

İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ PROGRAMLAR ENSTİTÜSÜ
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

AVRUPA BİRLİĞİ VE TÜRKİYE REKABET HUKUKUNDA ALICI
GÜCÜ VE ALICI GÜCÜNE YÖNELİK REKABET POLİTİKASI
TASARIMI

Dilan ALMA
118613019

Doç. Dr. Kerem Cem SANLI

İSTANBUL
2021

Avrupa Birliği ve Türkiye Rekabet Hukukunda Alıcı Gücü ve Alıcı Gücüne
Yönelik Rekabet Politikası Tasarımı
(Buyer Power in the EU and Turkish Competition Law and Competition Policy
Design for Buyer Power)

Dilan Alma

118613019

Tez Danışmanı: **Doç. Dr. Kerem Cem SANLI** (İmza)

İstanbul Bilgi Üniversitesi

Jüri Üyeleri: **Dr. Öğr. Üyesi Muzaffer EROĞLU** (İmza)

Boğaziçi Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi Kadir BAŞ (İmza)

Marmara Üniversitesi

Tezin Onaylandığı Tarih :

Toplam Sayfa Sayısı :

Anahtar Kelimeler (Türkçe)

- 1) Alıcı Gücü
- 2) Rekabet Hukuku
- 3) Alıcının Pazarlık Gücü
- 4) Monopson
- 5) HTM Perakendeciliği

Anahtar Kelimeler (İngilizce)

- 1) Buyer Power
- 2) Competition Law
- 3) Bargaining Buyer Power
- 4) Monopsony
- 5) FMCG Retailing

ÖNSÖZ

Bu çalışma yaklaşık iki senelik bir çabanın ürünü. Ancak bu uzun süreci benim için kolaylaştıran ve önerileriyle çalışmanın gelişmesine önemli katkılar sağlayan; dolayısıyla teşekkürü borç bildiğim pek çok kişi var. Şüphesiz en büyük teşekkür tez danışmanım ve kıymetli hocam Doç. Dr. Kerem Cem Sanlı'ya. Kendisinin rekabet hukuku öğrenmemde hem hukuk yüksek lisans programı kapsamında verdiği derslerle hem de Rekabet Hukuku ve Politikası Uygulama ve Araştırma Merkezi'nde kendisiyle bizzat çalışma fırsatı bulduğum dönemdeki emekleriyle oldukça önemli bir rolü var. Bütün bunlara tezin yazılması sürecindeki katkıları da eklenince kendisine ne kadar teşekkür etsem az... Titiz incelemeleri ve tezle ilgili değerli yorum, öneri ve uyarıları için tez jürimde bulunan kıymetli hocalarım Dr. Muzaffer Eroğlu ve Dr. Kadir Baş'a da büyük bir teşekkür borçluyum. Kendilerinden aldığım geri bildirimlerin, tezin eksikliklerini gidermemde çok önemli katkısı oldu.

Ayrıca tezi okuyup yorum ve önerilerini paylaşan iki kıymetli rekabet hukukçusu Gökşin Kekevi ve Cihan Doğan'a; hem tez yazım sürecimde verdiği motivasyon desteği hem de tezi yazmamı mümkün kılmak için çalışma saatlerime getirdiği esneklik için meslektaşım Phillip Rosenblatt'a; tezi her bıraktığımda oldukça başarılı biçimde yeniden başlamamı sağlayan ve şimdi epeyce uzaklarda olan sevgili arkadaşım Jason Parris'e ve yalnızca tez değil giriştiğim her işte bütün desteğiyle yanımda olan sevgili arkadaşım Onur Karabastık'a da çok teşekkür ederim. Ve elbette; başta annem ve babam olmak üzere beni uzun süreler göremeseler de desteklerini esirgemeyen sevgili aileme varlıkları ve emekleri için minnettarım.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	iii
İÇİNDEKİLER	iv
KISALTMALAR DİZİNİ	viii
ABSTRACT	xi
ÖZET.....	xii
GİRİŞ	1
ÇALIŞMANIN KONUSU VE AMACI.....	5
METODOLOJİ	7
BİRİNCİ BÖLÜM.....	9
ALICI GÜCÜNÜN EKONOMİSİ.....	9
1.1. ALICI GÜCÜNÜN TANIMI VE KAYNAKLARI	9
1.1.1. Alıcı Gücünün Tanımı.....	9
1.1.2. Monopson.....	19
1.1.3. Alıcının Pazarlık Gücü (<i>Bargaining Buyer Power</i>)	28
1.1.4. Perakende Sektörü Bakımından Alıcı Gücünün Kaynakları.....	32
1.2. ALICI GÜCÜNÜN EKONOMİK ETKİNLİK ÜZERİNDEKİ	
ETKİLERİ	37
1.2.1. Genel Olarak Ekonomik Etkinlik Kavramı.....	39
1.2.2. Alıcı Gücünün Ekonomik Etkinlik Üzerindeki Doğrudan Etkileri.....	44
1.2.4. Alıcı Gücünün Ekonomik Etkinlik Üzerindeki Doğrudan Olmayan	
Etkileri.....	51
1.2.5. Perakende Sektöründe Alıcı Gücünün Ekonomik Etkileri	53
İKİNCİ BÖLÜM	56
ALICI GÜCÜNÜN REKABET HUKUKU ANALİZİ	56
2.1. İLGİLİ PAZARIN BELİRLENMESİ	56
2.1.1. Genel Olarak Pazar Tanımı	56

2.1.2. Alıcı Gücü Bakımından Pazar Tanımı	60
2.2. ALICININ PAZAR GÜCÜNÜN BELİRLENMESİ.....	75
2.2.1. Genel Olarak Pazar Gücünün Belirlenmesi	75
2.2.2. Alıcının Pazar Gücünün Belirlenmesi.....	78
2.2.3. Temel Ölçütler	83
2.2.4. Pazar Gücünün Ölçülmesinde Kullanılan İndeksler	95
2.3. ALICININ [POTANSİYEL] REKABET KARŞITI DAVRANIŞLARI.....	99
2.3.1. Dışlayıcı Uygulamalar (<i>Exclusionary Conducts</i>).....	100
2.3.2. Sömürücü Uygulamalar (<i>Exploitative Conducts</i>)	120
2.3.3. Danışıklık (<i>Collusion</i>).....	125
2.3.4. Alıcıların Taraf Olduğu Birleşme-Devralmalar	129
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	139
ALICI GÜCÜNDEN DOĞAN REKABET HUKUKU ENDİŞELERİNE	
YÖNELİK REKABET POLİTİKASI TASARIMI	139
3.1. ALICI GÜCÜNE YÖNELİK REKABET HUKUKU POLİTİKASI	
BELİRLENMESİNDEKİ ZORLUKLAR.....	139
3.2. ALICI GÜCÜ VE REKABET HUKUKUNUN AMACI SORUNU:	
TÜKETİCİ REFAHININ ARTIRILMASI VE KÜÇÜK	
TEŞEBBÜSLERİN KORUNMASI	141
3.2. ALICININ TEK TARAFLI DAVRANIŞLARI İÇİN REKABET	
POLİTİKASI	145
3.2.1. Gıda Perakendeciliği Sektöründe Alıcı Gücüne Özel Hâkim Durum	
Eşiği	149
3.2.2. Yeni Bir İhlal Tipi Olarak Üstün Pazarlık Gücünün ya da Ekonomik	
Bağımlılığın Kötüye Kullanılması	151
3.2.3. Hâkim Durum Eşiğini Düşüren Düzenlemelere İlişkin Değerlendirme	153
3.3. ALICI KARTELLERİ, ORTAK ALIM GRUPLARI GİBİ YATAY	
ANLAŞMALAR İÇİN REKABET POLİTİKASI.....	154

3.4. ALICI GÜCÜNDEN KAYNAKLANAN DİKEY SINIRLAMALAR İÇİN REKABET POLİTİKASI: MUAFİYET REJİMİNİN GÖZDEN GEÇİRİLMESİ GEREKLİ Mİ?	156
3.5. ALICI GÜCÜYLE MÜCADELEDE YOĞUNLAŞMALARIN KONTROLÜ	157
3.6. HAKSIZ TİCARİ ŞARTLAR İÇİN DOĞRU ÇÖZÜM SEKTÖR SPESİFİK REGÜLASYON MU?.....	160
3.7. REGÜLASYONDAN DAHA ESNEK BİR ALTERNATİF: DAVRANIŞ KODU VE OMBUDSMANLIK.....	161
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM	164
TÜRKİYE HIZLI TÜKETİM MALLARI PERAKENDECİLİĞİNDE ALICI GÜCÜ: SEKTÖR ARAŞTIRMALARI, KARARLAR VE POLİTİKA ÖNERİLERİ.....	164
4.1 GENEL OLARAK TÜRKİYE’DE HIZLI TÜKETİM MALLARI PERAKENDECİLİĞİ	165
4.1.1 Türkiye’de Hızlı Tüketim Malları Perakendeciliği Sektörünün Temel Özellikleri.....	166
4.1.2. Rekabet Kurumu’nun Sektör Araştırması Raporları Kapsamında Türkiye’de Hızlı Tüketim Malları Perakendeciliğinin Gelişimi ve Mevcut Durumu	169
4.1.3. 2012 Tarihli Sektör Araştırması Nihai Raporunda Yer Verilen Tespitler ve Rapordaki Politika Önerileri	170
4.1.4. 2021 Tarihli Sektör Araştırması Ön Raporunda Yer Alan Tespitler ve Politika Önerileri.....	175
4.2. PERAKENDECİLERİN ALICI GÜCÜNE İLİŞKİN REKABET KURULU KARARLARI.....	182
4.2.1. Önemli Birleşme Devralma Kararları	183
4.2.2. İhlal İddialarına İlişkin Kararlar.....	194
4.3. PERAKENDE SEKTÖRÜNE İLİŞKİN REKABET HUKUKU DIŞINDAKİ MEVZUATTA YER ALAN DÜZENLEMELER	197

4.3.1. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1530. Maddesi.....	197
4.3.2. 6585 Sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun	198
4.5. TÜRKİYE HIZLI TÜKETİM MALLARI PERAKENDECİLİĞİ	
BAKIMINDAN SONUÇ VE POLİTİKA ÖNERİLERİMİZ	202
SONUÇ.....	211
KAYNAKÇA	215



KISALTMALAR DİZİNİ

2002/2 sayılı Tebliğ	2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği
A.g.e.	Adı geçen eser
AB	Avrupa Birliği
ABAD	Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
ABİHA	Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma
bkz.	Bakınız
BPI	Alıcı Gücü İndeksi (<i>The Buyer Power Index</i>)
C.	Cilt
CC	Competition Commission
Dışlayıcı Uygulamalar Kılavuzu	Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz
Dikey Anlaşmalar Kılavuzu	Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz

Dikey Sınırlamalara Guidelines on Vertical Restraints
İlişkin Komisyon
Kılavuzu

dn. Dipnot

ed. Editör

HHI Herfindahl-Hirschman İndeksi

HTM Hızlı tüketim malları

ICN Uluslararası Rekabet Ağı (*International Competition Network*)

Komisyon Avrupa Komisyonu

Kurul Rekabet Kurulu

Kurum Rekabet Kurumu

MRP *marginal revenue product*

OECD Ekonomik İş Birliği ve Kalkınma Örgütü (Organisation for Economic Co-operation and Development)

para. paragraf

Pazar Tanımına İlişkin Bildirim Topluluk Rekabet Hukukunun Amaçları Bakımından İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Bildirim (*Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law*)

Rekabet Kanunu veya 4054 sayılı Kanun 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun

s. Sayfa

SIEC Significant impediment to effective competition (rekabetin önemli ölçüde azaltılması)

TBK Türk Borçlar Kanunu

TTK 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

Yatay Anlaşmalara İlişkin Komisyon Kılavuzu Guidelines on Horizontal Agreements

Yatay Birleşmeler Kılavuzu Yatay Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz

Yatay Olmayan Birleşmeler Kılavuzu Yatay Olmayan Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz

ABSTRACT

Conventional competition policy largely focuses on sellers' market power and sets its primary objectives for the protection of competition as detecting and penalizing the sellers' anti-competitive behavior. Again, the same conventional approach assumes that the high market power (or bargaining power) of the buyers will countervail the market power of the sellers; by this mean it will increase competition in the upstream market and therefore will result in decrease in prices and benefit consumers. And yet, the buyers' market power is not considered as one of the main focuses of the competition policy. However, today especially with the emergence of buyers with high market power in the organized retail sector and the radical transformation that has taken place in the distribution chain- shows that the impact of buyer power on the market can sometimes contradict the conventional assumption and buyer power may have negative effects on both consumers and small and medium-sized producers and suppliers.

Under this framework, in this study we aim to analyze; (i) definition and sources of buyer power (ii) effects of buyer power on economic efficiency (iii) market definition in buyer power cases (iv) buyer market power assessment (v) potential anti-competitive behaviors of the buyers and how to address these behaviors under the EU and Turkish competition laws (vi) whether a change in competition policy is required to identify and address the problems arising from buyer power (vii) what would be the appropriate policy tools if a separation from traditional criteria and intervention tools is required (viii) and as a case study, the structure of the fast-moving consumer goods retail market which is the sector at the center of the buyer power debates in Turkey (ix) the competition law problems in this sector and finally (x) our policy proposals for the competition concerns arising from buyer power in this sector.

ÖZET

Bugün önemli rekabet hukuku sistemlerinde yaygın olarak benimsenen rekabet politikası, büyük ölçüde sağlayıcının yüksek pazar gücüne odaklanır ve piyasadaki rekabetin korunması için öncelikli hedeflerini, sağlayıcının rekabete aykırı davranışlarının tespit edilmesi ve bunların cezalandırılması olarak belirler. Yine aynı geleneksel yaklaşım, alıcının yüksek pazar(lık) gücünün, sağlayıcının pazar gücünü dengeleyeceğini; bu sayede üst pazarda rekabeti artıracaklarını ve dolayısıyla fiyatlarda düşüş gibi tüketici yararına sonuçlar doğuracağını kabul eder. Hal böyleyken alıcı konumundaki teşebbüsün pazar gücü (alıcı gücü), rekabet politikasının ana odaklarından biri olarak kabul edilmez.

Bugün geldiğimiz nokta -özellikle organize perakende sektöründe yüksek pazar gücüne sahip alıcıların ortaya çıkmasıyla ve dağıtım sisteminde meydana gelen radikal dönüşümle birlikte- güçlü alıcıların piyasadaki etkisinin zaman zaman geleneksel varsayım ile çelişebildiğini; alıcının yüksek pazar gücünün hem tüketiciler hem de küçük ve orta ölçekli işletmeler üzerinde olumsuz etkileri olabildiğini göstermektedir.

Yukarıda belirttiğimiz çerçevede bu çalışmada özetle; (i) alıcı gücünün tanımı ve kaynakları (ii) alıcı gücünün ekonomik etkinlik üzerindeki etkileri (iii) alıcıların dahil olduğu rekabet analizlerinde ilgili pazarın nasıl belirleneceği (iv) alıcının pazar gücünün nasıl belirleneceği (v) alıcının potansiyel rekabeti sınırlayıcı davranışları ve bu davranışlara ilişkin zarar teorileri ve bunların yanında (vi) alıcı gücünden doğan sorunların tespit edilmesi ve çözülmesi için tüketici refahına ve yoğun iktisadi analize dayanan rekabet politikasında bir değişiklik gerekip gerekmediği (vii) şayet geleneksel ölçütlerden ve müdahale araçlarından bir ayrışma gerekiyorsa uygun politika araçlarının neler olabileceği ve son bölümde de önceki bölümlerdeki tartışmaları somutlaştırmak adına (viii) Türkiye’de alıcı gücü tartışmalarının merkezindeki sektör olan hızlı tüketim malları perakendeciliği pazarının yapısı (ix) Rekabet Kurumu’nun sektör raporları ve

Rekabet Kurulu kararları kapsamında bu pazardaki rekabet hukuku sorunları ele alınmakta ve son olarak (x) söz konusu rekabet hukuku problemlerine yönelik politika önerilerimize yer verilmektedir.



GİRİŞ

Rekabet hukuku, rekabetin “ekonomik etkinliği” ve böylece sosyal refahı artırdığını varsayar.¹ Bu varsayım çerçevesinde rekabet hukukunun ekonomik meşruiyet kaynağı, ekonomik etkinlik için bir tehdit olan pazar gücünden doğabilecek piyasa aksaklıklarına müdahale etmektir.² Bu amaç da kaynağını ekonomik faaliyetlerin refah üzerindeki etkilerini inceleyen ve kaynakların refahı maksimize edecek şekilde tahsis edilip edilmediği ve bu refahın toplumda adil biçimde dağıtılıp dağıtılmadığı gibi normatif tartışmaları ele alan “refah ekonomisi” (*welfare economics*) literatüründen alır.³

Her ne kadar geleneksel rekabet politikasının başlangıç ilkelerinin refah ekonomisinin yukarıda belirttiğimiz izleğini takip ettiği belirtilebilecekse de “refah” kavramının kendisinin kişilerin faydası ve mutluluğuyla tanımlanması,⁴ bu kavramı bir politika amacı olabilmek için fazlasıyla sübjektif ve muğlak hale getirmektedir.⁵ Nitekim bu durum rekabet politikası için daha somut bir amacın

¹ Doorn, F.H.A (2015). ‘The Law and Economics of Buyer Power in EU Competition Policy’, s.36.

² Doorn (2015), s.39.

³ Refah ekonomisi çok genel olarak -ekonomi biliminin temel amacına da paralel biçimde- kıt kaynaklardan mümkün olan maksimum faydanın (refahın) elde edilmesini hedeflemekte ve bu hedefi “ekonomik etkinlik” olarak tanımlamaktadır. Refah ekonomisinin prensiplerine ilişkin temel bazı kaynaklar için bkz. Hicks, J.R. (1939) *The Foundations of Welfare Economics*. The Economic Journal, 49, 696-712. (<http://dx.doi.org/10.2307/2225023>), Kaldor, N. (1939) ‘Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility’, Economic Journal 49.195:549–52, Arrow, K. (1950) ‘A difficulty in the concept of social welfare’, Journal of Political Economy, 58(4), 328–346, Pigou, A. C. 1952. *The Economics of Welfare*. 4th ed. London: Macmillan, Refah ekonomisinin tarihçesini de içeren bir çalışma için bkz. Blaug, M. (2007) ‘The Fundamental Theorems of Modern Welfare Economics, Historically Contemplated’, History of Political Economy 39(2) 185-207. Bu konuda ayrıntılı bir Türkçe kaynak için bkz. Sanlı, K.C. (2007) ‘Hukuk ve Ekonomi Öğretisi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi’, s. 43-66.

⁴ Aslında refah ekonomisi teorik çerçevede -genellikle ekonomik parametreleri çağrıştıran- “refah” kavramından da daha geniş bir fayda tanımını esas alır. Örneğin, başkalarının faydası, adalet nosyonu, estetik amaçlar vb. Yine buradaki fayda kavramı da çoğunlukla, bireylerin nelere değer verdiğiyle ilgilidir. Bu konu için bkz. Kaplow, L. and Shavell, S. (2002), *Fairness versus Welfare*, Cambridge: Harvard University Press

⁵ Bu tartışmalara ilişkin bkz. Ioannis L. (2013) ‘Some Reflections on the Question of the Goals of EU Competition Law’, CLES Working Paper Series 3/2013 (<https://ssrn.com/abstract=2235875>), Hovenkamp (2011).

ortaya konulması gerektiği tartışmalarını ateşlemiş, bu tartışmalar da ekonomik etkinliğin ölçütünün “tüketici refahı standardı” olarak somutlaştırılmasına neden olmuştur.⁶

Ekonomik etkinliği ve etkinlik ölçütü olarak tüketici refahı standardını esas alan yaklaşım uyarınca piyasa aksaklıklarının oluşmasına neden olan temel etkenlerden biri yüksek pazar gücüne sahip teşebbüslerdir.⁷ Dolayısıyla piyasada hâkim durumda (veya çok yüksek pazar gücüne sahip) teşebbüslerin olduğu bir durum, yüksek pazar gücü teknolojik ilerleme veya maliyetlerin azaltılması gibi spesifik bir nedenle zorunlu olmadıkça arzu edilmez.⁸ Söz konusu arzu edilmeyen pazar gücü de çoğunlukla piyasanın sağlayıcı tarafına atfedilir ve monopol gücüyle ifade edilir. Nitekim bu varsayım uyarınca monopolist (monopol gücünü elinde bulunduran teşebbüs), sattığı ürünlerin fiyatını rekabetçi bir piyasada oluşacak fiyatın üzerinde bir fiyata çekerek kâr elde etme kabiliyetine sahiptir. Monopolist ayrıca, ürünlerin fiyatını artırmanın yanında -yine tüketicilerin aleyhine olacak şekilde- sağladığı ürün veya hizmetlerinin kalitesini düşürebilir, çeşitliliğini azaltabilir ve söz konusu ürün veya hizmetleri geliştirmek için -kaynakları olsa dahi- inovasyon çabasından kaçınabilir.⁹ Bu çerçevede -özellikle de daha yüksek fiyatlar genellikle çıktı miktarının düşürülmesiyle (arz miktarının kısılmasıyla) elde edildiği için- monopolistin pazar gücünü kullanmasının piyasadaki kıt kaynakların etkin bir şekilde tahsis edilmesini engellediği ve monopol gücünün böylece ekonomik etkinliği -ya da daha somut olarak tüketici refahını- olumsuz etkilediği kabul edilir.¹⁰

⁶ Rekabet hukukunun amacına ilişkin söz konusu tartışmalar alıcı gücüne ilişkin tartışmalarda son derece merkezi bir rol oynamaktadır. Bu nedenle bu konuya ayrıntılı olarak bu çalışmanın üçüncü bölümünde yer veriyoruz.

⁷ Piyasada elbette pek çok farklı aksaklık (dışsallıklar, bilgi asimetrisi vb.) olabilir, ancak burada özellikle rekabet politikasıyla çözülmesi planlanan aksaklık olarak pazar gücünden söz ediyor, diğer aksaklıkların kamu gücüne dayanan farklı mekanizmalarla (örneğin tüketicinin korunması mevzuatı) çözüldüğünü varsayıyoruz. Bkz. Doorn (2015), s.30.

⁸ Hovenkamp (2011), s.1.

⁹ Stucke, M. (2013): Looking at the Monopsony in the Mirror, Emory Law Journal, s.1510.

¹⁰ Doorn (2015), s.75.

Yukarıda açıkladığımız çerçevede yaygın biçimde kabul edilen rekabet hukuku politikası, büyük ölçüde sağlayıcının (veya satıcının) yüksek pazar gücüne odaklanır ve piyasadaki rekabetin korunması için öncelikli hedeflerini, sağlayıcının rekabete aykırı davranışlarının tespit edilmesi ve bunların cezalandırılması olarak belirler. Yine aynı geleneksel yaklaşım, alıcının yüksek pazar(lık) gücünün, sağlayıcının pazar gücünü dengeleyeceğini; bu sayede üst pazarda rekabeti artıracığını ve dolayısıyla fiyatlarda düşüş gibi tüketici yararına sonuçlar doğuracağını kabul eder. Dolayısıyla bu yaklaşım, alıcının pazar gücünün neredeyse her durumda düşük fiyatları ve dolayısıyla tüketici faydasını getirdiğini kabul ederken, sağlayıcının pazar gücünü kullanmasını yüksek fiyatlar ve tüketicinin zarar görmesi ile özdeşleştirir. Hal böyleyken alıcı konumundaki teşebbüsün pazar gücü (alıcı gücü), rekabet politikasının ana odaklarından biri olarak kabul edilmez.¹¹

Elbette, alıcı gücünün rekabet politikasının ikincil hedeflerinden biri olmasını yalnızca hedefin yanlış belirlenmesi -sağlayıcının pazar gücüne odaklanması- olarak açıklamak yeterli bir açıklama olmayacaktır. Burada asıl neden, alıcı gücünün etkilerinin değerlendirilmesinin zorlu politika ve uygulama sorunları içermesidir. Nitekim alıcı gücünün tüketicilere verdiği doğrudan zararın tespit edilmesinin zorluğu, “tüketici refahı standardının” benimsendiği bir sistemde alıcı gücünden doğan sorunlara müdahale edilmesini zorlaştırmaktadır.¹² Üstelik saf monopson durumu dışında alıcı gücünün doğrudan tüketici zararına neden olup olmadığı meselesi son derece tartışmalıdır. Örneğin monopson durumunun rekabetçi bir üst pazar ve yukarıya eğimli arz eğrisi gibi pratikte çok karşılaşmadığımız koşulları gerektirmesi¹³ ve alıcının sahip olduğu pazar gücünün (*bargaining power*), güçlü sağlayıcıların olduğu bir senaryoda bu sağlayıcıların pazar gücünü dengelediğine ve böylece tüketici faydası getirdiğine ilişkin genel kabul de alıcı gücüne müdahale ihtimalini oldukça düşürmektedir. Özetle burada

¹¹ Doorn (2015), s.75.

¹² Ezrachi A. (2014) ‘Buyer Power In European Union Merger Control’, European Competition Journal, s. 72 (Anıltış: Ezrachi (2014), Merger Control).

¹³ Herrera (2017), s.37.

alıcı gücüne müdahale gerekip gerekmediği konusu büyük ölçüde benimsenen rekabet politikasına, daha açıkça belirtmek gerekirse rekabet hukukunun amacının tüketicileri korumak mı, rekabetçi süreci korumak mı, yoksa örneğin AB’de olduğu gibi ortak pazar yapısını korumak mı olduğuna ilişkin tartışmalarda varılacak sonuca ilişkin olmaktadır.¹⁴

Bugün geldiğimiz nokta -özellikle organize perakende sektöründe yüksek pazar gücüne sahip alıcıların ortaya çıkmasıyla birlikte- güçlü alıcıların piyasadaki etkisinin zaman zaman geleneksel varsayımla çelişebildiğini; alıcının yüksek pazar gücünün hem tüketiciler hem de üreticiler (özellikle küçük ve orta ölçekli işletmeler) üzerinde olumsuz etkileri olabildiğini göstermektedir. Dolayısıyla satıcının piyasa payına odaklanan geleneksel rekabet hukuku analizi ve bu analize dayanan mevcut müdahale araçları alıcı gücünden kaynaklanan rekabet sorunlarını çözmekte zaman zaman yetersiz kalabilmektedir. Bu nedenlerle alıcı gücünden doğan rekabet hukuku sorunlarının, rekabet hukukunun amacı ve tüketici refahı standardı üzerine ciddi tartışmaların döndüğü bir dönemde geleneksel çerçeveden çıkılarak yeniden değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Başlarken bu tartışmanın yeni bir tartışma olmadığını da belirtmek gerekir. Nitekim bu konu -sağlayıcının pazar gücünün gördüğü ilgiye kıyasla hala ikincil olsa da- özellikle 2000’li yılların başlarından itibaren perakendecilerin (bilhassa gıda perakendeciliğinde) teknolojik gelişmeler, tüketici tercihlerindeki dönüşüm ve ölçek ve alan ekonomilerinin etkisiyle gittikçe daha fazla pazar gücü elde etmesi sonucunda oldukça yoğun ilgi görmeye başlamıştır.¹⁵ Hatta bu gelişmeler bazı rekabet hukuku sistemlerinde bu çalışma kapsamında detaylı olarak

¹⁴ A.g.e.

¹⁵ Bkz. OECD (2009) ‘Monopsony and Buyer Power’, OECD Doc. DAF/COMP(2008)38 <http://www.oecd.org/dataoecd/38/63/44445750.pdf>, Bkz. Task Force For Abuse Of Superior Bargaining Position, ICN Special Program For Kyoto Annual Conference: Report On Abuse Of Superior Bargaining Position 3 (2008), http://www.jftc.go.jp/en/international_relations/icn/kyoto-materials/pdf/, Bkz. Commission Green Paper on Unfair Trading Practices in the Business-to-Business Food and Non-Food Supply Chain in Europe, at 3–5, COM (2013) 37.

inceleyeceğimiz çeşitli politika değişiklikleriyle sonuçlanmıştır.¹⁶ Ancak bu tartışmaların Türkiye rekabet hukuku özelindeki yansımalarının son derece cılız kaldığını söyleyebiliriz.

ÇALIŞMANIN KONUSU VE AMACI

Perakende sektöründeki gelişmelerden hareketle büyük ölçüde bu sektör üzerinden ilerleyen¹⁷ ve bu çalışmada ele almayı planladığımız başlıklar özetle; (i) alıcı gücünün tanımı ve kaynakları (ii) alıcı gücünün ekonomik etkinlik üzerindeki etkileri (iii) alıcıların dahil olduğu rekabet analizlerinde ilgili pazarın nasıl belirleneceği (iv) alıcının pazar gücünün nasıl belirleneceği (v) alıcının potansiyel rekabeti sınırlayıcı davranışları ve bu davranışlara ilişkin zarar teorileri ve bunların yanında (vi) alıcı gücünden doğan sorunların tespit edilmesi ve çözülmesi için tüketici refahına ve yoğun iktisadi analize dayanan rekabet politikasında bir değişiklik gerekip gerekmediği (vii) şayet geleneksel ölçütlerden ve müdahale araçlarından bir ayrışma gerekiyorsa uygun politika araçlarının neler olabileceği ve son bölümde de önceki bölümlerdeki tartışmaları somutlaştırmak adına (viii) Türkiye’de alıcı gücü tartışmalarının merkezindeki sektör olan hızlı tüketim malları perakendeciliği pazarının yapısı (ix) Rekabet Kurumu’nun sektör raporları ve Rekabet Kurulu kararları kapsamında bu pazardaki rekabet hukuku sorunları ve son olarak (x) söz konusu rekabet hukuku problemlerine yönelik politika önerilerimizden oluşmaktadır.

Bu çalışmayla nihai olarak ise başta Avrupa Birliği (“AB”) olmak üzere çeşitli rekabet hukuku sistemleriyle karşılaştırmalı olarak Türkiye rekabet hukuku

¹⁶ Perakende sektöründe alıcı gücünden doğan rekabet hukuku sorunlarına ilişkin tartışmalar pek çok rekabet hukuku sistemine perakendecilere özel hâkim durum tanımı, yoğunlaşmaların kontrolünde perakende sektörüne özel eşik getirilmesi, muafiyet rejiminde alıcı pazar payı eşliğinin düşürülmesi veya rekabet mevzuatı dışında çeşitli mevzuatlarda “ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılması” gibi düzenlemelere veya davranış kodu gibi yumuşak hukuk kurallarının çıkarılmasına neden olmuştur. Bu yansımaları bu çalışmanın üçüncü bölümünde ayrıntılı olarak ele alıyoruz.

¹⁷ Perakende sektörü dışında alıcı gücüne ilişkin rekabet hukuku endişelerine konu olan diğer sektörlerle örnek olarak tarım ve sağlık sigortası sektörleri verilebilir. Bkz. Stucke (2013), s.1511.

sisteminde (hem maddi hükümler hem de rekabet hukuku uygulaması bakımından) alıcı gücünün potansiyel olumsuz etkilerinin giderilmesine ilişkin bir boşluk bulunup bulunmadığı sorusunu yanıtlamayı hedefliyoruz. Bunu yaparken de yukarıda izah edilen geleneksel yaklaşımın aksine, sağlayıcının değil alıcının piyasa gücünü merkeze alıyor ve bu gücün rekabet üzerindeki potansiyel olumsuz sonuçlarını farklı refah ölçütlerini (zaman zaman ekonomik olmayan refah ölçütlerini) esas alan çalışmalar kapsamında irdelemeyi amaçlıyoruz.

Tartışma yeni olmasa da bu çalışma kapsamında alıcı gücünün ele alınmasındaki ana gerekçemiz ise, Türkiye’de alıcı gücüne rekabet hukuku perspektifinden nasıl yaklaşılması gerektiğine ilişkin bir kılavuz veya güncel ve kapsamlı bir akademik çalışma bulunmaması, dolayısıyla bu alandaki akademik çalışma sayısının azlığıdır.¹⁸ Yine bu çalışma konusunu seçmekteki bir başka gerekçemiz -2015 yılında yürürlüğe giren 6585 sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun’la getirilen bazı hükümler ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1530. maddesi gibi düzenlemeler dışında- diğer pek çok rekabet hukuku sisteminin aksine alıcı gücüne ilişkin tartışmaların Türkiye’deki mevzuatta yansımalarının son derece sınırlı olması ve bu durumun gerekçelerini inceleme konusu yapmak istememizdir.

Yukarıda belirttiğimiz çerçevede bu çalışmanın alıcı gücü tartışmalarına ilişkin mümkün olduğunca kapsayıcı olmasını hedefliyoruz. Bununla birlikte verimli bir analiz yapmanın ön koşulu araştırma konusunu mümkün olduğunca sınırlandırmak olduğundan, kamu otoriteleri tarafından (kamu ihale kanunları gibi

¹⁸ Bu konuda Türkiye’de yayımlanmış çalışmalardan bazıları için bkz. Erdoğan, T. (2003), ‘Rekabet Hukuku Açısından Perakende Sektöründe Alım Gücü’, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara; Büyükuşoğlu B. (2004), ‘Rekabet İktisadi Çerçevesinde Monopson’, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara; Gürsel, V. (2009), ‘Perakendecilerin Ölçeğindeki Büyümenin Sebepleri ve Ekonomik Sonuçları’, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.14, Vol.14, s.407-423, İnce E. (2012), ‘Alıcı Gücü: Perakende Sektörü Özelinde Kaynakları, Sonuçları, Ele Alınışı ve Politika Yansımaları’, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, Ankara; Yılmaz B. (2020), ‘Rekabet Hukukunda Dengeleyici Alıcı Gücü’, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, Ankara.

kanunlar çerçevesinde) yapılan satın almaların çalışmanın kapsamı dışında bırakıldığını belirtmek isteriz.

METODOLOJİ

Belirtmek gerekir ki bu çalışma kapsamında yapılan analiz iktisadi bir analizden ziyade hukuki bir analizdir. Bununla birlikte bu çalışmanın konusu zorunlu olarak (alıcı gücü kavramının kendisi iktisadi bir kavram olduğu için) hukuk ve ekonomi disiplinleri arasında sıkı bir iş birliğini gerektirmektedir. Dolayısıyla çalışma kapsamında alıcı gücüne ilişkin iktisadi kavramlara ve ilgili literatürdeki analizlere ilişkin algılayışımıza (ekonomist olmadığının bilincinde bir hukukçunun sınırları çerçevesinde) yer verilecektir. Bu çerçevede özellikle de bu çalışmanın “alıcı gücünün ekonomisi”, “ilgili pazarın belirlenmesi” ve “alıcının pazar gücünün belirlenmesi” başlıklı bölümlerinde bu konulara ilişkin iktisadi analiz, hukuki analiz için bir başlangıç noktası olarak alınacaktır. Yine belirtmek gerekir ki söz konusu iktisadi analiz, çalışmadaki analize normatif bir amaçla dahil edilmemektedir.¹⁹ Dolayısıyla bu çalışma hukuk kurallarının etkinliğini iktisadi teoriyle (genellikle mikroekonomi modelleriyle) değerlendiren normatif bir disiplin olan “hukukun ekonomik analizi” (*law and economics*) yaklaşımını esas almamaktadır.²⁰ Burada daha ziyade ekonomi bilimin verileriyle güçlendirilmiş bir hukuki analizi esas alıyoruz.²¹

Yukarıda belirtilen amaçlarla çalışmanın ilk bölümünde -ilgili literatür çerçevesinde- alıcı gücünün tanımı, kaynakları ve ekonomik etkinlik üzerindeki etkileri ortaya konulacak, ikinci bölümünde alıcı gücü geleneksel rekabet hukuku

¹⁹ Burada, hukuk kurallarının zorunlu olarak ve yalnızca iktisadi etkinliği hedeflemesi gerektiği görüşüne katılmadığımızı ifade etmek istiyoruz.

²⁰ Hukukun ekonomik analizine ilişkin bkz. Friedman, D. (1987), ‘Economic Analysis of Law’, in: Eatwell, J., Milgate, M. and Newman, P. (eds.), *The New Palgrave: A Dictionary of Economic Theory and Doctrine*, London: McMillan., Cooter and Ulen, *Law & Economics*, Pearson, 2008, Sanlı (2007), s. 10-100.

²¹ Bu çalışmaya başlarken, iktisadi analize ne ölçüde yer verilmesi gerektiğinin önemli bir ön sorun olduğunu belirtmek gerekir. Ancak “*economically informed legal analysis*” (iktisatla aydınlatılmış hukuki analiz) yöntemi konusunda yol gösterici olduğu ve bizi büyük ölçüde bu ön sorunla boğuşmaktan kurtardığı için “Buyer Power in EU Competition Law” başlıklı kapsamlı doktora tezi için Ignacio Herrera Anchustegul’e teşekkür etmek gerekir.

analizine tabi tutularak ilgili pazarın belirlenmesi, alıcının pazar gücünün belirlenmesi konuları ele alınacak ve alıcı gücünün rekabeti bozucu davranışları danışıklık, dışlayıcı uygulamalar, sömürücü uygulamalar ve birleşme devralmalar gibi alt başlıklar çerçevesinde değerlendirilecektir. Üçüncü bölümde alıcı gücüne ilişkin politika tartışmalarına yer verilerek mevcut bazı rekabet hukuku sistemlerindeki alıcı gücüne yönelik düzenlemeler açıklanacaktır. Dördüncü ve son bölümde ise Türkiye hızlı tüketim malları perakendeciliği sektörünün genel özellikleri ve bu sektörde perakendecilerin alıcı gücüne ilişkin tartışmalar, sektör raporları ve Rekabet Kurulu içtihatları kapsamında ele alınacak ve Rekabet Kurumu'nun 2021 tarihinde ön raporu yayımlanan hızlı tüketim malları perakendeciliği sektör raporu kapsamında yer verdiği politika önerileri değerlendirilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ALICI GÜCÜNÜN EKONOMİSİ

1.1. ALICI GÜCÜNÜN TANIMI VE KAYNAKLARI

Hukuk politikası tartışmalarından önce alıcı gücünün rekabet hukuku açısından problemli olabileceği pazar senaryolarını tespit etmek, dolayısıyla alıcı gücünün rekabet iktisadındaki karşılığını ortaya koymak gerekmektedir. Biz de bu çerçevede, bu bölümde, politika sorularına ilişkin herhangi bir yargıya varmadan önce rekabet iktisadı ve hukukuna ilişkin literatür çerçevesinde alıcı gücünün tanımına ilişkin tartışmalara yer vermeyi, alıcı gücünün türlerini ve kaynaklarını belirtmeyi ve teorik çerçevede alıcı gücünün ekonomik etkinlik ve sosyal refah üzerindeki etkilerini ortaya koymayı amaçlıyoruz. Bölümün son başlığında ise belirttiğimiz teorik çerçeveyi somutlaştırmak adına özel olarak perakende sektöründe alıcı gücünün kaynaklarına ve ekonomik etkinlik üzerindeki etkilerine yer vereceğiz.

1.1.1. Alıcı Gücünün Tanımı

Başlangıç noktası olarak çok basitçe “pazarın satın alma tarafındaki teşebbüsün pazar gücü” olarak ifade edilebilecek olan alıcı gücü,²² çok genel çerçevede alıcıya tedarikçilerinden ürün veya hizmet alırken daha avantajlı ticari koşullar elde etme olanağı tanır. Bu güç de, alıcının ilgili pazardaki hâkim durumundan (veya birden fazla alıcının birlikte hâkim durumundan) kaynaklanabileceği gibi, alıcının ilgili pazarda kullandığı teknolojiler, ölçek ekonomisinden faydalanması gibi stratejik avantajlarından da kaynaklanabilir.²³ Nitekim literatürde de hemen herkes bu başlangıç noktalarında hemfikir görünmektedir.²⁴ Bununla birlikte söz konusu

²² Bkz. Chen, Z. (2008) ‘Defining buyer power’, Antitrust Bulletin, 53(2), s. 242, OECD (2009), s.230.

²³ Ezrachi (2014), Merger Control, s.69, Ezrachi, A.; Williams, M. (2014). Competition Law and the Regulation of Buyer Power and Buyer Cartels in China and Hong Kong. Asian Journal of Comparative Law, s. 295.

²⁴ Chen (2008), s.2.

basit izahatı aşır, alıcı gücünden doğan rekabetçi sorunları tespit etmeye elverişli ve kapsayıcı bir tanıma ulaşmaya çalıştığımızda bir farklı fikirler yumağıyla karşılaşırız.

Literatürdeki karmaşaya rağmen alıcı gücünün tanımlanması hem etki analizi hem de politika tartışmaları için önemli bir ön sorundur. Bu ön soruna ilişkin değerlendirmelere de alıcı gücüne ilişkin iki merkezi sorunun yanıtlanmasıyla başlanması gerektiğini düşünürüz. Bu sorulardan birincisi “alıcı” kavramıyla tam olarak ne ifade edildiği, ikincisi ise satıcı-alıcı ayrımı yapılırken ve alıcı gücünün ekonomik etkileri belirtilirken sıkça başvurulmuş üst pazar ve alt pazar kavramlarının ne olduğu ve bu pazarların birbiriyle nasıl bir etkileşiminin bulunduğudur.

1.1.1.1. Alıcı Kavramı

Alıcı kavramının tanımlanmaya muhtaç olduğu fikri kulağa başta garip gelebilir. Ancak teknolojik gelişmeler ve gittikçe karmaşıklaşan dağıtım ilişkileriyle birlikte pek çok pazar bakımından “satıcı” konumunda bir sağlayıcıdan ve onun çoğunlukla son tüketici olan “alıcılarından” oluşan basit bir dikey ilişkiden söz etmek artık pek mümkün değil.²⁵ Kaldı ki, sağlayıcının doğrudan son tüketicilerle ilişki kurduğu basit dikey ilişki varsayımının tam aksine bugün pek çok pazarda mal veya hizmetler son tüketiciye ulaşana kadar pek çok ara işlemde geçmekte, bu da aynı dağıtım ilişkisi içerisinde bile pek çok alıcı ve sağlayıcı bulunduğu anlamına gelmektedir.²⁶ Muhtemelen tam da bu değişen dağıtım ilişkileri nedeniyle, bugün modern diyebileceğimiz rekabet hukuku uygulamalarının en temel özelliklerinden biri teşebbüsler arasındaki ilişkiyi yatay ve dikey ilişkiler ayrımı temelinde ele alması ve dikey ilişkilere önemli bir yer ayırmasıdır.²⁷

²⁵ Doorn (2015), s.76.

²⁶ A.g.e.

²⁷ Lianos, I. (2009) ‘The Vertical/Horizontal Dichotomy in Competition Law: Some Reflections with regard to Dual Distribution and Private Labels’, Private Labels, Brands and Competition Policy, The Changing Landscape of Retail Competition içinde, (der) A. Ezrachi ve U. Bernitz, Oxford, s.161 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1399687).

“Alıcı” kavramının tanımlanması sırasında vurgulanması gereken bir diğer husus da genellikle bir dağıtım ağında satıcı ile alıcının kolaylıkla ayırt edilebileceği kabul edilse de, bazı durumlarda alıcının sağlayıcıya veya aynı şekilde sağlayıcının alıcıya dönüşebilecek olmasıdır.²⁸ Lianos’un hibrit yatay ve dikey ilişkiler dikotomisi (ikiliği) olarak adlandırdığı bu duruma örnek olarak, perakendecilerin kendi markalarıyla piyasaya mağaza markalı ürünler (*private label*) sunmasının sağlayıcı - alıcı ilişkisinin hem yatay hem de dikey ilişki özelliği göstermesine neden olması verilebilir.²⁹ Durumun karmaşıklığını göstermek adına Doorn’un verdiği bir başka örneği de ele alabiliriz: Mesela ürünlerinin mülkiyetini bu ürünler bir perakendeci aracılığıyla son tüketiciye satılana kadar elinde bulunduran bir üretici düşünelim. Bu durumda tipik bir dağıtım ilişkisinde “sağlayıcı” olarak kabul edilecek olan üreticinin perakendeciden dağıtım hizmeti alan bir “alıcı” olarak kabul edilmesi dahi söz konusu olabilecektir.³⁰ Yine bazı durumlarda bir teşebbüsün pazarın alıcı tarafında mı sağlayıcı tarafında mı olduğunun tespiti oldukça zor olabilir. Nitekim, bir teşebbüsün aracı veya işlem platformu olduğu çok taraflı pazarlarda, örneğin birden fazla müşteri grubuna hizmet veren kartlı ödeme sistemi sağlayıcıları veya e-ticaret platformlarının “alıcı” olarak mı “sağlayıcı” olarak mı yoksa salt “pazaryeri” olarak mı kabul edileceği son derece önemli bir soru işaretidir.³¹

Bu çalışma kapsamında bu başlıkta belirttiğimiz zorlukları aşabilmek adına örneklem olarak aldığımız pazarlarda alıcının ve satıcının birbirinden açıkça ayırt edilebileceğini varsayacağız. Yine analiz kolaylığı sağlaması adına “alıcı” kavramının genellikle kabul edildiği üzere ve Rekabet Kurumu’nun 2002/2 sayılı

²⁸ A.g.e., s. 77

²⁹ Bkz. Lianos (2009), s.162.

³⁰ Bkz. A.g.e. s. 77. Ancak bu örnek bakımından belirtelim, Rekabet Kurumu’nun 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Tebliği’nin 3. maddesinin b bendinde alıcı “*bir teşebbüs hesabına mal veya hizmet satan teşebbüsler de dâhil olmak üzere, anlaşmaya taraf olan ve sağlayıcıdan mal veya hizmet satın alan teşebbüs*” olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla en azından Rekabet Kurumu’nun bu örnekte dahi perakendeciye alıcı kabul ettiğini belirtmek gerekir.

³¹ Bkz. Doorn (2015), s. 77, dipnot 151, Armstrong, M. (2006), ‘Competition in two-sided markets’, RAND Journal of Economics, 37(3), s. 668-691.

Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin ("2002/2 sayılı Tebliğ") 3. maddesiyle de uyumlu biçimde "pazarın satın alma tarafındaki teşebbüsü" ifade ettiğini kabul edeceğiz.

1.1.1.2. Üst Pazar (*Upstream Market*) ve Alt Pazarın (*Downstream Market*) Tanımlanması

Alıcı gücü tanımlanırken, bir başka önemli nokta da üst pazar (*upstream market*) ve alt pazar (*downstream market*) kavramlarının tanımlanmasıdır. Başlarken literatürde alıcıların faaliyette bulunduğu bu iki pazardan üst pazarı karşılamak üzere girdi pazarı (*input market*) ve alt pazarı karşılamak üzere çıktı pazarı (*output market*) ifadelerinin de kullanıldığını belirtelim. Yine "üst pazar"ın çoğunlukla tedarikçilerin faaliyette bulundukları pazarı (tedarik pazarı) ifade etmek için kullanılabildiğini ve bu nedenle kafa karışıklığına mahal vermemek adına alıcıların tedarikçilerden girdi aldığı pazardan söz edilirken "üst pazar" yerine "ilgili satın alma pazarı" ifadesinin tercih edildiğini belirtelim.

Alıcının son kullanıcılara sunduğu ürün ve hizmetler için gerekli olan girdileri temin ettiği pazar üst pazar (girdi pazarı ya da ilgili satın alma pazarı) olarak ifade edilir ve alıcı sağlayıcıya uyguladığı pazar gücünü çok tipik olarak söz konusu pazarda kullanır. Alt pazar ise alıcının kendi müşterilerine (bu müşteriler her zaman son kullanıcılar olmak zorunda değildir) girdi pazarından aldığı girdilerle oluşturduğu ürün veya hizmetleri sattığı ve diğer alıcılarla rekabet içinde olduğu pazarı ifade eder.³² Pek çok durumda burada sözü edilen alt ve üst pazar (ilgili satın alma pazarı) birbiriyle sıkı bir ilişki içerisindedir ve bu nedenle bu pazarlardan herhangi birindeki bir gelişme diğer pazarı da doğrudan etkiler.³³ Dolayısıyla bu pazarlardan herhangi birindeki bozulma diğer pazardaki ekonomik etkinliği de olumsuz etkileyebilir. Ancak bazı durumlarda bu iki pazar birbiriyle doğrudan bağlantılı olmayabilir. Örneğin, ilgili satın alma pazarının ve alt pazarın

³² Herrera (2017), s.30, para.61

³³ A.g.e.

coğrafi kapsamının farklı olduğu (yerel bir pazar) alt pazarın daha geniş (bütün bir ülke) olduğu durumlarda ya da alt pazardaki rakip alıcıların farklı teknolojiler kullandığı, dolayısıyla farklı girdilere ihtiyaç duyduğu durumlarda bu iki pazarın sıkı bir ilişki içerisinde olduğunu söylemek güçtür.³⁴

Alıcının pazar gücü (ölçüsü ilgili pazardaki koşullara bağlı olsa da) hem alt pazarı hem de ilgili satın alma pazarını etkileme potansiyeline sahiptir. Dolayısıyla alıcı gücünün etkileri ele alınırken her iki pazar üzerindeki etkilerin ve koşulların göz önünde bulundurulduğu düalist (iki aşamalı) bir yaklaşımın benimsenmesi gerekir.³⁵

1.1.1.3. Alıcı Gücünün Tanımına İlişkin Farklı Yaklaşımlar

Alıcı gücünün nasıl tanımlanması gerektiği sorusu, bu çalışmayı hazırlarken karşılaştığımız en zorlayıcı sorulardan biri oldu. Bunun temel sebebinin bu hususta literatürde bir fikir birliğinin bulunmaması olduğunu söyleyebiliriz. Bu uyuşmazlık da -tespit edebildiğimiz kadarıyla- aşağıdaki sorunlardan kaynaklanıyor.

Literatürde alıcı gücünün pazarın alıcı tarafındaki teşebbüs tarafından uygulanan pazar gücü olduğu ve bu gücün de alıcıya sağlayıcıdan daha avantajlı ticari şartlar³⁶ altında tedarik imkânı verdiği konusunda fikir birliği bulunduğundan söz edilebilir. Ancak buradaki “pazar gücü” kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda bir uzlaşma bulunduğunu söylemek oldukça güçtür.³⁷ Nitekim kimi yazarlar alıcı gücüne, pazarın sağlayıcı tarafına uygulanan ölçütlerle simetrik

³⁴ A.g.e, s.30-31

³⁵ Bkz. A.g.e., ayrıca bkz. Robert L. Steiner, The Third Relevant Market, 45 ANTITRUST BULL. 719 (2000) ve Steiner’in bu çalışmasına ilişkin ayrıntılı bir analiz için bkz. Nelson P., Hurdle G., Su T (2004) ‘The Implications of Robert L. Steiner's Work for Merger Analysis’, 49 Antitrust BULL. 1013.

³⁶ Bu ticari şartlar hem ürün veya hizmetlerin fiyatını hem de vade, ödeme yöntemi, sözleşmesel riskin ve sorumluluğun devri gibi fiyat dışı unsurları içermektedir.

³⁷ Chen (2008), s. 242

ölçütler uygulanması gerektiğini savunurken,³⁸ kimi yazarlar alıcının stratejik avantajlarını kullanarak elde ettiği pazarlık gücünün belirleyici olduğunu, dolayısıyla aslında alıcı ve sağlayıcı arasındaki dikey ilişkiye odaklanılması gerektiğini ileri sürmektedir. Örneğin birinci görüşe yakın olan ekonomist Noll alıcı gücünü “*bir pazarın talep tarafındaki yüksek yoğunlaşma derecesi nedeniyle alıcıların satıcılar üzerinde pazar gücü uygulayabilmesi durumu*” olarak tanımlamakta, satıcıyı rekabetçi bir piyasada oluşacak fiyattan daha düşük bir fiyata satmaya zorlayabilen alıcının pazar gücüne sahip olduğunu, monopson veya oligopson piyasalardaki alıcı gücünün, monopol veya oligopol piyasalardaki sağlayıcı gücünün aynadaki yansıması (*mirror image*) olduğunu belirtmektedir.³⁹ Daha geleneksel olarak nitelendirilebilecek bu yaklaşımı esas alanlar, alıcı teşebbüsün bulunduğu pazardaki pazar payına ve yoğunlaşma oranlarına odaklanmakta, alıcının sağlayıcı arasındaki dikey ilişkinin dinamiklerini göz ardı etmektedir.⁴⁰

Perakende sektöründeki gelişmelerle birlikte yoğunlaşma derecesine odaklanan analizin perakendecilerin görece düşük pazar paylarıyla da elde edebildikleri piyasa gücünü ortaya koymakta yetersiz kalması nedeniyle ortaya çıkan bir başka yaklaşım, alıcı gücünü tanımlarken pazarlık gücünü esas alan yaklaşımdır.⁴¹ Bu yaklaşım, alıcının pazar payından ziyade sağlayıcı ve alıcının pazarlık sırasındaki güç dengesine, dolayısıyla sağlayıcı ve alıcı arasındaki dikey ilişkiye (spesifik olarak pazarlığa) odaklanmaktadır.⁴² Örneğin bu yaklaşımı esas alan Inderst ve Mazzarotto, alıcı gücünün tanımının ‘alıcının ticari ilişki içerisinde bulunduğu tedarikçilere kıyasla sahip olduğu pazarlık gücünü’ içerek şekilde yapılması gerektiği belirtmiştir.⁴³ Yine bu görüşe yakın olan OECD de 1998’de hazırladığı bir taslak raporda alıcı gücünü perakendecileri merkeze alarak “*bir*

³⁸ Noll R.G.(2005) ‘Buyer Power and Economic Policy’, SIEPR Discussion Paper Series, No.04-08, s. 589

³⁹ A.g.e.

