

Rekabet Kurumu Başkanlığından;

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2020-5-042 (Soruşturma)
Karar Sayısı : 22-24/390-161
Karar Tarihi : 26.05.2022

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Birol KÜLE
Üyeler : Ahmet ALGAN (İkinci Başkan), Şükran KODALAK,
Hasan Hüseyin ÜNLÜ, Ayşe ERGEZEN, Cengiz ÇOLAK,
Berat UZUN

B. RAPORTÖRLER : Yalçiner YALÇIN, Gizem HEKİM, Ezgi EREN,
Murat ALACALAR

**C. BAŞVURUDA
BULUNAN**

: - Biopharma Logistics Uluslararası Taşımacılık Sanayi ve
Ticaret Anonim Şirketi
Temsilcileri: Av. Hüseyin Hüsnü BABALIK,
Av. İrem TOPRAKKAYA BABALIK
Fenerbahçe Mah. Bağdat Cad. No: 158/1, D:1, Feneryolu,
Kadıköy/İstanbul

D. HAKKINDA SORUŞTURMA

YAPILANLAR :

- Biopharma Logistics Uluslararası Taşımacılık Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi
Temsilcileri: Av. Hüseyin Hüsnü BABALIK,
Av. İrem TOPRAKKAYA BABALIK
Fenerbahçe Mah. Bağdat Cad. No:158/1, D:1 Feneryolu
Kadıköy/İstanbul
- Transorient Uluslararası Taşımacılık ve Ticaret A.Ş.
Temsilcileri: Av. Meltem MANAV, Av. Yeşim KUMOVA MAĞAT
Fenerbahçe Mah. Yelken Sokak No:6 Esenyalı Apt. K:1 D:8
Kadıköy/İstanbul
- Tunaset Biofarma Lojistik Hizmetleri A.Ş.
Temsilcileri: Av. Meltem MANAV, Av. Yeşim KUMOVA MAĞAT
Fenerbahçe Mah. Yelken Sokak No:6 Esenyalı Apt K:1 D:8
Kadıköy/İstanbul

- (1) **E. DOSYA KONUSU:** Sağlık sektörüne yönelik nitelikli yerel ve uluslararası kapıdan kapıya taşımacılık hizmetleri sektöründe biyofarma lojistiği alanında faaliyet gösteren Biopharma Logistics Uluslararası Taşımacılık Sanayi ve Ticaret A.Ş., Transorient Uluslararası Taşımacılık ve Ticaret A.Ş. ve Tunaset Biofarma Lojistik Hizmetleri A.Ş. unvanlı teşebbüslerin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri iddiası.
- (2) **F. İDDİALARIN ÖZETİ:** Biopharma Logistics Uluslararası Taşımacılık Sanayi ve Ticaret A.Ş. (BIOPHARMA), Transorient Uluslararası Taşımacılık ve Ticaret A.Ş. (TRANSORIENT) ve Tunaset Biofarma Lojistik Hizmetleri A.Ş.'nin (TUNASET) aralarında müşteri paylaşımına yönelik sözleşmeler akdetmek ve paylaşılan

müşterilere yönelik süresiz rekabet etmeme yükümlülüğü tesis etmek suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri iddiası.

(3) **G. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurumu (Kurum) kayıtlarına 30.09.2020 tarih ve 10463 sayı ile intikal eden başvuru ile biyofarma ve klinik araştırma lojistiği pazarında faaliyet gösteren bazı biyofarma lojistik firmalarının müşteri paylaşımına yönelik sözleşmeler akdetmek ve birbirlerine süresiz rekabet etmeme yükümlülüğü getirmek suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 4. maddesini ihlal ettikleri gerekçesiyle Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik (Pişmanlık Yönetmeliği) kapsamında başvuruda bulunulmuştur. Söz konusu başvuru içeriğinde;

- Sözleşme tarafı teşebbüsler BIOPHARMA, TRANSORIENT ve TUNASET'in sağlık sektörüne yönelik nitelikli yerel ve uluslararası kapıdan kapıya taşımacılık hizmetleri sunan biyofarma lojistik firmaları olduğu,
- BIOPHARMA'nın kurucu ortağı ve hâlihazırda yönetim kurulu başkanı olan (.....)'in anılan teşebbüsün kuruluşundan önce 23.07.2004-31.12.2016 tarihleri arasında (.....)'in kontrolündeki Transorient Uluslararası Taşımacılık ve Ticaret Ltd. Şti. (TRANSORIENT LTD.)¹ ile TRANSORIENT unvanlı teşebbüslerde uzun yıllar çalıştığı, bunun yanında yine (.....)'in kontrolünde bulunan TUNASET'e² danışmanlık hizmeti verdiği,
- İlerleyen süreçlerde (.....)'in öncesinde görev aldığı TRANSORIENT ve TUNASET ile aynı sektörde faaliyet gösteren ve Ticaret Sicil Gazetesi'nde 21.12.2016 tarihinde ilan olunan BIOPHARMA unvanlı teşebbüsü kurduğu³,
- Bu süreçte (.....) tarafından, TRANSORIENT'ten ayrılmak isteyen teşebbüs çalışanı (.....)'a kıdem tazminatının ödenmesi karşılığında rekabet etmeme anlaşması adı altında bazı sözleşmeler dayatıldığı, bu doğrultuda taraflar arasında 14.12.2016 ile 23.12.2016 imza tarihli iki farklı sözleşmenin akdedildiği,
- Akdedilen 14.12.2016 imza tarihli sözleşme kapsamında;
 - i. BIOPHARMA yetkilisi (.....)'in, proje bazlı olarak çalıştığı ve düşük montanlı hizmet sunduğu (.....), (.....), (.....), (.....) unvanlı yabancı şirketlerle çalıştığı sürece, TRANSORIENT ve TUNASET tarafından anılan şirketlere teklif ve iç nakliye hizmeti verilmeyeceğinin,
 - ii. TRANSORIENT ve TUNASET'in sözleşme tarihinde süregelen işlerle bağlantılı işlerin bu kısıtlama dışında kalacağına,
 - iii. (.....), (.....), (.....), (.....), (.....), (.....), (.....), (.....), (.....)⁴, (.....) unvanlı Türkiye'de yerleşik ve yine düşük montanlı işleri olan şirketlerin işlerinin de (.....) tarafından yürütüleceğinin,
 - iv. İşbu anlaşmaya aykırılık durumunda, (.....) ve (.....) tarafından (.....)'a (.....) Euro ödeneceğinin

kararlaştırıldığı,

¹ Anılan teşebbüs 05.03.2015 tarihinde tür değişikliğine uğrayarak şimdiki TRANSORIENT unvanını almıştır (Kaynak: https://www.ticareticil.gov.tr/tmp_gazete/1931cb39-bef7-11e9-bcf4-54171cd56113.pdf, Erişim Tarihi: 30.09.2021).

² Anılan teşebbüs Ticaret Sicil Gazetesi'nde 13.01.2016 tarihinde ilan edilmiştir.

³ Teşebbüs İstanbul Ticaret Odası'na 15.12.2016 tarihinde tescil edilmiştir.

⁴ Teşebbüsün ticaret unvanı 2018 yılında (.....) olarak değişmiştir.

- Öte yandan 23.12.2016 imza tarihli sözleşme kapsamında ise;
 - i. (.....)'in kontrolündeki TRANSORIENT ve TUNASET'in, düzenli olarak ve yüksek montanlı hizmet sunduğu (.....), (.....), (.....), (.....), (.....), (.....), (.....) unvanlı şirketlere, anılan şirketlerin iş anlaşmaları devam ettiği sürece, (.....)'in teklif vermeyeceği, bu şirketlerle başka bir firma üzerinden iletişim kurmayacağı, bu firmalara ait bilgileri paylaşmayacağı ve anılan şirketlerden gelen iletişim taleplerine cevap vermeyeceği,
 - ii. Anlaşmaya aykırılık durumunda ise, (.....)'ın, TRANSORIENT'e (.....) Euro ödeyeceği

yönünde karar alındığı,

- Akdedilen sözleşmeler kapsamında tarafların iş anlaşmalarının devam ettiği bazı müşterileri aralarında paylaşmak suretiyle birbirlerine süresiz rekabet etmeme yükümlülüğü getirdikleri

iddialarına yer verilmiş olup bu kapsamda ilgili teşebbüsler hakkında 4054 sayılı Kanun kapsamında gereğinin yapılması talep edilmiştir.

- (4) Başvuruda yer alan iddialar dikkate alınarak hazırlanan 20.10.2020 tarihli ve 2020-5-042/İİ sayılı İlk İnceleme Raporu ile 20.10.2020 tarihli ve 2020-5-042/BN-01 sayılı Bilgi Notu Rekabet Kuruluna (Kurul) sunulmuş olup Kurulun 05.11.2020 tarihli ve 20-48/662-M sayılı toplantısında BIOPHARMA, TRANSORIENT ve TUNASET'in aralarında müşteri paylaşımına yönelik sözleşmeler akdetmek ve paylaşılan müşterilere yönelik süresiz rekabet etmeme yükümlülüğü tesis etmek suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal edip etmediklerine yönelik olarak aynı Kanun'un 40. maddesi uyarınca teşebbüsler hakkında önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir. Ayrıca 20-48/656-MP sayılı karar ile 30.09.2020 tarihli ve 10463 sayılı başvurunun, Pişmanlık Yönetmeliğinin 6. maddesinde belirlenen koşulları yerine getirmesi kaydıyla, bu aşamada Yönetmeliğin 4. maddesi kapsamında kabul edilmesine karar verilmiştir.
- (5) Anılan Kurul kararına istinaden Başkanlık Makamınının 12.03.2021 tarihli ve 22253 sayılı görevlendirme yazısı doğrultusunda 15.03.2021 tarihinde başlatılan önaraştırma kapsamında; 16.03.2021 tarihinde başvuruya konu teşebbüslerde yerinde incelemeler gerçekleştirilmiştir. Bunun yanı sıra dosya kapsamında değerlendirilmek üzere taraf teşebbüslerden bilgi ve belge talebinde bulunulmuştur.
- (6) Bu doğrultuda, TRANSORIENT tarafından gönderilen bilgi ve belgeler 25.03.2021 tarih, 16280 sayı ve 16307 sayı, 05.04.2021 tarih ve 16809 sayı, 06.04.2021 tarih ve 16817 sayı ile, TUNASET tarafından gönderilen bilgi ve belgeler 25.03.2021 tarih, 16281 sayı ve 16308 sayı, 05.04.2021 tarih ve 16804 sayı, 06.04.2021 tarih ve 16816 sayı ile, BIOPHARMA tarafından gönderilen bilgi ve belgeler 29.03.2021 tarih ve 16460 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- (7) Önaraştırma sürecinde TRANSORIENT ve TUNASET'te yapılan yerinde incelemelerde elde edilen belgelerden bazılarının avukat-müvekkil gizliliği ihtiva ettiği hususu, teşebbüsler tarafından gönderilen 25.3.2021 tarih, 16307 sayı ve 25.3.2021 tarih, 16308 sayılı yazılarda ifade edilmiştir. Bu kapsamda TRANSORIENT'ten alınan "(.....)" konulu e-postalar ile TUNASET'ten alınan "(.....)" konulu e-posta ve eki "(.....)" konulu e-posta ve eki, "(.....)" konulu e-posta, "(.....)" konulu e-posta ve eki ve "(.....)" konulu e-posta avukat-müvekkil gizliliği kapsamında değerlendirilmiş ve Kurulun 26.04.2021 tarih ve 21-23/272-M sayılı kararı uyarınca söz konusu belgelerin tutanağa bağlanarak teşebbüslere iadesine ve dosya kapsamından çıkarılmasına karar

verilmiştir. Bu çerçevede, avukat-müvekkil yazışmalarının gizliliği kapsamında değerlendirilen belgelerden fiziki olanlar, kapalı zarf içerisinde teşebbüse iade edilmiş; e-postaların bulunduğu CD'nin aslı dosya raportörlerince Kurum merkezine intikal eden teşebbüs vekiline teslim edilmiştir. Avukat-müvekkil gizliliği kapsamı dışında kalan e-postalar ise yeniden iki ayrı CD'ye yazılarak bir kopyası teşebbüs vekiline bırakılmıştır.

- (8) Öneri araştırma neticesinde hazırlanan 13.04.2021 tarihli ve 2020-5-042/ÖA sayılı Öneri araştırma Raporu, 26.04.2021 tarihli Kurul toplantısında ele alınarak 21-23/272-M sayılı kararla, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edilip edilmediğinin tespitine yönelik olarak aynı Kanun'un 41. maddesi uyarınca TRANSORIENT, TUNASET ve BIOPHARMA hakkında soruşturma açılmasına karar verilmiştir. Anılan Kurul kararına istinaden 29.04.2021 tarih ve 24982 sayı ile BIOPHARMA'ya, 30.04.2021 tarih ve 24984 sayı ile TRANSORIENT'e, 30.04.2021 tarih ve 24977 sayı ile TUNASET'e 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca soruşturma açıldığına dair bildirimde bulunulmuş ve teşebbüslerden 30 gün içinde ilk yazılı savunmalarının gönderilmesi talep edilmiştir.
- (9) Bu kapsamda, TUNASET'in ilk yazılı savunması 01.06.2021 tarih ve 18261 sayı, 02.06.2021 tarih ve 18286 sayı ile, TRANSORIENT'in ilk yazılı savunması 01.06.2021 tarih ve 18262 sayı, 02.06.2021 tarih ve 18287 sayı ile, BIOPHARMA'nın ilk yazılı savunması ise 04.06.2021 tarih ve 18331 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- (10) Yürütülen soruşturma kapsamında değerlendirilmek üzere soruşturma tarafları TRANSORIENT, TUNASET ve BIOPHARMA'dan, sektörde faaliyet gösterdiği iddia olunan rakiplerden, akdedilen anlaşmalarla paylaşımına konu olan müşterilerden ve (.....) Derneği'nden bilgi ve belge talep edilmiştir.
- (11) Dernek tarafından gönderilen cevabi yazılar 01.09.2021 tarih ve 20753 sayı, 03.09.2021 tarih ve 20819 sayı ile Kurum kayıtlarına girmiştir.
- (12) Soruşturma kapsamında taraflarca akdedilen anlaşmalarla paylaşımına konu olan müşterilerden talep edilen bilgi ve belgeler; (.....) tarafından 26.08.2021 tarih ve 20615 sayı, 03.09.2021 tarih ve 20842 sayı ile, (.....) tarafından 27.08.2021 tarih ve 20645 sayı ile, (.....) tarafından 27.08.2021 tarih ve 20642 sayı, 31.08.2021 tarih ve 20701 sayı ile, (.....) tarafından 27.08.2021 tarih ve 20655 sayı, 06.09.2021 tarih ve 20888 sayı, 08.09.2021 tarih ve 20927 sayı ile, (.....) tarafından 31.08.2021 tarih ve 20734 sayı ile, (.....) tarafından 31.08.2021 tarih ve 20736 sayı, 30.09.2021 tarih ve 21634 sayı ile, (.....) tarafından 01.09.2021 tarih ve 20763 sayı, 30.09.2021 tarih ve 21632 sayı ile, (.....) tarafından 01.09.2021 tarih ve 20773 sayı ile, (.....) tarafından 09.09.2021 tarih ve 20983 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- (13) Biyofarma lojistiği pazarında faaliyet gösterdiği iddia olunan rakip konumundaki teşebbüslerden (.....), (.....), (.....), (.....), (.....), (.....), (.....), (.....), (.....), (.....), (.....), (.....), (.....), (.....), (.....) ve (.....)'den talep edilen bilgi ve belgeler çeşitli tarih ve sayılarla Kurum kayıtlarına girmiştir.
- (14) Soruşturma tarafları TUNASET, TRANSORIENT ve BIOPHARMA'dan talep edilen bilgi ve belgeler ise; BIOPHARMA tarafından 20.09.2021 tarih ve 21294 sayı, 30.09.2021 tarih ve 21638 sayı, 11.10.2021 tarih ve 21971 sayı ile, TRANSORIENT tarafından 20.09.2021 tarih ve 21313 sayı, 30.09.2021 tarih ve 21629 sayı, 11.10.2021 tarih ve 21970 sayı ile, TUNASET tarafından 20.09.2021 tarih ve 21315 sayı, 30.09.2021 tarih ve 21628 sayı, 11.10.2021 tarih ve 21968 sayı ile Kurum kayıtlarına girmiştir.

- (15) Soruşturma Heyeti tarafından yapılan inceleme, değerlendirme ve tarafların ilk yazılı savunmaları da dikkate alınarak hazırlanan 26.10.2021 tarihli ve 2020-5-042/SR-03 sayılı Soruşturma Raporu (Soruşturma Raporu) ve ekleri Kurul üyeleri ve taraflara tebliğ edilmiştir.
- (16) Soruşturma Raporu'nda yapılan tespit ve değerlendirmelere ilişkin BIOPHARMA'nın ikinci yazılı savunması 29.11.2021 tarih ve 23261 sayı ile, TRANSORIENT'in ikinci yazılı savunması 22.12.2021 tarih ve 23965 sayı ile, TUNASET'in ikinci yazılı savunması ise 22.12.2021 tarih ve 23966 sayı ile Kurum kayıtlarına süresi içinde intikal etmiştir.
- (17) 4054 sayılı Kanun'un 45. maddesi gereğince tarafların ikinci yazılı savunmasına istinaden hazırlanan 28.12.2022 tarihli ve 2020-5-042/EG-02 sayılı; 20.01.2022 tarihli, 2020-5-042/EG-03 sayılı ve 20.01.2022 tarihli ve 2020-5-042/EG-04 sayılı Ek Görüş üçüncü yazılı savunma talebi ile taraflara gönderilmiş olup BIOPHARMA vekili tarafından 03.12.2022 tarihinde, TRANSORIENT ve TUNASET vekili tarafından 25.01.2022 tarihinde tebellüğ edilmiştir.
- (18) Soruşturma taraflarından TRANSORIENT ve TUNASET adına vekilleri tarafından gönderilen ve Kurum kayıtlarına 24.01.2022 tarih, 24850 sayı ve 24851 sayı ile giren yazılarda; üçüncü yazılı savunma süresinin 30 gün uzatılması talep edilmiş, bu talep üzerine Kurulun 03.02.2022 tarihli ve 22-07/95-M sayılı kararı ile teşebbüsün üçüncü yazılı savunma süresinin 4054 sayılı Kanun'un 45. maddesi uyarınca bitiminden itibaren 30 gün uzatılmasına karar verilmiştir. TRANSORIENT ve TUNASET vekili tarafından gönderilen sözlü savunma talepli üçüncü yazılı savunma 25.03.2022 tarihli, 26601 sayılı ve 26602 sayılı yazılar ile süresi içerisinde Kurum kayıtlarına intikal ederken BIOPHARMA tarafından üçüncü yazılı savunma yapılmamıştır.
- (19) Kurulun 07.04.2022 tarih ve 22-16/266-M sayılı kararı ile sözlü savunma toplantısının 07.05.2022 tarihinde yapılmasına karar verilmiştir.
- (20) Kurul; yürütülen soruşturma ile ilgili olarak düzenlenen Soruşturma Raporu'na, Ek Görüş'e, toplanan delillere, yazılı ve sözlü savunmalara ve incelenen dosya kapsamına göre nihai kararı tesis etmiştir.
- (21) **H. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili rapor ve Ek Görüş'te;
- 1- Biopharma Logistics Uluslararası Taşımacılık Sanayi ve Ticaret A.Ş., Transorient Uluslararası Taşımacılık ve Ticaret A.Ş. ve Tunaset Biofarma Lojistik Hizmetleri A.Ş.'nin müşteri paylaşımı içeren anlaşmalara taraf olmaları sebebiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri; bu kapsamda teşebbüsler hakkında idari para cezası verilmesi ve teşebbüslerin müşteri paylaşımına yönelik ihlale konu davranışlarını sonlandırması gerektiği,
- 2- 05.11.2020 tarih ve 20-48/656-MP sayılı Kurul kararı doğrultusunda Biopharma Logistics Uluslararası Taşımacılık Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin idari para cezasından tam bağışık tutulması gerektiği
- sonuç ve kanaatine varıldığı ifade edilmiştir.

I. İNCELEME, GEREKÇE VE HUKUKİ DAYANAK

I.1. Hakkında Soruşturma Yürütülen Taraflar

I.1.1. TRANSORIENT

- (22) 1961 yılında Transorient Umumi Nakliyat Kollektif Şirketi Yekta Besen ve Ortakları⁵ ticaret unvanıyla kurulan, 1997 yılında “Transorient Uluslararası Taşımacılık ve Ticaret Limited Şirketi”⁶, 2015 yılında ise tür değişikliğine giderek “Transorient Uluslararası Taşımacılık San. ve Tic. A.Ş.”⁷ unvanını alan TRANSORIENT; temel olarak uluslararası hava, kara, deniz, intermodal taşımacılığı ve yurt içi taşımacılık alanlarında faaliyet göstermektedir. Bunların yanı sıra; yurt içi ve yurt dışı taşımacılık kuruluşlarıyla iş birliği, ortaklık, acentelik, mümessillik, komisyon anlaşmaları da yapmakta; kargo taşımacılığı, taşımacılık işleriyle ilgili ambalaj ve paketleme işlemleri, zaman ve ısıya duyarlı taşıma ve depolama hizmetleri, tehlikeli madde taşımacılığı, transit taşıma hizmetleri, askılı konteyner taşımacılığı, ısı kontrollü konteyner taşımacılığı vb. alanlarda da hizmet vermektedir⁸. Teşebbüs 2008 yılından beri biyofarma lojistiği alanında faaliyet göstermekte ve bu alanda hizmet veren ilk yerli firma olarak bilinmektedir.
- (23) TRANSORIENT’in hissedarları (.....) ve (.....), stratejik kararlarda yetkili ortaklar olup TRANSORIENT’in güncel hissedarlık yapısına aşağıdaki tabloda yer verilmektedir.

Tablo-1: TRANSORIENT Güncel Hisseidarlık Yapısı

| TRANSORIENT | |
|----------------------|-----------------|
| Hissedar | Hisse Oranı (%) |
| (.....) ⁹ | (.....) |
| (.....) | (.....) |
| Toplam | 100 |
| Kaynak: Cevabi Yazı | |

I.1.2. TUNASET

- (24) 1999 yılında İstanbul’da “TLS Trans Logistics Services Limited Şirketi”¹⁰ ticaret unvanıyla kurulan, 2015 yılında “Tunaset Biofarma Lojistik Hizmetleri Limited Şirketi”¹¹, 2016 yılında ise tür değişikliğine giderek “Tunaset Biofarma Lojistik Hizmetleri Anonim Şirketi” unvanını alan TUNASET¹²; ısı kontrollü taşımacılık, kargo taşımacılığı, taşımacılık işleriyle ilgili ambalaj ve paketleme, gümrükleme, aktarma transit ithalat ve ihracat işlemleri alanlarında hizmet vermektedir¹³. TUNASET’in uzmanlık alanının temelini ise biyofarma ve klinik araştırma lojistiği faaliyeti oluşturmaktadır. TUNASET

⁵Kaynak: https://www.ticaretsicil.gov.tr/tmp_gazete/4a38707e-0729-11ea-8bec-48df373f5970.pdf
Erişim Tarihi: 08.09.2021).

⁶Kaynak: https://www.ticaretsicil.gov.tr/tmp_gazete/bc5d2615-bd22-11e9-87ce-54171cd56113.pdf
(Erişim Tarihi: 08.09.2021).

⁷Kaynak: https://www.ticaretsicil.gov.tr/tmp_gazete/1931cb39-bef7-11e9-bcf4-54171cd56113.pdf
(Erişim Tarihi: 08.09.2021).

⁸Kaynak: https://www.ticaretsicil.gov.tr/tmp_gazete/1931cb39-bef7-11e9-bcf4-54171cd56113.pdf
(Erişim Tarihi: 08.09.2021).

⁹ İlgili tabloda yer verilen bilgilere ek olarak (.....)’in, (.....)’de de ((.....)) ortaklığı bulunmaktadır. (.....)’in tek hissedarı (.....) olup teşebbüsün esas faaliyet alanını dış ticaret işlemleri oluşturmaktadır. (.....)’in biyofarma lojistiği alanında herhangi bir faaliyeti bulunmamaktadır.

¹⁰Kaynak: https://www.ticaretsicil.gov.tr/tmp_gazete/c5d1687c-bd49-11e9-87ce-54171cd56113.pdf
(Erişim Tarihi: 11.09.2021).

¹¹Kaynak: https://www.ticaretsicil.gov.tr/tmp_gazete/dd200cbf-bf0f-11e9-bcf4-54171cd56113.pdf
(Erişim Tarihi: 11.09.2021).

¹²Kaynak: https://www.ticaretsicil.gov.tr/tmp_gazete/c5d1687c-bd49-11e9-87ce-54171cd56113.pdf
(Erişim Tarihi: 11.09.2021).

¹³Kaynak: https://www.ticaretsicil.gov.tr/tmp_gazete/abacea52-bf10-11e9-bcf4-54171cd56113.pdf
(Erişim Tarihi: 11.09.2021).

tarafından yürütülen işlemlerin çoğunluğunu klinik araştırma kapsamında olan ilaçların Türkiye çapında dağıtım organizasyonu oluşturmaktadır.

- (25) TUNASET'in hissedarları, TRANSORIENT ve (.....)'ten oluşmaktadır. Tablo-2'den de anlaşılacağı üzere TUNASET, TRANSORIENT'in bir alt kuruluşu olarak aynı ekonomik bütünlük içerisinde faaliyet gösteren bir şirkettir. TUNASET'in güncel hissedarlık yapısına aşağıdaki tabloda yer verilmektedir.

Tablo-2: TUNASET Güncel Hissedarlık Yapısı

| TUNASET | |
|---------------------|-----------------|
| Hissedar | Hisse Oranı (%) |
| TRANSORIENT | (.....) |
| (.....) | (.....) |
| Toplam | 100 |
| Kaynak: Cevabi Yazı | |

I.1.3. BIOPHARMA

- (26) BIOPHARMA, 2016 yılında (.....) tarafından İstanbul'da kurulmuştur. Teşebbüs temel olarak; hava, kara, tren ve deniz taşımacılığı alanlarında faaliyet göstermekte olup teşebbüsün esas faaliyet alanını biyofarma lojistiği oluşturmaktadır¹⁴. Bunlara ek olarak BIOPHARMA'nın, taşımacılık işleriyle ilgili ambalaj ve paketleme işleri, klinik deney lojistiği, tıbbi cihaz teslimatı, sıcaklık kontrollü depolama, zaman ve ısıya duyarlı taşıma ve depolama hizmetleri, gümrük müşavirliği ve mevzuat danışmanlığı vb. alanlarda da faaliyeti bulunmaktadır.
- (27) BIOPHARMA'nın tek hissedarı ve aynı zamanda stratejik kararların alınmasında tek yetkili kişi (.....)'tir. Aşağıdaki tabloda BIOPHARMA'nın güncel hissedarlık yapısına yer verilmektedir.

Tablo-3: BIOPHARMA'nın Güncel Hissedarlık Yapısı

| BIOPHARMA | |
|---------------------|-----------------|
| Hissedar | Hisse Oranı (%) |
| (.....) | (.....) |
| Toplam | 100 |
| Kaynak: Cevabi Yazı | |

I.1.4. TRANSORIENT ve TUNASET Açısından Ekonomik Bütünlük Değerlendirmesi

- (28) 4054 sayılı Kanun'un uygulanması açısından teşebbüs kavramı merkezi bir öneme sahiptir. Zira rekabet hukuku incelemeleri öncelikli olarak teşebbüsün tespit edilmesini gerektirmektedir. 4054 sayılı Kanun'da teşebbüs tanımı yapılırken ekonomik bütünlük ilkesi benimsenmiştir. Bu kapsamda, yapılan değerlendirmelerde bir tüzel kişilik tek başına değil, bağlı olduğu diğer tüzel kişilik veya kişiliklerle birlikte ele alınmaktadır. Diğer hukuk dalları açısından bağımsız olarak nitelendirilebilmesine rağmen, rekabet hukuku bakımından stratejik kararlarında bağımsız olmayan ekonomik birim, söz konusu kararları üzerinde kontrol sahibi olan kişi veya şirketlerle birlikte tek bir ekonomik bütünlük olarak kabul edilmektedir. Diğer bir deyişle Kanun, açıkça iktisadi faaliyette bulunan bir birimin teşebbüs olarak nitelendirilebilmesi için, bağımsız karar verebilmesi ve ekonomik olarak bir bütün oluşturması koşullarını aramaktadır. Bu nedenle bağımsız karar veremeyen birimlerin, ayrı hukuki kişilikleri olmasına rağmen kararlarını hangi teşebbüsün yönlendirmesi veya kontrolü doğrultusunda veriyorsa, bu teşebbüsle ekonomik bütünlük oluşturması ve rekabet hukuku bakımından bu ana teşebbüsle birlikte tek bir teşebbüs olarak değerlendirilmesi beklenmektedir. Buna

¹⁴Kaynak: https://www.ticareticil.gov.tr/tmp_gazete/3873ed9d-bf30-11e9-bcf4-54171cd56113.pdf (Erişim Tarihi: 11.09.2021).

göre, teşebbüs kavramı bakımından, iktisadi varlığın hukuki yapısının yanında, iktisadi kontrolü ve ekonomik olarak bir bütün teşkil edip etmediği hususları da önem arz etmektedir. Dolayısıyla, farklı hukuki yapılar altında faaliyet gösterebilecekler bile, bir iktisadi varlığın çeşitli bölümleri tek bir teşebbüs olarak kabul edilebilmektedir¹⁵. Bu bağlamda etkin bir değerlendirme yapılabilmesi amacıyla TRANSORIENT ve TUNASET'in güncel hissedarlık yapısına aşağıdaki tabloda yer verilmektedir.

Tablo-4:TRANSORIENT ve TUNASET Güncel Hissedarlık Yapısı

| TRANSORIENT | | TUNASET | |
|-------------|-----------------|-------------|-----------------|
| Hissedar | Hisse Oranı (%) | Hissedar | Hisse Oranı (%) |
| (.....) | (.....) | TRANSORIENT | (.....) |
| (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |
| Toplam | 100 | Toplam | 100 |

Kaynak: Cevabi Yazı

- (29) Yukarıdaki tabloda da yer verildiği üzere; TRANSORIENT, TUNASET'in paylarının (.....)'una sahip olup teşebbüs üzerinde doğrudan kontrol hakkına sahiptir. Diğer bir deyişle TUNASET, TRANSORIENT'in bir alt kuruluşu olarak TRANSORIENT ile aynı ekonomik bütünlük içerisinde faaliyet gösteren bir şirkettir. Buradan hareketle, anılan şirketler, dosya kapsamında yapılacak değerlendirmelerde tek bir teşebbüs olarak ele alınacak ve "TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü" olarak ifade edilecektir.

I.2. Sektöre İlişkin Bilgiler

- (30) Sağlık lojistiği, tüm işlemleri T.C. Sağlık Bakanlığı'nın gözetimi altında belirli kural ve prosedürler eşliğinde yapılan, aşı, ilaç, klinik deney materyalleri gibi sağlığa ilişkin zamana ve ısıya duyarlı tıbbi ürünler ile sıcaklık hassasiyeti gerektirmeyen tıbbi cihaz, bebek mamaları, gıda takviyeleri, kozmetikler, medikal malzemeler gibi diğer sağlık ürünlerinin depolanması, yurt içi ve yurt dışında taşınması vb. hizmetleri ifade eden taşımacılık faaliyetidir. Hastane lojistiği olarak da adlandırılan bu lojistik türünde, ham maddenin ithalatından, ürünün üretimi, depolanması, dağıtımı, paketlenmesi ve son kontrol işlemlerine kadar tüm süreç denetlenerek takip edilmektedir. Ürünlerin depolanacağı alanların hijyen kurallarına uygun olması, gerekli ısı ve nem derecelerine dikkat edilmesi, hava ile temasının asgariye indirilmesi, haşere kontrollerinin düzenli yapılması ve denetim unsurlarının en üst düzeyde takip edilmesi, sağlık lojistiğinin olmazsa olmazlarını oluşturmaktadır¹⁶.
- (31) Sağlık lojistiğinde genel lojistik faaliyetlerinden farklı olarak, genel nitelikte kargo taşımacılığı yapılmamakta, insan ve hayvan sağlığına yönelik her türlü ürün taşımacılığı gerçekleştirilmektedir. Bu bağlamda, taşınan ürünlerin niteliği bakımından sağlık lojistiği, genel lojistik faaliyetlerine nazaran daha özel bir alan teşkil etmektedir. Bununla birlikte sağlık lojistiği kapsamında taşınan ürünlerin çoğu "oda sıcaklığı" olarak kabul edilen sıcaklık düzeyinde alıcısına ulaştırılabilirken, bazı sağlık ürünleri ise "sıcaklık kontrollü" depolama ve dağıtım gerektirmektedir. Bu kapsamda, klinik araştırmalar ile ticari ilaçlar başta olmak üzere; zaman ve ısı hassasiyeti olan ve hayati önem taşıyan aşuların, ilaçların, biyolojik örneklerin ve medikal ekipmanların taşınması hizmetini kapsayan bir taşımacılık faaliyeti olan biyofarma lojistiği, sağlık lojistiğinin özel bir alanını oluşturmaktadır.
- (32) Biyofarma terminolojisi, ülkemizde "biyofarma" kavramını kullanan firmaların faaliyet alanları ile sınırlı olmamakla birlikte küresel çapta yaşam bilimlerine dair birçok farklı

¹⁵Kaynak: <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Yayinlar/rekabet-terimleri-sozlugu/terimler-listesi?icerik=617e8376-d138-4997-82d9-7571f5b3a790> (Erişim Tarihi:26.08.2021).

¹⁶Kaynak: <http://www.lojistikdunyasi.net/saglik-lojistigine-genel-bir-bakis.html> (Erişim Tarihi: 20.09.2021).

alanda sunulan hizmetlerin bütünü oluşturulmaktadır. Biyofarma lojistiği ise, yaşam bilimleri alanında kullanılan; ham madde, medikal ekipman, ambalaj malzemeleri, test kitleri, transfer amaçlı doku/kan/organ, analiz numuneleri, laboratuvar ekipmanları, depolama, saklama materyalleri ve ticari/ticari olmayan biyoteknolojik ilaçlar, ruhsatlı ilaçlar, erken erişim ilaçları, klinik araştırma ilaçları vb. tüm ilaç grubunun üretildiği ve/veya depolandığı noktadan; kullanılması ya da saklanması planlanan hastane, depo, laboratuvar ya da doğrudan hasta evine kadar ulaştırılması süreçlerini kapsayan; zaman ve ısı hassasiyeti yüksek, her aşamasında kontrol gerektiren ve taşıma, depolama, dağıtım ile diğer katma değerli hizmetler bütünü olan tedarik zincirinin tamamını ifade etmektedir.

- (33) Biyofarma lojistiğinde doku, organ, kan, tıbbi ekipman gibi hassas ürünlerin taşınması sebebiyle, taşınan ürünün niteliğinden kaynaklı olarak bazı özel koşulların sağlanmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Genel anlamda biyofarma lojistik hizmeti sunabilmek için gereken nitelikler; ekipman, araç ve depo ihtiyaçları, yetkin personel istihdamı, kalite yönetim sisteminin kurgulanması olarak sıralanabilecektir. Biyofarma lojistiği ile taşınan ürünlerin ısı ve zaman hassasiyetine sahip olması sebebiyle, taşıma esnasında, kuru buz, ısı kayıt cihazı, taşıma konteyneri gibi donanımlı ekipmanlar gerekmekte; bunun yanında, ilaçların içerdiği ham maddenin niteliğine göre de taşıma için yapılan organizasyonlar üreticinin talebi doğrultusunda değişiklik gösterebilmektedir. Ek olarak, ülkemizde ısı kontrollü araç ve depolama hususunda uluslararası standartlarda hizmet sunabilen lojistik firmalarının, biyofarma lojistiği alanında da hizmet sunabilmesi için yüksek yatırım maliyetini karşılaması; teknik bilgi, uzmanlık ve altyapı vb. donanımlara sahip olması önem arz etmektedir. Belirtilen hizmetin sunulabilmesi için termal paketleme sistemlerinin ilaç taşıma niteliğine sahip olması ve bunun için de işin niteliğine uygun dondurucular, dolaplar ve soğuk odalar bulunması gerekmektedir. Bu kapsamda, uluslararası taşımacılık bakımından taşınan ilaçların araç içi sıcaklığının soğuk zincir ilaçlar için 2-8°C; soğuk zincir dışında kalan ilaçlar için ise 15-25°C olması beklenmektedir. Kullanılan ekipmanların ise kalite standartları gereğince düzenli olarak denetlenmesi, her türlü teknik bakımlarının zamanında yapılması ve tüm süreçlerin raporlanması gerekmektedir. Bahsi geçen sebeplerden ötürü uluslararası düzeyde biyofarma lojistik hizmeti sunan teşebbüsler, bu alanda gerekli uzmanlığa, teknik bilgi ve altyapıya sahip sektörde güvenilirlik kazanmış firmaları satın alarak büyümeyi tercih etmektedir¹⁷.

- (34) Biyofarma lojistiği, başta taşınan ürünün niteliği olmak üzere, *know-how*, uzmanlık, yatırım maliyeti, depolama ve taşıma operasyonları için belli yönetmelik ve kılavuzlara tabi olunması¹⁸, taşımacılıkta kullanılan ekipmanların ısı ve zaman hassasiyetine uygunluğu vb. unsurlar bakımından sağlık lojistiği faaliyetlerinden ayrılmakta; genel lojistik sektörünün ise küçük bir kısmını oluşturulmaktadır. Biyofarma lojistiği sektöründe; zaman içerisinde elde edilen *know-how*, teknik bilgi, tecrübe ve bilgi birikimi gibi faktörler ise teşebbüslerin pazardaki mevcudiyetini ve pazar payını koruması açısından oldukça önemli bir rol oynamaktadır. Dolayısıyla, sektördeki pozisyonunu

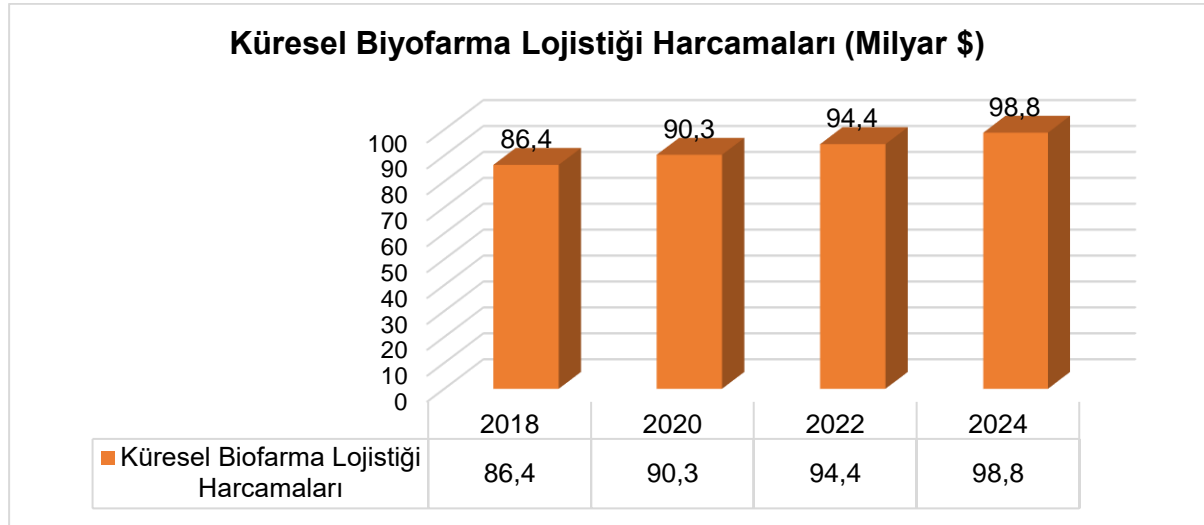
¹⁷ Dosya kapsamında edinilen bilgilerden, WORLD COURIER'ın AmerisourceBergen firmasına satıldığı, TNT Express ile FEDEX'in birleştiği, UPS'in MARKEN'i, Airliquide Group bünyesindeki Cryo International S.A'nın PDP'yi, Kuehne+Nagel International AG'nin (KUEHNE+NAGEL) ise QUICK'i satın aldığı; ayrıca MARKEN ve WORLD COURIER firmalarının buldukları ülkede bu alanda uzman olan Avrupa'daki birçok yerel firmayı satın alarak kendi bünyesine kattığı anlaşılmıştır.

¹⁸ Her ülkenin sağlık bakanlığı veya benzer kurumları kendi yönetmeliklerini yayımlamaktadır. Küresel çapta düzenleyici çerçevelerin başında ise Avrupa Birliği tarafından yayımlanan İyi Dağıtım Uygulamaları gelmektedir. Ülkemizde ise biyofarma lojistiği kapsamında insan sağlığına ilişkin ilaçların taşınması T.C. Sağlık Bakanlığı'nın; hayvan sağlığına ilişkin ilaçların taşınması ise T.C. Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı'nın yayımladığı yönetmelik ve kılavuzlarla düzenlenmektedir.

muhafaza etmek ve sektörde kalıcı faaliyet göstermek isteyen teşebbüsler, bu doğrultuda çeşitli politikalar geliştirmekte ve uygulamaya koymaktadır.

- (35) Yukarıda kapsamlı bir şekilde açıklandığı üzere; biyofarma lojistiğinin temel konusunu; ısı ve zaman hassasiyeti olan tıbbi ve biyolojik kökenli maddeler ile klinik araştırmalar oluşturmaktadır. Klinik deney lojistiği olarak da adlandırılan klinik araştırma lojistiği ise, henüz ruhsatlanmamış, bir diğer ifadeyle seri üretime başlanmamış ve satışa çıkmamış, etkinliği tespit edilmek üzere T.C. Sağlık Bakanlığı ve ilgili etik kurulların denetim ve gözetiminde, sadece ilgili klinik araştırmalara kayıtlı hastanelere/hastalara ulaştırılması gereken her türlü ekipman, ilaç, test kitleri ve yine klinik araştırma çalışmaları kapsamında uygulanan tedavinin etkinliğini tespit etmek amacıyla tedavi uygulanan hastalardan alınan tüm biyolojik numuneler vb. ürünlerin uluslararası ve ulusal kapsamda taşınması, depolanması, paketlenmesi, dağıtılması ve bu alanda verilen hizmetler bütünüdür. Bu bağlamda klinik araştırma lojistiği, biyofarma lojistiğinin kapsamına giren bir alt hizmet türü olarak görülmekte olup biyofarma lojistik hizmetinin yalnızca belli bir bölümünü oluşturmaktadır. Dolayısıyla biyofarma lojistiği alanında faaliyet gösteren teşebbüsler, bir alt hizmet türü olarak klinik araştırmalar lojistiği hizmeti de sunmaktadırlar.
- (36) Klinik araştırma alanında hizmet alan teşebbüsler ağırlıklı olarak küresel ilaç şirketlerinden oluşmaktadır. Bu şirketler, üretim piyasaya sürmeyi planladıkları her bir ilaç grubu için klinik araştırma çalışması yürütmektedir. Bu doğrultuda klinik araştırma aşamalarını başarı ile tamamlamayıp etkinliği kanıtlanmayan ve uluslararası otoritelerce onaylanmayan hiçbir ilaç piyasaya sürülememektedir. Söz konusu ilaçlar piyasaya sürülmeden önce çok uzun aşamalardan geçmekte, her bir aşama için ise farklı lojistik ihtiyaçlar söz konusu olmaktadır. AR-GE sentezlemeleri ile başlayan süreçte; ham maddenin taşınması, sentezlenmiş laboratuvar örneklerinin ilaç firmalarının anlaşmalı laboratuvarlarına gönderilmesi için ısı kontrollü paket temini ve taşınması gibi farklı lojistik ihtiyaçlar gündeme gelmektedir. Tüm bu lojistik ihtiyaçlar da klinik araştırma lojistiğinin kapsamını oluşturmaktadır. Klinik araştırma ürünleri; hassas sıcaklıkta saklama ve dağıtım gerektiren, sınırlı sayıda üretilen deney ilaçları olup sıcaklık zincirinin kırılmaması adına özel yalıtımlı kutularda ve sıcaklık takip cihazları ile tüm yolculuk süresince izlemeyi gerektirmektedir. Bahse konu ilaçların hastanelerde sadece ilacı almaya yetkili kişilere teslim edilmesi ve teslim belgelerinin eksiksiz olarak doldurulması, klinik araştırma destekleyicisi olan firmaya zamanında ve eksiksiz olarak iletilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, bu konuda ciddi eğitim verilen personeller sahada hizmet vermekte, tüm süreçler ise takip edilmektedir.

Grafik-1: 2018-2024 Yılı Tahmini Küresel Biyofarma Lojistiği Harcamaları



- (37) Grafik-1'deki Biopharma Cold Chain 2020 SourceBook'un çalışmasında, küresel biyofarma lojistiği harcamalarının 2018 yılında 86,4 milyar ABD doları ve 2020'de 90,3 milyar ABD doları olduğu ortaya konulmakta; biyofarma lojistiğine yapılan harcamaların 2022'de 94,4 milyar ABD doları seviyelerine, 2024'te ise 98,8 milyar ABD doları seviyelerine ulaşacağı tahmin edilmektedir. The Business Research Company'nin verilerine göre ise, ilgili pazarın 2025'e kadar yaklaşık 103 milyar dolar ve 2030'a kadar yaklaşık 130 milyar dolar büyüklüğe ulaşacağı beklenmektedir¹⁹. Öte yandan, küresel biyofarma soğuk zincir lojistik pazarının 2019 yılında 15,6 milyar ABD doları değerinde olduğu; söz konusu pazarın 2020-2027 yılları arasında %7,1'lik büyüme oranı ile büyümesinin beklendiği de ifade edilmektedir²⁰.

Grafik-2: Küresel Klinik Araştırmalar Lojistiği Harcamaları



- (38) İlgili çalışmada ayrıca, küresel klinik araştırmalar lojistiği harcamalarının 2018 yılında 3,5 milyar ABD doları ve 2020 yılında 3,8 milyar ABD doları seviyelerinde gerçekleştiği;

¹⁹Kaynak: <https://www.thebusinessresearchcompany.com/report/pharmaceutical-drugs-and-biologics-logistics-market> (Erişim Tarihi: 12.10.2021).

²⁰Kaynak: <https://www.polarismarketresearch.com/industry-analysis/biopharma-cold-chain-logistics-market> (Erişim Tarihi: 13.10.2021).

