

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2022-5-006

(Soruşturma/Uzlaşma)

Karar Sayısı : 23-16/287-100

Karar Tarihi : 30.03.2023

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Birol KÜLE

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

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

C. BAŞVURU TÜRÜ: - Resen

D. İLGİLİ TARAF : - Borusan Lojistik Dağıtım Depolama Taşımacılık ve Ticaret AŞ
Temsilcileri: Av. Prof. Dr. İ. Yılmaz ASLAN, Av. Orhan ÜNAL,
Av. Dilay YEŞİLYAPRAK, Av. Ece TANER, Av. Ali Mert ŞAHAN
Gazi Umur Paşa Sk. Bimar Plaza No: 38/8 Balmumcu,
Beşiktaş/İstanbul

- (1) **E. DOSYA KONUSU:** Rekabet Kurulunun 21.04.2022 tarihli ve 22-18/301-M sayılı, 23.11.2022 tarihli ve 21-52/791-M sayılı ve 02.03.2023 tarihli ve 23-12/203-M(1) sayılı kararları uyarınca 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin ihlal edilip edilmediğinin tespitine yönelik olarak yürütülen soruşturma kapsamında Borusan Lojistik Dağıtım Depolama Taşımacılık ve Ticaret AŞ tarafından gönderilen uzlaşma metni neticesinde soruşturmanın Borusan Lojistik Dağıtım Depolama Taşımacılık ve Ticaret AŞ bakımından sonlandırılması.
- (2) **F. İDDİALARIN ÖZETİ:** Borusan Lojistik Dağıtım Depolama Taşımacılık ve Ticaret AŞ (BORUSAN) ve Testinium Teknoloji Yazılım AŞ'nin (TESTINIUM) çalışan ayartmama anlaşması yapmak suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 4. maddesini ihlal ettikleri iddiası.
- (3) **G. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurulunun (Kurul) 21.04.2022 tarihli toplantısında 22-18/301-M sayı ile iş gücü piyasasındaki uygulamaları yoluyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 4. maddesini ihlal edip etmediğinin tespitine yönelik olarak bazı teşebbüsler hakkında soruşturma açılmış ve ayrıca diğer bir kısım teşebbüste daha detaylı inceleme yapılabilmesi için 4054 sayılı Kanun'un 14. ve 15. maddelerinde yer alan yetkilerin kullanılmasına karar verilmiştir.
- (4) Takiben anılan teşebbüslerde 02.08.2022 tarihinde yerinde incelemeler gerçekleştirilmiştir.
- (5) İncelemelerde ve cevabi yazılarda elde edilen belgeler değerlendirildiğinde yerinde inceleme yapılması gereken 14 teşebbüsün daha olduğuna kanaat getirilmiş ve Kurulun 22.09.2022 tarih ve 22-43/637-M sayılı kararı ile aralarında BORUSAN'ın da bulunduğu söz konusu teşebbüslerde yerinde incelemeler gerçekleştirilmiştir.
- (6) Sonuç olarak BORUSAN ve 16 teşebbüs hakkında 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiklerine yönelik ciddi emareler bulunması nedeniyle Kurulun 23.11.2022 tarih ve 22-52/791-M sayılı kararı ile soruşturma açılmasına ve bu soruşturmanın Kurulun

21.04.2022 tarih ve 22-18/301-M sayılı kararıyla başlatılan soruşturma ile birleştirilerek yürütülmesine karar verilmiştir.

- (7) 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 tarihinde¹ tebellüğ edilmiştir.
- (8) Soruşturma süreci devam ederken BORUSAN tarafından gönderilen ve Kurum kayıtlarına 18.01.2023 tarih ve 34813 sayı ile giren başvuruda 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca uzlaşma talebinde bulunulmuştur. Söz konusu başvuru üzerine hazırlanan 06.02.2023 tarihli ve 2022-5-006/BN-22 sayılı Bilgi Notu Kurulun 09.02.2023 tarihli toplantısında görüşülmüş ve 23-07/115-M sayı ile uzlaşma görüşmelerine başlanmasına karar verilmiştir.
- (9) Uzlaşma görüşmelerine başlanmasına ilişkin Kurul kararını takiben 21.02.2023 tarihinde, BORUSAN yetkilileri ve temsilcisi ile Kurum merkez binasında uzlaşma görüşmesi gerçekleştirilmiştir. Dosya kapsamında elde edilen bilgi ve belgeler çerçevesinde hazırlanan 24.02.2023 tarihli ve 2022-5-006/BN-25 sayılı Bilgi Notu, Kurulun 02.03.2023 tarihli toplantısında görüşülmüş ve 23-12/204-MUA sayılı uzlaşma ara kararı verilmiştir.
- (10) İlgili karar BORUSAN tarafından 07.03.2023 tarihinde tebellüğ edilmiş olup, teşebbüs tarafından bu karara istinaden hazırlanan uzlaşma metni 20.03.2023 tarih ve 36675 sayı ile süresi içinde Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- (11) Söz konusu uzlaşma metninde BORUSAN ara kararda belirtilen hususları kabul ederek soruşturmanın uzlaşma ile sonlandırılmasını talep etmiştir.
- (12) Yukarıda yer verilen süreç sonucunda hazırlanan 24.03.2023 tarih ve 2022-5-006/BN-26 sayılı Bilgi Notu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (13) **H. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili Bilgi Notu'nda özetle; Kurulun 02.03.2023 tarihli ve 23-12/204-MUA sayılı uzlaşma ara kararı ile BORUSAN tarafından sunulan uzlaşma metni çerçevesinde, anılan teşebbüs hakkındaki soruşturmanın uzlaşma usulü ile sonlandırılabilceği ifade edilmiştir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. İlgili Taraf Hakkında Bilgi (BORUSAN)

- (14) 1973 yılında kurulan BORUSAN; uluslararası karayolu, konteyner, hava yolu ve demiryolu taşımacılığı ile gemi organizasyonu, proje danışmanlığı, ağır taşımacılık ve gemi yükleme, tahliye, liman sahası operasyonları, depolama, kapıdan kapıya taşıma, saha indirme ve stoklama gibi hizmetleri sunmaktadır. Ayrıca liman işletmeciliği pazarında da faaliyet gösteren BORUSAN, Gemlik'te bulunan limanı aracılığıyla; konteyner, genel kargo, proje kargo, Ro-Ro, PCC, liman ve terminal hizmetleri de vermektedir.

