

Rekabet Kurumu Başkanlığından;

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2020-1-065
Karar Sayısı : **21-55/765-381**
Karar Tarihi : 11.11.2021

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Birol KÜLE
Üyeler : Şükran KODALAK, Ahmet ALGAN,
Ayşe ERGEZEN, Cengiz ÇOLAK

B. RAPORTÖRLER : Gözde MAVİ, Nezir Furkan KIRAN, Merve BİROĞLU,
Mert ÖZMEN, Murat ALACALAR, Serkan GÜMÜŞ

C. BAŞVURUDA

BULUNAN

: - Getir Perakende Lojistik A.Ş.
Temsilcisi: Av. Nabi Can ACAR
Arnavutköy, Çamlıca Köşkü, Tekkeci Sk. No: 3, D: 5, 34345
Beşiktaş/İstanbul

- (1) **D. DOSYA KONUSU:** Getir Perakende Lojistik A.Ş.'nin taahhüt sunma talebinin reddine ilişkin Rekabet Kurulunun 05.08.2021 tarihli ve 21-37/526-M sayılı kararının yeniden değerlendirilmesi talebi.
- (2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurumu (Kurum) kayıtlarına 14.10.2021 tarih ve 22072 sayı ile giren başvuru üzerine düzenlenen 04.11.2021 tarih ve 2020-1-065/BN-17 sayılı Bilgi Notu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (3) **F. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili Bilgi Notunda; Getir Perakende Lojistik A.Ş. (GETİR) tarafından 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca yapılan başvurunun reddedilmesi gerektiği kanaat ve sonucuna ulaşıldığı ifade edilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

- (4) Rekabet Kurulunun (Kurul) 05.08.2021 tarih ve 21-37/526-M sayılı kararında; GETİR'in hakkında yürütülen soruşturma kapsamında yapmış olduğu taahhüt sürecinin başlatılması talebinin, ilgili rekabet sorunlarının açık ve ağır ihlal olarak değerlendirilebilecek eylemlere ilişkin olması nedeniyle reddine karar verilmiştir.
- (5) GETİR tarafından Kuruma yapılan 14.10.2021 tarih ve 22072 sayılı başvuruda; taahhüt talebinin reddi kararının 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda düzenlenen kanunilik ilkesine aykırı olduğu, 2021/2 sayılı Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasına Yönelik Önerştirmelerde ve Soruşturmalarda Sunulacak Taahhütlere İlişkin Tebliğ'de (Taahhüt Tebliği) "açık ve ağır ihlal" teşkil eden anlaşmalar için tahdidi bir sayımın benimsenmiş olduğu, bu itibarla, "açık ve ağır ihlal" teşkil eden anlaşmaların kapsamının Kurul tarafından yorum yoluyla genişletilerek, sunulan taahhütlerin reddedilmesinin kanunilik ilkesine aykırı olduğu, GETİR'in herhangi bir şirketten çalışan almama yönünde bir irade sergilediği durumların, ticari sırların korunması, yerli şirketlerde ve yeni *start-up*'larda çalışan adayların mevcut şirketlerine karşı rekabet etmeme yükümlülüklerinin bulunması gibi tamamen meşru gerekçelere dayandığı, herhangi bir şirket ile rekabet hukukuna aykırı bir uzlaşmadan kaynaklanmadığı, çeşitli saiklerle gerçekleştirilebilecek ve temel olarak şirketlere doğrudan pozitif bir katkı sağlamayacak ikili şirket düzeyinde kalan ayartmama anlaşmalarının katı bir yaklaşımla doğrudan rekabet hukuku kapsamında

