

Covid-19 ile Mücadele Sürecinde Kriz Kartelleri

Av. Göktuğ Can Burul, LL.M, Esq.
E-posta: goktugburul@bka-law.com

Coronavirüs salgını tüm dünyada hem sosyal hem de ekonomik büyük olumsuz etkiler yarattı. Dünyada olduğu gibi ülkemizde de alınan zorunlu tedbirler karşısında farklı birçok sektörde faaliyet gösteren teşebbüsler de süreçte ayakta durmaya çalışırken bu yazımızda, Rekabet Kurulu tarafından 07.05.2020 tarihinde içerisinde market zincirlerinin de bulunduğu 29 teşebbüse karşı soruşturma başlatılmasına ilişkin yapılan duyuru kapsamında, ekonomik açıdan faydalı olarak da kabul edilebilecek olan “kriz karteli” kavramını genel hatlarıyla inceleyeceğiz.

Salgın Süreci ve Rekabet

2019 yılının Aralık ayında Çin Halk Cumhuriyeti’nden tüm dünyaya yayılan coronavirüs ve virüsün neden olduğu Covid-19 hastalığının tüm dünyada, hem yerel hem küresel ekonomilerde, çok büyük olumsuz etkilerinin olduğu ve olmaya devam edeceği de açıktır. Yaşamakta olduğumuz bu süreçten farklı farklı sektörlerde faaliyet gösteren birçok şirket oldukça olumsuz etkilenmiş ve hala da etkilenmekte olmakla birlikte gelecekte sürecin ne zaman sonlanacağı ve 2020 yılı öncesi sosyal ve ekonomik düzene de ne zaman geri dönebileceği sorusuna, virüsün hala yayılmaya devam etmesi ve sonlandığında dahi tekrar yayılma riskinin bulunması karşısında net bir yanıt verilememektedir. Bu süreçte her bir

ülke virüsün yayılmasını durdurma amacıyla toplumsal tedbirler almanın yanında salgının yol açtığı ekonomik yıkımı engeleyebilme umuduyla birçok ekonomik tedbir de almaktadır.

Bu bağlamda, coronavirüs salgını sonucunda içinde bulunduğumuz 2020 yılı içerisinde tüm dünyanın aynı zamanda sosyal ve ekonomik bir kriz ile de karşı karşıya bulunduğu söylenebilecektir. Dolayısıyla, söz konusu krizden etkilenen birçok şirket de süreçte ayakta durmaya çalışırken kamu otoriteleri de aynı zamanda kriz fırsatçılığını önlemeye ve tüketicilerin salgın dışında aynı zamanda ekonomik fırsatçılık nedeniyle de zarara uğramasının önüne geçmeye çalışmaktadırlar.

Rekabet Kurulu Tarafından İçerisinde Market Zincirlerinin de Bulunduğu 29 Teşebbüse Karşı Başlatılan Soruşturma

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (“*Rekabet Kanunu*”) da rekabeti engelleyici uygulamalar sonucunda piyasaları bozucu etki doğurarak tüketicilerin zararına sebep olan teşebbüslere karşı kamu otoritesinin elinde bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır. Her ne kadar Rekabet Kanunu’nu uygulanmasıyla atılabilecek adımlar hızlı ya da derhal etki yaratacak nitelikte olmasa da salgın sürecinin içerisinde ya da yapılabilecek soruşturmalar sonucunda salgın sürecinin sonunda dahi olsa geleceğe dönük şekilde caydırıcı etkiye sahip olabilecektir¹.

