

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2022-5-006
Karar Sayısı : 23-06/80-26
Karar Tarihi : 26.01.2023

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

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

B. RAPORTÖRLER : Osman AYAR, Ezgi EREN, Serkan GÜMÜŞ, Dilara TÜRK,
Oğuzhan ÇUKUR, Hüseyin Emre ÖZKAN, Batuhan DEMİR

C. BAŞVURUDA

BULUNAN

: - Borusan Lojistik Dağıtım Depolama Taşımacılık ve Ticaret AŞ
Temsilcileri: Av. İ.Yılmaz ASLAN, Av. Dilay YEŞİLYAPRAK,
Av. Orhan ÜNAL
Gazi Umur Paşa Sokak, Bimar Plaza 38/7-8 Balmumcu, 34349
Beşiktaş/İstanbul

- (1) **D. DOSYA KONUSU:** Rekabet Kurulunun 21.04.2022 tarihli ve 22-18/301-M sayılı, 23.11.2022 tarihli ve 22-52/791-M sayılı kararları uyarınca 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin ihlal edilip edilmediğinin tespitine yönelik olarak yürütülen soruşturma kapsamında Borusan Lojistik Dağ. Dep. Taş. ve Tic. AŞ tarafından sunulan taahhüt görüşmelerinin başlatılması yönündeki talebin Rekabet Kurulunun 29.12.2022 tarihli ve 22-57/891-M sayılı kararıyla reddedilmesine ilişkin idari işlemin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesi kapsamında değiştirilerek yeniden işlem tesis edilmesi talebi.
- (2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurumu (Kurum) kayıtlarına 06.12.2022 tarih ve 33570 sayı ile giren başvuru üzerine düzenlenen 23.01.2023 tarih ve 2022-5-006/BN-21sayılı Bilgi Notu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (3) **F. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili Bilgi Notu'nda; Borusan Lojistik Dağıtım Depolama Taşımacılık ve Ticaret AŞ tarafından sunulan taahhüt görüşmelerinin başlatılması yönündeki talebin Kurulun 29.12.2022 tarihli ve 22-57/891-M sayılı kararıyla reddedilmesine ilişkin idari işlemin kaldırılmasına, geri alınmasına, değiştirilmesine veya yeni bir işlem yapılmasına yer olmadığı ifade edilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

G.1. Başvurunun Konusu

- (4) Rekabet Kurulunun (Kurul) 23.11.2022 tarih ve 22-52/791-M sayılı kararı ile aralarında Borusan Lojistik Dağıtım Depolama Taşımacılık ve Ticaret AŞ'nin (BORUSAN) de bulunduğu 17 teşebbüs hakkında soruşturma açılmasına ve Kurulun 21.04.2022 tarih ve 22-18/301-M sayılı kararıyla başlatılan soruşturma ile birleştirilerek yürütülmesine karar verilmiştir.
- (5) BORUSAN tarafından Kurum kayıtlarına 06.12.2022 tarih ve 33570 sayı ile giren yazıda BORUSAN ile anılan soruşturma taraflarından Testinium Teknoloji Yazılım AŞ (TESTINIUM) arasında karşılıklı olarak imzalanmış "Yazılım Kalite ve Test Hizmetleri Alım Sözleşmesi"nde yer verilen hükmün Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasına Yönelik Önerştirmelerde ve

Soruşturmalarla Sunulacak Taahhütlere İlişkin 2021/2 Sayılı Tebliğ'in (2021/2 Sayılı Tebliğ) 4. maddesinin (a) bendinde tanımlanan "açık ve ağır ihlal" kapsamında olmadığı gözetilerek 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca taahhüt başvurusunda bulunulmuştur. Kurulun 29.12.2022 tarih ve 22-57/891-M sayılı kararı ile ilgili rekabet sorunlarının açık ve ağır ihlal olarak değerlendirilebilecek eylemlere ilişkin olması sebebiyle talep reddedilmiştir. İlgili karar 29.12.2022 tarih ve 56173 sayılı yazı ile BORUSAN'a bildirilmiştir

