

ELON R. MUSK'A CEZA



Selçuk Yılmaz
Rekabet Kurumu Rekabet Uzmanı

Musk'ın Twitter'ı devralmasına yönelik işlem, 3 Mayıs 2022 tarihinde ABD'de Federal Ticaret Komisyonuna ve Adalet Bakanlığı Antitröst Birimine bildirilmiştir

Son dönemlerde dijital pazarlar, rekabet hukuku boyutuyla birçok farklı ulusal ya da uluslar üstü hukuk düzeninde tartışılmaktadır. Özellikle Avrupa Birliğinde "Digital Markets Act-DMA" (Dijital Pazarlar Yasası) vasıtasıyla dağınık düzenlemelerin ötesine geçilmiş ve doğrudan kaynak niteliğinde bir pozitif hukuk düzenlemesi yürürlüğe girmiştir. Benzer şekilde Türk hukuk düzeninde de DMA'ya uyumu sağlayacak normları ihtiva eden bir kanun teklifi hazırlandığı bilinmektedir. Ayrıca Rekabet Kurumunun dijital pazarlara yönelik aldığı kararlar ve ikincil mevzuatta gerçekleştirilen değişiklikler, dijital pazarların yakından takip edildiğini göstermektedir.

Dijital pazarlara ilişkin bahsi geçen gelişmeler devam ederken Rekabet Kurulu (Kurul) tarafından alınan güncel bir karar, bu takibin sadece dijital pazarlardaki rekabet sorunlarıyla sınırlı olmadığını göstermiştir. Diğer bir ifadeyle dijital pazarlarda gerçekleşen ve rekabet hukukuna temas eden her türlü işlemin, ilgili mevzuatta yer alan düzenlemeler kapsamında, Rekabet Kurumunun radarına takılabileceği anlaşılmıştır.

Rekabet Kurulu kararı

Elon R. Musk tarafından Twitter'ın devralınmasına



yönelik işlem, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (RKHK) 11. maddesi uyarınca resen incelenmiştir. Neticede Kurul tarafından ilgili mevzuat kapsamında işlemin izne tabi olduğuna ve işleme izin verilmesine karar verilmiştir. Bununla birlikte, işlemin Kurulun izni olmaksızın gerçekleştirilmesi nedeniyle devralan konumundaki Elon R. Musk'a idari para cezası uygulanmıştır.

İlgili devralma işlemini ve Rekabet Kurumunun işleme ilişkin kararını anlatmaya başlamadan evvel rekabet hukuku kapsamında kararın teorik temelini teşkil eden "gun jumping" kavramından kısaca bahsedilmesinde fayda görülmektedir. Zira rekabet hukukunu takip edenlerin, bu kavramla diğer rekabet ihlallerine nazaran daha az karşılaştığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Rekabet hukukunda "gun-jumping" nedir?

Günlük dilde "gun jumping", atletizm gibi yarışa başlama anının silah atışıyla belirlendiği spor dallarında yarışan sporcuların, atıştan önce müsabakaya başlamalarını ifade etmektedir. Rekabet hukukundaki karşılığına ise Rekabet Terimleri Sözlüğü'nde yer verilmiş ve "onaysız kapanış" şeklinde ifade edilmiştir. 27 Kasım 2018 tarihli ve "Gun jumping and suspensory effects of merger notifications" başlıklı Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (OECD) dokümanında ise "gun jumping" in kapsamına yer verilmiştir. Buna göre "gun jumping", rekabet otoriteleri tarafından gerçekleştirilen yoğunlaşma kontrollerine yönelik yükümlülüklerin ihlalini kapsayan bir kavramdır. Genel itibarıyla bu kavramın kapsamına,

(i) izne tabi birleşme veya devralma işlemlerinin izinsiz gerçekleştirilmesi, (ii) birleşme veya devralma işleminin, bekleme süresinin sona ermesinden evvel kısmen ya da tamamen yürürlüğe konulması, (iii) tarafların, işlem den önce veya bekleme süresi içerisinde rekabete hassas bilgilere ilişkin tek taraflı ya da iki taraflı bilgi alışverişinde bulunmaları ya da (iv) piyasadaki rekabetçi davranışlarını koordine etmeleri dâhil edilmektedir.

