

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2022-5-006

Karar Sayısı : 24-06/98-41

Karar Tarihi : 24.01.2024

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Birol KÜLE

Üyeler : Hasan Hüseyin ÜNLÜ, Ayşe ERGEZEN, Cengiz ÇOLAK,
Berat UZUN

B. RAPORTÖRLER : Osman AYAR, Ezgi EREN, Serkan GÜMÜŞ, Dilara TÜRK,
Oğuzhan ÇUKUR, Batuhan Demir, Hüseyin Emre ÖZKAN,
Umut Utku KURTULMAZ

C. BAŞVURUDA

BULUNAN : - Borusan Lojistik Dağıtım Depolama Taşımacılık ve Ticaret AŞ
Temsilcileri: Dr. M. Fevzi TOKSOY, Bahadır BALKI,
Erdem AKTEKİN, Nabi Can ACAR, Helin YÜKSEL
Çamlıca Köşkü Tekkeci Sokak No:3-5 Arnavutköy
Beşiktaş/İstanbul

- (1) **D. DOSYA KONUSU:** **Borusan Lojistik Dağıtım Depolama Taşımacılık ve Ticaret AŞ hakkında alınan Kurulun 30.03.2023 tarihli ve 23-16/287-100 sayılı kararının İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca yeniden değerlendirilmesi talebi.**
- (2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurulunun (Kurul) 21.04.2022 tarihli ve 22-18/301-M sayılı, 23.11.2022 tarihli ve 22-52/791-M sayılı, 02.03.2023 tarihli ve 23-12/203M(1) sayılı kararları ile 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) ihlal edilip edilmediğinin tespitine yönelik olarak aralarında Borusan Lojistik Dağıtım Depolama Taşımacılık ve Ticaret AŞ'nin de (BORUSAN) bulunduğu teşebbüsler hakkında soruşturma açılmasına karar verilmiştir.
- (3) 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca hakkında soruşturma açıldığına ve ilk yazılı savunmasının 30 gün içinde gönderilmesi gerektiğine ilişkin 01.12.2022 tarihli ve 54519 sayılı Soruşturma Bildirimi, BORUSAN tarafından 06.12.2022 tarihinde tebellüğ edilmiştir. Teşebbüsün birinci yazılı savunması, 03.01.2023 tarih ve 34336 sayı ile Kurum kayıtlarına girmiştir.
- (4) BORUSAN tarafından, 06.12.2022 tarihli ve 33570 sayılı yazı ile soruşturma kapsamında tespit edilen rekabet sorunlarının giderilmesi amacıyla Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasına Yönelik Önerştirmelerde ve Soruşturmelerde Sunulacak Taahhütlere İlişkin Tebliğ (2021/2 sayılı Tebliğ) kapsamında taahhüt sunma talebinde bulunulmuştur. Bahse konu talep, soruşturma kapsamındaki rekabet sorunlarının açık ve ağır ihlal olarak değerlendirilebilecek eylemlere ilişkin olması sebebiyle Kurulun 29.12.2022 tarihli ve 22-57/891-M sayılı kararı ile reddedilmiştir.
- (5) Akabinde BORUSAN tarafından gönderilen ve 18.01.2023 tarih ve 34813 sayılı Kurum kayıtlarına giren yazı ile 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasına Yönelik Soruşturmelerde Uygulanabilecek Uzlaşma Usulüne İlişkin Yönetmelik (Uzlaşma Yönetmeliği) kapsamında uzlaşma usulünün başlatılması talebinde bulunulmuştur.

