

COVID-19 ve Rekabet Hukuku: Rekabetin Kuralları Değişiyor mu?

COVID-19'u rekabet hukuku açısından elen alan Dr. Muzaffer Eroğlu, yazısında mevcut ve potansiyel durum açısından değerlendirmelerde bulunuyor.

Rekabet hukuku, teşebbüslerin serbest piyasa ekonomisi sistemindeki kâr yarışının adil koşullarda devam etmesi için getirilmiş kurallar bütünüdür ve dünyada benimsenen tüm rekabet hukuku sistemleri üç temel yasak üzerine kurulmuştur. Bunlardan birincisi, teşebbüslerin anlaşmalar yoluyla rekabeti kısıtlaması, ikincisi hâkim durumdaki teşebbüslerin hâkim durumlarını kötüye kullanması ve üçüncüsü ise yoğunlaşmalar (birleşme-devralmalar) yoluyla rekabetin önemli derecede kısıtlanmasıdır. Türkiye'nin temel rekabet hukuku mevzuatı olan 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun da ("RKHK") bu üç temel yasak üzerine kurulmuştur. Muhtemelen içinde bulunduğumuz ve COVID-19 pandemisinin global ölçekte bir krize neden olduğu dönemde rekabet hukuku uygulaması önemli gündem maddelerinizden biri değildir ki olmaması doğal kabul edilebilir. Ancak kriz zamanlarında adil bir rekabet ortamının sağlanması çok daha fazla önem arz etmektedir.



DR. MUZAFFER EROĞLU
Kocaeli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Rekabet hukukunun temel amacının tüketici refahını artırmak olduğu, refahtan kastın ise dar anlamda salt ekonomik menfaat sağlamak olduğu uzunca bir

süredir genel kabul görmektedir. Son yıllarda salt ekonomik olmayan hedeflerin de rekabet hukukunun konusu olması gerektiği de tartışılmaya başlanmıştır. Aslında tam da COVID-19 virüsünün yayılmaya başladığı ama henüz Türkiye'de ve batı ülkelerinde piyasa ekonomisini etkilemediği bir dönemde 20 Şubat 2020 tarihinde İstanbul Bilgi Üniversitesi, Rekabet Hukuku Merkezi bünyesinde düzenlenen bir seminer programında yaptığım sunumda rekabet hukukunun amacının sadece ekonomik gayeler olmasının doğru olmadığını, iklim değişikliği ve sürdürülebilirlik, kamu yararı, kamu sağlığı gibi ekonomik olmayan değerlerin de rekabet hukukunun amacına dahil olması gerektiğini belirtmişim¹.

COVID-19 salgınının Çin'i aşmış neredeyse tüm dünyada yayılması güncel ekonomik faaliyetleri de ciddi biçimde etkilemeye başladı ve bu durum rekabet hukuku da dahil olmak üzere liberal ekonomi düzeni üzerine inşa edilen hukukun birçok alanında önemli tartışmaları beraberinde getirdi. Serbest ticaret, sözleşme hukuku, ticari hayata devletin müdahalesi

COVID-19 salgınının Çin'i aşmış neredeyse tüm dünyada yayılması güncel ekonomik faaliyetleri de ciddi biçimde etkilemeye başladı ve bu durum rekabet hukuku da dahil olmak üzere liberal ekonomi düzeni üzerine inşa edilen hukukun birçok alanında önemli tartışmaları beraberinde getirdi.

hususlarında sorunlar belirmeye başladı. Nitekim başta sağlıkla ilgili bazı pazarlar olmak üzere, gıda, ulaşım, temel hizmetler vs. olmak üzere salgın ile mücadelede gerekli olan ürün ve hizmetlerin neredeyse tamamı rekabetçi ortamda sağlanmaktadır. Bu nedenle rekabet hukuku tartışmalarının da yapılması kaçınılmazdır.

Söz konusu tartışmalarla birlikte pek çok ülke rekabet otoritesinden teşebbüslerin bu dönemdeki davranış ve uygulamalarına ilişkin daha derin incelemeler yapacaklarına ilişkin üst üste açıklamalar geldi. Nitekim Rekabet Kurumu (RK) ve RK Başkanı da rekabeti bozucu eylem ve işlemlerde bulunan teşebbüslerin en ağır şekilde cezalandırılacakları yönünde açıklamalar yaptı². Benzer şekilde Avrupa'daki rekabet otoritesinin kurduğu ağ olan European Competition Network (ECN) mevcut durumda mal ve hizmetlerin rekabetçi bir piyasaya yapısında sunulmasının hayati öneme sahip olduğunu ve mevcut durumu avantaja çeviren teşebbüslere kartel kurmaları veyahut hâkim durumlarını kötüye kullanmaları durumunda gerekli yaptırımların uygulanacağı uyarısında bulundu³. Yine İngiliz rekabet otoritesi de bu dönemdeki faaliyetleri incelemek üzere özel bir ekip kurduğunu açıkladı⁴.