2022 yılında 4 milyar ABD doları olacağı tahmin edilen harcamaların ise, 2024 yılına kadar %0,05 artarak 4.2 milyar ABD doları seviyelerine ulaşacağı görülmektedir.

- (39) Klinik araştırma lojistiğini de kapsayan biyofarma lojistiği alanında faaliyet gösteren teşebbüsler; ilaç sektörüne Avrupa, Amerika ve Türkiye dâhil olmak üzere dünya üzerinde pek çok ülkede yayımlanmış ve benimsenmiş olan İyi Dağıtım Uygulamaları (*Good Distribution Practice-GDP*)²¹ kılavuzlarında belirtilen standartlar çerçevesinde hizmet vermektedir. Sektörde faaliyet gösteren teşebbüslerin güçlü tedarik zincirlerine sahip olması, nakliye ve depolama için ileri teknolojiler sunması, dış ticarete ithalat ve ihracat hacimlerinin yüksek olması nedeniyle uluslararası alanda pazara Kuzey Amerika ve Avrupa hâkimdir. Bu bağlamda bulut tabanlı tedarik zinciri çözümleri ve güvenli tedarik zinciri hizmetleri sunan Deutsche Post AG, KUEHNE+NAGEL, DB Schenker AG, FedEx Global Logistics Inc., DSV A/S sektörde önde gelen oyunculardır. Dünya çapında faaliyet gösteren diğer oyuncular ise Nippon Express Co. Ltd., World Courier Group Inc., SF Express Co. Ltd., AmeriCold Logistics LLC, Kerry Logistics Network Limited ve CH Robinson Worldwide Inc.'dir²².
- (40) Öte yandan, Türkiye'de faaliyet gösterdiği bilinen oyuncular arasında BIOPHARMA, TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü, TUNASET GÜMRÜK, HOROZ BOLLORE, EKOL, NHL, MENE, TEZTRANS, GENEL TRANSPORT, ZET FARMA, WORLD COURIER gibi teşebbüsler yer almaktadır. Piyasada faaliyet gösteren yerel oyuncu sayısı bakımından, pazarın oligopol bir yapıya sahip olduğunu söylemek mümkündür.

I.3. İlgili Pazar

- (41) Dosya konusu soruşturmanın tarafı olan teşebbüsler; sağlık sektörüne yönelik ilaçlar, hücreler, gen terapileri, kan ve doku örnekleri, organlar, aşılar ve biyolojik örnekler gibi ısı ve zaman hassasiyeti gerektiren ürünler ile klinik deney materyallerinin lojistiği alanında faaliyet göstermektedir. Bu kapsamda inceleme tarafı teşebbüslerce lojistiği sağlanan ürünler; biyofarma olarak da adlandırılan tıbbi ve biyolojik kökenli madde ve örnekler ile klinik araştırma lojistiği kapsamında sıcaklık kontrollü olarak taşınan her türlü ekipman, ilaç ve test kitlerinden oluşmaktadır.
- (42) Biyofarma lojistiğinde bazı farmasötik ürünlerin yanı sıra kan, hücre kaynaklı tedavi edici ürünler ve klinik deney materyalleri, menşe yerinden kullanım yerine taşınırken yakın gözetim ve hassas bir planlama gerektirmektedir. Bu kapsamda, sektörde faaliyet gösteren rakip teşebbüsler ile paylaşımına konu müşteriler tarafından da ifade edildiği üzere, biyofarma lojistiği alanında faaliyet gösterecek teşebbüslerin yüksek yatırım maliyetlerine katlanmanın yanında, depolama ve taşıma operasyonları için belli yönetmelik ve kılavuzlarda öngörülen şartları karşılaması ve biyofarma lojistiğinin her birimindeki çalışanların teknik bilgiye, uzmanlığa ve tecrübeye sahip olması gerekmektedir. Biyofarma lojistiğinin üst düzeyde hassasiyet gerektiren, her aşamasının operasyon prosedürlerince (*Standard Operating Procedures*) belirlenen

²¹ İyi dağıtım uygulaması (GDP), tedarik zinciri boyunca ilaçların kalitesinin ve bütünlüğünün korunmasını sağlamak için dağıtıcının karşılaması gereken minimum standartları ifade etmektedir. GDP ile tedarik zincirindeki ilaçlara Avrupa Birliği mevzuatına göre izin verilmekte, ilaçlar, nakliye de dâhil olmak üzere uygun koşullarda saklanmakta, diğer ürünlere bulaşması önlenmekte, ürünler yeterli miktarda ve zamanında taşınmaktadır (Kaynak: <https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/post-authorisation/compliance/good-distribution-practice>, Erişim Tarihi: 03.09.2021).

²² Kaynak: <https://www.mordorintelligence.com/industry-reports/global-biopharma-logistics-market>; [https://www.researchandmarkets.com/reports/5332804/bio-pharma-logistics-market-growth-trends?utm_source=GNOM&utm_medium=PressRelease&utm_code=9nqgsp&utm_campaign=1547373+-+Global+Bio-Pharma+Logistics+Market+\(2021+to+2026\)+-+Growth%2c+Trends%2c+COVID-19+Impact+and+Forecasts&utm_exec=jamu273prd](https://www.researchandmarkets.com/reports/5332804/bio-pharma-logistics-market-growth-trends?utm_source=GNOM&utm_medium=PressRelease&utm_code=9nqgsp&utm_campaign=1547373+-+Global+Bio-Pharma+Logistics+Market+(2021+to+2026)+-+Growth%2c+Trends%2c+COVID-19+Impact+and+Forecasts&utm_exec=jamu273prd) (Erişim Tarihi: 2.10.2021).

şekilde kontrol listeleri ile kontrol edilerek yüksek kalite standartlarına uygun şekilde planlanması ve hem sıcaklık kontrollü hem de en hızlı şekilde taşıma organizasyonu gerektiren bir alan olması hasebiyle biyofarma lojistiği adı altında verilen hizmetlerin diğer lojistik faaliyetlerden belirgin şekilde ayrıldığı görülmektedir.

- (43) “Sektöre İlişkin Bilgiler” başlığı altında da ifade olunduğu üzere, biyofarma lojistiği alanında faaliyet gösteren teşebbüslerin sunduğu hizmetin bir ayağını da klinik araştırma lojistiği hizmetleri oluşturmaktadır. Yukarıda da izah olunduğu üzere klinik araştırma lojistiği, biyofarma lojistiğinin kapsamına girmekte ve yalnızca belli bir bölümünü oluşturmaktadır.
- (44) Potansiyel ilaçların, tıbbi cihazların, diğer tanı/tedavi ürün ve yöntemlerinin kamunun kullanımına sunulması için bu ürün/yöntemlerin güvenliğinin ve etkinliğinin bir dizi araştırma ile ispatlanması gerekmektedir. Bu noktada klinik araştırma devreye girmekte, insan kullanımına yönelik ilaçların, cihazların, teşhis ürünlerinin ve tedavi rejimlerinin güvenliğinin ve etkinliğinin belirlenmesinde rol oynamaktadır. Söz konusu araştırma faaliyetlerinde klinik araştırma lojistiğinin önemi ise araştırma kapsamında kullanılacak olan ilaç ve ekipmanların zamanında ve seçilmiş doğru yöntemlerle ulaştırılması noktasında kendini göstermektedir. Dolayısıyla biyofarma lojistiği hizmeti sunan firmalar, klinik araştırmaların sağlıklı bir şekilde gerçekleştirilebilmesi noktasında da önemli bir rol oynamaktadır.
- (45) Bahsi geçen hizmetler; uzmanlık, teknik bilgi ve ciddi bir yatırım gerektirdiğinden ve bu alanda faaliyet gösterecek girişimciler için önemli bir maliyet kalemi teşkil edeceğinden piyasaya girişin önünde bir engel olarak görülmektedir. Dolayısıyla farklı bir taşımacılık faaliyetinden dosya konusunu oluşturan biyofarma lojistiğine geçişte kayda değer bir ek maliyete katlanmak gerekeceğinden, söz konusu faaliyetin genel lojistik hizmeti sunan tüm teşebbüsler tarafından yürütülmesi mümkün olmayacaktır. Keza biyofarma lojistiği alanında faaliyet gösteren teşebbüs sayısının azlığı ve bu teşebbüslerin büyük çoğunluğunun yalnızca biyofarma taşımacılığı alanında uzmanlaşarak faaliyet gösteriyor olması bu durumu destekler niteliktedir.
- (46) Yukarıda ifade olunan hususlar çerçevesinde, biyofarma taşımacılık hizmetlerinin diğer lojistik faaliyetlerinden belirgin şekilde ayrışması nedeniyle ilgili ürün pazarı “*biyofarma lojistiği*” olarak tespit edilmiştir.
- (47) Coğrafi pazar, teşebbüslerin mal ve hizmetlerinin arz ve talebi konusunda faaliyet gösterdikleri, rekabet koşullarının yeterli derecede homojen ve özellikle rekabet koşulları komşu bölgelerden hissedilir derecede farklı olduğu için bu bölgelerden kolayca ayrılabilen bölgelerdir. Daha önceki bölümlerde de ifade edildiği üzere, biyofarma taşımacılığında ısı ve zaman hassasiyeti büyük önem arz etmesine rağmen, lojistiği yapılan ilaçlar ile diğer biyolojik kökenli maddelerin taşınması esnasında uygun koşulların sağlanması ve gerekli tedbirlerin alınması halinde Türkiye’nin her yerine taşımacılık yapılmasının önünde bir engel olmadığı görülmektedir. Sektörde faaliyet gösteren teşebbüslerin faaliyetleri incelendiğinde, hemen hepsinin herhangi bir bölge ya da lokasyon üzerinde yoğunlaşmadan Türkiye genelinde hizmet verdiği görülmektedir. Dosya kapsamında incelenen teşebbüsler tarafından başvuruya konu anlaşmalarla paylaşılan müşterilere sunulan hizmetler de belirli bir bölgeyle sınırlı kalmamakta, Türkiye genelini kapsamaktadır.
- (48) Bu kapsamda, dosya konusu lojistik firmalarının tüm Türkiye’de faaliyet gösterebilmesi ve sunulan hizmetin bir il ya da bölgeyle sınırlı olmaması, soruşturma konusu anlaşmalarla paylaşılan müşterilere sunulan hizmetlerin Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde başlayan ve yurt dışında son bulan veya yurt dışında başlayıp Türkiye’de

son bulan hizmetler olması sebebiyle ilgili coğrafi pazar "Türkiye" olarak tespit edilmiştir.

I.4. Yerinde İncelemelerde Elde Edilen Bilgi ve Belgeler

I.4.1 TRANSORIENT'ten Elde Edilen Bilgi ve Belgeler

I.4.1.1. Teşebbüsten Elde Edilen Fiziki Belgeler

- (49) Mevcut dosyanın konusunu yukarıda da ifade edildiği üzere, incelemeye konu teşebbüsler arasında müşteri paylaşımına yönelik sözleşmeler akdedilmesi, paylaşılan müşterilere yönelik süresiz ve tarafları cezai müeyyideler aracılığı ile bağlayıcı rekabet etmeme yükümlülüğü tesis edilmesi iddiaları oluşturmaktadır. Bu kapsamda, BIOPHARMA ve TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü arasında 14.12.2016 ve 23.12.2016 tarihlerinde akdedildiği iddia edilen iki sözleşmeye TRANSORIENT'te yapılan yerinde incelemede ulaşılmıştır.
- (50) **Bulgu-1:** TRANSORIENT'te yapılan incelemede elde edilen ve 23.12.2016 tarihinde TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü ve BIOPHARMA yetkilileri arasında TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü yetkilisi (.....) lehine akdedildiği anlaşılan müşteri paylaşımı sözleşmesinin²³ içeriğine aşağıda yer verilmektedir:

"Bu sözleşme Transorient AŞ-Tunaset A.Ş ve (.....) ve kuracağı Şirket olan Bio Pharma Logistics AŞ arasında yapılmıştır 14.12.2016 tarihinde yapılmıştır.

(.....)'ın 2004 yılından 31.12.2016 tarihleri arasında görev yaptığı, Transorient LTD.ve Transorient A.Ş firmalarında ve daha sonra danışmanlık yaptığı Tunaset Biofarma Logistik A.Ş firmaları ile çalışmaya başlayan, aralarında fatura kesilen, sözleşme olan ve olmayan ve hali hazırda bu firmalar ile iş ilişkileri süren aşağıda adı geçen müşteriler ve acentalara ilişkin yapılan taahhüt anlaşmasıdır.

Aşağıda listesi olan Firmalar Transorient ve veya Tunaset in Bio farma servisinin çalıştığı firmalardır.

Transorient AŞ ve Tunaset AŞ ye ait olan aşağıda adresleri belirtilen müşteri ve acenta isimleri ve bu şirketlere ait şubeler, liason ofisler, acentaları ve her türlü iş bağlantısı olan yerlerden Transorient AS ve Tunaset A.S anlaşması devam ettiği sürece; (.....) olarak

- Bu firmalara ait ticari bilgileri hiç bir firma ve üçüncü şahıslar ile paylaşmayacağımı; Transorient de çalışırken edindiğim bilgileri saklı tutacağımı, Transorient veya Tunaset e ait evrakları, formları, fiyatları başka bir yerde kullanmayacağımı. Gizlilik faktörüne uyacağımı.

- Bu firmalara başka bir firma üstünden (benim veya çalıştığım) kontak kurmayacağımı, teklif vermeyeceğimi,

- Bu firmaları kendi kuracağım ve-veya görev yapmaya başlayacağım başka bir firmaya götürmeyeceğimi, onlar kontak kurar ise cevap vermeyeceğimi ve gelen soru ve talepleri derhal. Transorient e iletceğimi

Beyan, Taahhüt ve Kabul ederim.

Aksi bir davranışta Transorient Uluslararası Taşımacılık ve Ticaret şirketine Bu şirketleri 2016 da planlanan Brüt kar olan (.....).- ödeyeceğimi, bu tutar yüksek olsa

²³ Sözleşme BIOPHARMA yetkilisi (.....) ile TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü yetkilileri (.....), (.....) ve (.....) tarafından imzalanmıştır.

da bu iş ve prestij kaybı yüzünden yüksek olan bu tutarı ödemeyi hiç bir zorlama ve dayatma olmadan şahit önünde Kabul ettiğimi beyan ve Taahhüt ederim.

Firma İsimleri:

(.....)

(.....)

(.....)

(.....)

(.....)

(.....)

(.....)”

- (51) **Bulgu-2:** Yukarıdaki sözleşmeyi tamamlar nitelikte, 14.12.2016 tarihinde TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü ve BIOPHARMA yetkilileri arasında BIOPHARMA yetkilisi (.....) lehine akdedildiği anlaşılan bir diğer müşteri paylaşımı sözleşmesinin²⁴ içeriğine aşağıda yer verilmektedir:

“(.....), Transorient AŞ ve Tunaset AŞ

Aşağıda adları ve adresleri belirtilen müşteri ve acenteler ile ve bu şirketlere ait şubeler, liason ofisler, acentaları ve her türlü iş bağlantısı olan yerler ile (.....) a ait X firmasının iş anlaşması devam ettiği müddetçe Transorient AŞ ve Tunaset A.Ş veya başka bir firma üstünden (benim veya çalıştığım) kontak kurmayacağımı, teklif vermeyeceğimi, bu firmalar benimle kontak kurar ise cevap vermeyeceğimi ve gelen soru ve talepleri derhal (.....) a ileticeğimi beyan ve taahhüt ederim.

- (.....)
- (.....)
- (.....)
- (.....)

İKİNCİ ANLAŞMA İÇ NAKLIYE;

• Transorient AŞ ve Tunaset AS olarak (.....) a ait Biopharma logistic firmasının yürüttüğü aşağıda ismi olan firmaların ısı kontrollü ilaç vb ürünlerin Türkiye içerisindeki lokal taşıma ve dağıtım işleri ile ilgili ilaç firmaları, Klinik Araştırma firmaları, Hastaneler, Laboratuvarlar, Klinikler vb firmalara yönelik lokal iç nakliye servisi vermeyeceğimi, bu alanda iş yapmak ile ilgili girişimlerde bulunmayacağımı, aşağıda listelenen firmalar veya belirtilmeyen firmalar ile lokal iç nakliye hakkında iletişim kurmayacağımı ve bu alandaki teklif vermeyeceğimi, firmalardan gelen hizmet taleplerine yanıt vermeyerek (.....) a yönlendireceğimi Kabul ve beyan ederim.

- **Özel Şartlar**

- **TRANSORIENT İN HALİ HAZIRDA YAPTIĞI TAŞIMA İŞLERİ Örnek**

(.....)

- Transorient AŞ var ise veya hali hazırda yaptığı iç ve dış nakliye işleri, Yurtdışından gelen ve giden bir işin devamı olan işleri, ihracat ve ithalat işlerindeki

²⁴ Anılan sözleşme (.....), (.....) ve (.....) tarafından imzalanmıştır.

iç nakliyeleri, yurtdışında yerleşik firmalardan, Transorient AŞ ve Tunaset AŞ acentalarından kontratlı gelen iç nakliye taşımaları, (örnek (.....)) bu yönde bir hizmet talebi gelmesi halinde, yukarıda adı geçen veya geçmeyen bir firma bile olsa, yukarıda yazılı olan kısıtlamalar ortadan kalkar. Transorient / Tunaset direk kendine gelen iç nakliye tekliflerine ((.....)'ın çalıştığı belirtilen firmalar dışında) iç nakliye Teklifi verebilir. Söz konusu teklifte hizmeti verebiliyorsa (.....)'tan alır

Transorient/Tunaset veya 3ncü bir firma ile bu işleri cezai bir sorumluluk olmadan serbest olarak yapabileceği kararı ortak olarak alınmış ve anlaşılmıştır.

• *Uygun bir teklif verir ise yapacağı iç nakliye hizmetinde (.....), ile birlikte çalışmak zorunluluğu olmasa'da teklif alacağımı beyan ederim.*

Yukarıda anlaşılan şartların dışında aksi bir davranışta (.....) a ait X şirketine bu işlerden 2016 da planlanan Brüt kar olan €(.....).- ödeyeceğimi, bu tutar yüksek olsa da bu iş ve prestij kaybı yüzünden yüksek olan bu tutarı ödemeyi hiç bir zorlama ve dayatma olmadan şahit önünde kabul ettiğimi beyan ve taahhüt ederim.

(.....)

(.....)

(.....)

(.....)

(.....)

(.....)

(.....)

(.....)

(.....)

(.....)

(.....)

İş bu anlaşma 2 sayfadır.”

- (52) **Bulgu-3:** Teşebbüste yapılan fiziki incelemede yukarıda yer verilen sözleşmeleri destekler nitelikte el yazması bir not bulunmuş olup söz konusu belgede “İç nakliye + (.....)+ (.....) dışındaki”, “Aynı işi yapamayız... (iç nakliye)”, “tazminat” gibi ifadeler yer almakta, dolayısıyla ilgili belgenin akdedilen sözleşmelere yönelik taslak bir metin olduğu değerlendirilmektedir.

I.4.1.2. Teşebbüsten Elde Edilen E-posta Yazışmaları

- (53) Dosya kapsamında TRANSORIENT'te yapılan yerinde incelemede elde edilen yazışmalara aşağıda tarih sırasına göre yer verilmektedir.
- (54) **Bulgu-4:** Teşebbüste yapılan yerinde incelemede elde edilen, 16.05.2018 tarihinde TUNASET çalışanı (.....) tarafından BIOPHARMA yetkilisi (.....)'a gönderilen “(.....) YUKLEMESİ HAKKINDA” konulu iletide aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“Merhaba (.....) Bey,

Müşterimizin tarafımıza iletmiş olduğu ektteki emaile istinaden bu maili iletiyorum, sizin de çok iyi bildiğiniz gibi (.....) işleri bugüne kadar hiçbir zaman havalimanı teslim olarak gelmedi ve gelmiyor ve bu işler tamamen Tunaset Biofarma'nın kontrolü ve sorumluluğunda olan işlemler.

Aramızdaki anlaşma da esas alındığında ekte gönderdiğiniz email ile bu çerçevenin dışına çıktığınız çok açık bir şekilde gözüküyor. Müşterimiz size malzemenin (.....) ile geldiğini belirttiğinde vereceğiniz cevap hizmet vermeniz olmalı, olumsuz bir dönüş yapmak istemiyorsanız bile bize yönlendirmeniz yeterliydi.

Maili siz göndermemiş olsanız da sizin kontrolünüz dâhilinde yazıldığından eminim, yönlendirmeniz hatalı olmuş maalesef.

Bu hatalı yönlendirmenin doğrusunu firmaya iletip bizi de bilgilendirmenizi bekliyoruz.

Biz nasıl bize gelen iç nakliye taleplerine olumsuz dönüyorsak aynı durumu sizden de önemle bekliyoruz.

Merak ettiğim konu nakliye siz organize etseydiniz ve biz bu durumu sonradan öğrenseydik açıklamanız ne olacaktı? Bu lokalde başlayan bir iş değil ve size ait bir iş hiç değil...

Bundan sonra bu tarz bir konuda konuşmak durumunda olmayacağımızı umuyorum ve tüm ekibinizi konu ile ilgili uyarmanızı rica ediyorum.

Teşekkürler,”

- (55) Yukarıda yer verilen e-postaya cevaben (.....) tarafından (.....)'a iletilen şirket içi yazışmada aşağıdaki ifadeler geçmektedir:

“(.....)

Cok iyi yazmışın bunu avukat ile konuşmakta yarar var belki bir ihtar çekeriz ilerde de işimize yarar. ben gelince anlaşmayı atıp konuşalım kendileri ile. Tşk”

- (56) (.....) tarafından iletilen e-postaya istinaden TRANSORIENT kurucu ortağı (.....) tarafından 18.05.2018 tarihinde BIOPHARMA yetkilisi (.....)'a gönderilen “Re: TUNASET BIOPHARMA LOGISTICS SERVICES INCs UPDATED TARIFF FOR (.....)” konulu iletide ise aşağıdaki ifadelere yer verilmektedir:

“Merhabalar (.....),

Umarım çok iyisindir.

(.....)'nın aşağıdaki mailine cevabını göremedik.

Biz mi kaçırdık acaba?

Bize de iletirsen sevinirim,

Sevgiler,”

- (57) **Bulgu-5:** Teşebbüste yapılan incelemede TUNASET çalışanı (.....) ile (.....) ((.....)) yetkilisi (.....) arasında 21.05.2018-23.05.2018 tarihleri arasında yapılan yazışmanın içeriğinde aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

(.....):

“Merhaba (.....)²⁵

²⁵ “Hello (.....)

I am really sorry about last decision of (.....). I am working for (.....) 2 years with our team and do our best your operations.

Is it possible to send or advise difference of price with (.....), I want to check what can we do.

Please care about our business relations and share their offer.

(.....)'nın almış olduğu karar beni gerçekten çok üzdü. Ekibimle 2 yıldır (.....) için çalışıyoruz ve operasyonlarınız için elimizden gelenin en iyisini yapıyoruz.

(.....) ile fiyat farkını iletebilmeniz mümkün mü, ne yapabiliriz bir bakalım.

Lütfen iş ilişkimizin hatırına verdikleri teklifi bizimle paylaşın.

Saygılarımla”

(.....):

“Sevgili (.....)²⁶,

Bugün telefonda konuştuğumuz gibi, (.....)'un Tunaset Biopharma Logistics ile işbirliğini sona erdirme kararını bildirmek için yazıyorum.

Geçiş, haziran ortasına kadar tamamlanmalı (...). Karar Kasım 2017'de alındı, bu uzun bir süreç ve geri dönüşü yok.

Sorunsuz bir geçiş sağlamak için işbirliğinize güveniyor ve profesyonelliğiniz ve son iki yılda sağladığınız iyi hizmet kalitesi için size teşekkür etmek istiyorum.

Lütfen bana stokta kaç tane (.....) kutusu olduğunu bildirebilir misin?

Tekrar söylemem gerekirse, gelecekte ne olacağını asla bilemeyiz, yollarımız yeniden kesişebilir.

Saygılarımla,”

(.....):

“Sevgili (.....)²⁷,

Depoya danışacağım ve yarın sizi bilgilendireceğim.

Yönetimin kararını anlamaya çalışıyorum ama farkı bilmek istiyorum, asıl fark gümrüklemeden mi kaynaklanıyor? Hiçbir şeyi değiştiremem belki ama sadece aramızdaki bu büyük farkın ne olduğunu bilmek istiyorum.”

(.....):

“Teşekkürler (.....)²⁸,

Best Regards”

²⁶ Dear (.....),

As discussed over the phone earlier today I am writing to inform that (.....) group have decided to end collaboration with Tunaset Biopharma Logistics. The switch should be completed by mid-june (...)

Decision was taken in November 2017, this is a long process and there is no going back option. We count on your cooperation to ensure a smooth transition and want to thank you for your professionalism and the good level of service you have provided the past two years.

Please tell me how many (.....) boxes you have on stock?

Again, we never know what can happen in the future and it could be that we will cross paths gain.

Best regards,

²⁷ Dear (.....),

I will check with warehouse and will advise current stock on tomorrow and let you know...

I try to understand management's decision but I want to know difference, is the main difference on custom clearance? Pls I can not change anything your already said just want to know what is the this big difference between us.

²⁸ Thank you (.....),

Overall tariffs are more competitive than yours including pick ups/deliveries, import/export charges and also custom clearance.

You modified your rates not long ago but process to change vendor had already started end of last year. Please advise current stock of packaging whenever you can tomorrow.

Best regards,

Toplama / teslimatlar, ithalat / ihracat ücretleri ve ayrıca gümrük işlemleri dâhil olmak üzere genel tarifeleri sizinkinden daha rekabetçi.

Siz fiyatlarınızı değiştireli çok uzun zaman olmadı ancak sağlayıcı değiştirme süreci geçen yılın sonunda çoktan başlamıştı.

Lütfen yarın mümkün olan bir ara güncel ambalaj stoğunu bildirin.

Saygılarımla,

(.....)”

(.....):

“Teşekkürler (.....)²⁹,

Yarın size bildirmiş oluruz.

(...) Bugüne kadar neden hiç kimsenin fiyatlandırma sorununu bize bildirmediğini anlamıyorum. Eminim konuşursak bir çözüm bulabiliriz..

Bunun için gerçekten üzgünüm...(..)

(.....):

“Merhaba (.....)³⁰,

Mevcut stok detayları aşağıdaki gibidir. (...)

*Yeni ortağınızın kutuları tesisimizden ne zaman alacağını bana bildirebilir misiniz?
(...)*

Öğrendiğim andan beri kararınızı düşünüyorum, neden kimse bize bu konuda bir açıklamada bulunmadı, neden tüm süreç bu kadar gizli bir şekilde ilerliyordu anlamıyorum?

Lütfen son bir iyilik yapın ve kararın arkasındaki gerçek nedenin ne olduğunu benimle paylaşın.

Tüm bu güzel işlerden sonra gerçek nedenleri bilmeyi hak ettiğimize inanıyorum ...

Artık sizi bu konuda rahatsız etmek istemiyorum ama ekibimin adına bu cevaba ihtiyacım var.

Nazik yardımınız için teşekkürler (.....), sizinle daha çok çalışmak dileğiyle...”

(.....)

²⁹ *Thanks (.....),*

Will advise you on tomorrow. (...)

I do not understand why somebody did not advise us problem for pricing issue till today? I am sure if we talked it we can find a solution..

I am really sorry about that...(..)

³⁰ *Hello (.....),*

Current stock details is as below,(...)

Could you advise me date, when your new partner will take the boxes from our premises?

(...) I am thinking your decision since heard, I do not understand why nobody did advise us anything about it, why all process was going on so confidentially?

Please do a last favour and could you advise me what was the real reason behind of the decision, I believe after all of this good job we deserve to know real reasons...

I do not want to disturb you anymore about this issue but I need this answer to the name of my team.

Thanks for your kindly help (.....), wish to work with you more...

(.....):

“Merhaba (.....)³¹,

E-postan ve (.....) kutularının stokuyla ilgili olarak sağladığınız bilgiler için teşekkür ederiz. Yeni ortağımızın ne zaman geleceğini ve depo mallarının bir kısmını ne zaman alacağını kısa bir süre içinde bildireceğim.

Tekrar ifade etmem gerekirse değişikliğin arkasında 'gizli' bir neden bulunmamakta. Fiyatlandırma ana sebebi, ancak aynı zamanda işimiz için %100 bu işe kendini adanmış bir iş ortağıyla çalışmak stratejik bir karardır.

Bu süreçte sağladığınız destek için teşekkür ederiz.

Saygılarımla”

(.....):

“Merhaba (.....)³²,

Teşekkürler, talimatlarınızı bekliyorum.

Ancak sizleri bahsetmiş olduğunuz “stratejik karar” hakkında bilgilendirmek istiyorum.

(.....) hakkında almış olduğunuz bu işbirliği kararına rağmen, sadece sizin işinizi yapmayacaklar, ekli e-postalardan da görebileceğiniz üzere birçok şirketle aynı

³¹ “Hello(.....),

Thank you for your email and the information provided with regards to the stock of (.....) boxes. I will tell you shortly when our new partner will come and collect approx. half of the stock.

Again, there is no 'hidden' reason behind the switch. Pricing was the main reason but also it was a strategic decision to use a partner 100% dedicated to our business.

Thank you for your cooperation to make a smooth transition.

Best regards”

³² “Hello (.....),

Thanks will wait your instructions.

But I just want inform you about "strategic decision to use a partner 100% dedicated to our business." this decision for (.....), they will not do your business as dedicated, they are trying to work with lots of company as you can see attached emails (...) they decided to step in biopharma sector even if do have any experience, also they are a brokerage agent who handled pharmaceutical companies custom clearance so they are already in contact directly with all companies responsables in Turkey and abroad office.

This is really big play and I am really sorry to hear it very late, but will try to clarify for you maybe you can solve and prevent all future problems that you will have with them.

(.....) who was manager in Tunaset then left and decided to do own business. We made an agreement with him and divide business as domestics & international, (.....) has to do only domestics shipments but he aware of the our good relation with (.....) and decided to use (.....) name for getting the current business. But you can be sure (.....)'s company or (.....) will not handle only your shipments, (.....) is working with different forwarders also (.....) is trying to work (.....) and (.....) you can see their correspondences which is attached. (...)

(.....) is not IATA agent, do not have civil aviation licence, so they will handle your shipment with use different forwarder's stock so they will share all documents with them, you will face with risk about if this forwarder make an offer to your clients?

Also (.....) do not have an airport office, handling all shipments in a car and do not have CRT room, the person who have DGR & IATA certifications. I would love that (.....) has also visited to our premises when came for meet with (.....) & (.....) in our building. If she had came would see only your boxes in our warehouse...

I am sorry about this big play and unfortunately if the main issue was price I am sure if you advise us we can find a way also still we can do this.

Please check this situation with management again, I am not asking it totally not to lose our job, I am asking not to be a part of this game and be aware of the danger for your operations.

Will wait your answer.”

anda çalışıyorlar (...) herhangi bir tecrübeleri olmamasına rağmen biyofarma sektörüne adım atmaya karar verdiler, bu şirket aynı zamanda ilaç firmalarının gümrükleme işlemlerini yapan bir aracı kurum, bu nedenle Türkiye ve yurt dışı ofisindeki tüm şirket sorumluları ile zaten doğrudan temas halindedeler.

Bu gerçekten büyük bir oyun ve bunu bu kadar geç öğrendiğim için gerçekten üzgünüm, ancak size her şeyi açıklamaya çalışacağım, belki böylelikle onlarla yaşayacağınız tüm sorunları çözebilir ve önlem alabilirsiniz.

Tunaset'te yönetici olan (.....) şirketten ayrıldı ve kendi işini yapmaya karar verdi. Kendisiyle bir anlaşma yaptık ve işi yurtiçi ve yurtdışı olarak böldük, (.....) sadece yurtiçi sevkiyatları yapmak zorunda ama (.....) ile olan iyi ilişkimizin farkında ve mevcut işi almak için (.....) adını kullanmaya karar verdi. Ama emin olabilirsiniz ki (.....)'in şirketi veya (.....) sadece sizin gönderilerinizi idare etmeyecek, (.....) farklı sevkiyatçılarla çalışıyor ayrıca (.....) ve (.....) için çalışıyor, yazışmalarını ekte görebilirsiniz.(...)

(.....) IATA acentesi değil, sivil havacılık ruhsatına sahip değil, bu nedenle gönderinizi farklı nakliyecilerin depolarını kullanarak halledecekler, böylece tüm belgeleri onlarla paylaşacaklar, bu durumda nakliyecinin müşterilerinize teklif vermesi riskiyle karşı karşıya kalacaksınız?

Ayrıca (.....) tüm gönderileri bir arabada gerçekleştirmekte, teşebbüsün bir havalimanı ofisi ve DGR & IATA sertifikalarına sahip olan CRT odası bulunmamakta. (.....)'nin (.....) & (.....) ile görüşmek için geldiğinde tesislerimizi ziyaret etmesini çok isterim. Şayet gelmiş olsaydı, depomuzda sadece sizin kutularınız olduğunu görürdü ...

Bu büyük oyun için çok üzgünüm ve asıl mesele fiyatsa, bize tavsiyenizi iletirseniz, eminim yine de bir yol bulabiliriz. Lütfen bu durumu yönetimle tekrar gözden geçirin, bu oyunun bir parçası olmamanızı ve operasyonlarınız için tehlikenin farkında olmanızı rica ediyorum.

Cevabınızı bekleyeceğim."

(.....):

"(.....)³³,

Tüm açıklamalarını okudum. Karar 2017'de alındı ve artık geri dönüşü yok. Ancak gelecekte ne olacağını asla bilemeyiz, bu nedenle ileride şirketinizle çalışabiliriz, ancak şu an için değil.

Saygılarımla,

(.....)"

(.....):

"Merhaba (.....).

³³ "(.....),

I have read all your comments. Again, our decision was taken back in 2017 and there is no way back. However, we never know what can happen in the future therefore it could be that we start cooperation with your company in the future but not for the time being.

Best regards,

(.....)"

Yeni ortağımız, aşağıda yer alan dosya içerisinde kırmızıyla vurgulanan miktarı ayın 25'inde saat 10: 00'da gelip alacak³⁴.”

(.....):

“Günaydın (.....)³⁵

Kutuları hazırlayacaklar ama neden hepsini çıkarmayacaklarını bana söyleyebilir misiniz? (...) Tüm bu yorumları yeni temsilcinizi daha yakından tanımanız için yazdım çünkü ayrılma nedenleriniz ve onların davranışları uyuşmuyor. Her neyse, kendisi ve (.....) hakkında yasal işlemleri başlatacağız ve geleceğin bize ne göstereceğini bekleyip göreceğiz.”

- (58) **Bulgu-6:** Teşebbüste yapılan yerinde incelemede elde edilen, 25.06.2020 tarihinde TRANSORIENT çalışanı (.....) tarafından gönderilen “RE: İŞ DEVRİ 1 // BIOPHARMA” konulu şirket içi yazışmada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“Herkes Merhaba;

Daha önce (.....) Hanım ve (.....) Hanım ile parça parça yakın zamanda takip ettiğim bazı müşteri ve acentalara ait son durum bilgilerini paylaşmıştım. Daha düzenli bilgi akışı sağlama ve mailleri de iletme adına maillerime az önce giriş yaptım. Maillerimi konu başlıkları ile yollayacağım, sanırım sonrasında takip için daha kolay olur sizler için.... Bu arada kazandırdığım bir çok acenta ve müşteri ile çalışmaya başladıktan sonra işi geliştirme ve ilişkileri sürdürme (.....) tarafından yapıldığından çalışan birçok acenta ve müşteri maillerinde ben yokum, özellikle eski olanlarda. Örnek: (.....) iş geliştirme yazışmalarının hiçbirinde olmadığı için en son ne konuşulduğunda bilemiyor ve aktaramıyorum.

Birkaç senedir firmada şirket history'si oluşturma adına potansiyeli olan firmaları, yeni alınan işleri ve diğer önemli bilgileri maillerde değil, Tmax içerisinde tutuyoruz. Bunu uzun zamandır düzenli olarak yapıyorum, son Mayıs ve Haziran aylarında da fazlaca yaptım. Bu konu ile ilgili alarak her mailimde izlenilecek yolu Tag'leri ile birlikte izah edeceğim, Tmax erişimim olmadığından ekran paylaşamıyorum.

(...) Tmax üzerinden ulaşacağınız Biopharma çalışmalarına ilave olarak, aşağıda madde madde önemli accountları ve acentaları sizlere bildirmek isterim.

(.....): Biopharma ihale davetlerine katılmıştık, potansiyelleri var. bendeki en son yazışma eklidir, daha fazla detay için (.....) veya (.....) ile görüşebilirsiniz

(...)

(.....): (.....) Bey ile takip ettiğimiz önem verdiğimiz Bio acentalarından bir tanesi, özellikle İtalya merkezleri ile uzun süre temas içinde kaldık ve baz taleplerini aldık ama şu zamana kadar çalışma fırsatı bulamadık. En son (.....) ile çalıştıklarının duyumunu almıştık. Takip edilmel, bendeki son mail eklidir. Detalar (.....).(....)”

³⁴ Hello (.....). Our new partner will collect the quantities mentioned in red in the file below at 10:00 on Friday 25th.

³⁵ “GoodMorning (.....)

Will prepare boxes but could you advise me why they will not pick all off them?

I wrote all these comments for to know your new agent more close, because your reasons of leave and their behaviours do not match.

Anyway, we will take legal action against him and (.....) and will wait & see what the future will shown us.”

I.4.2. TUNASET'ten Elde Edilen Bilgi ve Belgeler

I.4.2.1. Teşebbüsten Elde Edilen E-posta Yazışması

- (59) TUNASET'te yapılan yerinde incelemede elde edilen belgeler sadece e-posta yazışması ve eklerini kapsamaktadır. Aşağıda anılan teşebbüsten elde edilen yazışmaya yer verilmektedir:
- (60) **Bulgu-7:** Teşebbüste yapılan incelemede 23.05.2018 tarihinde (.....) hesabından AIRLIQUIDE yetkilisi (.....)'ye iletildiği anlaşılan "End of Agreement with Tunaset Biofarma" konulu e-posta içeriğinde aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

"Sevgili (.....)³⁶,

(.....) aradığı için minnettarız ve bizimle çalışmayı bırakmayı düşünmeniz talihsiz bir durum. 2015 yılından beri ortağınız ve hizmetimizin beklentilerinizi karşıladığına inanıyoruz.

Size buradaki iş ortamı hakkında biraz bilgi vermek ve bazı paydaşlarla güncel bir hukuki sorunu sizinle paylaşmak istiyorum. (.....), 2000 yılında ortağım tarafından kuruldu ve sadece gümrük müşavirliği faaliyetlerine odaklanmak amacındaydı. Mart 2018'e kadar 3 yıllık kurum içi komisyoncumuzdu. (...)

Artık bize bağlı olmayan (.....)'ın uluslararası lojistik arayışında (.....) ile işbirliği yaptığı dikkatimizi çekti. Bu, Sayın (.....)'ın bizimle olan ayrılık anlaşmasına doğrudan ve açık bir şekilde aykırıdır ve Sayın (.....)'a ve (.....)'e karşı yasal işlemlerimizi başlatıyoruz. Yasal işlemin iki ayağı bulunmakta, biri gizlilik ve bilgi hırsızlığı üzerine, diğeri ise ayrılma anlaşmasının ihlali. Yukarıdaki bilgileri sizinle paylaşmak istedim çünkü bu hukuki süreç sırasında veya sonucunda suçlanan taraflar operasyonel ve mali imkanlarını etkileyecek hukuki sonuçlarla karşılaşabilirler.

(.....) için gerçekten en iyisini istiyoruz, son 3 yıldır size iyi hizmet verdik ve gelecekte de başarılı olmanızı istiyoruz. Yukarıdaki konuyu burada sunduğumdan daha ayrıntılı olarak tartışmak isterseniz lütfen bana bildirin.

Sevgilerle"

I.4.3. BIOPHARMA'dan Elde Edilen Bilgi ve Belgeler

I.4.3.1. Teşebbüsten Elde Edilen E-Posta Yazışması

³⁶ "Dear (.....),

We appreciated the call from (.....) and it is unfortunate that you are considering leaving us. We have been your partner since 2015 as and we trust that our service met your expectations.

I like to provide you some background on the business environment here and share with you a current legal issue with some stakeholders. (.....) was established by my partner in 2000 and meant to focus exclusively on customs brokerage activities. They were our in-house broker for 3 years until March 2018. (...)

It came to our attention that (.....), who no longer is affiliated with us, is collaborating with (.....) for the pursuit of international logistics. This is in direct and clear violation with (.....)'s separation agreement with us and we are pursuing legal action against Mr. (.....) as well as (.....). There are two aspects of the legal action, one the non-disclosure and information theft, and the other is breach of his separation agreement. I wanted to share above information with you because in the course of or as a result of this legal process, accused parties may face with legal consequences which will affect their operational and financial capabilities.

We truly want the best for (.....), we served you well for the past 3 years and would want your success in the future. Please let me know if you like to discuss the above matter in any more detail than I presented here. Sincerely,"

- (61) BIOPHARMA'dan elde edilen belgeler sadece e-posta yazışması ve ekine ilişkin olup aşağıda ilgili yazışma içeriğine yer verilmektedir:
- (62) **Bulgu-8:** Teşebbüsten edinilen 07.03.2019 tarihinde (.....) yetkilisi (.....) tarafından (.....)'a ileildiği anlaşılan "Biopharma Logistics (BL) Turkey" konulu e-posta içeriğinde aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

"Sevgili (.....)³⁷,

Türkiye'de bir lojistik ortak için ihale açıyoruz.

(.....) liderliğindeki (.....) ekibinde çalışıyorum.

Şirketiniz ile ilgileniyoruz ve daha fazla ayrıntı toplamak istiyoruz.

Tarife ile ilgili olarak; toplama, teslimat, ithalat gümrükleme ve yükleme-boşaltma, ihracat (AB, ABD, Asya, Avustralya) oranlarınıza ihtiyacımız olacak.

Laboratuvar örnekleri, IMP, İlaçlar, Kitler, biyo-örnekler, Canlı hayvan, hücre ve gen terapileri, tıbbi cihazlar vb. ile ilgileniyoruz.

Soğutulmuş, kontrollü ortam ve dondurulmuş gönderiler için TT4, sıcaklık kontrollü ambalaj kullanmanızı istiyoruz.

(.....) kutularının depolanması, TCV kullanımı, Aktif ve Pasif konteynerler, gümrükleme danışmanlığı, (.....)'in SOP'lerinin takibi, rezervasyon sistemleri, CAPA'lar, Kalite Formlarının sunulması vb., günlük operasyonların bir parçası olacaktır.

Lütfen ekteki anketi şirket bilgileriniz ve destekleyici belgelerle birlikte doldurunuz, lütfen ayrıntılı tarife listenizi de sağlayınız.

Saygılarımızla,

(.....)"

I.5. Soruşturma Tarafı Teşebbüslerden Edinilen Bilgiler³⁸

- (63) Dosya konusunu, yukarıda da ifade edildiği üzere, biyofarma lojistiği pazarında faaliyet gösteren biyofarma lojistik firmalarının müşteri paylaşımına yönelik sözleşmeler akdetmek ve birbirlerine süresiz rekabet etmeme yükümlülüğü getirmek suretiyle 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettikleri iddiası oluşturmaktadır. İddialar kapsamında değerlendirilmek üzere, tarafların müşteri paylaşımı anlaşmalarını uygulamaya koyup

³⁷ "Dear (.....),

We are opening the tender for a Logistic partner in Turkey.

I work in the (.....) team lead by (.....).

We are interested in your company and would like to gather further details.

In terms of tariff; we will need your collection, deliveries, import clearance and handling, exports (EU, USA, Asia, Australia) rates.

We deal in lab-samples, IMP, Drugs, Kits, bio-samples, Live animal, cell and gene therapies, medical devices etc.

We will require you to use TT4, temperature controlled packaging (Client or (.....) to supply) for refrigerated, controlled ambient and Frozen shipments.

Storage of (.....) boxes, TCV use, Active and Passive containers, clearance consultancy, following (.....)'s SOPs, booking systems, CAPAs, Quality Forms submission, etc will be part of daily operations.

Kindly please complete the attached questionnaire with your company details plus supporting documents, please also provide your detailed tariff card.

Regards,

(.....)"

³⁸ Bu bölümdeki tablolara ilişkin detaylı değerlendirmeye "Tarafların Teşebbüslerden Talep Edilen Bilgiler Kapsamında Değerlendirme" başlığı altında yer verilecektir.

paylaşılan müşterilerin teşebbüsün satış gelirleri içerisindeki payının TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün aksine oldukça düşük kalması dikkat çekmektedir. İlgili tabloda önem arz eden bir diğer husus ise BIOPHARMA'nın 2018 yılında paylaşılan müşteriler özelinde elde ettiği gelirden yaşanan düşüşle beraber anılan yıldan itibaren rakip teşebbüsün müşterisine hizmet vermeye başlamasıdır. Teşebbüsçe sağlanan verilerden, BIOPHARMA'nın 2018 yılı itibarıyla TUNASET'in müşterilerinden (.....)'ye hizmet vermeye başladığı, ancak söz konusu müşteriden elde edilen gelirin toplam satış gelirleri içerisindeki payının %(.....)'in çok altında kaldığı görülmektedir. Bunun yanında, ilgili tablodan BIOPHARMA'nın, rakibine bıraktığı (.....) haricindeki müşterilerden hiçbirine hizmet sunmadığı, dolayısıyla akdedilen anlaşmalara büyük ölçüde riayet ettiği anlaşılmaktadır. Teşebbüsün son yıllarda kendisine sözleşmelerle ayrılan müşterilerinden elde ettiği gelirin toplam satış gelirleri içerisindeki payının %(.....)'nin altında kaldığı göz önünde bulundurulduğunda, bu yıllarda incelemeye konu sözleşmelerin BIOPHARMA açısından külfet yarattığı ifade edilebilecektir.

I.6. Rakip Teşebbüslerden Edinilen Bilgiler⁴³

(69) Dosya kapsamında biyofarma lojistiği pazarında faaliyet gösterdiği tespit edilen rakip konumundaki teşebbüslerden; biyofarma lojistiği sektörünün işleyişi, pazarın yapısı, sektörde faaliyet gösteren oyuncular, sektörün sorunları, geçiş maliyetleri, biyofarma lojistik hizmeti sunulan müşteriler ile bu müşterilerden elde edilen satış gelirleri vb. hususlara yönelik bilgi ve belge talebinde bulunulmuş olup bu kapsamda taraflarca sağlanan cevabi yazılarda ifade edilen hususlara aşağıda yer verilmektedir.