⁴⁰ İnce (2012), s. 7.

⁴¹ A.g.e.

⁴² A.g.e. s. 12.

⁴³ Bkz. Inderst and Mazzarotto (2008), s. 1954).

perakendecinin en azından bir tedarikçisini uzun vadeli bir fırsat maliyeti ile tehdit edebilecek durumda olması ve bu tehdidin gerçekleşmesi halinde alıcının kendisinin katlanacağı fırsat maliyetiyle tedarikçinin katlanacağı fırsat maliyetinin önemli ölçüde orantısız olması” olarak açıklamış ve bu iddiayı şu örnekle somutlaştırmıştır: “Örneğin Perakendeci A’nın Tedarikçi B’yi liste dışı bırakma kararı, A’nın kârının %0,1 azalmasına neden olurken B’nin kârını %10 azaltıyorsa Perakendeci A’nın Tedarikçi B üzerinde alıcı gücü bulunmaktadır.”⁴⁴ Sonraki süreçte de alıcı ve sağlayıcı arasındaki dikey ilişkisini esas alan yaklaşımı sürdüren ancak daha jenerik bir tanım tercih eden OECD, 2009’da yayımlanan raporunda alıcı gücünü “...alt pazardaki alıcıların üst pazarda yer alan satıcılarla olan ticari ilişkilerindeki koşulları etkileme kabiliyeti” olarak tanımlamıştır.⁴⁵ Dolayısıyla alıcı gücünün tanımına ilişkin birinci sorun, alıcının pazar gücünden ne anlaşılması gerektiği hususundaki belirsizliktir.

İkinci sorun, alıcı gücünden söz edilirken monopson, dengeleyici alıcı gücü, pazarlık gücü gibi birden fazla kavramın telaffuz edilmesi ancak özellikle başlangıç çalışmalarında yer verilen tanımların kavramlar arasındaki ilişkiyi ortaya koymakta yetersiz olmasıdır.⁴⁶ Nitekim pek çok çalışmada alıcı gücü, yalnızca monopsonu veya yalnızca alıcının pazarlık gücünü tanımlayacak şekilde kullanılmaktadır.⁴⁷ Ancak monopson ve pazarlık gücü birbirinden oldukça farklı pazar durumlarını ifade etmekte ve ekonomik etkinlik üzerinde farklı etkiler doğurmaktadır.⁴⁸

⁴⁴ OECD’nin 2009 tarihli raporundan öğrendiğimiz kadarıyla taslak rapordaki bu ifade yerine son versiyonda yerini “...alt pazardaki alıcıların üst pazarda yer alan satıcılarla olan ticari ilişkilerindeki koşulları etkileme kabiliyeti” gibi daha jenerik bir ifadeye bırakmıştır. Bkz. OECD, Policy Roundtables: Monopsony and Buyer Power, 2009, s.26, dn. 28 (<http://www.oecd.org/daf/competition/44445750.pdf>). Yine aynı bilginin yer aldığı bir başka kaynak için bkz. Dobson Consulting (2000), Buyer Power and Its Impact on Competition in the Food Retail Distribution Sector of the European Union, s.9 (http://idei.fr/sites/default/files/medias/doc/conf/fpi/papers_2000/dobson.pdf).

⁴⁵ OECD (2009), s.9.

⁴⁶ Chen (2008), s. 241.

⁴⁷ Örneğin Noll’un çalışmasının büyük oranda monopsonu merkeze aldığını, pazarlık gücünü dışarıda bıraktığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bkz. Noll (2005), s. 589-624.

⁴⁸ Bkz. OECD (2009), s.9.

Bize göre uzlaşmazlığın bir başka önemli sebebi de alıcı gücüne atfedilen anlamın alıcı-sağlayıcı ilişkisinde durulan tarafa göre farklılaşması ve bu durumun haliyle yapılan tanımlara da yansımalarıdır. Örneğin alıcı gücü, güçlü bir perakendeciyle yüz yüze gelen küçük üretici için rekabetçi sorunun tam da kendisiyken, güçlü bir sağlayıcı karşısında elinde ciddi bir pazarlık gücü bulunduran bir perakendeci teşebbüs için veya hâkim durumda olmadığını iddia eden bir sağlayıcı için rekabetçi sorunun çözümü olarak sunulabilmektedir.⁴⁹

1.1.1.4. Alıcı Gücünün Tanımına İlişkin Sonuç

Yukarıda yer verdiğimiz tartışmalar kapsamında alıcı gücü tanımlanırken dikkate alınması gerektiğini düşündüğümüz genel çerçeve aşağıdaki şekilde çizilebilir:

- (i) Alıcı gücü, genel olarak pazarın satın alma tarafındaki teşebbüs tarafından kullanılan pazar gücüdür.
- (ii) Bu pazar gücü, alıcının ilgili pazardaki hâkim durumundan kaynaklanabileceği gibi, alıcının ilgili pazardaki (ölçek ekonomisi, tüketici davranışları, teknolojik gelişmeler, etkin pazarlık yöntemleri vb.) stratejik avantajlardan da kaynaklanabilir.
- (iii) Söz konusu pazar gücü genel çerçevede alıcı teşebbüse sağlayıcıdan - alıcı gücünün olmadığı duruma göre- daha avantajlı ticari şartlar altında ürün veya hizmet tedarik etme olanağı tanır.
- (iv) Söz konusu avantajlı ticari şartlardan en önemlisi fiyat olsa da alıcı fiyat dışı unsurları da etkileme kabiliyetine sahiptir. Dolayısıyla alıcı gücü tanımlanırken fiyat dışı unsurların da mutlaka hesaba katılması gerekir. Bu fiyat dışı unsurlara örnek olarak perakende sektöründeki (çoğunlukla haksız ticari şartlarla ilişkilendirilen) listeleme bedelleri, sözleşmesel riskin sağlayıcıya devredilmesi, raf veya yerleştirme bedelleri, sağlayıcılara verilen teşvikler⁵⁰ vb. uygulamalar verilebilir.

⁴⁹ Bu tartışmalar için ayrıntılı bir kaynak için bkz. OECD (2009).

⁵⁰ Herrera (2017), s. 29, para.56.

- (v) Alıcı gücü tanımlanırken göz ardı edilmemesi gereken bir başka husus, (tıpkı sağlayıcının pazar gücü hesaplanırken olduğu gibi) alıcının ticari ilişki içerisinde olduğu teşebbüslerin (*trading partner*) ve alt pazardaki rakiplerinin pazar(lık) gücüdür.
- (vi) Son olarak iki tip alıcı gücü arasında net bir ayrım yapılması oldukça önemlidir. Bunlardan ilki çok genel olarak piyasadaki tek alıcının, pazar gücüne sahip olmayan sağlayıcılara uyguladığı monopson gücü; ikincisi ise alıcının pazar gücü olan bir sağlayıcıdan daha avantajlı ticari şartlarda mal/hizmet alabilme kabiliyetini ifade eden dengeleyici alıcı gücü (*countervailing buyer power*) ya da diğer bir ifadeyle alıcının pazarlık gücüdür (*bargaining buyer power*).⁵¹ Dolayısıyla alıcı gücü için benimsenecek tanımın hem monopsonu hem de alıcının pazarlık gücünü kapsayacak nitelikte olması gerekir.

Biz de bu çalışmada alıcı gücünün tanımı için yukarıda belirttiğimiz hususları büyük ölçüde dikkate aldığı için, *Chen* tarafından önerilen aşağıdaki tanımı esas alıyoruz:

*“Alıcı gücü, alıcının fiyatı kendisinin faydasına olacak şekilde sağlayıcının normal fiyatının altına çekebilme veya daha genel bir ifadeyle tedarik şartlarını sağlayıcının normal şartlarından daha avantajlı bir şekilde belirleyebilme kabiliyetidir. Burada normal satış fiyatı, alıcı gücünün yokluğunda sağlayıcının kârını maksimize eden fiyat olarak tanımlanabilir. Sağlayıcılar arasında tam rekabet şartlarının mevcut olduğu durumda, sağlayıcının normal satış fiyatı rekabetçi fiyattır ve alıcı gücü monopson gücüdür. Diğer taraftan sağlayıcılar arasında tam rekabetin mevcut olmadığı durumda ise, normal satış fiyatı rekabetçi fiyatın üzerindeki bir fiyattır ve bu durumda alıcı gücü dengeleyici alıcı gücüdür.”*⁵²

⁵¹ Burada herhangi bir kafa karışıklığına mahal vermemek adına dengeleyici alıcı gücünün ve alıcının pazarlık gücünün aynı pazar gücünün farklı ifadeleri olduğunu belirtmek gerekir. Bkz aynı fikirde Doorn (2015), s 78.

⁵² Chen (2008), s. 241-249.

Elbette bu tanıma da önemli bir eleştiri getirilebilir. Şöyle ki, ticari ilişkideki avantajlı koşullara odaklanan bu tanım da en azından rekabet hukuku açısından sorun teşkil eden alıcı gücünü tanımlamakta her zaman yeterli olmayabilir.⁵³ Zira buradaki avantajların (düşük fiyatlar, uzun vade vb.), salt satın alımlardaki ölçek ve kapsam ekonomilerinden veya yüksek alım miktarı nedeniyle işlem maliyetlerinin düşmesinden kaynaklanması, dolayısıyla alıcı teşebbüsün etkinliğinden doğmasının rekabet hukuku açısından problem yaratmaması gerektiği savunulabilir.⁵⁴ Nitekim, muhtemelen benzer bir kaygı taşıdığı için Grimes de alıcı gücünü “*alıcının bir satın alma işleminin şartlarını ‘etkinlik dışında bir nedenle’ önemli derecede etkileyebilme kabiliyeti*” olarak tanımlamıştır.⁵⁵ Ancak bu tanım için Chen’in de belirttiği itiraz ileri sürülebilir: Chen’e göre “etkinlik dışı gerekçeler” şartı aramak en azından monopsonu bu tanımın dışında bırakacaktır. Bunun nedeni de monopson gücünün getirdiği fiyat indiriminin hemen her koşulda maliyet avantajları gibi etkinliklerle meşrulaştırılmaya elverişli olmasıdır.⁵⁶ Bizce bu önerme yalnızca monopson için değil, alıcının pazarlık gücü için de geçerlidir. Dolayısıyla etkinlik nedeniyle elde edilen avantajları dışarıda bırakacak bu tip bir tanım, alıcı gücünden doğan rekabet karşıtı durumlara neredeyse hiçbir zaman müdahale edilememesi sonucunu doğurabilir.

Son olarak, Chen’in yaptığı tanımda da görüldüğü üzere farklı pazar dinamiklerini ifade ettikleri ve ekonomik etkinlik üzerinde farklı etkiler doğurdukları için monopson ve alıcının pazarlık gücü arasında net bir ayrım yapılması oldukça önemlidir. Bununla birlikte “alıcı gücü” kavramı her ikisini de kapsayan şemsiye bir kavram olarak kullanılabilir. Biz de bu çalışmada bu kavramı iki tür arasında bir ayrım gerekmedikçe şemsiye bir kavram olarak kullanacağız.

⁵³ Aynı fikirde bkz. Erdoğan (2003), s.18.

⁵⁴ A.g.e.

⁵⁵ Grimes, S. W. (2005), ‘Buyer Power and Retail Gatekeeper Power: Protecting Competition and the Atomistic Seller’, 72 ANTITRUST L. J. s. 565.

⁵⁶ Chen (2008), s.243.

1.1.2. Monopson

Rekabet iktisadı literatüründe monopson, bir pazarın satın alma tarafındaki pazar gücünü tek başına elinde bulunduran teşebbüs olarak tanımlanmaktadır.⁵⁷ Ancak bu tanımdan, ilgili pazarda başka hiçbir alıcı olmamasını veya söz konusu teşebbüsün toplam satın alımların yüzde yüzünü yapması gerektiğini anlamamak gerekir.⁵⁸ Bu teşebbüsün karşısında ise bazen küçük bazense üst pazarda yoğun bir rekabet baskısı altındaki (her iki durumda da kayda değer ölçüde pazar gücü bulunmayan) sağlayıcılar bulunmaktadır.⁵⁹ Bu piyasa koşullarına ilişkin temel varsayıma göre ilgili pazarda arz eğrisi yukarıya eğimlidir yani alıcının alacağı her ilave girdi için marjinal maliyetleri artmaktadır.⁶⁰ Bu nedenle monopson gücünü elinde bulunduran teşebbüs (monopsonist), sahip olduğu pazar gücünü daha az girdi satın alarak yani talebi düşürerek (*withholding demand*) fiyatları rekabetçi fiyatın altına çekmekte kullanmakta ve bunu da kendisinden başka talep kaynağı olmayan sağlayıcıya “ya al ya da git” (*take-it-or-leave-it*) bir teklifte bulunarak elde etmektedir.⁶¹

Söz konusu varsayım uyarınca alım miktarını sınırlandırmak alıcı teşebbüs için avantajlıdır çünkü alıcıya girdi fiyatlarını düşürme ve böylece ilgili satın alma işleminden doğacak kârı sağlayıcıdan kendisine geçirme imkânı tanır.⁶² Üstelik monopsonist, alt pazarda da satıcı olarak pazar gücüne (monopol) sahipse, bu koşullar tüketicilere daha yüksek fiyatlar olarak geri dönebilir.⁶³ Ancak burada, ekonomik etkinlik perspektifinden tüketicilere yansıyacak fiyattan daha önemli olan husus; monopsonun pazar gücünü kullanarak aldığı girdi miktarını ve dolayısıyla alt pazardaki çıktı miktarını azaltması ve böylece kaynakların etkin bir

⁵⁷ Bkz. OECD (2009), s.226.

⁵⁸ Kirkwood, J. B. (2012) ‘Powerful buyers and merger enforcement’, Boston University Law Review, 92(5), s.1496.

⁵⁹ Bkz. OECD (2009), s. 245, Noll (2005), Herrera (2017), s.32, para.67.

⁶⁰ Monopsonun Kaynakları başlıklı devam eden bölümde bu durumu açıklıyoruz.

⁶¹ Herrera (2017), s. 68.

⁶² A.g.e.

⁶³ A.g.e. s.33 para.68.

şekilde tahsis edilmesini engelleyerek telafisi mümkün olmayan bir dara kaybına (*deadweight loss*) neden olmasıdır.⁶⁴ Bu nedenle söz konusu fiyat avantajının tüketicilere yansıtılıp yansıtılmadığından bağımsız olarak monopsonun refahta eksilmeye neden olduğu ve bu nedenle neredeyse her zaman etkinsiz olduğu kabul edilmektedir.⁶⁵

Yukarıdaki çerçeveyi biraz açalım. Monopsonist, son ürün miktarında yapacağı herhangi bir artışın ilave girdi ihtiyacı doğuracağını, bunun da satın almayı planladığı her ilave girdinin fiyatını (dolayısıyla maliyetini) artıracığının farkındadır.⁶⁶ Bu maliyet, monopsonun marjinal faktör maliyetidir ve diğer tüm firmalar gibi kârını maksimize etmeyi hedefleyen monopsonist, alacağı girdiden elde edeceği marjinal fayda, girdinin marjinal maliyetinin üzerinde olduğu (veya en azından eşit olduğu) sürece satın alma yapmak ister.⁶⁷ Burada her bir ilave girdiden elde edilen marjinal fayda, marjinal ürün değeri (*marginal revenue product* ("MRP")) olarak anılır ve bu değer ilave bir birim girdinin etkisiyle üretilen çıktı (ürün) miktarının, ürünün alt pazardaki marjinal değeriyle çarpılmasıyla bulunur.⁶⁸

Söz konusu teorik çerçevede monopsonistin pazar gücü girdi pazarında daha düşük fiyatlarla ürün almasını sağlasa da daha fazla girdi almak, girdinin maliyeti MRP'nin üzerinde olduğundan firmanın alt pazardaki marjinal maliyetini artırır. Bu da monopsonisti alt pazardaki üretimi monopsonun olmadığı bir pazara kıyasla azaltmaya iter.⁶⁹ Bu çerçevede çıktı miktarı azaldığı için monopsonun

⁶⁴ Erdoğan (2003), s.9.

⁶⁵ Herrera (2017), s.39, para. 69.

⁶⁶ Doorn (2015) s.85.

⁶⁷ A.g.e.

⁶⁸ Oldukça karmaşık görünen bu varsayımı basit bir örnekle somutlaştıralım. Bir çiftçinin ekinlerini balya haline getirmek amacıyla biçerdöver almayı planladığını ve biçerdöver almasının 1000 adet fazladan balya üretmesine yarayacağını ve her bir balyanın 50 liraya satıldığını varsayalım. Bu durumda biçerdöverin marjinal ürün değeri, $50 \times 1000 = 50.000$ lira olacaktır. Bu halde, çiftçinin biçerdöveri, fiyatı 50.000 TL'ye eşit veya 50.000 TL'nin altında olduğu sürece almasının rasyonel olduğu, daha yüksek bir fiyata alması halinde zarar edeceği kabul edilir. Burada alt pazarda bir monopol yoksa ürünün marjinal değeri, ürünün piyasa fiyatı olarak kabul edilebilir.

⁶⁹ Bkz. Doorn (2015), s.86.

girdi fiyatlarında aldığı indirimin tüketicilere geçmediği ve monopsonun tüketici refahına neredeyse hiçbir zaman katkı sağlamayacağı kabul edilir.⁷⁰ Ancak belirtmek gerekir ki, bu durum monopsonun tüketicilere zorunlu olarak zarar vereceği anlamına gelmez. Nitekim, eğer alt pazar yeterince rekabetçiye veya üst pazarın coğrafi sınırları, alt pazarın coğrafi sınırlarından daha genişse monopson gücünün kullanımı tüketicilere zarar vermeyebilir.⁷¹

Monopsonu bir örnek ile somutlaştıralım:⁷² Tek başına ayrı bir coğrafi pazar olarak tanımlanabilecek olan A kasabasında tek bir süpermarket bulunduğunu ve bu süpermarketin A kasabasındaki çiftçilerin (yüksek ulaşım maliyetleri gibi nedenlerle) ürünlerini satabildiği tek yer olduğunu ve pazara giriş engellerinin de oldukça yüksek olduğunu kabul edelim. Son olarak, söz konusu süpermarketin çiftçilerden süt alacağını ve alacağı ilave her birim süt için artan marjinal maliyetleri olduğunu kabul edelim.⁷³

Verilen örnekte amacı kârını maksimize etmek olan süpermarketin şöyle hareket etmesi beklenir: Süpermarket pazar gücünü kullanarak, hem daha az miktarda süt alacak hem de alacağı her bir litre süt için üreticiye rekabetçi fiyatın altında bir fiyat önerecektir. Yine pazarda rekabet ettiği başka bir süpermarket olmadığı için aldığı sütü tüketicilere de daha pahalıya satacak ve böylece hem üreticilerin refahından hem de tüketicilerin refahından çalacaktır. Bu örnekte sütün hızlı bozulabilen bir ürün olması da süpermarketin elini güçlendirecektir. Nitekim, elde edilen sütün kısa sürede satılması, satılamazsa çöpe atılması gerekir ki, bu da çiftçileri süpermarketin teklifini (satın alınan miktar ve önerilen fiyat düşük bile

⁷⁰ Herrera (2017), s. 52-53.

⁷¹ Doorn (2015) s.88.

⁷² Bu örneği Komisyon'un Friesland Food/Campina kararı ve Herrera'nın verdiği Isolation's Supermarket örneklerinden yararlanarak hazırladığımızı belirtmek gerekir. Bkz. Case No COMP/M.5046 –Friesland Foods /Campina ve Herrera s. 34.

⁷³ Bu durum çok nadir görülse de genellikle tarım ve emek sektörlerinde söz konusu olmaktadır. Bunun birden fazla nedeni olabilir. Örneğin, üreticilerin (çiftçilerin) daha fazla ürün üretebilmek için daha fazla maliyete katlanmak zorunda olduğu (tarım alanı, ilave makinalar, ağaçlar vb.) ve bu artan maliyetleri talepteki her ilave artışa yansıtmak durumunda olduğu senaryolar veya alıcı teşebbüsün alt pazardaki marjinal maliyetinin ilave her birim için arttığı ya da ölçek ekonomisinin bulunmadığı diğer senaryolar verilebilir. Bkz. OECD 2009, s.259.

olsa) kabul etme mecburiyeti altına sokar. Tabii bu örnekte de arz eğrisinin yukarı eğimli olduğunu, yani marketin alacağı her ilave süt birimi için, birim başına daha fazla ücret ödemesi gerektiğini kabul ettiğimizi de tekrar belirtmek gerekir.

1.1.2.1 Monopsonun Kaynakları

Yukarıdaki örnekte de gördüğümüz gibi monopsonun varlığı ilgili pazarda arz eğrisinin yukarı eğimli olması, arz eğrisinin elastik olmaması, alt pazara giriş engellerinin yüksek olması gibi sık görülmeyen birtakım koşulların bir arada olmasına bağlıdır.⁷⁴ Aşağıda bu koşulları çok kısaca açıklıyoruz.

1.1.2.1.1. Tek veya Çok Az Sayıda Alıcının (Oligopson) Varlığı ve Üst Pazarın Rekabetçi Olması

Monopsondan söz edilebilmesi için öncelikle, ilgili piyasada tek bir alıcının veya birlikte hareket eden birden fazla alıcının varlığı gerekir. Bu şartla ifade edilmek istenen temel husus, sağlayıcıların ilgili piyasada ürünlerini satabileceği alternatif alıcıların yokluğudur. Nitekim, alıcının bulunduğu perakende seviyesinde veya başkaca bir alt pazarda rekabet halinde birden fazla alıcı bulunması, sağlayıcıları alternatif alıcılara yönlendirecek ve bu şartlarda alıcılardan bir tanesinin monopson gücünü kullanması mümkün olmayacaktır. Monopson için alt pazardaki alıcı sayısının azlığının yanında girdi pazarının rekabetçi olması yani bu pazarda faaliyet gösteren çok sayıda sağlayıcı olması da gerekir. Dolayısıyla monopsonistin pazar gücünü uygulayabilmesi için çok sayıda alternatif arz kaynağına sahip olması da önem taşımaktadır.

1.1.2.1.2. Yukarıya Eğimli Arz Eğrisi (*Upward Sloping Supply Curve*)

⁷⁴ Burada büyük ölçüde Herrera'nın işaret ettiği koşullara yer veriyoruz. Bkz. Herrera (2017) s. 37-42. Yine benzer koşulların sayıldığı başka kaynaklar için bkz. Blair, R.D. and Harrison, J.L. (2010), *Monopsony in Law and Economics*, Cambridge: Cambridge University Press, s. 41-67.

Monopsonun bir diğ er önemli şartı, arz eğrisinin yukarıya eğimli olmasıdır.⁷⁵ Bu eğriyle üretim faktörlerinin kıt olmasının bir sonucu olarak monopsonistin fazladan aldığı her bir girdi için  deyeceğı bedelin y kseldiğı⁷⁶ (marjinal faktör maliyetinin arttığı) pazar durumu ifade edilmektedir. Üstelik burada monopsonist, söz konusu yüksek fiyatı sadece yeni aldığı girdiler için değıl, daha önce düşük fiyattan aldığı girdilerden aldığı ilave birimler için de ödemek zorundadır.⁷⁷ Bu durum da daha önce de belirttiğimiz üzere daha çok üretilen her bir ek birim başına artan maliyetlerin söz konusu olduğı tarım piyasaları gibi piyasalarda veya emeğin temel unsur olduğı piyasalarda söz konusu olmaktadır.⁷⁸

1.1.2.1.3. Elastik Olmayan Arz Eğrisi

Monopson için bir diğ er şart, sağlayıcıların arz miktarını istedikleri gibi artırıp azaltamayacak durumda olması; iktisadi karşılığıyla arz eğrisinin elastik olmamasıdır. Burada arz eğrisi elastik olmadığı için sağlayıcının temel güdüsü, ürünlerini koşullar nasıl olursa olsun satabilmektir. Bu durum özellikle et-süt gibi hayvansal ürünler, meyve gibi hızlı bozulabilen, hasat süreleri çok uzun olan veya ilave  retilimin çok maliyetli olduğı ürünler bakımından söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla bu koşullar altındaki sağlayıcının genellikle ürünlerini ( r nlerin fiyatı rekabetçi seviyenin çok altına düşse bile) monopsoniste satmak dışında bir alternatifi bulunmamaktadır.

1.1.2.1.4. Elde Edilecek İktisadi Bir Rantın Varlığı (*Economic Rents To Be Extracted*)

Monopsonun bir başka ön koşulu, alıcının sağlayıcıdan kendisine transfer edebileceğı bir rantın varlığıdır.⁷⁹ Bu rant da çok genel olarak rekabetçi bir

⁷⁵ Bkz. Herrera (2017), s. 38, para 81-83, OECD (2009), s.142.

⁷⁶ Bkz. Dobson, P.W., Waterson, M., and Chu, A. (1998) ‘The Welfare Consequences of the Exercise of Buyer Power’, Research Paper 16, Office of Fair Trading, London, s.11-12.

⁷⁷ Erdoğ n (2003), s.9.

⁷⁸ Bkz. Herrera (2017) s.38-39.

⁷⁹ OECD, 2009, s.21. Bu konuda daha detaylı bir analiz için bkz. Noll (2005), s. 592-593.

piyasada üretici veya sağlayıcıya geçmesi beklenecek kâr olarak ifade edilebilir.⁸⁰ Noll'e göre bu rant, sağlayıcıların kârının onları satabilecekleri ürün miktarını üretmeye teşvik edecek asgari kârdan fazla olması durumunda söz konusu olmaktadır.⁸¹

Sağlayıcının rantı; quasi rant, ricardian rant veya monopolden doğan kâr olarak üçe ayrılır ve monopsonun refaha olan etkisi piyasada hangi rant tipinin mevcut olduğuna bağlıdır.⁸² Ricardian rant denilen rant tipi, üretim faktörleri arasındaki üretkenlik veya maliyet farkından doğar.⁸³ Örneğin, bazı topraklar bazı ekinler için daha elverişli olabilir ya da bazı çalışanlar aynı sürede diğer çalışanlardan daha fazla üretken olabilir.⁸⁴ Dolayısıyla ricardian rant bu verimlilikten elde edilen görece uzun vadeli ranttır.⁸⁵ Quasi rant ise, toplam kâr ile kısa vadede kaçınılabilecek maliyetlerin (*short-run avoidable costs*) arasındaki farkı ifade eder.⁸⁶ Noll'e göre kısa vadede, monopsonist quasi rant elde edebilir ancak uzun vadede bu rantta monopsonist tarafından el konulması sağlayıcıların pazardan çıkmasına neden olur. Bu nedenle eğer üst pazar rekabetçi ise ve uzun vadeli kâr sağlayacak ricardian rant yoksa monopsonist uzun vadede monopson gücünü kullanamaz.⁸⁷

Yine Noll'e göre, şayet bir pazarda sağlayıcılar yalnızca ortalama maliyetle karşı karşıyaysa yani üretim için batık maliyetlere katlanmak zorunda değilse monopsonistin girdi fiyatını düşürme imkânı olmayacaktır.⁸⁸ Bunun nedeni, bu tip bir pazarda yatırımlarını herhangi bir batık maliyete katlanılmadan başka bir

⁸⁰ Noll (2005), s. 592.

⁸¹ A.g.e.

⁸² OECD (2009), s.21.

⁸³ A.g.e.

⁸⁴ A.g.e.

⁸⁵ A.g.e.

⁸⁶ OECD (2009), s. 22

⁸⁷ Noll (2005), s. 592.

⁸⁸ A.g.e.

pazara aktarılabilecek olması nedeniyle monopsonistin baskısına maruz kalan sağlayıcıların kolayca bu pazarı terk edebilecek olmasıdır.⁸⁹

1.1.2.1.5. Piyasanın Alıcı Tarafına Yeni Girişler Olması İhtimalinin Hiç Olmaması veya Çok Düşük Olması

Monopson için bir diğer şart da alıcının bulunduğu pazara giriş engellerinin yüksek olmasıdır. Bu şart aslında ilk saydığımız şartla oldukça benzerdir. Ancak burada alt pazardaki mevcut teşebbüs sayısının azlığının yanında bu pazardaki teşebbüs sayısının artma potansiyelinin de düşük olmasını ifade ediyoruz. Nitekim potansiyel alıcıların pazara girme ihtimalinin yüksek olmasıyla mevcut alıcının pazar gücü arasında ters orantı olduğu ve bu durumun tıpkı monopolün pazar gücü hesaplanırken olduğu gibi monopsonun pazar gücü hesaplanırken de dikkate alınması gerektiği söylenebilir.

1.1.2.2. Monopsonla Ne Sıklıkla Karşılaşıyoruz?

Yukarıdaki başlıkta, monopsonun kaynaklarını belirtirken, yer verdiğimiz koşulların gerçekleşmesinin pek çok piyasa bakımından oldukça zor olduğunu belirtmiştik. Bu hususu dikkate aldığımızda aslında başlıktaki sorunun cevabı, monopsonla pek de sık karşılaşmadığımız olacaktır.⁹⁰ Dolayısıyla monopsonun rekabet hukuku gündemini çok da fazla meşgul etmediğini söyleyebiliriz.⁹¹ Ancak

⁸⁹ A.g.e.

⁹⁰ Görebildiğimiz kadarıyla ampirik çalışmalar da bu savı destekliyor. Bkz. John B. Kirkwood (2012), Powerful Buyers and Merger Enforcement, 92 B.U. L. Rev. s. 1485, dn. 39, Herrera (2017) s.41.

⁹¹ Örneğin Herrera'ya göre monopson gücü çok görülmez çünkü: (i) monopson gücünü kullanabilecek durumda olan alıcı, tedarikçiye ihtiyaç duyduğu için sağlayıcılarına her zaman onları pazardan çıkmaya zorlayacak ölçüde baskı uygulamaz yalnızca bazı verimsiz sağlayıcıları sıkıştırarak, bu sağlayıcıların pazardan ayrılmasına neden olabilir. Bu durum da kalan sağlayıcıların pazar güçlerini artırmasına ve alıcının pazar gücünü dengelemelerine neden olabilir (ii) monopson gücünün kullanılması girdi fiyatını sadece monopsonist için değil tüm alıcılar için düşürür. Bu da bu avantajdan monopsonistin zayıf rakiplerinin de faydalanmasına ve bunların da zamanla güçlenmesine neden olur. Dolayısıyla monopson uzun soluklu olmaz (iii) monopson teorisi, ticari koşullar olarak fiyat ve miktarı esas alır ancak aslında pratikte pazarlığın dinamiklerini yalnızca bu koşullar belirlemez, fiyat ve miktar dışındaki unsurlar, bazen bu unsurlardan çok daha önemli olabilir. Bkz. Herrera (2017), s.41-42.

güncel bazı gelişmeler, monopsonun rekabet hukuku gündemini geçmişe oranla daha fazla meşgul edeceğini gösteriyor. Örneğin OECD'nin 2019'da başlayan ve emek piyasalarındaki rekabetçi endişeleri ele alan “İş Gücü Piyasalarında Rekabet” (*Competition in Labour Markets*) başlıklı çalışmasının raporu çok kısa süre önce (Şubat 2020) yayımlandı.⁹² Bu çalışmanın bizim ele aldığımız konu bakımından en kayda değer tarafı da şüphesiz işverenlerin sahip olduğu piyasa gücünün monopsonla ilişkilendirilmiş olmasıdır. Nitekim raporun giriş bölümünde çalışmanın amacı: “İşverenler tarafından monopson gücünün kullanılmasının ne zaman rekabet ihlali olabileceğinin analiz edilmesi, rekabet [hukuku] uygulamasının hangi durumlarda bu piyasalardaki monopson gücüne etkin bir şekilde müdahale edebileceğinin belirlenmesi ve monopson gücünün dijital platformlarda nasıl uygulandığının -bazı büyük aracı platformların bağımsız platform çalışanlarının ücretlerini ve diğer çalışma koşullarını nasıl olumsuz etkilediğine bakılarak- tespit edilmesi” olarak açıklanmakta, bir anlamda emek piyasalarında monopsonun varlığı veri kabul edilmektedir.⁹³

OECD'nin söz konusu raporunun dijital platformların monopson gücüne ilişkin bölümünde ise çok genel olarak şu tespitlere yer verilmektedir:⁹⁴ (i) İş gücü piyasalarında aracı platformların sahip olduğu aracılık gücü (*intermediation power*) bir çeşit pazar gücüdür (ii) dijitalleşme ve [onun getirdiği] paylaşım ekonomisi topluma ve iş gücü piyasasına çıktı miktarının artması, yeni iş imkanlarının yaratılması, fleksibilite, çalışanlara pek çok farklı platformdan iş bulma imkanı gibi önemli faydalar getirmektedir (iii) ancak bu platformlar aynı zamanda çalışanlar ve yükleniciler bakımından (özellikle emek arzının artması nedeniyle) mevcut çalışanların ve yüklenicilerin ücretlerinin baskılanması gibi olumsuz sonuçlara da neden olmaktadır. Bununla birlikte rapor, genel olarak söz

⁹² OECD (2020), *Competition in Labour Markets*, (<http://www.oecd.org/daf/competition/competition-concerns-in-labour-markets.htm>) (Son erişim tarihi 30 Mayıs 2021).

⁹³ A.g.e. s.3.

⁹⁴ A.g.e. s. 36-37.

konusu aracı platformların etkinlik yarattığını ve bunların, ağ dışsalılıkları nedeniyle monopson gücüne erişmelerinin zor olduğunu belirtmektedir.⁹⁵

Yine OECD raporundan biraz daha önceki bir tarihte monopsonun “ders kitabı tanımından” (*textbook definition*) biraz farklı bir çevrimiçi versiyonunun yani e-monopsonun etrafımızdaki pek çok sektörde olduğunu, bizi bir anlamda kuşattığını iddia eden yazarlar da bulunmaktadır. Örneğin *Ezrachi* ve *Stucke* *Looking Up in the Data-Driven Economy* başlıklı kısa makalelerinde bu durumu şöyle ifade ediyor:

“... Buradaki tartışma, monopsonun ders kitabı tanımından (*textbook definition*) ayrışıyor. Bilindiği gibi monopson, şehirde hâkim durumda olan tek alıcı olarak karakterize edilir. Örneğin, tek bir fabrikası olan bir şehir hayal edin. Mahkemenin de belirttiği gibi ‘Bu fabrika, tek işveren ve emeğin tek alıcısı olduğu için şehrin nüfusundan bağımsız olarak ücretleri, yan hakları ve çalışma koşullarını dilediği gibi dikte edebilecektir.’ Bizim burada dile getirdiğimiz kaygı ise süper-platformların [*pazar gücünün*] üst pazarda anti rekabetçi kullanıma ilişkindir. Örneğin, hâkim durumda bir kitapçıyla yüz yüze gelen bir yayımcı düşünün. Rekabetçi bir piyasada, yayımcılar hem kendilerinin hem de yazarların emeğinin karşılığı olan adil bir geliri garantilemek amacıyla kitapçıları birbirleriyle rekabet ettirecektir. Diğer yandan, kitapçı şayet hâkim durumda ise yayımcıya kitap için ödediği ücreti düşürecek ve yazarların ve yayımcının refahını kendisine geçirecektir. Üstelik bu durum, e-kitaplarını yayımlamak ve dağıtmak için e-monopsoniste [*kitapçıya*] mecbur olan yazarlar için daha da kötüleşecektir. Örneğin yazar, biz okurların okuduğu sayfa başına ödeme gibi çok daha kötü bir teklifi kabul etmek zorunda bile kalabilecektir... Hatta durum daha da kötüleşecek, e-monopsonist, monopolist gibi sahip olduğu verileri hem alt pazarda hem de üst pazarda fiyat ayrımcılığı yapmak için dahi kullanabilecektir. [Örneğin] kimin

⁹⁵ A.g.e.

hangi yazarın eserlerini, eserin ne kadarlık bölümünü okuduğunu ve bu okurun yazara ne kadar sadık olduğunu bilen e-monopsonist, yazarın sadık okurlarına diğer okurlardan daha yüksek fiyatlar uygulayabilecektir.”⁹⁶

Bu savın isabetli olup olmadığına (yani dijital platformların monopsonla ilişkilendirilip ilişkilendirilemeyeceğine) ilişkin tartışmalar bir yana verilen örneğin dikkate değer olduğunu belirtmek gerekir. Nitekim emek piyasalarına ilişkin OECD raporunda dijital platformlara özel bir başlık açılmış olması da bu hususu doğrular niteliktedir. Ancak istisnalar olsa da monopsonun ders kitabı karşılığını pratikte çok sık göremediğimiz için bugün alıcı gücünden söz edildiğinde çoğunlukla aşağıdaki bölümde açıkladığımız “alıcının pazarlık gücünden” söz edilmektedir.

1.1.3. Alıcının Pazarlık Gücü (*Bargaining Buyer Power*)

Alıcının pazarlık gücü, pazarın hem sağlayıcı tarafında hem de alıcı tarafında pazar gücüne sahip teşebbüslerin bulunduğu ve sağlayıcının da alıcının da pazar koşullarını bir ölçüde etkileme kabiliyetine sahip olduğu iki taraflı bir pazar durumunu (*bilateral market power*) ifade etmektedir.⁹⁷ “Dengeleyici alıcı gücü” olarak da ifade edilen bu güç,⁹⁸ aslında alıcı gücüne ilişkin rekabet politikası tartışmalarının ve hatta adil olmayan satın alma koşulları, haksız ticari uygulamalar gibi rekabet hukuku dışında kalan tartışmaların da merkezindeki alıcı

⁹⁶ Ezrachi A., Stucke M. (2017) ‘Looking Up in the Data-Driven Economy’, CPI Antitrust Chronicle, s. 3-4. (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2975510) (Son erişim tarihi: 30 Mayıs 2021).

⁹⁷ Doorn (2015), s.102.

⁹⁸ Dengeleyici alıcı gücü veya pazarlık gücünün aynı pazar durumunu ifade ettiği söylenebilecekse de bu iki ifade arasında önemli bir nüans olduğu ve bu iki ifadenin bir ölçüde alıcı gücüne ilişkin farklı bakış açılarını yansıtabildiğini belirtmek gerekir. Bu kapsamda örneğin “dengeleyici alıcı gücü” ifadesi, alıcı gücünün güçlü sağlayıcıların pazar gücü için frenleyici olduğu durumlarda tercih edilirken; “alıcının pazarlık gücü” ifadesi daha ciddi rekabetçi endişeler doğuran alıcı gücünü ifade etmek için tercih edilmektedir. Biz burada çoğunlukla alıcının pazarlık gücü ifadesini ancak yeri geldikçe her ikisini de kullanacağız.

gücüdür.⁹⁹ Dolayısıyla bu çalışma boyunca ele alacağımız rekabet hukuku sorunlarının büyük bir bölümü doğrudan bu alıcı gücü tipini ilgilendirmektedir.

İki taraflı pazar gücü olarak tanımladığımız bu pazar durumunu monopson gibi görece net bir analitik çerçeveye oturtmak oldukça güçtür. Bunun nedeni de alıcı ve sağlayıcının kendi rakipleriyle ilişkisi, çeşitli pazar dinamikleri gibi pek çok değişken nedeniyle iki taraflı pazar gücünün söz konusu olduğu birbirinden son derece farklı pazar senaryolarının söz konusu olabilmesidir.¹⁰⁰ Bu hususu somutlaştırmak adına bu senaryolardan birkaç tanesini devam eden bölümlerde ele alacağız.

1.1.3.1. Alıcının Pazarlık Gücünün Kaynakları

Şüphesiz alıcının pazarlık gücünün kaynakları bahsinde açıklanması gereken en önemli husus, pazarlık gücünün temel belirleyicisi olan ilişki dışı seçenek (*outside option*) kavramıdır.¹⁰¹ Nitekim, alıcının mı sağlayıcının mı daha yüksek pazarlık gücüne sahip olduğu genel çerçevede hangi tarafın ilişki dışı seçeneklerinin daha fazla olduğuna göre belirlenmektedir.¹⁰² Alıcının perspektifinden ilişki dışı seçenek, genel olarak alıcının halihazırda pazarlık yapmakta olduğu sağlayıcıdan almayı planladığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer kalitede mal veya hizmet sağlayan alternatif sağlayıcıları ifade etmektedir. Burada alıcının pazarlık gücü ilişki dışı seçeneklerin değerinde yatmakta, bu değer de alıcının alternatif tedarikçilerle ticari ilişki kurma imkânı ve arzusuna göre belirlenmektedir.¹⁰³ Ancak burada önemli olan bir başka husus da alıcının kolaylıkla bir tedarikçiden başka bir tedarikçiye geçebiliyor olması yani alıcının tedarikçi değiştirme maliyetinin (*switching cost*) düşük olmasıdır.

⁹⁹ Herrera (2017), s.42, para. 92.

¹⁰⁰ Doorn (2015), s. 192.

¹⁰¹ OECD de 2009 yılında hazırladığı raporda alıcının pazarlık gücünün kaynaklarını büyük ölçüde ilişki dışı seçenek kavramını merkeze alarak açıklamaktadır. Bkz. OECD, 2009, s.40-41-42.

¹⁰² OECD (2009), s.40.

¹⁰³ A.g.e.

Aşağıda alıcının ilişki dışı seçeneklerinin değerini artıran, dolayısıyla alıcının pazarlık gücünün kaynakları olarak gösterebileceğimiz bazı temel faktörleri açıklıyoruz.

1.1.3.1.1. Alıcının Pazar Payı

Teşebbüslerin pazar gücü belirlenirken, yüksek pazar payının tek başına yüksek pazar gücü getirmediği ancak pazar gücünün en önemli göstergelerinden biri olduğu kabul edilir. Bu önerme, alıcının pazarlık gücünün kaynakları belirtilirken de uygulanmaya elverişli görünmektedir. Burada alıcının pazar payını büyük ölçüde teşebbüsün büyüklüğüyle (örneğin perakendeciler bakımından mağaza sayısı, toplam satışların veya alımların ne kadarını yaptığıyla) ilişkilendirebiliriz.¹⁰⁴

Yüksek pazar payının, daha yüksek miktarda alım yapma potansiyeli nedeniyle alıcının sağlayıcılar için önemini dolayısıyla pazarlık gücünü artıracakını söyleyebiliriz. Ancak tek başına pazar payı yüksek pazarlık payı için yeterli olmayabilir. Örneğin pazarın sağlayıcı tarafının büyük ölçüde yoğunlaşmış olduğu veya sağlayıcıların alternatif talep kaynaklarına sahip olduğu durumlarda alıcının pazar payı yüksek olsa da yüksek pazarlık gücünden söz edilemeyecektir.¹⁰⁵ Yine aynı şekilde alıcının pazar payı düşük olsa dahi sağlayıcıların alıcıya ekonomik bağımlılığının yüksek olduğu (örneğin sağlayıcının satışlarının çok yüksek bir bölümünü ilgili alıcıya yaptığı ya da alıcı değiştirme maliyetinin yüksek olduğu) durumlarda alıcının pazar payı düşük olsa bile yüksek pazarlık gücüne sahip olduğu savunulabilir.¹⁰⁶

1.1.3.1.2. Alternatif Arz Kaynaklarının Çokluğu/Üst Pazarın Rekabetçi Olması

¹⁰⁴ Herrera (2017), s.49, para.109.

¹⁰⁵ A.g.e.

¹⁰⁶ Bkz OECD (2009), s.40.

Çok sayıda sağlayıcı teşebbüsün faaliyet gösterdiği bir üst pazar, alıcının ilişki dışı seçeneklerinin değerini artıracaktır.¹⁰⁷ Burada özellikle de alıcının aynı kalitedeki ürün veya hizmetleri alabileceği sağlayıcı sayısının çokluğunu kastediyoruz. Ancak bu durumda bile, eğer alıcının ikame ürünleri tedarik etmesi zor ve masraflıysa tek başına sağlayıcı sayısının çokluğu alıcıya pazarlık gücü getirmeyebilir. Burada perakende sektöründen verilebilecek ve alıcının pazarlık gücünü düşürebilecek bir başka örnek de sağlayıcılardan birinden alınan ürünün varlığının alıcı için zorunlu olması durumudur. Bu ürünler literatürde “*must stock*” olarak adlandırılır.¹⁰⁸ Örneğin perakendeci marka bilinirliği veya tüketici tercihleri nedeniyle birtakım ürünleri mutlaka tedarik etmek zorunda olabilir. Bu durum özellikle bu ürünlerin yokluğunun müşteri kaybına neden olduğu durumlar bakımından geçerlidir. Bu tip bir durumda, piyasada bu ürünlere ikame olduğu söylenebilecek başka pek çok ürün bulunsa bile alıcı, sağlayıcıdan bu ürünü almak durumunda kalacak bu da günün sonunda alıcının pazarlık gücünü düşürecektir.¹⁰⁹

1.1.3.1.3. Alternatif Talep Kaynaklarının Azlığı

Alıcının pazarlık gücüne sahip olabilmesi için sağlayıcının alternatif talep kaynaklarının yani ilişki dışı seçeneklerinin de az olması gerekir. Nitekim pazarda çok sayıda alıcı bulunması bu sefer alıcıları sağlayıcılara bağımlı hale getirebilecek ve bu durum da alıcının pazarlık gücünü azaltacaktır.

1.1.3.1.4. Pazarlığın Etkinliği (*Bargaining Effectiveness*)

Alıcının benimsediği özgün pazarlık stratejisi veya ilgili alıcının karakteristiği gibi “etkin pazarlık avantajları” da alıcının pazarlık gücünü önemli ölçüde artırır.¹¹⁰ Örneğin, deposunda yeterince stok bulunan dolayısıyla tedarik için daha uzun süre bekleyebilecek olan alıcı, pazarlıkta rakibi olan alıcılara ve/veya

¹⁰⁷ OECD (2009), s. 10.

¹⁰⁸ Bkz OECD (2009), s.40.

¹⁰⁹ Bkz A.g.e.

¹¹⁰ OECD (2009), s.42. Ayrıca bkz. Herrera (2017), s.51, para.114.

ürünlerini satmak için acelesi olan bir sağlayıcıya göre pazarlıkta daha avantajlı bir konumda olacaktır.¹¹¹

Etkin pazarlık konusunda verilebilecek bir başka örnek de sağlayıcı ve alıcı ilişkisinde genellikle alıcı taraf aleyhine olan bilgi asimetrisi sorununun, alıcının yapacağı bilgi edinme yatırımları sayesinde azalmasıdır.¹¹² Açıklamak gerekirse, kural olarak sağlayıcının alıcıya sattığı ürünlere ilişkin daha fazla bilgi sahibi olduğu ve bu bilgi avantajını genellikle sattığı ürünün değerini veya ilişki dışı seçeneklerinin değerini abartarak pazarlık gücü elde etmek için kullanacağı varsayılabilir. Şayet alıcı, bu bilgi asimetrisi sorununu çözmek için danışmanlık almak, ürünleri bir uzman kontrolünden geçirtmek, rapor hazırlatmak gibi imkanlara sahipse pazarlıkta normalde olacağından daha güçlü bir konuma gelecektir.¹¹³

1.1.4. Perakende Sektörü Bakımından Alıcı Gücünün Kaynakları

Organize kanaldaki perakendecilerin; sektördeki yoğunlaşma, teknolojik gelişmeler ve tüketicilerin alışveriş alışkanlıklarındaki değişimle birlikte tedarik zincirinde ön plana çıkması ve bu gelişmelere paralel olarak sağlayıcılar karşısında önemli bir pazarlık gücü elde etmesi perakendecileri alıcı gücü tartışmalarının merkezine oturtmaktadır. Bu nedenle ve yukarıdaki bölümlerde belirttiğimiz teorik çerçeveyi somutlaştırmak adına bu bölümde perakendecileri bu avantajlı konuma taşıyan bazı önemli etkenleri kısaca açıklamaya çalışacağız.

1.1.4.1. Ölçek ve Kapsam Ekonomileri ve Maliyet Avantajları

Ürettiği ürün miktarı (ölçeği), büyürken ortalama maliyeti azalan bir teşebbüsün ölçek ekonomisinden faydalandığı kabul edilir.¹¹⁴ Kapsam ekonomisi ise birden

¹¹¹ A.g.e.

¹¹² A.g.e. s.42.

¹¹³ A.g.e. s. 42.

¹¹⁴ Gürsel (2009), s.409.

fazla ürünün birlikte üretilmesinin maliyetinin, ayrı ayrı üretilmelerinin maliyetinden daha az olduğu durumu ifade eder.¹¹⁵ Nitekim çok sayıda mağazaya sahip olan, bu nedenle yüksek miktarda alım yapabilen, yüksek maliyetlere katlanmaksızın hem daha fazla sayıda hem de daha fazla çeşitte ürünü bir arada satabilen büyük ölçekli perakendecilerin söz konusu ölçek ve kapsam ekonomilerinden faydalandığı kabul edilir. Bunun maliyet avantajı sağlayan bazı temel sebepleri şöyle sıralanabilir: *Birincisi* ölçeğin büyümesi ve geniş ürün yelpazesi nedeniyle yüksek doluluk oranlarına sahip büyük mağazalarda birim işlem başına düşen maliyetler azalmaktadır.¹¹⁶ Bu maliyet avantajının temel nedenlerinden *birincisi* şüphesiz bu teşebbüslerin yüksek miktarda alım yapabilmesinin kendilerini pazarlıkta ön plana çıkarması ve bu durumun hem fiyat hem de fiyat dışı ticari şartlarda avantajlı koşullar elde etmelerini sağlamasıdır. *İkincisi*, farklı işlerde uzmanlaşan çok sayıda çalışana sahip olan perakendecilerin, iş gücünde uzmanlaşmanın getirdiği verim artışı nedeniyle tasarruf etmesidir. *Üçüncüsü*, kendi dağıtım ağını ve depolama merkezlerini kuran ve gittikçe daha dikey entegre hale gelen bazı perakendecilerin böylece aracı teşebbüsleri ortadan kaldırarak yine önemli ölçüde tasarruf etme imkanına sahip olmasıdır.¹¹⁷

1.1.4.2. Tek Duraklı Alışveriş

Bir alışverişte tüketicinin işlem maliyeti; alışveriş yapılacak mağazaya gidilmesi, ihtiyaç duyulan ürünlerin aranması, ikame ürünlerin fiyatının karşılaştırılması, ürünlere ilişkin bilgi temini ve taşıma işlemleri için harcanan zamanın ve emeğin parasal karşılığıdır.¹¹⁸ Dolayısıyla tüketicilerin söz konusu işlem maliyetinin görece az olduğu alışveriş noktalarını tercih etmesi beklenir. Nitekim organize perakendecilerin büyük satış mağazalarında tüketicilerin söz konusu işlem maliyetini büyük ölçüde azaltacak şekilde birden fazla kategorideki ürünü bir arada sunması yani tek duraklı alışveriş (*one stop shopping*) imkânı sağlaması da

¹¹⁵ A.g.e.

¹¹⁶ A.g.e.

¹¹⁷ A.g.e.

¹¹⁸ A.g.e. s.410.

perakendecilerin ölçeğinin büyümesindeki önemli sebeplerden biri olarak gösterilmektedir.

1.1.4.3. Teknolojik Gelişmeler

Alışveriş işlemlerinin çok daha hızlı yapılmasını sağlayan teknolojik gelişmeler, perakende sektöründe, organize perakende lehine dönüşümü hızlandıran önemli faktörlerden biridir. Teknolojik gelişmelerin sağladığı faydalara örnek olarak perakendecilerin stok takibi yaparak ellerindeki ürünlere ilişkin bilgi toplayabilmesi, satışlar hakkındaki bilgileri analiz ederek hem iş gücünü etkin tahsis edebilmeleri hem de tüketici davranışlarına ilişkin verilerle tüketici taleplerine daha uygun hizmet sunabilmeleri verilebilir. Dolayısıyla bu teknolojik gelişmeler, perakendecilik faaliyetlerinin yürütülmesinde çeşitli maliyet avantajları ve yönetim kolaylıkları sağlayarak perakendecilerin ölçeğinin daha da büyümesine neden olmaktadır.¹¹⁹ Üstelik bu teknolojik gelişmelere ayak uydurulması ciddi yatırım maliyetlerine katlanılmasını gerektirdiği için, bu gelişmeler düşük sermayeli küçük perakendecilerin pazar dışına itilme sürecini de hızlandırmaktadır.¹²⁰

Organize perakendenin gelişmesini sağlayan teknolojik gelişmeler bir tarafa, son on yılda sektörü dönüştüren en önemli teknolojik gelişme aslında elektronik ticaretin yaygınlaşmasıdır. Elbette, e-ticaretin gelişmesinin, perakende sektörünü bütün olarak büyüten gelişmelerden biri olduğu söylenebilir. Bununla birlikte bu gelişmenin aynı zamanda çevrimiçi platformların organize perakendecilere rakip olmasıyla birlikte sektördeki rekabetin kızışmasına yol açtığını dolayısıyla geleneksel organize perakendenin güç kaybetmesine neden olabileceğini de göz ardı etmemek gerekir.

1.1.4.4. Mağaza Markalı Ürünler (*Private Label*)

¹¹⁹ Gürsel (2009), s.412.

¹²⁰ A.g.e.