I.2. İlgili Pazar

I.2.1. İlgili Ürün Pazarı

- (15) Dosyanın konusunu, hakkında inceleme yürütülen teşebbüslerin iş gücü piyasasına

¹ Elektronik Tebligat Yönetmeliği'nin 9. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan "Elektronik yolla tebligat, muhatabın elektronik tebligat adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır." hükmü gereği 01.12.2022 tarihinde yapılan e-tebligatın tebellüğ tarihi 06.12.2022 olmaktadır.

yönelik olarak centilmenlik anlaşmaları yapmaları oluşturmaktadır. İncelemenin iş gücü pazarına ilişkin olması sebebiyle çalışanlara yönelik bir pazar tanımı yapılması mümkündür.

- (16) Bununla birlikte, İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz'un 20. paragrafında; *"İnceleme konusu işlem, gerek ürün gerekse de coğrafi açıdan olası alternatif pazar tanımları çerçevesinde rekabet açısından endişeler yaratmıyor ya da alternatif tüm tanımlar açısından rekabeti bozucu bir etki söz konusu oluyorsa pazar tanımı yapılmayabilir."* ifadeleri yer almaktadır. Bu çerçevede, mevcut dosya bakımından kesin bir ilgili ürün pazarı tanımı yapılmamıştır.

1.2.2. İlgili Coğrafi Pazar

- (17) Hakkında soruşturma başlatılan teşebbüslerin genel itibarıyla Türkiye'de faaliyet göstermeleri sebebiyle ilgili coğrafi pazar "Türkiye" olarak belirlenebilecektir. Ancak işbu dosya kapsamında yapılacak değerlendirmeleri etkilemeyeceğinden kesin bir ilgili coğrafi pazar tanımı yapılmamıştır.

1.3. Yerinde İncelemelerde Elde Edilen Belge²

- (18) **Bulgu 1:** TESTINIUM'da yapılan yerinde incelemede elde edilen ve 04.05.2020 - 07.05.2020 tarihlerinde TESTINIUM ile BORUSAN çalışanları arasında gerçekleşen *"RE: Testinium satın alma"* konulu e-posta yazışmasına aşağıda yer verilmektedir:

(.....):

"(.....) Hanım Günaydın, İyi haftalar dilerim.

Ekte sözleşmede düzenlemeleriniz ile ilgili bazı küçük eklemelerimiz mevcut.

Değerlendirmenizi rica ederim."

(.....):

"(.....) Bey,

Sadece aşağıdaki madde ile ilgili (.....) Hanım'larla görüşmüşsünüz daha önce. Bu sebeple bu maddenin sözleşmeden çıkattım bu şekilde ok ise imzalayıp bize iletebilirsiniz.

Teşekkürler.

Taraflar, çalışma süresince ve sonrasındaki 2 yıl boyunca karşılıklı olarak birbirlerinin personellerine iş teklifi yapamaz."

(.....):

"Merhaba (.....) Hanım,

Benimle bir görüşme olmadı. İlgili madde danışmanlık veren firmalar ile müşteri arasındaki karşılıklı centilmenlik maddesidir. Malesef çıkaramıyoruz.

Desteğinizi rica ederim."

(.....):

"(.....) Hanım Tekrar Merhaba,

(.....) Hanım ile görüşmemize istinaden konu daha açık hale geldi.

İlgili maddeyi aşağıdaki şekilde güncelleyerek yeniden paylaşıyorum.

'BORUSAN LOJİSTİK, projede yetiştirilmek üzere konumlandırılan QA lere 6. ay itibarıyla olumlu gördükleri danışmanlara iş teklifi yapabilirler. Bunun dışında taraflar, çalışma süresince ve sonrasındaki 2 yıl boyunca karşılıklı olarak birbirlerinin personellerine karşı tarafın onayı olmadan iş teklifi yapamaz.'³

² Belgedeki ifadeler, belgelerin aslına sadık kalmak amacıyla herhangi bir düzeltme yapılmaksızın aynı şekliyle alınmıştır.

³ TESTINIUM tarafından sunulan ve TESTINIUM ve BORUSAN arasında imzalandığı görülen 07.05.2020 tarihli *"Yazılım Kalite ve Test Hizmet Alım Sözleşmesi"* adlı sözleşmenin *"20 Koruyucu Tedbirler"* başlıklı bölümünde bu hükmün aynı şekilde yer aldığı görülmektedir.