(70) (.....) tarafından Kurum kayıtlarına 24.09.2021 tarih ve 21439 sayı ile intikal eden cevabi yazıda;

- (.....)'un deniz yolu ve kara yolu kargo taşımacılığı alanında faaliyet gösterdiği, biyofarma lojistiği alanında geçmiş yıllarda bazı teşebbüslere hava yolu kargo hizmeti verdiği ancak teşebbüsün hâlihazırda biyofarma lojistiği alanında yoğun faaliyetinin olmadığı,
- (.....)'un biyofarma lojistik faaliyetlerinin genel lojistik faaliyetleri içerisindeki yüzdesel ağırlığın %(.....)'in altında olduğu,
- Biyofarma lojistiği alanında hizmet sunabilmek için ısı kontrollü araç ve depolama yatırımlarının yapılmasının yanında, GDP gibi kılavuzlarda belirlenen standartların karşılanması gerektiği

ifade edilmektedir.

(71) (.....) tarafından Kurum kayıtlarına 09.09.2021 tarih ve 21012 sayı ile intikal eden cevabi yazıda;

- (.....)'in ana faaliyet konusunun kara yolu ile uluslararası yük taşımacılığı olduğu ve ısı hassasiyetine sahip ilaç lojistiği alanında faaliyet gösterdiği,

⁴³ Dosya kapsamında elde edilen cevabi yazılarda; (.....), (.....), (.....), (.....), (.....), (.....), (.....), (.....), (.....), (.....), (.....)'nin biyofarma lojistiği alanında faaliyet gösteren teşebbüsler olduğu ifade edilmiş; bu doğrultuda anılan teşebbüslerden dosya özelinde bilgi talebinde bulunulmuştur. Bahsi geçen teşebbüsler tarafından Kurum kayıtlarına 06.09.2021 tarih ve 20858 sayı, 09.09.2021 tarih ve 20995 sayı, 10.09.2021 tarih ve 21025 sayı, 21031 sayı, 21029 sayı, 21024 sayı, 21059 sayı, 13.09.2021 tarih ve 21104 sayı, 14.09.2021 tarih ve 21127 sayı, 21137 sayı, 15.09.2021 tarih ve 21194 sayı, 13.09.2021 tarih ve 21062 sayı ile intikal eden cevabi yazılardan; ilgili teşebbüslerin biyofarma lojistiği alanında faaliyet göstermediği tespit edilmiş olup söz konusu teşebbüsler dosya kapsamında rakip olarak değerlendirilmemiştir.

- Biyofarma lojistiğinin özel dağıtım ve depolama koşulları gerektirmesi sebebiyle bir başka lojistik türünden biyofarma lojistiğine geçişin ürünün saklama koşulları, teknolojik altyapı, maliyet gibi unsurlardan ötürü oldukça zor olduğu

ifade edilmektedir.

(72) (.....) tarafından Kurum kayıtlarına 30.09.2021 tarih ve 21631 sayı ile intikal eden cevabi yazıda;

- (.....)'nin klinik araştırma ürünlerinin depolanması ve ilgili hastanelere sevkiyatı alanında faaliyet gösterdiği; 2011 yılından beri de klinik araştırmalar alanında faaliyetinin bulunduğu ancak doğrudan biyofarma lojistiği alanında bir faaliyetinin olmadığı,
- Klinik araştırmalar lojistiğinin yüksek yatırım, tecrübe ve *know-how* gerektirdiği,
- Klinik araştırmalar lojistiğinde faaliyet gösteren bir teşebbüsün kolaylıkla biyofarma ya da genel sağlık lojistiği alanında faaliyet gösterebileceği ancak söz konusu faaliyetin çok yüksek standart ve sistemler gerektirmesi sebebiyle biyofarma veya genel sağlık alanında faaliyet gösteren bir teşebbüsün klinik araştırmalar lojistiğine kolaylıkla geçiş yapamayacağı

ifade edilmektedir.

(73) (.....) tarafından Kurum kayıtlarına 06.09.2021 tarih ve 20890 sayı ile intikal eden cevabi yazıda;

- (.....)'in biyofarma lojistiği, klinik araştırmalar lojistiği ve sıcaklık kontrollü depolama hizmetleri alanlarında faaliyet gösterdiği, bu kapsamda klinik deneylerin, hücre ve gen terapisi gibi belirli tedavilerin özel gereksinimlerine göre uyarlanmış tıbbi ilaç, biyolojik örnekler ve yan tedarik ürünlerinin lojistiğini sağladığı,
- Biyofarma ve klinik araştırmalar lojistiğinin, genel lojistik faaliyetleri ile kıyaslandığında, özel uzmanlık gerektirdiği,
- Genel bir lojistik sağlayıcısının biyofarma lojistiğinde, özellikle biyofarma lojistik zincirinin daha az karmaşık yönlerine ilişkin aktif bir faaliyette bulunmasının mümkün olduğu ancak bunun için işletme süreçlerinin ve kalite kontrol prosedürlerinin uyarlanması ve teknik bilgi ve GDP uyumluluğuna kapsamlı yatırımlar yapılmasının gerekeceği,
- Küresel genel lojistik oyuncularının biyofarma lojistik segmentine girmeye karar verdikleri son yıllarda, genellikle mevcut bir uzman sağlayıcıyı devralmak suretiyle bu alanda faaliyet göstermeye başladıkları⁴⁴

ifade edilmektedir.

(74) (.....) tarafından Kurum kayıtlarına 06.09.2021 tarih ve 20886 sayı ile ve 30.09.2021 tarih ve 21625 ile intikal eden cevabi yazıda;

- (.....)'ün biyofarma ve klinik araştırmalar lojistik hizmeti ile bu süreçlere ilişkin gümrükleme hizmeti sağladığı,
- Küresel çapta faaliyet gösteren "(.....)" isimli teşebbüsün Türkiye pazarındaki anlaşmalı kuruluşu olduğu,

⁴⁴ Teşebbüs tarafından bu kapsamda, UPS'in 2016'da MARKEN'i, KUEHNE+NAGEL'in ise 2018'de QUICK'i devraldığı ifade edilmektedir.

- Biyofarma lojistiği alanında hizmet sağlayan teşebbüslerin küresel alanda faaliyet gösteren yabancı menşeli teşebbüsler olduğu, bu alanda faaliyet gösteren yerel teşebbüs sayısının ise oldukça az olduğu,
- Biyofarma ve klinik araştırmalar lojistiğinin, genel lojistik faaliyetleri içerisindeki payının %1'in altında olduğu; ihracat rakamlarının ise %0,1 civarında olduğunun tahmin edildiği,
- Biyofarma lojistiği pazarına girişlerde hukuki engel bulunmadığı,
- Biyofarma lojistiği alanında faaliyet gösterebilmek için yüksek düzeyde yatırıma gerek olmadığı ancak taşınan ürünlerin hassasiyeti nedeniyle uzmanlığın büyük önem arz ettiği,
- Küresel çapta faaliyet gösteren yabancı menşeli firmaların pazara hâkim olması sebebiyle, pazara girmek isteyen potansiyel rakiplerin müşteri çevresi edinmesinin zor olduğu

ifade edilmektedir.

(75) (.....) tarafından Kurum kayıtlarına 20.09.2021 tarih ve 21298 sayı ile intikal eden cevabi yazıda;

- (.....)'un hava, kara ve deniz yolu taşımacılığı, depolama, dağıtım, dış ticaret, gümrük ve sigorta vb. alanlarında faaliyet gösteren bir lojistik şirketi olduğu; bunun yanında proje, canlı hayvan, ısı kontrollü ürün taşımacılığı hizmeti de verdiği,
- Biyofarma lojistiği alanında hizmet sunan firmaların, klinik araştırma lojistiği alanında da hizmet sunması engelleyen herhangi bir kısıt ya da altyapı yatırım gerekliliğinin bulunmadığı,
- Klinik araştırma lojistiğinin dünya genelinde yürütülen operasyon hizmeti olması sebebiyle ilaç üreticisi teşebbüslerin bu alanda hizmet servis sağlayıcılarını uluslararası hizmet sunabilen firmalardan seçtiği,
- Biyofarma ve klinik araştırma lojistiğinin aynı müşteri grubu için hizmet sunduğu; aynı taşıma modelleri, donanımlar ve ekipler ile hizmet sağladığı

ifade edilmektedir.

(76) (.....) tarafından Kurum kayıtlarına 13.09.2021 tarih ve 21063, 21083 sayı ile intikal eden cevabi yazıda;

- (.....)'nın ısı kontrollü antrepo, depolama ve taşıma işlemleri alanlarında faaliyet gösterdiği, hâlihazırda biyofarma lojistiği faaliyetinin bulunmadığı, klinik araştırma hizmetinin (depolama, taşıma) ise tek bir müşteri ile sınırlı olduğu,
- İlaç lojistiğinde faaliyet gösteren teşebbüslerin T.C. Sağlık Bakanlığı'ndan onaylanmış ruhsatları ile faaliyet gösterebildikleri,
- İlaç lojistiği faaliyetlerini genel lojistik faaliyetlerinden ayıran temel özelliklerin; yüksek kalite standartları, tüm süreçlerin izlenebilirliği ve verilen hizmetin sürdürülebilirliğinin sağlanması olduğu,
- Herhangi bir lojistik faaliyetinden ilaç lojistiğine geçmenin mümkün olduğu ancak ilaç lojistiği hizmeti verecek olan teşebbüsün T.C. Sağlık Bakanlığı'nın belirlemiş olduğu GDP standardına ulaşması gerektiği, söz konusu standartların karşılanması için ise ciddi yatırım gerektiği,

- İlaç lojistiğine geçiş için katlanılması gereken maliyetlerin ve geçiş sürecinin; kullanılacak iklimlendirme elemanları, çalıştırılacak personelin nitelikleri gibi etkenler doğrultusunda değişiklik gösterebildiği

ifade edilmektedir.

(77) (.....) tarafından Kurum kayıtlarına 30.09.2021 tarih ve 21635 sayı ile intikal eden cevabi yazıda;

- (.....)'ün taşımacılık, depolama, kontrat lojistiği, dış ticaret, gümrük ve tedarik zinciri yönetimi alanlarında faaliyet gösteren bir lojistik şirketi olduğu,
- İlaç lojistik hizmetlerinin T.C. Sağlık Bakanlığı tarafından ruhsat verilmiş sıcaklık kontrollü alanlarda hizmet verilebilmesi nedeniyle genel lojistik faaliyetlerinden farklı olduğu,
- Isı hassasiyeti olan ilaçların özel araçlarda, belirli sıcaklık koşulları sağlanarak taşınması gerektiği,
- Tesislerin ve araçların gerekli koşullara göre hazırlanması için yüksek yatırımlar yapılması gerektiği

ifade edilmektedir.

(78) (.....) tarafından Kurum kayıtlarına 09.09.2021 tarih ve 20984 sayı ile intikal eden cevabi yazıda;

- (.....)'nin ana faaliyet konusunun uluslararası hızlı lojistik hizmeti olduğu, bu kapsamda sağlık lojistiğinde ihtiyaç duyulan hızlı klinik araştırmalarda kullanılan rapor, evrak vb. dâhil olmak üzere müşterilerine hızlı kargo hizmeti sunduğu; bunun yanında biyofarma lojistiği alanında özel bir ürün yönetimi bulunmadığı,
- (.....)'nin IATA ve Sivil Havacılık tarafından belirlenen kurallar dâhilinde faaliyet gösterdiği

ifade edilmektedir.

(79) (.....) tarafından Kurum kayıtlarına 30.09.2021 tarih ve 21630 sayı ile intikal eden cevabi yazıda;

- (.....)'nin yalnızca sağlık lojistiği alanında hizmet veren bir lojistik şirketi olduğu, toplam iki tesisinde sıcaklık kontrollü alanlarda depolama ve ambalajlama faaliyetleri yürüttüğü,
- (.....) tesislerinde 15-25°C ve 2-8°C sıcaklıkta depolanan ürünlerin nakliye aşamasında aktif ya da pasif soğuk zincir dağıtım yöntemiyle sevk edildiği,
- Büyük bir yatırım ve deneyimli bir ekip kurulumunun gerekmesi, bakanlık izin süreçlerinin zaman alması ve müşteri ediniminin oldukça ciddi bir süreç olması hususları nedeniyle sektöre girişlerin zor olduğu,
- Zaman ve ısı hassasiyetinin en üst seviyede olduğu biyofarma lojistiğinin olmazsa olmazlarını; alanında eğitilmiş personelin, valide edilmiş yazılımın ve sıcaklık takibinin oluşturduğu,
- Sağlık lojistiğinin; beşeri ilaç, hayvan sağlığı ilaçları, medikal cihaz, ilaç ham maddesi, klinik araştırma ve biyofarma ürünlerinin lojistik operasyonlarını kapsadığı,

- Klinik araştırma lojistiği hizmet verme izinlerinin olmasına rağmen bu alanda sadece bir müşterilerine çok kısıtlı bir hizmet verdikleri,
- Herhangi bir lojistik faaliyetinden sağlık lojistiğine geçişin yapılacak ciddi yatırımlarla mümkün olduğu

ifade edilmektedir.

I.7. Müşterilerden Edinilen Bilgiler⁴⁵

- (80) Dosya kapsamında, taraflarca akdedilen anlaşmalarla paylaşımına konu olan müşterilerden de; biyofarma lojistik sektörünün işleyişi, pazarın yapısı, hizmet aldıkları sağlayıcılar, sağlayıcı değişikliği imkânları, sağlayıcılar karşısındaki pazarlık güçleri, biyofarma lojistiği hizmet alımında karşılaşılan sorunlar vb. hususlar hakkında bilgi ve belge talebinde bulunulmuştur. Bu bağlamda taraflarca sağlanan cevabi yazılarda belirtilen hususlara aşağıda yer verilmektedir.
- (81) (.....) tarafından Kurum kayıtlarına 27.08.2021 tarih, 20642 sayı ve 31.08.2021 tarih, 20701 sayı ile intikal eden cevabi yazıda;
- (.....)'nin grup şirketlerinden yalnızca ilaç ve gıda takviyesi alımı yaptığı, bu ürünlerin ise biyofarma lojistiği hizmeti almayı gerektiren biyoteknolojik ürün kapsamına girmediği⁴⁶,
 - (.....)'nin biyofarma alanında faaliyet göstermemesi sebebiyle pazarın yapısı ve sektörün işleyişi hakkında bilgi sahibi olmadığı,
 - (.....)'nin istisnai olarak ve çok küçük miktarlarda olmak üzere 2015 yılında TRANSORIENT'ten, 2016 yılında TUNASET'ten ve 2019 yılında BIOPHARMA'dan biyofarma lojistiği hizmeti alımı gerçekleştirdiği ancak bu konuya ilişkin uzmanlıklarının bulunmadığı

ifade edilmektedir.

- (82) (.....) tarafından 01.09.2021 tarih, 20763 sayı ile intikal eden cevabi yazıda;
- Klinik ilaç araştırma lojistiği hizmeti sağlayan firmaların seçiminde, hizmet kalitesi ve tecrübenin önem arz ettiği; bu türden bir lojistik hizmetini sağlayabilecek firma sayısının çok az olduğu,
 - Taşınan ürünlerin hassas olması sebebiyle bozulmaya meyilli olduğu, bu durumun ortadan kaldırılması adına ürünün taşınması esnasında ısı sapması kontrolü de dâhil olmak üzere detaylı ve yüksek maliyetli bir operasyon gerekliliğinin doğduğu, bu kapsamda sevkiyatta kullanılan kutuların, araçların ve ilaçların uygun ısıda taşındığını ölçümlemeye yarayan ekipmanların en yüksek standartlarda olması gerektiği,

⁴⁵ TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğüne bırakılan müşterilerin global düzeyde şirketler olması, bunun yanında Türkiye'de herhangi bir birim, temsilcilik ya da faaliyetlerinin bulunmaması sebebiyle ilgili dosya kapsamında yalnızca (.....)'in şirketi BIOPHARMA'ya bırakılan müşterilerden bilgi talebinde bulunulmuştur.

⁴⁶ Kurum kayıtlarına intikal eden cevabi yazıda (.....)'nin faaliyet alanının Avrupa Birliği dâhil olmak ancak bununla sınırlı olmamak üzere yurtiçi ve yurtdışında yürürlükteki kanun ve düzenlemelerin izin verdiği ölçüde biyoteknolojik ürünler dâhil kozmetik, tıbbi cihaz ve malzemeler, özel amaçlı gıda takviyesi ürünleri, gıda takviyeleri, ilaç, eczacılık ve tıpta kullanılan kimyasal ve bitkisel kaynaklı eczai ürünlerin üretim ve pazarlaması için gerekli başvuruları ilgili sağlık kurum ve kuruluşları ile T.C. Tarım ve Orman Bakanlığı gibi diğer ilgili makamlara yapmak ve süreçleri takip etmek olduğu ifade edilmiştir.

- Uygun taşıma koşullarının sağlanamaması durumunda ortaya çıkabilecek bozulmaların sağlık açısından ciddi risk doğurduğu, bu durumun taşıyıcı firmaya maliyet olarak yansıdığı,
- (.....)'un TRANSORIENT, TUNASET ve BIOPHARMA'dan yalnızca klinik araştırmalar lojistiği alanında hizmet aldığı; 2018 yılı sonrasında ise sadece kendi ürünlerini taşımak üzere kendi lojistik yapılarını kurarak bu firmalardan hizmet alımını sonlandırdıkları, bu türden bir yapının kurulumu için ciddi bir yatırımın gerektiği,
- Faaliyet gösterdikleri lojistik alanında en önemli hususun ürünlerin istenen zamanda ve yerde, doğru ısı aralığında sevkiyatının sağlanması olduğu,
- (.....)'un yalnızca kendi ürünlerini taşıması sebebiyle sektörde hâlihazırda faaliyet gösteren firmalar hakkında bilgi sahibi olmadığı,
- Hizmet alımında sağlayıcı değiştirmenin ya da birden fazla hizmet sağlayıcısıyla çalışmanın önünde hukuki bir engelin bulunmadığı

ifade edilmektedir.

(83) (.....) tarafından 27.08.2021 tarih ve 20645 sayı ile Kurum kayıtlarına giren cevabi yazıda;

- (.....)'nın Türkiye'ye ithal ettiği ve fason ürettirdiği ilaçların ve reçetesiz ürünlerin tanıtım, pazarlama, satış ve dağıtımını gerçekleştiren (.....) bünyesinde yer alan iştiraklerden biri olduğu,
- Doğrudan ilaç araştırma-geliştirme ve biyofarma alanında faaliyetinin bulunmadığı; ruhsatına sahip olduğu bazı ilaçları fason olarak ürettirdikten sonra satışa sunduğu ve yurt dışından ithal ettiği beşeri ilaçları yurt içinde sattığı,
- (.....)'nın biyofarma lojistiği temini konusunda sürekli bir ihtiyacının bulunmaması sebebiyle biyofarma taşımacılığını nadiren kullandığı, bu kapsamda TRANSORIENT ve TUNASET'ten hizmet aldığı,
- Birden fazla sağlayıcı ile çalışılmasının önünde bir engel bulunmadığı, bu türden bir taşımacılık hizmetine ihtiyaç duyulması halinde farklı sağlayıcılardan teklif alınabildiği,
- Sağlayıcı ile çalışma kararının firma tekliflerinin fiyat ve kalite temellerinde değerlendirilerek verildiği,
- Biyofarma ürün taşımacılığı alanında çok fazla alternatif lojistik firmasının bulunmamasının sektördeki en önemli problemlerden biri olduğu,
- Düşük hacimli satın alımlarda müşterilerin alıcı gücünden bahsetmenin mümkün olmadığı, ancak yüksek miktarda ve sürekli hizmet alımı yapan teşebbüslerin hizmet sağlayıcısı karşısında pazarlık gücü elde edebileceği

ifade edilmektedir.

(84) (.....) tarafından Kurum kayıtlarına 31.08.2021 tarih, 20736 sayı ve 30.09.2021 tarih, 21634 sayı ile intikal eden cevap yazısında;

- (.....)'in, ender görülen hastalıkların tedavisinde ve bu hastalıklara bağlı olarak gelişen fonksiyon bozukluklarının giderilmesinde kullanılan ilaçların üretimi,

satış ve pazarlamasını yaptığı ancak biyofarma lojistiği ve sektörü alanında herhangi bir faaliyetinin bulunmadığı⁴⁷,

- 2012-2016 ve 2021 yıllarında TRANSORIENT, 2016 yılında TUNASET ve 2017-2021 yıllarında da BIOPHARMA'dan yalnızca JCV kan örneklerinin transfer işlemleri konusunda sınırlı düzeyde hizmet aldıkları,
- Hizmet alımlarında birden fazla hizmet sağlayıcısı ile çalışılmasının önünde bir engel olmadığı,
- Sağlayıcı firma seçiminde fiyat teklifleri, taşıma koşullarının yeterliliği vb. unsurların rol oynadığı,
- Sağlık sektöründe faaliyet gösteren ve bilinirliğe sahip teşebbüslerin hizmet sağlayıcılar karşısında pazarlık gücüne sahip olacağı

ifade edilmektedir.

(85) (.....) tarafından Kurum kayıtlarına 01.09.2021 tarih ve 20773 sayı ile intikal eden cevabi yazıda;

- (.....)'in ilaç sektöründe ruhsatlandırma, analiz, araştırma ve geliştirme alanında faaliyet gösterdiği ancak biyofarma sektöründe faaliyetinin bulunmadığı,
- (.....)'in yalnızca 2016 ve 2017 yıllarında bir etken maddenin analiz çalışması için TUNASET'ten biyofarma lojistiği hizmeti alımı gerçekleştirdiği ancak söz konusu çalışma neticesinde yapılacak yatırımdan fayda alınmayacak olması sebebiyle işin sonlandırıldığı, dolayısıyla biyofarma lojistik hizmetinin kısa süreliğine alındığı,
- Biyofarma lojistiği pazarına son yıllarda WORLD COURIER gibi yeni teşebbüslerin dâhil olduğu,
- Lojistik sektörü içerisinde pazarlık gücünü belirleyen faktörlerin, işin yıllık hacmi ve devamlılığına bağlı olarak değiştiği, (.....)'in sağlayıcı seçiminde fiyat ve hizmet kalitesi gibi unsurların önemli rol oynadığı

ifade edilmektedir.

(86) (.....) tarafından Kurum kayıtlarına 31.08.2021 tarih ve 20734 sayı ile intikal eden cevabi yazıda;

- (.....)'in ilaç, tüketici grubu ve göz ürünleri olmak üzere üç iş biriminde faaliyet gösterdiği; ilaç grubunda ilaç ithalatı, dağıtımı ve satışının yanında, kanser, majör depresyon, kardiyak hastalıklar ve şizofreni gibi hastalıkların tedavileri alanlarında çalışmaların sürdürüldüğü ancak biyofarma lojistik sektöründe herhangi bir faaliyetinin bulunmadığı,
- (.....)'in TUNASET, TRANSORIENT ve (.....)'dan biyofarma lojistiği alanında hizmet alımı gerçekleştirdiği; anılan firmaların yanında klinik araştırma ürünlerinin lojistiği ve imhası konularında 2019 yılından itibaren (.....)'den, 2014

⁴⁷ İlgili cevabi yazıda (.....)'in, ender görülen hastalıkların tedavisinde ve bu hastalıklara bağlı olarak gelişen fonksiyon bozukluklarının giderilmesinde kullanılan ilaçların yurtdışındaki ilaç firmalarından ithal edilmesi ve Türkiye'de veya yetkili kılındığı diğer ülkelerde ruhsatlandırılması, jenerik ilaçların geliştirilmesi ve üretilmesi, üretilen jenerik ilaçların hem Türkiye hem de çeşitli ülkelerde ruhsatlandırılarak satılması, Türkiye'de ruhsatlı olmayan veya ruhsatlı olduğu halde çeşitli nedenlerle üretimi veya ithalatı yapılamayan ve T.C. Sağlık Bakanlığınca ithalat izni verilen reçete muhteviyatı ilaçların ithal edip satılması faaliyetlerini gerçekleştirdiği ifade edilmektedir.

yılından itibaren ise (.....)'den tıbbi cihaz statüsündeki göz sağlığı ürünleri lojistiği alanında hizmet alındığı,

- Biyofarma lojistiği alanında sağlayıcı değiştirme ya da birden fazla hizmet sağlayıcısıyla çalışılmasının önünde bir engel olmadığı ancak alınan hizmetlerdeki hacimlerin bölünmemesi, hizmetlerin fiyatlandırılmasında hacimden kaynaklı indirim avantajından yararlanılması, teknik altyapı kurulumları bakımından ortaya çıkacak ek maliyetlere katlanılmaması ve operasyonların daha efektif bir şekilde yürütülebilmesini sağlamak amacıyla birden fazla hizmet sağlayıcısı ile çalışmanın tercih edilmediği,
- Fiyat artışlarının ancak taraflarca mutabakat sağlanması koşulu ile yapılabildiği, karşılıklı anlaşmanın sağlanamaması durumunda diğer teşebbüslerden alınan tekliflerin değerlendirmeye tabi tutularak daha avantajlı bir sağlayıcıya geçiş yapılabildiği ancak altyapı entegrasyonu gibi teknik sebeplerden ötürü sağlayıcı değiştirmenin 6 ay ile 1 yıllık bir süre arasında gerçekleştiği,
- (.....),
- Biyofarma lojistiği sektöründe hizmet sağlayıcısı bulmakta herhangi bir sıkıntı yaşanmadığı

ifade edilmektedir.

(87) (.....) tarafından sağlanan 03.09.2021 tarihli ve 20842 sayılı cevap yazısında;

- (.....)'nin dünya çapında bilinen biyoteknoloji şirketlerinden (.....)'in iştiraki olduğu,
- (.....)'nin farmakolojik alanda klinik çalışmalar yürütülmesi, farmakolojik, biyoteknolojik ve biyolojik ürünlerin satışı ve pazarlanması alanında faaliyet gösterdiği,
- Lojistik hizmeti alınacak ürün miktarının artmasına bağlı olarak fiyatlarda alınacak indirim oranlarının da arttığı, böylece, maliyet avantajı elde edildiği,
- (.....)'nin sağlayıcı seçiminde kalite, operasyonel yetkinlik ve bütçe kriterlerinin rol oynadığı, bu kriterlerin hâlihazırda çalışılan tedarikçi tarafından karşılanamaması halinde, diğer tedarikçilere fiyat teklifi talebinde bulunularak, yeni bir tedarikçi ile çalışılabileceği,
- Biyofarma lojistik hizmetlerinin alımında sağlayıcı değiştirilmesinin ya da birden fazla hizmet sağlayıcısıyla çalışılmasının önünde herhangi bir engel olmadığı; ancak operasyonel ve ekonomik açıdan tek tedarikçiyle çalışılmasının daha etkin bir yöntem olduğu,
- Kalite denetimleri, bilgi teknolojileri altyapısı, yetkilendirme ve ruhsatlandırma süreçleri gibi unsurların varlığı sebebiyle farklı bir sağlayıcıya geçişin 8 ay ile 1 yıl arasında bir sürede gerçekleştiği; bu tür bir geçiş bakımından hizmet alıcı tarafından katlanması gereken en temel maliyetlerin sistem entegrasyonu ve ürünlerin fiziki taşıma maliyeti olduğu,
- Başka bir sağlayıcıya geçişin ekonomik ya da rasyonel olarak mümkün olmadığı hallerde, (.....), zira biyofarma lojistik hizmetinin sunulması için (i) ürünlerin depolanması için onaylı saklama koşullarına uygun alanların bulunması, (ii) uygulanacak ilave faaliyetlerin (karekodlama, etiketleme gibi) İyi Üretim Uygulamaları ile uyumlu olması, (iii) ürünlerin sevkiyatının saklama koşullarına uygun bir şekilde gerçekleştirilebilmesi için gerekli sistem ve altyapıya sahip

olunması gerektiği, bu gerekliliklerin ise, T.C. Sağlık Bakanlığı tarafından yapılan denetimlerde sertifikalandırıldığı,

- Biyofarma lojistiği hizmetinin alıcılarının genellikle küresel çapta faaliyet gösteren, biyofarmasötik ilaç sunan ve bilinen ilaç şirketlerinden oluşması sebebiyle, alıcıların hizmet sağlayıcıları karşısında pazarlık gücünün bulunduğu; genel itibarıyla, bir biyofarma şirketinin ürün sevkiyat adetleri bakımından büyüklüğünün, söz konusu şirkete, biyofarma lojistiği hizmeti sağlayıcıları ile yapacağı anlaşmalarda ve bu anlaşmanın hüküm ve koşullarında müzakere edebilme yeteneği sağladığı,
- Biyofarma lojistik hizmeti alımında *know-how*'a sahip olmanın yanında, hizmet sağlayıcısına hizmet kalitesini geliştirme potansiyeli sunmanın ve küresel anlamda referans sağlamanın, hizmet alımı yapan teşebbüslere pazarlık gücünün elde edilmesi noktasında katkı sağlayabileceği

ifade edilmektedir.

(88) (.....) tarafından sağlanan 09.09.2021 tarihli ve 20983 sayılı cevap yazısında;

- (.....)'in ana faaliyet konusunun uluslararası deniz, hava, kara yolu taşımacılığı olduğu,
- (.....)'in 2016 yılında TRANSORIENT ve TUNASET'ten biyofarma lojistiği alanında hizmet aldığı,
- Hizmet alımında sağlayıcı değiştirmenin ya da birden fazla hizmet sağlayıcısıyla çalışmanın önünde herhangi bir engelin bulunmadığı; başka bir sağlayıcıya geçişte hizmet alım fiyatında artışların yaşanabileceği, bu durumun da teşebbüs açısından maliyet oluşturduğu,
- Biyofarma lojistik hizmetinin uzun vadeli bir yatırım ile özel bilgi ve deneyim gerektirmesi sebebiyle bu alanda faaliyet gösterme kararının kolay bir şekilde alınamadığı

ifade edilmektedir.

(89) (.....) ((.....)) tarafından sağlanan 06.09.2021 tarihli, 20888 sayılı ve 08.09.2021 tarihli, 20927 sayılı cevap yazısında;

- (.....)'nin sağlık şirketlerine bilgi, ileri analiz ve klinik araştırma hizmetleri sunduğu,
- (.....) şirketler grubunun ((.....)) Türkiye pazarında kontrolüne sahip olduğu (.....) ((.....)) ve (.....) ((.....)) unvanlı şirketleri aracılığıyla ilaç üretici ve ithalatçılara, "İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik" kapsamında sözleşmeli araştırma kuruluşu hizmeti verdiği,
- (.....)'in biyofarma lojistiği firmaları ile ticari ilişkisinin olmadığı; (.....)'nin ise (.....), TUNASET, TRANSORIENT ve BIOPHARMA'dan biyofarma lojistiği alanında hizmet alımı gerçekleştirdiği,
- (.....)'nin biyofarma lojistiğinde birden fazla hizmet sağlayıcısından hizmet alabilmesinin önünde ticari veya hukuki engel bulunmadığı,
- (.....)'nin ticari ilişkisinin kurulmasında ve devamında, biyofarma lojistiği hizmetinin fiyatında belirgin artışların yaşanması durumunda yaklaşık 60-90 gün arasında sağlayıcı değiştirebildiği,

I.9. Değerlendirme

I.9.1. 4054 Sayılı Kanun'un 4. Maddesi Kapsamında Müşteri Paylaşımına Yönelik İddiaların Değerlendirilmesi

- (91) Dosya konusu iddialar, biyofarma lojistiği alanında faaliyet gösteren teşebbüslerin aralarında akdettiği sözleşmeler aracılığıyla müşteri paylaşımı yapmalarına yöneliktir. 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca; *"belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacı taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri"* yasaklanmaktadır. Madde metninde yasak kapsamında tahdidi olmamakla birlikte sayılan hallerden biri *"mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü"*dür. Bu bağlamda teşebbüsler arasında müşteri paylaşımı da dâhil olmak üzere her türlü piyasa kaynaklarının ve unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi çerçevesinde ihlal olarak değerlendirilmektedir.
- (92) 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde yer alan hükmün temel amacı, her bir teşebbüsün kendi ticari politikalarını ve piyasadaki faaliyetlerini tek başına, bağımsız olarak belirlemesidir. Rekabeti bozucu nitelikteki anlaşmaların varlığı halinde, teşebbüslerin bağımsız davranışlarının yerini anlaşma taraflarının ortak çıkarlarına hizmet eden koordineli davranışlar almaktadır. Bu tür anlaşmalara taraf olan teşebbüsler, normal rekabet şartları içinde elde edemeyecekleri kârlara ulaşarak bu ekonomik faaliyetlerle yaratılan refahın çoğunu kendilerine aktarma olanağına sahip olmakta ve piyasa ekonomisinin sağlıklı bir şekilde işlemlerini engellemektedirler⁴⁹.
- (93) İlgili Kanun'un 4. maddesi incelendiğinde, teşebbüsler arasında gerçekleştirilen ve amacı veya etkisi yahut potansiyel etkisi itibarıyla rekabeti sınırlayıcı nitelik taşıyan her türlü anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararının yasaklandığı görülmektedir. Anılan maddenin gerekçesinde, *"Bu Kanunun amacı rekabetin korunması olduğuna göre, rekabeti engelleyici, kısıtlayıcı veya bozucu teşebbüsler arası anlaşma ve uygulamaların yasaklanması gerekir. Maddenin amacı bakımından anlaşma, hukuki şekil şartlarına uymasa bile tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşma anlamında kullanılmıştır. Anlaşmanın yazılı veya sözlü olmasının önemi yoktur..."* ifadeleriyle Türk rekabet hukukunda "anlaşma" kavramının borçlar hukukundaki "sözleşme" kavramından daha geniş bir kavram olduğuna dikkat çekilmekte ve bağlayıcı olma, yazılı şekil, yükümlülüklerin ifa edilmemesi halinde uygulanacak yaptırımın düzenlenmesi yahut yürürlük koşulları gibi herhangi bir şekil şartı aranmamaktadır. 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi anlamında bir anlaşmanın varlığı için teşebbüsler arasında bir irade uyuşmasının bulunması yeterlidir⁵⁰.
- (94) 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlali bakımından madde kapsamına giren eylemin niteliğine bağlı olarak amaç ve/veya etki unsurlarından en az birini barındırması yeterli kabul edilebilmektedir. Fiyat tespiti, arz kısıtlaması, pazar veya müşteri paylaşımını konu alan anlaşma/uyumlu eylemler doğaları gereği rekabeti sınırlayıcı olmaları nedeniyle amaç bakımından rekabet ihlali teşkil etmekte, bu nedenle de *per se* ihlal olarak kabul edilmektedir. Bu nitelikteki anlaşma/uyumlu eylemin varlığı ihlal sonucuna ulaşılması bakımından yeterli olup anlaşmanın ayrıca piyasadaki rekabeti bozucu etkilerinin gösterilmesine, bu etkilerin ispatına ihtiyaç duyulmamaktadır⁵¹.

⁴⁹Kurulun 19.11.2020 tarih ve 20-50/694-305 sayılı kararı, s.19-20.

⁵⁰ Kurulun 09.01.2020 tarih ve 20-03/28-12 sayılı kararı, s.35-36.

⁵¹ Kurulun 09.01.2020 tarih ve 20-03/28-12 sayılı kararı, s.36.

- (95) Rekabet hukukunda yasaklanan amacı bakımından rekabeti bozucu anlaşma türlerinin başında ise kartel anlaşmaları gelmektedir. Karteller, fiyatı ve kârı arttırmak amacıyla rakip teşebbüsler arasındaki uzlaşmalardır. Söz konusu kavrama Pişmanlık Yönetmeliği'nde de yer verilmiş olup anılan Yönetmelik'in 3. maddesinde; *"Fiyat tespiti, müşterilerin, sağlayıcıların, bölgelerin ya da ticaret kanallarının paylaşılması, arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması, ihalelerde danışıklı hareket konularında, rakipler arasında gerçekleşen, rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve uyumlu eylemler"* kartel olarak tanımlanmaktadır.
- (96) Uygulamada, bu durum, genellikle, fiyat tespiti, arz miktarının kısıtlanması, pazar paylaşımı, müşteri veya bölgelerin bölüşümü, ihalelerde danışıklı hareket edilmesi veya bunların bileşimi ile gerçekleştirilmektedir. Karteller rekabeti sınırlamakla birlikte telafi niteliğinde herhangi bir somut fayda ortaya çıkarmamaktadırlar. Aksine fiyatların rekabetçi seviyenin üzerine çıkmasına neden olduklarından, tüketicilere ve topluma zarar vermektedir. Fiyat artışı neticesinde tüketiciler ya hizmeti hiç satın alamamakta ya da aynı mal veya hizmeti daha yüksek bir fiyattan satın almaktadırlar. Bu şekilde tüketici refahında ve dolayısıyla toplumsal refahta bir azalma gerçekleşirken sadece kartel üyelerinin refahında bir artış olmaktadır.
- (97) Kartellerin ortaya çıkardığı zararlar yalnızca tüketicilerin refahındaki azalmayla da sınırlı değildir. Karteller, üyeleri üzerindeki maliyetleri azaltmak ve yenilikler yapmak yönündeki baskıları azalttığından, başka birtakım iktisadi, sosyal, kültürel ve siyasi problemler de doğurmaktadır. Bu çerçevede; enflasyonun artması, etkinliğin ortadan kalkması, aynı sektörde hukuka uygun biçimde rekabet etmek isteyen ve/veya kartel konusu ara ürün niteliğinde ise bunun alıcısı konumundaki teşebbüslerin zarara uğraması, daha kaliteli ürünün, daha az fiyatla, daha çok kişi tarafından satın alınamaması nedeniyle sosyal problemler oluşması, girişimciliğin azalması ve halkın serbest piyasa ekonomisine olan güveninin sarsılması, kartellerin ortaya çıkardığı diğer zararlar olarak sayılabilir⁵².

I.9.1.1. Yerinde İncelemede Elde Edilen Bulgular Kapsamında Değerlendirme

- (98) Öncelikle belirtmek gerekir ki teşebbüslerde gerçekleştirilen yerinde incelemelerde, başvuru konusu iddiaları destekleyecek nitelikte, somut bir ihlal eyleminin oluşmasında kullanılabilecek ve birincil delil niteliğinde olan bilgi ve belgelere doğrudan ulaşılmıştır.
- (99) TRANSORIENT'ten elde edilen Bulgu-1 ve 2, BIOPHARMA ve TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün müşteri paylaşımına yönelik olarak doğrudan tarafı olduğu sözleşmeleri içermektedir. Sözleşme içerikleri incelendiğinde, Bulgu-1'de yer alan sözleşme ile TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü yetkilisi (.....) tarafından (.....), (.....), (.....), (.....), (.....), (.....), (.....) unvanlı müşteriler özelinde BIOPHARMA yetkilisi (.....)'a; Bulgu-2'de yer verilen sözleşme ile de BIOPHARMA yetkilisi (.....) tarafından (.....), (.....), (.....), (.....), (.....), (.....), (.....), (.....), (.....), (.....), (.....), (.....), (.....) unvanlı müşteriler özelinde TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü yetkilisi (.....)'e kısıtlama getirildiği görülmektedir. Sözleşmeler kapsamında, tarafların birbirlerinin müşterilerine teklif veremeyeceği, bu müşterilerle iletişim kurmayacağı ve müşterilerden gelen taleplere cevap vermeyeceği kararlaştırılmış olup söz konusu hususlar belirlenen cezai şart tutarı ile de garanti altına alınmıştır. Bu noktada dikkat çeken husus, taraflardan BIOPHARMA yetkilisi (.....) lehine imzalanan sözleşmede, TRANSORIENT'in (.....)'in müşterilerine iç nakliye hizmeti veremeyeceği ancak sözleşme tarihinde süregelen

⁵² Kurulun 13.06.2013 tarih ve 13-36/482-212 sayılı kararı, s.20.

işlerle bağlantılı işlerinin bu kısıtlama dışında bırakılacağıdır. TRANSORIENT yetkilisi (.....)'in odasında yapılan yerinde incelemede ayrıca

“İç nakliye + (.....)+ (.....) dışındaki”, “Aynı işi yapamayız... (iç nakliye)”, “tazminat”

şeklindeki ifadelerin yer aldığı bir el yazması metin de bulunmuş olup ilgili belgenin akdedilen sözleşmelere yönelik bir not olduğu değerlendirilmektedir (Bulgu-3). Taraflarca akdedilen ve bir örneği yerinde incelemelerde de elde edilen sözleşmelerle, tarafların aralarında anlaşarak müşteri paylaşımında bulunduğu iddiası netlik kazanmıştır.

- (100) Dosya kapsamında yapılan yerinde incelemelerden elde edilen ve dikkat çeken belgelerden bir diğeri de Bulgu-4'te yer verilen yazışma içeriğidir. Söz konusu iletide TUNASET çalışanı (.....) tarafından BIOPHARMA yetkilisi (.....)'a iletilen

“Müşterimizin tarafımıza iletmiş olduğu ekteki emaile istinaden bu maili iletıyorum, sizin de çok iyi bildiğiniz gibi (.....) işleri bugüne kadar hiçbir zaman havalimanı teslim olarak gelmedi ve gelmiyor ve bu işler tamamen Tunaset Biofarma'nın kontrolü ve sorumluluğunda olan işlemler. Aramızdaki anlaşma da esas alındığında ekte gönderdiğiniz email ile bu çerçevenin dışına çıktığınız çok açık bir şekilde gözüküyor. Müşterimiz size malzemenin (.....) ile geldiğini belirttiğinde vereceğiniz cevap hizmet veririz olmamalı, olumsuz bir dönüş yapmak istemiyorsanız bile bize yönlendirmeniz yeterliydi. (...) Biz nasıl bize gelen iç nakliye taleplerine olumsuz dönüyorsak aynı duruşu sizden de önemle bekliyoruz.”

içerikli e-posta ve anılan e-postaya istinaden TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü yetkilisi (.....) tarafından TUNASET çalışanı (.....)'a iletilen

“Cok iyi yazmışın bunu avukat ile konuşmakta yarar var belki bir ihtar çekeririz ilerde de işimize yarar. ben gelince anlaşmayı atıp konuşalım kendileri ile.”

açıklamalı cevap ile taraflarca paylaşılan müşteriler özelinde getirilen kısıtlamaya uyulup uyulmadığının takip edildiği, uyulmadığının tespiti durumunda da sözleşme tarafına uyarıda bulunulduğu görülmektedir.

- (101) Benzer şekilde Bulgu-6'da ise, incelemeye konu anlaşmalarla TRANSORIENT'e bırakılan (.....) unvanlı şirkete yönelik olarak TRANSORIENT çalışanı tarafından iletilen

“En son (.....) ile çalıştıklarının duyumunu almıştık. Takip edilmel, (...)”

içerikli e-posta ile TRANSORIENT tarafından BIOPHARMA yetkilisi (.....)'in (.....) ile çalışıp çalışmadığının takibinin yapılacağı ifade edilmektedir. Söz konusu e-postalardan taraflarca akdedilen müşteri paylaşımı anlaşmalarının uygulamaya konulduğu anlaşılmaktadır.

- (102) Yerinde incelemelerde elde edilen bir diğer belge de Bulgu-5'te yer verilen 21.05.2018-23.05.2018 tarihli yazışma içeriğidir. Teşebbüste yapılan incelemede TUNASET çalışanı (.....) ile müşteri konumundaki (.....)'in⁵³ yetkilisi olduğu anlaşılan (.....) arasında geçen yazışmada (.....) tarafından TUNASET çalışanı (.....)'a iletilen

⁵³ Netlik sağlamak adına, (.....) unvanlı şirket akdedilen sözleşmelerle paylaşılan müşteriler arasında yer almamakla birlikte, bünyesinde TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü yetkilisi (.....) lehine imzalanan sözleşmede adı geçen (.....) unvanlı teşebbüs bulunmaktadır. Dolayısıyla teşebbüsler aynı ekonomik bütünlük içerisinde yer aldığından (.....), (.....)'yi kapsayacak şekilde kullanılacaktır.

“Bugün telefonda konuştuğumuz gibi, (.....)’un Tunaset Biopharma Logistics ile işbirliğini sona erdirmeye kararını bildirmek için yazıyorum. Geçiş, haziran ortasına kadar tamamlanmalı (...).”

içerikli e-posta ile müşteri konumundaki (.....)’in TUNASET ile olan işbirliğini sonlandırarak (.....) ile çalışacağını bildirdiği,

(103) TUNASET çalışanı (.....) tarafından (.....)’a cevaben iletilen

“Tunaset’te yönetici olan (.....) şirketten ayrıldı ve kendi işini yapmaya karar verdi. Kendisiyle bir anlaşma yaptık ve işi yurtiçi ve yurtdışı olarak böldük, (.....) sadece yurtiçi sevkiyatları yapmak zorunda ama (.....) ile olan iyi ilişkimizin farkında ve mevcut işi almak için (.....) adını kullanmaya karar verdi. Ama emin olabilirsiniz ki (.....)’in şirketi veya (.....) sadece sizin gönderilerinizi idare etmeyecek, (.....) farklı sevkiyatçılarla çalışıyor ayrıca (.....) ve (.....) için çalışıyor, yazışmalarını ekte görebilirsiniz.(...)

(.....) IATA⁵⁴ acentesi değil, sivil havacılık ruhsatına sahip değil, bu nedenle gönderinizi farklı nakliyecilerin depolarını kullanarak halledecekler, böylece tüm belgeleri onlarla paylaşacaklar, bu durumda nakliyecinin müşterilerinize teklif vermesi riskiyle karşı karşıya kalacaksınız?

Ayrıca (.....) tüm gönderileri bir arabada gerçekleştirmekte, teşebbüsün bir havalimanı ofisi ve DGR & IATA sertifikalarına sahip olan CRT odası bulunmamakta. (.....)’nin (.....) & (.....) ile görüşmek için geldiğinde tesislerimizi ziyaret etmesini çok isterim. Şayet gelmiş olsaydı, depomuzda sadece sizin kutularınız olduğunu görürdü ...

Bu büyük oyun için çok üzgünüm ve asıl mesele fiyatsa, bize tavsiyenizi iletirseniz, eminim yine de bir yol bulabiliriz. Lütfen bu durumu yönetimle tekrar gözden geçirin, bu oyunun bir parçası olmamanızı ve operasyonlarınız için tehlikenin farkında olmanızı rica ediyorum.