Organize perakendenin gelişiminde önemli rol oynayan bir başka faktör de özel markalı ürünlerdir. Bu ürünler, perakendecilerin fikri mülkiyet haklarına sahip olduğu ancak fason üretim yoluyla ve kendi hazırladıkları şartnamelere göre üreticilere ürettirdikleri ürünler olarak tanımlanabilir.¹²¹

Özel markalı ürünlerin, perakendeciler bakımından temel işlevleri, perakendecilerin diğer ürünlere olan bağımlılığını azaltmaları, ürünlerini çeşitlendirmelerine imkân sağlamaları, ulusal markalı ürünlere (üreticinin marka hakkına sahip olduğu ürünler kastedilmektedir) göre daha düşük fiyatla satılabildikleri için müşteri sadakati yaratmalarıdır. Yine ulusal markalı ürünlere göre kâr marjı daha yüksek olan bu ürünler, perakendecilerin kârlılık oranını da artırmaktadır. Hatta öyle ki, Marks & Spencer, Aldi gibi bazı perakendecilerin sattığı ürünlerin neredeyse tamamı bu mağaza markalı ürün kategorisine girmektedir.¹²²

Geçmişte özel markalı ürünlerin, geleneksel markalı ürünlerin daha ucuz ve daha kalitesiz ikameleri olduğuna ilişkin bir algı söz konusuysa, günümüzde bu ürünlerin hem kalite hem de diğer fiyat dışı unsurlar konusunda geleneksel markalı ürünlerle sıkı bir rekabet içinde oldukları söylenebilir.¹²³ Bu iddiayı *Ezrachi*'nin verdiği bir örnekle somutlaştıralım. Örneğin 2005 yılında Tesco'nun Premier Cru isimli şampanyası, İngiltere'de yapılan bir kör tadım etkinliğinde rakibi olan ve bilinirliği oldukça yüksek olan bazı rakip şampanya markalarını geride bırakarak, en iyi *non-vintage* şampanya seçildi.¹²⁴ Elbette, bu gelişmelerin özel markalı ürünlerin bilinirliğinin artmasına ve tüketiciler tarafından git gide

¹²¹ Ezrachi A. Ahuja K. Private Labels, Brands and Competition Law Enforcement, s.1 Oxford University Centre for Competition Law and Policy Working Papers. (<https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/cclp-l-9-privatelabelsandbrands.pdf>). Bu konunun ayrıntılı olarak ele alındığı başka bir kaynak için bkz. A Ezrachi (2010) 'Unchallenged Market Power? The Tale of Supermarkets, Private labels and Competition Law' 33(2) World Competition.

¹²² A.g.e. s.2.

¹²³ Ezrachi A. Ahuja K., s. 2. (<https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/cclp-l-9-privatelabelsandbrands.pdf>).

¹²⁴ A.g.e.

daha fazla kabul edilmelerine hizmet ettiğini ve markalar arası rekabeti ciddi biçimde artırdığını da göz ardı etmemek gerekir.

Özel markalı ürünlerin, toplam ürün miktarı içindeki rolünün ve öneminin git gide artması en çok marka bilinirliğine sahip üreticileri zor durumda bırakmaktadır.¹²⁵ Bu iddianın nedeni ise yalnızca rekabet baskısının bu üreticileri önemli bir miktar kârdan mahrum bırakması değil elbette. Asıl endişelerden biri, zayıf fikri mülkiyet koruması nedeniyle üreticilerin ürünlerinin zaman zaman birebir kopyalanması ve perakendeciler tarafından özel markalı ürünler olarak satılması ihtimalidir.¹²⁶ Üstelik bu noktada satılacak ürünlerin raf dizilimi, konumu gibi hususlarda söz sahibi olan perakendecilerin özel markalı ürünler nedeniyle rakip oldukları üreticiler için dezavantajlı uygulamalara yönelmeleri riski de bulunmaktadır. Elbette özel markalı ürünlerin salt üretici zararına neden olduğunu söylemek oldukça güçtür. Nitekim, kendi imkanlarıyla marka yatırımı için gerekli reklam masrafı vb. masraflara katlanması mümkün olmayan bazı üreticilerin perakendeciler için özel markalı ürünler üretmek yoluyla piyasaya ürün satma imkânı elde ettiği de söylenebilir.¹²⁷ Ayrıca bu ürünlerin tüketicilere de ürün çeşitliliği ve (markalar arası rekabetin artmasının sonucu olarak) daha düşük fiyatlarla ürün satın alabilme imkânı gibi faydalar getirdiğini de not etmek gerekir.¹²⁸

1.1.4.5. Perakendecilerin Dikey İlişkide Sahip Olduğu Farklı Roller

Perakendecilerin dikey ilişkide sahip oldukları farklı roller, pazar güçlerinin aslında en temel kaynaklarından biridir. Bu roller de temel olarak

¹²⁵ A.g.e.

¹²⁶ Elbette fikri mülkiyet kanunlarının, bu tip bir marka kopyalama imkanını önemli ölçüde azalttığı söylenebilir. Ancak bu kanunların koruma eşiği, tüketicileri yanıltabilecek her kopyalama işlemini kapsamayabilir. Elbette perakendecilerin herhangi bir marka yatırımı yapmadığı, yeni bir ürün üretme çabasına girmediği gibi bir çıkarım da doğru olmayacaktır. Nitekim pek çok mağaza markalı ürünün hem kalite hem de inovasyon açısından ulusal markalı ürünlere rakip olabildiği görülmektedir. Bkz. Ezrachi A. Ahuja K., s. 8

¹²⁷ Ezrachi A. Ahuja K. s.10.

¹²⁸ A.g.e.

perakendecilerin tedarikçiler için hem müşteri hem rakip hem de sağlayıcı olabilmelidir.¹²⁹ Tedarikçi ve perakendecinin rakip olduğu durumlara örnek olarak, mağaza markalı ürünler nedeniyle tedarikçi ve perakendecinin alt pazarda rekabet halinde olması verilebilir. Yine perakendecinin aynı zamanda sağlayıcı olduğu durumlara da perakendecinin aynı zamanda satış mağazasının raflarında hangi ürünlerin yer alacağına karar veren teşebbüs olduğu (yer hizmeti sağladığı) ve sağlayıcının ilgili pazara girebilmesi (tüketicilere ulaşabilmesi) için tek alternatif olduğu durumlar verilebilir. Bu durumda perakendecinin geçit bekçisi (*gatekeeper*) olduğu kabul edilmekte ve tek başına bu rol bile perakendeciye çok ciddi pazarlık avantajları getirebilmektedir. Pazarlık gücüne bağlı bu avantajların pazar gücüne dönüşmesi de mümkündür.¹³⁰ Bu imkân alt pazarda geleneksel pazar payı eşiklerinin altında yer alan alıcının sağlayıcılarına karşı pazar gücüne sahip olup olmayacağı tartışmalarını tetikleyen en önemli hususlardan biridir.¹³¹

1.2. ALICI GÜCÜNÜN EKONOMİK ETKİNLİK ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

Rekabet hukuku, hangi teşebbüs davranışlarının hukuka aykırı olacağını belirlerken, somut bazı hipotezler içeren basitleştirilmiş bir iktisadi dil kullanır.¹³² Bu iktisadi dilin en önemli kavramlarından biri de şüphesiz “ekonomik etkinlik” kavramıdır. 2010 yılında Uluslararası Rekabet Ağı (*International Competition Network* (“ICN”)) tarafından yürütülen ve dünyadaki 57 rekabet otoritesinin görüş bildirdiği bir çalışmanın sonuçları da bu savı desteklemektedir. İlgili çalışmaya göre pek çok rekabet otoritesi, iktisadi perspektiften rekabet [hukuku] uygulamasının anlamının, piyasaların işler hale getirilmesi ve “ekonomik

¹²⁹ İnce (2012), s.12-13.

¹³⁰ İnce (2012), s.13.

¹³¹ A.g.e. Bu konuyu detaylı olarak ikinci bölümde ele alacağız.

¹³² Jurczyk, Zbigniew (2017) ‘The Role of Economic Efficiency in Competition Law’, Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies, 16, s. 127-154.

etkinliğin sağlanması” olduğunu belirtmektedir.¹³³ Aslında tam da bu noktada belirebilecek “otoritelerin ekonomik etkinlik ile ne kastettiği” sorusuna da yine ilgili raporda yer alan başka bir ifadeyle yanıt verilebilir. Aynı rapor uyarınca pek çok rekabet otoritesi, rekabet hukukunun hedefinin kıt iktisadi kaynakların etkin bir biçimde tahsisini sağlamak amacıyla serbest piyasa rekabetinin korunması olduğunu belirtmektedir.¹³⁴ Bu iki ifadeyi birlikte okuduğumuzda özetle rekabet otoritelerinin (i) rekabet hukukunun amacını büyük ölçüde “ekonomik etkinlik” olarak tanımladığını (ii) ekonomik etkinlikten de kıt iktisadi kaynakların etkin bir şekilde tahsis edilmesini anladığını görüyoruz. Genel çerçeve gerçekten de bu şekilde çizilebilir, ancak çalışma boyunca sıkça atıfta bulunacağımız için ekonomik etkinlik kavramının ve ilişki bazı kavramların daha ayrıntılı olarak açıklanmasının aydınlatıcı olacağını düşünüyoruz.

Konuya çok kısa tarihsel bir giriş yapmak gerekirse ekonomik etkinliğin rekabet hukukunun temel standardı olarak görülmesinin, kaynağını neoklasik iktisat ve daha spesifik olarak Chicago Okulu’nun önerdiği rekabet politikasından aldığı söylenebilir.¹³⁵ Nitekim bu okul, bir süreç olarak rekabetin veya rakiplerin korunmasından ziyade tüketici refahının korunmasının temel amaç olması gerektiği ve bu amaca götürecek yolun da ekonomik etkinliği esas almak olduğunu ileri sürmektedir.¹³⁶ Bu yaklaşıma göre, tüketici refahına götüren temel iki temel faktör ise tahsis ve üretim etkinliğinin sağlanmasıdır. Hangi davranışların rekabet hukukuna aykırı olduğunu belirlemek için bu iki ölçütü esas alan bir ekonomik etkinlik analizi yapılmalıdır.¹³⁷

¹³³ ICN, Competition Enforcement and Consumer Welfare Setting the Agenda, s. 27 (https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2019/11/SP_CWelfare2011.pdf) (Son erişim tarihi 21 Nisan 2020).

¹³⁴ ICN (2020), s.9.

¹³⁵ Bkz. Jurczyk, Z. (2017) ‘The Role of Economic Efficiency in Competition Law’, Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies, 16, s.127-154.

¹³⁶ A.g.e

¹³⁷ Chicago okuluyla birlikte rekabet hukukunda “daha iktisadi bir yaklaşımın” benimsenmesinin gerekçesi, subjektif uygulamaların ve yorumların önüne geçmek olarak belirtilmektedir. Elbette bu görüşün, iktisadi analizin rekabet hukuku uygulamasını sanıldığı kadar aksine fazlaca karmaşık hale getirdiğini ve bu nedenle aslında rekabet hukukunda gereğinden fazla iktisadi analize yer verildiğini iddia edenler tarafından çok ciddi eleştirilere maruz kaldığını da belirtmek gerekir. Ancak bu normatif tartışmaları büyük oranda üçüncü bölüme saklıyoruz.

Biz de bu bölümde rekabet hukukuna ilişkin amaç ve politika tartışmalarını üçüncü bölüme saklayarak ve teorik çerçevede ekonomik etkinlik kavramını ve alıcının ekonomik üzerindeki etkilerini açıklamaya çalışacağız. Bunu yaparken de önce statik etkinlik ve dinamik etkinlik gibi bazı kavramları tanımlayacak, ardından da monopson ve alıcının pazarlık gücünün ekonomik etkinlik üzerindeki etkilerini ayrı ayrı irdelleyeceğiz. Son olarak da konuyu somutlaştırmak adına perakende sektörü özelinde alıcı gücünün ekonomik etkinlik üzerindeki etkilerini yine (şimdilik) normatif tartışmalardan bağımsız olarak ortaya koymaya çalışacağız.

1.2.1. Genel Olarak Ekonomik Etkinlik Kavramı

Ekonomik etkinlik,¹³⁸ genel çerçevede iki tip etkinlikten oluşur. Bunlardan birincisi statik etkinlik, ikincisi ise dinamik etkinliktir.¹³⁹ Statik etkinliği esas alan denge modeli tüketici tercihlerinin, üretim kaynaklarının ve kullanılan kaynakların sabit olduğunu kabul etmekte, dolayısıyla değişen piyasa dinamiklerini dikkate almamaktadır.¹⁴⁰ Dinamik denge modeli ise statik denge modelinin aksine, bu faktörlerin değişken olduğunu, dolayısıyla rekabetin dinamik bir süreç olduğunu ve analizin bu husus gözetilerek yapılması gerektiğini ifade etmektedir.¹⁴¹ Dolayısıyla çok genel olarak, statik etkinlik için rekabet bir sonucu (*end-state*) ifade ederken, dinamik etkinlik için bir süreci ifade eder denebilir.¹⁴² Aşağıda bu etkinlik türlerini daha detaylı olarak açıklamaya çalışıyoruz.

¹³⁸ Bu konuda önemli bir kaynak için bkz. Brodley, J.F. (1987) ‘The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress’, 62 N.Y.U. L. REV. 1020

¹³⁹ Doorn (2015), s.36-39.

¹⁴⁰ A.g.e.

¹⁴¹ A.g.e.

¹⁴² Bkz. Kerber W. (2008) ‘Should competition law promote efficiency? - Some reflections of an economist on the normative foundations of competition law’, Economic Theory and Competition Law, Cheltenham: Edward Elgar, s. 93-120, Bkz. Blaug, M. (2001), Is Competition Such a Good Thing? Static Efficiency versus Dynamic Efficiency’, Review of Industrial Organization, 19, s. 37-48.

1.2.1.1. Statik Etkinlik

Refah ekonomisinin statik denge modeli (*static equilibrium model*), piyasa mekanizmasının ekonomik olarak en ideal olan dengeye bir kişinin durumunu kötüleştirmeksizin, bir başka kişinin durumunun iyileştirilemediği durumda geldiğini kabul etmekte, bu durumu da pareto etkinliği (*pareto efficiency*) olarak adlandırmaktadır.¹⁴³ Refah ekonomisinin birinci temel kuralına göre (*the first fundamental theorem of welfare economics*) devlet müdahalesi olmaksızın piyasadaki rekabetin sonucu olarak (başka bir ifadeyle piyasa dinamiklerinin sonucu olarak) varılan her denge pareto etkindir.¹⁴⁴ Refah ekonomisinin ikinci temel kuralı (*the second fundamental theorem of welfare economics*) ise aynı piyasada birbirinden farklı çok sayıda pareto etkin durum oluşabileceğini ifade eder. Ancak bunun için kaynakların kişiler arasında uygun bir şekilde yeniden dağıtılması ve bu kişilere bu kaynakları özgürce mübadele etme imkânı tanınması gerekir.¹⁴⁵

İlgili model uyarınca, bir piyasanın pareto etkin olabilmesi için piyasa aksaklıklarından arı olması gerekir.¹⁴⁶ Bunun için de üç şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bunlar; tüketim etkinliği, üretim etkinliği ve tahsis etkinliğidir.¹⁴⁷ Tüketim etkinliği, daha ziyade tüketici davranışlarına ilişkindir ve tüketicilerin gelirlerini ürünlerin piyasa fiyatlarını gözeterek, refahlarını maksimize edecek şekilde kullanmasını ifade eder.¹⁴⁸ Üretim etkinliği, üretim kaynaklarının tam kapasiteyle kullanılmasını yani mevcut girdilerle mümkün olan

¹⁴³ Doorn (2015), s.37, ayrıca bkz. Blaug, M. (2001), 'Is Competition Such a Good Thing? Static Efficiency versus Dynamic Efficiency', *Review of Industrial Organization*, 19, s. 37-48.

¹⁴⁴ Doorn (2015), s.37. Ayrıca bkz. Baujard A. (2013) 'Welfare economics', s.6-7. (<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00906907>).

¹⁴⁵ Blaug'a göre, refah ekonomisinin iki temel kuralı da "tam rekabet" kavramı da yalnızca iktisat öğrencilerine tahtada iktisat öğretmeye elverişli soyut varsayımlar olup bunların hiçbirisi gerçekte karşılaştığımız pazar durumlarını açıklamaya elverişli kavramlar değildir. Bkz. Blaug (2001), s. 44.

¹⁴⁶ Doorn (2015), s.36-39.

¹⁴⁷ A.g.e.

¹⁴⁸ Doorn (2015), s.44.

en fazla sayıda çıktı elde edilmesini ifade eder.¹⁴⁹ Son olarak tahsis etkinliği de piyasanın tüketim ve üretim tarafını bir araya getirir ve üreticilerin üretim kaynaklarını, tüketiciler tarafından arzu edilen ürünleri üretecek şekilde tahsis etmesini ifade eder.¹⁵⁰ Tahsis etkinliği bir başka ifadeyle, dağıtım etkinliği (*distributive efficiency*) yani kaynakların onları en verimli şekilde kullanacak kişilere dağıtılmasını ifade eder.¹⁵¹ Tahsis ve üretim etkinliği ayrıca birlikte “statik etkinlik” olarak ifade edilir.¹⁵²

Statik denge modeli perspektifinden “rekabet” gereklidir çünkü rekabet firmaları kaynakları etkin kullanmaya veya daha somut bir ifadeyle tüketicilerin ihtiyaçlarını mümkün olan en düşük fiyatla üretmeye teşvik eder.¹⁵³ Yine söz konusu statik denge modeli, pareto etkin bir piyasa durumu için bir arada bulunması oldukça zor olan ve “tam rekabet” (*perfect competition*) durumunu ifade eden birtakım koşulların varlığını arar. Bu koşullar da: Piyasada çok sayıda alıcı ve sağlayıcı olması, piyasaya giriş ve çıkış maliyetlerinin düşük olması, düşük işlem maliyetleri, ürünlerin homojen olması (ürünlerin kalitesi arasında önemli bir fark bulunmaması), işlem tarafları arasında bilgi asimetrisi olmaması gibi koşullardır.¹⁵⁴

Her ne kadar üretim etkinliği ve tahsis etkinliğinin genellikle birlikte bulunduğu kabul edilse de bazı durumlarda bu iki etkinlik arasında bir mübadele (başka bir ifadeyle birinin diğeriye tercih edilmesi) söz konusu olabilir.¹⁵⁵ Örneğin bazı durumlarda tahsis etkinliğinin sağlanarak pazar gücünden doğabilecek sorunların minimize edilmesi, ilgili pazarda çok sayıda firmanın varlığını gerektirebilir. Üretim etkinliği ise buna zıt şekilde, diğeri firmalardan daha etkin biçimde (örneğin daha düşük maliyetlerle) faaliyet gösteren firmaların, daha az etkin olan

¹⁴⁹ A.g.e.

¹⁵⁰ A.g.e.

¹⁵¹ Schilling, M. A. (2015) ‘Towards dynamic efficiency: Innovation and its implications for antitrust’, *Antitrust Bulletin*, 60(3), s.192.

¹⁵² Doorn (2015), s.38.

¹⁵³ A.g.e.

¹⁵⁴ A.g.e. s.39.

¹⁵⁵ A.g.e.

rakip firmaları dışarda bırakarak daha fazla pazar gücü elde etmesini gerektirebilir ve bu durum da tahsis etkinliğine potansiyel olarak zarar verebilir.¹⁵⁶ Dolayısıyla temel amaç düşük maliyetlerle üretim ise üretim etkinliğinin tahsis etkinliğine üstün tutulması gerekebilir. Hatta bu durum çok daha ileriye gidebilir ve üretim etkinliğinin sağlanması pazarda yalnızca tek bir firmanın faaliyet göstermesini gerektirebilir.¹⁵⁷ Nitekim özellikle ağ endüstrileri dediğimiz ve teşebbüslerin faaliyet göstermesinin ciddi batık maliyetlere katlanmalarını gerektirdiği elektrik, doğal gaz, telekomünikasyon gibi endüstrilerde “doğal tekel” olarak adlandırılan teşebbüslere izin verilmesi bu duruma örnek olarak verilebilir.

1.2.1.2. Dinamik Etkinlik

Statik denge modeline getirilen en önemli eleştirilerden biri, bu modelin rekabeti ve piyasa koşullarını durağan bir süreç olarak ele almasıdır.¹⁵⁸ Bu modelin aksine, dinamik etkinliği esas alan modele göre tüketici tercihleri, teknoloji ve kullanılabilir üretim faktörleri sabit değildir. Aksine dinamik etkinlik modeli perspektifinden bu faktörler de rekabetin kendisi de sürekli bir devinim içindedir. Dolayısıyla iddia edildiğinin aksine piyasanın herhangi bir noktada dengeye gelmesi (*equilibrium* ya da *end state* olarak ifade edilen durum) hiçbir zaman söz konusu olmaz.¹⁵⁹ Dolayısıyla iddia edildiğinin aksine, rekabet rakiplerin sürekli yeni ürünler, teknolojiler üreterek öne geçmeye çalıştığı dinamik bir süreçtir. Bu çerçevede, dinamik etkinlik de bu devinimin etkin bir şekilde işlemlerini yani teşebbüslerin inovasyona yatırım yapmasını ifade eder. Üstelik, rekabet hukukunun amacına ilişkin tartışmalarda da daha uzun süreli refah artışı vaat eden dinamik etkinliğin, kısa vadeli maliyet avantajlarına odaklanan statik etkinliğe tercih edilmesi gerektiği fikri git gide daha fazla taraftar toplamaktadır.¹⁶⁰

¹⁵⁶ A.g.e. s 48.

¹⁵⁷ Doorn (2015), s.48.

¹⁵⁸ A.g.e.

¹⁵⁹ A.g.e.

¹⁶⁰ Schilling, M. A. (2015) ‘Towards dynamic efficiency: Innovation and its implications for antitrust’, *Antitrust Bulletin*, 60(3), s. 192.

Daha önce refah ekonomisi perspektifinden rekabet hukukunun temel amacının pazar gücünün kullanımından doğabilecek piyasa aksaklıklarına müdahale etmek olduğunu belirtmiştik. Peki bu çerçeveyi dinamik etkinliğe nasıl uygulayabiliriz? Öncelikle belirtelim bu konuda da birbirine oldukça zıt ancak her ikisi de bolca taraftar toplayan iki önemli görüş bulunuyor. Örneğin *Arrow*'un başını çektiği görüşe göre, yüksek pazar gücü teşebbüsün inovasyon yapma güdüsünü zayıflatır.¹⁶¹ Bunun nedeni de piyasadaki yerinin sağlam olduğuna inanan monopolistin (potansiyel rekabet baskısının düşük olduğu bir senaryoda) yeni ürün ve yöntemlere yapacağı yatırımın kendisine daha az fayda getireceğine inanmasıdır.¹⁶² Bu çerçevede rekabet baskısı altındaki bir teşebbüsün inovasyona yatırım yapma güdüsünün, rekabet avantajı elde etme gayesiyle daha yüksek olacağı söylenebilir. Bu görüşe göre sonuç olarak, inovasyon güdüsünü tetikleyen temel faktör, rekabettir.¹⁶³

Schumpeter ve Hayek gibi yazarlar tarafından dile getirilen bir diğer görüşe göre ise inovasyon güdüsünü tetikleyen faktör aslında rekabet değil, pazar gücüdür.¹⁶⁴ Bu görüşe göre pazar gücü bulunan teşebbüslerin inovasyona yatırım yapma motivasyonu, rekabetçi bir piyasada faaliyet gösteren teşebbüslere göre çok daha yüksek olabilir.¹⁶⁵ Bunun nedenleri ise, daha güçlü teşebbüslerin araştırma-geliştirme ("Ar-Ge") yapmak için daha fazla kaynağa sahip olması, küçük teşebbüslerinse inovasyona yatırım yapabilmek için dışarıdan kaynak sağlamaya ihtiyaç duymasıdır.¹⁶⁶ Muhtemelen bu görüşün temel gerekçelerinden biri olan bir diğer önemli husus da Ar-Ge yatırımlarının, bu yatırımların sonucu önceden bilinemediği için doğaları gereği son derece riskli olmasıdır. Dolayısıyla teşebbüslerin ancak inovasyondan elde edecekleri kârın, yaptıkları masrafları

¹⁶¹ Doorn (2015), s.49. Bkz. Arrow, K.J. (1962), 'Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention', Nelson, R. (ed.), *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors* içinde, Princeton, N.J.: National Bureau of Economic Research, s. 609-625.

¹⁶² Doorn (2015), s.49.

¹⁶³ A.g.e.

¹⁶⁴ Bkz. Doorn (2015), s.50, ayrıca bkz. Schumpeter, J.A. (1942) 'Capitalism, Socialism and Democracy', New York: Harper and Row.

¹⁶⁵ Bkz. Doorn (2015), s.50.

¹⁶⁶ Doorn (2015), s.50-51.

karşılacağı (hatta aşacağını) öngörmeleri ve başkalarının ilgili teşebbüsün yaptığı inovasyonun çıktılarını taklit etmesinin önlenabiliyor olması halinde inovasyona yatırım yapması beklenebilir.¹⁶⁷ Bu da teşebbüsün ilgili pazarda önemli bir pazar gücüne sahip olmasını gerektirebilir. Dolayısıyla, inovasyonun önemli olduğu pazarlar bakımından yüksek pazar gücüne sahip teşebbüslerin varlığı her zaman söz konusu pazarın iyi işlemediğine işaret etmeyebilir. Bu durum aksine ekonomik etkinliğin (özel olarak dinamik etkinliğin) sağlanabilmesi için tahsis etkinliğinden feragat edilmesi gerektiğine işaret ediyor olabilir.¹⁶⁸

Peki birbirine taban tabana zıt bu iki görüşe karşılık ampirik çalışmalar neyi gösteriyor? Bu konuda bizim eriştiğimiz bazı ampirik çalışmalar, inovasyonun rekabetçi piyasalardan veya monopol piyasalardan ziyade oligopolistik bağımlılığın söz konusu olduğu piyasalarda en fazla olduğu sonucuna varıyor.¹⁶⁹ Ancak her koşulda (yeterince ampirik veri bulunmadığı için) kesin bir sonuca varmak yerine inovasyonun rolünün piyasadan piyasaya değişiklik gösterebildiğini, bazı durumlarda rekabetin bazı durumlarda ise pazar gücünün temel faktör olabileceğini not etmek gerekir.

1.2.2. Alıcı Gücünün Ekonomik Etkinlik Üzerindeki Doğrudan Etkileri

Ekonomik etkinliği açıkladığımız yukarıdaki bölümden sonra bu bölümde monopson ve alıcının pazarlık gücünün refah üzerindeki doğrudan etkilerini hem fiyat üzerindeki hem de fiyat dışı unsurlar üzerindeki etkisini göz önünde bulundurarak ele alacağız.¹⁷⁰ Burada doğrudan etkiler ifadesiyle alıcının pazar gücünün doğrudan ilişki içerisinde olduğu tedarikçiler ve tüketiciler üzerindeki etkilerini, dolaylı etkilerle de rakip alıcılar üzerindeki etkilerini kastettiğimizi belirtmek gerekir.

¹⁶⁷ Bkz. Schilling (2015). s. 192, Kerber, W (2008), s. 93-120.

¹⁶⁸ Doorn (2015), s.50-51.

¹⁶⁹ Bkz. Doorn, s. 50, ayrıca bkz. Aghion, P., Bloom, N., Blundell, R., Griffith, R. ve Howitt, P. (2005), 'Competition and Innovation: An Inverted U Relationship', The Quarterly Journal of Economics, 120(2), s. 701-728.

¹⁷⁰ Herrera (2017), para. 110.

1.2.2.1 Monopsonun Etkileri

Monopsonun (i) piyasanın bir tarafında pazar gücünü elinde bulunduran tek bir teşebbüsün varlığı ve (ii) bu teşebbüsün karşısında pazar gücü bulunmayan teşebbüslerin bulunması koşullarıyla ifade edilmesi başlangıçta monopole benzetilmesine neden olmuştur. Nitekim başlangıçtaki çalışmalarda monopson, monopolün alıcı tarafındaki yansıması olarak ele alınmış, örneğin *Blair* saf monopsonu monopolün talep tarafındaki analogu¹⁷¹ olarak tanımlamış, *Noll* de çok benzer biçimde monopsonun monopolün aynadaki yansıması (*mirror image*) olduğunu ileri sürmüştür.¹⁷² Bu da doğal olarak yapılan etki analizlerine de yansımış, monopsonun ekonomik etkinlik üzerindeki etkileri büyük ölçüde monopolün etkilerini tespit için kullanılan ölçütlere simetrik ölçütlerle açıklanmıştır.¹⁷³

Monopsonist, talebi düşürerek kaynakların etkin şekilde tahsis edilmesini engeller ve buna bağlı olarak alt pazardaki toplam ürün sayısının azalmasına neden olur. Bundan zarar gören en önemli grup üreticiler olsa da bu ürünlere ikame olabilecek ürünlerin veya ürünlerin temin edilebileceği alternatif alıcıların bulunmadığı durumlarda tüketiciler de bu durumdan önemli zararlar görebilir.¹⁷⁴ Dolayısıyla monopsonistin refahı tedarikçiden kendisine -sosyal refahı artırmaksızın- geçirdiği¹⁷⁵ ve bu nedenle neredeyse her zaman etkinsiz olduğu kabul edilir.

Pazarda tek bir alıcının değil, az sayıda güçlü alıcının bulunduğu oligopson durumunda ise, oligopsonistler arasında az da olsa rekabet olacağı için sosyal

¹⁷¹ Blair, Roger D., and Jeffrey L. Harrison (2010) 'Monopsony in Law and Economics', Cambridge University Press.

¹⁷² Herrera (2017), s. 32 para. 66.

¹⁷³ Bkz. Kirkwood, J. B. (2012). Powerful Buyers and Merger Enforcement. Boston University Law, Review, 92(5), s.1515-1516. Ancak monopson ve monopole tamamen simetrik ölçütler uygulanmasının önemli sakıncalar doğuracağı, örneğin birleşme devralmalarda alıcılar arasındaki birleşmelere ve sağlayıcılar arasındaki birleşmelere aynı eşiklerin uygulanmasının ciddi bir hata riski barındırdığının belirtildiğini de not etmek gerekir.

¹⁷⁴ Herrera (2017), para. 118.

¹⁷⁵ A.g.e.

refah üzerindeki olumsuz etki monopsona kıyasla daha düşük olacaktır. Bununla birlikte, bu teşebbüslerin sıkı bir iş birliği halinde olduğu piyasa durumundan, yine tek bir monopsonistin yarattığı olumsuz sonuçları beklemek gerekir.¹⁷⁶ Nitekim bu tip bir anlaşma zaten rekabeti amaç bakımından bozucu kabul edilecek ve örneğin Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma'nın ("ABİHA") 101(1)(a) maddesi ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ("Rekabet Kanunu") 4. maddesine aykırı olacaktır.

Monopsonistin refah üzerindeki olumsuz etkisi büyük ölçüde, bu teşebbüsün alt ve üst pazardaki pazar gücüne bağlıdır. Şayet söz konusu teşebbüs yalnızca üst pazarda alıcı olarak değil, aynı zamanda alt pazarda satıcı olarak da yüksek pazar gücüne sahipse piyasadaki sağlayıcılar, rakip alıcılar ve tüketiciler için olası zararın boyutu artacaktır. Aşağıdaki bu durumları kısaca ele alıyoruz.

Teşebbüs hem alt pazarda hem de üst pazarda yüksek bir pazar gücüne sahipse, sağlayıcıdan elde ettiği düşük fiyatları, alt pazardaki sağlayıcı gücünü kullanarak daha da yükseltecek, böylece hem monopson hem de monopol olmanın avantajlarından faydalanacaktır.¹⁷⁷ Bu statüye sahip alıcılar literatürde *monemporist* olarak ifade edilmektedir.¹⁷⁸ Monemporist, monopson gücünü kullanarak daha az sayıda girdi satın alacak ve alt pazarda da rekabet baskısı altında olmadığından daha az ürünü (hatta belki satın aldığı girdiden elde edeceği ürün miktarından bile daha az ürünü) rekabetçi bir piyasada oluşacak fiyattan daha yüksek bir fiyatla satacaktır.¹⁷⁹ Dolayısıyla özellikle bu senaryo bakımından, alıcının sağlayıcıdan aldığı fiyat indirimin tüketicilere yansıtılması ihtimalinin oldukça düşük olduğu kabul edilmektedir.

Monopson gücüne sahip teşebbüsün alt pazarda rekabet baskısı altında olduğu durumlarda alt pazardaki bu rekabetin monopsonistin üst pazar üzerindeki

¹⁷⁶ A.g.e. para. 120.

¹⁷⁷ Herrera (2017), para. 123

¹⁷⁸ A.g.e.

¹⁷⁹ A.g.e. para. 124.

olumsuz etkisini dengelemesi ihtimali oldukça yüksektir. Dolayısıyla bu durumda, alıcı gücü sayesinde daha az ürünü daha düşük fiyata satın alan monopsonist alt pazarda rekabet baskısı altında olduğu için aldığı fiyat indirimini (veya diğer avantajlı ticari şartları) daha yüksek ihtimalle tüketicilere yansıtacak böylece bu yolla rakiplerine karşı daha avantajlı bir konuma sahip olacaktır. Ancak bu koşulda bile girdi talebinin azaltılması nedeniyle kaynaklar etkin biçimde tahsis edilmemiş olacak ve bu durum da tüketici refahında azalmaya neden olacaktır. Dolayısıyla alıcının alt pazarda pazar gücüne sahip olmaması monopsonun olumsuz etkilerini azaltsa da bu etkileri tamamen ortadan kaldırmayacaktır. Monopsonistin, alt pazarda pazar gücüne sahip olmadığı durumlara örnek olarak, monopsonistin sağlayıcılardan girdi aldığı üst pazarın yerel ancak tüketicilere satış yaptığı pazarın ulusal pazar olduğu durumları verebiliriz. Şayet monopsonist alt pazarda rekabet baskısı altındaysa, üst pazardan elde ettiği düşük fiyatları alt pazarda tüketicilere yansıtarak maruz kaldığı rekabet baskısını azaltmaya çalışacaktır.

Ayrıca alt pazarın rekabetçi olması nedeniyle monopson tüketicilere kısa vadede zarar vermese bile, bu gücün üst pazardaki sağlayıcılar üzerindeki olumsuz etkisi uzun vadede sağlayıcıların inovasyon yapma güdüsünü dolayısıyla dinamik etkinliği olumsuz etkileyerek tüketicilere de uzun vadede zarar olarak dönebilecektir.

1.2.2.2. Alıcının Pazarlık Gücünün Etkileri

Alıcının pazarlık gücünün yani iki taraflı pazar gücünün söz konusu olduğu pazar koşullarında, alıcı da sağlayıcı da tek başına ürün veya hizmetlerin fiyatını belirleyemeyeceğinin farkındadır.¹⁸⁰ Bu nedenle tarafların her ikisi de ticari ilişkide olduğu, pazarın diğer tarafındaki teşebbüsün pazarlık gücüne sahip olduğunu da gözeterek diğer tarafla pazarlık etmeye başlar.¹⁸¹ Ancak daha önce de

¹⁸⁰ Doorn (2015), s. 91.

¹⁸¹ A.g.e.

belirttiğimiz gibi alıcı ve sağlayıcının kendi rakipleriyle ilişkisi ve pazar yapısı gibi çeşitli nedenlerle, bu tip bir iki taraflı pazar gücünün söz konusu olduğu birbirinden çok farklı pazar senaryoları söz konusu olabilir. Dolayısıyla pazarlığın galibini büyük ölçüde pazarın dinamikleri belirler. Aşağıda bu hususu somutlaştırmak adına bu senaryolardan birkaç tanesini ele alıyoruz.

Burada belirtebileceğimiz ilk senaryo iki taraflı monopol durumudur (*bilateral monopoly*). Bu senaryoda tedarikçinin monopol, hâkim alıcının ise monemporist¹⁸² olduğu kabul edilir ve tarafların ticari ilişkilerine konu ürünler bakımından iki tarafın da kârını maksimize edecek miktar üzerinde anlaşmaları beklenir.¹⁸³ Ancak konu alıcının sağlayıcıdan tedarik ettiği ürünlerin fiyatına geldiğinde tarafların çıkarları örtüşmez. Bu nedenle bu noktada sıkı bir pazarlık başlar ve pazarlığın sonucunu da tarafların pazarlık gücü belirler. Elbette, iki taraflı pazar gücünün her koşulda pazarda alıcı veya sağlayıcının tek başına pazar gücüne sahip olduğu durumlara tercih edildiğini belirtmek gerekir. Bunun nedeni, taraflardan birinin pazar gücünün diğer tarafın pazar gücünün ortaya çıkarabileceği zararı giderme noktasında elverişli olduğunun varsayılmasıdır.

Pratikte ise tek bir sağlayıcı veya alıcı yerine hem alt hem de üst pazarda birden fazla alıcı ve sağlayıcı olduğunu görürüz. Bu da tarafların pazarlık gücünün birbirine yakın olduğu senaryoda iki taraflı oligopolü (*bilateral oligopoly*) ifade eder.¹⁸⁴ Bu senaryoda alıcının çabaları tedarik ettiği ürünün piyasa fiyatını indirmek değildir, çünkü bunu yaparsa aynı indirimden rakipleri de faydalanabilir. Dolayısıyla bu senaryoda alıcı gücü daha ziyade alıcının bireysel bir indirim alabilmek amacıyla sağlayıcıyla yaptığı “bireysel pazarlığa” ilişkindir ve alıcı gücünün bu senaryodaki etkileri daha ziyade söz konusu tekil pazarlık çerçevesinde ele alınır. Burada pazarlığın galibi de alıcının pazarlık gücünün sağlayıcının pazarlık gücüne ve rakibi olan alıcıların pazarlık gücüne oranına göre

¹⁸² Alıcının kendi çıktı pazarında da monopol olduğu (veya ciddi bir pazar gücüne sahip olduğu) durumu ifade etmektedir.

¹⁸³ Doorn (2015) s. 95.

¹⁸⁴ A.g.e.

belirlenir. Bu noktada da daha önce açıkladığımız gibi hangi tarafın ilişki dışı seçeneklerinin daha geniş olduğu sorusunun cevabının belirleyici olduğunu hatırlatmak gerekir.

Burada OECD'nin 2009 tarihli raporundaki bir başka hususu da hatırlamakta yarar var. Raporda da belirtildiği üzere burada rakiplerinin de söz konusu indirimden faydalanma ihtimalinden endişe duyan alıcı, pazarlık gücünü yalnızca indirim almak amacıyla değil, münhasır tedarik şartları uygulamak amacıyla da kullanabilir.¹⁸⁵ Dolayısıyla bu ilişkide yalnızca bir fiyat pazarlığı değil, geleneksel dikey sınırlamaların aksine alıcı tarafından sağlayıcıya uygulanan çok yeni ve çeşitli dikey sınırlamalar görülebilir. Hatta, perakende sektörü özelinde mağaza sadakatini korumak isteyen ve tüketicilerle bire bir temas halinde olan perakendecilerin ürün güvenliğini garanti altına almak veya riskleri azaltmak gibi amaçlarla dikey sınırlamalara başvurma güdüsünün sağlayıcılardan çok daha yüksek olduğu da ileri sürülmektedir.¹⁸⁶

Bir başka husus da alıcı gücüne maruz kalan sağlayıcıların bu güce nasıl cevap verdiği. OECD'ye göre, bulgular bu güce maruz kalan sağlayıcıların maliyetlerini düşürmek için ürünlerinin kalitesini düşürdüğünü veya çevrenin korunmasına ilişkin regülasyonları ihlal ettiğini gösteriyor.¹⁸⁷ Yine OECD'ye göre kısa vadede güçlü alıcıların alt pazarda tüketici lehine daha düşük fiyatlar getirdiği kabul edilse bile bu sonuç uzun vadede geçerli olmayabilir. Nitekim uzun vadede sağlayıcıların alıcı gücüne maruz kalmasının sonucu, daha yüksek fiyatlar, daha düşük hizmet ve ürün kalitesi (kalite erozyonu) veya sağlayıcıların üretim kapasitelerini etkin bir şekilde kullanmamaya güdülenmesi olabilir.¹⁸⁸

1.2.2.3. Alıcı Gücü ve Dinamik Etkinlik

¹⁸⁵ OECD (2009), s. 306.

¹⁸⁶ Lianos I, Lombardi C. (2016), Superior Bargaining Power and the Global Food Value Chain. The Wuthering Heights of Holistic Competition Law' s. 9 (Anlış: Lianos (2016), Superior Bargaining Power).

¹⁸⁷ A.g.e. s.306

¹⁸⁸ OECD (2009), s.155.

Rekabet, pazar gücü ve inovasyon ilişkisinin oldukça belirsiz olduğunu dinamik etkinliği açıkladığımız bölümde belirtmiştik. Bu belirsizlik, konu alıcı gücü ve dinamik etkinlik ilişkisine geldiğinde de devam ediyor. Bunun nedeni de tıpkı genel olarak pazar gücü – inovasyon ilişkisinde olduğu gibi alıcı gücünün de inovasyonu hem artıran hem de azaltan yönlerinin bulunmasıdır.

Alıcı gücüne ilişkin dile getirilen en önemli rekabetçi endişelerden biri, alıcı gücünün kullanılmasının sağlayıcıların inovasyona yatırım yapma güdüsünü zayıflatacağı savıdır. Bu sav da çok temel olarak “*hold-up*” (*vazgeçme*) problemi olarak adlandırılan soruna ilişkindir. *Hold-up* problemi genel olarak şöyle ifade edilebilir. Batık bazı maliyetlere (ilişki spesifik yatırım maliyetlerine) katlanmasını gerektiren bir Ar-Ge yatırımı yapmayı planlayan bir sağlayıcı, kısa vadede olmasa bile uzun vadede bu yatırımdan elde edeceği kârın, söz konusu Ar-Ge yatırımı için yaptığı masrafları (bu masraflara batık maliyetler de dahildir) karşılamasını bekler. Bu sağlayıcı şayet söz konusu yatırımdan elde edeceği kâra, alıcının el koyabileceğini düşünüyorsa bu yatırımı yapmaktan kaçınabilir.¹⁸⁹ Bu gerekçelerle, alıcı gücünün dinamik etkinliği olumsuz etkilediği belirtilmektedir.

Genel kanı bu olsa da alıcı gücünün dinamik etkinliği (başka bir ifadeyle sağlayıcıların yatırım yapma güdüsünü) artırdığına ilişkin bulgular ve görüşler de dile getirilmektedir.¹⁹⁰ Nitekim, güçlü alıcının üst pazardaki sağlayıcılar arasında yaratacağı rekabet baskısı, bu sağlayıcıları inovasyon yapmaya güdüleyebilir.¹⁹¹ Yine güçlü alıcı, tüketici ihtiyaçlarına yanıt vermek için sağlayıcıları inovasyona güdüleyecek çeşitli teşvikler verebilir ve böylece daha az maliyete katlanarak ürün çeşitliliğini artırabilir.¹⁹² Alıcı gücünün dinamik etkinliği olumlu etkilediğine ilişkin bir başka görüş de tüketicilerin taleplerine/tercihlerine daha başarılı bir şekilde yanıt verebilen alıcıların pazarlık gücü elde etmesinin olağan görülmesi

¹⁸⁹ Doorn (2015), s.49-50.

¹⁹⁰ Herrera (2015), s.70.

¹⁹¹ A.g.e.

¹⁹² A.g.e.

gerektiğini belirtmektedir. Bu görüşe göre, alıcı teşebbüsün pazar gücünden faydalanması inovasyon yapmanın maliyetlerine ve risklerine katlanmasını sağlayabilir. Dolayısıyla bu durumlarda alıcı gücünün varlığı üretim etkinliği ve dinamik etkinliğinin nedenlerinden biri olabilir.

1.2.4. Alıcı Gücünün Ekonomik Etkinlik Üzerindeki Doğrudan Olmayan Etkileri

Alıcı gücü ve ekonomik etkinlik başlığı altında belirttiğimiz hususlar çerçevesinde alıcının pazarlık gücünün doğrudan olumsuz etkilerinin monopsonun doğrudan olumsuz sonuçlarına benzer bu netlikte ortaya konulamadığını, çoğunlukla gri bir alanda olduğumuzu söyleyebiliriz. Bu durumun temel nedeni de alıcının pazarlık gücünün doğrudan etkilerinin genellikle ve en azından kısa vadede tüketici yararına sonuçlar da doğurabilmesidir. Bu nedenle literatürde aslında alıcı gücünün ekonomik etkinlik üzerindeki olumsuz etkilerinin büyük oranda doğrudan olmayan etkiler olduğu kanısı doğmuş¹⁹³ ve pek çok çalışmada dolaylı etkilere de mutlaka yer verilmiştir. Biz de aşağıdaki bölümde alıcı gücünün kullanılmasının doğrudan bu pazar(lık) gücüne maruz kalan sağlayıcılar üzerinde değil ancak bu güçten dolaylı olarak etkilenen piyasa aktörleri (genellikle rakip alıcılar) üzerindeki etkisini açıklıyoruz.

1.2.4.1. Su Yatağı Etkisi (*Waterbed Effect*)

Alıcı gücünün kullanılması çoğunlukla sağlayıcılardan münhasır avantajlı koşullar elde etmeye yöneliktir. Dolayısıyla bu çerçevede söz konusu bireysel pazarlığın diğer alıcılar ve ilgili sağlayıcılar arasındaki pazarlığı etkilemeyeceği varsayılabilir. Ancak iktisat literatüründeki çalışmalar, bu varsayımın aksine alıcının pazarlık gücünün kullanımının diğer alıcılara uygulanan ticari şartları da etkileyebildiğini göstermektedir.¹⁹⁴ Örneğin su yatağı etkisi (*waterbed effect*) olarak ifade edilen varsayıma göre alt pazardaki alıcıların pazarlık güçleri

¹⁹³ OECD (2009), 304.

¹⁹⁴ Dobson, P. W.; Inderst, R. (2008) 'The waterbed effect: Where buying and selling power come together', *Wisconsin Law Review* , 2008(2), s.343.

arasında önemli farklar bulunduğunda, güçlü olan alıcıya uygulanan fiyat indirimlerini telafi etmek isteyen sağlayıcı, diğer (küçük veya pazar gücü ilgili alıcıdan daha düşük olan) alıcılara normal şartlarda uygulayacağından daha yüksek fiyatlar uygulayabilmektedir.¹⁹⁵ Üstelik bu durum, rakip küçük alıcıların pazarlık gücünü git gide azaltırken, büyük alıcının pazarlık gücünü daha da artırmasına neden olmaktadır. Bu nedenle alıcının pazarlık gücünün uygulanması bir süre sonra küçük alıcıların pazar dışında kalmasına ve alıcıların rekabet ettiği alt pazarda rekabetin bozulmasına neden olabilmektedir.

Belirtmek gerekir ki alıcının pazarlık gücünün yukarıdaki başlıkta belirtilen iddianın aksine etkiler gösterebileceğini savunan çalışmalar da mevcuttur. Bu görüşe göre, karşısında güçlü tek bir alıcı olmasını istemeyen güçlü sağlayıcı, aynı olumlu şartları sadece büyük alıcıya değil diğer küçük alıcılara da sağlayarak onların pazarda kalmasını sağlamaya da çalışabilir.¹⁹⁶ Bu durum da ters su yatağı etkisi (*anti waterbed effect*) olarak adlandırılmaktadır.¹⁹⁷

Birbiriyle örtüşmeyen bu çalışmaların da gösterdiği gibi, aslında alıcı gücünün özellikle de alıcının rakipleri üzerindeki etkisi son derece belirsizdir. Dolayısıyla bütün alıcılar bakımından tek bir önermede bulunmanın mümkün olmadığını, yalnızca bazı alıcıların bu tip bir su yatağı etkisi yaratabilecek pazar gücüne sahip olabileceğini not etmek gerekir. Nitekim Dobson ve Inderst'in önerisi de bu hususta genel kurallar yerine olay özelinde değerlendirme yapılması yönündedir.¹⁹⁸ Örneğin İngiltere rekabet otoritesi İngiltere gıda sektörüne ilişkin yaptığı bir çalışmada bu sektörde perakendecilerin su yatağı etkisine neden olduğuna ilişkin bir bulguya rastlanmadığını belirtmekte ancak buna rağmen perakendecilerin uyguladığı pazar gücü konusunda bazı önlemler alınması gerektiğini ifade etmektedir.¹⁹⁹

¹⁹⁵ A.g.e., s.342.

¹⁹⁶ Bkz. Herrera (2017), s. 67-68.

¹⁹⁷ Herrera /2017), s.67.

¹⁹⁸ Dobson, P. W.; Inderst, R. (2008), s. 354.

¹⁹⁹ Competition Commission (2008) 'The supply of groceries in the UK market investigation', para. 17.

1.2.5. Perakende Sektöründe Alıcı Gücünün Ekonomik Etkileri

Perakende sektöründe hem tedarik pazarında hem de perakende pazarında ticari ilişkileri yönlendirme imkânına sahip olan güçlü alıcılar (perakendeciler), tüketiciler ve üreticiler arasında bir anlamda köprü işlevi görmektedir.²⁰⁰ Dolayısıyla perakendecilerin piyasa gücünden hem tüketicilerin hem de üreticiler ve küçük perakendecilerin zarar görme riski bulunmaktadır. Bu nedenle perakende sektöründe alıcı gücünün etkilerinin doğru tespit edilebilmesi için bu grupların her biri için ayrı değerlendirmeler yapılması gerekmektedir. Aşağıda farklı gruplar üzerindeki potansiyel etkileri kısaca açıklıyoruz.

1.2.5.1. Tüketiciler Üzerindeki Etkiler

Alıcı gücünün tüketiciler bakımından en önemli olumlu etkisi, güçlü sağlayıcıların pazar güçlerini dengeleyerek bir anlamda sağlayıcıların pazar gücünün doğrudan olumsuzluklarına karşı kalkan işlevi görebilmesidir. Ancak sağlayıcılardan avantajlı koşullar elde eden perakendeciler bu avantajı tüketicilere yansıtmak yerine piyasa paylarını büyütme amacıyla da kullanabilir. Daha yüksek pazar payı daha yüksek miktarda alım anlamına geleceğinden perakendecinin alıcı gücü nedeniyle elde ettiği indirimler de yükselir. Bu döngü devam ettikçe yani perakendeci pazar payını bu şekilde yükselttikçe pazar gücünü de artırmış olur. Bu durumda da pazar payı artan perakendeci tüketicilere görece yüksek fiyatlar uygulayabilecek ve böylece dengeleyici alıcı gücünün tüketici refahında yaptığı olumlu etkisi ortadan kalkabilecektir. Dolayısıyla tüketiciyi belki de en çok olumsuz etkileyecek sonuç, alıcının perakende sektöründe artan pazar gücü nedeniyle hem alt pazarda hem de üst pazarda oluşabilecek eksik rekabet koşullarıdır.²⁰¹

²⁰⁰ Gürsel (2009), s.414.

²⁰¹ A.g.e.

Özellikle perakende sektöründe görülebilecek bazı etkiler de şunlar olabilir. Büyük ölçekli perakendeciler tek duraklı alışveriş yapma imkânı sağlayarak tüketiciler için alışverişin işlem maliyeti düşürmekte ve yararlandıkları ölçek ve alan ekonomileri sayesinde elde ettikleri verimliliği kullanarak düşük fiyatlar sunabilmektedir. Ancak bu durum sayılan olumlu sonuçların yanında tüketiciler bakımından çeşitli olumsuzlukları da beraberinde getirebilir. *Bu olumsuz sonuçlardan birincisi*, büyük ölçekli perakendecilerle rekabet edemedikleri için piyasadan çekilmek zorunda kalan geleneksel perakendecilerle birlikte tüketicinin seçeneklerinin (gidebileceği noktalar bakımından) sınırlandırılmasıdır.²⁰² Burada geleneksel perakendecilerden yalnızca bakkalları anlamamak, fırın, manav gibi diğer küçük perakendecileri de hesaba katmak gerekir. Dolayısıyla bu gelişmeler, tüketicileri küçük perakendecilerin sunduğu kolay ulaşım, eve hızlı teslim gibi imkânlardan genellikle yoksun bırakmaktadır.²⁰³

İkincisi getirdiği pek çok olumlu sonucun yanında tek duraklı alışverişin perakendecilerin tek tek ürünlerden ziyade ürün sepetleri üzerinden rekabet etmesine neden olması, bu durumun da tüketicinin tek tek ürünler için fiyat karşılaştırması yapmasını zorlaştırmasıdır.²⁰⁴ Dolayısıyla salt bu durum bile tüketicileri normalde ödeyeceklerinden daha yüksek bedeller ödemek zorunda bırakabilir.

1.2.5.2. Üreticiler ve Küçük Perakendeciler Üzerindeki Etkiler

Alıcı gücünün ekonomik etkinlik üzerindeki etkilerine yer verdiğimiz yukarıdaki bölümde belirtilen hususların pek çoğunun perakende sektörü bakımından da uygulanabilir olduğunu söyleyebiliriz. Örneğin, su yatağı etkisinin söz konusu olduğu senaryolarda küçük perakendecilerin bir anlamda pazarlık gücüne sahip alıcıya uygulanan indirimin bedelini daha dezavantajlı tedarik koşullarına katlanmak zorunda kalarak ödemek zorunda kalması söz konusu olabilir. Yine

²⁰² A.g.e.

²⁰³ A.g.e.

²⁰⁴ A.g.e. s.15.

sağlayıcıların perakendecilerin alıcı gücüne maruz kalması uzun vadede ürettikleri ürünlerin kalitesine veya yeni ürünler üretmeye yatırım yapma güdülerini zayıflatabilir. Dolayısıyla bu güç uzun dönemde sağlayıcıların piyasadan çekilmelerine ve üst pazarda yoğunlaşmanın artmasına neden olabilir.

