihtimal olarak görülmesi,
- » Hakim durumdaki teşebbüslerin henüz pazara yeni giren rakiplerini devralmaları,
- » Hakim durumdaki teşebbüslerin, potansiyel rakiplerini devralmaları,
- » Farklı pazarlardan devralmalar gerçekleştirilerek mevcut data çeşitliliğinin artırılması ve hakim durumun güçlenmesi,
- » Yoğunlaşmalar nedeniyle daha zayıf veri koruması ve tüketici seçeneğinin azalması riskleri.

¹⁹ John W. Walsh, Valerie Keller-Birrer, *Behavioral economics in the digital world*, IMD, Mayıs 2019.

²⁰ Funtá Rastislav, *Economic and legal features of digital markets*, DANUBE: Law, Economics and Social Issues Review, sayı 10(2), s.3.

Değinilen bu rekabet hukuku riskleri 2023 yılında pek çok rekabet otoritesi tarafından yürütölen incelemelerin konusunu oluşturmuştur. Tüm bu riskler; “Hakim Durumun Kötüye Kullanılması”, “Birleşme ve Devralma Kontrolleri” ve “Ex-ante Regölasyon Uygulamaları” olmak üzere üç ayrı başlık altında değerlendirilebilecek olup aştığıda önde gelen rekabet otoritelerinin bu kapsamdaki öne çıkan kararlarına yer verilecektir.

a. Hakim Durumun Kötüye Kullanılması:

i. AMAZON

CMA 3 Kasım 2023 tarihinde, Amazon’un üçüncü taraf satıcı verilerini nasıl kullandığı, Amazon’un Buybox hangi ürün teklifinin yerleştirileceğini nasıl seçtiğı ve “Prime” siparişleri için teslimat ücretlerinin müzakere edilmesi ile ilgili olarak rekabetçi endişeleri gidermek amacıyla Amazon tarafından sunulan taahhütleri kabul etmiştir.²¹ Amazon’un davranışları **genellikle kendi faaliyetlerini önceliklendirmek** üzere olup rekabetçi endişelere yönelik olarak sunduğı taahhütler ise aştığıdaki gibidir:

- » Amazon’un rakip satıcıların Marketplace verilerini diğer satıcılara karşı haksız bir avantaj elde etmek için kullanmamasını sağlamak. Bu taahhüt, Amazon’un üçüncü taraf satıcılara ilişkin ticari açıdan hassas verilere erişiminin, perakende işletmesinin hangi ürünleri satacağına karar vermesine, bu ürünler için stok seviyelerini yönetmesine, fiyatları belirlemesine ve diğer önemli ticari kararları almasına yardımcı olduğı yönündeki endişeleri gidermeye yöneliktir.
- » Buybox’ta hangi ürünlerin yer alacağına karar verirken tüm ürün tekliflerinin eşit muamele görmesini garanti altına almak. Bu, üçüncü taraf satıcılar tarafından sunulan ürünlerin Buybox’ta görünme olasılığının Amazon’un kendi perakende işletmesinden veya Amazon’un teslimat hizmetlerini kullanan üçüncü taraf satıcılardan gelen benzer tekliflere göre daha düşük olduğı yönündeki endişeleri gidermeye yöneliktir.
- » Marketplace’i kullanan üçüncü taraf işletmelerin Prime teslimat hizmetlerinin bağımsız sağlayıcılarıyla doğrudan kendi fiyatlarını müzakere etmelerine izin vererek müşterilerin daha iyi fiyatların müzakere edildiğı durumlarda daha düşük teslimat maliyetlerinden yararlanabilmesini sağlamak.
- » Amazon tarafından anılan taahhütlere uygunluğı izleyecek bağımsız bir kayyum ataması. CMA bu atamada doğrudan söz sahibi olacak ve bu iş için gerekli beceri ve uzmanlığa sahip olmalarını sağlayacaktır.

21 CMA, *Investigation into Amazon’s Marketplace*, 03.11.2023

ii. APPLE

Avrupa Komisyonu, Apple'ın kendi uygulama içi ödeme teknolojisini dayatarak ve uygulama geliştiricilerin alternatif dijital müzik platformları hakkında kullanıcıları bilgilendirmesini engelleyerek **kendi dijital müzik platformunu ve kendi ödeme servisini öne çıkarması suretiyle** hakim durumunu kötüye kullandığına ilişkin soruşturma raporunu tebliğ etmiştir.²² Rapordaki odak Apple'ın uygulama geliştiricilerine dayattığı ve kullanıcıların alternatif abonelik seçenekleri hakkında bilgilendirilmesini engelleyen sözleşmeye dayalı kısıtlamalardır. Komisyon, bu kısıtlamaların uygulama geliştiricilerinin tüketicileri daha düşük fiyatlı yayın hizmetlerinden haberdar etmesini engellediğini, kısıtlamaların orantısız düzeyde olduğunu ve tüketici tercihlerini sınırlandırdığını değerlendirmektedir.

Avrupa Komisyonu bir diğer kararında, Apple'ın App Store aracılığıyla iPhone ve iPad kullanıcılarına ('iOS kullanıcıları') müzik akışı uygulamalarının dağıtımını pazarındaki hâkim durumunu kötüye kullandığı gerekçesiyle yaklaşık 1,8 milyar Euro idari para cezasına hükmetmiştir.²³ Komisyon, özellikle Apple'ın yönlendirme karşıtı hükümlerle ('anti-steering provisions') uygulama geliştiricilerinin, iOS kullanıcılarının Apple ekosistemi dışında mevcut olan alternatif ve daha ekonomik müzik abonelik hizmetleri hakkında bilgilendirmesini engellediğini tespit etmiştir.

Hali hazırda Apple, Avrupa Ekonomik Alanı'ndaki ('AEA') iOS kullanıcılarına uygulama dağıtımını sağlayan App Store'un tek sağlayıcısı konumundadır. Böylece Apple, iOS kullanıcı deneyimini tamamıyla kontrol etmekte, geliştiricilerin App Store'da yer almak ve AEA'daki iOS kullanıcılara ulaşabilmek için uymaları gereken hüküm ve koşulları belirlemektedir. Komisyon, Apple'ın müzik akışı uygulama geliştiricilerine çeşitli yönlendirme karşıtı hükümler getirerek iOS kullanıcılarının alternatif ve daha uygun fiyatlı abonelik hizmetlerine erişmesini engellediğine karar vermiştir. Komisyon'un değerlendirmesine göre: (i) internette yer alan uygulama dışı abonelik tekliflerine ilişkin fiyatlar hakkında uygulama içi bildirimlerin yasaklanması, (ii) Apple'ın uygulama içi satın alma mekanizması aracılığıyla satılan uygulama içi abonelikler ile uygulama dışında bulunan abonelikler arasındaki fiyat farkları hakkında iOS kullanıcılarının uygulama içinde bilgilendirilmesinin yasaklanması ve (iii) iOS kullanıcılarını alternatif aboneliklerin satın alınabileceği uygulama geliştiricisinin web sitesine yönlendiren uygulama içi bağlantılara yer verilmesinin ve yeni abonelere alternatif fiyatlandırma seçenekleri hakkında e-mail iletilmesinin yasaklanması şeklinde yönlendirme karşıtı hükümler Apple tarafından uygulama geliştiricilerine uygulanmıştır.

²² Avrupa Komisyonu, Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Apple clarifying concerns over App Store rules for music streaming providers, 28.02.2023.

²³ Avrupa Komisyonu, Commission fines Apple over €1.8 billion over abusive App store rules for music streaming providers, 04.03.2024.

Söz konusu yasaklayıcı hükümlerin App Store ile ilgili olarak Apple'ın ticari çıkarlarının korunması için gerekli ve orantılı olmadığına; ayrıca müzik akışı abonelik hizmetlerini kullanan iOS kullanıcılarının, abonelik süreçleri bakımından bilinçli ve etkili karar vermelerini olumsuz yönde etkilediğine karar verilmiştir. Zira Apple'ın on yıla yakın bir süredir devam eden geliştiricilere yönelik yüksek komisyon ücreti uygulanması şeklindeki davranışının, tüketicilerin müzik akışı abonelikleri için daha yüksek bedeller ödemesine yol açtığı belirtilmiştir. Bunun yanında, bu hükümlerin bazı kullanıcılar bakımından alternatif uygulama dışı tekliflere ulaşmak için arama külfetine katlanmalarına veya bu aramaları gerçekleştirilmeyen kullanıcıların hiçbir abonelik hizmeti edinmemeleri gibi parasal olmayan başkaca olumsuz kullanıcı deneyimlerine yol açtığı vurgulanmıştır. Komisyon, Apple hakkında idari para cezasına hükmederken Apple'ın yanıltıcı bilgiler sunduğunu hesaba katmasının yanı sıra ihlale konu davranışın parasal olmayan zarara yol açmasından hareketle caydırıcılık amacıyla temel para cezasına ek götürü ("lump sum") bir cezaya hükmetmiştir. Son olarak, idari para cezasının yanında Apple'a geliştiricilere uyguladığı yönlendirme karşıtı hükümlerin kaldırılması yükümlülüğü getirilmiştir.

İtalyan rekabet otoritesi AGCM, Apple'ın çevrimiçi uygulama dağıtım platformları pazarında hakim durumunu kötüye kullandığı iddiasıyla 11 Mayıs 2023 tarihinde soruşturma başlatmıştır.²⁴ AGCM özellikle Nisan 2021'den başlayarak Apple'ın üçüncü taraf uygulama geliştiricileri için kendisine uyguladığından daha kısıtlayıcı bir politika benimsediğini tespit etmiştir. AGCM'nin tespitlerine göre Apple rakiplerinin geliştirdiği uygulamaların listelenmesi için kendi uygulamalarından daha zor koşullar ön gören bir takım onay şartları benimsemiş ve uygulamalardaki reklam kampanyalarının etkinliğini sınırlamıştır. AGCM bu durumun Apple'ın kendi operasyonları için kullandığı Apple Ads'in üçüncü taraf geliştiricilerin kullandığı uygulamalara kıyasla teknik anlamda çok daha gelişmiş ve programlama arayüzünün Apple sistemlerine daha kolay entegre edilebilir olmasından kaynaklandığını değerlendirmiştir. AGCM Apple'ın bu faaliyetlerinin pazarda rekabeti azalttığını ve Apple'ın dijital ekosistemini güçlendirdiğini değerlendirerek teşebbüs hakkında soruşturma açılmasına karar vermiştir.

iii. META

META ile ilgili Rekabet Kurumu'nun vermiş olduğu iki farklı karar ile ABAD'ın Bundeskartellamt kararına karşı vermiş olduğu karara değinilecektir.

İlk olarak, Rekabet Kurulu, 2021 yılında, Meta Platforms Inc. (Meta), Meta Platforms Ireland Limited (Meta Ireland) ve WhatsApp LLC (WhatsApp)'ın Kanun'un 6. maddesini ihlal ettikleri yönünde rekabetçi endişeler tespit etmiş ve teşebbüsler hakkında Facebook'un temel hizmetleri olarak adlandırılan Facebook, Instagram,

²⁴ AGCM, Italian Competition Authority: Investigation opened against Apple for alleged abuse of dominant position in the app market, 11.05.2023.

WhatsApp ve Messenger hizmetlerinden toplanan verilerin birleştirilmesi suretiyle kişisel amaçlı sosyal ağ hizmetleri ile çevrim içi görüntülü reklamcılık pazarlarında faaliyet gösteren rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, buna ek olarak pazarda giriş engeli yaratılması gerekçeleriyle re'sen soruşturma açılmasına karar vermiştir. Açılan soruşturmanın devamında ise, inceleme konusu uygulamaların soruşturma sonucunda alınacak nihai karara kadar ciddi ve telafi olunamayacak zararlar doğurma ihtimalini haiz olduğu değerlendirilmesi ile Meta ile ilgili olarak geçici tedbir kararı alınmasına karar verilmiştir. Buna göre, Meta'nın, yürürlüğe girmesi planlanan "WhatsApp Hizmet Koşulları ve Gizlilik İlkesi"ne yönelik güncellemeyi hukuka uygun olarak yeniden düzenleyerek yayım tarihini küresel çapta ertelemesi yönünde tedbir uygulanmıştır. Soruşturmanın devamında, Kurul tarafından, ilgili teşebbüslerin şirket merkezlerine gidilerek yerinde incelemeler gerçekleştirilmiştir. Devamında, her bir pazar bakımından teşebbüslerin pazar payları ve pazardaki konumları dikkate alınarak detaylı bir inceleme yürütülmüştür. Kurul, yapmış olduğu yerinde incelemeler ve değerlendirmeler sonucunda;

- » Hakkında soruşturma yürütülen Madoka'nın inceleme konusu faaliyetlerin sunumunda herhangi bir rolünün olmaması sebebiyle herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığı,
- » Meta Platforms, Meta Platforms Ireland ve WhatsApp LLC'den oluşan Facebook ekonomik bütünlüğünün (Facebook); kişisel amaçlı sosyal ağ hizmetleri, tüketici iletişim hizmetleri ve çevrim içi görüntülü reklamcılık pazarlarında hâkim durumda olduğu,
- » Facebook'un temel hizmetler olarak adlandırılan Facebook, Instagram ve WhatsApp hizmetlerinden topladığı verileri birleştirmek suretiyle kişisel amaçlı sosyal ağ hizmetleri ile çevrim içi görüntülü reklamcılık pazarlarında faaliyet gösteren rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırmak ve pazara giriş engeli yaratmak suretiyle rekabetin bozulmasına yol açtığı ve böylece rekabeti ihlal ettiği

yönünde tespitlerde bulunmuştur. Son olarak, Kurul, yukarıda anılan ve yapmış olduğu tespitler neticesinde;

- › Facebook hakkında hakim durumunu kötüye kullandığı sebebiyle idari para cezası uygulanmasına,
- › Facebook'un ihlali sonlandırmak ve pazardaki etkin rekabetin tesis edilmesini temin etmek için gerekli tedbirleri alarak Kurum'a sunmasına,
- › Bu tedbirleri gerekçeli kararın tebliğinden itibaren altı ay içerisinde yerine getirmesine, ve
- › İlk uyum tedbirinin uygulanmaya başlamasından itibaren 5 yıllık süre boyunca ve yılda bir periyodik olarak Kurum'a rapor sunmasına

karar vermiştir. Sonuç olarak Kurul; Meta, Meta Ireland ve WhatsApp'tan oluşan Facebook ekonomik bütünlüğü hakkında para cezası uygulanmasına, Maddoka hakkında ise para cezası uygulanmasına yer olmadığına dair karar vererek soruşturmayı sonlandırmıştır.²⁵

Rekabet Kurulu, Meta Platforms, Inc. hakkında ayrıca, kullanıma yeni sunulan **Threads isimli uygulamanın, Instagram uygulaması ile bağlanması suretiyle** 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiği iddiasına yönelik olarak yürüttüğü önaraştırma sonucunda Kurul'un elde edilen belgeleri ciddi ve yeterli bulmuş ve soruşturma açılmasına karar vermiştir.²⁶

İkinci olarak, Avrupa Birliği Adalet Divanı ("ABAD"), Bundeskartellamt'ın kararına karşı Meta tarafından açılan davada Düsseldorf Yüksek Bölge Mahkemesi tarafından, ulusal rekabet otoritelerinin bir veri işleme faaliyetinin GDPR'a uygunluğunu denetleyip denetleyemeyeceği ve GDPR'ın belirli hükümlerinin Meta'nın işleme faaliyetleri hakkında uygulanmasına ilişkin yöneltilen sorular hakkında karar vermiştir.

Bundeskartellamt, Meta tarafından gerçekleştirilen veri işleme faaliyetinin GDPR'a uygun olmaması nedeniyle, Meta Platforms Ireland'ın Almanya'daki çevrimiçi sosyal ağlar pazarındaki hakim durumunu kötüye kullandığına karar vermiştir. Bu nedenle bilhassa Almanya'da ikamet eden özel kullanıcılar için düzenlenen genel şartlarda Facebook kullanımının, Facebook dışı verilerinin işlenmesine onay verilmesine bağlanmasını ve bu verilerin rızaları olmaksızın işlenmesini yasaklamıştır. ABAD yöneltilen sorular üzerine verdiği kararda hakim durumun kötüye kullanılması değerlendirmeleri bağlamında, ilgili Üye Devlet rekabet otoritesinin söz konusu teşebbüsün davranışının GDPR gibi rekabet hukuku dışındaki düzenlemelere uygun olup olmadığını da incelemesinin gerekli olabileceğini belirtmiştir.²⁷

iv. GOOGLE

Google ile ilgili olarak iki farklı rekabet otoritesinin öne çıkan üç farklı kararına değinilecektir.

İlk olarak Google hakkında Alman Rekabet Otoritesi (Bundeskartellamt), **kendi araçlarındaki bilgi-eğlence sistemlerine yönelik hizmetlerini bağlayarak** rakiplerin bireysel hizmet sunma kabiliyetlerini sınırlandırdığı yönünde rekabetçi endişelerinin bulunduğunu açıklamıştır. Bu endişeler, genel olarak Google'ın paketlemesi ve varsayılan ayarlar üzerindeki kontrolü üzerinde doğsa da Google Haritalar'ın üçüncü taraf hizmetlerle birleştirilmesine yönelik kısıtlamalar da araştırma kapsamında dahil edilmiştir.²⁸

²⁵ Rekabet Kurulu kararı, 20.10.2022.

²⁶ Rekabet Kurulu kararı, 12.12.2023, 23-54/1031-M.

²⁷ ABAD kararı, 4.07.2023.

²⁸ Bundeskartellamt, Abmahnung verschiedener Praktiken Googles im Zusammenhang mit den Google Automotive Services und der

Bu kapsamda, Bundeskartellamt, yaptığı ön değerlendirmeye dayanarak, Google'ın kendi Google Maps Platform harita hizmetlerini üçüncü taraf harita hizmetleriyle birleştirmeye yönelik kısıtlamalarına son verebileceğini belirtmiştir. İlgili kısıtlamalar; lojistik, nakliye ve teslimat hizmeti sağlayıcıları tarafından kullanılan harita hizmetlerine ilişkin uygulamalar arasındaki rekabeti engelleyebilecek nitelikte görülmüştür. Ayrıca bu kısıtlamaların harita hizmeti sağlayıcılarının Google Haritalar'a etkili alternatifler geliştirmesini zorlaştırdığı, dolayısıyla araçlardaki bilgi-eğlence sistemlerine yönelik hizmetler arasındaki rekabet üzerinde de olumsuz bir etkiye sahip olabileceği değerlendirilmiştir.

Bundeskartellamt, ilgili değerlendirme kapsamında Avrupa Komisyonu ile işbirliği yapmıştır. Avrupa Komisyonu ise, henüz yeni yürürlüğe giren ve büyük çevrimiçi platformları özel kötüye kullanım denetimine tabi tutan Dijital Piyasalar Yasasının ("DMA") uygulanması yönünde karar vermiştir.

Bundeskartellamt'ın Google hakkında vermiş olduğu bir diğer karar ise rekabetin büyük dijital şirketler tarafından tehdit edildiği durumlarda Bundeskartellamt'ın müdahale etmesine olanak tanıyan rekabet hukuku kapsamındaki yeni hükme (Alman Rekabet Kanunu'nun 19a maddesi, GWB) dayanarak yürütülen soruşturma sonucunda Google tarafından sunulan taahhütlerin kabulüne ilişkindir. Bu taahhütlerle birlikte Google'ın ana şirketi Alphabet Inc. kullanıcılara Google'ın verilerini nasıl işleyeceği konusunda daha fazla seçenek sunmaktadır.

Google'ın taahhütleri, teşebbüsün bir Google hizmetindeki kişisel verileri diğer Google veya Google dışı kaynaklardan gelen kişisel verilerle birleştirmeyi veya bu verileri ayrı olarak sunulan Google hizmetlerinde birbirinin yerine kullanmayı planladığı durumlara ilişkindir. Bu yükümlülük, Avrupa Komisyonu tarafından yakın zamanda DMA kapsamında belirlenen Google hizmetleri için Dijital Piyasalar Yasası (DMA) tarafından zaten belirlenmiştir. Bu hizmetler arasında Google Alışveriş, Google Play, Google Haritalar, Google Arama, YouTube, Google Android, Google Chrome ve Google'ın çevrimiçi reklam hizmetleri yer almaktadır. Ayrıca, bu hizmetlerin yanı sıra, Google'ın Bundeskartellamt'a sunduğu taahhütler, Gmail, Google Haberler, Asistan, Kişiler ve Google TV dahil olmak üzere 25'ten fazla diğer hizmette veri işlemeyi de ele almaktadır. Buna göre Google'ın, kullanıcılarına farklı hizmetlerde verilerinin kullanılması için açık, belirli, iyi bilgilendirilmiş ve net onay verme seçeneği sunması gerekecektir. Bunun için Google, veri kombinasyonu için uygun seçenekler sunmalıdır. Bu seçimlerin yapılmasına yönelik kullanıcı arayüzü, kullanıcıları hizmetler arası veri işlemeyi kabul etmeye yönlendirmeyecek veya zorlamayacak şekilde tasarlanmalı, böylece aldatıcı taktiklerden ("karanlık kalıplar") kaçınılmalıdır.²⁹

Google Maps Platform, 21.06.2023.

²⁹ Bundeskartellamt, Bundeskartellamt verschafft Nutzerinnen und Nutzern bessere Kontrollmöglichkeiten über ihre Daten bei Google, 05.10.2023.

Ayrı bir süreç kapsamında Bundeskartellamt, Google'ın veri süreçleri şartlarına ilişkin yapmış olduğu inceleme kapsamında soruşturma raporunu Google'a göndermiştir. Bundeskartellamt, büyük dijital şirketler için yeni yasal düzenlemelerin uygulanabilir olduğunu ve bu nedenle Google'ın veri işleme şartlarını ve ilgili uygulamalarını değiştirmek zorunda olduğunu duyurmuştur. Bundeskartellamt, soruşturma kapsamında, kullanıcılara verilerinin sunulan hizmetler genelinde bu denli geniş kapsamlı işlenmesini kabul edip etmeme ve ne ölçüde kabul ettikleri konusunda Google tarafından yeterli seçeneğin sunulmadığı yönünde ön kanaate varmıştır. Bundeskartellamt, şayet mevcutsa şimdiye kadar sunulan seçenekleri yeterince şeffaf ve genel bulmamış olup yeterli seçim olanığının, özellikle kullanıcıların veri işlenmesini belirli hizmetle sınırlandırabilmesini ve verilerin işlenme amaçlarını da ayırt edebilmelerini gerektirdiğini vurgulamıştır. Ayrıca, sunulan seçenekler, kullanıcıların verilerin hizmetler genelinde işlenmesine izin vermelerinin, izin vermemelerinden daha kolay olacak şekilde tasarlanmaması gerektiği belirtilmiştir. Sonuç olarak Bundeskartellamt, ön kanaatleri ışığında Google'ın kullanıcılara sunduğu seçenekleri değiştirmesi yönünde yükümlülük getirilmesinin planlandığını duyurmuştur.³⁰

Son olarak, ABD Adalet Bakanlığı (DOJ); Kaliforniya, Colorado, Connecticut, New Jersey, New York, Rhode Island, Tennessee ve Virginia Başsavcıları ile birlikte seri satın almalar ve rekabete aykırı açık artırma manipülasyonu yoluyla internet reklam teknolojilerindeki rekabeti bozduğu gerekçesiyle Google'a karşı dava açtığını duyurmuştur.

Dava dilekçesinde Google'ın, web sitesi yayıncılarının reklam satmak, reklam verenlerin de reklam satın almak ve potansiyel müşterilere ulaşmak için kullandıkları ve toplu olarak "reklam teknolojisi yığını" olarak adlandırılan temel dijital reklamcılık teknolojilerini tekelinde tuttuğu iddia edilmektedir. Web sitesi yayıncıları, canlı bir açık web'in oluşturulmasını ve sürdürülmesini destekleyen reklam geliri elde etmek için reklam teknolojisi araçlarını kullanmakta ve kamuya fikirlere, sanatsal ifadelere, bilgilere, mallara ve hizmetlere benzeri görülmemiş bir erişim sağlamaktadır. Adalet Bakanlığı ve eyalet Başsavcıları bu tekelleşme davası aracılığıyla bu önemli pazarlarda rekabeti yeniden tesis etmeyi amaçlamaktadır.

Şikâyete göre, Google son 15 yıl içinde, reklam teknolojisi rakiplerini satın almalar yoluyla etkisiz hale getirmek veya ortadan kaldırmak; daha fazla yayıncı ve reklam vereni kendi ürünlerini kullanmaya zorlamak için dijital reklam pazarlarındaki hakimiyetini kullanmak ve rakip ürünleri kullanma becerisini engellemekten oluşan rekabeti engelleyici ve dışlayıcı birçok davranış sergilemiştir. Bunu yaparken Google, web sitesi yayıncılarının ve çevrimiçi reklamcılarının güvendiği araçların yanı sıra reklam ihalelerini yürüten dijital reklam borsasındaki hakimiyetini pekiştirmiştir.

30 Bundeskartellamt, *Statement of objections issued against Google's data processing terms*, 11.01.2023.

Google'ın rekabete aykırı davranışları iddia konusu davranışları şunları içermektedir:

- » Rakipleri Satın Almak: Web sitesi yayıncıları tarafından reklam alanı satmak için kullanılan temel dijital reklam araçları üzerinde kontrol elde etmek için bir satın alma modeli uygulamak;
- » Google'ın Araçlarını Benimsemeye Zorlamak: Web sitesi yayıncılarını, reklam borsasına yönelik benzersiz, olmazsa olmaz reklamveren talebini kısıtlayarak ve karşılığında reklam borsasına etkili gerçek zamanlı erişimi yayıncı reklam sunucusunun kullanımına şartlandırarak yeni edindiği araçlara kilitlemek;
- » Açık Artırmalarda Rekabeti Bozmak: Yayıncı envanteri için gerçek zamanlı teklif vermeyi kendi reklam borsasıyla sınırlandırmak ve rakip reklam borsalarının Google'ın reklam borsasıyla aynı şartlarda rekabet etmesini engellemek;
- » Açık Artırma Manipülasyonu: Google'ı rekabetten izole etmek, rakiplerini ölçekten mahrum bırakmak ve rakip teknolojilerin yükselişini durdurmak için çeşitli ürünlerinde açık artırma mekaniğini manipüle etmek.

DOJ'ye göre; Google'ın rekabete aykırı davranışları, alternatif teknolojiler üzerinde baskı kurmuş ve bunların yayıncılar, reklam verenler ve rakipler tarafından benimsenmesini engellemiştir. Google'ın rekabete aykırı davranışlarını telafi etmek için, Bakanlık, rekabet ihlalden doğan kayıplar için üç misli tazminat talep ettiğini belirtmiştir.³¹

v. OBİLET

Rekabet Kurulu, Obilet Bilişim Sistemleri AŞ'nin (OBİLET) bilet satışına aracılık hizmeti için otobüs firmalarına uyguladığı bilet satışı komisyon oranlarını aşırı seviyede olarak belirlemek ve biletleme yazılımı hizmeti, otobüs biletlerinin platformlar üzerinden satışı ve sefer verilerinin platformlara dağıtımını pazarlarında rakiplerini dışlamak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini; otobüs biletlerinin platformlar üzerinden satışı pazarında imzaladığı sözleşmeler ile 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiği iddiasıyla yürüttüğü soruşturmanın sunulan taahhütler üzerine sonlandırılmasına karar vermiştir.³²

OBİLET tarafından dosya içeriğindeki rekabetçi endişelere yönelik olarak taahhüt sürecinin başlatılmasına ilişkin başvuru üzerine, otobüs taşımacılığı için biletleme yazılım hizmetinin, otobüs biletlerinin platformlar üzerinden satışı hizmetine bağlanmasına yol açabilecek uygulamaları ile OBİLET ve rakip platformlar arasındaki sözleşmelerde yer alan çevrimiçi reklam yasakları ve iletişim yasağı bakımından ortaya çıkan rekabetçi endişeleri gidermeye yönelik

³¹ DOJ, Justice Department Sues Google for Monopolizing Digital Advertising Technologies, 24.01.2023.

³² Rekabet Kurulu kararı, 18.08.2023, 23-27/521-177.

olarak bir taahhüt paketi sunulmuştur. Söz konusu taahhüt paketi hakkında üçüncü kişilerin görüşlerine de başvurulmuştur.

Taahhüt süreci sonucunda Rekabet Kurulu; OBİLET'in 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlal edebileceği değerlendirilen davranışları bakımından, OBİLET'in sunduğu nihai taahhütlerin, dosya kapsamında tespit edilen rekabet sorunlarını giderebilecek nitelikte olması nedeniyle kabul edilmesine ve nihai taahhüt metnindeki taahhütlerin OBİLET ve fiili durumda OBİLET'in kontrolü altında bulunan Biletal İç ve Dış Ticaret AŞ (BİLETALL) bakımından bağlayıcı hâle getirilerek yürütülmekte olan soruşturmanın sonlandırılmasına karar vermiştir.

Kabul edilen OBİLET taahhütlerinin ayrıntılı hali gerekçeli kararda yer alacak olup sunulan taahhütler kısaca aşağıdaki şekilde özetlenmiştir:

- » OBİLET tarafından farklı biletleme yazılımını kullanan taşıyıcı firmalar için yazılım hizmeti içermeyen çevrim içi bilet satış sözleşme metni hazırlanmış ve taşıyıcı firmalar ile imzalanmaya başlamıştır. Anılan sözleşme ile uygulanan modelde taşıyıcı firmalar OBİLET'e yalnızca Satış-Dağıtım-Pazarlama komisyon bedeli ödeyecektir.
- » Hâlihazırda OBİLET'in biletleme yazılımını kullanan bir taşıyıcı firmanın başka bir yazılım kullanmaya karar vermesi durumunda bu husus taşıyıcı firmanın OBİLET platformu üzerinden satışa kapatılması yönünde bir gerekçe oluşturmayacak ve OBİLET tarafından taşıyıcı firmaya herhangi bir ayırımı ya da dışlayıcı davranışta bulunmayacaktır.
- » Taşıyıcı firmanın obilet.com platformu üzerinden satışa kapatılması ise hangi biletleme yazılımını kullandığı fark etmeksizin yalnızca yürürlükteki mevzuat hükümleri ve esaslı yükümlülükleri ihlal etmesi durumunda söz konusu olacaktır.
- » OBİLET tarafından yeni bir iş modeli geliştirilmiş ve sefer verilerinin OBİLET'e iletimi bakımından biletleme yazılımı hizmeti veren firmalar ile imzalanmak üzere anlaşma örneği hazırlanmıştır. Biletleme yazılımı hizmeti veren firmaların OBİLET'e yönelik hizmeti yalnızca sefer verisi iletimi olarak belirlenmiştir. Bu vesile ile OBİLET tarafından ilgili firmalara sefer verilerinin iletimi için komisyon ödenecektir.
- » OBİLET tarafından rakip çevrim içi satış platformlarına sefer verisi dağıtımı yapılan taşıyıcı firmaların markaları bakımından çevrim içi reklam yasağı getirilmeyecektir.
- » OBİLET tarafından rakip çevrim içi satış platformlarına OBİLET/BİLETALL markaları bakımından geniş kapsamlı çevrim içi reklam yasağı getirilmeyecektir.

- » OBİLET tarafından rakip çevrim içi satış platformlarının sefer verisi dağıtımını yapılan taşıyıcı firmalar ile iletişime geçilmesini engelleyen sözleşme hükümleri yürürlükten kaldırılmış olup çevrim içi satış platformlarının taşıyıcı firmalar ile iletişime geçmesi engellenmeyecektir.
- » 7 numaralı taahhüt ile bağlantılı olarak, OBİLET'in geliştirdiği yeni iş modeline göre taşıyıcı firmalar ile çevrim içi bilet satış platformları doğrudan bağlantı kurarak anlaşabilecek, bu durumda OBİLET yalnızca ilgili taşıyıcı firmanın sefer verisini platforma iletmekle sorumlu olacaktır. Bu iş modelinde OBİLET taşıyıcı firmalara yönelik olarak herhangi bir ayırıcı ya da dışlayıcı davranışta bulunmayacaktır.
- » OBİLET'ten hizmet alan çevrim içi bilet satış platformlarının bilet satışlarına ilişkin olarak OBİLET, yazılımlarına taşıyıcı firmaların hangi platformun ne kadar bilet satışı gerçekleştirdiğini görebileceği bir raporlama ekranı eklemiş olup buna yönelik taşıyıcı firma ya da platformlardan herhangi bir ücret talep etmeyecektir.
- » OBİLET tarafından biletleme yazılımını kullanan taşıyıcı firmalara bir duyuru yapılarak taahhütlerle ilgili bilgi verilecektir.

vi. LIEFERANDO

Bundeskartellamt, Yourdelivery GmbH'ye karşı Lieferando'nun restoranlarla olan genel hüküm ve koşullarında yer alan ve Lieferando platformunda uygulanan fiyatların, restoranların kendi dağıtım kanalları aracılığıyla uygulanan fiyatlarla eşit olması yönündeki fiyat eşitliği maddesini incelemek üzere başlatmış olduğu soruşturmayı takdire bağlı nedenlerle sonlandırmaya karar vermiştir.³³

Soruşturmanın takdire bağlı nedenlerle sonlandırılması, incelenmekte olan fiyat eşitliği maddesinin rekabet hukuku kapsamında izin verilebilir olup olmadığına ilişkin bir açıklama anlamına gelmemektedir. Bundeskartellamt, özellikle Uber Eats ve Wolt'un pazara girmesiyle birlikte, tüketici talep davranışının ve rekabet süreçlerinin nasıl geliştiğini izlemeye devam edecektir.

vii. TRENDYOL

Rekabet Kurulu, Trendyol'un çevrim içi ikinci el ürün satışı pazarında faaliyet gösteren iştiraki Dolapcom Elektronik Hizmet ve Ticaret AŞ'yi (Dolap); pazar yerindeki tüketici verilerini paylaşmak suretiyle kayırması ve Dolap'ta satıcılar tarafından kullanılan verinin Modacruz Elektronik Hizmetler ve Ticaret AŞ'ye (Modacruz) taşınmasına engel olmak suretiyle çevrim içi ikinci el ürün satışı pazarındaki dışlayıcı uygulamalarının 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ih-

³³ Bundeskartellamt, Bundeskartellamt stellt Verfahren gegen Lieferando ein, 12.07.2023.

lal edip etmediğinin tespitine yönelik olarak yürüttüğü soruşturmayı Trendyol tarafından sunulan taahhütleri bağlayıcı hale getirerek sonlandırmıştır.³⁴

Yürütülen soruşturma kapsamında Kurul'un rekabetçi endişeleri ve her bir rekabetçi endişeye karşılık sunulan aşağıdaki taahhütler kabul edilerek 3 yıl süreyle bağlayıcı hale getirilmiştir:

- » **Trendyol'un çok kategorili e-pazaryerinde sahip olduğu kullanıcı verilerini Dolap lehine kullanarak, kendini kayırmak suretiyle çevrim içi ikinci el ürün satışı pazarındaki rakiplerini dışlaması:** İlgili rekabetçi endişenin giderilmesi amacıyla Trendyol tarafından pazaryerinde önem atfedilebilecek olan ve kullanıcı alışveriş eğilimlerine ilişkin bilgi sağlayan kullanıcı bazlı verilerin, Dolap iş birimi ile paylaşılmayacağı ve Dolap'ta kullanılmayacağı taahhüt edilmiştir.
- » **Dolap'ın satıcıların kendi verilerini veya fotoğraflarını rakiplere taşımaya engel olarak rakiplerini çevrim içi ikinci el ürün satışı pazarından dışlaması:** Trendyol tarafından ilgili rekabetçi endişenin giderilmesi amacıyla, Dolap'a kayıt aşamasında hesabı ve e-posta bilgileri doğrulanmış olan satıcıların platformda bulunan bilgilerini talep edileceği, talep halinde Trendyol tarafından her bilginin ayrı sütunlar altında görülebilecek ve toplu bir şekilde satıcıya sağlanacağı taahhüt edilmiştir.
- » **Trendyol'un e-pazaryerindeki finansal gücünü çapraz sübvansiyon yoluyla Dolap lehine kullanarak rakiplerini çevrim içi ikinci el ürün satışı pazarından dışlaması:** Çapraz sübvansiyona ilişkin olası endişeleri gidermek adına Trendyol, yurt içi Dolap hizmeti kapsamında elde ettiği yıllık gelir toplamının bu hizmet kapsamında katlandığı maliyetler toplamını üç yıl boyunca her bir yıllık dönem toplamı bazında karşılayacağını taahhüt etmiştir.

viii. STORYTEL

Rekabet Kurulu, 06.04.2023 tarihli ve 23-17/301-M sayılı kararı ile Storytel Turkey Yayıncılık Hizmetleri AŞ (STORYTEL) hakkında, yayınevi ve eser sahipleriyle yapmış olduğu uzun süreli münhasırlık anlaşmalarıyla rakip firmaların çevrim içi sesli kitap akış hizmetleri pazarına girişini ve aynı pazarda büyümesini engellemek suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. ve 6. maddesini ihlal ettiği iddiasıyla soruşturma başlatmıştır. Soruşturma süreci devam ederken, STORYTEL tarafından dosya içeriğindeki rekabet karşıtı endişelere yönelik olarak taahhüt sürecinin başlatılmasına ilişkin başvuruda bulunulmuş ve bu kapsamda gerçekleştirilen görüşmeler sonucunda STORYTEL tarafından özetle aşağıdaki nihai taahhütler sunulmuştur:

34 Rekabet Kurulu kararı, 27.02.2023, 23-11/177-54.

- » Taahhütlerin bağlayıcı hale geldiği tarihten önce yayınevleri/hak sahipleri ile imzalanmış ve bir yıl veya daha uzun süredir yürürlükte olan mevcut Seslendirme Lisans Sözleşmeleri, STORYTEL'e belirli bir kitabın sesli kitap formatını üretmek için münhasır bir hak sağlamayacak şekilde tadil edilecektir.
- » Taahhütlerin bağlayıcı hale geldiği tarihten önce imzalanmış ve bir yıldan kısa süredir yürürlükte olan mevcut Seslendirme Lisans Sözleşmeleri, ilgili sözleşmenin imza tarihinden itibaren birinci yılını doldurmasıyla beraber STORYTEL'e münhasır bir hak sağlamayacak şekilde tadil edilecektir.
- » Taahhütlerin bağlayıcı hale geldiği tarihten sonra imzalanan Seslendirme Lisans Sözleşmeleri, STORYTEL'e belirli bir kitabın sesli kitap formatını üretmek için münhasır bir hak sağlamayacaktır.
- » İçerik Dağıtım Sözleşmeleri aracılığıyla dağıtılan içerik üzerinde STORYTEL'e münhasırlık/tam ruhsat sağlanmayacaktır.
- » Seslendirme Anlaşmaları, Ses Sanatçılarının münhasıran STORYTEL için seslendirme yapması yönünde bir yükümlülük içermeyecektir.

STORYTEL tarafından sunulan nihai taahhüt paketinde yer alan taahhütlerin, dosya kapsamında tespit edilen ve STORYTEL'in davranışlarından kaynaklanan rekabet sorunlarını giderebilecek nitelikte olması, kısa sürede yerine getirilebilir ve etkili şekilde uygulanabilir olması nedeniyle kabul edilmesine ve nihai taahhüt metnindeki taahhütlerin STORYTEL bakımından bağlayıcı hâle getirilerek STORYTEL hakkında yürütülmekte olan soruşturmanın sonlandırılmasına 23-55/1076-380 sayılı karar verilmiştir.³⁵

b. Birleşme/Devralmaların Kontrolü

i. Adobe – Figma

Avrupa Komisyonu, Ağustos 2023 tarihinde Adobe'nin Figma'yı satın alma teklifini ve ilgili işlemin küresel pazarlardaki rekabeti etkileyip etkilemeyeceğini değerlendirmek üzere başlatmış olduğu soruşturma sonucunda; ilgili satın alma teklifinin, interaktif ürün tasarımı yazılımı ve diğer yaratıcı tasarım yazılımlarının tedarikine yönelik küresel pazarlardaki rekabeti azaltabileceği yönündeki ön görüşünü bildirmiştir.

Komisyon, yapmış olduğu detaylı inceleme ve araştırmalar sonucunda, ilgili işlemin küresel pazarlardaki rekabeti önemli ölçüde azaltabileceği sonucuna varmıştır. Komisyon nezdinde, ilgili işlemin;

³⁵ Rekabet Kurulu kararı, 14.12.2023.

- » Figma'nın açık ara pazar lideri ve Adobe'nin en büyük rakiplerinden biri olduğu interaktif ürün tasarım araçlarının tedariki pazarındaki konumlarını birleştirerek hakim bir oyuncu yaratacağı,
- » Vektör düzenleme araçlarının tedariki ve raster düzenleme araçlarının tedariki pazarında Figma'yı potansiyel bir rakip olarak ortadan kaldırarak Adobe'nin bu pazarlardaki hakimiyetini güçlendireceği,

yönünde rekabetçi endişeler doğmuştur. Sonuç olarak Komisyon, ilgili satın alma teklifinin, interaktif ürün tasarım yazılımı ve diğer yaratıcı tasarım yazılımlarının tedarikine yönelik küresel pazarlardaki rekabeti azaltabileceği yönünde karar vererek işleme izin vermemiştir.³⁶

ii. Google – Photomath

Avrupa Komisyonu, Photomath, Inc.'in (Photomath) Google LLC (Google) tarafından devralınmasına, AB Birleşme Yönetmeliği kapsamında herhangi bir koşula bağlı olmaksızın izin vermiştir. Komisyon, konuyla ilgili olarak gerçekleştirmiş olduğu nihai inceleme sonucunda;

- » Pazarda birçok alternatif oyuncu bulunduğunu ve dahası, teşebbüslerin çevrimiçi ödev ve çalışma yardım araçlarındaki faaliyetlerinin birbiriyle örtüştüğü ve ayrıca şirketlerin toplam pazar paylarının sınırlı olduğunu,
- » Google'ın özellikle arama motorları pazarında güçlü konumda olduğunu, ancak yine de bu devralmanın Photomath'in teknolojik becerileri alternatifsiz olmadığından Google'ın konumunu güçlendirmeyeceğini, buna ek olarak, matematikle ilgili arama kaynaklarının genel arama hizmetlerine nispeten küçük bir bölümünü oluşturmakta olduğunu,
- » Rakipler farklı kanallardan da yeni kullanıcılar elde edebildiğinden Google'ın arama motoruna erişmenin yeni kullanıcılara erişmek için kritik bir yol olmadığını,
- » Aynı şekilde, rakip matematik araçlarının da yeni kullanıcılar elde etmek için tüketicilerin Google'ın uygulama içi aramasına erişmesine muhtaç olmadığını, zira bunu başka platformlar üzerinden de yapabiliyor olduklarını saptayarak

tüm bunların ışığında (i) genel arama hizmetleri ve (ii) matematik konularını içeren çevrimiçi ev ödevi ve çalışma yardımları pazarlarındaki rekabeti önemli ölçüde azaltmayacağına karar vererek işlemi herhangi bir koşula bağlı olmaksızın onaylamıştır.³⁷

³⁶ Avrupa Komisyonu, *Commission sends Adobe Statement of Objections over proposed acquisition of Figma*, 17.11.2023.

³⁷ Avrupa Komisyonu, *Mergers: Commission clears acquisition of Photomath by Google*, 28.03.2023.

iii. Microsoft – Activision Blizzard

Avrupa Komisyonu, PC'ler, konsollar ve mobil cihazlar için oyunlar geliştirip yayımlama faaliyetinde bulunan Microsoft'un Activision Blizzard'ı devralma başvurusunu, Microsoft tarafından sunulan taahhütlere uyulması koşuluyla onaylamıştır.

Komisyon, söz konusu devralmanın konsol ve PC video oyunlarının, çoklu oyun abonelik hizmetlerinin ve bulut oyun akış hizmetlerinin dağıtımında rekabeti kısıtlayacağı ve Microsoft'un PC işletim sistemleri pazarındaki konumunu güçlendirebileceği yönündeki endişeleri gerekçe göstererek Şubat 2022'de devralmayı nihai incelemeye almıştır. Komisyon'un nihai incelemesi, Microsoft'un rakip konsollara ve rakip çoklu oyun abonelik hizmetlerine zarar veremeyeceğine işaret ederken; diğer yandan, Microsoft'un bulut oyun akışı hizmetleri aracılığıyla oyun dağıtımında rekabete zarar verebileceğini ve PC işletim sistemleri pazarındaki konumunun güçleneceğini ortaya koymuştur.

Komisyon yürüttüğü nihai inceleme sonucunda, Microsoft'un Activision Blizzard'ı devralmasının ilgili pazarlardaki rekabete zarar verebileceği kanaatine ulaşmıştır. Bu endişeleri gidermek için Microsoft, Avrupa Ekonomik Alanı'ndaki tüketicilere ve bulut oyun yayın hizmeti sağlayıcılarına mevcut ve gelecekteki tüm Activision Blizzard PC ve konsol oyunlarını yayınlamak için ücretsiz bir lisans da dahil olmak üzere kapsamlı lisans taahhütleri sunmuştur. Komisyon, bu taahhütler ile tespit edilen rekabet endişelerinin tamamen giderildiğini ve lisanslama taahhütlerinin, gelişmekte olan ve hızla büyüyen bir pazar olan bulut oyun yayın hizmetleri pazarında rekabeti teşvik edecek bir gelişmeyi temsil ettiğini ifade etmiştir. Sonuç olarak Komisyon, Activision Blizzard'ın Microsoft tarafından devralınması işlemine koşullu olarak izin vermiştir.³⁸

iv. Knuspr – Bringmeister

Alman rekabet otoritesi Bundeskartellamt, birleşme kontrolünün ilk aşamasında Bringmeister grubunun Knuspr (Rohlik grubu) tarafından satın alınmasına izin verdiğini duyurmuştur. Bundeskartellamt ilgili birleşmeyi, rekabet açısından sorunsuz olarak değerlendirilmiştir. Buna göre, Bundeskartellamt birleşen teşebbüslerin Münih şehir bölgesinde yüzde 20'yi aşan pazar payına sahip olduğunu, ancak pazarda başka önemli rakiplerin de bulunduğunu belirtmiştir. Bunun yanında, online gıda perakendeciliğinin ayrı bir pazar mı oluşturduğu yoksa daha geniş gıda perakendeciliği pazarının bir parçası olarak mı değerlendirilmesi gerektiği sorusu cevapsız kalmıştır. Sonuç olarak Bundeskartellamt, pazarda başka büyük rakiplerin de olması ve dolayısıyla ilgili birleşmenin etkin rekabeti önemli ölçüde kısıtlamayacağı sebepleriyle işleme izin vermiştir.³⁹

³⁸ Avrupa Komisyonu, *Mergers: Commission clears acquisition of Activision Blizzard by Microsoft, subject to conditions*, 15.05.2023.

³⁹ Bundeskartellamt, *Online-Lebensmitteleinzelhandel: Knuspr darf Bringmeister übernehmen*, 10.08.2023.

v. Amazon – iRobot

Avrupa Komisyonu, Amazon'un robot elektrikli süpürge ("RVC") üreticisi iRobot'u devralma işlemine yönelik soruşturma başlatmıştır.⁴⁰ Komisyon devralma ile birlikte Amazon'un kendi çevrimiçi pazarında iRobot'un rakiplerinin görünürlüğünü azaltmak, reklam maliyetlerini artırmak veya listenmesini engellemek gibi stratejilere başvurarak RVC pazarına girişleri engelleyebileceğini tespit etmiştir. Komisyon ayrıca Amazon'un iRobot'un müşteri tabanından değerli kullanıcı verilerini kullanarak çevrimiçi satış platformları pazarındaki hâkim durumunu daha da güçlendirebileceğini değerlendirmiştir. Soruşturma nihai bir karara ulaşmadan Amazon planlanan devralma işleminden vazgeçmiştir. Yakın zamanda FTC de vazgeçilen devralma işlemine ilişkin görüşlerini belirttiği paylaşımında, Avrupa Komisyonu'na benzer bir yaklaşım benimseyerek, Amazon'un iRobot'un rakiplerine karşı kendi RVC'lerine rekabetçi avantaj yaratabilme kabiliyetine ve olası teşviklerine dikkat çekmiştir.⁴¹

c. Ex-ante Regülasyon Uygulamaları

Rekabet hukukunda küresel olarak yeni geliştirilmeye başlanan enstrümanlardan biri pazarlar genelinde rekabet için yüksek düzeyde önemli teşebbüslerin rekabet otoriteleri tarafından tespit edilmesi ve bu teşebbüslere öncül müdahalelerde bulunulmasıdır. 2023 yılı pek çok otorite tarafından uygulanmaya yeni başlanan bu düzenlemelere dayalı olarak "yüksek düzeyde önemli teşebbüs"lerin tespit edildiği bir yıl olarak kayda geçmiştir. Aşağıda bu kararlardan öne çıkanlarına değinilecektir.

i. Bundeskartellamt

Alman rekabet otoritesi Bundeskartellamt, Microsoft'un pazarlar arası rekabet açısından olağanüstü öneme sahip olup olmadığını tespit etmek için bir inceleme başlatmıştır. Bundeskartellamt 2022 yılında Google⁴² ve Meta⁴³ gibi teşebbüslerin pazarlar arası rekabet açısından olağanüstü öneme sahip olduğuna bağlayıcı bir etkiyle karar vermiş olmakla birlikte, son yıllarda farklı piyasalarda ürün yelpazesini devamlı olarak genişletmesi nedeniyle Microsoft'a da odaklanmıştır. Bundeskartellamt, Microsoft'un Azure ve OneDrive ile bulut hizmetleri, Teams ile ortak çalışma, Xbox ile oyun, LinkedIn ile kariyer ağları ve Bing ile arama motoru gibi pek çok pazarda faaliyet gösterdiğini göz önünde bulundurarak Microsoft'un tüm bu pazarlardaki konumunu net bir şekilde belirlemek ve Microsoft'un pazarlar arası rekabet açısından olağanüstü öneme sahip olup olmadığını tespit etmek için bir inceleme başlatmıştır.⁴⁴

40 Avrupa Komisyonu, *Commission sends Amazon Statement of Objections over proposed acquisition of iRobot*, 27.11.2023.

41 FTC, *Statement Regarding the Termination of Amazon's Proposed Acquisition of iRobot*, 31.01.2024.

42 Bundeskartellamt, *Alphabet/Google ist ein Anwendungsfall für neue Aufsicht über große Digitalkonzerne - Bundeskartellamt stellt „überragende marktübergreifende Bedeutung“ fest*, 05.01.2022.

43 Bundeskartellamt, *Für Meta (vormals Facebook) gelten neue Regeln – Bundeskartellamt stellt „überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb“ fest*, 04.05.2022.

44 Bundeskartellamt, *Bundeskartellamt prüft Microsofts marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb*, 28.03.2023.

Apple hakkında ise Bundeskartellamt, Apple'ın mobil cihaz pazarındaki hâkim konumunu, kârlı iş modeli, güçlü markası ve dikey entegre ekosistemi nedeniyle olağanüstü önemli teşebbüs olarak tanımlamıştır. Bundeskartellamt'ın rekabetçi endişeleri, Apple'ın kaynaklarını ekosistemini daha da genişletmek ve müşterilere erişimi kısıtlamak amacıyla kullanabileceğine ve üçüncü tarafların ilgili pazarda rekabet etmesi bakımından zorluklar yaratabileceğine yönelik olmuştur. Apple'ın pazarlar genelinde rekabet için olağanüstü önemli teşebbüs olarak nitelendirilmesi ile, Apple ve iştirakleri Alman Rekabet Yasası'nın 19a Bölümü kapsamında genişletilmiş kötüye kullanım kontrolüne tabi sayılmıştır.⁴⁵

ii. Avrupa Komisyonu

Avrupa Komisyonu (Komisyon), 6 Eylül 2023 tarihinde, ilk kez, Dijital Piyasalar Yasası (DMA) kapsamında pazarlar genelinde rekabet açısından olağanüstü öneme sahip teşebbüsleri - Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta, Microsoft - belirlemiştir. Buna göre, teşebbüslerin DMA'da belirtilen temel platform hizmetlerine ilişkin yükümlülükler uymaları için altı ay süreleri bulunmaktadır. Belirleme süreci sırasında Komisyon:

- » Microsoft'un Bing, Edge ve Microsoft Advertising ve Apple'ın iMessage platformlarına, şirketlerin söz konusu platformların hizmetlerinin olağanüstü öneme sahip olup olmadığının nitelendirilmediğini gösteren herhangi bir kanıtla sahip olup olmadıklarının tespiti için soruşturmalar açmıştır. Bu soruşturmanın en geç 5 ay içinde tamamlanması gerekmektedir.
- » Apple'ın olağanüstü öneme sahip bir teşebbüs olarak belirlenip belirlenmeyeceğinden emin olmak için bir piyasa soruşturması başlatmıştır. Bu soruşturmanın en geç 12 ay içinde tamamlanması gerekmektedir.
- » Alphabet'in Gmail'i, Microsoft'un Outlook.com'u ve Samsung'un Samsung Internet Browser'ının olağanüstü öneme sahip olma kriterlerini karşılamasına rağmen, paydaş teşebbüslerin sunduğu argümanlar ile Samsung'un herhangi bir çekirdek platform hizmeti açısından olağanüstü öneme sahip bir teşebbüs olarak belirlenemeyeceği tespitinde bulunulmuştur.⁴⁶

3. Yapay Zeka ve Algoritmaların Rekabet Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi

Dijital çağa doğru hızlı ilerleme, sektörlerde devrim yaratabilecek yapay zeka araçlarının ortaya çıkmasına ve teşebbüslerin yapay zekayı iş modellerine entegre etmesine yol açmıştır. İş süreçlerinin otomasyonunda ve gelişmiş müşterilerle katılımının sağlanmasında yapay zeka kullanımı giderek yaygınlaşırken, yapay zekanın yeni dallarının, özellikle de üretici yapay zekanın (Generative

⁴⁵ Bundeskartellamt, *Apple unterliegt den Digitalvorschriften nach § 19a GWB*, 05.04.2023.

⁴⁶ Avrupa Komisyonu, *Digital Markets Act: Commission designates six gatekeepers*, 06.09.2023.

AI, mevcut içeriği manipüle etmek veya değiştirmek yerine yeni içerik üretimini destekleyen yapay zeka modeli) katlanarak büyümesi, yapay zekanın bir kaynak olarak gerçek gücü ve potansiyeli hakkında bir fikir vermiştir. Avrupa Birliği tarafından Yapay Zeka Yasası⁴⁷ (Artificial Intelligence Act) ve Yapay Zeka Sorumluluk Direktifi⁴⁸ (Artificial Intelligence Liability Directive) aracılığıyla yapay zeka sistemlerinin piyasalara adapte edilmesi, kullanımı ve sorumluluğunun düzenlenmesi için çaba sarf edilirken, Birleşik Krallık Rekabet ve Piyasalar Otoritesi (CMA) ve ABD Federal Ticaret Komisyonu (FTC) dahil olmak üzere önde gelen rekabet otoriteleri tarafından atılan adımlar, yapay zeka ve rekabet hukuku arasındaki etkileşimi anlamaya odaklanmaktadır.

4 Mayıs 2023 tarihinde İngiliz rekabet otoritesi CMA, yapay zeka modellerinin gelecekteki kullanımına yönelik yol gösterici ilkeleri belirlemek üzere bir inceleme başlatmıştır.⁴⁹ Benzer şekilde, 29 Haziran 2023 tarihli bir paylaşımında FTC, üretici yapay zeka ile ilişkili rekabet sorunlarını vurgulamış ve daha sonra bu alanda tüketiciyi koruma yasaları kapsamında bir soruşturma başlatmıştır⁵⁰. Atılan adımlar, yapay zeka araçları sebebiyle rekabet otoritelerinin yüzleştiği karmaşık zorlukları vurgulamakta ve diğer otoriteler için yol gösterici olmaktadır. Bu başlık altında önde gelen rekabet otoritelerinin yapay zeka ve rekabet hukuku ilişkisine yaklaşımına ve yapay zeka ve algoritmaların kullanımının rekabet hukuku ile örtüşmesinde ortaya çıkabilecek potansiyel risklere değinilmektedir.

3.1. Algoritmaların Fiyatlamada Kullanımı – Otomatik Fiyatlama

Algoritmik fiyatlandırma olarak da bilinen otomatik fiyatlandırma, mal ve hizmetlerin fiyatlarını gerçek zamanlı olarak belirlemek için algoritmaların ve yapay zekanın kullanılmasını ifade etmektedir. Bu sistem, işletmelerin piyasa koşullarındaki, talepteki ve rakip fiyatlandırmalarındaki değişikliklere hızlı bir şekilde yanıt vermesini sağlamaktadır. Bu algoritmalar verileri analiz ederek fiyatları anlık olarak ayarlayabilmekte, kar marjlarını en üst düzeye çıkarabilmekte ve böylece teşebbüslerin rekabet edebilme potansiyellerini artırabilmektedir.

Otomatik fiyatlama başlı başına bir rekabet hukuku ihlali teşkil etmemekle birlikte, teşebbüsler için hem rekabetçi hem de anti-rekabetçi sonuçlara yol açabilmektedir. Bu noktada öncelikle belirtmek gerekir ki, otomatik fiyatlama yöntemini uygulayan teşebbüsler fiyatlama aksiyonunu kısmen veya tamamen bir algoritmaya teslim ettiklerinden ticari kararların alınmasında insan faktörü azalmakta ve bu durum teşebbüsün kendini denetleme imkanını kısıtlamaktadır.⁵¹ Teşebbüslerin

⁴⁷ European Parliament, Artificial Intelligence Act.

⁴⁸ European Parliament, Artificial Intelligence Liability Directive.

⁴⁹ CMA, CMA launches initial review of artificial intelligence models, 04.05.2023.

⁵⁰ FTC, Generative AI Raises Competition Concerns, 29.06.2023.

⁵¹ Pelin Teber Karabudak, Algoritmik Stratejiler Yoluyla Rekabete Aykırı Anlaşmalar, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 188, s62.

bu şekilde fiyatlama davranışlarından kendilerini soyutlamaları ise hukuki sorumluluklarında bir azalma meydana getirmemektedir. Zira bir teşebbüs otomatik fiyatlama yöntemini kullanmaya karar verdiği ve sistemine bu algoritmayı entegre ettiği zaman algoritmanın uyguladığı fiyatlardan doğabilecek rekabet hukuku risklerinden sorumlu tutulmaktadır.⁵² Dolayısıyla teşebbüsler söz konusu sistemlerin nasıl çalıştığını detaylıca bilmeli ve potansiyel rekabet hukuku risklerinin farkında olmalıdır.

Fiyatlandırma aşamasında algoritmaların rekabet hukukuna uygun şekilde kullanılması hem teşebbüsler hem de tüketiciler açısından bazı olumlu etkiler yaratabilmektedir. Örneğin teşebbüslerin rakip saha araştırmalarını fiziki şekilde gerçekleştirmeleri yerine algoritma kullanmaları bir yandan teşebbüsün sahadaki fiyatları hızlı ve masrafsız şekilde takip etmesini sağlarken bir yandan da oluşacak rekabetçi fiyatların nihai tüketiciye daha hızlı yansıtılmasını sağlayacaktır. Ayrıca etiket fiyatlarının güncellenmesinde algoritmalarından yararlanılması benzer şekilde teşebbüslerin anlık olarak fiyat geçişi yapmalarını sağlayarak tüketicilerin oluşması muhtemel rekabetçi fiyatlardan ürün ve hizmetlere ulaşabilmesini sağlayacaktır.

Söz konusu potansiyel olumlu etkilere karşın otomatik fiyatlandırma bazı rekabet hukuku risklerini beraberinde getirmektedir. İlk olarak teşebbüslerin otomatik fiyatlandırma yöntemini kullanması birbirlerinin fiyatlarını anlık olarak takip edebilmelerine, hatta birbirlerinin fiyatlarına göre anlık olarak kendi fiyatlarını belirleyebilmelerine imkan tanımaktadır. Dolayısıyla bir teşebbüsün fiyatını güncellemesi ile otomatik fiyatlama yöntemi kullanan rakibi anlık olarak bu güncellemeye göre kendi fiyatını belirleyebilecektir. Bu durumun en çarpıcı örneği Amazon'da birden fazla satıcı tarafından satışı gerçekleştirilen bir kitabın rakiplerin otomatik fiyatlama yöntemi kullanması sebebiyle fiyatının 35 dolardan 23 milyon dolara çok kısa bir sürede çıkmasıdır. Bir teşebbüs kitabın satış fiyatını rakibinin satış fiyatının 0,9983 katı olarak otomatik olarak güncellerken, rakip teşebbüs ise benzer şekilde diğer teşebbüsün fiyatının 1,27059 katı olarak belirlemiş, fiyatların devamlı olarak güncellenmesi üzerine kitabın satış fiyatı 23 milyon dolara kadar yükselmiştir.⁵³

Bu durum bir yandan iki rakip teşebbüsün otomatik fiyatlandırma yöntemi kullanarak nihai fiyatları artırabildiğini göstermekte bir yandan da rakiplerin birbirlerinin fiyatlarına göre kendi fiyatlarını belirlemesinde oluşabilecek rekabet karşısı anlaşmalara işaret etmektedir. Zira bahse konu olayda teşebbüsler arasında sözlü veya yazılı herhangi bir iletişim veya anlaşma bulunmamasına rağmen teşebbüsler sanki aralarında bir anlaşma varmış gibi fiyatlarını birlikte artırabilmişlerdir. Yalnız rakibin anlık fiyatının belirli bir katını satış fiyatı

⁵² Pelin Teber Karabudak, *Algoritmik Stratejiler Yoluyla Rekabete Aylık Anlaşmalar*, *Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi*, No: 188, s.2.

⁵³ Peter Georg Picht, Benedikt Freund, *Competition (law) in the era of algorithms*, *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper*, No. 18-10. s.5.

olarak belirleyen bir algoritmadan ziyade tarih, stok, coğrafya gibi etkenlerin kullanılarak daha kompleks algoritmaların yaratılması rakipler arasında gizli anlaşmalara sebebiyet verebilecektir. Bu noktada gündeme gelebilecek bir başka rekabet hukuku riski söz konusu anlaşmaların rekabet otoriteleri tarafından tespitinin çok zor olmasıdır. Zira teşebbüsler arasında herhangi bir iletişimin bulunmaması rekabet otoritelerinin durumu tespit etmesini zorlaştıracaktır. Ayrıca teşebbüsler anlaşarak bir rekabet ihlali başlatsalar dahi, otomatik fiyatlama yazılımlarının kullanılması rakip fiyatların takibini bir hayli kolaylaştırdığı için, teşebbüslerin tekrar temas kurmaları gerekmeyecek ve bu durum da rekabet karşıtı anlaşmaların rekabet otoriteleri tarafından ortaya konulmasını güçleştirecektir.⁵⁴

Teşebbüslerin birbirlerinin fiyatlarını herhangi bir iletişime gerek duymadan anlık olarak takip edebilmesi teşebbüslerin rekabet karşıtı anlaşmadan sapmalarını da zorlaştıracaktır. Zira teşebbüsler bir rakibin anlaşmadan sapan bir fiyat belirlediğini anlık olarak görebilecek ve otomatik olarak misillemede bulunabilecektir.⁵⁵ Bu durum CMA'nın Trod kararında ceza değerlendirmesinde esas alınmıştır.⁵⁶ CMA teşebbüslerin otomatik fiyatlama yazılımı kullandıkları için karteli bozma teşviklerinin zaman içinde düştüğünü tespit ederek teşebbüslere uygulanacak cezanın artırılmasına karar vermiştir.

