ÜREYHUKUK

REKABET KURULUNUN ZİNCİR MARKETLER KARARI HAKKINDA

16.11.2021

Yazarlar: Berfu Yalçın, Serdarhan Güler

Geçtiğimiz günlerde Rekabet Kurulu, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal etmeleri nedeniyle BİM, CarrefourSA, Migros, A101 ve Şok'a toplamda 2,6 milyar TL, sıvı yağ şirketi Savola Gıda'ya ise 22 milyon TL para cezası verilmesine karar verdi. Zincir marketlerin fiyat belirlemelerine ilişkin bir süredir Türkiye gündemini işgal eden bu hususta verilen ihlal kararı, Türkiye kamuoyunda bir süre tartışma konusu olacağa benzemekte. Karara ilişkin Rekabet Kurulu açıklamasında[1], yukarıda ismi geçen teşebbüslerin, topla-dağıt (hub and spoke) özelliği de sergileyen kartel niteliğindeki anlaşma veya uyumlu eylemler yoluyla kanuna aykırı davranışlarda bulundukları ifade edilmektedir. *"Hub&Spoke", "kartel", "uyumlu eylem"* gibi kavramların birbirine benzemesi ve arasındaki farklılıkların tespitinin zorluğu nedeniyle bu kavramların Rekabet Hukukundaki yerlerini kısaca açıklayacağız.

Bu kapsamda ilk olarak kartellerden bahsetmek gerekir. Kartel, *bağımsız firmaların,* serbest piyasa ekonomisinin temel kaynağını oluşturan rekabeti, *belli bir piyasa hacmi olan ürün veya ürünler açısından hukuka aykırı olarak sınırlamak veya kısıtlamak amacıyla,* aralarında *gizlice* yaptıkları *açık veya örtülü anlaşmalar* olarak tanımlanabilir. Karteller, serbest piyasa ekonomisinin temeli olan serbest rekabet ilkesine aykırı davranışlar sergilemektedirler. Serbest piyasa ekonomisi rekabet sayesinde ayakta kalabilir zira rekabet, daha düşük fiyatlı, daha kaliteli ürünlerin, daha fazla seçenekle tüketiciye sunulmasını sağlar[2]. Bu sayede monopol piyasalardan daha verimli ve etkin bir piyasa oluşur. Açıklanan sebeplerle, karteller iktisadi hayatı olumsuz yönde etkileyen, serbest piyasadaki aktörlere zarar veren ve daha birçok

[1] Perakende Gıda ve Temizlik Ürünleri Ticareti ile İştigal Eden Zincir Marketler ile Bunların Tedarikçileri Konumunda Olan Üretici ve Toptancı Seviyesindeki Teşebbüsler ve 1 Dernek Hakkında Yürütülen Soruşturmaya İlişkin Nihai Kararın 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 49. Maddesi Uyarınca Açıklanması.

[2] Rekabet Kurulu'nun 29.03.2018 tarih ve 18-09/180-85 sayılı kararı, s. 30-32.

olumsuz etkileri bulunan en tehlikeli rekabet ihlalleri olup, doktrin ve yargı kararlarında serbest piyasa ekonomisinin kanserli unsurları olarak anılmaktadır[3].

Kartellerden sonra Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (RKHK) 4. maddesinde yer alan rekabeti sınırlayıcı diğer bir önemli kavram uyumlu eylemlerdir. Uyumlu eylemde, rekabeti ihlal eden teşebbüsler arasında yapılmış yazılı veya sözlü bir anlaşma ya da alınmış bir karar bulunmamaktadır. Bu halde, teşebbüsler benzer davranışlarda bulunarak, rekabeti bilinçli olarak kısıtlamaktadır. Uyumlu eylemlerin ispatının zor olması nedeniyle, kanun koyucu kanuni bir karine ihdas etmiştir. Buna göre; *"Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda, piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi,"* teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil etmektedir.[4]