Küçük perakendeciler bakımından önemli bir diğer risk ise *loss leading* yani büyük perakendecilerin uygulama imkanına sahip olduğu çok düşük fiyatlardır.²⁰⁵ Daha önce de belirtildiği gibi tüketiciler genellikle her ürünün fiyatını karşılaştırma olanağına sahip olmadıklarından az sayıda ürünün (bir başka ifadeyle bir alışveriş sepetinin) fiyatlarını karşılaştırarak fiyatlar hakkında genel bir fikir edinirler. Tüketicilerin bu zaafını bilen perakendeciler belli ürünlerin (bu ürünler çoğunlukla marka bilinirliği olan ürünlerdir) fiyatlarını düşürerek tüketicileri kendi mağazalarına çekmeye çalışır.²⁰⁶ Bu fiyatlandırma stratejisinden kısa vadede tüketiciler yararlansa da bu uygulama uzun vadede küçük perakendecileri olumsuz etkiler. Bunun temel nedeni de büyük perakendecilerin düşük fiyatlarla sattıkları ürünler nedeniyle uğradıkları kazanç kaybını diğer sattıkları ürünlerle telafi etme imkânı bulunurken, küçük perakendecilerin bu tip bir imkânının olmamasıdır.²⁰⁷

Loss leading yalnızca küçük perakendecileri değil, üreticileri de olumsuz etkileyebilir. Üreticiler, kısa dönemde perakendecilerden gelen yoğun talep nedeniyle kârlılıklarını artırabilir ancak uzun dönemde, küçük perakendeciler kâr elde edemeyerek ilgili ürünün yerine ikamesini satabilirler. Bu durumda üreticinin müşteri sayısı ve dolayısıyla satışları azalır. Bir başka neden de düşük fiyatla satılan ürünlerin tüketici gözünde kalite konusunda kuşku yaratması ihtimalidir. Dolayısıyla söz konusu politika üreticinin marka imajına da zarar verebilir.²⁰⁸

²⁰⁵ Erdoğan (2003), s.29.

²⁰⁶ A.g.e.

²⁰⁷ A.g.e., Hızlı Tüketim Malları Perekandeciliği Sektör Araştırması Ön Raporu (2021), para. 26.

²⁰⁸ A.g.e.

İKİNCİ BÖLÜM

ALICI GÜCÜNÜN REKABET HUKUKU ANALİZİ

Bir önceki bölümde alıcı gücü bakımından sağlayıcıya uygulanan ölçütlerden ayrılan “özel bir teste tabi tutulma” gerekliliğinden söz etmiştik. Bu bölümde ise temel hedefimiz, bu önermemizi alıcı gücünü klasik anlamda bir rekabet hukuku analizine tabi tutarak somutlaştırmak olacak. Bunu yaparken de başlangıç noktası olarak -bütün rekabet hukuku analizlerinde olduğu gibi- pazar tanımının nasıl yapılacağı ve alıcının pazar gücünün nasıl belirleneceği hususlarını alacağız. Sonrasında ise alıcının pazar gücünden doğabilecek rekabet karşıtı etkileri dışlayıcı uygulamalar, sömürücü uygulamalar, danışıklık ve birleşme devralmalar başlıkları altında çeşitli zarar teorileri üzerinden irdedeleyeceğiz.

2.1. İLGİLİ PAZARIN BELİRLENMESİ

2.1.1. Genel Olarak Pazar Tanımı

İlgili pazarın tanımlanması, rekabet hukuku analizine konu edilen teşebbüs davranışının etkilediği piyasanın sınırlarını belirlemeye yarayan ve bir anlamda analiz yapılmasını mümkün kılan aşama olarak ifade edilebilir. Bu aşama tam da bu nedenle rekabet hukuku analizinin ilk adımıdır. Bu aşama ile genel olarak analiz edilecek ürünleri/hizmetleri ve coğrafi sınırları belirlemek ve böylece hangi teşebbüslerin “rekabet halinde” olduğunu, hangi teşebbüs davranışlarının pazardaki diğer teşebbüslerin karar alma süreçlerini etkilediğini tespit etmek amaçlanır.²⁰⁹ Nihai amaç ise aslında ilgili teşebbüsün pazar gücünün belirlenmesidir. Dolayısıyla gelenek bu olduğu için iki ayrı başlık altında ele alsak da ilgili pazarın tanımlanması bahsinin, pazar gücünün belirlenmesi bahsine içkin olduğunu söyleyebiliriz.

²⁰⁹ Bkz. Commission Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purposes of the Community Competition Law [1997] OJ C372/5, para 2., Herrera (2017) s. 121.

Pazar tanımının doğru yapılması önemlidir çünkü ilgili pazarın sınırlarının nasıl çizildiği, analiz sonucunda varılan sonuçları doğrudan etkiler.²¹⁰ Örneğin bir teşebbüsün hâkim durumda olup olmadığı veya bir davranışın rekabet karşıtı olup olmadığı büyük ölçüde ilgili pazarın dar mı geniş mi tanımlandığına bağlıdır.²¹¹

İlgili pazarın belirlenmesi aşaması- farklı önem dereceleriyle ve farklı ölçütlerle bile olsa- hâkim durum, birleşme devralmalar veya dikey ve yatay anlaşmalar gibi rekabet hukukunun farklı alanlarının tamamında uygulanmaktadır.²¹² Hatta zaman zaman karşılaştığımız ve usul ekonomisi gerekçe gösterilerek ayrıntılı pazar tanımı yapılmasından kaçınılan rekabet otoritesi kararları bakımından bile farazi de olsa bir pazar tanımı yapıldığını rahatlıkla söyleyebiliriz. Elbette, anlaşmalar veya kartel gibi amaç bakımından rekabete aykırı ve bu nedenle *per se* yasak kabul edilen davranışlar bakımından net bir pazar tanımı yapılması çok önemli olmayabilir. Ancak özellikle hâkim durum, birleşme devralmalar gibi hususlara ilişkin analizlerde pazar tanımı çoğunlukla sonucun en belirleyici unsurlarından biridir.

Mehaz AB uygulamasında -ve Türkiye dahil dünyadaki pek çok rekabet hukuku sisteminde- ilgili pazarın belirlenmesi aşaması, ilgili ürün pazarı ve ilgili coğrafi pazarın belirlenmesi olarak ifade edebileceğimiz iki alt aşamadan oluşur. Aşağıda bu aşamaları tanımlıyor ve bu tanımlama sırasında kullanılan ölçütleri alıcı gücüne ilişkin spesifik tartışmalara giriş mahiyetinde kısaca açıklıyoruz.

Avrupa Komisyonu’nun (“Komisyon”) 2004 tarihli Topluluk Rekabet Hukukunun Amaçları Bakımından İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Bildirim’i

²¹⁰ Kokkoris I. (2016) ‘Buyer Power Assessment in Competition Law: A Boon or a Menace?’ 29 World Competition, s.145.

²¹¹ Hyman D.A, Kovacic W.E (2004) ‘Monopoly, Monopsony, and Market Definition: An Antitrust Perspective On Market Concentration Among Health Insurers’, 23 Health Affairs, s. 26.

²¹² Örneğin birleşme devralmalara ilişkin analizde, analize konu birleşme devralma işleminin pazarda hâkim durum yaratıp yaratmayacağı sorusunun yanıtı büyük ölçüde ileriye dönük olarak yapılan pazar tanımına bağlıdır. Bkz. Herrera I.A.(2015) ‘Market Definition in Buyer Power Cases: Revisiting Some Traditional Views’, s.8. (<https://ssrn.com/abstract=2600471> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2600471>).

(Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law) (“Pazar Tanımına İlişkin Bildirim”) uyarınca ilgili ürün pazarı; tüketicinin gözünden özellikleri, fiyatı ve kullanım amacı kriterlerinin tamamı bakımından ikame olan ürün (veya hizmetler) kümesinden oluşur.²¹³ Bildirim uyarınca ilgili ürün pazarı belirlenirken başvuru alan ölçütler ise: Yakın geçmişe ilişkin ikame edilebilirlik verileri, tüketicilerin ve rakiplerin görüşleri, tüketici tercihleri, talebi ikame ürünlere yönlendirmenin maliyeti ve yönlendirmenin önündeki muhtemel engeller ile fiyat ve müşteri ayrımcılığının farklı kategorileri olarak sayılmıştır.²¹⁴ Bu ölçütlerin tamamı, Rekabet Kurumu’nun İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuzu’na da aynen alınmıştır.²¹⁵

Pazar Tanımına İlişkin Bildirim’de ilgili coğrafi pazar “rekabet koşulların önemli ölçüde homojen olduğu (komşu pazarlardan önemli ölçüde ayrıştığı) ve ilgili teşebbüslerin ürün veya hizmetlerin arz veya talep kısmında bulunduğu coğrafi sınırlar” olarak tanımlanmıştır.²¹⁶ Komisyon tarafından ilgili coğrafi pazar belirlenirken dikkate alınan ölçütler de: Siparişlerin geçmişte başka bölgelere yönlendirildiğini gösteren veriler, talebin temel karakteristik özellikleri, tüketicilerin ve rakiplerin görüşleri, satın almaların güncel coğrafi eğilimi, ticaret akışı/mal sevkiyatı eğilimleri ve talebi farklı coğrafi alanlara yönlendirmenin değişim maliyeti olarak sayılmıştır.²¹⁷

Bu açıklamalar kapsamında hem Komisyon hem de Türkiye dahil dünyadaki pek çok rekabet hukuku sisteminin pazar tanımı için kullandığı en temel ölçütün

²¹³ Pazar Tanımına İlişkin Bildirim para. 7.

²¹⁴ Ag.e. para. 36-43.

²¹⁵ İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz (https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/ilgili-pazarin-tanimlanmasina-iliskin-kilavuz-(08-04)-56-m-20210203105245341-pdf).

²¹⁶ Pazar Tanımına İlişkin Bildirim para.8.

²¹⁷ A.g.e. ve Kokkoris (2006), s.145-146.

“ikame edilebilirlik” olduğunu söyleyebiliriz.²¹⁸ Hatta ilgili bildirim çerçevesinde Komisyon’un dikkate aldığı ölçütlere bakıldığında çoğunlukla talep tarafı gözünden ikame edilebilirliğin esas alındığını ve dolayısıyla tüketici tercihlerine odaklanıldığını söyleyebiliriz. Bildirimde arz ikamesi de bir ölçüt olarak sayılmış ancak arz bakımından ikame edilebilirliğin, yalnızca talep bakımından ikame edilebilirlikle eşit düzeyde etkiler yaratabildiği durumlarda dikkate alınacağı belirtilmiştir.²¹⁹ Bildirimde, alıcı gücünü irdelerken daha sıklıkla söz edeceğimiz arz bakımından ikame edilebilirlik ölçülürken dikkate alınacağı belirtilen faktörler: Sağlayıcının önemli bir ek maliyete katlanmadan kısa bir zaman diliminde bir ürünün üretimini başka bir ürüne kaydırıp kaydıramayacağı, üretim kapasitesinin elastikiyeti ve alıcılara (veya tüketicilere) karşı sözleşmesel yükümlülüklerin esnek mi katı mı olduğu gibi faktörler olarak sayılmıştır.²²⁰

Peki ikame edilebilirlik için kullandığımız nicel ölçütler neler? Bu sorunun herhalde en geleneksel cevabı pazarın sınırlarını belirlerken talep tarafındaki fiyat elastikiyetini esas alan SSNIP testi (*Small but Significant Non-transitory Increase in Price*) veya diğer adıyla hipotetik monopolist testi olacaktır. Bu test uyarınca; bir ürünün fiyatında küçük ama kalıcı bir fiyat artışının talebi yönlendirdiği diğer ürünler, ikame üründür ve pazar tanımı yapılırken bu ürünlerin de ilgili pazara dahil edilmesi gerekir. Burada söz konusu ürünün alınmasının makul olarak beklenebileceği coğrafi sınırlar da coğrafi pazar belirlenirken dikkate alınır ve bu test, ilgili teşebbüsün kârlı bir şekilde SSNIP yani küçük ama kayda değer bir fiyat artışı yaparak rekabetçi fiyatın üzerine çıkabileceği ürün/hizmet karması ve coğrafi sınırlar belirlenene kadar sürdürülür.²²¹

SSNIP testi uygulanırken esas alınan farazi fiyat artışı genellikle %5 ila 10% arasında değişir ve çoğunlukla bir yıla kadar olan kısa bir süredeki etkiler esas

²¹⁸ “İkame edilebilirlik” (substitutability) kavramının -çoğunlukla tedarik tarafı açısından- “değiştirilebilirlik” (interchangeability) olarak da ifade edildiğini belirtelim. Bkz. Kokkoris (2006), s. 146.

²¹⁹ A.g.e. para. 20.

²²⁰ Kokkoris (2006), s. 146, 147

²²¹ A.g.e.

alınır.²²² Somutlaştırmak adına, inceleme konusu yaptığımız esas ürünün A olduğunu kabul edelim. Şayet A'nın fiyatında yapılacak %5-10 bandında bir artış, ürünün satış miktarında fiyat artışını ilgili teşebbüs için kârlı olmaktan çıkaracak derecede önemli bir azalmaya neden olmadıysa ilgili ürün pazarının A olarak belirlenmesi mümkündür. Bu da iki nedenle olur (i) müşterilerin çok az bir bölümü ikame ürünlere yönelmiştir (talep ikamesi) (ii) farklı ürünler üreten sağlayıcıların çok az bir bölümü, A ürününü üretmenin kârlı olduğunu görüp A üretmeye yönelmiştir (arz ikamesi). Bununla birlikte şayet bu senaryolar gerçekleşmemiş ve müşterilerin kayda değer bir bölümü bir B ürününe yönelmişse, bu test uyarınca B de ilgili ürün pazarına dahil edilmeli ve test, A'nın fiyatının artması nedeniyle tüketici ve sağlayıcıların yöneldiği tüm ürün/hizmetler ve bu artıştan etkilenen coğrafi sınırlar tespit edilene kadar sürdürülmelidir.

2.1.2. Alıcı Gücü Bakımından Pazar Tanımı

2.1.2.1. Düalist Yaklaşım

Literatürde alıcı gücü belirlenirken ilgili pazarın belirlenmesine ilişkin sorunlara odaklanan, oldukça az sayıda kaynak bulunmaktadır; bu konu, alıcı gücüne ilişkin çalışmalarda çoğunlukla göz ardı edilmektedir. Üstelik bu tespit, rekabet otoritelerinin pazar tanımına ilişkin ikincil kaynakları bakımından da büyük ölçüde geçerlidir.²²³ Bu nedenle, alıcı bakımından ilgili pazarın belirlenmesi hususunda genellikle sağlayıcının pazar gücünü belirlemek için kullanılan ölçütlerin simetrik versiyonlarının önerildiğini söyleyebiliriz.²²⁴ Ancak az sayıda olmakla birlikte bu yaklaşımın hatalı olduğunu savunan önemli çalışmalar da

²²² Bkz. Crocioni P. (2002), 'The hypothetical monopolist test: what it can and cannot tell you' European Competition Law Review.

²²³ Bkz. Pazar Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz.

²²⁴ Bunun herhalde en bariz örneği, SSDIP test diyebiliriz. Bkz. Kokkoris I. (2005) 'The Concept of Market Definition and the SSNIP Test in the Merger Appraisal' 26 European Competition law Review, 209.

bulunmaktadır.²²⁵ Bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre pazar tanımı yapılırken monopsona monopolün ya da alıcının pazarlık gücüne sağlayıcının pazar gücüne ilişkin ölçütlerin uygulanması alıcı gücünün pek çok durumda sağlayıcının pazar gücünden ayrıışan karakteristiğinin ortaya konulamamasına neden olacaktır.²²⁶

Bir kere alıcıyı sağlayıcıdan ayıran temel özellik, alıcının hem alt hem de üst pazardaki piyasa aktörleriyle çok yoğun bir etkileşim içerisinde olması; bu iki pazar arasında bir anlamda köprü ve hatta zaman zaman geçit bekçisi işlevi görmesidir. Bu nedenle literatürde alıcı gücünün ölçülmesi için pazar tanımı yapılırken pazarın her iki tarafını (hem tüketicilerle işlem yapılan alt pazarı, hem de sağlayıcıyla işlem yapılan ilgili satın alma pazarını) da dikkate alan ikili (düalist) bir yaklaşım benimsenmesi gerektiği ifade edilmektedir.²²⁷ Dolayısıyla sağlayıcıya uygulanan ölçütler ters çevrilerek yalnızca üst pazardaki etkilere bakılması örneğin monopsona ilişkin analizlerde yalnızca monopsonistin sağlayıcılar üzerindeki etkilerine odaklanması fakat tüketiciler üzerindeki etkilerin göz ardı edilmesi bizi eksik bir değerlendirmeye götürecektir.²²⁸ Bu çerçevede ilgili pazar belirlenirken, alt ve üst pazar ayrı ayrı ele alınarak iki farklı ancak birbiriyle karşılıklı ilişki halinde (*interrelated*) pazar belirlenmesi önerilmektedir.²²⁹

Bu yaklaşım uyarınca önerilen pazar tanımı aşamaları çok genel olarak şöyle ifade edilebilir:

- İlk adım olarak alıcı ve sağlayıcı arasındaki ilişkiye odaklanan ilgili satın alma pazarının sınırları (*relevant purchasing/procurement market*) hem

²²⁵ Bkz. Carstensen P.C. (2017) ‘Competition Policy and Control of Buyer Power’, Edward Edgar Publishing, s. 38-39, Herrera s. 126 vd.

²²⁶ Bkz. Herrera (2017), s.120, para.270.

²²⁷ Herrera (2017), s.120.

²²⁸ Herrera (2017), s.127, para.288.

²²⁹ A.g.e.

ilgili ürün pazarı hem de coğrafi pazar tespit edilmek suretiyle belirlenmelidir.

- İkinci adım olarak da alt pazar yani alıcının “satıcı” rolünde müşterileriyle²³⁰ ilişki halinde olduğu pazarın sınırları belirlenmelidir. İkinci aşama bakımından aslında alıcının “satıcı” olarak konumuna baktığımız için hipotetik monopolist testi (SSNIP) gibi geleneksel rekabet hukuku testlerinin uygulanmasında önemli bir sorun görünmemektedir.
- Üçüncü ve son aşamada ise iki farklı aksiyon önerilmektedir: (i) Birtakım yazarlar bu aşamada daha önce yapılan iki ayrı pazar tanımının sentezi olan “tek bir pazar tanımına” ulaşılması gerektiğini savunurken,²³¹ (ii) birtakım başka yazarlar ise tek bir pazar tanımına ulaşmanın zorluğunu göz önünde bulundurarak bunların tek bir tanımda birleştirilmesine gerek olmadığını, bunun yerine devam eden analizde her iki pazar tanımını da dikkate alan bir değerlendirme yapılmasının yeterli olduğunu savunmaktadır.²³² Kanaatimizce her iki pazarın da tanımlanması ve her ikisinin de değerlendirme sırasında dikkate alınmasının önemi aşıkâr olmakla birlikte, tek bir pazar tanımına ulaşılması elzem olmayıp; bunun gerekli veya mümkün olup olmadığı somut olay çerçevesinde değerlendirilmelidir. Nitekim, özellikle de belirlenen iki pazarın coğrafi sınırlarının çakışmadığı, örneğin bir tanesinin yerel diğêrinin ulusal bir pazar olduğu durumlarda tek bir pazar tanımına ulaşmak pratik olarak mümkün olmayabilir.

Burada ifade edilen düalist yaklaşımın, şu sıra hakim yaklaşım olan ve rekabet hukuku analizinde ilgili teşebbüs davranışının ekonomik etkisine odaklanan *daha ekonomik yaklaşım (more economic approach)* ile de uyumlu olduğunu söyleyebiliriz.²³³ Nitekim her iki pazara da bakılması bu yaklaşıma paralel

²³⁰ Koehler M. (1999). ‘The Importance of Correctly Identifying the Consumer for an Antitrust, Relevant Market Analysis’, 67 UMKC L. REV. s.529.

²³¹ Bkz. Steiner R.L. (2008) ‘Vertical Competition, Horizontal Competition and Market Power’ 53 The Antitrust Bulletin, 251.

²³² Herrera (2017), s. 128-129 para. 290, Dobson (2009) s.103.

²³³ More economic approach nedir çok az açılabilir. Rule of reason’dan bahsedilebilir.

biçimde alıcı gücünün hem satın alma pazarında alıcılar üzerindeki hem de alt pazarda tüketiciler üzerindeki refah etkilerinin ayrı ayrı tespit edilmesine imkan verecek ve bu da maddi gerçeğe daha yakın ve kapsayıcı bir etki analizi yapılmasını sağlayacaktır.²³⁴

Başta mehz AB uygulaması olmak üzere çeşitli ülke rekabet hukuku sistemlerinin ikincil mevzuatına baktığımızda tutarlı ve kesin bir metodoloji olarak önerilmese bile yukarıda açıkladığımız düalist yaklaşımın birtakım yansımalarını görebiliyoruz. Örneğin Komisyon, The Guidelines on Horizontal Agreements (“Yatay Anlaşmalara İlişkin Komisyon Kılavuzu” içerisinde alıcı gücünü hem satın alma pazarını (üst pazar) hem de satış pazarını (alt pazar) etkileme kabiliyetine sahip olduğunu belirtmektedir.²³⁵ Benzer bir tespit, Rekabet Kurumu’nun Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz’unda da yer almaktadır. Örneğin, önemli dikey sınırlamalardan biri olan tek alıcıya sağlama yükümlülüğü kapsamında, söz konusu sınırlamanın muafiyet kapsamında olup olmayacağı tespit edilirken sağlayıcının pazar payının yanında, alıcının hem ilgili satın alma pazarında hem de satış pazarındaki pazar payına bakılması gerektiği açıkça belirtilmektedir.²³⁶ Yine bu yaklaşımın yansımalarını Komisyon’un birtakım kararlarında da görebiliyoruz. Örneğin Komisyon’un British Airways kararı ikili pazar tanımının önemini ortaya koyması bakımından önemli bir karar olarak nitelendirilebilir. Nitekim, bu kararda alıcı konumundaki British Airways’in hem seyahat acenteleriyle ilişkide bulunduğu üst pazar hem de doğrudan tüketicilere uçak bileti sattığı ilgili ürün pazarı ayrı ayrı belirlenmiş, her ikisi de değerlendirmede dikkate alınmıştır.²³⁷

²³⁴ Herrera (2015), s.15.

²³⁵ Communication from the Commission Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements [2011] OJ C11/1, para 197.

²³⁶ “Alıcının üst pazardaki payı %40’ı aşmıyor olsa bile, özellikle alıcının alt pazardaki pazar payının %40’ın üzerinde olduğu durumda hala önemli ölçüde bir kapama etkisi ortaya çıkabilir. Bu durumda da muafiyetin geri alınması gerekebilir” Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, para. 195.

²³⁷ Herrera (2017), s.128-130.

2.1.2.2. İlgili Satın Alma Pazarı (*Relevant Purchasing Market*)

Alıcı, “satıcı” konumunda tüketicilerle etkileşim halinde olduğu alt pazarda; ürünleri kârını en yüksek seviyeye çıkaracak şekilde satmak gibi büyük ölçüde sağlayıcının güdülerine benzeyen güdülerle hareket eder. Dolayısıyla bu pazarın tanımlanması bakımından sağlayıcılara uygulanan geleneksel ölçütlerin uygulanmasının önemli bir sorun yaratmayacağı söylenebilir. Bu önerme için perakende sektörünü örnek verirse “perakende satış pazarının” tanımlanması bakımından talep ikamesi kullanışlı bir ölçüt olabilir. Ancak alıcının sağlayıcıyla yüz yüze olduğu ilgili satın alma pazarı bakımından aynı şeyi söylemek oldukça güçtür. Bu nedenle pazar tanımı yapılırken, ilgili satın alma pazarına özel bir parantez açılması gerektiğini düşünüyoruz. Bu tespitimizin gerekçelerini devam eden bölümde ve pazar gücünün belirlenmesine ilişkin bölümde ayrıntılı biçimde açıklıyoruz.

Carstensen’in de işaret ettiği çerçevede ilgili satın alma pazarı bakımından, alıcı gücüyle karşılaştığımız ve ürünlerin niteliği gereği farklı dinamiklerin yön verdiği iki temel pazar görünümünden söz edebiliriz.²³⁸ Bunlardan *birincisi*, alıcının sağlayıcıdan nihai bir ürünün yapımında kullanılmak üzere girdi (hammadde veya ara ürün) satın aldığı; dolayısıyla alıcının sağlayıcı için salt müşteri olduğu pazar görünümüdür.²³⁹ *İkincisi* ise alıcının halihazırda üretilmiş ürünlerin (bunlara kolaylık olması bakımında markalı ürünler (*branded products*) diyeceğiz) son kullanıcıya ulaşmasını sağladığı, dolayısıyla alıcının sağlayıcı için aslında nihai müşteriden ziyade bir anlamda pazaryeri (*outlet*) olduğu pazar görünümüdür.²⁴⁰ Aşağıda bu iki pazar görünümünü ve bunların temel farklarını çok kısaca açıklıyoruz.

2.1.2.2.1. Girdi Pazarları

²³⁸ Carstensen (2017), s. 52-66.

²³⁹ A.g.e.

²⁴⁰ A.g.e.

Bir nihai ürünün üretimi için, gerekli girdileri (ara ürünleri) üreten sağlayıcılar bakımından müşteri konumundaki alıcıların sahip olduğu pazarlık gücü oldukça önemli bir meseledir. Sanayi ürünlerinin (örneğin elektronik aletlerin) üretimi için ara ürün üreten fabrikaları/atölyeleri bu sağlayıcılara örnek olarak gösterebiliriz. Bunların yanında çiftçiler ve emek piyasasındaki işçiler de girdi sağlayan sağlayıcılara örnektir. Bu pazarlarda sağlayıcı, ürettiği girdiyi genellikle sürekli bir tedarik sözleşmesi kapsamında alıcıya satmaktadır. Bu ilişki için kısa süreli tedarik sözleşmeleri yapılması mümkün olsa da bu pek fazla görülmez. Bunun nedeni de sürekli bir üretimin, düzenli bir tedarik sistemi gerektirmesidir. Bu da tarafların birbirleri için değerini artırır.

Girdinin kullanım alanı önemli ölçüde darsa veya bu ürünün talep kaynağı olabilecek az sayıda alıcı varsa (başka bir ifadeyle alt pazar yoğunlaşmış bir pazarsa) bu durum sağlayıcının alıcıya olan bağımlılığını önemli ölçüde artıracaktır.²⁴¹ Örneğin bütün üretim sistemini sadece bir markanın belirli bir tasarıma sahip mutfak robotunun bir parçasını üretmek üzerine kuran bir sağlayıcı düşünelim. Bu sağlayıcının üretim araçları hızlıca başka bir ürüne geçişe çok yüksek ihtimalle uygun olmayacak, bu durum da değişim maliyetlerini artırdığı için sağlayıcıyı alıcıya büyük ölçüde bağımlı kılacaktır.

Bu tip pazarlarda alıcının değiştirilmesi işlemi; yeni uygun alıcının aranması, fiyatın ve diğer ticari şartların müzakeresi ve bazı durumlarda ürünlerin yeni alıcıların ihtiyaçlarına uygun hale getirilmesi gibi pek çok değişim maliyeti içerir.²⁴² Üstelik bu maliyet, sağlayıcının ürettiği ürün (girdi) ne kadar özelleştirilmişse, o kadar yüksek olacaktır. Şayet değişim maliyeti, alıcıdan gelen baskıyla düşürülen fiyatların yarattığı zarardan büyükse, sağlayıcı pek çok durumda yeni alıcılar bulma arayışına dahi girmeyecektir. Literatürde bu tespitin en önemli örneklerinden biri olarak emek piyasaları verilmektedir. İddiaya göre çok sayıda alternatif işveren olsa bile işçiler eksik bilgi nedeniyle farklı bir iş

²⁴¹ Carstensen (2017), s.56-58.

²⁴² A.g.e

aramanın değişim maliyetine genellikle olması gerekenden daha fazla değer atfetmekte bu da onları mevcut işverene büyük ölçüde bağımlı kılmaktadır.²⁴³ Elbette, alıcının alternatif kaynaklarının az olması veya sağlayıcının ürününün *must stock* bir ürün olması alıcı bakımından da sağlayıcıya bağımlılık sonucunu doğurabilir. Ancak bunlar bile alıcının karar verici konumundan kaynaklanan avantajlarını dengelemek için yeterli olmayabilir.

Özetle, girdi pazarı bakımından pazar tanımı yapılırken göz önünde bulundurulması gereken temel faktörler: Sağlayıcının alternatif talep kaynakları, bu kaynaklara geçişin maliyeti, pazarın yapısı (herkese açık bir pazar olup olmadığı, regüle edilip edilmediğı), ürünün özelleştirilmiş olup olmadığı ve üretiminin önemli bir miktarının tek bir alıcıya mı çok sayıda alıcıya mı yapıldığı gibi faktörler olarak sayılabilir.²⁴⁴

2.1.2.2.2. Son Kullanıcıya Yönelik Markalı Ürünler Pazarı

İlgili satın alma pazarının girdi pazarından farklılaşan bir başka görünümü, son kullanıcıya yönelik nihai ürünlerin (markalı ürünler) satıldığı pazardır. Burada bu pazar görünümüyle aslında alıcı olarak perakendecileri aldığımız senaryodan söz ediyoruz.

Markalı ürünler üreten sağlayıcıların, bu ürünleri tüketicilere ulaştırmasının temel birkaç yolu bulunur. Bunlar: Perakendeciler kanalıyla satış, dikey entegre bir yapı kurulması yoluyla satış veya şayet sağlayıcının fiziki ve teknik olanakları uygunsa doğrudan internetten satış olarak sayılabilir.²⁴⁵ Franchising de özellikle gıda ürünleri gibi ürünler bakımından bu amaçla kullanılan bir başka yöntemdir. Bu dağıtım kanallarından hangisinin kullanılacağını ise genellikle ürünün niteliğı ve sağlayıcının imkanları belirler. İnternette satış imkanını bir kenara bırakırsak, saydığımız diğer yöntemlerin herhalde en az maliyetli ve geleneksel olanı

²⁴³ A.g.e.

²⁴⁴ A.g.e. s. 58.

²⁴⁵ Carstensen (2017), s.58-59.

perakendeciler yoluyla satıştır. Bu yol da sağlayıcıyı, alıcı gücüyle karşı karşıya getirir.

Markalı ürünlerin sağlayıcılarının alıcı gücüyle imtihanında, girdi üreten sağlayıcıların imtihanından ayrılan ve zaman zaman daha ağır olabilen bazı özel durumlar söz konusudur. Somutlaştırmak gerekirse bu ürünler bakımından sağlayıcının alıcıyla düellosu alıcıyla tedarik sözleşmesi imzalamayı başarması ve ürünü alıcıya göndermesiyle bitmez. Asıl düello, mağaza içi rekabet dediğimiz noktada başlar. Bu rekabet de sağlayıcının mağazanın içinde kendi ürününe rakip diğer ürünlerle yürüttüğü ve perakendecinin karar verici olduğu bir başka çetin mücadeleye girilmesi anlamına gelir. Üstelik burada devreye sadece hangi sağlayıcının ürününün daha çok satılacağına ilişkin rekabetin ötesinde birtakım başka hususlar da girer. Örneğin fiyatını ve raf konumunu belirleme yetkisinin perakendecide olması, sağlayıcıya bunlarla bağlantılı olarak “ürünün fiyatının belirli bir düzeyin altına düşmemesinin sağlanması” veya “marka itibarının korunması” gibi bazı yeni kaygılar getirir.

Burada bu tip pazarlara özgü daha önce de değindiğimiz önemli başka bir husus da perakendecinin, sağlayıcının ürünlerine rakip olabilecek mağaza markalı ürünlere sahip olması durumudur. Bu durumda perakendeci hem rakip hem de müşteri olduğu için sağlayıcıya alıcı gücü uygulama ihtimali daha da yüksek olacaktır. Tabii, sağlayıcının ürününün (tüketici talebi nedeniyle) mutlaka mağazada bulunması gereken bir ürün olması (*must stock*) durumunda sağlayıcının alıcıdan gelen baskıları bir ölçüde hafifletme imkanına sahip olacağını da unutmamak gerekir. Hatta bazı durumlarda bu ilişki ikisinin birbirini beslediği simbiyotik bir ilişkiye de evrilebilir.²⁴⁶ Örneğin taraflar arasında yapılacak bir tek alıcıya sağlama yükümlülüğü anlaşmasında önemli bir ürünün dağıtımını münhasıran elinde bulunduran alıcı, rakiplerinin alt pazarlara girişlerinin önünde kayda değer bir engel oluşturma imkanına kavuşurken; sağlayıcı da yine bir münhasırlık anlaşmasıyla üst pazardaki rakiplerinin önemli

²⁴⁶ Bkz. Carstensen (2017), s. 62.

bir dağıtım kanalına erişmesini engelleme imkanına kavuşabilir. Bu tip bir anlaşma şüphesiz halihazırda pazar gücü bulunan her iki taraf için de kazan-kazan bir anlaşma olabilir.

Markalı ürünler bakımından ilgili satın alma pazarının sınırları belirlenirken coğrafi pazarın genellikle son derece geniş olduğunu ve hatta genellikle tüm ülke olarak tanımlandığını söyleyebiliriz. Bunun da önemli birkaç nedeni bulunur. Bunlar: Sağlayıcının ürünlerini mümkün olduğunca çok tüketiciye ulaştırarak birim ürün başına düşen sabit maliyeti düşürmek istemesi, pazarlama ve reklam yöntemlerinden mümkün olan en yüksek verimi almak istemesi ve nihai olarak satış miktarını ve kârlılığını artırmak istemesi ve dolayısıyla markalı ürünleri genellikle bütün ülkede satışa çıkarması olarak sayılabilir.²⁴⁷

Markalı ürünler bakımından ilgili ürün pazarı belirlenirken akla hemen tabii olarak ikame ürünlerin tespiti ve dolayısıyla SSNIP testi gelecektir. Ancak bu aslında daha ziyade sağlayıcının davranışını merkeze aldığımız rekabet hukuku analizi bakımından geçerlidir. Şayet ilgili pazarı belirlerken nihai olarak alıcı gücünü tespit etmeyi hedefliyorsak, bu durumda ilgili ürün pazarı belirlenirken daha ziyade arz bakımından ikame edilebilirliğe bakmak gerekecektir.²⁴⁸ Bunun nedeni de genel olarak şöyle izah edilebilir: Talep bakımından ikame olan iki ürünün birinden diğerine geçmek sağlayıcı için her durumda mümkün olmayabilir. *Carstensen*'in verdiği örneği ele alırsak, tereyağı ve margarin tüketici açısından belki birbirine ikame ürünler olarak görülebilir ancak ikisi mutfakta aynı işleve sahip olsa da birbirinden oldukça farklı üretim süreçlerine sahiptir.²⁴⁹ Örneğin biri hayvansal bir ürünken diğeri bitkiselidir. Dolayısıyla alıcı gücünü ve bu nedenle sağlayıcının alternatif tedarik kanallarını tespit edebilmek için bu tip ürünler bakımından arz bakımından ikame edilebilirliğe odaklanmak daha doğrudur. Bunun için de pazardaki alıcı sayısı, sağlayıcının değişim maliyetleri,

²⁴⁷ A.g.e.

²⁴⁸ A.g.e. s. 64.

²⁴⁹ A.g.e.

söz konusu alıcıya yapılan satış miktarının sağlayıcının toplam satış miktarı içerisindeki oranı gibi faktörlere bakılmalıdır.

2.1.2.2.3. İlgili Satın Alma Pazarının Tanımlanması İçin Kullanılan Ölçütler ve Mevcut Uygulamalardan Birkaç Örnek

İlgili satın alma pazarı belirlenirken hangi ölçütlerin dikkate alınması gerektiğine ilişkin İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuzda SSNIP testinin açıklandığı bölümde “[b]una benzer bir analiz de alım gücünün yoğunlaşması olaylarında yapılabilir. Bu durumda analize tedarikçiden başlanır ve fiyat testi de tedarikçinin ürünleri için var olan alternatifleri belirlemekte kullanılır.” denmekte ancak yetinildiğini ancak bu uygulamanın nasıl yapılacağına ilişkin bir açıklamaya verilmemektedir.²⁵⁰

Literatürde ilgili satın alma pazarı belirlenirken dikkate alınması gerektiği öne sürülen iki temel değişken bulunmaktadır. Bunlardan birincisi -ve aslında en fazla önem atfedileni- alıcı gücüyle karşılaşan sağlayıcının alternatif alıcılara geçiş imkanını ifade eden ters çevrilmiş talep ikamesidir (*reverse demand substitution*).²⁵¹ İkincisi ise aynı sağlayıcının üretim araçlarını, alıcının fiyatını düşürdüğü üründen başka bir ürüne geçirme imkanını ifade eden arz ikamesidir (*supply substitution*).²⁵² Burada ilk ölçüt bakımından “ters çevrilmiş” ifadesinin kullanılmasının nedeni, orijinalinde “tüketici bakımından ikame edilebilirlik” olan ölçütün alıcı bakımından uygulanabilir olması için “sağlayıcı bakımından ikame edilebilirliğe” çevrilmiş olmasıdır.

Anılan değişkenlerden birincisi olan ters çevrilmiş talep ikamesi genel olarak alıcının bir girdinin/ürünün satın alma fiyatında yaptığı düşüş karşısında; sağlayıcıların satın alma fiyatını düşüren alıcıdan başka bir alıcıya geçme imkanını ifade eder. Elbette bu ikame edilebilirlik tespit edilirken dikkate alınması

²⁵⁰ Bkz. İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz, s. 3, para.10.

²⁵¹ Herrera (2017), para. 313.

²⁵² Bkz. Herrera (2017), s. 136-146.

gereken tek değişken girdi/ürün fiyatı değildir. Bunun yanında sağlayıcının yeni alıcılar aramaya ve onlarla müzakereye tahsis edeceği zaman ve emeğin yanında üretim araçlarını yeni ürünlere göre modifiye etmek veya yeni teçhizatlar/araçlar almak için katlanacağı yatırım maliyetleri gibi değişim maliyetlerinin de dikkate alınması gerekir.²⁵³

Hem Komisyon'un Yatay Anlaşmalara İlişkin Kılavuzu hem de Pazar Tanımına İlişkin Bildirimi'ne ilişkin en önemli hususlardan biri, her iki metinde de “ters çevrilmiş talep ikamesi” ile kastedilen ve tespit edilmeye çalışılan hususun ikame ürünlerden ziyade; ikame dağıtım kanalları olmasıdır.²⁵⁴ Dolayısıyla burada belirleyici olan husus, sağlayıcı bakımından potansiyel dağıtım kanallarının, başka bir ifadeyle aynı girdiyi/ürünü almak için rekabet eden alıcıların tespit edilmesidir.

Belirttiğimiz ters çevrilmiş talep ikamesi ölçütü, yukarıda ayrıştırdığımız girdi pazarları ve markalı ürün pazarları bakımından da farklılık arz edecektir. Somutlaştırmak gerekirse, süt ürünleri satan bir sağlayıcı için marketler, restoranlar, oteller veya doğrudan tüketiciler birer alıcı olabilir. Dolayısıyla şayet bir girdiden söz ediyorsak dikkate alınan rakip alıcıların, illa aynı sektörde faaliyet göstermesine gerek yoktur. Bunlar pekâlâ aynı girdiye ihtiyaç duyan birbirinden çok farklı alıcılar da olabilir. Yine burada birbirine ikame olduğu kabul edilen dağıtım kanallarının birbirinden farklı karakteristik özelliklere sahip olması da (sağlayıcının birincil motivasyonunun söz konusu girdileri satmak olduğunu düşündüğümüzde) çok fazla önem arz etmez. Ancak şayet ilgili ürün, markalı ürünler sınıfına giriyorsa alıcı profillerinin (büyüklük açısından farklı olabilecek olsalar da) nispeten daha benzer olmasını bekleyebiliriz.²⁵⁵

²⁵³ Bkz. Herrera (2017), s.139.

²⁵⁴ Pazar Tanımına İlişkin Bildirim, para 17, Komisyon'un Yatay Anlaşmalara İlişkin Kılavuzu para 198.

²⁵⁵ Burada en büyük risk, çok sayıda potansiyel alıcı olduğunu kabul edilmesi halinde pazarın olması gerekenden daha geniş tanımlanması olacaktır. Bu riskleri azaltmak adına söz konusu değişimlerin meydana geleceği süreyi gerçekçi biçimde belirlemek oldukça önemlidir.

Burada bir başka faktör de ilgili girdinin fiyatının düştüğünü gören başka potansiyel alıcıların yeni bir iş imkânı olarak bu girdiyi satın almaya yönelmesi olabilir. Nitekim gerçekleşirse bu alıcıların da ilgili pazar tanımına dahil edilmesi gerekir.²⁵⁶ Bu elbette daha farazi ve ileriye dönük bir analiz olduğu için, isabetli bir şekilde yapılması daha güçtür. Bu alıcılar için en somut örnek, farklı ürünleri benzer girdiler ve üretim araçlarıyla üreten alıcıların, girdi fiyatlarının düşüşü nedeniyle üretmedikleri ürünü de üretmeye karar vermesi olacaktır.

İlgili satın alma pazarı belirlenirken dikkate alınması gereken diğer faktör de *arz ikamesi*dir. Her ne kadar Pazar Tanımına İlişkin Bildirim ve Yatay Anlaşmalara İlişkin Komisyon Kılavuzu'nda belirtilmese de Continental Can ve Michelin I kararında yer verilen bu faktör genel olarak sağlayıcıların girdinin satın alma fiyatındaki düşüş nedeniyle önemli bir maliyete ve riske katlanmaksızın kısa sürede başka bir ürün üretimine geçme kabiliyetini ifade eder.²⁵⁷ Arz ikamesiyle ilgili analiz de ileriye yönelik, farazi bir analizdir. Bu nedenle de pazarın ne fazla geniş ne de fazla dar tanımlanmaması burada da özellikle önem arz eder.

Özetle, ilgili satın alma pazarı belirlenirken esas alınan iki temel ölçüt bulunmaktadır. Bunlardan birincisi sağlayıcının alternatif dağıtım kanallarının (başka bir ifadeyle talep kaynaklarının) tespiti için kullanılan “ters çevrilmiş talep ikamesi”, ikincisi de sağlayıcıların girdinin satın alma fiyatındaki düşüş nedeniyle önemli bir maliyete ve riske katlanmaksızın kısa sürede başka bir ürün üretimine geçme imkanını ifade eden “arz ikamesi”dir. Yine -uygulanabilir olduğu ölçüde- değerlendirmede dikkate alınan bir başka ölçütün de piyasada söz konusu girdinin fiyatı düştüğü için bu girdiyi satın almaya yönelen başka alıcılar bulunup bulunmadığı olduğunu da belirtebiliriz.

²⁵⁶ Herrera (2017), para. 327.

²⁵⁷ Herrera (2017), s. 144-145 para. 326.

Devam eden bölümde de alıcı gücünün ele alındığı incelemelerde ilgili pazarın tanımlanması için önerilen iki testi (Komisyon’un SSNDIP testi ve OECD’nin hipotetik monopson testi) ele alıyoruz.

2.1.2.2.3.1. Komisyon’un SSNDIP Testi

Komisyon, İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Bildirim’de ve Yatay Anlaşmalara İlişkin Kılavuzda alıcı gücüne ilişkin incelemelerde ilgili pazarın belirlenmesi için sağlayıcıya uygulanan SSNIP testinin ters çevrilmiş halini (tüketiciler bakımından değil sağlayıcılar bakımından ikame edilebilirliği merkeze alan versiyonunu) önermektedir.²⁵⁸ Literatürde alıcı-SSNIP testi (*buyer-SSNIP test*) ya da SSNDIP (*small but significant non transitory decrease in price*) olarak adlandırılan bu test, yukarıda belirttiğimiz “ters çevrilmiş talep ikamesini” esas almakta ve alıcının bir ürünü tedarik ettiği fiyatı %5 ila %10 arasında düşürmesi durumunda; sağlayıcıların geçebileceği alternatif alıcıları tespit ederek ilgili satın alma pazarının sınırlarını belirlemeyi amaçlamaktadır.²⁵⁹

Alıcının yaptığı söz konusu fiyat kırma işlemi, sağlayıcının alternatif alıcılara yönelebildiği veya kaynaklarını başka bir ürünün üretimine tahsis etmeyi başardığı bir kurguda alıcı için kârlı olmayacaktır. Dolayısıyla bu test kapsamında; sağlayıcının yönelebileceği tespit edilen alternatif dağıtım kanalları/ürünler ilgili pazara dahil edilecek ve pazarın nihai sınırları fiyat düşürme işleminin alıcı için kârlı hale geldiği nokta tespit edilince çizilmiş olacaktır. Burada önemli bir husus, ilgili ürünün girdi olduğu durumlarda pazar sınırlarına dahil edilen alıcıların alt pazarda rakip olmayan ancak aynı girdiye ihtiyaç duyan alıcılardan oluşabilecek olmasıdır. Örneğin sağlayıcının üzüm üreticisi olduğu bir senaryoda normalde rakip olmayan pekmez üreticisi ve şarap

²⁵⁸ Bkz. Herrera (2017), s.136-152. Testin uygulama alanı bakımından monopson ve alıcının pazarlık gücü arasında herhangi bir ayrım yapılmadığını da belirtelim.

²⁵⁹ Bu test için farklı yazarlarca farklı isimler kullanıldığını belirtmek gerekir. Örneğin Kokkoris bu testi SSDIP (Small but significant decrease in price) olarak, Herrera da alıcı-SSNIP testi olarak adlandırmaktadır.

üreticisi aynı girdinin alıcısı olabilecek dolayısıyla bu alıcılar da ilgili pazara dahil edilecektir.

Tıpkı SSNIP testinde olduğu gibi SSNDIP testinde de temel alınacak ilk fiyatın normal şartlarda “rekabetçi denge fiyatı” olması gerekir ancak testin önerildiği metinlerde esas alınacak fiyata ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiştir. Tabii rekabetçi fiyatın tespiti pratikte oldukça güç olduğu için, baz alınan cari fiyatın (*prevailing price*) tekel (veya buna yakın) bir fiyat olması durumunda yani ilgili pazarın olması gerektiğinden daha dar tanımlanması riski (*cellophane fallacy*) bulunduğunu da belirtmek gerekir.²⁶⁰ Başka bir ifadeyle SSNDIP testinde baz alınan ilk fiyatın tekel fiyatı olması halinde aslında ikame olan dağıtım kanallarının ikame olmadığı sonucuna varılması riski bulunmaktadır.

Alıcı gücünün söz konusu olduğu incelemelerde pazar tanımının nasıl yapılması gerektiği konusunda yol gösterici olması itibarıyla çok önemli bir boşluğu doldursa da Komisyon tarafından önerilen SSNDIP testine birtakım olumsuz eleştiriler getirmek de mümkündür.²⁶¹

- *Birincisi*, bu analizde yalnızca alıcı-sağlayıcı ilişkisine odaklanması, özellikle de tüketici refahı standardının temel zarar teorisi kabul edildiği bir rekabet hukuku sisteminde tüketici refahına etkiyi dışarda bırakan eksik bir değerlendirme olacaktır.
- *İkincisi*, alıcının satın alma fiyatını %5-10 düşürmesine ilişkin varsayımın etkisinin, (özellikle de arz elastikiyetinin katı olduğu bir senaryoda) esas testteki (SSNIP) müşterilerin satın alma fiyatının %5-10 bandında artırılması varsayımından gerçekte daha önemli sonuçlar doğurma potansiyeli taşıdığı söylenebilir. Nitekim bir alıcının (alım miktarı az bile olsa) sağlayıcı için önem derecesiyle, bireysel hareket eden müşterilerin sağlayıcı için önem derecesi eşdeğer olmayacaktır. Dolayısıyla SSNDIP

²⁶⁰ Herrera (2017), s. 322.

²⁶¹ Bkz. Herrera (2017), s. 147-152.

testi, ortaya çıkardığı sonuçların güvenilirliği bakımından sağlayıcıya uygulanan SSNIP testinin tam anlamıyla muadili sayılamayacaktır.

- *Üçüncü* olumsuz eleştiri ise test kapsamında %5 ila %10 arasında düşürülecek baz fiyatın nasıl belirleneceği (cari fiyatın mı yoksa rekabetçi fiyatın mı esas alınacağı) sorusunun cevapsız olmasıdır. Nitekim bu eleştiri esas test olan SSNIP testine de yönlendirilebilecek bir eleştiridir.

2.1.2.2.3.2. OECD'nin Hipotetik Monopson Testi (*The Hypothetical Monopsony Test*)

Komisyon'un SSNDIP testine oldukça benzeyen bir diğer test de OECD tarafından önerilen hipotetik monopsonist testidir (*the hypothetical monopsonist test*). Bu test de monopsonistin ürün fiyatlarını talebi düşürmek suretiyle küçük ancak kayda değer derecede ve kalıcı olarak aşağı yönlü baskılayabildiği en küçük ürün grubu ve coğrafi sınırların belirlenmesini amaçlar.²⁶² OECD'ye göre bu test kapsamında eğer geriye dönük bir değerlendirme yapılıyorsa (örneğin hâkim durumun varlığı tespit edilmeye çalışılıyorsa) esas alınan fiyatın “rekabetçi fiyat” olması, şayet ileriye dönük bir değerlendirme yapılıyorsa (örneğin bir birleşme işleminin etkisi tespit edilmeye çalışılıyorsa) da -fiyatın artması için makul bir gerekçenin olmadığı kurguda- hali hazırda uygulanan fiyat (bir başka ifadeyle cari fiyat) olması gerekir.²⁶³ Her ne kadar bu testin sonucu, büyük ölçüde SSNIP yani hipotetik monopolist testine benzer olsa da SSNDIP testinde esas alınacak baz fiyata ilişkin belirsizlikler düşünüldüğünde, bu testte hangi durumlarda hangi baz fiyatın dikkate alınması gerektiğinin belirtilmesinin bir ilerleme olduğunu ve testi SSNDIP testinden daha rafine hale getirdiğini söyleyebiliriz.²⁶⁴

OECD'ye göre bu testte ilgili pazarın tespit edilebilmesi için sorulan temel soru, sağlayıcıların alıcıdan gelen fiyat düşürme davranışına karşılık kârlı bir şekilde alternatif alıcılara geçme veya söz konusu girdiyi fiyat düşüşünü alıcı için kârlı

²⁶² OECD (2009), s.34.

²⁶³ A.g.e.

²⁶⁴ Herrera (2017), s.152.

olmaktan çıkaracak biçimde modifiye etme imkanına sahip olup olmadığının tespit edilmesidir.²⁶⁵ SSNDIP testine çok benzer bir risk bu testte de bulunmaktadır. Şöyle ki, bu test uygulandığında da aslında ikame olmayan ürünlerin ikame görünmesi ihtimali az değildir. Tıpkı SSNDIP’de olduğu gibi bu teste de yöneltilebilecek bir başka eleştiri bu testin de yukarıda bahsettiğimiz düalist yaklaşımın aksine yalnızca sağlayıcı-alıcı ilişkisine odaklanması ve alt pazarı (tüketicileri) göz ardı etmesi olacaktır.

Son bir husus olarak, her ne kadar adını monopsondan alsa da OECD raporunda bu testin hem monopson hem de alıcının pazarlık gücüne ilişkin incelemelerde kullanılabileceğinin ifade edildiğini de belirtelim.²⁶⁶

2.2. ALICININ PAZAR GÜCÜNÜN BELİRLENMESİ

2.2.1. Genel Olarak Pazar Gücünün Belirlenmesi

Rekabet hukuku analizinin ilgili pazar belirlendikten sonraki ikinci aşaması, incelenen teşebbüsün ilgili pazardaki rekabetçi parametreleri etkileme kapasitesini ölçmek amacıyla yürütülen “pazar gücünün belirlenmesi” aşamasıdır. Bu aşamada geleneksel olarak; pazar payı, yoğunlaşma oranları ve pazara giriş engelleri gibi birtakım ölçütler kullanılır.

Rekabet hukuku analizinin bu aşamasında nasıl bir metodoloji izlendiğini açıklamaya başlamadan (i) ölçmeye çalıştığımız “pazar gücünün” ne ifade ettiğine, (ii) bu gücün iktisadi işlevine ve (iii) hukuki işlevine bakalım:

- (i) İlk tespit için pazar gücünün ders kitabı karşılığına baktığımızda bu gücün *“bir teşebbüsün tek başına (ya da birden fazla teşebbüsün birlikte) fiyatı rekabetçi seviyenin üzerine çıkarabilme kabiliyeti”* olarak tanımlandığını

²⁶⁵ OECD (2009), s. 143.