1.3. Değerlendirme

1.3.1. Çalışan Ayartmama Anlaşmalarına İlişkin Teorik Çerçeve

- (19) İş gücü piyasasını genel olarak arz tarafında çalışanların, talep tarafında ise işverenlerin olduğu, ücretlerin ve diğer istihdam koşullarının tarafların arz ve talep güçlerine göre belirlendiği bir buluşma noktası olarak tanımlamak mümkündür. Tarihsel süreç içerisinde her ne kadar rekabet hukuku uygulamalarının ürün piyasaları ile sınırlı kaldığı görülsede, son yıllarda gerek literatürde gerek otoritelerin kararlarında ortaya konulduğu üzere girdi pazarları ile çıktı pazarları arasında rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların etkisi ve incelenmesi bakımından fark bulunmamaktadır. Dolayısıyla, girdi niteliğinde olan emeğe yönelik teşebbüsler arası anlaşmalar rekabet hukuku uygulamalarının kapsamında değerlendirilmektedir.
- (20) Birçok sektörde, çalışanların niteliğinin her geçen gün önem kazandığı ve teşebbüsler için çoğu zaman en önemli girdi unsurlarından biri olarak adlandırıldığı bilinmektedir. Bir yandan teşebbüslerin çıktı pazarındaki rekabetçi güçleri açısından belirleyici olan çalışanlar diğer yandan teşebbüsler adına önemli maliyet kalemlerinden birini oluşturmaktadır. Emek için rekabet halinde olan teşebbüsler, rekabet etmekten karşılıklı olarak vazgeçmek suretiyle özellikle çalışan hareketliliği ile ücretlere ve diğer çalışma koşullarına yönelik anlaşmalar yapabilmektedir.
- (21) Çalışan ayartmama anlaşmaları, emek için rekabet halinde olan teşebbüslerin, birbirlerinin çalışanlarını istihdam etmemeye yönelik yaptıkları anlaşmalardır. Ayartmama anlaşmalarının farklı form ve kapsamda oluşturulması mümkündür. Örneğin, yalnızca rakip teşebbüsün hâlihazırdaki çalışanlarının istihdam edilmemesi şeklinde bir anlaşmaya varılabileceği gibi, geçmişte rakip teşebbüste çalışmakla birlikte hâlihazırda çalışmayan/farklı bir teşebbüste çalışan personelin dahi istihdam edilmemesine yönelik anlaşmalara da varılabilmektedir. Benzer şekilde anlaşma tarafları arasında çalışanların ayartılmamasına yönelik bir süre sınırı saptanabilmektedir. Diğer yandan çalışan ayartmama anlaşmaları belirli çalışan grupları özelinde yapılabileceği gibi teşebbüsün bütün çalışanlarını kapsayacak şekilde de yapılabilmektedir.
- (22) Çalışanların daha iyi koşullarda veya daha yüksek ücretlerle çalışmasını temin eden iş gücü piyasasının rekabetçi yapısının temelinde çalışan hareketliliği bulunmaktadır. Çalışan hareketliliğinin düştüğü, eş deyişle çalışanların farklı teşebbüslere transferinin engellendiği bir piyasada çalışanlar daha yüksek ücretler ve daha iyi koşullar sunan iş fırsatlarından mahrum kalacaktır.⁴ Anılan bu husus Kurum tarafından iş gücü piyasasına ilişkin yapılan duyuruda da vurgulanmış, emek faktörünün teşebbüsler arasında sağlıklı bir şekilde geçişinin sağlanmasının hedeflendiği dile getirilmiştir.⁵ Böylelikle bir yandan çalışanların rekabetçi seviyelerin altında kalan ücretlerle çalışmasının önüne geçilebilecekken, diğer yandan çalışanların daha etkin bir şekilde hizmet sunabilecekleri teşebbüslerce istihdam edilmesiyle ve fikirlerin/yeteneklerin teşebbüsler arasında yayılmasıyla teşebbüslerin küresel rekabetçiliğinin artması gibi faydalar elde edilebileceği ifade edilen hususlar arasındadır. Bunun yanında rekabetçi açıdan sağlıklı işleyen bir iş gücü piyasasının; iş gücünün niteliğinin artması, refahın işçiden işverene aktarılmasının haksız bir biçimde engellenmesi ve iş gücüne katılımın artması gibi çıktılar sağlaması da muhtemel görülen sonuçlar arasında sayılmıştır.

⁴OECD (2020), "Competition in Labour Markets", <http://www.oecd.org/daf/competition/competition-concerns-in-labour-markets.htm>, s. 28.

⁵<https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/isgucu-piyasasina-yonelik-centilmenlik-a-d8bc3379bea1eb11812e00505694b4c6>

(23) Çalışan ayartmama anlaşmalarının etkilerine yönelik tespitlerin yukarıda izah edilen hususlarla sınırlanması da mümkün değildir. Bu konuda Portekiz Rekabet Otoritesi çalışan ayartmama anlaşmalarının bir yandan çıktı pazarındaki bir yandan iş gücü pazarındaki etkilerini ortaya koyan çalışmada önemli tespitler yer almaktadır.⁶ Otorite “çalışan ayartmama anlaşmalarının iş gücü pazarına potansiyel etkileri” başlığı altında bu anlaşmaların:

- iş gücü pazarındaki dengeyi bozarak, emek talebi olan teşebbüslerin sayısını azaltacağını ve dolayısıyla çalışanların pazarlık gücünü düşürerek çalışma şartlarını ve ücretleri baskılayacağını,
- pazar yapısının oligopson hatta monopson niteliğe bürünmesine katkı sağlayacağını,
- iş gücü piyasasında emeğin satıcısı konumunda bulunan çalışanların çoğu durumda toplu pazarlık güçlerinin olmayışı sebebiyle bu tip anlaşmaların emek için ödenen ücreti düşüreceğini,
- teşebbüslerin emeğin marjinal ürün hasılatından sapan, rekabetçi olmayan ücretler ödeme gücüne ulaşmasını sağlayacağını,
- işverenlerin pazarlık gücünü arttırmasıyla, ücret seviyesi ve üretkenlik arasındaki bağı koparacağını,
- mobilitelerinin düşmesinin altında yatan sebebi anlayamayan çalışanları mevcut işlerinde kalmaya sevk edeceğini, yeteneklerine uygun düşen bir teşebbüs tarafından istihdam edilemeyen çalışanlar dolayısıyla piyasada etkinsizlik doğacağını,
- emek girdisine ödenen ücret üzerindeki dolaylı etkisi nedeniyle, ücretlerin/çalışma koşullarının tespit edilmesine yönelik dolaylı bir strateji olarak görülebileceğini,
- özlük haklarına etkisi sebebiyle emek arzını baskılayabileceğini ve çalışanların kendilerine yatırım yapma güdüsünü azaltabileceğini,
- teşebbüsün eğitim masrafları vb. yatırımlarını koruması için zorunlu olmadığını, bu gibi hususların çalışana getirilecek yükümlülükler gibi farklı mekanizmalarla da sağlanabileceğini

ifade etmiştir.

(24) Anılan çalışmada ayrıca çalışan ayartmama anlaşmalarının alt pazarda doğuracağı etkilere de değinilmiştir. Bu kapsamda yapılan açıklamalarda:

- işverenlerin alıcı gücünün kullanılmasının emek arzını etkileyerek çıktıyı düşürebileceği ve tüketici refahını azaltabileceği,
- alt pazara etkilerin anlaşma taraflarının alt pazardaki pazar gücüne bağlı olarak değişebileceği,
- anlaşma sonucunda bir sabit maliyet olan çalışan giderlerinde doğan maliyet düşüşünün son tüketiciye yansıtılmayacağı,
- ayartmama anlaşmaları sonucunda oluşan ücret düşüşlerinin uzun vadede çalışan üretkenliğini düşüreceği,
- çalışan hareketliliğinin düşmesiyle alt pazarda fikirlerin yayıldığı ve inovasyona dönük yapının bozulacağı,
- özellikle inovasyon için çalışan hareketliliğinin kritik olduğu sektörlerde çalışan ayartmama anlaşmaları sonucunda ürün ve hizmetlerin kalitesinde ve çeşitliliğinde düşüş olacağı

ifade edilmiştir.