Rekabet hukuku açısından piyasada yaşanan olağanüstü durumlara genel çerçevede iki açıdan bakılması gerektiği kanaatindeyim. İlk olarak teşebbüslerin fırsatçı davranışlarda bulunarak rekabete aykırı davranışları engellenmeli ve bu teşebbüslere gerekli idari yaptırımlar uygulanmalıdır. İkinci olarak ise teşebbüslerin salgının önlenmesi yönündeki faydalı davranışlarda bulunurken rekabet hukukundaki düzenlenmiş yasak eylemlere takılması ve cezalandırılmaya maruz kalmaları önlenmelidir. Bu çerçevede bu çalışmada Türkiye'deki rekabet mevzuatı esas alınarak rekabet hukuku açısından COVID-19 salgınındaki mevcut ve potansiyel davranışların nasıl değerlendirilmesi gerektiği hususundaki önerilerimi sunacağım.

1- Piyasaya Kamu Otoriteleri Tarafından Müdahale Edilmesi ve Rekabet Hukuku İlişkisi

Rekabet hukuku belirli mal ve hizmet piyasalarında rekabete aykırı davranışları düzenleyen ve genelde ex-post yaptırımlar ile caydırıcılık sağlayan bir sistemdir. Bu nedenle de rekabet otoritesinin fiyat, piyasaya giriş, mal verme yükümü gibi hususlarda doğrudan düzenleme yapma yetkisi yoktur. Bu durumda kamu sağlığını ilgilendiren ekonomik tedbirlerin ilk başta devletin ilgili kurumlarınca alınacak kararlar ile düzenlenmesi gerekir. Her şeyden önce devlet kurumları ellerindeki olağan ve olağanüstü yetkilerini kullanarak fiyatlara ve diğer ticari koşullara müdahale edebilir. Devlet kurumları teşebbüslere fiyat regülasyonu, mal verme yükümü, ihracat yasağı gibi zorunluluklar getirebilir. Örneğin kriz ile birlikte sağlık maskesi üreticilerine Sağlık Bakanlığı ile sözleşme yapma yükümü getirilmiştir⁵. Benzer şekilde Fransız hükümeti de dezenfektan fiyatlarını regüle edeceği açıklamasında bulunmuştur⁶. Teşebbüsler doğal olarak bu düzenlemeler uymak zorundadırlar. Bu ve benzeri olağan ve olağanüstü idari kararlar, rekabeti sınırla-

yıcı olsalar bile rekabet hukukunun konusunu oluşturmazlar.

Olağanüstü uygulamalar ile birlikte kriz zamanında teşebbüslerin işlem ve davranışlarına ilişkin zaten var olan kurallar uygulanarak krizdeki fırsatçı davranışların önlenmesi de sağlanabilir. Nitekim Ticaret Bakanlığı, Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği kapsamında haksız fiyat artışı yapan 198 firmaya toplam 10 milyon 90 bin 60 lira para cezası uyguladığını açıklamıştır⁷. Bunun gibi durumlarda kamu kurumları ellerindeki yetkilere dayanarak piyasaya müdahale edebilir ve çeşitli yaptırımlar uygulayabilir.

Fırsatçı davranışlar sadece Türkiye'de değil birçok ülkede görülmüştür. Krizin etkisi ile birlikte sömürücü ve fırsatçı davranışlara karşı çok fazla ülkede ilgili otoriteler hareket etmeye başlamışlardır. Çok sayıda otoritenin net olmayan açıklamalar ile incelemeler başlattığını görmekteyiz⁸. Aslında bu davranışların çoğu tüketicinin korunması mevzuatı ve adil olmayan ticari uygulamalar mevzuatına dayanmaktadır. Bazı ülkelerde rekabet hukuku uygulaması ve tüketici koruma uygulamaları aynı kurum altında birleştiği için bu açıklamalar kafa karışıklığı yaratılabilmektedir.

Aynı sonucu doğuran davranışlar hem tüketici koruması ve haksız ticari uygulamalar kapsamında hem de rekabet hukuku kapsamında değerlendirilebilir. Fakat her ikisinin mevzuattaki dayanağı farklı olacaktır. Rekabet hukuku uygulaması teşebbüslerin özgür hareket alanının olduğu durumlarda oluşacaktır. Örneğin regülasyon yetkisine dayanarak fiyatın bakanlık tarafından düzenlendiği durumda rekabet hukuku uygulanmayacaktır. Fakat yukarıdaki örnekte olduğu gibi aşırı fiyat artışlarına ceza uygulanmış olması bu davranışları rekabet hukuku kapsamından çıkarmaz. Nitekim bir davranış aynı zamanda iki farklı düzenlemeyi ihlal edebilir.