- (6) Rekabet Kurumu (Kurum) kayıtlarına 26.01.2022 tarih ve 24913 sayı ile intikal eden başvuruda ise özetle; 12.01.2023 tarih ve 34596 sayı ile Kuruma intikal ettirilen; Kurulun 29.12.2022 tarih ve 22-57/891-M sayılı kararının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 11. maddesi kapsamında yeniden incelenmesi talepli başvuruda;

- BORUSAN ile TESTINIUM'un iş gücü piyasalarında "rakip" olarak kabul edildiğinin, taraflar arasında yer verilen ayartmama yükümlülüğünün "sağlayıcıların paylaşılması" olarak değerlendirildiğinin ve bu kapsamda BORUSAN hakkında isnat edilen eylemin "açık ve ağır ihlal" olarak kategorize edilen eylemler arasında değerlendirilebileceği kanaatine varılarak taahhüt başvurusunun reddedildiğinin anlaşıldığı,
- BORUSAN ile TESTINIUM arasında konusu yalnızca personel ayartmamaya ilişkin olan açık (*naked*) ayartmama anlaşması olarak nitelendirilebilecek herhangi bir anlaşma olmadığı, iş gücü piyasalarında açık ayartmama anlaşmaları ile meşru işbirlikleri çerçevesinde yapılan ayartmama anlaşmaları arasında ciddi ayrımlar olduğu, bu kapsamda işverenler arasında daha geniş çaplı meşru bir işbirliğinin hayata geçirilmesi için gerekli olan ayartmama anlaşmalarının yan sınırlama olarak kabul edildiği ve *rule of reason* analizine tabi tutulduğu,
- TESTINIUM tarafından getirilen çalışan ayartmama yükümlülüklerinin taraflar arasındaki hizmet ilişkisinin sürdürülebilmesi için haklı ve meşru olduğu, taraflar arasındaki hizmet sözleşmesinde yer alan hükmün "açık ve ağır ihlal" kategorisinde olmaması gerektiği,
- Kurul'un iş gücü piyasalarına ilişkin verdiği tüm kararlarda, *Hastaneler*¹ kararı hariç, ayartmama anlaşmalarının piyasada rekabeti kısıtlayıcı etki doğurup doğurmadığının değerlendirildiği; *Hastaneler* kararında ise hiçbir meşru gerekçe ile açıklanamayan rakipler arasında çalışan transferini engellemeye yönelik anlaşmaların amaç bakımından ihlal olarak değerlendirilebileceğinin açıkça ortaya konduğu,
- Yine Kurulun *HDI Sigorta*² kararında rakipler arasında yatay işbirliği kapsamında getirilen istihdam yasağının, emek faktörünün iş gücü piyasasındaki farklı teşebbüsler arasında geçişini sınırlamayacağı ve aynı zamanda çalışanların sözleşme kapsamında edindikleri know-how'ın ve ticari bilgilerin korunması amacıyla gerekli ve makul olduğunun değerlendirildiği,
- Bir dikey ilişki çerçevesinde hizmet alan işverenlerce getirilen, çalışanlarının belirli sürelerle ayartılmasını engellemeye yönelik yazılı ayartmama yükümlülüklerinin *rule of reason* analizine / etki temelli bir değerlendirmeye tabi tutulması ve "açık ve ağır ihlal" kategorisinde değerlendirilmemesi gerektiği,

¹ Kurulun 24.02.2022 tarihli ve 22-10/152-62 sayılı kararı.

² Kurulun 03.06.2021 tarihli ve 21-29/368-184 sayılı kararı.