amaç bakımından ihlal oluşturduğunu kabul etmenin konuya ilişkin teorik yaklaşım ve iktisadi temel dikkate alındığında isabetli olmayacağı, çalışan ayartmama anlaşmalarının pazar/müşteri paylaşımı anlaşmaları ve alım kartelleri ile yakınsama yapılabilecek bir konumda olmadığı, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 4. maddesinin ihlal edilmesi için bir anlaşmanın (i) tüketicilerin refahında azalmaya sebebiyet vermesi veya (ii) anlaşmalar ile rakiplerin pazar dışına itilmesi gerektiği, iddia konusu davranışların herhangi bir şekilde tüketici refahında bir azalmaya yol açmadığı, pazarın bu anlaşmalar ile rakiplere kapanması gibi bir durumun söz konusu olmadığı (ve her hâlükârda, iddia konusu çalışan ayartmama anlaşmalarının bu doğrultuda bir etki doğurma imkânının bulunmadığı), bu anlaşmaların tüketiciler nezdinde herhangi bir negatif etkisinin bulunmadığı, tüketici refahı standardı dikkate alındığında, iddia konusu davranışların alt pazardaki fiyat, miktar gibi kriterler üzerinde etkisinin bulunmadığı ve tüketici zararı ortaya çıkarmadığı ifade edilerek; Kurulun 21-37/526-M sayılı kararının yeniden değerlendirilmesi suretiyle soruşturma konusu iddiaların açık ve ağır ihlal mahiyetinde olmadığına karar verilmesi ve GETİR'in taahhüt formu altında sunduğu taahhütlerin kabulü ile teşebbüs hakkında yürütülen soruşturmanın sona erdirilmesi talep edilmiştir.

(6) İYUK'un 11. maddesinde,

“ÜST MAKAMLARA BAŞVURMA

MADDE 11 - 1. İlgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir. Bu başvurma, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur.

2. Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır.

3. İsteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresi yeniden işlemeye başlar ve başvurma tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılır.”

hükmü yer almaktadır.

(7) İYUK m.11 kapsamında bir başvuruda bulunulabilmesi için aranan şartlardan ilki, başvurunun idari dava açma süresi içinde yapılması gerekliliği olup bu süre Danıştay ve idare mahkemelerinde açılacak iptal davaları için altmış gün olarak belirlenmiştir. Söz konusu karar, başvuru sahibince 16.08.2021 tarihinde tebellüğ edilmiş olup dosya konusu başvuru ise 14.10.2021 tarihinde yapılmıştır. Bu itibarla dava açma süresinin geçmediği ve başvurunun süresi içerisinde yapıldığı anlaşılmıştır. Teşebbüsün başvurusunda yer verdiği temel hususlar aşağıda değerlendirilmiştir.

Çalışan ayartmama anlaşmalarının açık ve ağır ihlal teşkil etmediği ve kararın kanunilik ilkesine aykırı olduğu

(8) GETİR'in İYUK başvurusu kapsamında ileri sürdüğü iddia, soruşturma konusu eylemlerin açık ve ağır ihlal teşkil edebileceği gerekçesiyle taahhüt talebinin reddedilmesinin kanunilik ilkesine aykırı olduğudur.

(9) Kanunilik ilkesine ilişkin 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun (Kabahatler Kanunu) 4. maddesi “(1) Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeveye hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir. (2) Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir.” şeklindedir. Anılan

hüküm incelendiğinde, kanunilik ilkesinin Kabahatler Kanunu'nda, ceza hukukundaki gibi katı uygulanmadığı, zira kanunun belirlediği çerçeve hükmün içeriğinin genel ve düzenleyici işlemlerle idare tarafından doldurulabileceği görülmektedir.