Buna uygun şekilde, Rekabet Kurulu da daha önce süreci takip edeceğine yönelik yapmış olduğu açıklamalara ek olarak 07.05.2020 tarihinde almış olduğu karar ile içerisinde market zincirlerinin de bulunduğu 29 teşebbüs hakkında soruşturma başlattığını duyurmuştur². Söz konusu duyuruda, Rekabet Kurumu’nun salgının başından beri uyarılarda ve inceleme duyurularında bulunduğu, soruşturma başlatılmasına ilişkin karar öncesinde yaklaşık bir ay süreyle yapılan analizlerde özellikle fahiş fiyat artışlarına ilişkin olarak rekabet hukuku ihlallerinin olabileceği kanaatine varıldığı ve Rekabet Kurumu’nun işbu soruşturmayı normal süreçlerden daha hızlı tamamlayabileceği çıkarımının yapılabileceği ile aynı zamanda

zincir marketlere ilişkin olarak devam eden bir sektör incelemesinin de bulunduğu belirtilmektedir.

Söz konusu duyuru dikkate alındığında duyuruda yer alan “fahiş fiyat artışına ilişkin ihlallerin olabileceği yönünde güçlü kanaatin bulunması” ifadesinin henüz soruşturma aşaması tamamlanmadan açık bir ihlalin varlığının tespit edilmiş olabileceği şeklinde yorumlanabilecek olması dışında, “sürecin normal süreçlerden daha hızlı tamamlanacağını varsayılabilirliğine” ilişkin ifade de dikkat çekmektedir. Zira, söz konusu ifade ile yukarıda da belirttiğimiz üzere Rekabet Kanunu’nun uygulanması halinde hemen sonuç alınmayacak olsa da süreç sonunda kanunun caydırıcılık fonksiyonunun mümkün olduğunca etkin şekilde kullanılmak istendiği düşünülmektedir. Buna karşılık, Rekabet Kurumu tarafından her ne kadar sürecin normal süreçlerden daha hızlı tamamlanacağını varsayılabilirliği belirtilmiş olsa da soruşturma sürecinin çerçevesinin kanun tarafından çizilmiş olduğu, belirli süreçlerin tamamlanması gerektiği ve buna ek olarak karara karşı kanun yollarına başvurulabileceği dikkate alındığında, tüm sürecin tamamlanmasının herhalükarda önemli ölçüde bir süre alacağı açıktır.

Buna ek olarak, Rekabet Kurulu tarafından 29 teşebbüse karşı soruşturma başlatılmış olmasına ilişkin yapılan duyuru kapsamında fahiş fiyat artışı dışında anlaşma, uyumlu eylem ya da hakim durumun kötüye kullanılması gibi

¹ Buğra Kesici/A. Furkan Sorkun, “COVID-19 Salgını Döneminde Gerçekleşen Fiyat Artışlarına Rekabet ve Haksız Rekabet Hukuku Enstrümanları ile Ne Şekilde Müdahale Edilebilir?”, (Çevrimiçi: <https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-doneminde-gerceklesen-fiyat-artislarina-rekabet-ve-haksiz-rekabet-hukuku-enstrumanlari-ile-ne->

[sekilde-mudahale-edilebilir/amp/](https://www.rekabet.gov.tr/(X(1)S(jl0nd20n25pvapds5xu2b3nx))/tr/Guncel/aralarinda-zincir-marketlerin-de-bulundu-8828c79f5f90ea11811a00505694b4c6?AspxAutoDetectCookieSupport=1) , Son Erişim: 09.05.2020)

² Rekabet Kurumu Duyurusu (Çevrimiçi: [https://www.rekabet.gov.tr/\(X\(1\)S\(jl0nd20n25pvapds5xu2b3nx\)\)/tr/Guncel/aralarinda-zincir-marketlerin-de-bulundu-8828c79f5f90ea11811a00505694b4c6?AspxAutoDetectCookieSupport=1](https://www.rekabet.gov.tr/(X(1)S(jl0nd20n25pvapds5xu2b3nx))/tr/Guncel/aralarinda-zincir-marketlerin-de-bulundu-8828c79f5f90ea11811a00505694b4c6?AspxAutoDetectCookieSupport=1) , Son Erişim: 09.05.2020)

başkaca hangi ihlallerin gerçekleşmiş olabileceğine dair bir ifade bulunmamaktadır. Ancak, soruşturmanın kapsamı ve soruşturmaya dahil edilen teşebbüs sayısı dikkate alındığında yapılacak soruşturmada anlaşma ve uyumlu eylem hususlarının da inceleneceği ve değerlendirileceği öngörülebilir. Bu doğrultuda soruşturma kapsamında bir kartel anlaşmasının varlığının bulunup bulunmadığı da inceleme konusu olabilecektir.