- Rekabet Kurulu tarafından, hizmet sözleşmesi kapsamında müşteri-sağlayıcı arasında akdedilen sözleşmelerde yer alan ayartmama yükümlülüklerine ilişkin etki analizi yapılmaksızın ihlal tespiti yapılan bir karara rastlanılmadığı, dikey hizmet sözleşmelerinde yer alan ayartmama yükümlülüklerinin rekabeti amaç bakımından ihlal ettiği yönünde verilen bir Kurul kararının bulunmadığı, “açık ve ağır ihlal” kategorisine ilişkin bu şekilde genişletici bir yorumun hizmet sözleşmelerinde yer alan ancak uygulamada hiçbir karşılığı bulunmayan ayartmama yükümlülüklerinin taahhüt müessesesinden yararlanamamasına neden olabileceği,
- Somut olay açısından TESTINIUM tarafından iletilen matbu sözleşmeye ilişkin hükmün BORUSAN tarafından sözleşmeden çıkarılmasına izin verilmediği, müşteri konumunda bulunan BORUSAN tarafından TESTINIUM’un koşullarına uyum sağlanması gerekliliğinin doğduğu, BORUSAN ile TESTINIUM arasında bir açık (*naked*) ayartmama anlaşması bulunmadığı,
- BORUSAN ile TESTINIUM’un aynı nitelikteki çalışanların istihdamı noktasında rakip konumda dahi olmadıkları, BORUSAN’ın lojistik alanında faaliyet gösterirken TESTINIUM’un yazılım/yazılım test otomasyon alanında faaliyet gösterdiği, faaliyet alanı bakımından tarafların aynı nitelikte çalışan için rekabete girmesini gerektiren herhangi bir örtüşmenin olmadığı,

belirtilerek İYUK’un 11. maddesi uyarınca BORUSAN’ın taahhüt başvurusunun reddedilmesine yönelik olarak tesis edilmiş idari işlemin değiştirilerek yeniden tesis edilmesi talep edilmiştir.

G.2. Değerlendirme

- (7) İYUK’un 11. maddesine aşağıda yer verilmektedir:

“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. Otuz 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.”

- (8) Bu doğrultuda ilgililer tarafından, Kurul kararının kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması dava açma süresi içerisinde Kuruldan istenebilmektedir. Başvuru sahibinin taahhüt talebinin reddine ilişkin 29.12.2022 tarihli ve 22-57/891-M sayılı Kurul kararının yeniden değerlendirilmesi ve yeni bir işlem tesis edilmesine ilişkin talebinin İYUK’un 11. maddesi kapsamında olduğu görülmektedir. Söz konusu karar başvuru sahibince 30.12.2022 tarihinde tebellüğ edilmiş olup dosya konusu başvuru ise 12.01.2023 tarihinde yapılmıştır. Bu itibarla dava açma süresinin geçmediği ve başvurunun süresi içerisinde yapıldığı anlaşılmaktadır.
- (9) Teşebbüsün başvurusunda yer verdiği hususlar aşağıda başlıklar altında değerlendirilmektedir.

G.2.1. Dosyaya konu anlaşmanın meşru bir iş ilişkine dayanan ve yan sınırlama olarak değerlendirilebilecek nitelikte olduğu, bu nedenle “açık ve ağır ihlal” niteliği taşımadığı ve etki analizine tabi tutulması gerektiği hususu