⁶https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/Issues%20Paper_Labour%20Market%20Agreements%20and%20Competition%20Policy.pdf

- (25) Bu anlaşmalar alt pazardaki danişıklı davranışların sürdürülebilmesi için uygun koşulları da sağlayabilmektedir. Böylece çıktı pazarında pazar paylaşımına ilişkin daha geniş bir kartelin aracı olabilmektedir. Kurulun *Konteyner Şoförleri* kararında incelenen çalışanlara yönelik anlaşma çıktı pazarında kurulan bir kartelin parçasıdır.
- (26) Çalışan ayartmama anlaşmalarının niteliği noktasında, günümüze kadarki uygulamanın esas olarak ücretlerin belirlenmesi ve çalışan ayartmama anlaşmaları gibi açık (*hard-core*) kartellere odaklandığı belirtilmektedir⁷. Başka bir deyişle bu anlaşma tipinin kartel gibi etki doğurabileceği vurgulanmaktadır. Kurulun *Konteyner Şoförleri* kararında da, *“Esasen, işgücü pazarlarına yönelik rekabet hukuku uygulamasının esas kısmını oluşturan çalışanların maaşlarını sabitlemeye/çalışan ayartmamaya yönelik yapılan anlaşmalar pazarın alım tarafında kurulan kartellerden farklı değildir. Nitekim pazarın alım ya da satım tarafında bulunmaları farklılığı dışında; çalışan ayartmama anlaşmaları ile müşteri/pazar paylaşımı anlaşmalarının, ücret tespiti anlaşmaları ile fiyat tespiti anlaşmalarının temel bir farklılığı bulunmadığı gerek doktrinde gerekse de kararlar ile ortaya konulmuştur.”* ifadeleriyle çalışan ayartmama anlaşmalarının ağır etkiler doğurabileceği kabul edilmiştir.
- (27) Keza Kurulun *Bfit* kararında⁸ konuya ilişkin olarak, *“Rakipler arası maaş sabitleme anlaşmaları bunu doğrudan sağlarken, çalışan ayartmama anlaşmaları, çalışanların daha yüksek maaşlı işlere geçme imkânlarını kısıtlayarak zaman içerisinde maaş artışlarının baskılanmasına neden olmaktadır. Diğer alım kartellerinde olduğu gibi, işgücü piyasasında rekabeti kısıtlayan teşebbüslerin katlandıkları işgücü maliyetini azaltarak kârlarını artırması mümkün olup bu kâr artışının da teoride belirli rekabetçi pazar koşulları altında, çıktı pazarında tüketicilere refah artışı olarak yansıma ihtimali bulunmaktadır. Ancak bu anlaşmalar işgücü piyasasında çalışanların refahında çok daha çarpıcı şekilde azalmaya sebep olmakta ve işgücü pazarında, rakipler arası müşteri paylaşımının çıktı pazarlarında yaratacağına benzer etkiler yaratmaktadır. Bu çerçevede bu anlaşmaların yatay pazar paylaşımı anlaşmalarına benzer anti-rekabetçi etkiler doğuracağı, işgücü piyasasında çalışanların iş değiştirme imkânlarını sınırlandırarak dolaylı olarak maaşların sabitlenmesine yol açacağı öngörülmektedir.”* değerlendirmelerine yer verilmiştir.
- (28) Diğer taraftan gerek literatürde gerekse yurt dışı otorite kararlarında bu anlaşmaların amaç yönünden rekabeti kısıtladığı belirtilmektedir. Zira pazarın çıktı tarafında yapılan pazar/müşteri paylaşımı anlaşmalarından temel bir farklılığı bulunmayan bu türden anlaşmalara etki temelli yaklaşmak, çıktı pazarındaki pazar/müşteri paylaşımı anlaşmalarına etki temelli yaklaşımdan farksız olacaktır.
- (29) Konu hakkında Kurul dışındaki rekabet otoritelerinin de rehberlerine ve kararlarına rastlanmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri’nde (ABD), 2016 yılında Federal Ticaret Komisyonu (*Federal Trade Commission-FTC*) ve Adalet Bakanlığının (*Department of Justice-DOJ*) yayımladığı İnsan Kaynakları Uzmanları İçin Anti-tröst Rehberi’nde (Rehber)⁹, hâlihazırda kurulmuş bir meşru işbirliği (bir devralma veya hizmet sözleşmesi gibi) ile ilgili ve bu işbirliği açısından makul bir şekilde gerekli olmayan anlaşmalar açık çalışan ayartmama anlaşması olarak kabul edilerek *per se* ihlal niteliğinde değerlendirilmiştir. Ayrıca Rehber’de, resmi veya gayri resmi, sözlü veya yazılı olup olmadığı fark etmeksizin, teşebbüslerin çalışan ayartmama anlaşmaları yapmaktan

⁷ Naidu, S., E. A. Posner and G. Weyl (2018), “Antitrust Remedies for Labor Market Power”, Harvard Law Review, vol. 132, https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2018/12/536-601_Online.pdf

⁸ Kurulun 07.02.2019 tarih ve 19-06/64-27 sayılı kararı.

⁹ DOJ ve FTC (2016), “Antitrust Guidance For Human Resource Professionals”, <https://www.justice.gov/atr/file/903511/download>, s.3, Erişim Tarihi: 20.06.2021.

kaçınması gerektiği ve konunun adli soruşturmalara da konu edileceği açıklanmıştır. Yine bu anlaşmaların, ilgili iş gücü pazarlarında rekabeti, fiyat belirleme ya da pazar paylaşımı anlaşmaları gibi düzeltilemez şekilde ortadan kaldırdığı, teşebbüsler arası herhangi bir anlaşma bakımından da makul bir şekilde gerekli olmadığı ve çalışanları daha iyi iş olanakları için pazarlık edebilme imkânından mahrum bırakmak suretiyle rekabeti engelledikleri ifade edilmiştir. Diğer taraftan ABD’de meşru bir işbirliğinin parçası olan anlaşmalar için ise etki temelli yaklaşımlar benimsenmektedir.