Cevabınızı bekleyeceğim. ”

içerikli e-posta ile şirket yetkilisine BIOPHARMA yetkilisi (.....) ile yapılan müşteri paylaşımı hakkında bilgi verildiği, bunun yanında BIOPHARMA yetkilisi (.....) ve anlaşmaya taraf olamayan rakip teşebbüs konumundaki (.....)’ün, yapılan paylaşım sebebiyle (.....)’e hizmet veremeyeceklerinin ifade edildiği görülmektedir. E-postada dikkat çeken husus ise, TUNASET çalışanı (.....) tarafından iletilen e-postanın, müşteri paylaşımı anlaşmalarında taraf olarak adı geçmemesine rağmen, BIOPHARMA yetkilisi (.....) ile işbirliği yaptığı anlaşılan (.....) unvanlı şirketin de (.....) firmasına hizmet veremeyeceği yönünde ifadeler içermesidir. E-posta içeriğinde teşebbüsün (.....) ve (.....) unvanlı teşebbüsler için çalıştığı, IATA acentesi olmadığı ve sivil havacılık ruhsatı bulunmadığı, bu durumun da (.....) ile iş ilişkisi kurulması halinde (.....) açısından risk oluşturabileceği iddia edilmektedir. E-postanın devamında TRANSORIENT’in (.....) şirketine hizmet verme niyetini ve ısrarını ortaya koyan beyanlara da yer verilmektedir.

(104) İlgili e-postaya cevaben müşteri konumundaki teşebbüs yetkilisi (.....) tarafından iletilen

⁵⁴ IATA, havayolu üzerinden yolcu ve kargo taşımacılığının tarifelerini ve yetkilendirilmesini denetleyen kurumun kısaltılmış ismidir. Açılımı International Air Transport Association, yani Uluslararası Hava Taşımacılığı Birliği’dir. IATA, kullanılan ekipmanların standardizasyonundan, yük taşıma prosedürlerine kadar birçok aşamada rol oynamaktadır. IATA ayrıca, üyelik sistemi üzerinden çalışmaktadır (Kaynak: <https://www.flypgs.com/seyahat-sozlugu/iata-kodu>, (Erişim Tarihi: 07.10.2021)).

"Tüm açıklamalarınızı okudum. Karar 2017'de alındı ve geri dönüşü yok. Ancak gelecekte ne olacağını asla bilemeyiz, bu nedenle ileride şirketinizle çalışabiliriz, ancak şu an için değil. "

açıklamalı e-posta ile işbirliği teklifinin reddedildiği görülmekte olup TUNASET çalışanı (.....) tarafından gönderilen

"(...) Tüm bu yorumları yeni temsilcinizi daha yakından tanımanız için yazdım çünkü ayrılma nedenleriniz ve onların davranışları uyuşmuyor. Her neyse, kendisi ve (.....) hakkında yasal işlemleri başlatacağız ve geleceğin bize ne göstereceğini bekleyip göreceğiz."

içerikli cevap yazısında ise müşteri paylaşımı anlaşmasına riayet etmeyen BIOPHARMA yetkilisi (.....) ve işbirliği içerisinde olduğu iddia olunan (.....) hakkında gerekli yasal işlemlerin başlatılacağı ifade edilmektedir. Bu noktada, müşteri paylaşımı anlaşmasının sürdürülebilirliği adına, TRANSORIENT tarafından anlaşmaya aykırı davranan taraflara yönelik birtakım caydırıcı yaptırımlara başvurulduğu görülmektedir.

- (105) Bulgu-5'i tamamlar nitelikte Bulgu-7'de de "(.....)" isimli hesaptan müşteri konumundaki (.....) yetkilisi (.....)'ye iletilen

"(.....) aradığı için minnettarız ve bizimle çalışmayı bırakmayı düşünmeniz talihsiz bir durum. 2015 yılından beri ortağınız ve hizmetimizin beklentilerinizi karşıladığına inanıyoruz. Size buradaki iş ortamı hakkında biraz bilgi vermek ve bazı paydaşlarla güncel bir hukuki sorunu sizinle paylaşmak istiyorum. (.....), 2000 yılında ortağım tarafından kuruldu ve sadece gümrük müşavirliği faaliyetlerine odaklanmak amacındaydı. Mart 2018'e kadar 3 yıllık kurum içi komisyoncumuzdu. (...) Artık bize bağlı olmayan (.....)'ın uluslararası lojistik arayışında (.....) ile işbirliği yaptığı dikkatimizi çekti. Bu, Sayın (.....)'ın bizimle olan ayrılık anlaşmasına doğrudan ve açık bir şekilde aykırıdır ve Sayın (.....)'a ve (.....)'e karşı yasal işlemlerimizi başlatıyoruz. Yasal işlemin iki ayağı bulunmakta, biri gizlilik ve bilgi hırsızlığı üzerine, diğeri ise ayrılma anlaşmasının ihlali. Yukarıdaki bilgileri sizinle paylaşmak istedim çünkü bu hukuki süreç sırasında veya sonucunda suçlanan taraflar operasyonel ve mali imkânlarını etkileyecek hukuki sonuçlarla karşılaşabilirler. (.....) için gerçekten en iyisini istiyoruz, son 3 yıldır size iyi hizmet verdik ve gelecekte de başarılı olmanızı istiyoruz. Yukarıdaki konuyu burada sunduğumdan daha ayrıntılı olarak tartışmak isterseniz lütfen bana bildirin."

içerikli e-postada TRANSORIENT'in BIOPHARMA yetkilisi (.....)'a karşı açtığı dava nedeniyle (.....)'ın şirketinin hizmet veremeyecek derecede maddi zarara uğrayabileceğine ilişkin beyanlar yer almaktadır. Dolayısıyla söz konusu yazışmalardan da anlaşılacağı üzere, akdedilen sözleşmelerle TRANSORIENT tarafından kendisine bırakılan müşterilerin (.....) ile iş yapması, müşteriye gönderilen e-postalar aracılığıyla engellenmeye çalışılmaktadır.

- (106) BIOPHARMA'dan elde edilen Bulgu-8'de ise, akdedilen sözleşmelerle TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğüne bırakılan (.....)'in

"Türkiye'de bir lojistik ortak için ihale açıyoruz. (...)

Şirketiniz ile ilgileniyoruz ve daha fazla ayrıntı toplamak istiyoruz.

Tarife ile ilgili olarak; toplama, teslimat, ithalat gümrükleme ve yükleme-boşaltma, ihracat (AB, ABD, Asya, Avustralya) oranlarınıza ihtiyacımız olacak."

içerikli e-posta ile BIOPHARMA'ya teklif talebinde bulunduğu ancak BIOPHARMA'nın, ilgili e-postaya herhangi bir dönüş sağlamadığı görülmektedir. Bu kapsamda, söz konusu e-postadan, BIOPHARMA'nın müşteri paylaşımı anlaşmaları ile getirilen kısıtlamalar sebebiyle (.....)'e fiyat teklifi sunmadığı değerlendirilmektedir.

- (107) Yukarıda yer verilen bulgulardan anlaşılacağı üzere, taraflar arasındaki müşteri paylaşımının varlığını açıkça ortaya koyan anlaşmalar ile bu anlaşmaları destekleyen yazışmalara doğrudan ulaşılmıştır. Bu doğrultuda dosya mevcudu delillerin 4054 sayılı Kanun kapsamında kartel olarak nitelendirilebilecek davranışları, bu eyleme katılan tarafları ve tarafların rekabete aykırı amacını net bir biçimde ortaya koyduğu değerlendirilmektedir. Bununla birlikte, ihlalin varlığının tespiti noktasında yapılan değerlendirmeyi değiştirmeyecek olmakla beraber, aşağıdaki bölümde dosya konusu rekabete aykırı anlaşmanın piyasada doğurduğu etkiler bağlamında da bir analize yer verilecektir.

I.9.1.2. Soruşturma Konusu Uygulamaya İlişkin Etki Analizi

- (108) Dosya konusu müşteri paylaşımı anlaşmalarının açık bir kartel davranışını ortaya koyduğu ve amacı bakımından da rekabeti kısıtlayıcı nitelikte olduğu değerlendirilmektedir. Bu çerçevede, ilgili anlaşmaların 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında rekabet ihlali teşkil ettiği sonucuna ulaşmak için yukarıda yer verilen bulguların yeterli olduğu görülmektedir. Ancak alınan müşteri paylaşımı kararının uygulamaya konulup konulmadığı, uygulanma süresi, tarafların piyasadaki konumu, çalışılan müşterilerin pazarlık gücü ve pazarın yapısı gibi hususların incelenmesi; rekabetin ne ölçüde kısıtlandığının ve nasıl bir rekabetçi zararın ortaya çıktığının değerlendirilmesi bakımından önem arz etmektedir. Keza, tarafların savunmalarında geçen anlaşmaların etki doğurmadığı yönündeki iddialarının aydınlatılması amacıyla da anlaşmaların pazarda gösterdiği rekabeti kısıtlayıcı etkisine yönelik söz konusu inceleme yapılmıştır. Bu bağlamda soruşturma taraflarından ve piyasada faaliyet gösteren üçüncü taraflardan elde edilen bilgiler çerçevesinde yapılan değerlendirmelere aşağıda yer verilmektedir.

I.9.1.2.1. Soruşturma Tarafı Teşebbüslerden Talep Edilen Bilgiler Kapsamında Değerlendirme

- (109) Soruşturma tarafı teşebbüslerden talep edilen bilgiler çerçevesinde, teşebbüslerin biyofarma lojistiği hizmetinden elde ettiği toplam satış değerleri içerisinde paylaşılan müşterilerin ağırlığı incelenmiştir. Tablo-7 ve 9'dan da görüleceği üzere, TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü tarafından satış gelirlerinin neredeyse tamamının paylaşılan müşterilerden elde edildiği; BIOPHARMA'nın satış gelirleri içerisinde paylaşılan müşterilerin payının ise 2017-2018 yılları hariç olmak üzere, yaklaşık %(.....) arasında değişiklik gösterdiği, teşebbüs tarafından satış gelirin büyük çoğunluğunun "Diğer" kategorisinde yer alan müşterilerden elde edildiği anlaşılmaktadır. İlgili tablolardan ayrıca, soruşturma tarafı teşebbüslerin, müşteri paylaşımı anlaşmalarının uygulamaya konulduğu tarih olan 2017'den itibaren birbirlerine bıraktıkları müşteriler ile neredeyse hiç çalışmadıkları görülmektedir. Keza, TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü, sözleşmelerle BIOPHARMA'ya bırakılan müşterilerin çoğunluğu ile 2017 öncesinde ticari ilişkiye sahipken, teşebbüsün ilerleyen yıllarda rakibine bıraktığı müşterilerin neredeyse tamamına yakını ile iş ilişkisinin sona erdiği, hizmet sunduğu müşterilerden elde ettiği gelirin ise %(.....)'in çok altında kaldığı göze çarpmaktadır. BIOPHARMA'nın çalıştığı müşteriler arasında da TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğüne bırakılan müşterilerden yalnızca (.....)'nin bulunması ve anılan müşteriden elde edilen gelirin

%(.....)'in oldukça altında kalması sebebiyle tarafların akdedilen müşteri paylaşımı anlaşmalarına büyük ölçüde sadık kaldıkları açıkça görülmektedir.

(110) Yapılan başvuruda, TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü lehine imzalanan anlaşmadaki müşterilerin hemen hepsinin biyofarma lojistiği piyasasında küresel düzeyde faaliyet gösteren güçlü aktörler olduğu, ayrıca anılan aktörlerin, müşterilerin sürekliliği gereği uzun süreli iş ilişkileri kurduğu ve alt firmalara taşıttıkları iş hacimlerinin oldukça yüksek tutarlara ulaştığı; öte yandan BIOPHARMA lehine düzenlenen ikinci anlaşmadaki müşterilerin tamamına yakınının yerli ve biyofarma lojistiği bakımından küçük ölçekli lojistik hizmeti alan şirketler olduğu, yaptıkları anlaşmaların da düzenli hizmet alımına yönelik olmayıp proje bazlı olduğu ifade edilmektedir. Bu bağlamda, akdedilen anlaşmalarla, TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün lehine olarak değerlendirilebilecek bir paylaşım sağlandığı iddia edilmektedir.

(111) Yer verilen iddia kapsamında, teşebbüslerin hizmet sunduğu müşteriler ile bu müşterilerden elde edilen satış gelirlerinin yer aldığı Tablo-6 ve 8 kapsamında yapılacak bir değerlendirme önem arz etmektedir. Söz konusu tablolar incelendiğinde, BIOPHARMA'ya bırakılan müşterilerin çoğunun teşebbüsten belirli yıllar haricinde hiç hizmet almadığı, hizmet alınan yıllarda da tutarının oldukça düşük bir seviyede kaldığı; öte yandan, TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün ise, kendisine bırakılan müşterilerin çoğuyla hemen her yıl çalıştığı, sunulan hizmetten elde edilen gelirin de BIOPHARMA ile kıyaslandığında oldukça yüksek bir seviyede gerçekleştiği görülmektedir. Sözleşmelerin uygulamaya konulduğu 2017 yılı itibarıyla TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün kendisine bırakılan ve en çok satış geliri elde ettiği üç müşterisine bakıldığında; (.....)'den (.....) TL, (.....)'den (.....) TL ve (.....)'ten (.....) TL satış geliri elde ettiği görülmektedir. Öte yandan, aynı yılda BIOPHARMA'nın kendisine bırakılan ve en çok satış geliri elde ettiği üç müşterisine bakıldığında ise; (.....)'dan (.....) TL, (.....)'den (.....) TL ve (.....)'dan (.....) TL satış geliri elde ettiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün hizmet sunduğu müşterisinden elde ettiği en yüksek gelir (.....) TL'yi bulurken; BIOPHARMA tarafından kendisine bırakılan müşteriden elde edilen en yüksek gelirin ise (.....) TL olarak gerçekleştiği; teşebbüsün ayrıca 2017 yılı hariç olmak üzere, sözleşme ile kendisine bırakılan müşterilerin büyük çoğunluğundan düzenli olarak gelir elde etmediği, elde edilen gelirin de oldukça düşük bir düzeyde kaldığı görülmektedir. Keza, dosya kapsamında yapılan bilgi taleplerine yönelik paylaşılan müşterilerden gelen cevabi yazılarda da müşterilerden;

- (.....) ve (.....) tarafından biyofarma lojistik hizmetine nadiren ihtiyaç duydukları ve hizmet alımlarının da oldukça düşük düzeyde kaldığı,
- (.....) tarafından yalnızca klinik araştırmalar lojistiği alanında hizmet alımı yaptıkları ancak sonrasında kendi lojistik sistemlerini kurarak hizmet alımını tamamen durdurdukları,
- (.....) tarafından yalnızca kan örneklerinin transferi için sınırlı bir hizmet alımı gerçekleştirdikleri,
- (.....) tarafından ise tek bir çalışma kapsamında bu hizmetten yararlandıkları ancak yatırımın fayda sağlamayacak olması sebebiyle hizmet alımını tamamen sonlandırdıkları

belirtilmekte olup buradan hareketle, BIOPHARMA'ya bırakılan müşterilerin büyük bir kısmının biyofarma lojistik hizmetine nadiren ihtiyaç duyduğu, biyofarma lojistik hizmet

alımlarının ise, genel hizmet alımları içerisinde düşük bir ağırlığa sahip olduğu ve süreklilik arz etmediği değerlendirilmektedir.

- (112) Dosya kapsamında ele alınması gereken önemli hususlardan bir diğeri de, TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü adına (.....) tarafından 28.12.2018 tarihinde Asliye Ticaret Mahkemesi'nde rekabet yasağının ihlal edildiği iddiasına dayanılarak BIOPHARMA yetkilisi (.....)'a karşı açılan davadır. Dava kapsamında, TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü çatısı altında uzun yıllar çalışan (.....)'ın (.....) ile rekabet etmeme sözleşmesinden doğan rekabet yasağı taahhüdüne aykırı davranmak suretiyle teşebbüsün maddi zararına sebebiyet verdiği ve dolayısıyla akdedilen sözleşmelerde belirlenen cezai şart tutarını ödeme borcu altına girdiği iddia edilmektedir. Bu kapsamda (.....)'a açılan dava ile iddia konusu zararın tespit edilerek sözleşmelerde düzenlenen cezai şart alacağıının ödenmesi talebi ile hukuki sürecin başlatıldığı görülmektedir.
- (113) Dava dosyası kapsamında iddialara konu rekabet etmeme yükümlülüğüne aykırılığın, (.....)'ın akdettiği sözleşmelerle verilen taahhüde aykırı bir şekilde, (.....)'e bıraktığı "(.....)" unvanlı teşebbüsle iş ilişkisi kurmasından kaynaklandığı, bu noktada bir dönem TRANSORIENT'in gümrük müşaviri olarak küresel müşterilere verdiği hizmetlerde destek aldığı dava dışı (.....) unvanlı teşebbüsün BIOPHARMA yetkilisi (.....) tarafından aracı şirket olarak kullanıldığı ifade edilmektedir. Dava dosyasında delil olarak yukarıda "*Teşebbüsten Elde Edilen E-posta Yazışmaları*" başlığı altında da yer verilen 22.05.2018 tarihli (.....)-(.....) arasındaki yazışmaya da atıfta bulunduğu görülmekte olup bu kapsamda (.....) unvanlı müşterinin (.....) ve (.....) arasındaki işbirliği sonucu ayartıldığı iddiasına yer verilmektedir. Bu noktada, Bulgu-5'te sözleşmelerin tarafı olmadığı halde adı geçen (.....)'ün söz konusu anlaşmazlık içerisindeki rolü daha net anlaşılmaktadır.
- (114) Bahsi geçen hukuki süreç kapsamında, BIOPHARMA'nın verilerini içeren Tablo-8 incelendiğinde, teşebbüsün faaliyetlerine başladığı tarihten itibaren ayartıldığı iddia olunan (.....) unvanlı müşteri ile hiç iş ilişkisi kurmadığı, hizmet sunduğu müşteriler arasında (.....)'nin yer almadığı ve TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğüne bırakılan müşterilerden yalnızca (.....) ile çalıştığı görülmektedir. Dolayısıyla mevcut bilgilerden, BIOPHARMA'nın (.....) ile fiilen ticari bir ilişki içerisine girdiği yönünde bir tespit bulunmak mümkün görünmemektedir.
- (115) Bu noktada, dosya kapsamında yapılacak değerlendirme açısından (.....)'a karşı açılan davanın zamanlamasının önemli görünmektedir. Öyle ki yukarıda yer verilen bilgilerden Aralık 2016 tarihinde akdedilen sözleşmeler, 2018 yılına gelindiğinde taraflar arasında anlaşmazlık yaratarak anılan hukuki sürecin başlamasına neden olmuştur. 2018 yılının dosya özelinde önem arz etmesinin sebebi, Tablo-9'dan da görüleceği üzere, 2018 yılına kadar (.....)'ın paylaşılan müşteriler özelinde elde ettiği gelirin toplam gelirleri içindeki payının %(.....)'lere tekabül etmesi ancak 2018 yılı itibarıyla bu oranın %(.....)'lere ve sonrasında da %(.....) seviyesine gerilemesidir. Dolayısıyla akdedilen sözleşmelerin 2018 yılına kadar sorunsuz uygulanmasına rağmen, ilgili yılda ortaya çıkan sözleşmeye aykırılığın, yaşanan getiri kaybından kaynaklanmış olabileceği değerlendirilmektedir. Ancak her koşulda, BIOPHARMA tarafından, akdedilen sözleşmelerle TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğüne bırakılan (.....) unvanlı müşteriden elde edilen gelirin toplam satış gelirleri içerisindeki düşük payının, yaşanan kaybı telafi edecek düzeyde olmadığı tablolardan da açık bir şekilde anlaşılmaktadır.
- (116) Dava konusu yapılmamış olmakla beraber, Tablo-6'dan TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün de BIOPHARMA'ya bırakılan bazı müşterilerle 2017 yılı ve

sonrasında çalıştığı görülmektedir. Öyle ki, TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü 2016 yılında, sözleşmelerle BIOPHARMA'ya bırakılan 15 müşteriden 13 tanesine hizmet verirken, sözleşmelerin hayata geçirildiği 2017 yılında BIOPHARMA'nın 3 müşterisine, 2019 yılından 1 müşterisine, 2020 yılında 2 müşterisine, 2021 yılında ise 1 müşterisine hizmet sunmuştur. BIOPHARMA ile benzer şekilde, TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün BIOPHARMA'nın müşterilerinden elde ettiği gelir de %(...)'in çok altında kalmaktadır. Kaldı ki, ilgili tablolardan da görüleceği üzere, anlaşmaların uygulamaya konulduğu yıldan itibaren tarafların rakibe bırakılan müşterilerden çok azıyla ticari ilişki kurduğu, daha ziyade, kendilerine bırakılan ya da paylaşımına konu olmayan müşterilerden gelir elde ettikleri söylenebilecektir. Her koşulda, taraflarca akdedilen ve belirli bir süre sınırı bulunmayan anlaşmalara 2017-2021 yılları arasında büyük ölçüde riayet edildiği izahından varestedir.

- (117) Bu noktada, soruşturma tarafı teşebbüslerin toplam gelirleri içerisinde biyofarma lojistik hizmetlerinden ve paylaşılan müşterilerden elde ettikleri gelirin ağırlığına ilişkin yapılacak bir değerlendirme de önem arz etmektedir.

Tablo-10: Teşebbüslerin 2016-2021 Yıllarında Paylaşılan Müşterilerden Elde Ettiği Gelirleri (PMEEG) ile Toplam Gelirleri⁵⁵ (TL)

| Teşebbüs Adı | Yıl | | | | | | | | | | | |
|---------------------|---------|--------------|---------|--------------|---------|--------------|---------|--------------|---------|--------------|--------------------|--------------|
| | 2016 | | 2017 | | 2018 | | 2019 | | 2020 | | 2021 ⁵⁶ | |
| | PMEEG | Toplam Gelir | PMEEG | Toplam Gelir | PMEEG | Toplam Gelir | PMEEG | Toplam Gelir | PMEEG | Toplam Gelir | PMEEG | Toplam Gelir |
| BIOPHARMA | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |
| TRANSORIENT-TUNASET | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |

Kaynak: Teşebbüslerden Elde Edilen Bilgiler

Tablo-11: Teşebbüslerin 2016-2021 Yıllarında Paylaşılan Müşterilerden Elde Ettiği Gelirlerin Toplam Gelirleri İçindeki Oransal Ağırlığı (%)

| Teşebbüs Adı | Yıl | | | | | |
|---------------------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|
| | 2016 | 2017 | 2018 | 2019 | 2020 | 2021 |
| BIOPHARMA | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |
| TRANSORIENT-TUNASET | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |

Kaynak: Teşebbüslerden Elde Edilen Bilgiler

Tablo-12: Teşebbüslerin 2016-2021 Yıllarında Biyofarma Lojistik Faaliyetinden Elde Ettiği Gelirleri ile Toplam Gelirleri (TL)

| Teşebbüs Adı | Yıl | | | | | | | | | | | |
|---------------------|---------------------------|--------------|---------------------------|--------------|---------------------------|--------------|---------------------------|--------------|---------------------------|--------------|---------------------------|--------------|
| | 2016 | | 2017 | | 2018 | | 2019 | | 2020 | | 2021 | |
| | Biyofarma Lojistik Geliri | Toplam Gelir | Biyofarma Lojistik Geliri | Toplam Gelir | Biyofarma Lojistik Geliri | Toplam Gelir | Biyofarma Lojistik Geliri | Toplam Gelir | Biyofarma Lojistik Geliri | Toplam Gelir | Biyofarma Lojistik Geliri | Toplam Gelir |
| BIOPHARMA | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |
| TRANSORIENT-TUNASET | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |

Kaynak: Teşebbüslerden Elde Edilen Bilgiler

⁵⁵ Toplam gelir, teşebbüslerin ilgili yılda elde ettikleri net satışlara karşılık gelmektedir.

⁵⁶ Teşebbüslerin 2021 yılına ait toplam gelirleri, ilk dokuz aylık tahmini net satış verileri esas alınarak hesaplanmıştır.

22-24/390-161

Tablo-13: Teşebbüslerin 2016-2021 Yıllarında Biyofarma Lojistiği Faaliyetinden Elde Ettikleri Gelirlerin Toplam Gelirleri İçindeki Oransal Ağırlığı (%)

| Teşebbüs Adı | Yıl | | | | | |
|---|---------|---------|---------|---------|---------|---------|
| | 2016 | 2017 | 2018 | 2019 | 2020 | 2021 |
| BIOPHARMA | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |
| TRANSORIENT-TUNASET | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |
| Kaynak: Teşebbüslerden Elde Edilen Bilgiler | | | | | | |

- (118) Yukarıda yer verilen tablolardan anlaşılacağı üzere, BIOPHARMA'nın toplam gelirleri içerisinde paylaşılan müşterilerden elde ettiği gelirin ağırlığı 2017 yılında % (.....) olup bu oran yıllar itibarıyla belirgin bir şekilde azalarak 2018 yılında % (.....)'e, 2019 yılında % (.....), 2020 yılında ise % (.....)'ye kadar gerilemiştir. 2021 yılında ise söz konusu oranda sınırlı da olsa bir artış yaşanmış; paylaşılan müşterilerden elde edilen gelirin ağırlığı % (.....) olarak gerçekleşmiştir. Ancak her koşulda, 2017 yılı hariç olmak üzere, paylaşılan müşterilerden sağlanan gelirin teşebbüsün toplam gelirinin çok küçük bir kısmına tekabül ettiği söylenebilecektir. Öte yandan TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğüne ait veriler incelendiğinde ise, söz konusu oranın yıllar itibarıyla küçük sayılabilecek dalgalanmalar dışında istikrarlı bir seyir izlediği görülmektedir. Teşebbüsün toplam gelirleri içerisinde paylaşılan müşterilerden elde edilen gelirin oransal ağırlığı % (.....) ile % (.....) arasında değişiklik göstermektedir. Her ne kadar bu oranın BIOPHARMA ile kıyaslandığında görece yüksek olduğu söylenebilse de, paylaşılan müşterilerden elde edilen gelirin, teşebbüsün toplam gelirlerinin sınırlı bir bölümünü oluşturduğu değerlendirilmektedir. Bununla birlikte, aynı ekonomik bütünlük içerisinde yer alan TUNASET'in toplam gelirlerinin ağırlıklı olarak dosya konusu anlaşmalar ile paylaşılan müşterilerden elde ettiği söylenebilecektir. Teşebbüs, son 2 yıl hariç olmak üzere, gelirlerinin (.....) paylaşılan müşterilerden elde etmekte olup özellikle 2016, 2017 ve 2018 yıllarında söz konusu müşterilerden elde edilen gelirin oransal ağırlığı ise % (.....) ile % (.....) arasında değişiklik göstermektedir.
- (119) Teşebbüslerin toplam gelirleri içerisinde biyofarma lojistiği hizmetinden elde edilen gelirin ağırlığına bakıldığında ise BIOPHARMA için bu oranın % (.....) ile % (.....) arasında değişiklik gösterdiği, dolayısıyla teşebbüsün gelirinin tamamına yakını biyofarma lojistik hizmetinden elde ettiği anlaşılmaktadır. TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü için ise bu oran % (.....) ile % (.....) arasında değişmekte olup BIOPHARMA ile kıyaslandığında teşebbüsün gelirlerinin görece küçük bir kısmını biyofarma lojistiği hizmetinden elde ettiği görülmektedir. Ancak bu noktada dikkat çeken husus, TUNASET'in toplam gelirleri içerisinde biyofarma lojistiğinden elde edilen gelirin ağırlığının 2016-2018 yılları arasında % (.....), 2019 yılında % (.....), 2020 yılında % (.....) ve 2021 yılında ise % (.....) olarak gerçekleşmesi; dolayısıyla, teşebbüsün gelirlerinin neredeyse tamamının biyofarma lojistik hizmetinden oluşmasıdır. Her ne kadar aynı ekonomik bütünlük içerisinde yer alıyor olsalar da, söz konusu ekonomik bütünlüğün ağırlıklı olarak TUNASET aracılığıyla biyofarma lojistik hizmeti sunduğu söylenebilecektir.

I.9.1.2.2. Üçüncü Taraflardan Talep Edilen Bilgiler Kapsamında Değerlendirme

- (120) İlgili dosya kapsamında, soruşturma tarafı teşebbüslerin yanı sıra, sektörde faaliyet gösteren rakip teşebbüslerden, paylaşımına konu müşterilerden ve TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün de üye olduğu dernek olan (.....)'dan bilgi talebinde bulunulmuştur. Taraflarca sağlanan bilgilerin daha çok sektörün yapısı ve işleyişine yönelik olması sebebiyle ilgili başlık altında soruşturma konusu teşebbüslerin faaliyet gösterdiği pazarın yapısı, tarafların ve hizmet sunulan müşterilerin piyasadaki konumu, pazara giriş engelleri gibi hususlar hakkında bir değerlendirmeye yer verilecektir.
- (121) Dosya kapsamında önem arz eden hususlardan ilki, biyofarma lojistik sektöründe faaliyet gösteren teşebbüslerin sayıca az olmasıdır. Rakip teşebbüsler tarafından sağlanan cevabi yazılarda, sınırlı sayıda yerel teşebbüsün ilgili pazarda faaliyet gösterdiği ifade edilmekte; benzer şekilde, bazı müşteriler tarafından sağlanan cevabi yazılarda da sağlayıcı azlığına vurgu yapılarak bu durumun, sektörün önemli bir sorunu olduğu belirtilmektedir.

- (122) Dosya kapsamında (.....)'dan dernek bünyesinde kayıtlı olan ve biyofarma lojistiği sektöründe faaliyet gösteren teşebbüslerin bir listesi talep edilmiş, ilgili cevabi yazıda bazı üyelerin sağlık ve biyofarma lojistiği alanlarında faaliyet göstermekle birlikte, üye kayıt işlemleri sırasında bu detayda bir bilgi istenmediği için üyelerin faaliyetleri özelinde sektörel bir ayrıma gidilemediği ifade edilmiş; dolayısıyla yalnızca sağlık lojistiği alanında faaliyet gösteren teşebbüslerin bilgisine yer verilmiştir.
- (123) Teşebbüslerin sayıca azaldığı ancak görece piyasa paylarının arttığı yoğunlaşmış pazarlarda rekabet etme güduları azalabilmekte, zımni veya açık bir iş birliğine girme güduları artabilmektedir. Taraflarca sağlanan cevabi yazılar ile kamuya açık kaynaklardan elde edilen bilgilerden, biyofarma lojistiği pazarında faaliyet gösteren 12 teşebbüsün varlığı tespit edilmiş olup bu teşebbüslerin biyofarma lojistiğinden elde ettikleri satış gelirleri ve pazar paylarının yer aldığı bilgilere aşağıdaki tablolarda yer verilmektedir. Her ne kadar soruşturma konusu müşteri paylaşımı anlaşmalarının ihlal olarak değerlendirilmesi noktasında, tarafların sahip oldukları pazar gücü önem arz etmese de, anlaşma sonucunda piyasada oluşacak muhtemel etkilerin tespiti açısından yapılacak değerlendirmede teşebbüslerin pazar paylarının önemli olduğu değerlendirilmektedir.

Tablo-14: 2016-2021 Yıllarında Rakip Teşebbüslerin Biyofarma Lojistik Faaliyetinden Elde Ettikleri Satış Geliri (TL)

| Teşebbüs Adı | Yıl | | | | | |
|---------------------|---------|---------|---------|---------|---------|--------------------|
| | 2016 | 2017 | 2018 | 2019 | 2020 | 2021 ⁵⁷ |
| (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |
| (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |
| TRANSORIENT-TUNASET | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |
| (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |
| (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |
| (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |
| BIOPHARMA | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |
| (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |
| (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |
| (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |
| (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |
| (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |
| TOPLAM | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |

Kaynak: Teşebbüslerden Elde Edilen Bilgiler

⁵⁷ Tablo-14'te yer alan 2021 yılına ait veriler teşebbüslerin Ocak-Eylül dönemine ilişkin satış gelirlerini içermektedir.

Tablo-15: 2016-2021 Yıllarında Rakip Teşebbüslerin Biyofarma Lojistik Gelirlerine Göre Pazar Payları

| Teşebbüs Adı | Yıl (%) | | | | | |
|----------------------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|
| | 2016 | 2017 | 2018 | 2019 | 2020 | 2021 |
| (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |
| (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |
| TRANSORIENT- TUNASET | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |
| (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |
| (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |
| (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |
| BIOPHARMA | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |
| (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |
| (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |
| (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |
| (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |
| (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) | (.....) |
| TOPLAM | 100,00 | 100,00 | 100,00 | 100,00 | 100,00 | 100,00 |

Kaynak: Teşebbüslerden Elde Edilen Bilgiler

- (124) İlgili tablolar incelendiğinde⁵⁸, (.....)'ün 2016-2021 yılları arasında sahip olduğu %(.....) ile %(.....) arasında değişiklik gösteren pazar payıyla sektörün lideri konumunda olduğu, onu 2016-2017 yıllarında sahip olduğu %(.....)'lik pazar payı ile TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün takip ettiği görülmektedir. 2018 ve 2019 yıllarına gelindiğinde, rakiplerden (.....)'nin %(.....) ve %(.....)'lik pazar payıyla (.....)'ü takip ettiği, (.....)'in ise anılan yıllarda %(.....)'lük pazar payıyla sektördeki en büyük üçüncü teşebbüs olduğu anlaşılmaktadır. TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün ilgili yıllardaki pazar payı %(.....) arasında değişiklik göstermekte olup teşebbüs sektördeki en büyük dördüncü oyuncu konumundadır. 2020 ve 2021 yıllarında ise TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün sahip olduğu %(.....) ve %(.....)'lik pazar payıyla (.....) ve (.....)'yi takip ettiği, (.....)'in ise dördüncü sıraya gerilediği anlaşılmaktadır. Anılan teşebbüsleri sahip olduğu %(.....)-%(.....)'lik pazar payı ile (.....) takip etmekte, sektörde faaliyet gösteren BIOPHARMA da dâhil olmak üzere, diğer rakip oyuncuların çoğunluğunun pazar paylarının ise %(.....)'ün altında kaldığı görülmektedir. Bu noktada TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün pazardaki konumu bakımından önemle belirtilmelidir ki, sektörün önde gelen rakiplerinden (.....) ve (.....)'nin müşterilerine sunduğu hizmet türünü ayırtıramamış ve sunulan hizmeti yalnızca “ilaç lojistiği” gibi genel bir kategori altında toplamış olmaları sebebiyle, teşebbüslerin pazar payları hesaplanırken biyofarma-klinik araştırma lojistiği şeklinde bir alt kırılıma gidilememiştir. Anılan teşebbüslerin görece yüksek pazar paylarının, söz konusu ayırtırmanın yapılamamış olmasından kaynaklandığı değerlendirilmektedir. Dolayısıyla ilgili hizmet türlerinin ayırtırıldığı senaryoda TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün daha üst

⁵⁸ Dosya kapsamında yapılan incelemede Türkiye biyofarma lojistik pazarının toplam büyüklüğüne ilişkin herhangi bir bilgiye ulaşılamamış olup sektörde faaliyet gösteren teşebbüslerin toplam satış gelirleri baz alınmak suretiyle tahmini bir pazar büyüklüğü hesaplanmıştır.

sıralarda konumlanabileceği değerlendirilmektedir⁵⁹. Ancak her koşulda, mevcut anlaşmaların tarafı olan teşebbüslerden TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün, rakiplerinin büyük çoğunluğu ile kıyaslandığında, görece yüksek pazar payı dikkat çekmekte, anılan teşebbüsün sektördeki önemli oyuncularından biri olduğu göze çarpmaktadır. Keza, müşterilerin hizmet aldığı sağlayıcılara bakıldığında da tamamına yakınının ağırlıklı olarak ya da yalnızca TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü ve BIOPHARMA ile çalışmayı tercih ettiği görülmektedir. Bu durum, soruşturmaya konu teşebbüslerin pazardaki önemi ve bilinirliğini de açıkça ortaya koymaktadır.

- (125) Soruşturma tarafı teşebbüslerce akdedilen anlaşmaların, pazardaki rakip sayısının azlığı ve tarafların pazardaki konumu da dikkate alındığında, görece düşük pazar payına sahip diğer oyuncular açısından koordinasyonu teşvik edici bir rol oynaması muhtemeldir. Zira yoğunlaşmış pazarlarda kartel oluşum riski yüksek olduğundan, özellikle lider konumundaki teşebbüsler arasındaki herhangi bir iş birliği ve koordinasyon neticesinde, pazardaki diğer rakiplerin de öncü firmaların davranışlarını takip etmesi olası görülmektedir. Kaldı ki, bir kartel oluşumunun, koordinasyonu teşvik edici bir rol oynamasına bile, pazar üzerinde olumsuz etkiler doğurması doğası gereği beklenen bir durumdur. Somut olaydaki müşteri paylaşımı anlaşmaları, paylaşımına konu müşteriler açısından da bazı sakıncalar doğurmaktadır. Şöyle ki, akdedilen anlaşmalarla karşı tarafa bırakılan müşteriler, sağlayıcı değişikliği yapmak istediklerinde, anlaşma tarafı olan diğer rakip teşebbüs ile çalışamayacağından, bu durum, müşterinin sağlayıcı seçeneklerinin azalmasına neden olacaktır. Sektör, biyofarma lojistik hizmeti sunan teşebbüslerin sayısı itibarıyla oldukça yoğunlaşmış bir yapıda olduğundan⁶⁰, piyasadaki sağlayıcı sayısının azlığı dikkate alındığında, akdedilen anlaşmalar, öncelikle sınırlı sağlayıcı seçeneğiyle karşı karşıya kalan müşteri konumundaki teşebbüslere, en nihayetinde de ticari ilişki zincirinin son halkası olan tüketiciye olumsuz bir şekilde yansımaya sebep olacaktır.
- (126) Üçüncü taraflarca ifade olunan hususlardan bir diğeri de biyofarma lojistiği sektöründe faaliyet gösterebilmek için T.C. Sağlık Bakanlığı'nın belirlemiş olduğu GDP standartlarının karşılanması gerektiği, söz konusu standartların karşılanması için ise sektöre girişlerde yüksek yatırım maliyetine katlanma zorunluluğunun olmasıdır. Gelen cevabi yazılarda, lojistiği sağlanan ürünlerin hassas ve bozulmaya meyilli olması sebebiyle, ürünlerin sevkiyat ve depolanmasında kullanılan kutu ve araçlar ile ilaçların uygun ısıda taşındığını ya da korunduğunu ölçümlemeye yarayan ekipmanların ve teknik altyapının en yüksek standartlarda olması gerektiği, bu

⁵⁹ Dosya kapsamında (.....) ve (.....)'ün pazar büyüklüğüne dâhil edilmediği senaryo kapsamında da bir hesaplama gerçekleştirilmiş olup söz konusu durumda, TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün 2016-2021 yılları özelinde sahip olduğu %(.....)-%(.....) arasında değişen pazar payı ile 2018 ve 2019 yılları hariç olmak üzere sektörün lideri konumunda olduğu, teşebbüsü, %(.....)-%(.....) arasında değişen pazar payıyla (.....)'in takip ettiği, BIOPHARMA'nın ise %(.....)'lere ulaşan pazar payı ile sektörde faaliyet gösteren en büyük beş teşebbüs arasında yer aldığı tespit edilmiştir. Her koşulda, görece yoğunlaşmış ilgili pazarda, soruşturma konusu teşebbüslerin sahip oldukları pazar payları ile pazardaki konumları bakımından sektörün önde gelen teşebbüsleri arasında yer aldığı değerlendirilmektedir.

⁶⁰ Yoğunlaşmış oligopol piyasası, fiyatların rekabetçi piyasa yapısının oldukça üstünde ve çıktı miktarının ise rekabetçi piyasa yapısının oldukça altında olduğu yüksek derecede yoğunlaşmış pazar olarak tanımlanmaktadır. Genel olarak, ampirik çalışmalar bu türden bir pazar yapısının, pazardaki en büyük dört oyuncunun pazar payının %50 ve üzerinde olması veya pazardaki en büyük sekiz oyuncunun pazar payının %70 ve üzerinde olması durumunda ortaya çıktığını göstermektedir (Kaynak: Rekabet Terimleri Sözlüğü, <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Yayinlar/rekabet-terimleri-sozluгу/terimler-listesi?icerik=9a5592ac-5dc8-49f1-ba44-fe59d01e6ca9>, Erişim Tarihi: 21.10.2021).

anlamda yüksek maliyetli bir operasyonun kaçınılmaz olduğu ifade edilmektedir. Söz konusu lojistik hizmetinin sunulması için gereken sistem ve altyapının yanında, özel bilgi ve deneyimin de önem arz ettiği ifade edilerek bu türden bir lojistik altyapısının kurulmasının oldukça maliyetli olduğu hususunun altı çizilmektedir. Bu kapsamda, büyük yatırım ve *know-how* gerekliliğinin, sektöre girişin önünde bir engel yaratacağı söylenebilecektir.

- (127) Cevabi yazılarda, ek olarak, pazara girmek isteyen potansiyel rakiplerin müşteri çevresi edinmesinin zor olduğu ve belirli bir zaman aldığı da vurgulanmaktadır. Dolayısıyla, yatırım ve deneyim gibi unsurların yanında, müşterilere erişimin de bir giriş engeli yaratacağı değerlendirilmektedir. Her ne kadar, müşteriler tarafından sağlanan cevabi yazılarda, birden fazla sağlayıcı ile çalışmanın önünde herhangi bir hukuki ya da iktisadi engel bulunmadığı ifade edilmiş olsa da, fiyat artışı, hizmet kalitesi, süre vb. gibi geçiş maliyetlerinin varlığı sebebiyle genelde tek bir sağlayıcı ile çalışmanın tercih edildiği belirtilmektedir. Tüm bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda, teşebbüslerce akdedilecek bir müşteri paylaşımı anlaşması, yeni rakiplerin piyasaya giriş yapmalarını doğrudan etkileyecek olup pazarın görece yoğunlaşmış yapısının kırılmasını engelleyecek, bu durum ise mevcut kartel eyleminin piyasayı daha fazla etkilemesine sebep olacaktır.
- (128) Öte yandan, rakipler tarafından sağlanan cevabi yazılardan, sektörde hizmet sağlayan az sayıda rakip teşebbüs bulunmasına rağmen biyofarma lojistik hizmeti sunulan müşteri sayısının oldukça yüksek olduğu görülmektedir. Bu noktada, her ne kadar genel müşteri büyüklüğüne ilişkin net bir veri sağlanamamış olsa da, taraflarca akdedilen anlaşmalara konu müşterilerin, pazarın geneli ile kıyaslandığında, sınırlı bir düzeyde kaldığı, yapılan paylaşımdan, pazardaki tüm müşterilerin etkilenmediği, paylaşımın yalnızca küçük bir müşteri kitlesi ile sınırlı tutulduğu anlaşılmaktadır. Kaldı ki söz konusu müşterilerin BIOPHARMA ve TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü haricindeki rakiplerle çalışmasının önünde de herhangi bir engel bulunmamaktadır. Nitekim (.....), (.....), (.....), (.....), (.....), (.....) gibi paylaşımına konu olan bazı müşterilerin cevabi yazılarından, birden fazla hizmet sağlayıcısı ile çalışabildikleri ve ihtiyaç duymaları halinde kolay bir şekilde sağlayıcı değiştirebildikleri açıkça görülmektedir.
- (129) TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün yazılı savunmasında, sözleşmelere konu müşterilerin, yüksek bir alıcı gücüne sahip olması sebebiyle, "kartel" niteliğini haiz bir anlaşmaya konu edilemeyecekleri iddia olunmaktadır. Bu kapsamda paylaşımına konu müşterilerden, sağlayıcılar karşısındaki pazarlık güçlerinin tespiti amacıyla bilgi talebinde bulunulmuştur. Gelen cevabi yazılarda, söz konusu pazarlık gücünün yüksek hacimli hizmet alımları ve devamlılığı ile müşterilerin sektördeki bilinirliği gibi kriterlere bağlı olarak değişiklik gösterdiği, bu durumun bir sonucu olarak da kimi müşterilerin sağlayıcılar karşısında yüksek pazarlık gücüne sahipken, kimi müşteriler karşısında da sağlayıcıların güçlü olabileceği hususunun altı çizilmektedir. Bu doğrultuda müşterilerden (.....) düşük hacimli ve süreklilik arz etmeyen hizmet alımları sebebiyle sağlayıcı firmalar karşısında pazarlık gücüne sahip olmadığını belirtirken, (.....) gibi müşteriler ise yüksek montanlı hizmet alımı yapmaları ve piyasadaki bilinirlikleri sebebiyle sağlayıcılar karşısında güçlü konumda olduklarını vurgulamaktadır. Dolayısıyla ticari ilişkinin kurulması ya da sürdürülmesi noktasında, paylaşımına konu müşterilerin sağlayıcılar karşısında pazarlık gücüne sahip olduğu yönünde bir genelleme yapmanın mümkün olmadığı değerlendirilmektedir.
- (130) Soruşturma sürecinde edinilen bilgiler kapsamında, biyofarma lojistik sektöründe az sayıda oyuncunun faaliyet gösterdiği, rakip teşebbüslerden büyük çoğunluğunun

pazar payının % (.....)'ün altında kaldığı, bu kapsamda pazarın oligopolistik bir yapı sergilediği; soruşturma taraflarından TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün ise sahip olduğu görece yüksek pazar payı ve bilinirliği ile rakiplerine kıyasla sektördeki güçlü oyuncular arasında yer aldığı görülmektedir. Bununla birlikte, biyofarma lojistiği sektöründe faaliyet gösterebilmek için gerekli olan *know-how*, uzmanlık, yüksek yatırım maliyeti gibi unsurlar ile bu alanda hizmet alımı gerçekleştiren müşterilerin sektörde ticari ilişki kurdukları firmalar ile uzun yıllar çalışmayı tercih etmesinin pazara girişlerde engel oluşturduğu söylenebilecektir. Pazarın yapısı ve potansiyel rekabet açısından sahip olduğu dezavantajlar göz önünde bulundurulduğunda, dosya konusu kartelin piyasa üzerinde yukarıda da bahsi geçen potansiyel birtakım etkilere sebep olabileceği ve bu durumun piyasa mekanizması tarafından kendiliğinden bertaraf edilmesinin güç olduğu değerlendirilmektedir.