Söz konusu rekabet hukuku risklerinin çerçevesi net olarak belli olmamakla birlikte, küresel rekabet otoritelerinin geçmiş kararları ve yayımlarından otomatik fiyatlandırma algoritmaları ve rekabet hukuku ilişkisi için bu kapsamda bir değerlendirme yapılması mümkündür. Kararlar dışında daha teorik olan bir diğer potansiyel rekabet hukuku riski, fiyatlandırma algoritmalarının verileri işleyerek gizli anlaşmanın optimum sonuç olduğuna dair ortak bir kanaate varmaları halinde, insan müdahalesi olmadan otonom olarak gizli bir kartel anlaşmasına varmalarıdır.⁵⁷ Söz konusu durumun gerçekleşmesi halinde teşebbüslerin sorumluluğunun ne olacağı ise tartışmalıdır.

Yakın zamanda Rekabet Kurulu, önemli pazar payına sahip e-ticaret platformları hakkında yürüttüğü ön araştırmayı sonuçlandırmış ve otomatik fiyatlandırma mekanizması uyguladıkları gerekçesiyle Hepsiburada, Trendyol ve Amazon hakkında soruşturma açılmasına karar vermiştir.⁵⁸ Sürecin Rekabet Kurulu'nun otomatik fiyatlandırma ve algoritmalar hakkında yürüttüğü ilk kapsamlı soruşturma olacağı göz önüne alındığında Kurul'un yukarıda aktarılan rekabetçi endişelere karşı yaklaşımının ne olacağı bakımından bu soruşturmanın önem arz ettiği düşünülmektedir.

54 Zeynep Yalçın, *Rekabet Hukuku'nda Algoritmaların 4. Madde Bakımından İncelenmesi*, *LawTudent*, Mart 2021.

55 Cihan Doğan, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Sayı 2, s.394.

56 CMA, *Online seller admits breaking competition law*, 21.06.2016.

57 Melanie Martin, Nazlı Cansın Karga, *Managing the competition law risks of AI*, *Dentons*, 17.11.2023.

58 *Rekabet Kurulu kararı*, 19.10.2023, 23-49/940-M.

3.2. Üretici Yapay Zeka (Generative AI)

Üretici yapay zeka (Generative AI), mevcut verileri analiz etmek veya değiştirmek yerine algoritmalara yeni içerik üretme imkanı veren bir yapay zeka teknolojisidir. Üretici yapay zeka, geniş veri kaynakları kullanılarak eğitilen modeller sayesinde metin, fotoğraf, ses veya video gibi doğrudan insanlar tarafından hazırlanan içeriklerden ayırt edilemeyecek içerikler üretebilmektedir. Geçtiğimiz yıl kullanıcı rekorları kıran OpenAI tarafından geliştirilen ChatGPT uygulaması gibi sohbet botları ve diğer metin tabanlı yapay zeka araçlarına güç veren büyük dil modelleri (LLM'ler) yaygın bir üretici yapay zeka türünü oluşturmaktadır. Üretici yapay zekanın potansiyelini gösteren bir diğer türü ise görsel veya video oluşturan versiyonlardır. “Deep Learning” metoduyla geliştirilen bu yapay zeka türleri kullanıcının girdisine göre cisim veya kişilerin görsel veya videolarını oluşturabilmektedir. Örneğin ThisPersonDoesNotExist isimli web sitesi sayfa her yenilediğinde üretici yapay zeka kullanarak gerçekte var olmayan bir insan yüzü oluşturmaktadır. Bu gibi örnekler üretici yapay zekanın potansiyelini ve bu alanda iş geliştiren teşebbüslerin zaman içinde sahip olabilecekleri güçlü konumu gözler önüne sermektedir.

Henüz teşebbüsler tarafından yaygın kullanımı başlamamış olmasına rağmen üretici yapay zekanın rekabet hukuku ile ilişkisinde gündeme gelebilecek bir takım riskler mevcuttur. Yakın zamanda FTC, üretici yapay zekanın rekabet hukuku ile ilişkisini inceleyen ve potansiyel riskleri analiz eden bir yazı yayımlamıştır.⁵⁹ FTC'ye göre üretici yapay zekanın gelişimi ile birlikte aşağıdaki rekabet hukuku risklerinin gündeme gelmesi muhtemeldir:

- » **Temel Girdiler Üzerinde Kontrol:** Sınırlı sayıda birkaç teşebbüs; veri, kabiliyet ve bilişimsel kaynaklar gibi üretici yapay zekanın önemli unsurlarına kısa süre içerisinde hâkim olursa, rekabeti manipüle edebilecek veya sınırlandırabilecek. Bu girdiler üzerindeki kontrol, rekabetçi ortamı engelleyerek üretici zekanın geniş çaplı faydalarını engelleyebilecektir.
- » **Veri Hakimiyeti:** Geniş çaplı ve yüksek kaliteli veri havuzları, üretici yapay zekanın gelişimi için hayati önem taşımaktadır. Zira üretici yapay zeka söz konusu veri havuzlarını kullanarak çalışmaktadır. Köklü teknoloji şirketleri, kapsamlı kullanıcı verilerine ve araçlara erişim konusunda öncül bir rekabetçi avantaja sahip olacağından pazara yeni girmek isteyen teşebbüsler önünde engeller oluşabilecektir. FTC pazarın inovasyona dayalı yapısı sayesinde bu riskin önüne doğal olarak geçilebilme ihtimalini de göz önünde bulundurmaktadır.
- » **Yetenek Tekeli:** Üretici yapay zeka alanında donanımlı çalışanların azlığı, güçlü teşebbüsleri yetenekleri ellerinde tutmaya teşvik edebilecek ve bu kapsamda teşebbüsler arasında bu çalışanlara yönelik centilmenlik anlaşmaları oluşabilecektir.

⁵⁹ FTC, *Generative AI Raises Competition Concerns*, 29.06.2023.

- » Açık Kaynak Dinamikleri: Üretici yapay zekanın yeni ve hızlı gelişimi ile pazara giriş yapan birçok start-up kaynaklarını kamuya açık şekilde ücretsiz olarak paylaşmıştır. Bu durumun rekabeti teşvik eden bir unsur olduğunu benimseyen FTC bir yandan da açık kaynaklı yapay zeka modellerinin kötüye kullanıma açık olduğunu ve “önce aç, sonra kapat” taktiklerine tabi olabileceğini hatırlatmaktadır.
- » Birleşme ve Devralmalar: FTC, üretici yapay zeka pazarı gibi inovasyona dayalı ve birçok start-up’ın olduğu pazarlarda birleşme ve devralmalara rekabet otoritelerinin özellikle dikkatli yaklaşması gerektiğini zira öldürücü devralmaların pazarın işleyişine zarar verebileceğini belirtmektedir.



EMEK PİYASASI

Rekabet hukuku ürün ve hizmet pazarlarının tamamında herhangi bir sınırlama olmaksızın uygulanmakta ancak işçilerin emeğin satıcısı, işverenlerin ise emeğin alıcısı konumunda bulunduğu işgücü pazarlarında ise tarihsel olarak yoğun bir rekabet hukuku uygulaması bulunmamaktadır.

Ancak Rekabet hukuku yalnızca satıcı tarafta değil, alıcı taraftaki rekabeti kısıtlayıcı eylemleri yasaklamaktadır. Teşebbüslerin alıcı konumunda olduğu emek açısından bakıldığında, çalışan ücretleri ve yan hakları çoğu zaman teşebbüslerin önemli maliyet kalemlerini oluşturmaktadır. Nitelikli çalışan sahibi olmak, yenilikçilik, kalite, üretim hızı ve dolayısıyla ürün piyasasında rakiplere karşı avantaj sağlamak ve rekabet edebilmek için kritik bir güç olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna bağlı olarak teşebbüsler katma değer yaratan çalışanlarının başka teşebbüslere geçmesini engellemek için rekabet hukukuna aykırı eylemler gerçekleştirebilmekte ya da çalışanların ücret ve haklarının baskılanması ve/veya azaltılması gibi sonuçlar doğuran anlaşmalar yapabilmektedir.

İşgücü piyasalarındaki rekabete aykırı anlaşmalar, işverenlerin işçilere karşı üstünlük sağlama çabalarıyla ilgili daha geniş bir tartışmanın bir parçası olarak özellikle Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve dünya genelinde rekabet otoritelerinin artan ilgisini çekmiştir. Son zamanlarda yapılan araştırmalar, daha yoğunlaşmış piyasaların genellikle daha düşük ücretleri, ücret dağılımında adaletsizliği ve daha düşük çalışan mobilitesini beraberinde getirdiğini ortaya koymaktadır.

İşgücü pazarı pek çok endüstri bakımından son dönemlerde sıklıkla rekabet hukuku incelemesine konu olmaya başlamıştır. Bu incelemeler ışığında pazarlarda gözlemlenen rekabet karşıtı davranışlar temel olarak aşağıdaki gibidir:

- » Çalışan Ayartmama (No-Poach) Anlaşmaları
- » Ücret Tespit (Wage Fixing) Anlaşmaları ve
- » Rakipler Arası Bilgi Değişimi

İlk olarak çalışan ayartmama anlaşmaları, Rekabet Terimleri Sözlüğü'nde "bir teşebbüsün bir başka teşebbüsün çalışanlarına iş teklif etmemesine veya bu çalışanları işe almamasına ilişkin olarak, doğrudan veya dolaylı şekilde yapılan anlaşmalar" olarak tanımlanmıştır. Teşebbüsler, çalışan ayartmama anlaşmaları aracılığıyla rakip teşebbüslerin çalışanlarını kendi bünyelerine transfer etme konusundaki rekabetten vazgeçmektedir. Bazen teşebbüsler, çalışanların rakip teşebbüslere geçişini kontrol etmek amacıyla kendi aralarında bir sözleşme ya-

parak, bu geçişlerin gerçekleşebilmesi için öncelikle mevcut işverenlerinden izin alınması şartını getirebilirler. Bu tür önlemler, çalışan mobilitesini sınırlayarak, rakip teşebbüsler arasında çalışan transferini kısıtlamaktadır. Bu tür sözleşmeler, çalışanların başka teşebbüslere geçişini sınırlayarak, emek girdisine yönelik rekabeti engelleyen bir unsur olarak öne çıkmaktadır.¹

Teşebbüslerin sıkça başvurduğu bir istihdam yöntemi, rakip teşebbüslerin çalışanlarıyla iletişime geçerek onları kendi işletmelerinde çalışmaya çekmeye çalışmaları olup bu durum genellikle “ayartma” olarak adlandırılır. Bu bağlamda, teklifçi teşebbüsün sunduğu nispeten yüksek ücretler, genellikle çalışanları çekme sürecinde önemli bir etken olmaktadır. Başka bir deyişle, teşebbüsler arasındaki maaş farklılıkları, çalışan transferlerini sağlayan en önemli etkenlerden biridir. Bu farklılıklar, iş gücü pazarında rekabeti şekillendiren temel unsurlardan biri olduğundan, teşebbüsler rekabeti ortadan kaldırmak amacıyla rakipleriyle maaşların sabitlenmesi veya doğrudan çalışanların ayartılmamasına yönelik anlaşmalar yapmayı tercih edebilmektedir.

İkinci olarak ücret tespit anlaşmaları, doğrudan veya dolaylı olarak, çalışanlara ödenecek ücretlerin ve/veya sağlanacak diğer mali hakların belirli bir seviyede veya belirli bir aralık içinde tespit edilmesine yönelik teşebbüsler arasında yapılan anlaşmalardır. Bu tür rekabet karşıtı anlaşmalar, rekabet hukuku kurallarının ihlali olarak kabul edilmektedir. Örneğin, ABD rekabet hukukunda, açık ücret tespit anlaşmaları ve açık ayartmama anlaşmaları “*per se*” rekabet ihlalleri olarak değerlendirilmektedir.

Temelde, iş gücü pazarlarına yönelik rekabet hukuku uygulamasının önemli bir kısmını oluşturan çalışanların maaşlarını sabitlemeye veya çalışan ayartmamaya yönelik yapılan anlaşmalar, pazarın alım tarafında kurulan kartellerle benzerlik göstermektedir. Bu tür anlaşmalar arasındaki temel farklılık, pazarın alım veya satım tarafında bulunmalarıdır; bunun dışında çalışan ayartmama anlaşmaları ile müşteri/pazar paylaşımı anlaşmaları arasında ve ücret tespiti anlaşmaları ile fiyat tespiti anlaşmaları arasında temel bir ayrım bulunmamakla birlikte bu durum doktrinde ve içtihatla vurgulanmıştır. İşverenlerin sadece çalışan ücretlerini değil, aynı zamanda sigorta ödemeleri, yemek ücretleri, lojmanlar, servisler, tazminat oranları gibi yan haklara ilişkin konularda da ortak hareket etmeleri, rekabet kurallarına aykırı olarak değerlendirilmektedir.

Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma’nın (TFEU) 101. Maddesinin yatay işbirliği anlaşmalarına uygulanabilirliğine ilişkin gözden geçirilmiş AT Kılavuz İlkeleri, Temmuz 2023’ten itibaren, rekabeti “amaç itibarıyla” kısıtlayan anlaşmaların kapsamlı olmayan listesine ücret sabitleme anlaşmalarını da eklemektedir. Eylül 2022’den itibaren, AB rekabet hukukunun serbest meslek sahiplerinin çalışma koşullarına ilişkin toplu sözleşmelere uygulanmasına ilişkin AT Kılavuz İlkeleri, ücret

1 Labour Market and Competition, Nilay ÖZLÜK

kırmama ve ücret sabitleme anlaşmalarının bu Kılavuz İlkelerin kapsamı dışında kaldığına ve “amaç itibariyle” ABİHA’nın 101. Maddesini ihlal edebileceğine açıkça atıfta bulunmaktadır. Dolayısıyla, çalışan ayartmama ve ücret tespit anlaşmaları, ABİHA’nın 101. Maddesini “amaç itibariyle” ihlal edebilmektedir.

Diğer yandan işverenlerin çalışanlarına ilişkin hassas bilgileri rakipleriyle paylaşması, amacı veya etkisi bakımından rekabet ihlali oluşturabilmektedir. Bu tür bilgi değişimleri, kolaylaştırıcı bir eylem olarak değerlendirilebileceği gibi doğrudan rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşma olarak da kabul edilebilir. DOJ ve FTC, sağlık hizmetlerine yönelik bildirimlerinde², çalışanlara ilişkin bilgi paylaşımının rekabet karşıtı koordinasyonlara neden olabileceğini ve bilgi değişimi sonucunda doğan ücret tespiti anlaşmasının per se ihlal olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir. ABD hukuku açısından önemli bir karar olan Exxon kararında, Bölge Mahkemesi tarafından bozulan Temyiz Mahkemesi kararı aracılığıyla, çalışanlara ait ücret bilgileri ve teşebbüslerin gelecekteki maaş bütçelerini paylaşmanın bir ihlal yaratabileceğini belirtmektedir. Temyiz Mahkemesi ayrıca, teşebbüslerin ücretleri sabitlemeye yönelik doğrudan bir anlaşmanın kanıtlanamadığı durumda, ilgili bilgilerin rule of reason analizine tabi tutulması gerektiğine karar vermiştir. ABD’de, çalışanlara ilişkin bilgilerin paylaşılmasının rekabeti sınırlayıcı etkilerini değerlendiren çeşitli benzer kararlara da ayrıca rastlanmaktadır.³

Aşağıda öncelikle, emek piyasasındaki rekabet hukuku uygulamalarına ilişkin geçmiş dönemlerdeki çarpıcı kararlar aktarılacak, akabinde 2023 yılında yaşanan gelişmelere değinilecektir.

1. Geçmiş Dönemdeki Çarpıcı Kararlar

- » Emek piyasasındaki en önemli dosyalardan biri, Amerika Birleşik Devletleri Adalet Bakanlığı tarafından 24 Eylül 2010 tarihinde Adobe, Apple, Google, Intel, Intuit ve Pixar aleyhine Sherman Yasası’nın 1. Bölümünün per se ihlal edildiği iddiasıyla açılan davadır. Söz konusu şirketler, birbirlerinden çalışan transfer etmemeyi kabul ettikleri beş adet iki taraflı çalışan ayartmama anlaşması imzalamışlardır. Anlaşmalar (i) Apple ve Google, (ii) Apple ve Adobe, (iii) Apple ve Pixar, (iv) Google ve Intel ve (v) Google ve Intuit arasında yapılmıştır. Büyük ölçüde benzer olan bu anlaşmalar, çalışanlar için rekabeti kısıtlamakta ve birbirlerinin çalışanlarına yönelik talep edilmeyen iletişimlerini saklamaktadır. Google ile Intuit arasında yapılan ve sadece Google’ın Intuit çalışanlarıyla temasa geçmesini yasaklayan anlaşma hariç, diğerleri anlaşmanın her iki tarafının tüm çalışanlarını kapsamaktadır. 17 Mart 2011 tarihinde soruşturma uzlaşma ile sonuçlanmıştır. Uzlaşmayla sonuçlanan davada teşebbüslerin işe almama/iş teklif etmeme

² <https://www.justice.gov/atr/statements-antitrust-enforcement-policyin-health-care>

³ İşgücü Pazarında Rekabet Hukuku Uygulamaları, Nezir Furkan KIRAN

gibi anlaşmalar yapmasını yasaklayan mahkeme, değerlendirme standardı konusunda ise kesin yargıda bulunmamıştır.⁴

- » Bir diğer vakada, 21 Aralık 2010 tarihinde ABD Adalet Bakanlığı tarafından Sherman Yasası'nın 1. Bölümünü ihlal ettiği iddiasıyla Pixar ile ücret ödememe anlaşması imzaladığı için Lucasfilm aleyhine bir dava açılmıştır. Taraflar arasındaki anlaşma karmaşık olmakla birlikte çeşitli anlaşma koşullarını içermektedir. Taraflar aralarında yapmış oldukları anlaşma ile birbirlerinin çalışanlarını işe almamayı kabul etmişlerdir. Taraflar arasındaki anlaşmanın özelliklerinde ise: işe alım sürecine başvurmadıkları sürece birbirlerinin çalışanlarıyla iletişim kurmaktan kaçınmak; teşebbüsler birbirlerinin çalışanlarına iş teklifinde bulduklarında birbirlerini haberdar etmek; teşebbüslerden birinin diğerinin çalışanına iş teklifinde bulunması halinde karşı teklifte bulunmaktan kaçınmak ve çalıştıkları coğrafi bölgeye veya söz konusu çalışanın pozisyonuna bakılmaksızın ilgili teşebbüslerin tüm çalışanlarını bu anlaşma sürecine dahil etmek hükümleri yer almaktadır. ABD Adalet Bakanlığı taraflar arasındaki çalışan ayartmama anlaşmasının etkisinin yüksek nitelikli dijital animasyon çalışanlarını ve anlaşma kapsamındaki diğer çalışanları etkileyerek piyasadaki rekabetçi ortamı bozduğunu iddia etmiş ve soruşturma uzlaşma ile sonuçlanmıştır.

Yukarıda belirtilen davalar sonucunda 64.000 çalışan, yaptıkları anlaşmalar ile ücretlerini baskıladıkları iddiası ile sayılan teşebbüslerle tazminat davası açmıştır. Dava sonucunda Apple, Google, Intel ve Adobe toplam 415 milyon dolar, diğer teşebbüsler 20 milyon dolar tazminat ödemeyi kabul etmiştir.⁵

- » 16 Kasım 2012 tarihinde ABD Adalet Bakanlığı, Sherman Yasası'nın 1. Bölümünü ihlal ettiği iddiasıyla Intuit ile çalışan ayartmama anlaşması imzaladığı için eBay aleyhine bir davası açmıştır. Taraflar arasındaki anlaşmaya göre söz konusu iki şirket birbirlerinin çalışanlarını işe almamayı kabul etmiştir. ABD Adalet Bakanlığı, anlaşmanın 2006 yılına dayandığını ve yüksek nitelikli teknik personel için rekabeti azalttığını iddia etmiş ve mahkeme tarafların ortak rızasıyla davayı sonuçlandırmıştır. eBay davasının nihai kararında mahkeme, teşebbüsün rakipleriyle çalışan ayartmama anlaşmalarını yapmasını yasaklarken, diğer taraftan teşebbüsün; danışmanlar veya danışanlar, denetimciler, dış kaynak sağlayıcıları, İK şirketleri, geçici istihdam sağlayanlar, yeniden satıcılar ve orijinal parça üreticileri ile yapacağı anlaşmalar adına gerekli olduğu ifade edilen hükümleri yasak kapsamında tutmamıştır. Diğer

⁴ *United States v. Adobe Sys. Inc., No. 10-CV-01629 (D.D.C. 2010)*

⁵ *United States v. Adobe Sys. Inc., No. 10-CV-01629 (D.D.C. 2010)*

yandan mahkeme, benzer bir yaklaşımla meşru bir işbirliği anlaşmasının işlerliği için gerekli olan hükümlerin yasak kapsamında olmadığını ifade etmiştir. Ancak, mahkeme, meşru işbirliği anlaşmalarını da içeren kategoriye dahil edilen anlaşmalara ilişkin çalışan ayartmama hükümlerinin yasak kapsamında kalmaması için çeşitli şartlar öngörmektedir. Bu bağlamda, yazılı esas anlaşmaya yönelik düzenlenen çalışan ayartmama hükümleri;⁶

- › Hangi esas anlaşmaya yan sınırlama olarak yapıldığını kesin şekilde göstermeli,
 - › Yalnızca esas anlaşmaya dâhil olması öngörülen çalışanları etkileyecek şekilde dar tasarlanmalı,
 - › Makul bir belirlilikte hangi çalışanların hükümlerin kapsamında olduğunu belirtmeli,
 - › Hükümlerin uygulanmasını sonra erdirecek kesin bir tarih yahut olay belirtmeli,
 - › Anlaşmanın tüm taraflarınca imzalanmalıdır.
- » 3 Nisan 2018 tarihinde ABD Adalet Bakanlığı, Knorr ve Wabtec'in Sherman Yasası'nın 1. Bölümünü ihlal edecek şekilde, önceden izin almaksızın birbirlerinden işçi talep etmeme ve işe almama şeklinde bir dizi çalışan ayartmama anlaşması yaptıklarını iddia ederek bir dava açmıştır. ABD Adalet Bakanlığı'na göre, belirtilen teşebbüsler demiryolu ekipmanlarının küresel tedarikçileri ve demiryolu kargo ve yolcu uygulamalarında kullanılan ekipmanların geliştirilmesi, üretimi ve satışında ana rakiplerdi. ABD Adalet Bakanlığı, Knorr ve Wabtec'in çalışan ayartmama anlaşmalarının, şirketler arasındaki herhangi bir meşru ticari işlem veya işbirliği için makul ölçüde gerekli olmadığını iddia etmiştir. 11 Temmuz 2018 tarihinde soruşturma uzlaşma ile sonuçlanmıştır. Knorr-Wabtec kararında da mahkeme yukarıda belirtilen benzer şartların yanında yazılı olma ve taraflarca imzalanma şartını açıkça düzenlemektedir.⁷
- » Rekabet Kurulu'nun 2011 yılında aldığı Çimsa kararında teşebbüslerin yaptıkları bir toplantıda fazla mesaiye, net-brüt ücrete ve yan haklara dair bilgi paylaşımında buldukları tespit edilmiştir. Kurul, bu tür bir bilgi değişiminin teşebbüsler arası koordinasyon riskini artırıcı bir unsur olabileceğini belirtmiş olmasına rağmen, elde edilen belgelerin "açık ve kuvvetli" olmaması nedeniyle soruşturma kararı vermemiştir. Aynı şekilde, 2011 tarihli Özel Okullar kararında Kurul, öğretmenlerin maaş bilgilerini temel rekabet parametreleri arasında sayarak konu hakkındaki yaklaşımını netleştirmiştir. Karardaki ifadelerden, okul

⁶ *California v. eBay, Inc., No. 12-05874 (N.D. Cal. 2014)*

⁷ *Complaint, United States v. Knorr-Bremse AG and Westinghouse Air Brake Technologies Corporation, No. 1:18-cv-00747 (D.D.C. 2018)*

ücreti bilgisinin yanında çalışanların ücret bilgisinin paylaşılmasının da tek başına rekabeti kısıtlayıcı bir nitelik taşıyabileceği anlaşılmaktadır. Ancak, Kurul, taraflara görüş göndermeyi yeterli bularak soruşturma açmamıştır.⁸

- » Avrupa Birliği düzeyinde, Portekiz Rekabet Otoritesi tarafından Nisan 2022’de Portekiz’deki futbolcuları kapsayan bağımsız bir menfaat ihlali anlaşması ile ilgili verilen ihlal kararını vurgulamakta fayda görülmektedir. Portekiz Rekabet Otoritesi Birinci ve İkinci Lig futbol kulüplerinin COVID-19 salgınının neden olduğu sorunlar nedeniyle iş sözleşmelerini tek taraflı olarak fesheden oyuncularını işe almalarını engelleyen kararı derhal geçerli olmak üzere askıya almak için LPFP’ye geçici tedbirler uygulamıştır. Geçici tedbir kararı, rekabet kurallarına zarar verebilecek bir uygulamanın ciddi ve telafisi mümkün olmayan potansiyel etkileri göz önünde bulundurularak alınmıştır. Ayrıca, Aralık 2022’de Litvanya Rekabet Otoritesi gayrimenkul sektöründe ücret tespit anlaşmasını içeren bir ihlal kararı vermiştir. Litvanya ve Polonya rekabet otoriteleri, COVID-19 salgını sırasında Polonya ve Litvanya’da basketbolda ücret tespit anlaşmaları ile ilgili olarak ihlal kararları yayınlanmış ve ulusal düzeyde rehberlik sağlaması açısından da önemli gelişmeler kaydedilmiştir. Portekiz ve Litvanya’da olduğu gibi bazı rekabet otoriteleri, farkındalığı artırmak ve rekabet hukukuna yönelik bu tür ihlallerin tespitini geliştirmek amacıyla rekabete aykırı anlaşmalara ilişkin kılavuz yayınlamıştır.⁹
- » DOJ, Arizona’daki hastane ve bakım merkezlerinden oluşan bir teşebbüs birliğinin, üyelerine hemşire sağlayan bürolarla yaptığı anlaşmayı incelemiştir. Bu anlaşmaların, pazardaki rekabeti azalttığı ve hemşire sağlayan bürolara ödenecek ücreti (dolayısıyla hemşirelere ödenecek maaşları) düşürdüğü gerekçesiyle rekabet kanununu ihlal ettiği kararına ulaşmıştır.¹⁰
- » İngiltere ve Fransa rekabet otoriteleri, aslında fiyat anlaşmalarını inceledikleri manken ajanslarına dair verdikleri kararlarda, dolaylı olarak modellerin ücretlerinin belirlenmesini içeren anlaşmaları da inceleyerek, amaç bakımından ihlal tespitinde bulunmuşlardır.¹¹
- » 5 Nisan 2010 tarihinde Hollanda Temyiz Mahkemesi (Gerenchtshof’s-Hertogenbosch) Zeeland, Noord-Brabant ve Limburg eyaletlerindeki 15 hastane arasında yapılan “Birlikte çalışma, birlikte eğitim” başlıklı bir

8 Rekabet Kurulu kararı – 03.08.2011, 11-44/979-329

9 https://www.concurrenca.pt/sites/default/files/Issues%20Paper_Labour%20Market%20Agreements%20and%20Competition%20Policy.pdf, s. 14-16

10 *Complaint, United States v. Arizona Hosp. & Healthcare Ass’n & AzHHA Service Corp.*, No. CV07-1030-PHX (D. Ariz. 2007)

11 *Conduct in the Modelling Sector, Case CE/9859-14, Décision n° 16-D-20 du (2016)*

anlaşmayı incelemiştir. Bu anlaşma, anestezi uzmanlarının eğitim ve istihdam koşullarına ilişkin hükümler içermektedir. Anlaşma, ortak eğitim bağlamında tasarlanmış olup, çalışan ayartmama ve ücretlerin tespit maddelerini içermektedir. Bu anlaşmada yer alan maddeler ise aşağıda verilmiştir.

“İşten çıkarmama maddesi: hastaneler, bir iş bulma kurumu aracılığıyla çalışmak üzere mevcut pozisyonundan ayrılan bir çalışana, mevcut işinden ayrıldıktan sonra en az 12 ay süreyle işe almamayı kabul etmiştir. Mahkeme, anlaşmanın amacının rekabeti kısıtlamak olmadığını, ancak anestezi uzmanlarının diğer hastanelerde çalışma fırsatlarının önemli ölçüde kısıtlandığını görmeleri nedeniyle bu etkiye sahip olduğunu makul bulmuştur.

Ücret sabitleme maddesi: hastaneler, çalışanlara fazla mesai ücreti ödenmesi durumunda saat ücretinin %75’ine kadar azami bir yüzde belirlemeyi kabul etmiştir.”

15 hastanenin anestezi uzmanlarının işi bırakmasını takiben 12 ay boyunca rakiplerce istihdam edilmeyeceğine yönelik yapmış olduğu anlaşmalar, amaç bakımından ihlal yaratmasının yanında anestezi uzmanları açısından doğurduğu etkiyle de Hollanda Rekabet Kanunu’na aykırı olarak görülmüştür.¹²

- » 18 Ekim 2017 tarihinde Fransız rekabet otoritesi (Autorité de la Concurrence), PVC ve linolyum zemin kaplamaları sektöründe faaliyet gösteren bir dizi şirkete (Forbo, Gerflor, Tarkett, Midfloor, Topfloor grupları) ve sektörün ticaret birliğine (SFEC), antitröst yasasını ihlal eden bir kartel uyguladıkları gerekçesiyle yaptırım uygulamıştır. Kartel, ücret tespit anlaşması gibi çok sayıda anlaşma ve uyumlu eylemi içermekteydi. Şirketler ayrıca iç yönetimleriyle ilgili bir dizi spesifik konuda, yani belirli müşteriler veya rakiplerle ilgili olarak benimsenecek stratejiler, işe alım politikası, satış organizasyonu veya yeni ürün numuneleri konusunda da anlaşmaya varmışlardır. Bu uygulamalar, Fransa pazarında faaliyet gösteren firmaların stratejik belirsizliğini azaltmak veya ortadan kaldırmak gibi tek bir rekabete aykırı amaç taşıyan karmaşık ve sürekli bir ihlal teşkil etmiştir. Ücret tespit anlaşması, işçilerin karşılıklı olmayan bir şekilde işe alınmasını içeren bir centilmenlik anlaşması yoluyla tesis edilmiştir. Centilmenlik anlaşması, uzman işe alım şirketleri ve yetenek avcıları ile kartelin diğer üyelerinin çalışanlarını dikkate almama konusunda açık bir yasağı da içeriyordu. Diğer hususların yanı sıra, çalışan ayartmama anlaşmasının, firmaların işe alım politikasına ilişkin stratejik belirsizliğin

¹² Court of Hertogenbosch (Hertongenbosch Temyiz Mahkemesi), LJN: BM3366 HD 200.056.331 (2010)

ortadan kaldırılmasına katkıda bulunduğu değerlendirilmiştir. Autorité de la Concurrence ayrıca, mesleki fırsatların kaybedilmesi açısından çalışanlar üzerindeki etkiye de dikkat çekmiştir. Kartel, ulusal rekabet hukuku ve ABİHA'nın 101. Maddesi tarafından yasaklanan bir amaç ihlali olarak değerlendirilmiştir.¹³

- » 31 Temmuz 2010 tarihinde, İspanyol rekabet otoritesi, (Comisión Nacional de Mercados y Competencia), sekiz karayolu nakliye aracı şirketine karşı bir mahkumiyet kararı almıştır. Söz konusu şirketler, pazardaki stratejilerinin çeşitli yönlerini koordine etmek üzere, yani maliyetlerin aktarılması ve aşağı yönde satılan ürünlerin/hizmetlerin fiyatlarının güncellenmesi ve yeni çalışanların işe alınması ile ilgili olarak temaslarda buldukları uyumlu bir eylem içerisinde faaliyet göstermekteydi. Kısıtlayıcı uygulama, kartel üyeleri arasında, şirketlerin birbirlerinin çalışanlarını işe almamayı kabul ettikleri bir çalışan ayartmama anlaşmasını içermekteydi. Bu anlaşma uyarınca, kartelin diğer üyelerinden işçi almak isteyen şirketler, önceden onaylarını almak için ilgili işverenin yönetim organlarıyla önceden iletişime geçmek zorundaydı. Dolayısıyla, çalışan ayartmama anlaşması kartelin boyutlarından biri olarak değerlendirilmiştir. CNC tarafından verilen karara göre, bu çalışan ayartmama anlaşması işçilerin zarar görmesine yol açmış ve rekabeti ciddi ölçüde kısıtlamıştır. CNC'ye göre;

“İşçilerin işe alınması, nakliye sektöründe de şirketler arasındaki rekabetin bir parametresidir, çünkü işgücü faktörü hala bir girdidir. Varılan anlaşma, karteldeki şirketler arasında işgücü faktörünün elde edilmesindeki rekabeti azaltma amacına ve etkisine sahiptir. Öte yandan, yukarıda da belirtildiği üzere, bu anlaşmanın söz konusu girdinin koşullarını işçilerin aleyhine etkileyebileceği de unutulmamalıdır.”

“Bir rakibin başka bir firmanın işçilerine talip olması, işçilere daha fazla pazarlık gücü ve piyasada o işçiye olan talebe uygun daha cazip bir ücret talep etme olanağı verir. İşe almama konusunda mutabık kalınırsa veya rıza olmadan böyle bir durum gerçekleşmezse, işçiler pazarlık gücünü kaybeder ve bu da ücretlerini etkiler.”

CNC vermiş olduğu kararda belirtilen hususları göz önünde bulundurmaktadır: (i) işçiler, pazarlık güçlerindeki azalmanın ücretlerinde bir düşüşe yol açtığı ölçüde zarar görmüştür ve (ii) rekabete verilen zarar,

13 Autorité de la concurrence, Decision 17-D-20 (2017)

işçilerin işe alınmasının işgücü piyasasındaki şirketler arasında bir rekabet parametresi oluşturmasından kaynaklanmaktadır. Diğer birçok hususun yanı sıra, çalışan ayartmama anlaşmasının rakip firmaların işe alım politikasına ilişkin stratejik belirsizliğin ortadan kaldırılmasına katkıda bulunduğu değerlendirilmiştir. Kartel, ulusal rekabet hukuku ve ABİHA'nın 101. maddesi tarafından yasaklanan bir amaç ihlali olarak değerlendirilmiştir.¹⁴

- » 2 Mart 2011 tarihinde, yine İspanyol rekabet kurumu CNC, profesyonel kuaförler için kozmetik ürünler üreten sekiz şirket hakkında kartel uyguladıkları gerekçesiyle rekabeti ihlal ettiklerine karar vermiştir. Kartelin, (i) satış ekiplerinin maaşları (sabit ve değişken), her bir çalışan için ücretler ve günlük gider sübvansiyonları ve çalışan sayısı (satış ekipleri) gibi mevcut ve gelecekteki hassas ve stratejik ticari bilgilerin değiş tokuşunu ve (ii) şirketlerin birbirlerinin çalışanlarını (satış ekipleri) önceden izin almadan transfer etmemeyi kabul ettikleri bir çalışan ayartmama anlaşmasını içerdiği tespit edilmiştir. Bu nedenle, çalışan ayartmama anlaşması tek başına bir anlaşma olarak değil, daha geniş bir kartel bağlamında değerlendirilmiştir.¹⁵
- » 2014 yılında Hırvatistan rekabet otoritesi (Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja veya CCA), leasing şirketlerine ve diğer finansman türlerine uzmanlaşmış bilişim teknolojileri desteği sağlama konusunda faaliyet gösteren Gemicro şirketine karşı hakim durumun kötüye kullanılması nedeniyle soruşturma açmıştır. Süreç, Gemicro'nun sözleşmelerin akdedilmesini, hizmetlerinin kullanıcıları tarafından ek yükümlülüklerin kabul edilmesi şartına bağladığı yönündeki bir şikayet üzerine başlamıştır. CCA, Gemicro ve leasing şirketleri arasındaki sözleşmeleri incelemiş ve bu sözleşmelerin, rakip şirketlerde çalışan eski Gemicro çalışanlarının sözleşmenin tüm ömrü boyunca işe alınmasını engelleyen bir madde içerdiği sonucuna varmıştır. İncelenen çalışan ayartmama anlaşması esas sözleşmedeki operasyonun yürütülmesiyle doğrudan ilgili, gerekli ve makul olarak nitelendirilerek yan sınırlama olarak kabul edilmiştir. Gemicro, 2015 yılında bu maddeyi yürürlükteki sözleşmelerden kaldırmayı ve gelecekteki sözleşmelere dahil etmemeyi taahhüt etmiştir. CCA, bu taahhütleri rekabete aykırı etkilerin ortadan kaldırılması ve rekabetin yeniden tesis edilmesi için yeterli görmüştür. Bunun ardından, CCA soruşturmayı sona erdirmiştir. Sözleşme maddesi, hakim durumun kötüye kullanılması bağlamında ulusal rekabet hukukunun potansiyel bir kısıtlaması olarak değerlendirilmiştir.¹⁶

14 Resolución (EXPTE. S/0120/08, Transitarios) (31.07.2010)

15 Resolución (EXPTE. S/0086/08, Peluquería Profesional) (02.03.2011)

16 CCA vs. KOIOS savjetovanje d.o.o., Zagreb, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2019\)41/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2019)41/en/pdf), Erişim Tarihi: 28.12.2021

- » 2016 ve 2017 yılları arasında, Birleşik Krallık (CMA)¹⁷, Fransa (Autorité de la Concurrence)¹⁸ ve İtalya'dan (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato)¹⁹ üç rekabet otoritesi, modellik sektöründe modellik ajansları, meslek birlikleri ve sektör sendikaları arasında yapılan ücret tespit anlaşmalarını soruşturmuştur. Bu anlaşmalar, modellik sektöründe fiyatları sabitlemek amacıyla şirketler arasında yapılan anlaşmaları/uygulamaları ve/veya ticari açıdan stratejik ve hassas bilgi alışverişini içermektedir. Genel olarak bu uygulamalar, alt pazarlarda müşterilere sağlanan hizmetlerin asgari fiyatlarının sabitlenmesini veya fiyat şemasına yönelik ortak bir yaklaşımı içermekteydi. Anlaşmalar, az ya da çok doğrudan, model ücretlerinin veya maaşlarının ve ajans ücretlerinin sabitlenmesini içeriyordu. Ulusal rekabet otoriteleri, bu tür anlaşmaların şirketler arasındaki rekabet riskini ortadan kaldırdığını, ticari stratejilerini koordine etmelerine ve müşterilere uygulanan fiyatın çeşitli bileşenleri üzerinde anlaşmalarına olanak tanıdığını iddia etmiştir. Model ajansları ve dernekler, genellikle modellere yeterli ücret ödenmesini sağlamak amacıyla modelleri savunmak için hareket ettiklerini iddia ederek eylemlerini haklı göstermeye çalışmışlarsa da bu tür bir gerekçe otoriteler tarafından kabul edilmemiştir. Söz konusu anlaşmalar, amaçları itibarıyla ulusal rekabet yasalarını ve Birleşik Krallık ve İtalya'daki davalar bakımından da ABİHA'nın 101. maddesini ihlal eden rekabete aykırı anlaşmalar olarak sınıflandırılmıştır.
- » 22 Mayıs 2007 tarihinde ABD Adalet Bakanlığı, Arizona Eyaleti ile birlikte Arizona Hastanesi, Sağlık Hizmetleri Derneği ve AzHHA Hizmet Şirketi aleyhine Sherman Yasasının 1. Bölümünü ihlal ettikleri gerekçesiyle bir dava açmıştır. İlgili teşebbüsler, anlaşmaya dahil olan tüm hastanelerin, işe alım ajanslarından geçici veya günlük olarak işe alınan hemşireler tarafından sağlanan işe alım hizmetleri için ödeyecekleri tek tip bir fiyat listesi belirlemeyi kabul etmişlerdir. 12 Eylül 2007 tarihinde, anlaşmada adı geçen teşebbüsler tarafından yerine getirilmesi gereken taahhütler ile soruşturma sonuçlanmıştır.²⁰
- » 9 Aralık 2020 tarihinde, ABD Adalet Bakanlığı, Teksas merkezli bir fizyoterapist ve fizyoterapist asistanı işe alım firmasının eski sahibi Neeraj Jindal'ı, başka bir işe alım firması ile birlikte (birlikte "terapist personel şirketleri" olarak anılacaktır), Sherman Yasası'nın 1. Bölümünü kendi başına ihlal ettiği iddiasıyla ücret tespit anlaşması yaptığını iddia etmiştir.

¹⁷ Competition and Market Authority (CMA), Case CE/9859-14, "Conduct in the modelling sector" (16.12.2016)

¹⁸ Autorité de la Concurrence, « Décision n° 16-D-20 du 29 septembre 2016 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur des prestations réalisées par les agences de mannequins » (29.09.2016)

¹⁹ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 1789 – « Agenzie di modella », (11.11.2016)

²⁰ Vide Case No. CV07-1030-PHX, "United States and the State of Arizona v. Arizona Hospital and Healthcare Association and AzHHA Service Corporation" (22.05.2007)

Savcılığa göre Neeraj Jindal, fizyoterapistler ve fizyoterapist asistanları tarafından sağlanan hizmetler için ödenecek fiyatlar hakkında ticari açıdan stratejik, hassas ve kamuya açık olmayan bilgileri başka bir rakip şirketle paylaşmış ve her ikisi de bu fiyatları düşürmek için anlaşmıştır. İşe alım şirketleri, fizyoterapistlerin ve fizyoterapist yardımcılarının işe alınması ve bu kişilerin evde sağlık hizmeti veren kurumlara aracılık etmesi amacıyla işgücü piyasasında birbirleriyle rekabet etmektedir. Bu profesyoneller, diğerlerinin yanı sıra ödeme fiyatı, müşteri başına tedavi sayısı ve hastaların konumu gibi faktörlere dayalı olarak aralarında seçim yaparak hizmetleri için birkaç işe alım şirketi tarafından işe alınabilir. İşe alım şirketinin ilgili çalışanlara ödediği fiyat ile evde sağlık hizmeti veren kuruluşlara ödediği fiyat arasındaki fark, şirketin marjını oluşturmaktadır.²¹

- » Rekabet Kurulu'nun ücret tespit anlaşmaları hakkında incelediği ilk karar, "Dizi Yapımcıları" kararıdır²². Bu kararda, bir dizi yapımcısının televizyon programında yaptığı açıklamalara odaklanılmaktadır. Yapılan açıklamada, dizi oyuncularının ücretlerinin, yapımcıların birbirlerini rakip olarak görmesinden kaynaklanan bir artışa yol açtığı ve bu durumu önlemek amacıyla yapımcıların ücretleri birbirleriyle danışarak belirledikleri belirtilmiştir. Kurul'un değerlendirmesinde, oyuncu ücretlerinin rakipler arasında belirlenmesinin, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında alım fiyatlarının belirlenmesi anlamına geleceği ve bu tür bir anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı bir amaç taşıyabileceği vurgulanmıştır. Ancak, somut delillere rastlanmaması nedeniyle soruşturma açılmamış, oyuncu ücretlerinin tespitiyle rekabetin kısıtlanma ihtimali üzerine taraflara görüş bildirilmiştir.
- » Konteyner Şoförleri kararı²³, işgücü pazarındaki anlaşmaların rekabet hukuken ihlali oluşturabileceği konusundaki Kurul'un yaklaşımını açıklayan en güncel kararlardan biridir. Bu kararda, konteyner taşımacılığı yapan şirketlerin şoförlerinin ücretlerini belirleme konusu ele alınmıştır. Kararda, işgücü pazarlarındaki anlaşmaların 4054 sayılı Kanun kapsamında ihlal yaratabileceği belirtilmiş ve ücret tespiti anlaşmalarının fiyat tespiti anlaşmalarıyla temel olarak benzer olduğu görüşü detaylı bir şekilde incelenmiştir. Kurul, incelediği belgeler sonucunda teşebbüsler arasında ücret tespiti anlaşması olduğuna ve bu anlaşmanın amaç bakımından rekabet ihlali oluşturduğuna karar vermiştir. Ancak, soruşturma açmak yerine Kurul, taraflara görüş gönderme yolunu tercih etmiştir. Bu karar, özellikle ücret tespiti anlaşmalarının amaç bakımından ihlal yarattığı konusunu net bir şekilde ortaya koyması ve Kurul'un işgücü pazarına yönelik tutumundaki değişikliği açıklaması bakımından önemlidir. Kararda işverenlerin özellikle oluşturdukları WhatsApp

21 U.S. District Court for the Eastern District of Texas Sherman Division, No. 4:20-cr-00358 (09.12.2020)

22 Rekabet Kurulu kararı – 28.07.2005, 05-49/710-195

23 Rekabet Kurulu kararı – 02.01.2020, 20-01/3-2

gruplarında işçilerin ücretlerine, çalışma koşullarına ve sözleşmelerine yönelik bilgi paylaşımını ücret tespiti anlaşmasının sağlanmasına yönelik eylemler olarak değerlendirmiştir. Ancak, çalışanlara ilişkin her türlü bilginin rekabete duyarlı bilgi olmadığını belirtmiş, bazı durumlarda yalnızca çalışan sayılarının paylaşılmasını 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirmemiştir.

- » Kurul, Özel Okullar kararında, okulların birbirleriyle yaptığı anlaşmada öğretmen ve çalışan transferini karşılıklı olarak engellediklerini tespit etmiştir. Kurul, bu anlaşmanın çalışan mobilitesini azaltacağını vurgulayarak, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı olduğunu tespit etmiş ve muafiyetin ilk koşulunun sağlanmadığına dikkat çekmiştir. Bu nedenle, belirli hükümlerin rekabet ihlali yaratabileceğini belirterek taraflara görüş gönderilmesine karar vermiştir.²⁴

2. Emek Piyasasında Rekabet Hukuku Uygulamalarına İlişkin 2023 Yılı Gelişmeleri

- **CMA – Televizyon İçeriğinin Üretimi, Oluşturulması ve/veya Yayınlanmasında Freelance Çalışan ve İstihdam Edilen İşgücüne İlişkin Soruşturma**²⁵

CMA, televizyon içeriğinin üretimi, oluşturulması ve/veya yayınlanması faaliyetlerinde bulunan British Broadcasting Corporation, Hartwood Films Limited, Hat Trick Productions Limited, ITV PLC, Red Planet Pictures Limited, Sister Pictures Limited ve Tiger Aspect Productions Limited gibi bir dizi teşebbüsün, spor içeriği hariç olmak üzere, Birleşik Krallık'ta televizyon içeriğinin üretimi, oluşturulması ve/veya yayınlanmasını destekleyen freelance hizmetlerin satın alınması ve personel istihdamı ile ilgili rekabet yasasının ihlal edildiği şüphesi ile bir soruşturma başlattı. CMA, Birleşik Krallık'ta spor içeriğinin üretimi ve yayını destekleyen serbest hizmetlerin satın alınması ve personel istihdamı ile ilgili olarak rekabet hukukunun ihlal edildiğine dair şüpheleri ise ayrıca soruşturmaktadır.

- » **AUTHORITE DE LA CONCURRENCE – Mühendislik, Teknoloji Danışmanlığı ve BT Hizmetleri Sektörlerinden Bazı Şirketlere İşgücü Piyasalarındaki Rekabete Aykırı Anlaşmalara İlişkin Soruşturma Bildirimi**²⁶

Authorite de la Concurrence, mühendislik, teknoloji danışmanlığı ve bilişim hizmetleri sektörlerinden şirketleri, birbirlerinin kendi personellerini işe

²⁴ Rekabet Kurulu kararı – 03.03.2011, 11-12/226-76

²⁵ CMA – 11.10.2023

²⁶ Authorite de la Concurrence – 23.11.2023

almalarını yasaklamayı amaçlayan “çalışan ayartmama” anlaşmaları imzaladıkları ve uyguladıkları iddiasına yönelik soruşturma bildirimi tebliğ etti.

» **FTC – Çalışanlara Rekabet Yasağı Kısıtlamaları Getiren Şirketlere Dava Açılması²⁷**

ABD rekabet otoritesi Federal Ticaret Komisyonu (FTC), üç şirket ve iki gerçek kişi hakkında yasal işlem başlatarak binlerce çalışana uyguladıkları rekabet etmeme kısıtlamalarını kaldırmaya zorlamış olup, bu dosya FTC'nin rekabet etmeme kısıtlamalarını durdurmak için ilk kez dava açması yönünden önem arz etmektedir. FTC tarafından yayınlanan şikayetlere göre, şirketlerin ve bireylerin her biri, düşük ücretli güvenlik görevlilerinden imalat işçilerine ve mühendislere kadar çeşitli pozisyonlardaki çalışanlara, şirketlerden ayrıldıktan sonra başka bir işverenle iş aramalarını veya kabul etmelerini veya rakip bir işletme işletmelerini engelleyen rekabet etmeme kısıtlamalarını kanuna aykırı bir şekilde uygulamışlardır. FTC'ye göre, rekabet etmeme kısıtlamaları hem işçilere hem de rakip işletmelere zarar vermektedir. Şöyle ki; çalışanlar için rekabet etmeme kısıtlamaları daha düşük ücret ve maaşlara, daha az sosyal yardıma ve daha az elverişli çalışma koşullarına yol açmaktadır. İşletmeler açısından ise bu kısıtlamalar rakiplerin pazara girmesini ve işlerini genişletmesini engellemektedir. FTC şikayetlerinde, kısıtlamaların FTC Yasası'nın 5. Bölümü uyarınca haksız bir rekabet yöntemi oluşturduğunu belirtmiştir. Her iki durumda da FTC, şirketlere ilgili çalışanlara rekabet etmeme kısıtlamalarını uygulamayı veya uygulamakla tehdit etmeyi durdurma yönünde bildirim yapmıştır. Ayrıca şirketlerin, etkilenen tüm çalışanlara artık rekabet etmeme kısıtlamalarına bağlı olmadıklarını bildirmeleri gerekmektedir.

» **ACM - İşgücü Piyasasındaki İhlallere İlişkin Tavsiye Metni²⁸**

Hollanda Tüketiciler ve Piyasalar Otoritesi (ACM), kılavuz ilkelerde yaptığı revizyonların ardından işverenlere işgücü piyasasına ilişkin tavsiyelerini açıklamıştır. ACM, işgücü piyasalarında üç ana rekabete aykırı davranış türü olduğunu belirtmekte olup bunlar; (i) çalışan ayartmama anlaşmaları, (ii) ücret sabitleme anlaşmaları ve (iii) bir işletmenin çalışanlara sunduğu hüküm ve koşullara ilişkin hassas bilgiler hakkında bilgi paylaşımıdır. Bu davranışlarla ilgili olarak işletmelere, hukuk danışmanlarına ve işe alım uzmanlarına ACM tarafından aşağıdaki adımları izlemeleri tavsiye edilmektedir:

²⁷ FTC – 04.10.2023

²⁸ Authority for Consumer & Markets – 09.02.2023

- › Rekabet hukukunun çalışan ayartmama ve ücret sabitleme anlaşmalarına nasıl uygulandığının kavranması,
- › Ücretleri sabitlemek için bir rakiple anlaşılmaması,
- › Birbirlerinin çalışanlarına ayartmamak veya onları işe almak için bir rakiple anlaşılmaması,
- › İşletmeler veya çalışanlar hakkındaki hassas bilgilerin bir rakiple paylaşılmaması,
- › İşe alım personeline rekabet hukuku ve bunun işe alım bağlamında nasıl uygulanacağı konusunda eğitimler verilmesine,
- › Sağlam iç raporlama süreçlerinin mevcut olduğundan ve personelin bunlardan ve bunları nasıl kullanabileceklerinden haberdar olduğundan emin olunması.

ACM, son olarak rekabete aykırı her türlü davranışın kendilerine bildirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

» **DOJ – Sağlık Personeli Yöneticisine İddianame**²⁹

ABD Adalet Bakanlığı DOJ, bir sağlık personeli yöneticisinin Sherman Yasasını ihlal ederek hemşirelerin maaşlarını sabitlemek için anlaşmalar yaptığı yönünde bir iddianame düzenlediğini duyurmuştur. İddianameye göre; bir çalışanın (Lopez) ev sağlık hizmetleri sağlayan üç farklı şirkette yönetici pozisyonunda bulunduğu ve Lopez'in, her bir şirketin hemşire ve diğer sağlık personellerinin işe alınma, muhafaza ve atanma işlemlerini yönettiği ileri sürülmektedir. Lopez ve adı açıklanmayan diğer rekabeti sınırlayıcı anlaşma tarafları, hemşire hizmetleri için rekabeti sınırlamayı veya ortadan kaldırmak ve maaşların sabitlenmesi amacıyla toplantılarda ve iletişimlerde bulunmakla suçlanmaktadır.

» **CMA – Spor Yayıncılığında Bağlı Çalışanlar ve Serbest Meslek Sahipleri Hakkında Soruşturma Başlatılması**³⁰

CMA tarafından, Birleşik Krallık'ta spor yayıncılığında serbest hizmetlerin satın alınması ve personel istihdamı ile ilgili olarak rekabet kanununun ihlal edildiğine ilişkin soruşturma başlatılmıştır. CMA, 12 Temmuz 2022 tarihinde, spor içeriğinin üretimi ve yayınlanması alanında faaliyet gösteren British Broadcasting Corporation, BT Group PLC, IMG Media Limited (Premier League Productions dahil), ITV PLC, Sky UK Limited, Sunset & Vine Productions Limited'e karşı rekabet yasasının ihlal edildiği şüphesiyle bir soruşturma başlatmıştır. Soruşturma, bu teşebbüslerin Birleşik Krallık'ta spor içeriğinin üretimi ve yayını destekleyen serbest çalışan sağlayıcılardan hizmet satın alma ve personel istihdam etme faaliyetlerine ilişkindir. Geline aşamada CMA, reka-

29 ABD Adalet Bakanlığı – 16.03.2023

30 CMA – 06.04.2023

bet kanununun ihlal edildiğine dair makul şüphelerin olduğu görüşündedir. Ancak, CMA henüz konuya ilişkin nihai karara varmamıştır.

» **DOJ - Activision Blizzard'a İlişkin Uzlaşma Kararı Verilmesi**³¹

ABD Adalet Bakanlığı (DoJ), Overwatch ve Call of Duty profesyonel e-spor liglerindeki oyuncular için rekabeti sınırlayan kurallar koyduğu ve Sherman Yasasını ihlal ederek bu liglerdeki e-spor oyuncularının ücretlerini baskıladığı gerekçesiyle Activision Blizzard Inc. hakkında bir rekabet hukuku davası açmıştır. DoJ tarafından, tüm işçiler gibi profesyonel e-spor oyuncularının da hizmetleri için rekabetten faydalanmayı hak ettiklerini ancak Activision'ın davranışının bunu engellediği belirtilmiştir. ABD Columbia Bölge Mahkemesi'nde açılan davada iddialar, Activision'ın sahibi olduğu iki e-spor liginde, Activision ve her bir ligdeki bağımsız takımlar "Rekabetçi Denge Vergisi" adı verilen bir vergi uyguladığı ve bu vergi ile bir takımın oyuncu ücretinin Activision tarafından belirlenen bir eşiği aşması halinde Overwatch ve Call of Duty Liglerindeki takımları cezalandırmak üzere yapılandırıldığı yönünde olmuştur. Bununla birlikte DoJ, rekabet endişelerini gidermek için bir uzlaşma kararı sunmuştur. Mahkeme tarafından onaylanması halinde, önerilen uzlaşma kararı Activision'ın profesyonel e-spor liglerinden herhangi birinde oyuncu ücretlerini doğrudan veya dolaylı olarak sınırlayacak veya oyuncuları için belirli bir ücret miktarını aştığı için herhangi bir takımı vergilendirecek, para cezasına çarptırılacak veya başka bir şekilde cezalandıracak herhangi bir kural koymasını engellemiş olacaktır.

» **REKABET KURUMU – Teknoloji Şirketleri Kararı**³²

Kurul, işgücü piyasasında belirli teşebbüsler arasında çalışanların birbirlerine transfer edilmemesini içeren centilmenlik anlaşmalarına yönelik olarak Kanun'un 4. maddesinin ihlal edilip edilmediğini edilmediğinin tespiti amacıyla bazı teşebbüsler hakkında yürütülen soruşturmayı tamamlamıştır. Gerekçelisi kararı henüz yayınlanmamış olan bu dosyada Kurul, soruşturma kapsamında bulunan 11 teşebbüs bakımından uzlaşma ile soruşturma sürecini sonlandırmış, toplamda 16 teşebbüs hakkında da rekabete aykırı çalışan ayartmama anlaşmalarına taraf olmak suretiyle Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri nedeniyle idari para cezası verilmesine karar verilmiştir.

» **REKABET KURUMU – Bilgi Teknolojileri ve Bilişim Şirketleri Kararı**³³

Kurul, bilgi teknolojileri ve bilişim pazarında faaliyet gösteren te-

31 DOJ – 03.04.2023

32 Rekabet Kurulu kararı – 26.07.2023, 23-34/649-218

33 Rekabet Kurulu kararı – 27.02.2024, 24-10/170-66

şebbüsler hakkında işgücü piyasasında centilmenlik anlaşmaları yapılması suretiyle Kanun'un 4. maddesinin ihlal edilip edilmediğinin tespiti amacıyla yürütülen soruşturmayı tamamlamıştır. Soruşturma neticesinde 8 teşebbüsün rekabete aykırı anlaşmalara taraf olmak suretiyle Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri kanaatine varılmış ve bu teşebbüslere idari para cezası verilmesine karar verilmiştir.

» **REKABET KURUMU – Özel Hastaneler Kararı**³⁴

Kurul, çalışanların birbirlerine transfer edilmesini engelleyen centilmenlik anlaşmalarına yönelik olarak Kanun'un 4. maddesinin ihlal edilip edilmediğinin tespiti amacıyla Samsun ve Bursa illerindeki bazı hastaneler hakkında yürütülen soruşturmayı tamamlamıştır.

Soruşturma neticesinde Samsun ve Bursa illerinde toplam 16 hastane hakkında iş gücü piyasalarındaki rekabeti sınırlamak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri gerekçesiyle idari para cezası verilmesine karar verilmiştir.

Gerekçeli kararı yayınlanan dosyada, teşebbüslerin birbirlerinin çalışanlarını transfer etmemeye yönelik centilmenlik anlaşmaları yaptıklarını ve teşebbüs temsilcileri arasında gerçekleşen toplantılarda çalışanların maaş skalalarının da görüşüldüğünü ortaya konulmuştur. Teşebbüs temsilcileri arasındaki toplantılarda, ücret ve işe alım süreçlerinde çalışanlara ilişkin bilgi değişimi gündem maddeleri arasında yer almıştır. Her özel sağlık kuruluşunun kendi içinde belirlemesi gereken çalışan zam oranlarının teşebbüsler arasında ortaklaşa belirlenmesinin, Kanun'un 4. maddesi kapsamına ihlal teşkil ettiği belirtilmiştir.

Böylelikle bu kararlar ilk defa, iş gücü pazarlarına yönelik rekabet hukuku uygulamasının temel kısmını oluşturan çalışanların maaşlarını, sabitlemeye ve/veya çalışan ayartmamaya yönelik olarak yapılan anlaşmaların pazarın alım tarafında kurulan kartellerden farklı olmadığı vurgulanmış ve Karar'a konu iş gücü piyasasında rakipler arasındaki rekabeti kısıtlayıcı eylemler kartel olarak değerlendirilmiştir.

Kararda, çalışan transferinin engellenmesi ve çalışanların maaş skalalarının tespit edilmesi, iş gücü piyasalarına yönelik tek bir ihlal olarak ele alınarak idari para cezası uygulanmıştır. Ayrıca, rekabet ihlali niteliğindeki konuşmaların gerçekleştiği bir toplantıya katılan veya WhatsApp grubuna üye olan teşebbüs temsilcilerinin tamamının ihlalin tarafı olarak kabul

34 Rekabet Kurulu kararı – 24.02.2022, 22-10/152-62

edileceği belirtilmiş, ancak ilgili temsilcinin muhalif kaldığını açıkça ifade edip işpat etmesi durumunda sorumluluktan kurtulabileceği yönündeki Kurul'un yerleşik içtihadı, işbu Karar'da bir kez daha vurgulanmıştır.



USUL VE MEVZUAT

Bu bölümde 2023 yılında rekabet hukuku alanında gerçekleşen mevzuat değişiklikleri ve önem arz ettiği düşünülen Rekabet Kurulu (“Kurul”) kararları incelenecektir.

1. 2023 Yılı İçerisinde Yürürlüğe Giren Düzenlemeler

1.1. Kartellerin Ortaya Çıkarılmasına Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yeni Yönetmelik (Pişmanlık Yönetmeliği)¹

2023 yılında rekabet hukuku alanında Türkiye’de gerçekleşen bir gelişme, Rekabet Kurumu tarafından yayımlanan Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına İlişkin Yeni Yönetmelik’tir (“Yeni Yönetmelik”). Yeni Yönetmelik, 16.12.2023 tarihinde 32401 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Böylece, 14 yılı aşkın süredir yürürlükte olan aynı isimli eski Yönetmelik yürürlükten kalkmış ve burada yer alan düzenlemeler gözden geçirilerek güncellenmiştir. Yeni Yönetmelik ile yapılan bu güncellemelerle, rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların ortaya çıkarılması için aktif işbirliği yapan teşebbüslere ve ilgili yöneticilere uygulanacak para cezaları, ceza indirimleri ve işbirliği süreçleri gibi konuları kolaylaştırıcı birtakım yenilikler getirilmiştir.