Bilindiği üzere, Rekabet Kanunu da Avrupa Birliği (“AB”) ile Amerika Birleşik Devletleri’ndeki (“ABD”) düzenlemelere paralel şekilde kartel anlaşmalarını genel olarak *per se* kanuna aykırı olarak kabul etmektedir. Ne var ki, içinde bulunduğumuz pandemi ve kriz süreci dikkate alındığında soruşturma kapsamında kalabilecek olan kartel iddiasına karşılık teşebbüsler tarafından “*kriz karteli*” savunmasının ileri sürülmesi gündeme gelebilecektir.

Kriz Karteli Savunması

Kriz dönemlerinde sektördeki varlıklarını koruma gayreti doğrultusunda teşebbüsler açısından rakipleri ile “yardımlaşma” ya da başka masum herhangi bir ad altında iletişim veya işbirliği her ne kadar daha da cezbedici olabilecek ise de bu iletişim ya da işbirliğinin birçok zaman rekabet hukuku kurallarını ihlal edebileceği unutulmamalıdır. Bu kapsamda, daha önceden de kriz dönemlerinde teşebbüsler, ortak olan sorunlarına yine ortak bir çözüm bulabilmek amacıyla yardımlaşma ya da işbirliğine giderek, örneğin aşırı üretim kapasitesini sınırlama gibi anlaşmalar yapmışlardır. Bu şekilde oluşan kartellere

ilişkin olarak “*kriz karteli*” kavramı kullanılmakla birlikte bunlara karşı gerçekleştirilen soruşturmalar kapsamında da söz konusu teşebbüsler savunma olarak kriz dönemini ve söz konusu krizin sektördeki tüm teşebbüsleri pazar dışına itebileceği savunmasını ileri sürmüşlerdir.

Gerçekten de kriz dönemlerinde ilgili sektörde faaliyet gösteren teşebbüslerin yeterli mali kaynaklara sahip olmaması halinde pazar dışına itilmesi ve kriz döneminin sonunda pazarda daha az sayıda teşebbüs kalması sonucunda rekabetin olumsuz olarak etkilenmesinin ve tüketicilerin bu halde daha yüksek fiyatlarla ya da daha az seçim imkanıyla karşı karşıya kalmasının arzu edilir bir sonuç olmadığı ortadadır³.

Ekonomik açıdan kriz kartellerinin tüketici faydasına sonuçlar doğurabileceği kabul edilmekle birlikte AB Komisyonu’nun (“Komisyon”) 1982 tarihli 12. Rekabet Politikası Raporu’nda⁴ Komisyon tarafından söz konusu kartellerin hukuka uygun olabilmesi için (i) yapısal kapasite fazlalığının varlığı, (ii) geçici olmayan bir krizin varlığı ve sektörün kalıcı olarak değişmesi, (iii) krizden sektördeki tüm teşebbüslerin etkilenmesi, (iv) faaliyet zararlarının ortaya çıkması, (v) talepteki düşüşün anlık olmaması ve geçmişinin olması ve (vi) krizin yakın zamanda ortadan kalkacağına dair bir bilginin mevcut olmaması öngörülmüştür. Komisyon bu açıdan, şartların sağlanması halinde ve sektörel inceleme sonucunda muafiyet tanınabileceğini ancak bu tür anlaşmaların sadece fazla kapasitenin azaltılmasına yönelik olması gerektiğini ve fiyat

³ Maverick Advocaten NV, Crisis cartels and state aid as a solution to the corona pandemic, (Çevrimiçi: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d2>

[e24ec6-6fb2-4f84-8306-a74df7a601ee](https://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/ar_1982_en.pdf) , Son Erişim:10.05.2020)

⁴https://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/ar_1982_en.pdf , Son Erişim 10.05.2020

belirlenmesi gibi sonuçlara yol açmaması gerektiğini belirtmektedir⁵.