- (30) ABD’deki uygulamaya bakıldığında 2010 yılında DOJ’nin duyurduğu *Adobe* davasıyla¹⁰ başlayan Silikon Vadisi Davaları’nın öne çıktığı görülmektedir. Silikon Vadisi’ndeki önde gelen teknoloji şirketlerinin birbirlerinin çalışanlarına iş teklif etmeme konusunda anlaşştığını belirten DOJ, anlaşmanın *per se* ihlal yarattığını öne sürmüştür.¹¹ Benzer diğer bir dava ise *Lucasfilm* davasıdır.¹² DOJ’un bu tipten anlaşmalara karşı tutumunun zaman içinde zayıflamadığı görülmektedir. Nitekim 2021 yılı içerisinde, DOJ tarafından bir çalışan ayartmama anlaşmasının adli olarak soruşturulmasıyla başlayan ilk dava olduğu duyurulmuştur.¹³ Bu anlamda ABD’de açık çalışan ayartmama anlaşmalarının *per se* niteliğinin netleştiği söylenebilecektir.
- (31) Avrupa Birliği (AB) örneklerine bakıldığında, Avrupa Komisyonu nezdinde bir örneğe rastlanmazken üye ülkelerde alınan kararlarda ABD’ye benzer yaklaşımlara rastlandığı söylenebilecektir. AB üyesi ülkelerde, rekabet otoriteleri çalışan ayartmama anlaşmalarını, kartel tanımı kapsamında işbirlikçi stratejiyi gösteren anlaşmaların bir parçası olarak değerlendirmektedir. Söz konusu kararlarda bu anlaşmaların amaç ihlali olarak kabul edildiği de görülmekte, bu tip anlaşmalar ulusal rekabet kanunlarına ile Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma’nın 101. maddesine aykırı olarak kabul edilmektedir. İspanya Rekabet Otoritesinin 2010 yılında aldığı kararda¹⁴, tespit edilen navlun sevkiyatı karteli dâhilinde, çalışanları işe alma ile ilgili koşullar üzerinde de anlaşmaya varıldığı, dolayısıyla rekabetin amaç bakımından kısıtlandığı tespit edilmiştir.
- (32) Fransız Rekabet Otoritesi ise 2017 yılında, PVC ve linolyum (muşamba) zemin kaplaması alanında faaliyet gösteren teşebbüslerin kurdukları kartel ile ilgili verdiği kararda¹⁵, ilgili teşebbüslerin fiyat anlaşmasının yanı sıra belirli müşterileri veya rakipleri ile ilgili olarak; işe alım politikası, satış organizasyonu veya yeni ürün numuneleri konularında kendi iç yönetimlerinde benimseyecekleri stratejiler hakkında anlaşştıklarını tespit etmiştir. Karara konu olan çalışan ayartmama anlaşması ile ilgili olarak ise anlaşmanın bir centilmenlik anlaşması ile hayata geçirildiği ve teşebbüslerin istihdam politikalarına ilişkin stratejik belirsizliğin ortadan kaldırıldığı ifade edilmiştir. Otorite ayrıca bu tip anlaşmaların çalışanları iş fırsatlarından mahrum bıraktığını vurgulamıştır. Sonuç olarak karara konu anlaşmalar amaç bakımından ihlal olarak nitelendirilmiştir.

I.3.2. Bulgulara İlişkin Değerlendirme

- (33) TESTINIUM yöneticisi ile BORUSAN çalışanı arasında gerçekleşen yazışmaları içeren 07.05.2020 tarihli Bulgu 1’de, TESTINIUM ile BORUSAN arasında imzalanan bir iş sözleşmesinde taraflarca, sözleşme süresince ve sözleşme süresinin bitiminden

¹⁰ *United States v. Adobe Sys. Inc.*, No. 10-CV-01629 (D.D.C. 2010).

¹¹ https://www.justice.gov/atr/case-document/complaint-0_para_3, Erişim Tarihi: 01.08.2020.

¹² *United States v. Lucasfilm Ltd.*, No. 10-CV-02220 (D.D.C. 2010).

¹³ <https://globalcompetitionreview.com/gcr-usa/departments-of-justice/doj-brings-first-criminal-no-poach-case>

¹⁴ <https://www.cnmc.es/expedientes/s012008>; http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/04_2010/es_freight.pdf.

¹⁵ Autorité de la concurrence, Decision 17-D-20, 19.10.2017.

sonraki iki yıl boyunca karşı tarafın onayı olmadıkça birbirlerinin personeline iş teklifinde bulunamayacağını kararlaştırıldığı görülmektedir.

- (34) Bulgu 1’de ifade edilen sözleşme hükümleri ile TESTINIUM ve BORUSAN tarafından 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesinin ihlal edildiği değerlendirilmektedir.

1.3.3. Genel Değerlendirme

- (35) 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 eylemlerini yasaklamaktadır. Kanun'un 4. maddesinin (a) bendinde ise “mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi” bu hallere örnek olarak sayılmaktadır.
- (36) Esasen, rekabet hukukunda “anlaşma” kavramı geniş yorumlanmakta, anlaşmanın yazılı olması, hukuken geçerli olması veya bir yaptırım içermesi gerekmemektedir. Aksine 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin, şekline bakılmaksızın, taraflar arasında belirli bir irade uyuşmasını içeren, tüm anlaşma ve/veya uyumlu eylemleri kapsadığı kabul edilmektedir. Yine anlaşma tarafı herhangi bir teşebbüsün, anlaşmanın oluşmasında sınırlı katkı vermesi veya anlaşmayı tam olarak uygulamaması, teşebbüsün anlaşmanın tarafı olmadığı anlamına gelmemektedir.
- (37) Özellikle uzmanlaşmanın yüksek olduğu bazı iş gücü pazarlarında; çalışanlar, teşebbüsler için belki de en önemli girdi olarak görülmektedir. Bizzat bu nedenle teşebbüslerin rekabetçiliğinde de çalışanların başat aktörler olduğu varsayılabilir. Teşebbüslerin emek üzerinde çeşitli uzlaşmalara vararak bir girdi üzerinde rekabet etmekten feragat etmeleri 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi açısından ihlal sonucunu doğuracaktır. Zira bir yandan teşebbüslerin çalışan hareketliliğini azaltmasıyla maliyet yapıları benzeşecek ve diğer unsurlar üzerinde de rekabet karşıtı uzlaşmaların yapılması riski artacak, diğer yandan doğrudan iş gücü pazarında görülecek etkilerle çalışanların refahında gözle görülür bir düşüş yaşanacaktır. Çalışan hareketliliğinin düşmesiyle; çalışan ücretlerinin baskılanması ve iş gücü pazarında etkinsizlik yaşanması da beklenmektedir.
- (38) Çalışan ayartmama anlaşmalarının her ne kadar çıktı pazarındaki faaliyetleri doğrudan örtüşen teşebbüsler arasında görülmesi daha olası olsa da emek için rekabet, çıktı pazarından bağımsız olarak ilerlemektedir. Dolayısıyla çalışan ayartmama anlaşmalarına ilişkin olarak önemli olan teşebbüslerin aynı nitelikteki çalışanların istihdamı noktasında rakip olmalarıdır. Dosya kapsamında elde edilen belgelerden görüleceği üzere teşebbüsler arası çalışan ayartmama anlaşmalarının genellikle ikili anlaşmalar şeklinde yapıldığı ve teşebbüslerin çıktı pazarındaki faaliyet alanları bakımından çok çeşitli alanlara yayıldığı anlaşılmaktadır. Bu kapsamda çalışan ayartmama anlaşmalarına taraf olduğu şüphesi oluşan teşebbüslere ilişkin herhangi bir sektörel ayrıma gidilmemiştir.
- (39) Yukarıda yer verilen açıklamalar ışığında BORUSAN ile TESTINIUM arasında çalışan geçişini kısıtlamayı amaçlayan çalışan ayartmama anlaşması yapıldığı; bu anlaşmanın iş gücü piyasasındaki rekabeti engellediği ve 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesini ihlal ettiği değerlendirilmektedir.