Diğer bir husus ise idari kurumların kararlarının geçerli bir yetkiye dayanması ve usulüne uygun alınmış olması gerektirir. Nitekim idarenin yetkisinde olmayan bir kararına dayanan veya idarenin yetkisiz şekilde piyasa yapıcı olarak davranıldığı durumlarda rekabet hukuku kuralları uygulanmaya devam edecektir. Örneğin Sanayi ve Teknoloji Bakanlığınca kolonya üreticilerinin fiyat artırmayacağına ilişkin taahhüt alındığı yönündeki açıklamada kanaatimce bir idari karara dayanmayan taahhüt söz konusudur⁹. Teşebbüsler bu duruma benzer kararlarını rekabet hukuku kurallarını göz önünde bulundurarak vermelidir. Kamu kurumlarının hukuki açıdan geçerli ve uyulması zorunlu bir karara dayanmayan bu tür teşvikleri teşebbüsleri sorumluluktan kurtarmayacaktır.

2- RKHK'nın 4. Maddesi Kapsamında Değerlendirme

a. Yatay Anlaşmalar Açısından Değerlendirme

Tüm toplumu ilgilendiren bir sağlık krizinde en çok tepki haklı olarak sağlık ve diğer temel ihtiyaçlarındaki mal ve hizmetlerde oluşan aşırı fiyat artışları nedeniyle olmaktadır. Nitekim haberlerde bazı ürünlerin gerek geleneksel gerekse online kanalda fahiş fiyatlarla satıldığı yönünde haberler yayımlanmaktadır. İşte burada RKHK 4. madde kapsamında değerlendirme yapılmalıdır. Fiyat artışları veya diğer ticari koşullarda rakipler arasında bir anlaşma ve uyuşma varsa bu davranışlar RKHK 4. madde kapsamında kartel olarak nitelendirilecek ve en ağır şekilde cezalandırılacaktır.

Fakat RKHK 4. madde kapsamında kartelin varlığı için teşebbüsler arasında bir uyuşmanın olması ve bu uyuşmanın rekabet otoritesince ispat edilmesi gereklidir. Bu durumda teşebbüslerin tek taraflı olarak piyasadaki arz ve talep dengesinin bozulmasındaki fırsattan yararlanarak yaptıkları aşırı fiyat artışları ve arz kısıtları kartel olarak değerlendirilmeyecektir. Bu durumda şartları var ise ancak

RKHK 6. madde kapsamında değerlendirme yapılabilecektir.

Teşebbüsler bazı durumlarda zor durumda oldukları için rakipler ile işbirliği içine girdiklerini belirtebilirler. Kriz karteli olarak adlandırılan bu durum genelde otoriteler tarafından yaptırım uygulanmasına engel teşkil etmemektedir. Nitekim karteller per se yasak kapsamında olup sebebine ve etkisine bakmadan cezalandırılan rekabet ihlallerindedir. Teşebbüsler zor durumda oldukları için rakipleri ile birlikte hareket ettiklerini belirtse bile, bu savunma teşkil etmeyecek ve yaptırıma maruz kalabileceklerdir.

Öte yandan teşebbüslerin kriz zamanında rekabet aykırı anlaşmaları kamu otoriteleri tarafından teşvik dahi edilebilir. Her ne şekilde olursa olsun bu durumda teşebbüsler rekabet hukuku kuralları ile uyum içerisinde olmalıdır. Örneğin İrlanda Devleti tarafından yapılan çalışmaya dayanarak arzın kısıtlanması için anlaşan kırmızı et üreticilerine ilişkin davada Avrupa Adalet Divanı bu karteğe yaptırım uygulanması gerektiği yönünde karar vermiştir¹⁰. Yine Türkiye'de de kriz zamanlarında kurulan kartellerin ve rekabet aykırı anlaşmaların haklı gerekçelere dayandığı yönündeki iddialar RK tarafından kabul görmemiştir¹¹.

Teşebbüslerin dikkat etmesi gereken diğer bir husus ise bilgi değişimidir. Her ne kadar teşebbüsler kartel kurma saiki ile hareket etmese de, hassas ticari bilgileri değişirler ise, bu da RKHK 4. madde kapsamında ihlal olacaktır. Örneğin arz ve stok miktarları, satış fiyatları gibi hassas ticari sır niteliğindeki bilgilerin paylaşılması kanuna aykırı davranış olarak değerlendirilebilir. Ancak yine bilgi değişimine yaptırım uygulanması ancak RK tarafından bu yöndeki eylem ve işlemlerin ispat edilmesi halinde söz konusu olacaktır.

Krizi zamanlarında dikkat edilmesi gereken diğer bir husus ise teşebbüs birliklerinin aldığı kararlara ilişkindir. Kriz dönemlerinde teşebbüs birlikleri bazen

üyelerini korumak için rekabetçi koşullara müdahale niteliğinde kararlar alabilmektedir. Teşebbüs birlikleri bu kararlarında rekabeti bozucu unsurlara yer vermemelidir. Rekabeti bozucu nitelikte karar almaları halinde RKHK 4. maddeye aykırılık söz konusu olacağı için yaptırıma maruz kalacaklardır. Örneğin alışveriş merkezlerinin üye olduğu derneğin açılış kapanış saatlerine ilişkin kararlarında, bankalara ilişkin birliğin ticari koşullara ilişkin kararlarda rekabet hukukunu göz önüne alarak hareket etmeleri yerinde olacaktır.