Avrupa Adalet Divanı'nın 1984 tarihli (Case C-29/83, Compagnie Royale Asturienne des Mines SA and Rheinzink GbmH v the Commission) kararında da limitsiz şekilde ürün tedarikine ilişkin olarak süresiz bir anlaşmanın gerçekleştirilemeyeceği belirtmekle birlikte bu durumun *force majeure* teşkil edebilecek durumlarda, gerçek bir kriz olarak kabul edilebilecek hallerde hukuka uygun olabileceğini belirterek "*kriz karteli*" savunmasına gözkırpmıştır.⁶ Yukarıda belirtilen ilkeler açısından da Komisyon, 1984 tarihli *Synthetic Fibres*⁷ kararında, teşebbüsler arasındaki anlaşmanın kısıtlı süresi, sentetik kablo sektöründeki fazla kapasite ve anlaşmanın amacının kapasitenin azaltılarak daha ekonomik bir seviyede faaliyet gösterilmesi olduğunu dikkate alarak anlaşmaya izin vermiş ancak anlaşmanın bilgi değişimi için bir araç olarak kullanılmaması gerektiğini de belirtmiştir. Buna karşılık Komisyon, kaynaklı çelik tel üreticilerine

ilişkin olarak vermiş olduğu başka bir kararda⁸ ise ekonomik gerileme sürecinde fiyat ve teslimat kotalarının belirlenmesine ilişkin anlaşma ve uyumlu eylemlere muafiyet verilmesini reddetmiştir⁹. Görüldüğü üzere, Komisyon tarafından *kriz kartellerine* muafiyet tanınmasına ilişkin esaslar ve şartların sağlanması zor olmakla beraber Komisyon ayrıca kriz durumlarında teşebbüslerin kendi aralarında anlaşma yapmamaları gerektiği ve bu hususa ilişkin yapılacak anlaşmaların Komisyon'a bildirmesi gerektiğini vurgulamaktadır¹⁰.

Ülkemizde ise *kriz kartellerine* ilişkin değerlendirme Rekabet Kurulu'nun *Seramik* kararında¹¹ gerçekleştirilmiş olup söz konusu kararda teşebbüslerden bir kısmı tarafından *kriz karteli* savunması ileri sürülmüş olmasına rağmen bu savunma Rekabet Kurulu tarafından kabul görmemiştir. Rekabet Kurulu, *kriz karteli* savunmasının ABD'de kabul edilmediğini ve AB'de de çok istinaî durumlarda kabul edildiğini belirtmiş ve bu savunmanın ileri sürülebilmesinin ön şartı olarak aşırı

⁵ Osman Can Çatalcalı, "Kartel Teorisi, İhracat Kartelleri ve Kriz Kartelleri", s. 51-52 (Çevrimiçi: <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/uzmanlik-tezleri/83-pdf> , Son Erişim: 10.05.2020)

⁶ <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=591831E76D3CB62BDF91769FD0585824?text=&docid=92431&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=573422> , Son Erişim: 09.05.2020

⁷ Avrupa Komisyonu'nun 4 Temmuz 1984 tarihli *Synthetic fibres* kararı (Çevrimiçi: <https://op.europa.eu/o/opportal-service/download-handler?identifier=b8836b3d-d6e0-4fb4-87af-dc953fb4d5e1&format=pdf&language=en&productionSystem=cellar&part=> , Son Erişim: 10.05.2020)

⁸ Avrupa Komisyonu'nun 2 Ağustos 1989 tarihli *Welded Steel Mesh* kararı (Çevrimiçi: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31989D0515> , Son Erişim: 10.05.2020)

⁹ Kromann, Reumert: "Covid-19: Lawful cooperation or crisis cartel?" (Çevrimiçi: <https://en.kromannreumert.com/News/2020/03/COVID-19-Lawful-cooperation-or-crisis-cartel> , Son Erişim: 10.05.2020)