- (6) BORUSAN'ın uzlaşma başvurusu, Kurulun 09.02.2023 tarihli toplantısında görüşülmüş ve 23-07/115-M sayılı kararla uzlaşma görüşmelerine başlanmasına karar verilmiştir. 21.02.2023 tarihinde saat 14.00'te BORUSAN yetkilileri ve temsilcisi ile Kurum merkezinde uzlaşma görüşmesi gerçekleştirilmiştir. Uzlaşma görüşmesi ve elde edilen diğer bilgiler çerçevesinde hazırlanan 24.02.2023 tarihli ve 2022-5-006/BN-25 sayılı Bilgi Notu, Kurulun 02.03.2023 tarihli toplantısında görüşülmüş ve alınan 23-12/204-MUA sayılı uzlaşma ara kararı 02.03.2023 tarih ve 59776 sayı ile BORUSAN'a tebliğ edilmiştir. Uzlaşma ara kararı, BORUSAN tarafından 07.03.2023 tarihinde tebellüğ edilmiş olup bu karara istinaden BORUSAN tarafından hazırlanan uzlaşma metni, 20.03.2023 tarih ve 36675 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir
- (7) BORUSAN tarafından gönderilen uzlaşma metni çerçevesinde hazırlanan 24.03.2023 tarih ve 2022-5-006/BN-26 sayılı Bilgi Notu ise, Kurulun 30.03.2023 tarihli toplantısında görüşülmüş ve yürütülen soruşturmanın BORUSAN bakımından uzlaşma usulü ile sonlandırılmasına 23-16/287-100 sayı ile karar verilmiştir. Anılan Kurul kararı BORUSAN'a 30.03.2023 tarihli ve 61743 sayılı yazı ile tebliğ edilmiştir
- (8) Uzlaşma sürecinin sonlanmasının akabinde BORUSAN tarafından 11.08.2023 tarihli ve 41492 sayılı yazı ile İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 11. maddesi kapsamında yapılan başvuruda, 30.03.2023 tarihli ve 23-16/287-100 sayılı Kurul kararının değiştirilmesi talep edilmiştir. Söz konusu talep, Kurulun 07.09.2023 tarihli toplantısında görüşülmüş ve 23-41/799-283 sayı ile 30.03.2023 tarihli ve 23-16/287-100 sayılı Kurul kararının kaldırılmasına, geri alınmasına, değiştirilmesine veya yeni bir işlem yapılmasına yer olmadığına karar verilmiştir.
- (9) BORUSAN bakımından soruşturma sürecinin uzlaşma usulü ile sonlandırılmasına ilişkin 30.03.2023 tarihli ve 23-16/287-100 sayılı kararın gerekçeli hali 26.10.2023 tarihli ve 75537 sayılı yazı ile teşebbüse tebliğ edilmiştir.
- (10) Bu kez BORUSAN tarafından 25.12.2023 tarihli ve 46259 sayılı yazı ile İYUK'un 11. maddesi kapsamında yeni bir başvuru daha yapılmış ve 30.03.2023 tarihli ve 23-16/287-100 sayılı Kurul kararının değiştirilmesi talep edilmiştir. Başvuru üzerine düzenlenen 2022-5-006/BN-40 sayılı Bilgi Notu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (11) **F. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili Bilgi Notunda, BORUSAN tarafından İYUK'un 11. maddesi kapsamında 25.12.2023 tarihli ve 46259 sayılı yazı ile yapılan ve Rekabet Kurulunun 30.03.2023 tarihli ve 23-16/287-100 sayılı kararının değiştirilmesi talebini içeren başvurunun reddedilmesi gerektiği sonuç ve kanaatine ulaşıldığı ifade edilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