Bu kapsamda, Yeni Yönetmelik ile getirilen yeniliklerden ilki, eklenen yeni tanımlar olmuştur. Buna göre, Yeni Yönetmelik kapsamında başvuru sahibi, kartel kolaylaştırıcısı ve kartel tarafı olmak üzere üç grup tanımlanarak bu Yönetmelik’te belirtilen koşulları yerine getiren ilk başvuru sahibine para cezası verilemeyeceği, bu maddeden yararlanamayan başvuru sahiplerine verilecek para cezalarının ise indirileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile kartel tarafı ve kartel kolaylaştırıcısı ayrı ayrı tanımlanmış ve bunların pazarın aynı seviyesinde bulunup bulunmamalarına göre ayrıştıkları ifade edilmiştir. Böylece, Yeni Yönetmelik ile eskiden farklı olarak kartelin asıl tarafı olan teşebbüslerin yanı sıra, taraf olarak nitelendirilemeyen, pazarın farklı seviyesinde bulunan ancak kartele katkıda bulunmuş olan teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin de pişmanlık müessesin-

¹ Rekabet Kurumu, 16.12.2023

den yararlanabilmesi sağlanmıştır. Bu ayrımın, özellikle iki tarafın da yer aldığı topla-dağıt kartelleri bakımından yararlı olabileceği düşünülmektedir. Nitekim, eski Yönetmelik'te yer alan ve oldukça muğlak ve geniş bir anlama sahip olan “teşebbüs” tanımının bu şekilde daraltılması, kartelde yer alan teşebbüslerin sorumluluklarının tam olarak saptanabilmesi bakımından önem arz etmektedir.

Yeni Yönetmelik ile getirilen bir başka değişiklik ise, süreler bakımından olmuştur. Buna göre, aktif işbirliği başvurusunun, soruşturma raporunun tebliğinden önce olmak üzere, soruşturma bildirimini tebliğini takip eden üç ay içinde yapılması öngörülmüştür. Bu süre sınırının, soruşturma süreçlerinde aksaklıkları önlemeyi amaçladığı düşünülmektedir.

Ek olarak Yeni Yönetmelik, para cezalarındaki indirimlerle ilgili olarak alt ve üst sınırlara da değişiklik getirmiştir. Buna göre, alt sınırlar genel olarak düşürülmüş, üst sınırlar ise artırılmıştır. Bunun yanında yeni indirim oranları yüzdelik dilimlerle ifade edilmiştir. Alt sınırların düşürülmesine ilişkin değişiklik, teşebbüsleri teşvik etmek açısından olumsuz bir gelişme olarak değerlendirilse de, bunun yanında üst sınırların yükseltilmiş olması bu durumu dengeler nitelikte görülmektedir.

Usule ilişkin getirilen bir yenilik olarak, Yeni Yönetmelik'te işbirliği başvurusunun şartları arasında sunulan bilgi ve belgelerin “katma değer yaratan belge” olması gerekliliği ceza indirimi veya cezasızlık için önkoşul olarak belirtilmiştir. Bu belgeler, “karteli ispat etme imkânını güçlendirecek bilgileri ve belgeler” olarak tanımlanmıştır.

Son olarak Yeni Yönetmelik ile, soruşturma açısından gerekli olması halinde mevcut ve eski yönetici ile çalışanların bilgilerine başvurulmasına olanak tanınmıştır. Bu kapsamda, başvuru sahibinin, bu konuda gereken azami gayret ve özeni göstermesinin beklendiği düzenlenmiştir. Rekabet hukuku bağlamında teşebbüs/teşebbüs birliklerinin, kartel oluşumları da dahil olmak üzere, mevcut çalışanlarının yanında eski çalışanlarının fiillerinden de sorumlu tutulduğu göz önüne alındığında bu düzenleme rekabet hukuku ilkeleriyle örtüşmektedir. Öte yandan, “azami gayret” kavramı, anlam ve ispat açısından belirsizlik yaratabilecek nitelikte görülmektedir. Bunun yanında, başvuru sahibinin sonradan ek bir bilgi/belgeye ulaşması halinde bunu ikinci yazılı savunma süresinin bitiminden önce sunma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu kapsamda Yeni Yönetmelik ile usul bakımından başvuru sahibine getirilen yükümlülüklerin kapsamının genişletildiği tespit edilmektedir.

1.2. Kişisel Verileri Koruma Kurumu ile İmzalanan İş Birliği ve Bilgi Paylaşımı Protokolü²

Rekabet Kurumu, büyük veri teknolojileri ile kişisel verilerin işlenmesi konusundaki endişelere yönelik olarak ortaya çıkan ve hem kişisel verilerin gizliliği

2 Rekabet Kurumu, 26.10.2023

hem de rekabetin korunması konularında endişe yaratabilen stratejilerin geliştirilmesini engellemek amacıyla, Kişisel Verileri Koruma Kurumu ile “İş Birliği ve Bilgi Paylaşımı Protokolü”nü imzalamıştır. Buna göre, söz konusu Protokol ile her iki otorite tarafından;

- » Her iki otoritenin de görev alanına giren, gelişmekte olan ve hızlı müdahale edilmesi gereken alanlarda ortak çalışmalar yürütülmesi,
- » Özellikle dijital pazarlarda kullanıcı farkındalığını artırarak kişisel veri ve rekabet korumasına yönelik mesajlar içeren raporlar yayımlanması,
- » Ortak sunumlar ve tartışma programları düzenlenerek eğitim ve bilgi paylaşımının teşvik edilmesi,
- » Uzmanlık bilgi ve deneyimlerinin paylaşıldığı eğitimler düzenlenmesi,
- » Ulusal ve uluslararası etkinliklerin karşılıklı olarak desteklenerek bu etkinliklerdeki ortak konuların istişare edilmesi gibi aktif işbirliği sağlanması amacıyla yönelik çalışmalar yapılması

öngörülmüştür. Böylece, söz konusu Protokol ile, sektörde etkin rekabetin tesis edilmesi ve tüketicilerin kişisel verileri üzerindeki kontrolünün güçlendirilmesi hedeflenmiştir.

1.3. Dışlayıcı Kötüye Kullanmalara İlişkin Kılavuzun Duyurulması ve Uygulama Önceliklerine İlişkin Kılavuz Değişikliği³

Avrupa Komisyonu, daha önce dışlayıcı davranışlar ile hâkim durumun kötüye kullanılması hakkında Kılavuz’un kabul edilmesine ilişkin kamuoyu görüşlerinin toplanması amacıyla yayımlanmış olduğu “Görüş Duyurusu”na paralel olarak, Mart 2023 itibariyle dışlayıcı kötüye kullanımlara yönelik uygulama önceliklerine ilişkin 2008 tarihli Kılavuz’unu güncelleyen bir Tebliğ (ve Ek) yayımlanmıştır. 27 Mart 2023 tarihinde açıklanan paket, 2008 yılından bu yana hâkim durumun kötüye kullanılması hükümleri (ABİHA Madde 102) kapsamında atılan ilk önemli politika adımı olmuştur. ABİHA Madde 102’nin, AB rekabet hukukunda uygulama esaslarını belirleyen Kılavuz’u bulunmayan az sayıdaki alandan biri olduğu ifade edilmiştir.

Komisyon, 2008’den bu yana AB mahkemelerinin dışlayıcı kötüye kullanım çerçevesinde verdiği 32 kararın ve ayrıca Üye Devletlerin rekabet otoritelerinin kararlarının, ABİHA Madde 102’nin etki temelli uygulanması lehine içtihat geliştirdiğine değinmiştir. Ayrıca, diğer rekabet hukuku alanlarından farklı olarak, Komisyon’un ABİHA Madde 102’nin uygulanmasına ilişkin bir kılavuzunun bulunmadığı; Komisyon’un sadece 2008 yılında dışlayıcı kötüye kullanımlar alanındaki uygulama önceliklerine ilişkin bir kılavuz yayımladığı, bunun da bir hukuki beyan niteliği taşımadığı, hâkim durumun kötüye kullanılması kavramına ilişkin bir yorumda bulunmadığı ve sadece Komisyon’un öncelikli olarak takip

3 Avrupa Komisyonu, 27.03.2023

etmeyi planladığı vakaların seçimine ilişkin kriterleri ortaya koyduğu belirtilmiştir. Yeni Kılavuz'un amacının, Komisyon'un yaklaşımının temelini oluşturan ilkeler konusunda şeffaflığı artırmak ve Komisyon'un içtihadında zaman içinde meydana gelen gelişmeleri yansıtmak olduğu ifade edilmiştir.

Sonuç olarak Komisyon, 27 Mart 2023 tarihinde, ABİHA Madde 102'nin dışlayıcı davranışlara uygulanabilirliğine ilişkin Kılavuz'u geliştirmek üzere, dört hafta boyunca ilgili tüm tarafların görüşlerine açık olacak bir Görüş Duyurusu yayımlamıştır. 2025 yılında kabul edilmesi hedefiyle, 2024 yılının ortasına kadar Kılavuz ilkelerin taslağının kamuoyunun görüşüne sunulması planlanmaktadır. Nihai Kılavuz kabul edilene kadar Komisyon, dışlayıcı davranışlara ilişkin şikayetlerin öncelikli olarak takip edilip edilmeyeceğinin belirlenmesine yönelik yaklaşımını netleştirmek amacıyla 2008 tarihli Kılavuz'un bazı bölümlerini revize eden bir Tebliğ kabul etmiştir.

Söz konusu değişiklikler, ABİHA Madde 102'ye ilişkin AB mahkemeleri içtihadındaki önemli gelişmeleri yansıtırken, piyasa eğilimlerini de dikkate almıştır. Değişiklik ile, kötüye kullanım niteliğindeki dışlayıcı davranışlarla ilgili, iyi yönetim ("good administration") ilkesine uygun olarak Komisyon'un uygulama önceliklerine ışık tutan değerlere ilişkin açıklığı artırmak amaçlanmaktadır.

Değişiklik hakkındaki Tebliğ, paydaşlara Komisyon'un öncelik belirleme kriterleri konusunda daha fazla şeffaflık sağlamak amacıyla uygulama önceliklerine ilişkin Rehber'i aşağıdaki değerlendirmeler çerçevesinde revize etmiştir:⁴

- » 'Rekabeti kısıtlama' kavramının, yalnızca hâkim durumdaki teşebbüsün davranışının rekabetin tamamen ortadan kalkmasına veya marjinalleşmesine yol açabileceği durumları değil, aynı zamanda rekabetin zayıflamasıyla sonuçlanabilecek ve böylece piyasanın rekabetçi yapısını hâkim durumdaki teşebbüsün lehine ve tüketicilerin aleyhine bozabilecek durumları da ifade ettiğini açıklığa kavuşturmanın yerinde olacağı değerlendirilmektedir.
- » Hâkim durumdaki bir teşebbüsün fiyat temelli dışlayıcı davranışlarına ilişkin olarak, sadece maliyet yapıları bakımından hâkim durumdaki teşebbüs kadar etkin olan rakiplerin pazardan çıkmasına veya marjinalleşmesine yol açabilecek davranışların öncelikli olarak takip edilmesinin uygun olmadığı değerlendirilmektedir.
- » Sözleşme yapmanın açıkça reddedildiği durumları, hâkim teşebbüsün erişimi adil olmayan koşullara tabi kıldığı durumlardan ("sözleşme yapmanın dolaylı olarak reddedilmesi") ayırmak önemlidir. Sözleşme yapmanın dolaylı olarak reddedildiği durumlarda, sadece vazgeçilmez bir girdinin sağlanması veya temel bir imkana erişim ile ilgili vakaların ön-

4 Komisyon'un 27.03.2023 tarihli Tebliğinin Eki

celikli olarak takip edilmesinin uygun olmadığı değerlendirilmektedir.

- » Fiyat/marj sıkıştırması vakalarının sadece alt piyasada etkin bir şekilde rekabet edebilmek için objektif olarak gerekli olan bir ürün veya hizmeti içermesi halinde öncelikli olarak incelenmesi uygun olmadığı değerlendirilmektedir.

1.4. Avrupa Birliği Birleşme Tüzüğü Kapsamında Yoğunlaşmaların İncelenmesine Yönelik Prosedürlerin Kolaylaştırılmasına İlişkin Paket⁵

Avrupa Komisyonu, Nisan 2023 itibariyle, AB Birleşme Tüzüğü kapsamında Komisyon'un sorunsuz birleşmeleri ("basitleştirilmiş davalar") inceleme sürecini daha da basitleştirecek ve kapsamını genişletecek bir paketi kabul etmiştir. Buna göre, ilgili paket şunları içermektedir: (i) revize edilmiş Birleşme Uygulama Tüzüğü ('Uygulama Tüzüğü'), (ii) Kolaylaştırılmış Prosedüre ilişkin bir Bildirim ('Bildirim') ve (iii) belgelerin iletilmesine ilişkin bir Tebliğ ('Tebliğ').

Yeni paket, Komisyon'un AB'nin Uzun Vadeli Rekabet Edebilirliğine ilişkin Tebliğinde duyurduğu raporlama gerekliliklerinin %25 oranında azaltılması hedefine ulaşılmasına katkıda bulunmaktadır. Komisyon'un sorunsuz birleşmelere ilişkin inceleme sürecini ('basitleştirilmiş davalar') basitleştirmeyi ve kapsamını genişletmeyi amaçlamaktadır. Ayrıca tüm durumlarda işlemlerin bildirilmesi için gereken bilgi miktarını azaltmayı ve belgelerin iletimini optimize etmeyi amaçlamaktadır.

Önceki kurallarda yapılan temel değişiklikler hem basitleştirilmiş hem de normal birleşme inceleme prosedürünü kolaylaştırmayı amaçlamaktadır.:

Yeni kurallar, öncelikle hangi vakaların kolaylaştırılmış prosedür kapsamında ele alınabileceği hususlarının genişletilmesi ve/veya netleştirilmesini amaçlamaktadır. Buna göre, basitleştirilmiş usulden yararlanabilecek iki yeni vaka kategorisi tanımlanmıştır. Bunlar, tüm makul pazar tanımları altında; (i) birleşen tarafların ayrı ayrı veya birlikte üst pazar payının %30'un altında olduğu ve birleşik satın alma paylarının %30'un altında olduğu; ve (ii) birleşen tarafların ayrı ayrı veya birlikte yukarı ve aşağı yönlü pazar paylarının %50'nin altında olduğu, pazar yoğunlaşma endeksinin ('HHI delta') 150'nin altında olması ve en küçük pazar payına sahip şirketin yukarı ve aşağı yönlü pazarlarda aynı olduğu durumlardır. Komisyon, anılan prosedürün uygulanabilmesi için ilgili birleşmenin varsayılan kategorilerden herhangi birine girmiyor olması halinde takdir yetkisine sahiptir. Bildirim özellikle aşağıdaki esneklik maddelerini içermektedir:

- Birleşen tarafların toplam pazar paylarının %20-25 olduğu yatay çakışmalar,

⁵ Avrupa Komisyonu, 20.04.2023

- Birleşen tarafların ayrı ayrı veya birleşik yukarı ve aşağı yönlü pazar paylarının %30-35 olduğu dikey ilişkiler;
- Birleşen tarafların ayrı ayrı veya birleşik pazar paylarının bir pazarda %50'yi ve dikey olarak ilişkili diğer pazarda %10'u aşmadığı dikey ilişkiler; ve
- Avrupa Ekonomik Alanı'nda ("AEA") 100 milyon Avro ile 150 milyon Avro arasında ciro ve varlığa sahip ortak girişimler.
- Bildirim ayrıca, Komisyon'un normal inceleme prosedürü kapsamında teknik olarak kolaylaştırılmış inceleme için uygun olan bir vakayı soruşturabileceği durumların daha net ve ayrıntılı bir listesini sunmaktadır.

Yeni düzenleme ayrıca kolaylaştırılmış davalar için yeni bir bildirim formu ("kutucuğu işaretli" Kısa Form CO) getirmektedir. Bu form, temel olarak çoktan seçmeli sorular ve tablolar ile davaların hem yargısal hem de maddi değerlendirmesine ilişkin kolaylaştırılmış sorular içermektedir. Bildirim aynı zamanda "süper basitleştirilmiş" muameleden faydalanabilecek dava kategorilerini de tanımlamaktadır; bu sayede taraflar, Komisyon ile önceden iletişime geçmeden doğrudan bildirimde bulunmaya davet edilmektedir.

Uygulama Yönetmeliği, yeni düzenleme kapsamında yer almayan vakalar için de bildirim formundaki (Form CO) bilgi gerekliliklerini azaltmakta ve netleştirmektedir. Artık feragat olasılıkları hakkında daha net bilgiler içermekte, etkilenen piyasalara ilişkin bilgi tabloları getirmekte ve belirli bilgi gerekliliklerini ortadan kaldırmaktadır. Tüm bunlara ek olarak, elektronik tebligat yoluyla doğrudan Komisyona'a bildirimde bulunulabileceği de düzenlenmiştir.

Tüm bu değişikliklerin 1 Eylül 2023 tarihinden itibaren geçerli olmasının yanında genel olarak bildirim öncesi temasları kolaylaştırarak bu görüşmeler için gereken süreyi daha da azaltması beklenmektedir. Ana değişikliklere ilişkin daha ayrıntılı bilgiye Komisyon'un açıklayıcı notundan ulaşılabilmektedir.

1.5. Motorlu Araç Blok Muafiyet Tüzüğü'nün Süresinin Uzatılması ve Ek Kılavuzların Güncellenmesi⁶

Avrupa Komisyonu tarafından 2023 yılında getirilen bir diğer önemli değişiklik, Motorlu Araç Blok Muafiyet Tüzüğü'nün (MVBBER) süresini beş yıl daha uzatılarak, MVBBER'in 31 Mayıs 2028 tarihine kadar geçerli olacağını duyurulması ve otomotiv sektörüne yönelik Tamamlayıcı Kılavuz İlkeler'in, şirketlerin dikey anlaşmalarının Avrupa Birliği rekabet kurallarına uygunluğunu değerlendirmelerine yardımcı olmak üzere revize edilmesidir. Bu güncellenen kılavuzlar aynı zamanda garajlar gibi satış sonrası operatörlere, araç bakım ve

6 Avrupa Komisyonu, 17.05.2023

onarımı için gereken ve araç tarafından üretilen verilere erişim hakkını da garanti altına almaktadır.

Komisyonun düzenlemeyi uzatma kararı, araç dijitalleşmesi, elektrifikasyon ve yeni hareketlilik trendleri gibi potansiyel pazar değişikliklerine zamanında tepki verilebilmesini amaçlamaktadır. Bu kapsamda Ek Kılavuzlarda aşağıdaki güncellemelerde bulunulmuştur:

- » Araç sensörleri tarafından üretilen verilerin, bakım ve onarım hizmetleri sağlamak için hayati öneme sahip olabileceği vurgulanmıştır. Buna göre, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın (TFEU) 101. maddesi uyarınca yetkili ve bağımsız tamircilerin bu verilere eşit erişimi olmalıdır. Bakım ve onarım hizmetleri için gerekli teknik bilgilerin, araç tarafından üretilen verileri de kapsayacak şekilde paylaşımıyla ilgili mevcut prensipler açıkça belirtilmiştir.
- » Araç tedarikçilerinin, potansiyel siber güvenlik endişeleri nedeniyle araç tarafından üretilen veriler dahil olmak üzere girişleri tıttup tutmama konusunda orantılılık ilkesini uygulaması gerektiği belirtilmiştir.
- » Araç tarafından üretilen veriler gibi önemli bir girişi, tedarikçinin bağımsız operatörlere tek taraflı olarak erişimi engellemesi durumunda TFEU'nun 102. maddesinin uygulanabileceği vurgulanmıştır.

1.6. Yeni Yatay Grup Muafiyeti Tebliği ve Yatay Kılavuz Değişikliği⁷

Avrupa Komisyonu son olarak, Haziran 2023 itibarıyla, Araştırma ve Geliştirme (Ar-Ge) ve Uzmanlaşma anlaşmalarına (HBER) ilişkin revize edilmiş Yatay Grup Muafiyet Tebliği ile Yatay Kılavuz'u kabul etmiştir. İlgili Tebliğ ve Kılavuz ile, işletmelerin yatay işbirliği anlaşmalarının AB rekabet kurallarına uygunluğunu değerlendirmelerine yardımcı olmak üzere daha açık ve güncel bir rehberlik sağlanması amaçlanmıştır. Buna göre, revize edilmiş yeni kurallar ile getirilen değişiklikler şunlardır;

- » Uzmanlaşma Grup Muafiyeti Tüzüğü'nün kapsamı, ikiden daha fazla tarafça akdedilmiş daha fazla üretim anlaşması türünü kapsayacak şekilde genişletilmiş ve bu konuya ilişkin rehberlik sağlanmıştır.
- » Ar-Ge Grup Muafiyeti Tüzüğü'nün uygulanması kapsamında pazar paylarının hesaplanmasına ilişkin açıklık ve esneklik artırılmış ve bu konuya ilişkin rehberlik sağlanmıştır. Buna göre, pazar payının hesaplanmasının mümkün olmadığı durumlarda Komisyon ve ulusal

⁷ Avrupa Komisyonu, 01.06.2023

rekabet otoritelerine grup muafiyetinden yararlanma hakkını geri çekme yetkisi verilmiştir.

- » Yatay Kılavuz'un giriş bölümü güncel içtihatlarla göre güncellenmiş, devamında ortak girişimler ve ana şirketleri arasındaki anlaşmalara ABİHA Madde 101'in uygulanmasına ilişkin yeni bir rehberlik getirilmiştir.
- » Mobil Telekomünikasyon Altyapı Paylaşım Anlaşmalarına ilişkin olarak, bu anlaşmaların değerlendirilmesine yönelik faktörleri ortaya koyan ve şirketlerin rekabet kurallarını ihlal risklerini azaltmaları için uyulması gereken asgari koşulları içeren bir listenin de olduğu yeni bir bölüm yayımlanmıştır.
- » Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Kılavuz'un "ilkeler" başlıklı bölümü son dönemdeki uygulamaları yansıtacak şekilde genişletilmiştir. Bu bölüm ile, ortak satın alma ile alıcı kartelleri arasındaki ayrım açıklanmış ve ortak satın almanın alıcıların satın alma koşullarını ortaklaşa müzakere etmenin yanı sıra her bir alıcının alımlarını bağımsız olarak gerçekleştirdiği düzenlemeleri de kapsadığı düzenlenmiştir.
- » Ticarileştirme Anlaşmalarına İlişkin Kılavuz'un "ilkeler" başlıklı bölümü ihale konsorsiyumlarına ilişkin yeni bir bölüm yaratacak ve ihaleye fesat karıştırma ayırımına ilişkin bir rehberlik içerecek şekilde genişletilmiştir.
- » Bilgi Değişimine İlişkin Kılavuz'un "ilkeler" başlıklı bölümü, (i) ticari açıdan hassas bilgi kavramı; (ii) nesnel olarak rekabetin kısıtlanması anlamına gelebilecek bilgi alışverişi türleri; (iii) veri havuzlarının potansiyel rekabet yanlısı etkileri; (iv) hub-and-spoke düzenlemeleri de dahil olmak üzere dolaylı bilgi alışverişi biçimleri; (v) kamuya yapılan duyurular yoluyla rekabete aykırı sinyal verme; ve (vi) şirketlerin ihallerden kaçınmak için alabileceği tedbirler konularında rehberlik sağlayacak şekilde genişletilmiştir.
- » Standardizasyon Anlaşmalarına İlişkin Kılavuz'un "ilkeler" başlıklı bölümü revize edilerek (i) bir standardizasyon anlaşmasının taraflarınca azami kümülatif royalti oranının açıklanmasının rekabete aykırı olmadığı ve (ii) katılımcıların ilgili fikri mülkiyet haklarını açıklamaları gerektiği şeklinde yükümlülükler getirilmiştir.
- » Yatay Kılavuz'a sürdürülebilirlik anlaşmalarını kapsayan yeni bir bölüm eklenerek, antitröst kurallarının rakipler arasında sürdürülebilirlik amacı güden anlaşmalara engel teşkil etmediği açıklığa kavuşturulmuştur. Yeni kurallar ile, belirli koşulları karşılayan sürdürülebilirlik standardizasyon anlaşmaları için yumuşak bir

güvenli liman sağlanmıştır. Bunun yanında, dikkate alınabilecek fayda türleri tanımlanmış ve bir sürdürülebilirlik anlaşmasının nasıl muaf tutulabileceği de açıklığa kavuşturulmuştur.

Sonuç olarak birçok yenilik sunan Tebliğ ve Kılavuz ile genel anlamda, belirli anlaşmaların rekabet kurallarından blok olarak muaf tutulduğu bir güvenli liman sağlanmıştır.

1.7. Yeni Birleşme ve Devralma Kılavuzu⁸

Federal Trade Commission (FTC) tarafından, uzun bir danışma sürecinin ardından 18 Aralık 2023 tarihinde birleşme ve devralmalara yönelik kılavuzun nihai versiyonunu yayımlamıştır. Kılavuzda başlıca dikkat çeken ana noktalar aşağıdaki gibidir:

- » **Daha düşük pazar yoğunlaşma seviyesinin belirlenmesi:** Kılavuz, yatay birleşmelerde birleşen şirketlerin toplam pazar payının yüzde 30'u aştığı durumları karine olarak rekabeti kısıtlayıcı olarak kabul etmektedir.
- » **Dikey ve yatay olmayan birleşmeleri kapsayan kapsamlı yaklaşım:** Kılavuz, yatay, dikey ve “yatay olmayan” birleşmeleri tek bir dokümanda toplayan kapsamlı bir yaklaşım sunmaktadır.
- » **Ekonomik analiz:** Kılavuz, ekonomik analizi vurgulayarak, rekabet etkilerinin belirlenmesinde ürün/hizmet piyasasındaki etkilerinin yanında işgücü piyasasındaki etkilerinin de değerlendirilmesini gündeme getirmekte olup, ekonomik verilere daha fazla odaklanmayı amaçlamaktadır.
- » **Uygulamada önemli değişiklikler:** Kılavuz, birleşme uygulamalarının da daha agresif bir yaklaşıma işaret etmektedir.

1.8. Alman Rekabet Kanunu Değişikliği⁹

Alman Federal Resmî Gazetesi'nde yayımlanarak 7 Kasım 2023 tarihi itibarıyla, Alman Rekabet Kanunu'nda (GWB) yapılan 11. değişiklik yürürlüğe girmiştir. Alman Rekabet Kanunu'nda yapılan değişiklik kapsamında Bundeskartellamt'ın sektör incelemeleri kapsamında kullanabileceği birtakım yetkiler, AB Dijital Piyasalar Yasası'nın (DMA) uygulanmasına yönelik yetkiler ve menfaatlerin geri ödenmesine yönelik yetkilere ilişkin düzenlemeler hayat geçmiştir.

Öncelikle ilgili değişiklik ile, Bundeskartellamt'a sektör soruşturmalarını takiben davranışsal veya yapısal tedbirler uygulama yetkisi verilmiştir. Bir sektör incelemesini takiben rekabetin önemli ölçüde ve sürekli olarak bozulduğu durumlar söz konusu olduğunun tespiti halinde, bir ihlalin mevcut olduğunun

⁸ Federal Trade Commission, 18.12.2023

⁹ Bundeskartellamt, 07.11.2023

tespitine gerek kalmadan, Bundeskartellamt'a teşebbüslerin bölünmesini de dahil olmak üzere rekabet aksaklığını giderecek yapısal veya davranışsal önlemler veya iyileştirici tedbirler uygulamak gibi araçları kullanma imkanı tanınmıştır. Söz konusu yapısal, davranışsal ya da iyileştirici tedbirler rekabet hukukuna tam uyum gösteren teşebbüslere dahi uygulanabilecektir.

Bunun yanında DMA'nın uygulanmasına yönelik güçlendirici yetkiler düzenlenmiştir. Düzenleme ile Bundeskartellamt'ın olağan soruşturma yetkilerini kullanarak DMA ihlallerini soruşturması sağlanmakta ve tespitlerini DMA hususunda nihai ve tek uygulama makamı olarak Avrupa Komisyonu'na bildirmesi zorunlu kılınmıştır.

Son olarak, rekabete aykırı uygulamalardan elde edilen menfaatlerin geri ödenmesine yönelik karine düzenlenmiştir. Rekabet hukuku ihlallerinden elde edilen menfaatlerin geri ödenmesi, Alman rekabet hukuku bakımından yeni bir uygulama olmasa da bu zamana kadar rekabet hukuku ihlali ile elde edilen ekonomik avantajın boyutunun tahmin edilmesindeki pratik zorluklar nedeniyle uygulamaya yansımamıştır. Yeni düzenlemeyle birlikte artık rekabet hukuku ihlalinin, ihlalde bulunan teşebbüs için ekonomik bir fayda sağladığı ve bu menfaatin ihlalde bulunan teşebbüsün etkilenen ürün veya hizmetlerden elde edilen yurtiçi cirosunun en az %1'i kadar olduğu karinesi düzenlenmiştir. Karine, ilgili zaman diliminde ihlale karışılmadığının veya kar elde edilmediğinin kanıtlanması suretiyle teşebbüs tarafından çürütülebilecektir.

2. Usul Hükümleri Açısından Önem Arz Eden 2023 Yılı Kararları

2.1. Yerinde İncelemenin Engellenmesi/Zorlaştırılması

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi, yerinde incelemenin engellenmesini, teşebbüslere idari para cezası verilmesini gerektiren hallerden biri olarak belirlemektedir. Buna göre, Rekabet Kurulu, incelemenin engellendiği veya zorlaştırıldığını tespit ettiğinde, teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişilere, teşebbüs birliklerine veya bu birliklerin üyelerine gayrisafi gelirlerinin binde beşi oranında idari para cezası uygulayabilme yetkisine sahiptir. 16.06.2020 tarihli 7246 sayılı Kanun ile, 4054 sayılı Kanun'un "Yerinde İnceleme" başlıklı 15. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yapılan değişiklikle, Kurul'un teşebbüsler tarafından elektronik ortamda tutulan her türlü veriyi ve belgeyi inceleme yetkisi genişletilmiştir. Bu kapsamda, teşebbüse ait veri içeren taşınabilir iletişim cihazları ve kişilerin şahsi telefonlarında bulunan WhatsApp yazışmaları da Kurum yetkilileri tarafından inceleme yetkisinin kapsamında yer almaktadır.

Rekabet Kurulu, yerinde inceleme başladıktan sonra gerçekleşen her türlü veri silme işlemini yerinde incelemenin engellenmesi olarak nitelendirmektedir. Geçmiş yılların önemli kararları incelendiğinde de Rekabet Kurulunun yerinde

incelemenin engellenmesi kararlarındaki yaklaşımı aşağıdaki şekildedir:

- » UNO Kararında yalnızca bir çalışanın veri silmesi dahi yerinde incelemenin engellenmesi olarak nitelendirilmiştir.¹⁰
- » Jeoloji Mühendisleri Odası Kararında kişisel bir belge dahi olsa yerinde inceleme başladıktan sonra gerçekleştirilen her türlü veri silme işleminin yerinde incelemenin engellenmesi olarak nitelendirileceği belirtilmiştir.¹¹
- » TNet Kararında silinen verilerin geri getirilebiliyor olmasının somut olayın yerinde incelemenin engellenmesi olarak nitelendirilmesine bir etkisinin olmadığı belirtilmiştir.¹²
- » P&G Kararında özel yazışmalar içeren WhatsApp gruplarından çıkılması, olası delillere erişimin engellenmesi olarak nitelendirilmiştir.¹³

Geçmiş Kurul kararlarından da görüleceği üzere yerinde incelemeyi yürütmekle görevli meslek personelinin gereğinden fazla bekletilmesi, verilere erişiminin engellenmesi, yerinde inceleme uzmanlarının intikalinden sonra teşebbüse ait dijital verilerin silinmesi, elektriğin veya internetin kesilmesi gibi durumlarda verilerin içeriğinin bir rekabet ihlaline doğrudan işaret eder nitelikte olup olmadığına bakılmaksızın yerinde incelemenin zorlaştırıldığı veya engellendiği kabul edilmektedir.

2023 yılında verilen Kurul kararları incelendiğinde; daha önceki yıllarla benzer olarak, yerinde incelenmenin engellenmesi/zorlaştırılması kararlarında verilen ihlal kanaatlerinin genel olarak veri silme eylemlerinden kaynaklandığı gözlemlenmektedir. Buna göre Kurul'un ihlal tespitinde bulunmuş olduğu çeşitli yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması karar örnekleri aşağıda yer almaktadır;

- › Rekabet Kurumu tarafından Çimsa Çimento Sanayi ve Ticaret A.Ş.'de (Çimsa) yapılan yerinde incelemede, bir çalışanın mobil cihazında yer alan WhatsApp adlı mobil uygulamadaki gruptan ayrılarak sohbeti temizlediği tespit edilmiştir. Devamında, ilgili çalışanın mobil cihazından anılan WhatsApp grubundaki yazışmalara erişildiği, söz konusu yazışmalarda inceleme konusuyla ilgili herhangi bir bulgu ve/veya belgeye rastlanılmadığı ancak silme eylemini gerçekleştiren çalışana ait telefonun şirket telefonu olduğu ve ilgili yazışma grubunun şirket işlerine ilişkin hususları içerdiği gerekçesiyle Kurul tarafından yerinde incelemenin engellendiği/zorlaştırıldığı kanaatine varılmıştır.¹⁴
- › Rekabet Kurulu, HORIZON ve PASİFİK'te yapılan yerinde incelemenin ilgili teşebbüs çalışanları bakımından engellenmesi ve zorlaştırılması

¹⁰ Rekabet Kurulu, 21-26/327-152, 20.05.2021

¹¹ Rekabet Kurulu, 13-07/70-39, 24.01.2013

¹² Rekabet Kurulu, 13-46/601-M, 18.07.2013

¹³ Rekabet Kurulu, 21-34/452-227, 08.07.2021

¹⁴ Rekabet Kurulu, 23-06/74-23, 26.01.2023,

gerçekleriyle HORIZON ve PASİFİK'e ayrı ayrı idari para cezası vermiştir.¹⁵ Kurul değerlendirmesinde, yerinde inceleme başladıktan sonra teşebbüse ait klasör, e-posta vb. verilerin silinmesini delil karartmaya yönelik eylem olarak nitelendirmiş ve bu eylem neticesinde incelemede görevli meslek personelinin olası delillere erişiminin zorlaştırıldığı sonucuna ulaşmıştır. Bu çerçevede HORIZON ve PASİFİK'in, yerinde inceleme başladıktan sonra bazı teşebbüs çalışanları tarafından Whatsapp grubunun ve mesajlarının silinmesi suretiyle yerinde incelemeyi engellediği/zorlaştırdığı ve bu davranışın delil karartmaya yönelik eylem olarak nitelendirilmesi gerektiğinden teşebbüslere ayrı ayrı idari para cezası verilmesine karar vermiştir.

- › Başka bir Kurul kararında, Güven Grup Hazır Beton Hafr. İnş. Maden Petrol Nak. Tic. Ltd. Şti.'de gerçekleştirilen yerinde incelemenin bir teşebbüs çalışanı tarafından WhatsApp mesajlarının silinmesi suretiyle engellendiğine karar verilmiştir.¹⁶
- › Ceyhan Hazır Beton'da yapılan yerinde inceleme esnasında, hem teşebbüse ait dijital veri içerdiği belirtilen mobil cihazda hem de şahsi kullanıma ait olduğu belirtilen mobil cihazda hızlı gözden geçirme yönteminin uygulanmasına izin verilmemesi ile meslek personelinin incelemede elde edebileceği olası delil ve bulgulara erişiminin engellendiği gerekçesiyle yerinde incelemenin zorlaştırıldığına/engellendiğine karar verilmiştir.¹⁷
- › Oyak Çimento'da gerçekleştirilen yerinde inceleme esnasında, teşebbüs çalışanı tarafından gerçekleştirilen WhatsApp uygulaması üzerinden yapılan birtakım yazışmaların silinmesi eylemi ile yerinde incelemenin engellendiği ve teşebbüs tarafından silinen verilerin ulaşıldığına yönelik iddianın kuşkuya mahal vermeyecek şekilde ortaya konulmadığı gibi, bu ihtimalin dahi yerinde incelemenin engellendiği sonucunu değiştirmeyeceğine karar verilmiştir.¹⁸
- › Same Deutz Fahr Traktör'de gerçekleştirilen yerinde incelemenin başlangıç anından sonra teşebbüse ait bazı verilerin, çalışanın mobil cihazdaki WhatsApp uygulamasının devre dışı bırakılması suretiyle silindiği tespit edilmiştir. WhatsApp uygulamasının ilişkili olduğu hattın her ne kadar kişisel kullanıma özgü olduğu iddia edilse de yedeklenmiş olan ve geri getirilebilen sohbet geçmişinde teşebbüsle ve iş hayatıyla ilgili yazışmaların da mevcut olduğu nedeniyle yerinde incelemenin engellendiğine karar verilmiştir.¹⁹

¹⁵ Rekabet Kurulu, 22-53/797-327, 01.12.2022

¹⁶ Rekabet Kurulu, 22-54/831-341, 08.12.2022

¹⁷ Rekabet Kurulu, 23-06/73-22, 26.01.2023

¹⁸ Rekabet Kurulu, 23-06/75-24, 26.01.2023

¹⁹ Rekabet Kurulu, 22-54/835-345, 08.12.2022

- › Altıparmak Gıda’da (Balparmak) gerçekleştirilen yerinde incelemenin, e-postaların silinmesi, silinen e-postalar “Silinmiş Öğeleri Kurtar” yöntemiyle geri getirilmiş olmasına rağmen söz konusu geri getirme işleminin yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması niteliğine bir etkisinin bulunmadığı, e-postaların hangi niyetle silindiğinin veya e-postaların eski tarihli olmasının veya geçerliliklerinin kalmamasının bir öneminin bulunmadığına karar verilmiştir.²⁰
- › Çözüm Dergisi’nde gerçekleştirilen yerinde incelemenin kurumsal e-posta adresine erişim sağlanarak incelemeye hazır hale getirilmiş olmasına rağmen, incelenmek istenen hesaplarda şahsın kişisel verilerinin ve ÇÖZÜM dışındaki kurum ve kuruluşlara ait verilerinin bulunması nedeniyle uzaktan erişim ile inceleme yapılması talebini reddedilmesine nedeniyle yerinde incelemenin engellendiğine karar verilmiştir.²¹
- › Şanal Emlak’ta gerçekleştirilen yerinde incelemenin; teşebbüs sahibinin, teşebbüs adresine gelemeyeceği, kullanmış olduğu telefon numarası üzerine kayıtlı Whatsapp hesabının kurulu olduğu telefonun başka bir yerde bulunduğu, telefonun uzaktan erişim ile incelenmesini de kabul etmediği bilgisi verilmiş ve her türlü makul teknik inceleme imkânı teklif edilmiş olsa da teşebbüs sahibinin bu husustaki tutumu değişmemiştir. Kurul, ilgili durumu yerince incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması kapsamında değerlendirmiştir.²²
- › GBK Gayrimenkul’de yapılan yerinde incelemede teşebbüs binasına gelen yerinde inceleme ekibi yalnızca teşebbüsün sekreterinin binada bulunduğunu tespit etmiş ve yerinde inceleme kapsamında bilgisayar ve telefonları incelenecek kişiler ile iletişime geçmiş, ancak bazı teşebbüs çalışanları uygun olmadıklarını ve teşebbüs binasına gelmeyi reddettiklerini ifade etmiştir. Gelen çalışanlardan bazılarının ise kişisel telefonları olduğunu iddia ettikleri telefonlarını yerinde inceleme ekibine vermeyi reddetmiş ancak hızlı gözden geçirme yöntemiyle incelenen telefonlarda WhatsApp Business uygulamasının bulunduğu ve emlakçı/gayrimenkul danışmanlarının bulunduğu WhatsApp gruplarına dahil olduğu tespit edilmiştir. Teşebbüs avukatının yerinde inceleme için mahkemeden izin alınması gerektiğini ifade etmesi üzerine tüm çalışanlar yerinde inceleme ekibine telefonlarını vermeyi reddetmiştir. Rekabet Kurulu teşebbüste gerçekleşen bu gelişmeleri yerinde incelemenin engellenmesi kapsamında değerlendirmiştir.²³

20 Rekabet Kurulu, 23-12/180-56, 02.03.2023

21 Rekabet Kurulu, 22-56/878-363, 22.12.2022

22 Rekabet Kurulu, 23- 14/246-82, 16.03.2023

23 Rekabet Kurulu, 23-14/245-81, 16.03.2023

- › Çilek Gayrimenkul’de yapılan yerinde incelemenin başlamasından bir süre sonra halihazırda bilgisayarında inceleme gerçekleştirilen bir teşebbüs çalışanına telefon gelmiş, çalışan bir yakınının ciddi bir trafik kazası geçirdiğini ve teşebbüsten ayrılması gerektiğini ifade etmiştir. Yerinde incelemeyen beş gün sonra Rekabet Kurulu teşebbüs sahibi ile iletişime geçmiş ve söz konusu kaza ile ilgili belge sunulmasını istemiştir. Sunulan belgeye göre söz konusu kazanın yerinde inceleme tarihinde saat 09:01’de gerçekleştiğini, kaza tutanağının ise saat 10:00’da tutulduğunu tespit eden Rekabet Kurulu teşebbüs çalışanının saat 12:16’da acil olarak teşebbüsten ayrılması gerektiğini ifade etmesini yerinde incelemenin ani, kesintisiz ve süratli bir şekilde gerçekleştirilebilmesinin önüne geçilmesi olarak değerlendirmiştir.²⁴
- › Empa Emlak’da yapılan yerinde incelemede teşebbüs binasına gelen yerinde inceleme ekibini teşebbüs yetkilisi karşılamış, kişisel veriler gereği teşebbüste yerinde inceleme gerçekleştirilemeyeceğini söylemiş, Kurum ise bu durumda yerinde incelemenin engellenmesi tutanağı tutulacağını ve teşebbüse idari para cezası kesileceğini belirtmiş, teşebbüs yetkilisi ise cevaben mahkeme veya savcılık kararı olmadığı için yerinde incelemeye izin vermediğini yinelemiştir. Bunun sonucunda Kurul, teşebbüse yerinde incelemenin engellenmesi kapsamında idari para cezası uygulanmasına karar vermiştir.²⁵
- › İpek Gıda’da bir çalışanın telefonunda yapılan yerinde incelemede teşebbüs faaliyetleri ile ilgili olduğu düşünülen bir WhatsApp grubunda hiçbir yazıma bulunmadığı tespit edilmiş, bunun üzerine teşebbüs çalışanı WhatsApp mesajlarını çok yer kapladığı için düzenli olarak sildiğini ifade etmiştir. Yerinde inceleme ekibi başka bir çalışanın telefonunda da aynı WhatsApp grubunun bulunduğunu ve “eski katılımcılar” sekmesinden ilgili çalışanın yerinde inceleme başladıktan sonra gruptan ayrıldığını tespit etmiştir. Kurul, sonuç olarak bir çalışanın yerinde inceleme başladıktan sonra bir WhatsApp grubundan ayrılmasını ve gruptaki yazışmaları silmesini yerinde incelemenin engellenmesi olarak değerlendirmiştir.²⁶
- › Kurul, Namet’te gerçekleştirdiği yerinde incelemede, bir çalışanın telefonunun WhatsApp uygulamasında yalnızca iki adet bireysel ve altı adet grup konuşmasının bulunduğunu, bu konuşmalarda son mesaj tarihinin yerinde inceleme günü olduğunu ve konuşma saatlerinin en erken saat 17.26’da gerçekleştiğini tespit etmiştir. Bunun üzerine

24 Rekabet Kurulu, 23-14/243-79, 16.03.2023

25 Rekabet Kurulu, 23-15/256-86, 23.03.2023

26 Rekabet Kurulu, 23-18/325-110, 13.04.2023

WhatsApp grup katılımcılarından başka bir çalışanın telefonunda inceleme gerçekleştiren ekip WhatsApp grubunda saat 16.13 de bir yazışma tespit etmiştir. Bu bilgiler ışığında yerinde inceleme ekibi saat 16.13 ile 17.26 arasında ilgili çalışanın telefonunun WhatsApp uygulamasından silme işlemi gerçekleştirdiğini değerlendirmiş ve silme işlemi yerinde incelemenin engellenmesi olarak nitelendirmiştir.²⁷

- › Uludağ İçecek'te gerçekleştirilen yerinde inceleme sonucunda ise, bir teşebbüs çalışanı tarafından yedi adet WhatsApp sohbetinin silindiği, ancak yedi mesajın altısına diğer teşebbüs çalışanlarının mobil cihazında yapılan inceleme neticesinde erişildiği, sonuç olarak yerinde incelemenin veri silme sebebiyle zorlaştırıldığı değerlendirilmiştir.²⁸
- › VATAN'da yapılan yerinde inceleme esnasında Kurul, bir çalışanın WhatsApp üzerinden yaptığı yazışmaları silinmek suretiyle yerinde incelemenin engellenmesine/zorlaştırılmasına sebep olduğu, kullanılan mobil cihazda sohbet içeriğinin iletim saatinden 24 saat geçmesinden sonra silinmesi şeklinde vuku bulan “yirmi dört saat süreli mesaj” özelliğinin aktif olduğu ancak silinmenin bu özellik tarafından gerçekleştirilmediğinin log kayıtlarından anlaşılabilirliği tespitinde bulunmuştur. Anılan nedenlerle, yerinde incelemenin engellendiği/zorlaştırıldığı kanaatine varılmıştır.²⁹
- › Son olarak Kurul, ASMAŞ'ta yapmış olduğu yerinde inceleme esnasında bir çalışanın WhatsApp üzerinden yaptığı yazışmaları silinmek suretiyle yerinde incelemenin engellenmesine/zorlaştırılmasına sebep olduğunu tespit etmiştir.³⁰

2.2. Bilgi İsteme Yetkisi

4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 14. maddesi, Rekabet Kurulu'nun görevlerini yerine getirirken gerekli gördüğü her türlü bilgiyi kamu kurumları, işletmeler ve işletme birliklerinden talep etme yetkisini düzenlemektedir. Bu madde, Kurul'un soruşturmaları sırasında yerinde inceleme yetkisinin yanı sıra bilgi isteme yetkisini de içermektedir. İlgililer, Rekabet Kurulu'nun istediği bilgileri belirlenecek süre içinde vermeye mecburdur. İşletme veya kamu kurumunun Kurul'un bilgi talebine yanıt vermemesi, yanlış veya yanıltıcı bilgi vermesi durumunda ise Rekabet Kurulu'nun para cezası verme yetkisi bulunmaktadır, bu da 16. ve 17. maddelerde düzenlenmiştir.

27 *Rekabet Kurulu, 23-23/436-149, 18.05.2023*

28 *Rekabet Kurulu, 23-19/369-128, 28.04.2023*

29 *Rekabet Kurulu, 23-19/363-125, 28.04.2023*

30 *Rekabet Kurulu, 23-21/412-141, 11.05.2023*

Bu kapsamda aşağıda, Rekabet Kurulu'nun bilgi isteme yetkisinin kapsamını göstermekte olan ve 2023 yılının Ocak ayında yayımlanmış önem arz eden bir karara³¹ değinilecektir.

Rekabet Kurulu, FARMASİ hakkında yeniden satış fiyatlarını tespit etmek ve internet satışlarını kısıtlamak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edilip edilmediğinin tespitine yönelik açılan soruşturma kapsamında; FARMASİ'nin Girişimci Sözleşmesi, Girişimci Çalışma Kitapçığı ve benzeri eklerinin ilk olarak hangi tarihte yürürlüğe alındığı, yürürlüğe alındığı ilk tarihteki hâlinin bir örneğinin sunulması, ilgili sözleşme ve kitapçıktaki hükümler üzerinde zaman içerisinde yapılan tadillerin neler olduğu ve tadil tarihleri hakkında Rekabet Kurumu'na bilgi sunulması talebine FARMASİ tarafından iki ayrı eylemle yanlış/ yanıltıcı bilgi verildiğini tespit ederek teşebbüs hakkında her bir eylem bakımından ayrı ayrı idari para cezası verilmesine hükmetmiştir. Kurul, yapmış olduğu değlendirmeler sonucunda;

- » Yerinde incelemede elde edilen belgelerde yer alan e-posta içeriklerinde Girişimci Çalışma Kitapçığı'nda atıfta bulunulan ve sözleşmede 12. maddesinde yer aldığı iddia edilen hükmün, FARMASİ tarafından gönderilen cevabi yazıda güncel olduğu beyan edilen sözleşmede yer almadığı,
- » Soruşturma sürecinde; e-posta içeriğinde yer alan ve teşebbüs tarafından 2018'de eklendiğı iddia edilen hükmün aslında 2017 yılında da yer aldığı,
- » Soruşturma sürecinde; FARMASİ'nin 2021 yılında TAN ALİZE'ye gerçekleştirdiğı ihracat amaçlı geri satışların tutarlarının her bir belgede farklı beyan edildiğı,
- » Bu itibarla FARMASİ'den talep edilen ilgili sözleşme ve kitapçığın yeniden satış fiyatlarını tespit etmek ve/veya internet satışlarını kısıtlamak eylemlerinin ihlalinin süresini belirleyen önemli bir husus olduğu, geçmiş tarihli sözleşmelere ulaşılması halinde ihlal süresinin beş yılın üzerine çıkacağı ve temel para cezasının bir kat artırılmış olarak tespit edileceğı ve bu durumun teşebbüse uygulanacak olan idari para cezası tutarını arttıracacağı ve FARMASİ'nin cevabi yazılarında belirttiğı sözleşme ve kitapçık hakkında sunulan yanıtların gerçeğı yansıtmamasının yanıltıcı bilgi verilmesi fiilini teşkil ettiğı ve,
- » FARMASİ'nin 2021 yılında TAN ALİZE'ye gerçekleştirdiğı ihracat amaçlı geri satışların tutarlarının her bir belgede farklı beyan edilmesinin yanıltıcı bilgi verilmesi eylemini oluşturduğu sonuçlarına varmıştır.

İlgili karar, daha sonra yeniden değlendirme talebi başvurusuna konu olmuş ve bu kapsamda Kurul tarafından 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu ("İYUK") kapsamında yeniden değlendirilmiştir.³² Buna göre, Kurul kararında yapılan değlendirmelerin değştirilmesini gerektirecek bir hususun söz konusu

31 Rekabet Kurulu, 23-06/69-20, 26.01.2023

32 Rekabet Kurulu, 23-10/153-47, 23.02.2023

olmadığı ve bu nedenle idari işlemin kaldırılmasına, geri alınmasına, değiştirilmesine veya yeni bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığı kanaatine ulaşmıştır.

Görüldüğü üzere, ilgili karar, Kurul tarafından FARMASI'nin vermiş olduğu birtakım bilgilerin tutarsızlığı ve rekabeti kısıtlama eylemlerinin süresini belirlemek amacıyla geçmiş sözleşmelerin geniş bir şekilde incelenmesi yönünden önem arz etmektedir. Bu karar ayrıca, şeffaflık, doğru bilgi sağlama, rekabet kurallarına uyum ve rekabetin korunması açısından önemli dersler içermekte ve rekabet otoriteleri ile sağlanacak olan işbirliği ve uyumun gerekliliğini vurgulamaktadır.

2.3. Dosyaya Giriş Talebi

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 44. maddesinde düzenlenen dosyaya giriş hakkı, silahların eşitliği ilkesi gereği soruşturma heyeti ile soruşturmaya taraf olan teşebbüs ya da teşebbüs birlikleri arasındaki bilgi asimetrisinin azaltılması ve böylelikle savunma hakkının etkin olarak kullanılabilmesini amaçlamaktadır. Dosyaya giriş hakkının usul ve esasları ise, 2010/3 sayılı "Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğ"de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu kapsamda teşebbüslerin soruşturma kapsamında kendileri ile ilgili düzenlenmiş belgeleri talep etme hakları bulunmakla birlikte, bu belgelere erişimin yine mevzuat hükümlerinin izin verdiği ölçüde gerçekleştirilmesi esastır.

Bu bilgiler ışığında, aşağıda, eden Rekabet Kurulu'nun dosyaya giriş hakkının kullanımının konu olduğu ve önem arz güncel kararlarına değinilecektir.

- » Rekabet Kurulu, SVS Dayanıklı Tüketim Mall. Paz. ve Tic. Ltd. Şti.nin (SVS) de aralarında bulunduğu bazı teşebbüsler hakkında, ilgili teşebbüslerin Kanun'un 4. maddesini ihlal edip etmediklerinin tespitine yönelik olarak açılan soruşturma kapsamında, SVS tarafından yapılan dosyaya giriş talebini değerlendirdiği kararda, dosyaya giriş başvurusuna ilişkin olarak erişim talep edilen belgelerden;
 - › SVS'nin erişimine açılması uygun görülen aklayıcı veya suçlayıcı nitelikteki Kurum içi yazışmaların ticari sırlardan arındırılmış hallerinin Kurum merkezinde incelenebileceğine, ve
 - › SVS'nin kendisi ile ilgili delil niteliği taşımayan veya aklayıcı yahut suçlayıcı nitelik taşımayan Kurum içi yazışmalara erişim talebinin kabul edilebilir nitelikte olmadığına, dolayısıyla reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir.³³
- » Rekabet Kurulu, Essilor Luxottica S.A. tarafından yapılmış olan dosyaya giriş hakkının kullanılmasında; kurum içi yazışma niteliğindeki belgelerin reddine, kurum içi yazışma niteliğinde ol-

33 Rekabet Kurulu, 22-48/702-298, 20.10.2022

mayan diğer belgelerin ise Kurum merkezinde incelenmesine ve bazı belgeler bakımından kendilerine sözlü açıklama yapılmasına karar vermiştir. Kararda Kurul, tarafların dosyaya giriş talep formunda belirttiği belgeler arasında kurum içi yazışmalar, bilgilerine başvuru kamu kurum ve kuruluşları ile yapılan yazışmalar, özel sektör gerçek ve tüzel kişilerle yapılan yazışmalar ve başka teşebbüs, teşebbüs birliği ve kişilere ilişkin ticari sırlar ile gizli bilgilerin bulunduğunu belirtmiştir. Bunun yanı sıra, talebe konu olan belgeler ayrı ayrı incelenmiş ve değerlendirilmiştir. Bu bağlamda, Kurul, 2010/3 sayılı Tebliğ'e atıf yapmış ve bu kapsamda ilgili Tebliğ ile; tarafların kendileri hakkında düzenlenmiş evrak ve delillere ulaşma hakkının düzenlendiğini, ancak Kurum içi yazışmaların ve başka teşebbüs, teşebbüs birliği ve kişilere ilişkin ticari sır ve sair gizli bilgi içeren evrakların bu kapsamda bulunmadığından hareketle hangi belgelerin Kurum içi yazışma olduğu veya teşebbüs, teşebbüs birliği ve kişilere ait ticari sır niteliği taşıdığı ayırımının yapılmasının önemini vurgulamıştır. Bunun yanında, ilgili Tebliğ'in 7. maddesinin ikinci fıkrası ile Kurumun diğer kamu kurumları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları veya özel sektör gerçek ve tüzel kişileri gibi bilgisine başvuru yapanlarla yaptığı yazışmaların kurum içi yazışma olduğunun düzenlendiği belirtilmiştir.³⁴

- » Rekabet Kurulu, Sahibinden Bilgi Teknolojileri Pazarlama ve Ticaret A.Ş. (Sahibinden) hakkında yürütülen soruşturma kapsamında, ilgili teşebbüsün dosyaya giriş talebini 4054 sayılı Kanun ve 2010/3 sayılı Tebliğ uyarınca değerlendirmiş ve ret kararı vermiştir. Kurul, yapmış olduğu değerlendirme kapsamında, Sahibinden tarafından yapılmış olan dosyaya giriş başvurusuna ilişkin olarak belgelerin; Kurum kayıtlarına intikal eden ilk dosyaya giriş başvurusuna konu edilerek tarafa açıldığı, herhangi bir yeni delil niteliği teşkil etmediği, aklayıcı ya da suçlayıcı delil niteliği taşımayan Kurum içi yazışma niteliğinde olduğu ve ticari sır teşkil ettiği tespitlerinde bulunmuştur. Sonuç olarak Kurul, yapmış olduğu tespitler sonucunda Sahibinden tarafından sunulan dosyaya giriş talebinin reddine karar vermiştir.³⁵
- » Son olarak Rekabet Kurulu, Mauri Maya Sanayi A.Ş. (Mauri Maya) hakkında yürütülen soruşturma kapsamında, ilgili teşebbüsün dosyaya giriş talebini 4054 sayılı Kanun ve 2010/3 sayılı Tebliğ uyarınca değerlendirmiş ve yine bir ret kararı vermiştir. Kurul, yapmış olduğu değerlendirme kapsamında, Mauri Maya bakımından talebe konu olan belgelerin; aklayıcı veya suçlayıcı delil niteliğinde olmayan Kurum içi yazışma bakımından ise talebe konu olan belgelerin; aklayıcı veya suçlayıcı delil

34 Rekabet Kurulu, 22-52/772-318, 23.11.2022

35 Rekabet Kurulu, 29.12.2022, 22-57/888-367

niteliğinde olmayan Kurum içi yazışma niteliği taşıdığı, Mauri Maya hakkında ihlal isnadına konu olan kısımlarının hâlihazırda Mauri Maya ile paylaşıldığı, paylaşılmayan belgelerin ise Mauri Maya hakkında düzenlenmiş ya da elde edilmiş belge niteliği taşımadığı ve bazı belgeler bakımından şikâyetçilerin gizlilik talebinin bulunduğunu belirtmiştir. Sonuç olarak Kurul, yapmış olduğu tespitler sonucunda Mauri Maya tarafından sunulan dosyaya giriş talebinin reddine karar vermiştir.³⁶

2.4. Kurul Kararının İdari Yargılama Usulü Kanunu Kapsamında Yeniden Değerlendirilmesi ve Geri Alınması Talebi

Hukuk devleti ilkesinin en önemli özelliklerinden biri, idarenin işlem ve eylemlerinin yargısal denetime tabi olmasıdır. Bu doğrultuda İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 11. maddesi kapsamında Rekabet Kurulu kararlarının kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem tesis edilmesi ilgililer tarafından idari dava açma süresi içinde istenebilmektedir. Bu kapsamda 2023 yılında Rekabet Kurulu'na bu yönde yapılan başvurular üzerine alınan iki önemli karara aşağıda değinilecektir.

- » Yukarıda da belirtildiği üzere Kurul'un, FARMASİ'nin yanlış veya yanıltıcı belge beyan etme eylemini oluşturduğu sonucuna vardığı kararı, daha sonra yeniden değerlendirme talebi başvurusuna konu olmuş ve bu kapsamda Kurul tarafından İYUK kapsamında yeniden değerlendirilmiştir. Kurul, bu kapsamda yapmış olduğu değerlendirme neticesinde;
 - › FARMASİ tarafından hatalı bilginin hatanın fark edilmeden gönderilmesi söz konusu olsa bile sonra tekrar hatalı bilgi gönderilmesinin kabul edilebilir bir savunma olmadığı,
 - › FARMASİ tarafından yazının içeriğinin tamamen finansal tablolarla ilgili olması ve bu hususun da şirketi denetleyen YMM'nin konusu olması hususu öne sürülse de FARMASİ'nin finans departmanı olan kurumsal bir firma olduğu göz önüne alınarak sunulan cevabi yazılardaki hatayı fark etmemesinin makul görülmediği,
 - › Bunun yanı sıra, FARMASİ'nin soruşturmanın tüm sürecinde YMM, vekil veya temsilci aracılığıyla sunduğu tüm bilgi ve belgelerin şüphesiz FARMASİ'nin sorumluluğunda olduğu

değerlendirmelerinde bulunmuş ve sonuç olarak Kurul kararında yapılan değerlendirmelerin değiştirilmesini gerektirecek bir hususun söz konusu olmadığı ve bu nedenle herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığı kanaatine ulaşmıştır.³⁷

³⁶ Rekabet Kurulu, 23-10/164-50, 23.02.2023

³⁷ Rekabet Kurulu, 23-10/153-47, 23.02.2023

- » Rekabet Kurulu, D-Market Elektronik Hizmetler ve Ticaret AŞ'nin ("Hepsiburada") yerinde incelemeyi zorlaştırdığına/engellediğine ilişkin kararına ve REOS Bilişim Teknolojileri A.Ş.'nin ("Reos") Sahibinden hakkında yapmış olduğu şikayet başvurusunun reddi kararına yönelik olarak teşebbüsler tarafından kararların İYUK kapsamında yeniden değerlendirilmesi taleplerine yönelik olarak her iki talep bakımından yapılan başvuruların yeni bir hukuki durum ortaya çıkarmadığını değerlendirmiş ve söz konusu idari işlemlerin kaldırılmasına, geri alınmasına, değiştirilmesine veya yeni bir işlem yapılmasına yer olmadığına karar vermiştir.³⁸

Hepsiburada tarafından yapılan başvuruda özetle; Rekabet Kurulu'nun Hepsiburada'nın yerinde incelemeyi engellediğine/zorlaştırdığına yönelik kararının hatalı olduğu zira Hepsiburada tarafından çalışanlara veri silinmesine ilişkin sözlü uyarı yapıldığı, silinen yazışmaların Hepsiburada'nın kontrolünde olmadığı, Sahibinden'e ilişkin mahkeme kararının somut olay ile benzer nitelikte olduğu bu çerçevede silinen yazışmaların çapraz kontrollerle tespit edilebildiği ve incelenen cihazların teşebbüs malvarlığına ait olmadığı iddia edilmiştir. Rekabet Kurulu yapmış olduğu değerlendirmede teşebbüs tarafından çalışanlara veri silinmemesine yönelik uyarı yapılmasının yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması bakımından bir etkisi olmadığı, üstelik dosya kayıtları incelendiğinde herhangi bir uyarı yapıldığının tespit edilemediği, teşebbüslerin silinen yazışmaların kendi kontrollerinde olmadığına yönelik iddialarının yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması kararları bakımından bir etkisi olmadığı, Sahibinden'e ilişkin mahkeme kararında somut olaydan farklılaşan hususların bulunduğu ve ilgili mahkeme kararının henüz kesinleşmediği dolayısıyla bir İYUK madde 11 başvurusuna konu edilemeyeceği tespitlerinde bulunmuştur.

Reos tarafından yapılan başvuruda ise özetle; Reos'un Sahibinden'e entegrasyon sağlamasının zorunlu olduğu, Sahibinden'in haklı gerekçe olmadan bu entegrasyonu sağlamaktan kaçınmasının Reos'un pazardan dışlanmasına ve faaliyetlerinin zorlaştırılmasına sebep olduğu, Sahibinden'in ayrımcılık, yıkıcı fiyat ve bağlama teşkil eden davranışlarının mevcut olduğu, Reos'un faaliyetlerine devam edebilmesi için geçici tedbir kararı verilmesi gerektiği, Reos'un Sahibinden hakkında yapmış olduğu başvurusunun Kurul tarafından yanlış değerlendirilerek soruşturma açılmadığı iddia edilmiştir. Rekabet Kurulu yapmış olduğu değerlendirmede; Reos'un başvurusunun reddedilmesinin herhangi bir hukuka aykırılık teşkil etmediğini ayrıca Sahibinden hakkında Rekabet Kurulu'nun re'sen bir soruşturma açtığını dolayısıyla İYUK 11 kapsamında yapılan bir başvurusunun amaçsız kaldığını tespit etmiştir. Rekabet Kurulu yapmış olduğu tespitler

38 Rekabet Kurulu, 22-57/895-368, 29.12.2022 ve 23-10/147-44, 23.02.2023

çerçevesinde her iki başvuru bakımından yapılan başvuruların yeni bir hukuki durum ortaya çıkarmadığını değerlendirmiş ve söz konusu idari işlemlerin kaldırılmasına, geri alınmasına, değiştirilmesine veya yeni bir işlem yapılmasına yer olmadığına karar vermiştir.