- (10) Taahhüt, 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesinin üçüncü fıkrasında “*Yürütülmekte olan bir önaraştırma ya da soruşturma sürecinde 4 üncü veya 6 ncı madde kapsamında ortaya çıkan rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik olarak ilgili teşebbüs ya da teşebbüs birliklerince taahhüt sunulabilir. Kurul söz konusu taahhütler yoluyla rekabet sorunlarının giderilebileceğine kanaat getirirse bu taahhütleri ilgili teşebbüs ya da teşebbüs birlikleri açısından bağlayıcı hale getirerek soruşturma açılmamasına veya açılmış bulunan soruşturmaya son verilmesine karar verebilir. Rakipler arasında fiyat tespiti, bölge veya müşteri paylaşımı ya da arz miktarının kısıtlanması gibi açık ve ağır ihlallerle ilgili olarak taahhüt kabul edilmez. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurul tarafından çıkarılan tebliğ ile belirlenir.*” şeklinde düzenlenmiştir.
- (11) Söz konusu maddeye dayanılarak çıkarılan Taahhüt Tebliği'nin *Taahhüt Görüşmeleri* başlıklı 6. maddesinin birinci fıkrasında “*Tarafların taahhüt sunma taleplerini Kuruma iletmelerinin ardından Kurul ilgili anlaşma, karar veya uygulamanın açık ve ağır ihlal niteliğini ve gerekli gördüğü diğer hususları değerlendirerek taahhüt görüşmelerinin başlatılmasına ya da taahhüt sunma talebinin reddine ve taahhüt sürecinin sonlandırılmasına karar verir.*” düzenlemesi yer almaktadır. Açık ve ağır ihlaller Taahhüt Tebliği'nin *Tanımlar* başlıklı 4. maddesinde “*Bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabeti doğrudan ya da dolaylı olarak engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek netlikte olan;*
- 1) *Rakip teşebbüsler arasında fiyat tespiti, müşterilerin, sağlayıcıların, bölgelerin ya da ticaret kanallarının paylaşılması, arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması, ihalelerde danişıklı hareket, gelecekte uygulanması planlanan fiyat, üretim ya da satış miktarı gibi rekabete duyarlı bilgilerin paylaşılması,*
- 2) *Üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren teşebbüsler arası ilişkide alıcının sabit veya asgari satış fiyatının belirlenmesi*
- konularında gerçekleşen anlaşma ve/veya uyumlu eylemler ile bu konulara ilişkin teşebbüs birliği karar ve eylemleri”* şeklinde tanımlanmıştır.
- (12) Çalışan ayartmama anlaşmaları (*no-poaching agreements*) yapan teşebbüsler, anlaşma tarafı diğer teşebbüslerin çalışanlarına iş teklifinde bulunmaktan, onları işe almaktan veya çalıştırmaktan kaçınmaktadır. Esas olarak işverenler bu anlaşmalarla emek girdisi üzerinde rekabet etmekten karşılıklı olarak vazgeçmekte böylece çalışanlar daha yüksek ücretler ve daha iyi koşullar sunan iş fırsatlarından mahrum kalmaktadır.¹ Çalışan ayartmama anlaşmalarının, rakipler arasında işgücü pazarının alım tarafında monopson etki oluşturma amacı taşıdığı ve anlaşmaya taraf teşebbüslerin işgücü maliyetlerini düşürebileceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla çalışan ayartmama anlaşmaları, geleneksel çıktı pazarlarından farklı olarak işgücü pazarının alım tarafında gerçekleşen bir ihlal türü olarak karşımıza çıkmaktadır.
- (13) Çalışan ayartmama anlaşmalarının; iş fırsatlarının azalması, ücretlerin düşmesi, işverenlerin arasındaki rekabetin ortadan kalkması ve çalışanların bir tüketici olarak refahının düşmesi gibi etkileri göz önüne alındığında bu anlaşmaların etkileri

¹OECD (2020), “Competition in Labour Markets”, <http://www.oecd.org/daf/competition/competition-concerns-in-labour-markets.htm>, s. 28.