- (12) BORUSAN tarafından 25.12.2023 tarihli ve 46259 sayılı yazı ile İYUK'un 11. maddesi kapsamında yapılan başvuruda özetle;
- Kurulun 30.03.2023 tarihli ve 23-16/287-100 sayılı kararına konu ihlale yönelik "kartel" nitelendirmesinin yeniden değerlendirilerek temel para cezasının Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in (Ceza Yönetmeliği) 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca "diğer ihlaller" kategorisinden hesaplanması gerektiği,
 - Kurulun 26.07.2023 tarihli ve 23-34/649-218 sayılı *İş Gücü-1* kararında teşebbüslere uygulanacak idari para cezasına esas alınan yıllık gayri safi gelirlerin hesaplanmasında yıllık toplam personel giderlerinin toplam yıllık maliyete oranlanması ve yıllık gayri safi gelirin bu oran üzerinden belirlenmesi şeklinde bir yöntem benimsendiği, BORUSAN hakkında tesis edilen ceza tutarının söz konusu

yöntem uygulanarak yeniden hesaplanması gerektiği, BORUSAN'a tatbik edilecek idari para cezası için bu yöntemin uygulanmasıyla birlikte ayrıca, ele alınacak toplam gelir miktarına BORUSAN'ın ihlalin kapsamı dışında kalan liman faaliyetlerine ilişkin gelirlerinin de dâhil edilmemesi gerektiği, bu kapsamda ceza tutarının liman gelirlerinin hariç tutulması talebi kabul gördüğü takdirde (.....) TL, kabul görmediği takdirde ise (.....) TL olarak belirlenmesi gerektiği,

- Diğer yandan BORUSAN tarafından yapılan taahhüt başvurusunun soruşturma kapsamındaki rekabet sorunlarının açık ve ağır ihlal olarak değerlendirilebilecek eylemlere yönelik olması sebebiyle reddedildiği, BORUSAN hakkında yürütülen uzlaşma sürecinde ise ihlale konu hükmün karşılıklı çalışan ayartmama anlaşmalarına yönelik olduğunun tespit edildiği, çalışan ayartmama anlaşmalarının 2021/2 sayılı Tebliğ kapsamında açık ve ağır ihlaller arasında yer almadığı, ayrıca 2021/2 sayılı Tebliğ'in 13. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan *"Kurulun taahhüt sürecinin sonlandırılmasına ilişkin olarak aldığı kararın gerekçesi, nihai kararda yer alır."* hükmü gereğince taahhüt kararının reddedilmesine yönelik gerekçenin BORUSAN açısından soruşturma sürecini sonlandıran nihai karar olan 30.03.2023 tarihli ve 23-16/287-100 sayılı uzlaşma nihai kararında yer alması gerekirken yer almadığı, dolayısıyla BORUSAN'ın çalışan ayartmama anlaşmalarının neden açık ve ağır ihlaller kapsamında değerlendirildiğini ve bu bağlamda taahhüt sunma talebinin reddedildiğini öğrenme imkânına sahip olamadığı, söz konusu karara yönelik gerekçenin bu hususları içerecek şekilde değiştirilmesi gerektiği

ifade edilmiştir.

- (13) BORUSAN'ın başvurusuna yönelik değerlendirmelere aşağıda yer verilmektedir.

Uzlaşmaya konu ihlalin niteliğine ve idari para cezasına esas alınan gayrisafi gelirlere yönelik taleplerin değerlendirilmesi

- (14) 2021/2 sayılı Tebliğ'in 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 nitelikte olan"* ihlaller, açık ve ağır ihlaller olarak tanımlanmış ve rakip teşebbüsler arasında fiyat tespiti, müşterilerin, sağlayıcıların, bölgelerin ya da ticaret kanallarının paylaşılması, arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması, ihalelerde danışıklı hareket edilmesi, gelecekte uygulanması planlanan fiyat, üretim ya da satış miktarı gibi rekabete duyarlı bilgilerin paylaşılması, 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 eylemlerinin açık ve ağır ihlaller olarak kabul edileceği belirtilmiştir.
- (15) Bahse konu Tebliğ uyarınca açık ve ağır ihlal olarak kabul edilen müşteri/bölge paylaşımı ihlalinin gerçekleşmesi halinde, ilgili bölge/bölgeler bakımından rekabetin kısıtlanması, fiyatların suni şekilde artışının veya düşüşünün engellenmesi, ürünün/hizmetin kalitesinin azalması gibi rekabet karşıtı endişeler gündeme gelmektedir. Rakip teşebbüsler arasında birbirlerinin çalışanlarını ayartmamaya yönelik yapılan anlaşmalar ise, iş gücü pazarlarında rekabetin bozulmasına, emek girdisinin sağlayıcısı çalışanların ücretlerinin suni şekilde baskılanmasına ve hatta düşmesi ya da potansiyel artışlarının önüne geçilmesine, işverenlerin çalışma/istihdam koşullarında iyileştirme yapmasına gerek duymamasına yol açabilmekte ve bu durum inovasyonun da önüne geçen bir davranış olarak kabul edilmektedir. Bu doğrultuda çalışan ayartmamaya ilişkin rakipler arası