¹⁰ Osman Can Çatalcalı, "Kartel Teorisi, İhracat Kartelleri ve Kriz Kartelleri", s. 53, (Çevrimiçi: <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/uzmanlik-tezleri/83-pdf> , Son Erişim: 10.05.2020)

¹¹ Rekabet Kurulu'nun 22.04.2004 tarih ve 04-16/123-26 sayılı *Seramik* kararı (Çevrimiçi: <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=31486bd2-98ab-4f7d-a38c-0382f83b449a> , Son Erişim: 10.05.2020) Söz konusu karar Danıştay 13. Dairesi tarafından iptal edilmiş olmakla birlikte Danıştay'ın iptal kararı üzerine Rekabet Kurulu'nun 07-64/794-291 sayılı kararı verilmiştir. (Çevrimiçi: https://www.lexpera.com.tr/Appendix/REKABET-TR/RK801D20070803D2002144K0764794291_239827243_1.pdf , Son Erişim: 10.05.2020)

kapasitenin azaltılmasına yönelik bir anlaşmanın mevcut olmasının gerektiğini ve fiyat ya da kota anlaşmasının yapılmamasının gerektiğini vurgulamıştır¹². Söz konusu kararda her ne kadar Rekabet Kurulu tarafından kriz kartellerine ilişkin savunma reddedilmiş olsa da Rekabet Kurulu'nun, AB mevzuatını takip ettiği ve AB Komisyonu tarafından ortaya koyulan şartların – her ne kadar sağlanması zor da olsa – sağlanması halinde *kriz karteli* savunmasının kabul edilebileceği düşünülebilir.

Bu bilgiler ışığında, Rekabet Kurulu tarafından salgın sürecinde içerisinde market zincirlerinin de bulunduğu 29 teşebbüse ilişkin olarak başlatılan soruşturma kapsamında, her ne kadar duyuruda açıkça belirtilmiş olmasa da bir anlaşma ya da uyumlu eylemin varlığının tespiti halinde teşebbüsler tarafından *kriz karteli* savunmasının ileri sürülmesi gündeme gelebilecektir. İçinde bulunduğumuz salgın süreci dikkate alındığında AB Komisyonu'nun 12. Rekabet Politikası Raporu'nda öngördüğü "*talepteki düşüşün geçici olmaması*" ya da "*krizin ne zaman sonlanacağı hakkında bilgiye sahip olunmaması*" gibi şartların oluştuğu söylenebilecektir. Ne var ki, AB uygulamasından da görüldüğü üzere, kriz karteli savunması çok istinaî hallerde ve özel olarak fazla kapasitenin düşürülmesine yönelik anlaşmalara ilişkin olarak değerlendirilmekte ve fiyat ya da kota sabitleme gibi hususlara yol açması halinde söz konusu savunmanın kabulü mümkün görünmemektedir. Soruşturmaya ilişkin Rekabet Kurumu duyurusunda aşırı fiyatlandırmaya atıf yapıldığı dikkate alındığında da bir anlaşmanın varlığının tespiti halinde bu şartın sağlanmayacağı ihtimali – şu anda aşırı fiyatlandırma olarak öngörülen durumun düşürülen kapasiteden kaynaklanması

ihtimali dışında ki zaten aşırı kapasitenin azaltılması halinde dahi arz miktarı önemli ölçüde düşmeden fiyatların aşırı olarak yükselmesinin beklenmemesi gerekir - yüksek olmaktadır.