Elon R. Musk tarafından Twitter'ın devralınmasına yönelik işlem de bu teorik temel üzerinde incelenmiştir. Nitekim RKHK'da izne tabi birleşme ve devralma işlemlerinin Kurulun izni olmaksızın gerçekleştirilmesine ilişkin düzenlemeler ve idari para cezası sorumluluğu, yukarıda ifade edilen endişelere yönelik olarak ihdas edilmiştir. Söz konusu düzenlemeleri açıklamadan evvel bahsi geçen işleme ilişkin süreç hakkında bilgi verilecektir.

Elon R. Musk'ın Twitter'ı devralmasına ilişkin süreçte neler yaşandı?

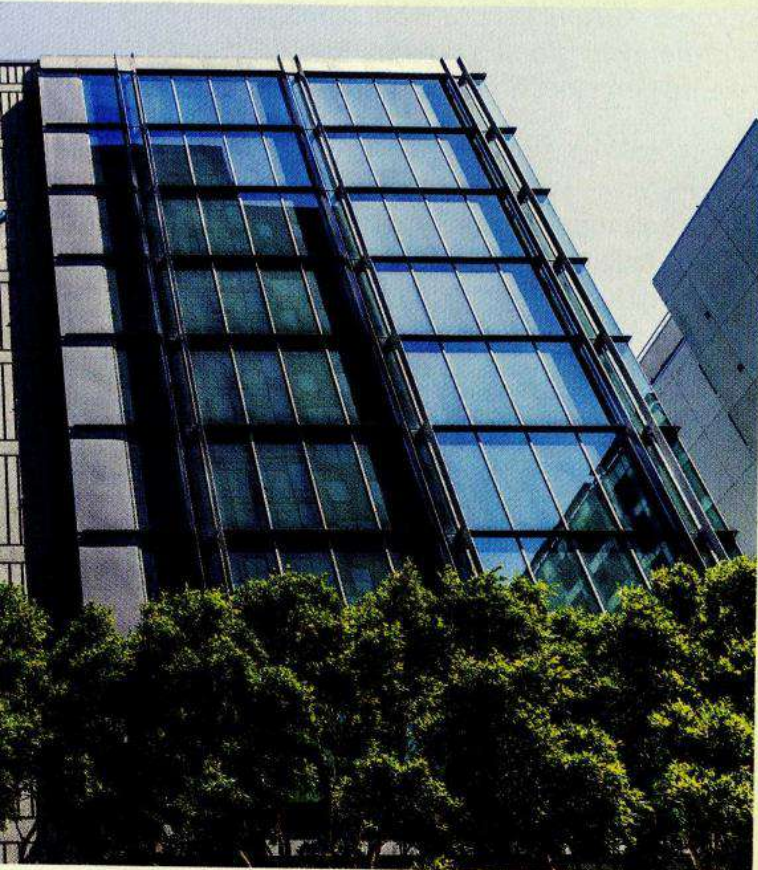
Elon R. Musk tarafından Twitter'ın devralınacağına ilişkin basına yansıyan haberlerin yanı sıra 13 Nisan 2022 tarihinde, U.S. Securities and Exchange Commission-SEC'e (ABD Sermaye Piyasası Kurulu) yapılan bildirimle işleme yönelik sürecin başladığı söylenebilecektir. SEC tarafından yayımlanan diğer bir rapora göre ise taraflar arasında, 25 Nisan 2022 tarihinde Birleşme Anlaşması akdedilmiştir. Devam eden süreçte, işlemin askıya alındığı ya da sözleşmenin feshedildiği yönünde açıklama ve haberlere tanıklık edilse de 27 Ekim 2022 tarihinde kapanışın gerçekleştiğine ilişkin haberler yayımlanmıştır.

25 Nisan 2022 tarihli SEC raporuna bakılarak işleme ilişkin bazı tespitlerin yapılması mümkündür. Buna göre Twitter'ın işlem kapsamında, Elon R. Musk'a ait bir şirketin iştiraki ile birleşeceği ve hayatta kalan şirket olarak varlığına devam edeceği görülmektedir. Bu vasıta ile Twitter'ın, Elon R. Musk tarafından devralındığı anlaşılmaktadır.