Uyumlu eylemin düzenlemesi ile Rekabet Kurulunun ***Süt***[5] kararında da ifade edildiği üzere *"paralel fiyatlandırma değil, firmalar arasındaki **bilinçli paralellikler yasaklanmıştır**. Paralel davranışların tümü Rekabet Hukuku anlamında "per se" rekabet ihlali sayılmamaktadır. Bu açıdan şişe sütü piyasasına bakıldığında aşağıda sayılan özellikleri nedeniyle rekabet hukuku anlamında bir uyumlu eylemden çok oligopolistik pazarlarda görülen ve **iktisadi gerekçelerle açıklanabilen** paralel davranışların varlığından söz edilebilir."*

Karardan anlaşılacağı üzere, uyumlu eylemin varlığı için bilinçli paralellik gerekirken, kartellerde olduğu gibi teşebbüslerin karşılıklı olarak iradelerini açıklamaları söz konusu olmayacaktır. Esasen uyumlu eylem düzenlemesinin amacı, teşebbüslerin kanuna karşı hile yolu ile rekabeti sınırlayıcı uygulamaları meşru göstermelerinin engellenmesidir. Nitekim uyumlu eylem hallerinde, ilgili teşebbüsler arasında RKHK madde 4 kapsamında değerlendirilebilecek bir anlaşma bulunmamakta veya böyle bir anlaşmanın varlığı tespit de edilememektedir.[6] Rekabet Kurulunun yukarıda zikredilen Süt kararı uyarınca, uyumlu eylemin varlığı için dört unsurun bir arada bulunması gerekmektedir. Buna göre, *"(a) En az iki veya daha fazla işletme olmalı, (b) Bilinçli paralellik bulunmalı, (c) Bu paralel davranışlar ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanamamalı, (d) Rekabet sınırlanmalıdır."* Dolayısıyla *ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanabilen eylemler* uyumlu eylem kapsamında değerlendirilmeyecektir.

Kartel ve uyumlu eylem kavramını açıkladıktan sonra rekabeti sınırlayıcı anlaşmaları yatay anlaşma ve dikey anlaşmalar olarak incelemek gerekir. Zira *Hub&Spoke* kartellerinin anlaşılması için bu kavramların da bilinmesi gerekmektedir. Rekabet Hukukunda anlaşma ile kast edilen, en az iki tarafın iradelerinin karşılıklı olarak rekabeti önlemek yönünde uyuşmasıdır. Dolayısıyla yazılı bir sözleşmenin varlığı gerekli değildir.

İlk olarak yatay anlaşmalara bakılacak olursa, üretim zincirinin aynı seviyesinde ve aynı piyasada rakip olan taraflar arasında yapılan anlaşmalar *yatay anlaşmadır*. Bu tür anlaşmalar ile kastedilen esasen kartel anlaşmalarıdır. Kartel anlaşmalarının hiçbir şekilde rekabete olumlu etkisi olmadığından, *per se yasak ilkesi*[7] gereği hukuka aykırı kabul edilmektedirler.

---

[3] ERGÜN Aslı, Rekabet Hukukunda Kartelleşmenin Hukuki Yaptırımları, Yüksek Lisans Tezi, Ankara-2019, s.7.

[4] ERGÜN Aslı, Rekabet Hukukunda Kartelleşmenin Hukuki Yaptırımları, Yüksek Lisans Tezi, Ankara-2019, s. 30 vd.

[5] Rekabet Kurulu'nun 23.03.2000 tarih ve 00-11/109-54 sayılı kararı.

[6] CANBOLAT, İrfan Uraz, Rekabet Hukuku Açısından Anlaşma ve Uyumlu Eylem Ayrımı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul-2006, s.113.