I.9.2. 4054 Sayılı Kanun'un 5. Maddesi Kapsamında Yapılan Değerlendirme

- (131) 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile yasaklanan rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar ancak 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesindeki koşulların tümünün sağlanması halinde 4. maddenin uygulanmasından muaf tutulabilmektedir. 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında muafiyet koşulları şu şekilde sayılmıştır:

- a) Malların üretim veya dağıtımını ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,*
- b) Tüketicinin bundan yarar sağlaması,*
- c) İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,*
- d) Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması.”*

- (132) Kanun belli tip veya türdeki rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaları 5. madde koruması dışında bırakan bir düzenleme ihtiva etmemekte; dolayısıyla teorik olarak 5. maddede yer alan koşulların tümünü sağlayan her türden rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ve hüküm muafiyet korumasından faydalanabilmektedir. Fakat gerek hukuken gerek iktisadi olarak doğası gereği rekabeti aşırı ölçüde sınırladıkları ve rekabet üzerindeki olumsuz etkilerini bertaraf edecek nitelikte ekonomik faydalar yaratabilme ihtimalleri oldukça düşük olduğu varsayılan anlaşmaların muafiyet koşullarını sağlama ihtimalinin görece düşük olduğu kabul edilmektedir. İncelemeye konu eylemlerin açık bir kartel anlaşması olduğu göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu uygulamanın Kanun'un 5. maddesi kapsamında bireysel muafiyet alması olası görünmemektedir. Ancak herhangi bir tereddüde yol açmamak ve soruşturma taraflarınca yapılan savunmalara tam anlamıyla yanıt verebilmek amacıyla dosya kapsamında soruşturma konusu uygulama açısından bireysel muafiyet değerlendirmesi yapılmaktadır.

- (133) Rekabet hukukunda yasaklanan, rekabeti bozucu anlaşma türlerinin başında kartel anlaşmaları gelmektedir. Uygulamada bu durum, genellikle fiyat tespiti, arz miktarının kısıtlanması, pazar paylaşımı, müşteri veya bölgelerin bölüşümü, ihalelerde danışıklı hareket edilmesi veya bunların bileşimi ile gerçekleştirilmektedir. Karteller rekabeti sınırlamakla birlikte telafi niteliğinde herhangi bir somut fayda da ortaya çıkarmamaktadırlar. Aksine fiyatların rekabetçi seviyenin üzerine çıkmasına sebep olduklarından tüketicilere ve topluma zarar vermektedirler. Fiyat artışı neticesinde tüketiciler hizmeti ya hiç satın alamamakta ya da aynı mal veya hizmeti daha yüksek bir fiyattan satın almaktadırlar. Bu şekilde tüketici refahında ve dolayısıyla toplumsal

refahta bir azalma gerçekleşirken sadece kartel üyelerinin refahında bir artış olmaktadır⁶¹.

- (134) Bu kapsamda, kartelin doğası gereği iktisadi bir etkinsizliğe yol açtığı ve muhtemel zararlarının boyutu göz önünde bulundurulduğunda, olası etkilerinin muafiyet şartlarını karşılamayacağı ön kabulünü yapmak mümkündür.
- (135) Daha öncesinde de ifade olunduğu üzere, BIOPHARMA yetkilisi (.....)'ın TRANSORIENT- TUNASET ekonomik bütünlüğünün eski çalışanı olması hasebiyle taraflar arasında geçmişe dayalı bir işçi-işveren ilişkisi bulunmaktadır. Akdedilen sözleşmelerin zamanlamasının (.....)'ın iş akdini sonlandırarak kendi teşebbüsünü kuracağı döneme denk gelmesi, müşteri paylaşımı anlaşmalarının anılan ilişkinin bir uzantısı olarak ortaya çıkma ihtimalini kuvvetlendirmektedir. Öyle ki, işveren konumundaki (.....)'ın, ticari sırlarına ve müşteri portföyüne vakıf olduğunu bildiği eski çalışanı (.....)'a böyle bir yükümlülük getirmek istemesi, kendi menfaatlerini koruması açısından anlamlı görülebilecektir. Ancak söz konusu anlaşmaların gerek konu ve kapsam bakımından gerekse de tasarlanma biçimi, işlevi ve niteliği bakımından klasik bir müşteri paylaşımı anlaşmasını temsil ettiği anlaşılmaktadır. Kaldı ki bu anlaşmalar süresiz olarak yapılmış; anlaşma taraflarının bir diğerinin portföyünde yer alan müşterilere hizmet vermesinin önüne geçilmiştir. Dolayısıyla ilgili sözleşmeleri rekabet hukuku mevzuatı bakımından rekabet etmeme yükümlülüğü kapsamında değerlendirmek mümkün olmamıştır.
- (136) Dosya kapsamında yapılan incelemeler neticesinde, inceleme tarafı BIOPHARMA ile TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün müşteri paylaşımına yönelik olarak akdettiği sözleşmeler yoluyla ortaya çıkan rekabete aykırı davranışın somut olay özelinde hiçbir muafiyet koşulunu karşılamadığı ve sözleşmelerin 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde bireysel muafiyet alamayacağı kanaatine ulaşılmıştır.

I.10.Tarafların Savunmaları

- (137) Hakkında soruşturma yürütülen teşebbüslere 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca soruşturma açıldığına dair bildirim yapılmış ve yine aynı madde uyarınca 30 gün içinde teşebbüslerin ilk yazılı savunmaları talep edilmiştir. Bu kapsamda öncelikle usule ilişkin savunmalar, ardından esasa ilişkin savunmalar ele alınacaktır.
- (138) 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesinin ikinci fıkrasında, *“Kurul, başlattığı soruşturmaları, soruşturmaya başlanması kararının verildiği tarihten itibaren 15 gün içinde ilgili taraflara bildirir ve tarafların ilk yazılı savunmalarını 30 gün içinde göndermelerini ister.”* hükmü uyarınca, tarafların yazılı savunmaları yapılan soruşturma bildirimini ile talep edilmiştir. Kanun'un 41. maddesi hükümleri uyarınca soruşturma açıldığına ilişkin bildirim yazısını tebellüğ eden teşebbüslerin yazılı savunmaları yasal süresi zarfında Kurum kayıtlarına intikal etmiştir. TUNASET ve TRANSORIENT, aynı ekonomik bütünlük içerisinde yer alması hasebiyle vekilleri aracılığıyla ortak savunma hazırlamıştır.
- (139) İlgili savunmalar incelendiğinde, tarafların bazı ortak hususlara ilişkin iddialarda bulunduğu görülmektedir. Tekrara düşmemek adına, bahsi geçen ortak konulara ilişkin yapılacak değerlendirmelere, teşebbüs ayırımına gidilmeksizin “Teşebbüslerin Birinci Yazılı Savunmalarında Yer Alan Ortak Hususlara İlişkin Değerlendirme” başlığı altında yer verilecek olup ortak olmayan hususlar kapsamındaki savunmalar ise her bir teşebbüs bazında ayrı başlıklar altında ayrıca değerlendirilecektir. Bu çerçevede,

⁶¹ Kurulun 19.03.2020 tarihli ve 20-15/215-107 sayılı kararı.

tarafarla savunmalarda dile getirilen hususlara yönelik değerlendirmelere aşağıda genel başlıklar halinde yer verilmektedir.

I.10.1. BIOPHARMA'nın savunması

I.10.1.1. Soruşturma Bildirimi'nde Yer Verilen Bazı Bulgu ve Tablolarda Maddi Hataların Olduğu İddiası

Bulgu-5 Kapsamında Yapılan Tespitin Hatalı Olduğu İddiası

- (140) BIOPHARMA tarafından yapılan savunmada ilk olarak, Soruşturma Bildirimi'nde Bulgu-5'te yer alan "*Buğün telefonda konuştuğumuz gibi, (.....)'un Tunaset Biopharma Logistics ile işbirliği sona erdirme kararını bildirmek için yazıyorum. Geçiş, Haziran ortasına kadar tamamlanmalı (...)*" içerikli e-posta ile (.....)'un ((.....)) TUNASET ile olan işbirliğini sonlandırarak (.....)'ın şirketi BIOPHARMA ile çalışacağını bildirdiği değerlendirmesine yer verildiği ancak dosya raportörlerince yapılan tespitin aksine (.....)'nin ilgili e-posta ile (.....)'ın şirketiyle değil, anlaşmaya taraf olmayan (.....) ile çalışacağını bildirdiği ifade edilmektedir. Bu kapsamda, ilgili bulgu özelinde yapılan tespitin gerçeği yansıtmadığı iddia olunmaktadır.
- (141) Yukarıda "Yerinde İncelemelerde Elde Edilen Bilgi ve Belgeler" başlıklı bölümünde de yer verilen Bulgu-5 incelendiğinde, TUNASET alışanı (.....) tarafından (.....) yetkilisi (.....)'a iletilen

"Tunaset'te yönetici olan (.....) şirketten ayrıldı ve kendi işini yapmaya karar verdi. Kendisiyle bir anlaşma yaptık ve işi yurtiçi ve yurtdışı olarak böldük, (.....) sadece yurtiçi sevkiyatları yapmak zorunda ama (.....) ile olan iyi ilişkimizin farkında ve mevcut işi almak için (.....) adını kullanmaya karar verdi. Ama emin olabilirsiniz ki (.....)'ın şirketi veya (.....) sadece sizin gönderilerinizi idare etmeyecek, (.....) farklı sevkiyatçılarla çalışıyor ayrıca (.....) ve (.....) için çalışıyor, yazışmalarını ekte görebilirsiniz.(...)" ile

"(...)Tüm bu yorumları yeni temsilcinizi daha yakından tanımanız için yazdım çünkü ayrılma nedenleriniz ve onların davranışları uyuşmuyor. Her neyse, kendisi⁶² ve (.....) hakkında yasal işlemleri başlatacağız ve geleceğin bize ne göstereceğini bekleyip göreceğiz."

içerikli e-postada sıklıkla adı geçen BIOPHARMA yetkilisi (.....)'ın taraflar arasında yapılan işi ve müşteri paylaşımına uymadığı belirtilmekte, ilgili yazışmadan işi ilişkisinin sona ermesinden (.....)'ün yanında, (.....)'ın da sorumlu tutulduğu anlaşılmaktadır. Keza e-posta yazışmasında yer verilen

"(.....) sadece yurtiçi sevkiyatları yapmak zorunda ama (.....) ile olan iyi ilişkimizin farkında ve mevcut işi almak için (.....) adını kullanmaya karar verdi."

ifadesiyle de (.....)'ın (.....)'ün adını kullanmak suretiyle TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü ile ticari ilişkisi bulunan (.....) unvanlı teşebbüsle çalışmaya yönelik girişimde bulunduğunun iddia edildiği görülmektedir. İlgili e-postada, taraflar arasında yapılan anlaşmaya atıfta bulunulduğu ve (.....)'ün, incelemeye konu müşteri paylaşımı anlaşmalarının tarafı olmadığı göz önünde bulundurulduğunda, Soruşturma Bildirimi'nde, ilgili yazışmalarda geçen ifadelere istinaden (.....)'nin TUNASET ile olan işbirliğini sonlandırarak (.....)'ın şirketiyle çalışacağı yönünde bir tespite yer verildiği söylenebilecektir.

⁶² E-postada "kendisi" ile kastedilenin BIOPHARMA yetkilisi (.....) olduğu değerlendirilmektedir.

- (142) Dosya kapsamında, söz konusu e-postada adı geçen (.....) de dâhil olmak üzere, rakip konumundaki teşebbüslerden bazı bilgi ve belge taleplerinde bulunulmuştur. (.....) tarafından sağlanan cevabi yazıda, teşebbüsün biyofarma ve klinik araştırmalar lojistiği süreçleri için (.....) ile anlaştığı ve (.....)'nin Türkiye'deki temsilciliğini yaptığı ifade edilmiş olup teşebbüsçe sağlanan bilgilerden, (.....) ile (.....) arasındaki ticari ilişkinin varlığı netleştirilmiştir. Bu kapsamda, BIOPHARMA'nın savunması haklı bulunmuş olup yer verilen tespitteki maddi hata Soruşturma Raporu'nda giderilmiştir.
- (143) Ancak belirtmek gerekir ki, anılan bulgu özelinde adı geçen müşterinin (.....)'in şirketi BIOPHARMA ile değil de, (.....) ile çalışacağı iddiasının kabulü altında dahi, yukarıda yer verilen yazışmalarda geçen ifadelerin, dosya kapsamında yapılan inceleme ve tespitlerin esas konusunu oluşturan taraflar arasındaki müşteri paylaşımının varlığını açıkça ortaya koyduğu; ilgili maddi hatanın, dosya kapsamında yapılan ihlalin varlığına yönelik tespitleri etkilemediği değerlendirilmektedir.

BIOPHARMA'nın Çalıştığı Müşterilerden (.....)'in, Müşteri Paylaşımına Konu Olan ve "(.....)" Olarak İfade Edilen "(.....)"den Bağımsız Bir Teşebbüs Olduğu İddiası

- (144) Savunma kapsamında ifade edilen bir diğer husus, Soruşturma Bildirimi'nde BIOPHARMA'nın 2018 yılı itibarıyla TRANSORIENT'e bırakılan müşterilerinden "(.....)" ve "(.....)" ile çalıştığının belirtildiği, ancak BIOPHARMA'nın 2018 yılı itibarıyla hizmet sunmaya başladığı "(.....)"nın, Soruşturma Bildirimi'nde iddia olunanın aksine, taraflar arasındaki müşteri paylaşımı sözleşmesine konu olan TRANSORIENT'in İsviçre merkezli müşterisi "(.....)" değil, "(.....)" isimli ABD merkezli bir başka şirket olduğudur. Diğer bir deyişle, teşebbüs tarafından (.....)'in sözleşme konusu edilmemiş bir müşteri olduğu iddia edilmektedir.
- (145) Dosya kapsamında yapılan yerinde incelemelerde, inceleme konusu müşteri paylaşımı anlaşmalarının orijinal metinlerine ulaşılmış olup (.....) lehine akdedilen sözleşme metninde, paylaşılan müşteriler arasında adı geçen "(.....)"nın açık unvanına yer verilmediği, teşebbüs isminin yalnızca kısaltma olarak belirtildiği görülmüştür.
- (146) İlgili dosya kapsamında, taraf teşebbüslerden hizmet sundukları müşteri bilgileri de talep edilmiştir. Gelen cevabi yazılarda, sözleşmelerle kendisine bırakıldığı anlaşılan "(.....)" unvanlı teşebbüsün TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü tarafından hizmet sunulan müşteriler listesinde yer almadığı; ancak hem TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün hem de BIOPHARMA'nın çalıştığı müşteriler arasında "(.....)" unvanlı bir teşebbüsün bulunduğu görülmüştür. Buradan hareketle, Soruşturma Bildirimi'nde, sözleşmelerde "(.....)" olarak geçen müşterinin "(.....)"a karşılık geldiği kabulü altında ilgili değerlendirmeye yer verilmiştir.
- (147) Öte yandan, (.....) lehine akdedilen anlaşmada "(.....)" olarak ifade edilen müşterinin açık unvanına, anılan sözleşmenin devamında bulunan tablo içerisindeki "Adres" sütununda yer verildiği anlaşılmıştır. BIOPHARMA'nın iddialarını doğrular nitelikte, (.....) kısaltmasının, (.....)'ye karşılık gelecek şekilde kullanıldığı görülmektedir. Dolayısıyla, müşteri paylaşımı anlaşmalarıyla TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğüne bırakılan (.....)'nin esasen (.....) olduğu; teşebbüslerin hizmet sunduğu müşterilerden biri olan (.....)'in ise (.....)'den tamamen bağımsız ve müşteri paylaşımına konu edilmeyen başka bir teşebbüs olduğu açıklığa kavuşturulmuştur. Söz konusu iddianın netlik kazanması ile birlikte, BIOPHARMA'nın ilgili savunması haklı bulunmuştur.

BIOPHARMA'nın Paylaşılan Müşteriler Özelinde Elde Ettiği Satış Gelirleri Baz Alınarak Hazırlanan Tablolarda Maddi Hatalar Olduğu İddiası

- (148) Yukarıda yer verilen savunmanın bir uzantısı olarak, BIOPHARMA'nın paylaşılan müşteriler özelinde yıllara göre elde ettiği satış gelirleri baz alınarak hazırlanan Tablo-5 ve Tablo-6'da da bazı maddi hataların bulunduğu iddia edilmektedir. Bu kapsamda teşebbüs tarafından yazılı savunmada da sunulan, tabloların maddi hatalardan arındırılmış versiyonunun esas alınması gerektiği ifade edilmektedir.
- (149) Taraflara tebliğ edilen Soruşturma Bildirimi'nde yer verilen tablolarda, anlaşma taraflarının paylaşılan müşteriler özelinde elde ettikleri gelirlerin toplam satış gelirleri içerisindeki ağırlığının saptanması amaçlanmıştır. İlgili tablolarda, "(.....)" da dâhil olmak üzere, paylaşımına konu müşterilerin unvanlarına yer verilmiş, paylaşımına konu olmayan müşteriler ise "Diğer" kategorisi altında toplanarak hesaplamaya dâhil edilmiştir.
- (150) BIOPHARMA'nın yazılı savunmasında, Soruşturma Bildirimi'ndeki tablolarda ismen yer verilen teşebbüslerden "(.....)"nın, bir önceki başlıkta da açıklandığı üzere, paylaşılan müşterilerden "(.....)" olmaması sebebiyle söz konusu teşebbüs, "Diğer" olarak adlandırılan sınıflandırmaya dâhil edilmiş; bunun yanında tablo içerisinde yer alan değerler ise yeniden düzenlenerek ilgili tablonun revize edilmiş hali, yazılı savunma kapsamında sunulmuştur. Teşebbüsün savunması soruşturma heyeti tarafından haklı bulunmuş olup anılan tabloların maddi hatalardan arındırılmış versiyonu ve bu doğrultuda yapılan değerlendirmeye yukarıda "Soruşturma Tarafı Teşebbüslerden Edinilen Bilgiler" başlığı altında yer verilmektedir⁶³.
- (151) Ancak belirtilmelidir ki, "(.....)"nın paylaşılan müşterilerden biri olarak ele alındığı durumda dahi, Soruşturma Bildirimi'nde yer verilen tablolarda, yukarıda ilgili bölümde yer verilen revize edilmiş tablolar arasındaki sayısal ve oransal farklılıklar göz ardı edilebilecek bir seviyede olduğundan, yapılan analizin niteliğinde esaslı bir değişikliğe sebep olmamaktadır.

I.10.1.2. Taraflar Arasında Akdedilen Sözleşmelerin Tipik Kartel Niteliği Taşıdığı ve Kartelin Ana Aktörünün TRANSORIENT-TUNASET Ekonomik Bütünlüğü Olduğu İddiası

- (152) Teşebbüs tarafından yapılan savunmada, taraflar arasında akdedilen anlaşmalarla;
- Müşterilerin isim ve adres belirtilmek suretiyle paylaşıldığı,
 - Paylaşılan müşteriler özelinde her iki tarafa da yasak ve sınırlamalar getirildiği,
 - Öngörülen cezai şart ile anlaşmaya uygun hareket edilmesinin sağlanmaya çalışıldığı ve bu suretle rekabetin engellendiği

ifade edilerek anlaşmaların tipik kartel tanımına uygunluk gösterdiği iddia olunmaktadır. İlgili yazılı savunmada ayrıca, TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün, yapılan yazışmalar aracılığıyla gerek "(.....)" ile şirketi BIOPHARMA gerekse müşteriler üzerinde baskı kurma ve müşterileri elinde tutma gayreti içerisinde olduğu; söz konusu yazışmaların, ihlalin gerçekleşmesindeki asıl aktörün TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü olduğu olgusunu pekiştirdiği ifade edilmektedir.

⁶³ Soruşturma sürecinde taraf teşebbüslerden, müşterilerden elde edilen satış gelirlerinin tür bakımından ayrıştırılması talep edilmiş olup ilgili tablolar, teşebbüslerin biyofarma lojistik hizmetinden elde ettikleri satış gelirleri esas alınarak revize edilmiştir.

- (153) BIOPHARMA tarafından yapılan ilgili savunma, tarafların müşteri paylaşmak suretiyle rekabeti engellediği noktasında soruşturma heyetinin tespitleriyle de büyük ölçüde paralellik göstermektedir. Yine savunma kapsamında yer verilen iddiayı doğrular nitelikte, TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün paylaşım ile kendisine bırakılan müşterileri elinde tutma gayreti içerisinde olduğu, Bulgu-4, 5 ve 7'de geçen yazışmalardan açıkça anlaşılmaktadır.
- (154) Ancak bu noktada belirtilmesi gereken husus, dosya kapsamında da kartel olarak değerlendirilen ilgili anlaşmaların, BIOPHARMA ile TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü arasında akdedilmiş olması sebebiyle, söz konusu kartel davranışının yalnızca TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün tutumu ve sorumluluğuyla sınırlandırılmayacağıdır. Diğer bir deyişle, bir kartel oluşumunda, taraf olan tüm teşebbüslerin sorumluluğu gündeme gelmektedir. Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in (Ceza Yönetmeliği) 3. maddesinde "*Fiyat tespiti, müşterilerin, sağlayıcıların, bölgelerin ya da ticaret kanallarının paylaşılması, arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması, ihalelerde danişıklı hareket konularında, rakipler arasında gerçekleşen, rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve/veya uyumlu eylemler*" olarak ifade edilen kartel tanımından da hareketle, söz konusu ihlal türünün doğası gereği yalnızca bir teşebbüsün tek yanlı davranışıyla ortaya çıkamayacağı açıktır. Dolayısıyla, somut olay özelinde, karteğe taraf olan her iki teşebbüsün de sorumluluğundan bahsedilecektir. Taraflardan birinin kartel oluşumundaki sorumluluğunun ve rolünün diğerlerine kıyasla daha az ya da fazla olması, ceza takdirinde esas alınacak hafifletici-ağırlaştırıcı unsurlar kapsamında önem arz edebilecektir.

I.10.1.3. BIOPHARMA'nın Müşteri Paylaşımı Anlaşmalarına İradesi Dışında Taraf Olduğu İddiası

- (155) Yazılı savunmada ifade olunan bir diğer iddia, BIOPHARMA'nın baskı ve tehdit altında anlaşmalara taraf olduğu, dolayısıyla anlaşmaların akdedilmesi noktasında tek taraflı irade sakatlığının bulunduğu hususudur. İlgili yazılı savunmada, TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü lehine imzalanan anlaşmadaki müşterilerin hemen hepsinin küresel biyofarma lojistiği piyasasında faaliyet gösteren güçlü aktörler olduğu; ayrıca anılan aktörlerin, kendi müşterilerinin sürekliliği gereği uzun süreli iş ilişkileri kurduğu ve alt firmalara taşıttıkları iş hacimlerinin oldukça yüksek tutarlara ulaştığı; öte yandan BIOPHARMA yetkilisi (.....) lehine düzenlenen ikinci anlaşmadaki müşterilerin tamamına yakınının yerli ve biyofarma lojistiği bakımından küçük ölçekli lojistik hizmeti alan şirketler olduğu, yaptıkları anlaşmaların da düzenli hizmet alımına yönelik olmayıp proje bazlı olduğu ifade edilmektedir. Bu bağlamda, TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün tamamen kendi lehine bir paylaşım sağladığı, (.....) ve şirketi BIOPHARMA'nın ise bu paylaşımından esasen bir menfaati olmadığı, (.....)'in kuruluş aşamasında şirketine sermaye olarak kullanabileceği kıdem tazminatını alabilmek amacıyla, gerçek iradesine aykırı olacak şekilde söz konusu anlaşmayı kabul etmek zorunda kaldığı iddia olunmaktadır. Teşebbüs tarafından yapılan yazılı savunmada, BIOPHARMA'nın hukuka aykırılığı öğrenir öğrenmez pişmanlık başvurusunda bulunarak ihlale son verilmesini sağlamaya çalıştığı ifade edilmektedir.
- (156) Öncelikle belirtmek gerekir ki, başvuru sahibinin sözleşmeleri baskı altında imzaladığı ve iradesinin kısıtlandığı yönündeki iddiaları, ancak irade sakatlığı sebeplerine dayanarak süresi içerisinde sözleşmenin iptali istemiyle mahkemelerde dava açmak

suretiyle ileri sürülebilecek iddialar olup bu hususta Rekabet Kurulunun karar verme yetkisi bulunmamaktadır⁶⁴.

- (157) İlgili savunmadan ayrıca, BIOPHARMA'nın ihlale konu anlaşmalara taraf olma noktasında herhangi bir kasta sahip olmadığı ifade edildiği anlaşılmaktadır. Ancak bilindiği üzere, şirket yetkilileri ticaret mevzuatının temel ilkelerinden biri olan "basiretli bir iş adamı gibi davranma" sorumluluğuna sahiptir. Ayrıca yine hukuk düzenimizin temel ilkelerinden biri de "Kanunu bilmemek mazeret değildir" ilkesidir. 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde; *"Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasak"* olduğu belirtilmektedir. Kanun'un ilgili hükmü dikkate alındığında, bir anlaşmanın ihlal olup olmadığı değerlendirilmesinde kast unsurunun göz önünde bulundurulmayacağı söylenebilecektir. 4054 sayılı Kanun'un "İdari Para Cezası" başlıklı 16. maddesinde idari para cezası verilirken dikkate alınacak hususlar belirlenirken 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'na atıf yapıldığı görülmektedir. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 9. maddesinde ise *"Kabahatler, kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde, hem kasten hem de taksirle işlenebilir."* denilmektedir⁶⁵. Dolayısıyla anlaşmaya taraf olma noktasında rol oynayan baskı ve tehdit unsurlarının varlığı sebebiyle ortadan kalktığı iddia olunan irade ve kast, BIOPHARMA'nın ihlalin tarafı olduğu yönündeki tespiti değiştirmemektedir.

I.10.1.4. Öneri Öncesinde Pişmanlık Başvurusunda Bulunan BIOPHARMA'nın İdari Yaptırımdan Muaf Tutulması Gerektiği İddiası

- (158) İlgili savunma kapsamında, pişmanlık başvurusuna konu geçmiş tarihli Kurul kararlarında⁶⁶, aktif işbirliğinde bulunan teşebbüslere öneri öncesi yapılan başvurularda ceza verilmediği, bunun yanında tehdidin varlığı neticesinde bir anlaşmaya taraf olan teşebbüs ve/veya kişileri de rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerden sorumlu tutmanın hakkaniyete aykırı olacağı ifade edilmektedir. Bu kapsamda, BIOPHARMA tarafından söz konusu başvurunun öneri sürecinden önce yapıldığı ve akdedilen anlaşmalarla BIOPHARMA'nın mağduriyet yaşadığı gerekçesiyle, (.....) ve şirketi BIOPHARMA aleyhine idari yaptırım uygulanmaması yönünde karar alınması talep edilmektedir.
- (159) Kurulun 05.11.2020 tarih ve 20-48/656-MP sayılı kararı ile "Pişmanlık Yönetmeliği" çerçevesinde yapılan dosya konusu başvurunun, Yönetmeliğin 6. maddesinde belirlenen koşulları yerine getirmesi kaydıyla, aynı Yönetmeliğin 4. maddesi kapsamında kabul edilmesine karar verilmiştir. Teşebbüsün başvurusunun, Pişmanlık Yönetmeliği'nin 4. maddesinde sayıldığı şekilde öneri aşamasına geçilmemiş bir konuda, rakiplerden bağımsız şekilde yapılmış ilk başvuru olduğu değerlendirilmiştir. BIOPHARMA'nın ayrıca, inceleme süresince, pişmanlık başvurusunda bulunan tarafa ceza verilmemesinin ikinci şartı olan ve anılan Yönetmelik'in 6. maddesinde sayılan bilgi ve belgelerin sunulmuş olması ve buradaki koşullara uyulması şartını da yerine getirdiği görülmüştür. Bu çerçevede, başvuru sahibi BIOPHARMA'nın Pişmanlık Yönetmeliği'nin 4. maddesi kapsamında idari para cezasından bağışık tutulması için gerekli olan tüm koşulları sağladığı kanaatine varılmıştır.

⁶⁴ Kurulun 17.08.2011 tarih ve 11-45/1080-M sayılı kararı, s.2.

⁶⁵ Kurulun 19.12.2008 tarih ve 08-74/1180-455 sayılı kararı, s.74-75.

⁶⁶ Teşebbüsün ilgili yazılı savunmasında Kurulun 27.10.2011 tarih ve 11-54/1431-507 sayılı *SunExpress* kararı ile 02.01.2020 tarih ve 20-01/13-5 sayılı *Arçelik* kararına atıfta bulunulmuştur.

I.10.1.5. TRANSORIENT-TUNASET Ekonomik Bütünlüğünün İlgili Piyasada Hâkim Durumda Olduğu ve Akdedilen Müşteri Paylaşımı Anlaşmaları İle Hâkim Durumunu Kötüye Kullandığı İddiası

(160) Yukarıda yer verilen iddialara ek olarak BIOPHARMA tarafından;

- TRANSORIENT'in 2008 senesi itibarıyla Türkiye'de biyofarma lojistiği hizmeti veren ilk yerli teşebbüs olduğu, sonrasında aynı ekonomik bütünlük içerisinde yer almak ve aynı sektörde faaliyet göstermek üzere TUNASET'in kurulduğu,
- Söz konusu ekonomik bütünlüğün sahip olduğu yüksek pazar payının yanında, hâkim durumun unsurlarından ekonomik güç, bağımsızlık ve devamlılık unsurlarının tamamını karşıladığı,
- BIOPHARMA, (.....) gibi diğer rakiplerin piyasaya geç girmesinin yanında, TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü ile karşılaştırıldığında pazar paylarının oldukça düşük kaldığı,
- İlgili pazarda az sayıda oyuncu bulunması, yatırım maliyetinin fazla oluşu, TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün ilk giren avantajı, müşterilerin başka bir rakip ile çalışması için en az 6 ay-1 sene öncesinden hazırlık yapması zorunluluğunun piyasaya giriş engeli yarattığı

ifade edilerek söz konusu ekonomik bütünlüğün hâkim durumda olduğu ve mevcut hakim durumunu piyasaya giriş engeli yaratan anlaşmalar yapmak suretiyle kötüye kullandığı iddia edilmektedir.

(161) 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi "*Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.*" hükmünü haiz olup "*Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü*" yasaklı hallerden biri olarak sayılmıştır. Teşebbüsler arasında akdedilen incelemeye konu anlaşmalar müşteri paylaşımına yönelik olduğundan doğrudan ilgili hüküm kapsamına girmektedir. Rekabet hukuku uygulamalarında bir eylemin 4. madde kapsamında ihlal olarak nitelendirilebilmesi için öncelikle, ihlalin ortaya çıkmasında rol oynayacak birden fazla teşebbüsün varlığı aranmaktadır. Dolayısıyla, bir teşebbüsün tek taraflı rekabet karşıtı eylemleri, 4. madde kapsamında değerlendirilememekte olup böyle bir durumun varlığı halinde, ilgili Kanun'un "*Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır.*" hükmünü haiz 6. maddesi kapsamında yapılacak bir değerlendirme önem arz etmektedir. 6. madde kapsamında yapılan incelemelerde, teşebbüsün sahip olduğu pazar gücü, dolayısıyla hâkim durumda olup olmadığı hususu analizin önemli bir parçasını oluştururken, 4. madde kapsamında yapılan değerlendirmelerde ise ihlalin varlığından söz edebilmek için teşebbüslerin pazar gücünün varlığı aranmamaktadır. Somut olay özelinde, ihlale konu davranışın, kartel olarak nitelendirilen ve birden fazla teşebbüsün katılımını içeren müşteri paylaşımı anlaşmalarının akdine yönelik olması sebebiyle, dosya özelinde, hâkim durum kapsamında yapılacak bir değerlendirmeye yer olmadığı sonucuna varılmıştır.

I.10.2. TRANSORIENT-TUNASET Ekonomik Bütünlüğünün Savunması

I.10.2.1. Soruşturma Konusu Anlaşmaların 4054 Sayılı Kanun Kapsamında Olmadığına ve Soruşturma Bildirimi Kapsamındaki Bulguların 4054 sayılı Kanun'un 4. Maddesi Kapsamındaki Unsurları Karşılamadığına İlişkin İddialar

- (162) TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü tarafından yapılan savunmada özetle;
- 4054 sayılı Kanun'un, ekonomik faaliyet gösteren, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden, dolayısıyla teşebbüs sıfatını haiz oluşumlar söz konusu olduğunda uygulama alanı bulduğu,
 - Taraflar arasında akdedilen sözleşmelerin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında ihlal olarak nitelendirilebilmesi için irade uyuşması içerisinde olan birden fazla teşebbüs arasında gerçekleşmesi ve rekabeti bozucu nitelik taşıması gerektiği,
 - Akdedilen sözleşmelerin TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü ile (.....) ve o tarihte henüz kurulmamış olan BIOPHARMA arasında kaleme alındığı; BIOPHARMA'nın faaliyete geçtiği dönemde, taraflar arasında rekabeti sınırlayıcı danışıklı ilişki kurulduğunu gösteren hiçbir delilin dosyada mevcut olmadığı, dolayısıyla (.....)'ın işçi/bağlı tacir yardımcısı statüsünün dışında, teşebbüs sayılabileceği döneme ilişkin olarak, taraflar arasında herhangi bir irade uyuşmasından bahsedilemeyeceği,
 - İncelemeye konu sözleşmelerin, (.....)'ın TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün eski çalışanı olması sebebiyle, teşebbüslerde çalıştığı süre boyunca elde ettiği ticari sırları ve müşteri çevresi bilgilerini anılan ekonomik bütünlük aleyhine kullanmasını önlemek amacıyla akdedildiği ve hiçbir surette pazar paylaşım ve rekabeti sınırlama motivasyonu taşımadığı,
 - Teşebbüslerin anlaşmaların tarafı olma noktasında ortak bir iradesinin bulunmadığı; özellikle BIOPHARMA'nın kendisine bırakılan müşterilerle düzenli bir iş ilişkisi olmadığı göz önünde bulundurulduğunda, BIOPHARMA'nın müşteri paylaşımına gitme yönünde bir motivasyona sahip olmasının iktisadi rasyonaliteden uzak olduğu,
 - TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün Türk Borçlar Kanunu (Borçlar Kanunu) uyarınca (.....)'ın piyasaya girişini 2 yıl süreyle mutlak olarak engelleyebilecekken, belirli bir müşteri çevresi edinmesi ve faaliyet gösterebilmesi için piyasaya girişine müsaade ettiği; akdedilen sözleşmelerle, TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün ise Borçlar Kanunu kapsamında bir karşı edim üstlendiği,
 - TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün akdedilen sözleşmeler ile üstlendiği karşı edimin, eski çalışanın ekonomik mahvına sebep olmama arzusunu ortaya koyduğu,
 - Sözleşmelerin kaleme alındığı tarihte (.....)'ın bağlı çalışan sıfatını haiz olması, TUNASET ve TRANSORIENT ile aynı ekonomik bütünlük içerisinde yer alması ve kendi adına bağımsız ekonomik bir faaliyet yürütmemesi sebebiyle teşebbüs olarak kabul edilemeyeceği,
 - Anılan sözleşmelerin ifade edilen hususlar çerçevesinde 4054 sayılı Kanun kapsamında bir "teşebbüsler arası anlaşma" teşkil etmediği ve ilgili Kanun kapsamında incelenmesinin ve TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü

hakkında 4054 sayılı Kanun'a aykırılık iddialarının sürdürülmesinin mümkün olmadığı

belirtilmektedir.

- (163) Borçlar Kanunu'ndaki "sözleşme" kavramıyla rekabet hukukundaki "anlaşma" kavramı tam olarak örtüşmemektedir. Rekabet hukukunda bir anlaşmanın varlığından söz edebilmek için taraflar arasında mutlaka borçlar hukuku anlamında tam bir sözleşmenin akdedilmiş olması gerekmektedir. Bir anlaşmanın varlığı ve tarafların kendilerini bu anlaşmayla bağlı hissetmesi 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamındaki bir anlaşmadan söz edebilmek için yeterli olabilmektedir. Dolayısıyla, rekabet hukukunda anlaşma kavramı borçlar hukukundaki "sözleşme" kavramından daha geniş bir anlam ihtiva etmekte ve bağlayıcı olma, yazılı şekil, yükümlülüklerin ifa edilmemesi halinde uygulanacak yaptırımın düzenlenmesi yahut yürürlük koşulları gibi herhangi bir şekil şartı aranmamaktadır. Bu da demektir ki rekabet hukuku kapsamında bir anlaşmanın varlığından söz edebilmek için tarafların sözleşmeyle bağlı olduklarını ortaya koyan bir irade örtüşmesinin varlığı yeterli görülmektedir.
- (164) Somut olayda rekabet yasağı olarak kurgulanan müşteri paylaşımı sözleşmelerinin rekabet hukuku bağlamında "anlaşma" olarak kabul edilebilmeleri için yeterli görülen tarafların karşılıklı olumlu irade beyanlarını içerdiği, Bulgu-1 ve Bulgu-2'de yer alan sözleşme metinlerinden açıkça görülmektedir. Rekabet hukukunda bir teşebbüsün yalnızca açıkça karşı beyanda bulunma (*publicly distance*) koşulunu sağlaması durumunda rekabet ihlalinin sorumlu tutulmayacağı açıktır. Bununla kastedilen; taraflar, somut olaydaki gibi rekabet karşıtı amacı açık olan bir anlaşmaya katılmadığını veyahut karşı çıktığını diğer tarafa açıkça ifade etmediği sürece rekabet ihlalinin sorumlu tutulmaya ve o anlaşmanın parçası olarak kabul edilmeye devam edecektir. Savunma kapsamında her ne kadar anlaşmaların akdedilmesi noktasında taraflarca ortak bir irade ile hareket edilmediği iddia olunsa da, işbu dosya sürecinde ne yapılan incelemelerde tarafların karteli sona erdirmeye ilişkin beyanlarını açıkça ortaya koyan bir belgeye ulaşılabilmiş ne de taraflarca bu yönde bir belge ya da delil sunulmuştur. Dolayısıyla, eldeki mevcut verilerden hareketle, teşebbüslerin anlaşmaların tarafı olma noktasında ortak bir iradeye sahip olmadığı savunmasına katılmak mümkün görünmemektedir.
- (165) Öte yandan, tarafların anlaşmalara taraf olmasında rol oynayan subjektif niyet ya da saikleri, bir anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde esaslı unsur olarak görülmediğinden, rekabet hukuku kapsamında yapılan değerlendirmeler bakımından çoğunlukla dikkate alınmamaktadır. Bu kapsamda, savunmada iddia olduğu gibi, tarafların pazar paylaşım motivasyonu olmaksızın, yalnızca gizlilik ve işçilik alacakları kaygısı ile anlaşmaları akdetmiş olmaları veyahut da kartel anlaşmalarını akdetme noktasında herhangi bir iktisadi çıkarlarının bulunmaması; anlaşmaların müşteri paylaşımı niteliğini ve teşebbüslerin anlaşmalara taraf olma noktasındaki iradelerini ortadan kaldırmamaktadır. Nitekim ABAD'ın *CB v Commission (CB)* kararında dava konusu tarafların subjektif niyetinin, ilgili anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyıp taşımadığının tespitinde esaslı unsur olmadığı belirtilirken; *Beef Industry Development Society (BIDS)* kararında ise anlaşma taraflarının, rekabeti kısıtlamak yönünde subjektif bir niyete sahip olmaksızın sektörlerinde devam eden krizin etkilerini gidermek saiki ile hareket etmiş olmalarının, ABİDA'nın 101(1). maddesinin uygulanması açısından önem taşımayacağı tespitinde bulunulmuştur. Bunun yanında, *BIDS* ve *CB* kararları ile rekabeti kısıtlayıcı amaca yönelik olarak bir anlaşmanın, rekabeti kısıtlama amacının yanında, hukuka uygun başkaca amaçlar gütmesi durumunda dahi, tek bir rekabeti kısıtlayıcı amacın

varlığının, ihlal isnadında bulunmak için yeterli olacağı yönünde bir değerlendirmeye yer verildiği de görülmektedir.

- (166) 4054 sayılı Kanun'a göre teşebbüs "*Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri*" ifade etmektedir. Burada belirleyici olan nokta teşebbüsün kendi hesabına çalışması, ticari bir faaliyet yürütmesi ve ekonomik olarak bağımsız bir birimi oluşturmasıdır. Ayrıca, belirtmek gerekir ki, rekabet hukuku açısından teşebbüs kavramının belirlenmesinde tüzel kişi olma şartı aranmadığından, gerçek kişiler de teşebbüs tanımına dâhil edilebilmektedir⁶⁷. Bu noktada, somut olayda (.....)'ın gerçek kişi olmasının, teşebbüs olarak sayılmasının önünde herhangi bir engel teşkil etmeyeceği açıktır. Mevcut dosya bakımından savunmalar işçi-işveren konusuna odaklansa da, sözleşmelerin doğrudan geleceğe yönelik teşebbüs faaliyetlerini kısıtladığı, (.....) lehine düzenlenen anlaşmanın akdedildiği 23.12.2016 tarihinden 2 gün önce, adı geçen BIOPHARMA'nın tescil edildiği görülmektedir. Her ne kadar, TRANSORIENT tarafından yapılan savunmada, ekonomik faaliyet gösterme koşulunun mevcut olabilmesi için söz konusu faaliyetin belirli bir sürekliliğe sahip olması gerektiği ancak anlaşmaların akdedildiği dönemde BIOPHARMA'nın ekonomik faaliyetlerine dahi başlamadığı iddia edilse de, sözleşmelerle getirilen kısıtlamaların, BIOPHARMA'nın faaliyete geçtiği yıl itibarıyla uygulamaya konulduğu ve geçerlilik kazandığı görülmektedir. Kaldı ki, BIOPHARMA'nın sözleşmeler akdedildikten çok kısa bir süre içerisinde faaliyetlerine başlamış olması⁶⁸, 2017 yılından itibaren faaliyetlerine kesintisiz bir şekilde devam ediyor olması ve ilgili sözleşmelerin teşebbüslerin gelecekteki faaliyetlerine yönelik kısıtlamalar içermesi; BIOPHARMA'nın sürekli faaliyet göstermek amacıyla kurulmuş bir teşebbüs olduğuna dayanak teşkil etmektedir.
- (167) Bu noktada belirtmek gerekir ki, ekonomik faaliyetin sürekliliği ile bir teşebbüsün faaliyet göstermeye başladığı andan itibaren faaliyetlerinin belirli bir istikrara sahip olması kastedilmekte; dolayısıyla teşebbüsün anlaşmaların akdedildiği anda faaliyette olup olmaması, faaliyetinin sürekliliğinin tespitinde önem arz etmemektedir. Bunun yanında, sözleşmelerin geçerliliğinin yalnızca "akdedildiği tarihle" sınırlı olmadığı, diğer bir deyişle, anılan sözleşmelerin geleceğe yönelik ve süresiz olarak kaleme alındığı göz önünde bulundurulduğunda, BIOPHARMA'nın ilgili tarihte henüz faaliyetine başlamamış olması, (.....)'ın ekonomik faaliyet yürütme koşulunu sağlamadığı anlamına da gelmemektedir. Nitekim ABAD'ın *Selex*⁶⁹ kararında Genel Mahkeme'nin "*bir hizmetin teşebbüsler tarafından ilgili dönemde sağlanmıyor olmasının, söz konusu teşebbüslerin sunmuş olduğu hizmetin ekonomik niteliğini ortadan kaldırmayacağı*" yönündeki yaklaşımı da Soruşturma Heyeti'nin somut olaydaki tespitlerini daha anlaşılır kılmaktadır. Aksi takdirde, belirli bir dönemde faaliyetine ara veren ya da vermek zorunda kalan her ekonomik birimin teşebbüs sıfatını kaybetmesi beklenenecektir.
- (168) Bu noktada rekabet hukuku uygulamalarında önem kazanan potansiyel rakip kavramına değinmenin de yerinde olacağı değerlendirilmektedir. Potansiyel rakip⁷⁰, *fiyatlarda küçük ve kalıcı bir artış olması durumunda, gerekli dönüştürme maliyetlerine katlanarak veya zorunlu yatırımları yaparak **piyasaya girme olasılığı (ve isteği)***

⁶⁷ Kurulun 03.05.2018 tarih,18-13/233-108 sayılı ve 27.09.2017 tarih, 17-30/494-216 sayılı kararları.

⁶⁸ BIOPHARMA'nın Kurum kayıtlarına intikal eden cevabi yazısında, teşebbüsün müşterilerine (.....) tarihinden itibaren hizmet sunmaya başladığı görülmüştür (Belge-19).

⁶⁹ Case T-155/04 Selex [2007] 4 CMLR 10, para.89.

⁷⁰ Rekabet Terimleri Sözlüğü, Erişim Tarihi: 07.01.2022.

bulunan teşebbüs olarak tanımlanmaktadır. Tanımda dikkat çeken nokta, “*piyasaya girme olasılığı bulunan teşebbüs*” ifadesidir. Söz konusu ifadeden de anlaşılacağı üzere, bir teşebbüsün potansiyel rakip olarak kabul edilebilmesi için pazara girme ihtimalinin bulunması, diğer bir deyişle, henüz faaliyet göstermiyor olsa da, ilgili pazara aktif bir şekilde faaliyet göstermek üzere giriş yapması yeterli görülmektedir. Somut olayda da, BIOPHARMA'nın sözleşmelerin akdedildiği tarihte, TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü ile aynı sektörde faaliyet göstermek niyetiyle piyasaya giriş yapmış potansiyel bir rakip konumunda olduğu tartışmasızdır.