Yukarıda bahsedildiği üzere RK tarafından RKHK 4. madde kapsamında yatay anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarına karşı yaptırım uygulanabilmesi için bu yöndeki anlaşmanın varlığının otorite tarafından ispat edilmesi zorunludur. Diğer taraftan kamuoyunda büyük tepkiye yol açan ve birçok teşebbüsün benzer zamanlarda benzer şekilde fiyat artışına gitmesi halinin uyumlu eylem olup olmayacağı tartışılabilir. Bu durumda 4. madde kapsamında uyumlu eylem karinesine dayanılarak uyumlu eylemin varlığı iddia edilebilir ve yaptırım uygulanabilir.

Kanaatimce kriz zamanlarında arz talep dengesinin bozulması nedeniyle teşebbüslerin benzer şekilde davranması tek başına uyumlu eylem olmayacaktır. Nitekim RK uygulamasında uyumlu eylemin ortaya çıkması için uzun süre içerisinde devam eden ve haklı açıklanabilir gerekçelere dayanmayan bir uyumun olması gerekir. Ayrıca uyumlu eylemin varlığı için teşebbüsler arasında uyuşma seviyesinde olmasa da bazı temasların varlığı da genel olarak aranmaktadır.

Son olarak hatırlatmakta fayda vardır ki kriz döneminde teşebbüsler rekabet hukuku kurallarını göz ardı etmemelidir. Hatta kamu kurumlarının desteği ve yönlendirmesi ile kanunun ihlal edilmesi durumunda dahi rekabet otoritesi müdahale edebilecektir. Örneğin bir haberde kolonya ve benzeri ürün üreticilerinin bir

kamu kurumu nezdinde bir araya gelerek fiyata ilişkin taahhütlerde buldukları yer almaktadır¹². Anlaşıldığı kadarı ile bu davranış bir düzenlemeye dayanmamaktadır. Bu durum teşebbüslerin tek taraflı davranış yerine bir anlaşma ile meydana gelmiş ise rekabet ihlali olarak değerlendirilebilir. Devletin düzenleyici gücünü kullanmadan aldığı kararlar ve teşvikleri veya diğer teşebbüslerin zorlamaları üzerine alınan teşebbüs kararları kanunun uygulanmasını engellemez. Nitekim RK Ceza Yönetmeliği'nde bu durumların ancak uygulanacak cezada indirim sebebi olabileceğine yer verilmiştir. Bu durumda teşebbüsler ancak RK'dan muafiyet alarak sorumluluktan kurtulabilirler.

b. Dikey Anlaşmalar Açısından Değerlendirme

Dikey anlaşmalar mal ve hizmet tedarikinin farklı seviyelerdeki teşebbüsler arasındaki anlaşmaları ifade eder. Dikey anlaşmaların yapılması tedarik zincirinde kaçınılmaz olduğu için Rekabet Kurumu'nun 2002/2 sayılı Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında bazı yasaklar dışında ilgili tebliğde belirtilen şartları taşıyan dikey anlaşmalara muafiyet verilmiştir. Kriz döneminde üst pazardaki teşebbüslerin arzı kısma, yeniden satış koşullarını belirleme ve rekabet etmeme yükümlülüğü getirme gibi davranışları daha yoğun bir şekilde uyguladığı görülmektedir. Bu dönemde ilk olarak tartışma, internet ortamında ve özellikle de pazaryeri olarak adlandırılan çok satıcının bir araya geldiği platformlardaki davranışlar ile alevlenmiştir. Normalde 3 TL civarında fiyatı olan bir makarnanın asıl fiyatının 45 TL olarak bir makarnanın asıl fiyatının bile 15 TL olmasına ilişkin haberler tepkiyle karşılanmıştır¹³. Nitekim benzer durumlar nedeniyle bazı ülke otoriteleri platformlar hakkında soruşturma başlatmış ve bu fiyatların düzenlenmesini istemişlerdir. Örneğin İtalya, Amazon ve eBay hakkında,

oluşan bu aşırı fiyatlar hakkında soruşturma açmıştır¹⁴.