GAMING INDUSTRIES

1.1. Introduction

Digital gaming, with a history of nearly 50 years, is a high-volume industry that contributes significantly to national economies. As the use of personal computers, game consoles and smartphones has become widespread, digital games (or video games) that utilize these devices have also made significant progress in parallel. Although digital games are considered as a software industry, it is in relation with many other industries such as hardware, online platform providers, game developers, publishers, interactive media tools and information communication technologies with physical components such as game hardware and technical infrastructure, and directly and indirectly affects many different sectors¹. As a result of being integrated with technology, the sector is in continuous change and development with its structure based on high innovation and creativity.

An analysis of the consumers of the video game market shows that as of the beginning of 2023, 81.9% of internet users aged between 16-64 in the world and 92.3% in Türkiye are playing video games². On the other hand, 66.2% of internet users play games via smartphones and 37.9% of internet users play games via computers³. The devices preferred by consumers vary depending on age, gender and game preferences. The vast majority of internet users both in the world and in Türkiye play video games and the sector reaches billions of consumers.

In terms of economic growth, the entertainment and media sectors started to recover from the turmoil caused by the Covid-19 pandemic and recorded 10.6% growth in 2021, but this growth decreased to 5.4% in 2022 and these sectors entered a slowdown

1 Assoc. Prof. Dr. Ilgaz Büyükbaykal C. - Abay Cansabuncu İ: "Türkiye'de Yeni Medya Ortamı Ve Dijital Oyun Olgusu", Yeni Medya Elektronik Dergi p.1-9, January 2020 <https://dergipark.org.tr/download/article-file/904521> Last Access Date: 22.03.2024

2 Digital Transformation Office of the Presidency of Türkiye, "Video Game Industry Research Report", 2023 https://cbddo.gov.tr/SharedFolderServer/Genel/4.Ara%C5%9Fr%C4%B1rma_Raporu-Video_Oyun_Endu%CC%88strisi.pdf Last Access Date: 22.03.2024

3 We Are Social & Hootsuite: "Global Overview Report", 2023

process. Similarly, the growth rate is projected to decelerate gradually in the coming years, eventually reaching an average growth rate of only 2.8% in 2027 compared to 2026. The slowdown in many of the entertainment and media sectors is attributed to the end of the surge in revenue and interest that occurred early in the pandemic⁴. However, for the video game industry, the Covid-19 pandemic had the opposite effect. As a result of the nationwide lockdowns imposed due to the COVID-19 pandemic, consumers turned to gaming platforms to spend time, thus gaming platforms gained millions of new visitors to online traffic. As a result, video game trends, players and revenues have seen a huge increase. On the other hand, the growth of the gaming industry has been significantly accelerated by technological developments in the gaming industry, the development of games and the improvement of the overall gaming experience of users⁵. Accordingly, the gaming industry continued to grow rapidly, reaching a global trade volume of 246 billion USD in 2023 and is expected to reach a volume of approximately 680 billion USD by 2030⁶.

1.2. Market Structure

Digital gaming industry has two main components in terms of scope which are human resources and hardware related activities. While human resources work on functions such as design, programming, art and sound for the development of games, hardware operations develop the platforms (computer technologies, game consoles and their by-products) on which the games will run. On the other hand, apart from virtual reality hardware, video game platforms can be divided into three main segments: (i) personal computers, (ii) game consoles and (iii) mobile gaming devices. These three platforms have different dynamics and market structures in terms of user base, development costs and marketing opportunities⁷.

In terms of the value chain, the development, marketing, production and retailing of a video game is carried out by (i) hardware manufacturers, (ii) developers, (iii) publishers, (iv) distributors, (v) retailers/dealers and (vi) game localizers operating up to the distribution stage of this chain⁸.

A game is designed by developers who are responsible for all aspects that are integral to game development, such as software and overall design. Once the game is completed, it is published by a publisher. These publishers usually fund the development process and invest in the marketing of the game. However, it is also possible for developers to independently promote their games⁹.

4 PWC: "Perspectives from the Global Entertainment & Media Outlook 2023-2027" <https://www.pwc.com/gx/en/industries/tmt/media/outlook/insights-and-perspectives.html> Last Access Date: 22.03.2024

5 Mordor Intelligence: "Gaming Industry Size & Share Analysis - Growth Trends & Forecasts (2024 - 2029)" <https://www.mordorintelligence.com/industry-reports/global-gaming-market> Last Access Date: 22.03.2024

6 Vantage Market Research: "Gaming Market-Global Industry Assessment & Forecast" <https://www.vantagemarketresearch.com/industry-report/gaming-market-2320> Last Access Date: 22.03.2024

7 Ankara Development Agency, "Digital Gaming Industry Report" <https://kutuphane.ankaraka.org.tr/upload/dokumandosya/dijital-oyun-sektoru-raporu.pdf> Last Access Date: 22.03.2024

8 TCA decision dated 07.02.2019 and numbered 19-06/47-16

9 Hieselaar T., Braeken B., Versteeg J.: "The Game is On: Increased Competition Law Scrutiny and Enforcement in Gaming Indus-

Distributors are responsible for delivering physical copies to retailers. The distribution network in the industry is divided into two, namely traditional retail (physical copy or digital copy) and subscription-based online sales model. Traditional retailing refers to the classic distribution channel where games are offered for sale in boxed form. On the other hand, the online sales model is the sale of games in a virtual environment. With the growth of digital sales channels due to their cost advantages and easy accessibility for consumers, the activities of traditional retail distributors are gradually decreasing¹⁰. Finally, game localizers ensure that the jargons, scenarios and other elements of the original production of the game are fully adapted to the language and culture of the target country.

In general terms, the gaming industry is characterized by a concentrated market structure controlled by a small number of players, notably Sony, Microsoft, Apple and Google¹¹. In particular, the existence of vertically integrated undertakings in the industry, from game development and publishing to distribution, raises a number of structural competitive concerns. For instance, Microsoft operates as a developer (Obsidian Entertainment), a publisher (Xbox Game Studios) and a distributor (Microsoft Store) and has its own PC operating system (Windows). Microsoft also has its own gaming console (Xbox). Another example of a vertically integrated company is that of PlayStation manufacturer Sony, which owns multiple game developers (such as Insomniac Games) and publishes its games through Sony Interactive Entertainment¹². Therefore, the main competition law practices in the video game industry appears to be the examination of mergers and acquisitions and abusive conducts of vertically integrated giant companies, as will be examined in more detail in the upcoming sections.

1.3. Market Definition

Although digital gaming markets cover PC, game console and mobile games, the three markets differ from each other in both demand substitution and supply side substitution and are not considered as interchangeable. In its TakeTwo/Zynga decision¹³, the Turkish Competition Authority (“TCA”) analyzed the relationship between these markets and concluded that there is no demand substitution between these three platforms due to the following reasons:

- » Since PC games can only be accessed with standard computers and/or gaming PCs that can meet the technical requirements of these games, console games can only be accessed with portable or fixed gaming consoles, and mobile games can only be accessed with mobile devices such

try” <https://bureaubrandeis.com/the-game-is-on-increased-competition-law-scrutiny-and-enforcement-in-gaming-industry/?lang=en>
Last Access Date: 22.03.2024

10 TCA decision dated 07.02.2019 and numbered 19-06/47-16

11 Mordor Intelligence: “Gaming Industry Size & Share Analysis - Growth Trends & Forecasts (2024 - 2029)” <https://www.mordorintelligence.com/industry-reports/global-gaming-market> Last Access Date: 22.03.2024

12 Hieselaar, Braeken (n 9)

13 TCA decision dated 24.03.2022 and numbered 22-14/215-92

as smartphones/tablets, there are different requirements for access to each gaming platform,

- » The differentiation of the source of revenue that each platform generates for the service they offer (PC and console games' primary source of revenue is product sales, while mobile games generally generate revenue through free and in-game purchases and advertisements) and
- » Differentiation of each platform in terms of graphics and similar technical features.

In terms of supply substitution, it is assessed that there is no substitution relationship between the three platforms for the following reasons:

- › Game development costs, marketing and advertising activities differ for each game platform,
- › The development of PC and console games requires a very high investment in terms of funds, time and resources,
- › Whereas mobile games have lower entry costs and require lower investment.

In the same decision, in the discussion mobile games that can also be played from browsers on computer or game consoles should be evaluated under which market, TCA concluded that these mobile games, which can be accessed from different platforms, should be evaluated under the mobile games market rather than computer or console games since; (i) browser games require only a browser regardless of the technical features of computer or game consoles, (ii) they require a lower cost and investment compared to computer or console games, and (iii) they are games that can be played by people of all ages and are easily accessible.

In line with the TCA, the European Commission considers that the market for the development and publishing of PC and console games has diverged from the market for the development and publishing of mobile games. The European Commission is not yet clear on whether this market should be segmented into separate consoles (such as PlayStation (Sony), Xbox (Microsoft) and Switch (Nintendo)) due to potential single-homing, which means that the user only uses one console¹⁴.

In its Sony decision¹⁵, the TCA also analyzed whether console games and PC games/hardware can be considered as substitutes for each other. In this decision, the TCA underlined that, unlike PCs and mobile devices, game consoles differ from other gaming hardware since they are manufactured for the sole

¹⁴ Hieselaar, Braeken (n 9)

¹⁵ TCA decision dated 07.02.2019 and numbered 19-06/47-16

purpose of playing games and target consumers who only want to play games. Accordingly, TCA emphasized that it cannot be said that there is supply substitution between PCs and game consoles due to the different fixed costs, investments and technological know-how required for a company producing game consoles, which are electronic devices specially designed for playing video games, to switch to PC production or vice versa.

In terms of demand substitution, TCA determined that there is no substitution relationship between console games and PC games within the framework of the issues listed in the table below:

Table – 1: Factors Eliminating Demand Side Substitution between PC and Gaming Consoles¹⁶

PC	Gaming Console
It is intended to meet a wide range of consumer needs, including gaming.	They are designed solely to meet the gaming needs of consumers.
Due to their diverse nature, the technical performance and features required to play games are relatively weak.	They are designed with a complete focus on the gaming experience, resulting in better performance with high optimization.
Hardware upgrades are required to play the latest games. Therefore, it has a relatively short lifespan for high gaming performance.	Unlike PCs, they provide a high gaming experience without the need for long-term and additional hardware expenditures.
Technical requirements and details, especially updates, can reduce the attractiveness in the eyes of the consumer.	More attractive to consumers as automatic updates are available after the purchase of the console and game without additional effort.

In addition to the above, there are also significant price differences between PCs and gaming consoles. In this context, a consumer looking for a gaming device is unlikely to switch due to small price increases and these two markets are not considered as substitutes.

1.4. Legal Controversies

If the legal areas of the video game industry where discussions are concentrated other than competition law are examined, main legal agendas can be listed as the; (i) protection of intellectual property, industrial design and patent rights, (ii) brand protections for gaming elements, (iii) licensing agreements, (iv) copyrights, (v) privacy, age ratings and consumer protection regulations, and (vi) illegal gambling concerns arising from loot boxes (a lucky box in video games that the player wins or can buy in practice)¹⁷.

¹⁶ *ibid*

¹⁷ Roopali S.: “Legal Challenges in the Gaming Industry”, 2023

Copyright protection protects the different components of the story, characters, music and software of video games. Trademark protection protects the names, logos, symbols and characters associated with video games. On the other hand, patent laws protect the rights to trademarks on game consoles, joysticks and other technical devices used in games. Industrial design protection laws provide protection to undertakings for the visual aspects of video games, such as graphic characters, game covers and graphical interfaces. Along with these, personal data protection, privacy provisions and age ratings are the main areas of regulation aimed at consumer protection. Finally, there have been many claims that in-game “loot boxes” are illegal, as gambling is generally defined in law as an activity that risks something of value in exchange for something of value based on a chance outcome¹⁸. In these law fields, legal challenges arise in terms of compliance and possible violations of the legal protections provided to both undertakings and consumers.

1.5. Main Competition Concerns

The growth and developments in the video game industry have led to an increase in competition concerns and the scope of authorities’ scrutiny and interventions over the past years. In this context, the main competition law concerns in the industry focus on mergers and acquisitions that may limit competition and abuse of dominant position, especially (i) the current concentrated (and continuing to concentrate) market structure, (ii) accessibility of content (input foreclosures), (iii) possible excessive pricing and exploitative behavior as a result of the consolidated structure, (iv) access to licenses, (v) discriminatory behavior, and (vi) network effects due to popularity. Each of these concerns is addressed separately below:

a. Concentrated Market Structure

It is observed that the video game industry has a concentrated structure controlled by a small number of players, mainly Sony, Microsoft, Google and Apple¹⁹. Indeed, the UK competition authority CMA determined that the market for the distribution of native applications (and therefore games) on mobile devices is concentrated among a small number of firms through its market studies on cloud gaming and mobile browsers. Additionally, the CMA has expressed concern that Apple has effectively blocked cloud gaming offerings from appearing as native apps in the App Store of iOS devices²⁰. Google, on the other hand, has market power in terms of Android devices through its “Google Play Store”.

¹⁸ Smizer E., Council S.: “Loot Box Litigation Lessons For Game Developers” <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b329d767-56e6-4c9a-8897-e5d-3f32a81ff--:text=A%20common%20thread%20among%20nearly%20a%20thing%20of%20value> Last Access Date: 22.03.2024

¹⁹ Mordor Intelligence: “Gaming Industry Size & Share Analysis - Growth Trends & Forecasts (2024 - 2029)” <https://www.mordorintelligence.com/industry-reports/global-gaming-market> Last Access Date: 22.03.2024

²⁰ Gerasimidis K., Kaltenbrunner L.: “Fight for Fair Play: Antitrust Battles in the Gaming Industry”, 2023 <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=16fe78aa-32ed-408e-9b34-345ae2ed2030> Last Access Date: 22.03.2024

In terms of PC platforms and hardware, it can be said that a concentrated market has also emerged in terms of online game purchasing platforms (Valve - Steam), hardware such as graphics cards (Nvidia), operating systems (Windows) and games (Electronic Arts in terms of sports games).

Console gaming platforms are dominated by Sony (PlayStation) and Microsoft (Xbox). In addition, Sony and Microsoft tend to increase their power in the market through acquisitions. Indeed, Microsoft's acquisition of Activision Blizzard and Sony's acquisition of Bungie Studios, a well-known developer, give strong indications that these two giant undertakings will maintain and increase their power in the market for a while longer²¹.

In addition to the current concentrated market structure, acquisitions allow companies to rapidly expand their game portfolios and customer bases without having to invest in internal game development. In 2022 alone, there were nearly 1.000 M&A deals in the global gaming industry with a total value of at least \$123 billion. At this point, it is noteworthy that since 2010, there has been a 200% increase in transactions reported to the European Commission related to the publishing of computer games²².

b. Accessibility of Content

Another competitive concern is whether the acquirer is likely to restrict competitors' access to the target company's games after the transaction, in other words, whether input foreclosure will arise as an outcome of vertically integrated structures with the transactions between console manufacturers and game content providers. For instance, in the Microsoft/Activision Blizzard acquisition, the main competitive concern was Microsoft's ability and potential economic incentive to prevent competitors such as Sony and Nintendo from accessing Activision Blizzard's content in console video games. Microsoft's past practice of offering ZeniMax's games exclusively on Xbox is another case in point²³.

c. Excessive Pricing and Exploitative Practices

It is possible to say that video game prices have been increasing over the years, consumer complaints have arisen in this direction and consumer demand has decreased due to these price increases²⁴. However, considering the high development and investment costs of game developers and the price sensitivity of consumers, it would be difficult to consider video game prices as excessive pricing behavior in the context of competition laws. Therefore, although consumer

21 Schwarz D., Shahid F.: "Gaming Under the Competition Spotlight", 2022 <https://www.cliffordchance.com/insights/resources/blogs/antitrust-fdi-insights/2022/11/Gaming-Under-The-Competition-Spotlight.html> Last Access Date: 22.03.2024

22 <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=16fe78aa-32ed-408e-9b34-345ae2ed2030>

23 Gerasimidis, Kaltenbrunner (n 20)

24 *ibid*

complaints are concentrated on video game prices, in fact, the alleged excessive pricing that the authorities investigate arises in other areas of the sector rather than video game prices.

In this context, the high commission rates and fees that might be charged by platforms (App Store, Google Play Store, etc.) that mediate game sales in the sector have raised concerns of excessive pricing and competition authorities have scrutinized the commissions/fees charged by these platforms. For example, the fees charged by Apple in its stores (App Store and Playstation Store) in both the mobile applications and console games markets have led to complaints and have been the subject of investigations by competition authorities. Similarly, similar complaints have been filed and investigated against Google in relation to the Google Play Store.

On the other hand, in addition to excessive pricing, potential concerns include exploitative practices by not meeting consumer demands and reducing investments and innovations. The near-monopoly power of popular video games in the sector in many categories may result in the dominant undertaking continuing to earn high profits while failing to respond to consumer needs. It can be said that this trend exists in many relevant video game markets, including most preferred sports games such as basketball and football²⁵.

d. Access to Licenses

The video game industry involves fierce competition to secure licenses, many of which are exclusive. Securing licenses to use widely recognized characters, franchises, teams or universes gives developers a significant competitive advantage over their competitors by enabling them to make games that appeal to both existing and potential players. Competition for licenses may therefore result in the exit of the losing undertakings from the market and reduced competition. For example, the Pro Evolution Soccer series exited the market in the face of EA FIFA, which became stronger with the support of the licensing rights it obtained for teams, players and tournaments, and EA Games had an overwhelming dominance in the football video games sector²⁶.

e. Discriminatory Behavior

The market power of undertakings operating in the sector and the existence of vertically integrated undertakings raises potential competition law concerns regarding discriminatory behavior. The fact that an undertaking may own both game development, hardware and stores may raise potential discriminatory behavior of undertakings operating in the upstream market in terms of

25 Shukla S.: "Ensuring Fair Play: A Call for Competition Oversight in the Gaming Industry", 2023 <https://www.ircl.in/post/ensuring-fair-play-a-call-for-competition-oversight-in-the-gaming-industry> Last Access Date: 22.03.2024

26 *ibid*

the fees and opportunities they may offer to downstream undertakings and disruption of competitive functioning in related markets.

1.6. Competition Law Practices

Competition law enforcement in the video game industry focuses on the control of mergers and acquisitions and the abuse of market power prohibition due to the nature of the industry, and has been the subject of important and guiding decisions of competition authorities in recent years. In particular, the Microsoft/Activision Blizzard acquisition emerged as the most important development and discussion area of competition law in the sector in 2023. Besides the control of mergers and acquisitions, the potential abusive practices of Valve (Steam), Apple and Sony operating in the sector have been on the spotlight of the authorities. Lastly, the UK competition authority CMA has launched a market study on the distribution of cloud gaming services through app stores on mobile devices, alongside the supply of mobile browsers and browser engines in 2022. These decisions and developments in a few years give a strong indication that competition enforcement in the sector will increase. In this context, important decisions and developments in the sector in recent years are analyzed individually in the following sections.

» **Activision Blizzard/King Decision of the European Commission (2016)**²⁷

European Commission examined in 2016 the acquisition of sole control of King, a mobile game developer, by Activision Blizzard, a game developer and publisher. In the decision, the Commission stated that the market for game software publishing can be segmented according to different platforms, such as (i) PC games; (ii) console games; and (iii) mobile games. On the other hand, the Commission considered that there is no reason to further segment the mobile games market (i.e. casual, mid-level, hardcore, etc.) on the grounds that undertakings generally develop games for all major operating systems and that there is no meaningful difference between games played using different operating systems.

In terms of horizontal and vertical overlap, (i) general market for the publishing of game software, (ii) the market for the publishing of mobile games, and (iii) narrower potential markets for the publishing of mobile games according to different operating systems (i.e. Google Android, Apple iOS, etc.), the Commission considered that there is horizontal overlap between the parties. As a result of its investigation of these markets, the Commission assessed that there would be a fair number of mobile game publishers that could compete with the merged undertaking after the transaction, that entry to the market is relatively easy, that significant investments are not required for the distribution of games, and that

²⁷ European Commission decision, 12.02.2016, M.7866 https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7866_221_3.pdf

a notable number of mobile games will continue to be available in the market, thus the Commission concluded that the transaction would not raise competitive concerns in the game software publishing market and in potential narrower markets and cleared the transaction.

» **UK Competition Authority's Sector Reviews (2019-2022)**²⁸

Competition & Markets Authority (CMA), the UK competition authority, launched an sector investigation into the automatic renewal of gaming subscription contracts as part of its consumer protection activities in 2019. In the outcome of this investigation, Sony, Nintendo and Microsoft all agreed to revise their automatic subscription renewal practices in 2022. In this context, Sony committed to contact customers to remind them how to stop paying their subscriptions when they have not used them for an extended period of time, and Nintendo committed to remove automatic subscription renewal as a default option²⁹.

On the other hand, in November 2022, CMA announced the launch of a market inquiry into cloud gaming and mobile browsers. Following the sector inquiry into mobile ecosystems, which established that Apple and Google have duopoly market power over operating systems, app stores and web browsers on mobile devices, CMA launched a separate sector inquiry into how Google and Apple may have limited market dominance and competition. Considering Apple and Google's arguments that the restrictions are essential to protect users, CMA examines whether there is a need for a new set of rules for the market.

During this period, Apple argued that the CMA's decision on the sector inquiry was outside the six-month time limit from the original notification and took the matter to the Competition Appeal Tribunal (CAT), which found Apple's arguments to be justified, concluded that the authority had acted in excess of its authority and suspended the inquiry in March 2023. However, the CAT's decision was appealed by CMA and the UK Court of Appeal ruled that the CMA's decision to conduct a sector inquiry into the mobile browsers and cloud gaming market was legitimate. Accordingly, the CMA's sector inquiry was re-initiated in January 2024 and is currently ongoing.

» **European Commission's Microsoft/ZeniMax Acquisition Decision (2021)**³⁰

European Commission has investigated and cleared the acquisition of ZeniMax by Microsoft in 2021. ZeniMax is a company that develops and publishes games for computers, game consoles and mobile devices, while Microsoft is a

28 For the press release of the sector review: <https://www.gov.uk/cma-cases/mobile-browsers-and-cloud-gaming>

29 For the press release on Nintendo and Sony's commitments: <https://www.gov.uk/government/news/cma-welcomes-sony-and-nintendo-s-gaming-subscription-improvements>

30 European Commission decision, 05.03.2021, M.10001 <https://competition-cases.ec.europa.eu/cases/M.10001>

global technology giant that develops, publishes and distributes games in all three markets.

The Commission investigated whether Microsoft could restrict competitors' access to ZeniMax games, in other words, Microsoft's possible input foreclosure practices. On the other hand, the Commission concluded that the proposed acquisition would not raise competition concerns, considering the limited market share of the combined company and the existence of strong competitors in the distribution of video games. The fact that ZeniMax games were not among the top 15 best-selling games in Europe during the period of the transaction was one of the grounds for the Commission's clearance decision.

» **European Commission's Violation Decision Against Valve and Five Other Publishers (2021)**³¹

The European Commission has fined Valve, the owner of the online PC video gaming platform "Steam" and the five publishers Bandai Namco, Capcom, Focus Home, Koch Media and ZeniMax for € 7.8 million for breaching EU anti-trust rules. The Commission found that the undertakings restricted cross-border sales of certain PC video games based on the geographical location of users within the EEA (European Economic Area), entering "geo-blocking" practices. Valve provides to publishers "Steam activation keys" for user authentication/activation and offers to the publishers a territory control function, which enables the setting up of geographical restrictions upon activation. The combination of Steam activation keys with the territory control function enables the "geo-blocking" of PC video games based on the location of the user. Some users located outside a designated Member State were prevented from activating a given PC video game with Steam activation keys.

According to the Commission, Valve and the publishers were engaged in the following geo-blocking practices:

- Bilateral agreements between Valve and publishers implemented by means of geo-blocked Steam activation keys which prevented the activation of certain of these publishers' PC video games outside Czechia, Poland, Hungary, Romania, Slovakia, Estonia, Latvia and Lithuania, in response to unsolicited consumer requests (so-called "passive sales").
- Geo-blocking practices in the form of licensing and distribution agreements concluded bilaterally between some PC video game publishers and some of their respective PC video games distributors in the EEA (other than Valve), containing clauses which restricted cross-border (passive) sales of the affected PC video games within the EEA, includ-

31 For the press release of the decision: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_170

ing the above-mentioned Central and Eastern European countries.

Thus, the undertakings prevented consumers from activating and playing PC video games sold by the publishers' distributors. Therefore, the Commission has concluded that European consumers could not benefit from the EU's Digital Single Market. Publishers who have cooperated with the Commission have benefited from a reduction in their fines of over € 6 million. Valve chose not to cooperate with the Commission and was fined over € 1.6 million.

Valve's objections that the Commission failed to consider that activation codes enable publishers to protect intellectual property rights licensed on a country-by-country basis were rejected by the EU General Court on the grounds that the purpose of geo-blocking is to restrict competition, not to protect intellectual property rights, and the Commission's decision was upheld.

» **Epic Games' Lawsuits Against Apple and Google (2021-2024)**

One of the hot developments of 2024 was the Supreme Court's ruling on the lawsuit filed by Epic Games, the owner of the game Fortnite, alleging that Apple abused its dominant position.

Epic Games has bypassed Apple in Fortnite, to avoid the 30% commission cost by allowing consumers to pay directly and at a discount for in-game purchases. However, Apple and Google removed Fortnite from the App Store and Google Play stores. Thus, Epic Games filed a lawsuit claiming that Apple had abused its dominant position by requiring developers to use the App Store for sales to consumers and in-app purchases. As a result of the lawsuit, the US District Court dismissed most of the claims, but ruled that Apple's prohibition of purchases outside its system violated competition laws, paving the way for out-of-store payments for apps³².

In January 2024, the Supreme Court denied all appeals by both Apple and Epic Games. The injunction ordering Apple to allow links that bypass Apple's payment system and to cease and desist from policies that violate the injunction was upheld. However, the ruling did not allow Epic Games to return to the App Store or require Apple to allow developers to sideload or distribute applications through third-party stores. This decision was widely interpreted as a victory for Apple, both because Apple was able to enforce its payment system throughout the proceedings and because Epic Games was not ordered to return to the App Store.

In addition to Apple's practices, Epic Games has also filed a lawsuit against Google for preventing it from setting up its own store and payment processing for the sale of its Android apps. In this case, unlike Apple, Google was found to

32 *United States District Court for the Northern District of California, Epic Games, Inc. v. Apple Inc., 10.09.2021*

have abused its dominant position in the “Android app distribution market” and “Android in-app billing services market”, and that its Developer Distribution Agreements with app developers and Mobile App Distribution Agreements and Revenue Sharing Agreements with mobile device manufacturers were unreasonable restraints of trade in violation of US competition laws. In addition, Google’s practice of tying Play Store usage to Google Play’s billing was also found to be in violation of competition law.

Therefore, Epic Games, which did not get exactly the result it wanted in the Apple case, had its claims accepted in its lawsuit against Google, resulting in Epic Games’ victory.

» **TCA Decision on Take Two/Zynga Acquisition (2022)**³³

TCA examined the acquisition of sole control of Zynga Inc. by Take-Two Interactive Software, Inc. in early 2022 and approved the transaction. In the decision, it was assessed that although the digital gaming markets include PC, game console and mobile games, these three markets differ from each other in terms of both demand substitution and supply substitution, and therefore each of them constitutes a separate market. It was concluded that some mobile games offered by Zynga, which can also be played from browsers on computers and game consoles, should be considered as mobile games rather than PC or console games.

The Authority determined that Take Two operates in the “computer games”, “console games” and “mobile games” markets, whereas ZYNGA operates only in the “mobile games” market; therefore, there is horizontal overlap between the parties in the mobile games market. Since the transaction parties do not operate in any vertically related market, there is no vertical overlap.

As a result of the assessment of the possible anti-competitive effects in the mobile games market, the Authority concluded that there would not be any concentration that may adversely affect competition on the grounds that the market shares of the parties to the transaction in the relevant market were relatively low, there were many competing undertakings operating in the market, the Herfindahl Hirschman Indices (HHI) calculated after the transaction were well below 1.000 and the changes in the index were very low, and cleared the transaction.

» **Class action Lawsuit Against Apple in UK (2023)**³⁴

In September 2022, a class action was brought in the UK Competition Appeal Tri-

33 TCA decision dated 24.03.2022 and numbered 22-14/215-92

34 UK Competition Appeal Tribunal decision, 21.11.2023, 1527/7/7/22 <https://www.catribunal.org.uk/sites/cat/files/2023-11/15277722%20Alex%20Neill%20Class%20Representative%20Limited%20v%20Sony%20Interactive%20Entertainment%20Europe%20Limited%3B%20Sony%20Interactive%20Entertainment%20Network%20Europe%20Limited%3B%20and%20Sony%20Interactive%20Entertainment%20UK%20Limited%20-%20Jud.pdf>

bunal (CAT) alleging that Sony abused its dominant position by imposing unfair terms and conditions on game developers and publishers, resulting in excessive and unfair prices for end consumers for every digital purchase of games or in-game content from the PlayStation Store. The following allegations are made in the case:

- Sony did not authorize the use of other third-party operating systems or applications to play games on PlayStations,
- Digital games and add-on content for use on PlayStations can only be purchased through the PlayStation Store; and
- Sony charged developers a 30% commission on the price paid by consumers for all game and add-on content purchases made through the PlayStation Store, which was excessive.

The CAT rejected Sony's request to dismiss the case on the grounds that Sony failed to prove that the allegations were not well-founded and decided that the case would continue, but the case has not yet concluded.

» **French Competition Authority's Investigation Against Sony (2023)**³⁵

French competition authority, Autorité de la Concurrence imposed administrative fine to Sony for abusing its dominant position in the market for the supply of video game controllers for PS4 for more than four years in December 2023.

PS4 is Sony's 8th generation console and on sale since 2019, it comes with a PS4 controller called a DualShock 4, designed by Sony. This same controller is also sold separately, as video game controllers are the best-selling console accessory. The Autorité found that Sony had abused its dominant position by implementing two practices simultaneously such as:

Technical countermeasures: Autorite determined that Sony implemented to combat counterfeiting, which affected the proper functioning of third-party video game controllers (produced by manufacturers other than Sony and without an official Sony licence), regularly leading to them being disconnected during console operating system updates.

Non-transparent licensing policy: Autorite also determined that Sony non-transparent licensing policy, which in several cases prevented rival companies that wanted to market PS4- compatible controllers from joining the OLP partnership programme, which is the only way for third parties to obtain an official licence and unique identification numbers. The Autorité found that by refusing to communicate the OLP access criteria to

³⁵ For the press release of the decision: <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/article/autorite-de-la-concurrence-fines-sony-eu135-million-abusing-its-dominant-position-ps4-video>

manufacturers who requested them, Sony applied the criteria in a discretionary manner, even though access to the programme was the only way to avoid disconnections.

The Autorité considered that the combination of these two practices significantly damaged the brand image of the third-party manufacturers affected, regarding both players and distributors, slowing down their expansion in the market and leading to their possible foreclosure. As a result, an administrative fine of 13.5 million Euros was imposed on Sony.

» **U.S. Department of Justice Settlement Request Against Activision Blizzard (2023)**³⁶

The U.S. Department of Justice (DOJ) filed an antitrust lawsuit against Activision Blizzard Inc. for imposing rules that limited competition for players in Overwatch and Call of Duty professional esports leagues and suppressed the wages of esports players in these leagues in violation of the Sherman Act. It is mentioned by the DOJ that professional esports players -like all workers- deserve the benefits of wages for their services and Activision's conduct prevented that from happening. Additionally emphasized, today's lawsuit makes clear that the Antitrust Division remains committed to protecting workers across all types of industries from anticompetitive conduct. As alleged in the complaint, filed in the U.S. District Court for the District of Columbia, in two esports leagues owned by Activision, Activision and the independently-owned teams in each league implemented a so-called "Competitive Balance Tax" and the tax was structured to penalize teams in the Overwatch and Call of Duty Leagues, respectively, if a team's player wages exceeded a threshold set by Activision. At the same time, the Antitrust Division filed a proposed consent decree to address its competition concerns. If approved by the Court, the proposed consent decree would prohibit Activision from imposing any rule that would, directly or indirectly, limit player wages in any of Activision's professional esports leagues, or that would tax, fine, or otherwise penalize any team for exceeding a certain amount of wages for its players.

» **Investigations into Microsoft's Acquisition of Activision Blizzard (2023)**

European Commission's Decision³⁷:

The European Commission had announced that it is conducting an in-depth investigation into the acquisition of Activision Blizzard by Microsoft due to

³⁶ For the US Department of Justice press release: <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-files-lawsuit-and-proposed-consent-decree-prohibit-activision-blizzard>

³⁷ European Commission decision, 15.05.2023, M.10646 https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/202330/M_10646_9311516_7443_3.pdf

competition concerns in the markets for the distribution of video games for consoles and PCs and PC operating systems. Following its initial review, the Commission found that the transaction could significantly lessen competition in the markets for the distribution of video games for consoles and PCs, including multi-game subscription services and/or cloud game streaming services, and PC operating systems, and that it was also concerned about possible restrictions on other platforms' access to Activision Blizzard's console and PC games. These competition concerns in the Commission's in-depth investigation decision were based on the following considerations:

- With its acquisition of Activision, Microsoft would have the ability, as well as the economic incentive, to engage in market-foreclosure strategies against distributors of console video games that compete with Microsoft, such as by preventing competitors from making Activision's video games available to consumers on their consoles or by disadvantaging the terms and conditions of their access to or use of those video games,
- In the market for multi-game subscription services and/or cloud game streaming services, Microsoft's acquisition of Activision may block access to PC and console games, making it more difficult for competing console and PC video game distributors offering such services to operate.

In short, the Commission had announced that it was taking the acquisition under in-depth investigation due to concerns that Microsoft could combine Activision's games with Microsoft-owned Windows cloud game streaming services to reduce the ability of rival computer operating system providers to compete with Windows, and that such potential strategies could harm competition in those markets.

Following its in-depth investigation, the European Commission approved Microsoft's application to acquire Activision Blizzard, which develops and publishes games for PCs, consoles and mobile devices, subject to compliance with the commitments made by Microsoft. The Commission's in-depth market investigation indicated that Microsoft could not harm competing consoles and competing multi-game subscription services, while on the other hand, Microsoft could harm competition in game distribution through cloud game streaming services and strengthen its position in the PC operating systems market. Thus, Commission concluded that Microsoft's acquisition of Activision Blizzard may harm competition in the relevant markets.

To address these concerns, Microsoft has made comprehensive licensing commitments to consumers and cloud game streaming service providers in the European Economic Area, including a free license to stream all current and future Activision Blizzard PC and console games. In this context, Microsoft has committed to provide free licenses for Activision Blizzard games to consumers and cloud service providers for a period of 10 years. Thus, Activision Bliz-

zard games, which were not available on any cloud gaming service prior to the transaction, could be accessed through cloud gaming services in the same way as consumers who download and play the relevant games, and accordingly, both consumers would be able to play Activision Blizzard games on the cloud and cloud gaming services would develop with Activision Blizzard games.

The Commission found that these commitments fully addressed the competition concerns identified and that the licensing commitments represented a development that would promote competition in the emerging and rapidly growing market for cloud game streaming services, and finally cleared the acquisition of Activision Blizzard by Microsoft on condition of full compliance with the commitments.

CMA's Decision³⁸:

CMA, reviewed the acquisition in a similar manner to the European Commission, citing its concerns that competition in gaming consoles, multi-game subscription services and game broadcasting may be significantly diminished, and has cleared the transaction as a result of the phase 2 investigation.

CMA noted that Microsoft, together with Sony and Nintendo, is one of the three major undertakings that have led the gaming consoles market for the last 20 years and that entry to the market has been very limited. Moreover, as Activision Blizzard owns some of the world's best-selling and most recognizable game franchises, such as Call of Duty and World of Warcraft, CMA expressed its concerns that Microsoft's acquisition of Activision Blizzard could harm competition by denying competitors, including new entrants to the gaming industry, access to Activision games or providing access on much worse terms.

CMA also emphasized the potential impact of combining Activision Blizzard with Microsoft's wider ecosystem. In this regard, the CMA emphasized that Microsoft already has a leading gaming console (Xbox), a leading cloud platform (Azure) and a leading PC operating system (Windows OS), all of which could be important for success in cloud gaming. CMA also expressed concerns that Microsoft could harm competition in the emerging market for cloud gaming services by leveraging Activision's games and Microsoft's strength in console, cloud and PC operating systems.

To address CMA's competitive concerns, similar to its commitments to the European Commission, Microsoft committed that it would grant a royalty-free, 10-year license to make all Activision Blizzard games available on competing cloud gaming platforms and on cloud gaming platforms for games purchased from different retailers, but this commitment was deemed insufficient by the CMA and the transaction was not approved.

³⁸ For the press release of the decision: <https://www.gov.uk/government/news/microsoft-concession-a-gamechanger-that-will-promote-competition>

In response, Microsoft proposed that Activision's cloud gaming rights would be acquired by Ubisoft instead of Microsoft, and CMA announced in October 2023 that it had approved Microsoft's acquisition of Activision Blizzard without cloud gaming rights. CMA stated that this new approved deal would mean the transfer of cloud publishing rights (outside the EEA) to all PC and console content produced by Activision over the next 15 years to a strong, independent competitor with the ability to offer new ways to access that content.

CMA stated that the transfer of cloud gaming rights to Ubisoft would prevent the restriction of competition in the cloud gaming market and maintain competitive prices and services for cloud gaming customers in the UK, allow Ubisoft to offer Activision's content under any business model, including multi-game subscription services, and finally enable cloud gaming providers to use non-Windows operating systems for Activision content, thereby reducing costs and increasing efficiency.

Turkish Competition Authority's Decision³⁹:

TCA approved the acquisition of sole control of Activision Blizzard Inc. by Microsoft Corporation in line with the decisions of CMA and the European Commission. TCA determined that Microsoft's main areas of activity are productivity, business process solutions, smart cloud technologies and personal computing and that Microsoft offers Xbox game consoles and Surface series personal computers to consumers in the gaming sector, which is important for the case. Furthermore, TCA stated that Microsoft develops, publishes and distributes games for computers, game consoles and mobile devices through its collection of 24 first-party game developers called Xbox Game Studios, as well as publishes and distributes games developed by second and third party game developers. On the other hand, Activision Blizzard is primarily engaged in the development, publishing and distribution of games. Activision Blizzard focuses on computer and console games and provides software licenses to distribution companies in addition to full game sales, in-game sales and subscriptions.

In its decision, the TCA included the decisions of competition authorities around the world regarding the acquisition subject to the application, and then included the opinions of third parties. Taking these decisions and opinions into consideration, the relevant product markets were identified under the headings of (i) game development and publishing, (ii) game distribution, (iii) game playing tools (hardware gaming and cloud gaming), (iv) licensed product sales, (v) online display advertising and their sub-headings, but no definite definition of the relevant product market was made. The relevant geographical market was determined as Türkiye, however, considering the global nature of the gaming industry and the lack of significant variations between

³⁹ TCA decision dated 13.07.2023 and numbered 23-31/592-202.

countries, it was stated that global markets were also taken into consideration.

As a result of the concentration analysis, the TCA found that the parties overlap horizontally in the “Game Development and Publishing”, “Game Distribution”, “Licensed Product Sales” and “Online Display Advertising” markets and vertically in the “Console Hardware and Cloud Gaming” and “Game Distribution” markets. In this context, the TCA made the following assessments separately for each affected market listed above. The markets with horizontal overlap were evaluated as follows:

a. Assessment of the Game Development and Publishing Market

Regarding the game development market, which refers to the design, programming and testing of a game, and the game publishing market, which refers to the licensing, marketing and distribution of a game, the TCA assessed that the total market shares of the parties were such that there were no post-transaction anti-competitive concerns and that there were many competitors as sufficient countervailing forces.

b. Assessment of the Game Distribution Market

TCA took the digital game distribution market as a basis since the parties do not operate in the physical distribution channel, and found that there is horizontal overlap since both Microsoft and Activision operate in the game distribution market, and that the parties compete with many other digital storefronts operated by game publisher and developer undertakings such as Tencent and Valve (Steam), and with a large number of undertakings, including other major entertainment companies.

Considering that the parties to the transaction have very limited market shares and that there are many competitors in a position to exert competitive pressure, TCA concluded that the notified transaction is not likely to result in a significant lessening of competition in the game distribution market where horizontal overlap occurs, both in terms of unilateral effects and coordination effects.

c. Assessment of the Licensed Product Sales Market

The TCA determined that Microsoft operates in the market for the sale of licensed products through its online licensed product store microsoftmerchandise.com and Activision operates in the market for the sale of licensed products through its online store gear.blizzard.com, hence horizontal overlap is in place. However, the TCA concluded that the transaction would not restrict competition in the market for the sale of licensed products, taking into consideration the existence of a large number of players in the market, the existence of established and major competitors, the parties’ total market shares remaining quite low, and the existence of many new players.

d. Assessment of the Online Display Advertising Market

The TCA found that Microsoft carries out its advertising services within the MSAN platform, MSN, Outlook, Edge and to a limited extent Xbox, whereas Activision carries out its advertising services through in-game advertising in free-to-play computer and mobile games and online display advertising in mobile games offered by King in particular, thereby there is horizontal overlap in the market. However, the TCA assessed that Microsoft focuses more on display advertising and Activision focuses on in-game display advertising in mobile games, and that the parties' offers and products differ from each other.

With respect to the above-mentioned markets where there is horizontal overlap, the TCA concluded that there is no need for a more detailed analysis to be made since the total share of the parties in the relevant market is below 20% and that there will not be any competitive concerns with respect to the aforementioned markets.

In addition to the markets with horizontal overlap, the TCA also found that there is vertical overlap in the markets for the development and publishing of games, digital distribution of console and computer games, console hardware and cloud gaming services and made the following assessments:

i. Assessment of the Console Hardware and Digital Distribution of Console Games Markets

The TCA determined that only Microsoft operates in the console hardware market, whereas Activision operates in the development, publishing and distribution of computer, console and mobile games, and therefore vertical overlap has occurred. However, considering the market shares of the parties in the console hardware market, Sony's leading position, Activision's CoD game on Xbox consoles and the importance of the cross-play feature, the TCA concluded that it would not be economically meaningful for Microsoft to close the market to its competitors through input foreclosure. In addition, the TCA considered that Microsoft's negotiations with Sony and Nintendo regarding Activision games indicate that Microsoft intends to provide Activision games to rival consoles. In this context, the TCA concluded that the merged undertaking would not have the opportunity and incentive to close the market by blocking the access of Activision games to Sony, a rival console provider, after the transaction.

Additionally, taking into account the low market share of Xbox consoles and the power of Sony as a competitor, TCA assessed that Microsoft would not be able to restrict the access of upstream competitors to downstream customers, and that there would be no incentive to restrict customers due to their limited market share and the fact that Microsoft generates revenue largely through third-party game developers' games.

ii. Assessment of the Digital Distribution of Computer Games Market

Considering the low market share of Microsoft, the existence of strong competitors such as Tencent and the large number of players in the market, the TCA concluded that the computer games owned by the combined undertaking could not be considered as an important input in the market, and therefore Microsoft had no possibility to refuse to provide computer games to rival computer game distributors. On the other hand, Microsoft lacked the market power to input foreclosure in a profitable manner. Finally, considering the fact that Microsoft negotiated with Valve, one of its competitors, for the listing of the CoD game on Steam, it was assessed that Microsoft did not have an incentive to input foreclosure.

In terms of customer foreclosure, the TCA assessed that Microsoft would not have the opportunity and incentive to customer foreclosure in the market of digital distribution of computer games in light of factors such as Microsoft's low market share, the presence of many players in the market and the existence of strong competitors.

iii. Assessment of the Cloud Gaming Services Market

The TCA determined that while Microsoft offers cloud gaming services, Activision develops and publishes games, and therefore, vertical overlap also occurs in the cloud gaming services market. However, the TCA assessed that even if Microsoft started to offer cloud gaming services in Türkiye, it would not be economically possible for Microsoft to close the market to its competitors through input foreclosure, considering the global market share in the cloud gaming services market and the presence of many large and powerful players in the market.

In terms of customer foreclosure, it was determined that Microsoft would not be able to restrict the access of upstream competitors to downstream customers, considering that the market is newly developing, there are many strong competitors in the downstream market, and the game content is important to compete in the relevant market.

Following its market-specific assessments, the TCA examined whether the commitments submitted by Microsoft to the European Commission are binding for the Turkish markets and determined that the commitments will be also valid in Türkiye for 10 years.

In this context, since the parties' activities in Türkiye do not overlap within the scope of cloud gaming services, there is a very limited possibility of overlap in terms of the parties' activities in this market on a global scale, and the concerns regarding the closure of the market to competitors are completely eliminated within the scope of the commitments submitted by the parties to the Commission, the commitments offered are valid for Türkiye and will also be valid for the

undertakings that will enter the market in the future, and that Microsoft has already entered into contracts with many undertakings, the TCA concluded that the relevant transaction will not create an anti-competitive concern within the scope of unilateral effects in the market. As a result, the TCA decided that there is no significant lessening of effective competition and cleared the acquisition.



SUSTAINABILITY

Sustainability has become one of today's key global agenda issues. Challenges such as climate crisis, environmental pollution and scarcity of natural resources make sustainability even more important, and the world's need for a more inclusive global economy is evolving into an urgency. The concept of sustainability, which came to the forefront in the United Nations Report "Our Common Future" published in 1987¹, refers to the ability to respond effectively to the needs of the present while preserving the capacity of future generations to fulfill their requirements.² In this context, the UN announced the "2030 Agenda for Sustainable Development"³ in 2015, which strongly put forward 17 global sustainable development goals in a wide range of areas such as water, energy, climate, oceans, urbanization, transportation, science and technology to be adopted by all stakeholders. In the same manner, the European Union and the OECD have set targets to achieve zero net greenhouse gas emissions by 2050, a more sustainable economy and non-discrimination of any community or area in the implementation of this order.⁴

A global transition to a sustainable economy not only offers economic prospects, but is also crucial to addressing challenges related to climate change. While governments and global organizations will lead the way towards a sustainable economy through environmentally sound regulations, investments and incentives, these alone will not be enough. If efforts by public authorities are not convincing or if actions that exceed these efforts are required, significant contributions can be made by utilizing the commercial know-how, innovation capability, and impact on consumption in the markets. In this context, besides the individual actions of firms within the private sector, cooperation between undertakings may be considered to achieve more effective and comprehensive outcomes.

In various branches of law, the concept of sustainability comes to the agenda as an essential or subsidiary issue. Competition law, on the other hand, deals with the behavior of undertakings engaged in economic activities in the markets based, on the rules established for the protection of competition in these markets, and it is accepted that competition law aims to "establish social welfare" by using various instruments.⁵

1 Brundtland Report: Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future, United Nations, 04.08.1987

2 University of Alberta, Office of Sustainability, UAlberta's Sustainability Plan

3 United Nations, Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, [/sdgs.un.org/2030agenda](https://sdgs.un.org/2030agenda)

4 European Commission, A European Green Deal: Striving to be the first climate-neutral continent, https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en

5 Principles of Competition Law, <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Rekabet-savunuculugu/rekabet-hukuku/rekabet-hukukunun-esaslari>

The relationship between competition law and sustainability stands out at this point. It is possible to mention that sustainability will promote more efficient use of resources and reduce environmental impacts in terms of the functions of competitive markets.⁶ Moreover, a competition policy that takes into account environmental impacts while establishing a competitive market environment will contribute to achieving sustainability goals. Competition law and sustainability may find common ground in establishing sustainable competition by supporting cooperation on efficient resource allocation, maintaining product quality, and promoting technological progress and innovation. To achieve this purpose, competition authorities may intervene in anti-competitive violations that harm a sustainable competitive market environment, such as cartels that slow down technical progress in green technology, exclusionary behavior that prevents more sustainable competitors from entering the market or competing on equal terms, or mergers that may lead to a decrease in green innovation.⁷

On the other hand, there are also some conflicts between sustainability and competition law. Indeed, it may be possible to penalize collaborations that appear to be formed for the purpose of sustainability (“greenwashing”) as a cartel in the context of competition law. Likewise, certain collaborations that are motivated by sustainability may be illegal even if they are under the heading of sustainability, when the positive effects of these collaborations in the competitive market environment are not at an acceptable level compared to the negative repercussions that these collaborations will cause.

According to the UNCTAD Report⁸, which was drafted to investigate the impact of competition law on the implementation of sustainability goals and the approach of international organizations on this issue, it is accepted that competition authorities will play an important role for this purpose. In fact, if competition policy is designed and effectively implemented in accordance with economic, social and environmental conditions, it is expected to complement other public policies for sustainable, inclusive growth and development. Similarly, in the context of competition law-sustainability, the OECD finds that, given the fundamental role of the individual and collective efforts of undertakings, competition policy has a key role to play in contributing to the technological progress necessary to achieve environmental goals and ensuring the efficient allocation of capital.⁹ OECD points out that competition authorities may face various challenges in incorporating environmental impacts into competition analysis when using their traditional instruments. Accordingly, it

6 OECD *Environmental Considerations in Competition Enforcement*, December 2021

7 *Competition Policy and Sustainable Development*, APEC Competition Policy and Law Group, Post-Workshop Report, July 2023, https://www.apec.org/docs/default-source/publications/2023/7/223_ec_competition-policy-and-sustainable-development.pdf?sfvrsn=cfd2c2f9_2#:~:text=Competition%20law%20and%20sustainable%20development,of%20sustainability%2Drelated%20business%20practices.

8 United Nations Conference on Trade and Development, *The role of competition policy in promoting sustainable and inclusive growth*, 27.04.2015

9 OECD (2021), *Environmental considerations in competition enforcement*, OECD Competition Committee Discussion Paper, <https://www.oecd.org/daf/competition/environmental-considerations-in-competition-enforcement.htm>

is stated that competition authorities may face difficulties in terms of how to evaluate environmental impact analyses, benefit analyses in terms of individual or public interest, the balance between environmental benefits and other benefits, or future projections of environmental impacts.

The fundamental concern in the relationship between sustainability and competition law, or in a more descriptive conceptualization competition protection law, is the potential for conflict between the actions to be taken to protect sustainability and the requirements of competition protection law. The approach recently developed or constructed in competition law aims to manage this conflict. Accordingly, on the one hand, competition law aims not to hinder the actions taken on behalf of sustainability in the markets and, moreover, to create an incentive motivation by the authorities in this regard, while on the other hand, various approaches are being developed in order not to create a protection for anti-competitive practices in the markets under the umbrella of sustainability.

1. Sustainability vs. Competition Law in 2023

Sustainability concept and awareness is expanding its sphere of impact day by day and becoming more and more common on the agenda. In this context, “sustainability” centered developments took place in 2023 and it was a relatively active year.

One of the significant developments in terms of EU competition law enforcement in 2023 was the adoption of the Horizontal Block Exemption Regulations “HBER” and Horizontal Guidelines¹⁰ by the European Commission on June 01, 2023. This regulation establishes a “safe harbor” for particular categories of horizontal cooperation agreements. The Guideline provide guidance to undertakings to assess the compliance of various forms of cooperation with competition law within this safe harbor. Sustainability agreements give rise to competition concerns under Article 101(1) only if they involve severe restrictions in the form of restrictions of competition in terms of objectives, or if they have significant adverse effects on competition in contravention of Article 101(1) TFEU¹¹. When sustainability agreements breach Article 101(1), they can still be justified under Article 101(3) if the four conditions of this provision are satisfied.

At this point, a significant and noteworthy matter is that a new section covering sustainability agreements has been included in the Guidelines with the recent amendments mentioned above. In this section, it is clarified that competition law rules do not prevent agreements between competitors for sustainability purposes, except in cases of restrictions on competition or significant actual or potential adverse effects on competition, and a guiding content is provided

¹⁰ European Commission, 01.06.2023, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_2990

¹¹ Treaty on the Functioning of the European Union

in this regard. HBER provides a safe harbor for sustainability standardization agreements that comply with defined conditions. The types of benefits that may be taken into account for the evaluation of sustainability agreements in the context of competition law are defined and it is also clarified how a sustainability agreement may be granted exemption from competition law sanctions.

Another development on the EU side was the European Commission's publication on 07 December 2023 of its Guidelines¹² on how undertakings can design joint sustainability initiatives in relation to the exception to EU competition rules introduced by the recently reformed "Common Agricultural Policy". Under Regulation 1308/2013¹³ on the common regulation of markets for agricultural products, certain anticompetitive agreements in the agriculture sector are exempted from competition law sanctions where they are indispensable for achieving sustainability standards that go beyond mandatory EU or national rules.

In particular, the Guidelines regulate: (i) defining the scope of the exception, (ii) defining appropriate sustainability objectives, (iii) setting requirements for sustainability standards, (iv) detailing the condition that sustainability agreements are indispensable for achieving the sustainability standard, and (v) defining the scope of ex-post intervention by competition authorities. In this context, in terms of the implementation of sustainability-competition law regulation specifically for the agriculture sector, this is a remarkable development that took place at the end of 2023.

The United Kingdom has also recently witnessed sustainability-related competition law developments. As is known, in 2021, the UK Competition and Markets Authority (CMA) published the "Guidelines on Environmental Sustainability Agreements", defining and interpreting sustainability agreements as "cooperation agreements between businesses to achieve sustainability objectives, such as combating climate change" for the purposes of the existing competition rules, limiting the scope to solely environmental sustainability.¹⁴ On October 12, 2023, the CMA published the new "Green Agreements Guidance"¹⁵ while the implementation continued within the framework of the aforementioned guidance. The Green Agreements Guidance is designed to provide clarification to companies on the application of "Chapter I - Prohibition in the Competition Act 1998" to environmental sustainability agreements between competitors. Unlike the previous guidance published in January 2021, the Green Agreements Guidance provides a more flexible approach to certain types of sustainability agreements. The Guidance expands on the previous

¹² European Commission, 07.12.2023, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_6370

¹³ European Commission, "Regulation 1308/2013 establishing a common organisation of the markets in agricultural products ('CMO Regulation')", <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32013R1308>

¹⁴ Competition & Markets Authority, *Guidance: Environmental Sustainability Agreements and Competition Law*, 27.01.2021

¹⁵ Competition & Markets Authority, *Green Agreements Guidance: Guidance on the application of the Chapter I prohibition in the Competition Act 1998 to environmental sustainability agreements*, 12.10.2023

guidance and includes new examples to provide a more defined approach. In this context, the Guidance lists nine types of “green agreements” that are not related to competition in the market or are not considered to have a significant impact on competition, which are:

- » “Non-appreciable” agreements where the parties have a minor total market share in the affected market and the agreement does not restrict competition in object,
- » Agreements that do not affect the main parameters of competition, such as price, quantity, quality or innovation,
- » Agreements to jointly bring about something that neither party can do alone because of lack of technical competence or because of the level of risk involved or the level of investment required,
- » Cooperation agreements between competitors that arise for reasons beyond incentives, such as complying with a legal requirement,
- » Agreements to aggregate objective and evidence-based information about, or provide a ranking for, suppliers’ environmental sustainability credentials, unless the agreements require the parties to purchase from (or not purchase from) specific suppliers and the parties share competitively sensitive information about the prices or quantities purchased from those suppliers
- » Industry standard-setting agreements for the establishment and implementation of a standard based on a set of conditions
- » Agreements on the phase-out or withdrawal of unsustainable products or processes, provided that this does not lead to a significant increase in prices or a significant deterioration in quality or choice for consumers
- » Agreements on environmental targets across a sector, provided that participating businesses remain independent in determining their own contributions and the way in which they meet or exceed their targets
- » Voting agreements between shareholders to support corporate policies that address environmental sustainability

In order for green agreements to benefit from the exemption, the parties are required to establish that the green agreements provide certain benefits, improve production or distribution, or promote technical or economic progress, and that the restrictions on competition contained in the agreement are indispensable in achieving these benefits. In addition, according to the Guidelines, a green deal for sustainability purposes must result in “consumer benefits”. The benefits for consumers must be objective, tangible and verifiable, and it is emphasized that the “fair share to the consumer” condition for determining the consumer benefit should be evaluated by taking into account the sum of the benefits of consumers in the market affected by the agreement and in other markets.

Briefly, while promoting sustainability, the CMA's "Green Deals Guidelines" aims to provide greater clarity to undertakings considering such cooperation, including reminders such as "good faiths" cannot be a valid argument for non-compliance, including for environmental purposes, and that the exchange of competitively sensitive information with existing/potential competitors should be avoided in such cooperation.

The Netherlands has been one of the countries where significant developments have taken place on the sustainability axis in 2023. Besides the publication of a guideline in the Netherlands, as in the developments in other countries, there are also decisions, especially within the framework of waste management. Initially, on May 23, 2023, the Dutch competition authority ("ACM") has not cleared the takeover of the Amsterdam-based waste management company Afval en Energiebedrijf (AEB) by its competitor Afvalverwerking Rijnmond (AVR) on the grounds that AVR would reach a significant market share and this would increase the processing costs of household waste and low-level hazardous waste.¹⁶ In 2021, when the Municipality of Amsterdam decided to privatize AEB, AVR won the tender and applied to ACM for the acquisition. As a result of various economic analyses conducted by ACM upon notification, it was assessed that there are very few players in the Netherlands that can process waste on a large scale, and if the takeover takes place, the costs for waste processing will increase for many municipalities in the south of the Netherlands as AVR/AEB's waste incineration facilities will be far away and these costs will be passed on to the residents by the municipalities. Furthermore, while it was stated that the market share of the post-acquisition undertaking would reach 80% and its processing capacity would be twice that of its nearest competitor, it was assessed that the acquisition would not accelerate efforts to make waste processing more sustainable, as claimed by AVR, that sustainability measures such as sorting facilities or CO2 capture should already be in place and that sustainability objectives could already be achieved through various collaborations between the players, if necessary, and the transaction was authorized. This decision is a remarkable example of the grounds on which sustainability-based defenses can be evaluated in competition law practices regarding mergers and acquisitions.

Also on June 13, 2023, the ACM updated its "Guidance Regarding Sustainability Claims", which provides general rules and practical examples for sustainability claims.¹⁷ The Guidelines contain five specific rules that aim to help undertakings to properly establish their sustainability disclosures. These rules are as follows:

- › Draft their sustainability claims in an accurate, clear, detailed and comprehensive manner,

¹⁶ Authority for Consumers and Markets ("ACM"), 23.05.2023, <https://www.acm.nl/en/publications/acm-blocks-acquisition-waste-management-company-aeb-rival-company-avr>

¹⁷ Authority for Consumers and Markets ("ACM"), 13.06.2023, <https://www.acm.nl/en/publications/guidelines-regarding-sustainability-claims>

- › Supporting sustainability statements with data and keeping them up-to-date,
- › Making accurate comparisons with competitor products or other brands,
- › Ensure that statements and labels with images guide consumers rather than confuse them,
- › Clearly state future sustainability goals.

Finally, on 4 October 2023, the ACM announced a new policy rule entitled “Oversight of Sustainability Agreements”. The new policy rule sets out its approach to ensure that undertakings can cooperate to achieve sustainability goals and that competition rules are applied in a way that does not create obstacles to agreements that contribute to a sustainable society.¹⁸ Accordingly, it states that undertakings can work together to meet their sustainability objectives without infringing competition rules if certain conditions are met. In summary, the policy rule states that undertakings may jointly agree to comply with a binding national or EU sustainability rules that are not fully enforceable and may agree to effectively achieve environmental objectives (such as the reduction of CO2 emissions) if there is a significant and objective benefit to consumers. This policy rule is in line with the European Commission’s principles on sustainability agreements set out in the HBER Guidelines. It is noteworthy that the ACM applied this policy rule for the first time to the agreement for waste pickers to cooperate to promote recycling.¹⁹ Accordingly, commercial waste collectors were approved by the ACM under the policy rule to enter into an agreement to offer at least two segregated waste streams to institutional businesses that can deliver at least 240 liters of commercial waste per week. The ACM considered this scheme to be in line with the policy rule as it is in line with the legal waste segregation obligation for waste collectors and contributes to sustainable waste management, segregating waste at source, supporting a sustainable economy, avoiding waste of raw materials and ensuring less waste is incinerated. This decision is important as it is a concrete example of how the announced policy rules will be reflected in practice.

The last noteworthy development for 2023 is that the German competition authority, Bundeskartellamt, decided not to conduct a detailed investigation into the German Sustainable Cocoa Initiative (Kakaoforum) on June 13, 2023.²⁰ Kakaoforum is an initiative that aims to support cocoa farmers by targeting sectoral cooperation between public authorities, cocoa and chocolate industry

¹⁸ Authority for Consumers and Markets (“ACM”), 04.10.2023, “ACM’s oversight of sustainability agreements”, <https://www.acm.nl/system/files/documents/Beleidsregel%20Toezicht%20ACM%20op%20duurzaamheidsafspraken%20ENG.pdf>

¹⁹ Authority for Consumers and Markets (“ACM”), 04.10.2023, <https://www.acm.nl/en/publications/acm-positive-about-collaboration-waste-collectors-stimulate-recycling>

²⁰ Bundeskartellamt, 13.06.2023, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2023/13_06_2023_Kakaoforum.html

companies, leading players in the German retail market trade and international NGOs, and encouraging its members to voluntarily commit to fair, individualized minimum prices for producers, as well as quotas and premium systems.

In its examination, Bundeskartellamt concluded that Cocoforum uses reference prices established through development assistance research, not fixed premiums, and that each member is required to disclose its individual commitments, such as minimum prices, quotas and premiums, in an aggregated form with its own plans. The Bundeskartellamt considered it a positive factor that all commitments made by members of the initiative are voluntary and that there are no sanctioning mechanisms for failure to fulfill these commitments. Furthermore, Bundeskartellamt found that individual commitments are published anonymously and with regional information, and that they represent a relatively insignificant part of the total price formation along the value chain and final chocolate products. Based on these findings, Bundeskartellamt decided that a detailed investigation into the Cocoa Forum was not required.

All in a nutshell, the approaches to sustainability agreements in the competition law context in the Continental European states are converging. Accordingly, there are no major differences from the existing rules of competition law for agreements between competitors, and the approach that these agreements will not be contrary to competition law if the situation resulting from the sustainability agreement does not restrict competition completely, and if more environmental benefits are offered to consumers compared to the restriction in competition. In this framework, the approach that a broader benefit analysis should be made becomes more critical, and it is suggested that the assessment of the benefit analysis will take into account the value dependent on individual use, the value not dependent on individual use, and the collective benefit. The approach that there can be no exemption from hard restrictions under a sustainability agreement and that companies should prevent the emergence of a “greenwashing” situation by abusing environmental policies can be considered as a common emphasis from the very beginning of these studies.