²⁶⁶ OECD (2009), s.34.

görürüz.²⁶⁷ Ancak bu tanımda yer verilen “rekabetçi fiyat” ile ne kastedildiği oldukça tartışmalıdır.²⁶⁸ Nitekim hem rekabet otoritelerinin hem de mahkemelerin yaptığı pazar gücü analizinde neredeyse hiçbir zaman “rekabetçi fiyatın tespiti” gibi bir aşama olmadığını, bunun yerine çoğu zaman ilgili pazarın tanımlanması ve ilgili teşebbüslerin tanımlanan pazardaki payının tespiti ve belki giriş engelleri gibi birkaç başka faktöre bakılmasıyla yetinildiğini biliyoruz.²⁶⁹

(ii) Pazar gücünün iktisadi işlevine baktığımızda ise, bu gücün uhdesinde bulunduğu teşebbüse -teşebbüs ister alıcı ister sağlayıcı olsun- pazardaki koşulları kendi lehine değiştirme kudreti verdiğini görürüz. Dolayısıyla aslında sağlayıcının mı alıcının mı pazar gücüne sahip olduğu, bu gücün ilgili pazardaki rekabet için bir risk unsuru olduğu gerçeğini pek fazla değiştirmez. Gücün pazarın hangi tarafındaki teşebbüste olduğu, daha ziyade bu gücün kullanılma biçimini etkiler.²⁷⁰ Örneğin sağlayıcının pazar gücünü, fiyatı rekabetçi fiyatın üzerine çıkararak kârını maksimize etmek için kullanması; alıcının ise üst pazardaki pazar gücünü sağlayıcıdan aldığı ürünlerin fiyatını düşürmek, alt pazardaki pazar gücünü ise (tıpkı sağlayıcı gibi) ürün fiyatını rekabetçi fiyatın üzerine çıkarmak için kullanması beklenir.

(iii) Pazar gücünün hukuki işlevine baktığımızda ise bu gücün pek çok durumda rekabet hukuku mevzuatından doğan hukuki sorumluluk için ön koşul olduğunu; daha hukuki bir dille ifade edersek “hukuka aykırılığın unsurlarından biri” olduğunu görürüz. Nitekim, geleneksel yaklaşım çerçevesinde bir teşebbüs davranışı analiz edilirken biri pazar gücünün belirlenmesine yönelik, diğeri ise davranışın kendisine yönelik iki

²⁶⁷ Rekabet Terimleri Sözlüğü, Gözden Geçirilmiş Altıncı Baskı, 2019.

²⁶⁸ Bkz. Petit, N, Geradin D. et al (2005) ‘The Concept of Dominance in EC Competition Law’ (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=770144).

²⁶⁹ Kirkwood J.B. (2018), Market Power and Antitrust Enforcement, 98 B.U. L. Rev. 1169 (2018) s.1170.

²⁷⁰ Herrera (2015), s.39.

bağımsız tahkikat yapıldığını söyleyebiliriz.²⁷¹ Bu da pazar gücünün gerçekten de (çoğunlukla) hukuka aykırılığın unsurlarından biri olduğu savımızı destekliyor. Nitekim *per se* yasak olan kartel kurulması gibi davranışları dışarıda bırakırsak, başta hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin ihlaller olmak üzere pek çok teşebbüs davranışının rekabet hukukuna aykırı kabul edilmesi söz konusu davranışta bulunan teşebbüsün belirli bir pazar gücüne sahip olması şartına bağlanmıştır. Bu önerme pekâlâ dikey anlaşmalara ilişkin muafiyet rejimi bakımından da - muafiyet için çeşitli pazar payı eşikleri öngörüldüğü için- yine aynı şekilde birleşme devralmalara da -ciro eşikleri getirildiği ve yine nihai karar birleşecek teşebbüslerin birleşmeden sonraki pazar gücüne bağlandığı için- uygulanabilir görünmektedir.²⁷²

Elbette, pazar gücünün salt varlığı sorun teşkil etmez. Nitekim piyasada faaliyet gösteren her teşebbüsün, bir miktar pazar gücüne sahip olması zaten beklenir ve hatta bu bir ölçüde arzu da edilir. Dolayısıyla rekabet hukuku açısından sorun teşkil eden pazar gücü, daha ziyade rekabet açısından risk yaratacak derecede yüksek olan pazar gücüdür.²⁷³ Pazardaki rekabet açısından riskli kabul edilen söz konusu pazar gücü, her ne kadar genellikle hâkim durum ile ilişkilendirilse de aslında aşağıda da açıklayacağımız üzere risk teşkil etmesi için illa hâkim durum ölçüsünde olmasına gerek yoktur.²⁷⁴ Bu yargı, devam eden bölümlerde de açıklayacağımız üzere alıcının pazar gücü bakımından bilhassa böyledir.

Pazar gücünün nasıl ölçüldüğüne baktığımızda ise genellikle üç önemli ve görece objektif faktöre bakıldığını görürüz. Bunlar teşebbüsün ilgili pazardaki ticari ilişki trafiğinin ne kadarını kontrol ettiğine ilişkin olan pazar payı, teşebbüsün rakiplerinin sayısı ile ilişkilendirebileceğimiz yoğunlaşma oranları ve teşebbüse

²⁷¹ Kaplow, L. (2017) 'On the relevance of market power', Harvard Law Review, 130(5), s.1311.

²⁷² A.g.e.

²⁷³ Petit (2005), s.3-4.

²⁷⁴ Bkz. Karagülle O. (2020), 'Dijital Platformlarda Pazar gücünün Belirlenmesi', Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

yönelik potansiyel rekabet baskısını ölçmeye yarayan giriş engelleridir. Ancak özellikle perakende sektöründeki gelişmeler ve daha güncel olarak dijital pazarların büyümesiyle birlikte pazar payı ve yoğunlaşma oranları gibi daha objektif ölçütlerin yerini, teşebbüslerin performansına dayalı daha subjektif ölçütlerin aldığını görüyoruz.²⁷⁵ Bunun temel nedeni de bu sektörlerde faaliyet gösteren bazı teşebbüslerin daha önce belirtilen objektif ölçütler kullanılarak çizilen pazar gücü eşiklerine ulaşmamalarına rağmen hem tüketicilerden hem de rakiplerinden önemli ölçüde bağımsız davranabildiğinin tespit edilmiş olmasıdır.

Belirtilen performansa dayalı yeni ölçütlere örnek olarak ders kitaplarında pek görmediğimiz ve aslında sağlayıcıya da uygulanabilir olmakla birlikte özellikle alıcı gücüne ilişkin tartışmaların yükselmesiyle gündeme gelen zorunlu ticari partnerlik, ekonomik bağımlılık ve geçit bekçiliği gibi birtakım farklı ölçütleri verebiliriz. Devam eden bölümlerde alıcı gücü perspektifinden hem geleneksel ölçütlere ilişkin tartışmalara hem de bu yeni ölçütlere ilişkin tartışmalara yer veriyoruz.

2.2.2. Alıcının Pazar Gücünün Belirlenmesi

Bu bölümde alıcı gücünün kaynakları bahsinde -kaynakları farklılaştığı için zorunlu olarak yaptığımız monopson ve alıcının pazarlık gücü ayırımına başvurmaksızın- pazar gücünün nasıl ölçüleceğine bakacağız. Doğal olarak burada yer verdiğimiz ölçütler kısmen de olsa alıcı gücünün kaynakları bölümünde yer verdiğimiz ölçütlerle örtüşüyor olacak. Ancak ilk bölümde daha ziyade alıcı gücünü ve monopsonu tanımlamayı ve teorik bir çerçevede bunların hangi pazar koşullarında ortaya çıktığını açıklamayı amaçlamıştık. Bu bölümde ise alıcı gücünü rekabet hukuku analizine tabi tutmaya devam ediyoruz. Dolayısıyla asıl amacımız, alıcının pazar gücünün kaynaklarını açıklamaktan ziyade mevcut olan gücün ölçüsünün nasıl tespit edilebileceğini tartışmak olacak.

²⁷⁵ A.g.e. s.14-16.

2.2.2.1. Pazar Gücü Belirlenirken Benimsenmesi Gereken Yaklaşım İlişkin Tartışmalar

Alıcılar hem ilgili satın alma pazarında hem de alt pazarda farklı ölçülerde pazar gücüne sahip olabilir ancak her koşulda alıcı bakımından pazar gücüne ilişkin nihai bir değerlendirme bu pazarların her ikisine de bakılmasını gerektirir. Bu nedenle daha önce ilgili pazarın belirlenmesine ilişkin bölümde belirttiğimiz düalist yaklaşımı pazar gücü analizi yaparken de -alıcı gücünün ekonomisine ilişkin olan tamamen aynı gerekçelerle- dikkate almaya devam edeceğiz. Dolayısıyla alıcının pazar gücü ölçülürken yeri geldikçe hem söz konusu alıcının ilgili satın alma pazarında sağlayıcılara uyguladığı pazar gücüne ilişkin hususlara hem de alt pazarda satıcı rolünde tüketicilere uyguladığı pazar gücüne ilişkin hususlara yer vermeye çalışacağız.

Bu noktada akla gelebilecek önemli bir soru, bir alıcının rekabet karşıtı davranışlarına müdahale edilebilmesi için söz konusu alıcının hem ilgili satın alma pazarında hem de satış pazarında pazar gücüne sahip olmasının gerekli olup olmadığı olabilir. Kanaatimizce, alıcının pazar gücünün gerçek ölçüsünün tespit edilebilmesi için söz konusu alıcının her iki pazardaki pazar gücüne ayrı ayrı bakılması oldukça önemlidir. Daha önce de belirttiğimiz gibi bu ikili analiz, alıcı teşebbüsün davranışlarının refah üzerindeki etkilerinin daha geniş bir çerçeveden ve gerçeğe en yakın biçimde tespit edilmesine olanak sağlar. Ancak, rekabet ihlali değerlendirmesi yapılırken bu pazarlardan herhangi birinde gerçekleşen davranış bakımından alıcının pazar gücünün ihlalin gerçekleştiği pazardaki sorumluluk eşliğini aşıyor olması ihlal tespiti için yeterli olmalıdır. Dolayısıyla ihlalin varlığının kabulü için alıcının her iki pazarda da pazar gücüne sahip olması şartının aranmasına gerek olmadığı kanısındayız.²⁷⁶ Ancak elbette etki analizine tabii olan yani *per se* yasak olmayan davranışlar bakımından -burada benimsenen zarar teorisi belirleyici olacaktır- her iki pazarda da pazar gücünün bulunması

²⁷⁶ Aynı fikirde bkz. Herrera. s.164, para. 380.

rekabet karşıtı etkinin varlığının tespiti için gerekli şartlardan biri olarak da görülebilir.

Konuyu nasıl bir yaklaşımla ele aldığımızı belirttiğimiz bu başlıkta yer vermek istediğimiz son husus da alıcıyı rekabet analizinin neresinde konumlandığımızla ilgili olacak. Şöyle ki, alıcı gücünün genellikle iki şekilde pazar gücü analizine konu edildiğini görürüz. Bunlardan birincisi ve aslında daha az görüleni alıcının rekabet hukuku incelemesine doğrudan muhatap olan teşebbüs olduğu senaryodur. İkincisi ise (özellikle birleşme devralmalar bakımından) soruşturmanın muhatabının sağlayıcı olduğu ancak bu sağlayıcının pazar gücüne sahip olup olmadığının tespiti için ilgili pazarda alıcı gücü bulunup bulunmadığının tespit edilmeye çalışıldığı senaryodur. Her iki durumda da aslında aynı fenomeni konuşuyoruz. Dolayısıyla tahkikat sırasında benzer ölçütlerin dikkate alınmasını bekleyebiliriz. Bununla birlikte ikinci senaryo bakımından alıcı gücünün bakılan pek çok faktörden yalnızca biri olması, bu senaryoda yapılan pazar gücü analizini genellikle yüzeysel bir analiz olmaya itmekte ve ikincil kılmaktadır. Bu nedenle, bu bölümde alıcının ana odak olduğu birinci senaryoyu esas aldığımızı da belirtelim.

2.2.2.2. Alıcının Nispi Pazar(lık) Gücünü Artıran Faktörler ve Mevcut Ölçütlerin Elverişliliği Sorunu

Sağlayıcılara uygulanan geleneksel ölçütlerin alıcılar bakımından uygulanmaya aynı ölçüde elverişli olmadığına ilişkin iddiamızı pazar gücünün tespit edilmesi başlığı bakımından da yinelediğimizi belirtmek gerekir. Bu iddiamızın “pazar gücünün ölçülmesi” başlığı bakımından temel gerekçeleri de kısaca şu şekilde sıralanabilir:

- *Alıcı Teşebbüs Karar Vericidir.* Alıcılar, pek çok ticari işlem bakımından müşteriyi doğrudan ilişki kuran teşebbüs olmaları ve hatta bazı durumlarda pazara giriş için zorunlu iş ortağı ya da geçit bekçisi

(*gatekeeper*) olmaları nedeniyle karar verici konumundadır.²⁷⁷ Bu konum da onlara sağlayıcılarla girdikleri ticari pazarlıkta nispeten daha avantajlı bir konum sağlar. Örneğin alıcının (perakende sektörünü düşünelim) ürünlerin raf dizilimine, ürün karmasına ve hangi sağlayıcıdan hangi ürünlerin ne miktarda alınacağına ve hangi perakende satış fiyatıyla satılacağına karar vermesi, onu sağlayıcıya göre daha avantajlı bir yerde konumlandırır. Bu stratejik avantaj da genellikle kendini alıcıların sağlayıcılardan daha düşük pazar paylarıyla dahi pazar gücüne sahip olabilmesinde gösterir. Bu da örneğin sağlayıcının pazar gücü ölçülürken birincil derecede önemli olan pazar payı ölçütünü, alıcı gücü bakımından daha az belirleyici kılar.

- *Alıcı Sağlayıcıdan Farklı Güdülerle Hareket Eder.* Alıcının pazar gücünün dinamikleri farklıdır çünkü hem satın alımların ekonomisini hem de alıcı teşebbüsün satın alma güdüsünü etkileyen bazı özel faktörler bulunur. Örneğin satıcı bir ürünü satma işleminden doğrudan kâr elde ederken; alıcı satın alma işleminden doğrudan kâr elde etmez, kârını bir sonraki aşamada (müşterisine yaptığı satıştan) elde eder. Dolayısıyla alıcı, sağlayıcıyla işlem yaparken bu işlemi onu kazanca götürecek işlemler kümesindeki ara işlemlerden yalnızca biri olarak değerlendirir. Bu da alıcının sağlayıcıdan farklı güdülerle hareket etmesine neden olur.
- *Sağlayıcının Zararını Telif Etme ve Arbitraj İmkânı Sınırlıdır.*²⁷⁸ Sağlayıcılar bakımından yalnızca satıcı olarak sahip oldukları pazar gücünden söz ederiz. Dolayısıyla alıcıyla yaptıkları tedarik anlaşmasından doğan zararlarını (şayet piyasada daha pahalıya ürün satabilecekleri alternatif alıcılar yoksa) telif edebilme imkanları sınırlıdır. Ancak alıcılar (örneğin perakendeciler) hem sağlayıcıların ürettiği ürünlerin alıcısı olarak sağlayıcılara karşı pazar gücü kullanırlar hem de bu ürünlerin alt pazardaki

²⁷⁷ Carstensen (2017), s.67.

²⁷⁸ Bkz. Carstensen (2017), s.70.

satıcıları olarak tüketicilere karşı pazar gücü kullanırlar. Dolayısıyla bu pazarlardan bir tanesindeki dezavantajlı pozisyonları nedeniyle uğradıkları zararları, görece daha fazla pazar gücüne sahip oldukları diğer pazarda daha yüksek fiyatlar uygulayarak veya başkaca stratejik adımlarla telafi edebilirler. Yine pazar gücü yüksek olan alıcının sağlayıcılardan ucuza aldığı ürünleri, kendisinden daha az pazar gücüne sahip alıcılara küçük bir kâr marjı ekleyerek satması ve böylece onları sağlayıcıdan daha pahalıya ürün almaktan kurtarması (arbitraj) söz konusu olabilir. Ancak geleneksel olarak sağlayıcılar arasında böyle bir dayanışma pek görülmez. Daha açık bir ifadeyle, bir sağlayıcının ürünü sıfırdan üretmek yerine dezavantajlı diğer sağlayıcılardan satın alıp alıcılara satması oldukça düşük bir ihtimaldir.

- *Sağlayıcının Alıcı Gücünün Üstesinden Gelmek İçin Sahip Olduğu Seçenek Sayısı Nispeten Azdır.*²⁷⁹ Alıcının, sağlayıcıya ürünleri için rekabetçi fiyatın altında bir fiyat önermesi halinde, sağlayıcının genellikle iki seçeneği vardır. Bu seçeneklerden birincisi sağlayıcıların kolektif hareket ederek alıcılar boy ölçüşebilecek bir pazar gücü elde etmesi, ikincisi ise sağlayıcıların başka bir ürün üretmek için üretim kaynaklarını değiştirmesi/modifiye etmesi veya alternatif bir dağıtım ağı kurabilmek için dikey entegre bir sistem kurmaya çalışmak gibi yeni yatırım maliyetlerine katlanmasıdır. Burada ilk opsiyon olan sağlayıcıların alıcılarla (örneğin satın alma fiyatına ilişkin) pazarlık yapabilmek için bir araya gelmesi davranışı eğer sektör spesifik bir istisna yoksa kartel kurulması anlamına gelecek ve ağır bir rekabet hukuku ihlali teşkil edecektir. İstisnalara örnek olarak, bazı tarım kooperatiflerine veya meslek odalarına (Türkiye’deki barolar gibi) ürün veya hizmetler için asgari fiyat belirleme yetkisi verilmesi sayılabilir. Ancak bu tip bir istisnanın söz konusu olmadığı durumlar bakımından hukuka aykırı olan bu seçenek, beraberinde getirdiği yaptırım riskinin büyüklüğü nedeniyle gerçek bir

²⁷⁹ Carstensen (2017), s.71.

seçenek olarak sayılamayacaktır. İkinci ve üçüncü seçenek bakımından da maliyetlerin yüksek olması durumundan bu aksiyonların sağlayıcılar bakımından seçenek olmaktan çıkaracağını söyleyebiliriz.

Yukarıda saydığımız nedenlerle alıcı, sağlayıcıya oranla daha düşük bir pazar gücüyle dahi piyasadaki rekabet açısından daha yıkıcı sonuçlar doğurabilme potansiyeline sahiptir. Alıcı gücü tartışmalarından pazar gücünden ziyade “pazarlık gücü” vurgusu yapılmasının ana sebebi olan bu durum, geleneksel pazar gücü ölçütlerine alıcı gücü perspektifinden yaklaşıldığında daha az önem atfedilmesi sonucunu doğurmaktadır. Devam eden bölümde hem geleneksel ölçütleri hem de önerilen yeni ölçütleri bu çerçevede irdeliyoruz.

2.2.3. Temel Ölçütler

2.2.3.1. Pazar Payı

Alıcının pazar payı, büyük ölçüde alıcı teşebbüsün belirlenen pazar sınırları içerisindeki büyüklüğüyle veya incelenen ticari ilişkideki işlem trafiğinin ne kadarını yönlendirdiğiyle ilişkilidir. Örneğin perakendeciler bakımından pazar payını perakendecinin ilgili pazardaki mağaza sayısı (daha net bir ifadeyle toplam satış alanıyla), ilgili ürünün ilgili coğrafi pazardaki toplam satış veya alım miktarının ne kadarını yaptığıyla; bir havayolu şirketinin pazar payını uçak filosunun büyüklüğüyle veya uçuş sayısı ya da emek piyasasında işverenin pazar payını, istihdam ettiği kişi sayısı ile ilişkilendirebiliriz.²⁸⁰

Alıcının ilgili satın alma pazarındaki pazar payı ölçülürken, baz alınacak alıcı kümesinin nasıl oluşturulacağı da önem arz etmektedir. İlgili pazarın belirlenmesi bahsinde de yer verdiğimiz üzere, alıcının ilgili satın alma pazarı bakımından rakipleri, alt pazarda ilgili alıcıdan farklı sektörlerde de faaliyet gösteriyor olabilir.

²⁸⁰ Herrera (2017), s.49, para.109. Örneğin İlgili Pazarın Belirlenmesine İlişkin Bildirim uyarınca ilgili coğrafi pazarda yapılan ürün satışı miktarının dikkate alındığını, alıcı bakımından da bunun ilgili coğrafi pazarda satın alınan ürün miktarıyla ilişkilendirildiğini biliyoruz.

Üzüm örneğinde olduğu gibi, eğer bir alıcının üzüm tedarikine ilişkin ilgili satın alma pazarındaki pazar payını hesaplamak istiyorsak esas alacağımız toplam alıcı kümesine pekmez yapmak üzere üzüm tedarik eden alıcıları de şarap yapımı için aynı üzümü alan alıcıları da dahil etmeliyiz. Ancak bu kümenin fazlaca genişletilmesi pazar payının gerçekte olduğundan daha düşük hesaplanmasına da neden olabilir. Dolayısıyla burada en önemli husus konu pazarın doğru tanımlanıp tanımlanmadığı olacaktır.

Literatürde hem alıcılar hem de sağlayıcılar bakımından pazar payının yüksek olmasının tek başına yüksek pazar gücü getirmediği ancak pazar payının pazar gücünün en önemli göstergelerinden biri olduğu yaygın biçimde kabul edilir. Bununla birlikte bir teşebbüsün pazar payına ne kadar değer atfedilmesi gerektiği hususu sabit olmayıp; bu değer, pazar yapılarındaki farklılıklar ve tespit edilen pazar payının ne kadar süreyle muhafaza edildiği gibi birtakım değişkenlere göre farklılaşır. Bu önermeler, alıcının pazar gücü ölçülürken pazar payına atfedilmesi gereken değer bakımından da uygulanmaya elverişli görünmektedir. Bununla birlikte alıcının pazar payı bahsindeki en önemli soru, alıcıların sağlayıcılara göre daha düşük pazar paylarıyla da pazar gücüne sahip olup olamayacağı sorusudur. Bu sorunun literatürde oldukça yaygın biçimde kabul edilen cevabı, alıcının kendi ekonomisinden kaynaklanan stratejik avantajlar nedeniyle sağlayıcılardan görece düşük pazar paylarıyla bile rekabet bakımından risk teşkil edebileceğidir.²⁸¹

Alıcılara uygulanması önerilen pazar payı eşiklerine değinmeden önce, sağlayıcıyı merkeze alan yaklaşımın temel aldığı pazar payı eşiklerine bakalım. Daha önce geleneksel yaklaşımda pazar gücünün büyük ölçüde hâkim durumla ilişkilendirildiğini belirtmiştik. Bu çerçevede örneğin Komisyon'un AKZO kararına baktığımızda, %50 ve üzerinde pazar payının hâkim durumun varlığının önemli bir göstergesi olarak kabul edildiğini görüyoruz.²⁸² Rekabet Kurumu da

²⁸¹ Herrera (2017), s. 171, Kirkwood (2005), s.637-639, Chen (2017), s.31.

²⁸² Akzo Chemie BV v Commission, Case 62/86, ECLI:EU:C:1991:286, para. 60

%40'ın altındaki pazar payı da (eğer başkaca önemli bir gösterge yoksa) hâkim durumun mevcut olmadığının önemli bir göstergesi olarak kabul edilmektedir.²⁸³

Alıcı gücünün tespit edilmeye çalışıldığı kararlarda uygulanan eşiklere baktığımızda, örneğin 2007 yılında verilen British Airways kararında, British Airways'ın uçak bileti satışına ilişkin alt pazardaki %39.7'lik pazar payının hâkim durum için yeterli sayıldığını ve bu tespitin ABAD tarafından da onaylandığını görüyoruz.²⁸⁴ Yine Komisyon tarafından alıcılar arasındaki birleşme işlemlerini konu alan Rewe/Meinl²⁸⁵ ve Carrefour/Promodes²⁸⁶ kararlarında da, birleşen teşebbüslerin pazar payları %40'ın altında olmasına rağmen taraflardan önemli taahhütler alınmazsa rekabetin önemli ölçüde sınırlandırılacağı tespit edilmiştir.²⁸⁷ Bunlardan Carrefour/Promodes kararında örneğin birleşmenin gerçekleşmesi durumunda teşebbüslerin toplam pazar payının %25-35 bandında olacağı, dolayısıyla alıcı gücü bakımından tehlikeli eşiğin (*taux de manace*) %22 olduğu tespit edilmiştir.²⁸⁸ Herhalde bu hususta literatürdeki en radikal tespitler, Birleşik Krallık'ın eski rekabet otoritesi olan Rekabet Komisyonu'nun (Competition Commission ("CC")), alıcı gücü bakımından tehlikeli eşiği %8 olarak tespit ettiği raporunda ve ABD'de Yüksek Mahkeme'nin gıda perakendeciliği pazarında faaliyet gösteren ve toplamda %7.5'lik pazar payına sahip iki teşebbüsün birleşmesini yasakladığı 1966 tarihli Von's Grocery Co kararında yer almaktadır.

289

Hangi pazar payı eşiğinin dikkate alınması gerektiği belirlenirken yol gösterici olabilecek bir başka husus da hem AB hem de Türkiye rekabet hukuklarında alıcılar arasındaki yatay anlaşmaların (örneğin ortak alım anlaşmalarının)

²⁸³ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz, 3.

²⁸⁴ Kararda, üst pazardaki pazar payı belirtilmemiştir. Case C-95/04 P, British Airways plc v. Commission, Judgment of the Court of Justice (Third Chamber) of 15 March 2007.

²⁸⁵ Rewe/Meinl, Commission Decision 1999/674/EC [1999] OJ L274/1.

²⁸⁶ COMP/M. 1684—Carrefour/Promodès (2000).

²⁸⁷ Herrera (2017), s.174-175

²⁸⁸ European Commission, Case No. COMP/ M.1684, Carrefour/Promodes, Buradaki %22'lik oran alıcının satın alma pazarındaki pazar payı olarak değil, bir alıcının sağlayıcının satışlarının ne kadarını kapsadığını ifade etmektedir.

²⁸⁹ UK Competition Commission (2000), para. 2588-2596.

muafiyet alabilmesi için öngörülen eşiklerdir. Nitekim hem mehz AB hukuku hem de Türkiye rekabet hukuku uygulaması bakımından ortak alım anlaşmalarında teşebbüslerin hem alım hem de satım pazarındaki toplam pazar payının %15'i aşmadığı durumlarda muafiyetten doğrudan yararlanabileceği düzenlenmiştir.²⁹⁰

Sağlayıcının pazar payına uygulanan yüksek pazar payı eşiklerinin alıcılara uygulanmasından doğabilecek en önemli risk, alıcının rekabet karşıtı davranışlarına bu davranışlar refah kaybına neden olmasına rağmen müdahale edilememesi ihtimalidir. Ancak pazar payı eşiklerinin çok düşük belirlenmesi de bu sefer aşırı müdahale (*overenforcement*) riski doğuracaktır. Dolayısıyla burada yine tüm olaylara uygulanabilecek tek bir tehlike eşiği belirlenmesi yerine somut olay özelinde değerlendirme yapılmasının hata riskini minimize etmenin en elverişli yolu olacaktır. Tabii bu yaklaşımın da teşebbüsler bakımından hukuki belirliliğin ortadan kalkmasına neden olması söz konusu olacaktır. Dolayısıyla iki risk arasında bir denge gözetilmelidir.

2.2.3.2. Yoğunlaşma Oranları

Pazar gücünün belirlenmesinde yaygın biçimde kullanılan bir diğer araç, pazarın yoğunlaşma oranlarını belirlemeye yarayan indekslerdir. Pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin pazar paylarının karelerinin toplamı alınarak hesaplanan bu indeksler, pazardaki teşebbüslerin nispi büyüklüğüne ve gücüne ilişkin veri sağlayarak pazar gücünün belirlenmesine yardımcı olur.²⁹¹ Bu indekslerden en önemlisi Herfindahl-Hirschman İndeksidir (“HHI”). Doğrudan pazar payıyla ilişkili olan bu indekste teşebbüslerin pazar paylarının karelerinin toplamının alınması, daha büyük pazar paylarına hesaplamada oransal olarak daha büyük ağırlık verilmesine neden olmaktadır.

²⁹⁰ Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, para. 185.

²⁹¹ Hovenkamp (2015), s.518, Herrera (2017), s.180.

Yoğunlaşma oranlarının yüksek olması, pazarda rekabet karşıtı dâişıklı ilişki ihtimalini artırır. Yine ileriye dönük olarak yapılan yoğunlaşma oranı hesaplamaları birleşme devralmaların hâkim durum yaratılması veya mevcut hâkim durumun güçlendirilmesi sonucu doğurup doğurmayacağının tespitinde oldukça yol göstericidir. Ancak yoğunlaşma oranları tek başına bir pazarın rekabetçi olup olmadığını göstermez. Nitekim, yoğunlaşma oranları çok yüksek olan ancak oligopolistik bağımlılığın söz konusu olduğu pazarlarda teşebbüsler arasında ciddi bir rekabet de söz konusu olabilir.

Yoğunlaşma oranlarının alıcı gücünün hesaplanmasında da bir ölçüde yararlı olabileceğini söyleyebiliriz.²⁹² Örneğin, alt pazarın yoğunlaşmış olması yani pazarda az sayıda alıcı bulunması, alıcıların sağlayıcılara pazar gücü uygulama potansiyelinin göstergesi olabilir. Üstelik bu durumda alıcı, üst pazarda sahip olduğu alıcı gücü nedeniyle aldığı indirimli fiyatı tüketicilere yansıtmaksızın alt pazarda daha da yüksek bir kâr marjı elde edecek şekilde de kullanabilir. Benzer şekilde üst pazarın yoğunlaşma oranının düşüklüğü yani pazarda çok sayıda sağlayıcının varlığı, alıcının çok sayıda alternatif tedarik kanalına sahip olduğunun ve pazar gücünün yüksek olabileceğinin göstergesi olabilir. Ancak yoğunlaşmış bir alt pazarın söz konusu olmadığı durumlarda bile başkaca faktörlerin varlığı halinde alıcının pazarlık gücünün varlığı söz konusu olabilir. Bu hususta pazar payı bakımından yer verdiğimiz açıklamalar yoğunlaşma oranları başlığına da uygulanabilir. Nitekim, aşağıda açıkladığımız geçit bekçiliği veya ekonomik bağımlılık gibi hususlar, pazar payı veya yoğunlaşma oranları yüksek olmasa bile alıcının önemli bir pazar gücünü elinde bulundurmasına neden olabilir.

2.2.3.3. Zorunlu Ticari Partner ve Ekonomik Bağımlılık (*Unavoidable Trading Partner and Economic Dependency*)

²⁹²Herrera (2017), s. 181.

Pazar payı -diğer alternatif ölçütlere kıyasla- hem hesaplanması daha kolay hem de nispeten daha objektif bir ölçüt olduğundan pazar gücünün belirlenmesi sırasında en çok kullanılan ve ağırlık verilen ölçüttür. Ancak çeşitli pazarlarda düşük pazar paylarıyla bile yüksek pazar gücüne sahip teşebbüsler görülmesi, pazar payının (ve aslında yoğunlaşma oranlarının) pazar gücünün doğrudan değil destekleyici bir göstergesi olduğunun kabulüne neden olmuştur.²⁹³ Nitekim bu yeni yaklaşımın alıcı gücü bakımından da temel gerekçesi; pazar payı ve yoğunlaşma oranları gibi ölçütlerin alıcının nispi pazar(lık) gücünü artıran yukarıda saydığımız faktörleri açıklamakta yetersiz kalmasıdır. Ayrıca bir başka gerekçe de alıcılar bakımından pazar paylarının hangi eşikten sonra pazar gücüne işaret ettiğinin oldukça tartışmalı olmasıdır. Tam da bu nedenlerle pazar payı ve yoğunlaşma oranlarının yetersiz kaldığı noktalarda alıcı teşebbüsün pazar gücünün ölçülmesi için sağlayıcı-alıcı ilişkisinin özel niteliklerine ve farklı pazar yapılarına uygulanabilir ölçütler bulma çabası başlamıştır. Bu çaba neticesinde de literatüre zorunlu ticari partnerlik, ekonomik bağımlılık ve geçit bekçiliği gibi aslında yine oldukça tartışmalı yeni pazar gücü ölçütleri girmiştir.

Elbette mevcut ölçütlerin yetersizliği bahsinin alıcı gücüne özel bir tartışma olmadığını da belirtmek gerekir. Nitekim alıcı-sağlayıcı farkı gözetilmeksizin pazar payı ve yoğunlaşma oranlarının hâkim durumu ortaya koymakta yetersiz kaldığı durumlarda da zorunlu ticari partnerlik ve ekonomik bağımlılık ölçütlerinin önerildiğini biliyoruz.²⁹⁴ Yine bu tartışmanın, dijital pazarlar bakımından da yeniden gündeme getirilen, dolayısıyla oldukça güncel konulardan biri olduğunu da belirtmek gerekir. Nitekim dijital pazarlar bakımından pazar gücünün ölçülmesi hususunda ilgili pazar tanımına ilişkin sorunlar, sıklıkla değişebilen pazar payları ve inovasyonun pazar yapısını değiştirebilme potansiyeli gibi hususlar dijital platformların pazar gücü ölçülürken de pazar payına alternatif ölçütler bulunmasını bir anlamda zorunlu kılmıştır.²⁹⁵

²⁹³ Karagülle (2020), s.14-16.

²⁹⁴ Petit (2005), s.14.

²⁹⁵ Karagülle (2020), s.16.

2.2.3.3.1. Zorunlu Ticari Partnerlik

Yukarıda belirttiğimiz alternatif ölçütler bulma çabasının ilk yansımalarını ilgili mevzuatta değil Komisyon’un içtihatlarında görüyoruz. Nitekim bu yeni ölçütlerden biri olan zorunlu ticari partnerlik kavramı literatüre, ABAD’ın 1979 tarihli *Hoffmann-La Roche* kararıyla girmiştir.²⁹⁶ Bu kararında mahkeme, “çok yüksek bir pazar payına sahip olan, bunu belirli bir süre elinde bulunduran ve müşterilerinin taleplerinin belirli bir kısmını kendisinden karşılamak durumunda olduğu” teşebbüsü zorunlu ticari partner olarak tanımlanmıştır. Bu konsept kendisine Genel Mahkeme’nin indirim sistemlerine ilişkin 2014 tarihli *Intel* kararında da yer bulmuştur.²⁹⁷ Karara konu olayda, Intel sağlayıcıların ürettiği bilgisayarda mutlaka bulunması gereken ve muadili olmayan bir parça üretmektedir. Dolayısıyla müşteriler taleplerinin bir bölümünü mutlaka “zorunlu ticari partner” olan bu teşebbüsten sağlamak zorunda olduğundan bu konum mahkemeye göre söz konusu teşebbüse “rekabet edilemez bir miktar pazar payı” sağlamaktadır.

Bu teoriye göre eğer bir teşebbüs zorunlu ticari partnerse, geleneksel ölçütlere göre hâkim durumda olmasa bile pazardaki parametreleri hâkim durumdaymışçasına değiştirebilmektedir. Dolayısıyla burada belirleyici olan husus ilgili teşebbüsün pazar payı değil, bir teşebbüsün pazardaki faaliyetine devam edebilmek için “zorunlu ticari partner” olan teşebbüsle ticari ilişkisini sürdürmek zorunda olup olmadığıdır. Teşebbüse söz konusu konumu sağlayan durum, zorunlu ticari partnerin “*must stock*” bir ürüne veya mutlaka kullanılması gereken bir girdiye sahip olması, teşebbüsün tüketicilere ulaşılabilmesi için kullanımı zorunlu olan dağıtım kanallarından veya pazaryerlerinden birini elinde bulundurması ya da teşebbüsün yaptığı büyük reklam/pazarlama yatırımları olabilir.²⁹⁸ Herhalde alıcı gücü tartışmaları bakımından en önemli potansiyel sebebin alıcının çok önemli bir dağıtım kanalının kontrolünü elinde bulundurması

²⁹⁶ Herrera (2017), s. 181.

²⁹⁷ Case C- 413/14 P.

²⁹⁸ Herrera (2017), s.184.

olduğunu söyleyebiliriz. Ancak, önemli reklam yatırımları da tüketicilerin alıcıya olan sadakatini artırıp alıcıya zorunlu ticari partnerlik konumunu sağlayan önemli bir faktör olabilir.

Son olarak belirtelim, zorunlu ticari partnerlik ölçütünü aşağıda açıklanan ekonomik bağımlılık ölçütünden ayıran önemli bir husus, “zorunlu ticari partnerlik” kavramının objektif, ekonomik bağımlılığın ise nispi olmasıdır.²⁹⁹ Dolayısıyla örneğin pazardaki “zorunlu ticari partnerin” alıcılardan biri olduğu durumlarda, bu alıcının sadece sağlayıcılardan bir tanesi bakımından değil; pazardaki tüm sağlayıcılar bakımından” zorunlu ticari partner” olacağını söyleyebiliriz. Nispi olan ekonomik bağımlılık kavramını ise aşağıda açıklıyoruz.

2.2.3.3.2. Ekonomik Bağımlılık (*Economic Dependency*)

Ekonomik bağımlılık, rekabet iktisadı literatüründe iki teşebbüsün sözleşmesel ilişkileri ve bu ilişkideki nispi ekonomik güçleri bağlamında ele alınmaktadır. Oldukça benzer görünse de ekonomik bağımlılığı, zorunlu ticari partnerlikten ayıran temel nokta ise yukarıda da belirttiğimiz üzere bu bağımlılık türünün nispi olmasıdır.³⁰⁰ Bu da genel olarak bu kavramın iki teşebbüs arasındaki ilişkiyle ilgili olduğunu; yani pazarın aynı seviyesinde faaliyet gösteren teşebbüslerin tamamının görece daha güçlü olan teşebbüse bağımlı olmayabileceğini ifade etmektedir. Dolayısıyla ekonomik bağımlılığın varlığı için güçlü pozisyonundaki teşebbüsün hâkim durumda olmasına veya zorunlu ticari partner olmasına gerek olmadığını da belirtmek gerekir.³⁰¹ Ancak zorunlu ticari partner olan bir teşebbüsle ticari ilişki içerisinde olan diğer teşebbüslerin hemen her durumda söz konusu teşebbüse ekonomik olarak bağımlı olduğunu söylemek de herhalde yanlış olmayacaktır.

²⁹⁹ Herrera (2017), s.182.

³⁰⁰ Bkz. Bundeskartellamt (2008), Buyer Power in Competition Law, s.6

³⁰¹ Herrera

Ekonomik bağımlılığın ölçüsü, çoğunlukla taraflardan birinin diğer tarafın ticari faaliyetlerinin devamlılığı için teşkil ettiği “risk oranı” (*risk rate*)” veya diğer bir ifadeyle “tehdit oranı” (*threat rate*) ile ifade edilmektedir.³⁰² Bu oranın alıcı-sağlayıcı ilişkisindeki karşılığını ise sağlayıcının alıcı teşebbüsle olan ilişkisinden elde ettiği cironun toplam cirosuna oranı, alıcıya yaptığı satış miktarının toplam satış miktarına oranı gibi somut ölçütlerle bulunmaktadır. Örneğin ekonomik bağımlılığın bir test olarak uygulandığı Fransa rekabet hukuku mevzuatına göre ekonomik bağımlılığın varlığı (i) güçlü pozisyondaki şirketin, partnerinin cirosu içerisindeki payı (ii) marka farkındalığı (ii) partnerin pazar payının önem derecesi (iv) alternatif çözüm yollarının varlığı/yokluğu (v) bağımlılığa yol açan diğer faktörler (bağımlılığın stratejik tercih mi/zorlama mı olduğu sorunsalı) olarak sayılmıştır.³⁰³ Sonuç olarak bu ölçütler kullanılarak hesaplanan risk oranı büyüdükçe tehdidin büyüklüğü ve dolayısıyla alıcının sağlayıcı için değeri artmaktadır.³⁰⁴ Dolayısıyla bu oranın, pazar gücünün belirlenmesi sırasında dikkate alınması gereken önemli indikatörlerden birisi olduğunu söyleyebiliriz.

Literatürde belirttiğimiz tehdit oranının hangi eşikten sonra önemli olduğuna ilişkin birtakım çalışmalar bulunmaktadır. Dobson’a göre, alıcı gücü ekonomik bağımlılıkla birlikte gelişmekte olup, İngiltere’nin eski rekabet otoritesi tarafından belirlenen ve alıcı gücünün varlığını gösterdiğini ifade edilen %8’lik pazar payı eşiği esasen tedarikçinin alıcıya ekonomik bağımlılığının ve aslında alıcı gücünün başlangıç noktasını ifade etmektedir.³⁰⁵ Yine Pera ve Bonfitto’ya göre perakendecinin ilgili kategoride yaklaşık %10 ila %20 pazar payına sahip olması perakendeciye önemli bir asimetrik pazarlık gücü vermekte, pazar payının %20’yi

³⁰² Bougette P.(2019) ‘Exploitative Abuse and Abuse of Economic Dependence: What Can We Learn From an Industrial Organization Approach?’

³⁰³ A.g.e. s. 262

³⁰⁴ Burada belirtilen ciro oranı, satış oranı gibi ölçütlere, bunların farklı pazar dinamiklerini ve sözleşmesel ilişkileri açıklamaktan uzak olduğu eleştirisini getirmek mümkündür

³⁰⁵ Dobson (2005), s. 536.

aştığı durumlarda ise sağlayıcılar alıcıya ekonomik olarak bağımlı hale gelmektedir.³⁰⁶

Aslında sağlayıcıların alıcılara ekonomik olarak bağımlı olmasının oldukça yaygın görülen bir durum olduğu da söylenebilir. Nitekim Komisyon tarafından yapılan ve çeşitli Avrupa ülkelerini içeren gıda sektörüne ilişkin bir pazar araştırmasında, örnek kümesinde yer alan sağlayıcıların yalnızca %23,4'ünün alıcılara ekonomik olarak bağımlı olmadığı, sağlayıcıların %48'inin perakendecilere orta düzeyde bağımlı olduğu ve sağlayıcıların %27,8'inin perakendecilere yüksek düzeyde bağımlı olduğu tespit edilmiştir.³⁰⁷ Aslında bu bile tek başına, alıcı gücünün özellikle de perakende ve gıda sektörleri bakımından son derece önemli bir endişe kaynağı olmasını haklı çıkarmaktadır.

Pazar payı veya yüksek yoğunlaşma oranları gibi geleneksel ölçütlerle belirlenen eşiklere ulaşılamamasına rağmen, ekonomik bağımlılığın zayıf teşebbüs aleyhine ciddi bir refah kaybına neden olması, pek çok ülkede “ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılması” olarak adlandırılan yeni bir ihlal tipi yaratılmasına ve bu davranışın yasaklanmasına neden olmuştur. Bu düzenlemeler kendilerine birtakım ülkelerin rekabet kanunlarında (Almanya, Japonya, Kore) yer bulurken, bazı ülkelerde (İtalya) “haksız ticari şartlar” gibi düzenlemelerle farklı kanunlarda yer almıştır.³⁰⁸ Bu düzenlemelere ilişkin normatif tartışmalara bu çalışmanın alıcı gücünün rekabet politikasına yansımalarını ele aldığımız üçüncü bölümünde yer vereceğiz. Şimdilik bu düzenlemelerin, meşru rekabet hukuku uygulamalarıyla, sözleşmesel korumacılığın (*contractual protectionism*) birbirine karıştırılması

³⁰⁶ Pera A., Bonfitto V. (2011) ‘Buyer Power in Antitrust Investigations’, 32 European Competition Law Review, s. 415.

³⁰⁷ Bkz. European Commission, The Economic Impact of Modern Retail on Choice and Innovation in the EU Food Sector, s.131, Lianos-Lombardi (2016), s. 19.

³⁰⁸ ICN (2008), s.6.

anlamına geldiği gerekçesiyle yoğun biçimde eleştirildiğini belirtmekle yetinelim.³⁰⁹

2.2.3.4. Geçit Bekçiliği (*Gatekeeping*)

İktisadi anlamda geçit bekçiliğini, bir teşebbüsün; başka teşebbüslerin belirli bir pazara erişimini pazarın yapısı veya koşullarından kaynaklanan çeşitli sebeplerle kontrol edebildiği ticari rol olarak tarif edebiliriz. Bu tanımdan anlaşılacağı üzere geçit bekçiliği aslında zorunlu ticari partnerlik ve ekonomik bağımlılığa oldukça benzemektedir. Ancak genellikle sağlayıcı bakımından daha ağır sonuçlarının olması ve alıcıya daha yüksek bir pazar gücü getirmesi itibarıyla bunlardan ayrılmaktadır. Alıcının geçit bekçisi olması durumu genelde iki şekilde ortaya çıkar: *Birincisi*, sağlayıcının ölçek ekonomisine geçit bekçisi olan alıcıya satış yapmadan ulaşmasının mümkün olmadığı çünkü ürün satışının çok önemli bir bölümünü söz konusu alıcıya yaptığı senaryodur. *İkincisi*, sağlayıcının alt pazara (tüketicilere) söz konusu alıcı dışında bir dağıtım kanalıyla erişebilmesi için çok ciddi yatırım maliyetlerine katlanması gereken senaryodur. Bu senaryoda örnek olarak alıcının alt pazarda kârlı bir şekilde faaliyet gösterebilmesi için ana akım medyada ciddi reklam yatırımları yapmasının gerektiği ancak sağlayıcının bu maliyete katlanabilecek ekonomik olanaklardan yoksun olduğu durumu ya da yeni bir dikey entegre dağıtım kanalı kurmak zorunda olduğu durumu gösterebiliriz. Yine aslında hangi ürünün hangi rafta yer alacağına alıcıların karar verdiğini ve birtakım ürünler için bulundukları rafın hayati önemde olduğunu göz önünde bulundurduğumuzda alıcıların söz konusu raf hakimiyetini de bir çeşit geçit bekçiliği olarak tarif edebiliriz.

Alıcının geçit bekçisi rolünde olduğu senaryoyu somutlaştırmak adına *Grimes*'in 1930'lar Amerika'sına ilişkin örneğinden ilham alarak Türkiye'den bir örneği,

³⁰⁹ Bkz. Vogel L. (2016) 'The Recent Application of EU and National Competition Law to Distribution Agreements: Does Competition Law Promote Efficient Distribution Networks? Journal of European Competition Law & Practice 7: s. 628–640).

sinema filmlerinin gösterimi pazarını, esas alalım.³¹⁰ Rekabet Kurulu’nun Mars-AFM birleşmesini konu alan oldukça tartışmalı kararında yer alan verilere göre AFM sinemaları 2011 yılı itibarıyla 9 ilde ve 25 noktada 182 salon ve 31.107 koltuk kapasitesine; Mars sinemaları 14 ilde 36 salon ve 36.102 koltuk kapasitesine sahiptir.³¹¹ Kurul kararında bu verilerin ilgili teşebbüslere ne kadarlık bir toplam pazar payı getirdiği ticari sır olduğu gerekçesiyle gizlenmiş olsa da belirtilen sayıların hem salon hem de koltuk sayısı bakımından Türkiye’deki sinema perakendeciliği piyasasının yarısından fazlasını teşkil ettiği söylenebilir.³¹² Yine sinema salonlarındaki teknolojik alt yapının yüksek yatırım maliyetleri gerektirdiğini ve tüketicilerin çoklu gösterim yapan salonları tercih etme eğiliminde olduğunu birlikte değerlendirdiğimizde³¹³ Mars-AFM’nin söz konusu gösterim piyasasına erişmek isteyen film yapımcılarının gözünden bu pazarın geçit bekçisi olduğunu herhalde söyleyebiliriz. Nitekim bu tespit, özellikle de genel izleyici kitlesine hitap eden filmlerin (festival filmi gibi daha rafine ve az sayıda seyirciye hitap eden filmler dışında kalan filmleri kastediyoruz) yapımcıları bakımından evleviyetle doğru olacaktır. Nitekim, özellikle yüksek bütçeli olup maliyetlerini karşılamak için çok sayıda izleyiciye ulaşması zorunlu olan filmler için, pazardaki en önemli alıcı olan Mars-AFM olmaksızın söz konusu ölçeğe ulaşmak mümkün olmayacaktır.³¹⁴

İlgili içtihatları taradığımızda, geçit bekçiliğinin birden fazla kez rekabet otoritelerinin kararlarında da yer bulunduğunu görüyoruz. Örneğin Komisyon’un, 2005 tarihli Procter & Gamble/Gillette birleşme dosyasına ilişkin kararında güçlü alıcıların tüketicilere “tek duraklı alışveriş” imkânı sağlamaları nedeniyle ilgili pazara giriş için “geçit bekçiliği” rolünün avantajlarından faydalandığı

³¹⁰ Bkz. Grimes (2005) ‘Buyer Power and Retail Gatekeeper Power’, s. 579-580.

³¹¹ Rekabet Kurulu’nun 17.11.2011 tarih ve 11-57/1473-539 sayılı kararı, Kararla ilgili ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Sanlı, K.C (2020), ‘Sinema Sektöründe Neler Oluyor?’ Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri 2019 içinde (ed. Sanlı K.C. ve Alma D.) s.81-127.

³¹² A.g.e, s. 85.

³¹³ A.g.e, s.84.

³¹⁴ Elbette bugünkü koşulları değerlendirdiğimizde Netflix, Amazon Prime gibi dijital mecraların gösterim piyasasında faaliyet gösteren teşebbüslerin pazar gücünü, film yapımcılarına yeni bir alternatif sağlayarak bir ölçüde baskıladığını da unutmamak gerekir.

belirtilmiştir. Karara göre, şayet pazardaki önemli bir perakendeci tarafların ürünlerini satmayı reddederse, bu ürünlerin tüketicinin görüş alanından (tercih sepetinden) çıkması söz konusu olabilecektir.³¹⁵ Elbette, bu sonucun ortaya çıkması tüketici sadakatının perakendeciye mi yoksa ürüne mi olduğuyla doğrudan ilişkili olacaktır. Şayet tüketici sadakati perakendeciye yönelikse, perakendeci kolaylıkla söz konusu ürünleri başka bir sağlayıcının ürünleriyle veya kendi mağaza markalı ürünleriyle değiştirebilir. Ancak tüketici sadakati ürüne ilişkinse, alt pazarda önemli bir pazar gücü bulunsa da perakendecinin sağlayıcının ürünlerini satmaktan kaçınması daha güç olacaktır.³¹⁶

Komisyon'un geçit bekçiliğine ilişkin önemli bir başka kararı da 1996 tarihli Kesko/Tuko birleşme kararıdır. Kararda Komisyon sağlayıcıların birleşme sonrası Finlandiya perakende pazarının toplam %55'ini elinde bulunduracak olan bu teşebbüslerle bir sözleşme olmaksızın, pazarda raf alanı bulma imkanına kavuşmasının oldukça çok zor olduğunu belirtmiştir.³¹⁷

Son olarak, burada yer verdiğimiz geçit bekçiliği rolünün ortaya çıkma ihtimalinin yukarıda tarif ettiğimiz girdi pazarları bakımından, markalı ürünlere nazaran daha düşük olduğunu da belirtelim. Bunun temel nedeni, birden fazla ürünün üretiminde kullanılabilen girdilerin, farklı alt pazarlarda faaliyet gösteren alıcılara da hitap edebiliyor olmasıdır. Dolayısıyla geçit bekçisi rolünde perakendecilerle karşıya karşıya gelmek, gıda ürünleri veya markalı ürünler üreten sağlayıcılar bakımından daha önemli bir risktir.

2.2.4. Pazar Gücünün Ölçülmesinde Kullanılan İndeksler

Literatürde alıcıların pazar gücünün doğrudan ölçülmesi için önerilen iki önemli indeks bulunmaktadır. Bunlardan birincisi 40 yıl önce *Landes* ve *Posner*

³¹⁵ Case No COMP/M.3732 - PROCTER & GAMBLE /GILLET, para. 125 (https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3732_20050715_20212_en.pdf).

³¹⁶ Grimes W.S. (2001) 'Buyer Power and Retail Gatekeeping', s.581.

³¹⁷ Ezrachi, Merger Control, s. 79

tarafından önerilen Lerner İndeksi, diğeri ise *Blair* ve *Harrison* tarafından önerilen Alıcı Gücü İndeksi'dir (*Buyer Power Index*).³¹⁸ Bu indekslerin alıcının pazar gücünün ölçülmesi bakımından nasıl kullanılabileceğini aşağıda kısaca açıklıyoruz.

2.2.4.1. Lerner İndeksi

Lerner İndeksi, pazar gücünün arz ve talep esnekliği dikkate alınarak doğrudan ölçülmesini esas almaktadır.³¹⁹ Bu indeks uyarınca bir teşebbüsün pazar gücü, teşebbüsün fiyat artırması durumunda karşı karşıya kaldığı talep esnekliği ile doğrudan ilişkili olup talep esnekliği ve pazar gücü ters orantılıdır. Somutlaştırmak gerekirse bu indeks bir A ürünün fiyatındaki %1'lik artışa karşılık talepte ne ölçüde bir azalma olduğunu tespit etmeyi ve böylece teşebbüsün bir ürünün fiyatını kendisi için kârlı olacak biçimde kısa vadeli marjinal maliyetinin üzerine çıkarma kabiliyetini tespit etmeyi amaçlamaktadır.³²⁰

Literatürde bu indeksin ters çevrilmiş versiyonunun (*reverse Lerner Index*) alıcının pazar gücünün ölçülmesi amacıyla da kullanılabileceği ifade edilmektedir. İndeksin alıcı gücüne uyarlanmış versiyonunda; alıcının sağlayıcıdan aldığı ürünün fiyatını %1 oranında düşürmesinin, ürünün arz miktarını hangi oranda ve ne yönde etkilediği tespit edilmeye çalışılır. Dolayısıyla indekse göre, alıcının fiyat düşürmesi durumunda; sağlayıcının üretilen ürün miktarında yaptığı düşüş ne kadar azsa alıcının pazar gücü de o ölçüde yüksektir.

Her ne kadar oldukça basit bir şekilde formüle edilebilse de Lerner İndeksi esas alınarak pazar gücünün hesaplanması aslında oldukça güçtür. Bunun en önemli gerekçeleri şu şekilde sıralanabilir:³²¹ *Birincisi*, rekabet otoriteleri tarafından bir

³¹⁸ Herrera (2017), s.198-201.