anlaşmalar, niteliği ve etkileri göz önünde bulundurulduğunda, açık ve ağır ihlal olarak kabul edilmektedir.

- (16) BORUSAN ile yürütülen uzlaşma usulü neticesinde anılan teşebbüs tarafından sunulan uzlaşma metninde çalışan ayartmama anlaşmaları olarak nitelendirilen ihlalin niteliğinin kabul edilmiş olduğu ve sunulan metne istinaden Kurulun 30.03.2023 tarihli 23-16/287-100 sayılı uzlaşma nihai kararı ile sürecin uzlaşma ile neticelendiği anlaşılmaktadır. Uzlaşma Yönetmeliği'nin "Uzlaşmanın genel ilkeleri" başlıklı 4. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca sürecin uzlaşma ile neticelenmesi halinde, idari para cezası ve uzlaşma metninde yer alan hususlar uzlaşmanın taraflarınca dava konusu yapılamaz. İhlalin niteliğine, Kurulun 02.03.2023 tarihli 23-12/204-MUA sayılı uzlaşma ara kararında yer verilmiş ve BORUSAN tarafından kabul edilerek uzlaşma metninde de yer bu haliyle yer almıştır. Açıklanan gerekçeyle, BORUSAN'ın ihlalin niteliğinin kartel değil diğer ihlal olarak değerlendirilmesi ve bu gerekçeyle Kurulun 30.03.2023 tarihli 23-16/287-100 sayılı uzlaşma nihai kararının değiştirilmesi gerektiğine yönelik olarak İYUK'un 11. maddesi uyarınca yapmış olduğu başvurunun reddedilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.
- (17) BORUSAN tarafından ilgili başvuruda ileri sürülen bir diğer husus ise hakkında uygulanan idari para cezasının hesaplanmasında baz alınan yıllık gayri safi gelirin hesaplanma usulünün değiştirilmesi gerektiğine ilişkindir. Teşebbüse verilen idari para cezasında teşebbüsün hangi gayrisafi gelirlerinin esas alındığı hususu Kurulun 02.03.2023 tarihli 23-12/204-MUA sayılı ara kararında yer almış ve teşebbüs tarafından sunulan uzlaşma metninde de bu haliyle kabul edilmiştir. Uzlaşma Yönetmeliği'nin yukarıda yer verilen hükmü gereğince neticelenen uzlaşma usulünde idari para cezası ile uzlaşma metninde kabul edilen hususlar taraflarca dava konusu yapılamayacak olup açıklanan gerekçeyle BORUSAN'ın idari para cezasının hesaplanmasında baz alınan yıllık gayri safi gelirin değiştirilmesine yönelik olarak İYUK'un 11. maddesi uyarınca yapmış olduğu başvurunun reddedilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

BORUSAN'a tebliğ edilen uzlaşma nihai kararının, reddedilen taahhüt sunma talebinin gerekçesini içerecek şekilde değiştirilmesi gerektiğine yönelik talebin değerlendirilmesi