ENERGY

This study will examine the outlook of the electricity and electric vehicle charging station markets from the perspective of competition law and the current developments in 2023.

1. Electricity Market

The liberalization process in the electricity market in Türkiye has been ongoing since 2001. Despite various actions taken in the 1980s, 1990s and early 2000s, the main legislative change towards establishing a competitive electricity market was the Electricity Market Act No. 4628, which entered into force in 2001. In line with this act, the electricity market's integrated structure was separated followed by the privatization of distribution in a certain timetable. Simultaneously, the foundations of liberalized retail and wholesale markets were also established. Act No. 6446, which entered into force in 2013 to replace Act No. 4628, accelerated the liberalization process. Act No. 6446 constitutes the main legal basis for the formation of organized wholesale electricity markets, energy exchange and market operator EXIST¹. Thus, the day-ahead and intraday markets, balancing power market, subsidiary services market and derivatives markets, which are of great importance in the liberalization process, became functional.

In the privatization and liberalization adventure of the electricity market, there have been many processes in which Turkish Competition Authority ("TCA") has been in contact with this market. The significant decisions taken by TCA regarding the electricity market can be listed as follows:

¹ Energy Exchange Istanbul (EXIST) or Enerji Piyasaları İşletme A.Ş. (EPIAŞ) by its Turkish name

- » TCA's decision on TEDAŞ privatizations in 1998², about the privatization of the 17 electricity distribution regions under TEDAŞ, formed the opinion that separation of distribution and commercial activities, non-discriminatory treatment of buyers with equal status, abolition of regional exclusivities, and freedom for consumers to choose their suppliers are required. This opinion of TCA influenced the privatization and liberalization policies formulated in the following period and was included in Act No. 4628. Moreover, this approach was maintained to a great extent in the opinion of TEDAŞ in 2005³, once again for the privatization of 21 distribution regions.
- » In the ÇEAŞ decision taken in 2003⁴, ÇEAŞ, which carries out distribution and transmission activities in the Çukurova region was found to have prevented competing electricity generation companies in the Çukurova region from accessing the grid, and an administrative fine was imposed on the undertaking. This decision, which was taken in the period when Turkish Energy Market Regulatory Authority ("EMRA") was not yet institutionalized, was considered as a mandatory element under competition law and was subject to the intervention of TCA.
- » TCA cleared distribution privatization transactions between 2008 and 2013. In the clearance decisions, it was considered that the retail sales companies to be established by separating from the distribution companies would be the strongest competitors of each other in the following periods of liberalization, and a market share of more than 30% in this market was deemed to be a dominant position.
- » In 2013, when the privatizations were completed, TCA conducted preliminary investigations into allegations of abuse of dominant position by some distribution and authorized supply companies⁵. Despite various findings that were considered to be violations, TCA decided not to open an investigation due to the early stages of the liberalization process, but to notify the undertakings as a warning under Article 9 of the Act. These decisions are important as the first decisions that shed light on the types of conduct that may constitute a violation of competition in the electricity distribution and supply markets, and on what kind of conduct a possible competition law investigation may focus on.

² TCA decision, 19.10.1998, 87/693-138.

³ TCA opinion dated 21.07.2005.

⁴ TCA decision, 10.11.2003, 03-72/874-373. (Upon the annulment decision of the Court of State, a new decision was taken dated 08.02.2007 and numbered 07-13/101-30.)

⁵ TCA decisions, 22.10.2014 14-42/761-337, 22.10.2014 14-42/762-338, 03.12.2014 14-47/860-390, 15.01.2015 15-03/33-18.

- » Subsequently, the Authority published the Electricity Sector Research Report in 2015.
- » In 2016, TCA conducted three major investigations against undertakings operating in the electricity distribution and retail market and imposed administrative fines on the undertakings as a result of the investigations⁶.

The main competition law risks that undertakings may face in the electricity market in the framework of the decisions taken by foreign authorities, the decisions taken by TCA regarding the Turkish electricity market to date and our forecasts are as follows:

i. Production

- » Strategies for capacity retention,
- » Regional and temporal dominance due to transmission constraints and pricing strategies during these periods,
- » Producers with portfolios with high generation capacity and plant diversity raise prices when they can produce at low marginal costs,
- » Information exchange between competitors,
- » Access to primary energy resources as a result of operating in other energy markets and utilization of consumer portfolios in these markets,
- » As a result of the oligopolistic market structure, there is an increased likelihood of agreements or concerted practices between rival undertakings that may distort competition in the market.

ii. Distribution

- » Transfer of the consumption data of the other supplier that is not available in the incumbent supply companies and data on the market in general to the incumbent supply companies,
- » Cross-subsidization by creating cost advantages for incumbent supply companies,
- » Discriminatory behavior in favor of the incumbent supply company,
- » Utilization of the consumer's perception that distribution and incumbent supply companies are integrated in a way to provide advantages to incumbent supply companies in the sale of eligible consumers,
- » Making discrimination in processes related to unlicensed electricity generation and vehicle charging stations.

iii. Retail

- » Collective or non-contractual transitions between portfolios to prevent consumers from switching to other suppliers,

⁶ TCA decisions, 08.08.2018 18-27/461-224, 01.10.2018 18-36/583-284, 20.02.2018 18-06/101-52.

- » Failure to comply with the procedures and principles in the legislation determined by EMRA in the transition of eligible consumers from regulated tariffs,
- » Concluding long-term contracts that make supplier transitions difficult for consumers,
- » Coordinating with competing suppliers in determining discount rates,
- » Sharing regions in eligible consumer sales with other authorized supply companies.

2. Developments in the Electricity Market in 2023

With the framework of the competition law risks summarized above, the decisions taken by global competition law authorities on the electricity market in 2023 are provided below.

First, the Dutch competition authority, the Authority for Consumers & Markets (ACM), issued an announcement on February 15, 2023⁷, warning to ensure equal access to information for all market participants in the electricity generation market. ACM recently conducted a study on electricity producers' compliance with the publication rules for undisclosed intra-entity information in wholesale energy markets, such as plant capacity and utilization, which relates directly or indirectly to one or more wholesale energy products and is likely to affect prices when made public, and found that while there was an overall improvement in compliance in 2022, intra-entity information was still not published in a timely and accurate manner. Based on its findings, ACM consulted with producers and decided to publish additional information on its website to ensure compliance with EU Regulations on Wholesale Energy Market Integrity and Transparency (REMIT). ACM considered the timely publication of internal information to be important to ensure that all market participants have equal access to information, to prevent insider trading and to maintain confidence in wholesale markets, particularly during the current energy crisis. In addition, ACM provided additional information on the publication of intra-entity information on its website, including clarifying the circumstances in which generators are required to report interruptions in generation capacity and setting a threshold for disclosing that a generation unit is unable to generate for reasons such as a fault and announced that it may take measures, such as imposing penalties if compliance does not structurally improve.

Another important development in the generation market this year was the **“2022/2023 Report on Electricity Generation Market Power” published by the German competition authority Bundeskartellamt on August 9, 2023⁸**. The consolidation of market power by a few undertakings and increasing electricity

⁷ ACM, *ACM wil dat elektriciteitsproducenten alerter zijn op publiceren voorwetenschap*, 15.02.2023.

⁸ Bundeskartellamt, *Bundeskartellamt publishes 2022/23 report on the market power situation in electricity generation*, 09.09.2023.

imports were among the main issues highlighted in the report. Accordingly, it is pointed out that RWE continues to be the largest electricity producer in Germany and has an indispensable power to meet electricity demand, thus clearly exceeding the threshold for the assumption of market dominance, while EnBW and LEAG are approaching this threshold. This conclusion was based on whether and to what extent an electricity producer is indispensable to meet the electricity demand, considering the need to produce electricity on demand at all times of the year since electricity is not storable. In addition, it was stated that the dominance of certain undertakings in the electricity generation market may allow them to manipulate prices by artificially limiting their generation capacity. Although the report does not explicitly identify a dominant position for undertakings, it is stated that it aims to help electricity producers assess whether they are subject to abuse control by the authority and therefore prohibited from manipulatively restricting their capacity. The report also includes assessments on various topics such as the capacities of used and unused power generation plants, the future of coal and nuclear power generation in Germany, and Germany's electricity exports and imports.

The decision of the Portuguese competition authority Autoridade Da Concorrência (AdC) dated September 17, 2019⁹ was upheld by the Lisbon High Court on October 12, 2023, imposing an administrative fine of €40 million on the energy giant Energias de Portugal (EDP) for abusing its dominant position in the secondary electricity reserve market.¹⁰ With the privatization of EDP, approximately thirty power plants owned by EDP had binding long-term power purchase agreements with the national electricity grid (REN) for 15 years, which had to be adapted to open the market to other players. To prevent this adaptation from causing large losses for the power plants involved, a compensation mechanism called “contractual balance maintenance costs” (CMEC: “custos de manutenção do equilíbrio contratual”) was established in 2004, based on certain fees to be allocated from consumers. AdC found that between 2015 and 2022, EDP manipulated electricity bids from power plants capable of providing secondary balancing reserves, both receiving compensation through the CMEC mechanism and selling electricity on the open market. AdC found that EDP's actions constituted an abuse of a dominant position as follows:

- » EDP both received compensation through the CMEC mechanism and sold electricity in the open market at high prices by using its dominant position in the secondary balancing generation market by curtailing supply and shifting generation to other power plants,
- » Limiting the supply of EDP, reducing the efficiency of the secondary balancing reserve and thus jeopardizing the stability of the national electricity grid,

⁹ Autoridade Da Concorrência, AdC imposes fine of 48 million euros on EDP Produção for abuse of dominance, 17.09.2019.

¹⁰ Autoridade Da Concorrência, Lisbon Court of Appeal upholds highest ever fine for abuse of dominant position, 27.09.2023.

- » The deterioration of the competitive structure led consumers to pay higher wholesale energy prices, thereby harming consumer welfare.

AdC found that the breach of EDP led to a €90 million increase in wholesale energy prices, which affected all consumers residing in Portugal and harmed consumer welfare.

On October 27, 2023, the Danish competition authority DCCA ruled that 50 undertakings, including Effekthandel, had formed a cartel through price coordination and bid rigging.¹¹ DCCA found that Effekthandel's 46 cogeneration plants and 3 power plants ("49 undertakings") engaged in illegal price coordination and bid rigging in daily auctions for mFRR in Western Denmark (DK1). According to the DCCA, the 49 undertakings entered into an agreement to allocate their pricing in mFRR auctions to Effekthandel. The documents indicate that the agreement was intended to raise mFRR price levels. The documents obtained by the DCCA as part of the investigation indicate that 49 undertakings participated in a pooling scheme with Effekthandel through individual and identical agreements. By participating in the pooling scheme, the 49 undertakings did not independently determine the price of their bids in the mFRR auction, but instead left the pricing of their bids to Effekthandel. The documents also reveal that Effekthandel regularly informed the 49 undertakings about the coordinated behavior of the pooling scheme in the mFRR market in joint emails to the 49 undertakings.

DCCA found that, as part of the agreement, Effekthandel received commissions from the mFRR profits of 49 undertakings and distributed the mFRR turnover among the participating undertakings according to the amount of registered capacity of each member. According to the documents, the behavior in question continued from September 2019 until at least August 2022.

Although there were not many developments at the distribution level of the electricity market in 2023, the UK competition authority CMA has a special merger control regime for energy networks with the 2023 Energy Act¹², which is described as "the largest energy law in British history" and has been drafted in this context. The guide was published on December 13, 2023.¹³

The new regime will be applicable to mergers and acquisitions involving "energy network enterprises" that hold a gas transportation license, electricity distribution license or electricity transmission license. The aim of the new regime is to ensure that the regulator Ofgem maintains its effective control by "benchmarking" the prices of energy network enterprises operating in Great Britain, since energy networks are monopolies in their own regions. If more

¹¹ DCCA, *Price coordination and bid rigging in the energy sector in West Denmark*, 27.10.2023.

¹² Energy Act 2023, Access Link: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2023/52/enacted>.

¹³ CMA, *New energy network merger guidance*, 13.12.2023.

networks are concentrated in fewer companies through mergers and acquisitions, there will be a reduction in the number of independent organizations that can be compared, potentially damaging Ofgem's ability to make benchmarks when setting price controls; Therefore, reduced control over price may lead to negative consequences for consumers.

Since network operators are regional monopolies and are not direct competitors with each other, applying only the regular mergers and acquisitions regime will not lead to a meaningful result in terms of mergers and acquisitions between these enterprises. The main ability that the new regime gives the CMA is therefore to refer such transactions for a second stage review under both the standard M&A control provisions (considering whether there is a significant anticompetitive effect) and the special energy network provisions (considering whether there is a significant harm to Ofgem's ability to benchmark).

A development that is thought to be important at the retail level of the electricity market in 2023 is the German competition authority Bundeskartellamt's investigation against retailers in the energy sector regarding practices related to energy prices on June 22, 2023.¹⁴ With the investigation, the Bundeskartellamt aimed to detect excessive price practices of companies and the unfair aid payments they benefit from in this regard. Accordingly, electricity suppliers applying for advance payments and demands made by suppliers of electricity to large customers were included in the scope of the investigation. Bundeskartellamt has announced that sanctions will be imposed on violations that may be detected within the scope of the investigation it has initiated, such as refunding the refunds made within the scope of these violations and imposing fines on those concerned.

In terms of the electricity market, apart from the three pillar markets defined as production, distribution and retail, there are also some sub-sectors/markets that concern these markets. In this context, developments in the world for 2023 regarding markets that can be considered related to the electricity market and regulatory developments for the electricity market will be discussed below.

Energy Users Group Exemption and Energy Suppliers Group Exemption Notification was published in South Africa on 25 May 2023.¹⁵ The Energy Users Group Exemption allows cooperation between energy users to provide solutions to contractions in electricity supply, subject to a notification process to the South African competition authority. Energy users will be able to benefit from the block exemption in certain cases if they pool their finances by proactively cooperating to address the electricity crisis or jointly negotiate to ensure stable electricity supplies at lower costs. More generally, vertical and hor-

¹⁴ Bundeskartellamt, *Missbrauchsaufsicht über Energiepreiskontrollen: Prüfverfahren im Bereich Strom eingeleitet*, 22.06.2023.

¹⁵ South Africa Department of Trade, Industry and Competition, *Publishing of Energy Block Exemptions*, 25.05.2023.

horizontal restrictions that may produce the positive effect expected by the block exemption, and information exchanges limited to what is necessary in this context, will be able to benefit from the block exemption. On the other hand, behavior of energy users towards joint sales price determination, unlawful cooperation in tenders or resale price determination will not be within the scope of block exemption. Some positive behavioral obligations have also been introduced for energy users benefiting from the group exemption. Accordingly, energy users benefiting from the exemption must also provide the opportunity to participate in cooperation agreements to small and medium-sized enterprises operating at all levels of the value chain and enterprises owned or controlled by historically disadvantaged people.

Energy Suppliers Group Exemption is aimed at collaborations between all kinds of energy supplier undertakings, as well as undertakings that are suppliers of inputs, services and products related to energy supply. Accordingly, energy suppliers will be able to cooperate for the purpose of joint lobbying and make certain joint commercial agreements to expand the uninterrupted supply of cheaper energy. In this context, joint investment in energy infrastructure, joint financing and risk sharing in energy projects, joint training and skill development or agreements to optimize energy supply are evaluated. Energy Suppliers Group Exemption requires the approval of the authority, unlike the one for users, for energy suppliers to benefit from the group exemption. Vertical and horizontal restrictions that may produce the positive effect expected by the group exemption in question, and information exchanges limited to what is necessary in this context, will be able to benefit from the block exemption. On the other hand, behavior of energy suppliers aimed at fixing sales prices, illegally collaborating in tenders or determining resale prices will not be within the scope of block exemption. Again, in the group exemption for suppliers, energy suppliers benefiting from the exemption must also provide the opportunity to participate in cooperation agreements to small and medium-sized enterprises operating at all levels of the value chain and enterprises owned or controlled by historically disadvantaged people.

On 21 August 2023, the European Commission accepted requests for consideration of the proposed takeover of Nasdaq's European electricity trading and clearing activities by European Energy Exchange AG (EEX) within the scope of the EU Merger Regulation (EUMR).¹⁶

The planned acquisition did not reach the notification thresholds specified in the EUMR and was not subject to notification in any Member State. Denmark and Finland, on their own initiative, submitted requests for initial notification to the Commission under Article 22(1) of the EUMR. The relevant regulation

¹⁶ European Commission, *Commission to assess the proposed acquisition of Nasdaq Power by EEX*, 21.08.2023.

allows Member States to request the Commission to examine a merger that is not on an EU scale but threatens to significantly affect competition within the borders of the requesting states.

Based on the information available to it at this early stage, the Commission has concluded that the transaction meets the referral criteria under Article 22 of the EUMR. In particular, finding that the transaction combines two service providers that facilitate intra-exchange trading of Nordic electricity contracts, the Commission finds that such services will allow the use of long-term energy contracts with fixed future prices and are therefore key to more stable and predictable energy prices, to the ultimate benefit of consumers and businesses. In this context, the Commission requested EEX to notify the Commission about the transaction.

3. Electric Vehicle Charging Station Market

As the effects of climate change become increasingly evident, there is an increasing trend towards new energy sources to reduce dependence on fossil fuels and protect the environment. Electric vehicles provide a more environment-friendly and sustainable transportation choice than traditional internal combustion vehicles. Therefore, it is accepted that the widespread use of electric vehicles will make a significant contribution to the fight against global climate change. These vehicles; they have become increasingly widespread with the environmental advantages they create, the decline in electricity prices, public incentives for electric vehicles and technological developments. Accordingly, creating the necessary infrastructure and especially disseminating electric charging stations is becoming increasingly important.

Electric charging stations are facilities that allow charging of electric vehicles and thus make the use of electric vehicles possible. Electric vehicles require a long charging time, considering that the refueling times for conventional internal combustion engine vehicles are very short. For this reason, there must be a sufficient number and capacity of charging points so that electric vehicle owners can easily access the charging stations they need during their journeys. Although using electricity at home/office is an option to meet the charging needs of electric vehicles, the need for charging stations increases in parallel with the spread of electric vehicles. In this context, possible problems regarding electric charging stations include:

- » Insufficient charging stations,
- » High pricing of electricity offered at charging stations,
- » Insufficient investments to expand charging stations,
- » Problems that may arise due to monopolization during the widespread use of charging stations,
- » The load that charging stations will create on the electrical infrastruc-

- ture and inadequate infrastructure,
- » The inadequacy of regulations regarding market making.

a. Regulatory Framework for Electric Charging Stations

Regulations on electric vehicle charging stations may vary between countries. However, in general, regulations are made around the aim of ensuring the safety, accessibility and transparency of electric charging stations. In Türkiye, the Energy Market Regulatory Authority (EMRA) published the Charging Services Regulation on April 2, 2022.¹⁷ The Charging Services Regulation regulates issues such as the establishment of the charging network, licensing of charging network operators and regulation of their activities, rights and obligations of charging network operators and charging station operators and users, and the establishment and operation of a free access platform.

Furthermore, on August 17, 2023, the Charging Services Regulation was amended and the definitions of “renewable energy resource guarantee certificate (YEK-G)” and “green charging station” were added to the regulation. The YEK-G certificate refers to an electronic document showing that a certain portion of the electricity supplied to the consumer is produced from renewable energy sources. A green charging station, on the other hand, can be defined as a charging station where the YEK-G certificate is redeemed for all of the electricity energy in order to certify that the electricity is produced from renewable energy.

Based on the latest regulation, in addition to the existing regulations for electric vehicle charging stations, which have just started to enter our lives, other new regulations can be expected to meet the needs of this new developing market and support green transformation.

b. Possible Competition Law Risks in the Electric Vehicle Charging Station Market

Maintaining competition in the electric charging station market is of vital importance for the widespread use of electric vehicles and ensuring environmental benefits. For this reason, it is thought that the importance of competition law practices regarding electric charging stations will increase with the spread of electric vehicles. Some of the issues that are likely to arise in competition law enforcement regarding electric charging stations in the world are the following:

- Agreements and practices that restrict horizontal competition in the market of charging stations

¹⁷ EMRA, *Charging Services Regulation*. Access Link:<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=39454&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>

- Agreements restricting horizontal competition between charging station operators
- Sensitive information exchanges between charging station operators
- Agreements and practices that restrict vertical competition in the charging station market
 - Agreements restricting competition between monopolistic distribution companies providing electricity infrastructure services and charging station operators
 - Agreements restricting competition between electric vehicle manufacturers and charging station operators
- Preventing entry to the charging station market by abusing a dominant position or exhibiting exclusionary behavior
 - Discrimination in capacity allocations depending on transformer capacity constraints or favoring charging station operators associated with the distribution company
- Pricing practices in the charging station market
- Evaluation of horizontal collaborations and mergers to be established with the theme of sustainability

c. Recent Competition Law Developments in the Electric Vehicle Charging Station Market

United Kingdom

The UK Competition and Markets Authority (“CMA”) published the Electric Vehicle Charging Market Study report on 8 March 2022, in line with the UK Government’s aim to ban the sale of new petrol and diesel vehicles by 2030.¹⁸ The report examines long-term exclusivity arrangements at motorway service stations, particularly the operations of The Electric Highway. CMA found that The Electric Highway had exclusive agreements with major service area operators covering approximately two-thirds of motorway service areas in the UK and launched an investigation into suspicions that these automatically renewable arrangements could have anti-competitive consequences. As part of the CMA’s investigation, The Electric Highway has undertaken not to apply exclusivity in contracts made with certain operators after November 2026, and the CMA has concluded that this commitment is sufficient to address competitive concerns. As a continuation of its work in the electric vehicle charging market, CMA emphasized the following points in the open letter it published on 16 November 2023 to charging point operators and motorway service area operators:¹⁹

¹⁸ CMA, *Investigation into the supply of electric vehicle chargepoints on or near motorways*, 08.03.2022.

¹⁹ CMA, *CMA open letter regarding electric vehicle charging competition along motorways*, 16.11.2023.

- » The electric vehicle market is developing rapidly, and it is important to identify and solve the problems that arise in this field early and to remove the obstacles to the transition to electric vehicles,
- » Charging points located in highway service areas are important in establishing drivers' confidence by reducing range anxiety,
- » There are some obstacles to competition and investment in the charging sector, and this situation may increase the competitive advantage of established operators while limiting the entry of new entrepreneurs into the market,
- » It is necessary to remind the obligations under competition law for undertakings in the electric vehicle charging market and to emphasize that long-term exclusivity arrangements may hinder competition,
- » CMA will continue to monitor pricing/competition on highways and intervene when necessary,
- » CMA's interaction and cooperation with other stakeholders such as the "Office for Zero Emission Vehicles (OZEV)" will continue to ensure effective competition in the market.

The UK Government has made a commitment to ban the sale of petrol and diesel vehicles from 2030. The government plans to reduce greenhouse gas emissions by 78% compared to 1990 by 2035 by switching to electric vehicles and to move to net zero in 2050. This transition requires a comprehensive competitive electric charging network to be available across the country. It is estimated that more than half of the charging needs of electric vehicles in the UK will be met on motorway service areas²⁰ ("MSAs"). Because of this rate, the CMA believes that MSAs have an important role to play in achieving the net zero target. According to the CMA, the challenges to be overcome for the development of a comprehensive electric vehicle charging network are identified as follows:

- › There is "range anxiety" for electric vehicle drivers. Therefore, it is important for these drivers to be able to travel within a network where they can meet their charging needs without interruption.
- › Significant investments are required to increase the number of electric vehicle charging points. In this regard, it should be taken into consideration that ultra-fast charging points may be needed in MSAs in the near future. As charging demand and electric vehicle usage increases, the density at stations will also increase, so charging service will need to be provided faster. In this context, CMA has set the goal of having at least six ultra-fast electric vehicle charging points in each MSA by 2030.
- › There will be costs associated with increasing grid capacity and up-

²⁰ Highway service areas refer to the stations to be established on highways, street stations in the city center are not included in this scope.

grading the grid network required to support the expansion of electric vehicle charging in MSAs, which will require significant upfront capital investment.

- › High upfront costs of network capacity upgrades and other infrastructure costs for charging point operators²¹ (CPOs).

The UK has planned to invest £950 million under the Rapid Charging Fund (RCF) to improve network capacity and connections on highways. According to the CMA Electric Charging Sector Report, RCF presents a significant opportunity to initiate and increase electric vehicle charging point competition within MSAs. Obtaining this financing offered through RCF will likely occur through a competitive bidding process across multiple CPOs in their respective MSA areas.

According to the CMA's findings, Electric Highway, which was taken over by Gridserve, entered into long-term exclusivity agreements with three MSAs (Moto, Roadchef, Extra). Electric Highway will be able to install and operate electric vehicle charging points in areas of the three MSAs. The regulations cover two-thirds of all MSAs in the UK. Exclusivities usually expire in 2028 or 2031 and can be automatically renewed.

The CMA's competitive concerns in terms of these long-term exclusivity agreements are as follows:

- Other charging point operators will be excluded from competition in the areas of the three MSAs with which exclusivity agreements have been made.
- Effective use of RCF, which will be implemented at the beginning of 2023 at the latest, may be prevented. Thus, the expected effectiveness in terms of market entries, investment and competition in the market will be limited.

In response, Gridserve and three MSAs have submitted commitments to address competitive concerns:

- i- Shortening the period of exclusive rights in contracts with Moto by approximately two years and with Roadchef by approximately four years, reducing the application of exclusivity provisions in relevant agreements to a period of approximately 5 years, and committing not to apply exclusivity to charge point operators or MSA operators planning to use additional network capacity financed by RCF has been made.
- ii- Gridserve will make significant investments of over £200 million be-

²¹ *Chargepoint operators: Charging station operator as defined in the Charging Services Regulation in Türkiye.*

- tween 2021-2025 (before significant increases in demand expected by 2030). Almost all of the 50 kW fast charging points, which previously belonged to Electric Highway and transferred to Gridserve with the acquisition, will be replaced with new technology. The number of EVs that can be charged simultaneously will be doubled. This investment program also includes investment of over £100 million in ultra-fast electric vehicle charging points.
- iii- Earlier entries will be allowed while long-term exclusive arrangements are in place. The additional RCF-funded capacity at all sites receiving RCF funding will come online and be available for use no later than November 2026. The environment to be financed with RCF will be established, and exclusivity will be removed in 2030, when the main demand increases.
 - iv- Obstacles in long-term exclusive regulations that will prevent the effective dissemination of RCF, which will be implemented at the beginning of 2023 at the latest, will be removed.
 - v- All market participants will be aware of when the exclusivity of the electric highway will end and will be able to plan accordingly, including RCF financing.
 - vi- Consumers will be benefited by ensuring that the planned investments are burned by Gridserve. Effective dissemination of RCF will not be hindered by long-term exclusive regulations.
 - vii- Strong anti-avoidance, reporting and compliance measures will be taken²².

France

The French Competition Authority *Autorité de la concurrence*, launched a sector review of the electric vehicle charging infrastructure sector on 5 May 2023. Within the scope of the sector review, it was aimed to determine potential market boundaries, examine the competitive dynamics of various value chain segments, and examine the positions and contractual relationships of existing players, considering that the electric vehicle charging infrastructure is essential for the development of e-mobility. It was also stated that a more detailed analysis will be made on market segments that are important for electric vehicle users, such as public electric vehicle charging infrastructure, including highways, and private electric vehicle charging infrastructure in public housing. It is emphasized that the analysis aims to address potential anti-competitive practices by providing a competitive and dynamic market that benefits consumers and encourages innovation.²³

²² CMA, *Gridserve Decision*, Case no: 51050, 08.03.2022.

²³ *Autorité de la concurrence, Opinion on electric vehicle charging infrastructure sector: The Autorité sends questionnaires to stakeholders*, 05.05.2023

European Union

On 17 April 2023, the European Commission announced that it extended the duration of the Motor Vehicle Block Exemption Regulation (MVBBER) for another five years and that MVBBER will be valid until 31 May 2028.²⁴ Additionally, the Supplementary Guidelines for the automotive sector have been revised to help undertakings assess the compliance of their vertical agreements with EU competition rules. These updated guidelines also guarantee after-sales operators access to vehicle-generated data required for vehicle maintenance and repair. The decision to extend the regulation aims to enable the Commission to react in a timely manner to potential market changes such as car digitalization and electrification trends. In this context, the following updates are included in the Additional Guidelines:

- It has been emphasized that data generated by vehicle sensors can be vital for providing maintenance and repair services. Accordingly, authorized and independent repairers must be provided equal access to this data in accordance with Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). Existing principles regarding the sharing of technical information required for maintenance and repair services, including data generated by automobiles, are clearly stated.
- It has been stated that vehicle suppliers must comply with the principle of proportionality in storing inputs, including data generated by automobiles, due to potential cybersecurity concerns.
- It has been emphasized that Article 102 of the TFEU may be applied if suppliers unilaterally deny access to independent service providers to important inputs, such as data produced by automobiles.

Japan

The Japan Fair Trade Commission published the industry research report on electric vehicle charging services on highways on July 13, 2023. The industry research in question shows that ten years ago, e-Mobility Power Corporation ('eMP') was almost the only company with the capacity to install electric vehicle charging stations on highways, and as of March 31, 2023, approximately 98.7% of installed electric vehicle charging stations It was determined to belong to eMP.²⁵

In the current market environment where several companies can independently provide electric vehicle charging services, concerns have been raised about potentially stifling innovation and market competition if a single company dominates all highway chargers. To promote fair and free competition, Japan's

²⁴ European Commission, *Commission prolongs Motor Vehicle Block Exemption Regulation and updates the Supplementary Guidelines*, 17.04.2023.

²⁵ Japan Fair Trade Commission, *Market Study Report on the Electric Vehicle (EV) Charging Service on Expressways*, 13.07.2023.

competition policy recommends that highway companies choose from several electric vehicle charger installers. This approach aims to promote the efficient use of resources through competition, increase company viability, increase consumer benefits and stimulate innovation. Additionally, the report emphasized that exclusivity agreements between electric vehicle charger suppliers and highway companies may pose risks under the Japanese Competition Law. These evaluations reveal Japan's proactive approach to preventing market concentration in the electric vehicle charging sector.

Italy

On April 14, 2023, the Italian competition authority AGCM launched an investigation against the Italian energy giant Enel on the grounds that it abused its dominant position by implementing a pricing policy aimed at hindering competitors for electric vehicle charging. In the investigation initiated on the allegation that Enel abused its dominant position by applying margin compression to operators of electric charging services, AGCM determined that Enel demanded wholesale prices for undertakings operating in the market outside its group companies for access to its own charging network points, and that this wholesale price interfered with the minimum profitability of the undertakings.²⁶

Germany

The German Competition Authority Bundeskartellamt published the preliminary findings of its sector research on public charging infrastructure for electric vehicles on 12 October 2021. The Bundeskartellamt found that the current competition in the charging station market was not sufficient and stated that competition would help promote affordable prices and a variety of options for consumers. In this regard, it has been stated that access to public areas should be provided in a non-discriminatory manner and for this purpose, tender procedures should be used effectively. On the other hand, it was mentioned that the tender procedure is not used sufficiently in the current situation and in some cases, public areas are given directly to a company. It has been stated that legal regulations are needed to prevent discriminatory practices against enterprises.²⁷

²⁶ *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Investigation Initiated Against Enel for Possible Abuse of Dominant Position in the E-Mobility Sector, 14.04.2023.*

²⁷ *Bundeskartellamt, Calls for More Competition in the Provision of Charging Electricity - Preliminary Findings of Sector Inquiry into Charging Infrastructure, 12.10.2021.*



PHARMA

The pharmaceutical is one of the most important industries with a significant diversity and quantity of production and export potential and high added value. The pharma industry is contributing to the development of the country through its innovation and the employment capacity it and playing a central role in national health policies and public access to health services.

The Covid-19 pandemic, which has become the world's main agenda in recent years, has led to a global health mobilization and the importance of the pharmaceutical industry has once again emerged. With the supply problems brought about by the Covid-19 pandemic, consumers' hesitations and changing behaviors with regard to visiting hospitals, the increase in chronic diseases and technological advances, the pharmaceutical industry has started to develop rapidly, and change has become inevitable. In addition to strengthening Türkiye's strategic capacity in pharmaceutical production and supply, investments have also been made in biotechnology products and vaccine development.

In this process, pharmaceutical companies are exploring new ways of working, such as developing innovative partnerships, investing in digital technologies and focusing on a patient-centered approach, to remain competitive and meet the needs of patients. Other innovations in healthcare and pharmaceuticals include the use of digital technologies such as wearables to improve patient outcomes, digital tools to monitor patient health and track treatment, and telemedicine platforms that allow patients to receive care in the comfort of their own homes.¹

The pharmaceuticals differ from other industries as it directly affects public health, has a low price elasticity of demand and is heavily regulated.² Competition in the pharmaceutical markets depends on many factors, such as R&D

¹ KPMG, *Health and Pharmaceutical Sectoral Overview 2023*,

² Ebru Özaktaş, *Payment-for-deferral Agreements in the Pharmaceutical INDUSTRY IN THE Light of US and EU Practices*, 3

activities, license requirements, access to capital, intellectual property rights, pricing regulations, promotional efforts, commercial risks, etc. Several competition concerns arise in the pharmaceutical sector due to the combination of limited patient access to affordable and innovative essential medicines at very high and unsustainable prices, active pharmaceutical company strategies and limited national government bargaining power. This study first summarizes the developments and the general situation in the pharmaceutical sector in 2023 and then illustrates the competition law risks in the pharmaceutical sector by means of sample decisions.

1. Turkish Pharmaceutical Market in 2023³

Türkiye has a highly developed pharmaceutical industry in terms of production technology, capacity and standards. Türkiye is one of the important developing markets for the pharmaceutical industry due to factors such as the country's advanced healthcare infrastructure, improvements in diagnostic and treatment facilities, increasing health awareness, migration and rapid population growth. According to Intercontinental Marketing Services (IMS) data; Türkiye is considered as one of the seven developing markets along with Brazil, China, Mexico, South Korea, Russia, and India.

Growing at a CAGR of 6.9% over last 5 years, the global pharmaceutical market reached a sales volume of USD 1,448 billion in 2022, representing a 7.8% growth compared to the previous year. Looking at the pharmaceutical market size of countries in 2022, the US is the country with the largest pharmaceutical market with USD 643.1 billion, while Türkiye ranks 22nd with a pharmaceutical market size of approximately USD 7.7 billion. Although the Turkish pharmaceutical market grew by 78.1% in 2022 in local currency terms due to price increases and new products and packages entering the market, the market contracted by 4.8% in USD terms compared to the previous year. The main reasons for the contraction of the pharmaceutical market in dollar terms, despite the high growth rate in local currency terms, are the rapid depreciation of the Turkish lira against the exchange rate and the fact that the fixed drug exchange rate used in drug pricing remains very low compared to the real exchange rate.⁴

Türkiye, whose box sales in the pharma market grew by 7.9% between 2020 and 2022, was the only country among the selected countries where the market contracted in dollar terms, despite being the country with the highest growth in terms of boxes. In terms of patent-protected pharmaceuticals, patent-protected products account for approximately 15% of the total pharmaceutical market value in Türkiye, and when we look at the distribution of patent-protected products by therapeutic areas as of 2022, approximately 57%

³ IQVIA, *Türkiye Pharmaceutical Industry Report 2023*

⁴ *ibid*, 16

of the sales value will come from oncology and 20% from treatments in the digestive system and metabolism.⁵ In terms of biotechnological medicines, there are 124 reference biotechnological medicines and 28 biosimilar medicines available for sale in the Turkish pharmaceutical market in 2022. While 16.6% of the Turkish pharmaceutical market is composed of biotechnological drugs, this ratio is 35.8% in OECD countries and 29.9% in EU member states.⁶

In terms of investments in the pharmaceutical industry, companies in Türkiye realized FDI outflows of USD 69 million in 2020 and USD 12 million in 2021 in the pharmaceutical sector. FDI in the pharmaceutical industry in Türkiye amounted to 111 million dollars in 2019 and 277 million dollars in 2020, but 37 million dollars of foreign investment left the country in 2021.⁷

Prominent international investments in the Turkish pharmaceutical industry as follows:⁸

- » Within the scope of the local production project, Abbvie will manufacture eye health products at Abdi İbrahim's production facility. The announced value of the investment, which is expected to start commercial production in late 2023 or early 2024 and will provide global technology transfer, is EUR 20 million.⁹
- » Gilead, in cooperation with Pharmactive Pharmaceuticals, started to produce its innovative drugs developed in the fields of hepatitis and HIV in Türkiye in 2022. The investment value of the local production project was announced as 60 million dollars.¹⁰
- » In cooperation with GSK and Abdi İbrahim, the Sterile Inhalation Facility, which will produce nebulas used in the treatment of respiratory diseases at international standards, became operational in December 2022. The investment amount of the project, which was realized with the support of the Investment Office of the Presidency of the Republic of Türkiye, is 340 million TL.¹¹
- » Sanofi localized €6.5 million in imports by bringing 3-layer tablet manufacturing technology to its production facilities in Türkiye with a local manufacturing investment in 2023.¹²

In Türkiye, pharmaceutical companies are engaged in mergers and acquisitions

⁵ *Ibid.*, 17

⁶ *ibid.*, 20

⁷ OECD.Stat (2021), *Financial FDI Flows*, Accessed: August 2023.

⁸ IQVIA, *Türkiye Pharmaceutical Industry Report 2023*, 23

⁹ *Hürriyet* (2023), <https://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/gozdamlasini-artik-turkiyede-uretecek-42270752>

¹⁰ *Bloomberght* (2023), <https://www.bloomberght.com/ilac-devinden-turkiye-ye-60-milyon-dolarlik-yatirim-2308442>

¹¹ GSK (2022), <https://tr.gsk.com/tr-tr/medya/basin-bultenleri/gsk-turkiye-ve-abdi-ibrahimden-solunum-ilaclarinin-yerliuretimi-icin-dev-yatirim/>

¹² AA (2023), <https://www.aa.com.tr/tr/sirkethaberleri/saglik/sanofi-turkiye-uroloji-alanindaki-yeni-teknoloji-transferini-tanit-ti/680789>

with biotechnology companies, especially those focused on innovative drug development, in order to expand their portfolios, strengthen their R&D activities or enter new markets.

Table 5: The Largest Mergers and Acquisitions in the Turkish Pharmaceutical Industry in the Last 20 Years

YEAR	TARGET COMPANT	INVESTOR	SHARE RATIO (%)	DEAL VALUE (MILLION DOLLARS)
2012	Mustafa Nevzat Pharmaceuticals	Amgen	95,6	669,2
2007	Eczacıbaşı Generic Medicine		75	606,5
2009	Eczacıbaşı-Zentiva Health Products	Zentiva	25	193,1
2020	OM Pharma	Abdi İbrahim	28,5	549,0
2019	Sanovel Pharmaceuticals	MCP – Morgan Stanley&CO LLC	30	200,0
2006	Biorfarma Pharmaceuticals	PiLS – CVCI	100	200,0
2022	Gensenta (Formerly Mustafa Nevzat)	Eczacıbaşı Pharmaceuticals	100	135,0
2011	Frik Pharmaceuticals	Recordati	100	130,0
2015	Neutec Total Quality	Takeda	100	121,4
2003	Fako Pharmaceuticals	Actavis Group (Formerly Pharmaco)	89	60,0
2006			11	20,4
2008	Yeni Pharmaceuticals	Recordati	100	60,0
2008	Monrol Nuclear Products	Eczacıbaşı Pharmaceuticals	50	43,4
2008	Frik Pharmaceuticals	Business Venture Capital	17	15,3

Source: EMIS

Note: Deals realized in the last 20 years, with announced deal values and over \$10 million in value, are shown.

MCP: Metric Capital Partners, PiLS: Partners in Life Sciences, CVCI: Citigroup Venture Capital International

As can be seen, the acquisition of Mustafa Nevzat Pharmaceuticals by the US-based pharmaceutical company Amgen for USD 669 million in 2012 was the highest value deal in the history of the Turkish pharmaceutical sector. Mustafa Nevzat Pharmaceuticals, which was recently renamed Gensenta Pharmaceuticals, was included in Eczacıbaşı Group in 2022 with an acquisition worth \$135 million¹³, and the relevant transaction was also subject to a decision of the Turkish Competition Authority (TCA). In its assessment, TCA determined that the undertakings party to the transaction overlap horizontally in the A02B-

¹³ IQVIA, Türkiye Pharmaceutical Industry Report 2023

antiulcer drugs, A04A- prevention of nausea, C08A- anti-hypertensives, D07B- topical corticosteroid creams, G04D- urinary incontinence drugs, J01D- cephalosporin group antibiotics, L01B- oncology drugs, L02B- androgen suppressing oncology drugs, M01A- painkillers, M03A- muscle relaxants, N05A- antipsychotic drugs, N06A- antidepressant drugs, V03X- vitamins, minerals and dietary supplements and D01A- skin fungicides ATC-3 in Türkiye and made a separate assessment for each class, and concluded that the low market share of the parties to the transaction, the existence of many strong competitors and the operation of a large number of undertakings, taken together, would not significantly reduce effective competition in the relevant market as a result of the transaction.¹⁴

2. Market Structure and Characteristics of the Pharmaceutical Industry

The pharmaceutical industry differs from other industries with features such as being heavily regulated due to healthcare services, information asymmetry between doctors, patients and other market actors, and uncertainty stemming from demand and service delivery quality. However, the decisive role of intellectual property law in the pharmaceutical industry and similar factors, distinguish the pharmaceutical industry from the health sector.¹⁵

The sector has a structure where R&D studies and promotional activities are quite intense. Since the sector is known for the size of the budgets spent on R&D studies, the financial strength required to enter the market is seen as an entry barrier. However, the strong protection of intellectual property in the sector reduces barriers to entry. Because the company that wants to enter the market with a new drug is protected against other companies with its patent rights and can reach a significant size in the market until the patent protection ends. In this context, it should be mentioned that there are two types of manufacturers in the pharmaceutical industry. These are the original manufacturer companies that develop new drugs and put the developed drug on the market for the first time, and generic drug companies that prove that they are equivalent to the original drug by copying the content of drugs whose patent protection period has expired, under the law.

Original drug manufacturers focus on R&D activities and produce and promote the drugs they have developed, while smaller-scale generic drug manufacturers enter the market with the generic of the original product after the intellectual property protection of the successful original product has expired. At this point, the duration of patent protection may differ according to the agreements between original drug manufacturers and generic drug manufac-

¹⁴ TCA decision - 13.10.2022, 22-47/679-289

¹⁵ Turkish Competition Authority, *Pharmaceutical Sector Report*, April 2013

turers, the original manufacturer's production of its own generics, and public policies regarding generic drugs¹⁶. In order for a drug to be patented; it must be new, contain an inventive step, and meet the conditions to be applicable to the industry.¹⁷ In addition to patent protection, the market entry of generic drugs differs according to profitability expectations, market size before patent protection, type of disease, number of competing products, hospital sales rates and whether there is a therapeutic market.¹⁸

At the distribution level in the pharmaceutical sector, there are pharmaceutical warehouses in the position of wholesalers. Pharmaceutical warehouses are the channel between manufacturers or suppliers, and retailers, and they carry out the distribution and local storage of medicines. There are two types of pharmaceutical warehouses in terms of their activities. Primarily, pharmacy warehouses sell to pharmacies at the retail level, and the second is pharmaceutical warehouses that enter hospital tenders. Although the general segmentation is like this, pharmaceutical warehouses also operate in both areas. In terms of pharmaceutical warehouses selling to pharmacies, the markets are generally concentrated markets with a small number of big players.

The Anatomic Therapeutic Chemical (ATC) classification is based on the relevant market analysis included in the competition law evaluations regarding the pharmaceutical industry. In the ATC classification, the products are grouped according to the organs or systems they are practical and treat, therapeutic, pharmacological (structure and effect of the drug) and chemical properties, and these groups consist of 16 primary categories. There are four levels in each category, from general to specific. The first level of the category (ATC-1) is the most general, and the fourth level (ATC-4) is the most detailed. While the market definition is predominantly made according to the ATC-3 classification based on the therapeutic properties or chemical structure of the drug, it is also possible to define the market more narrowly on the basis of the active substance or ATC-4 when the examination requires.¹⁹

3. Competition Law Risks in the Pharmaceutical Industry

The behaviors that are observed to occur in the pharmaceutical markets in our country and in the world that have been subject to examination in terms of competition law can be listed as follows:

- » Price determination agreements between pharmaceutical manufacturers,
- » Excessive pricing for certain drugs,

¹⁶ European Commission, *Competition Enforcement in the Pharmaceutical Sector*, 2009

¹⁷ European Commission, 2009

¹⁸ Moreno-Torres, "Generic Entry into the Regulated Spanish Pharmaceutical Market", 2009

¹⁹ TCA decision, 12.12.2019, 19-44/732-312

- » Agreements between original drug producers and generic drug producers (reverse payment, pay for delay) in order for generic drug manufacturers not to enter the market or to enter the market late,
- » In order to prevent generic drug producers from entering the market, original drug producers offer new versions of existing drugs under a new name (product-hopping),
- » Prevention of generic drug producers' access to drug samples required for biodiversity testing by original drug manufacturers,
- » Exclusionary discount systems and exclusive purchasing conditions included in contracts made with buyers by drug manufacturers who are dominant in certain drug or drug groups,
- » The refusal of pharmaceutical manufacturers to supply goods to pharmaceutical wholesalers,
- » Practices that make it difficult for bioequivalent drug manufacturers to enter the market,
- » Competition interventions to protect the innovation element in mergers / acquisitions in the sector (separation of R&D units),
- » Vertical agreements between pharmaceutical manufacturers and pharmaceutical wholesalers, which include exclusivity provisions and various competition restrictions,
- » The pharmaceutical wholesalers agree to supply with pharmacies,
- » Practices that interfere with the commercial decisions of the members of professional organizations at the pharmacy level,
- » Professional organizations pressuring drug manufacturers not to give products to some pharmacies for various reasons,
- » Vertical agreements between drug manufacturers and pharmacies,
- » Professional organizations call pharmacies for boycott of some pharmaceutical companies.

In this context, the following section first discusses the decisions that are important in terms of reflecting the perspective of the TCA and other competition authorities on the pharmaceutical sector, and then presents the issues most frequently addressed by the competition authorities in 2023 regarding competition risks that may arise in the pharmaceutical sector, along with sample decisions.

4. Prominent Antitrust Cases in Previous Years

» TCA – Sanofi decision²⁰

TCA, in its decision regarding the allegation that Sanofi Aventis Pharmaceuticals Ltd. violated Article 6 of Law No. 4054 by engaging in practices aimed at excluding small-scale pharmaceutical warehouses from the pharmaceutical

²⁰ TCA decision - 20.4.2009, 09-16/374-88

distribution market, decided to impose an administrative fine on the undertaking, considering that the company had a 100% dominant position in the pharmaceutical markets with 30 different active ingredients and distorted competition in the wholesale distribution phase of the pharmaceutical sector through the sales conditions it implemented in March 2008.

The Authority evaluated the practice of Sanofi Aventis, which changed the maturity system from 60 to 180 days for different pharmaceutical groups as of 1.3.2008 and limited the maturity to 15 days for purchases of pharmaceutical warehouses below YTL 250,000 per month, and

- › that the inability to purchase medicines from Sanofi Aventis, which has a significant share in many pharmaceutical groups, has put the warehouses in a difficult situation,
- › The Sanofi Aventis practice under investigation is directly aimed at changing the market structure, limiting market entry, which is an indispensable condition for free market conditions, and causing a significant number of warehouses to disappear from the market through an artificial intervention incompatible with the market mechanism,
- › If this practice continues and - most likely - is followed by other pharmaceutical manufacturers, the resulting market structure will not be the result of a natural functioning, but rather the result of market interventions by dominant companies,

and concluded that the sales conditions under investigation were designed to prevent all warehouses from having access to Sanofi Aventis products.

» **TCA – Bilim Pharmaceuticals - GSK decision²¹**

TCA, in its decision examining the request for exemption for the “Cooperation Agreement” signed with Bilim Pharmaceuticals for the exclusive right to promote Seretide, a product manufactured and distributed by GSK, decided to grant individual exemption to the agreement since it meets all the conditions listed in Article 5 of Law No. 4054.

The Agreement stipulates that during the term of the Agreement, Bilim Pharmaceuticals will not market, promote, sell and/or distribute competing products containing the same active substance as Seretide. In its assessment, TCA stated that;

- › Bilim Pharmaceuticals cannot benefit from group exemption since it is the manufacturer of Ventefor Combi, a generic product in ATC-3 class, which is in competition with Seretide,
- › Considering the fact that the promotion of Seretide will be carried out by

²¹ TCA decision - 13.03.2017, 17-10/119-54

Bilim Pharmaceuticals at a lower cost, and that GSK's existing resources can be mainly allocated to the promotion of Relvar Ellipta and Anoro branded products and that some of the resources that will arise from the reduction of promotional expenditures can be directed to price competition, it has been evaluated that the conditions specified in subparagraphs (a) and (b) of the first paragraph of Article 5 of Law No. 4054 are met.

On the other hand, the Authority made the following assessments in its decision;

“Some agreements between competitors in the pharmaceutical market for human use may serve to share anticompetitive benefits between the parties in a tacit cooperation. One of the most common examples of this is where the originator company provides benefits to the generic company in exchange for the generic company not entering the market. If this consideration is paid directly to the other party, it would be relatively easy to detect and difficult to defend under the competition rules. Therefore, it may be preferable to hide the underlying relationship behind an innocent-sounding agreement. In response to the question whether Bilim Pharmaceuticals is developing a new product in the relevant ATC-3 class and whether it has applied for a new marketing authorization, including withdrawn ones, in view of the above concerns, the parties replied that there is no such study or application. On the basis of this information, it was concluded that the second concern was also not valid with regard to the current file”.

Within this framework, the application was granted an exemption after confirming that Bilim Pharmaceuticals had not developed a new product in the relevant ATC-3 class and had not applied for a new marketing authorization, including those withdrawn.

The decision contains important findings in terms of the Authority's approach to generic competition. In the decision, it is clearly stated that an agreement between competitors may conceal an agreement with a different purpose. As can be seen, the Authority's approach to deferral-payment agreements emerges within the framework of exemption cases handled under Article 5 of the Law rather than cases examined under Articles 4 and 6 of the Law on the Protection of Competition No. 4054.

» **TCA – Roche decision**²²

TCA examined the request of Roche Müstahzarları Sanayi A.Ş. for an exemption for limiting the number of pharmaceutical warehouses, which

22 TCA decision - 12.12.2019, 19-44/732-312

currently exceed 30, to between 5 and 10 and not working with warehouses other than these warehouses in the distribution of pharmaceuticals for human use to pharmacies and private hospitals. In its assessment, TCA stated that

- › There is a high concentration in the field of pharmaceutical warehousing,
- › In a market structure without small-scale pharmaceutical warehouses, it will be difficult for some pharmacies to operate,
- › The market may remain under the control of certain undertakings for a long period of time due to the implementation and possible subsequent implementations,
- › A small number of pharmaceutical warehouses that can distribute all products may resort to tying/loyalty discounts to make package purchases attractive in order to shift a higher proportion of pharmacists' purchases to them,
- › In a structure where there are far fewer warehouses (between 5-10) than the current situation and the level of competition is reduced, the cost of delivering their products to pharmacies will increase for national generic drug manufacturers and smaller-scale original drug manufacturers,
- › The contract may make it more difficult for small and medium-sized pharmaceutical warehouses to operate and may increase the level of concentration in the markets in the event that these warehouses exit the market and/or there are no new entries.

» **TCA - BAYER Decision**²³

TCA has decided to grant an individual exemption to the Tender Sales Agreement concluded between BAYER and MEDİFAR Pharmaceutical Warehouse regarding the exclusive authorization of MEDİFAR for tenders to be held in accordance with the provisions of the Public Procurement Law for state and university hospitals located throughout Türkiye and for purchases to be made within the framework of direct procurement in respect of the BAYER products Gadovist, Ultravist and Urografin.

In its assessment, TCA stated that

- › If pharmaceutical manufacturers do not work exclusively with pharmaceutical warehouses, there may be risks of increased transparency and coordination risks among these manufacturers,
- › If a pharmaceutical warehouse works with the manufacturer of two competing products with the same active ingredient, it may affect

²³ TCA decision - 28.07.2020, 20-36/488-214

- product diversity and supply in the relevant market by not submitting competitive price offers for both products in tenders,
- › Competitive products can be excluded from tenders in the absence of a non-compete obligation,
 - › With this working system, patients will have faster and more complete access to medicines, the distribution network and logistics capacity will be more effective, and urgent requests can be completed as soon as possible with a strong inventory structure.

» **Dutch Competition Authority - AbbVie Decision**²⁴

The ACM (Authority for Consumers and Markets) has examined allegations that AbbVie, the former patent holder, attempted to hinder the entry of bio-similar producers into the market following the expiration of the patent for the active ingredient “adalimumab” used in Humira, by starting to offer discounts to hospitals for (i) continuing the use of Humira by their patients and (ii) not transitioning to biosimilar drugs.

At the end of 2018, the patent for the active ingredient “adalimumab” used in Humira expired in the Netherlands. Until the expiration of the patent, this drug, which had the highest turnover among all drugs in the Netherlands, was commonly prescribed for rheumatism, psoriasis, and Crohn’s disease. After the expiration of the patent, drug manufacturers were allowed to produce generic variants of the active ingredient and market biosimilars. In response, AbbVie began offering discounts to hospitals for patients to continue using Humira and not transition to biosimilar drugs in order to maintain its position in the market. However, in 2019, the ACM initiated an investigation into the discounts AbbVie offered to hospitals in 2018.

While AbbVie did not admit to the violation allegations, it made the following commitments:

- › AbbVie will ensure that its commercial contracts do not contain any provisions that exclusively require purchasing from AbbVie or any similar provisions that could have a similar effect.
- › AbbVie will not exercise its right to terminate hospital contracts without violating the contract by removing the mutual termination clause in the “adalimumab” contracts with hospitals.
- › AbbVie will strengthen its compliance policy and compliance training by focusing on appropriate and ethical behavior in purchasing procedures, including not asking questions about offers and/or prices made by competitors to hospitals and other buyers. Compliance training will be provided at least once a year.

24 *Hollanda Rekabet Otoritesi kararı - 24.09.2020*

The ACM found these commitments sufficient and decided to monitor the implementation process, concluding that this would allow hospitals, patients, and insurers to benefit from opportunities to enter the biosimilars market.

» **EUROPEAN COMMISSION – Acknowledgment of Aspen’s Commitments**²⁵

Aspen, a global pharmaceutical company, committed to reduce its prices in Europe for six cancer medicines and to ensure the continued supply of these off-patent medicines for a significant period. During the investigation held in 2017, the Commission found that Aspen has earned very high profits from the sale of cancer medicines in Europe by progressively increasing its prices and thus, exceeding the relevant costs by almost 300%. The Commission added that this profit was made without any legitimate reasons since these medicines have been off patent for 50 years, thus no R&D fees were being paid. Aspen also threatened to withdraw the medicines from the national list of reimbursable medicines from the supply market when national authorities tried to resist the price increase. The Commission found concerns that Aspen’s behavior may be in breach of EU competition rules. In fact, Article 102 TFEU prohibits the abuse of a dominant market position, including the imposition of unfair pricing in the form of excessive prices.

To address the competition concerns Aspen committed that:

- › It will reduce its prices across Europe for the six cancer medicines by approximately 73%,
- › The reduced prices will be the maximum that Aspen can charge for the coming 10 years. They will start taking effect already as of 1 October 2019, and
- › Guarantees the supply of the medicines for the next 5 years, and, for a 5 five-year period, will either continue to supply or make its marketing authorization available to other suppliers.

As a result, the Commission noted that Aspen’s final commitments provide a swift, comprehensive, and durable solution to competition concerns and therefore make them legally binding.

» **Roche – Novartis Decisions**

The allegation that Roche AG and Novartis AG engaged in cartel activities to promote the use of Lucentis, which is more expensive than Avastin, and to discourage and limit the off-label use of Avastin has been the subject of many competition authority decisions.

Avastin (licensed for the treatment of tumor diseases) and Lucentis (licensed

²⁵ *European Commission decision, 10.02.2021*

for the treatment of eye diseases) are drugs developed by Genentech, a company belonging to the Hoffmann-La Roche group. While Genentech transferred the commercial use of Lucentis to the Novartis group through a licensing agreement, Hoffmann-La Roche retains the marketing and sales rights to Avastin. Although the active ingredients of both drugs are similar (developed in different forms), Avastin has often been used off-label (without authorization by a drug agency) to treat eye diseases due to its significantly lower price compared to Lucentis.

- › In 2014, the Italian Competition Authority found that Novartis and Hoffmann-La Roche had secretly colluded to shift demand from Avastin to the more expensive Lucentis - with the aim of increasing Lucentis sales in line with their profit expectations by increasing and disseminating concerns about the safety of Avastin's ophthalmic use.²⁶ The agreement aimed to disseminate information that increased concerns about the safety of Avastin used in ophthalmology to shift demand to the more expensive Lucentis. According to the Italian Competition Authority, this agreement could have prevented many patients from accessing treatment and caused additional spending of €45 million on the Italian health system in 2012 alone. Following a second-degree appeal procedure against the Authority's decision, the Italian Council of State referred a preliminary ruling to the Court of Justice of the European Union regarding various questions concerning the interpretation of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). In its answers, the Court of Justice clarified, inter alia, that (i) in principle, an off-label medicinal product could be considered to compete with medicinal products authorized for that use and (ii) the communication of misleading information concerning the safety of an off-label medicinal product to the authorities, medical professionals and the public could constitute a restriction of competition for the purpose. Following this appeal, the Italian Council of State upheld the NCA's decision in 2019.
- › Regarding the same drugs, the French Competition Authority imposed a total fine of €444 million on Novartis, Roche, and Genentech in 2020.²⁷ However, the French Competition Authority found that in this case, there was no anti-competitive agreement, but these three undertakings abused their collective dominant positions by preventing the off-label use of Avastin to maintain the position and price of Lucentis. The Authority found that Novartis denigrated Avastin compared to Lucentis for the same purpose by exaggerating the risks associated with off-label use. This communication campaign targeted ophthalmologists, patient associations, and the general public to discredit off-label use. Additionally, the Authority found that Novartis, Roche, and Genentech

²⁶ Italian Competition Authority decision – 27.02.2014

²⁷ French Competition Authority decision – 09.09.2020

intervened unfairly in French health authorities' efforts to promote this off-label use by engaging in obstructive behavior and disseminating misleading information. In an assessment by the Paris Court of Appeal in 2023, it was stated that the relevant undertakings did not act with the intention of denigrating the drug Avastin and that it was unacceptable to provide misleading information to French healthcare institutions; it was concluded that the undertakings did not abuse their dominant positions.²⁸

- › The same case was also subject to a decision by TCA.²⁹ In its assessment, TCA found that the commercial relations between the parties constituted the economic basis of the global strategy reflected in the Turkish pharmaceutical market,
 - ROCHE made significant income from the sales of Lucentis, which is more expensive than its own product and moreover,
 - by misleading about Avastin, the share of the intraocular application of anti-VEGF molecules market and indirectly the customers in this market were shared,

In conclusion, Novartis was fined approximately TRY 165 million, while Roche was fined approximately TRY 113 million. Upon the appeal, the Ankara 13th Administrative Court, with its decision dated 30.12.2022, annulled the Competition Authority's decision on the grounds that it was not sufficiently clear that the undertakings were engaged in concerted practices, the standard of proof required for the characterization of a cartel through concerted practices was not met, and the information and documents available in the file were not sufficient to prove the existence of a cartel

- › With its decision dated 24.01.2023, the Belgian Competition Authority followed the same reasoning and imposed a fine of EUR 2.78 million on Novartis for abusing its collective dominant position with the Roche group³⁰

5. Prominent Antitrust Cases in 2023

- » **EUROPEAN COMMISSION - Report Published on the Implementation of EU Antitrust and Merger Rules in the Pharmaceutical Sector³¹**

The European Commission has published a new report providing an overview of the application of EU antitrust and merger rules by the Commission and national competition authorities in the pharmaceutical sector, following the previous report published in January 2019 and covering the years 2009-2017.

²⁸ Paris Court of Appeal decision – 16.02.2023

²⁹ TCA decision - 21.01.2021, 21-04/52-21

³⁰ Belgium Competition Authority decision – 23.01.2023

³¹ European Commission decision – 26.01.2024

The report assessed that for competition policy and enforcement action in the pharmaceutical sector to be effective, it is necessary to take into account the specific characteristics of this sector and the resulting competitive dynamics, such as the specific demand and supply structure involving various stakeholders and the extensive legal and regulatory framework in different Member States. In this context, the Commission has prepared this report on pharmaceuticals and certain medicinal products in cooperation with the national competition authorities of the 27 EU Member States.

The report mainly consists of six chapters; (i) an overview of the application of competition law in the pharmaceutical sector by the Commission and national competition authorities (chapter 2), (ii) a description of the main features shaping the competition assessment in the pharmaceutical sector (chapter 3), (iii) an explanation of how competition law protected undertakings and consumers during the COVID-19 crisis (chapter 4) and (iv) an illustration of how competition law enforcement contributed to affordable medicines (chapter 5) and innovation and choice in medicines and treatments (chapter 6) through the analysis of antitrust and merger reviews. According to the findings in the report:

In relation to anticompetitive agreements and abuse of dominant position cases, since 2018,

- › the Commission and national competition authorities have made 26 decisions concerning practices in the pharmaceutical supply, imposing fines totaling more than 780 million euros and
- › Accepting commitments legally binding companies to rectify anticompetitive behaviors. There have been over 70 investigations, with 40 concluded and 30 still ongoing.

In the investigations, 11 files are related to the anticompetitive practices of drug manufacturers, 8 files involve wholesalers, and 3 files concern retail distributors, while 4 files are related to practices involving both manufacturers and distributors. These anticompetitive practices have emerged as (i) the abuse of the patent system and the initiation of malicious lawsuits to extend patent exclusivity; (ii) underestimating the products of competitors to protect the dominant company's sales; (iii) collaborations between original and generic companies to keep generic drugs out of the market and share profits from original drugs through delay pay agreements; and (iv) excessive pricing for non-patented drugs.

The most common type of competition issue leading to intervention decisions is the abuse of dominance (50% of cases), followed by various types of restrictive agreements between companies. These include (i) restrictive horizontal agreements among competitors such as agreements involving delayed payments (8%); (ii) explicit cartels (such as bid rigging) (31%); and (iii) vertical agreements

(involving provisions prohibiting distributors from promoting or selling products of rival manufacturers) (11%).

Regarding merger control, the Commission has reviewed more than 30 mergers in the pharmaceutical sector. In five cases, concerns were identified about potential price increases, patients and national health systems being deprived of certain drugs, or a decrease in innovative efforts to develop new drugs. The Commission approved four of these mergers only after the companies offered remedies addressing the Commission's concerns and preserving the current level of competition. One case was abandoned after the Commission expressed initial competition concerns.