1.5. Uzlaşma Süreci ve İdari Para Cezasına İlişkin Değerlendirme

- (40) 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası; "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." hükmünü amirdir.

- (41) Ceza Yönetmeliği'nin 4. maddesinde idari para cezası belirlenirken öncelikle temel para cezasının hesaplanacağı; ardından ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurlar göz önünde bulundurularak temel para cezasının arttırılmasının ve/veya cezadan indirim yapılmasının söz konusu olacağı düzenlenmektedir.
- (42) Söz konusu Yönetmelik'in temel para cezasını düzenleyen 5. maddesinin ilk fıkrasına göre; temel para cezası hesaplanırken ihlale taraf olan teşebbüslerin Kurul tarafından saptanacak yıllık gayri safi gelirlerinin, karteller için %2'si ile %4'ü, diğer ihlaller için %0,5'i ile %3'ü arasında bir oran esas alınacaktır. Anılan maddenin ikinci fıkrasında ise birinci fıkra yazılı oranların belirlenmesinde ilgili teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlal neticesinde gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususların dikkate alınacağı hükmüne yer verilmiştir.
- (43) 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesinin beşinci fıkrasında *"Soruşturmaya başlanmasından sonra Kurul, ilgililerin talebi üzerine veya resen, soruşturma sürecinin hızlı bitirilmesinden doğacak usuli faydaları ve ihlalin varlığına veya kapsamına ilişkin görüş farklılıklarını göz önüne alarak uzlaşma usulünü başlatabilir. Kurul, hakkında soruşturma başlatılan ve ihlalin varlığı ile kapsamını kabul eden teşebbüs veya teşebbüs birlikleri ile soruşturma raporunun tebliğine kadar uzlaşabilir."*, altıncı fıkrasında *"Bu çerçevede Kurul, hakkında soruşturma açılan taraflara, ihlalin varlığını ve kapsamını kabul ettikleri bir uzlaşma metni sunmaları için kesin bir süre verir. Verilen süre geçirildikten sonra yapılan bildirimler dikkate alınmaz. İhlal tespitin ve idari para cezasının yer aldığı bir nihai kararla soruşturma sonlandırılır."* ve yedinci fıkrasında *"Uzlaşma usulü sonucunda idari para cezasında yüzde yirmi beşe kadar indirim uygulanabilir."* hükümleri yer almaktadır.
- (44) Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasına Yönelik Soruşturmalarda Uygulanabilecek Uzlaşma Usulüne İlişkin Yönetmelik'in (Uzlaşma Yönetmeliği) 5. maddesinin birinci fıkrasında ise *"Soruşturma tarafları uzlaşma taleplerini yazılı olarak Kuruma iletir. Kurul, 4 üncü maddenin ikinci fıkrasındaki hususları dikkate alarak bu talebi kabul veya ret edebileceği gibi varsa diğer tarafların da uzlaşma görüşmelerine davet edilmesine karar verebilir"* düzenlemesi bulunmaktadır.
- (45) Bu kapsamda soruşturma taraflarından BORUSAN uzlaşma talebinde bulunmuştur. Söz konusu başvuru üzerine Kurul tarafından uzlaşma görüşmelerine başlanmasına karar verilmiştir.
- (46) Söz konusu Kurul kararı ve Uzlaşma Yönetmeliği hükümleri uyarınca BORUSAN yetkilileri ile yapılan uzlaşma görüşmesinde teşebbüse dosya konusu iddiaların içeriği, isnat edilen ihlalin niteliği, kapsamı ve süresi, uzlaşma tarafı olan teşebbüs hakkında ihlal isnadına dayanak oluşturan başlıca belgeler, sürecin uzlaşma ile sonuçlanması halinde uygulanabilecek indirim oranı ve uzlaşma tarafına verilebilecek idari para cezası aralığı hakkında bilgi verilmiştir.
- (47) BORUSAN'ın uzlaşma sürecinin devam etmesi yönündeki beyanları doğrultusunda gerçekleştirilen uzlaşma görüşmesi neticesinde alınan 02.03.2023 tarihli ve 23-12/204-MUA sayılı uzlaşma ara kararında, soruşturma sürecinin uzlaşma ile neticelenmesi halinde;

- BORUSAN'ın TESTINIUM ile çalışan ayartmama anlaşması yapmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiğine,
- Bu doğrultuda, anılan teşebbüse 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası ve "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik"ın 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi, ikinci fıkrası ve üçüncü fıkrasının (a) bendi ve 7. maddesinin birinci fıkrası uyarınca 2021 yılı gayrisafi geliri üzerinden %(.....) oranında olmak üzere 41.826.038,95-TL idari para cezası uygulanmasına,
- 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesinin yedinci fıkrası ve Uzlaşma Yönetmeliği'nin 4. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca uzlaşma usulü sonucunda teşebbüse verilecek idari para cezasında %25 oranında indirim uygulanmasına,
- Bu kapsamda uzlaşma usulü sonucunda teşebbüse 2021 yılı gayrisafi gelirleri üzerinden nihai olarak %(.....) oranında ve 31.369.529,22-TL tutarında idari para cezası uygulanmasına,
- Uzlaşma Yönetmeliği'nin 7. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca, uzlaşma metninin Kuruma gönderilebilmesi için işbu ara kararın tebliğinden itibaren anılan teşebbüse 15 gün süre verilmesine,
- Uzlaşma metninin süresi içinde gönderilmemesi halinde, Kurulun işbu ara kararıyla bağlı olmadığına

karar verilmiştir.