- (18) BORUSAN tarafından hakkında Kurul tarafından verilmiş olan 30.03.2023 tarihli 23-16/287-100 sayılı uzlaşma nihai kararının İYUK'un 11. maddesi uyarınca değiştirilmesi talebi bağlamında ileri sürülen bir diğer husus, uzlaşma nihai kararının taahhüt sunma taleplerinin reddine ilişkin gerekçeyi de içermesi gerektiğine ilişkindir. BORUSAN'ın 06.12.2022 tarihli ve 33570 sayılı taahhüt sunma talebi, soruşturma kapsamındaki rekabet sorunlarının açık ve ağır ihlal olarak değerlendirilebilecek eylemlere yönelik olması sebebiyle Kurulun 29.12.2022 tarihli ve 22-57/891-M sayılı kararı ile reddedilmiştir.
- (19) İlerleyen süreçte soruşturma BORUSAN için uzlaşma usulü ile sonlandırılmış olup uzlaşma nihai kararı teşebbüse 26.10.2023 tarihli ve 75537 sayılı yazı ile tebliğ edilmiştir. İlgili kararın "1.3. Değerlendirme" başlıklı bölümünün 19 ila 32. paragraflarında çalışan ayartmama anlaşmalarına ilişkin teorik çerçeve çizilerek bu anlaşmaların niteliği hakkında detaylı açıklamalara yer verilmiş ve çalışan ayartmama anlaşmalarının açık ve ağır ihlaller kategorisinde değerlendirildiği açıkça belirtilmiştir. Aynı kararın "1.3.3 Genel Değerlendirme" başlıklı bölümünde ise açıklanan ilkeler BORUSAN'ın eylemlerine uygulanmış ve söz konusu eylemlerin açık ve ağır ihlaller arasında yer aldığı tespit edilerek bu tespiti istinaden BORUSAN hakkında idari para cezası tesis edilmiştir. Dolayısıyla 2021/2 sayılı Tebliğ'in 13. maddesinin üçüncü fıkrasına paralel olarak, Kurulun "soruşturma kapsamındaki rekabet sorunlarının açık ve ağır ihlal olarak değerlendirilebilecek eylemlere yönelik olması" nedeniyle taahhüt sürecini sonlandırma

gerekçesi, uzlaşma nihai kararında ayrıntılı olarak yer almaktadır. Bu kapsamda BORUSAN'a tebliğ edilen uzlaşma nihai kararının değiştirilmesine ilişkin talebin kabul edilebilir olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

- (20) Sonuç olarak, BORUSAN'ın 25.12.2023 tarihli ve 46259 sayılı başvurusunda yer alan İYUK'un 11. maddesi uyarınca Kurulun 30.03.2023 tarihli ve 23-16/287-100 sayılı kararının kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya ilgili karar hakkında yeni bir işlem yapılmasına yönelik olarak ileri sürdüğü hakkında uygulanan idari para cezası ile uzlaşma metninde yer alan ihlalin niteliğine ilişkin taleplerinin, anılan hususların Uzlaşma Yönetmeliği'nin 4. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca dava konusu yapılamayacağı gerekçesiyle; taahhüt sunma talebinin reddine ilişkin gerekçenin uzlaşma nihai kararında yer alması gerektiğine yönelik talebinin ise kendisine isnat edilen ihlalin niteliğinin uzlaşma nihai kararında açıkça "kartel" olarak nitelendirilmiş olması ve kartel teşkil eden davranışların da Taahhüt Tebliği'nin 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin 1. alt bendinde taahhüt usulünün kapsamına girmeyen ağır ve açık ihlaller arasında sayılmış olması gerekçesiyle reddine karar verilmesi gerektiği sonuç ve kanaatine ulaşılmıştır.

H. SONUÇ

- (21) Yapılan yeniden değerlendirme sonucunda; İYUK'un 11. maddesi kapsamında 30.03.2023 tarihli ve 23-16/287-100 sayılı Kurul kararının kaldırılmasına, geri alınmasına, değiştirilmesine veya yeni bir işlem yapılmasına ilişkin talebin reddine gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere, OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.