Söz konusu tartışmalar kapsamında bu başlıkta, ilk değerlendirmem Hepsiburada, N11, Trendyol gibi online pazaryerlerinin sorumlulukları açısından yapacağım. Aslında pazaryerleri alt sağlayıcı tarafından satılan malın veya hizmetin bu teşebbüse arzını sağlayan konumunda değildir. Bu nedenle de platformlar ile sağlayıcılar arasında mal ve hizmet sağlanması açısından prensip olarak dikey ilişki mevcut değildir. Aralarındaki ilişki başka acentelik ilişkisi olarak tanımlanabilecek online pazaryeri sağlanması ilişkisi şeklinde değerlendirilebilir. Bu nedenle platformların fiyatlara müdahale etmesi temel olarak mümkün olmadığı gibi böyle bir uygulama ortaya daha büyük rekabetçi sorunlar çıkarabilir. Bu nedenle de kanaatimce platformlar, mal ve hizmet sağlayıcılar ile yaptıkları sözleşmeye dayanarak sadece aldatıcı ve yanıltıcı boyuttaki ve açık sömürücü düzeye ulaşmış fiyatlar nedeniyle yer sağlamayı sonlandırabilirler. Bu durum haklı gerekçeye dayandığı için rekabet hukukuna aykırı olmayacaktır.

Öte yandan bazı ürünlerin geleneksel kanaldaki perakende fiyatlarında da aşırı artışların olduğu görülmüştür. Bu durum üreticiden kaynaklanacağı gibi alt kanaldaki satıcılardan da kaynaklanabilir. Üreticilerden kaynaklı fiyat artışı olmadığı durumlarda bu durum üreticinin itibarı açısından da iyi değildir. Gözlemediğim kadarı ile fırsatçılık genelde perakende seviyesinde görülmektedir. Bu durumda Dikey Tebliği uyarınca üreticinin yeniden satış için azami fiyat belirlemede bir sakınca yoktur. Böylece üretici bu koşullara uymayan teşebbüslere arzı kısıtabilir. Aslında ECN de benzer yönde tavsiyede bulunmuştur¹⁵. Bu durumda dikkat edilmesi gereken üreticinin azami fiyatı sabit fiyat gibi uygulamaması ve daha ucuza satmak isteyenlere müdahale etmemesi olmalıdır. Ayrıca perakende kanaldakiler de aralarında anlaşarak azami fiyatın altında satmama yollarına girmemelidir.

Dikey anlaşmalarda önemli bir başka husus da tek alıcıya sağlama yükümlülüğü gibi münhasır uygulamaların sınırlanabilmesidir. 2002/2 sayılı Tebliğ uyarınca belirli ürün pazarlarında %40 ve üzerinde pazar payına sahip teşebbüslerin münhasır uygulamalar yapması grup muafiyeti kapsamında değildir. Bu nedenle de pazar payı yüksek teşebbüslerin bireysel muafiyet almadan münhasırlık anlaşmaları yapması rekabete aykırı olacaktır. Bu durumda pazar payı yüksek teşebbüslerin bir yasal düzenleme olmadan veya bireysel muafiyet almadan tek bir alıcıya mal sağlamaları veya alıcıların tek bir sağlayıcıyla münhasır alım anlaşmaları yapması yaptırıma maruz kalmalarına sebep olabilir.

3- RKHK'nın 5. Maddesi Kapsamında Değerlendirme

Teşebbüslerin yaptığı ve rekabete aykırı unsurlar barındıran anlaşmalar bazı durumlarda tüketici faydasına olabilir. Bu durumda teşebbüsler RK'ya başvurarak teşebbüsler arasında rekabete aykırı unsurlar taşıyan bu tür anlaşmalar için Kanun'un 5. maddesinde yer alan şartların sağlanması koşuluyla muafiyet alabilirler. RK uygulamasında muafiyet tarafların başvurusu üzerine önceden verilebileceği gibi RK önüne gelen bir anlaşmaya sonradan da muafiyet tanıyabilir.

Muafiyete konu anlaşmalar farklı şekillerde söz konusu olabilir, ortak alım ve pazarlama, bilgi değişimi vb. hususlarda etkinlik yaratmak ve krizin etkisini azaltmak için anlaşmalar yapılabilir. Rekabet hukuku uygulamasında uzun yıllar genel ilke olarak ekonomik etkinlik sağlayan işbirliklerine muafiyet verilmiştir. Fakat COVID-19 krizi sadece ekonomik değil; kamu sağlığı gibi ekonomik olmayan faydalar sağlayan anlaşmaların da muaf tutulması gerektiğini hatırlatmıştır. Buna dayanarak İngiltere hükümeti de süpermarketlerin yeterli sayıda marketin açık kalmasını garanti etmek amacıyla işbirliği anlaşmaları yapmasına izin vermiştir¹⁶. Hollanda reka-

bet otoritesi de süpermarketlerin, gıda dağıtıcılarının ve ilaç şirketlerinin krizden kaynaklı sorunları çözmek için bilgi değişimi başta olmak üzere çeşitli işbirlikleri yapmasına izin vermiştir. Norveç hükümeti havayolu şirketlerinin insan ve eşya taşımayı sağlama için işbirliğine üç ay için muafiyet vermiştir. Yine ilaç şirketlerinin aşı bulmasına yönelik işbirliklerine de muafiyet tanınmıştır¹⁷.