³¹⁹ Herrera (2017), s. 197-198.

³²⁰ Bkz. Herrera (2017), s.198, OECD (2012), Policy Roundtables: Market Definition, s. 25, Büyükkuşoğlu (2004), s.20, dn. 12.

³²¹ Bkz. Herrera (2017), s.198, OECD (2012), Policy Roundtables: Market Definition, s.13.

teşebbüsün marjinal maliyetinin ve arz ve talep esnekliğinin hesaplanması oldukça zordur. *İkincisi*, Lerner İndeksi daha ziyade tek bir ürünü esas alır ancak gerçekte teşebbüsler çoğunlukla birden fazla ürün üretmekte veya satın almaktadır. Ancak bu indeks uyarınca birden fazla ürünün söz konusu olduğu senaryoda bunların nasıl aynı analize dahil edileceği belirsizdir. Son olarak, Lerner İndeksi kısa vadeli marjinal maliyeti esas almakta, dolayısıyla firmaların kısa vadede kâr elde etmeyi amaçladığını varsaymaktadır. Ancak bu varsayım her durumda doğru olmayabilir.

2.2.4.2. Alıcı Gücü İndeksi (*Buyer Power Index*)

Blair ve Harrison tarafından geliştirilen Alıcı Gücü İndeksi (*The Buyer Power Index* (“BPI”)) doğrudan alıcının pazar gücünü ölçmeyi amaçlamaktadır.³²² Aslında Lerner İndeksi’nin ters çevrilmiş versiyonuna oldukça benzeyen bu indeks, alıcının pazar gücünü hesaplarken pazar payı, arz esnekliği ve küçük firmaların talep esnekliği değişkenlerini kullanmaktadır.³²³

Bu indeks ilk haliyle saf monopson durumunda pazar gücünü ölçmek amacıyla geliştirilmiştir.³²⁴ Birinci bölümde açıkladığımız çerçevede, bir pazarda saf monopson konumunda olan teşebbüsün marjinal ürün değeri, marjinal faktör maliyetine (“MRP”) eşit olana kadar girdi alımı yapması beklenir. Şayet girdinin maliyeti MRP’nin üzerindeyse, monopsonist -bu durum alt pazardaki marjinal maliyetini artacağı için- aldığı ürün miktarını azaltmaya gidecektir. Bu çerçevede monopsonistin arz esnekliğine bağlı pazar gücünün “ $BPI=1/e$ ” olarak formüle edilmesi mümkündür.³²⁵ Bu formülde BPI alıcı teşebbüsün pazar gücünü, “e” ise arz esnekliğini simgelemektedir. Monopson teorisi uyarınca, arz esnekliğinin (sağlayıcıların üretim miktarının fiyattaki değişime olan duyarlılığı) yüksek

³²² Herrera (2017), s.198-199.

³²³ Blair ve Harrison (2010), s.54-67.

³²⁴ Herrera (2017), s.199, Büyükkuşoğlu (2004), s. 18-20

³²⁵ Blair ve Harrison (1993), s. 48-49, Büyükkuşoğlu (2004), s. 20.

olması durumunda monopsonistin pazar gücü düşecek, arz esnekliği düşük olursa monopson gücünün kullanımının etkisi en yüksek düzeye ulaşacaktır.³²⁶

BPI, saf monopson dışındaki alıcı gücü senaryolarında ise $BPI = S/e + n(1-S)$ formülünü önermektedir.³²⁷ Bu formülde “S” pazar gücü hesaplanan alıcı teşebbüsün pazar payını, “e” arz esnekliğini, “n” de küçük alıcıların talep esnekliğini simgelemektedir. Burada “küçük alıcıların talep esnekliği” ölçütü, alıcının talep ettiği miktarı azaltmasıyla veya ürün fiyatını düşürmesiyle birlikte pazarda oluşan düşük fiyatlardan faydalanan küçük alıcıların alım miktarlarındaki değişimi ifade etmektedir. Şayet pazardaki küçük alıcılar alım miktarını artırırsa alıcının alım miktarını düşürmesinin veya ürün fiyatını düşürmesinin etkisi dengelenecek, böylece sağlayıcı önemli bir refah kaybı yaşamamış olacaktır.

Doğrudan alıcı gücünün tespitine yönelik olmasıyla önemli bir boşluğu doldurmayı hedeflese de BPI’ya da bazı önemli eleştiriler getirilmektedir. Bunlardan en önemlisi Lerner İndeksi bakımından da belirttiğimiz gibi hem arz hem de talep esnekliğinin ölçümünün uygulamada oldukça zor olmasıdır. Nitekim arz veya talep esnekliğine genellikle SSNIP testi gibi %5 ile 10 arasındaki bir fiyat değişimine piyasadaki sağlayıcıların ve küçük alıcıların tepkileri gözlemlenerek ulaşılmaya çalışılmaktadır. Ancak bu hesaplamanın net sonuçlar sağlamadığı, yalnızca fikir verebilecek ölçüde doğru olduğu kabul edilmektedir.³²⁸ Burada temel risk, yeterli veri bulunmaması nedeniyle arz ve talep esnekliğinin yanlış tahminler çerçevesinde şekillenmesi ve yanlış sonuçlara ulaşılmasıdır. İndeks bakımından bir başka eleştiri de indeksin önerdiği pazar payı, arz esnekliği ve talep esnekliği ölçütleri arasında önem derecesi bakımından hiyerarşinin belirsiz olmasıdır. Aslında, esnekliklerin ölçülmesinin güç olmasının pazar payını formüldeki en önemli faktör haline getirdiğini, bunun da bu testi HHI testine yaklaştırdığını söyleyebiliriz. Ancak belirttiğimiz eleştirileri ve BPI’nın bugüne kadar herhangi bir mevzuat veya kararda pazar gücü ölçüm metodu olarak

³²⁶ Büyükkuşoğlu (2004), s.20.

³²⁷ Blair ve Harrison (1993), s.49-51.

³²⁸ Herrera (2017), s.201, Büyükkuşoğlu (2004), s.22.

önerilmediğini göz önünde bulundurduğumuzda, indeksin mutlak bir sonuç ortaya koyma amacından ziyade yol gösterici bir özelliğe sahip olması gerektiğini söyleyebiliriz.³²⁹

2.3. ALICININ [POTANSİYEL] REKABET KARŞITI DAVRANIŞLARI

Birinci bölümde alıcı gücünün ekonomik etkinlik üzerindeki etkilerini ele almış ve alıcı gücünün kullanımının çeşitli refah artırıcı sonuçlar da doğurabilmekle birlikte -tıpkı sağlayıcılar bakımından olduğu gibi- aynı zamanda ekonomik etkinlik için ciddi riskler de taşıyabileceğini ortaya koymuştuk. Bu bölümde ise ekonomik etkinlikten daha dar bir kavramı -alıcı gücünün kullanımının “rekabet karşıtı pazar kapamaya” neden olan görünümelerini- çeşitli zarar teorilerini dikkate alarak ele alacağız. Başka bir ifadeyle bu bölümde alıcı gücünün hangi kullanım biçimlerinin hangi şartlar altında ve ne tür rekabeti bozucu sonuçlar doğurabileceğini somut bazı davranışlar üzerinden irdedeleyeceğiz. Bunu yaparken de alıcının potansiyel rekabeti bozucu davranışlarını ilgili literatürdeki sınıflandırmayı esas alarak (i) dışlayıcı davranışlar (*exclusionary conducts*), (ii) sömürücü davranışlar (*exploitative conducts*), (iii) danışıklık (*collusion*) ve (iv) alıcıların dahil olduğu birleşme-devralma işlemleri olmak üzere dört alt kategori altında ele alacağız.³³⁰

Neden böyle ayrı bir bölüme ihtiyaç duyduğumuzu genel olarak şöyle açıklayabiliriz: Bir piyasada alıcının sahip olduğu pazar(lık) gücü, rakiplerine göre daha etkin biçimde faaliyet göstermesinden ya da sahip olduğu ölçek ekonomisi, ileri teknoloji gibi stratejik avantajlardan kaynaklanıyor olabilir. Dolayısıyla rekabet politikası şekillendirilirken alıcının söz konusu üstünlüklerinden kaynaklanan pazar(lık) gücünden ziyade, bu gücün doğrudan rekabetçi sürece zarar veren kullanım biçimlerinin tespit edilmesi ve bunların cezalandırılması hedeflenmelidir. Bu kapsamda hukuki belirliliğin sağlanabilmesi

³²⁹ A.g.e., s.15.

³³⁰ bkz. Herrera (2017), Doorn (2015), Carstensen (2017).

için rekabet ihlali teşkil eden davranışların şartlarıyla birlikte ortaya konulması bu davranışlara müdahalenin ön şartları olmalıdır.³³¹

Yukarıda temel odağımız olacağını ifade ettiğimiz “rekabet karşıtı pazar kapama” ile ne kastettiğimizi izah etmekle başlayalım. Rekabet Kurulu’nun Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuzu (“Dışlayıcı Uygulamalar Kılavuzu”) uyarınca rekabet karşıtı pazar kapama, “*hâkim durumdaki teşebbüsün davranışları sonucunda tüketicilerin zararına olacak şekilde mevcut ya da potansiyel rakiplerin arz kaynaklarına veya pazarlara ulaşımının zorlaştırılması ya da engellenmesidir*”.³³² Kılavuza göre bu tanımda bir şart olarak belirtilen “tüketici zararı” ise fiyat artışı, ürün kalitesinde ve inovasyon seviyesinde düşüş ya da mal veya hizmet çeşitliliğinde azalma şeklinde gerçekleşmektedir.³³³ Biz de bu kavramlara yaptığımız referanslarda büyük ölçüde ilgili kılavuzdaki bu tanımları esas alacağız.

2.3.1. Dışlayıcı Uygulamalar (*Exclusionary Conducts*)

2.3.1.1. Genel Olarak Dışlayıcı Uygulamalar

Dışlayıcı uygulamalar, rekabet hukukunda hâkim durumun kötüye kullanılmasının görünümülerinden biri olarak ele alınır. Zaman zaman buna benzer davranışlar “ayrımcı davranışlar” veya “dışlayıcı davranışlar” olarak iki farklı kategori altında ele alınsa da kanaatimizde pek çok durumda ayrımcı ve dışlayıcı davranışları birbirinden ayırmak oldukça güçtür. Dolayısıyla bu çalışma kapsamında fiili etkileri de son derece benzer olan ayrımcı ve dışlayıcı davranışları aynı anlama gelecek şekilde ve zaman zaman birbirinin yerine kullanacağız.

³³¹ Doorn (2015), s.102-103.

³³² Dışlayıcı Uygulamalar Kılavuzu, para. 25.

³³³ Dışlayıcı Uygulamalar Kılavuzu ,para. 25.

Dışlayıcı uygulamaları, Dışlayıcı Uygulamalar Kılavuzu'ndaki açıklamalardan hareketle *'hâkim durumdaki teşebbüsün rakip teşebbüslere veya kendisine rakip olmayan müşterilerine yönelik olan ve alt pazardaki teşebbüslerin bir kısmının pazardan dışlanmasına yol açan davranışları'* olarak tanımlayabiliriz.³³⁴ Bu tanıma bakıldığında ilgili kılavuz kapsamında öncelikle 'rakip teşebbüslere uygulanan ve onları hedef alan dışlayıcı uygulamalar' ile 'pazarın diğer tarafındaki teşebbüslere uygulanan dışlayıcı uygulamaların' birbirinden ayrıldığı görülmektedir. Bu ayrımın da (dışlayıcı veya ayırmacı davranışlar bakımından) ilgili literatürle uyumlu olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim literatürde rakip teşebbüslere uygulanan ayırmacı davranışlar birinci derece ayırmacı davranışlar (*first line discrimination*), pazarın diğer tarafındaki rakip olmayan teşebbüsleri hedef alan uygulamalar ise ikinci derece ayırmacı davranışlar (*second line discrimination*) olarak adlandırılmakta ve bu iki ayırmacılık biçiminin birbirinden önemli ölçüde ayrıştığı kabul edilmektedir.³³⁵

Dışlayıcı Uygulamalar Kılavuzu uyarınca, dışlayıcı davranışlara ilişkin değerlendirmenin esası, hâkim durumdaki teşebbüs davranışının fiili veya muhtemel rekabet karşıtı piyasa kapamaya yol açıp açmadığının tespit edilmesidir.³³⁶ Kılavuzda bunun yanında incelenen davranışın kendine özgü koşullarının ve pazardaki fiili veya muhtemel etkilerinin de göz önünde bulundurulması gerektiği ve söz konusu etkilerin teşebbüsün hâkim durumda olduğu pazarın yanı sıra bu pazar ile ilişkili başka pazarlarda da ortaya çıkabileceği vurgulanmaktadır.³³⁷

Literatürde dışlayıcı uygulama sayılan davranışların en önemlileri olarak sözleşme yapmayı reddetme, yıkıcı fiyatlandırma, fiyat ve marj sıkıştırması, münhasırlık ve tek marka anlaşmaları ve bağlama uygulamaları sayılmaktadır. Belirtmek gerekir

³³⁴ Dışlayıcı Davranışlar Kılavuzu, s.5, para. 25

³³⁵ Bkz. Kirkwood, J. B. (2005) 'Buyer power and exclusionary conduct: Should brooke group set the standards for buyer-induced price discrimination and predatory bidding'. Antitrust Law Journal, 72(2), s. 625-668.

³³⁶ Dışlayıcı Uygulamalar Kılavuzu, para. 25.

³³⁷ Dışlayıcı Uygulamalar Kılavuzu, para. 24.

ki Dışlayıcı Uygulamalar Kılavuzu'nda bu davranışlar (münhasır tedarik uygulamaları da dahil) yalnızca hâkim durumdaki sağlayıcılar tarafından alıcılara uygulanan davranışlar olarak kaleme alınmıştır.³³⁸ Ancak dışlayıcı davranışların, pekâlâ ters yönde yani alıcı tarafından daha az pazar gücü bulunan sağlayıcılara uygulanması da mümkündür. Üstelik birbirinden oldukça farklı yöntemlerle başvurulabilen dışlayıcı uygulamalar ister alıcı ister sağlayıcı tarafından uygulansınlar genel olarak aynı fiili etkileri doğururlar.³³⁹ Nitekim her iki tip davranış da (etkinlik kazanımlarını bir kenara bırakırsak) bu davranışları uygulayan teşebbüsün rakiplerinin maliyetlerinin artmasına ne nihai olarak pazar dışında kalma tehlikesiyle karşı karşıya kalmasına ve günün sonunda rekabet karşısı pazar kapamaya neden olabilmektedir. Alıcıların bu tip dışlayıcı davranışlarına münhasır tedarik uygulamaları, aşırı satın alma, satın alma fiyatı ayrımcılığı (en çok kayırılan müşteri koşulları), üst pazardaki pazar gücünün alt pazarda pazar kapamaya neden olacak şekilde kaldıraç olarak kullanılması gibi davranışlar örnek olarak verilebilir. Bu zarar teorilerini aşağıda ele alıyoruz.

Alıcıların dışlayıcı davranışları bakımından temel mesele, bu uygulamaların - derece olarak sağlayıcıların dışlayıcı davranışlarıyla en az aynı rekabet karşısı zararı doğursalar da- çoğu zaman konvansiyonel rekabet hukukunun çizdiği “müdahale eşiklerini”³⁴⁰ aşmamalarıdır.³⁴¹ Yine sağlayıcılar tarafından uygulanan dışlayıcı davranışlar bakımından son derece oturmuş bir mevzuattan ve bir ölçüde yerleşik bir uygulamadan söz edilebilirse de alıcılar tarafından uygulanan dışlayıcı davranışlar için bunu söylemek oldukça güçtür.³⁴² Dolayısıyla alıcıların dışlayıcı davranışlarının rekabet karşısı sonuçlarına ve bununla nasıl araçlarla mücadele edilebileceğine ayrı bir parantez açılması gerektiğini düşünüyoruz. Bu kapsamda devam eden bölümde temel meselemiz, alıcıların ne tür dışlayıcı uygulamalara

³³⁸ Bkz. Dışlayıcı Uygulamalar Kılavuzu, para. 64.

³³⁹ Doorn (2015), s.106.

³⁴⁰ Burada hakim durumun varlığına ilişkin geleneksel eşikleri kastediyoruz.

³⁴¹ Carstensen (2017), s.98.

³⁴² Kirkwood (2005), s. 625.

başvurduğunu tespit etmek ve dışlayıcı davranışlarına sağlayıcılara uygulananlarla aynı standartların uygulanıp uygulanamayacağı sorularına yanıt aramak olacak.

2.3.1.2. Alıcıların Uyguladığı Dışlayıcı Davranışlar

Alıcı tarafından uygulanan dışlayıcı davranışları yatay ve dikey dışlayıcı uygulamalar olarak ifade edilebilecek olan ayrı bir alt kategorizasyon altında değerlendirmek mümkündür.

Alıcının, rakip diğer alıcıların pazar dışına atılması için uyguladığı dışlayıcı davranışlar yatay dışlayıcılık (*horizontal exclusion*) olarak adlandırılır ve bu uygulamalar kendisini genellikle güçlü durumda olan alıcının sağlayıcılarına dayattığı münhasırlık anlaşmalarında (*exclusive contracts*) gösterir.³⁴³ Örneğin alıcının, sağlayıcılardan ürettikleri bir ürünü veya sağladıkları bir hizmeti yalnızca kendisine sağlayacaklarına, rakip alıcılara satış yapmayacaklarına ilişkin bir taahhüt alması (tek alıcıya sağlama yükümlülüğü gibi) bu tip uygulamalardandır. Bu uygulama da güçlü olan alıcıya çoğunlukla pazarı diğer alıcılara tamamen kapatma (*full foreclosure*) veya kısmen kapama (*partial foreclosure*) imkânı verir bu da genellikle rakiplerin maliyetlerini artırma yoluyla yapılır.³⁴⁴

Münhasır tedarik uygulamalarıyla fiili olarak benzer sonuçlar doğuran diğer dışlayıcı davranış örnekleri ise güçlü alıcının sağlayıcıya en uygun fiyatı kendisine vereceği yönünde bir sözleşmesel yükümlülük yüklenmesini ifade eden en çok kayırlan müşteri klozu (*most-favored-customer clause*), yine alıcının sağlayıcıya kendisinin yapacağı satışlar bakımından bir asgari ya da sabit fiyat dayatması (*resale price maintenance*), alıcının tedarikçilerin kendisine olan sadakatini pekiştirmek için uyguladığı raf primi vb. bedellerde çeşitli indirimler yapması (sadakat indirimleri) sayılabilir.³⁴⁵ Yine bu hususta son bir örnek de güçlü konumdaki alıcının, diğer rakip alıcıları pazar dışına atmak için önemli bir

³⁴³ Doorn (2015), s.106.

³⁴⁴ Alıcıların dışlayıcı davranışlarına ilişkin bkz. Herrera (2017), s.207-300.

³⁴⁵ Doorn (2015), s.106.

girdiye ilişkin satın alma miktarını veya önerdiği satın alma fiyatını önemli ölçüde artırmasıdır (*anti-competitive overbuying*).

Alıcıların dikey dışlayıcı davranışları, üst pazarda ticari ilişkide oldukları sağlayıcılardan bazılarına daha dezavantajlı ticari koşullar önererek bu sağlayıcıların pazar dışına itilmesine neden olan davranışlardır. Alıcıların söz konusu davranışlarının üst pazarı etkilemesi, alıcının ilgili tedarikçiler için ne kadar önemli bir dağıtım kanalı olduğuna bağlıdır. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, alıcı bakımından rasyonel olan davranış, üst pazardaki tedarikçilerin sayıda çok olması ve yoğun bir rekabet içinde olmasıdır. Dolayısıyla alıcılar bakımından eşit konumdaki tedarikçiler arasında ayrımcılık yapmak -bunu gerektirecek başkaca haklı bir gerekçe yoksa- anlamlı değildir. Dolayısıyla alıcıların üst pazardaki tedarikçilere yönelik davranışları “dışlayıcı davranışlar”dan ziyade bu pazardaki rantı tedarikçilerden kendilerine geçirmeye yönelik “sömürücü” davranışlar olarak nitelendirilir. Söz konusu sömürücü davranışları devam eden bölümlerde ayrı bir başlık altında ele alıyoruz.

2.3.1.3. Münhasır Tedarik Anlaşmaları (Exclusive Supply Agreements)

Alıcı gücüne sahip teşebbüslerin en yaygın olarak başvurduğu dışlayıcı uygulamalar, münhasır tedarik uygulamalarıdır. Bu uygulamalar en genel haliyle alıcıların tedarikçilerine ürettikleri girdi ya da markalı ürünlerin tamamını ya da çok önemli bir bölümünü yalnızca kendisi için temin etme yükümlülüğü getirmesini ifade eder. Bu yükümlülük, doğrudan tedarik sözleşmesine hüküm konulmak suretiyle getirilebileceği gibi pazar gücü kullanılarak zorlama yoluyla veya daha avantajlı satın alma koşulları veya prim gibi teşvik edici uygulamalarla sağlayıcıyı sadece kendisine ürün temin etmeye güdüleme şeklinde fiilen de getirilebilir.³⁴⁶

³⁴⁶ Herrera (2017), s. 214, para. 490.

Tedarikçilerine münhasır tedarik yükümlülükleri getiren alıcının amacı, diğer alıcıların önemli bir girdiye veya rakip perakendecilerin nihai mala erişmesini engelleyerek rakiplerin maliyetlerini artırmak ve böylece alt pazarı mevcut ve potansiyel rakip alıcılara kısmen ya da tamamen kapatmak olabilir. Söz konusu münhasırlık uygulamalarının herhalde en tipik örneği de tedarik sözleşmelerinde yer alan tek alıcıya sağlama yükümlülüğüdür. Söz konusu münhasırlık uygulamaları esasında, Rekabet Kanunu'nun 4. maddesi (veya ABİDA'nın 101. maddesi) kapsamında ele alınabilecek tipik birer dikey sınırlamadır. Bunun yanı sıra şayet alıcı hâkim durumdaysa bu uygulama, Rekabet Kanunu'nun 6. maddesi (veya ABİDA'nın 102. maddesi) kapsamında -şayet spesifik şartlar da oluştuyorsa- hâkim durumunun kötüye kullanılmasının görünümlerinden biri olarak da kabul edilebilmektedir.³⁴⁷

Dışlayıcı Uygulamalar Kılavuzu'nda da belirtildiği üzere münhasırlık hükmü içeren sözleşmelerin rekabet üzerinde birtakım olumlu etkileri de bulunmaktadır. Bu olumlu etkilerden en önemlisi, bu tip uygulamalarla olası bir bedavacılık (*free riding*) sorununun giderilmesidir. Örneğin alıcı münhasır tedarik yükümlülüğü yüklediği bir tedarikçiye daha kaliteli ürünler üretmesini sağlamak için çeşitli eğitimler verme ya da çeşitli teşvikler sağlamak motivasyonuna sahip olacak ve yatırımlarının karşılığını alma ihtimali yükseleceği için söz konusu ticari ilişkiye yatırım yapma güdüsü daha güçlü olacaktır. İlgili kılavuza göre münhasırlığın bir diğer olumlu faydası, alıcıya düzenli bir ürün akışı ve sağlayıcıya düzenli bir satış kanalı sunmasıdır.³⁴⁸ Saydığımız olumlu diğer etkilerin yanında, münhasırlık uygulamaları alıcının bir ürüne veya markaya odaklanmasını ve bu şekilde daha etkin promosyon yapabilmesine olanak sağlamakta bu durum da markalar arası rekabeti güçlendirmektedir.³⁴⁹ Nihai olarak da bu sayede ürün ve hizmet kalitesi artmakta ve nihayetinde tüketiciler bu durumdan fayda sağlamaktadır. Ancak bütün bu pozitif etkilerin yanında bu uygulamaların, rakip alıcıların maliyetini artırarak rekabeti sınırlandırması ve pazarda önemli bir giriş engeli yaratması da

³⁴⁷ Bkz. Dışlayıcı Uygulamalar Kılavuzu, s.14, para. 64-68.

³⁴⁸ Dışlayıcı Uygulamalar Kılavuzu, para. 65.

³⁴⁹ Dışlayıcı Uygulamalar Kılavuzu, para. 65.

mümkündür. Dolayısıyla bu uygulamalar bakımından *per se* yasaklar getirilmesi yerine “etki analizi” yapılması yani *rule of reason* yaklaşımının benimsenmesi esastır.

Aşağıda alıcıların söz konusu münhasırlık uygulamaları hem dikey anlaşmalar rejimi hem de hâkim durumun kötüye kullanılmasının bir görünümü olarak ayrı ayrı ele alıyoruz.

2.3.1.3.1. Bir Dikey Sınırlama Olarak Münhasır Tedarik Uygulamaları

Yukarıda belirttiğimiz gibi dikey anlaşmalar rejimi kapsamında değerlendirdiğimiz münhasırlık uygulamaları, tedarikçiye ürünlerinin mutlaka satın alınacağına ilişkin bir garanti; benzer şekilde alıcıya da devamlı ve kesin bir tedarik kanalı sağlamakta ve böylece her iki tarafın ticari riskini azaltmaktadır.³⁵⁰ Dolayısıyla bu tip münhasırlık uygulamaları hem alıcıyı hem de satıcıyı söz konusu ticari ilişkiye yatırım yapmaya güdüleyerek olası bir vazgeçme (*hold up*) probleminin önlenmesi,³⁵¹ ölçek ekonomisinden faydalanılmasının sağlanması, bedavacılık sorununun çözülmesi gibi önemli birtakım etkinlik kazanımları yaratmaktadır. Bu nedenledir ki, mevcut rekabet hukuku rejimleri kapsamında hâkim durumda olmayan teşebbüslerin getirdiği münhasır tedarik uygulamaları genellikle -çeşitli eşikler ve süre sınırlamalarının aşılması koşuluyla- grup muafiyeti kapsamına alınmaktadır. Aşağıda da öncelikle Türkiye ve mehz AB dikey anlaşmalar rejimi kapsamında söz konusu muafiyet uygulamalarını ele alacak, sonrasında ise alıcı gücüne ilişkin rekabet hukuku endişeleri çerçevesinde bu mevzuata ilişkin değerlendirmelerimize yer vereceğiz.

Bir dikey sınırlama olarak münhasır tedarik anlaşmaları, Türkiye rekabet hukuku mevzuatında 2002/2 sayılı Grup Muafiyeti Tebliği (“2002/2 sayılı Tebliğ”) ve Rekabet Kurulu’nun Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuzu’ (“Dikey Anlaşmalar

³⁵⁰ Herrera (2017), s.214.

³⁵¹ Dikey Anlaşmalar Kılavuzu, para.87.

Kılavuzu”) kapsamında düzenlenmiştir. Bu sınırlamalar çok farklı şekillerde uygulanabilecekse de ilgili tebliğ ve kılavuz kapsamında münhasır tedarik uygulamalarına ilişkin olduğunu belirtebileceğimiz hem muafiyet analizi hem de fiili etkileri bakımından oldukça benzeşen üç farklı sınırlama bulunmaktadır. Bunlardan birincisi daha ziyade sağlayıcının alıcıya uyguladığı ve *alıcının bir ürün veya ürün grubunda ihtiyacının tamamını veya önemli bir kısmını tek bir sağlayıcıdan karşılamasının teşvik edilmesi* olarak ifade edilen “tek marka sınırlaması”dır.³⁵² Kılavuzda zikredilen ikinci sınırlama ise *sağlayıcının belli bir bölgede yeniden satış için ürünlerini tek bir dağıtıcıya satmayı taahhüt etmesi ve bu dağıtıcının münhasır olarak oluşturulmuş diğer bölgelere yapacağı aktif satışların sınırlandırması* olarak ifade edilen münhasır (tek elden) dağıtım anlaşmalarıdır.³⁵³ Üçüncü sınırlama ise *sağlayıcının, anlaşma konusu malları veya hizmetleri, kendi kullanımı veya yeniden satış amacıyla Türkiye içerisinde sadece bir alıcıya satmasına yönelik doğrudan veya dolaylı yükümlülük* olarak tanımlanan tek alıcıya sağlama yükümlülüğüdür.³⁵⁴

2002/2 sayılı Tebliğ’in 2. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince tek alıcıya sağlama yükümlülüğü içeren dikey anlaşmalar, alıcının [ve aslında sağlayıcının] pazar payının %40’ı aşmaması ve ilgili tebliğde belirtilen diğer koşulların karşılanması kaydıyla grup muafiyetinden yararlanabilmektedir. Bu sınırlamanın Türkiye rekabet hukuku mevzuatı bakımından nasıl ele alındığını gösteren en önemli kaynak şüphesiz Dikey Anlaşmalar Kılavuzu’dur. AB mevzuatına (pazar payı eşliğinin %30 yerine %40 olması dışında) paralel düzenlemeler içeren Dikey Anlaşmalar Kılavuzu kapsamında tek alıcıya sağlama yükümlülüğünün rekabet üzerindeki etkileri değerlendirilirken üç temel göstergeye bakılmaktadır. Bunlar: (i) *alıcı ve sağlayıcının pazar payı*, (ii) *sınırlamanın kapsamı ve süresi* ve (iii) *münhasırlığa konu ürünün niteliğidir*. Aşağıda kılavuzun bu kıstaslara ilişkin yaklaşımını kısaca ele alıyoruz.

³⁵² Bkz. Dikey Anlaşmalar Kılavuzu, para. 118-145.

³⁵³ Bkz. Dikey Anlaşmalar Kılavuzu, para. 146-162.

³⁵⁴ Dikey Anlaşmalar Kılavuzu para, 193-207.

Kılavuza göre söz konusu münhasırlık uygulamalarının rekabeti olumsuz etkilemesi, alıcının alt pazarda ve üst pazardaki (ilgili satın alma pazarı) pazar payının %40'ın üzerinde olduğu durumlarda beklenebilir.³⁵⁵ Kılavuza göre *“alıcının alt pazardaki konumu, bir rekabet sorununun ortaya çıkıp çıkmamasının değerlendirilmesinde önemli bir faktördür. Şayet alıcı alt pazarda bir pazar gücüne sahip değilse, o zaman tüketiciler açısından dikkate değer bir olumsuz etkinin ortaya çıkması beklenmeyebilir”*.³⁵⁶ AB Dikey Anlaşmalar Kılavuzu'nda da yer alan bu tespit aslında “tüketici zararı” kavramına son derece statik bakıldığını göstermekte ve alıcının sadece ilgili satın alma pazarında ciddi bir pazar gücüne sahip olması durumunda da küçük üreticilere vereceği rekabet karşısı zararı ve aslında bu zararın uzun vadede tüketicilere de yansıyabileceğini göz ardı etmektedir. Nitekim bazı durumlarda örneğin alıcıların alt pazarda rekabet halinde olmadığı yalnızca bir girdiyi almak için rekabet ettiği ancak çıktılar farklı olduğu için alt pazarda rekabet halinde olmadığı durumlarda alıcıların tedarikçilere verebileceği zararı ya da monopsonistin kısa vadede üreticilere ve aslında kaynakların etkin şekilde tahsis edilmesini önleyerek uzun vadede tüketicilere verebileceği zararı hesaba katmamaktadır.

Dikey Anlaşmalar Kılavuzu'na göre, münhasırlık uygulamaları değerlendirilirken bakılan bir diğer ölçüt, sağlayıcıların karşı gücüdür.³⁵⁷ Zira güçlü sağlayıcılar kendilerinin alternatif alıcılardan mahrum bırakılmayı kolayca kabul etmezler.³⁵⁸ Dolayısıyla pazar kapama riski asıl olarak zayıf sağlayıcıların karşısında güçlü alıcıların bulunduğu durumlarda söz konusudur.³⁵⁹ Kılavuza göre güçlü alıcıların karşısında güçlü sağlayıcıların bulunduğu durumlarda *tek alıcıya sağlama yükümlülüğü rekabet etmeme yükümlülüğüyle birlikte bulunması mümkündür*.³⁶⁰ Bu durum da en çok, pazarın her iki tarafındaki teşebbüsün de ilişkiye özgü yatırım yaptığı durumlarda görülmektedir. Ancak kılavuz kapsamında her iki

³⁵⁵ Dikey Anlaşmalar Kılavuzu, para. 194 ve 196.

³⁵⁶ Dikey Anlaşmalar Kılavuzu, para.195.

³⁵⁷ Dikey Anlaşmalar Kılavuzu, para.199.

³⁵⁸ Dikey Anlaşmalar Kılavuzu, para.199.

³⁵⁹ Dikey Anlaşmalar Kılavuzu, para.199.

³⁶⁰ Dikey Anlaşmalar Kılavuzu, para.199.

sınırlamanın birlikte uygulanmasının da hâkim durum seviyesinin altında genellikle haklı görülebileceği belirtilmektedir. Kılavuza göre şayet bu sınırlama rekabet etmeme yükümlülüğü ile birlikte getiriliyorsa bu durumda kılavuzdaki tek marka anlaşmaları bakımından getirilen kurallar uygulanır.³⁶¹ Bu da genel olarak Dikey Anlaşmalar Kılavuzu'nda belirtilen alıcının pazar payının alt ve üst pazarda %40 eşiğini aşmaması koşuluna ek olarak sağlayıcının pazar payının da %40'ın üzerinde olmaması koşulunun aranacağını göstermektedir. Dolayısıyla bu ifadeden de anlaşılacağı üzere sağlayıcının pazar payının %40'ı aşmaması da aslında münhasırlık uygulamaları bakımından muafiyetin şartlarından biridir.

Dikey Anlaşmalar Kılavuzu uyarınca münhasır tedarik uygulamaları değerlendirilirken dikkate alınan diğer önemli ölçütler, yükümlülüğün süresi ve kapsamıdır. Nitekim kılavuz uyarınca münhasırlık yükümlülüğüne bağlanan arz payı yükseldikçe ve münhasırlığın süresi uzadıkça rekabet karşıtı pazar kapama etkisi oluşma ihtimali de yükselmektedir.³⁶² Kılavuzda genel çerçevede makul görüleceği vurgulanan süre ise beş yıl olarak belirtilmiştir. Kılavuza göre beş yılı aşan sınırlandırma süreleri yatırımların karşılığının alınması gibi etkinliklere ulaşmak için uzundur veya bu etkinlikler tek alıcıya sağlama yükümlülüğü içeren anlaşmaların kapama etkilerini dengelemekte yeterli değildir.

Kılavuza göre değerlendirmeye alınması gereken üçüncü önemli husus, ürünün niteliğidir. Nitekim girdiler (ara mallar) veya homojen ürünler bakımından pazar kapama ihtimali, bu ürünler bakımından alternatif sağlayıcılar veya alıcılar bulunma ihtimali daha fazla olacağı için daha azdır. Bunun nedeni belirli bir girdiyi kullanan ve münhasırlık yükümlülüğü altında olan bir üreticinin genellikle müşterilerinin talebine cevap vermek hususunda, markanın önemli olduğu nihai tüketicinin talebine cevap vermeye kıyasla toptancı veya perakendeciden daha yüksek bir esnekliğe sahip olmasıdır. Ayrıca farklı sınıf veya kalitedeki heterojen

³⁶¹ Dikey Anlaşmalar Kılavuzu, para.199.

³⁶² Dikey Anlaşmalar Kılavuzu, para. 196.

ürünlere kıyasla homojen ürünlerde münhasırlık yükümlülüğü altındaki alıcı için muhtemel temin kaynaklarından bir tanesini kaybetmek daha az önemlidir.³⁶³

Dikey Anlaşmalar Kılavuzu uyarınca rekabeti kısıtlayan etkiler tespit edilmişse de teşebbüs hâkim durumda olmadığı sürece bu tip kısıtlamalar bakımından muafiyet mümkündür.³⁶⁴ Örneğin vazgeçme sorununun olduğu hallerde etkinliğin ortaya çıkması beklenebilir ve bu nihai mallara göre ara mallar bakımından daha muhtemeldir.³⁶⁵ Dağıtımda olası ölçek ekonomisinin varlığının tek alıcıya sağlama yükümlülüğünü haklı göstermesi ise pek mümkün gözükmemektedir. Bununla birlikte vazgeçme sorununun varlığı halinde ve hatta dağıtımda ölçek ekonomisi bulunması durumunda, asgari arz zorunluluğu gibi sağlayıcıya yüklenen miktar zorlamaları, direkt tek alıcıya sağlama yükümlülüğü getirilmesine göre daha az sınırlayıcı bir alternatif olabilir.³⁶⁶

Rekabet etmeme yükümlülüğü gibi (kara listede olmayan) başka sınırlamalarla birlikte uygulansa bile münhasırlık uygulamalarına genel olarak etkinlik sağlayıcı sınırlamalar gözüyle bakıldığı ve hatta süre ve kapsam bakımından da çeşitli eşikler öngörülse dahi söz konusu sınırlamaları getiren teşebbüs hâkim durumda olmadığı sürece muafiyetin mümkün olduğunu söyleyebiliriz. Tek alıcıya sağlama yükümlülüğüne ilişkin pazar payı eşiğinde alıcının hem üst pazardaki (ilgili satın alma pazarı) hem de alt pazardaki (satım veya perakende pazarı) pazar payına bakılması bizim önceki bölümlerde alıcı gücü bakımından göz önünde bulundurulması gerektiğini belirttiğimiz düalist yaklaşımla uyumlu görünmektedir. Dolayısıyla alıcı gücünün karakteristik özelliklerinin bu düzenleme bakımından dikkate alındığını söyleyebiliriz. Ancak alıcılar bakımından uygulanan pazar payının sağlayıcılara uygulanan pazar payı eşiğiyle aynı olması aslında alıcıların çok daha düşük pazar paylarıyla bile ciddi anti

³⁶³ Dikey Anlaşmalar Kılavuzu, para. 200.

³⁶⁴ Dikey Anlaşmalar Kılavuzu, para. 202.

³⁶⁵ Dikey Anlaşmalar Kılavuzu, para. 202.

³⁶⁶ Dikey Anlaşmalar Kılavuzu para. 203.

rekabetçi davranma kabiliyetlerine kavuşması bu eşiğin oldukça yüksek olduğunu göstermektedir.

Aşağıda bu sınırlamaların ne şekilde hâkim durumun kötüye kullanılması kapsamında ele alınabileceğini irdeliyoruz.

2.3.1.3.2. Bir Hâkim Durumun Kötüye Kullanılma Biçimi Olarak Münhasır Tedarik Uygulamaları

Münhasır tedarik uygulamaları, bir dikey sınırlama olarak kabul edilmenin yanında hem mehzaz AB rekabet hukuku hem de Türkiye rekabet hukuku mevzuatı (sırasıyla ABİHA'nın 102. maddesi ve Rekabet Kanunu'nun 6. maddesi) kapsamında hâkim durumun dışlayıcı davranışlarla kötüye kullanılmasının görünümlerinden biri olarak da ele alınmaktadır. Bu husus bakımından da Türkiye'deki uygulamanın ikincil düzenlemeler de dahil olmak üzere AB uygulamasıyla neredeyse tamamen örtüştüğünü söyleyebiliriz. Tabii her iki rejimde de söz konusu sınırlamaya ilişkin düzenlemeler (sağlayıcı merkezli rekabet hukuku anlayışının bir başka yansıması olarak) hâkim durumda olan teşebbüsün sağlayıcı olacağı varsayımına dayanarak kaleme alınmıştır.

Sağlayıcıların alıcılarla münhasırlık anlaşmaları yapması veya alıcının sağlayıcıyı bu tip bir münhasırlığa zorlaması -sağlayıcı kural olarak kendisine rekabetçi düzeyden çok daha iyi bir teklif yapılmadığı sürece önemli talep kaynaklarının kesilmesini kabul etmeyeceği için- aslında pratikte son derece zordur.³⁶⁷ Bu kapsamda Dikey Anlaşmalar Kılavuzu'nda da belirtildiği üzere alıcıların tedarikçilere münhasır tedarik yükümlülüğü getirmesi ancak “güçlü alıcıların ve zayıf sağlayıcıların” söz konusu olduğu durumlarda mümkün olabilecektir.³⁶⁸ Aksi halde sağlayıcı da pazar gücünü kullanarak alıcının baskısını dengeleyecektir.

³⁶⁷ Herrera (2017), s.220, para.503.

³⁶⁸ Dikey Anlaşmalar Kılavuzu, para. 199.

Alıcıların sağlayıcılara münhasır tedarik yükümlülüğü getirebileceği senaryolara örnek olarak, sağlayıcının alıcıya ekonomik olarak bağımlı olduğu ya da alıcının zorunlu ticari partner olduğu durumları veya sağlayıcının belirli bir ölçeğe erişebilmek ya da bir pazara girebilmek için alıcıyla çalışmak zorunda olduğu (alının geçit bekçisi olması) durumlar verilebilir. Şayet alıcının konumu belirtilen örneklerden birine giriyorsa, münhasırlık uygulamalarının pazarı kapatma ihtimali önemli ölçüde artacaktır.

Rekabet Kurulu'nun Dışlayıcı Uygulamalar Kılavuzu münhasır tedarik uygulamalarına ilişkin Dikey Anlaşmalar Kılavuzu'nda yer alan tespitlere paralel tespitler içermektedir. Nitekim, Dışlayıcı Uygulamalar Kılavuzu'na göre de *“hâkim durumdaki teşebbüs ile alıcı arasında tek marka satılmasına ilişkin münhasırlık hükmü içeren yazılı bir anlaşma olması zorunlu olmayıp fiili münhasırlık yaratabilecek hâkim durumdaki teşebbüs davranışları (alıcıya getirilen çeşitli yükümlükler veya anlaşmalarda yer alan dolaylı hükümler gibi) da bu kapsamda değerlendirilmektedir”*.³⁶⁹ Yine bu tip uygulamaların hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulandığı kurguda da bedavacılık sorununun önlenmesi, vazgeçme probleminin önlenmesi gibi etkinlik kazanımları doğurabileceği dolayısıyla teşebbüslerin haklı gerekçe iddialarının dikkate alınacağı belirtilmektedir. Kılavuza göre *“ticari ilişkiye özgü yatırımların varlığı, münhasır düzenlemelerin maliyetler üzerindeki azaltıcı etkisi veya yeniliklere olan olumlu katkısı vb. hususlar haklı gerekçe iddiaları olarak dikkate alınabilmektedir”*.³⁷⁰

Söz konusu münhasır tedarik yükümlülüğünü ABİDA'nın 102. maddesi ve Rekabet Kanunu'nun 6. maddesi kapsamında bir hakim durumun kötüye kullanılma biçimi olarak ele aldığımızda alıcının bu davranışı, şayet alıcının münhasır tedarik imkanına kavuştuğu girdi/ürün diğer alıcılar bakımından bir

³⁶⁹ Dışlayıcı Uygulamalar Kılavuzu, para.64.

³⁷⁰ Dışlayıcı Uygulamalar Kılavuzu, para.68.

çeşit “zorunlu unsursa” ve rakip alıcıların bu girdiyi/ürünü tedarik edebileceği alternatif sağlayıcıları da yoksa alt pazardaki rekabeti ciddi oranda azaltacak ve bu davranış aslında sağlayıcı çerçevesinde bildiğimiz “mal vermenin reddi” davranışıyla aynı rekabet karşıtı etkileri yaratacaktır.³⁷¹

Her ne kadar hâkim durumdaki alıcıların uyguladığı münhasırlık uygulamaları bakımından ne mehz AB hukukunda ne de Türkiye uygulamasında çok sayıda içtihadattan söz edemesek de sağlayıcılara uygulanan kriterlerin büyük ölçüde simetrik versiyonlarının alıcılara da uygulanması yerinde olacaktır. Aslında iki uygulama arasındaki temel fark seçim şansı kısıtlanan teşebbüsün yer değiştirmesidir. Dolayısıyla münhasırlık yükümlülüğü getiren teşebbüs ister alıcı ister sağlayıcı olsun (alıcılar bakımından hâkim durumun nasıl tespit edileceğine ilişkin tartışmaları bir kenara bırakırsak) mevcut ikincil mevzuattaki düzenlemeler yol gösterici olacaktır. Bu kapsamda aşağıda Dışlayıcı Uygulamalar Kılavuzu’nda yer alan sağlayıcı merkezli tespitleri alıcılar bakımından ele alıyoruz.

Dışlayıcı Uygulamalar Kılavuzu kapsamında münhasır tedarik uygulamalarının rekabet üzerindeki temel olumsuz etkisi, münhasırlık uygulamalarının mevcut ve potansiyel rakiplerin önemli dağıtım kanallarına erişimini kısıtlaması ve böylece söz konusu rakiplerin hâkim teşebbüse karşı etkin birer rakip olarak ortaya çıkma imkanlarını kısıtlamasıdır.³⁷² Kılavuz kapsamında münhasır anlaşmalardan kaynaklanan (muhtemel) rekabet karşıtı piyasa kapama etkisinin belirlenmesinde dikkate alınan faktörler, hâkim durumdaki teşebbüsün ve rakiplerinin konumu ve incelenen davranışın süresi gibi hususların yanında aşağıdaki hususlardan oluşmaktadır.³⁷³

- *İncelenen Davranışın Kapsamı:* Münhasırlık uygulamalarının pazar kapama etkisi, pazardaki toplam satışların içerisinde münhasırlığı uygulayan hakim teşebbüsün münhasırlıktan kaynaklanan satışlarının

³⁷¹ Cartensen /2017), s.98.

³⁷² Dışlayıcı Uygulamalar Kılavuzu, para. 66.

³⁷³ Dışlayıcı Uygulamalar Kılavuzu, para. 67.

oranı (bağlı pazar payı) arttıkça yükselmektedir.³⁷⁴ Ancak, hâkim durumdaki teşebbüsün münhasırlığı sadece önemli alıcılara getirmesi halinde , bağlı pazar payı yüksek olmasa da rekabet karşıtı pazar kapama etkisi ortaya çıkabilmektedir.³⁷⁵ Bu tespitten de anlaşıldığı üzere aslında bu yükümlülüğün ters biçimde önemli bir alıcı tarafından üst pazardaki (diğer alıcılar bakımından da) önemli sağlayıcılara uygulanması bağlı pazar payı yüksek olmasa bile önemli rekabetçi sorunlar doğurabilecektir.

- *Ticaretin Seviyesi:* Kılavuza göre “*hâkim durumdaki sağlayıcının perakende seviyedeki bir alıcıya yönelik olarak münhasırlık düzenlemesi getirmesi, alıcının toptancı seviyede faaliyet gösterdiği duruma göre daha fazla rekabet karşıtı piyasa kapama etkisi yaratabilir. Diğer bir deyişle münhasırlığın uygulandığı ticaretin seviyesi son kullanıcıya ne kadar yakınsa ilgili pazarın mevcut veya potansiyel rakiplere kapanması olasılığı o kadar fazla olmaktadır.*”³⁷⁶ Bu tespit de perakende seviyede faaliyet gösteren alıcının sağlayıcılara uyguladığı münhasırlık yükümlülüklerinin daha ciddi pazar kapama sonuçları doğurma ihtimalini vurgulaması bakımından önemlidir.
- *Pazara Giriş Engelleri:* Rakip sağlayıcıların alternatif alıcılara ulaşması ve/veya alternatif alıcı kanalları oluşturması zorlaştıkça münhasırlık uygulamalarının pazardaki kapama etkisi yükselmektedir.
- *Hâkim Durumdaki Teşebbüsün Müşteriler Açısından Önemi ve Münhasırlık Süresi:* Hâkim durumdaki teşebbüs ve rakipleri alıcıların talebinin tamamı için eşit koşullarda yarışabiliyorlarsa, münhasır alım hükümlerinin rekabeti olumsuz etkileme ihtimali düşüktür. Yine de böyle bir durumda münhasırlık süresinin uzun olması alıcıların sağlayıcı

³⁷⁴ Dışlayıcı Uygulamalar Kılavuzu, para. 67.

³⁷⁵ Dışlayıcı Uygulamalar Kılavuzu, para. 67.

³⁷⁶ Dışlayıcı Uygulamalar Kılavuzu, para. 67.

değiştirmesini zorlaştıracığından rekabeti sınırlayabilir. Ayrıca, hâkim durumdaki teşebbüsün alıcılardan gelen talebin önemli bir bölümü için zorunlu ticari ortak olması halinde kısa süreli bir münhasırlık hükmü dahi rekabet karşıtı piyasa kapamaya neden olabilir.³⁷⁷

2.3.1.4. Satın Alma Fiyatı Ayrımcılığı (*Purchasing Price Discrimination*) ve En Çok Kayrılan Müşteri Klozu (*Most Favoured Customer Clause*)

Satın alma fiyatı ayrımcılığı, bir alıcının sağlayıcıya sattığı ürün ve hizmetler için pazardaki diğer alıcılara kıyasla en avantajlı koşulları kendisine sunma yükümlülüğü getirmesi olarak ifade edilebilir. Bu koşul da sözleşmeye eklenecek bir EKM (en çok kayrılan müşteri klozu (ya da *most favored customer clause* (MFN)) ile yapılabileceği gibi fiilen de getirilebilir. Bu yükümlülük zaman zaman kendisini sağlayıcıya diğer alıcılara, yükümlülüğü getiren alıcıdan daha pahalıya satma yükümlülüğü getirilmesi olarak da gösterebilmektedir. EKM'nin belirtilen bu hali de EKM+ ya da MFNP olarak anılmaktadır.³⁷⁸ Burada söz ettiğimiz satın alma fiyatı ayrımcılığının esas hedefinin rakip alıcılar olduğunu (ikinci derece ayrımcılık) ve bu ayrımcılığın eşit şartlardaki sağlayıcılara farklı satın alma fiyatları uygulanması ve bunlardan bir kısmının dezavantajlı konuma getirilmesinden (birinci derece ayrımcılık) oldukça farklı olduğunu belirtmek gerekir.³⁷⁹

Satın alma fiyatı ayrımcılığının fiili etkisi, münhasır tedarik uygulamalarının etkisiyle oldukça benzerdir. Nitekim bu koşullar, sağlayıcının pazara yeni giriş yapacak alıcılara pazarda daha kolay yer bulmalarına destek olmak amacıyla avantajlı fiyatlar/koşullar uygulamasını engellemekte, böylece bir anlamda alt pazara girişleri caydırmaktadır.³⁸⁰ Dolayısıyla MFN'nin rekabet karşıtı etkilerini, hakim alıcının sağlayıcılara getirdiği EKM veya EKM+ koşulu nedeniyle pazarda

³⁷⁷ Dışlayıcı Uygulamalar Kılavuzu, para. 67.

³⁷⁸ Carstensen (2017), s.101.

³⁷⁹ Kirkwood (2005), s.626.

³⁸⁰ Carstensen (2017), s. 101.

avantajlı fiyatlarla girdi veya markalı ürün alma imkanından yoksun kalan rakip alıcıların pazardan dışlanması veya potansiyel rakip alıcıların pazara girişten cayması olarak (rekabet karşıtı pazar kapama) ifade edebiliriz. Özellikle EKM+ koşulunun, pazar kapama etkisinin çok daha fazla olacağı şüphesizdir. Literatürde, bu tip bir EKM yükümlülüğünün, tedarikçilerin pazardaki bütün alıcılar bakımından daha yüksek fiyatlar uygulamasına neden olabileceği de savunulmaktadır.³⁸¹ Ancak sonuç bu olsa bile elinde önemli bir pazar gücü bulunan alıcı, fiyatın yüksek olmasından doğan dezavantajı kolayca bertaraf edebilecek durumdadır. Dolayısıyla bu husus da onu, bu tip bir avantajı bulunmayan rakip alıcılara göre daha da avantajlı bir noktaya taşıyacaktır.

Alıcıların uyguladığı MFN koşullarına ilişkin önemli bir örnek 2011 yılında FTC'nin ABD'de faaliyet gösteren ve hastanelerden sağlık hizmeti alan bir sağlık sigortası şirketinin hastanelerin bir kısmına getirdiği EKM veya EKM+ koşullarına ilişkin açtığı davadır. Söz konusu dava, Michigan Eyaleti'nin sözleşmelere bu tip hükümler eklenmesini yasaklayan yeni bir mevzuat ihdas etmesi nedeniyle düşmüştür.³⁸²

Satın alma fiyatı ayrımcılığı bakımından rekabet hukuku mevzuatındaki en ilgiye değer ve katı diyebileceğimiz kanuni düzenleme, ABD'deki Robinson Patman Kanunu'dur (*Robinson Patman Act*). Bu kanun, alıcıların sağlayıcılara uyguladığı şartlarla rakip alıcıların rekabette dezavantajlı bir noktaya getirmesini (ikinci derece ayrımcılık) yasaklamaktadır. Üstelik bu yasaklayıcı düzenleme, ne söz konusu alıcının pazar gücüne sahip olmasını ne de söz konusu davranışın pazarda etki doğurmasını aramamaktadır. Dolayısıyla alıcı kaynaklı satın alma fiyatı ayrımcılığına AB rekabet hukuku rejiminden çok daha katı bir şekilde müdahale etmektedir. Söz konusu kanun, sağlayıcıların farklı sağlayıcılara aynı ürün için

³⁸¹ A.g.e., Baker, Jonathan B., Chevalier, Judith A. (2013) 'The Competitive Consequences of Most-Favored-Nation Provisions' Antitrust Magazine, Vol. 27, No. 2, 2013, s.23-25. (<https://ssrn.com/abstract=2251165>).