- (10) BORUSAN'ın, İYUK'un 11. maddesi kapsamında yaptığı başvuruda ileri sürdüğü iddialardan ilkinin soruşturma konusu eylemlerin meşru iş ilişkisine dayanması nedeniyle açık ve ağır ihlal olarak değerlendirilmemesi ve etki analizine tabi tutulması gerektiği hususu oluşturmaktadır.
- (11) Açık ve ağır ihlal olarak kabul edilen müşteri/bölge paylaşımında, ilgili bölge/bölgeler bakımından rekabetin kısıtlanması, fiyatların suni şekilde artışının veya düşüşünün engellenmesi, ürünün/hizmetin kalitesinin azalması gibi endişeler gündeme gelmektedir. Çalışan ayartmama anlaşmaları ise iş gücü 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 anlaşmalar, iş gücü pazarlarında rekabeti, fiyat belirleme ya da pazar paylaşımı anlaşmaları gibi düzeltilemez şekilde ortadan kaldırmaktadır. Bu doğrultuda çalışan ayartmamaya ilişkin anlaşmaların niteliği ve etkileri göz önünde bulundurulduğunda, açık ve ağır ihlal olarak kabul edilmesi gerektiği değerlendirilmektedir. Aksi yönde bir kabul, bu anlaşmaların pazarda doğurabileceği etkilerin doğru şekilde ortaya konulamamasına ve dahası bu rekabet ihlalinin tam olarak ortadan kaldırılamamasına da yol açabilecektir. Kurulun yerleşik hale gelmiş içtihadı uyarınca da çalışan ayartmama anlaşmaları kartel olarak nitelendirilmektedir.
- (12) Diğer taraftan, devralma işlemi ya da hizmet anlaşmaları gibi çeşitli iş birlikleri, teşebbüslerin birbirlerinin çalışanları ile etkileşime geçmesine neden olabilmektedir. Bahse konu iş birlikleri ile amaçlanan hedeflere ulaşabilmek adına ise yapılan anlaşmalarda taraflara rekabet etmeme yükümlülüğü veya rekabet etmeme yükümlülüğü ile benzer ya da bu yükümlülüğü tamamlayıcı nitelikte çalışan ayartmama koşulları getirilebilmektedir. Dolayısıyla, söz konusu ticari ilişkinin dayanağı olan sözleşmelerin de incelenmesi gerekmektedir. Zira her ne kadar çalışan ayartmama anlaşmaları bakımından taraflar arasında ana faaliyet alanları kapsamında yatay ya da dikey ilişki bulunup bulunmaması önem taşıyorsa da proje temelli faaliyetlerde bulunan teşebbüsler bakımından yalnızca ilgili personeller için geçerli olacak şekilde ayartmama şartı getirilmesi; yazılı olması, orantılık, ölçülülük, gereklilik, süre gibi diğer bazı koşulların da bulunması halinde yan sınırlama olarak kabul edilebilecektir³.
- (13) Dosya kapsamında, TESTINIUM ve BORUSAN arasında imzalanan 07.05.2020 tarihli “Yazılım Kalite ve Test Hizmet Alım Sözleşmesi” adlı sözleşmenin “20 Koruyucu Tedbirler” başlıklı bölümünün “BORUSAN LOJİSTİK, projede yetiştirilmek üzere konumlandırılan QA lere 6.ay itibariyle olumlu gördükleri danışmanlara iş teklifi yapabilirler. Bunun dışında taraflar, çalışma süresince ve sonrasında 2 yıl boyunca karşılıklı olarak birbirlerinin personellerine karşı tarafın onayı olmadan iş teklifi yapamaz.” şeklinde düzenlendiği görülmektedir. İlgili sözleşme hükmünden çalışan ayartmama koşulunun, sözleşme kapsamında görevlendirilen personellerin dışında kalan ve her iki teşebbüsün bütün çalışanlarını kapsayacak şekilde getirildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla taraflar arasındaki iş ilişkisinin kapsamının fazlasıyla aşılması nedeniyle bahse konu sözleşme hükmünün yan sınırlama olarak kabul

³ Bkz. Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz, para. 45-58.

edilemeyeceği ve bu nedenle açık ağır ihlal tanımı içinde bulunan çalışan ayartmama anlaşmaları kapsamında olduğu değerlendirilmektedir.

- (14) Dolayısıyla dosya konusu anlaşma Taahhüt Tebliği'nin 4. maddesinde sayılan açık ve ağır ihlal türleri kapsamında olduğundan teşebbüsün çalışan ayartmama anlaşmalarının Tebliğ'de sayılan açık ve ağır ihlal türleri arasında kabul edilemeyeceğine ilişkin iddialarının yerinde olmadığı değerlendirilmektedir.