- (48) Bahse konu ara kararda ceza oranı belirlenirken yukarıda yer verilen mevzuat hükümleri dikkate alınarak, BORUSAN'ın TESTINIUM ile çalışan ayartmama anlaşması yapmak suretiyle, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edilmesi "kartel" kategorisinde değerlendirilmiş ve temel para cezası başlangıç oranı %(.....) olarak belirlenmiştir.
- (49) Ceza Yönetmeliği'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrasında ihlalin süresinin temel para cezasının tespitinde dikkate alınacağı öngörülmektedir. Belirtilen hükme göre temel para cezasının miktarı; bir ila beş yıl arasında süren ihlallerde yarısı oranında, beş yıldan uzun süren ihlallerde ise bir katı oranında arttırılacaktır. BORUSAN ile TESTINIUM arasındaki "Yazılım Kalite ve Test Hizmet Alım Sözleşmesi"nin 07.05.2020 tarihinde imzalandığı ve sözleşmenin 12 ay boyunca yürürlükte kalacağına ilişkin bir hüküm içerdiği görülmektedir. Öte yandan sözleşmenin ilgili hükmünde, bahse konu çalışan ayartmama koşulunun sözleşme süresince ve sözleşme sona erdikten sonraki iki yıl boyunca devam edeceği ifadeleri yer almaktadır. Bu çerçevede, ihlal bir ila beş yıl arasında sürdüğünden, Ceza Yönetmeliği'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrasının (a) bendi uyarınca temel para cezasına esas başlangıç oranı yarısı oranında artırılarak uygulanacak temel para cezası oranı %(.....) olarak belirlenmiştir.
- (50) Diğer taraftan, Ceza Yönetmeliği'nin 6. maddesi çerçevesinde ağırlaştırıcı unsurun bulunmadığı değerlendirilmiştir. Yönetmelik'in 7. maddesi kapsamında ihlale konu olan iş gücü piyasalarının son dönemde dünya çapında incelemelere konu olması, çalışan ayartmamaya yönelik anlaşmaların kartel niteliğinin yakın zamanlarda ön plana çıkması hususları göz önüne alınarak temel para cezasında %60 oranında indirim uygulanarak uzlaşma indirimi öncesinde teşebbüse uygulanacak para cezası oranı %(.....) olarak belirlenmiştir.
- (51) BORUSAN tarafından bu karara istinaden hazırlanıp gönderilen uzlaşma metninde mezkûr kararda belirtilen hususlar kabul edilerek, teşebbüs hakkında yürütülen

soruşturmanın uzlaşma ile sonlandırılması talep edilmiştir.

- (52) Uzlaşma Yönetmeliğinin 8. maddesinin birinci fıkrasında;

“1) Uzlaşma tarafı, uzlaşma ara kararında bildirilen hususları kabul etmesi halinde, aşağıdaki unsurları içeren bir uzlaşma metnini sunar:

a) Uzlaşma tarafının ihlalin varlığını ve kapsamını kabul ettiğine dair açık beyanı,

b) Kurulun uzlaşma tarafına ihlal nedeniyle verebileceği azami idari para cezası oranı ve miktarı ile tarafın uzlaşma usulü çerçevesinde bu ceza oranını ve miktarını kabul ettiği,

c) Uzlaşma tarafının hakkındaki iddialar konusunda yeterli derecede bilgilendirildiği ve kendi görüşlerini ve açıklamalarını aktarmak için tarafa yeterli imkân tanındığı,

ç) İdari para cezasının ve uzlaşma metninde yer alan hususların uzlaşma tarafınca dava konusu yapılamayacağı.”

hükmüne yer verilmiştir. Bu kapsamda BORUSAN tarafından gönderilen uzlaşma metninin Uzlaşma Yönetmeliğinin 8. maddesinin birinci fıkrasında yer alan unsurları içerdiği görülmüştür.

- (53) 4054 sayılı Kanun’un 43. maddesinin yedinci fıkrasında *“Uzlaşma usulü sonucunda idari para cezasında yüzde yirmi beşe kadar indirim uygulanabilir...”* hükmü yer almaktadır. Uzlaşma Yönetmeliği’nin 9. maddesinin birinci fıkrasında ise; *“Uzlaşma metninin Kurum kayıtlarına girmesinden itibaren on beş gün içinde, Kurul tarafından ihlal tespitinin ve idari para cezasının yer aldığı bir nihai kararla ilgili taraf bakımından soruşturma sonlandırılır.”* denilmektedir.

- (54) Yukarıda yer verilen açıklamalar doğrultusunda, BORUSAN tarafından sunulan uzlaşma metni çerçevesinde Ceza Yönetmeliği kapsamında hesaplanan idari para cezasının %25 oranında indirilmesi; teşebbüse 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle 2021 yılı gayri safi gelirleri üzerinden %(....) oranında idari para cezası uygulanması ve teşebbüs hakkındaki soruşturmanın uzlaşma ile sonlandırılması sonuçlarına varılmıştır.

J. SONUÇ

- (55) Rekabet Kurulunun 21.04.2022 tarihli ve 22-18/301-M sayılı, 23.11.2022 tarihli ve 21-52/791-M sayılı, 02.03.2023 tarihli ve 23-12/203-M(1) sayılı kararları uyarınca 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4. maddesinin ihlal edilip edilmediğinin tespitine yönelik olarak yürütülen soruşturma kapsamında; Kurulun 02.03.2023 tarihli, 23-12/204-MUA sayılı ara kararına istinaden Borusan Lojistik Dağıtım Depolama Taşımacılık ve Ticaret AŞ tarafından gönderilen nihai uzlaşma metni 20.03.2023 tarih ve 36675 sayı ile süresi içerisinde Kurum kayıtlarına intikal etmiştir. Uzlaşma metninde ihlalin varlığı ve kapsamı ile uzlaşma ara kararında öngörülen azami idari para cezası oranı ve tutarı teşebbüs tarafından açıkça kabul edilmiş olup

1. Borusan Lojistik Dağıtım Depolama Taşımacılık ve Ticaret AŞ’nin Testinium Teknoloji Yazılım AŞ ile çalışan ayartmama anlaşması yapmak suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4. maddesini ihlal ettiğine,
2. Bu doğrultuda, anılan teşebbüse 4054 sayılı Kanun’un 16. maddesinin üçüncü fıkrası ve “Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik”in 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi, ikinci fıkrası ve üçüncü fıkrasının (a) bendi ve 7. maddesinin birinci fıkrası uyarınca 2021 yılı gayrisafi geliri

üzerinden %(.....) oranında olmak üzere 41.826.038,95-TL idari para cezası uygulanmasına,