(169) Öte yandan, (.....) lehine 14.12.2016 tarihinde akdedilen sözleşme metninde geçen

“ (...) ***(.....)'a ait X firmasının*** iş anlaşması devam ettiği müddetçe *Transorient A.Ş ve Tunaset A.Ş veya başka bir firma üstünden (benim veya çalıştığım) kontak kurmayacağımı (...)*”

“*Transorient AŞ ve Tunaset AŞ olarak (.....)a ait Biopharma Logistics firmasının yürüttüğü aşağıda İsmi olan (...) firmalara yönelik lokal iç nakliye servisi vermeyeceğimi (...)*”

“*Yukarıda anlaşılan şartların dışında aksi bir davranışta (.....) a ait X şirketine bu işlerden 2016 da planlanan Brüt kar olan €(.....).- ödeyeceğimi (...)*”

ifadelerinden, ilgili sözleşmelerin taraflarının TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü ve BIOPHARMA olduğu, dolayısıyla, her iki anlaşmada da yükümlülük altına giren tarafların teşebbüsler olduğu ve sözleşmelerle getirilen kısıtlamaların da doğrudan teşebbüslere yönelik olduğu, sözleşme metinlerinin lafzından açıkça anlaşılmaktadır. Her ne kadar (.....) lehine düzenlenen anlaşma, BIOPHARMA'nın kurulduğu tarih olan 21.12.2016 tarihinden önce akdedilmiş olsa da, söz konusu sözleşmenin (.....) lehine düzenlenen sözleşme ile aynı amaca hizmet eden ve bu sözleşmeyi tamamlayan nitelikte bir paylaşım içermesi sebebiyle, (.....) lehine düzenlenen sözleşmenin akdedildiği tarih itibarıyla BIOPHARMA'nın kurulmamış olması, söz konusu anlaşmaların müşteri paylaşımı niteliğini ortadan kaldırmamaktadır. İfade olunan hususlardan hareketle, anılan sözleşmelerin “teşebbüsler arası anlaşma” niteliği taşıdığı ve 4054 sayılı Kanun kapsamına girdiği izahattan varestedir.

(170) Somut olayda (.....), bünyesinde bulunduğu teşebbüsten bağımsız olarak faaliyet göstermek amacıyla yeni bir teşebbüs kurmaktadır. Soruşturma kapsamında, (.....)'ın teşebbüs olarak nitelendirilmesine gerekçe olarak anılan kişinin iş akdinin sona ermesi değil, bünyesinde çalıştığı TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünden tamamen bağımsız bir teşebbüs kurmak suretiyle bağımsız ekonomik faaliyet yürütecek olması ve yürütmesi esas alınmıştır. Kaldı ki (.....)'ın, TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü bünyesinden ayrılmasını takiben, kendi teşebbüsü aracılığıyla bağımsız faaliyette bulunacağı, sözleşme metinlerinde geçen

“*Bu sözleşme Transorient AŞ-Tunaset A.Ş ve (.....) ve kuracağı Şirket olan Bio Pharma Logistics AŞ arasında yapılmıştır*”

ifadesinden de açıkça anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, somut olayda, Cem KOLAK'ın kariyerine bir başka teşebbüste işçi olarak mı yoksa kendi teşebbüsünü kurarak mı devam edeceğinin kestirilemeyeceğine ilişkin savunmanın da kabul edilebilmesi mümkün görünmemektedir.

(171) TRANSORIENT tarafından ayrıca, Soruşturma Raporu'nda yer verilen “(...) *sözleşmelerin doğrudan geleceğe yönelik teşebbüs faaliyetlerini kısıtladığı*” ifadesinde

geçen “geleceğe yönelik teşebbüs” kavramının rekabet hukukunda karşılığının olmadığı ve (.....)’in teşebbüs niteliği değerlendirilirken, “ileride bir gün teşebbüs olabilir” varsayımının benimsemesinin hukuka aykırılık teşkil ettiği iddia olunmaktadır.

- (172) Öncelikle belirtmek gerekir ki, Soruşturma Raporu’nda yer verilen hiçbir iddia varsayımlar üzerinden değerlendirilmemiş, aksine her bir iddia kapsamında somut bulgu ve deliller çerçevesinde detaylı bir analiz gerçekleştirilmiştir. Diğer taraftan, Soruşturma Raporu’nda yer verilen “(...) sözleşmelerin doğrudan geleceğe yönelik teşebbüs faaliyetlerini kısıtladığı” tespitinde geçen “geleceğe yönelik” ifadesi, “teşebbüsü” değil, “teşebbüs faaliyetlerini” nitелеmek için kullanılmıştır. Söz konusu ifade ile kastedilen, akdedilen sözleşmelerle getirilen kısıtlamaların, teşebbüslerin gelecekteki faaliyetlerini de etkileyecek olmasıdır. Sözleşmeler süresiz olarak akdedildiğinden, sözleşmelerle getirilen kısıtlamaların, sözleşmelerin akdedildiği tarih ve sonrasını kapsamaması sebebiyle, tarafların gelecekteki faaliyetlerini de etkileyeceği açıktır. Daha da netleştirmek gerekirse, sözleşmelerle yapılan müşteri paylaşımı neticesinde taraflar, adı geçen ve rakibe bırakılan müşterilerle gelecekte de iş ilişkisi kuramayacak, bu yolla rakibin müşterisine erişemeyen tarafın geleceğe yönelik faaliyetleri kısıtlanmış olacaktır.
- (173) Söz konusu gerekçeler ve piyasada sonraki dönemlerde yaşanan gelişmeler sözleşmelerin işçi-işveren bağlamının oldukça ötesine geçtiğini göstermektedir. Gerek bu sözleşmelerin karşılıklı kısıtlamalar içermesi, gerekse de süresiz olarak tasarlanması, tarafların bağımsız ekonomik birimler olarak değerlendirilmesine neden olmaktadır. Dolayısıyla sözleşmenin imzalanarak geçerlilik kazandığı tarih ve sonrasında işçi-işveren ilişkisinin sınırları aşılmış ve daha çok rakiplik ilişkisi ön plana çıkmıştır.
- (174) Sonuç olarak, her iki anlaşmada da yükümlülük altına giren tarafların teşebbüs olduğu ve sözleşmelerle getirilen kısıtlamaların da doğrudan teşebbüslere yönelik olduğu, sözleşme metinlerinden açıkça görülmektedir. İfade olunan hususlardan hareketle, anılan sözleşmelerin “teşebbüsler arası anlaşma” niteliği taşıdığı ve 4054 sayılı Kanun kapsamına girdiği izahtan varestedir.

I.10.2.2. Taraflar Arasında Akdedilen Anlaşmaların Müşteri Paylaşımı Anlaşması Olmadığına ve Etki Doğurmadığına Yönelik İddialar

- (175) TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü tarafından yapılan savunmada özetle;
- (.....) ile akdedilen sözleşmelerin Rekabet Kurulunun geçmiş kararlarında yer alan müşteri paylaşımı anlaşmalarına benzemediği, rekabet yasağı sözleşmelerine konu olan müşteri çevresinin tamamının TRANSORIENT- TUNASET ekonomik bütünlüğünün ticari iş gerçekleştirdiği teşebbüsler olduğu ve hâlihazırda müşterisi olmayan bir teşebbüs ile pazar paylaşım anlaşması yapılmasının bugüne kadar bir örneğinin bulunmadığı,
 - Rekabet Kurulunun geçmiş kararlarında ihlale taraf olan teşebbüslerin birbirlerinin müşteri tabanlarına saldırmamayı kararlaştırdıkları ancak (.....) ile akdedilen sözleşmelerin ticari sırları ve müşteri çevresine ilişkin bilgileri korumak maksadı taşıdığı ve (.....)’in TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğüne rakip olabilecek müşteri çevresinin olmadığı,
 - Kanuni dayanağı olmasına karşın, akdedilen sözleşmelerle (.....)’a kendi şirketini kurmasına yönelik olarak mutlak bir yasak getirilmediği; aksine inceleme

konusu rekabet yasağı sözleşmelerinin TUNASET ve TRANSORIENT'in hizmet sunduğu müşterilerle sınırlı olacak şekilde kaleme alındığı,

- Sözleşmelerde yer alan müşterilerin yalnızca TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün müşterilerini kapsamaması sebebiyle pazarın çok küçük bir bölümünü oluşturduğu,
- Müşterilerin TRANSORIENT ve TUNASET karşısında sahip oldukları alıcı gücünün çok yüksek olması ve tarafların pazarda son derece sınırlı bir paya sahip olmalarından ötürü, söz konusu müşterilerin TRANSORIENT ve TUNASET ile sözleşmelerin akdedildiği dönemde iktisadi faaliyet göstermeyen (.....) arasında "kartel" niteliğini haiz bir müşteri paylaşımı anlaşmasına konu edilemeyeceği,
- Alıcı gücünün varlığı sebebiyle korunan müşteri tabanına uygulanan fiyatların artırılmasının veya sabit tutulmasının mümkün olmadığı, bu sebeple müşteri paylaşımı anlaşmasının etkisi bakımından karşılık bulmadığı,
- (.....)'in 2017 yılı hariç olmak üzere akdedilen sözleşmelerle kendisine bırakılan müşterilere hiç satış yapmadığı,
- Sözleşmelerin akdedilmesinden 3 ay sonra (.....)'in sözleşmeyi ihlal etmesi sebebiyle anılan sözleşmelerin fiilen uygulanmadığı ve etki doğurmadığı,
- Taraflar arasında akdedilen anlaşmalarla (.....)'in pazardan dışlanmadığı; aksine sözleşmelerin yapıldığı hâli ile kaleme alınmış olmaları neticesinde pazara giriş yapma ve faaliyet gösterme olanağına sahip olduğu

ifade edilmektedir.

- (176) Dosya kapsamında elde edilen bilgilerden (.....)'in 23.07.2004-31.12.2016 tarihleri arasında (.....)'in kontrolündeki TRANSORIENT'te çalıştığı, bunun yanında TUNASET'e de danışmanlık hizmeti verdiği anlaşılmaktadır. TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün yazılı savunmasında, (.....)'in çalıştığı süre boyunca, teşebbüsün müşteri çevresine ve sırlarına vakıf olduğu, bu durum neticesinde de yalnızca TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün müşterilerinin konu olduğu "rekabet yasağı" sözleşmelerinin akdedildiği iddia edilmektedir.
- (177) Öncelikle belirtmek gerekir ki, söz konusu müşteriler, ekonomik bütünlükle aynı pazarda faaliyet göstermek amacıyla kurulan ve kurulduğu dönemde müşterisi bulunmayan rakip konumundaki BIOPHARMA için de potansiyel müşteri konumundadır. Ancak, paylaşımına konu müşterilerin, doğrudan TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün müşterisi olması, rakip konumundaki BIOPHARMA açısından potansiyel müşteri konumunda olması, BIOPHARMA'nın çalıştığı süre boyunca TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün müşteri çevresine vakıf olması veya anlaşmaların akdedildiği dönemde hiç müşterisinin bulunmaması, söz konusu anlaşmaların "müşteri paylaşımı" niteliğini değiştirmemektedir. Zira Kanun'un ilgili hükmünde, bir eylemin müşteri paylaşımı olarak nitelendirilebilmesi için, her iki tarafın da müşteri çevresinin bulunması gibi özel bir şart aranmamakta, aktif ve/veya potansiyel müşteri ayrımı yapılmamakta, teşebbüsler arasında yapılan her türden müşteri paylaşımının Kanun'un 43. maddesinde de belirtildiği şekliyle, rekabet hukuku kapsamına giren açık ve ağır ihlal niteliğini haiz anlaşmalar olduğu kabul edilmektedir.
- (178) TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün ilgili savunmasında, müşterilerin yüksek alıcı gücüne sahip olması ve TRANSORIENT-TUNASET ekonomik

bütünlüğünün pazarda son derece sınırlı bir paya sahip olması sebebiyle taraflar arasında "kartel" niteliğini haiz bir müşteri paylaşımı anlaşmasının akdedilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir.

- (179) Müşteri paylaşımı anlaşmalarının ihlal teşkil edip etmediğine yönelik değerlendirmede, paylaşımına konu müşterilerin sahip olduğu pazarlık gücü veya anlaşma taraflarının pazar payı önem arz etmemekte; taraflarca müşteri paylaşımının yapılmış olması tek başına, ihlal tespiti için yeterli görülmektedir.
- (180) Dosya kapsamında yapılan değerlendirmede esas alınacak unsurlardan biri olmamakla beraber, tarafın yazılı savunmasında yer verilen iddialardan biri olması hasebiyle, paylaşılan müşterilerden piyasadaki alıcı güçlerinin tespitine yönelik bilgi talebinde bulunulmuştur. Gelen cevabi yazılarda, müşterilerden bir kısmının piyasadaki bilinirliği, yüksek hacimli hizmet alımları vb. sebeplerden ötürü sağlayıcılar karşısında pazarlık gücüne sahip olduğu belirtilmekte; bazı müşteriler tarafından ise düşük montanlı hizmet alımının söz konusu olduğu durumlarda alıcı gücünden bahsetmenin mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Nitekim piyasa bilinirliğine sahip bazı müşteriler tarafından, hizmet alımlarının düşük hacimli olması ve süreklilik arz etmemesi gibi sebeplerden ötürü sağlayıcılar karşısında pazarlık güçlerinin bulunmadığı belirtilmektedir. Bu doğrultuda, dosya kapsamında yapılan inceleme ve tespitlere göre biyofarma lojistiği alanında müşterilerin pazarlık gücüne sahip oldukları yönünde bir genelleme yapmanın mümkün olmadığı değerlendirilmektedir. Ancak ifade olunduğu üzere, paylaşılan müşterilerin sağlayıcılar karşısında alıcı gücüne sahip olduğu kabulü altında dahi, akdedilen anlaşmaların kartel niteliğini haiz olduğu tespiti değişmemektedir.
- (181) TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün düşük pazar payına sahip olduğu iddiası kapsamında ise; dosya kapsamında biyofarma lojistiği alanında faaliyet gösteren rakip teşebbüsler tespit edilmiş ve teşebbüslerin mevcut satış gelirleri baz alınmak suretiyle pazar payları hesaplanmıştır. Yapılan hesaplamalar neticesinde, TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün pazar payının 2016-2021 arası dönemde %(.....), %(.....), %(.....), %(.....), %(.....) ve %(.....) olarak gerçekleştiği; sahip olduğu pazar payının yanında, sektördeki bilinirliği, ilk giren avantajı, rakiplerinin görece düşük pazar payları ve pazardaki konumu ile pazarın yoğunlaşmış yapısı birlikte değerlendirildiğinde; teşebbüsün sektörün önde gelen oyuncularından biri olduğu tespit edilmiştir. Bu kapsamda, teşebbüsçe yapılan savunmaya katılmak mümkün görünmemektedir.
- (182) Yazılı savunma kapsamında yer verilen bir diğer iddia ise alıcı gücünün varlığı sebebiyle korunan müşteri tabanına uygulanan fiyatların arttırılmasının veya sabit tutulmasının mümkün olmadığı, bu sebeple müşteri paylaşımı anlaşmasının etkisi bakımından karşılık bulmadığıdır. Daha öncesinde de ifade edildiği üzere, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin uygulanması bakımından anılan madde kapsamına giren uygulamaların amaç veya etki unsurlarından sadece birini barındırması, Kanun'un 4. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılması için yeterli kabul edilmektedir. Dolayısıyla rekabeti kısıtlama amacı taşıyan anlaşmaların varlığı halinde ihlalin gerçekleşmesi için anlaşmanın uygulanması veya piyasada rekabeti bozucu etkilerinin görülmesi veya bu etkilerin ispatı aranmamaktadır.
- (183) Ayrıca, yukarıda da açıklandığı üzere, paylaşılan müşterilerin alıcı gücüne sahip olması, anlaşmaların kartel niteliğini ortadan kaldırmamaktadır. Her ne kadar, ilgili savunmada, akdedilen anlaşmalar neticesinde, müşteri tabanına uygulanan fiyatların arttırılmadığı veya sabit tutulmadığı iddia edilse de, müşteri paylaşımı gibi kartel

tanımına giren teşebbüs davranışlarının doğası gereği rekabeti kısıtlayıcı bir niteliği haiz olması ve ekonomik faydalar yaratabilme ihtimallerin oldukça düşük olması sebebiyle, piyasa üzerinde herhangi bir etki doğurmadığından bahsetmek mümkün görünmemektedir. Yukarıda “Yerinde İncelemelerde Elde Edilen Bilgi ve Belgeler” başlıklı bölümünde yer verilen Bulgu-5’te, TUNASET çalışanı (.....) ile (.....) yetkilisi (.....) arasında geçen yazışmalarda (.....)’ın

“(.....) ile fiyat farkını iletebilmeniz mümkün mü, ne yapabiliriz bir bakalım.”,

(...) Bugüne kadar neden hiç kimsenin fiyatlandırma sorununu bize bildirmediğini anlamıyorum. Eminim konuşursak bir çözüm bulabiliriz..

ifadeleriyle rakibin sunmuş olduğu fiyatı öğrenmeye çalıştığı ve rakiple çalışma kararı veren müşteriyi elinde tutabilmek için fiyat pazarlığı teklifinde bulunduğu; öte yandan (.....) tarafından iletilen

(...) genel tarifeleri sizinkinden daha rekabetçi”,

(...) değişikliğin arkasında 'gizli' bir neden bulunmamakta. “Fiyatlandırma ana sebebi”

içerikli e-postalarla ise müşterinin başka bir sağlayıcıyla çalışmak istemesindeki ana motivasyonunun, TUNASET’in sunduğu fiyatları rekabetçi bulmamasından kaynaklandığı görülmektedir. Söz konusu yazışmalardan, TUNASET’in dosya konusu müşteri paylaşımı anlaşmalarına güvenerek fiyatlarını yüksek tutmuş olabileceği, bu durumun (.....)’i daha rekabetçi bir fiyat sunan ve müşteri paylaşımı anlaşmasının tarafı olmayan (.....)⁷¹ ile çalışma yönünde bir karar almaya teşvik ettiği, TUNASET’in ise fiyatlarında bir güncellemeye giderek müşteriyi kaybetmemeye çalıştığı anlaşılmaktadır. Bu noktada, akdedilen kartel anlaşmalarının piyasadaki fiyatları etkilemediği yönündeki savunmaya katılmak mümkün görünmemektedir.

- (184) Yukarıda yer verilen iddiaların yanında, TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğüne sunulan yazılı savunmada (.....)’ın 2017 yılı hariç olmak üzere akdedilen sözleşmelerle kendisine bırakılan müşterilere hiç satış yapmadığı, sözleşmelerin akdedilmesinden 3 ay sonra da sözleşmeyi ihlal etmesi sebebiyle anılan sözleşmelerin fiilen uygulanmadığı ve etki doğurmadığı iddia edilmektedir.
- (185) Önceki bölümlerde de bahsedildiği üzere; rekabeti kısıtlama amacı bulunan bir anlaşma doğası gereği 4. madde kapsamında ihlal teşkil ettiğinden, söz konusu anlaşmanın pazardaki fiili veya potansiyel etkilerinin incelenmesine gerek bulunmamaktadır. Dolayısıyla mevcut dosya kapsamında kartel olarak değerlendirilen ilgili müşteri paylaşımı anlaşmaları bakımından da anlaşmaların uygulanıp uygulanmadığının tespit edilmesi ve uygulanmış ise etkilerinin neler olduğunun ortaya konulmasının bir zorunluluk olmadığı değerlendirilmektedir. Ancak dosya özelinde yapılan tespitlerden, taraflar arasında akdedilen sözleşmelerin hayata geçirildiği ve pazarda rekabet karşıtı sonuçlar doğurduğu açıkça anlaşılmaktadır.
- (186) Yine daha önceki bölümlerde de belirtildiği üzere, BIOPHARMA’nın ilgili sözleşmeler ile kendisine bırakılan müşteriler özelinde elde edilen satış gelirinin toplam satışlar içerisindeki düşük oranına rağmen, sözleşmeyle TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğüne bırakılan müşterilerden (.....) hariç olmak üzere hiçbirine

⁷¹ Ticaret unvanlarında benzerlik bulunmakla beraber, (.....); soruşturma taraflarından TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün bir dönem gümrük müşaviri olarak yurt dışı müşterilerine verdiği hizmetlerde destek aldığı ancak söz konusu ekonomik bütünlük içerisinde yer almayan ve ekonomik bütünlükten tamamen bağımsız, ayrı ortaklık ve kontrol yapısına sahip bir teşebbüstür.

hizmet sunmadığı görülmektedir. Kaldı ki, teşebbüsün (.....)'ye yaptığı satışlara bakıldığında da teşebbüsten elde edilen gelirin, toplam satış gelirleri içerisindeki ağırlığının %(.....)'in çok altında kaldığı anlaşılmaktadır. Teşebbüsün savunmasında, BIOPHARMA yetkilisi (.....)'in kendisine bırakılan müşterilere hiç satış yapmamış olmasının, anlaşmaların uygulanmadığına dayanak teşkil ettiği iddia olunmaktadır. Ancak bu noktada önem arz eden husus, (.....)'in kendisine bırakılan müşterilere satış yapmamasından ziyade, akdedilen anlaşmalarla rakibe bırakılan müşterilere hiç hizmet sunmamış olmasıdır. Bu durum, BIOPHARMA tarafından müşteri paylaşımına riayet edildiğinin kanıtı niteliğindedir. Benzer durum, TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü için de geçerli olup Tablo-6'dan, teşebbüsün BIOPHARMA'nın müşterilerine satış yapmaktan imtina ettiği açıkça görülmektedir.

- (187) TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün savunmasında yer alan bir diğer iddia ise taraflar arasında akdedilen anlaşmalarla (.....)'in pazardan dışlanmadığı, aksine TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün faaliyetlerine ve müşterilerine erişimine müsaade edildiğidir.
- (188) Pazara yeni giriş yapan bir teşebbüsün faaliyet gösterebilmesi için ihtiyaç duyduğu müşteri çevresine erişimi; faaliyetinin sürekliliği ve piyasadaki kalıcılığı açısından büyük önem arz etmektedir. Müşteri paylaşımına konu olan teşebbüslerin TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün rakibi olan BIOPHARMA açısından potansiyel müşteri konumunda olduğu tartışmasızdır. Başlangıçta hiç müşterisi olmayan bir teşebbüse, piyasaya giriş aşamasında, yüksek getirili müşterilere erişimini kısıtlayacak türden bir sınırlama getirilmesinin, giriş yapan yeni oyuncunun faaliyetlerini zorlaştıracığı açıktır. Somut olay özelinde de, herhangi bir müşteri tabanına sahip olmayan BIOPHARMA'nın, akdedilen anlaşmalarla rakibe bırakılan ve yüksek montanlı hizmet alımı yapan müşterilere erişiminin engellendiği görülmektedir. Kaldı ki, rakip konumundaki bazı teşebbüsler tarafından da, sektörde müşteri çevresi edinilmesinin oldukça zor olduğu vurgulanarak, müşteriye erişimin sektöre girişlerin önünde bir engel olarak görüldüğü ifade edilmiştir. Bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, akdedilen anlaşmalar, sektörde yeni sayılabilecek ve hâlihazırda faaliyeti bulunmayan teşebbüs açısından caydırıcı bir rol oynayabilecek; diğer bir deyişle, piyasadaki umduğunu bulamayan, ihtiyaç duyduğu müşteri çevresine erişemeyen ve piyasada tutunması için gerekli olan pazar payına ulaşamayan teşebbüsün piyasadaki çekilmesi sonucunu doğurabilecektir. Bu noktada, inceleme konusu anlaşmalarla BIOPHARMA'nın kendisine bırakılan müşterilerden elde ettiği gelir ile TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün kendi müşterilerinden elde ettiği gelir kapsamında yapılacak bir kıyaslanmanın, somut olayı daha anlaşılır kılacağı değerlendirilmektedir.
- (189) Sözleşmelerin uygulamaya konulduğu 2017 yılı itibarıyla TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün kendisine bırakılan ve en çok satış geliri elde ettiği üç müşterisine bakıldığında; (.....)'den (.....) TL, (.....)'den (.....) TL ve (.....)'ten (.....) TL satış geliri elde edildiği görülmektedir. Öte yandan, aynı yılda BIOPHARMA'nın kendisine bırakılan ve en çok satış geliri elde ettiği üç müşterisine bakıldığında ise; (.....)'dan (.....) TL, (.....)'den (.....) TL ve (.....)'dan (.....) TL satış geliri elde ettiği anlaşılmaktadır. Tablo-6 ve Tablo-8'de yer alan veriler incelendiğinde, TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün hizmet sunduğu müşterisinden elde ettiği en yüksek gelir (.....) TL'yi bulurken; BIOPHARMA tarafından kendisine bırakılan müşteriden elde edilen en yüksek gelirin ise yalnızca (.....) TL olarak gerçekleştiği; teşebbüsün ayrıca 2017 yılı hariç olmak üzere, sözleşme ile kendisine bırakılan müşterilerden neredeyse hiç gelir elde etmediği görülmektedir.

- (190) Bu noktada paylaşıma konu müşterilerden (.....)'e ayrıca dikkat çekmek gerekmektedir. Müşterilere ait mali getiri istatistikleri incelendiğinde (.....)'in piyasa açısından önemli bir müşteri konumunda olduğu ve anılan teşebbüsün müşteri paylaşımı sözleşmesine konu edilmesinin piyasanın rekabetçi dinamikleri üzerinde önemli sonuçlar doğurduğu anlaşılmaktadır. Yukarıda yer verilen Bulgu-8'de, BIOPHARMA'nın piyasanın en büyük müşterilerinden (.....)'in fiyat teklif talebini içeren e-postaya, akdedilen anlaşmalarla getirilen yasaklar neticesinde dönüş sağlamadığı görülmekte; benzer şekilde, Bulgu-4'te geçen yazışmalardan da, BIOPHARMA'nın TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğüne bırakılan müşterilerden (.....)'in teklifini içeren e-postaya dönüş yapmasının engellenmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır. TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün hizmet sunduğu müşteriler ile bu müşterilerden elde ettiği satış gelirlerinin ve oranlarının yer aldığı Tablo-6 ve Tablo-7 incelendiğinde, (.....) ve (.....)'in, TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün satış gelirleri içerisindeki en yüksek paya sahip müşterileri olduğu açık bir şekilde görülmektedir.
- (191) Yukarıda yer verilen hususlar bir bütün olarak değerlendirildiğinde, akdedilen anlaşmalarla, BIOPHARMA'nın dünya çapında faaliyet gösteren yüksek getirili teşebbüslere rekabetçi teklif sunmasının, bu teşebbüslerle ticari ilişki kurmasının ve elde edeceği pazar payı ile TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü üzerinde rekabetçi baskı kurmasının süresiz olarak engellendiği anlaşılmaktadır. Benzer şekilde, TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün de, her ne kadar geçmiş yıllarda hacimli bir ciro katkısı sağlanamamış olsa da, BIOPHARMA'ya bırakılan müşterilere süresiz olarak rekabetçi teklif sunamayacağı görülmektedir. Bu kapsamda, teşebbüslerin bu türden davranışlarının, rekabetçi olabilecek piyasaların piyasa dışı unsurlarla anti-rekabetçi bir yapıya dönüşmesini beraberinde getireceği değerlendirilmektedir.
- (192) Bunlara ek olarak, dosya kapsamında akdedilen müşteri paylaşımı anlaşmaları neticesinde, (.....) ve (.....) örneğinde olduğu gibi, paylaşıma konu müşteriler farklı fiyatlara ve tercih ettikleri tedarikçiye doğrudan ulaşamayacağından müşterilerin arasındaki fiyat ve hizmet rekabetinin ortadan kalkması da kaçınılmaz olacaktır. Dolayısıyla teşebbüslerin dört yılı aşkın bir süredir devam eden müşteri paylaşımı uygulamalarının varlığı sebebiyle, anlaşmanın tarafları arasındaki fiyat rekabetinin ortadan kalkması bir yana, anlaşmadan etkilenen müşterilerin faaliyet gösterdikleri piyasalardaki rekabetçi güçleri de olumsuz yönde etkilenebilecektir.

I.10.2.3. Soruşturma Heyetince Yapılan Etki Analizine Yönelik Savunmalar

- (193) TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü tarafından;
- Soruşturma Heyeti tarafından incelemeye konu teşebbüsler nezdinde fiyat hareketleri ve seviyelerinin incelendiği bir kartel kârı analizine yer verilmediği; bu türden bir iktisadi analiz eksiliğinin, kartel tespitinde bulunmak için oldukça riskli olduğu,
 - Paylaşıma konu müşteriler ile bu müşterilerin dışında kalan diğer müşterilere uygulanan fiyatların 2017-2021 yılları arasındaki seyri karşılaştırıldığında, farklı bir fiyatlama politikasının yapılmadığının, diğer bir deyişle taraflar arasında var olduğu iddia olunan kartel anlaşması kapsamında "*paylaşıldığı iddia edilen*" müşterilere yönelik fiyatlarda bir artış yaşanmadığının açıkça görüldüğü,
 - Sözleşmelere konu müşterilerin sektördeki alıcıların son derece sınırlı bir kısmını teşkil ettiği; akdedilen sözleşmeler ile TRANSORIENT-TUNASET ekonomik

bütünlüğünün sözleşmelere konu müşteriler dışındaki diğer tüm müşteriler için taraflar arasındaki rekabetin devam etmesini amaçladığı, nitekim sözleşmeye konu sınırlı bir müşteri grubu haricinde rekabetin büyük bir alanda devam ettiği, tüm bu hususların ise sözleşmelerin uygulanabilirliğini, sürdürülebilirliğini ve etkisini azalttığı,

- (.....)'ın sözleşmelerin akdedilme tarihinden yaklaşık 3 ay sonra TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğüne bırakılan müşteriler ile satış yapmak üzere irtibata geçmesi sebebiyle, sözleşmelere konu müşteriler bakımından da rekabetin başlamış olduğu; taraflarca 2018 yılından bu yana, uyulmamış olması nedeniyle mahkemeler önünde dava konusu yapılan "rekabet yasağı sözleşmeleri"ne, 2017-2021 yılları arasında büyük ölçüde riayet edildiğine dair tespitlerin somut vakayı yansıtmada noktasında isabetsiz olduğu,
- Sözleşmeye konu müşterilerin rakip teşebbüsten alım yapmamasının kartel anlaşmalarından kaynaklanmadığı, aksine kendi ticari kararlarının bir sonucu olduğu,
- İnceleme taraflarının toplam gelirleri içerisinde biyofarma lojistik hizmetlerinden ve paylaşılan müşterilerden elde ettikleri gelirlerin ağırlıklarına yönelik olarak yapılan analizlerin, inceleme taraflarının anlaşmalara sadık kaldıkları tespitinde bulunmak için metodolojik açıdan hatalı olduğu

iddia edilmektedir.

- (194) Öncelikle belirtmek gerekir ki, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin uygulanması bakımından anılan madde kapsamına giren uygulamaların amaç veya etki unsurlarından sadece birini barındırması, Kanun'un 4. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılması için yeterli kabul edilmekte; dolayısıyla rekabeti kısıtlama amacı taşıyan anlaşmaların varlığı halinde ihlalin gerçekleşmesi için anlaşmanın uygulanması veya piyasada rekabeti bozucu etkilerinin görülmesi veya bu etkilerin ispatı aranmamaktadır. Kurulun *Sıcak Hava Balon* kararında da⁷² "*Fiyat tespiti, arz kısıtlaması, pazar veya müşteri paylaşımı gibi açık kısıtlamaların söz konusu olduğu yatay anlaşmalar pazardaki mevcut veya potansiyel etkilerinin incelenmesine gerek görülmeksizin per se yasaklanmaktadır.*" denilmek suretiyle somut olaydaki gibi doğası gereği rekabeti aşırı ölçüde sınırlayan bu türden anlaşmaların etkilerinin incelenmesine gerek olmadığı vurgulanmaktadır.
- (195) Dosya kapsamında incelemeye konu taraflar arasındaki müşteri paylaşımının varlığını açıkça ortaya koyan anlaşmalar ile bu anlaşmaları destekleyen yazışmalara doğrudan ulaşılmış olup söz konusu deliller, 4054 sayılı Kanun kapsamında kartel olarak nitelendirilebilecek davranışları, bu eyleme katılan tarafları ve tarafların rekabete aykırı amacını net bir biçimde ortaya koymaktadır. Bu çerçevede, ilgili anlaşmaların 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında rekabet ihlali teşkil ettiği sonucuna ulaşmak için söz konusu bulguların yeterli olduğu tartışmasızdır. Bununla birlikte, ihlalin varlığının tespiti noktasında yapılan değerlendirmeyi değiştirmeyecek olmakla beraber, Kurul tarafından alınacak olası bir idari para cezasının takdiri bakımından, somut olay özelinde bir etki analizine de yer verilmiştir.
- (196) Savunma tarafınca, Kurulun kartel iddiasına dayanan *Sıcak Hava Balon*⁷³ ve *Arçelik-Veste*⁷⁴ gibi dosyalarda, incelemeye konu teşebbüslerin kartel kârı elde edip etmediği,

⁷² 25.03.2021 tarih ve 21-17/208-86 sayılı Kurul kararı.

⁷³ Kurulun 25.03.2021 tarih ve 21-17/208-86 sayılı kararı.

⁷⁴ Kurulun 02.01.2020 tarih ve 20-01/13-5 sayılı kararı.

piyasadaki fiyatların yükselip yükselmediğini göz önünde bulundurmasına rağmen, mevcut dosyada anlaşmanın tespiti noktasında tarafların kârlılıklarını artırıp artırmadığı yönünde bir fiyat analizine yer vermediği, bu durumun kartel anlaşmasının varlığının ispatsız kalmasına ve bir iddia olmaktan öteye geçememesine yol açtığı iddia olunmaktadır. İlgili savunmada bahsi geçen kararlar, somut olaydaki gibi salt müşteri paylaşımını konu alan kararlar olmayıp kartelin fiyat tespiti gibi başka türden görünümünü de temsil eden kararlara örnek teşkil etmektedir. Öte yandan, Kurulun doğrudan müşteri paylaşımı iddialarının konu olduğu *posta/kargo taşımacılığı*⁷⁵ kararında, ihlal isnadında bulunulurken savunmada belirtilen türden bir kartel kârı analizine yer verilmemiştir. Bu noktada belirtilmelidir ki, rekabet hukuku analizlerinde her bir vaka kendine has özellikler taşıdığından, her bir dosya özelinde (*case-by-case*) yapılacak değerlendirme önem arz etmektedir. Dolayısıyla her türden rekabet ihlali, savunmada belirtildiği gibi, benzer bir analiz gerektirmemekte, somut olayın özellikleri ve gerekliliklerine göre değişiklik göstermektedir. Kaldı ki, anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin kartelden kâr elde edip etmediği hususu, ihlal isnadında bulunma noktasında da bir rol oynamamaktadır. Aksi halde, kartel tanımına giren anlaşmaların tarafı olan teşebbüslerin, kartelden bekledikleri kârı elde edememeleri ya da söz konusu kartelin teşebbüslerin zararı ile sonuçlanması durumunda, anlaşmaların kartel olarak değerlendirilmemesi gibi hukuka aykırı bir yaklaşım benimsemek gerekecektir.

- (197) Savunma tarafınca ortaya atılan bir diğer iddia, sözleşmeye konu müşterilerin, sektördeki alıcıların son derece sınırlı bir kısmına tekabül etmesi sebebiyle anılan müşteriler dışında kalan tüm müşteriler için rekabetin devam ettiğidir. Anılan tespite yukarıda,

“ (...) taraflarca akdedilen anlaşmalara konu müşterilerin, pazarın geneli ile kıyaslandığında, sınırlı bir düzeyde kaldığı, yapılan paylaşımdan, pazardaki tüm müşterilerin etkilenmediği, paylaşımın yalnızca küçük bir müşteri kitlesi ile sınırlı tutulduğu anlaşılmaktadır. Kaldı ki söz konusu müşterilerin BIOPHARMA ve TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü haricindeki rakiplerle çalışmasının önünde de herhangi bir engel bulunmamaktadır. Nitekim (.....), (.....), (.....), (.....), (.....) gibi paylaşımına konu olan bazı müşterilerin cevabi yazılarından, birden fazla hizmet sağlayıcısı ile çalışabildikleri ve ihtiyaç duymaları halinde kolay bir şekilde sağlayıcı değiştirebildikleri açıkça görülmektedir.”

denilmek suretiyle de yer verilmiştir. Ancak savunma tarafınca iddia olunduğu gibi, tarafların akdettikleri sözleşmelerle, sözleşmelere konu müşteriler dışındaki diğer tüm alıcılar için taraflar arasındaki rekabetin devam etmesini amaçladığı argümanına katılmak mümkün görünmemektedir. Aksine, taraflar, akdettikleri müşteri paylaşımı sözleşmeleri ile paylaşımına konu müşteriler bakımından rekabetin ortadan kalkmasına sebep olmuştur. Kaldı ki, pazardaki diğer müşteriler için rekabetin devam ediyor olması, tarafların akdedilen sözleşmelere konu müşteriler özelinde rekabeti kısıtladığı tespitini de değiştirmemektedir. Paylaşılan müşterilerin pazarın geneli içindeki ağırlığı, ağırlaştırıcı-hafifletici unsurlar bakımından önem arz etmektedir.

- (198) Savunma kapsamında yer verilen bir diğer iddia da, (.....)'in sözleşmelerin akdedildiği tarihten yaklaşık üç ay sonra TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğüne bırakılan müşteriler ile satış yapmak üzere irtibata geçmesi sebebiyle, sözleşmelere konu müşteriler bakımından da rekabetin başlamış olduğu hususudur. Dosya kapsamında yapılan incelemede tespit olunduğu üzere, TRANSORIENT-TUNASET

⁷⁵ Kurulun 16.01.2020 tarih ve 20-04/47-25 sayılı kararı.

ekonomik bütünlüğü 2016 yılında, sözleşmelerle BIOPHARMA'ya bırakılan 15 müşteriden 13 tanesine hizmet verirken, sözleşmelerin hayata geçirildiği 2017 yılında BIOPHARMA'nın üç müşterisine, 2019 yılında bir müşterisine, 2020 yılında iki müşterisine, 2021 yılında ise bir müşterisine hizmet sunmuştur (Tablo-6). Benzer şekilde BIOPHARMA'nın da, TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğüne bırakılan müşterilerden yalnızca (.....)'ye hizmet verdiği görülmektedir (Tablo-8). İlgili tablolardan da, anlaşmaların uygulamaya konulduğu 2017 yılından itibaren tarafların rakibe bırakılan müşterilere neredeyse hiç hizmet sunmadığı, daha ziyade, kendilerine bırakılan ya da paylaşımına konu olmayan müşterilerden gelir elde ettikleri açıkça görülmektedir. Bunun yanında aşağıda "Teşebbüsün Bulgu-3 ve Bulgu-4 Kapsamındaki Savunması" başlığı altında yer verilen ve 16.05.2018 tarihinde TUNASET çalışanı (.....) tarafından BIOPHARMA yetkilisi (.....)'a gönderilen

"(...) Aramızdaki anlaşma da esas alındığında ekte gönderdiğiniz email ile bu çerçevenin dışına çıktığınız çok açık bir şekilde gözüküyor. Müşterimiz size malzemenin (.....) ile geldiğini belirttiğinde vereceğiniz cevap hizmet verimiz olmamalı, olumsuz bir dönüş yapmak istemiyorsanız bile bize yönlendirmeniz yeterliydi."

içerikli yazışmadan (Bulgu-4), taraflarca 2017 yılı sonrasında da akdedilen anlaşmaların uygulanması konusunda çaba sarf edildiği ve anlaşmalara uyulup uyulmadığının takibinin yapıldığı anlaşılmaktadır. Her koşulda, inceleme konusu müşteri paylaşımı anlaşmalarına büyük ölçüde riayet edildiği izahıta varestedir.

(199) Yukarıda iddianın devamı olarak savunma tarafınca sözleşmeye konu müşterilerin rakip teşebbüsten alım yapmamasının kartel anlaşmalarından kaynaklanmadığı, aksine müşterilerin kendi ticari kararlarının bir sonucu olduğu ifade edilmektedir. Savunma kapsamında, Soruşturma Raporu'nda "Müşterilerden Edinilen Bilgiler" başlığı altında geçen ve yukarıda da yer verilen tespitlerden,

- (.....) ve (.....)'in sınırlı düzeyde ve düzensiz alım yapmasının,
- (.....)'un kendi lojistik alt yapısını kurması neticesinde hizmet alımını durdurmasının,
- (.....)'nın sürekli hizmet alımı ihtiyacının bulunmamasının,
- (.....)'in 2017 yılı sonrasında biyofarma lojistiğine yönelik hizmet alımını sonlandırmasının

anılan müşterilerin biyofarma lojistik hizmetine nadiren ihtiyaç duyduğunu ortaya koyduğu; piyasada hizmet sunan çok sayıda teşebbüsün varlığı ve sağlayıcı değişikliğinin önünde bir engel olmadığı da göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu müşterilerin rakip teşebbüsten alım yapmama gerekçesinin kartelden ileri geldiği tespitinin gerçekte bağdaşmadığı iddia olunmaktadır.

(200) Öncelikle belirtmek gerekir ki, paylaşımına konu müşterilerin hizmet alımlarının sınırlı bir düzeyde kalması, inceleme tarafı teşebbüslerin kendisine bırakılan müşterilerle kayda değer iş ilişkisinin bulunmaması ya da anlaşmaya konu müşterilerin, anlaşmaların geçerli olduğu süre boyunca kartel tarafı teşebbüslerden hizmet alımı yapmaması, anlaşmaların kartel niteliğini değiştirmemektedir. Somut olayda taraflar arasında bir müşteri paylaşımı söz konusudur ve taraflarca, birbirlerine bıraktıkları müşterilerin teklif taleplerine dönmeme, bu müşterilere hizmet sunmama ve bu müşterilerle iş ilişkisi kurmama yönünde sınırlamalar getirildiği sözleşme metinlerinden açıkça görülmektedir. Dolayısıyla, sözleşmelere konu müşterilerin, anlaşmanın uygulandığı süre içerisinde hizmet alım miktarlarında yaşanan artış ya da

azalmalar, teşebbüslerin kartel anlaşmalarına taraf olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

- (201) Öte yandan, Bulgu-8’de, sözleşmelerle TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğüne bırakılan büyük getirili müşterilerden (.....)’in teklif talebine BIOPHARMA’nın herhangi bir dönüş sağlayamadığı, Bulgu-4’te geçen yazışmalardan da, BIOPHARMA’nın TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğüne bırakılan müşterilerden (.....)’in teklifini içeren e-postaya dönüş yapmasının engellenmeye çalışıldığı görülmektedir. Bu kapsamda, savunma tarafınca iddia olduğu gibi, anılan müşterilerin rakip teşebbüsle çalışmama nedeninin yalnızca kendi ticari kararlarından kaynaklanmadığı açıktır.
- (202) Bu noktada ayrıca belirtmek gerekir ki, müşterilerin tek başına, hizmet alımı yapma noktasında ticari karar verme özgürlüğüne sahip olması, ortada kartel niteliğinde bir anlaşma olmadığı anlamına gelmemektedir. Ticari karar verme özgürlüğüne sahip bir müşteri, istediği sağlayıcıya teklif götürebilse bile, müşteri paylaşımı ile bağlı olan sağlayıcı konumundaki tarafın rakibe bırakılan söz konusu müşteriden gelen talebe dönüş sağlayamaması, diğer bir deyişle, müşteri paylaşımı tarafının istediği müşteri ile çalışma tercihinde bulunamaması, kartelin varlığını ortaya koymak için yeterli görülmektedir. Nitekim somut olaya konu müşteri paylaşımı anlaşmalarıyla müşterilerin sağlayıcılara teklif götürmesi değil, sağlayıcıların müşterilerle iş ilişkisi kurması engellendiğinden, söz konusu anlaşmalarla bağlı olan ve ticari karar verme özgürlüğü sınırlanan taraflar, müşteriler değil, sağlayıcı konumundaki rakip teşebbüslerdir.
- (203) Öte yandan, savunma tarafınca iddia edildiği gibi, müşterilerin birden fazla hizmet sağlayıcısı ile çalışmasının önünde herhangi bir engel olmaması da, ortada bir kartel olmadığına dayanak teşkil etmemektedir. Öyle ki, söz konusu anlaşmaların tarafları TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü ve BIOPHARMA olduğundan, anılan teşebbüsler dışında kalan rakip firmaların, sözleşmelere konu müşteri paylaşımıyla bağlı olmadığı açıktır. Dolayısıyla, müşterilerin, anlaşma tarafı olmayan rakip firmalarla ticari ilişki kurmasının ve bu sağlayıcılar arasında geçiş yapmasının önünde bir engel de bulunmamaktadır. Ancak bu noktada, paylaşım konu müşterilerin anlaşma tarafı teşebbüsler dışında kalan sağlayıcılarla çalışmalarının önünde herhangi bir engel bulunmaması, inceleme taraflarının kartel anlaşmalarının parçası olduğu tespitini değiştirmemektedir.
- (204) Savunma tarafınca inceleme taraflarının toplam gelirleri içerisinde biyofarma lojistik hizmetlerinden ve paylaşılan müşterilerden elde ettikleri gelirlerin ağırlıklarına yönelik olarak yapılan analizlerin, inceleme taraflarının anlaşmalara sadık kaldıkları ve müşteri paylaşımı yaptıkları tespitinde bulunmak için metodolojik açıdan hatalı olduğu iddia olunmaktadır. Savunmada, teşebbüslerin sözleşme konusu müşterilerden elde ettiği gelirlerin, biyofarma lojistiği hizmetlerinden elde ettikleri toplam satış değerleri içerisindeki ağırlıklarının yüksek olmasının müşterilerin sağlayıcıdan memnun olması gibi farklı nedenlerden kaynaklanabileceği ifade edilmektedir.
- (205) Yukarıda “I.9.1.2.1. Soruşturma Tarafı Teşebbüslerden Talep Edilen Bilgiler Kapsamında Değerlendirme” başlıklı bölümde yer verilen

“(...) Tablo-7 ve 9’den da görüleceği üzere, TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü tarafından satış gelirlerinin neredeyse tamamının paylaşılan müşterilerden elde edildiği; BIOPHARMA’nın satış gelirleri içerisinde paylaşılan müşterilerin payının ise 2017-2018 yılları hariç olmak üzere, yaklaşık %(.....) arasında değişiklik gösterdiği, teşebbüs tarafından satış gelirinin büyük

çoğunluğunun “Diğer” kategorisinde yer alan müşterilerden elde edildiği anlaşılmaktadır. İlgili tablolardan ayrıca, soruşturma tarafı teşebbüslerin, müşteri paylaşımı anlaşmalarının uygulamaya konulduğu tarih olan 2017’den itibaren birbirlerine bıraktıkları müşteriler ile neredeyse hiç çalışmadıkları görülmektedir. Keza, TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü, sözleşmelerle BIOPHARMA’ya bırakılan müşterilerin çoğunluğu ile 2017 öncesinde ticari ilişkiye sahipken, teşebbüsün ilerleyen yıllarda rakibine bıraktığı müşterilerin neredeyse tamamına yakını ile iş ilişkisinin sona erdiği, hizmet sunduğu müşterilerden elde ettiği gelirin ise %(.....)’in çok altında kaldığı göze çarpmaktadır. BIOPHARMA’nın çalıştığı müşteriler arasında da TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğüne bırakılan müşterilerden yalnızca (.....)’nin bulunması ve anılan müşteriden elde edilen gelirin %(.....)’in oldukça altında kalması sebebiyle tarafların akdedilen müşteri paylaşımı anlaşmalarına büyük ölçüde sadık kaldıkları açıkça görülmektedir.”

değerlendirmesinden de anlaşılacağı üzere, tarafların müşteri paylaşımı anlaşmalarına riayet ettikleri tespitinde bulunurken, teşebbüslerin yalnızca toplam gelirleri içerisinde paylaşılan müşterilerin ağırlığına bakılmamış, söz konusu teşebbüslerin anlaşmaların uygulamaya konulduğu tarih öncesi ve sonrasında hizmet sundukları müşterilere ilişkin olarak da bir değerlendirmeye yer verilmiştir. TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğüne ait Tablo-6 ve Tablo-7 incelendiğinde, TRANSORIENT ve TUNASET’in anlaşmaların henüz uygulamaya konulmadığı 2016 yılında, sözleşmelerle BIOPHARMA’ya bırakılan müşterilerin neredeyse tamamına hizmet verirken, anlaşmaların hayata geçirildiği 2017 yılından itibaren söz konusu müşterilerin neredeyse hiçbirine hizmet vermediği; teşebbüslerin, 2016-2021 yılları arasında, anlaşmalarla birbirlerine bıraktıkları müşterilerle çalışmama konusunda istikrarlı bir seyir gösterdikleri açıkça görülmektedir.