Competition authorities have conducted 60 market monitoring and advocacy activities providing insights into market functioning, facilitating the design of regulations and legislation in a more competitive manner, and guiding market participants. In some individual cases, these activities triggered antitrust investigations.

The main competition concerns identified in the report are; (i) increased prices of certain medicines in one or more Member States; (ii) patients and national health systems are deprived of some medicinal products; and (iii) innovation in some treatments developed at European and even global levels is reduced. As a result, the intervention rate in the pharmaceutical sector was approximately 17%. In contrast, the total intervention rate in all sectors during the period was 5%.

The report emphasizes that the effective implementation of antitrust and merger rules continues to play a significant role in ensuring broader access to affordable and innovative drugs, especially during challenging times such as the coronavirus pandemic.

» **The Federal Trade Commission (FTC) – Statement Regarding the Termination of Sanofi's Offer to Acquire Maze Therapeutics' Pompe Disease Drug³²**

FTC filed suit on December 11, 2023 to block Sanofi's acquisition of the exclusive license to Maze's Phase 2 pipeline drug, alleging that the deal would eliminate a new competitor poised to challenge Sanofi's monopoly in the Pompe disease treatment market. According to the FTC's complaint, Sanofi identified Maze as a significant threat to its monopoly in the treatment of Pompe disease shortly after Maze publicly announced its development plans in 2021. Maze's drug was assessed by the FTC to have the potential to not only capture significant market share from Sanofi, but also to replace Sanofi's treatments as

³² FTC decision – 13.12.2023

the standard treatment for Pompe disease. The complaint alleged that the \$755 million acquisition would both increase Sanofi's monopoly power over Pompe disease treatments and reduce innovation competition to develop new Pompe drugs. After the FTC filed a complaint and a lawsuit in federal court, Sanofi announced that it would terminate its agreement with Maze. Subsequently, on December 13, 2023, the FTC announced that it was moving to withdraw its complaint and lawsuit in federal court.

» **EUROPEAN COMMISSION – Merger of Novozymes A/S and Christian Hansen A/S**³³

The European Commission has approved the proposed merger between Novozymes A/S (Novozymes) and Christian Hansen A/S (Chr. Hansen), both bioscience companies, subject to full compliance with the commitments made by the parties. The European Commission's investigations showed that the planned merger would reduce competition in the market for the production of a specific enzyme, lactase, using genetic modification technology. In particular, the European Commission considered that Chr. Hansen has a project to start producing this product and is likely to become an effective competitor within a short period of time. The Commission also found that, following the merger, there would not be a sufficient number of potential competitors capable of exerting sufficient competitive pressure on the merged entity.

In order to address the competitive concerns identified by the European Commission, the parties proposed to divest the following elements:

- Chr. Hansen's project to enter the lactase production market,
- Chr. Hansen's lactase distribution business,
- Novozymes' lactase production facility.

Following the positive feedback received in the context of the market test of the commitments, the Commission concluded that the transaction as modified by the commitments would no longer raise competition concerns and approved the proposed merger subject to full compliance with the commitments submitted by the parties.

» **TCA – Investigation Against Undertakings Operating in the Pharmaceutical Sector**³⁴

TCA has announced that it decided to open an investigation against nineteen undertakings within the scope of the preliminary investigation initiated to determine whether the Act No. 4054 on the Protection of Competition has been violated by undertakings mostly operating in the pharmaceutical sector.

³³ European Commission decision – 12.12.2023

³⁴ TCA decision – 30.11.2023

» EUROPEAN COMMISSION – Acquisition of Seagen by Pfizer³⁵

European Commission has notified that it has unconditionally authorized the acquisition of Seagen by Pfizer on the grounds that the transaction will not raise any competition concerns in the European Economic Area ('EEA'). The Commission first conducted a market study to examine the relevant acquisition. As a result of this investigation, the Commission concluded that the acquisition would not significantly lessen competition in markets where the parties' activities overlap within the EEA. Accordingly, the Commission concluded that the relevant transaction would not lead to;

- A suspension, delay or redirection of the parties' ongoing and overlapping research lines or pipeline projects; regarding the fact that parties' activities are not substitutable in that they concern different patient segments and therapeutic areas and therefore do not have the same impact,
- A loss of innovation due to a structural reduction in the overall level of innovation, especially since there are many players engaged in research and development activities in the area in which Pfizer wants to grow.

Additionally, the Commission stated that the transaction was unlikely to have an adverse impact on prices, as the parties' offers were differentiated and the markets for the treatment of the various types of cancer examined were sufficiently competitive. In conclusion, the Commission concluded that the proposed acquisition would not raise competition concerns for the aforementioned reasons and authorized the transaction unconditionally.

» EUROPEAN COMMISSION - Decision on Pharmaceutical Companies³⁶

European Commission has concluded the investigation launched in April 2019 following a leniency application by C2 PHARMA regarding the involvement of Alkaloids of Australia, Alkaloids Corporation, Boehringer, Linnea and Transo-Pharm in a cartel concerning a key pharmaceutical ingredient by reaching a settlement and imposing a fine. The cartel product was N-Butylbromide Scopolamine/ Hyoscine ('SNBB'), a key raw material in the manufacture of the abdominal antispasmodic drug Buscopan and its generic versions. The Commission's investigation established the existence of a single and continuous infringement in the European Economic Area from November 1, 2005 to September 17, 2019, when six companies coordinated to set the minimum selling price of SNBB to distributors and generic manufacturers, agreed to allocate quotas and exchanged competition-sensitive information.

C2 PHARMA was not fined in April 2019 for disclosing the cartel to the Commission under the leniency program, while in September 2019 Transo-Pharm and Linnea successively applied for leniency to reduce the fines. Six undertakings

³⁵ *European Commission decision – 19.10.2023*

³⁶ *European Commission decision – 19.10.2023*

other than Alchem accepted the cartel and benefited from leniency or settlement and the investigation was terminated for these undertakings. Alchem is not covered by this settlement decision and therefore the investigation against Alchem will continue. C2 PHARMA received full immunity from a fine of approximately €807,000 for uncovering the cartel, while Transo-Pharm and Linnea benefited from a reduction in their fines for their cooperation. In addition, the Commission applied a 10% reduction in the fines imposed on other undertakings under the settlement. Ultimately, the Commission imposed a total fine of €13.4 million on the undertakings in the context of the investigation, which it concluded with a leniency and settlement decision.

» **FTC – Reaching a Proposed Consent Order for Amgen’s Acquisition of Horizon Therapeutic**³⁷

FTC reached a settlement with Amgen Inc. to resolve competitive concerns arising from Amgen’s acquisition of Horizon Therapeutics (Horizon). The FTC stated that the settlement would resolve objections to the acquisition on a nationwide basis and dismiss the federal court injunction action.

In May, the FTC filed a complaint in court to block the proposed transaction. This was the FTC’s first lawsuit against a pharmaceutical merger in more than a decade. Accordingly, the FTC stated that the transaction would give Amgen the power to exclude competitors by strengthening Horizon’s monopoly positions in the market for Tepezza and Krystexxa, Horizon’s drugs used to treat thyroid eye disease (TED) and chronic refractory gout (CRG), thereby increasing barriers to entry and preventing smaller firms from competing in the market. In order to prevent all these, the FTC proposed a settlement, which was accepted by Amgen. Accordingly, Amgen is;

- Prohibited from co-packaging its product with Tepezza or Krystexxa.
- Prohibited from tying any product rebate or contractual terms related to its product to the sale or positioning of either of these drugs.
- Prohibited from using any product rebate or contractual term to exclude or disadvantage any product that may compete with Tepezza or Krystexxa.
- Prohibited from entering into any agreement or understanding to acquire any product or interest in any business engaged in manufacturing or selling any product treating TED or CRG or its equivalents, unless it has obtained prior approval from the Commission.
- Obligated to seek the Commission’s approval for any pre-commercial product that has completed clinical trials to treat TED or CRG.
- Obligated to submit all agreements with payers regarding the formulary, placement, or positioning of Krystexxa or Tepezza to the auditor within 30 days of the agreement.

37 *FTC decision – 01.09.2023*

- Obligated to ensure that all of its employees directly involved in contracts or negotiations with payors regarding the acquisition, scoping, placement, or positioning of Krystexxa or Tepezza, review the agreement and declare in writing that they understand and comply with the obligations of the agreement.
- Obligated to inform the auditor if Krystexxa or Tepezza meets all of the following conditions:
 - Krystexxa or Tepezza is approved by the FDA for patient self-administration,
 - A self-administered version of Krystexxa or Tepezza is commercially available, and
 - A self-administered version of Krystexxa or Tepezza is eligible for coverage as a pharmacy benefit.

Lastly, the FTC announced that it will publish the commitment package shortly.

» **FTC – Publication of Policy Statement on Branded Pharmaceutical Manufacturers’ Improper Listing of Patents in the “Orange Book”**³⁸

On September 14, 2023, FTC issued a policy statement, supported by the US Food and Drug Administration (FDA), stating that pharmaceutical companies that manufacture and sell branded drugs may be subject to investigation for potential antitrust violations in violation of Section 5 of the FTC Act for improperly listing patents in the FDA’s catalog of “Drug Products Approved with Therapeutic Equivalence Evaluations”, known as the “Orange Book”.

The Orange Book is a list of drug products that have been approved by the FDA as safe and effective. If a brand company files a patent infringement lawsuit based on its patent listed in the Orange Book, it is automatically entitled to a 30 months delay in the approval of the marketing application of a competing, less expensive off-patent generic alternative (generic) drug product, regardless of whether the patent is invalid or infringed.

According to the policy statement, inappropriate listing of patents in the Orange Book illegally delays or prevents generic manufacturers from entering the market and deprives consumers of access to lower-cost medicines and pharmaceutical products; it can also harm competition from cheaper alternative generics and artificially raise prices. It is also believed that such inappropriate patent lists have distorted pharmaceutical markets, possibly for decades.

» **FTC – Sues to Block Biopharmaceutical Giant Amgen from Acquisition That Would Entrench Monopoly Drugs Used to Treat Two Serious Illnesses**³⁹

³⁸ *FTC decision – 14.09.2023*

³⁹ *FTC decision – 16.05.2023*

FTC has filed a lawsuit to block the acquisition of Horizon Therapeutics plc by Amgen Inc., a biopharma ceutical giant on the grounds that deal would allow Amgen to leverage its portfolio of blockbuster drugs to entrench the monopoly positions of Horizon medications used to treat two serious conditions, thyroid eye disease and chronic refractory gout.

The acquisition, which is the largest pharmaceutical transaction announced in 2022, could allow Amgen to use rebates on its drugs to pressure insurance companies and pharmacy benefit managers (PBMs) into favoring Horizon's two monopoly products. Amgen has a history of using its broad portfolio and contracting leverage to gain advantages over rivals, and the FTC argues that this acquisition could further strengthen its position. The proposed acquisition raises concerns about barriers to entry for potential competitors and the potential harm to patients, doctors, and health plans. Therefore, The FTC's action is aimed at preventing pharmaceutical conglomerates from entrenching their monopolies at the expense of consumers and fair competition.

» **FTC – Proposed Order to Surescripts⁴⁰**

FTC has filed an injunction in federal court against health information technology company Surescripts for engaging in exclusionary conduct and non-compete agreements with current and former employees. The Commission's order addressed allegations that Surescripts used anti-competitive tactics to monopolize two e-prescription drug markets. With this order, the FTC sought to create a fair and competitive environment in the e-prescription drug market and protect the interests of healthcare consumers.

The Commission noted that a previous court decision confirmed that Surescripts has monopoly power in e-prescription services with a 95 % market share. The Commission also found in a previous case against Surescripts that the undertaking had used illegal vertical and horizontal restrictions to maintain its monopoly in two different e-prescription markets. In this respect, with the proposed order, the Commission aimed to eliminate the anti-competitive practices that Surescripts has been practicing since 2010 and to allow fair competition in the e-prescription pharmaceutical market. The relevant order contains restrictions in the direction of;

- Prohibiting Surescripts from applying contracts that impose majority share requirements (such as exclusivity or loyalty agreements) on referral and compliance customers,
- Preventing Surescripts from using problematic provisions that limit the ability of customers to do business with competitors,
- Prohibiting Surescripts from preventing customers from promoting their services and restricting their communications with competitors,

40 *FTC decision – 27.07.2023*

- Prohibiting Surescripts from preventing competitors from competing on routing and compliance,
- Preventing Surescripts from discriminating against customers or threatening those who reject majority share requirements,
- Prohibiting Surescripts from enforcing non-compete agreements that prevent employees from working for both current and former competing e-prescription service providers.

» **The US Department of Justice (DOJ) – Settlement with Teva and Glenmark⁴¹**

DOJ announced a settlement of price fixing charges against Teva Pharmaceuticals USA, Inc. (Teva) and Glenmark Pharmaceuticals Inc. (Glenmark). Accordingly, both companies were fined in varying amounts, and additional sanctions were imposed to take action to address the violations.

The DOJ noted that the settlements include remedial measures, including the divestiture of the companies' own drug lines for pravastatin, a widely used cholesterol drug that was a key part of the price-fixing violation. In addition, it imposed an obligation on Teva to donate the infringing medicines, valued at \$50 million, to humanitarian organizations that provide medicines to citizens. Both entities agreed, among other things, to cooperate with the department in ongoing criminal investigations and resulting prosecutions, to report to the department on their compliance programs, and to modify those compliance programs where necessary and appropriate.

As a result, as a result of the agreements reached with both undertakings, the DOJ imposed different levels of fines and injunctive and preventive sanctions on the undertakings.

» **TCA – Request for Negative Determination/Exemption for the Exclusive Dealer Agreement between NOVO and ÖZSEL⁴²**

TCA, in its decision which the request for negative clearance/exemption is examined, has decided to grant individual exemption to the Exclusive Dealer Framework Agreement, signed between NOVO and ÖZSEL, regarding the drug and medical equipment procurement tenders to be made by DMO in order to meet the needs of public health institutions.

In the contract, ÖZSEL is exclusively authorized throughout Türkiye in terms of the products subject to the contract for the follow-up, participation and product supply of the drug/medical material procurement tenders made by DMO and to be realized through e-tender, but ÖZSEL is prohibited from participating in the tenders for competing products. The Authority decided that due to the exclusivity and non-compete clauses in the contract, the negative clearance could not be

⁴¹ DOJ decision – 21.08.2023

⁴² TCA decision – 22.09.2022, 22-43/633-264

given to the contract within the scope of Article 4 of the Act No. 4054.

In its evaluation, the Authority defined the relevant product market as a separate product market for each active substance, considering that DMO tenders are carried out on the basis of active substance. It was concluded that the contract benefited from the block exemption in terms of the related products, since the market share of NOVO in five of the eleven drugs and needle tips subject to the contract remained below the 30% threshold on active substance basis and, the period of non-competition in the contract did not exceed the five-year limitation stipulated in the Block Exemption Communiqué. An individual exemption assessment should be made in terms of products with a market share of more than 30% (100%) on the basis of active substance and without generics.

In its individual exemption assessment, the Authority decided to grant an individual exemption to the contract due to the fulfillment of all the conditions listed in Article 5 of the Act No. 4054. The conclusions reached by the Authority as follows:

- (a) In terms of new developments or improvements in the production or distribution of goods and the provision of services, or economic or technical improvement; activities will be provided such as ensuring continuity of supply, delivering products to public hospitals in a timely and complete manner through DMO tenders, enabling patients to reach the drug more effectively by enabling production and stock planning more effectively, ensuring participation by following each tender regularly and increasing inter-brand competition.
- (b) In terms of the benefit of the consumer; Consumer benefits such as ensuring the continuity of supply, applying more discounts to the exclusive warehouse and reducing the government's health expenditures, increasing the quality and product variety will be provided,
- (c) In terms of not eliminating competition in a significant part of the relevant market; There are 37 manufacturers and 32 pharmacy warehouses registered in the Health Market system, however, the majority of licensed drugs are sold through pharmacies, the tender channel has a small share in general sales, so it will not be possible to eliminate competition in a significant part of the relevant market as a result of the contract that is the subject of the application.
- (d) In terms of not limiting competition more than is necessary; In the Health Market platform, which was implemented with the cooperation of the Ministry of Health and DMO, the precondition for entering the tenders opened on the basis of active substances and provinces for public health institutions in terms of pharmaceutical warehouses is that the fact that the pharmaceutical warehouse has signed an exclusive dealership

contract with the manufacturer is the reason for the competition restrictions within the scope of the file to participate in DMO tenders.

» **TCA – Request for Negative Clearance / Exemption to the Exclusive Distributorship Agreement Between BIOGEN and GEN Pharmaceuticals** ⁴³

TCA decided that the agreement which is planned to be finalized regarding the Exclusive Distributorship Agreement signed between Biogen International GMBH (“Biogen”) and Gen Pharmaceuticals cannot be granted a negative clearance due to the fact that the agreement planned to be concluded contains provisions restricting competition under Article 4 of the Act No. 4054, and that the agreement does not benefit from group exemption, however, it was decided to grant individual exemption to the agreement due to the fulfillment of the conditions in Article 5 of the Act No. 4054.

Although TCA conducted a detailed market review in its assessment of the request, it determined that making a detailed market definition in terms of the issues in the current file would not have any effect on the result, and therefore did not need to make a precise market definition. Based on the information provided in the notification form, TCA determined that the current market share of Spinraza, which differs from other medicines used in the treatment of SMA disease in terms of quality and therefore cannot be fully substituted with other medicines, is 100%. Therefore, TCA evaluated an individual exemption for the product since the product in question is above the 30% market share threshold.

Considering the conditions to be met in order for the individual exemption to be granted; that there must be an improvement in the production or distribution of goods and the provision of services, the consumer must benefit, competition must not be eliminated in a significant part of the relevant market, and competition must not be restricted more than necessary, TCA evaluated that;

- › In the event that Spinraza is authorized in Türkiye, the drug will become available in the local market without the need to be supplied from abroad;
- › The licensing of the drug in Türkiye will make it easier for consumers to find the drug,
- › Considering the positive contribution of the exclusivity relationship between Biogen and Gen Pharmaceuticals to the investment motive and pharmaceutical sales activities, there is no elimination of competition in a significant part of the market,
- › The contract does not give rise to any vertical restriction of competition in terms of duration or exclusivities created,

and concluded that the contract fulfils all four conditions of individual exemption and therefore, the contract may be granted individual exemption under Article 5 of Act No. 4054.

⁴³ TCA decision – 15.12.2022, 22-55/853-352



BANKING AND FINANCE

The banking and finance is a broad industry that forms an important part of the economy and includes institutions that provide financial services. Financial markets are mainly composed of banking, insurance, factoring, leasing, private pension, brokerage houses, mutual funds, portfolio management companies, financial technology, and payment systems, where a wide range of products and services are offered and where different markets interact. The traditional banking sector, which has a significant volume among these activities, and the rapidly developing financial technology markets have recently been subject to various competition law practices in the world and in Türkiye. This chapter of the Yearbook, will first summarize the developments and general situation in the financial markets in 2023, and then the competition law risks arising in the banking and finance sector will be explained with sample cases.

1. Financial Markets in 2023

The first quarter of 2023 witnessed a series of important developments that had a significant impact on financial markets. First of all, the Russia-Ukraine war and other geopolitical risks raised concerns and triggered fears of recession, while the countrywide earthquake disaster on February 6 led to a volatile course. In this process, the impact of the steps taken by major central banks abroad to fight inflation and the bankruptcy of some banks raised concerns about recession. Changes in exchange rates and bond yields reflected the effects of global economic uncertainty. In this complex economic environment, the measures and announcements made by central banks have affected investor expectations regarding fluctuations in financial markets.

1.1. Banking Industry

Various geopolitical risks, the pandemic, energy prices, inflationary developments, concerns due to uncertainty, and problems in the supply chain, which have accumulated globally in the last few years and peaked in 2022, have negatively affected the banking sector as we enter 2023. The rise in inflation and the increase in interest rates have made the banking sector's long-term projections uncertain. However, banks focused on sustainability and digital transformation performed positively. Macroeconomic factors, monetary policies, and interest-rate levels were critical for the banking sector in 2023.¹

Despite the positive effects of digitalization and the rapid increase in technology in Türkiye, the decline in the number of personnel, which started in 2018 and continued until 2021 due to the downward trend in the number of branches of banks, reversed in 2022.² The number of employees increased by 3,439 from 185,248 in 2021 to 188,687 in 2022. This upward trend continued in 2023 and as of June 2023, a total of 188,850 people were employed in the sector, of which 6,063 worked in investment banks.³ With the impact of banks' technological transformation and digitalization strategies, these trends in the number of branches and personnel are expected to continue after 2023.⁴

As of September 2023, deposit banks, development and investment banks, and participation banks accounted for 86%, 6%, and 8% of the banking sector's total assets, respectively. Accordingly, public banks accounted for 46%, domestic private banks 29%, and foreign banks 25%.⁵ However, according to data reported by banks to the Turkish Banking Regulation and Supervision Agency (BRSA), the asset size of the Turkish banking sector amounted to TL 22,539,870 million in November 2023. The sector's total assets increased by TL 8,192,480 million compared to end-2022. Finally, while total shareholders' equity increased by 40.0% compared to end-2022, the sector's net profit for the period was TL 535,471 million and the capital adequacy standard ratio was 18.29% in November 2023.⁶

1.2. Financial Technologies (Fintech)

The growth of the FinTech (fintech) sector in Türkiye continues with increasing interest from entrepreneurs, investors, and government support. In particular, the proliferation of digital capabilities and their use, as well as the spread of open banking applications with the support of the fintech ecosystem, are considered to be an important "driving force" for the development of the sector.⁷

1 KPMG, 'Banking Sector Outlook' (2023) 30

2 *ibid* 9

3 TBB, 'Statistical Reports Bank, Employee and Branch Information' (2023) 1

4 KPMG, 'Banking Sector Overview' (2023) 9

5 BDDK, 'Key Indicators of the Turkish Banking Sector, September 2023' (2023) 2

6 *ibid* 1

7 TKBB, 'IFN 2024 Annual Guidelines Published' (2023); IFN, '2024 Annual Report' (2023) 42

According to the Turkish Fintech Guide⁸ published by the Finance Office of the Presidency of the Republic of Türkiye (“Finance Office”) in March 2023, 739 financial technology companies have been established in Türkiye so far, of which 637 are active as of February 2023. When fintech companies are evaluated according to their verticals which are listed as decentralized finance, banking technologies, corporate finance, insurance, financing, exchange-investment, scoring/authentication/information security, crowdfunding, money transfer, personal finance management and asset management, payments ranks first with 255 organizations. This is followed by decentralized finance with 92 organizations, banking technologies with 91 organizations, and corporate finance verticals with 66 organizations.⁹

Türkiye ranks 10th in Europe and 3rd in the Middle East and North Africa (MENA) region in terms of investment ecosystem.¹⁰ In terms of fintech investments, the annual Türkiye Fintech Guide published by the Finance Office of the Presidency of the Republic of Türkiye states that 2022 was the year with the highest fintech investments, with 34 investment agreements and USD 89 million in investments.

Important developments in the field of fintech in Türkiye in 2023 can be summarized as follows;

- › The Finance Office of the Presidency of the Republic of Türkiye published the Turkish Fintech Guidelines as of March 15, 2023. The Guide includes directly regulated institutions and indirectly regulated institutions. In the Guide, fintech verticals that do not need direct or indirect regulation are excluded from the scope as they operate with their unique dynamics.
- › The Regulation on Remote Identification Methods to be Used by Banks and Establishment of Contractual Relationships in Electronic Environment was published in the Official Gazette dated 01.04.2020 and numbered 31441.
- › With the regulations issued by the Central Bank of the Republic of Türkiye (CBRT), the “Regulation Amending the Regulation on Payment Services and Electronic Money Issuance and Payment Service Providers” and the “Communiqué Amending the Communiqué on Information Systems of Payment and Electronic Money Institutions and Data Sharing Services of Payment Service Providers in the Field of Payment Services” published on October 7, 2023, were published in the Official Gazette.
- › The General Communiqué of the Financial Crimes Investigation Board was amended in November 2023, thus realizing the expected regulations on remote identification and customer acquisition of payment and electronic money institutions.

⁸ Finance Office of the Presidency of the Republic of Türkiye, ‘Turkish Fintech Guide 2023’ (2023) 12

⁹ *ibid* 11

¹⁰ *ibid* 5

- › Two new digital participation banks, TOM Dijital Katılım Bank and Hayat Finans, joined the sector. With these new entrants, participation banks aim to increase their market share in the Turkish banking sector, while at the same time improving their customer and distribution channels and product/service diversity.¹¹

In addition, it is stated that the Participation Act, which is planned to enter into force in the first quarter of 2024, will play a critical role in terms of holistic management of the sector, financial development, and customer penetration. Moreover, the sector's growth momentum is expected to continue with the participation and development of financial institutions other than insurance, capital markets, and banking.¹²

2. Competition Law Risks Arising in Financial Markets

In Türkiye, technological developments, which gained momentum, especially after the pandemic and continue to do so rapidly, are causing various transformations in the banking and finance sector. These transformations include the digitalization of traditional banking products, the introduction of digital products by non-banks, and the entry of new players into markets. Especially with the development of fintechs, new markets such as electronic payment services, wallet services, and card data storage have emerged not only in Türkiye but also around the world.

Along with the developments in the field of fintech, financial technologies have also become one of the issues under the scrutiny of competition authorities in recent years. In this context, the **“Report on Financial Technologies in Payment Services”**, which was published by the Turkish Competition Authority in December 2021 and had an important place on the agenda in 2022, has been guiding in terms of competition law problems encountered in the banking and finance sector by evaluating the effects of developments in the fintech ecosystem on competition and the approaches that can be addressed from a competition law perspective.

2.1. Report on Financial Technologies in Payment Services

The report discusses various elements related to the emergence and development of fintech. Accordingly, driven by digitalization, fintech companies are increasing financial inclusion in a wide range of areas from payment services to crowdfunding. However, factors such as the exclusionary behavior of incumbents, regulatory barriers, and market dynamics make it difficult for new players to compete in the market.¹³ In the report, it is stated that factors such

¹¹ TKBB, 'IFN 2024 Annual Guide Published' (2023); IFN, '2024 Annual Report' (2023)

¹² *ibid*

¹³ Turkish Competition Authority, 'Investigation Report on Financial Technologies in Payment Services' (2021)

as the exclusionary behavior of established financial institutions to limit new initiatives and innovations and the inadequacy of regulatory rules for the fintech sector, while the banking sector is over-regulated and regulations, in general, are not suitable for new services hinder fintech development. In addition, challenges arising from market dynamics, such as consumer confusion about gaining trust and new services, are also addressed. The highlighted headlines of the report are as follows:

» **Factors Supporting the Emergence and Development of Fintech:**

According to the report, factors such as digitalization, differentiated service expectations, classic banking system problems, lack of financial access, and customer portfolio impact are accelerating financial transformation. The development of fast and practical digital-based products and services in the field of payment services has emerged in parallel with the digitalization of technologies such as mobile banking, digital authentication and digital wallets.

» **Barriers to the Development of Fintech and Challenges for New Entrants:**

The main obstacles to the development of fintechs are examined under three headings: market dynamics, exclusionary behavior of incumbents, and regulations. Barriers related to market dynamics and consumer behavior focus on factors such as network effects, difficulty in gaining customer trust, lack of information, and low brand awareness. The exclusionary behavior of incumbent financial players is characterized by unilateral actions, anticompetitive agreements and concerted practices, and lethal acquisitions. Regarding the regulatory framework, it was underlined that lack of regulation, regulation that is not appropriate for new services, or excessive regulation may hinder competition and innovation in the market. In addition, the factors limiting competition mentioned in the Report are summarized below;

- (i) **Market Dynamics:** In the report, barriers arising from market dynamics are analyzed under two main headings: barriers due to consumer behavior and barriers due to market structure. In barriers related to consumer behavior, the key challenge fintech companies face is the process of gaining customers' trust. Consumers have inadequate information about alternative services and their advantages, they are constantly confused by the introduction of new services, and they find it difficult to make a choice. Barriers related to the market structure include a lack of potential customer portfolio due to customer loyalty of fintech companies, lack of sufficient data to reach potential customers, low brand awareness, high capital costs, and lack of compatibility between payment platforms and devices.

- (ii) **Exclusionary Behavior of Incumbents:** The sector report evaluates the exclusionary behaviors of incumbent financial institutions and their impact on the fintech sector in three main categories. These are unilateral actions of incumbents, agreements and concerted actions between undertakings and killer acquisitions.

The starting point for unilateral actions of undertakings is a vertical relationship between fintech companies and banks, as some of the activities of fintech companies are dependent on the banking infrastructure, and this infrastructure is largely controlled by banks. This relationship involves fintech companies receiving services from banks in the upstream market while at the same time competing with these banks in the downstream market. It is stated that this situation may cause incumbents in a dominant position in the upstream market to resort to exclusionary actions such as refusal to enter into contracts, price squeeze, and upper tranche discounts, and thus limit competition and innovation in the market by making it difficult for fintech companies to enter the market. In addition, it is stated that banking infrastructures are generally not dominant, but in some cases, each bank may be dominant in terms of ownership of its customer data, and within the framework of this vertical relationship, anti-competitive provisions in vertical agreements may have effects that make it difficult for fintech companies to enter or operate in the market. It is stated that actions such as refusal to enter into contracts by incumbents that are not in a dominant position may lead to inefficiency in the markets, even though they are not violations under competition law, and therefore regulatory interventions should be considered. An example of this is the regulation set out in Article 8 of the “Regulation on Payment Services and Electronic Money Issuance and Payment Service Providers”, which stipulates that when a payment service provider’s services, such as payment account services and infrastructure services, are requested to be used by another payment service provider, it is obliged to offer such services to other commercial customers, business partners, and other payment service providers under similar conditions by regulatory obligations, security, operational and technical requirements. The fifth paragraph of Article 59 of the same Regulation stipulates that all payment service providers that hold payment accounts must provide the infrastructure by the requests of other authorized payment service providers to provide payment account information and payment order initiation services.

In terms of concerted practices and agreements between undertakings, it is stated that the exclusion of fintech companies from the market and restriction of competition may also result if the standards adopted by

incumbents in the upstream market in the payment services market and the conditions imposed on fintech companies arise from anticompetitive agreements or concerted practices between competitors. Accordingly, standardization or commercialization agreements between incumbents may increase market efficiency in some cases, but in other cases may make it difficult for new players to operate. In addition, the report emphasizes the importance of vertical agreements between undertakings in financial markets in terms of Article 4 of Law No. 4054. These agreements may, in some cases, make it difficult to enter the market, lead to price rigidities, facilitate coordination between competitors, and ultimately lead to restriction of competition in the market. In addition, it is emphasized that exclusionary actions, such as demanding unreasonable fees in return for the input provided to fintech companies, unjustified disruption of services, or boycott practices, which are jointly exhibited vertically or horizontally against new players, may be considered anticompetitive agreements or concerted practices and may infringe competition in terms of purpose.

Killer acquisitions occur when these capital-strong incumbents restrict competition by taking over fintech companies at an early stage, rather than competing with the innovation and technology-driven services that fintech companies bring to the payment services space. It is noted that acquisitions in the fintech sector are treated with skepticism by competition authorities and that this approach is linked to concerns about digital markets. Nevertheless, with the increasing number of academic studies suggesting that acquisitions by large technology companies suppress innovation and create exclusionary effects, this skeptical approach may also apply to acquisitions in the fintech sector.

In terms of developments in Turkish law, to identify potentially lethal acquisitions in technology-intensive sectors, Article 7 of the Communiqué No. 2010/4 on Mergers and Acquisitions Requiring the Authorization of the Competition Board (“Communiqué”) was amended to introduce an innovation in the notification thresholds applicable to the acquisition of technology undertakings. Accordingly, the turnover thresholds for the amounts outlined in subparagraphs (a) and (b) of Article 7 of the Communiqué will not be sought in transactions regarding the acquisition of technology undertakings operating in the Turkish geographic market or engaged in R&D activities or providing services to users in Türkiye. Thus, a notification obligation arises for the acquisition of technology undertakings with zero turnover. In other words, if the acquired company is a technology company, the turnover referred to in Article 7 of the Communiqué is only required for the acquiring company.

The amendment to the SIEC test, which was introduced by the amendment to Article 7 of Law No. 4054 in 2020, which analyzes whether effective competition in the market is significantly impeded in merger and acquisition reviews, will also be beneficial in preventing predatory acquisitions.

- (iii) **Regulatory Framework:** Regulatory issues are analyzed under three main headings: insufficient regulation in the field of fintech, excessive regulation in terms of fintechs, and regulations not being suitable for new services in general. Problems arising from the lack of regulatory rules arise from the fact that fintech companies compete with banks, which have to bear the costs of compliance with regulatory rules in the downstream market, while the services offered by fintech companies with technological capabilities and affecting the financial system are outside the existing regulatory framework. This may prevent incumbents and fintech companies from competing on fair terms. On the other hand, some regulations introduced to protect financial stability may create a disproportionate burden for new non-bank players, hinder competition, and make market entry difficult. In this context, the adoption of asymmetric regulatory approach rules, which stipulate proportional obligations according to the risk that financial actors may affect the system, may come to the agenda against the problems that may arise from the one-to-one application of the regulatory rules established for incumbents such as banks with a wide field of activity and a great impact on the financial system to fintech companies with a limited field of activity.

» **Big Technology Companies:**

Another topic addressed in the report is the danger that the entry barriers faced by fintech companies may increase as large technology companies start to operate in financial markets with their advantages such as user data and data collection capabilities, capital power, and brand recognition. Factors hindering the development of fintech include the entry of large technology companies operating in different sectors with high market power into financial markets and concerns about possible abuse of dominant position in other markets. With their large user portfolios and strong financial resources, these companies have started to operate in financial areas such as payment services. This situation attracts the attention of competition authorities and points to a position where fintech companies can take advantage of market entry barriers. The advantages of these companies have the potential to provide financial services at low cost, while at the same time creating competitive pressure. Therefore, incumbents may be inclined to cooperate with these technology companies to create common platforms to avoid stringent regulations and cope with competition.

» **Conclusion and Recommendations:**

The report focuses on various strategies proposed to support developments and increase competition in the fintech sector. One of these strategies involves recognizing the importance of customer data and recognizing that ownership of certain data sets may constitute a dominant position of an undertaking. In addition, it is also recommended to adopt an asymmetric regulatory approach that includes differentiated obligations for different players, with regulatory rules taking into account financial stability as well as the continuity of competition and innovation.

In addition to these strategies, other recommendations include adopting a flexible approach to new technologies by creating innovation-focused regulatory zones called “regulatory experimentation zones” and improving access to finance for small and medium-sized enterprises by clarifying public capital support programs. However, effectively monitoring market trends, creating aggregated market data, and allowing fintech companies direct access to mandatory banking infrastructures were also cited as important strategies. It was also emphasized that all these recommendations should be addressed within the framework of a holistic country policy and close cooperation should be established between the relevant public authorities.

2.2. General Evaluation

In light of the above-mentioned information, the behaviors that have been examined in the traditional banking and finance sector as well as in the fintech sector and that have been subject to the decisions of various competition authorities can be summarized as follows;

- › Exchanges of sensitive information among banks and the resulting coordinated market behavior,
- › Market sharing agreements between players in the market,
- › Ensuring that salespeople do not receive payments with these cards by setting high commission rates for expenditures made outside the specified region (such as a country, the European Union, etc.),
- › Input restriction strategies of incumbents in the upstream market that start operating in downstream markets, such as card storage integration between banks and its impact on market entry,
- › Exclusivity agreements concluded by electronic payment institutions with banks,
- › Banks’ practices in the payment services market that prevent customers from utilizing and choosing between competing services,
- › Acquisitions (killer acquisitions) by incumbents in the upstream market to avoid competition from smaller fintech companies,
- › The emergence of practices such as banks working as agents of insurance

companies directing the customers to obtain insurance, not opening loans or not issuing checkbooks unless insurance is obtained from the insurance company in question by way of product binding,

- › Various decisions and practices taken through professional organizations,
- › Exemption applications for joint campaign programs,
- › Exemption applications for the establishment of joint ventures such as joint ATMs and BKM.

In the following section, firstly, the decisions of the Turkish Competition Authority (“TCA”) and other competition authorities that are important in terms of reflecting the perspective of these will be discussed, and then the issues most frequently addressed by the competition authorities in 2023 in terms of competition law risks that may arise in the banking and finance sector will be presented with sample decisions.

3. Prominent Antitrust Cases Regarding Banking Sector

» EUROPEAN COMMISSION – Cartel Investigation Against UBS, UniCredit and Nomura Banks¹⁴

The European Commission (The Commission) found that the Bank of America, Natixis, Nomura, RBS, UBS, UniCredit, and WestLB violated European Union (EU) antitrust rules through their participation in a cartel in the primary and secondary market for European Government Bonds (‘EGB’) of a group of traders.

The Commission found that the seven investment banks concerned participated in a cartel through a group of traders working on EGB desks and operating in a closed circle of trust, as a result of its investigations. Accordingly, these traders regularly contacted each other, generally in multilateral chat rooms, through which they exchanged competition-sensitive information, in particular on bid strategies to be applied before auctions, bid prices, bid volumes, and trading parameters on the secondary market, as well as the prices they offered to their clients or the market in general. The Commission further found that the conduct concerned lasted from 2007 to 2011 and affected the entire European Economic Area (‘EEA’)

As a result, the Commission concluded that the conduct of the seven banks concerned violated EU competition rules and imposed a total fine of €371 million on Nomura, UBS, and UniCredit. NatWest was not fined for reporting the cartel to the Commission. Bank of America and Natixis were also not fined as the statute of limitations for the imposition of fines had expired. Finally, Portigon, the legal and economic successor of WestLB, was fined EUR 0 because it did not achieve any net turnover in the last financial year.

¹⁴ *European Commission, 20.05.2021*

» TCA – Banking Cases

A review of the past decisions instituted by the Turkish Competition Authority reveals that 3 major investigations have been conducted and concluded in the field of traditional banking, the first of which is the Bank-1 decision¹⁵ that was taken in 2009. In the said decision, it was established that banks entered into an agreement and acted in coordination thereunder in respect of the salary promotions paid thereby to the entities, organizations, and companies, to which they provide salary payment services. The relevant product market was described as the “retail banking services” within the decision, in which it was decided that the agreement constituted an infringement under Article 4 of Act No. 4054.

The second major decision about the sector is the Bank-2 decision¹⁶, which was decided in 2013 and is explained below in detail in connection with an administrative court decision instituted on the matter in 2019.

Finally, the Bank-3 decision¹⁷, which was instituted as a consequence of the investigation conducted on the banking sector and concluded in 2017, addresses the allegations of infringement in respect of the syndication loans. The investigation was initiated upon the filing of a leniency applicant and was conducted on some 13 banks in total. The act investigated was the sharing regularly of prospective and competitive-sensitive information about the loan terms and conditions such as prices and volumes with regards to the loans offered to corporate customers, which are also referred to as the syndication loans, amongst the investigated institutions and banks through the course of the submission of loan offers thereby. As a result of the investigation, it was decided that, amongst the 13 investigated banks, the lenient not be imposed any administrative fine on account of its having filed a leniency application while two other banks were imposed administrative fines. The other 10 investigated banks were not established to have committed any infringement of competition. The noticeable aspect of the mentioned decision of infringement instituted in respect of the banking sector is that TCA did not consider it necessary for a relevant product market to be defined.

» TCA – The Payu/Iyzico Case¹⁸

Apart from the three banking investigations mentioned above, the Turkish Competition Authority’s PayU/Iyzico takeover decision, which was approved in 2019 and made a market definition for fintechs operating in the field of payment services, is also important. Both the transferee party, Iyzico, and the transferee, PayU Türkiye, are financial technology (fintech) companies. In the decision, it has been determined that the activities of the parties overlap in

¹⁵ Turkish Competition Authority, 07.03.2011, 12-42/243-78

¹⁶ Turkish Competition Authority, 08.03.2013, 13-13/198-100

¹⁷ Turkish Competition Authority, 28.11.2017, 17-39/636-276

¹⁸ Turkish Competition Authority, 19-31/466-199, 05.09.2019

the virtual POS services and card data storage services markets at a horizontal level. Due to the existence of Letgo, a subsidiary of Naspers, it is considered that there may be a vertical relationship between the virtual POS services of the parties and the online advertisement platform services. As a result of the evaluations, it was stated that a dominant position would not be created in any market or that the current dominant position would not be strengthened, thus the transaction was approved.

The aspect of the decision, that provides guidance, is that TCA set forth a market definition for the fintech companies, that operate in the field of payment services, for the first time, and also set forth significant conclusions as to what undertakings compete with one another within the relevant market. It was stated within the decision that, as far as the “virtual POS services market” was concerned, PayU and Iyzico competed directly with the banks, which conclusion poses importance for any future competition law reviews that could be conducted in respect of the sector. Another market that was addressed and discussed within the decision was the “card data storage services market”. The noticeable point about the conclusions about the said market is that TCA chose to take the “number of cards, the data of which are stored” into consideration amongst several different methods for the quantification of the market shares.

» TCA – Decisions of the Banks Association of Türkiye¹⁹

In 2019, within the scope of notification made by the Banks Association of Türkiye (BAT), TCA granted an individual exemption to the Financial Restructuring Framework Agreement (Agreement) signed between financial institutions. The Agreement targets companies with debts of less than 25 million Turkish Liras to banks and other financial institutions operating in Türkiye. The notification is granted individual exemption since the agreement will contribute to the fulfillment of the repayment obligations of the said enterprises to the financial sector within the stipulated period, to increase tax collection, and to continue to create added value and competition by staying active for companies experiencing financial difficulties.

Another individual exemption decision given to BAT is about the “Draft Recommendation on the Use of TLREF Interest Rate in Restructuring Agreements with Commercial Borrowers” (Recommended Decision) and the “Draft Decision on the Use of TLREF Interest Rate in Restructured Structures within the Scope of Financial Restructuring Framework Agreement (Large Scale Application-LSA)” (Restructuring Decision). In its examination, TCA evaluated the exemption conditions separately and determined that both decisions met all the exemption conditions and it was decided to grant an individual exemption.²⁰

¹⁹ Turkish Competition Authority, 19-38/564-233, 07.11.2019

²⁰ Turkish Competition Authority, 20-06/69-38, 23.01.2020

Another decision that should be mentioned about the BAT is the granting of individual exemption to the Recommendation Decision dated 27.01.2020 and numbered 02, provided that some changes are made. According to the aforementioned recommendation decision, it is recommended to use the final interest rate as Turkish Lira Overnight Reference Interest Rate (TLORIR) + 1 for 0-2 years term transactions and TLORIR + 2 for 2-5 years futures, if variable interest is preferred for companies with debt below 25 million TL. In all other restructurings, the final interest rate is not recommended, and it is recommended to use TLORIR as the base interest rate instead. In addition, the Decision includes recommendations regarding the frequency of updating the TLORIR and the data to be taken as the basis for its calculation. Accordingly, the TLORIR rate will be updated every 3 months, and the TLORIR rate to be created will be calculated by using the index data of one business day before and 30 days before the date of the loan.

As a result, TCA decided to grant individual exemption to the aforementioned recommendation decision of the BAT, if the provisions other than FRFA are arranged as follows:

- › If a variable interest rate is preferred for the restructuring of debts under 25 million TL, the maximum rates will be that the interest rate can be determined as TLORIR + 1 for 0-2 years futures and TLORIR + 2 for 2-5 years futures.
 - › The provisions regarding the ability to update the TLORIR ratio quarterly for all debts to be restructured without any amount limitation, and to calculate the TLORIR ratio one business day before and 30 days before the loan's disbursement date (the following business day will be selected in case of a holiday) by using index data will only be applied if the borrower who will apply for restructuring prefers.²¹
- » **TCA – Negative Clearance and Individual Exemption Request by the Association of Financial Institutions²²**

Upon the application of the Association of Financial Institutions (“AFI”), TCA decided to issue a negative clearance for public institutions and organizations that do not qualify as an undertaking/association of undertakings, and to grant individual exemption for institutions and organizations that do not qualify as an undertaking/association of undertakings, provided that confidentiality conditions are observed, regarding sharing financial data, turnover reports, factoring transaction volume information generated from the central invoice registration system and leasing contract information generated from leasing contract, in the required periods such as daily, weekly, monthly and quarterly within the framework of confidentiality principle on an individual basis.

²¹ Turkish Competition Authority, 20-21/280-134, 30.04.2020

²² Turkish Competition Authority, 20-23/296-143, 07.05.2020

Within the framework of the application subject to the notification, TCA has evaluated that negative clearance certificates can be issued to the TCMB, Development Bank, Eximbank, Takasbank, and MKK since those institutions and organizations do not have the characteristics of an undertaking or an association of undertaking. In terms of institutions and organizations such as TKBB and TBB Risk Center, it has been concluded that individual exemptions can be granted since the mentioned institutions and organizations are considered associations of undertakings.

» **TCA – Investigation on Foreign Exchange Markets²³**

Turkish Competition Authority decided not to initiate an investigation under Article 41 of Law No. 4054 within the scope of the investigation regarding the allegation that banks shared current information such as the amount and timing of trading in the spot foreign exchange market and acted in concert to influence the equilibrium exchange rate. As a result of the market assessment, TCA has underlined that the spot foreign exchange market is a market where communication and trade are intensively realized through electronic media and banks. Accordingly, it was stated that the relevant market has characteristics close to perfect competition markets where information is priced rapidly, the equilibrium price is not affected by a single actor, and the market has a competitive structure.

Subsequently, TCA emphasized that, as in other financial markets, one of the most important obstacles to the effective functioning of foreign exchange markets is manipulation based on transactions and information. In this context, although it can be stated that the two types of manipulation are similar in terms of their impact capacity concerning capital markets, it is stated that transaction-based manipulation is more prominent in terms of its impact capacity in foreign exchange markets and is addressed within the scope of competition law at the point where it restricts competition. Accordingly, in the competition violation investigations in the sector, it was determined that the systematic and organized coordination among banks harmed the competitive process. In addition, considering the global nature, size, and competitive functioning of the market, it is underlined that large transaction volumes and coordinated behavior are required for manipulation to have an impact on equilibrium exchange rates.

Another issue that TCA scrutinized in the related review was the WM/Reuters Fixing rates. These rates are used by banks in spot foreign exchange markets and have been criticized for being open to manipulation. In this context, the criticisms of the relevant system were mainly focused on the short fixing window (fixing is defined as the aggregation of the supply and demand for foreign exchange at a certain time of the day and the announcement of the resulting equilibrium exchange rate price), the use of a single data source and the consideration of quotations when liquidity is insufficient.

²³ Turkish Competition Authority, 16-41/667-300, 24.11.2016

As a result of its assessment of the concrete allegations and documents, TCA concluded that there wasn't a system for manipulative purposes in the communication in the spot foreign exchange market, although it was determined that confidential information of customers was shared in some correspondences and that there was cooperation for manipulation purposes. In this framework, with the available information and documents, it is concluded that there is no violation under Article 4 of Law No. 4054.

4. Prominent Cases and Developments in 2023

As of 2023, competition authorities around the world, including the Turkish Competition Authority, have issued many important decisions within the framework of competition law concerns arising in the banking and finance sector. In this context, first, prominent competition authorities' signature decisions in 2023 will be discussed. Subsequently, the important decisions analyzed this year by the Turkish Competition Authority will be mentioned.

» FEDERAL TRADE COMMISSION – Final Decision on Mastercard Approved²⁴

The Federal Trade Commission (FTC) approved a final order resolving charges that Mastercard engaged in conduct that forced merchants to route debit card payments through its payment network. The Commission alleged that Mastercard violated the law (the Durbin Amendment) by engaging in conduct that prevented merchants from routing e-commerce transactions to alternative payment card networks using Mastercard-branded debit cards stored in e-wallets. Accordingly, it was alleged that Mastercard's conduct in preventing merchants from routing e-commerce transactions using Mastercard-branded debit cards registered in e-wallets to alternative payment card networks resulted in restraint of competition and impeded the ability of merchants to freely choose among alternative payment card networks, and therefore FTC found out that;

- › Cease such practices and provide competing networks with the customer account information they need to process bank payments, and
- › Merchants should not take any other actions that would prevent them from choosing between competing debit card networks.

This decision of the Federal Trade Commission is intended to protect competition, ensuring the freedom of choice of businesses and increasing competition in the market.

²⁴ Federal Trade Commission, 30.05.2023

» **EUROPEAN COMMISSION – Termination of the Euro Bond Trading Cartel Investigation against Deutsche Bank and Rabobank**²⁵

The European Commission has issued its final decision in the Euro-denominated bond trading cartel investigation against Deutsche Bank and Rabobank, which was initiated in 2022. Accordingly, Deutsche Bank was exempted from the fine for cooperating with the Commission and reporting the cartel, while Rabobank was fined EUR 26.6 million.

In its decision published in 2022²⁶, the Commission announced that it was concerned that between 2005 and 2016, Rabobank and Deutsche Bank, through some of their traders, exchanged commercially sensitive information through e-mails and online chat room communications and coordinated their pricing and trading strategies when buying and selling bonds on the secondary market in the European Economic Area. As a result of its investigations, the Commission found that the two banks had indeed exchanged competitively sensitive information and coordinated their trading and pricing strategies through their traders. Accordingly, both banks, through their traders, exchanged competition-sensitive information on prices, volumes, current and future trading strategies and positions, requests to buy or sell bonds, etc. The Commission imposed an administrative fine of EUR 26.6 million on Rabobank for participating in a cartel in this context.

This decision of the Commission is a deterrent in terms of the fine imposed to prevent cartel infringements created through the exchange of competitively sensitive information between competitors.

» **BUNDESKARTELLAMT – Investigation Against PayPal**²⁷

The German Competition Authority (Bundeskartellamt) initiated an investigation against PayPal (Europe) S.à.r.l. et Cie, S.C.A. for possible practices aimed at excluding competitors and restricting price competition. Accordingly, the investigation addressed the “Surcharging Rules” and “PayPal’s Presentation” in PayPal’s user agreement applicable in Germany. According to the Bundeskartellamt’s investigation, under these terms, sellers are not entitled to offer their goods and services at lower prices if customers choose a cheaper payment method than PayPal, nor can they prioritize payment methods other than PayPal. The Bundeskartellamt stated that these clauses may restrict competition and violate the abuse of a dominant position. The investigation is based on the prohibition of abuse of a dominant position and the prohibition of abuse of relative or superior market power.

²⁵ *European Commission, 22.11.2023*

²⁶ *European Commission, 06.12.2022*

²⁷ *Bundeskartellamt, 23.01.2023*

» **CMA – Investigation Against 5 Major Banks**²⁸

Competition and Markets Authority (CMA) found that Citi, Deutsche Bank, HSBC, Morgan Stanley, HSBC, Morgan Stanley, and Royal Bank of Canada breached competition rules by sharing competitively sensitive information about UK government bonds. The CMA explained that these five major banks had exchanged competition-sensitive information in one-to-one online conversations in chat rooms between 2009 and 2013, in breach of competition rules. Accordingly, the exchanges involved information on;

- › Gold sales conducted by the UK Debt Management Office and through auctions,
- › Gilts and gilt asset swaps, purchases and sales
- › Repurchase auctions conducted by the Bank of England.

Deutsche Bank and Citi exchanged information and cooperated with the CMA regarding their anti-competitive activities. In this respect, Deutsche Bank was subject to a full exemption with no fine, while Citi was subject to a reduced fine. HSBC, Morgan Stanley, and Royal Bank of Canada did not make any admissions. The CMA's investigation is ongoing and in the event of a final decision that two or more banks have engaged in anti-competitive activities, administrative fines will be imposed on the banks concerned.

As can be seen, the decisions of the German Competition Authority and the UK Competition and Markets Authority are similar in terms of subject matter and outcome. Both decisions are based on the fact that undertakings violate competition rules by exchanging competition-sensitive information using online chat rooms.

The Competition Authority's banking and finance agenda for 2023 mainly consisted of applications for individual exemption and negative clearance certificates. The applications that the CMA examined and scrutinized are listed below.

» **TCA – QNB Finansbank AŞ's Customer Foreclosure on Payment Institutions**²⁹

TCA, in the preliminary investigation conducted with the allegation that QNB violated Act No. 4054 by preventing payment institutions from providing POS services to some merchants to which QNB directly provides POS services, decided that the action of QNB falls under Article 4 of Act No. 4054, but the said action may be granted individual exemption until 01.01.2023 under Article 5 of Act No. 4054 and therefore, there is no need to open an investigation against QNB.

²⁸ Competition and Markets Authority, 24.05.2023

²⁹ Turkish Competition Authority, 22-54/833-343, 08.12.2022

In terms of POS services, merchants need to integrate with the POS systems offered by banks to be able to accept debit or credit card payments from their customers. The difficulties arising from the operational and technical requirements of obtaining POS from each bank have led to the need for merchants to be able to receive payments from a single point through a system that is already integrated with the POS of many banks. In response to this need, payment institutions authorized to operate by the Central Bank of the Republic of Türkiye (CBRT) market POS supplied by banks to merchants through a single integration. This service enables merchants, who do not have the opportunity to conclude separate merchant agreements (POS agreements) with banks, to receive payments from the POS of all banks with which this payment institution has an agreement through a single integration with the relevant payment institution. In this respect, there is a vertical relationship between banks and payment institutions for the provision of POS services, with banks as providers and payment institutions as buyers. As a result of this situation, payment institutions need to obtain infrastructure services for POS integration from banks to provide payment services to merchants. According to the Regulation on Payment Services and Electronic Money Issuance and Payment Service Providers, all payment service providers are obliged to make their payment service infrastructure (including POS services provided by banks to payment institutions) available to other payment service providers upon request. According to this obligation, a deadline of 28/2/2023 has been set for payment service providers to complete the necessary technical preparations.

TCA assessed QNB's action of preventing payment institutions from providing POS services to some merchants to which QNB provides POS services directly, under Article 4 of Act No. 4054, in line with the interference with resale conditions, as a behavior applied by the provider to the buyers and related to customer foreclosure. In the group exemption examination, it was concluded that the customer limitation applied by QNB did not benefit from the group exemption since there was no information or determination that there was a specific group of exclusive customers allocated by QNB to itself or the undertakings in the position of buyers within the scope of the establishment of the distribution network or that the limitation in question covered only active sales. In the individual exemption review, on the other hand, TCA made the following determinations and decided to grant an individual exemption until 28.02.2023, which is the deadline for payment service providers to complete the technical preparations required for the use of their payment infrastructure by other payment service providers. TCA's findings in the individual exemption assessment are as follows:

- › The restriction is a reasonable practice in terms of creating healthier workflows in the market, as the said practice contributes to the provision of better-quality services covering all customers in the market in the long term and creates efficiency in the market,

- › The implementation makes it possible for the physical POS infrastructure to be healthy established and ultimately enables consumers to benefit from payment services without any problems, in this respect, the exemption condition for consumer benefit is also met,
- › Since QNB has a limited market share in virtual and physical POS services the customer limitation applied by QNB is only valid for physical POS and there is no customer limitation for virtual POS, competition in the market is not eliminated,
- › Since it is an objective practice that serves the purpose of limiting the impact of disruptions that may occur during the development of technical infrastructure, competition is not restricted more than necessary.

As seen, the decision determined that the regulations regarding the obligation of payment service providers to make their payment infrastructures available to other providers and, in this context, QNB's customer limitation practice in terms of physical POS service did not restrict competition more than necessary. Furthermore, it was emphasized that QNB's practice contributes to consumer benefit by creating healthy workflows in the market and is in line with the development of competition. In this context, the decision to grant individual exemption to QNB was taken to protect competition and create healthy business flows.

» **TCA — Request for Negative Clearance on the “Recommendation” of the Banks Association of Türkiye³⁰**

TCA has decided that a negative clearance may be issued under Article 8 of Act No. 4054 on the Protection of Competition (Act No. 4054) concerning the provision of the Recommendation Decision contained in the Public Notification of the Turkish Banking Association dated May 26, 2022, regarding the “Decision on the Recommendation on the Transition Spread within the Framework of Basic Exploratory Analysis Studies for Transactions Involving TRLIBOR that will be subject to Transition”.

The notification, in this case, relates to the announcement by the Financial Conduct Authority (FCA) that the London Interbank Offered Rate (LIBOR) will cease to be published as of the end of 2021 and the transition process to ensure that the obligations related to TRLIBOR-linked financial products in Türkiye can continue with the Turkish Lira Overnight Reference Rate (TLREF), which is expected to be adopted as the new local benchmark interest rate instead of TRLIBOR and to ensure a healthy conversion between the two interest rates in this framework.

30 Turkish Competition Authority, 22-53/805-331, 01.12.2022

In its assessment, TCA noted that the recommendation subject to the notification, including the method of calculating the spread and the corresponding spread rates, has been complied with;

- › Only financial contracts that have been historically concluded over TRLIBOR and for which the competitive process in the pricing phase has been completed can be adjusted,
- › It covers a very limited product portfolio in terms of contract type and trading volume,
- › It is developed through a transparent process with broad participation and input from regulators and industry stakeholders and is approved by regulators,
- › It is advisory and non-binding, and contracting parties are free to determine the calculation method and rate they wish to use,

TCA concluded that the provision on the calculation method of the spread and the determination of the calculation method of the spread and the rates of the Recommendation Decision, which were determined as a result of the studies carried out by the national financial authorities during the transition from TRLIBOR-linked products to TLREF and adopted by the BAT, does not violate Article 4 of Act No. 4054 under the current conditions and, in this context, the relevant provision of the Recommendation Decision can be granted a negative clearance certificate under Article 8 of the same Act.

In this decision, TCA ruled that the decision regarding the determination of the spread calculation method and rates during the transition process specified in the Recommendation issued by the Banks Association of Türkiye did not have a restricting effect on competition and therefore did not violate Article 4 of Law No. 4054. This decision, once again, aims to protect competition and ensure a healthy transition in the transition processes in the financial sector.

» **TCA – Request for Negative Clearance or Individual Exemption for the Agency Agreement to be Concluded Between Türkiye Finans Katılım Bankası A.Ş and Bereket Emeklilik ve Hayat A.Ş.**³¹

TCA has decided that an individual exemption can be granted for the duration of the agreement until 01.01.2032 under Article 5 of Act No. 4054, provided that a maximum period of 5 years is foreseen for the non-promotion obligation stipulated in the agreement, in its decision examining the request for a negative clearance or individual exemption for the Life Participation Insurance Agency Agreement to be concluded between Türkiye Finans Katılım Bankası AŞ and Bereket Emeklilik ve Hayat AŞ.

31 Turkish Competition Authority, 22-54/832-342, 08.12.2022

In its assessment, the Authority determined that there is a fundamental difference between traditional insurance and participation-based insurance in terms of compliance with Islamic requirements and that the two insurance groups are not substitutable in terms of demand and supply, therefore, defined the relevant product market as “participation-based life insurance agency services market” and “agency services market in participation-based private pension products”.

The agreement subject to the notification relates to the appointment of TFKB as an agent for the promotion, marketing, distribution, sale, and collection of premiums of participation-based life insurance and participation-based private pension products offered by BEREKET through bank assurance. With the agency agreement subject to the notification, it was assessed that TFKB, as an agent, did not assume risks and did not act independently within the framework of the Vertical Guidelines, and therefore, the standard bancassurance agreement between the parties was not considered under the Article 4 of Act No. 4054. On the other hand, the agreement imposes a non-competition obligation a non-promotion obligation on TFKB, and an indefinite-term non-promotion obligation on the provider BEREKET. Lastly, the contract contains a Most Favored Customer (MFN) condition stating that if BEREKET wishes to offer any participation-based life insurance product to the market on more advantageous terms than the terms or features offered to TFKB, it must propose such terms to TFKB before they are offered or communicated to customers or third parties.

TCA concluded that under Paragraph 14 of the Vertical Guidelines, it is necessary to examine whether the non-competition obligations in the agency agreement have the potential to restrict competition by causing a closure effect in the market. Accordingly, since BEREKET has a high market share in the participation-based life insurance market, and in general, within the market dynamics, the fact that insurance companies stipulate non-competition obligations in their agency relationships with banks may make it difficult for new market entrants to access an effective agency network, and in this respect, may create a partial closing effect in the market it is concluded that even though it falls under Article 4 of Act No. 4054, agreement containing a 10-year non-competition obligation despite being an agency agreement cannot be granted a negative clearance certificate under Article 8 of Law No. 4054.

In its assessment in terms of the Group Exemption Communiqué on Vertical Agreements, it is concluded that BEREKET, as the provider, cannot benefit from the group exemption since its share in the participation-based life insurance market for 2021 is above the 30% threshold and the duration of the agreement with a non-compete obligation is regulated as 10 years.

In its individual exemption assessment, TCA stated that;

- › Investments may also increase through the contract containing a non-compete obligation and thanks to the stability created by the long-term working environment, the development of the participation insurance market and such collaborations may serve to expand the low share of participation financial products in the financial markets, and efficiency will be gained in the distribution of participation-based life insurance and private pension products,
- › By offering the products through a participation bank, they will be made accessible to consumers through a wider distribution network, which will increase consumers' access to these products, and the specialization that will arise as a result of long-term cooperation will be in favor of consumers,
- › By offering the products through a participation bank, they will be made accessible to consumers through a wider distribution network, which will increase consumers' access to these products, and the specialization that will arise as a result of long-term cooperation will be in favor of consumers,
- › The prevalence of qualified bancassurance agreements with exclusivity clauses in the sector does not result in a market-closing effect in the current situation considering the market characteristics such as the fact that the participation insurance market exhibits a character that is in the development phase, that it is open to new entries with the new legislation and that fewer undertakings operate in the life insurance field compared to the non-life participation insurance field, that there is a significant level of competition between brands in the relevant markets, and that insurance activities through participation bancassurance follow an upward trend with the recent establishment of the legislative infrastructure.
- › In terms of participation-based private pension contracts, approximately 1% of participation-based private pension products (voluntary PPS+OCS) are distributed through the bank channel throughout the sector; therefore, the sales made through the bank channel have a low rate and banks are a weak distribution channel throughout the sector and therefore, the non-competition obligation will not lead to a significant restriction of competition,
- › Considering that the bank channel in the BEREKET participation-based life insurance market is at a negligible level due to its relatively small market share and that there is a significant level of inter-brand competition in the relevant markets, the 10-year non-compete obligation to be imposed on TFKB is acceptable,
- › On the other hand, taking into account the previous Authority decisions, the non-compete obligation to be imposed on TFKB, which will be valid for 5 years from the expiry or termination of the contract, is

compatible with the conditions of the individual exemption, but the non-compete obligation of unlimited duration to be imposed on BER-EKET should be modified so that it does not exceed 5 years from the expiry of the contract,

- › Concerning the MFN condition, TFKB does not have significant market power and there is no significant concentration in participating life insurance,

Having made its assessments, TCA concluded that the contract may be granted an individual exemption under Article 5 of Act No. 4054 if the duration of the provision containing an indefinite period of non-incentive obligation against BEREKET is limited to a maximum of 5 years from the expiry of the contract.