[7] ***Per se* kurallar**, deneyimin ortaya çıkardığı belirli davranışların ciddi rekabet karşıtı sonuçlara neden olacağı ve hemen hemen hiç haklı çıkarılamayacağı durumlarda kabul edilmektedir. Bu itibarla, *per se* kurallar sınırlı yargısal kaynakların ekonomik kullanılması ve teşebbüslere yasalara uygun davranışlarla ilgili daha açık bir yol gösterme avantajına sahiptir. *Per se* yaklaşımı altında uygulamanın rekabet karşıtı etkileri gösterilmek zorunda değildir. Bu

Dikey anlaşmalar ise aynı mal veya hizmet piyasasında bulunan; fakat piyasanın farklı seviyelerinde faaliyette gösteren teşebbüsler arasında yapılan anlaşmalardır. Örneğin bir tedarikçi ile perakendeci arasındaki anlaşmanın dikey anlaşma olduğu söylenebilecektir. Önemle belirtmek gerekir ki, dikey anlaşmalar *per se yasak* kabul edilmemektedir. Zira yatay anlaşmaların rekabet üzerindeki olumsuz etkisi tartışmasız iken, dikey anlaşmaların rekabete etkisi tartışmaya açıktır. Hatta dikey anlaşmalar bu özelliği nedeniyle bir grup muafiyetine dahi sahiptir[8].

Yazımızın konusu oluşturan kavramlardan sonuncusu olan *Hub&Spoke* kavramının içeriği ise henüz netleşmemiş olmakla birlikte, şimdiye kadar yayımlanan çalışmalar ve sınırlı sayıda mahkeme kararı ışığında kavramın unsurlarını ortaya koymak mümkündür[9]. Bu kavramın açıklığa çıkarılmasında önemli bir karar, Kurulun *Tesco*[10] kararıdır. *Karara göre, Hub&Spoke kartelinin varlığı için beş unsurun somut olayda kümülatif bir biçimde bulunması gerekir:*

"1. Perakendeci A tedarikçi B ile gelecekteki satış fiyatlaması niyetini paylaşır,

2. A bu paylaşımı, B'nin bu bilgiyi diğer perakendecilerle paylaşarak pazar koşullarını etkilemek yönünde kullanacağı amacıyla ve öngörüsüyle yapar,

3. B, gerçekten de bu bilgiyi diğer perakendecilerle, örneğin C ile paylaşır,

4. C, bilginin hangi niyetlerle A'dan B'ye verildiğini bilmektedir, kestirebilmektedir ve

5. C elde ettiği bilgiyi kendi fiyatlandırmasını yaparken gerçekten de kullanır"

Buradan da anlaşılacağı üzere Hub&Spoke uygulamasının varlığı için, bir dikey ve iki yatay olmak üzere, en az üç teşebbüs gerekmektedir. Hub&Spoke vakalarında yatay düzlemdeki aktörler kendi aralarında bir araya gelmeye çalışmakta, gelemedikleri zaman, sözleşme ilişkisi içerisinde oldukları ve bu yatay ilişkiyi mümkün kılacak bir pazar gücüne sahip olan dikey bir aktörden faydalanarak teşebbüslerine ait nitelikli sayılabilecek bilgileri birbirleriyle paylaşmaktadırlar[11]. Bu dikey aktör sayesinde edindikleri nitelikli ve normalde gizli tutulması gereken bilgiler ile uyumlu eylemlerde bulunmaları da mümkün hale gelmektedir.

Yazımıza ilham olan Rekabet Kurulu kararında, *Hub&Spoke* karteli ve uyumlu eylemlerden bahsedilmiş olsa da henüz gerekçeli karar açıklanmamıştır. Bununla birlikte karara ilişkin açıklamada, ilgili perakendeci teşebbüslerce *"doğrudan veya ortak tedarikçiler aracılığıyla geleceğe dönük fiyatlar, fiyat geçiş tarihleri, dönemsel aktiviteler ve kampanyalar gibi rekabete hassas bilgilerin paylaşıldığı; fiyat indirimine giden veya pazar genelinde fiyatların arttığı dönemde henüz fiyat artışı yapmayan teşebbüslerin fiyatlarına tedarikçiler aracılığıyla müdahale edilmek suretiyle söz konusu fiyatların tüketiciler aleyhine yükseltilmesinin sağlandığı; rakip fiyatlarının yükselmemesi halinde ürün ve/veya bölge özelinde süratle hayata geçirilen fiyat indirimleri ve/veya tedarikçiye iade faturası kesmek gibi cezalandırma stratejileri yoluyla teşebbüsler arasındaki danışıklılığa uyumun sürekli olarak gözetildiği;"* tespit edildiği ifade edilmiştir.