Diğer taraftan muafiyet incelemesi, özellikle Kanun'da bir usul süreci öngörülmediği için, zaman alan; bazı hallerde 2 seneye kadar uzayabilen bir süreçtir. Oysa kriz durumunda muafiyet sürecini işletmek için yeterince zaman olmayabilir. Bu nedenle de bazı rekabet otoriteleri bu tür uygulamalara müdahale etmeyecekleri yönünde önceden açıklamalar yapmaktadır. Örneğin ECN yaptığı açıklamada kriz zamanında mal ve hizmet tedarikini sağlamak için gerekli ve geçici olmak koşuluyla bu tür anlaşmalara müdahale etmeyeceğini ve bu tür anlaşmalar yapmak isteyen şirketlerin şüphe duymaları durumunda gerekli desteği almak için ilgili rekabet otoritesine başvurmalarının yerinde olacağını açıklamıştır¹⁸.

Takip edebildiğim kadarı ile RK henüz bu açıklamalara paralel bir açıklama yapmamıştır. Açıklama yapılmış olsun veya olmasın kanaatimce bu tür uygulamaların rekabetçi endişeler düşünülerek yapılması ve öncesinde RK ve diğer ilgili kamu kurumlarına gerekli bilgilendirilmelerin yapılması yerinde olacaktır. Nitekim bu tür uygulamalarda dengeyi tutturmak çok zordur. Şartları açık ve net belirlenmemiş işbirliği ve bilgi değişimi RKHK'nın 4. maddesine aykırı olarak değerlendirilebilir. Özellikle bu koordinasyon fiyat artışlarına sebep oluyorsa daha da riskli olacaktır. Bu nedenle de teşebbüslerin başta rekabet otoritesi olmak üzere tüm kamu kurumlarının bilgisi dahilinde hareket etmesi riskleri azaltmak açısından bir gerekliliktir.

Kanaatimce krizlerdeki oluşan geçici ve kısa süreli dönemdeki ekonomik koşullara dayanan sınırlamalar nedeniyle teşebbüslerin belirli ürün pazarlarında güçlü duruma gelmesi tek başına bu teşebbüslerin hâkim durumda sayılmasına yetmeyecektir.

Diğer taraftan rekabet otoritesi önüne gelen muafiyet değerlendirmelerinde sadece ekonomik faydayı değil kamu sağlığı gibi ekonomik olmayan amaçları düşünerek hareket etmelidir. Son önerim ise RK'nın bir açıklama yaparak bu konuda yol gösterici olması gerektiği yönündedir.

4- RKHK'nın 6. Maddesi Kapsamında Değerlendirme

RKHK'nın 6. Maddesi hâkim durumdaki teşebbüslerin kötüye kullanmalarını yasaklamaktadır. Kötüye kullanma, sömürücü veya dışlayıcı davranışlar ile ortaya çıkarılabilir. Kriz durumunda ortaya çıkan aşırı fiyat, ayrımcılık, bağlama gibi uygulamalar bu davranışlara örnek olarak verilebilir.

Hâkim durum genel olarak piyasadaki parametreleri belirleme gücü olarak tanımlanmıştır. Hâkim durumun tespiti için belirli mal veya hizmet piyasasındaki başta pazar payı olmak üzere giriş engelleyen muhtelif ekonomik ve yasal parametreler dikkate alınmaktadır. Ayrıca gücün belirli bir süre devam edecek nitelikte olması gerekir. Hâkim durum belirlenirken ilgili ürün ve coğrafi pazar tanımları önem arz etmektedir. Kriz dönemlerinde hâkim durum tanımının arz ve diğer kısıtlara dayanılarak yeniden tanımlanması gerektiği tartışmaları gündeme gelebilir. Örneğin ithalat, üretim kısıtları, stokların tükenmiş olması gibi nedenlerle bir ürünün sağlanmasında tek bir teşebbüsün

güçlü duruma gelmesinin bu teşebbüsün hâkim durumda sayılmasına sebep olup olmayacağı tartışılabilir. Nitekim hâkim durumun daha esnek yorumlanması gerektiği yönünde tartışmalar uzun zamandır devam etmektedir.

Kanaatimce geçici ve kısa süreli kriz dönemlerindeki ekonomik koşullara dayanan sınırlamalar nedeniyle teşebbüslerin belirli ürün pazarlarında güçlü duruma gelmesi tek başına bu teşebbüslerin hâkim durumda sayılmasına yetmeyecektir. Yine seyahat kısıtlarından dolayı coğrafi pazarın kısa süreli dar kabul edilmesi o bölgedeki teşebbüsleri hâkim duruma getirmeyecektir. Ancak gerek ürün teminindeki zorlukların gerekse coğrafi hareket kısıtlarındaki sınırlamaların uzun sürmesi durumunda hâkim durum tartışmaları yapılmaya başlanacaktır. Bu nedenle de kısa dönemdeki kısıtlar nedeniyle güçlü konuma gelen ve fırsatçı davranan teşebbüslere RKHK 6. maddesinin uygulanamayacağı kanaatindeyim.