DIGITAL MARKETS

1. Introduction

Digital markets differ from traditional industrial structures and operate as platform-based economies, encompassing marketplaces (such as Amazon and Trendyol), application stores (like Apple’s App Store and Google Play Store), social networking sites (including LinkedIn and Twitter), and search engines (such as Google and Yandex). With the proliferation of players in digital markets and their utilization of consumer data, it is evident that regulations designed for traditional markets fall short in addressing competition issues in this dynamic landscape. Consequently, regulations have been implemented globally to tackle competitive concerns. The unique nature of these markets has prompted specialized regulatory efforts alongside traditional competition law rules. While failure to intervene appropriately and in a timely manner in digital markets can lead to market closure, premature interventions may dampen innovation and investment incentives for startups in the sector.¹

Therefore, regulations permitting preemptive intervention have been enacted in numerous countries for these markets. The foundation of such regulations rests upon competitive concerns stemming from the abuse of market power or monopolistic positions. In each regulatory endeavor based on these justifications, varying definitions have been embraced regarding the scope of the relevant regulation. For instance, in the European Union’s Digital Markets Act (“DMA”), which has come into effect, this entity is termed a “gatekeeper,” while in the United Kingdom, the Digital Markets, Competition, and Consumer Bill

¹ TCA, *Dijital Dönüşümün Rekabet Hukukuna Yansımaları*, April 2023.

(“DMCC”), pending enactment, denotes it as a “strategic undertaking with strategic market status.”² Similarly, under German Competition Law, it is referred to as an “undertaking of paramount significance for competition across markets,” whereas the American Innovation and Choice Online Act (“AICOA”) in the USA has limited regulations, categorizing it as a “covered platform.” In the draft of the Competition Act in Turkey, phrases like “undertaking with significant market power” are under consideration.³ The essence of the newly introduced rules in prominent practices, notably the European Union’s Digital Markets Act (“DMA”) and the German Competition Act (“German Competition Act 19a”), lies in establishing thresholds determined by specific criteria, departing from the traditional definition of a dominant position. These regulations proactively prohibit certain behaviors of undertakings exceeding competition laws and identified to possess significant market power, providing competition authorities with the means to intervene without protracted competition investigation processes.

2023 has been a year in which competition authorities have gained awareness that the current regulations they apply to players operating in traditional markets are not sufficient in terms of effectiveness in digital markets. As a matter of fact, considering the speed of development of digital markets, the common point of concerns of many authorities is that competition law tools are not fast and effective enough; For this reason, studies on new regulation and implementation methods have begun. In this context, issues such as whether ex-ante regulations will be accurate in terms of competition law practice carried out mostly through ex-post tools, how the purposes and boundaries of the new regulations will be drawn, and how the transnational regulatory needs will be met are discussed.

In the “G7 Inventory of New Rules for Digital Markets” Report⁴ regarding the study on the regulatory proposals brought to the agenda, especially in OECD member countries; Although it has been determined that there are common goals and common competitive concerns, it has been revealed that no consensus has yet been reached on how the implementation should be and how its boundaries will be drawn. When looked at in outline; It has been observed that the issues such as whether ex-ante regulations are necessary, how the areas of intervention will be determined if such regulations are made, how vague concepts and definitions can expand the area of influence and what effects this may have on the market have been discussed by the OECD. Because ineffective and insufficient intervention may cause digital markets to be shaped in a non-competitive structure, and too much intervention may cause the motivation for innovation and investment to disappear in these developing markets. At this point, it is of vital importance to ensure

2 Kerem Cem Sanlı, Cihan Doğan, *Rekabet Politikası Açısından Dijital Piyasaların Düzenlenmesi: E-Ticaret Kanunu ve Rekabet Kanunu Değişiklik Taslağı*, 18.10.2023.

3 Kerem Cem Sanlı, Cihan Doğan, *Rekabet Politikası Açısından Dijital Piyasaların Düzenlenmesi: E-Ticaret Kanunu ve Rekabet Kanunu Değişiklik Taslağı*, 18.10.2023.

4 OECD, *G7 Inventory of new rules for digital markets*, Kasım 2023.

balance in the regulations regarding digital markets. Evaluating the studies initiated by competition authorities around the world in 2023 is important in understanding the public side approach to digital markets. In this context, the prominent developments globally in 2023 are mentioned below:

- » With the entry into force of the Digital Markets Act (“DMA”) in the European Union in 2022, member states have begun to prepare drafts aimed at giving national competition authorities powers to monitor compliance with the DMA. In this context, changes were made in the Hungarian⁵ and Dutch⁶ Competition Acts on 01.01.2023, in the Luxembourg⁷ Competition Act on 23.03.2023, and in the German⁸ Competition Act on 05.04.2023.⁹ Additionally, a report was prepared by the OECD that follows and compares the regulatory efforts of Germany, the European Union, Japan, the United Kingdom, the USA, South Korea and Brazil.¹⁰
- » To ensure the regulation of competition in UK digital markets; United Kingdom continues to work on the Digital Markets, Competition and Consumers Bill to amend the Competition Act of 1998 and the Enterprise Act of 2002 and to add provisions regarding the protection of consumer rights to competition law.¹¹
- » China published the draft regulation called the Regulations on Regulating and Facilitating Cross-border Data Flow on September 28, 2023, and announced that it would initiate regulatory studies to facilitate cross-border data transfer. If adopted, it would significantly reduce restrictions on cross-border data transfers from China.¹²
- » As of 7 November 2023, the 11th amendment to the German Competition Law (GWB) came into force after being published in the German Federal Official Gazette. Within the scope of the amendment made to the German Competition Law, regulations regarding certain powers that the Bundeskartellamt can use within the scope of sector investigations, powers for the implementation of the EU Digital Markets Act (DMA) and powers for the reimbursement of benefits have been implemented.¹³ Accordingly:
 - » The Bundeskartellamt is given the authority to impose behavioral or structural measures following sector investigations. If, following a sector investigation, it is determined that there are situations

5 HCA, *Changes in Competition Law: expanding GVH toolbox and less administrative burden for undertakings*, 01.01.2023.

6 ACM, *Uitvoeringswet digitalemarktenverordening*, 01.01.2023.

7 *Autorité de la concurrence Luxembourg, Vers une concurrence plus équitable: mise en œuvre de deux règlements européens majeurs en faveur des entreprises et consommateurs en vue de renforcer le marché intérieur*, 24.03.2023.

8 *Bundeskartellamt, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und anderer Gesetze*, 05.04.2023.

9 TCA, *Dijital Dönüşümün Rekabet Hukukuna Yansımaları*, Nisan 2023, s26.

10 OECD, *G7 Inventory of new rules for digital markets*, Kasım 2023.

11 CMA, *Changes to Digital Markets Bill introduced to ensure fairer competition in tech industry*, 15.11.2023.

12 USCBC, *Provisions on Regulating and Facilitating Cross-Border Data Flow*, 28.09.2023.

13 *Bundeskartellamt, Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, 07.11.2023.

where competition is significantly and permanently distorted, the Bundeskartellamt has the authority to use tools such as implementing structural, behavioral or remedial measures to eliminate the distortion of competition, including the division of undertakings, without the need to determine that an infringement exists. The structural, behavioral or remedial measures in question can be applied even to undertakings that fully comply with competition law.

- › Strengthening powers for the implementation of the DMA have been issued. The regulation enables the Bundeskartellamt to investigate DMA violations using its ordinary investigative powers and is required to report its findings to the European Commission as the final and sole enforcement authority regarding the DMA.
 - › The presumption is regulated for the repayment of benefits obtained from anti-competitive practices. Although the reimbursement of benefits obtained from competition law violations is not a new practice in German competition law, it has not been implemented until now due to practical difficulties in estimating the size of the economic advantage obtained through competition law violations. With the new regulation, it is now presumptive that the violation of competition law provides an economic benefit for the violating undertaking and that this benefit is at least 1% of the domestic turnover of the violating undertaking obtained from the affected products or services. The presumption can be rebutted by the enterprise by proving that there was no violation or profit was made within the relevant time period.
-
- » French competition authority *Autorité de la concurrence* stated in the 2023-2024 road map published that harmonization efforts with DMA will be accelerated and that regulation studies will follow this progress with the advancement of digitalization.¹⁴
 - » Canada aims to improve competition in the Canadian digital market and contribute to the sustainability of the Canadian news industry with its *Online News Act* regulation. It does this by creating a bargaining framework for commercial agreements between the largest digital platforms and news businesses.¹⁵
 - » Within the scope of its harmonization efforts with the DMA, Spain made changes to the *Competition Law* with the “*Royal Decree Law*” published in the *Spanish Official Gazette* on July 29, 2023. The changes largely regulate mergers and acquisitions in digital markets.¹⁶
 - » Australian competition authority ACCC shared a report examining the

¹⁴ *Autorité de la concurrence, Feuille de route, p2.*

¹⁵ *Gouvernement de Canada, Final regulations for the Online News Act, 15.12.2023.*

¹⁶ *Clifford Chance, Spain: New Developments in The Time Limits For Competition Law Proceedings And The Role Of The Cnmc In The Application Of The Digital Markets Act, Temmuz 2023, p2.*

effects of the Competition and Consumer Laws, which started to be implemented in 2022, on consumers and small businesses, and gave examples of the changes expected to be made in the Law in the coming period, based on its analysis.¹⁷

In addition to these improvements, the rapid progression towards the digital age has brought about the emergence of artificial intelligence tools capable of revolutionizing sectors and enterprises, prompting them to integrate artificial intelligence into their business models. While the utilization of artificial intelligence in automating business processes and enhancing customer engagement is becoming increasingly prevalent, the exponential growth of new branches of artificial intelligence, particularly generative AI (a model of artificial intelligence that facilitates the creation of new content rather than manipulating or replacing existing content), has shed light on the true power and potential of artificial intelligence as a resource. Efforts by the European Union to regulate the market placement, usage, and liability of artificial intelligence systems through the Artificial Intelligence Act and the Artificial Intelligence Liability Directive are underway, alongside involvement from the UK Competition and Markets Authority (CMA) and the FTC. Furthermore, recent initiatives undertaken by several competition authorities, including the integration of AI, are focused on comprehending the interaction between AI and competition law.

This study commences with explanations concerning the structure of digital markets, followed by an examination of the competitive concerns within these markets and the decisions and developments made in response to these concerns in 2023. Subsequently, the document delves into an analysis and evaluation regarding the potential consequences that artificial intelligence and algorithms may have within the realm of competition law.

2. Market Structure in Digital Markets

Due to the difficulty of defining digital markets, making a basic distinction will be more functional in terms of both better understanding the functioning of the markets and easily addressing the problems that have arisen or may arise in terms of competition law. In this context, it is possible to make a dual distinction in terms of the main areas of activity of digital markets. As the first category, enterprises such as Google, Facebook, Apple and Amazon (“GAFA”), whose main activities can be described as data collection, processing and creating value through data, will be discussed. In the second category, markets such as e-commerce platforms, online food ordering services, financial technology companies (fintechs) that enable existing service areas to be taken in better and/or different forms and where traditional services are transferred to the digital environment will be discussed. This category is quite colorful and diverse, and many companies such as Amazon, Uber, Alibaba, Netflix can be cited as examples. Even

¹⁷ ACCC, *Consumers and small businesses to benefit from proposed new regulation of digital platforms*, 8.12.2023.

though it cannot be ignored that data is important for the services listed in the second category, it is considered appropriate to make a classification in this direction since it does not form the basis of the service as much as it does in the first category and is based more on bringing buyers and sellers together. The fact that enterprises in both categories provide services in many fields and produce holistic products leads to the formation of economies of scope and the creation of ecosystems that bring new competition law problems to the agenda.

Due to the structures of large digital ecosystem companies, economic and competitive evaluations remain complex. Although the environment and outputs created by companies due to their structure do not directly result in harm to the consumer, the risk that the contact between companies will become a facilitator of inter-company coordination cannot be ignored since they operate in many different markets. One of the competitive concerns regarding digital ecosystems is how to build competition policy, which is also one of the main questions in digital markets. Because the incorrect construction of competition policy will prevent the separation of anti-competitive behavior from developments that may be beneficial to consumers and innovation.¹⁸

With the spread of digital ecosystems, the importance of behavioral economics in competition law is increasing. As the interaction of enterprises with customers moves to the digital environment, new methods for marketing products and services are emerging, and this creates a new area that requires competition law to adapt to digital markets. One thing that stands out from these developments is the changes in the supply and demand balance in the markets. While in traditional markets the customer finds the product or service it wants to buy by searching, the widespread availability of a filtering system in digital markets enables the balance of supply and demand to be established much faster. This situation provides some competitive advantages to an undertakings that makes its sales digitally, even though it operates in the same market as its competitor. For example, by making filtering systems available to customers, an online retailer can directly offer the products or services that customers want, and can even directly intervene in the decision-making process of customers by integrating some algorithms into its system. The enterprise can offer the excess product or service it has to the customers through various methods, and can increase the price of the remaining product or service. Because an enterprise that makes its sales online can track customer behavior much more easily than an enterprise that makes its sales using traditional methods. .¹⁹ The use of many methods that provide similar competitive advantages is increasing with the spread of digital markets. Therefore, to what extent enterprises compete through better supply and successful innovations and to what extent they are protected from market

¹⁸ OECD, *Dijital rekabet politikası: Ekosistemler farklı mı?*, 9.11.2020.

¹⁹ John W. Walsh, Valerie Keller-Birrer, *Behavioral economics in the digital world*, IMD, Mayıs 2019.

entry barriers that may arise with the development of markets are important examination issues in digital markets.²⁰

Depending on this structure that is still developing in digital markets, current and potential competition law risks can be listed as follows within the framework of the decisions of TCA and other competition authorities, guidelines and regulatory developments:

- » Discrimination,
- » Pushing competitors out of the market (exclusivity conditions, pre-loading applications on devices, setting applications as default on devices, etc.),
- » Dominant undertakings prioritizing themselves in the relevant market,
- » Undertakings operating in more than one market abuse their power in the market in which they are dominant in other markets,
- » Preventing integration and inter-usability with competing products,
- » Not sharing the data required for market entry with potential competitors,
- » Preventing multi-homing (multi-platform use), data portability (moving data from one platform to another platform), data interoperability (ability to use data with other platforms),
- » The market power of dominant due to network effects (network externalities),
- » Dominant undertakings taking over their competitors that just entered the market,
- » Dominant undertakings taking over their potential competitors,
- » Increasing the existing data diversity and strengthening the dominant position by taking over from different markets,
- » Risks of weaker data protection and reduced consumer choice due to concentrations.

These competition law risks have been the subject of investigations carried out by many competition authorities in 2023. All these risks can be evaluated under three separate headings: “Abuse of Dominant Position”, “Merger and Acquisition Controls” and “Ex-ante Regulatory Practices”, and the prominent decisions of the leading competition authorities in this context will be included below.

a. Abuse of Dominant Position:

i. AMAZON

On 3 November 2023, CMA accepted commitments made by Amazon to address competitive concerns regarding how Amazon uses third-party seller data, how

²⁰ *Punta Rastislav, Economic and legal features of digital markets, DANUBE: Law, Economics and Social Issues Review, sayı 10(2), s.3.*

Amazon chooses which product offer to place in the Buybox, and the negotiation of delivery charges for “Prime” orders.²¹ Amazon’s behavior generally prioritizes its own activities, and its commitments to competitive concerns are as follows:

- Ensuring that Amazon does not use competing sellers’ marketplace data to gain an unfair advantage over other sellers. This commitment addresses concerns that Amazon’s access to commercially sensitive data on third-party sellers helps the retail business decide which products to sell, manage inventory levels for those products, set prices and make other important business decisions.
- Ensuring that all product offerings receive equal treatment when deciding which products to include in the Buybox. This is intended to address concerns that products offered by third-party sellers are less likely to appear in the Buybox than similar offers from Amazon’s own retail business or third-party sellers using Amazon’s delivery services.
- Allowing third-party businesses that use Marketplace to negotiate their own prices directly with independent providers of Prime delivery services, so customers can benefit from lower delivery costs where better prices are negotiated.
- Appointment of an independent trustee to monitor compliance with Amazon’s commitments. The CMA will have a direct say in this appointment and will ensure they have the skills and expertise required for the job.

ii. APPLE

The European Commission started an investigation finding that Apple abused its dominant position by promoting its own digital music platform and its own payment service by imposing its own in-app payment technology and preventing app developers from informing users about alternative digital music platforms.²² The focus of the investigation report is on the contractual restrictions Apple imposes on app developers that prevent users from being informed about alternative subscription options. The Commission considers that these restrictions prevent app developers from informing consumers of lower-priced streaming services, are disproportionate and limit consumer choice.

In another decision, the European Commission imposed an administrative fine of approximately €1.8 billion on the grounds that Apple abused its dominant position in the market for the distribution of music streaming applications to iPhone and iPad users (“iOS users”) via the App Store.²³ In particular, the Commission found that Apple’s anti-steering provisions prevented app developers

²¹ CMA, *Investigation into Amazon’s Marketplace*, 03.11.2023

²² Avrupa Komisyonu, *Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Apple clarifying concerns over App Store rules for music streaming providers*, 28.02.2023.

²³ European Commission, *Commission fines Apple over €1.8 billion over abusive App store rules for music streaming providers*, 04.03.2024.

from informing iOS users about alternative and more affordable music subscription services available outside the Apple ecosystem.

Currently, Apple is the sole provider of the App Store, providing application distribution to iOS users in the European Economic Area ('EEA'). Thus, Apple completely controls the iOS user experience, setting the terms and conditions that developers must comply with that will be included in the App Store and reach iOS users in the EEA. The Commission found that Apple prevented iOS users from accessing alternative, more affordable subscription services by imposing various anti-routing provisions on music streaming app developers. According to the Commission's assessment: (i) prohibiting in-app notifications about prices for non-app subscription offers on the internet, (ii) prohibiting iOS users from being notified in-app about price differences between in-app subscriptions sold through Apple's in-app purchase mechanism and subscriptions available outside the app and (iii) anti-referral provisions have been imposed on app developers by Apple, such as prohibiting the inclusion of in-app links directing iOS users to the app developer's website where alternative subscriptions can be purchased, and banning emails about alternative pricing options to new subscribers.

Since the prohibitory provisions in question are not necessary and proportionate to protect Apple's commercial interests in relation to the App Store; it has also been decided that iOS users using music streaming subscription services negatively affect their ability to make informed and effective decisions regarding subscription processes. It has been stated that Apple's behavior of imposing high commission fees on developers, which has been going on for nearly a decade, has caused consumers to pay higher prices for music streaming subscriptions. In addition, it has been emphasized that these provisions cause some users to incur the burden of searching to access alternative non-application offers, or other non-monetary negative user experiences such as users who do not perform these searches not being able to obtain any subscription services. While imposing an administrative fine on Apple, the Commission considered that Apple provided misleading information and imposed a lump sum penalty in addition to the basic fine for deterrence purposes, considering that the infringing behavior caused non-monetary damage. Finally, in addition to the administrative fine, Apple was obliged to remove the anti-referral provisions it imposed on developers.

Italian competition authority AGCM launched an investigation on May 11, 2023, on the basis that Apple abused its dominant position in the market of online application distribution platforms.²⁴ Specifically, the AGCM found that, starting in April 2021, Apple adopted a more restrictive policy for third-party app developers than it did for itself. According to AGCM's findings, Apple has adopted several approval conditions that impose more difficult conditions for listing applications developed by its com-

²⁴ AGCM, Italian Competition Authority: Investigation opened against Apple for alleged abuse of dominant position in the app market, 11.05.2023.

petitors than its own applications, and has limited the effectiveness of advertising campaigns in applications. AGCM evaluated that this is since Apple Ads, which Apple uses for its own operations, is much more technically advanced and its programming interface can be more easily integrated into Apple systems, compared to the applications used by third-party developers. AGCM evaluated that these activities of Apple reduced competition in the market and strengthened Apple's digital ecosystem and decided to open an investigation against the enterprise.

iii. META

Two different decisions made by the TCA regarding META and the decision of the CJEU against the Bundeskartellamt decision will be mentioned.

Firstly, TCA identified competitive concerns in 2021 that Meta Platforms Inc. (Meta), Meta Platforms Ireland Limited (Meta Ireland) and WhatsApp LLC (WhatsApp) violated Article 6 of the Act. TCA opened an investigation against the undertakings on the grounds that, by combining data collected from Facebook, Instagram, WhatsApp and Messenger services, which are called Facebook's core services, the activities of competitors operating in personal social networking services and online display advertising markets are made more difficult, and in addition, they create an entry barrier in the market. In the continuation of the investigation, it was decided to take an interim injunction regarding Meta, considering that the practices subject to investigation had the possibility of causing serious and irreparable harm until the final decision to be taken because of the investigation. Accordingly, a measure has been taken for Meta to rearrange the update to the "WhatsApp Terms of Service and Privacy Policy", which is planned to come into force, in accordance with the law and postpone the publication date globally. In continuation of the investigation, TCA visited the company headquarters of the relevant enterprises and carried out on-site inspections. Subsequently, a detailed analysis was carried out by considering the market shares and market positions of the undertakings in each market. As a result of the on-site inspections and evaluations made by TCA;

- » Madoka, who is under investigation, does not have any responsibility since she does not have any role in the presentation of the activities subject to investigation,
- » Facebook economic integrity (Facebook), consisting of Meta Platforms, Meta Platforms Ireland and WhatsApp LLC; dominates the markets for personal social networking services, consumer communications services and online display advertising.
- » By combining the data collected from Facebook, Instagram and WhatsApp services, which are called basic services, Facebook causes disruption of competition by complicating the activities of its competitors operating in personal social networking services and online display advertising markets and creating an obstacle to market entry, thus violating competition.

Finally, because of the above-mentioned findings, TCA has decided that administrative fine should be imposed on Facebook because of abusing the dominant position that it has. Also, Facebook must take the necessary measures to end the violation and ensure effective competition in the market and submit it to TCA, carry out these measures within six months from the notification of the reasoned decision and submit a report to TCA periodically once a year for a period of 5 years from the start of the implementation of the first adapted measure. As a result, TCA concluded the investigation by deciding that Facebook economic integrity must be penalized for their actions and that there was no need to impose a fine on Madoka.²⁵

As a result of the preliminary investigation carried out by the TCA regarding the allegation that Meta violated Article 6 of the Act No. 4054 by connecting the Threads application with Instagram, the TCA found the documents obtained serious and sufficient and decided to open an investigation.²⁶

Secondly, in the case filed by Meta against the decision of the Bundeskartellamt, the Court of Justice of the European Union (“CJEU”) ruled on whether national competition authorities can monitor the compliance of a data processing activity with the GDPR and on the application of certain provisions of the GDPR to Meta’s processing activities.

The Bundeskartellamt ruled that Meta Platforms Ireland had abused its dominant position in the online social networks market in Germany because the data processing carried out by Meta did not comply with the GDPR. For this reason, the general conditions regulated especially for private users residing in Germany prohibit the use of Facebook from being linked to consent to the processing of non-Facebook data and the processing of these data without their consent. As a reply to the questions raised on its decision, the CJEU stated that, in the context of assessments of abuse of dominant position, it may be necessary for the competition authority of the relevant Member State to examine whether the behavior of the undertaking in question complies with regulations other than competition law, such as the GDPR.²⁷

iv. GOOGLE

Three different decisions of two different competition authorities regarding Google will be discussed.

First, the German Competition Authority (Bundeskartellamt) announced that it had competitive concerns about Google, which limited competitors’ ability to provide individual services by connecting their services to the infotainment systems in their own vehicles. While these concerns generally arise over

²⁵ *Rekabet Kurulu kararı, 20.10.2022.*

²⁶ *TCA decision, 12.12.2023, 23-54/1031-M.*

²⁷ *ECJ decision, 4.07.2023.*

Google's packaging and control over default settings, restrictions on combining Google Maps with third-party services are also included in the research.²⁸

In this context, the Bundeskartellamt stated that, based on its preliminary assessment, Google may end its restrictions on combining its own Google Maps Platform map services with third-party map services. It has been deemed that it may prevent competition between applications related to map services used by logistics, transportation and delivery service providers. It has also been evaluated that these restrictions make it difficult for map service providers to develop effective alternatives to Google Maps, and therefore may have a negative impact on competition between services for infotainment systems in vehicles.

The Bundeskartellamt cooperated with the European Commission with the relevant evaluation. The European Commission, on the other hand, has decided to implement the Digital Markets Act ("DMA"), which has just come into force and subjects major online platforms to special abuse supervision.

Another decision made by the Bundeskartellamt is about the acceptance of the commitments made by Google regarding the investigation carried out based on the new provision within the scope of competition law (Article 19a of the German Competition Act, GWB), which allows the Bundeskartellamt to intervene in cases where competition is threatened by large digital companies. With these commitments, Google's parent company Alphabet Inc. gives users more choices about how Google processes their data.

Google's commitments relate to cases where the enterprise intends to combine personal data from a Google service with personal data from other Google or non-Google sources or to use this data interchangeably in separately offered Google services. This obligation is already established by the Digital Markets Act (DMA) for Google services, which was recently designated under the DMA by the European Commission. These services include Google Shopping, Google Play, Google Maps, Google Search, YouTube, Google Android, Google Chrome and Google's online advertising services. In addition to these services, Google's commitments to the Bundeskartellamt also address data processing in more than 25 other services, including Gmail, Google News, Assistant, Contacts and Google TV. Accordingly, Google will need to offer its users the option to give clear, specific, well-informed and unambiguous consent to the use of their data across different services. For this, Google must provide suitable options for data combination. The user interface for making these choices should be designed in a way that does not manipulate or coerce users into agreeing to cross-service data processing, thereby avoiding deceptive tactics ("dark patterns").²⁹

²⁸ Bundeskartellamt, *Abmahnung verschiedener Praktiken Googles im Zusammenhang mit den Google Automotive Services und der Google Maps Platform*, 21.06.2023.

²⁹ Bundeskartellamt, *Bundeskartellamt verschafft Nutzerinnen und Nutzern bessere Kontrollmöglichkeiten über ihre Daten bei Google*, 05.10.2023.

In a separate process, the Bundeskartellamt sent its investigation report to Google as part of its investigation into Google's data processing conditions. The Bundeskartellamt has announced that new legal regulations are applicable to large digital companies and that Google is therefore obliged to change its data processing terms and related practices. Under the investigation, the Bundeskartellamt came to the preliminary conclusion that users were not given sufficient choice by Google as to whether and to what extent they consented to such extensive processing of their data across the services offered. The Bundeskartellamt did not find the options offered so far, if any, sufficiently transparent and general, and emphasized that adequate choice means that users should be able to limit data processing to a specific service and be able to distinguish the purposes for which data are processed. It is also noted that the options offered should not be designed in a way that makes it easier for users to consent to the processing of data across services than to not consent. As a result, the Bundeskartellamt announced that, considering its preliminary opinions, it is planned to impose an obligation on Google to change the options it offers to users.³⁰

Finally, the US Department of Justice (DOJ); announced that they have filed a lawsuit against Google, together with the Attorneys General of California, Colorado, Connecticut, New Jersey, New York, Rhode Island, Tennessee and Virginia, on the grounds that it distorts competition in internet advertising technologies through mass purchases and anti-competitive auction manipulation.

The lawsuit alleges that Google monopolizes the core digital advertising technologies that website publishers use to sell ads and advertisers use to buy ads and reach potential customers, collectively referred to as the "ad tech stack." Website publishers use ad technology tools to generate advertising revenue that supports the creation and maintenance of a vibrant open web, providing the public with unprecedented access to ideas, artistic expressions, information, goods and services. The Department of Justice and State Attorneys aim to restore competition in these important markets through this antitrust case.

According to the complaint, over the past 15 years, Google has worked to neutralize or eliminate ad tech competitors through acquisitions; It has engaged in many anticompetitive and exclusionary behaviors, including using its dominance in digital advertising markets to force more publishers and advertisers to use its products and hindering the ability to use rival products. In doing so, Google has consolidated its dominance of the digital advertising exchange that conducts ad auctions, as well as the tools trusted by website publishers and online advertisers.

Google's alleged anti-competitive behavior includes:

³⁰ Bundeskartellamt, *Statement of objections issued against Google's data processing terms*, 11.01.2023.

- › Buying Competitors: Implement an acquisition model to gain control over key digital advertising tools used by website publishers to sell advertising space;
- › Forcing Adoption of Google’s Tools: Locking website publishers into its newly acquired tools by restricting unique, must-have advertiser demand for the ad exchange and, in exchange, conditioning effective real-time access to the ad exchange on the use of the publisher ad server;
- › Distorting Competition in Auctions: Limiting real-time bidding for publisher inventory to its own ad exchange and preventing competing ad exchanges from competing on the same terms as Google’s ad exchange;
- › Auction Manipulation: Manipulating the auction mechanics of its various products to isolate Google from competition, deprive competitors of scale, and halt the rise of competing technologies.

According to DOJ; Google’s anticompetitive behavior has put pressure on alternative technologies and prevented their adoption by publishers, advertisers, and competitors. To compensate for Google’s anti-competitive behavior, the Ministry stated that it requested triple compensation for losses resulting from the anti-competitive violation.³¹

v. OBİLET

TCA decided to terminate the investigation carried out regarding Obilet’s alleged violation of Articles 4 and 6 of the Act No. 4054, upon the commitments presented.³²

Upon OBİLET’s application to initiate the commitment process regarding the competitive concerns in the file, a commitment package has been presented to address competitive concerns. The opinions of third parties were also consulted about the commitment package in question.

The detailed version of the accepted OBİLET commitments will be included in the reasoned decision, and the commitments presented are briefly summarized as follows:

- a) An online ticket sales contract text that does not include software services has been prepared by OBİLET for carrier companies that use different ticketing software and started to be signed with carrier companies. In the model implemented with the said contract, carrier companies will only pay the Sales-Distribution-Marketing commission fee to OBİLET.
- b) If a carrier company currently using OBİLET’s ticketing software decides to use another software, this will not constitute a reason for the

³¹ DOJ, *Justice Department Sues Google for Monopolizing Digital Advertising Technologies*, 24.01.2023.

³² *Rekabet Kurulu kararı*, 18.08.2023, 23-27/521-177.

carrier company to be closed to sales via the OBILET platform. Also OBILET will not engage in any discriminatory or exclusionary behavior towards the carrier company.

- c) Closing the carrier company from sales via the obilet.com platform will only be possible if it violates the applicable legislation provisions and essential obligations, regardless of which ticketing software it uses.
- d) A new business model has been developed by OBILET and a sample agreement has been prepared to be signed with companies that provide ticketing software services in terms of the transmission of trip data to OBILET. The service of companies providing ticketing software services to OBILET is determined as travel data transmission only. On this occasion, commission will be paid by OBILET to the relevant companies for the transmission of voyage data.
- e) There will be no online advertising ban for the brands of carrier companies whose voyage data is distributed by OBILET to rival online sales platforms.
- f) OBILET will not impose a comprehensive online advertising ban on rival online sales platforms in terms of OBILET/BILETALL brands.
- g) The contractual provisions that prevent OBILET from communicating with the carrier companies to which the voyage data of rival online sales platforms are distributed have been abolished and online sales platforms will not be prevented from communicating with the carrier companies.
- h) In connection with the commitment number 7, according to the new business model developed by OBILET, carrier companies and online ticket sales platforms will be able to reach agreements by establishing a direct connection, in which case OBILET will only be responsible for transmitting the voyage data of the relevant carrier company to the platform. In this business model, OBILET will not engage in any discriminatory or exclusionary behavior towards carrier companies.
- i) Regarding the ticket sales of online ticket sales platforms receiving service from OBILET, OBILET has added a reporting screen to its software where carrier companies can see which platform has sold how many tickets and will not charge any fee from the carrier companies or platforms for this.
- j) OBILET will make an announcement to the carrier companies using the ticketing software and provide information about the commitments.

vi. LIEFERANDO

The Bundeskartellamt decided to terminate the investigation against Your-delivery GmbH, which was initiated to examine the price equality clause in Lieferando's general terms and conditions with restaurants, which stipulates that the prices applied on the Lieferando platform should be equal to the prices applied through the restaurants' own distribution channels, for discretionary reasons.³³

³³ Bundeskartellamt, Bundeskartellamt stellt Verfahren gegen Lieferando ein, 12.07.2023.

Termination of the investigation for discretionary reasons does not constitute a statement as to whether the price equality clause under examination is permissible under competition law. The Bundeskartellamt will continue to monitor how consumer demand behavior and competitive processes evolve, especially with the entry of Uber Eats and Wolt into the market.

vii. TRENDYOL

TCA concluded its investigation to determine whether Trendyol's practices violate Article 6 of Act No. 4054 by making the commitments made by Trendyol binding.³⁴

Within the scope of the investigation, TCA's competitive concerns and the following commitments made in response to each competitive concern were accepted and became binding for 3 years:

- a) Trendyol excluding its competitors in the online second-hand product sales market by using the user data it has in its multi-category e-marketplace in favor of Dolap, favoring itself: In order to eliminate the relevant competitive concerns, Trendyol has committed that user-based data, which may be considered important in the marketplace and provides information about user shopping trends, will not be shared with the Dolap business unit and will not be used in Dolap.
- b) Dolap excluding its competitors from the online second-hand product sales market by preventing sellers from transferring their own data or photos to competitors: In order to eliminate the relevant competitive concerns, Trendyol has promised that sellers whose account and e-mail information have been verified during the registration phase with Dolap can request their information on the platform, and that, upon request, Trendyol will provide each information to the seller in a collective manner, which will be visible under separate columns.
- c) Trendyol using its financial power in the e-marketplace in favor of Dolap through cross-subsidy and excludes its competitors from the online second-hand product sales market: In order to address possible concerns regarding cross-subsidy, Trendyol has undertaken to cover the total of the annual revenue it obtains within the scope of the domestic Cupboard service and the total costs it incurs within the scope of this service, on the basis of the total of each annual period for three years.

viii. STORYTEL

TCA initiated an investigation against Storytel Turkey Yayıncılık Hizmetleri AŞ (STORYTEL) for allegedly violating Articles 4 and 6 of Act No. 4054. While the investigation process was continuing, an application was made by STORYTEL to initiate the commitment process regarding the anti-competitive concerns in

³⁴ TCA decision, 27.02.2023, 23-11/177-54.

the file, and as a result of the negotiations held in this context, the following final commitments were presented by STORYTEL:

- I) Existing Audio License Agreements signed with publishing houses/ rights holders prior to the date on which the commitments become binding and in force for one year or more will be amended so as not to provide STORYTEL with an exclusive right to produce the audiobook format of a particular book.
- II) Existing Voiceover License Agreements that were signed before the date on which the commitments became binding and have been in force for less than one year will be amended in a way that will not provide an exclusive right to STORYTEL upon the completion of the first year of the relevant agreement from the date of signature.
- III) Audio License Agreements signed after the date on which the commitments become binding will not provide STORYTEL with an exclusive right to produce the audiobook format of a particular book.
- IV) STORYTEL will not be granted exclusivity/full license over the content distributed through Content Distribution Agreements.
- V) Dubbing Agreements will not include any obligation for Voice Actors to dub exclusively for STORYTEL.

The commitments in the final commitment package submitted by STORYTEL are accepted since they are capable of eliminating the competition problems identified within the scope of the file and arising from STORYTEL's behavior, can be fulfilled in a short time and can be implemented effectively, and the commitments in the final commitment text are made binding for STORYTEL and It was decided to terminate the ongoing investigation.³⁵

b. Control of Mergers and Acquisitions

i. Adobe-Figma

As a result of the investigation launched by the European Commission in August 2023 to evaluate Adobe's offer to acquire Figma and whether the relevant transaction will affect competition in global markets; the European Commission expressed its preliminary opinion that the relevant acquisition offer may reduce competition in global markets for the supply of interactive product design software and other creative design software.

As a result of its detailed examination and research, the Commission concluded that the relevant transaction could significantly reduce competition in global markets. In the eyes of the Commission, the relevant transaction can make Adobe the dominant player in the market by eliminating its biggest rival Figma. As

³⁵ TCA decision, 14.12.2023.

a result, the Commission disallowed the transaction, finding that the relevant acquisition offer could reduce competition in global markets for the supply of interactive product design software and other creative design software.³⁶

ii. Google-Photomath

The European Commission has authorized the acquisition of Photomath, Inc. (Photomath) by Google LLC (Google) without any conditions under the EU Merger Regulation. As a result of the final review carried out on the subject, the Commission determined that;

- There are many alternative players in the market and, moreover, the activities of the enterprises in online homework and study aids overlap with each other, and the total market shares of the companies are limited,
- Google is in a strong position, especially in the search engine market, but this acquisition will not strengthen Google's position since Photomath's technological skills are not without alternatives, in addition, mathematics-related search resources constitute a relatively small part of general search services,
- Accessing Google's search engine is not a critical way to reach new users, as competitors can also obtain new users through different channels,
- Likewise, rival math tools do not need consumers to access Google's in-app search to acquire new users, as they can do so through other platforms.

In light of all this, the Commission approved the transaction without reservation, finding that it would not significantly lessen competition in the markets for (i) general search services and (ii) online homework and study aids involving mathematics subjects.³⁷

iii. Microsoft-Activision Blizzard

The European Commission has approved the application of Microsoft, which develops and publishes games for PCs, consoles and mobile devices, to acquire Activision Blizzard, provided that the commitments made by Microsoft are complied with.

The Commission placed the acquisition under final review in February 2022, citing concerns that the acquisition would restrict competition in the distribution of console and PC video games, multi-game subscription services and cloud game streaming services and could strengthen Microsoft's position in

³⁶ European Commission, *Commission sends Adobe Statement of Objections over proposed acquisition of Figma*, 17.11.2023.

³⁷ European Commission, *Mergers: Commission clears acquisition of Photomath by Google*, 28.03.2023.

the PC operating systems market. While the Commission's final review indicated that Microsoft could not harm rival consoles and rival multi-game subscription services; On the other hand, it has revealed that Microsoft may harm competition in game distribution through cloud game streaming services and strengthen its position in the PC operating systems market.

As a result of its final investigation, the Commission concluded that Microsoft's acquisition of Activision Blizzard could harm competition in the relevant markets. To address these concerns, Microsoft has offered comprehensive licensing commitments to consumers and cloud game streaming service providers in the European Economic Area, including a free license to stream all current and future Activision Blizzard PC and console games. The Commission stated that the competition concerns identified with these commitments have been completely resolved and that the licensing commitments represent a development that will encourage competition in the cloud game streaming services market, which is an emerging and rapidly growing market. As a result, the Commission conditionally permitted the acquisition of Activision Blizzard by Microsoft.³⁸

iv. Knuspr-Bringmeister

The German competition authority Bundeskartellamt announced that it allowed the acquisition of the Bringmeister group by Knuspr (Rohlik group) in the first stage of merger control. The Bundeskartellamt evaluated the relevant merger as problem-free in terms of competition. Accordingly, the Bundeskartellamt stated that the merged undertakings had a market share exceeding 20 percent in the Munich city area, but that there were other important competitors in the market. In addition, the question of whether online food retailing constitutes a separate market or should be considered as part of the broader food retailing market remains unanswered. As a result, the Bundeskartellamt authorized the transaction on the grounds that there were other major competitors in the market and therefore the relevant merger would not significantly restrict effective competition.³⁹

v. Amazon-iRobot

The European Commission has launched an investigation into Amazon's acquisition of robot vacuum cleaner ("RVC") manufacturer iRobot.⁴⁰ The Commission found that, with the acquisition, Amazon could block entry into the RVC market by employing strategies such as reducing the visibility of iRobot's competitors on its online marketplace, increasing advertising costs, or preventing their listing. The Commission also considered that Amazon could further strengthen its dominant position in the market for online sales platforms by using valuable user data from iRobot's customer base. Before the investigation

³⁸ European Commission, *Mergers: Commission clears acquisition of Activision Blizzard by Microsoft, subject to conditions*, 15.05.2023.

³⁹ Bundeskartellamt, *Online-Lebensmitteleinzelhandel: Knuspr darf Bringmeister übernehmen*, 10.08.2023.

⁴⁰ European Commission, *Commission sends Amazon Statement of Objections over proposed acquisition of iRobot*, 27.11.2023.

reached a final decision, Amazon abandoned the planned acquisition. In his post in which he expressed his views on the recently abandoned acquisition in the FTC, FTC adopted a similar approach to the European Commission, drawing attention to Amazon's ability and possible incentives to create a competitive advantage for its own RVCs against iRobot's competitors.⁴¹

c. Ex-ante Regulation Practices:

One of the newly developed instruments in competition law globally is the identification by competition authorities of undertakings that are highly important for competition across markets and preliminary interventions in these undertakings. The year 2023 has been recorded by many authorities as a year in which "highly important enterprises" were identified based on these regulations that have just begun to be implemented. The most prominent of these decisions will be mentioned below.

i. Bundeskartellamt

The German competition authority Bundeskartellamt, has launched an investigation to determine whether Microsoft is of outstanding importance for cross-market competition. Although the Bundeskartellamt decided in 2022 with a binding effect that enterprises such as Google⁴² and Meta⁴³ are of extraordinary importance in terms of inter-market competition, it has also focused on Microsoft due to its continuous expansion of its product range in different markets in recent years. Considering that Microsoft operates in many markets, such as cloud services with Azure and OneDrive, collaboration with Teams, gaming with Xbox, career networks with LinkedIn and search engine with Bing, the Bundeskartellamt clearly defines Microsoft's position in all these markets and has initiated an investigation to determine whether Microsoft is of outstanding importance to cross-market competition.⁴⁴

Regarding Apple, the Bundeskartellamt defined it as an extraordinarily important enterprise due to its dominant position in the mobile device market, profitable business model, strong brand and vertically integrated ecosystem. The Bundeskartellamt's competitive concerns have been that Apple could use its resources to further expand its ecosystem and restrict access to customers, creating difficulties for third parties to compete in the relevant market. By qualifying Apple as an enterprise of exceptional importance for competition across markets, Apple and its subsidiaries are subject to enhanced abuse control under Section 19a of the German Competition Act.⁴⁵

⁴¹ FTC, *Statement Regarding the Termination of Amazon's Proposed Acquisition of iRobot*, 31.01.2024.

⁴² Bundeskartellamt, *Alphabet/Google ist ein Anwendungsfall für neue Aufsicht über große Digitalkonzerne - Bundeskartellamt stellt „überragende marktübergreifende Bedeutung“ fest*, 05.01.2022.

⁴³ Bundeskartellamt, *Für Meta (vormals Facebook) gelten neue Regeln – Bundeskartellamt stellt „überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb“ fest*, 04.05.2022.

⁴⁴ Bundeskartellamt, *Bundeskartellamt prüft Microsofts marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb*, 28.03.2023.

⁴⁵ Bundeskartellamt, *Apple unterliegt den Digitalvorschriften nach § 19a GWB*, 05.04.2023.

ii. European Commission

On 6 September 2023, for the first time the European Commission (Commission) designated undertakings of outstanding competitive importance across markets - Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta, Microsoft - within the scope of the Digital Markets Act (DMA). Accordingly, undertakings have six months to comply with the obligations regarding basic platform services specified in the DMA. During the determination process, the Commission;

- » Opened investigations into Microsoft's Bing, Edge and Microsoft Advertising and Apple's iMessage platforms to determine whether the companies have any evidence showing that the services of these platforms are considered to be of extraordinary importance or not. This investigation must be completed within 5 months at the latest.
- » Initiated a market investigation to ensure that Apple should be designated as an enterprise of outstanding importance. This investigation must be completed within 12 months at the latest.
- » Although Alphabet's Gmail, Microsoft's Outlook.com and Samsung's Samsung Internet Browser meet the criteria for being of outstanding importance, the arguments presented by the stakeholder enterprises are of extraordinary importance for any of Samsung's core platform services. It was determined that it could not be determined as an attempt.⁴⁶

4. Artificial Intelligence and Algorithms within the Scope of Competition Law

The rapid progress towards the digital age has led to the emergence of artificial intelligence tools that can revolutionize industries and enterprises to integrate artificial intelligence into their business models. While the use of artificial intelligence in the automation of business processes and improved customer engagement is becoming increasingly common, the exponential growth of new branches of artificial intelligence, especially generative AI (a model of artificial intelligence that supports the production of new content rather than manipulating or replacing existing content), means that artificial intelligence is a resource. It gave an idea about its true power and potential. While efforts are being made by the European Union to adapt artificial intelligence systems to the markets, to regulate their use and liability, through the Artificial Intelligence Act⁴⁷ and the Artificial Intelligence Liability Directive⁴⁸, leading parties, including CMA and FTC, are taking steps to understand the interaction between artificial intelligence and competition law.

⁴⁶ European Commission, *Digital Markets Act: Commission designates six gatekeepers*, 06.09.2023.

⁴⁷ European Parliament, *Artificial Intelligence Act*.

⁴⁸ European Parliament, *Artificial Intelligence Liability Directive*.

On May 4, 2023, the British competition authority CMA launched an investigation to determine guiding principles for the future use of artificial intelligence models.⁴⁹ Similarly, in a post-dated June 29, 2023, the FTC highlighted antitrust issues associated with generative AI and subsequently opened an investigation under consumer protection laws in this area.⁵⁰ The steps taken highlight the complex challenges faced by competition authorities due to artificial intelligence tools and provide guidance for other authorities. Under this heading, the approach of leading competition authorities to the relationship between artificial intelligence and competition law and the potential risks that may arise when the use of artificial intelligence and algorithms overlap with competition law are touched upon.

a. The Use of Algorithms in Pricing – Automatic Pricing

Automated pricing, also known as algorithmic pricing, refers to the use of algorithms and artificial intelligence to determine prices for goods and services in real time. This system allows businesses to respond quickly to changes in market conditions, demand and competitor pricing. By analyzing data, these algorithms can adjust prices instantly, maximize profit margins, and thus increase the competitive potential of enterprises.

Although automatic pricing does not constitute a violation of competition law in itself, it can lead to both competitive and anti-competitive consequences for enterprises. At this point, it should be noted that, since the enterprises that apply the automatic pricing method partially or completely surrender the pricing action to an algorithm, the human factor in making commercial decisions decreases and this restricts the enterprise's ability to control itself.⁵¹ The fact that enterprises isolate themselves from such pricing behavior does not reduce their legal responsibilities. Because when an enterprise decides to use the automatic pricing method and integrates this algorithm into its system, it is held responsible for the competition law risks that may arise from the prices applied by the algorithm.⁵² Therefore, undertakings should know in detail how these systems work and be aware of potential competition law risks.

The use of algorithms in compliance with competition law during the pricing stage can create some positive effects for both enterprises and consumers. For example, if enterprises use algorithms instead of physically conducting competitor field research, it will enable the enterprise to follow the prices in the field quickly and inexpensively, and on the other hand, it will enable the competitive prices to be reflected more quickly to the end consumer. In addition, using algorithms to update label prices will similarly enable enterprises to switch prices instantly, allowing consumers to access products and services at competitive prices that are likely to occur.

49 CMA, *CMA launches initial review of artificial intelligence models*, 04.05.2023.

50 FTC, *Generative AI Raises Competition Concerns*, 29.06.2023.

51 Pelin Teber Karabudak, *Algoritmik Stratejiler Yoluyla Rekabete Aykiri Anlaşmalar*, *Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi*, No: 188, p62.

52 Pelin Teber Karabudak, *Algoritmik Stratejiler Yoluyla Rekabete Aykiri Anlaşmalar*, *Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi*, No: 188, p2.

Despite these potential positive effects, automatic pricing brings with it some competition law risks. First, the use of automatic pricing method by undertakings allows them to follow each other's prices in real time and even determine their own prices according to each other's prices. Therefore, when an enterprise updates its price, its competitor, which uses automatic pricing method, will be able to instantly determine its own price according to this update. The most striking example of this situation is that the price of a book sold by more than one seller on Amazon increased from 35 dollars to 23 million dollars in a very short time due to the competitors' use of automatic pricing method. While one enterprise automatically updated the sales price of the book to 0.9983 times the sales price of its competitor, the rival enterprise similarly determined the price of the other enterprise as 1.27059 times, and upon constant updating of the prices, the sales price of the book increased to 23 million dollars.⁵³

On the one hand, this situation shows that two competing undertakings can increase the final prices by using the automatic pricing method, and on the other hand, it points to anti-competitive agreements that may occur when competitors determine their own prices according to each other's prices. Because, in the incident in question, although there was no verbal or written communication or agreement between the undertakings, the undertakings were able to increase their prices together as if there was an agreement between them. However, creating more complex algorithms using factors such as history, stock and geography, rather than an algorithm that determines a certain multiple of the competitor's current price as the sales price, may lead to secret agreements between competitors. Another competition law risk that may arise at this point is that the agreements in question are very difficult to detect by competition authorities. Because the absence of any communication between the undertakings will make it difficult for the competition authorities to detect the situation. Moreover, even if the undertakings initiate a competition violation by agreement, the use of automatic pricing software makes it much easier to follow rival prices, so the undertakings will not need to contact again, and this will make it difficult for the competition authorities to put forward anti-competitive agreements.⁵⁴

The ability of enterprises to follow each other's prices in real time without the need for any communication will make it difficult for enterprises to deviate from the anti-competitive agreement. Because undertakings will be able to instantly see that a competitor has set a price that deviates from the agreement and can automatically retaliate.⁵⁵ This situation was taken as basis in the penalty assessment in the CMA's Trod decision.⁵⁶ CMA determined that the incentives to disrupt the cartel had

53 Peter Georg Picht, Benedikt Freund, *Competition (law) in the era of algorithms*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper, No. 18-10. p5.

54 Zeynep Yalçın, *Rekabet Hukuku'nda Algoritmaların 4. Madde Bakımından İncelenmesi*, *LawTudent*, March 2021.

55 Cihan Doğan, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Issue 2, p394.

56 CMA, *Online seller admits breaking competition law*, 21.06.2016.

decreased over time because the undertakings used automatic pricing software and decided to increase the penalty to be applied to the undertakings.

Although the framework of the competition law risks in question is not clearly clear, it is possible to make an evaluation in this context for the relationship between automatic pricing algorithms and competition law from the past decisions and publications of global competition authorities. Another potential competition law risk, more theoretical than decisions, is that pricing algorithms could autonomously reach a collusive cartel agreement without human intervention if, by processing data, they come to a shared conclusion that collusion is the optimal outcome.⁵⁷ It is debatable what the responsibilities of the undertakings will be if this situation occurs.

Recently, the TCA concluded its preliminary investigation on e-commerce platforms with significant market shares and decided to open an investigation against Hepsiburada, Trendyol and Amazon on the grounds that they implemented an automatic pricing mechanism.⁵⁸ Considering that this process will be the first comprehensive investigation conducted by the TCA on automatic pricing and algorithms, this investigation is considered to be important in terms of the TCA's approach to the competitive concerns mentioned above.

b. Generative AI

Generative AI is an artificial intelligence technology that allows algorithms to generate new content rather than analyzing or modifying existing data. Generative artificial intelligence can produce content that is indistinguishable from content prepared directly by humans, such as text, photos, audio or video, thanks to models trained using large data sources. Large language models (LLMs) constitute a common type of generative AI, powering chatbots and other text-based AI tools, such as the ChatGPT app developed by OpenAI, which broke user records last year. Another type that demonstrates the potential of generative AI is the versions that create images or videos. These types of artificial intelligence, developed with the "Deep Learning" method, can create images or videos of objects or people according to the user's input. For example, the website ThisPersonDoesNotExist uses generative artificial intelligence to create a human face that does not actually exist every time the page is refreshed. Such examples reveal the potential of generative artificial intelligence and the strong position that enterprises developing businesses in this field can have over time.

Although it has not yet started to be widely used by enterprises, there are some risks that may arise in the relationship between productive artificial intelligence and competition law. Recently, the FTC published an article examining

⁵⁷ Melanie Martin, Nazli Cansin Karga, *Managing the competition law risks of AI*, Dentons, 17.11.2023.

⁵⁸ TCA decision kararı, 19.10.2023, 23-49/940-M.

the relationship of generative artificial intelligence with competition law and analyzing potential risks.⁵⁹ According to the FTC, with the development of generative artificial intelligence, the following competition law risks are likely to come to the fore:

- » **Control Over Essential Inputs:** If a limited number of enterprises quickly master important elements of generative AI such as data, capabilities and computational resources, they will be able to manipulate or limit competition. Control over these inputs would hinder the competitive environment, hindering the broad benefits of productive intelligence.
- » **Data Domination:** Large-scale, high-quality data repositories are vital to the development of generative AI. Because productive artificial intelligence works using these data pools. Since well-established technology companies will have a primary competitive advantage in accessing comprehensive user data and tools, there may be obstacles for new enterprises that want to enter the market. FTC also considers the possibility that this risk can be prevented naturally, thanks to the innovation-based structure of the market.
- » **Monopoly of Talent:** The scarcity of employees equipped in the field of productive artificial intelligence may encourage powerful enterprises to retain talent, and in this context, gentlemen's agreements may be formed between enterprises for these employees.
- » **Open-Source Dynamics:** Many start-ups that have entered the market with the new and rapid development of manufacturer artificial intelligence have shared their resources publicly, free of charge. Adopting that this situation is an element that encourages competition, the FTC also reminds that open-source artificial intelligence models are open to abuse and may be subject to "open first, then close" tactics.
- » **Mergers and Acquisitions:** FTC states that competition authorities should approach mergers and acquisitions especially carefully in markets based on innovation and where many start-ups are formed, such as the producer artificial intelligence market, as killer-acquisitions may harm the functioning of the market.

⁵⁹ *FTC, Generative AI Raises Competition Concerns, 29.06.2023.*



LABOR MARKET

However, competition law prohibits anticompetitive acts not only on the seller side but also on the buyer side. With respect to labor, where undertakings are the buyers, employee wages and fringe benefits often constitute significant cost items for undertakings. Having qualified employees is a critical force for innovation, quality, speed of production and thus for gaining an advantage over competitors and competing in the product market. Accordingly, undertakings may take actions contrary to competition law in order to prevent their value-added employees from transferring to other undertakings or may enter into agreements that result in suppression and/or reduction of wages and rights of employees.

Anti-competitive agreements in labor markets have attracted increasing attention from competition authorities, particularly in the United States (US) and around the world, as part of a broader debate about employers' efforts to gain an advantage over workers. Recent research has shown that more concentrated markets often lead to lower wages, wage inequality and lower worker mobility.

For many industries, labor markets have recently become the subject of frequent competition law scrutiny. In the light of these investigations, the anti-competitive behavior observed in these markets is basically as follows:

- » No-Poach Agreements
- » Wage Fixing Agreements
- » Information Exchange Between Competitors

Firstly, no-poach agreements are defined in the Turkish Glossary of Competition Terms as “direct or indirect agreements by one undertaking not to offer or recruit the employees of another undertaking”. Through no-poach agreements, undertakings give up competition to transfer employees of rival undertakings to their own organization. Sometimes undertakings may enter into an agreement among themselves to control the transfer of employees to rival undertakings by requiring that such transfers must first be authorized by their current employer. Such measures restrict the transfer of employees between competing undertakings by limiting employee mobility. By limiting the transfer of employees to other undertakings, such agreements are a barrier to competition for labor inputs.¹

A common recruitment method used by undertakings is to contact employees of rival undertakings to try to lure them to work for their own business, often referred to as “poaching”. In this context, the relatively high wages offered by the offering undertaking are often an important factor in the process of attracting employees. In other words, wage differentials across undertakings are one of the most important drivers of employee transfers. Since these differences are one of the main factors shaping competition in the labor market, undertakings may prefer to enter into agreements with their competitors to fix wages or not to directly attract employees to eliminate competition.

Secondly, wage fixing agreements are agreements between undertakings to fix, directly or indirectly, the wages and/or other financial benefits to be paid to employees at a certain level or within a certain range. Such anti-competitive agreements are recognized as violations of competition law rules. For example, in US competition law, explicit wage fixing agreements and explicit no-poach agreements are considered “*per se*” competition violations.

In essence, agreements to fix employees’ wages or not to poach employees, which constitute a significant part of competition law enforcement in labor markets, are similar to cartels established on the buy-side of the market. The main difference between such agreements is whether they are on the buy or sell side of the market; otherwise, there is no fundamental distinction between agreements not to solicit employees and customer/market sharing agreements, and between wage fixing agreements and price fixing agreements, although this has been emphasized in the doctrine and case law. It is considered to be contrary to the rules of competition for employers to act jointly not only on employee wages, but also on fringe benefits such as insurance payments, catering, lodgings, services, and compensation rates.

From July 2023, the revised EC Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) to horizontal co-

¹ Labour Market and Competition, Nilay ÖZLÜK

operation agreements add wage-fixing agreements to the non-exhaustive list of agreements restricting competition “by purpose”. As of September 2022, the EC Guidelines on the application of EU competition law to collective agreements on the working conditions of the self-employed explicitly refer to the fact that non-fee-fixing and wage-fixing agreements fall outside the scope of these Guidelines and may infringe Article 101 TFEU “by purpose”. Thus, employee no-poach and wage fixing agreements may infringe Article 101 TFEU “for the purpose”.

On the other hand, the exchange of sensitive information about employees by employers with competitors may constitute a violation of competition in terms of its purpose or effect. Such exchanges may be considered as a facilitating act or a direct anticompetitive agreement. The DOJ and the FTC, in their health-care notices², have stated that the exchange of employee information may lead to anti-competitive coordination and that the wage fixing agreement resulting from the exchange of information may be considered a per se violation. In the Exxon decision, which is an important decision in terms of US law, the Court of Appeals, through the Court of Appeals decision that was overturned by the District Court, stated that sharing employee salary information and future salary budgets of undertakings may constitute an infringement. The Court of Appeal also held that, in the absence of evidence of a direct agreement by the undertakings to fix wages, the relevant information should be subject to a rule of reason analysis. There are also several similar decisions in the US assessing the anticompetitive effects of sharing employee information³.

In the following, firstly, the striking decisions of the past regarding competition law practices in the labor market will be presented, and then the developments in 2023 will be discussed.

1. Prominent Past Decisions

- » One of the most important cases in the labor market is the case brought by the United States Department of Justice on September 24, 2010, against Adobe, Apple, Google, Intel, Intuit and Pixar for per se violations of Section 1 of the Sherman Act. The companies had entered into five bilateral no-poach agreements in which they agreed not to transfer employees from one another. The agreements were between (i) Apple and Google, (ii) Apple and Adobe, (iii) Apple and Pixar, (iv) Google and Intel, and (v) Google and Intuit. These largely similar agreements restrict competition for employees and prohibit unsolicited communications to each other’s employees. Except for the agreement between Google and Intuit, which prohibits only Google from contacting Intuit

² <https://www.justice.gov/atr/statements-antitrust-enforcement-policyin-health-care>

³ İşgücü Pazarında Rekabet Hukuku Uygulamaları, Nezir Furkan KIRAN

employees, the others cover all employees of both parties to the agreement. On March 17, 2011, the investigation resulted in a settlement. In the case that resulted in a settlement, the court prohibited the undertakings from entering into agreements such as no-hire/no-job-offer agreements and did not make a definitive judgment on the standard of evaluation.⁴

- » In another case, on December 21, 2010, the US Department of Justice filed a lawsuit against Lucasfilm for allegedly violating Section 1 of the Sherman Act by entering into a no-poach agreement with Pixar. The agreement between the parties is complex and contains various terms and conditions. The parties agreed not to hire each other's employees. Specifically, the parties agreed to: refrain from communicating with each other's employees unless they applied to the recruitment process; notify each other when the undertakings make job offers to each other's employees; refrain from making a counter-offer if one of the undertakings makes a job offer to the other's employee; and include all employees of the respective undertakings, regardless of the geographic region in which they work or the position of the employee in question. The US Department of Justice alleged that the effect of the no-poach agreement between the parties was to distort the competitive environment in the market by affecting highly qualified digital animation employees and other employees covered by the agreement, and the investigation resulted in a settlement.

As a result of the above-mentioned lawsuits, 64,000 employees sued the undertakings for damages, alleging that they had suppressed their wages through their agreements. As a result of the lawsuit, Apple, Google, Intel and Adobe agreed to pay a total of 415 million dollars and the other undertakings agreed to pay 20 million dollars in compensation.⁵

- » On November 16, 2012, the U.S. Department of Justice filed a lawsuit against eBay for allegedly violating Section 1 of the Sherman Act for entering into a no-poach agreement with Intuit. According to the agreement between the parties, the two companies agreed not to recruit each other's employees. The US Department of Justice claimed that the agreement dated back to 2006 and reduced competition for highly qualified technical personnel, and the court concluded the case with the joint consent of the parties. In the final judgment in the eBay case, the court prohibited the undertaking from entering into employee non-retention agreements with its competitors, while on the other

⁴ *United States v. Adobe Sys. Inc., No. 10-CV-01629 (D.D.C. 2010)*

⁵ *United States v. Adobe Sys. Inc., No. 10-CV-01629 (D.D.C. 2010)*

hand, the court did not prohibit the provisions that were necessary for the undertaking to enter into agreements with consultants or advisors, auditors, outsourcers, HR companies, temporary employment providers, resellers and original parts manufacturers. On the other hand, in a similar approach, the court stated that provisions necessary for the functioning of a legitimate cooperation agreement are not covered by the prohibition. However, the court sets out various conditions for the prohibition of no-poach provisions in agreements falling within the category that includes legitimate cooperation agreements. In this context, no-poach clauses in respect of the underlying written agreement:⁶

- It must show precisely which main agreement is being made as a side limitation,
 - It should be narrowly tailored to affect only those employees who are envisaged to be included in the main agreement,
 - Specify with reasonable specificity which employees are covered by the provisions,
 - Specify a precise date or event that will terminate the application of the provisions,
 - It must be signed by all parties to the agreement.
- » On April 3, 2018, the US Department of Justice filed a lawsuit alleging that Knorr and Wabtec entered into a series of no-poach agreements not to solicit and hire employees from each other without prior consent, in violation of Section 1 of the Sherman Act. According to the US Department of Justice, the undertakings were global suppliers of railroad equipment and major competitors in the development, manufacture and sale of equipment used in railroad cargo and passenger applications. The US Department of Justice alleged that Knorr and Wabtec's no-poach agreements were not reasonably necessary for any legitimate business transaction or cooperation between the companies. On July 11, 2018, the investigation resulted in a settlement. In the Knorr-Wabtec decision, the court explicitly regulated the requirement of being in writing and signed by the parties, in addition to the similar requirements mentioned above.⁷
- » In the Çimsa decision of the Turkish Competition Authority in 2011, it was determined that the undertakings exchanged information on overtime, net-gross wages and fringe benefits at a meeting. Although the Authority stated that such an exchange of information may increase the risk of coordination between undertakings, the Authori-

⁶ *California v. eBay, Inc.*, No. 12-05874 (N.D. Cal. 2014)

⁷ *Complaint, United States v. Knorr-Bremse AG and Westinghouse Air Brake Technologies Corporation*, No. 1:18-cv-00747 (D.D.C. 2018)

ty did not decide on an investigation since the documents obtained were not “clear and strong”. Likewise, in the Private Schools decision of 2011, the Authority clarified its approach to the issue by including teachers’ salary information among the main competition parameters. From the statements in the decision, it is understood that the sharing of salary information of employees, in addition to the school fee information, may be anticompetitive on its own. However, the Authority did not open an investigation, deeming it sufficient to send an opinion to the parties.⁸

- » At the European Union level, it is worth highlighting the infringement decision issued by the Portuguese Competition Authority in April 2022 in relation to an independent breach of interest agreement involving footballers in Portugal. The Portuguese Competition Authority imposed provisional measures on LPPF to suspend, with immediate effect, the decision preventing First and Second Division football clubs from hiring players who unilaterally terminated their employment contracts due to problems caused by the COVID-19 pandemic. The provisional measures were imposed in view of the serious and potentially irreparable effects of a practice that could harm the rules of competition. Furthermore, in December 2022, the Lithuanian Competition Authority issued an infringement decision involving a wage fixing agreement in the real estate sector. During the COVID-19 pandemic, the Lithuanian and Polish competition authorities issued infringement decisions in Poland and Lithuania in relation to wage fixing agreements in basketball, providing guidance at the national level. Some competition authorities, such as in Portugal and Lithuania, have issued guidelines on anti-competitive agreements to raise awareness and improve the detection of such violations of competition law.⁹
- » The DOJ investigated an agreement between an Arizona association of hospitals and nursing centers and the bureaus that provide nurses to its members. The DOJ found that these agreements violated competition law because they reduced competition in the market and reduced the remuneration paid to nurse supply agencies (and therefore the salaries paid to nurses).¹⁰
- » The competition authorities of the UK and France, in their decisions on modeling agencies where they examined price agreements, also

8 Rekabet Kurulu kararı – 03.08.2011, 11-44/979-329

9 https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/Issues%20Paper_Labour%20Market%20Agreements%20and%20Competition%20Policy.pdf, s. 14-16

10 *Complaint, United States v. Arizona Hosp. & Healthcare Ass’n & AzHHA Service Corp.*, No. CV07-1030-PHX (D. Ariz. 2007)

indirectly examined the agreements involving the determination of the remuneration of the models and found an infringement in terms of purpose.¹¹

- » On April 5, 2010, the Dutch Court of Appeal (Gerenchtshof's-Hertogenbosch) reviewed an agreement between 15 hospitals in the provinces of Zeeland, Noord-Brabant and Limburg entitled “Working together, training together”. This agreement contains provisions on the training and employment conditions for anesthesiologists and assistants. The agreement is designed in the context of joint training and includes clauses on employee no-poach and wage fixing. The articles in this agreement are given below.