Tüm bunlar dışında, yine Rekabet Kurumu'nun duyurusu dikkate alındığında Rekabet Kurulu tarafından başlatılmış bir soruşturma bulunmakta olup sektördeki teşebbüsler tarafından Rekabet Kurulu'na muafiyet verilmesi için gerçekleştirilmiş bir başvuru mevcut değildir. Buna karşılık, hem AB Komisyonu tarafından verilen kararlarda hem de Rekabet Kurulu'nun *Seramik* kararında teşebbüslerin kriz hallerinde bu yönde yapacakları bir anlaşmayı kendi aralarında gerçekleştirmemeleri gerektiği ve mutlaka otoriteye bildirimde bulunmaları gerektiği vurgulanmaktadır. Anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının Kurul'a bildirilme yükümlülüğünün bulunmamasına rağmen *kriz karteli* savunmasının kabul edilebilmesi için teşebbüslerin kendi arasında bu yönde bir anlaşma yapmaması ve otoriteye anlaşmanın bildirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu kapsamda, bilindiği üzere 26 Mart 2020 tarihli ve 31080 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 7226 sayılı Kanun'un Geçici 1.maddesi uyarınca dava açma, icra takibi başlatma, başvuru, şikâyet, itiraz, ihtar, bildirim, ibraz ve zamanaşımı süreleri, hak düşürücü süreler ve zorunlu idari başvuru süreleri de dâhil olmak üzere bir hakkın doğumu, kullanımı veya sona ermesine ilişkin tüm sürelerin önce 30.04.2020 tarihine ve daha sonra da 15.06.2020 tarihine kadar uzatılmış olması dikkate alındığında, muafiyet başvurusu için kanunda öngörülmuş bir süre olmamakla birlikte soruşturmaya dahil olan teşebbüsler

¹² Osman Can Çatalcalı, "Kartel Teorisi, İhracat Kartelleri ve Kriz Kartelleri", s. 54, (Çevrimiçi:

<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/uzmanlik-tezleri/83-pdf> , Son Erişim: 10.05.2020)

tarafından, muafiyet başvurusunun salgın nedeniyle yapılamadığı ve Kanun lafzındaki “başvuru” ve “bildirim” ifadesi de dikkate alındığında *kriz karteli* savunması kapsamındaki bildirim yapılması şartının da söz konusu kanun kapsamında 15.06.2020 tarihine kadar ertelenmiş olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde bir savunma ileri sürülebileceği düşünülebilir. Ancak 7226 sayılı Kanun kapsamındaki düzenlemenin amacının bu kapsamdaki bir bildirim ertelenmesi olmadığı, *kriz karteli* açısından somut bir bildirim süresi ve/veya düzenleme bulunmadığı, bu bildirim savunmanın geçerliliği ve savunmanın kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla rekabet otoriteleri tarafından aranan bir şart olduğu dikkate alındığında bildirim yapılmamasına ilişkin bu yöndeki bir savunma denemesinin de kabul edilebilir olmayacağı düşüncesindeyiz.

Sonuç

Sonuç olarak, yukarıdaki değerlendirmeler ışığında 07.05.2020 tarihinde Rekabet Kurumu tarafından duyurusu yapılan ve içerisinde market zincirlerinin de bulunduğu 29 teşebbüse ilişkin olarak başlatılan soruşturma kapsamında teşebbüsler tarafından ileri sürülebilecek *kriz karteli* savunmasının Rekabet Kurulu tarafından kabul edilemeyeceği görüşündeyiz.

Bu doğrultuda, coronavirus salgını nedeniyle ülkemizin ve tüm dünyanın her ne kadar hem toplumsal hem de ekonomik bir kriz içerisinde bulunduğu kabul edilebilecek olsa da bu kriz ve pandemi durumu, rekabet otoriteleri tarafından rekabet hukuku kurallarının uygulaması açısından ya da teşebbüsler arasında rekabete aykırı şekilde işbirliği yapılması için bir istisna olarak kabul edilmemektedir.

Bu kapsamda, içerisinde bulunduğumuz süreçte teşebbüslerin, açık kaynaklardan elde

edilebilecekler dışında hassas ticari bilgileri tek taraflı olsun ya da olmasın paylaşımını gerçekleştirmeme hususunda daha da dikkatli olmaları ve rakip teşebbüslerle iletişimde bulunmamaları ya da iletişimi mümkün olan en düşük seviyede tutmaları tavsiye edilmektedir.