G.2.2. BORUSAN ile TESTINIUM'un iş gücü piyasasında rakip konumunda olmadıkları hususu

BORUSAN'ın İYUK'un 11. maddesi kapsamında yaptığı başvuruda ileri sürdüğü iddialardan bir diğerini BORUSAN ile TESTINIUM'un aynı nitelikteki çalışanların istihdamı noktasında rakip konumunda olmadığı, BORUSAN'ın lojistik alanında faaliyet gösterirken TESTINIUM'un yazılım/yazılım test otomasyon alanında faaliyet gösterdiği ve dolayısıyla faaliyet alanı bakımından tarafların aynı nitelikte çalışan için rekabete girmesini gerektiren herhangi bir örtüşmenin olmadığı hususu oluşturmaktadır.

- (15) Çalışan ayartmama anlaşmalarının her ne kadar çıktı pazarındaki faaliyetleri doğrudan örtüşen teşebbüsler arasında görülmesi beklense de emek için rekabet çıktı pazarından bağımsız olarak ilerlemektedir. Dolayısıyla çalışan ayartmama anlaşmalarına ilişkin olarak önemli olan teşebbüslerin aynı nitelikteki çalışanların istihdamı noktasında rakip olmalarıdır. Nitekim işbu dosya kapsamında elde edilen belgelerden de teşebbüsler arası çalışan ayartmama anlaşmalarının genellikle ikili anlaşmalar şeklinde yapıldığı, teşebbüslerin çıktı pazarındaki faaliyetlerinin çok çeşitli alanlara yayıldığı ve anlaşma tarafı teşebbüslerin birçoğunun çıktı pazarında birbirleriyle rakip olmadığı anlaşılmaktadır.
- (16) BORUSAN ile TESTINIUM arasında akdedilen "Yazılım Kalite ve Test Hizmet Alım Sözleşmesi" incelendiğinde "Hizmet Kapsamı" başlıklı 2. maddenin beşinci paragrafında *"SahaBT⁴, işbu Sözleşme kapsamındaki danışmanlık hizmetlerini BORUSAN LOJİSTİK e tam zamanlı olarak görevlendireceği danışmanlar ile sağlayacaktır. SahaBT danışmanları hizmetlerini; işbu Sözleşme kapsamında açılacak projede görevlendirilecek BORUSAN LOJİSTİK in ilgili iş birimleri ile BORUSAN LOJİSTİK in yazılım ekipleri ile çalışmalar yürüterek sağlayacaktır."* şeklinde bir hüküm bulunmaktadır. Madde içeriğinden, TESTINIUM tarafından görevlendirilecek danışmanların BORUSAN'ın yazılım ekipleri ile çalışmalar yürüteceği anlaşılmaktadır. Bu doğrultuda her ne kadar BORUSAN ile TESTINIUM'un çıktı pazarındaki faaliyet alanları farklılaşsa da iki teşebbüsün de bilişim/yazılım elemanı istihdam ettiği açıkça görülmektedir.
- (17) Dolayısıyla teşebbüsün iş gücü piyasasında rakip olmadığına ilişkin iddialarının yerinde olmadığı kanaatine varılmıştır.

⁴ "SahaBT" ifadesi Sözleşme'de, Saha Bilgi Teknolojileri Eğitim Danışmanlık Sanayi Ticaret Limited Şirketi'ni ifade edecek şekilde kullanılmıştır. TESTINIUM, 2010 yılında Saha Bilgi Teknolojileri Eğitim Danışmanlık Sanayi Ticaret Limited Şirketi unvanı ile kurulmuş, 2017 yılında gerçekleştirilen tür değişikliği ile anonim şirkete dönüştürülmüş, ardından 2020 yılında unvanı Testinium Teknoloji Yazılım AŞ şeklinde değiştirilmiştir.

H. SONUÇ

- (18) Yapılan yeniden değerlendirme sonucunda; İYUK'un 11. maddesi kapsamında 29.12.2022 tarihli ve 22-57/891-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.