³⁸² Karar için bkz. United States v Blue Cross Blue Shield of Mich (2011), Bkz. Carstensen (2017), s.101.

farklı fiyatlar uygulamasını da alıcıların sağlayıcılara uyguladıkları şartlarla rakip alıcıların daha dezavantajlı koşullara muhatap olmasına neden olmasını da yasaklamaktadır. Hatta bu davranışların ortaya çıkarılması durumunda hem sağlayıcı hem de alıcı cezalandırılmaktadır. Dolayısıyla bir ölçüde 4. madde ya da ABİDA 101. madde uygulamasına benzemektedir.³⁸³

Robinson Patman Kanunu her ne kadar rekabet hukuku mevzuatının bir parçası olarak tasarlansa da uygulanması için pazar gücünün varlığını gerektirmediği ve rekabetçi sürece zarar verilmiş olması şartını aramadığı için daha ziyade haksız rekabet hukukunun bir parçası olarak değerlendirilmektedir.³⁸⁴ Üstelik kanunda, bu yasağın amacı tüketicilerin korunması ya da ekonomik etkinliğin korunması olarak değil açıkça “rakiplerin korunması” olarak belirtilmiştir. Bu hususlar, her ne kadar rekabet hukuku mevzuatının bir parçası olarak kaleme alınsa da bu kanunun aslında rekabet hukukunun temel amacının “ekonomik etkinlik” olduğunu savunan hâkim görüşle de çeliştiğini göstermektedir. Aslında kanunu ortaya çıkaran toplumsal koşullara bakmak, kanunun neden bu kadar katı ve konvansiyonel rekabet hukukuyla da bağdaşmayan bir yaklaşım benimsediğini açıklar niteliktedir. Şöyle ki bu kanun, güçlenen organize perakendecilerin pazarlık gücünden doğan endişeler nedeniyle küçük alıcıların yaptığı lobi faaliyetleri sonrasında yürürlüğe girmiştir. Dolayısıyla bu durum aslında kanunun neden etki şartı aramadığını, birinci ya da ikinci derece her türlü ayrımcılığı neden yasakladığını açıklar niteliktedir. Nitekim, kanun alıcıların sağlayıcılardan diğer alıcıları dezavantajlı duruma düşürecek avantajlı şartlar elde etmesini, bu şartların haklı gerekçelere dayanıp dayanmadığına ya da maliyet farkları veya ölçek ekonomisi gibi meşru nedenlerden kaynaklanıp kaynaklanmadığına bakmaksızın “haksız” olarak değerlendirmektedir.³⁸⁵ Her ne kadar son derece katı olsa da bu kanunun uygulaması, 1970’lerden itibaren başlayan daha ekonomik yaklaşımın ön plana çıktığı rekabet hukuku paradigması değişikliği nedeniyle son derece zayıftır. Mahkemeler de kanunu son derece dar bir çerçevede ele almaktadır.

³⁸³ Herrera (2017), s. 262, para 615.

³⁸⁴ A.g.e.

³⁸⁵ Herrera (2017), s. 263, para. 617.

2.3.1.5. Yıkıcı/Aşırı Satın Alma (Predatory Buying/Overbuying)

Hâkim durumdaki sağlayıcıların genellikle rakiplerinin pazardan çıkmasını sağlamak amacıyla uyguladığı “yıkıcı fiyatlandırma” eyleminin alıcı gücüne sahip bir ya da birden fazla teşebbüs tarafından uygulanabilen simetrik denilebilecek versiyonu aşırı satın alma davranışı, bir diğer adıyla yıkıcı satın alma davranışıdır (*overbuying/predatory buying*). Aşırı (ya da yıkıcı) satın alma davranışı aslında alıcının rakip alıcıları bir üründen mahrum bırakmak ya da maliyetlerini artırmak için bu üründen rekabetçi şartlar altında alacağı miktardan daha fazla alması ya da söz konusu ürüne rekabetçi bir piyasada ödeyeceğinden daha yüksek bedeller ödemesidir. Her iki durumda da bu davranış, şayet söz konusu alıcının marjinal maliyetleri yukarı eğimliyse yani alınan ürün miktarı arttıkça birim ürünün marjinal maliyeti artıyorsa rakip alıcıların maliyetlerini artıracaktır.

Elbette bu strateji, uzun vadede talebin artacağıının öngörülmesi nedeniyle ve buna hazırlık yapmak amacıyla (dolayısıyla etkinlik artırıcı ve rasyonel denebilecek gerekçelerle) yapılabilir. Bunun yanında bu tip bir aşırı satın alma eylemi, söz konusu girdiye MRP’den daha yüksek bir bedel ödenmesini gerektireceği ve fazladan alınan ürünlerle ne yapılacağı, bunların nerede stoklanacağı gibi başkaca sorunlar getireceği için alıcı teşebbüs bakımından uygulaması son derece masraflı bir stratejidir. Yine bu tip bir davranış, sağlayıcıların sömürülmesinden ziyade rekabetçi düzeyin üzerinde bir gelir elde etmelerini sağladığı için yeni sağlayıcıların pazara girişlerini de özendirebilir. Dolayısıyla bu davranış bakımından zarar görecektir olan teşebbüsler daha ziyade üst pazardaki sağlayıcılar değil alıcının alt pazarda faaliyet gösteren ve aynı ürün veya girdiye ihtiyaç duyan rakipleridir. Ancak şayet bu strateji başarılı olur ve alt pazardaki alıcıların sayısı azalırsa söz konusu alıcı uzun vadede pekişen pazar gücüyle sağlayıcılara da monopson ya da buna yakın bir güç elde ederek zarar verebilir. Yine aynı şekilde çok güçlenen bir alıcı, nihai tüketicilere de elde ettiği monopol gücünü uygulama imkânı bulabilir. Dolayısıyla her ne kadar maliyetli olduğu söylenebilecekse de bu

davranış, tıpkı “yıkıcı fiyatlandırma” gibi alıcının rakip alıcılara ve sağlayıcılara pazar gücü bulunduğu mesajını vermesini sağlayacak ve -şayet rakiplerin pazar dışına atılmasına yarayacak kadar uzun bir süre sürdürülebilirse- uzun vadede alıcı bakımından pekâlâ pazar gücünü pekiştirecek bir strateji olabilecektir.

Tabii her ne kadar teorik olarak rasyonel görünse de alıcıların bu tip bir davranışa girdiği pek sık görülmemektedir.³⁸⁶ Bunun da muhtemel nedeni alıcının uygulayacağı bu tip bir dışlayıcı davranışın geri dönüşünün zor, risk ve maliyetinin ise yüksek olmasıdır.³⁸⁷

2.3.1.6. Pazar Gücünü Diğer Pazarlarda Güç Elde Etmek Amacıyla Kaldıraç Olarak Kullanma (*Leveraging Market Power*)

Pazar gücünü diğer pazarlarda güç elde etmek amacıyla kaldıraç olarak kullanma, alıcı ya da sağlayıcı olsun fark etmeksizin bir teşebbüsün bir pazardaki pazar gücünü ilişkili başka bir pazarda daha fazla pazar gücü elde etmek amacıyla kullanmasıdır. Üst pazarda ciddi bir alıcı gücü bulunan bir perakendecinin en önemli sağlayıcılardan en avantajlı koşullar elde etmesi ya da perakende pazarında tüketiciler için son derece önemli bir ürünü münhasıran alması gibi davranışları neticesinde perakende pazarında da pazar gücünü artırması bu tip bir kaldıraç etkisine örnek olarak verilebilir. Bağlama uygulamaları da genellikle bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bu davranış genellikle ilgili teşebbüsün birbiriyle ilişkili iki pazarda aynı anda ve önemli bir pazar gücüne sahip olarak faaliyet göstermesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Ham maddeye erişim için önemli bir konumda olan ve bu hammaddeden üretilen işlenmiş ürünler pazarında

³⁸⁶ Herrera (2017), s.233, para.533.

³⁸⁷ Bu husustaki önemli bir karar Weyerhaeuser Co. v Ross Simmons kararıdır. Karar için bkz. (https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/amicus_briefs/weyerhaeuser-co.v.ross-simmons-hardwood-lumber-co/p062112weyerhaeuserross-simmonsamicusbrief.pdf)

faaliyet gösteren bir teşebbüsün üst pazardaki davranışları, doğrudan alt pazarı da etkileyecektir.³⁸⁸

2.3.2. Sömürücü Uygulamalar (*Exploitative Conducts*)

Rekabet hukukunda sömürücü davranışların ders kitabı tanımı diyebileceğimiz tanımı, yüksek pazar gücüne sahip teşebbüsün, sahip olduğu pazar gücünden kaynaklanan avantajlarını tekel kârı elde etmek amacıyla ve tüketicilere doğrudan zarar verecek biçimde kullanmasıdır.³⁸⁹ En önemli sömürücü davranış örnekleri, aşırı fiyat, bağlama uygulamaları, inovasyonun azaltılması, arzın kısılması, haksız sözleşme koşulları olarak gösterilmektedir.³⁹⁰

Rekabet hukukunun sömürücü davranışlara hangi koşullarda müdahale edeceği, hatta müdahale etmesi gerekip gerekmediği oldukça tartışmalıdır.³⁹¹ Hâkim durumdaki sağlayıcıların “aşırı fiyat uygulamaları” gibi sömürücü davranışlar bakımından kabul görmüş bir standarttan söz etmek mümkün değildir. Nitekim ABD’de esas itibariyle tek taraflı kötüye kullanma davranışları olarak dışlayıcı davranışlar anlaşılmakta, teşebbüslerin sömürücü nitelikteki davranışları hukuka uygun kabul edilmektedir.³⁹² Yine mehz AB hukukunda da sömürücü kötüye kullanma davranışına son derece istisnai durumlarda müdahale edilmekte, üye ülke rekabet otoriteleri de Komisyon da bu davranışlara müdahale konusunda çekimser davranmaktadır. Sömürücü davranışlara ilişkin bu çekimser yaklaşımın temel gerekçeleri ise, hâkim duruma gelinmesinin kendi başına yasak olmaması

³⁸⁸ Örneğin, Irish Sugar kararında Komisyon, şeker üretimi pazarında da şekerin perakende satışı pazarında da faaliyet gösteren Irish Sugar’ın üst pazardaki hakimiyetini alt pazardaki rakip alıcıları dışlamak için kullandığı iddiası incelenmektedir. Karar için bkz. Irish Sugar plc v Commission, Case T-228/97.

³⁸⁹ Arı M.H. (2019) ‘Dışlayıcı Uygulamalara Dair Yaklaşımlar Çerçevesinde İndirim Sistemlerine İlişkin Son Dönem Kurul Kararlarının Değerlendirilmesi’, Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri içinde (ed. Sanlı K.C.), 2019, On İki Levha Yayınları, s.241-242.

³⁹⁰ Haluk (2019), s. 242.

³⁹¹ Sanlı K.C, Ardiyok, S. (2013) ‘Şirketler İçin Rekabet Hukuku Rehberi’, Milletlerarası Ticaret Odası Yayını, s.62.

³⁹² A.g.e.

ve tekelci fiyat gibi uygulamaların ilgili piyasaya girişleri özendireceği ve nihayetinde söz konusu piyasa aksaklığının devlet müdahalesi olmaksızın çözüleceği varsayımdır.³⁹³ Yine özellikle aşırı fiyat gibi zarar teorileri bakımından bir fiyatın ne zaman aşırı olduğunun belirsiz olması, rekabet otoritelerinin bu davranışlara müdahalede çekimser davranmasının bir başka nedenidir. Nitekim, bugün geldiğimiz noktada genellikle rekabetçi bir piyasada oluşan fiyattan önemli ölçüde yüksek olan fiyat olarak tanımlansa da rekabetçi fiyatın tespitinin zorluğu aşırı fiyat nedeniyle teşebbüslere yaptırım uygulanmasının hale son derece tartışmalı olmasına neden olmaktadır.

Alıcıların sömürücü uygulamaları ise, alıcıların pazar güçlerini kullanarak tedarikçi artığını kendilerine geçirmesi olarak ifade edilebilir. Bu da kendisini genellikle tedarikçilere onlar bakımından önemli ölçüde refah kaybına neden olacak ölçüde düşük fiyatlar uygulanması olarak göstermektedir. Elbette bu tip bir sömürücü uygulamanın, yalnızca fiyat değil diğer ticari şartlar yoluyla yapılması da mümkündür. Bu da haksız ticari şartlar olarak ifade edilen koşullarla olmaktadır. Bu koşulları genel olarak, alıcıların haklı gerekçe ya da tedarikçilere telafi edici bir menfaat sağlamaksızın ticari riski alıcıdan tedarikçiye geçirin koşullar olarak ifade edebiliriz.

Alıcıların sömürücü uygulamaları teorik çerçevede daha çok monopsonun söz konusu olduğu durumlarda mümkün görünmektedir. Bu da monopsonun ekonomik teorideki karşılığı uzun vadeli sürdürülebilecek rasyonel bir durum olmadığı için oldukça nadirdir. Dolayısıyla aslında alıcıların sağlayıcılara tek taraflı davranışlarla “sömürücü” denebilecek düzeyde zarar verebilmesi pazarın her iki tarafında pazar gücüne sahip teşebbüslerin bulunduğu durumlarda çok sık görülmez. Bunun yerine alıcıların birden fazla alıcının koordinasyonu (danışıklı uygulamalarla) sömürücü davranışlara girişmesi ya da güçlü alıcının karşısındaki atomistik diyebileceğimiz çok küçük sağlayıcılara sözleşmedeki nispi

³⁹³ A.g.e.

pazarlık gücünü kullanarak “haksız ticari şartlar” denilen ağır ticari şartlar uygulaması daha sık görülür.

2.3.2.1. Düşük Fiyatlarla Satın Alma Sömürücü Davranış Sayılır Mı?

Sömürücü düzeyde fiyat düşürme eylemi, çok genel olarak bir girdi ya da nihai ürünün satın alma fiyatının alt pazarda rekabet olsaydı oluşacak fiyat düzeyinin önemli ölçüde altında bir noktaya getirilmesidir. Bu da alıcı gücü bakımından daha ziyade monopsonun birinci bölümde açıkladığımız üzere talebi kısararak girdi fiyatında ciddi düzeyde indirim elde etmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Bu durum üst pazardaki rantın sağlayıcıdan monopsoniste geçmesine neden olmakta ve aslında genellikle -en azından kısa vadede- doğrudan tüketici zararına neden olmamaktadır. Tabii bu tip bir uygulamanın uzun vadede tedarikçilerin yenilik yapma motivasyonunu olumsuz etkileyerek dinamik etkinliğe zarar vermesi mümkündür. Ancak burada sağlayıcıların etkin olup olmadığına da bakılması gerekir. Şayet sağlayıcılar etkin değilse bu durum bir anlamda alıcı için haklı gerekçe teşkil edecek ve bu tip bir uygulamanın rekabet karşıtı zarar doğurma ihtimali düşecektir.

Sağlayıcıların uyguladığı aşırı fiyatla alıcıların uyguladığı aşırı düşük satın alma fiyatı arasında bir farktan da söz etmek yerinde olacaktır. Sağlayıcıların uyguladığı aşırı fiyat uygulamaları doğrudan etkinlik kaybına neden olmakta ve kendisini genellikle doğrudan tüketici zararı olarak göstermektedir. Ancak alıcıların sağlayıcılara uyguladıkları aşırı düşük fiyatların tüketicilere de daha düşük fiyatlar olarak dönmesi mümkündür. Dolayısıyla bu uygulama sağlayıcılar bakımından refah kaybı yaratırken, tüketiciler bakımından refah artışı yaratabilir. Söz konusu düşük fiyatların tüketicilere yansıyor yansımayacağı da alt pazardaki rekabet koşullarına bağlıdır.

Literatürde hangi fiyatların düşük fiyat kabul edileceği belirlenirken, sağlayıcılar için aşırı fiyatın standartlarını belirleyen United Brands kararındaki koşulların

simetrik versiyonlarının uygulanması gerektiği belirtilmektedir.³⁹⁴ United Brands kararında Komisyon, uygulanan fiyatın aşırı fiyat olup olmadığını tespit ederken iki aşamalı bir test uygulamıştır. Bu testlerden birincisi, teşebbüsün hâkim durumda olup olmadığını tespitidir. İkinci test ise, söz konusu fiyatın rekabetçi bir piyasada oluşacak fiyattan yüksek olup olmadığıdır. Bu testi alıcı gücüne uyarlıysak pazar payı gibi konvansiyonel ölçütler dikkate alındığında ilk koşul alıcının pazarlık gücüne ilişkin durumlarda pek uygulama alanı bulamayacaktır. Bunun yerine daha ziyade monopson durumunu kapsayacaktır. İkinci koşulunun alıcıya uyarlı olan versiyonu da satın alma fiyatının rekabetçi bir piyasada ne kadar olacağının belirlenmesi ve ancak ve ancak bu fiyatın altında olan satın alma fiyatlarının aşırı düşük fiyat ya da sömürücü davranış olarak kabul edilmesi gerekir. Ancak her iki durumda da tam rekabetçi koşulların simülasyonunu yaratmak zor olduğu için uygulanan fiyatların “aşırı düşük” olup olmadığı kolay kolay tespit edilemeyecektir.

2.3.2.2. Haksız Ticari Şartlar (*Unfair Trading Conditions*)

Haksız ticari şartlar, alıcıların tedarikçileriyle yaptıkları sözleşmelerde yer alan ve ticari riski alıcıdan tedarikçiye yükleyen şartlardır. Bu şartların “haksız” olarak nitelendirilmesinin ölçütü, tedarikçiye kendisine yüklenen bu risk karşılığında bunu telafi edecek düzeyde bir menfaat sağlanmaması ve bu şartların objektif ve meşru biçimde gerekçelendirilememesidir. Haksız ticari şartlar olarak nitelendirilen şartlar sınırlı sayıda olmayıp en geleneksel örnekleri tedarikçilerden raf primi alınması, uzun ödeme vadeleri uygulanması, sağlayıcıların ürünlerin pazarlama maliyetlerine katılımının talep edilmesi, ürünlerin nakliyesinden doğan tüm hasar riskinin tedarikçilere yüklenmesi gibi uygulamalardır.

Haksız ticari şartlara, hukuk müdahalesi gerektiğini savunan görüşler iktisadi etkinlik sağlama motivasyonundan ziyade sosyal kaygılarla hareket etmekte ve aslında geleneksel bir zayıf teşebbüsü güçlü teşebbüse karşı (büyük alıcıyı, küçük

³⁹⁴ Herrera (2017), s. 316.

üreticilere karşı) koruma güdüsüne dayanmaktadır. Nitekim tam da bu nedenle bu tartışmalar daha ziyade gıda sektörü gibi küçük üreticilerin önemli yer tuttuğu ve politik önemi haiz sektörler bakımından gündeme getirilmekte ve politikacılar ve lobi faaliyetleriyle desteklenmektedir. Bu durum da alıcı gücünün sağlayıcılar üzerindeki pazarlık gücünü kötüye kullanmasının en merkezi tartışma konularından birinin haksız ticari şartlar ve bu şartların rekabet hukukunun konusu olup olmadığı tartışması olmasına neden olmaktadır.

Haksız ticari şartlar, nitelikleri itibariyle sözleşmesel ilişkide tarafların konumu arasında “adil” bir denge sağlanması, sözleşme sonucunda elde edilen menfaatin diğer tarafa “adil olmayacak” biçimde aktarılmaması gibi gerekçelerle savunulmaktadır. Söz konusu gerekçelerle rekabet politikasının “rekabetçi süreci koruma” ya da “ekonomik etkinlik sağlama” gibi amaçlarının ne kadar örtüştüğü ise oldukça tartışmalıdır. Literatürde bizim de katıldığımız ağırlıklı görüş, bu tip uygulamaların genel olarak piyasaya etkisinin sınırlı olduğunu ve ancak piyasada kayda değer bir rekabetçi zarar doğurdıkları takdirde rekabet hukuku müdahalesi gerektireceklerini, salt “adil bir sözleşmesel menfaat dengesi” yaratma gayesinin rekabet hukukunun amaçlarıyla örtüşmeyeceğini kabul etmektedir.³⁹⁵ Bu yaygın görüşün de etkisiyle haksız ticari şartlara yönelik müdahalelerin pek çok ülkede rekabet hukukundan ayrı bir mevzuat kapsamında düzenlendiği görülmektedir. Türkiye’de haksız ticari şartlara ilişkin bütünsel bir mevzuat bulunmasa da Perakende Ticaretin Korunması Hakkında Kanun’da perakendecilerin tedarikçilerine uyguladığı sözleşmesel koşullara ilişkin birtakım önemli düzenlemeler yer almakta, Türk Ticaret Kanunu’nun ödeme vadelerine ilişkin 1530. maddesi ve Türk Borçlar Kanunu’nun genel işlem şartlarına ilişkin hükümleri bu şartlara da uygulanan mevzuat hükümleri içermektedir. Yine haksız ticari şartlarla ilgili endişelere yönelik olarak Rekabet Kurumu da Şubat 2021’de yayımladığı HTM Sektör İncelemesi Ön Raporu’nda haksız ticari şartları hedef alan ayrı bir mevzuat hazırlanması gerektiğini ve hatta bu şartları denetlemek üzere düzenleyici bir idari otorite kurulması gerektiğini belirtmektedir. Bu

³⁹⁵ Bkz. Herrera (2017), 387-451.

hususlara ilişkin ayrıntılı değerlendirmeyi dördüncü ve son bölüm altında yapacağız.

Haksız ticari şartlar genellikle rekabet hukukunun kapsamı dışında kabul edilse de bu şartların hiçbir durumda rekabet hukukunun müdahale sahasına girmeyeceğini kabul etmek dar bir yaklaşım olacaktır.³⁹⁶ Nitekim ciddi bir pazar gücü bulunan bir alıcı teşebbüsün uyguladığı liste dışı bırakma tehdidi gibi uygulamalar klasik anlamda hâkim durumun kötüye kullanılması teşkil edebilecektir.

2.3.3. Danışıklık (*Collusion*)

2.3.3.1. Alıcılar Arasındaki Yatay Anlaşmalar: Alıcı Kartelleri ve Ortak Alım Anlaşmaları

Mehaz AB ve Türkiye rekabet hukuku kapsamında kartel olarak nitelendirilen ihlal tipleri bakımından alıcı ya da sağlayıcı ayrımı yapılmamış, söz konusu anlaşmaların fiyatı belirleme, müşteri paylaşma gibi kartel sayılan davranışlardan birine ilişkin olması ve bu anlaşmaların rakipler arasında yapılması ihlalin yasak olması için yeterli kabul edilmiştir. Hatta karteller bakımından bir etki analizi yapılması gerektiği de düzenlenmemiş, salt rekabeti sınırlama amacının tespiti ihlalin doğması için yeterli kabul edilmiştir. Ancak durum alıcıların bir araya gelerek alım yaptığı “ortak alım anlaşmaları” ya da başka bir ifadeyle “alıcı grupları” (*buying groups*) bakımından farklıdır. Bu tip anlaşmaların bazı durumlarda (aslında her koşulda rekabeti sınırlıyor olsalar da) çeşitli etkinlik kazanımları da doğurdukları için muafiyet alabilmesine imkân tanınmıştır.

ABD’de bir grup alıcının ortak bir havuz oluşturup sağlayıcılarla daha iyi pazarlık edebilmek için ortak alım yapmasını (şayet bu ortak alım miktarı ilgili pazardaki satın almaların %35’ini aşmıyorsa) rekabeti kısıtlayıcı olarak

³⁹⁶ Bu görüşte bkz. Lianos (2016), Superiors Bargaining Power.

değerlendirilmemektedir.³⁹⁷ Yine bazı spesifik sektörler bakımından normal şartlarda alıcı karteli olarak nitelendirilebilecek yatay anlaşmaların çeşitli başka kanunlarla izin verilen davranış olarak düzenlendiği de görülebilmektedir. Yine AB ve Türkiye mevzuatlarında da ortak alım anlaşmaları için teşebbüslerin hem alt hem de üst pazardaki toplam pazar payının %15'ten az olması durumunda grup muafiyeti kapsamında değerlendirmektedir. *Carstensen*'e göre, alıcıların yaptığı yatay anlaşmalara diğer yatay anlaşmalara kıyasla daha büyük bir dikkatle yaklaşılması gerekmektedir. Bunun da temel sebepleri (i) alıcıların sağlayıcılardan daha düşük pazar paylarıyla bile rekabeti bozucu davranışlar içerisine girebilmesi ve bu nedenle alıcı koordinasyonun doğurduğu rekabetçi tehlikenin sağlayıcılara kıyasla daha yüksek olması (ii) alıcı kartellerine daha fazla sayıda katılım olması ancak bu anlaşmaların anti rekabetçi etkilerinin gözlemlenmesinin bu teşebbüsler bakımından söz konusu anlaşmaya bağlı kalmak çok daha avantajlı olduğu için zor olması ve (iii) dolayısıyla sağlayıcılara göre kartelden cayma güdülerinin zayıf olmasıdır.³⁹⁸

Öncelikle alıcı gruplarının ve alıcı kartellerinin birbirinden nasıl ayırt edilebileceğine bakmak gerekir. Bu her ne kadar kavramsal ölçüde kolay görünse de bir kere bu tip bir koordinasyona giren alıcı gruplarının izin verilen koordinasyon sınırını aşıp kartel haline gelme ihtimalinin güçlü bunun ispat edilmesinin ise zor olması, bu ayrımı pratikte zorlaştırmaktadır. Dolayısıyla izin verilen koordinasyonun sınırlarının çok açık biçimde çizilmesi ve bu tip bir muafiyet kararının rekabet otoritelerince dikkatle izlenmesi gerekir.

2.3.3.1.1. Alıcı Kartelleri

Kartel, rekabet hukukunda genel çerçevede rakiplerin anlaşarak rekabeti sınırlamasıdır. Dolayısıyla bu tip bir anlaşmanın aslında temel motivasyonu (amacı) birlikte pazar gücü yaratmak ve bu gücü kullanarak piyasada faaliyet

³⁹⁷ Carstensen (2017), s. 181.

³⁹⁸ Carstensen (2017), 184.

göstermek suretiyle ortak menfaat elde etmek ve esas olarak rekabetçi sürecin getirdiği risklerden ve belirsizliklerden kurtulmaktır. Alıcılar bakımından kartel kabul edilebilecek davranışlara (i) satın alma fiyatının tespiti (ii) müşteri ve tedarikçi paylaşımı (iii) girdi ya da ürünlerin satın alma miktarlarının belirlenmesi ve (iv) rekabete duyarlı bilgi paylaşımı verilebilir. Yine kanaatimizce emek sektöründe işverenlerin emeğin ücretini birlikte belirlemesi de kartel kabul edilmelidir.³⁹⁹ Dolayısıyla aslında alıcı kartelleri bakımından temel mesele, girdi fiyatları ve satın alma koşullarına ilişkin rekabetin kısıtlanması ve olası sağlayıcı davranışlarının kontrol edilmesidir.⁴⁰⁰ Yine bu koordinasyonun alt pazarda da sürmesi ve tüketicilere yapılan satışlara ilişkin rekabeti etkilemesi de mümkündür. Bu da alıcı kartellerini sağlayıcı kartellerinden daha tehlikeli yapan hususlardan biridir.

İçtihatlara baktığımızda da alıcı kartellerinin özellikle de emek sektöründe yoğunlaştığı görülmektedir. Nitekim özellikle ABD’de rekabet otoritelerinin önüne işverenlerin bir araya gelerek ücretleri belirlediği ya da iş sınıflarına karar verdiğine ilişkin ihlal iddialarının geldiğini görüyoruz.⁴⁰¹ Yakın zamanda Rekabet Kurulu da emek sektörüne ilişkin, centilmenlik anlaşması yaptıkları iddiasıyla çok sayıda teşebbüse ilk kapsamlı soruşturma kararını ilan etti.⁴⁰²

Alıcı kartelleri bakımından bir diğer mesele, bu kartellerin herhangi bir tüketici zararı doğurmadıkları durumda da hukuka aykırı kabul edilip edilmeyecekleridir. Ancak AB uygulamasına da ABD uygulamasına da baktığımızda bu tip kartellerin amaç bakımından rekabeti sınırlandırdıklarının ve bu nedenle hukuka aykırı olduklarının kabul edildiğini görüyoruz.

³⁹⁹ Bu görüşte bkz. Carstensen (2017), s. 187.

⁴⁰⁰ Carstensen (2017), s. 185.

⁴⁰¹ Bkz. Ersoy, Ç. (2020), ‘İnsan Kaynakları Alanında Rekabet Hukuku Uygulamalarına Bir Bakış’, Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri 2019 içinde (ed. Sanlı, K.C, Alma D.A), 2019, On İki Levha Yayınları, s. 243-260.

⁴⁰² Rekabet Kurumu duyurusu için bkz. (<https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/isgucu-piyasasina-yonelik-centilmenlik-a-d8bc3379bea1eb11812e00505694b4c6>) (Son erişim tarihi 30 Mayıs 2021).

Alıcı kartellerinin faaliyetlerinin birlikte bu kartelin üyeleri değil ancak bir temsilci (*agent*) eliyle yürütülmesi de mümkündür. Örneğin bir tedarikçinin alıcılar arasında rekabete hassas bilgi değişimine aracılık etmesi de söz konusu olabilir. *Hub-and-spoke* kartel ya da merkez ve uç iş birliği veya ABC kartel olarak adlandırılan bu kartel tipinde, perakendeci A, fiyat yükselteceğini çalıştığı tedarikçi B ile paylaşır, B de bu bilgiyi kendisiyle çalışan ve A'nın da rakibi olan diğer bir perakendeci olan C'ye iletir. Bu şekilde her iki perakendeci de birbirinin geleceğe yönelik stratejilerine tedarikçi sayesinde erişir ve davranışlarını uyumlulaştırır. Bu davranış ihlal yapan özellik ise perakendeci A'nın bilginin rakibi C'ye gitmek üzere tedarikçi B ile paylaşması, C'nin de gelen bilginin rakip A'dan geldiğinden emin olması ve bu bilgiyi davranışlarını A ile uyumlaştırmak için kullanmasıdır.

2.3.3.1.2. Alıcı Grupları (Buying Alliances)

Alıcı grubu ve kartel arasındaki en temel fark, kartel amaç olarak rekabeti sınırlamayı gözetirken alıcı grubunun amacının birlikte hareket ederek maliyet avantajları gibi etkinlik kazanımları elde etmeyi amaçlamasıdır. Bu etkinlik kazanımları satın alma miktarı arttığı için birim ürün fiyatının düşmesi olabileceği gibi nakliye veya teslimat veya stoklama gibi faaliyetlerden doğan işlem maliyetlerinin düşmesi de olabilir. Dolayısıyla yukarıda da belirtildiği gibi bir alıcı grubunu alıcı kartelinden ayıran en temel husus, söz konusu iş birliğinin temel motivasyonu başka bir ifadeyle erişmek istenen işlevsel faydadır. Bu fayda da genel çerçevede belirli bir ölçek yakalanarak ya da tam kapasite kullanımı sağlanarak ölçek ekonomisinden faydalanmak ve/veya maliyetleri düşürmektir. Türkiye'de ortak alım anlaşmalarına örnek olarak Rekabet Kurulu tarafından muafiyet verilen Fayda A.Ş. kararı verilebilir.⁴⁰³ Söz konusu kararda 29 ilde toplam 967 şube ile faaliyet gösteren 72 yerel zincir marketin hızlı tüketim malları pazarında ortak alım yapmak ve rekabetçi ve maliyet avantajları elde etmek için Fayda Mağazacılık San. ve Tic. A.Ş. isimli şirketi kurarak girdikleri yatay iş

⁴⁰³ Rekabet Kurulu'nun 11.11.2009 tarih ve 09-54/1291-325 sayılı Fayda A.Ş. kararı.

birliği anlaşması incelenmiştir. Kurul karar kapsamında yaptığı değerdendirmede işlemin, işlemden etkilenen hızlı tüketim perakende ve tedarik pazarlarında rekabeti kısıtlamaktan ziyade küçük işletmelere getirdiği maliyet avantajlarıyla onları daha rekabetçi bir konuma getirdiğine ve dolayısıyla etkinlik yaratıcı nitelikte olduğuna karar vermiş ve söz konusu yatay iş birliği anlaşmasına 3 yıllık bireysel muafiyet tanımıştır.

2.3.4. Alıcıların Taraf Olduğu Birleşme-Devralmalar

Alıcı gücü, yoğunlaşma denetiminde yapılan analize genellikle iki şekilde dahil edilir. Bunlardan birincisi, yoğunlaşma işleminin sonucunun alıcı gücü yaratıp yaratmadığının ya da mevcut alıcı gücünü pekiştirip pekiştirmediğinin ele alındığı dolayısıyla alıcı gücünün artmasının esas zarar teorisi olduğu durumdur.⁴⁰⁴ İkincisi ise bir pazardaki yoğunlaşma işlemi sonucunda doğuracağı rekabeti bozucu etkileri azaltan bir faktör olarak söz konusu pazarda alıcı gücünün mevcut olup olmadığının ele alındığı yani alıcı gücünün “*mitigating factor*” (“hafifletici unsur”) olduğu durumdur.⁴⁰⁵ Biz bu bölümde, birinci durumu yani alıcıların taraf olduğu yoğunlaşma işlemlerinin hangi durumlarda rekabeti bozucu olabileceğini ele alacağız.

AB rekabet hukukunda yoğunlaşma kontrolüne ilişkin temel hukuki düzenleme Avrupa Birliği Birleşme Devralma Tüzüğüdür (The EU Merger Regulation). Bu tüzüğe göre birleşme-devralma işlemleri ele alınırken ölçüt olarak “rekabetin önemli ölçüde azaltılması” testi (SIEC testi) kullanılmaktadır. Bu teste göre, rekabeti önemli ölçüde azaltan yoğunlaşma işlemlerine müdahale edilmekte ve bu koşulun da özellikle “hâkim durum yaratılması veya mevcut hâkim durumun güçlendirilmesi” durumları olduğuğunda gerçekteştiği kabul edilmektedir. SIEC testi uyarınca yoğunlaşma işleminin rekabeti önemli ölçüde azaltması yeterli olup, en önemli gösterge kabul edilse de yoğunlaşma işlemi neticesinde hâkim durum

⁴⁰⁴ Ezrachi (2014), Merger Control, s. 69.

⁴⁰⁵ A.g.e.

yaratılması ya da hâkim durumun güçlendirilmesi zorunlu değildir. Yine, SIEC şartının sağlandığının tespiti için, yoğunlaşma sonrasında rakip alıcılar pazar dışına çıkmaya zorlanmasa bile bu teşebbüslerin pazarda etkin rekabet edemeyecek kadar dezavantajlı bir konuma getirilmesi de yeterli kabul edilmektedir.⁴⁰⁶

SIEC testi Haziran 2020’de AB mevzuatıyla uyumlaştırma çalışmaları kapsamında Rekabet Kanunu’nda yapılan değişiklikle bizim mevzuatımıza da dahil edilmiştir. Dolayısıyla her ne kadar uygulamada zaman zaman SIEC testi de uygulansa da bizim mevzuatımızda 2020 öncesinde en azından Rekabet Kanunu’nun 7. maddesi kapsamında yoğunlaşma işlemlerinin yasaklanabilmesi için ölçüt olarak “hâkim durum yaratılması ya da hâkim durumun güçlendirilmesi” şartının arandığını söyleyebiliriz. Nitekim dördüncü bölümde ele alacağımız Anadolu Grubu-Migros devralma kararı ve Migros-Tesco Kipa kararı gibi pek çok kararda hâkim durum testi son derece katı biçimde uygulanmıştır. Örneğin Migros-Tesco Kipa kararında, rekabetçi sorunun yalnızca yoğunlaşma işlemi sonucunda birleşen teşebbüsün pazar payının %40 ve üzerine geldiği ilçelerden oluşan coğrafi pazarlarda ortaya çıkacağı kabul edilmiştir.⁴⁰⁷ Yine aynı kararda tespit edilen tedarik pazarlarından yalnızca bira pazarında Migros’un kontrolünü elinde bulunduran Anadolu Grubu’nun hâkim durumda olduğu dolayısıyla birleşme sonucunda bu hâkim durumun pekişeceğinden bahisle yalnızca bu pazar bakımından potansiyel rekabet karşıtı etki değerlendirmesi yapılmıştır. Söz konusu kararlarda ayrıca teşebbüslerden yalnızca ilgili yoğunlaşma işlemlerinin hâkim durum yarattığı ya da mevcut hâkim durumu güçlendirdiği pazarlar bakımından taahhüt alınmıştır.

Yoğunlaşma işlemlerine genel çerçevede ne zaman müdahale edildiğine ilişkinin açıklamanın ardından, bu bölümde alıcıların taraf olduğu yoğunlaşma işlemlerinin potansiyel rekabeti bozucu etkilerini açıklayacağız. Alıcı gücünü artıran

⁴⁰⁶ Herrera (2017), s. 571.

⁴⁰⁷ Rekabet Kurulu’nun 09.02.2017 tarih ve 17-06/56-22 sayılı Migros-Tesco Kipa kararı.

yoğunlaşma işlemleri, alt pazarda faaliyet gösteren alıcıların gerçekleştirdiği yoğunlaşma işlemleri (yatay yoğunlaşma) veya alt pazardaki alıcıyla üst pazardaki tedarikçinin dikey entegrasyon sağlamak amacıyla birleşmesi (dikey yoğunlaşma) şeklinde gerçekleşebilir.

Rekabet Kurumu'nun, Yatay Birleşme-Devralmalara İlişkin Kılavuzu ("Yatay Birleşme-Devralma Kılavuzu") uyarınca, bir yoğunlaşma işlemi değerlendirilirken bu işlemin üst pazarlardaki tedarikçiler üzerinde alıcı gücü yaratıp yaratmadığı da yoğunlaşma analizinde dikkate alınması gereken önemli hususlardan biridir.⁴⁰⁸ Kılavuza göre bir yoğunlaşma işlemi, bir alıcının üst pazarda hâkim duruma gelmesine ya da mevcut hâkim durumunu güçlendirmesine yol açarak rekabeti önemli ölçüde kısıtlayabilir.⁴⁰⁹ Kılavuza göre bu tip bir etki, birleşik teşebbüsün, üst pazarda alım yaptığı girdi miktarını azaltarak (*withholding effect*) bu girdileri daha düşük bir fiyattan almasını sağlayabilir. Bu durum, alt pazardaki çıktı düzeyinde de bir düşüşe yol açacağından tüketicilerin zarar görmesine neden olacaktır.⁴¹⁰ Kılavuza göre bu senaryo, üst pazarda faaliyet gösteren tedarikçilerin dağınık bir yapı sergilediği durumlarda daha olasıdır.⁴¹¹ Alıcıların taraf olduğu yatay yoğunlaşma işlemleri bakımından ilgili kılavuzda yer verilen bu ilk zarar teorisi, bu çalışma kapsamında ele aldığımız monopsonu tarif etmektedir. Dolayısıyla kılavuz kapsamında, birleşik teşebbüsün monopson konumuna gelmesine ya da bu konumunu pekiştirmesine neden olan birleşme devralma işlemlerinin hukuka aykırı kabul edileceğini söyleyebiliriz.

Yatay Birleşme-Devralmalar Kılavuzu uyarınca, alıcıların taraf olduğu yoğunlaşma işlemleri bakımından ikinci muhtemel olumsuz etki, birleşik teşebbüsün alıcı gücünü tedarikçiler üzerinde kullanarak rakip alıcıların girdilere erişimini zorlaştırması ve böylece alt pazar bakımından rekabet karşıtı pazar

⁴⁰⁸ Yatay Birleşme-Devralma Kılavuzu, para. 60.

⁴⁰⁹ Yatay Birleşme-Devralma Kılavuzu, para. 60.

⁴¹⁰ Yatay Birleşme-Devralma Kılavuzu, para. 60.

⁴¹¹ Yatay Birleşme-Devralma Kılavuzu, para. 60.

kapamaya neden olmasıdır.⁴¹² Bununla birlikte kılavuz uyarınca yoğunlaşma neticesinde alıcı gücünde oluşan artış, etkinlik doğurucu sonuçlar da doğurabilir. Bu etkinlik kazanımlarından en önemlisi, birleşik teşebbüsün alt pazardaki rekabeti sınırlandırmadan, girdi maliyetlerinde elde ettiği azalmayı tüketicilere yansıtmasıdır.⁴¹³

Yatay Birleşme Devralmalar Kılavuzu'nda alıcı gücü bakımından bir başka önemli husus, kılavuzun açıkça yukarıda yer verdiğimiz bölüm dışında alıcıların değil sağlayıcıların yatay yoğunlaşma işlemlerine ilişkin değerlendirmeler içerdiğini belirtmiş olmasıdır. Dolayısıyla bu çerçevede, alıcıların yoğunlaşma işlemleri bakımından da potansiyel bir olumsuz etki olan yoğunlaşmanın koordinasyonu artırma ihtimalinin kılavuzda göz ardı edildiğini belirtmek gerekir.

Alıcıların taraf olduğu dikey birleşmeler bakımından nasıl bir rekabet analizi yapılması gerektiği, Rekabet Kurumu'nun Yatay Olmayan Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz'da ("Yatay Olmayan Birleşmeler Kılavuzu") düzenlenmiştir. Kılavuza göre dikey yoğunlaşma işlemlerinin yatay birleşmelere göre hâkim durum yaratmak veya mevcut bir hâkim durumu güçlendirmek suretiyle rekabeti önemli ölçüde kısıtlama riski daha düşüktür.⁴¹⁴ Bunun temel nedeni de bu yoğunlaşma işlemlerinin aynı ilgili pazarda faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki rekabeti doğrudan ortadan kaldırmamasıdır.⁴¹⁵ Ancak bu tespitin istisnası, bu teşebbüslerin birbirleri için önemli potansiyel rakipler olmasıdır.⁴¹⁶

Dikey yoğunlaşma işlemlerinin, özellikle yoğunlaşmaya taraf olan teşebbüslerin faaliyetlerinin birbirini tamamlayıcı faaliyetler olması durumunda, birleşme öncesinde üst ve alt pazarlarda uygulanan tekelci kâr marjlarının birleşme

⁴¹² Yatay Birleşme-Devralma Kılavuzu, para. 60.

⁴¹³ Yatay Birleşme-Devralma Kılavuzu, para. 60.

⁴¹⁴ Yatay Olmayan Birleşmeler Kılavuzu, para. 12.

⁴¹⁵ Yatay Olmayan Birleşmeler Kılavuzu para.13.

⁴¹⁶ Yatay Olmayan Birleşmeler Kılavuzu para.13.

sonrasında içselleştirilmesi nedeniyle çifte tekelci fiyatlamanın ortadan kaldırılması, hizmet kalitesinin veya inovasyonun artması, ürün satış ve dağıtım süreçlerindeki işlem maliyetlerinin azaltılması ve bunun tüketicilere daha düşük fiyatlar olarak yansıtılması gibi önemli bazı etkinlik kazanımları yaratabilmektedir.⁴¹⁷

Yatay Olmayan Birleşmeler Kılavuzu uyarınca, dikey yoğunlaşma işlemlerinin rekabet üzerinde iki temel olumsuz etkisi bulunmaktadır. Bu etkilerden birincisi tek taraflı etkiler, ikincisi ise koordinasyon doğurucu etkilerdir. Tek taraflı etkiler, yoğunlaşma işleminin mevcut ya da potansiyel rakiplerin tedarik kaynaklarına ya da pazarlara erişimini zorlaştırması veya engellenmesini ve bu yolla pazar kapamaya yol açmasını ifade etmektedir.⁴¹⁸ Bu tek taraflı etkileri somutlaştıralım. Birinci senaryo, yoğunlaşma işleminde sonra birleşik teşebbüsün, alt pazardaki rakiplerin ihtiyaç duyduğu önemli bir girdiye erişimini zorlaştırması ve bu şekilde rakiplerin maliyetlerini artırmasıdır (*input foreclosure*).⁴¹⁹ İkinci senaryo ise yoğunlaşma işlemi sonrasında birleşik teşebbüsün, üst pazardaki rakiplerin bir pazara ya da ölçek ekonomisine ulaşmak için gerekli olan müşteri tabanına erişimini kısıtlamasıdır (*customer foreclosure*).

Dikey yoğunlaşma işlemlerinden doğan koordinasyon doğurucu etkiler ise yoğunlaşma işleminin ardından daha önce davranışları arasında koordinasyon bulunmayan teşebbüslerin pazarın koordinasyona daha elverişli hale gelmesi nedeniyle fiyatları artırma ya da rekabeti azaltma ihtimallerinin artmasını ifade etmektedir.⁴²⁰ Yine yoğunlaşma işleminin, işlemden önce pazarda halihazırda mevcut olan koordinasyonu daha kolay ve kalıcı hale getirmesi de koordinasyon artırıcı risklerden biridir.

⁴¹⁷ Bkz. Rekabet Kurulu'nun 09.07.2015 tarih ve 15-29/420-117 sayılı Anadolu Grubu – Migros devralma kararı, para. 122-127 ve Yatay Olmayan Birleşmeler Kılavuzu para. 14

⁴¹⁸ Yatay Olmayan Birleşmeler Kılavuzu, para. 20

⁴¹⁹ Bkz. Rekabet Kurulu'nun 09.07.2015 tarih ve 15-29/420-117 sayılı Anadolu Grubu – Migros devralma kararı.

⁴²⁰ Yatay Olmayan Birleşmeler Kılavuzu, para. 21.

Yatay Olmayan Birleşmeler Kılavuzu uyarınca yukarıda sayılan pazar kapama ve koordinasyon doğurucu etkilerin yanında bir anlamda bu etkilerin kesişimi diyebileceğimiz diğer olumsuz etki ise dikey yoğunlaşma işlemlerinin birleşik teşebbüse alt veya üst pazardaki rakipleri hakkında kritik ticari bilgilere erişim imkânı sağlamasıdır.⁴²¹ Bu da birleşik teşebbüse, davranışlarını rakipleriyle uyumlaştırmak veya alt pazarda fiyatları yüksek tutmak ya da söz konusu hassas bilgilerin yardımıyla rakiplerin pazara girişlerini zorlaştırma imkanı sağlayabilir.

Rekabet Kurulu'nun önemli bazı birleşme devralma kararlarını Türkiye'deki HTM perakendeciliği pazarını ele aldığımız dördüncü bölümde ayrıntılı olarak inceliyoruz. Bunlara tekrara düşmemek adına bu bölümde yer vermeyeceğiz. Bununla birlikte belirttiğimiz olumsuz etkilerin somutlaşması için bu bölümde Komisyon'un 90'lı yıllarda verdiği iki oldukça önemli birleşme-devralma kararına yer vereceğiz. Bu kararlardan ilki Finlandiya'da HTM perakendeciliği pazarında hâkim durum yaratacağından bahisle izin verilmeyen Kesko/Tuko kararı, ikincisi ise alıcıların taraf olduğu bir birleşme devralma işleminin ne zaman tedarikçiler için tehdit olacak ölçüde pazar gücüne neden olacağına ilişkin önemli tespitler içeren Fransa'daki Carrefour/Promodes kararı olacak.

2.3.4.1. Komisyonun Kesko/Tuko Kararı (1996)

Daha önce geçit bekçiliğini anlatırken de referans verdiğimiz Kesko/Tuko kararında Komisyon, faaliyetlerinin önemli bir bölümü Finlandiya'da bulunan ve hızlı tüketim malları perakendecisi olan Kesko Oy ve Tuko Oy şirketleri arasındaki yoğunlaşma işlemini değerlendirmiştir.⁴²² Bu kararın bizim çalışmamız bakımından en önemli özelliği, yoğunlaşma işlemine izin verilmemesinin yanında bu yasaklama kararının gerekçelerinden biri olarak birleşme talebinde bulunan

⁴²¹ Yatay Olmayan Birleşmeler Kılavuzu, para. 85.

⁴²² Case No IV/M.784—Kesko/Tuko. Kararla ilgili ayrıntılı bir analiz için ayrıca bkz. Turk D., Herrera A.I (2021) 'Ex Post Assessment of European Competition Policy: Buyer Power in Concentration Cases', s.8-14, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3778887); Ezrachi (2014), Merger Control, s. 78-79.

teşebbüslerin alıcı gücünün varlığı ve yoğunlaşma işleminden sonra bu gücün daha da artacağıının belirtilmesidir.⁴²³

Karar kapsamında Komisyon, yoğunlaşma işleminden etkilenecek 3 ilgili ürün pazarı belirlemiştir. Bunlardan birincisi süpermarketlerde satılan taze ve kuru gıdalar ve gıda dışı tüketim ürünlerinin (*daily consumer goods*) perakende satışı pazarıdır. Bu pazar belirlenirken yalnızca organize kanal dikkate alınmış, uzmanlaşmış diğer perakendeciler (pastane, fırın ya da benzin istasyonu marketleri vb.) dikkate alınmamıştır. Kararda bu pazarın Finlandiya’da oldukça yoğunlaşmış bir pazar olduğu ve yoğunlaşma işlemi gerçekleşirse birleşen teşebbüslerin pazar payının %55’i bulacağı, bu oranın hâkim durum göstergesi kabul edilebileceği ve bunun yanında bu oranın birleşen teşebbüslerin en yakın rakibi olan teşebbüsün pazar payının neredeyse üç katı olduğu belirtilmiştir.⁴²⁴ Kararda bu pazar bakımından temel zarar teorisi, birleşik teşebbüsün hâkim duruma geleceği ve önemli bir rekabet baskısı altında olmadığı ve giriş engelleri nedeniyle olmayacağı için fiyatları artırarak tüketici refahını azaltacağıdır.

Karar kapsamında belirlenen ikinci pazar, günlük tüketime konu tüketici ürünlerinin peşin ödemeye dayanan toptan perakendeciliği pazarı (*wholesale market for cash and carry sales*) olarak belirlenmiştir. Bu pazar genellikle daha küçük perakendecilerin ya da hastane, otel vb. alıcıların yeniden satmak ya da operasyonlarında kullanmak üzere yaptığı toplu alım pazarını ifade etmekte, bu alıcılar ücreti peşin ödemekte ve ürünlerin nakliyesini kendileri karşılamaktadır. Karara göre kuru gıda ürünleri bakımından bu pazarda yapılan alımın %70’e yakını yoğunlaşma talebinde bulunan teşebbüslerden yapılmaktadır. Dolayısıyla yoğunlaşma işlemi sonrasında alıcıların alternatif bulma ihtimali son derece zayıf olup, bu durum onları Kesko ve Tuko’ya ciddi oranda bağımlı kılmaktadır.

⁴²³ Ezrachi (2014), *Merger Control*, s.78.

⁴²⁴ Ayrıca bkz. Herrera et al. (2021).

Karar kapsamında belirlenen üçüncü ilgili pazar günlük tüketime konu tüketici ürünlerinin tedariki pazarıdır (*procurement market*). Komisyon bu pazarın tedarik edilen pek çok ürün bakımından ayrı birer ilgili ürün pazarı olarak belirlenebileceğini ancak karar kapsamında söz konusu pazarın bütünü ciddi oranda etkileneceğinden tek tek ürünler için değerlendirme yapılmasına gerek olmadığını belirtmiştir. Bu pazar bakımından yapılan en önemli tespit, Kesko ve Tuko'nun bu pazarda tedarikçilerine çok önemli bir alıcı gücü uygulama kabiliyetine sahip olduğu ve yoğunlaşmanın bunu önemli ölçüde artıracığı tespittir. Komisyon'a göre bu durum, birleşik teşebbüse pazarlık gücü sayesinde tedarikçilere yönelik sömürücü uygulamalar yapma ve tedarikçilere getirdiği yükümlülüklerle alt pazardaki rakiplerini dezavantajlı duruma düşürme imkânı verecektir.

Komisyon yukarıda belirttiğimiz rekabetçi endişelere dayanarak yoğunlaşma işlemine izin vermemiştir. Elbette esas üzerinde durulan gerekçenin perakende pazarındaki yoğunlaşma ve bunun tüketicilere vereceği zarar olduğunu da belirtmek gerekir. Her ne kadar Kesko, Komisyon'un endişelerini gidermek üzere çeşitli taahhütler verse de Komisyon bunları yeterli görmemiştir. Daha sonra bu yasaklama kararı Genel Mahkeme tarafından da onaylanmıştır.⁴²⁵

2.3.4.2. Carrefour/Promodès Kararı (1999)

Komisyon'un Carrefour/Promodès kararı, Fransa'da gıda perakendeciliği pazarında %8-13 arasında pazar payı bulunan Carrefour'un, aynı pazarda %12-17 arasında pazar payı bulunan Promodes tarafından devralınması işlemine ilişkindir.⁴²⁶ Bu kararı bu çalışma bakımından önemli kılan husus, karar kapsamında yapılan değerlendirmede Kesko/Tuko kararının aksine yoğunlaşma işleminin ilgili satın alma pazarı veya perakende pazarında hâkim durum yaratmayacağı tespitine rağmen, önemli rekabetçi endişelere neden olacağının

⁴²⁵ Judgment of 15 December 1999, Kesko v Commission, T-22/97, EU:T:1999:327.

⁴²⁶ Bkz. Herrera (2021), Ezrachi (2014), Merger Control.

belirtilmesidir. Karar kapsamında yoğunlaşma işleminin önemli rekabetçi risklere neden olacağı ilk pazar tüketicilere satış yapılan gıda perakendeciliği pazarı olarak belirlenmiş ve işlemin fiyat artışı ve pazara giriş engellerinin artması gibi olumsuz sonuçlar doğurabileceği tespit edilmiştir. Bu pazarın yanında yoğunlaşma işleminin ilgili satın alma pazarı dolayısıyla tedarikçiler üzerindeki etkilerine de bakılmıştır.