“No-layoff clause: the hospitals agreed not to recruit an employee who left his or her current position to work through an employment agency for at least 12 months after leaving his or her current job. The Court found it reasonable that the purpose of the agreement was not to restrict competition, but that it had that effect because the anesthesiologists saw their opportunities to work in other hospitals significantly restricted.

Wage fixing clause: the hospitals agreed to set a maximum percentage of up to 75% of the hourly rate if employees were paid overtime”.

15 hospitals’ agreements that anesthesiologists would not be employed by competitors for 12 months after they quit their jobs were deemed to be in violation of the Dutch Competition Act, not only because of the violation in terms of purpose, but also because of the effect on anesthesiologists.¹²

- » On October 18, 2017, the French competition authority (Autorité de la Concurrence) sanctioned a number of companies operating in the PVC and linoleum flooring sector (Forbo, Gerflor, Tarkett, Midfloor, Top-floor groups) and the sector’s trade association (SFEC) for engaging in a cartel in violation of antitrust law. The cartel involved numerous agreements and concerted practices, such as a wage fixing agreement. The companies also agreed on a number of specific matters relating to their internal management, i.e. the strategies to be adopted in relation to certain customers or competitors, the recruitment policy, the sales organization or new product samples. These practices constituted a complex and continuous infringement with the single anticompeti-

¹¹ Conduct in the Modelling Sector, Case CE/9859-14, Décision n° 16-D-20 du (2016)

¹² Court of Hertogenbosch (Hertogenbosch Temyiz Mahkemesi), LJN: BM3366 HD 200.056.331 (2010)

tive objective of reducing or eliminating the strategic uncertainty of firms operating in the French market. The wage fixing agreement was established through a gentleman's agreement involving the non-reciprocal hiring of workers. The gentleman's agreement included an express prohibition on disregarding employees of specialized recruitment companies and talent scouts, as well as other members of the cartel. Among other things, the no-poach agreement was considered to have contributed to the elimination of strategic uncertainty regarding the firms' recruitment policy. The Autorité de la Concurrence also noted the impact on employees in terms of lost professional opportunities. The cartel was considered to be an infringement of an objective prohibited by national competition law and Article 101 TFEU.¹³

- » On July 31, 2010, the Spanish competition authority, the Comisión Nacional de Mercados y Competencia (Comisión Nacional de Mercados y Competencia), issued a decision of conviction against eight road haulage companies. The companies in question were operating in a concerted action in which they engaged in contacts to coordinate various aspects of their strategy in the market, namely the transfer of costs and updating the prices of products/services sold downstream and the hiring of new employees. The restrictive practice involved an no-poach agreement between cartel members, whereby the companies agreed not to recruit each other's employees. Under this agreement, companies wishing to recruit workers from other members of the cartel had to contact the governing bodies of the relevant employer in advance to obtain their prior approval. Therefore, the no-poach agreement was considered as one of the dimensions of the cartel. According to the CNC's decision, this no-poach agreement caused injury to workers and severely restricted competition. According to the CNC;

“The hiring of workers is also a parameter of competition between companies in the transport sector, because the labor factor is still an input. The agreement reached has the purpose and effect of reducing competition in the acquisition of the labor factor between the companies in the cartel. On the other hand, as noted above, it should be borne in mind that this agreement may affect the conditions of this input to the detriment of workers.”

“The risk that a competitor may be a suitor for another firm's workers gives workers more bargaining power and the ability

¹³ Autorité de la concurrence, Decision 17-D-20 (2017)

to demand a more attractive wage in line with the market demand for that worker. If the refusal to hire is agreed or does not occur without consent, workers lose bargaining power, which affects their wages.”

In its decision, the CNC considers that: (i) the workers were harmed to the extent that the reduction in their bargaining power led to a reduction in their wages; and (ii) the harm to competition resulted from the fact that the recruitment of workers constituted a parameter of competition between companies in the labor market. Among other things, it was considered that the employee non-distortion agreement contributed to the elimination of strategic uncertainty regarding the recruitment policy of competitors. The cartel was considered to be an infringement of an objective prohibited by national competition law and Article 101 TFEU.¹⁴

- » On March 2, 2011, the CNC, Spanish competition authority, ruled that eight companies producing cosmetic products for professional hairdressers infringed competition by engaging in a cartel. The cartel was found to involve (i) the exchange of current and future sensitive and strategic commercial information, such as the salaries of sales teams (fixed and variable), wages and daily expense subsidies for each employee, and the number of employees (sales teams), and (ii) a no-poach agreement whereby the companies agreed not to transfer each other's employees (sales teams) without prior authorization. Therefore, the employee non-solicitation agreement was not considered as a stand-alone agreement, but in the context of a broader cartel.¹⁵
- » In 2014, the Croatian competition authority (Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja or CCA) opened an investigation for abuse of dominant position against Gemicro, a company active in providing specialized IT support to leasing companies and other types of financing. The proceedings started following a complaint that Gemicro conditioned the conclusion of contracts on the acceptance of additional obligations by users of its services. The CCA examined contracts between Gemicro and leasing companies and concluded that these contracts contained a clause preventing the hiring of former Gemicro employees working for competitors for the entire life of the contract. The employee non-discrimination clause examined was deemed to be an ancillary restriction, characterized as necessary and reasonable and directly related to the conduct of the operation in the main contract. In 2015, Gemicro committed to

¹⁴ Resolución (EXPTE. S/0120/08, Transitarios) (31.07.2010)

¹⁵ Resolución (EXPTE. S/0086/08, Peluquería Profesional) (02.03.2011)

remove this clause from the contracts in force and not to include it in future contracts. The CCA considered these commitments sufficient to eliminate anticompetitive effects and restore competition. Subsequently, the CCA terminated the investigation. The contractual clause was considered as a potential restriction of national competition law in the context of abuse of dominant position.¹⁶

- » Between 2016 and 2017, three competition authorities from the United Kingdom (CMA)¹⁷, France (Autorité de la Concurrence)¹⁸ and Italy (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato)¹⁹ investigated price fixing agreements between modeling agencies, professional associations and industry unions in the modeling sector. These agreements involve agreements/practices between companies to fix prices in the modeling sector and/or the exchange of commercially strategic and sensitive information. In general, these practices involved the fixing of minimum prices for services provided to clients in sub-markets or a common approach to the price scheme. The agreements involved, more or less directly, the fixing of model fees or salaries and agency fees. National competition authorities claimed that such agreements eliminated the risk of competition between companies, allowing them to coordinate their commercial strategies and agree on the various components of the price charged to clients. Model agencies and associations have often tried to justify their actions by claiming that they act in defense of the models in order to ensure that models are adequately remunerated, but such justification has not been accepted by the authorities. The agreements in question were classified as anti-competitive agreements in breach of national competition laws as to their purpose and Article 101 TFEU as to the cases in the United Kingdom and Italy.

- » On May 22, 2007, the U.S. Department of Justice, together with the State of Arizona, filed a lawsuit against Arizona Hospital, the Health Care Association and AzHHA Service Corporation for violations of Section 1 of the Sherman Act. The entities involved agreed to establish a uniform price list that all hospitals involved in the settlement would pay for recruitment services provided by nurses hired on a temporary or per diem basis from recruitment agencies. On September 12, 2007, the investigation was concluded with the commitments to be fulfilled

¹⁶ CCA vs. KOIOS savjetovanje d.o.o., Zagreb, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2019\)41/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2019)41/en/pdf), Erişim Tarihi: 28.12.2021

¹⁷ Competition and Market Authority (CMA), Case CE/9859-14, "Conduct in the modelling sector" (16.12.2016)

¹⁸ Autorité de la Concurrence, « Décision n° 16-D-20 du 29 septembre 2016 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur des prestations réalisées par les agences de mannequins » (29.09.2016)

¹⁹ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 1789 – « Agenzie di modello », (11.11.2016)

by the undertakings named in the agreement.²⁰

- » On December 9, 2020, the U.S. Department of Justice charged Neeraj Jindal, the former owner of a Texas-based physical therapist and physical therapist assistant recruiting firm, with entering into a fee-fixing agreement with another recruiting firm (collectively referred to as “therapist staffing companies”), in alleged per se violation of Section 1 of the Sherman Act. According to the prosecution, Neeraj Jindal shared commercially strategic, sensitive and non-public information about the prices to be paid for services provided by physical therapists and physical therapist assistants with another competitor, and the two agreed to lower those prices. Recruitment companies compete with each other in the labor market for the recruitment of physiotherapists and physiotherapist assistants and their brokerage to home health care providers. These professionals can be recruited for their services by several recruitment companies, choosing among them based on factors such as payment price, number of treatments per client and location of patients, among others. The difference between the price paid by the recruitment company to the respective workers and the price paid to the home health care providers constitutes the margin of the company.²¹

- » The Turkish Competition Authority’s first decision on wage fixing agreements is the “Series Producers” decision²². This decision focuses on the statements made by a series producer in a television program. In the statement, it was stated that the salaries of the actors in the series led to an increase due to the producers’ perception of each other as competitors, and in order to prevent this situation, the producers determined the salaries in consultation with each other. In the Authority’s assessment, it was emphasized that the determination of actors’ salaries between competitors would amount to the determination of purchase prices within the scope of Article 4 of Act No. 4054 and that such an agreement may have an anticompetitive purpose. However, no investigation was opened due to the lack of concrete evidence, and the parties were informed about the possibility of restriction of competition through the determination of player fees.

- » The Container Drivers decision²³ is one of the most recent decisions

²⁰ Vide Case No. CV07-1030-PHX, “United States and the State of Arizona v. Arizona Hospital and Healthcare Association and AzHHA Service Corporation” (22.05.2007)

²¹ U.S. District Court for the Eastern District of Texas Sherman Division, No. 4:20-cr-00358 (09.12.2020)

²² Rekabet Kurulu kararı – 28.07.2005, 05-49/710-195

²³ Rekabet Kurulu kararı – 02.01.2020, 20-01/3-2

explaining the Authority's approach that agreements in the labor market may constitute a violation of competition law. In this decision, the issue of determining the wages of drivers of container transportation companies was addressed. The decision stated that agreements in labor markets may constitute an infringement under Act No. 4054 and examined in detail the view that wage fixing agreements are fundamentally similar to price fixing agreements. As a result of the documents examined, the Board decided that there was a wage fixing agreement between the undertakings and that this agreement constituted an infringement of competition in terms of purpose. However, instead of opening an investigation, the Board preferred to send an opinion to the parties. This decision is important in terms of clearly establishing that wage fixing agreements constitute an infringement in terms of purpose and explaining the change in the Board's attitude towards the labor market. In the decision, the Board evaluated the sharing of information regarding the wages, working conditions and contracts of workers, especially in WhatsApp groups created by employers, as actions aimed at achieving a wage fixing agreement. However, it stated that not all information regarding employees is competition sensitive information, and in some cases, it did not evaluate the sharing of only the number of employees within the scope of Article 4 of Act No. 4054.

- » In the Private Schools decision, the Authority found that the schools mutually prevented the transfer of teachers and employees in their agreements with each other. The Authority emphasized that this agreement would reduce employee mobility and found that it was in violation of Article 4 of Act No. 4054 and noted that the first condition for exemption was not met. Therefore, the Authority decided to send an opinion to the parties, stating that certain provisions may constitute an infringement of competition.²⁴

2. Developments in 2023 Regarding Competition Law Applications in the Labor Market

- » **COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY – Investigation into Freelance and Employed Labor in the Production, Creation and/or Broadcasting of Television Content²⁵**

The CMA has opened an investigation into suspected infringements of competition law by a number of undertakings engaged in the production, creation and/or broadcasting of television content, including British Broadcasting Corporation, Hartswood Films Limited, Hat Trick

²⁴ Rekabet Kurulu kararı – 03.03.2011, 11-12/226-76

²⁵ CMA – 11.10.2023

Productions Limited, ITV PLC, Red Planet Pictures Limited, Sister Pictures Limited and Tiger Aspect Productions Limited, in relation to the procurement of freelance services and the employment of staff to support the production, creation and/or broadcasting of television content in the UK, excluding sports content. The CMA is also investigating suspected infringements of competition law in relation to the procurement and staffing of freelance services supporting the production and broadcast of sports content in the UK.

» **AUTHORITE DE LA CONCURRENCE – Several Companies from The Engineering, Technology Consulting and IT Services Sectors Were Notified of Statements of Objections Regarding Anticompetitive Agreements in Labor Markets²⁶**

Authorite de la Concurrence has accused and sent statements of objections to companies from the engineering, technology consulting and IT services sectors for allegedly concluding and implementing “non-poaching” agreements, aiming at banning each other from soliciting and hiring their respective staff.

» **COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY – Investigations Against Affiliated Employees and Self-Employed Persons in Sports Broadcasting²⁷**

The CMA has started an investigation on suspected breaches of competition law in relation to the purchase of freelance services and the employment of staff supporting the production and broadcasting of sports content in the UK. CMA has initiated an investigation on 12 July 2022 into suspected infringements of its competition act against the British Broadcasting Corporation, BT Group PLC, IMG Media Limited (including Premier League Productions), ITV PLC, Sky UK Limited, Sunset & Vine Productions Limited which are operating in the production and broadcasting of sports content. The investigation concerns the activities of these undertakings in relation to the purchase of services from freelance providers, and the employment of staff, who support the production and broadcasting of sports content in the UK. At this stage the CMA believes it has reasonable grounds to suspect one or more breaches of competition law. The CMA has not reached a view as to whether there is sufficient evidence of an infringement of competition law for it to issue a statement of objections to any party or parties.

²⁶ *Authorite de la Concurrence – 23.11.2023*

²⁷ *CMA – 06.04.2023*

» **THE FEDERAL TRADE COMMISSION – Cracks Down on Companies That Impose Harmful Noncompete Restrictions on Thousands of Workers**²⁸

The Federal Trade Commission (“FTC”) has taken legal action against three companies and two individuals, forcing them to drop noncompete restrictions that they imposed on thousands of workers. Drawing from the FTC’s substantial expertise in this space, these actions mark the first time that the agency has sued to halt unlawful noncompete restrictions. According to the complaints issued by the FTC, each of the companies and individuals illegally imposed noncompete restrictions on workers in positions ranging from low-wage security guards to manufacturing workers to engineers that barred them from seeking or accepting work with another employer or operating a competing business after they left the companies. Noncompete restrictions harm both workers and competing businesses. For workers, noncompete restrictions lead to lower wages and salaries, reduced benefits, and less favorable working conditions. For businesses, these restrictions block competitors from entering and expanding their businesses. In its complaints, the FTC said the restrictions constituted an unfair method of competition under Section 5 of the FTC Act. In each case, the FTC has ordered the companies to cease enforcing, threatening to enforce, or imposing noncompete restrictions on relevant workers. They also are required to notify all affected employees that they are no longer bound by the noncompete restrictions.

» **AUTHORITY FOR CONSUMERS & MARKETS – Employers Advice on How to Avoid Anti-Competitive Behavior**²⁹

Netherlands Authority for Consumers and Markets (ACM) announced its advise to employers on labour market following its revisions on the guidelines. According to the announcement it is mentioned that there are 3 main types of anti-competitive behaviors in labor markets: no-poaching agreements, wage fixing agreements and information sharing on sensitive information about terms and conditions that a business offers to employees. Regarding these behaviors it is advised businesses, legal advisers and recruiters to follow these steps:

- Understand how competition law applies to no-poaching and wage-fixing agreements,
- Don’t agree with a competitor to fix wages,
- Don’t agree with a competitor not to approach or hire each

²⁸ *FTC – 04.10.2023*

²⁹ *Authority for Consumer & Markets – 09.02.2023*

- other's employees,
- Don't share sensitive information about your business or employees with a competitor,
 - Provide recruitment staff with training on competition law and how it applies in the recruitment context,
 - Ensure solid internal reporting processes are in place, and that staff are aware of these and how they can use them,

ACM concludes by saying any anti-competitive behavior should be reported to them.

» **U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE – Indictment to Healthcare Staffing Executive³⁰**

The US Department of Justice returned an indictment charging a healthcare staffing executive with conspiring to fix the wages of nurses, violating the Sherman Act. Regarding the indictment, an employee (Lopez) held executive positions at three different home-health companies. Also, Lopez commanded the recruitment, hiring, retention, and assignments of nurses and other healthcare staff of each company. Lopez and other unnamed co-conspirators are charged with agreeing to suppress and eliminate competition for nurses' services and participating in meetings and communications to fix wages.

» **U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE - Settlement Decision on Activision Blizzard³¹**

The U.S. Department of Justice (DOJ) filed an antitrust lawsuit against Activision Blizzard Inc. for imposing rules that limited competition for players in Overwatch and Call of Duty professional esports leagues and suppressed the wages of esports players in these leagues in violation of the Sherman Act. It is mentioned by the DOJ that professional esports players -like all workers- deserve the benefits of wages for their services and Activision's conduct prevented that from happening. Additionally emphasized, today's lawsuit makes clear that the Antitrust Division remains committed to protecting workers across all types of industries from anticompetitive conduct. As alleged in the complaint, filed in the U.S. District Court for the District of Columbia, in two esports leagues owned by Activision, Activision and the independently-owned teams in each league implemented a so-called "Competitive Balance Tax" and the tax was structured to penalize teams in the Overwatch and Call of Duty Leagues, respectively, if a team's player wages exceeded

³⁰ ABD Adalet Bakanlığı – 16.03.2023

³¹ DOJ – 03.04.2023

a threshold set by Activision. At the same time, the Antitrust Division filed a proposed consent decree to address its competition concerns. If approved by the Court, the proposed consent decree would prohibit Activision from imposing any rule that would, directly or indirectly, limit player wages in any of Activision's professional esports leagues, or that would tax, fine, or otherwise penalize any team for exceeding a certain amount of wages for its players.

» **TURKISH COMPETITION AUTHORITY – Technology Companies Decision³²**

The Turkish Competition Authority completed the investigation against certain undertakings in order to determine whether there has been a violation of Article 4 of the Law with respect to the gentleman's agreements between certain undertakings in the labor market not to transfer employees to each other. In this case, the reasoned decision of which has not yet been published, the Authority concluded the investigation process by conciliation for 11 undertakings and decided to impose administrative fines on 16 undertakings in total for violating Article 4 of the Law by being a party to anti-competitive no-poach agreements.

» **TURKISH COMPETITION AUTHORITY – Information Technologies and IT Companies Decision³³**

The Turkish Competition Authority completed the investigation against undertakings operating in the information technologies and IT market to determine whether they violated Article 4 of the Law by entering into gentleman's agreements in the labor market. As a result of the investigation, the Authority concluded that 8 undertakings violated Article 4 of the Law by becoming a party to anti-competitive agreements and decided to impose administrative fines on these undertakings.

» **TURKISH COMPETITION AUTHORITY – Private Hospitals Decision³⁴**

The Board completed the investigation against certain hospitals in Samsun and Bursa to determine whether there is a violation of Article 4 of the Law regarding gentleman's agreements that prevent the transfer of employees to each other.

As a result of the investigation, a total of 16 hospitals in Samsun and Bursa provinces were imposed administrative fines for violating Article 4 of Act No. 4054 by limiting competition in labor markets.

32 *Rekabet Kurulu kararı – 26.07.2023, 23-34/649-218*

33 *Rekabet Kurulu kararı – 27.02.2024, 24-10/170-66*

34 *Rekabet Kurulu kararı – 24.02.2022, 22-10/152-62*

The reasoned decision was published and it was revealed that the undertakings entered into gentleman's agreements not to transfer each other's employees and that the salary scales of the employees were also discussed during the meetings between the representatives of the undertakings. In the meetings between the representatives of the undertakings, the exchange of information regarding employees' salaries and recruitment processes were among the agenda items. It was stated that the joint determination of employee increment rates between undertakings, which should be determined by each private health institution internally, constituted a violation of Article 4 of the Law.

Thus, with this Decision, it was emphasized for the first time that agreements to fix the salaries of employees and/or not to attract employees, which constitute the main part of competition law enforcement in labor markets, are not different from cartels established on the buy side of the market, and the acts restricting competition between competitors in the labor market subject to the Decision were considered as cartels.

In the Decision, preventing the transfer of employees and determining the salary scales of employees were treated as a single violation in the labor markets and administrative fines were imposed. In addition, the Decision reiterates the Board's established case law that the representatives of the undertakings who attend a meeting or are members of a WhatsApp group in which the speeches that constitute an infringement of competition take place shall be deemed to be a party to the infringement, and that the relevant representative may be relieved from liability only if he expresses and proves his dissent.



PROCEDURE AND LEGISLATION

In this section, the legislative changes in the field of competition law in 2023 and the significant decisions of the Turkish Competition Authority (“TCA”) will be examined.

1. Regulations Came into Force in 2023

1.1. Turkish Competition Authority - New Regulation On Active Cooperation To Uncover Cartels (Leniency Regulation)¹

An important development that took place in Türkiye in the field of competition law in 2023 is the New Regulation On Active Cooperation To Uncover Cartels (“New Regulation”) published by the TCA. The New Regulation entered into force by being published in the Republic of Türkiye’s Official Gazette on 16.12.2023. Thus, the old Regulation of the same name, which had been in force for more than 14 years, was abolished and the regulations contained herein were reviewed and updated. With these updates, several innovations have been introduced to facilitate issues such as fines, penalty reductions, and cooperation processes to be applied to undertakings and relevant managers who actively cooperate to reveal agreements restricting competition.

First the New Regulation introduced a set of new definitions. Accordingly, the New Regulation defines three groups as the applicant, cartel facilitator, and cartel party, and stipulates that the first applicant who fulfills the conditions outlined in this Regulation will not be fined, and the fines to be imposed on the ap-

¹ TCA, 16.12.2023

plicants who fail to benefit from this article will be reduced. With this regulation, the cartel party and the cartel facilitator are defined separately and it is stated that they are differentiated according to whether they are at the same level of the market or not. Thus, unlike in the past, the New Regulation provides that, in addition to the undertakings that are the main parties of the cartel, undertakings and associations of undertakings that are not considered as parties, are located at different levels of the market, but have contributed to the cartel, may also benefit from the leniency principle. This distinction may be particularly useful for hub and spoke cartels in which both parties are involved. Narrowing down the definition of “undertaking” from the old Regulation, which had a rather vague and broad meaning, is important in terms of fully determining the responsibilities of the undertakings in the hub and spoke cartel.

Another change introduced by the new Regulation is in terms of deadlines. Accordingly, it is envisaged that the application for active cooperation will be made within three months following the notification of the investigation, including before the notification of the investigation report. It is thought that this time limit aims to prevent disruptions in the investigation processes.

In addition, the New Regulation also introduced changes to the lower and upper limits regarding reductions in fines. Accordingly, the lower limits have generally been lowered and the upper limits have been increased. In addition, new discount rates are expressed in percentages. Although the change regarding the lowering of the lower limits is considered a negative development in terms of encouraging enterprises, the increase in the upper limits seems to balance this situation.

As a procedural innovation, in the New Regulation, the requirement that the information and documents submitted be “value-added documents” among the conditions of the cooperation application is stated as a prerequisite for penalty reduction or impunity. These documents are defined as “information and documents that will strengthen the possibility of proving the cartel”.

Finally, with the New Regulation, it is made possible to consult the information of current and former managers and employees if necessary for the investigation. In this context, it has been regulated that the applicant is expected to show the utmost effort and care in this regard. Considering this, in the context of competition law, associations of enterprises/undertakings are held responsible for the acts of their former employees as well as their current employees, including cartel formations, this regulation overlaps with the principles of competition law. On the other hand, the concept of “maximum effort” seems to create uncertainty in terms of meaning and burden of proof. In addition, if the applicant later receives additional information/documents, he/she is obliged to submit them before the end of the second written defense period. In this context, it is determined that the scope of the obligations imposed on the applicant in terms of procedure has been expanded with the New Regulation.

1.2. Turkish Competition Authority - Memorandum with the Turkish Personal Data Protection Authority²

Turkish Competition Authority (TCA) has signed the “Memorandum on Cooperation and Information Exchange” with the Turkish Personal Data Protection Authority to prevent the development of strategies that arise from concerns about big data technologies and the processing of personal data, which may raise concerns about both the privacy of personal data and the protection of competition. Accordingly, both authorities will;

- » Carry out joint studies in emerging areas that fall within the jurisdiction of both authorities and require rapid intervention,
- » Publish reports with messages on personal data and competition protection by raising user awareness, especially in digital markets,
- » Promote education and knowledge sharing by organizing joint presentations and discussion programs,
- » Organize training where specialized knowledge and experience are shared,
- » Support national and international events and discuss common issues in these events mutually.

The Memo aims to establish effective competition in the sector and strengthen the control of consumers over their personal data.

1.3. European Commission - Announcement of Guidance on Exclusionary Abuse and Change of Guidance on Enforcement Priorities³

In parallel with the “Call for Evidence” previously launched by the European Commission to collect public opinions on the adoption of the Guidelines on exclusionary behavior and abuse of dominant position, The European Commission has issued a Communication (and Annex) updating its 2008 Guideline on enforcement priorities for exclusionary abuses as of March 2023. The package announced on March 27, 2023, was the first important policy step taken within the scope of the provisions on abuse of dominant position (Article 102 of the TFEU) since 2008. It has been stated that Article 102 of the TFEU is one of the few areas in EU competition law that does not have a Guide setting out the principles of application.

The Commission stated that since 2008, the EU Courts have delivered 32 judgments on the exclusionary abuses framework, as well as decisions of the competition authorities of the Member States, all of which have developed the case law in favor of the effects-based enforcement of TFEU 102. It is also stated that, unlike other competition law areas, the Commission has no guidelines on applying Article 102 TFEU; the Commission only published guidelines on its enforcement

² TCA, 26.10.2023

³ European Commission, 27.03.2023

priorities in the area of exclusionary abuses in 2008, which does not constitute a statement of law, does not comment on the concept of abuse of dominant position, and only sets out the Commission's approach to the selection of cases that it intends to pursue as a priority. The new guideline is intended to increase transparency on the principles underpinning the Commission's approach and to reflect developments in the Commission's case law over time.

As a result, the Commission issued a Call for Evidence on 27 March 2023, to develop Guidelines on the applicability of Article 102 TFEU to exclusionary behavior which will be open for comments from all interested parties for four weeks. The Commission intends to provide a draft of the Guidelines for public comment by the middle of 2024, with the goal of adopting them in 2025.

Until the final Guidelines are adopted, the Commission clarifies its approach to determining whether to pursue complaints of exclusionary conduct on a priority basis. To revise some sections of the 2008 Guidelines, the Commission has adopted a communication. The modifications reflect substantial advances in EU court case law on Article 102 TFEU while also considering market trends. Concerning abusive exclusionary conduct, it intends to increase clarity about the values that guide the Commission's enforcement priorities following the notion of good administration.

The Amending Communication has revised the Guidance on enforcement priorities as follows, to provide stakeholders with increased transparency on the Commission's priority setting:⁴

- » It is appropriate to clarify that the concept of 'anti-competitive foreclosure' refers not only to cases where the dominant undertaking's conduct can lead to the full exclusion or marginalization of competition but also to cases where it is capable of resulting in the weakening of competition, thereby hampering the competitive structure of the market to the advantage of the dominant undertaking and the detriment of consumers.
- » It is not appropriate, as regards price-based exclusionary conduct of a dominant undertaking, to pursue as a matter of priority only conduct that may lead to the market exit or the marginalization of competitors that are as efficient as the dominant undertaking in terms of their cost structure.
- » The price-cost "as-efficient competitor test" is only one of several methods for assessing, together with all other relevant circumstances, whether conduct is capable of producing exclusionary effects. The Court of Justice has also clarified that the use of an 'as efficient competitor test' is optional and that a test of that nature may be inappropriate depending on the type of practice or the relevant market dynamics.

⁴ Annex to the Communication from the Commission 27.03.2023

- » It is important to distinguish situations of outright refusal to supply from situations where the dominant company makes access subject to unfair conditions (“constructive refusal to supply”). In situations of constructive refusal to supply, it is not appropriate to pursue as a matter of priority only cases concerning the provision of an indispensable input or access to an essential facility.
- » It is not appropriate to pursue as a matter of priority margin squeeze cases only where those cases involve a product or service that is objectively necessary to be able to compete effectively on the downstream market.

1.4 European Commission - New Package on Simplifying Procedures For Reviewing Concentrations under The EU Merger Regulation⁵

As of April 2023, The European Commission has adopted a package that will further simplify and broaden the scope of the Commission’s review of smooth mergers (“simplified cases”) under the EU Merger Regulation. Accordingly, the relevant package includes (i) a revised Merger Implementing Regulation (the ‘Implementing Regulation’), (ii) a Notification on the Streamlined Procedure (‘the Notification’), and (iii) a Communique on the transmission of documents (‘the Communique’).

The new package contributes to achieving the target of reducing reporting requirements by 25%, announced by the Commission in its Communication on the Long-Term Competitiveness of the EU. It aims to simplify and expand the scope of the Commission’s review process for non-performing mergers (‘simplified cases’). It also aims to reduce the amount of information required to report transactions in all cases and optimize the transmission of documents.

The main changes to the previous rules seek to simplify and streamline the simplified and normal merger review procedures. In particular, the new rules aim primarily to expand and/or clarify which cases can be handled under the streamlined procedure. Accordingly, two new categories of cases have been identified that could benefit from the simplified procedure. These situations, under all reasonable market definitions, are; (i) when the merging parties, individually or collectively, have an upper market share of less than 30% and their combined purchasing interest is less than 30%; and (ii) when the upstream and downstream market shares of the merging parties, individually or jointly, are below 50%, when the market concentration index (‘HHI delta’) is below 150, and when the company with the smallest market share has the same share in the upstream and downstream markets. The Commission can apply the procedure if the relevant merger does not fall into any of the default categories. In particular, the Edict includes the following flexibility clauses:

⁵ *European Commission, 20.04.2023*

- » Horizontal overlaps where the total market shares of the merging parties are 20-25%,
- » Vertical relationships in which the merging parties have individual or combined upstream and downstream market shares of 30-35%,
- » Vertical relationships in which the individual or combined market shares of the merging parties do not exceed 50% in one market and 10% in another vertically related market, and
- » Joint ventures with turnover and assets between 100 million Euros and 150 million Euros in the European Economic Area (“EEA”).

The Notification also provides a clearer and more detailed list of circumstances in which the Commission may investigate a case that is technically eligible for facilitated examination under the normal examination procedure.

The regulation also introduces a new notification form for streamlined cases (“check the box” Short Form CO). This form mainly contains multiple choice questions and tables, as well as facilitated questions regarding both judicial and substantive evaluation of cases. The Edict also identifies categories of cases that may benefit from “super-simplified” treatment; In this way, parties are invited to make direct notification without prior contact with the Commission.

The regulation also reduces and clarifies the information requirements in the notification form (Form CO) for cases that are not covered by the new regulation. It now includes clearer information about waiver possibilities, introduces fact tables on affected markets, and eliminates certain information requirements. In addition to all these, it is also regulated that notification can be made directly to the Commission via electronic notification.

All of these changes will be effective as of September 1, 2023, and are expected to facilitate pre-notification contacts in general, further reducing the time required for these discussions. More detailed information on the main changes can be found in the Commission’s explanatory note.

1.5 European Commission - Extension of the Motor Vehicle Block Exemption Regulation and Updates to the Supplementary Guidelines⁶

Two other important changes brought by the European Commission in 2023 are the extension of the Motor Vehicle Block Exemption Regulation (MVBER) for another five years (It is announced that MVBER will be valid until May 31, 2028) and the revision of the Supplementary Guidelines about the automotive sector. These updated guidelines also guarantee aftermarket operators, such as garages, access to vehicle-generated data required for vehicle maintenance and repair.

⁶ *European Commission, 17.05.2023*

The Commission's decision to extend the regulation allows for timely responses to potential market changes resulting from vehicle digitalization, electrification, and new mobility patterns. In this context, the revised Supplementary Guidelines include the following:

- » It has been emphasized that data produced by vehicle sensors can be crucial for providing maintenance and repair services. Accordingly, authorized and independent repairers must have equal access to this data under Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). Existing principles regarding the sharing of technical information required for maintenance and repair services, including data generated by the vehicle, are clearly stated.
- » It has been stated that vehicle suppliers should apply the principle of proportionality in deciding whether to retain entries, including vehicle-generated data, due to potential cybersecurity concerns.
- » It is highlighted that Article 102 of the TFEU may be applied if the supplier unilaterally blocks independent operators from accessing an important input, such as vehicle-generated data.

1.6. European Commission - New Horizontal Block Exemption Regulation and Horizontal Guidelines Adopted⁷

As of June 2023, the European Commission adopted a revised Horizontal Block Exemption Regulation in terms of Research and Development (R&D) and Specialization Agreements (HBER). The Regulation and the Guidelines aim to provide clearer and more up-to-date guidance to help businesses assess the compliance of horizontal cooperation agreements with EU competition rules and recent enforcement practices. Accordingly, the changes introduced by the new revised rules are as follows;

- » The scope of the Specialization Group Exemption Regulation was extended to cover more types of production agreements concluded by more than two parties and guidance was provided.
- » Clarity and flexibility regarding the calculation of market shares within the scope of the implementation of the R&D Group Exemption Regulation has been increased and guidance has been provided. Accordingly, the Commission and national competition authorities are authorized to withdraw the right to benefit from the group exemption in cases where it is not possible to calculate the market share.
- » The introduction to the Horizontal Guide has been updated in line with recent case law, followed by new guidance on the application of Article 101 of TFEU to agreements between joint ventures and their parent companies.

⁷ *European Commission, 01.06.2023*

- » A new section on Mobile Telecommunications Infrastructure Sharing Agreements has been published, which sets out the factors for assessing these agreements and includes a list of minimum requirements for companies to reduce their risk of infringing competition rules.
- » The “principles” section of the Guidelines on Purchasing Agreements has been expanded to reflect recent practice. This section clarifies the distinction between joint purchasing and buyer cartels and clarifies that joint purchasing includes arrangements in which buyers jointly negotiate the terms of their purchases, as well as arrangements in which each buyer makes purchases independently.
- » The “principles” section of the Guidelines on Commercialization Agreements has been expanded to create a new section on procurement consortia and to include guidance on the bid-rigging distinction.
- » The “principles” section of the Guidelines on Information Exchange has been expanded to guide (i) the concept of commercially sensitive information; (ii) the types of information exchanges that may objectively amount to restriction of competition; (iii) the potential pro-competitive effects of data repositories; (iv) indirect forms of information exchange, including hub-and-spoke arrangements; (v) anti-competitive signaling through public announcements; and (vi) measures that firms can take to avoid infringements.
- » The “principles” section of the Guidelines on Standardization Agreements has been revised to provide that (i) it is not anti-competitive for the parties to a standardization agreement to disclose the maximum cumulative royalty rate and (ii) participants must disclose their relevant intellectual property rights.
- » A new section on sustainability agreements has been added to the Horizontal Guidelines to clarify that antitrust rules do not preclude agreements between competitors for sustainability purposes. The new rules provide a soft safe harbor for sustainability standardization agreements that meet certain conditions. They also define the types of benefits that can be taken into account and clarify how a sustainability agreement can be exempted

As a result, the Communique and the Guideline provide a safe harbor where certain agreements are blocked and exempted from competition rules.

1.7. Federal Commission - New Mergers and Acquisitions Guideline⁸

The Federal Trade Commission (FTC) published the final version of its guidance on mergers and acquisitions on December 18, 2023, following a lengthy consultation process. The main highlights of the Guidelines are as follows:

⁸ Federal Trade Commission, 18.12.2023

- » Determining a lower level of market concentration: The Guidelines presumptively recognize anticompetitive horizontal mergers where the total market share of the merging companies exceeds 30 percent.
- » Comprehensive approach covering vertical and non-horizontal mergers: The Guidelines provide a comprehensive approach covering horizontal, vertical, and “non-horizontal” mergers in a single document.
- » Economic analysis: By emphasizing economic analysis, the Guidelines aim to increase the focus on economic data in the determination of competition effects, including the assessment of product/service market effects as well as labor market effects.
- » Significant changes in practice: The Guidelines indicate a more aggressive approach to merger enforcement.

1.8. Bundeskartellamt - Amendment of German Competition Act⁹

As of November 7, 2023, the 11th amendment to the German Competition Act (GWB) entered into force. The amendments to the German Competition Act introduced several powers for the Bundeskartellamt to exercise in the context of sector investigations, powers to enforce the EU Digital Markets Act (DMA), and powers to recover benefits.

First of all, the amendment empowers the Bundeskartellamt to impose behavioral or structural measures following sectoral investigations. If, following a sector review, it is found that there is a significant and persistent distortion of competition, the Bundeskartellamt may use structural or behavioral measures or remedial measures to remedy the distortion of competition, including the division of undertakings, without the need to establish that an infringement exists. These structural, behavioral, or remedial measures may be applied even to undertakings in full compliance with competition law.

In addition, strengthening powers for the enforcement of the DMA have been regulated. The regulation enables the Bundeskartellamt to investigate violations of the DMA using its ordinary investigative powers and obliges it to report its findings to the European Commission as the final and sole enforcement authority for the DMA.

Finally, the presumption for the reimbursement of benefits derived from anti-competitive practices is regulated. Although reimbursement of benefits derived from competition law infringements is not a new practice in German competition law, it has not been practiced until now due to the practical difficulties in estimating the size of the economic advantage derived from the competition law infringement. With the new regulation, there is now a presumption that the competition law infringement results in an economic benefit for

⁹ *Bundeskartellamt, 07.11.2023*

the infringing undertaking and that this benefit is at least 1% of the infringing undertaking's domestic turnover from the affected products or services. The presumption may be rebutted by the undertaking by proving that there was no involvement in the infringement or no profit during the relevant time period.

2. Significant Decisions in 2023

2.1. Turkish Competition Authority - Decisions on Hindering or Complicating Dawn raids

Paragraph (d) of the first paragraph of Article 16 of Law No. 4054 on the Protection of Competition defines obstruction of dawn raid as one of the situations that require administrative fines to be imposed on undertakings. Accordingly, the TCA has the authority to impose an administrative fine of five per thousand of its gross revenues on natural and legal persons, associations of undertakings, or members of such associations, if it determines that the examination has been obstructed or made difficult. With Law No. 7246 and the amendment made to subparagraph (a) of the first paragraph of Article 15 titled "Dawn raid" of Law No. 4054, the TCA's authority to inspect all kinds of data and documents kept electronically by undertakings has been expanded. Within this scope, portable communication devices containing data belonging to the undertaking and WhatsApp correspondence on the personal phones of individuals are also included within the scope of the authority of the TCA to examine.

The TCA characterizes any data deletion that takes place after the dawn raid has begun as an obstruction of the dawn raid. When the important decisions of the past years are analyzed, the approach of the TCA in its decisions on obstruction of dawn raid is as follows:

- » In the UNO Decision, the mere deletion of data by an employee is characterized as obstruction of dawn raid.¹⁰
- » In the Chamber of Geological Engineers Decision, it is stated that even if it is a personal document, any kind of data deletion performed after the dawn raid has started will be qualified as obstruction of the dawn raid.¹¹
- » In the TTNNet Decision, it was stated that the fact that deleted data can be restored does not have any effect on the characterization of the concrete event as obstruction of dawn raid.¹²
- » In the P&G Decision, exiting WhatsApp groups containing private correspondence was characterized as blocking access to possible evidence.¹³

¹⁰ TCA, 21-26/327-152, 20.05.2021

¹¹ TCA, 13-07/70-39, 24.01.2013

¹² TCA, 13-46/601-M, 18.07.2013

¹³ TCA, 21-34/452-227, 08.07.2021

As can be seen from the previous TCA decisions, in cases such as keeping the professional personnel in charge of conducting the dawn raid waiting for longer than necessary, preventing access to the data, deleting the digital data of the undertaking after the arrival of the dawn raid experts, interruption of electricity or internet, it is accepted that the dawn raid is made difficult or prevented, regardless of whether the content of the data is of a nature that directly indicates a competition violation.

When the TCA decisions in 2023 are analyzed, it is observed that similar to the previous years, the findings of infringement in the decisions on prevention/difficulty of dawn raid generally stem from data deletion actions. Accordingly, the following are examples of various dawn raid blocking/enforcement decisions that the TCA found to as violations;

- » During the dawn raid conducted by the TCA at Çimsa Çimento Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Çimsa), it was determined that an employee left the group in the WhatsApp mobile application on his mobile device and deleted a chat. Subsequently, the correspondence in the WhatsApp group was accessed from the mobile device of the relevant employee, no findings and/or documents related to the subject of the review were found in the correspondence in question, but it was concluded that the on-site review was prevented/made difficult by the TCA because the phone belonging to the employee who performed the deletion action was a company phone and the relevant correspondence group contained matters related to company affairs.¹⁴

- » TCA imposed administrative fines on HORIZON and PASİFİK separately because the dawn raids conducted at HORIZON and PASİFİK were obstructed and made difficult for the employees of the undertakings concerned.¹⁵ In its assessment, the TCA characterized the deletion of data such as folders, e-mails, etc. belonging to the undertaking after the dawn raid started as an act aimed at obscuring evidence, and concluded that as a result of this action, the access of the professional personnel in charge of the examination to possible evidence was made difficult. In this framework, the TCA decided to impose administrative fines on HORIZON and PASİFİK separately, since HORIZON and PASİFİK prevented/delayed the dawn raid by deleting the Whatsapp group and messages of some employees of the undertakings after the dawn raid started, and this behavior should be qualified as an act of evidence tampering.

¹⁴ TCA, 23-06/74-23, 26.01.2023,

¹⁵ TCA, 22-53/797-327, 01.12.2022

- » In another TCA decision, an dawn raid at Güven Grup Hazır Beton Hafr. İnş. Maden Petrol Nak. Tic. Ltd. Şti. was prevented by an employee of the undertaking by deleting WhatsApp messages.¹⁶
- » During the dawn raid at Ceyhan Hazır Beton, it was decided that the dawn raid was made difficult/obstructed because access to possible evidence and findings that the professional staff could obtain during the inspection was prevented by not allowing the rapid review method to be applied both on the mobile device stated to contain digital data belonging to the undertaking and on the mobile device stated to be for personal use.¹⁷
- » During the dawn raid at Oyak Çimento, it was decided that the dawn raid was prevented by the act of deleting some correspondence over the WhatsApp application performed by the employee of the undertaking and that the claim that the deleted data was accessed by the undertaking could not be demonstrated beyond doubt, and that even this possibility would not change the conclusion that the dawn raid was prevented.¹⁸
- » After the start of the dawn raid at Same Deutz Fahr Traktör, it was found that some of the undertaking's data had been deleted by deactivating the WhatsApp application on the employee's mobile device. Although it was claimed that the line associated with the WhatsApp application was for personal use, the chat history, which was backed up and could be retrieved, included correspondence related to the undertaking and its business life, which prevented the dawn raid.¹⁹
- » It was decided that the dawn raid conducted at Altıparmak Gıda (Balparmak) was obstructed due to the deletion of e-mails, and although the deleted e-mails were restored by the "Recover Deleted Items" method, the said restoration process did not have any effect on the obstruction/difficulty of the on-site examination, and it did not matter with what intention the e-mails were deleted or whether the e-mails were outdated or no longer valid.²⁰
- » At the dawn raid conducted at Çözüm Dergisi, although it was made ready for examination by providing access to the corporate e-mail address, it was decided that the dawn raid was prevented due to the rejection of the request for examination by remote access due to the presence of personal

¹⁶ TCA, 22-54/831-341, 08.12.2022

¹⁷ TCA, 23-06/73-22, 26.01.2023

¹⁸ TCA, 23-06/75-24, 26.01.2023

¹⁹ TCA, 22-54/835-345, 08.12.2022

²⁰ TCA, 23-12/180-56, 02.03.2023

data of the person and data belonging to institutions and organizations other than ÇÖZÜM in the accounts to be examined.²¹

- » At the dawn raid conducted at Şanal Emlak, although it was informed that the undertaking owner could not come to the address of the undertaking, that the phone on which the Whatsapp account registered on the phone number used by the undertaking owner was located elsewhere, that the phone was not accepted to be examined by remote access, and that all reasonable technical inspection opportunities were offered, the attitude of the undertaking owner in this regard did not change. TCA evaluated the relevant situation within the scope of prevention/difficulty of dawn raid.²²
- » During the dawn raid at GBK Gayrimenkul, the dawn raid team arrived at the premises of the undertaking and found that only the secretary of the undertaking was present on the premises and contacted the persons whose computers and phones would be examined within the scope of the dawn raid , but some of the employees of the undertaking stated that they were not available and refused to come to the premises of the undertaking. Some of the arriving employees refused to hand over their phones, which they claimed were their personal phones, to the dawn raid team, but the phones examined by the rapid review method were found to have the WhatsApp Business application and to be included in WhatsApp groups of real estate agents/real estate consultants. Upon the undertaking's lawyer stating that permission from the court was required for the dawn raid , all employees refused to give their cell phones to the dawn raid team. TCA evaluated these developments in the undertaking within the scope of obstruction of the on-site examination.²³
- » Sometime after the start of the dawn raid at Çilek Gayrimenkul, an employee of the undertaking, whose computer had already been examined, received a phone call stating that a relative of the employee had been involved in a serious traffic accident and had to leave the undertaking. Five days after the dawn raid , the TCA contacted the undertaking owner and requested the submission of documents regarding the accident in question. According to the submitted document, the TCA determined that the accident occurred at 09:01 on the date of the on-site examination, and the accident report was filed at 10:00, and the TCA considered the fact that the employee of the undertaking stated that he had to leave the undertaking urgently at 12:16 as preventing the dawn raid from being carried out in a sudden, uninterrupted and swift manner.²⁴

²¹ TCA, 22-56/878-363, 22.12.2022

²² TCA, 23-14/246-82, 16.03.2023

²³ TCA, 23-14/245-81, 16.03.2023

²⁴ TCA, 23-14/243-79, 16.03.2023

- » During the dawn raid at Empa Emlak, the dawn raid team arrived at the premises of the undertaking and was greeted by the undertaking official, who stated that the dawn raid could not be carried out at the undertaking due to personal data, and the Authority stated that in this case, a report on the prevention of dawn raid would be kept and an administrative fine would be imposed on the undertaking, and the undertaking official reiterated that he did not allow the dawn raid since there was no court or prosecutor's office decision. As a result, the TCA decided to impose an administrative fine on the undertaking for obstruction of dawn raid.²⁵
- » An dawn raid of the phone of an employee of İpek Gıda revealed that there was no correspondence in a WhatsApp group believed to be related to the activities of the undertaking, whereupon the employee of the undertaking stated that he regularly deleted WhatsApp messages because they took up too much space. The dawn raid team found that the same WhatsApp group existed on another employee's phone and that the employee had left the group after the dawn raid had started, according to the "former participants" tab. As a result, the TCA considered that an employee's leaving a WhatsApp group and deleting correspondence in the group after the dawn raid had started constituted obstruction of the dawn raid.²⁶
- » During the dawn raid at Namet, the TCA found that there were only two individual and six group conversations on the WhatsApp application of an employee's phone, in which the last message date was the day of the dawn raid and the earliest time of the conversations was at 17.26 hours. The team then examined the phone of another WhatsApp group participant and found a correspondence in the WhatsApp group at 16.13 hours. In light of this information, the dawn raid team assessed that the relevant employee's phone was deleted from the WhatsApp application between 16.13 and 17.26 and characterized the deletion as an obstruction of the dawn raid.²⁷
- » As a result of the dawn raid conducted at Uludağ İçecek, it was assessed that seven WhatsApp chats were deleted by an employee of the undertaking, but six of the seven messages were accessed as a result of the examination conducted on the mobile devices of other employees of the undertaking, and as a result, the dawn raid was hampered by data deletion.²⁸

²⁵ TCA, 23-15/256-86, 23.03.2023

²⁶ TCA, 23-18/325-110, 13.04.2023

²⁷ TCA, 23-23/436-149, 18.05.2023

²⁸ TCA, 23-19/369-128, 28.04.2023

- » During the dawn raid at VATAN, TCA found that an employee caused the dawn raid to be obstructed/difficult by deleting his correspondence over WhatsApp and that the “twenty-four-hour message” feature, which occurs when the chat content is deleted 24 hours after the transmission time, was active on the mobile device used, but it was understood from the log records that the deletion was not performed by this feature. For the aforementioned reasons, the TCA concluded that the dawn raid was prevented/difficult.²⁹
- » Finally, the TCA found that during the dawn raid at ASMAŞ, an employee caused the dawn raid to be obstructed/difficult by deleting his WhatsApp correspondence.³⁰

2.2 Turkish Competition Authority - Decisions on Providing Misleading Information

Article 14 of Law No. 4054 regulates the TCA’s authority to request any information it deems necessary from public institutions, enterprises, and business associations in the performance of its duties. This article includes the authority to request information as well as the authority to conduct dawn raids during TCA’s investigations. The relevant parties are obliged to provide the information requested by the TCA within the time period to be determined. If the enterprise or public institution fails to respond to TCA’s request for information or provides false or misleading information, TCA has the authority to impose a fine, which is regulated in Articles 16 and 17.

In this context, an important decision published in January 2023, which shows the scope of the TCA’s authority to request information, will be mentioned below.³¹

The Competition Board opened an investigation against FARMASİ to determine whether Article 4 of Law No. 4054 was violated by determining resale prices and restricting internet sales. In this investigation, TCA determined that FARMASİ provided false/misleading information with two separate actions in response to TCA’s request to FARMASİ to provide information about some contracts and booklets. As a result, TCA decided to give fines separately for these actions. As a result of its evaluations, TCA reached the following conclusions:

- » In the contents of the e-mails contained in the documents obtained during the dawn raid, the provision referred to in the Entrepreneur Workbook and claimed to be included in Article 12 of the contract is not included in the contract declared to be up-to-date in the response letter sent by FARMASİ,

²⁹ TCA, 23-19/363-125, 28.04.2023

³⁰ TCA, 23-21/412-141, 11.05.2023

³¹ TCA, 23-06/69-20, 26.01.2023

- » During the investigation, it was revealed that the provision in the e-mail, which was allegedly added by the undertaking in 2018, was included in 2017,
- » During the investigation process; the amounts of the export back sales made by FARMASI to TAN ALİZE in 2021 were declared differently in each document,
- » In this respect, the relevant contract and booklet requested from FARMASI is an important issue that determines the duration of the violation of the acts of determining resale prices and/or restricting internet sales, in case of access to past dated contracts, the violation period will exceed five years and the basic fine will be determined with a one-fold increase and this will increase the amount of the administrative fine to be imposed on the undertaking, and the fact that the answers provided by FARMASI about the contract and booklet stated in their response letters do not reflect the truth constitutes the act of providing misleading information,
- » FARMASI's different declaration in each document about the amounts of export back sales to TAN ALİZE constitutes the act of providing misleading information.

The relevant decision was subsequently subject to a request for reconsideration and was re-evaluated by the TCA within the scope of the Administrative Procedure Law No. 2577.³² Accordingly, TCA has concluded that no issue would require a change in the evaluations made in the TCA decision and therefore, there is no need to abolish, withdraw, change, or take a new action.

As can be seen, the decision is significant in terms of the TCA's extensive examination of past agreements to determine the inconsistency of certain information provided by FARMASI and the duration of the acts of restriction of competition. This decision also contains important lessons in terms of transparency, provision of accurate information, compliance with competition rules, and protection of competition and emphasizes the necessity of cooperation and compliance with competition authorities.

2.3 Turkish Competition Authority – Decisions on Request For Access to File

Article 44 of Law No. 4054 aims to reduce the information asymmetry between the investigation committee and the undertakings or associations of undertakings that are parties to the investigation under the principle of equality of arms, and thus to ensure the effective exercise of the right of defense. The procedures and principles of the right of access to the file are regulated in detail in the "Communique on the Regulation of the Right of Access to the File and

32 TCA, 23-10/153-47, 23.02.2023

Protection of Trade Secrets” numbered 2010/3. In this context, although undertakings have the right to request the documents related to them within the scope of the investigation, access to these documents must be realized to the extent permitted by the provisions of the legislation.

In light of this information, the following important recent decisions of the TCA on the use of the right of access to the file will be discussed.

- » TCA initiated an investigation against certain undertakings, including SVS SVS Dayanıklı Tüketim Mall. Paz. ve Tic. Ltd. Şti., to determine whether they violated Article 4 of the Law. In this investigation, TCA decided that;
 - › The exonerating or incriminating intra-agency correspondence deemed appropriate to be made accessible to the SVS may be examined at the headquarters of the Agency, free of trade secrets, and
 - › SVS’s request for access to the internal correspondence of the Institution, which is not evidentiary/exculpatory, or incriminating in nature, is not admissible and should therefore be rejected.³³

- » Within the scope of the request made by Essilor Luxottica S.A. to exercise the right of access to the file, TCA decided to reject the documents that are internal correspondence, to examine the other documents that are not internal correspondence at the headquarters of the Authority and to provide oral explanations to the parties concerning some documents. In the decision, TCA stated that the documents specified by the parties in the request for access to the file include internal correspondence, correspondence with public institutions and organizations, correspondence with private sector real persons and legal entities, trade secrets, and confidential information regarding other undertakings, associations of undertakings and individuals. In addition, the documents subject to the request were examined and evaluated separately. In this context, TCA referred to Communiqué No. 2010/3 and in this context, with the relevant Notice; the right of the parties to access the documents and evidence prepared about them is regulated, however, TCA emphasized the importance of distinguishing which documents are internal correspondence or trade secrets belonging to the enterprise, association of enterprises and individuals, considering that internal correspondence and documents containing trade secrets and other confidential information regarding other enterprises, associations of enterprises and individuals are not within

33 TCA, 22-48/702-298, 20.10.2022

this scope. In addition, with the second paragraph of Article 7 of the relevant Communiqué, it is stated that the correspondence of the Institution with those whose information is sought, such as other public institutions, professional organizations in the nature of public institutions, or private sector real and legal persons, is regulated as internal correspondence.³⁴

- › Within the scope of the investigation carried out against Sahibinden, TCA evaluated the request of the relevant undertaking to enter the file under Law No. 4054 and Communiqué No. 2010/3 and decided to reject it. Within the scope of its evaluation, TCA determined that the documents regarding the application to access the file made by Sahibinden do not constitute any new evidence, are in the nature of internal correspondence within the Institution, do not constitute exculpatory or incriminating evidence, and constitute a trade secret. As a result of its findings, TCA decided to reject the request to access the file submitted by Sahibinden.³⁵
- › Finally, within the scope of the investigation carried out about Mauri Maya, TCA evaluated the relevant undertaking's request to enter the file under Law No. 4054 and Communiqué No. 2010/3 and again gave a rejection decision. Within the scope of its evaluation, the TCA determined that the documents subject to the request; TCA stated that it was an internal correspondence that did not constitute exculpatory or incriminating evidence, that the parts of the allegations of violation about Mauri Maya had already been shared with it, that the documents that were not shared were not documents issued or obtained about Mauri Maya, and that the complainants requested confidentiality in terms of some documents. As a result of its findings, TCA decided to reject the request to access the file submitted by Mauri Maya.³⁶

2.4. Turkish Competition Authority – Decisions on Request for Re-evaluation and Withdrawal

One of the most important features of the rule of law is that the transactions and actions of the administration are subject to judicial review. In this regard, within the scope of Article 11 of the Administrative Procedure Law, the removal, withdrawal, amendment, or establishment of a new action of the TCA decisions may be requested by the relevant parties within the period of filing an administrative lawsuit. In this context, two important decisions taken upon applications made to TCA in 2023 will be mentioned below.

³⁴ TCA, 22-52/772-318, 23.11.2022

³⁵ TCA, 29.12.2022, 22-57/888-367

³⁶ TCA, 23-10/164-50, 23.02.2023

- » As stated above, TCA’s decision, which concluded that FARMASİ had committed the act of declaring false or misleading documents, later became the subject of a re-evaluation request application and, in this context, was re-evaluated by TCA within the scope of the Administrative Procedure Law. As a result of its evaluation in this context, TCA determined the following:
 - › Even if it is possible for FARMASİ to send incorrect information without the error being noticed, sending incorrect information again is not an acceptable defense,
 - › Although FARMASİ claimed that the content of the letter was entirely related to financial statements and that this issue was the subject of the YMM auditing the company, it was not considered reasonable for FARMASİ not to notice the error in the response letters, considering that it was a corporate company with a finance department,

In addition, all information and documents submitted by FARMASİ through the CPA, attorney, or representative throughout the entire process of the investigation are undoubtedly under the responsibility of FARMASİ.³⁷

As a result, the TCA concluded that no issue would require changing the evaluations made in its decision and therefore there is no need to take any action.

- » The TCA assessed that the applications made by the undertakings for the re-evaluation of the decisions within the scope of the İYUK regarding the decision of D-Market Elektronik Hizmetler ve Ticaret AŞ (“Hepsiburada”) regarding the decision that D-Market Elektronik Hizmetler ve Ticaret AŞ (“Hepsiburada”) made it difficult/obstructed the dawn raid and the rejection of the complaint application made by REOS Bilişim Teknolojileri A.Ş. (“Reos”) against Sahibinden did not create a new legal situation and decided that there is no room for a new action to be taken.³⁸

In summary, in the application made by Hepsiburada; TCA decided that the claim that Hepsiburada prevented/made dawn raid difficult was erroneous because Hepsiburada gave a verbal warning to employees not to delete data, the deleted correspondence was not under the control of Hepsiburada, and the court decision regarding Sahibinden was similar to the concrete incident. It was claimed that the deleted correspondences could be detected through cross-checks and that the examined devices did not belong to the assets of the enterprise. In its evaluation, TCA concluded that the undertaking’s warning to employees not to

³⁷ TCA, 23-10/153-47, 23.02.2023

³⁸ TCA, 22-57/895-368, 29.12.2022, and 23-10/147-44, 23.02.2023

delete data had no effect in terms of preventing/complicating the on-site examination, and when the file records were examined, it could not be determined that any warning had been made and that the undertakings' claims that the deleted correspondence was not under their control so it had no effect in terms of their decision to prevent/make the dawn raid difficult. TCA determined that there were issues in the court decision regarding Sahibinden that differed from the concrete case and that the relevant court decision was not yet final, so it could not be subject to an application under Article 11 of the Law.

In summary, in the application made by Reos; it was claimed that Reos must provide integration with Sahibinden, the fact that Sahibinden refrained from providing this integration without justification caused Reos to be excluded from the market and made its activities difficult, Sahibinden has discrimination, predatory pricing and tyrannical behavior, an interim injunction should be issued so that Reos can continue its activities and the application made by Reos about Sahibinden was evaluated incorrectly by TCA and no investigation was initiated. TCA determined that the rejection of Reos's application did not constitute any unlawfulness and that TCA had opened an investigation against Sahibinden, thus an application made within the scope of Article 11 of the Administrative Procedure Act remained purposeless. TCA evaluated that the applications made in terms of both applications did not reveal a new legal situation and decided that these administrative proceedings must be removed, taken back, changed or no action should be taken.



NAZALI



İSTANBUL OFFICE

9 Mayıs Cad. Dr. İsmet Öztürk Sok.
Elit Residence Floor: 4-10-19-29
Şişli 34360 İstanbul, Türkiye



LONDON OFFICE

Golden Cross House
8 Duncannon St, Charing Cross
London WC2N 4JF, United Kingdom



AMSTERDAM OFFICE

Singel 250 1016 AB
Amsterdam, Netherlands



MOSCOW OFFICE

Empire Tower, Presnenskaya nab. 6
str. 2, floor: 47 office: 4727
Moscow, Russia



CASABLANCA OFFICE

Les Alizés Bureau No:102, 1er Etage,
Lotissement La Colline II, No:33 Sidi
Maarouf Casablanca, Morocco



KYIV OFFICE

Silver Breeze Business centre Iv,
Pavla Tychyny Av., Office 434
Kyiv, Ukraine 02152.



ANKARA OFFICE

Kızılırmak Mah. 1450 Sok. Ankara Ticaret
Merkezi(ATM) B Blok Floor:5 No: 1/29
Çukurambar, Çankaya/ANKARA



İZMİR OFFICE

Adalet Mahallesi Manas Bulvarı
Folkart Towers B Kule No: 47/2209
Bayraklı, İzmir



BURSA OFFICE

Odunluk Mahallesi, Akpınar Cd.
No:15 Efe Towers A Blok Floor: 4 D:
19 Nilüfer 16110 Bursa, Türkiye



DENİZLİ OFFICE

Sümer Mah. Çal Cad. Skycity İş Merkezi
Floor:5 No: 1/41
Merkezfendi, Denizli