Bu doğrultuda Kurul, soruşturma konusu perakendeci teşebbüslerin, perakende *satış fiyatlarının tespiti amacına sahip, topla-dağıt (hub and spoke) özelliği de sergileyen kartel*

çerçevede örneğin kartelin varlığının ispatlanması yeterlidir; rekabetin azalıp azalmadığının ve zarara yol açılıp açılmadığının incelenmesine gerek bulunmamaktadır.

[8] Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (Tebliğ No: 2002/2), Resmî Gazete 24815 (14.7.2002).

[9] DEMİR Koray, Hub&Spoke Kartelinin Özellikleri – Uygulamanın Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesine Yönelik Tartışmalar ile İlgisi, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2019, Cilt 1, Sayı 1, 3 - 16, s. 1.

[10] Tesco Stores Ltd. v. OFT (2012-CAT 31), s. 23, prg. 57.

[11] DEMİR Koray, Hub&Spoke Kartelinin Özellikleri – Uygulamanın Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesine Yönelik Tartışmalar ile İlgisi, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2019, Cilt 1, Sayı 1, 3 - 16, s. 10.

niteliğindeki anlaşma veya uyumlu eylemler yoluyla, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiklerine hükmetmiştir.

Hub&Spoke faaliyetleri çerçevesinde tedarikçi teşebbüsün ise "*kendi ürünleri bakımından söz konusu perakendeciler arasında raf fiyatları ve fiyat geçişleri konusunda danışıklılığın/koordinasyonun sağlanması ve bu danışıklılığın sürdürülmesi, yine bu çerçevede* ***perakendecilerin geleceğe dönük fiyatları ve fiyat geçiş tarihleri gibi rekabete hassas bilgilerin paylaşımına aracılık etmesi*** *yönüyle açıkça perakende satış fiyatlarının tespiti amacına sahip topla-dağıt (hub and spoke) kartel görünümünde ortaya çıkan anlaşmalar veya uyumlu eylemler yoluyla 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiği"* tespit edilmiş olup bu doğrultuda, ihlal nedeniyle perakendeciler ile birlikte ve eşit derecede sorumlu olduğu da hüküm altına alınmıştır.

Sonuç Olarak;

Henüz gerekçeli kararın açıklanmamış olması sebebiyle, somut olay bağlamında hangi eylemlerin hangi nedenlerle rekabet hukuku kurallarını ihlal ettiği bu aşamada bilinememektedir. Ancak Kurul tarafından verilen idari para cezasının muhatabı bazı teşebbüsler gerekli kanun yollarına başvuracaklarını kararın açıklanmasının hemen ardından kamuoyuyla paylaştı. Bu sansasyonel büyüklükte verilen cezanın devamında yargıdan ne yönde karar çıkacağını ve konuya ilişkin gelişmeleri ilerleyen günlerde hep birlikte göreceğiz.

ÜREYHUKUK

İsmail Paşa Sok. No: 77
34718 Koşuyolu, Kadıköy/İstanbul
Tel : +90 0216 327 27 00 pbx
Faks : +90 0216 327 27 44
https://www.urey.av.tr

Bu bilgi notu ve varsa ekleri, sadece bilgilendirme amacıyla tarafınızla paylaşılmıştır. Bu bilgi notu, uygun yasal tavsiye olmaksızın herhangi bir özel durumda veya somut olayda uygulanmamalıdır. Bu bilgi notu, diğer internet adreslerinin linklerini içerebilir, ÜreyhukuK kendisine ait olmayan web sitelerinden hiçbir şekilde sorumlu değildir ve herhangi bir web sitesi ile ilgili bilgileri, içeriği, sunumu veya doğruluğu onaylamaz, açık veya zımni herhangi bir garanti vermez. Bu bilgi notunun telif hakları ÜreyhukuK'a ait olup işbu bilgi notu ÜreyhukuK'un önceden yazılı izni olmaksızın çoğaltılamaz, çevrilemez ve değiştirilemez.