Türk rekabet hukukunda hangi işlemler izne tabidir?

RKHK'ya göre, hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için bildirilmesi gerektiği, Kurul tarafından çıkarılacak tebliğlerle ilan edilecektir. Kurul tarafından çıkarılan 2010/4 sayılı Tebliğ, bu amaçla uygulamaya konulan bir düzenleyici işlemdir. Bahsi geçen tebliğe göre, bir birleşme ya da devralma işleminin Kurulun iznine tabi olup olmadığının belirlenmesi bakımından, (i) RKHK'nın 7. maddesi kapsamında birleşme ve devralma sayılan hallerde, kontrolde kalıcı bir değişiklik gerçekleşip gerçekleşmediği ve (ii) ciro eşiklerinin aşıp aşılmadığı değerlendirilmelidir.

RKHK'nın 7. maddesi kapsamında birleşme ve devralma sayılan haller, 2010/4 sayılı Tebliğ'de düzenlenmektedir.



Buna göre birleşme ve devralma sayılan hallerin tespitinde esas unsur, teşebbüsün kontrolünde meydana gelecek kalıcı değişikliktir. Yukarıda Elon R. Musk tarafından Twitter'ın devralınmasına yönelik işleme ilişkin sağlanan bilgilerden anlaşıldığı üzere, işlem neticesinde Twitter'ın kontrol yapısında kalıcı bir değişiklik gerçekleştiği konusunda şüphe bulunmamaktadır.

İkinci olarak dikkate alınması gereken unsur ise birleşme ve devralma işleminin taraflarının cirolarıdır. Türk rekabet hukukunda ciro esaslı bildirim eşiği sistemi uygulanmaktadır. Kontrolde kalıcı değişikliğe neden olan bir birleşme ya da devralma işleminde, işlemin Kurulun iznine tabi olması için 2010/4 sayılı Tebliğ'in 7. maddesinde düzenlenen ciro eşiklerinin aşılması gerekmektedir. Diğer taraftan devralma işlemlerinde, devre konu varlığın Türkiye'de faaliyet gösteren veya ar-ge faaliyeti olan ya da Türkiye'deki kullanıcılara hizmet sunan bir teknoloji teşebbüsü olması halinde, devre konu varlık için düzenlenen eşik aranmamaktadır. Teknoloji teşebbüsleri ise "dijital platformlar, yazılım ve oyun yazılımı, finansal teknolojiler, biyoteknoloji, farmakoloji, tarım kimyasalları ve sağlık teknolojileri alanlarında faaliyet gösteren teşebbüsleri veya bunlara ilişkin varlıklar" şeklinde tanımlanmaktadır. Buradan hareketle Elon R. Musk tarafından Twitter'ın devralınması işleminde, Twitter'ın teknoloji teşebbüsü niteliğinde olduğu anlaşılmakta olup Twitter bakımından ciro aranmayacaktır. Diğer taraftan Kurul kararında işlemin izne tabi olduğu tespit edildiğinden, işlemin diğer tarafı dâhil edilerek hesaplanan cironun aşıldığı anlaşılmaktadır.

Rekabet Kurulu, izne tabi olmasına rağmen bildirilmeyen işlemler bakımından nasıl bir inceleme gerçekleştirilebilir?

RKHK'nın 11. maddesinde; bildirilmesi zorunlu olan birleşme veya devralma işleminin Kurula bildirilmemiş olduğu hallerde, Kurulun işlemten herhangi bir şekilde haberdar olduğu zaman kendiliğinden birleşme veya devralmayı incelemeye alacağı hükme bağlanmıştır. İnceleme neticesinde işlemin RKHK'nın 7. maddesi kapsamında hukuka aykırı olmadığı tespit edilirse Kurul tarafından işleme izin verileceği ancak ilgililere bildirimde bulunmadıkları için idari para cezası uygulanacağı düzenlenmektedir. Elon R. Musk tarafından Twitter'ın devralınması işlemine yönelik kararın, bu düzenleme kapsamında alındığı anlaşılmaktadır. Ayrıca söz konusu incelemenin resen başlatıldığı görülmektedir.