3. 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesinin yedinci fıkrası ve "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasına Yönelik Soruşturmalarda Uygulanabilecek Uzlaşma Usulüne İlişkin Yönetmelik"ın 4. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca uzlaşma usulü sonucunda teşebbüse verilecek idari para cezasında %25 oranında indirim uygulanmasına,
4. Bu kapsamda uzlaşma usulü sonucunda teşebbüse 2021 yılı gayrisafi gelirleri üzerinden nihai olarak %(.....) oranında ve 31.369.529,22-TL tutarında idari para cezası uygulanmasına,
5. Böylece Kurulun 21.04.2022 tarihli ve 22-18/301-M sayılı, 23.11.2022 tarihli ve 21-52/791-M sayılı, 02.03.2023 tarihli ve 23-12/203-M(1) sayılı kararları uyarınca yürütülen soruşturmanın BORUSAN bakımından uzlaşma usulü ile sonlandırılmasına

gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere Kurul Üyeleri Hasan Hüseyin ÜNLÜ ve Berat UZUN'un 2. ve 4. maddelerine farklı gerekçeleri ve OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

30.03.2023 tarih, 23-16/287-100 sayılı Karara ilişkin faklı gerekçe

Borusan Lojistik Dağıtım Depolama Taşımacılık ve Ticaret A.Ş. ile yürütülen uzlaşma süreci sonunda, teşebbüsün ihracat hariç, 2021 cirosu üzerinden nihai olarak %(.....) oranında idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir. Diğer hususlara katılmakla birlikte, aşağıda yer alan gerekçelerle ihracat cirosunun idari para cezası hesabında dışarda bırakılmasına katılmamaktayız.

4054 sayılı Kanunun 16 ncı maddesinde *“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.”* hükmü yer almaktadır.

Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem Ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik (Yönetmelik)’in tanımlar başlıklı 3 üncü maddesinin (f) fıkrasında ise; *“Yıllık gayri safi gelir: Tek düzen hesap planındaki net satışları veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa, Kurul tarafından saptanacak olan, net satışlara en yakın geliri (teşebbüslerin, her ne sebeple olursa olsun, (esas) faaliyet gelirlerini, diğer faaliyetlerden olağan gelir veya karlar gibi net satışların hesaplanmasında dikkate alınmayan hesap kalemleri altında muhasebeleştirilmiş olduklarının tespiti halinde, söz konusu bedeller de yıllık gayri safi gelir saptanırken dikkate alınır)”* tanımı yer almaktadır.

Görüldüğü üzere ne Kanun ne de bu konudaki ikincil düzenlemeler, ihracatın ceza hesabında dışarıda bırakılmasına yönelik herhangi bir düzenleme içermemekte, bilakis teşebbüsün toplam ekonomik gücü üzerinden cezalandırılmasını hedeflediğinden yıllık gayri safi gelirler üzerinden cezalandırılmasını emretmektedir. Esasen teşebbüsün ekonomik gücünün tam olarak hedeflenebilmesi ve bazı farklı muhasebe teknik ve kayıtları nedeniyle zafiyet oluşmaması için çok yakın zamanda yukarıda yer alan Yönetmeliğe *“(teşebbüslerin, her ne sebeple olursa olsun, (esas) faaliyet gelirlerini, diğer faaliyetlerden olağan gelir veya karlar gibi net satışların hesaplanmasında dikkate alınmayan hesap kalemleri altında muhasebeleştirilmiş olduklarının tespiti halinde, söz konusu bedeller de yıllık gayri safi gelir saptanırken dikkate alınır)”* kısmı eklenmiştir.

Birkaç istisnai karar bulunmakla birlikte, Kurul'un yaygın uygulaması da ihracat rakamları çıkarılmadan cezada toplam cironun esas alınması yönündedir. Bazı dosyalarda ihracat rakamlarının cezaya esas ciroya dahil edilmemesi gerektiği teşebbüs vekillerince ileri sürülmüş, bu husus çeşitli davalara ve mahkeme kararlarına da konu olmuştur. (Danıştay 13. Daire'nin 09.05.2012 tarihli, 2008/8485 E., 2012/968 K. no'lu Hes Hacılar Elektrik Sanayi ve Ticaret A.Ş. Kararı; Danıştay 10. Daire'nin 28.11.2002 tarihli, 2000/6064 E., 2002/4541 K. no'lu Pak Gıda Üretim ve Pazarlama A.Ş. Kararı; Danıştay 13. Daire'nin 02.04.2013 tarihli, 2009/2586 E., 2013/898 K. no'lu Toprak Seniteri ve Turizm işletmeleri Sanayi ve Ticaret A.Ş. Kararı). Söz konusu kararlarda ihracat rakamının cezaya esas ciroya dahil edilmemesi talebi mahkemeler tarafından kabul görmemiştir.

“Net satışlar”dan, “yurtdışı satışlar”ın çıkarılması ile bulunan cezaya esas rakamda bir diğer sorun ise; net bir rakamdan brüt bir rakamın çıkarılmasıdır. Şöyle ki, tek düze muhasebe sisteminde gelir tablosunda, yurtiçi satışlar ve yurtdışı satışlar (ve diğer gelirler) ayrı ayrı olmak üzere brüt satış kalemin altında muhasebeleştirilmektedir. Daha sonra satıştan iadeler, satış iskontoları ve diğer indirimler alt başlıklarında satış indirimleri yer almaktadır. Buna göre satış indirimlerinin (satıştan iadeler, satış iskontoları ve diğer indirimler), ne kadarının yurtiçi satışlar, yurtdışı satışlar veya diğer gelirler üzerinden düşüldüğü detayı bulunmamakta, bu kalemler toplam brüt gelir üzerinden düşülerek net satışlar elde edilmektedir. Dolayısıyla net olan bir rakamdan brüt olan bir rakam çıkarılarak (en düşük rakamdan en yüksek rakam çıkarılmakta) hesaplama yapılmış olmaktadır. Bu durum da mahkeme kararlarında ifade edilen *“teşebbüsün pazar içindeki gücünü esas alan yaklaşım”* anlayışıyla çelişmektedir.

Yukarıda yer alan açıklamalarımız, açık mahkeme kararları, ilgili Kanun maddeleri ve ikincil düzenlemeler ile yerleşik Kurul uygulamaları dikkate alındığında, 4054 sayılı Kanun uyarınca uygulanacak idari para cezalarında, ihracat rakamlarının ceza hesabında dışarda bırakılmasının doğru olmadığı, toplam ciro üzerinden para cezasının hesaplanması gerektiği düşüncesiyle, bu husustaki Kurul'un çoğunluk görüşüne katılmamız mümkün olmamıştır.

Hasan Hüseyin ÜNLÜ

Kurul Üyesi

Berat UZUN

Kurul Üyesi