Bununla birlikte zaten hâkim durumda olan örneğin patentli, markalı tıbbi ilaç ve diğer malzeme sağlayıcılarının, ya da ulaşım gibi, telekomünikasyon hizmeti gibi temel ihtiyaçları sağlayan teşebbüslerin sömürücü davranarak hâkim durumlarını kötüye kullanmaları RKHK 6. madde kapsamına girebilir. Örneğin son zamanlarda Avrupa'nın bazı ülkelerinde ilaç şirketlerinin aşırı fiyat uyguladıklarına dair soruşturmalar vardır¹⁹. Fakat burada kısa süren fırsatçı davranışlar rekabet hukuku kapsamına sokulmayabilir. Tabii ki bu süreler farklı yorumlanabilir. Mesela RK Tüpraş kararında 45 gün süren aşırı fiyat uygulamasını ihlal tespiti için yeterli bulmuş idi.

Sonuç olarak kriz döneminde hakim durumda olmayan teşebbüslerin kısa süren fırsatçı davranışlarından ziyade hali hazırda hakim durumda olan ya da kısıtların belirli süre devam etmesinden kaynaklı olarak hakim duruma gelen teşebbüslerin davranışlarının RKHK 6. madde kap-

samında yaptırıma uğrama riski daha fazladır.

5- RKHK'nın 7. Maddesi Kapsamında Değerlendirme

Kriz dönemleri aynı zamanda teşebbüslerin birleşme ve devralma faaliyetlerinin de zorunlu olarak arttığı dönemler olabilmektedir. 2010/4 sayılı Tebliğ uyarınca belirli ciro eşiklerini aşan teşebbüslerin RK'dan izin alma zorunluluğu vardır. RKHK 7. madde uyarınca hâkim durum yaratan birleşme ve devralmalara izin verilmeyecektir.

İlk olarak belirtmek gerekir ki COVID-19 krizi nedeniyle rekabet otoriteleri de insan kaynaklarını kısıtlı olarak kullanabilmektedir. Her ne kadar RK henüz bu yönde bir çağrı yapmamış olsa da yabancı birçok rekabet otoritesi acil olmayan birleşme ve devralmaların bildirimini ertelenmesi çağrısında bulunmuştur²⁰. Türkiye'de de teşebbüslerin bu hususa dikkat etmesi yerinde olacaktır.

Fakat bazı durumlarda acil devralmalar gerekebilir. Örneğin krizden kaynaklı zor durumda olan şirketlerin acilen el değiştirmesi gerekebilir. Bu durumda batan firma savunması kapsamında RK başvuru ele almalı ve özellikle kamu sağlığı ve ekonomik etki açısından toplumsal etkisi olan işlemlerde RK hakim durum yaratma analizlerini daha esnek yorumlayarak bu işlemlere izin vermelidir. Ayrıca kriz dönemlerinde acil ürün ve hizmetlerin sağlanması için bazı ortak girişimlerin kurulması söz konusu olabilir. Yine RK bu tür başvurulara ivedilikle karar vermelidir.

6- RKHK'nın Uygulama Usulü Açısından Değerlendirme

Rekabet otoriteleri genelde piyasa gözlemcisi olup teşebbüslere ilişkin regülasyon kurumu olarak algılanmak istememişlerdir. Bu nedenle de piyasaya müdahaleyi merkezi hükümete ve ilgili kamu kurumlarına bırakarak rekabet hukuku uygulaması için uyarıcı nitelikte açıklamalar yapmak yönünde hareket etmektedirler. Bunların yanı sıra RKHK, RK kararlarının ne şekilde alınacağına ilişkin önemli usul hükümleri getirmiştir.

Bu usullere uyulmadan alınan kararların yargı denetimi sonucunda geçersiz sayılması söz konusu olabilir.

Rekabet otoritelerindeki çalışanların da virüsten etkilenmemesi için gerekli önlemlerin alınması gereklidir. Yabancı ülkelerdeki birçok otoritenin acil olmayan işleri erteleyerek esnek çalışma usulüne geçtiği görülmektedir. Her ne kadar RK bu yönde bir açıklama yapmamış olsa da kamu kurumlarına tanınan esnek çalışma düzenlemesinden yararlanabilir. Nitekim RK kısa süre önce yaptığı açıklamalarda sözlü savunma toplantılarının ertelendiğini duyurmuştur.

Diğer taraftan COVID-19 ile ilgili devam eden süreçte piyasanın acil durumlarda etkin ve hızlı karar alması gerekliliği ortaya çıkmıştır. Bu nedenle RK hem acil çözüm gerekliliği hem de teşebbüslerin cezalandırılma korkusu nedeniyle çekingenliklerini önlemek için gerektiğinde hızlı karar alabilmelidir. Fakat RKHK'da yer alan ve ciddi bir zaman gerektiren usul hükümleri acil durumlar ile mücadelede yetersiz kalacaktır. Bu kapsamda kriz sonrasında mevzuatın kriz ile mücadeleyi daha etkin kılacak değişiklikler içermesi ve acil durumda piyasada rekabeti tesis için ihtiyati tedbirler uygulama gibi karar almayı kolaylaştırıcı hükümler içerecek şekilde güncellenmesi yerinde olacaktır.