- (206) Söz konusu tespiti tamamlar nitelikte, tarafların paylaşılan müşterilerden elde ettikleri gelirlerin, toplam gelirleri içerisindeki ağırlığı da incelenmiştir. Tarafın savunması kapsamında, teşebbüslerin, paylaşılan müşterilerden elde ettikleri gelirlerin, biyofarma lojistiği hizmetlerinden elde ettikleri toplam satış gelirleri içerisindeki ağırlığının yüksek olmasının, ihlalin varlığına dayanak olarak gösterildiği iddia olunmaktadır. İddiaların aksine, TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün gelirlerinin büyük bir kısmını, anlaşmalarla kendisine bırakılan müşterilerden elde etmesine karşın, BIOPHARMA’nın gelirlerinin neredeyse tamamını faaliyet göstermeye başladığı ilk yıl hariç olmak üzere paylaşımına konu olmayan müşterilerden elde ettiği değerlendirmesine yer verildiği görülmektedir. Nitekim Soruşturma Raporu’nda geçen ve “1.9.1.5.1. Soruşturma Tarafı Teşebbüslerden Talep Edilen Bilgiler Kapsamında Değerlendirme” başlıklı bölümde yer verilen

“Kaldı ki, ilgili tablolardan da görüleceği üzere, anlaşmaların uygulamaya konulduğu yıldan itibaren tarafların rakibe bırakılan müşterilerden çok azıyla ticari ilişki kurduğu, daha ziyade, kendilerine bırakılan ya da paylaşımına konu olmayan müşterilerden gelir elde ettikleri söylenebilecektir. Her koşulda, taraflarca akdedilen ve belirli bir süre sınırı bulunmayan anlaşmalara 2017-2021 yılları arasında büyük ölçüde riayet edildiği izahtan varestedir.”

tespiti de, söz konusu değerlendirmeyi destekler niteliktedir. Dolayısıyla, savunma tarafınca iddia olunduğu gibi bir değerlendirmede bulunulmadığı açıktır.

- (207) Kaldı ki, savunmada belirtildiği gibi, teşebbüslerin sözleşme konusu müşterilerden elde ettikleri gelirlerin, biyofarma lojistiği hizmetlerinden elde ettikleri toplam satış

değerleri içerisindeki ağırlıklarının yüksek olmasının, yalnızca müşterilerin sağlayıcıdan memnun olması nedenine dayandırılmayacağı açıktır. Nitekim yukarıda da bahsi geçen, sözleşmelerle TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğüne bırakılan yüksek getirili müşterilerden (.....) ve (.....) örneklerinde, anılan müşterilerin, rakip teşebbüsle çalışmak istemesine rağmen, müşteri paylaşımı anlaşmalarının varlığı sebebiyle BIOPHARMA tarafından bu tekliflere olumlu dönüş sağlanamadığı görülmektedir.

I.10.2.4. Taraflar Arasında Akdedilen Anlaşmaların Müşteri Paylaşımı Anlaşması Olmadığına ve Etki Doğurmadığına Yönelik Savunma

(208) TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü tarafından;

- Soruşturma Heyetince pazardaki oyuncu sayısı, pazarın yapısı ve işleyişine yönelik olarak ortaya konulan tespitlerin gerçekte bağdaşmadığı; bu kapsamda yapılan pazar payı hesaplamalarının da eksik ve hatalı olduğu,
- Soruşturma Heyeti'nin pazarın oligopol bir yapıya sahip olduğuna ilişkin değerlendirmesinde yalnızca yerel oyuncu sayısının gözetildiği, ancak ilgili pazarda yerel oyuncuların yanı sıra çok sayıda yabancı teşebbüsün de faaliyet gösterdiği,
- Biyofarma lojistiği hizmeti alımı yapan müşterilerin genellikle küresel çapta faaliyet gösteren ilaç/tıbbi cihaz şirketleri olduğu ve bu itibarla alıcıların hizmet sağlayıcılar karşısında pazarlık gücünün bulunduğu

iddia olunmaktadır.

(209) Savunma kapsamında ilk olarak, TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü tarafından sunulan cevabi yazılarda pazarda faaliyet gösteren 50'den fazla oyuncu olduğu belirtilmesine rağmen, inceleme tarafı teşebbüslerin pazar payları hesaplanırken, yalnızca 12 yerel teşebbüsün dikkate alındığı, bu kapsamda küresel teşebbüsler dikkate alınmaksızın yapılan pazar payı hesaplamasının ve pazarın oligopol yapıda olduğuna ilişkin tespitin hatalı olduğu iddia edilmektedir.

(210) Rekabet hukuku incelemelerine konu her bir dosya özelinde analiz gerçekleştirilirken, yalnızca tek bir tarafın beyanı ya da sunduğu belgeler ile bağlı/sınırlı kalınmamakta, kamuya açık kaynaklar üzerinden yapılan araştırmaların yanında, pazarda faaliyet gösteren teşebbüsler ve teşebbüs birlikleri gibi üçüncü tarafların da bilgisine başvurulmaktadır. Söz konusu dosya kapsamında da daha sağlıklı bir pazar analizi yapabilmek adına benzer bir yol izlenmiş olup sektörle ilişkili çok sayıda teşebbüsün (rakipler, müşteriler, dernek) bilgisine başvurulmuştur.

(211) Bu noktada özellikle belirtmek gerekir ki, savunma tarafınca iddia olunanın aksine; ilgili soruşturma kapsamında değerlendirme yapılırken; soruşturma tarafları, dernek ve üçüncü taraf teşebbüslerin (rakipler ve müşteriler) sunmuş oldukları bilgiler doğrultusunda olası rakip olarak değerlendirilen çok sayıda teşebbüsten bilgi ve belge talebinde bulunulmuştur. Gelen cevabi yazılar neticesinde, bu teşebbüslerin bir bölümünün genel lojistik hizmeti sunduğu, bir bölümünün ise biyofarma lojistiği alanında faaliyet göstermediği anlaşıldığından, ilgili pazarda faaliyet gösterdiği tespit olunan 12 teşebbüs özelinde bir değerlendirmeye yer verilmiştir. Söz konusu teşebbüsler arasında, sektörün önde gelen oyuncularından (.....), pazarın küresel oyuncularından (.....)'in ekonomik bütünlüğü içerisinde yer alan (.....) ile yabancı ve yerli menşeli iki şirket tarafından kurulmuş bir ortak girişim olan (.....) gibi küresel düzeyde faaliyet gösteren teşebbüsler de bulunmaktadır. Bu kapsamda tarafın 12

teşebbüsün tamamının yerli olduğuna ilişkin savunmasına katılmak mümkün görünmemektedir.

(212) Savunma kapsamında, biyofarma lojistiği pazarının çok oyunculu olduğu ve pazara girişlerin önünde engel bulunmadığı iddia edilerek dosya kapsamında ulaşılan pazarın oligopol nitelik taşıdığına yönelik tespitin gerçeği yansıtmadığı belirtilmektedir.

(213) Dosya kapsamında bilgisine başvuru;

- (.....) tarafından, biyofarma ve klinik araştırmalar lojistiğinin, genel lojistik faaliyetleri ile kıyaslandığında, özel uzmanlık gerektirdiği,
- (.....) tarafından söz konusu lojistik faaliyetinin yüksek yatırım, tecrübe ve *know-how* gerektirdiği,
- (.....) tarafından tesislerin ve araçların gerekli koşullara göre hazırlanması için yüksek yatırımlar yapılması gerektiği,
- (.....) tarafından, büyük bir yatırım ve deneyimli bir ekip kurulmasının gerekmesi, bakanlık izin süreçlerinin zaman alması ve müşteri ediniminin oldukça ciddi bir süreç olması hususları nedeniyle sektöre girişlerin zor olduğu ve herhangi bir lojistik faaliyetinden sağlık lojistiğine geçişin yapılacak ciddi yatırımlarla mümkün olduğu,
- (.....) tarafından biyofarma lojistiği alanında hizmet sunabilmek için ısı kontrollü araç ve depolama yatırımlarının yapılması gerektiği,
- (.....) tarafından, biyofarma lojistiğinin özel dağıtım ve depolama koşulları gerektirmesi sebebiyle bir başka lojistik türünden biyofarma lojistiğine geçişin ürünün saklama koşulları, teknolojik altyapı, maliyet gibi unsurlardan ötürü oldukça zor olduğu,
- (.....) tarafından sektörde faaliyet göstermek için ciddi yatırımın gerektiği

belirtirken; (.....), (.....) ve (.....) gibi teşebbüsler tarafından da biyofarma ürün taşımacılığı alanında çok fazla alternatif lojistik firmasının bulunmamasının sektördeki en önemli problemlerden biri olduğu ve sektörde bu türden bir lojistik hizmeti sağlayabilecek yerel firma sayısının oldukça az olduğu ifade edilmiştir. Dosya kapsamında edinilen bilgi ve belgeler bir bütün olarak değerlendirilmiş; pazarın yapısına ilişkin tespitler ortaya konulurken bilgisine başvuru çok sayıda sektör oyuncusunun beyanları dikkate alınmıştır. Dolayısıyla pazarın yapısına ilişkin olarak yer verilen tespitlerin dayanaksız olduğu ve gerçeği yansıtmadığı iddiasına katılmak mümkün görünmemektedir.

(214) Öte yandan, TUNASET'in pazara girişlerin önünde herhangi bir engel olmadığı iddiasına dayanak olarak savunma kapsamında, Soruşturma Raporu'nda yer alan ve yukarıda da yer verilen müşteri ve rakiplerin cevabi yazılarına da atıfta bulunulduğu ancak savunmada atfı yapılan üçüncü taraf beyanlarının, Soruşturma Raporu ile çeliştiği görülmektedir. Öyle ki, teşebbüsün savunmasında "(.....) tarafından ısı kontrollü araç ve depolama yatırımları yapılmasının yeterli olduğunun ifade edildiği" iddiasına yer verildiği görülmekte; Soruşturma Raporu'nda ilgili müşterinin adının geçtiği 63. paragrafı incelendiğinde ise, (.....) tarafından "*Biyofarma lojistiği alanında hizmet sunabilmek için ısı kontrollü araç ve depolama yatırımlarının yapılmasının yanında, GDP gibi kılavuzlarda belirlenen standartların karşılanması gerektiği*"nin belirtildiği, dolayısıyla savunmada iddia edildiği gibi, teşebbüs tarafından ısı kontrollü araç ve depolama yatırımlarının pazara girişlerde yeterli olduğuna ilişkin herhangi bir ifadeye yer verilmediği görülmektedir. Benzer şekilde, savunma kapsamında, (.....)

tarafından genel lojistik hizmeti veren bir firmanın, biyofarma lojistik zincirinin daha az karmaşık yönlerine ilişkin aktif bir faaliyette bulunmasının mümkün olduğunun belirtilmesine karşın, Soruşturma Heyeti'nin rakiplerden ve müşterilerden elde edilen bilgileri değerlendirmeksizin, ilgili pazarın oligopol özelliği taşıdığına ve pazara giriş engellerinin yüksek olduğuna dair hatalı tespitlerde bulunduğu iddia edilmektedir. Ancak Soruşturma Raporu'nun 66. paragrafında (.....)'in cevabi yazısında "Genel bir lojistik sağlayıcısının biyofarma lojistiğinde, özellikle biyofarma lojistik zincirinin daha az karmaşık yönlerine ilişkin aktif bir faaliyette bulunmasının mümkün olduğu ancak bunun için işletme süreçlerinin ve kalite kontrol prosedürlerinin uyarlanması ve teknik bilgi ve GDP uyumluluğuna kapsamlı yatırımlar yapılmasının gerekeceği" ifadelerinin kullanıldığı anlaşılmaktadır. Bu kapsamda teşebbüsün ilgili savunmasında bahse konu cevabi yazıların yalnızca belirli bölümlerinin dikkate alındığı ve savunmaların bu doğrultuda hazırlandığı değerlendirilmekte; bu çerçevede savunmada iddia olunan hususların mevcut dosyanın somut gerçeklerini yansıtmaktan uzak olduğu görülmektedir.

- (215) Tarafın ilgili savunması kapsamında yer alan bir diğer husus ise; paylaşımına konu müşterilerden biri olan (.....)'un gerekli yatırımları yaparak pazara giriş yapmış olmasının, pazardaki giriş engellerinin düşüklüğüne işaret ettiği iddiasıdır. Savunma tarafınca söz konusu iddia, pazarda yüksek giriş engellerinin bulunmadığı savunması kapsamında sunulmuş olsa da, (.....) tarafından, 2018 yılı sonrasında sadece kendi ürünlerini taşımak üzere kendi lojistik alt yapısını kurduğu ve bu türden bir yapının kurulumu için ciddi bir yatırım gerektiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla paylaşımına konu müşterilerden (.....)'un söz konusu pazara sağlayıcı olarak giriş yapmış olması, pazarda yüksek giriş engellerinin bulunmadığı sonucuna ulaşmak için tek başına yeterli bir kanıt olmamaktadır. Zira pazara girişlerde ciddi yatırım maliyetlerine katlanma gerekliliği, (.....) da dâhil olmak üzere çoğu teşebbüs tarafından açık bir şekilde dile getirilmiştir.
- (216) Teşebbüsün yukarıdaki savunmasının devamında; soruşturma konusu pazara biyofarma lojistiği alanında uzmanlaşmış teşebbüslerin yanında "genel hizmetler" kapsamında hizmet sunan lojistik şirketlerinin de dâhil edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. "İlgili Pazar" başlığı altında da kapsamlı şekilde açıklandığı üzere, biyofarma taşımacılık hizmetlerinin diğer lojistik faaliyetlerinden belirgin şekilde ayrıştığı görülmektedir. Ayrıca, yukarıda da izah edildiği üzere, farklı bir taşımacılık faaliyetinden mevcut dosya konusunu oluşturan biyofarma lojistiğine geçişte kayda değer bir ek maliyete katlanmak gerekeceğinden, söz konusu faaliyetin genel lojistik hizmeti sunan tüm teşebbüsler tarafından yürütülmesi de mümkün görünmemektedir. Keza biyofarma lojistiği alanında faaliyet gösteren teşebbüs sayısının azlığı ve bu teşebbüslerin büyük çoğunluğunun yalnızca biyofarma taşımacılığı alanında uzmanlaşarak faaliyet gösteriyor olması bu durumu destekler niteliktedir. Bu açıklamalar ışığında; savunma tarafının "genel hizmetler" başlığı altında hizmet veren lojistik şirketlerinin de pazara dâhil edilmesi gerektiğine ilişkin savunmasının kabulünün mümkün olmadığı değerlendirilmektedir.
- (217) Pazarın çok oyunculu olduğu ve pazara girişlerin önünde engel bulunmadığı iddiasının bir devamı olarak savunma tarafınca, Türkiye biyofarma lojistik pazarının toplam büyüklüğüne ilişkin herhangi bir bilgiye ulaşamadığı gerekçesinden hareketle, pazarda faaliyet gösterdiği tespit olunan teşebbüslerin toplam gelirleri baz alınarak oluşturulan tahmini pazar büyüklüğü üzerinden yapılan pazar payı hesaplamasının sağlıklı olmadığı ifade edilmektedir.

- (218) Somut olayda incelenen teşebbüslerin faaliyet gösterdiği sektöre ilişkin olarak kamuya açık kaynaklar üzerinden yapılan araştırmalar neticesinde toplam pazar büyüklüğü bilgisine ulaşılamadığından, dosya kapsamında detaylı bilgi edinebilmek ve sağlıklı bir etki analizi gerçekleştirebilmek adına çok sayıda teşebbüsün bilgisine başvurulmuş ancak pazar büyüklüğüne ilişkin net bir veri elde edilememiştir. Bu doğrultuda, sektörde faaliyet gösterdiği tespit olunan teşebbüslerin biyofarma lojistiği faaliyetinden elde ettikleri gelirler baz alınmak suretiyle, "tahmini" bir pazar büyüklüğü hesaplanmıştır. Söz konusu yöntem, somut olayda olduğu gibi, çok fazla bilinirliğe sahip olmayan ya da hakkında herhangi bir istatistiki veri bulunmayan sektörlerin konu olduğu, özellikle pazar payı analizinin büyük önem arz ettiği hâkim durum dosyalarında da başvurulmaktadır. Nitekim Kurulun yakın tarihli *BİLETİX*⁷⁶ kararında da, ilgili pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin pazar payları hesaplanırken, benzer bir yolun izlendiği görülmektedir.
- (219) Kaldı ki ilgili tablolar (Tablo-14 ve Tablo-15), teşebbüslerin pazar paylarının yanı sıra biyofarma lojistiğinden elde ettikleri satış gelirlerinin büyüklüğünü de ortaya koyduğundan, teşebbüsler arasında bir kıyaslama ve sıralama yapmayı mümkün kılmakta; bu doğrultuda inceleme konusu teşebbüslerin ve rakiplerinin pazardaki konumları hakkında fikir vermektedir. Bu kapsamda, pazar paylarının, teşebbüslerin biyofarma lojistiğinden elde ettikleri gelirin büyüklüğü ile orantılı olduğu da göz önünde bulundurulduğunda, toplam pazar büyüklüğünün tahmini olup olmaması hususu, teşebbüslerin pazardaki konumu hakkında yapılan tespiti değiştirmemektedir.
- (220) Teşebbüsün ilgili savunması kapsamında ayrıca, yukarıda da yer verilen Tablo-15'teki pazar paylarının, biyofarma lojistiği pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin toplam gelirlerinin esas alınması suretiyle mi yoksa ilgili teşebbüslerin biyofarma lojistiğinden elde ettikleri satış gelirleri baz alınarak mı oluşturulduğu hususunun tereddüde yol açtığı ifade edilmektedir. Teşebbüslerin pazar payları hesaplanırken, her bir teşebbüsün biyofarma lojistiğinden elde ettiği satış gelirleri esas alınmıştır. Nitekim ilgili tablonun, "2016-2021 Yıllarında Rakip Teşebbüslerin Biyofarma Lojistik Gelirlerine Göre Pazar Payları" başlığından da, teşebbüslerin pazar paylarının hesaplanmasında biyofarma lojistik faaliyetlerinden elde ettikleri gelirlerin dikkate alındığı açıkça anlaşılmaktadır.
- (221) Savunma tarafınca iddia olunan bir diğer husus, (.....) ve (.....)'ün pazar büyüklüklerinin ilgili pazar analizine hiç dâhil edilmediği senaryonun inceleme konusu tarafların ve diğer rakiplerin piyasadaki konumlarını yansıtmada hatalı olduğu iddiasıdır.
- (222) Tablo-14 ve Tablo-15 incelediğinde, sektörün önde gelen oyuncularını (.....) ve (.....)'ün hesaplamaya dâhil edildiği ve anılan teşebbüslerin de yer aldığı pazar büyüklüğü kapsamında bir değerlendirmeye yer verildiği açıkça görülecektir. Bununla birlikte, (.....) ve (.....)'ün müşterilerine sunduğu hizmet türünü ayrıştıramamış ve biyofarma/klinik araştırma lojistiği bakımından net bir ayrıma gidememiş olması sebebiyle, söz konusu teşebbüslerin hesaplamaya dâhil edilmediği senaryo özelinde de bir değerlendirmeye yer verilmiştir. Ancak söz konusu değerlendirme yalnızca dipnot kısmında bir detay olarak geçmekte, dosya kapsamında yapılan genel analizi etkilememektedir. Bu kapsamda teşebbüsün savunmasına katılmak mümkün olmamaktadır.
- (223) Savunma kapsamında, pazara giriş engellerinin düşüklüğünün yanı sıra, pazarda alıcı gücünün yüksek olduğu iddiasına da yer verildiği görülmektedir. Savunmanın

⁷⁶Kurulun 21.01.2021 tarih ve 21-04/53-22 sayılı kararı.

devamında, Soruşturma Heyeti tarafından alıcı gücünün mevcut olmadığı tespitine hangi müşterilerin beyanı esas alınarak ulaşıldığının anlaşılacağı ifade edilmektedir.

- (224) Yukarıda da izah olunduğu üzere; müşteri paylaşımı anlaşmalarının ihlal teşkil edip etmediğine yönelik değerlendirmede, paylaşım konu müşterilerin sahip olduğu pazarlık gücü önem arz etmemekte; taraflarca müşteri paylaşımının yapılmış olması tek başına, ihlal tespiti için yeterli görülmektedir. Mevcut dosya bakımından esaslı bir unsur olmamakla birlikte tarafın birinci yazılı savunmasında yer verilen iddialardan biri olması nedeniyle paylaşılan müşterilerden piyasadaki alıcı güçlerinin tespitine yönelik olarak bilgi talebinde bulunulmuştur. Gelen cevabi yazılarda, müşterilerden bir kısmı tarafından piyasadaki bilinirliği, yüksek hacimli hizmet alımları vb. sebeplerden ötürü alıcıların sağlayıcılar karşısında pazarlık gücüne sahip olduğu belirtilmiş, bazı müşteriler tarafından ise düşük hacimli satın alımlarda müşterilerin alıcı gücünden bahsetmenin mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Bahse konu cevabi yazılar göz önünde bulundurulduğunda, alıcı gücüne ilişkin olarak müşteriler arasında bir görüş birliği olmadığı, bu nedenle de herhangi bir genellemenin yapılamayacağı anlaşılmıştır. Açıklanan nedenlerden ötürü, savunma tarafınca iddia olduğu gibi, Soruşturma Raporu'nda alıcı gücüne ilişkin kesin bir tespitle bulunulmamış, aksine alıcı gücünün bulunduğu ilişkin genel bir çıkarımda bulunmanın mümkün olmadığı değerlendirilmesine yer verilmiştir. Bu noktada, tarafın ikinci yazılı savunmasında yer verilen "Soruşturma Heyeti'nin alıcı gücünün mevcut olmadığı sonucuna ulaştığı" şeklindeki kanaatin hatalı olduğu değerlendirilmektedir.

I.10.2.5. Teşebbüsün Savunmalarının Dikkate Alınmadığı ve Savunma Hakkının Kısıtlandığına İlişkin Savunmalar

- (225) TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü tarafından;
- Teşebbüsün birinci yazılı savunmasında sunmuş olduğu açıklama ve savunmaların büyük bir kısmının Borçlar Kanunu ile ilgili olması nedeniyle Soruşturma Heyetince dikkate alınmadığı ve söz konusu savunmalara Soruşturma Raporu'nda hiçbir suretle yanıt verilmediği,
 - Bu durumun Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında koruma altına alınmış olan adil yargılanma ve savunma haklarının ihlaline neden olduğu, aynı zamanda teşebbüsü takip eden savunmaların hazırlanmasına dayanak teşkil edebilecek bilgi ve argümanların öğrenilmesinden mahrum bıraktığı,
 - Soruşturma Heyeti'nin, teşebbüsün Borçlar Kanunu'na ilişkin savunmalarını 4054 sayılı Kanun kapsamı dışında değerlendirmesi ve reddetmesinin normlar hiyerarşisi bakımından hatalı bir yaklaşım olduğu
- iddia olunmaktadır.

- (226) Öncelikle, TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün savunma hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkin olarak, ilgili tarafa dosya konusu iddiaların türü ve niteliğini ortaya koyan yeterli bilgi ve belgenin Soruşturma Bildirimi ile birlikte gönderildiğini, teşebbüse savunmasını Kuruma sunabilmesi için öngörülen yasal sürenin yanında 30 günlük bir ek süre daha tanındığını, bu bağlamda içerik ve süre bakımından teşebbüsün savunma hakkının hiçbir şekilde kısıtlanmadığını belirtmek gerekmektedir.

- (227) Soruşturma Bildirimi'nin yapılmasının akabinde teşebbüsün birinci yazılı savunması süresi içerisinde Kurum kayıtlarına intikal etmiş, ilgili savunma Soruşturma Raporu'nun hazırlanması aşamasında dikkate alınmıştır. Savunmada yer verilen

iddialara ve bu iddialar özelinde yapılan kapsamlı değerlendirmelere ise Soruşturma Raporu'nun "*Transorient-Tunaset Ekonomik Bütünlüğünün Birinci Yazılı Savunması*" ve "*Teşebbüslerin Birinci Yazılı Savunmalarında Yer Alan Ortak Hususlara İlişkin Değerlendirme*" başlıkları altında yer verilmiş; bu kapsamda teşebbüsün hiçbir savunması cevapsız bırakılmamıştır.

- (228) Bununla birlikte savunma tarafının, Borçlar Kanunu kapsamındaki savunmalarının, Soruşturma Heyeti tarafından dikkate alınmamasının; teşebbüsün savunma hakkını ihlal ettiği ve 4054 sayılı Kanun'un adeta kanunlar üstü bir hukuk normu olarak ele alınması sonucunu doğurabilecek bir tutum olduğu iddialarının kabulü de olası görünmemektedir. Ülkemizde kurumlar/otoriteler farklı uzmanlık alanlarında görevlendirilmiş olup her bir kurumun görev ve yetki alanı birbirinden farklılaşmaktadır. 4054 sayılı Kanun'un "Amaç" başlıklı 1. maddesinde de öngörüldüğü üzere "*Bu Kanunun amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır.*" Ayrıca Kanun'un "*Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukukî işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler bu Kanun kapsamına girer.*" hükmünü haiz "Kapsam" başlıklı 2. maddesi ile Kurumun görev ve yetki sınırları çizilmiş olup Borçlar Kanunu ve sair mevzuat Kurum yetkisinin kapsamı dışında bırakılmıştır. Dolayısıyla 4054 sayılı Kanun kapsamında kartel olarak nitelendirilebilecek teşebbüs davranışlarını, bu eyleme katılan tarafları ve tarafların rekabete aykırılık teşkil eden amaçlarını net bir biçimde ortaya koyan dosya mevcudu delillerin Kurumun görev ve yetkisi kapsamında olduğu, Borçlar Kanunu'nda öngörülmüş olan "rekabet yasağı"na ilişkin savunmaların değerlendirilmesinin ise Kurul ve Soruşturma Heyeti'nin yetkisi dışında kaldığı izahtan varestedir. Bu noktada bir kez daha vurgulamak gerekir ki; Soruşturma Raporu'nda yer verilen değerlendirmelerde önem arz eden nokta, dosya kapsamında elde edilen bilgi ve belgelerden dosya konusu anlaşmaların, 4054 sayılı Kanun'da öngörülen rekabet ihlali tanımına birebir uyduğunun anlaşılmasıdır. Öte yandan TUNASET'in savunmalarının esaslı bir bölümünü oluşturan ve Borçlar Kanunu kapsamına girdiği iddia olunan hususların ilgili kanunda öngörülen koşulları sağlayıp sağlamadığı hususunun Soruşturma Heyetince değerlendirilmesi mümkün görünmemektedir. Aksi durumda Soruşturma Heyeti'nin adeta mahkemenin/hâkimin yerine geçerek yargı yetkisini kullanması ve 4054 sayılı Kanun ile Kuruma bahşedilen yetki sınırlarını aşması gündeme gelebilecektir. Dolayısıyla Soruşturma Heyeti, Kanun'un kendisine tanıdığı yetki sınırları içerisinde kalarak 4054 sayılı Kanun'da tanımlanan rekabet ihlallerine ilişkin bir değerlendirme yapmış olduğundan, teşebbüsün bu konuya ilişkin savunmalarına katılmak mümkün olmamıştır.
- (229) Kurul tarafından yürütülen soruşturmalar kapsamında, taraflara üçü yazılı biri sözlü olmak üzere dört savunma hakkı tanınmakta; bunun yanında, tarafların soruşturma safhasında, soruşturma konusuna ilişkin her türlü bilgi, belge ve beyanı değerlendirilmek üzere Kuruma iletme imkânı da bulunmaktadır. 4054 sayılı Kanun'un 44. maddesinde "*(...) Kurulun soruşturma safhasında, bu Kanunu ihlal ettiği iddia edilen kişi veya kişiler, kararı etkileyebilecek her türlü bilgi ve delili her zaman Kurula sunabilirler.*" denilmek suretiyle tarafların gerekli gördükleri her türlü delil veya belgeyi

Kurumla paylaşabilecekleri açıkça ifade edilmektedir. Bu bağlamda 4054 sayılı Kanun'da öngörülen savunma hakları ile ek bilgi ve belgelerden oluşan savunma süreci bir bütün olup taraflar her aşamada kanuni hakları vasıtasıyla elde edilen delillere ilişkin açıklamalar getirebilmekte, yapılan değerlendirmelere ilişkin görüşlerini Kanun'un öngördüğü ve izin verdiği ölçüde ifade edebilmektedir. Sonuç olarak ilgili soruşturma süreci kapsamında, taraflarca iletilen savunmalar ile sunulan ek bilgi ve belgeler hassasiyetle değerlendirilmiş olup TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün savunma hakkının ihlal edildiği argümanlarına katılmak mümkün görünmemektedir.

I.10.2.6. Yerinde İncelemede Elde Edilen Bulgular Kapsamında Yapılan Değerlendirmelere Yönelik Savunmalar

Bulgu-3 ve Bulgu-4 Kapsamındaki Savunma

(230) TUNASET tarafından yapılan savunma kapsamında, Bulgu-3'te yer verilen

"İç nakliye + (.....) + (.....) dışındaki", "Aynı işi yapamayız... (iç nakliye)", "tazminat"

içerikli el yazması notun, dosya kapsamında yapılan inceleme ve tespitlerde taraflar arasında akdedilen müşteri paylaşımı anlaşmalarının yer aldığı Bulgu-1 ve Bulgu-2'yi tamamlar nitelikte bir belge olarak nitelendiği, ancak söz konusu bulgunun işveren ile işçisi arasındaki rekabet yasağını konu alan sözleşmelerin öncesinde yapılan hazırlık çalışması niteliğinde bir not olduğu ifade edilmektedir.

(231) Öte yandan, Bulgu-4'te yer verilen

"Aramızdaki anlaşma da esas alındığında ekte gönderdiğiniz email ile bu çerçevenin dışına çıktığınız çok açık bir şekilde gözüküyor. Müşterimiz size malzemenin (.....) ile geldiğini belirttiğinde vereceğiniz cevap hizmet veririz olmamalı, olumsuz bir dönüş yapmak istemiyorsanız bile bize yönlendirmeniz yeterliydi."

içerikli yazışmaya ilişkin olarak ilgili belge ile taraflarca paylaşılan müşteriler özelinde getirilen kısıtlamaya uyulup uyulmadığının takip edildiği tespitinin yapıldığı, ancak söz konusu bulgunun, taraflar arasındaki rekabet yasağı sözleşmelerine riayet etmeyen (.....) hakkında, TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü tarafından yasal pozisyon alınmasına ilişkin bir yazışma olduğu iddia edilmektedir.

(232) Yukarıda detaylı bir şekilde ifade edildiği üzere, taraflar arasında akdedilen anlaşmalar, müşteri paylaşımı içeren kartel niteliğini haiz anlaşmalardır. Bulgu-3'te yer verilen el yazması not, inceleme konusu kartel anlaşmalarının yer aldığı Bulgu-1 ve Bulgu-2 ile birlikte değerlendirilmiş olup anılan notun, söz konusu anlaşmalara ilişkin bir taslak metin olduğu tespit olunmuştur. Benzer şekilde Bulgu-4'ün de, TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü tarafından, (.....)'in akdedilen müşteri paylaşımı anlaşmalarına riayet edip etmediğinin takip edildiğini gösterir bir yazışma olduğu ortaya konmuştur.

(233) Teşebbüsün inceleme konusu sözleşmeler ile bu sözleşmelerle ilişkili bulguların işveren ile işçisi arasındaki rekabet yasağını konu alan belgeler olduğu iddiasına yönelik değerlendirmelere detaylı bir şekilde yer verildiğinden, söz konusu hususlara tekrara düşmemek adına bu bölümde ayrıca yer verilmeyecektir. Bu kapsamda, teşebbüsün anılan bulgulara ilişkin savunmasına katılmak mümkün görünmemektedir.

Bulgu-5 ve Bulgu-7 Kapsamındaki Savunma

- (234) Savunma tarafınca, Bulgu-5 ve Bulgu-7’de geçen yazışmaların, TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün anlaşmalarla kendisine bırakılan müşterisini, ticari hayatın olağan akışına uygun olacak şekilde, (.....)’a kaptırmama ve geri kazanma çabasını ortaya koyduğu, söz konusu bulguların (.....)’ı pazardan dışlama amacı taşımadığı ve bunun yanında ilgili yazışmaların taraflar arasındaki rekabetin mevcudiyetini de ortaya koyduğu iddia edilmektedir. Savunma kapsamında ayrıca, (.....) ((.....)) yetkilisi (.....) tarafından TUNASET çalışanı (.....)’a iletilen

“Geçiş, haziran ortasına kadar tamamlanmalı (...). Karar Kasım 2017’de alındı, bu uzun bir süreç ve geri dönüşü yok.”

içerikli yazışmanın yer aldığı Bulgu-5’in, akdedilen sözleşmelere taraflarca uyulmadığına dayanak teşkil ettiği ifade edilmektedir. Savunma tarafınca, sözleşmelerin akdedilmesinden 3 ay sonra (.....)’ın sözleşmeyi ihlal etmesi sebebiyle anılan sözleşmelerin fiilen uygulanmadığı hususu bir kez daha vurgulanmıştır.

- (235) İnceleme konusu müşteri paylaşımı anlaşmaları ile taraflar, paylaşımına konu edilen müşteriler özelinde birbirlerine sınırlamalar getirmiş ve bu müşteriler özelinde birbirleriyle rekabet etmemeyi taahhüt etmişlerdir. Bu durum, dosya kapsamında ulaşılan ve yukarıda yer verilen bulgular aracılığıyla da tespit edilmiştir. Dolayısıyla, somut olayda yer verilen bulguların inceleme tarafı teşebbüsler arasında bir rekabetin mevcudiyetini ortaya koymak bir yana; anlaşmalarla bağlı olan tarafların, rakibe bırakılan müşterilerden gelen teklif taleplerine dönüş sağlayamadığını ve bu müşterilerle ticari ilişki kuramadığını açıkça ortaya koyduğu anlaşılmaktadır.
- (236) Tarafların sözleşmelerin akdedilmesinden 3 ay sonra (.....)’ın sözleşmeyi ihlal etmesi sebebiyle anılan sözleşmelerin fiilen uygulanmadığı ve sözleşmelerle (.....)’ın pazardan dışlanmadığı yönündeki iddiaları, yukarıda “1.10.2.2. Taraflar Arasında Akdedilen Anlaşmaların Müşteri Paylaşımı Anlaşması Olmadığına ve Etki Doğurmadığına Yönelik İddialar” başlığı altında detaylı bir şekilde ele alınmıştır.

Soruşturma Raporu’nda Yer Verilen Bulgu-6’ya Yönelik Savunma

- (237) İlgili savunmada, Soruşturma Heyeti tarafından Bulgu-6’da yer verilen ve 2020 yılına ait

*“(.....): (.....) Bey ile takip ettiğimiz önem verdiğimiz Bio acentalarından bir tanesi, özellikle İtalya merkezleri ile uzun süre temas içinde kaldık ve baz taleplerini aldık ama şu zamana kadar çalışma fırsatı bulamadık. **En son (.....) ile çalıştıklarının duyumunu almıştık. Takip edilmel,** bendeki son mail eklidir. Detalar (.....).(...)”*

içerikli şirket içi yazışmasından hareketle, taraflar arasındaki kartel anlaşmalarının 2020 yılına kadar devam ettiği ve dolayısıyla ihlal süresinin 1 yıldan uzun olduğu yönünde bir tespite yer verildiği ancak söz konusu yazışmanın, (.....)’ın ilgili yılda sözleşmelerle TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğüne bırakılan müşterilerden (.....) ile çalışıyor olmasının, sözleşmelerin uygulanmadığının açık bir kanıtı olduğu iddia edilmektedir.

- (238) Bununla birlikte savunma tarafınca, ilgili yazışmada çok sayıda potansiyel müşterinin adının geçtiği, söz konusu yazışma ile adı geçen müşterilerin piyasa davranışlarının ve servis sağlayıcısı tercihlerinin incelenmesinin amaçlandığı, anılan müşteriler arasında akdedilen anlaşmalara konu müşterilerden yalnızca (.....)’nin yer aldığı, dolayısıyla söz konusu yazışmanın tamamı dikkate alındığında, ilgili belgenin müşteriler arasında karşılaştırma yapıldığına ve müşteriler için rekabetçi bir

benchmark aktivitesinin yürütüldüğüne dayanak teşkil ettiği ifade edilmektedir. TUNASET tarafından ayrıca, Bulgu-6'ya konu yazışmanın bütünü incelendiğinde, ilgili yazışmadan, (.....)'nin tekrar kazanılabilmesi amacıyla TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü tarafından aktif bir çaba sarf edildiğinin ve söz konusu müşterinin de rekabetçi bir amaç için takip edildiğinin açıkça görülebileceği iddia edilmektedir. Bu kapsamda, söz konusu belgenin ilgili sözleşmelerin uygulanmadığına dayanak teşkil ettiği; dolayısıyla Bulgu-6'nın ilgili dosya kapsamında ağırlaştırıcı unsur olarak takdir edilmemesi gerektiği ifade olunmaktadır.

- (239) Öncelikle belirtmek gerekir ki, ilgili bulgu özelinde bir değerlendirmeye yer verilirken, ilgili yazışmada yer alan

“En son (.....) ile çalıştıklarının duyumunu almıştık. Takip edilmel,”

ifadesi üzerinde durulmuş; TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğüne bırakılan müşterilerden (.....) ile dosya konusu anlaşmaların diğer tarafı (.....) arasındaki ilişkinin yazışma konusu haline getirildiği ve söz konusu duruma takip edilmeye değer bir husus olarak yaklaşıldığı anlaşılmıştır.

- (240) İlgili bulgudan (.....) ve (.....) arasındaki iş ilişkisinin, TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü açısından önem arz ettiği, ayrıca bununla da yetinilmeyerek ilişkinin “takip edilmesi” gerektiğinin vurgulandığı görülmektedir. Dolayısıyla taraflar arasında akdedilen anlaşmaların içeriği, söz konusu bulguda adı geçen (.....) ve (.....)'in mevcut dosyadaki konumu ve yazışmadaki “takip” ifadesinden inceleme konusu anlaşmalara riayet edilip edilmediğinin takibinin kast edildiği hususları nazara alındığında; anılan bulgunun dosya kapsamında ulaşılan tespitleri destekleyen türden bir belge olduğu kanaatine varılmıştır.
- (241) Öte yandan, ilgili dosya kapsamında tarafların anlaşmalara uzun yıllar riayet edip etmedikleri belirlenirken yalnızca tek bir bulgu ile sınırlı kalınmamış, teşebbüslerin 2016-2021 yılları özelinde hizmet sundukları müşteriler ile bu müşterilerden elde edilen gelirlerin, toplam biyofarma lojistik gelirleri içerisindeki ağırlıkları da incelenmiştir. Bunun yanında, yerinde incelemeler neticesinde tarafların anlaşmalara uyma ve bu anlaşmaları devam ettirme yönündeki çabalarını ortaya koyan bulgulara da ulaşılmıştır.
- (242) Kaldı ki, dosya kapsamında yapılan incelemeler neticesinde anlaşma taraflarının, karteli sona erdirmeye ilişkin beyanlarını açıkça ortaya koyan herhangi bir belgeye rastlanmamış; kartel taraflarınca da ilgili dosya kapsamında bu yönde bir belge ya da delil sunulmamıştır. Bu bakımdan elde edilen veriler bir bütün olarak, anlaşmaların uygulanma süresinin bir yıldan uzun olduğu ortaya koymaktadır.
- (243) Bunun yanında, söz konusu bulgudan, TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün rekabetçi bir tutum sergilediği çıkarımında bulunmak da mümkün görünmemektedir. Öyle ki, ilgili yazışmada yalnızca adı geçen müşterilere ve acentelere ilişkin genel bilgilerin paylaşıldığı görülmekte ancak savunmada iddia olduğu gibi, müşteri ve acentelere, daha rekabetçi fiyatlar sunulmasına ilişkin bir niyetin bulunduğunu gösterir herhangi bir ifadenin yer almadığı anlaşılmaktadır.

I.10.2.7. Ceza Takdiri Kapsamında Yapılan Değerlendirmelere Yönelik Savunmalar

- (244) TRANSORIENT-TUNASET ekonomi bütünlüğünün savunmasında;
- Taraflar arasında akdedilen anlaşmaların, işveren/ticari işletme ile işçi/bağlı tacir yardımcısı arasındaki ilişkiye dayanan rekabet yasağı kapsamına girmesi

sebebiyle 4054 sayılı Kanun kapsamı dışında kaldığı; bunun yanında aksi bir görüşün benimsenmesi halinde dahi, söz konusu anlaşmaların ilgili Kanun'da öngörülen "amaç" ya da "etki" unsurlarını karşılamadığı, bu kapsamda tarafın 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği kanaatinin hâsıl olması durumunda, teşebbüs hakkında Kanun'un 16. maddesi uyarınca idari para cezası uygulanması yerine Kanun'un 9. maddesinin 3. fıkrası uyarınca görüş bildirilmesinin yerinde olacağı,

- Teşebbüs aleyhine para cezası verilmesine kanaat getirilmesi durumunda ise ceza takdirinde hafifletici unsurların dikkate alınması gerektiği

ifade edilmektedir.

- (245) Savunma kapsamında yer verilen ilk iddia, ilgili soruşturmanın da esas konusunu oluşturması hasebiyle, yukarıda etraflıca tartışıldığından, tekrara düşmemek adına ilgili başlık altında ayrıca ele alınmayacaktır.
- (246) Bunun yanında, ilgili savunmada, savunma tarafı hakkında, olası bir para cezası yaptırımının gündeme gelmesi halinde, bazı hafifletici unsurların dikkate alınması gerektiği iddia olunmaktadır.
- (247) TUNASET tarafından ilk olarak, teşebbüs hakkında idari para cezasına hükmedilmesi halinde, ilgili cezanın hesaplanmasında ilgili ürün pazarı olarak tespit edilen "biyofarma lojistiği" faaliyetlerinden elde edilen cironun esas alınması ve temel para cezasının alt sınırdan belirlenmesi gerektiği iddia edilmektedir. Savunmanın devamında; para cezasının, teşebbüsün tüm cirosu üzerinden hesaplanmasının hakkaniyetle bağdaşmayacağı dolayısıyla ihlal iddiasına konu olmayan faaliyet alanlarından elde edilen cironun, yapılacak hesaplamanın dışında bırakılması gerektiği ifade edilmektedir.
- (248) 4054 sayılı Kanun kapsamında verilecek idari para cezaları yine aynı Kanun'un 16. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre,

"Bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir."

hükmüne yer verilmektedir. Kurulun vereceği idari para cezaları Ceza Yönetmeliği kapsamında da düzenlenmekte olup anılan Yönetmelik'in 5. Maddesinde,

"Temel para cezası hesaplanırken, Kanunun 4 üncü ve 6 ncı maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin, nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin;

a) Karteller için, yüzde ikisi ile yüzde dördü,

b) Diğer ihlaller için, binde beşi ile yüzde üçü,

arasında bir oran esas alınır."

hükmüne yer verilmektedir. Dolayısıyla idari para cezalarında hangi cironun esas alınacağı konusunun yoruma açık olmadığı görülmektedir. Öte yandan temel para cezasının ve ağırlaştırıcı/hafifletici unsurların düzenlemeler kapsamında Kurul tarafından takdir edilen oranlar doğrultusunda belirleneceği açıktır.