Bildirilmeme nedeniyle uygulanan idari para cezasının dayanağı nedir?

RKHK'nın 16. maddesinin birinci fıkrasında, usule ilişkin ihlaller ve bu ihlaller karşısında uygulanacak idari para cezalarına ilişkin esaslar düzenlenmektedir. İzne tabi birleşme ve devralma işlemlerinin Kurulun izni olmaksızın

gerçekleştirilmesi de bu madde kapsamında bir ihlal olarak düzenlenmiştir. Buna göre teşebbüslere, karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin binde biri oranında idari para cezası verileceği hükme bağlanmaktadır.

Elon R. Musk tarafından Twitter'ın devralınmasına yönelik işlemin Kurulun izni olmaksızın gerçekleştirilmesi nedeniyle uygulanan idari para cezasının miktarı, yukarıda yer verilen hüküm uyarınca belirlenmiştir. Ayrıca karara bakıldığında, bu miktarın, Elon R. Musk'ın 2022 yılında ve Türkiye'den elde ettiği ciro dikkate alınarak tespit edildiği anlaşılmaktadır. Buradan hareketle, Elon R. Musk tarafından kontrol edilen teşebbüsler aracılığıyla elde edilen gelirin dikkate alındığı söylenebilecektir.

İdari para cezası neden Elon R. Musk'a uygulandı?

RKHK'nın 16. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde, izne tabi birleşme ve devralmaların Kurul izni olmaksızın gerçekleştirilmesi halinde uygulanacak idari para cezasının, birleşme işlemlerinde tarafların her birine, devralma işlemlerinde ise sadece devralana verileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye paralel şekilde, 2010/4 sayılı Tebliğ'in 10. maddesinin yedinci fıkrasında "İdarî para cezası birleşme işlemlerinde tarafların her birine, devralma işlemlerinde ise sadece devralana verilir." düzenlemesine yer verilmiştir. Bu kapsamda Elon R. Musk tarafından Twitter'ın devralınması işleminde, idari para cezasının muhatabı devralan olacaktır.

İlave olarak birleşme ve devralmalar kapsamında işlem tarafının neye karşılık geldiğinden bahsedilmelidir. 2010/4 sayılı Tebliğ'de işlem tarafı, birleşme veya devralmanın tarafı olan teşebbüs olarak tanımlanmaktadır. Diğer bir ifadeyle işlem tarafı, ilgili teşebbüsün dâhil olduğu ekonomik bütünlüğü ifade etmektedir. Dolayısıyla söz konusu işlem kapsamında, devralan konumundaki işlem tarafının Elon R. Musk olduğu ve bu sebeple Elon R. Musk'ın idari para cezasının muhatabı konumundaki süje olarak değerlendirildiği anlaşılmaktadır.

İşlem yabancı rekabet otoritelerine bildirildi mi?

Kamuya açık kaynaklardan anlaşıldığı kadarıyla Elon R. Musk'ın Twitter'ı devralmasına yönelik işlem, 3 Mayıs 2022 tarihinde ABD'de Federal Ticaret Komisyonuna ve Adalet Bakanlığı Antitröst Birimine bildirilmiştir. ABD antitröst hukukunda, işlemin bildirildiği tarihten itibaren 30 günlük bir bekleme süresi başlamakta ve ilgili otoriteler tarafından bekleme süresince harekete geçilmezse işleme izin verilmiş sayılmaktadır. Bu kapsamda söz konusu işleme ilişkin 30 günlük sürenin 02.06.2022 tarihinde sona erdiği ve bu tarih itibarıyla işlemin zimnen onaylandığı ifade edilmektedir.

İkinci olarak, yine kamuya açık kaynaklarda, Birleşik Krallık rekabet otoritesine 16 Mayıs 2022 tarihinde işleme ilişkin bir gayriresmi bilgilendirme yazısı sunulduğu belirtilmektedir.

Elon R. Musk'ın
Twitter'ı
devralmasına
yönelik işlem,
3 Mayıs 2022
tarihinde ABD'de
Federal Ticaret
Komisyonuna ve
Adalet
Bakanlığı
Antitröst Birimine
bildirilmiştir