Her ne kadar RK çalışmaları aksamış olsa da teşebbüsler rekabet ihlallerinden kaynaklı yaptırımlarda zamaşımı süresinin sekiz yıl olduğu gerçeği ile hareket etmelidir. Teşebbüslerin kurumun etkin çalışmasının önündeki engellerden faydalanarak ve piyasadaki aşırı hareketlilikten kaynaklı fırsatçı davranışlarda bulunmaları durumunda her şey normale döndüğünde etkin bir soruşturmaya maruz kalmaları oldukça muhtemeldir. Ayrıca rekabet otoriteleri idari yaptırımları belirlerken belirli sınırlamalara tabi olsalar da takdir hakları esasında oldukça geniştir. Nitekim bu takdir hakkı özellikle toplumsal sağlık krizinden faydalanarak yapılan rekabete aykırı davranışlara verilecek cezanın üst sınırlardan verilmesi ile sonuçlanabilir.

Dipnotlar

- ¹ Sunumun videosu için bakınız: <https://www.youtube.com/watch?v=nfb17Q5mPq0&t=1299s>
- ² Açıklama şu şekildedir: "Küresel COVID-19 salgınının yaşandığı günlerde, yaş meyve ve sebze piyasası başta olmak üzere ülkemiz gıda piyasasında fırsatçı bir yaklaşımla fahiş fiyat artışları yapıldığı gözlenmektedir. Tüketici refahını korumak ve etkin rekabet koşullarını bozan eylem ve işlemlerinin önüne geçmek üzere yetkilendirilmiş Rekabet Kurumu, söz konusu fiyat artışlarını ve bu artışta katkı sağlayan tüm aktörleri yakından takip etmektedir. Bu kapsamda, yaş meyve ve sebze başta olmak üzere gıda piyasasında rekabeti bozucu eylemlerde bulunan kişi ve kurumlar (üretici, aracı, taşıyıcı, nihai satıcı gibi her türlü aktör) hakkında Rekabet Kanunu ile belirlenen en ağır idari para cezası uygulanacaktır." <https://www.kamupersoneli.net/ekonomi/rekabet-kurumu-baskani-duyurdu-agir-cezalar-geliyor-h88301.html>
- ³ https://ec.europa.eu/competition/ecr/202003_joint-statement_ecn_corona-crisis.pdf
- ⁴ <https://www.gov.uk/government/news/cma-launches-covid-19-taskforce>
- ⁵ <https://www.aa.com.tr/tr/koronavirus/icisleri-bakani-soyulu-maske-ureticileri-saglik-bakanligiyla-sozlesme-yapmazlarsa-fabrikalarina-el-koyariz/1775401>
- ⁶ <https://www.france24.com/en/20200304-france-to-regulate-price-of-hand-sanitisers-amid-coronavirus-outbreak>
- ⁷ <https://www.trthaber.com/haber/ekonomi/koronavirus-firsatcilarina-ceza-yagdi-470304.html>
- ⁸ <https://www.debrauw.com/legalarticles/coronavirus-and-competition-law-state-aid-merger-control-crisis-cartels-and-price-hikes/>
- ⁹ <https://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/bakanlik-acikladi-kolonya-ureticileri-fiyatlarini-artirmayacak-41473933>
- ¹⁰ https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/11513_irish-beef-case-vijver.pdf
- ¹¹ <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/uzmanlik-tezleri/83-pdf>
- ¹² <https://www.sozcu.com.tr/2020/ekonomi/bakanlik-8-kolonya-ureticisi-zam-yapmamayi-taahhuttetti-5691763/>
- ¹³ <https://t24.com.tr/haber/trendyol-dan-45-liradan-15-liraya-dusen-makarna-aciklamasi,866046>
- ¹⁴ <https://www.competitionpolicyinternational.com/italy-probes-amazon-ebay-over-price-hikes-over-coronavirus/>
- ¹⁵ <https://webgate.ec.europa.eu/multisite/ecn-brief/en/brief/editorial>
- ¹⁶ <https://www.debrauw.com/legalarticles/coronavirus-and-competition-law-state-aid-merger-control-crisis-cartels-and-price-hikes/>
- ¹⁷ <https://www.debrauw.com/legalarticles/coronavirus-and-competition-law-state-aid-merger-control-crisis-cartels-and-price-hikes/>
- ¹⁸ <https://webgate.ec.europa.eu/multisite/ecn-brief/en/brief/editorial>
- ¹⁹ <https://united-kingdom.taylorwessing.com/en/insights/court-of-appeal-judgment-confirms-that-pfizer-and-flynn-should-not-yet-be-fined-for-excessive-pricing-of-anti-epilepsy-drug>
- ²⁰ <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/coronavirus.html>