- (249) Ceza tespitinde yalnızca biyofarma lojistiğinden elde edilen gelirin esas alınması gerektiğine yönelik savunmanın kabul edilmemesi halinde; TRANSORIENT ile TUNASET'in biyofarma lojistiği hizmetlerinden ve anlaşmalara konu müşterilerden elde ettiği gelirin, yıllık gayri safi gelirler içindeki payının düşük olmasının bir indirim sebebi olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.
- (250) Dosya kapsamında yapılan incelemede TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün toplam gelirleri içerisinde biyofarma lojistiği hizmetinden elde edilen gelirin ağırlığının %(.....) ile %(.....) arasında değişiklik gösterdiği tespit olunmuştur. Bunun yanında, TRANSORIENT'in biyofarma lojistiği faaliyetlerini ağırlıklı olarak TUNASET üzerinden yürütmesi sebebiyle, TUNASET özelinde de bir değerlendirmeye yer verilmiş ve teşebbüsün toplam gelirlerinin önemli bir bölümünü biyofarma lojistik hizmetlerinin oluşturduğu sonucuna ulaşılmıştır. Ancak her koşulda, anılan teşebbüslerin ekonomik bütünlük teşkil etmesi hasebiyle, ceza takdirinde ekonomik bütünlüğe ait oranların dikkate alınması gerektiği değerlendirilmektedir. Bu kapsamda, ekonomik bütünlüğe ait söz konusu oranların görece düşük bir seviyede kalması, ceza takdiri bakımından hafifletici unsur olarak değerlendirilmiştir.
- (251) Savunma kapsamında iddia olunan bir diğer husus, yasal yükümlülüklerin haricinde incelemeye yardımcı olunması ve anlaşmalara konu müşteri sayısının son derece sınırlı olmasının, ceza takdirinde hafifletici unsur olarak değerlendirilmesi gerektiğidir.
- (252) Dosya kapsamında yapılan tespit ve değerlendirmelerde, taraflarca akdedilen anlaşmaların, pazarda biyofarma lojistik hizmeti alan tüm müşterileri etkilemediği, bu etkinin yalnızca anlaşma metninde ismen yer verilen müşterilerle sınırlı olduğu, diğer bir deyişle, yapılan paylaşımın, pazarın tamamını kapsamadığı hususuna yer verilmiştir. Öte yandan "TRANSORIENT'te yapılan yerinde incelemede, dosya konusunu oluşturan sözleşmeler ve ilgili dava süreci kapsamındaki dava dosyası belgelerinin birer kopyası incelemeyi gerçekleştiren uzmanlara teslim edilmiş olup teşebbüsün söz konusu tutumu, ceza takdirinde esas alınan hafifletici unsurlardan biri olarak değerlendirilmiştir. Teşebbüsün savunmasında yer verilen her iki hususun da dosya kapsamında hafifletici unsur olarak değerlendirildiği görülmektedir.
- (253) Tarafın ilgili savunmasında ayrıca, teşebbüsün sahip olduğu toplam pazar payı ve konumu itibarıyla piyasadaki rekabet parametrelerini etkileyebilme potansiyeline sahip olmadığı; dolayısıyla bu hususun hafifletici unsur olarak kabul edilmesi gerektiği iddia olunmaktadır. Yukarıda ayrıntılı bir şekilde izah olunduğu üzere; biyofarma lojistiği pazarındaki yüksek giriş engellerinin varlığı, sektörde faaliyet gösteren teşebbüs sayısının azlığı ve pazarın oligopol karakterinin yanında, TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün rakipleri ile kıyaslandığında sahip olduğu görece yüksek pazar payı ve sektördeki bilinirliği ile sektörün önde gelen oyuncular arasında yer aldığı görülmektedir. Teşebbüsün sahip olduğu konumu ve pazarın görece yoğunlaşmış yapısı bir bütün olarak değerlendirildiğinde, TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün piyasadaki rekabet parametrelerini etkileyebilme potansiyeline sahip olduğu düşünülmekte; bu kapsamda tarafın söz konusu savunmasına katılmak mümkün görünmemektedir.
- (254) Savunma kapsamında yer verilen bir diğer iddia da, soruşturma konusu anlaşmaların uygulanamamış olması sebebiyle, ihlal süresinin 1-5 yıl olduğu ve bu durumun ağırlaştırıcı bir unsur teşkil ettiği yönündeki tespit gerçeği yansıtmadığı hususudur. Teşebbüsün ilgili savunmasında, Bulgu 5, 6 ve 7'nin anlaşmaların uygulanmadığına ve herhangi bir etki doğurmadığına dayanak teşkil ettiği iddia edilmektedir.

(255) Teşebbüsün söz konusu bulgulara ve ihlalin süresine ilişkin iddiaları, yukarıda ilgili başlıklar altında da etraflıca değerlendirildiğinden, anılan hususlara ilişkin tespitlere, tekrara düşmemek adına bu bölümde ayrıca yer verilmeyecektir. İlgili başlıklar altında da tespit olunduğu üzere, tarafların akdedilen anlaşmalara 1 yıldan uzun bir süredir riayet ettiği görülmüş, bu durum da dosya özelinde ağırlaştırıcı unsur olarak değerlendirilmiştir. Dolayısıyla savunma tarafının anlaşmaların uygulanmadığı, bu kapsamda ihlal süresinin 1 yıldan daha kısa kabul edilmesi gerektiği iddiasına katılmak mümkün görünmemektedir.

I.10.2.8. Soruşturma ile Taraflar Arasında Devam Etmekte Olan Dava Sürecine Müdahil Olunduğuna Yönelik Savunmalar

(256) TRANSORIENT tarafından ikinci yazılı savunma kapsamında;

- Dosya kapsamında inceleme konusu yapılan hususların, taraflar arasında yargı makamları huzurunda devam eden uyuşmazlığın temel unsurlarına ilişkin olduğu,
- Soruşturma Heyeti'nin hâlihazırda yargılama faaliyetine konu çekişmeli hususlarda TRANSORIENT aleyhine değerlendirme ve tespitlerini ortaya koymaktan çekinmediği ve böylelikle taraflar arasındaki yargılama sürecine fiilen müdahil olduğu,
- Soruşturma Heyeti'nin devam eden yargılama kapsamında çözüme kavuşturulmayı bekleyen hususlarla ilgili olarak TRANSORIENT aleyhine tespitlerde bulunmasının fonksiyon gaspı teşkil ettiği,
- Kurulun yargı yeri tarafından verilecek kararı beklemek suretiyle ilgili anlaşmanın hukuki tavsifini yapabileceği,
- Davayı gören mahkemenin dosya konusu sözleşmelerin ticari temsilci-işveren ilişkisine yönelik olduğuna hükmetmesi durumunda, Kurulun bahse konu anlaşmaları, teşebbüsler arası bir anlaşma olarak tespit etme ihtimalinin ortadan kalkacağı

iddia olunmaktadır.

(257) Öncelikle belirtmek gerekir ki; rekabet ortamını korumakla yükümlü düzenleyici ve denetleyici bir bağımsız idari otorite olan Rekabet Kurumu, görev ve yetkisini 4054 sayılı Kanun'dan almaktadır. İlgili Kanun'un "Rekabet Kurumu" başlıklı 20. maddesinde de öngörüldüğü üzere "*Mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünün ve gelişmesinin temini ile bu Kanunun uygulanmasını gözetmek ve Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirmek üzere kamu tüzel kişiliğini haiz idarî ve malî özerkliğe sahip Rekabet Kurumu teşkil edilmiştir*". Dosya kapsamında gerçekleştirilen yerinde incelemelerde taraflar arasındaki müşteri paylaşımının varlığını açıkça ortaya koyan anlaşmalar ile bu anlaşmaları destekleyen yazışmalara doğrudan ulaşılması neticesinde işbu soruşturma sürdürülmüştür. Bu doğrultuda 4054 sayılı Kanun kapsamında kartel olarak nitelendirilebilecek davranışları, bu eyleme katılan tarafları ve tarafların rekabete aykırı amacını net bir biçimde ortaya koyan dosya mevcudu delillerin Kurulun görev ve yetkisi kapsamında olduğu izahtan varestedir. Soruşturma tarafları arasında halen devam etmekte olan özel hukuk davaları ise Kurulun ve dosya kapsamında görevlendirilmiş olan Soruşturma Heyeti'nin yetkisine ve bu yetkinin kullanımına halel getirmemektedir. Bununla birlikte ilgili özel hukuk davalarının varlığından bahisle; söz konusu davaların görüldüğü mahkeme kararının bekletici mesele yapılması yahut Soruşturma Heyeti'nin ilgili kanunla düzenlenen görev ve yetkisini kullanmaması söz konusu olmamaktadır. Zira Soruşturma Heyeti'nin işbu dosya kapsamında elde edilen

somut bilgi ve belgeleri değerlendirmesi, heyetin yetki sınırları içerisinde olduğu kadar kendisine 4054 sayılı Kanun ile yüklenmiş olan görevini yerine getirmesi anlamına da gelmektedir. Dolayısıyla anılan savunma kapsamında yer verilen iddiaların kabulü mümkün görünmemektedir.

I.10.3. Teşebbüslerin Savunmalarında Yer Alan Ortak Hususlara İlişkin Değerlendirme

I.10.3.1. Tarafların Borçlar Kanununda Yer Verilen “Rekabet Yasağı” Kapsamındaki İddiaları

(258) BIOPHARMA tarafından yapılan savunmada, 4054 sayılı Kanun’un emredici hükümlerinin rekabet yasağı anlaşmalarının sınırlarını çizdiği, bu kapsamda TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün ticari sırlarını gizlilik anlaşması yoluyla koruyabilecekken, kartel sonucuna yol açan bir anlaşmayı "rekabet yasağı" kurgusu altında sunamayacağı iddia edilmektedir. Keza, yapılan yazılı savunmada;

- Tek taraflılık içeren rekabet yasağı anlaşmalarının aksine, somut olay kapsamında akdedilen anlaşmalarla tarafların birbirlerine karşılıklı rekabet yasakları getirmek suretiyle müşteri paylaşımına yönelik iradelerini ortaya koydukları,
- İlgili anlaşmalarla Borçlar Kanunu’nun öngördüğü azami iki yıllık süre kısıtlamasına aykırı olacak şekilde süresiz bir kısıtlama getirildiği,
- Anılan anlaşmalarla aynı Kanun kapsamında düzenlenen yer ve işlerin türü bakımından işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürecek sınırlamaların getirilmemesine yönelik geçerlilik şartıyla ters düşecek şekilde ölçüsüz sınırlamalara yer verildiği

ifade edilerek söz konusu anlaşmaların ilgili mevzuat kapsamında düzenlenen rekabet etmeme yasağını geçerli kılacak kriterleri taşımadığı, bu nedenle işverenin eski çalışanına getirdiği rekabet yasağı kapsamına girmediği, dolayısıyla da soruşturmaya konu anlaşmaların rekabet yasağı veya benzeri herhangi bir hukuka uygunluk nedeniyle meşrulaştırılamayacağı iddia olunmaktadır.

(259) Öte yandan, TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü tarafından yapılan savunmada ise;

- Soruşturma konusu rekabet yasağı sözleşmelerinin, (.....)’ın 12 yıl boyunca çalıştığı ve üst düzey yöneticilik yaptığı TRANSORIENT ve TUNASET’in ticari, mali ve idari her türlü faaliyetine, stratejilerine, müşteri çevresine ve ticari sırlarına vakıf olması sebebiyle, (.....) ile (.....) arasındaki iş ilişkisinin sonlandırılmasından hemen önce akdedildiği,
- Sözleşmelerin akdedildiği tarihte (.....)’ın bağlı tacir yardımcısı ve ticari temsilci olması sebebiyle Borçlar Kanunu’nda düzenlenen kanuni rekabet yasağına tabi olduğu; ilgili rekabet yasağı kaydının ise, taraflar arasındaki ilişki ertesinde devam ettirilmesi amacıyla, Borçlar Kanunu kapsamında getirildiği,
- Anılan sözleşmelerin kaleme alınması aşamasında süre ve karşı edim bakımından Borçlar Kanunu’nda öngörülmüş olan lafza birebir uyulmamış olmasının söz konusu rekabet yasağı sözleşmelerini bir “kartel metni” haline getirmeyeceği; nitekim taraflar arasında devam eden davalar kapsamında hazırlanan resmi bilirkişi raporlarında rekabet yasağı sözleşmelerinin “*en yüksek yasal haddine*” indirilmesi yolu ile geçerli olduğu tespitine yer verildiği,

- (.....)'in, 12 yıllık iş ilişkisini sonlandıracağı (.....)'ın menfaatine olacak şekilde, çalışanına bir faaliyet alanı ile müşteri çevresi bıraktığı ve 14.12.2016 tarihli sözleşme ile (.....) lehine bir karşı edim üstlendiği,
- Bu kapsamda soruşturma konusu yapılan sözleşmelerin, işveren/ticari işletme ile ticari temsilcisi/işçisi arasında Borçlar Kanunu kapsamında akdedilmiş olan ve hiçbir şekilde kartel metni teşkil etmeyen sözleşmeler olduğu

ifade edilmektedir.

- (260) Öncelikle belirtmek gerekir ki, tarafların savunmalarında yer verilen rekabet yasağı iddialarının büyük bir bölümü doğrudan Borçlar Kanunu'nu ilgilendirmekte ve 4054 sayılı Kanun kapsamı dışında kalmaktadır. Bu çerçevede söz konusu iddialar yalnızca rekabet hukuku bağlamında değerlendirilmiş olup iddiaların rekabet hukuku kapsamı dışında kalan kısımları için ise ayrıca bir değerlendirmeye yer verilmeyecektir.
- (261) İncelemeye konu anlaşmalar, taraflar arasındaki eski işveren-işçi ilişkisinden bağımsız olarak, doğrudan rakipler arasında akdedilen ve müşteri paylaşımı içeren kartel niteliğini haiz anlaşmalardır. Her ne kadar sözleşmenin imzalandığı tarihte TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü bünyesinde çalışan (.....)'ın iş akdine son verilmediği iddia edilebilecek olsa da, söz konusu sözleşmelerin (.....) ve/veya kurduğu/kuracağı tüzel kişilikleri ilgilendiriyor olması durumunun rekabet hukuku kapsamında rekabet etmeme yükümlülüğü çerçevesinde incelenmesi gerektiği değerlendirilmektedir. Bu noktada söz konusu yükümlülüğün kapsamının, süresinin, korunmaya çalışan menfaat ile orantılı olup olmamasının yapılacak değerlendirme ile birebir ilişkili olduğu değerlendirilmektedir. Bu çerçevede, söz konusu sözleşmelerin incelenmesi neticesinde, sözleşmelerin rekabet hukuku bakımından rekabet etmeme yükümlülüğü kapsamını aşan nitelikleri ortaya konulmuş ve bu sözleşmelerin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi çerçevesinde ele alınması gerektiği ifade edilmiştir.
- (262) Bu noktada, incelemenin bütünlüğünü teminen savunmalarda geçen rekabet yasağı iddialarının, rekabet hukuku uygulamalarında hayat bulan "rekabet etmeme yükümlülüğü" kapsamında ele alınıp alınamayacağına tespiti açısından yapılacak bir değerlendirmenin mevcut dosya özelinde önem arz ettiği görülmektedir. Her ne kadar bu tür yükümlülüklerin 4054 sayılı Kanun'un birleşme/devralma işlemlerini düzenleyen 7. maddesi kapsamında ve teşebbüsler arasındaki dikey ilişkilerde ortaya çıkabildiği görülse de, konunun mevcut dosya bakımından 4. madde uygulamasına ve 5. madde kapsamındaki muafiyet değerlendirmesine ışık tutabileceği değerlendirilmektedir. Dolayısıyla rekabet etmeme yükümlülüğü iddialarının incelenmesinin dosya kapsamındaki sözleşmelerin niteliği bakımından önem arz ettiği görülmektedir.
- (263) Bu çerçevede, aşağıda öncelikle rekabet hukuku uygulamaları açısından rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin teorik bilgi sunulacak, devamında ise savunma kapsamındaki iddialara yönelik olarak rekabet etmeme yükümlülüğü özelinde bir değerlendirmeye yer verilecektir.

Rekabet Hukuku Uygulamalarında Rekabet Etmeme Yükümlülüğü

- (264) Yoğunlaşma işlemleri kapsamında taraflardan herhangi birine veya tümüne getirilen yan sınırlama niteliğindeki kısıtlamalar ile dikey anlaşmalar kapsamında öngörülen sınırlamalar rekabet etmeme yükümlülüğü olarak ifade edilmektedir. Bu çerçevede teşebbüsler, aralarında gerçekleştirdikleri işlemlere ilişkin imzaladıkları sözleşmelerde rekabet etmeme yükümlülüklerinin yanında, satıcılara belirli bir süre boyunca belirli pazarlarda faaliyet göstermeme, mevcut ya da potansiyel müşterilere mal veya hizmet

sunmama gibi yükümlülükler getirebilmektedir. Rekabet etmeme yükümlülüğü, “*Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz*” (*Dikey Kılavuz*), “*Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği*” (*Dikey Tebliğ*) ve “*Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz*”da (*Yan Sınırlama Kılavuzu*) açık bir şekilde düzenlenmiştir.

Dikey Kılavuz ve Dikey Tebliğ kapsamında Rekabet Etmeme Yükümlülüğü

- (265) Dikey Tebliğ’in 3. maddesinde rekabet etmeme yükümlülüğü, alıcının anlaşma konusu mal veya hizmetlerle rekabet eden mal veya hizmetleri üretmesini, satın almasını, satmasını ya da yeniden satmasını engelleyen doğrudan ya da dolaylı yükümlülük olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla Dikey Tebliğ’deki anlamıyla rekabet etmeme yükümlülüğü alıcının anlaşma konusu mal veya hizmetleri kendisinin üretmemesini ve sağlayıcı dışındaki başka bir kaynaktan tedarik etmemesini öngören bir yükümlülüktür.
- (266) Rekabet etmeme yükümlülüğü açısından önem arz eden iki önemli husus bulunmaktadır. Bunlardan ilki, rekabet etmeme yükümlülüğünün süresine ilişkindir. Bu kapsamda, alıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi büyük önem taşımakta, süresi beş yıldan uzun olan rekabet etmeme yükümlülüğü grup muafiyetinden yararlanamamaktadır. Aynı husus, alıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinin belirsiz olması ya da beş yıllık süreyi aşacak şekilde zımnen yenilenebilir olması durumunda da geçerli olmaktadır⁷⁷. Önem arz eden hususlardan bir diğeri ise, anlaşmanın sona ermesinden sonraki dönem için alıcıya herhangi bir rekabet etmeme yükümlülüğünün getirilemeyecek olmasıdır. Ancak, belirli koşulların sağlanması durumunda anlaşmanın sona ermesinden itibaren bir yılı aşmamak kaydıyla alıcıya rekabet etmeme yükümlülüğü getirebilmek mümkündür. Bunun için yasaklamanın;
- Anlaşma konusu mal ya da hizmetlerle rekabet eden mal ve hizmetlere ilişkin olması,
 - Anlaşma süresince alıcının faaliyette bulunduğu tesis ya da arazi ile sınırlı olması ve
 - Sağlayıcı tarafından alıcıya devredilen *know-how*’ı korumak için zorunlu olması gerekmektedir.
- (267) Belirtilen hususlardan da anlaşılacağı üzere, söz konusu sınırlamalar, üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki ya da daha fazla teşebbüs arasında belirli mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılan anlaşmaların, “alıcı” ve “sağlayıcı” konumundaki taraflarına getirilen rekabet etmeme yükümlülüklerine ilişkindir. Bir diğere ifade ile teşebbüsler arası ilişkinin dikey olması gerekmektedir. Bu noktada dosya kapsamında incelenen anlaşmaların rakipler arasında akdedilmiş olması, dolayısıyla yatay bir niteliği haiz olması nedeniyle yukarıda bahsi geçen unsurların somut olaydan farklılık arz ettiği görülmektedir.

Yan Sınırlama Kılavuzu Kapsamında Rekabet Etmeme Yükümlülüğü

⁷⁷ Bununla birlikte alıcıya en fazla beş yıllık süre için rekabet etmeme yükümlülüğü getirilebileceğine ilişkin düzenlemenin bir istisnası da bulunmaktadır. Alıcının anlaşmaya dayalı faaliyetlerini sürdürürken kullanacağı tesis tümüyle sağlayıcıya ait ise sağlayıcının kendisine ait olan bir tesiste kendi izni olmadan rakip malların satılmasına izin vermemesinin mantıklı bir sınırlama olduğu görüşünden hareketle, alıcıya getirilecek rekabet etmeme yükümlülüğü herhangi bir şekilde süre sınırlamasına tabi tutulmamaktadır. Buna göre, söz konusu tesisi kullandığı süre boyunca alıcıya rekabet etmeme yükümlülüğü getirilebilmektedir.

- (268) Rekabet etmeme yükümlülüğü “Yan Sınırlama Kılavuzu” kapsamında “*Yan Sınırlama Kavramı*” başlığı altında ele alınmaktadır. Yan sınırlama kavramı ilgili kılavuzda “*yoğunlaşma işlemi ile doğrudan ilgili ve işlemin uygulanabilmesi ve yoğunlaşmadan beklenen etkinliklerin tam olarak sağlanabilmesi için gerekli olan sınırlamalardır.*” şeklinde tanımlanmaktadır.
- (269) Yan Sınırlama Kılavuzu’nun “Uygulamaya ilişkin genel ilkeler” başlığı altında da ifade edildiği üzere devralma işlemlerinde, devralınan hak ya da malvarlığının değerinin tam olarak alıcıya geçmesi için, satıcıya belirli bir süre için alıcı ile rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmesi gerekebilmekte, bu gereklilik özellikle müşteri çevresinin kazanılması ve devredilen *know-how*’dan yeterince istifade edilebilmesi amacıyla ortaya çıkmaktadır. Devralmalar kapsamında getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü özelinde önem arz eden bazı hususlar bulunmaktadır:
- Satıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün yan sınırlama olarak kabul edilebilmesi için; süre, konu, coğrafi alan ve kişi yönünden kapsamının, işlemin uygulanabilmesi için gerekli olan üç yıllık makul düzeyi aşmaması gerekmekte, ancak, müşteri bağımlılığının daha uzun sürmesi ve devredilen *know-how*’ın niteliği gereği gerekli olması durumunda, somut olayın gerektirdiği ölçüyü aşmamak kaydıyla, üç yılı aşan rekabet etmeme yükümlülüklerinin de yan sınırlama kapsamında değerlendirilmesi mümkün olabilmektedir.
 - Rekabet etmeme yükümlülüğü kural olarak işlem öncesinde devre konu ekonomik birimin faaliyet alanını oluşturan mal ve hizmetlerle sınırlı olmalıdır.
 - Benzer şekilde, rekabet etmeme yükümlülüğünün, coğrafi bakımdan, işlem öncesinde satıcının faaliyet gösterdiği alanlarla sınırlı olması gerekmektedir⁷⁸.
 - Rekabet etmeme yükümlülüğü ile benzer nitelikte ya da bu yükümlülüğü tamamlayıcı nitelikte olan; satıcının devre konu teşebbüsün çalışanlarını istihdam etmemesi, devre konu teşebbüse ait ticari sırları açıklamaması ve kullanmaması gibi yükümlülükler de, rekabet etmeme yükümlülüğü ile benzer şekilde değerlendirilecektir⁷⁹.
- (270) Yukarıda bahsi geçen hususlar, temel olarak birleşme veya devralma işlemi ile getirilen rekabet etmeme yükümlülüklerini kapsamaktadır. Keza, ilgili Kılavuz “*Yan sınırlamalara Kanunun 4 üncü ve 6 ncı maddelerinin uygulanması mümkün değildir. Ancak, yan sınırlama niteliği taşımayan sınırlamalar Kanunun 4 üncü, 5 inci ve 6 ncı maddelerinin kapsamında değerlendirilebilir.*” düzenlemesini haizdir.
- (271) Rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin olarak yukarıda yer verilen teorik bilgiler çerçevesinden bakıldığında, böyle bir yükümlülük ya da sınırlamadan bahsedebilmek için tarafların üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet göstermesi ya da söz konusu yükümlülüğün birleşme ve devralma içeren bir yoğunlaşma işlemine ilişkin olması gerektiği görülmektedir. Keza, ilgili mevzuat incelendiğinde, rekabet etmeme yükümlülüğünün yalnızca Dikey Tebliğ, Dikey Kılavuz ve Yan Sınırlama

⁷⁸ Bununla birlikte, satıcının yeni bölgelere girmek için yatırım yapmış olması gibi istisnai durumlarda bu bölgeler bakımından getirilen sınırlama da gerekli ve makul kabul edilebilecektir.

⁷⁹ Şu kadar ki, gizliliğin *know-how*’a ilişkin olması halinde, söz konusu bilginin gizli kaldığı, yani *know-how* niteliğini koruduğu sürece açıklanmamasına ve kullanılmamasına yönelik olarak getirilen yükümlülük, işlemin asli bir unsuru olarak değerlendirilebilecektir.

Kılavuzu'nda düzenlendiği, Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz'da (Yatay Kılavuz) söz konusu kavrama yer verilmediği görülmektedir.

- (272) Somut olay özelinde bakıldığında, anlaşma tarafları arasında herhangi bir alıcı-sağlayıcı ilişkisi bulunmadığı, şikâyete konu rekabet ihlalinin de herhangi bir birleşme ya da devralma işlemine yönelik olmadığı görülmektedir. Dolayısıyla somut olay özelinde yan sınırlamaya konu bir rekabet etmeme yükümlülüğünün varlığından bahsetmek mümkün görünmemektedir. Kaldı ki, anılan sözleşmeler geleceğe yönelik belirsiz süreli rakiplik ilişkisinden doğmakta olup söz konusu müşteri paylaşımı anlaşmalarının gerek tasarlanma biçimi ve kapsamı gerekse de karşılıklı olarak müşteri paylaşımına konu olması nedeniyle sözleşmelerin doğrudan 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında ele alınması gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır.

I.10.3.2. Tarafların Bireysel Muafiyete İlişkin İddiaları

- (273) BIOPHARMA tarafından yapılan savunmada, taraflarca akdedilen anlaşmaların TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünün kârını arttırmaya yönelik olarak rakibi BIOPHARMA'yı kısıtladığı, müşteri paylaşımı anlaşmaları ile TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğüne bırakılan müşterilerin teklif talebine BIOPHARMA'nın dönüş sağlayamadığı, bu durumun da müşteriler ve tüketicilerin fayda sağlayamamasıyla ve piyasadaki rekabetin büyük ölçüde ortadan kalkması ile sonuçlandığı gerekçelerinden hareketle, anlaşmaların bireysel muafiyet için aranan şartları karşılamadığı iddia edilmektedir.

- (274) TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü tarafından yapılan savunmada ise soruşturma konusu anlaşmaların 4054 sayılı Kanun'un 2. ve 4. maddeleri kapsamında değerlendirilemeyeceği iddia olunmakla birlikte soruşturma heyeti tarafından aksi bir tespiti yer verilme ihtimaline karşı, ilgili sözleşmeler Kanun'un 5. maddesinde yer verilen muafiyet koşulları bağlamında da ele alınmış olup bu kapsamda;

- İşçi-işveren ilişkisini ilgilendiren kanuni ve sözleşmesel rekabet yasaklarının mal ve hizmetlerin üretimi ve dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik bir gelişmenin sağlanmasına yönelik faydaların elde edilmesinde önemli araçlar olduğu,
- Dosya özelindeki rekabet yasaklarının, piyasada dürüstlük ilkesinin hâkim kılınması ile kişilerin emek ve kabiliyetleri dışında haksız kazanç sağlamasının önlenmesi bakımından önemli etkinlik ve faydalar sağladığı,
- Rekabet yasaklarının ihlal edilmesi neticesinde pazara yeni bir oyuncunun dâhil olmasının kısa vadede tüketici yararına gibi gözükmeyle beraber, ürünlerin üretiminde ve katma değer süreçlerindeki işbirliğini zayıflatacağı, bu nedenle orta ve uzun vadede tüketicilerin daha az yenilik, daha az seçenek, daha kısıtlı üretim ve nihai olarak daha yüksek fiyatlarla karşılaşacağı

ifade edilerek dosya konusu anlaşmaların 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer alan muafiyet koşullarını sağladığı gerekçesinden hareketle TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğüne yönelik bir ihlal isnadında bulunulmaması talep edilmektedir.

- (275) Önceki bölümlerde de ifade edildiği üzere, taraflar arasında akdedilen anlaşmaların karşılıklı olarak müşteri paylaşımına yönelik olması sebebiyle söz konusu anlaşmalar açık-ağır ihlal olarak nitelendirilen kartel niteliğini haiz anlaşmalardır. Rekabet hukuku uygulamalarında, gerek hukuken gerek iktisadi olarak doğası gereği rekabeti aşırı ölçüde sınırladıkları ve rekabet üzerindeki olumsuz etkilerini bertaraf edecek nitelikte ekonomik faydalar yaratabilme potansiyelinin oldukça düşük olduğu varsayılan bu

türden anlaşmaların muafiyet koşullarını karşılama olasılığının görece düşük olduğu kabul edilmektedir. "4054 Sayılı Kanun'un 5. Maddesi Kapsamında Yapılan Değerlendirme" başlığı altında da detaylı bir şekilde açıklandığı üzere, söz konusu anlaşmaların "mal veya hizmetlerin üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması" gibi bir sonuç doğurmaması, ayrıca soruşturmaya konu eylemler sonucu ortaya çıkan faydanın tamamen kartel üyeleri lehine etki doğurması ve tüketicilerin bu uygulamalardan herhangi bir fayda sağlamaması nedeniyle taraflar arasındaki müşteri paylaşımı anlaşmalarına muafiyet tanınmasının mümkün olmadığı kanaatine varılmıştır.

I.11. İdari Para Cezasına İlişkin Değerlendirme

(276) 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrasında "Bu Kanunun 4, 6 ve 7. maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir." hükmüne yer verilmiştir.

(277) 4054 sayılı Kanun'un 4 ve 6. maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyeleri ile bunların yönetici ve çalışanlarına, aynı Kanun'un 16. maddesi gereğince verilecek para cezasının tespitine ilişkin usul ve esasları düzenlemek amacıyla çıkarılan Ceza Yönetmeliği 15.02.2009 tarih ve 27142 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

(278) Ceza Yönetmeliği'nin "Temel para cezası" başlıklı 5. maddesi şu şekildedir:

"(1) Temel para cezası hesaplanırken, Kanunun 4 üncü ve 6 ncı maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin, nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin;

a) Karteller için, yüzde ikisi ile yüzde dördü,

b) Diğer ihlaller için, binde beşi ile yüzde üçü, arasında bir oran esas alınır.

(2) Birinci fıkrada yazılı oranların belirlenmesinde, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlal neticesinde gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususlar dikkate alınır.

(3) Birinci fıkraya göre belirlenen para cezası miktarı;

a) Bir yıldan uzun, beş yıldan kısa süren ihlallerde yarısı oranında,

b) Beş yıldan uzun süren ihlallerde bir katı oranında, arttırılır."

(279) Ayrıca anılan hükme ek olarak, Ceza Yönetmeliği'nin 6. ve 7. maddelerinde ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurlar sayılmaktadır.

(280) Ceza Yönetmeliği'nin 3. maddesinde; "Fiyat tespiti, müşterilerin, sağlayıcıların, bölgelerin ya da ticaret kanallarının paylaşılması, arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması, ihalelerde danışıklı hareket konularında, rakipler arasında gerçekleşen, rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve uyumlu eylemler", "kartel" olarak tanımlanmaktadır. Bu çerçevede taraflar arasında akdedildiği anlaşılan soruşturma konusu anlaşmanın kartel niteliğinde olduğu ve ihlalin bir yıldan uzun beş yıldan kısa sürdüğü tespit edilmiştir.

(281) Bu kapsamda TRANSORIENT ve TUNASET hakkında takdir edilen idari para cezası takdir edilirken, başlangıç oranı; Ceza Yönetmeliği'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının

(a) bendi uyarınca %(.....) olarak belirlenmiş ve bu oran Ceza Yönetmeliği'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrasının (a) bendi uyarınca yarısı oranında artırılarak temel para cezası oranı olarak %(.....)'e ulaşılmıştır.⁸⁰ TRANSORIENT'te yapılan yerinde incelemede, dosya konusunu oluşturan sözleşmelerin ve ilgili dava süreci kapsamındaki dava dosyası belgelerinin birer kopyası incelemeyi gerçekleştiren uzmanlara teslim edilmesi Ceza Yönetmeliği'nin 7. maddesinin birinci fıkrasındaki hafifletici unsurlardan biri olan teşebbüslerin yasal yükümlülüklerin yerine getirilmesi haricinde incelemeye yardımcı olması kapsamında görülmüş ve ayrıca TRANSORIENT ile TUNASET'in biyofarma lojistiği hizmetlerinden ve anlaşmalara konu müşterilerden elde ettiği gelirin, yıllık gayri safi gelirler içindeki payının düşük olması ile taraflarca akdedilen anlaşmaların pazarda biyofarma lojistik hizmeti alan tüm müşterileri etkilememesi, dolayısıyla yapılan paylaşımın pazarın tamamını kapsamaması hususları da hafifletici neden olarak dikkate alınarak temel para cezası oranından beşte üç oranında indirim yapılmasına ve teşebbüslere %(.....) oranında idari para cezası verilmesine hükmedilmiştir.

J. SONUÇ

(282) Rekabet Kurulunun 26.04.2021 tarihli ve 21-23/272-M sayılı kararı uyarınca yürütülen soruşturma kapsamında düzenlenen Rapor'a ve Ek Görüş'e, toplanan delillere, yazılı savunmalara, sözlü savunma toplantısında yapılan açıklamalara ve incelenen dosya kapsamına göre,

a) 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası ve "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" in 5. maddesinin birinci fıkrasının a) bendi, ikinci fıkrası, üçüncü fıkrasının a) bendi ve 7. maddesinin birinci fıkrası uyarınca 2021 yılı gayrisafi geliri üzerinden

1) Transorient Uluslararası Taşımacılık ve Ticaret A.Ş.'ye % (.....)'si oranında olmak üzere 2.918.622,95-TL idari para cezası uygulanmasına,

2) Tunaset Biofarma Lojistik Hizmetleri A.Ş.'ye % (.....)'si oranında olmak üzere 242.136,45-TL idari para cezası uygulanmasına,

3) Biopharma Logistics Uluslararası Taşımacılık Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik'ten yararlanmak üzere yapılan ve 20-48/656-MP sayılı Kurul kararı ile anılan Yönetmeliğin 6. maddesinde belirlenen koşulları yerine getirmesi kaydıyla, Yönetmeliğin 4. maddesi kapsamında kabul edilen başvuru ve yürütülen işbirliğinin niteliği, etkinliği ile zamanlaması dikkate alınarak, aynı Yönetmeliğin 4. maddesinin birinci fıkrası uyarınca Biopharma Logistics Uluslararası Taşımacılık Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ye idari para cezası verilmemesine

⁸⁰ İhlalin başlangıcı bakımından sözleşmelerin uygulamaya konulduğu 01.01.2017 tarihinin esas alınabileceği değerlendirilmekte birlikte, 2016 yılı sonu itibarıyla akdedilen söz konusu müşteri paylaşımı anlaşmaları soruşturma tarihi itibarıyla yürürlükte ve halen geçerli olduğundan ihlalin süresi bir yıldan uzun beş yıldan kısa olarak kabul edilmesinin uygun olduğu değerlendirilmiştir. Bulgu-6'da yer alan ve 2020 yılına ait "(.....): (.....) Bey ile takip ettiğimiz önem verdiğimiz Bio acentalarından bir tanesi, özellikle İtalya merkezleri ile uzun süre temas içinde kaldık ve baz taleplerini aldık ama şu zamana kadar çalışma fırsatı bulamadık. En son (.....) ile çalışıklarının duyumunu atmıştık. Takip edilmel, bendeki son mail ektidir. Detalar (.....). (...)'" içerikli yazışmadan, paylaşılan müşterilerin takibinin yapıldığı ve söz konusu uygulamanın 2020 yılında da devam ettiği anlaşılmaktadır.

gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.

**Rekabet Kurulu'nun 26.05.2022 tarih ve 22-24/390-161 sayılı Kararına
Karşı Oy Gerekçeleri**

Sağlık sektörüne yönelik nitelikli yerel ve uluslararası kapıdan kapıya taşımacılık hizmetleri sektöründe biyofarma lojistiği alanında faaliyet gösteren Biopharma Logistics Uluslararası Taşımacılık Sanayi ve Ticaret AŞ (BIOPHARMA), Transorient Uluslararası Taşımacılık ve Ticaret AŞ (TRANSORIENT) ve Tunaset Biofarma Lojistik Hizmetleri AŞ (TUNASET) unvanlı teşebbüslerin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri iddiasıyla yürütülen 2020-5-042 dosya numarası üzerinden yürütülen soruşturma neticesinde Rekabet Kurulu'nun 26.05.2022 tarih ve 22-24/390-161 sayılı çoğunlukla alınan kararına (Karar) aşağıdaki gerekçelerle katılmıyorum.

Kararda yer alan maddi olgular:

- Soruşturmaya konu iddia TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü ile TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünden ayrılan BIOPHARMA arasında müşteri paylaşımını konu edinen rekabete aykırı bir anlaşma yapıldığı yönündedir.
- TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünden ayrılmak isteyen bir çalışanının kıdem tazminatının ödenmesi karşılığında süresiz rekabet etmeme anlaşması imzalandığı iddia edilmiş ve ilgili sözleşmeler yerinde incelemelerde elde edilmiştir.
- Çalışan ve işçi arasında kurulan rekabet etmeme yasağı sözleşmesi Türk Borçlar Kanununun 348-352'nci maddelerinde düzenlenmiştir. Kanunda yer alan şartlar sağlandığında, rekabet yasağının işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak sınırlandırmaması söz konusu olduğunda hukuken geçerli bir sözleşmedir.
- TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğü ve BIOPHARMA arasında rekabet etmeme anlaşması kapsamında adli makamlar nezdinde açılmış olan davalar bulunmaktadır.
- Rekabet ihlaline konu ilgili ürün pazarı ise "*biyofarma lojistiği*" olarak tespit edilmiştir.
- Rakiplerden ve müşterilerden temin edilen bilgilere göre; biyofarma taşımacılığında ısı ve zaman hassasiyetinin büyük önem arz etmesine rağmen, lojistiği yapılan ilaçlar ile diğer biyolojik kökenli maddelerin taşınması esnasında uygun koşulların sağlanması ve gerekli tedbirlerin alınması halinde farklı teşebbüslerce yapılmasında bir engel bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle pazara bir giriş engeli bulunmamaktadır.
- Müşterilerden (Hizmet Alanlar) elde edilen bilgilerden; müşteriler için biyofarma taşımacılığının (Hizmet Verenler) önemli bir maliyet unsuru olmadığı, serbest bir şekilde istedikleri teşebbüsle çalışabildikleri, bir kısım müşterinin kendi lojistik ağını

kurduğu, müşterilerin karar verirken fiyat/kalite/tanınırlık gibi kıstasları temel alındığı, yüksek miktarda ve sürekli hizmet alımı yapan teşebbüslerin biyofarma taşıyıcı karşısında pazarlık gücü elde edebileceği anlaşılmıştır. Diğer bir deyişle, pazarda alıcı gücün bulunduğu iddia edilebilir.

Yukarıda yer alan maddi olgulara göre;

1. Biyofarma taşımacılığında, Hizmet Alan müşterilerle, Hizmet Veren taşıyıcı arasında bir dikey ilişki bulunduğu, Hizmet Alanın bu dikey ilişkide güçlü tarafı oluşturduğu, fiyat ve sağlayıcıyı seçim gibi önemli rekabet kriterlerini belirlemede üstün pazarlık gücüne sahip olduğu (= alıcı gücüne sahip olduğu) düşünülmektedir.

Rekabete aykırı anlaşmalar; amaç ve etkileri itibariyle ihlal teşkil edebilirler. Fiyat tespiti, doğrudan amacı nedeniyle rekabeti sınırlandırmaktadır. (= per se) Bazı anlaşmalar ise, amacı rekabeti kısıtlamak olmamakla beraber, etkisi itibariyle rekabeti sınırlayabilir.

Hizmet Veren konumundaki biyofarma taşımacılığı faaliyetinde bulunan teşebbüslerin, müşteri paylaşımı şeklinde bir anlaşmaya taraf olmasının ekonomik gerekçesinin bulunmadığı; TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünden ayrılan bir çalışanın kurduğu BIOPHARMA arasındaki anlaşmanın asıl hedefinin müşteri portföyüne yönelik know-how'ın korunmasını amaçladığı, ilgili pazardaki alıcı gücün böyle bir amacın gerçekleşmesine zaten engel olacağı düşünülmektedir.

Bu kapsamda, Soruşturma sürecinde, ekonomik temelli bir etki analizi yapılmamış olması nedeniyle; rekabetin kısıtlandığı şeklindeki tespitlere ve çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

2. TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünden ayrılan bir çalışanın kurduğu BIOPHARMA arasında, Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde yapılmış bir rekabet etmeme sözleşmesi bulunmaktadır. (Nitekim taraflar arasında hukuki ihtilafa neden olmuş, yargıya intikal etmiş, yargı aşamasında taraflardan biri konuyu Rekabet Kurumuna taşımıştır.)

TRANSORIENT-TUNASET ekonomik bütünlüğünden ayrılan çalışanın sahip olduğu bilgilerin (müşteriler, iş yapış modeli, ticari sır, kar marjları vb.) stratejik bir öneme sahip olduğu yadsınamaz, bu tip bilgilerin teşebbüsler arasında paylaşılması, Rekabet Hukuku uygulamasında "bilgi değişimi" olarak kabul edilerek cezalandırılırken; bilgi değişimine engel olacak bir sözleşmenin tamamen rekabeti kısıtlama amacı taşıdığı söylenemez.

Örneğin, TRANSORIENT-TUNASET ve BIOPHARMA çalışanları arasında müşterilere veya mark-uplara ilişkin bir bilginin paylaşılması halinde Rekabet Kurulu tarafından ceza verilmesi şüphesizdir.

Bu kapsamda, Kararda rekabet etmeme sözleşmesinin, bireysel muafiyet kapsamında incelenmemiş olması ve taraflar arasındaki sözleşmenin tamamen rekabet hukukuna aykırı olarak görülmesi nedeniyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

3. ABD'de teşebbüslerin fiyatlama davranışlarını ve adil rekabeti öncelikleyen rekabet hukuku anlayışı, 1980'lerden itibaren AB Komisyonunun da uygulamaları neticesinde tüketici odaklı hale gelmiştir. Ülkemizde de tüketici odaklı rekabet hukuku anlayışı yerleşmiştir.

Rekabet Kurumu tarafından gerçekleştirilen pek çok soruşturmada olduğu gibi 2020-5-042 dosya numarası üzerinden yürütülen soruşturmada ve akabinde verilen kararda tüketici odağı açıkça görülmektedir.

Ancak, tüketiciyi korumanın ötesinde; serbest piyasa ekonomisinin işlerliği açısından; girişimciliğin korunması, çevresel kaygılar, adil rekabet vb. gibi hususların da dikkate alınması gerekmektedir.

Soruşturma sürecinde, taraflar arasındaki anlaşmaya yönelik bireysel muafiyet incelemesinde sadece tüketici faydasına yönelik olup, piyasanın işleyişine katkı sağlayıp sağlamadığı hususları göz ardı edilmiş olup, anlaşmanın eksik inceleme nedeniyle bireysel muafiyetten yararlanamayacağı şeklindeki tespitlere ve çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Ayşe ERGEZEN
Kurul Üyesi

Rekabet Kurulu'nun 26 Mayıs 2022 tarih ve 22-24/390-161 sayılı Kararına KARŞI OY GEREKÇESİ

Soruşturma konusu anlaşmanın; *Tunaset-Transorient* ekonomik bütünlüğünden koparak piyasaya giriş yapan *Biopharma*'nın belli bir süre (geçiş süreci) ticari *know-how* ve yatırım gibi unsurları kötüye kullanmaması adına yapıldığı, amacının ilgili piyasada rekabeti kısıtlamak olmadığı, etki itibarıyla da herhangi bir yapısal rekabet kısıtına sebebiyet vermediği ve dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 4. Maddesi kapsamında bir ihlalin gerçekleşmediği genel gerekçesi ile çoğunluk görüşüne katılmıyorum. Aşağıda gerekçe alt başlıklar halinde detaylandırılmaktadır:

I.Müşterilerle yapılan yazışmalardan ve biyofarma lojistiğinin müşteri profilinden ilgili piyasada alıcı gücünün olduğu, müşterilerin fiyat ve tedarik koşulları pazarlıklarında parametreleri belirleyen taraf olduğu görülmektedir. Soruşturmaya konu olan firmalar *forwarder agent* (teslimat acentesi) olup hizmet verdikleri ana nakliyeciler firmaları belirlemekte, esas ticari koşulları müşteriler ve ana nakliyeciler firmalar belirlemektedir. Bu bağlamda da edilgen/pasif bir özellikleri vardır. Karar'da yer verilen Bulgu 1-8'deki yazışmalarda da müşterilerin alıcı gücü ve pazarlıktaki üstünlükleri görülebilecektir.

II.Karar'da paylaşılan müşterilerin soruşturma tarafı iki teşebbüsün toplam faaliyetlerindeki büyüklüğüne yer verilen bölümlerin değerlendirilmesinde büyüklüklerdeki asimetri dikkate alınmamıştır. Şöyle ki; paragraf 68 ile Tablo 6-7 ve 10-12'ye bakıldığında *Biopharma*'nın iddia edilen anlaşmanın başında %(.....) oranındaki gelirini paylaşılan müşterilerden alırken 2021'e gelindiğinde bu oranın %(.....) gerilediği görülmektedir. Diğer taraf olan *Tunaset-Transorient* için ise bu gelişim %(.....)-%(.....) aralığında gerçekleşmiştir. Bu durum iki olguya işaret etmektedir: i) Yukarıda da belirtildiği gibi ekonomik bütünlükten koparak ilgili pazara giren *Biopharma*'ya geçiş süreci belli müşteriler tahsis edilmiş ve teşebbüs kademeli olarak hem müşteri portföyünü genişletmiş hem de cirosunu hızla artırmıştır. ii) Paragraf 116'dan ve bu tablolardan da görüldüğü gibi ilgili pazarda herhangi bir katılık, müşterilere teklif vermeme gibi bir etki söz konusu olmamıştır; tam tersi birbirlerinin müşterilerini portföylerine katabilmişlerdir.

III.Soruşturma konusu anlaşmanın amacının rekabeti kısıtlamaktan ziyade *Transorient-Tunaset* ekonomik bütünlüğünden kopan teşebbüsle çıkar çatışmasının çözümünden ibaret olduğunun ve zaten etki itibarıyla da sonuç doğurmadığının bir başka göstergesi *Transorient-Tunaset* ekonomik bütünlüğünün toplam faaliyetleri içinde biyofarma lojistiği işinin %(.....) civarında olması ve teşebbüsün ilgili piyasada (.....) firma (%(.....) pazar payı ile) olması; *Biopharma*'nın ise giriş yaptıktan sonraki beş yılda %(.....) pay ve (.....) sıraya ulaşmasıdır (Bkz. Tablo 14-15). Bu asimetri de muhtemel bir rekabeti kısıtlama amaçlı pazar paylaşımının rasyonel olmadığına işaretler.

IV.Firma ile çalışan arasında yapılan ikale anlaşmaları tarafların hak ve yükümlülüklerini belirlemiş ve taraflarca yerine getirilmiştir. İlerleyen zamanda ticaretin doğal gelişimi ile belirlenen ekonomik hedeflere ulaşılamamış ve sonrasında ise rekabet hukukunun verdiği imkânları kullanarak ilave menfaat temin edilmeye çalışılmıştır.

Cengiz ÇOLAK
Kurul Üyesi