bakımından pazar paylaşımı/fiyat tespiti anlaşmaları ile aynı olduğundan aynı kategori altında ele alınması gerekmektedir. Keza ürün/hizmet pazarlarında müşterilerin/bölgelerin paylaşımı niteliğindeki rekabet karşıtı davranışın/anlaşmanın simetriğinde yer alan ve işgücü pazarının alım tarafında emek gibi nihai ürün/hizmet bakımından önemli bir girdinin sağlayıcısı olan çalışanların paylaşılması anlamına geldiği de söylenebilmektedir. Çalışan ayartmama anlaşmaları işgücü pazarlarında rekabetin bozulmasına, emek girdisinin sağlayıcısı çalışanların ücretlerinin suni şekilde baskılanması ve hatta düşmesi ya da potansiyel artışlarının önüne geçilmesine, işverenlerin çalışma/istihdam koşullarında iyileştirme yapmasına gerek duymamasına yol açabilecektir. Bu doğrultuda çalışan ayartmamaya ilişkin anlaşmaların niteliği ve etkileri göz önünde bulundurulduğunda açık ve ağır ihlal olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

- (14) Dolayısıyla dosya konusu anlaşmalar Taahhüt Tebliği'nin 4. maddesinde sayılan açık ve ağır ihlal türleri kapsamında olduğundan teşebbüsün çalışan ayartmama anlaşmalarının Taahhüt Tebliği'nde sayılan açık ve ağır ihlal türleri arasında kabul edilemeyeceğine ve bu nedenle kanunilik ilkesinin ihlal edildiğine ilişkin iddiaları yerinde görülmemiştir.

Anlaşmaların amaç bakımından ihlal olarak kabul edilmesinin teorik çalışmalarla çeliştiği, tüketici zararına yol açmadığı ve rekabeti kısıtlayıcı etkinin doğmadığı

- (15) Fiyat tespiti, pazar ve müşteri paylaşımı ve arzın kontrolüne ilişkin anlaşmaların amacının rekabetin kısıtlanması olduğunun ilk bakışta görülebilecek kadar açık olduğu ve rekabetin normal işleyişine yeterli derecede zararlı olduğunun kabul edildiği ve bu tür anlaşmaların genel olarak amaç bakımından rekabeti kısıtlayıcı olduklarının varsayıldığı belirtilmelidir. Bu doğrultuda en önemli rekabet ihlallerinin başında gelen kartellerin rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyan anlaşmaların da başında olduğu ve kartellerin tüketici zararına neden olduğu rekabet hukuku teori ve uygulamasında kabul edilmektedir.
- (16) Rekabet hukuku literatürü ve uygulamasında çalışan ayartmama anlaşmalarının açık (*hard-core*) kartel olarak değerlendirildiğini söylemek mümkündür. Başka bir deyişle bu anlaşma tipinin kartel gibi etki doğurabileceği vurgulanmaktadır. Pazarın alım tarafında ortaya çıkan bu ihlal türünde rekabet otoritelerinin, işgücü piyasalarında ortaya çıkan ve açık kartel olarak kabul edilen ücret belirleme ve çalışan ayartmama anlaşmaları gibi rekabet ihlallerini etkin şekilde tespit etmesi ve işverenlerin alt pazarda tüketici zararına yol açabilecek nitelikte olan yoğunlaşma gücünü engellemesi gerektiği konularında herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Bu anlaşmaların amaç yönünden ihlal oluşturduğu ve tüketici zararına yol açabileceği birçok teorik çalışma ile de ortaya konulmuştur.
- (17) Teşebbüs tarafından ileri sürülen çalışan ayartmama anlaşmalarının amaç bakımından ihlal olarak kabul edilmesinin teorik yaklaşım ve iktisadi temel ile çelişki doğuracağına ilişkin iddialarının da kabul edilmesi mümkün görülmemiştir.

H. SONUÇ

- (18) Yapılan yeniden değerlendirme sonucunda; İYUK'un 11. maddesi kapsamında 05.08.2021 tarihli ve 20-37/526-M sayılı Kurul kararının kaldırılmasına, geri alınmasına, değiştirilmesine veya yeni bir işlem yapılmasına yer olmadığına gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere, OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.