Karar kapsamında yapılan değerlendirmede yoğunlaşma işleminin ilgili ürün pazarlarından herhangi birinde hâkim durum yaratacağı tespiti olmamasına rağmen birleşik teşebbüsün alt pazardaki %25-30 bandındaki pazar payının zamanla bu teşebbüse, bu payı kaldıraç olarak kullanarak üst pazarda daha ciddi bir pazar payı elde etme imkânı vereceğinin (spiral etki (*spiral effect*)) tespit edilmiş olmasıdır. Karar kapsamında teşebbüslerin sadakat kartı uygulamalarına da değinilmiş ve rakip teşebbüslerinkine göre daha gelişmiş olan bu sadakat kartı sistemlerinin de birleşen teşebbüslerin pazar payının artmasında önemli etkenlerden biri olduğu belirtilmiştir.

Karar bakımından bir diğer önemli özellik, kararda “tedarikçilerle yapılan anketlere dayanılarak bir tedarikçinin, cirosu içerisinde %22 payı bulunan alıcıya ekonomik olarak bağımlı olduğunun” tespit edilmesidir. Bu karar kapsamında ekonomik bağımlılık için %22’lik oran “tehdit eşiği” (*threat point*) olarak belirlenmiştir. Karar göre bu eşik, tedarikçilerin rekabet için risk teşkil edebilecek ölçüde bir alıcı gücüne muhatap olacağı ekonomik bağımlılık oranıdır. Söz konusu tehdit oranı, Komisyon’un yine marketlerin birleşmesine ilişkin olan Rewe/Meinl kararı kapsamında tedarikçilerle yaptığı anketlerin sonuçlarında da %20-22 olarak belirtilmiştir.⁴²⁷

Komisyon karar kapsamında yaptığı nihai değerlendirmede, tedarikçilerin alıcılara olan ekonomik bağımlılığının yalnızca sınırlı sayıda ürün bakımından rekabetçi risk teşkil ettiğini belirtmiştir. Kararda işlem taraflarının verdiği taahhütler

⁴²⁷ EC Decision 1999/674/EC, Rewe/Meinl [1999]), para. 101.

değerlendirilmiş ve yoğunlaşma işleminin hâkim durum yaratmayacağı tespitine rağmen işleme çeşitli yapısal ve tedarik sözleşmelerine yoğunlaşma işlemi sonrası için getirilen tadil sınırlamaları gibi davranışsal taahhütlerle izin verilmiştir.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ALICI GÜCÜNDEN DOĞAN REKABET HUKUKU ENDİŞELERİNE YÖNELİK REKABET POLİTİKASI TASARIMI

3.1. ALICI GÜCÜNE YÖNELİK REKABET HUKUKU POLİTİKASI BELİRLENMESİNDEKİ ZORLUKLAR

Alıcı gücü hem AB, ABD gibi önemli diyebileceğimiz rekabet hukuku rejimlerinde ve hem de büyük ölçüde bunlardan etkilenen Türkiye gibi ülkelerde mevcut rekabet hukuku politikası belirlenirken sağlayıcının pazar gücüne göre ikincil derecede önem atfedilen, dolayısıyla hala rekabet otoriteleri için önemli bir içtihat geliştirme sahası olmayan konu başlıklarından biridir. Bu son derece yaygın durum da aslında basit bir yanlış önceliklendirme hatası olmayıp alıcı gücü ele alınırken ve alıcı gücünden doğan sorunlar için rekabet politikası belirlenirken yüz yüze gelinen önemli birtakım zorluklardan ve politika tercihlerinden kaynaklanmaktadır.

Yukarıda sözünü ettiğimiz zorlukları somutlaştıralım:

Birincisi alıcının tek taraflı davranışlar ya da yatay veya dikey anlaşmalarla rekabetçi süreci nasıl etkileyeceği alt ve üst pazarın yapısı, bu pazarlardaki yoğunlaşma oranları ile bu pazarlardaki arz ve talebin karakteristik özellikleri gibi faktörlere bağlıdır.⁴²⁸ Bu durum da alıcı gücünün (özellikle de alıcının pazarlık gücünün) rekabet üzerindeki etkilerinin öngörülebilmesi ve bunlara yönelik kapsayıcı bir rekabet politikası oluşturulmasını önemli ölçüde güçleştirmektedir.

İkincisi, alıcı gücünün -en azından kısa vadede- genellikle doğrudan tüketici zararına neden olmaması ve söz konusu zararın genellikle müdahalenin temel koşulu kabul edilmesi, rekabet otoritelerinin alıcı gücüne müdahale ederken çekimser davranmasına neden olmaktadır.

⁴²⁸ Ezrachi (2014), Merger Control, s.71.

Üçüncüsü alıcı gücünden doğan rekabetçi endişelerin, genellikle pazarlık ilişkisinde zayıf durumda olan tedarikçilerin dezavantajlı duruma düşürülmesine ilişkin olmasının rekabet hukukunun iktisadi amaçlarıyla örtüşmemesidir. Başka bir ifadeyle alıcının üstün pazarlık gücünden doğan zarar, genellikle tedarikçi ve alıcı arasındaki sözleşmelerdeki nispi güç dengesindeki orantısızlıktan kaynaklanmaktadır. Fakat rekabet hukuku araçlarının söz konusu güç dengesinden doğan sorunları çözmekte elverişli olup olmadığı oldukça tartışmalıdır. Hatta yaygın kabul gören görüşe göre daha ziyade “adillik”, “dürüstlük kuralına uygunluk” gibi hususları ilgilendiren bu endişeler, rekabet hukukundan ziyade haksız rekabet hukuku veya başkaca hukuki kurumlarla çözülmesi gereken sorunları işaret etmektedir.

Bir başka zorluk da alıcı gücünden doğan endişelere yönelik politika önerilerinin genellikle rekabet otoriteleri tarafından sözleşmesel şartlar, alıcıların tedarik stratejileri gibi pazardaki temel rekabetçi parametrelere müdahale edilmesini salık vermesidir. Ancak bu tip sert politikalar alıcıların pazarlıktaki üstünlüklerinden elde ettikleri rekabetçi avantajların hatalı biçimde cezalandırılması riskini (*false positive*) beraberinde getirmektedir.

Rekabet otoritelerinin alıcı gücüne müdahale ederken çekimser davranmasının bir başka gerekçesi ise salt ekonomik etkinlik perspektifinden bakıldığında, iki taraflı pazar durumunun (hem sağlayıcının hem de alıcının bir ölçüde pazar gücün sahip olduğu durumun) pazarın ek bir tarafında güçlü bir teşebbüs bulunmasından daha etkin olduğunun kabul edilmesidir. Nitekim bu yaklaşım da rekabet politikasının dengeleyici alıcı gücü (ya da sağlayıcı gücü) oluşturulmasını teşvik etmesi gerektiği sonucuna varmaktadır. Örnek vermek gerekirse, bu yaklaşımı benimseyenler tek bir sağlayıcının olduğu ve ürünlerini çok sayıda rakip alıcıya sağladığı durumlarda (*single monopoly*) söz konusu rakip alıcıların bir araya gelecek alım fiyatını belirlemesine ya da birleşmesine daha toleranslı hatta teşvik

edici yaklaşılması gerektiğini savunmaktadır.⁴²⁹ Her ne kadar dengeleyici alıcı gücünün de her zaman pratikte bu varsayımı doğrulamayacağı ve bu nedenle bu önerilere dikkatle yaklaşılması gerektiği savunulsa da bu yaklaşımın da alıcı gücüne yönelik daha az müdahaleci tavrın gerekçelerinden biri olduğu söylenebilir.

Yukarıda saydığımız nedenler, alıcı gücünden doğacak rekabet karşıtı etkilerin tespiti ve bunlara müdahale için politika tercihleri yapılmasını önemli ölçüde güçleştirmekte ve aynı zamanda bu politikalar tasarlanırken son derece ihtiyatlı olunması gerektiğini göstermektedir. Bununla birlikte özellikle gelişmiş ülkelerde perakende sektöründe yaşanan ciddi yoğunlaşma eğilimi, özellikle gıda perakendeciliğinde alıcı gücünden doğan pazar problemlerinin çözülmesi, küçük çiftçilerin korunması, emek sektöründe işverenlerin bir araya gelerek ücretleri veya çalışma koşullarını belirlemeye çalışması gibi gelişmeler pek çok ülkede söz konusu çekimserliği ortadan kaldırmış ve alıcı gücüne yönelik önemli politika adımları atılmasına neden olmuştur. Bu çerçevede devam eden bölümlerde çeşitli ülkelerdeki mevzuat değişikliklerini ele alarak, Türkiye bakımından alıcı gücüyle mücadelede nasıl bir yaklaşım benimsenmesi gerektiğine ilişkin ipuçları toplamaya çalışacağız.

3.2. ALICI GÜCÜ VE REKABET HUKUKUNUN AMACI SORUNU: TÜKETİCİ REFAHININ ARTIRILMASI VE KÜÇÜK TEŞEBBÜSLERİN KORUNMASI

Literatürdeki genel eğilim, alıcı gücüne su yatağı etkisi, spiral etki, uzun vadede üst pazardaki tedarikçilerin inovasyon motivasyonunun azalması veya kalite erozyonu gibi olumsuz sonuçlara neden olduğunda müdahale edilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁴³⁰ Ancak rekabet otoritelerinin ezici bir çoğunluğu teşebbüs davranışlarına müdahale için kısa vadeli doğrudan tüketici zararının varlığını

⁴²⁹ Doorn (2015), s.95.

⁴³⁰ Ezrachi (2014), Merger Control, s. 71-72.

aramakta, bu da saydığımız endişelerin rekabet otoriteleri tarafından göz ardı edilmesine neden olmaktadır.⁴³¹ Bu durum da özellikle alıcı gücüne yönelik daha sert politikalar benimsenmesi gerektiğini savunanlarca rekabet politikasının amacının salt tüketici refahının artırılması olduğu yaklaşımının sert biçimde eleştirilmesine neden olmaktadır. Bu kapsamda önemli sorulardan bazıları alanlarından biri, rekabet hukukunun amacının küçük teşebbüslerin korunmasını da kapsayıp kapsamadığı, rekabet hukukunun esas amacının pazar yapısı ya da rekabetçi sürecin kendisinin korunması mı yoksa tüketici refahının artırılması mı olduğu gibi sorulardır.

Rekabet hukukunun amacının (başka bir ifadeyle korumaya ya da elde etmeye çalıştığı sosyal ya da ekonomik değerin) ne olduğu sorusu, bu çalışmanın kapsamını aşan ancak rekabet hukukunun güncel pek çok tartışma konusunda olduğu gibi alıcı gücü bakımından da sonuca varabilmek için mutlaka tartışılması gereken sorulardan birini oluşturmaktadır. Bu tartışmaya başlamadan üzerinde durulması gereken birincil meselelerden biri rekabet hukuku bakımından amaç, işlev ve sonuç ayrımı yapılmasıdır. Rekabet hukuku kurallarının tamamı bir şekilde piyasa üzerinde etki doğurur. Ancak bu etkilerden bazıları benimsenen politika amaçları ve bu amaçlarla bağlantılı araçların doğrudan ya da dolaylı sonuçlarıdır. Dolayısıyla bu sonuçlara birer “amaç” misyonu yüklenmesi zaman zaman hatalı çıkarımlar yapılmasına neden olabilir.⁴³²

Literatürde rekabet hukukunun amacı genellikle “iktisadi etkinliğin ve böylece sosyal refahın artırılması” olarak ifade edilir. Bu da “*rekabetçi bir ekonomide, iktisadi etkinlik ve maksimum toplumsal refah ancak tüketici rantı ile üretici rantının toplamı en yüksek seviyeye çekilmişse*”⁴³³ gerçekleşmiş kabul edilir. Günümüzde toplam refah anlayışının çoğunlukla terk edildiğini ve bu amacın en çok benimsenen somut yansımasının “iktisadi etkinlik sağlanarak tüketici

⁴³¹ A.g.e. s.75.

⁴³² Gürkaynak. G. (2013) ‘Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin Hukuk ve İktisat Perspektifinden Amaç Tartışması’, Rekabet Kurumu, Ankara, s.11-13.

⁴³³ Gürkaynak (2013), s. 24.

refahının artırılması” olduğunu söyleyebiliriz. Bu da her ne kadar toplam refahın artırılması amaçlansa da son kullanıcılar olarak ifade edebileceğimiz ve rekabet hukuku süjelerinin en kalabalık grubu olan tüketicilerin refahının korunmasının toplumun diğer bileşenlerinin refahına – ikisi arasında bir mübadele gerektiğinde– stn tutulduğu anlamına gelmektedir. Ancak buradaki “tüketicisi refahının artırılması” amacıyla “tüketicinin korunması” amaçlarının birbirinden farklı olduğunu da belirtmek gerekir.⁴³⁴ Nitekim “tüketicilerin korunması” amacı iktisadi değil toplumsal bir amacı ifade etmektedir. Dolayısıyla tüketicisi refahının artırılması “iktisadi etkinlik” sağlanması doğrudan sonucu iken, “tüketicinin korunması” amacı, eğer ortada iktisadi etkinlik sağlanmasıyla tüketicinin menfaati arasında bir çatışma varsa iktisadi etkinliğin değil, tüketicisi menfaatinin üstün tutulmasını gerektirir.⁴³⁵ Bu çerçeve, ekonomik etkinlikle doğrudan ilişkili olan rekabet hukukunun “tüketicisi refahının artırılması” amacını benimsemesi “tüketicilerin korunması” amacına göre daha elverişli görünmektedir.⁴³⁶

Yukarıda yaptığımız açıklamalarda iktisadi etkinliğin sağlanması amacıyla tüketicisi refahının artırılması amacının birbirini büyük ölçüde destekleyen amaçlar olduğunu zaten rekabet otoritelerinin de genel olarak “iktisadi etkinliğin sağlanması yoluyla tüketicisi refahının artırılması” sonucunu aradığını söyleyebiliriz. Ancak alıcı gücüne yönelik tartişmalarda bu iki amaç her zaman bu şekilde uyum içinde değildir. Nitekim, konu alıcı gücü olduğunda önemli tartişmalardan biri, tüketicisi refahı standardının ekonomik etkinliğin ölçülmesi hususunda etkili olduğu kadar alıcıların davranışlarının etkisinin tespit edilmesinde de elverişli olup olmadığıdır.⁴³⁷ Bu standart bütünüyle elverişli görünmemektedir çünkü tüketicisi refahı standardı, genellikle alıcı artığına odaklanmakta ancak alıcının anti rekabetçi davranışları alıcıya fayda sağlarken aynı zamanda ekonomik etkinliğe zarar verebilmektedir.⁴³⁸ Bu da ihlal olan bir

⁴³⁴ A.g.e. s.24

⁴³⁵ Gürkaynak (2003), s.26.

⁴³⁶ A.g.e. s.24-26.

⁴³⁷ Doorn (2015), s.120.

⁴³⁸ A.g.e.

davranışın, hatalı olarak ihlal olmadığına karar verilmesi (tip-2 hata) riskini barındırmaktadır.⁴³⁹ Ancak buradaki görüşü kabul etmeyen ve tüketici refahı standardının alıcı gücü kullanan alıcıların refahını dikkate almaması gerektiğini bunun yerine son kullanıcıların (tüketicinin refahını) dikkate alması gerektiğini savunmaktadır.⁴⁴⁰ Dolayısıyla burada revize edilmiş bir tüketici refahı standardı önerildiğini söyleyebiliriz. Bu da alıcıları “tüketici” kümesinden çıkaran ve bunun yanından son kullanıcılar olan “tüketicilerin faydasına” olsa bile uzun vadede ekonomik etkinliği bozan alıcı davranışlarına müdahale edilmesi gerektiği görüşüdür.⁴⁴¹

Alıcı gücüne ilişkin normatif sorunlardan bir diğer de küçük teşebbüslerin korunması amacının rekabet hukukunun amaçlarından biri sayılıp sayılamayacağıdır. Daha önce de belirttiğimiz gibi alıcılar sahip oldukları pazarlık gücünü daha ziyade küçük ve orta ölçekli üreticiler/tedarikçiler üzerinde kullanmaktadır. Alıcı gücüne ilişkin çalışmalarıyla tanınan *Kirkwood*’a göre rekabet hukukunun amacı tüketicileri ve küçük teşebbüsleri korumaktır.⁴⁴² Ancak *Kirkwood* bunu son derece emin biçimde ifade etse de bugün yaygın görüş, küçük ve orta ölçekli işletmelerin korunmasının rekabet hukukunun amaçlarından biri olmasının hatalı olduğu yönündedir.⁴⁴³ Kaldı ki, bu görüşün kabul gördüğü bir dünyada, *Carlton*’ın da işaret ettiği ölçüde pazar gücü bulunan teşebbüslerden gelen rekabet baskısı karşısında maruz kalan küçük teşebbüslerin kartel kurmasının hukuka uygun kabul edilmesi gerekirdi.⁴⁴⁴ Ancak piyasada önemli etkisi olmayan rekabet ihlallerinin cezalandırılmamasını öngören *de minimis*

⁴³⁹ A.g.e.

⁴⁴⁰ A.g.e.

⁴⁴¹ Doorn (2015), s.120-121.

⁴⁴² Bkz. Kirkwood JB, ‘The Essence of Antitrust: Protecting Consumers and Small Suppliers from Anticompetitive Conduct’, 81 Fordham L. Rev. 2425 (2013). (<https://core.ac.uk/download/pdf/144230132.pdf>)

⁴⁴³ Gürkaynak (2003), s.

⁴⁴⁴ Carlton, D.W. (2007) ‘Does Antitrust Need to Be Modernized’, *Journal of Economic Perspectives*, 21(3), s. 155-176, Doorn(2015), s.120.

uygulamaları bakımından bile kartel gibi ağır ihlaller dışarıda bırakılmakta ve cezalandırılmaktadır.⁴⁴⁵

Küçük işletmelerin korunması amacının benimsenip benimsenmeyeceği, büyük ölçüde ilgili ülkenin yalnızca rekabet politikasından ziyade genel iktisat politikasına ilişkindir. Örneğin, uluslararası pazarda etkin rekabet etmek için çok yüksek pazar gücüne sahip teşebbüsler yaratmak isteyen bir ülkede daha esnek bir rekabet politikası uygulanacak, dolayısıyla küçük işletmelerin menfaati kolaylıkla göz ardı edilebilecektir. Bunun yanında agresif bir büyüme planı yerine sosyal kaygıları ön plana çıkaran bir sistemde küçük işletmelerin refahının da hem genel iktisat politikası hem de rekabet politikasının amaçlarından biri olarak kabul edilmesi olasıdır. Örneğin AB’de tek pazar sistemine geçilmesi, gümrüklerin ve ticaret kotalarının kalkmasıyla küçük işletmeleri farklı üye devletlerdeki yüksek pazar gücüne sahip teşebbüslerden gelen rekabet karşısında korumasız bırakmış, bu durum da küçük işletmelerin korunması hususuna daha hassasiyetle yaklaşılmasına neden olmuştur.⁴⁴⁶ Bu sosyal kaygılar anlaşılır olmakla ve hukuki müdahale için meşru bir gerekçe oluşturmakla birlikte, kanaatimizce bu tip sorunların rekabet politikası yerine sorunun çözüme özgü korumalar içeren düzenleyici işlemlerle giderilmesi daha yerinde olacaktır.

3.2. ALICININ TEK TARAFLI DAVRANIŞLARI İÇİN REKABET POLİTİKASI

Serbest piyasa ekonomisinin benimsendiği hukuk sistemleri bakımından ana kural, teşebbüsler bakımından sözleşme serbestisi olsa da pazarda hâkim durumda olan teşebbüslerin tek taraflı davranışlarıyla rekabeti sınırlamasını engellemek adına bu teşebbüslerin özel bir sorumluluğunun bulunduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle bütün rekabet hukuku sistemlerinde “hâkim durumun kötüye kullanılması” ihlal tipi ihdas edilmiştir. Nitekim Rekabet Kanunu’nun 6. maddesi

⁴⁴⁵ Bkz. Rekabeti Kayda Değer Ölçüde Kısıtlamayan Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Karar ve Eylemlerine İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2021/3), m.1 ve 2.

⁴⁴⁶ Gürkaynak (2003), s.36.

teşebbüslerin hâkim durumlarını rekabeti kısıtlayacak şekilde kötüye kullanmalarını yasaklamaktadır. Ancak hâkim durumda olmanın kendisini bir ihlal olmadığı için sözleşme serbestisinden önemli bir sapma olan bu düzenlemeler teşebbüslerin piyasa davranışlarına ciddi bir müdahale anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bu davranışlara müdahale edilirken hassas davranılması gerekmektedir. Nitekim tek taraflı davranışlara yönelik aşırı müdahaleci bir yaklaşım teşebbüslerin özünde rekabetçi olan davranışlardan kaçınmak zorunda kalmasına; bu davranışlara yeterince müdahale edilmemesi de rekabete sınırlandıran davranışlara yönelik caydırıcılığın yitirilmesine neden olabilmektedir.⁴⁴⁷

Yukarıda belirtilen çerçevede, “rekabetçi” ve “rekabete aykırı” tek taraflı uygulamaların birbirinden ayırt edilmesi oldukça önemlidir.⁴⁴⁸ Bu gerekçeyle tek taraflı davranışların tespit edilmesi için *per se* olarak adlandırılan “şekil temelli yaklaşımlar” yerine *rule of reason* olarak adlandırılan “etki temelli yaklaşımlar” benimsenmekte, dolayısıyla prensip olarak ihlal tespiti davranışın rekabet üzerindeki etkilerinin detaylı bir analizle ortaya konulabilmesi şartıyla yapılmaktadır.⁴⁴⁹

İkinci bölümde alıcı gücüne sahip teşebbüslerin, tek taraflı sömürücü veya dışlayıcı davranışlarla üst pazardaki önemli bir pazar gücü bulunmayan tedarikçilere veya alt pazardaki rakip alıcılara pazardaki rekabeti bozacak düzeyde zarar verebileceğini ele almıştık. Bu bölümde ise bu tip davranışların nasıl bir rekabet politikasıyla engellenebileceğini veya engellenip engellenemeyeceğini ele alacağız. Tabii başlamadan belirtelim burada söz konusu olan sömürücü (haksız ticari şartlar gibi) ya da dışlayıcı (EKM uygulamaları gibi) davranışlar, tedarikçilerle yapılan anlaşmalardaki birer dikey sınırlama görünümde olabilir. Ancak biz bu bölümde bu uygulamaları bunlar birer sözleşmesel yükümlülükle getirilse bile “çok önemli bir pazar gücüne sahip olan alıcıların pazar gücü

⁴⁴⁷ Arı (2019), s.245.

⁴⁴⁸ Arı (2019), s.45.

⁴⁴⁹ A.g.e.,

bulunmayan sağlayıcılara uyguladığı “tek taraflı davranışlar” olarak vasıflandıracağız.

Bilindiği üzere, sömürücü ve dışlayıcı davranışlar “hâkim durumun kötüye kullanılması” ihlal tipinin görünümleridir. Dolayısıyla mevcut mevzuat kapsamında söz konusu davranışlara müdahale edilmesi öncelikle hâkim durumun veya birlikte hâkim durumun varlığının ortaya konulmasına bağlıdır ve alıcı gücüne sahip olduğu kabul edilen teşebbüsler, genellikle geleneksel hâkim durum eşiklerinin altında pazar gücüne sahiptir. Dolayısıyla alıcıların tek taraflı davranışlarından kaynaklanan sorunların çözümüne yönelik tartışmalar “daha düşük hâkim durum eşikleri”, “alıcı gücünün kötüye kullanılması” (*abuse of buyer power*) ya da “üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılması” (*abuse of superior buyer power*) gibi rekabet hukukunda duymaya alışık olmadığımız ve yeni diyebileceğimiz ihlal tiplerinin ihdas edilmesine bağlı olmaktadır. Ancak bu tip yeni ihlal tipleri oluşturulurken dikkatli olunması gerekir. Şöyle ki, bu ihlal tipleri bakımından müdahale gerektiren alım fiyatının düşürülmesi için yapılan pazarlıklar, yapılan yatırımların karşılığının alınması için getirilen münhasırlık gibi düzenlemeler veya rakip alıcılara yönelik dışlayıcı uygulamalar aslında rekabetçi sürecin tam da merkezindeki davranışlardır.⁴⁵⁰ Dolayısıyla sıkı bir etkinlik testi uygulanmadan alıcı teşebbüsün pazarlık yöntemlerine, sözleşmesel ilişkilerine başka bir ifadeyle en temel ticari kararlarına müdahale edilmesi pazarın rekabetçi yapısına zarar verilmesi riskini ve bunun yanında alıcıların etkin pazarlık stratejisi benimsemelerinin cezalandırılması riskini barındırmaktadır.

Sömürücü davranış olarak ele alınan “alım fiyatının aşırı düşük olması” gerekçesiyle yapılacak bir müdahalede hangi alım fiyatının “makul” fiyat olduğunun belirlenmesi de son derece zordur. Bu husus, vade, sevkiyat vb. çok büyük oranda ilgili pazarın şartlarına bağlı olan diğer ticari şartlar bakımından da geçerlidir. Nitekim genel olarak fiyata müdahale, hâkim durumdaki sağlayıcıların ne zaman “aşırı fiyat” uyguladığına ilişkin tartışmalarda da önemli bir eleştiri

⁴⁵⁰ Carstensen (2017), s.118-119.

noktası oluşturmakta ve tam da bu nedenle aslında sağlayıcıların sömürücü uygulamaları da çok nadiren cezalandırılmaktadır. Bunun bir diğer önemli sebebi de çoğu zaman alıcı tarafından tedarikçilere uygulanan ticari şartların “tedarikçiye veya rakip alıcılara zarar verme” niyetiyle değil “etkin pazarlık yapma” niyetiyle uygulanması ve teşebbüsün bu iki niyetten hangisiyle hareket ettiğinin tespitinin kolay olmamasıdır.

Alıcıların tek taraflı davranışlarına rekabet hukuku müdahalesini zorlu kılan bir başka sebep de söz konusu davranışlarla elde edilen avantajlı koşulların, alt pazarda rekabetçi avantaj elde etmek amacıyla tüketicilere yansıtılmış olması durumunda tedarikçi zararı ve tüketici refahı arasında nasıl bir mübadele yapılacağıdır. Dolayısıyla tedarikçiye zarar verilip, tüketiciye fayda sağlanmasının “tüketici refahının artırılmasının” ölçüt kabul edildiği dünyada nasıl ele alınacağı, başka bir ifadeyle küçük tedarikçinin refahının mı, tüketici refahının mı üstün tutulacağı davranışa müdahale edilip edilmeyeceğini belirleyen temel değişken olmaktadır. Elbette mübadelede hangisi öne çıkarılırsa çıkarılsın her koşulda bu davranışlar bakımından ihlal kararı verilmeden “*rule of reason*” analizi yapılması ve teşebbüsün “haklı gerekçe” savunmalarının dinlenmesi gerekmektedir.

Bu tartışmaların çeşitli rekabet hukuku sistemlerindeki politika yansımalarına baktığımızda sorunun çözümüne yönelik iki temel yönelim olduğu görülmektedir. Bunlardan birincisi tedarikçilere uygulanan ağır şartların (özellikle de gıda perakendeciliği gibi politik önemi haiz sektörler bakımından) önemli bir sorun olduğunu kabul etmekle birlikte, bu sorunun ideolojik ve kavramsal gerekçelerle rekabet hukukuyla değil, haksız ticari şartlara ilişkin sektör spesifik düzenlemelerle önlenmesidir. Bu yönelimin yansıması olan hukuki düzenlemeler genellikle sözleşmesel sorumluluk hukuku ya da haksız rekabet hukukunun bir parçası olarak ihdas edilen “genel işlem şartları” ya da “haksız ticari şartlara yönelik mevzuat” gibi uygulamalardır.

İkinci yönelim ise, rekabet hukuku mevzuatında alıcı gücünün önemli bir sorun olarak görüldüğü birtakım pazarlarda daha düşük hâkim durum eşikleri öngörülmesi veya “üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılması” ya da “ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılması” gibi yeni ihlal tipleri oluşturulmasıdır. İkinci yönelimi, çeşitli ülkelerdeki politika yansımalarıyla birlikte aşağıda ele alıyoruz.

3.2.1. Gıda Perakendeciliği Sektöründe Alıcı Gücüne Özel Hâkim Durum Eşiği

Alıcı gücünün pazarda yarattığı negatif dışsallıklara pek çok ülkede rekabet hukuku dışındaki mevzuatta yapılan düzenlemelerle müdahale edilse de bazı ülkelerde rekabet hukuku mevzuatında da birtakım düzenlemelere gidilmiştir. Örneğin gıda ürünleri perakendeciliği sektöründe geleneksel hâkim durum eşiklerinin perakendecilerin rekabeti sınırlayan davranışlarına müdahale edilmesine imkân vermediği yönündeki yaygın görüş, Avrupa Birliği üyesi Letonya, Litvanya ve Finlandiya gibi ülkelerde bu sektöre özel yeni hâkim durum eşikleri öngörülmesi sonucunu doğurmuştur. Bu çalışmanın önceki bölümlerinde üzerinde durduğumuz “alıcıların sağlayıcılara kıyasla daha düşük pazar paylarıyla da hâkim duruma gelebileceği” tespitini destekleyen bu düzenlemelerin bir kısmına aşağıda yer veriyoruz.

Litvanya Rekabet Kanunu’nda 2009’da yapılan değişiklikle birlikte perakende sektörüne özel olarak %30 pazar payına sahip teşebbüslerin karine olarak (aksi ispatlanmadıkça) hâkim durumda kabul edileceği düzenlenmiştir.⁴⁵¹ Aynı düzenleme uyarınca yine perakende ticaretle iştigal eden üç ya da daha az sayıda teşebbüsün toplam pazar payının %55 ve üzerinde olması halinde de bu teşebbüslerin birlikte hâkim durumda olduğu kabul edilecektir. Perakendeciler dışında kalan teşebbüsler bakımındansa en az %40 ve üzeri pazar payının hâkim durum göstergesi sayılacağı düzenlenmiştir. Yine aynı düzenlemede perakendeciler dışındaki teşebbüsler için birlikte hâkim durum eşiği üç veya daha

⁴⁵¹ Litvanya Rekabet Kanunu, m.3.

az teşebbüs için %70 olarak öngörölmüş fakat bu düzenleme daha sonra metinden çıkarılmıştır. Diğer teşebbüsler bakımından birlikte hâkim durum eşiği kaldırılırken, perakendeciler bakımından düşük denebilecek bir pazar payıyla birlikte hâkim durum karinesine yer verilmesi, son derece katı bir yaklaşım benimsendiği göstermektedir.

Finlandiya Rekabet Kanunu’nda 2014 yılında yapılan değişiklikle birlikte, günlük tüketime konu tüketici ürünlerinin (*daily consumer goods*) perakende ticaretini yapan teşebbüs ve teşebbüs birliklerinden en az yüzde otuz pazar payına sahip olanlarının hâkim durumda olduğu kabul edilmiştir. Bu düzenlemeyle yalnızca hâkim durum eşiği düşürölmekle kalmamış aynı zamanda ilgili sektörde %30’un üzerinde pazar payı bulunan teşebbüslerin otomatik olarak hâkim durumda sayılacağı ve bunun aksinin ispatlanmasının mümkün olmadığı düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemede, getirilen bu %30’luk eşiğin hem perakende seviyede hem de ilgili satın alma pazarında geçerli olduğunun belirtildiğini de ekleyelim. Elbette, bu husustaki en radikal düzenlemeye sahip olan Finlandiya’da karineden de öte bir düzenlemeyle aslında aşırı müdahaleci bir yaklaşım benimsendiğini söyleyebiliriz. Ancak ulaşabildiğimiz kaynaklardan bu düzenlemenin bu çalışmanın yazıldığı Mayıs 2021 itibariyle henüz Finlandiya Rekabet Otoritesi tarafından herhangi bir rekabet soruşturmasında uygulanmadığını ve yine henüz herhangi bir özel hukuk davasına da konu olmadığını görüyoruz.

Yukarıda sayılan düzenlemelerle hâkim durum eşiğinin perakende sektörü bakımından düşürerek, rekabet otoritelerinin alıcıların tek taraflı davranışlarına müdahale imkanını artırmanın yanında bir başka önemli işlevi de bu eşiklerin perakendeciler bakımından yoğunlaşma denetiminin daha sıkı uygulanmasına imkân vermesidir. Nitekim bu ölkelerde AB mevzuatıyla da uyumlu biçimde özellikle hâkim durum yaratılması ya da mevcut hâkim durumun güçlendirilmesi olmak üzere rekabeti önemli ölçüde azaltan yoğunlaşma işlemleri yasaklanmakta,

dolayısıyla bu eşiklerin düşürülmesi de yoğunlaşmalara daha geniş biçimde müdahale imkânı tanımaktadır.⁴⁵²

3.2.2. Yeni Bir İhlal Tipi Olarak Üstün Pazarlık Gücünün ya da Ekonomik Bağımlılığın Kötüye Kullanılması

Litvanya ve Finlandiya örneklerinde olduğu gibi geleneksel hâkim durum eşiklerini düşüren düzenlemelerin yanında Portekiz, Fransa, Almanya, Macaristan, Avusturya, Letonya gibi AB üyesi ülkelerin başını çektiği ancak bunların yanında Japonya ve Kore gibi ülkelere kadar uzanan ve üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılması ya da ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılması gibi yeni ihlal tipleri öngören düzenlemeler de bulunmaktadır. Bu düzenlemelerin ortak özelliği, geleneksel hâkim durum eşiklerinin altında kalan tek taraflı davranışlara müdahale etmeleri ve güçlü alıcıların zayıf tedarikçilere karşı olan nispi pazar gücüne müdahaleyi amaçlamalarıdır. Ancak her koşulda bu düzenlemelerdeki ihlalin gerçekleşmesi için yalnızca tek bir tedarikçiye uygulanan nispi gücün yeterli olmadığını, her koşulda bu gücün pazardaki tedarikçilerin önemli bir bölümüne uygulanmasının ve dolayısıyla haksız ticari şartlar gibi uygulamaların pazarın önemli bir kısmında etki göstermiş olmasının arandığını belirtmek gerekir.⁴⁵³ Söz konusu düzenlemeler bazı ülkelerin rekabet kanunlarında (Almanya, Fransa, Japonya, Kore örneklerinde olduğu gibi) veya farklı bir mevzuatta yer bulabilmektedir. Aşağıda bu düzenlemelerden bazılarını kısaca açıklıyoruz.

Letonya Rekabet Kanunu'da bir ya da birden fazla teşebbüs (*market participant*) kayda değer bir süreye yayılan alıcı güçleri ve tedarikçilerin kendilerine ilgili pazardaki bağımlılığı neticesinde Letonya sınırları içerisinde tedarikçilere haklı gerekçesi olmayan ve adil olmayan koşullar uygulama veya rekabeti sınırlama

⁴⁵² İnce (2012), s.69.

⁴⁵³ Herrera (2017), s.434, para.1019.

kabiliyetine sahipse hâkim durumda sayılmaktadır.⁴⁵⁴ Yine aynı madde uyarınca bu tip bir hâkim durumu bulunan teşebbüslerin bu hâkim durumlarını kötüye kullanması yasaktır. Bu düzenleme Litvanya ve Finlandiya örneklerinden yalnızca açık bir eşik öngörmemesi bakımından değil haksız ticari şartlar uygulama kabiliyetini ve ekonomik bağımlılığı öne çıkarması bakımından da ayrılmaktadır. Dolayısıyla daha ziyade “nispi hâkim durum” (*relative dominance*) anlayışını benimsemekte ve aslında üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılmasını yasaklamaktadır.

Fransa’da haksız ticari şartlar ve ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılması temel olarak ticaret kanununun bir parçası olarak düzenlenmiştir.⁴⁵⁵ Fransa ticaret kanununda yer alan söz konusu düzenlemeye göre bir ya da birden fazla teşebbüsün ekonomik bağımlılığa dayanan nispi hâkim durumunu -şayet bu durumun rekabetin yapısını veya işleyişini bozma ihtimali varsa- kötüye kullanması yasaktır.⁴⁵⁶ Dolayısıyla bu düzenleme salt ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılmasını değil, bu davranışların rekabeti olumsuz etkileme ihtimalinin güçlü olmasını da aramaktadır.

Avusturya’da, bir teşebbüsün diğerine ciddi iktisadi dezavantajları engellemek adına bağımlı olduğu durumlarda müşterileri ve tedarikçilerine göre üstün pazar konumu bulunan söz konusu güçlü teşebbüsler nispi hâkim durumda sayılmaktadır.⁴⁵⁷ Bu düzenleme her ne kadar sadece alıcılar gözetilerek düzenlenmiş olmasa da alıcıların üstün pazarlık gücü bakımından da uygulama alanı bulabilecektir.

Almanya, nispi hâkim durum ya da ekonomik bağımlılıkla ilgili düzenlemelere mevzuatında ilk yer veren ülkelerden biridir. Nitekim bu düzenlemeler 1973

⁴⁵⁴ Herrera (2017), s.431-432.

⁴⁵⁵ A.g.e. s. 435.

⁴⁵⁶ A.g.e.

⁴⁵⁷ A.g.e. s.436.

yılına kadar uzanmaktadır.⁴⁵⁸ Almanya'daki düzenleme uyarınca üstün pazarlık gücüne sahip alıcı ya da sağlayıcıların bu güçlerini kullanarak ve herhangi bir haklı gerekçe olmaksızın benzer alıcı ya da sağlayıcılara uyguladıkları koşullardan farklı ve “haksız” koşullar uygulanması yasaklanmaktadır.⁴⁵⁹

İtalya'da hâkim durumdaki alıcıların tedarikçilerin ekonomik bağımlılığını kullanarak rekabeti ve pazar koşullarını önemli ölçüde olumsuz etkilemesi yasaklanmaktadır. Bu düzenlemenin “rekabetin olumsuz etkilenmesi” ve “pazara yayılan bir etki” koşullarını araması, düzenlemeyi diğer ülkelere kıyasla geleneksel hâkim durum analizine daha yakın bir konuma getirmektedir.⁴⁶⁰

3.2.3. Hâkim Durum Eşiğini Düşüren Düzenlemelere İlişkin Değerlendirme

Pek çok ülkede birbirinden oldukça farklı düzenlemelerin kabul edilmesi, ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılması, üstün pazarlık gücünün kötüye kullanılması gibi yeni ihlal tiplerinin genel kabul göre yerleşik bir teorik altyapısının bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Teorik altyapının zayıf olması ve bu ihlal tiplerine ilişkin yeterince içtihat bulunmaması da bu ihlal tiplerinin nasıl uygulanacağına ilişkin ciddi bir belirsizliğe neden olmaktadır. Pek çok ülkede bu belirsizlikleri gidermeye yönelik çeşitli düzenlemelere yer verilmektedir. Örneğin Fransa'da ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılması ihlal tipinin şartlarından birinin “rekabetin de önemli ölçüde olumsuz etkilenmesi” olması bunlardan biridir. Bu ihlal tipleri bakımından otoritelerin önüne dosyaların oldukça az bir bölümünde yaptırım uygulanmasına karar verilmiştir.⁴⁶¹ Bunun temel gerekçesinin de otoritelerin geleneksel rekabet hukuku araçlarında olduğu gibi tüketici refahında doğrudan olumsuz etki araması olduğu tahmin edilmektedir.⁴⁶²

⁴⁵⁸ Herrera (2017), s.436.

⁴⁵⁹ A.g.e. s.437.

⁴⁶⁰ A.g.e. s.438.

⁴⁶¹ İnce (2012), s. 71-72.

⁴⁶² A.g.e.

3.3. ALICI KARTELLERİ, ORTAK ALIM GRUPLARI GİBİ YATAY ANLAŞMALAR İÇİN REKABET POLİTİKASI

Alıcıların, kartel kurmak ya da ortak alım anlaşmaları gibi yatay iş birliği anlaşmaları yaparak rekabeti sınırlandırması mümkündür. Genellikle ortak alım anlaşmaları gibi anlaşmalar bu tip yatay anlaşmaların hukuka uygun yüzü, karteller ise hukuka aykırı yüzü olarak kabul edilmektedir. Ancak bu iki tip yatay anlaşma arasında pratikte keskin bir ayrım yapmak her zaman mümkün olmadığı gibi, literatürde “dengeleyici pazar gücü” yaratılması amacıyla güçlü sağlayıcılara karşı alıcıların ya da güçlü alıcılara karşı küçük sağlayıcıların çeşitli birlikler kurmasının hukuka uygun kabul edilmesi gerektiğini veya bunlara bir çeşit muafiyet tanınması gerektiğini savunan görüşler de bulunmaktadır. Nitekim Rekabet Kurumu’nun Şubat 2021’de yayımladığı Hızlı Tüketim Malları Perakendeciliği Sektör Araştırması Ön Raporu’nda da politika önerilerinden biri organize perakendecilere karşı küçük perakendecilerin rekabet gücünü artırmak adına bu teşebbüsler arasında kurulacak yatay anlaşmalara muafiyet tanınmasıdır.⁴⁶³

Türkiye ve AB dahil pek çok rekabet hukuku sisteminde alıcıların bir araya gelerek tedarikçilere önerecekleri satın alma fiyatını, ne kadar alım yapacaklarını belirlemesi ya da tedarikçileri paylaşmaları rekabet hukukunun ihlali teşkil etmektedir. Yine örneğin ABD’de alıcıların bir hizmet ya da mal için ne kadar ücret ödeyecekleri, birbirlerinin aleyhine ihaleye girmeyeceklerini ya da emek piyasasında işçi ücretlerini belirlemeleri veya birbirlerinin işçilerini ayartmayacaklarına ilişkin anlaşma yapması hukuka aykırı olup, idari para cezasının yanında teşebbüsler bakımından üç katına kadar tazminat ödeme riskini de barındırmaktadır.⁴⁶⁴

⁴⁶³ 2021 tarihli HTM Perakendeciliği Sektör Araştırması Ön Raporu, s.136.

⁴⁶⁴ Carstensen (2017), s.180.

Alıcıların yukarıda sayılan hususlara ilişkin olmayan ve bir ortak havuz oluşturup birlikte alım yapmalarına ilişkin anlaşmalarla genellikle hukuka uygun kabul edilmektedir. Örneğin ABD’de ortak alım miktarı ilgili ürün pazarında yapılan toplam alımların %35’ini aşmadığı sürece hukuka uygun kabul edilmektedir. Bu eşik, AB ve Türkiye’de (grup muafiyeti bakımından) teşebbüslerin alt ve üst pazardaki toplam pazar payının %15’i aşmaması koşulu olarak uygulanmaktadır. Aslında alıcılar arasındaki yatay iş birliği anlaşmaları ve kartelleri birbirinden ayırmak çok da kolay değildir. Nitekim alıcılar arasındaki yatay iş birliği anlaşmaları, kartellerin gizlenmesi için araç işlevi de görebilmektedir.

Alıcıların kurduğu yatay iş birliği anlaşmaları ve karteller bakımından getirilen politika önerilerinden birincisi alıcıların kurduğu ortak alım anlaşmalarına dikkatle yaklaşılması gerektiğidir. Bu çerçevede, bu anlaşmalara muafiyet verilmesi için çizilen pazar payı ya da alım miktarı eşiklerinin pazardaki rekabeti olumsuz etkilemeyecek düzeyde olması, teşebbüsler arasındaki iş birliğinin yalnızca izin verilen ortak alım işlemiyle sınırlı kalıp kalmadığının tespit edilmesi (dolayısıyla bunu takip eden bir izleme mekanizması kurulması) bu iş birliklerinin karteğe dönüşmesinin engellenmesinde önem arz etmektedir.⁴⁶⁵

Carstensen’e göre, alıcıların çıplak rekabeti bozucu sınırlamaları bu sınırlamalara izin veren açık bir mevzuat düzenlemesi yoksa kesin olarak hukuka aykırı kabul edilmelidir.⁴⁶⁶ *Carstensen* bu çerçevede AB’de alıcıların yatay iş birliği anlaşmalarına uygulanan %15’lik muafiyet eşığının uygun olduğunu değerlendirirken, ABD’de ortak alım anlaşmaları için uygulanan muafiyet eşığını fazla cömert bulduğunu belirtmektedir.⁴⁶⁷ Kanaatimizce, AB ve Türkiye mevzuatında yer alan %15’lik eşik, bu çalışmada belirttiğimiz çerçevede alıcı gücünün sorun olmaya başladığı ve tehdit noktası olarak belirtilen %22’lik eşığın altında olması itibarıyla uygun görünmektedir. Dolayısıyla bizim bu husustaki temel politika önerimiz, şayet HTM sektör raporunda önerildiği gibi küçük

⁴⁶⁵ A.g.e. s.212-215

⁴⁶⁶ A.g.e. s.219

⁴⁶⁷ A.g.e. s.220.

perakendeci birliklerine bir muafiyet tanınacaksa bu muafiyete ilişkin net bir çerçeve oluşturulması ve verilen muafiyetten sonra bu teşebbüslerin faaliyetlerinin izin verilen çerçeveyi aşmadığının denetlenmesi olacaktır.

3.4. ALICI GÜCÜNDEN KAYNAKLANAN DİKEY SINIRLAMALAR İÇİN REKABET POLİTİKASI: MUAFİYET REJİMİNİN GÖZDEN GEÇİRİLMESİ GEREKLİ Mİ?

Alıcı gücünden doğan endişelere cevap verilmesi amacıyla mevcut rekabet hukuku araçlarında yapılan en kayda değer değişiklikler perakendeciler için daha düşük hâkim durum eşikleri öngörülmesi ve daha sıkı bir yoğunlaşma denetimi uygulanması olsa da alıcı gücüne ilişkin tartışmalar mevcut muafiyet rejimine de yansımıştır. Nitekim mehz AB hukukunda 2010 yılında yürürlüğe giren AB Grup Muafiyeti Tüzüğü ve Dikey Sınırlamalar Kılavuzu, grup muafiyetinden yararlanma şartı olarak sağlayıcı için ilgili pazarda aranan %30'luk pazar payı eşiğini, alıcılar bakımından öngörmüştür.⁴⁶⁸ Böylelikle, örneğin tek alıcıya sağlama yükümlülüğü gibi dikey sınırlamalar bakımından sağlayıcının pazar payı belirlenen eşğin altında olsa da alıcının da pazar payına bakılmasına ve alıcının pazar payının %30'un üzerinde olduğu durumda sınırlamanın grup muafiyetinin kapsamı dışında kalacağı hükme bağlanmıştır. Bu da netice itibarıyla dikey sınırlamalar bakımından daha ayrıntılı bir rekabet hukuku analizi yapılmasına imkân tanımıştır.

Mehaz AB rekabet hukukunda dikey anlaşmalara ilişkin ikincil mevzuatta perakendecilerin alıcı gücü dikkate alınarak yapılan bir diğer önemli değişiklik AB Dikey Kılavuzu'na daha önce söz konusu kılavuzda yer almayan ve perakendecilerin tedarikçilerden ürünlerinin rafa girmesi için talep ettiği "listeleme bedelleri" (*upfront access payment*) ve bu ürünlerin rafta kalması için talep ettiği "kategori yönetimi" (*category management*) olarak adlandırılan iki

⁴⁶⁸ Lianos (2010), s.6.

yeni dikey sınırlamanın kılavuza eklenmesidir.⁴⁶⁹ AB Dikey Kılavuzu uyarınca perakendeciler tarafından tedarikçilere uygulanan bu bedeller, perakendeciler tarafından daha etkin bir raf yönetimi yapılmasını sağlamaları itibariyle etkinlik doğurucu olsalar da bu sınırlamaların katı biçimde uygulanması diğer tedarikçiler bakımından ya da rakip alıcılar bakımından dışlayıcı etki göstererek rekabeti sınırlandırabilecektir.⁴⁷⁰ Bununla birlikte bu tip sınırlamaların etkilerine bakılmakta ve müdahale için ilgili perakende pazarında yoğunlaşma oranlarının yüksek olması şartı aranmaktadır.

Mehaz AB rekabet hukuku dikey anlaşmalar mevzuatında yapılan bu değişiklikler, alıcı gücünün de dikey anlaşmalara ilişkin rekabet analizinde dikkate alındığını göstermesi bakımından önemlidir.

3.5. ALICI GÜCÜYLE MÜCADELEDE YOĞUNLAŞMALARIN KONTROLÜ

Yoğunlaşma denetiminin amacı, henüz rekabetçi sorun doğmadan gerekli önlemleri almak ve böylece teşebbüslerin tek taraflı davranışlarına ilişkin sürekli gözlem mekanizmalarına (bir anlamda polisliğe) ihtiyaç kalmadan rekabeti korumaktır.⁴⁷¹ Bu mekanizma, alıcı gücünden doğan rekabet karşıtı sorunların çözümü için de merkezi öneme sahiptir. Nitekim alıcı gücüne yönelik endişeleri rekabet hukuku gündemine taşıyan asıl sorun, 2000’li yıllardan itibaren özellikle gelişmiş ülkelerde organize perakende sektöründe görülen ve hala artma eğiliminde olan yüksek yoğunlaşma oranlarıdır. Bu çerçevede özellikle Avrupa ülkelerindeki yüksek yoğunlaşma oranlarının en önemli sebebinin, fazlaca

⁴⁶⁹ Perakendecinin mağazalarında ürün kategorilerinin yönetiminin söz konusu kategoride faaliyet gösteren tedarikçilerden birine verilmesi uygulamasıdır. Bu dikey sınırlama bakımından temel risk, alt ya da üst pazarda koordinasyona neden olma ihtimalidir. (Bkz. 2021 tarihli HTM Perakendeciliği Sektör Raporu, para.323).

⁴⁷⁰ Lianos 2010, s.8-10.

⁴⁷¹ Carstensen (2017), s. 267. Yoğunlaşma denetiminde son dönemde gündemde olan ve daha katı bir yoğunlaşma denetimi gerektiğine ilişkin tartışmalar için bkz. Baş, K. (2020) ‘Birleşmelerin Kontrolünde Daha Yasaklayıcı Bir Politikaya Dönüş Mü? Güncel Tartışmalar ve Çözüm Önerileri’, Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri 2019 içinde (Ed. Kerem Cem Sanlı, Dilan Alma.), On İki Levha Yayınları, 2020, s.419-476.

toleranslı yoğunlaşma denetimi olduğu dile getirilmektedir.⁴⁷² Bu tip fazlaca toleranslı bir yaklaşımın sakıncalı olduğunu belirten görüşler, perakende sektörünün organize perakendeye yönelik dönüşümünün ilk dönemlerinde yoğunlaşmaların sektörün modernizasyon sürecinin hızlandırılmasında önemli araçlar olduğunu kabul etmekte ancak yoğunlaşmaların belirli bir düzeyden sonra kaçınılmaz olarak pazarın oligopole dönmesine neden olacağını vurgulamaktadır.⁴⁷³

Alıcı gücünün ekonomik etkinlik üzerindeki etkilerine bakıldığında, özellikle iki taraflı pazar durumunda çoğunlukla etkinlik artırıcı olduğu değerlendirilmektedir. Bununla birlikte alt pazardaki yoğunlaşma oranlarının yüksek olduğu senaryolarda alıcı gücünün etkinlik kazanımından ziyade rekabetçi sorun yaratacağı kabul edilmektedir. Bu çerçevede büyük oranda alıcı gücünü sadece rekabetçi endişeler için bir hafifletici unsur olarak alan sağlayıcı merkezli yoğunlaşma denetiminin gözden geçirilmesi gerekmektedir.

Alıcıların taraf olduğu yatay veya dikey yoğunlaşma işlemlerinden doğabilecek potansiyel rekabeti bozucu etkileri (tek taraflı etkiler (pazar kapama) ve koordinasyon artırıcı etkiler) ikinci bölümde ele almıştık. Dolayısıyla tekrara düşmemek adına bu bölümde yalnızca alıcıların taraf olduğu yoğunlaşma işlemlerinde dikkate alınması gereken hususları açıklayacağız.

Birincisi, alıcıların taraf olduğu yoğunlaşma işlemleri neticesinde alıcı gücünün artmasının rekabeti önemli ölçüde azaltabilecek etkenlerden biri olduğunun ve özellikle de alıcı gücü söz konusu olduğunda rekabeti bozabilecek eşğin geleneksel hâkim durum eşiklerinin altında olduğunun benimsenmesi gerekir.

İkincisi, yoğunlaşma işlemi kapsamında ilgili ürün pazarı belirlenirken hem alt pazarın hem de üst pazarın değerlendirmeye dahil edilmesi gerekir. Alıcı gücü söz

⁴⁷² Carstensen (2017), s. 266.

⁴⁷³ Rekabet Kurumu'nun 2012 tarihli HTM Perakendeciliği Sektör Araştırması Raporu, s.152.

konusu olduğunda alt pazarda önemli bir yoğunlaşma yaratmayan bir işlemin alıcının üst pazardaki alıcılara uyguladığı pazar gücünü önemli ölçüde artırması kısa vadede olmasa da uzun vadede yine de rekabetçi sorunlar doğurabilir. Dolayısıyla yoğunlaşma işleminin ileriye dönük etkilerine bakılırken kısa vadeli tüketici zararının yanında, işlemin dinamik etkinlik üzerindeki uzun vadeli etkilerine de bakılmalıdır.

Üçüncüsü, ilgili coğrafi pazar belirlenirken de hem alt pazarın hem de üst pazarın sınırlarının dikkate alınması gerekir. Özellikle de perakende sektörü bakımından yerel pazarların yoğunlaşma oranları bakımından ciddi farklılıklar arz edebildiğinin, tüketici tercihlerinin genellikle sınırlı bir çevredeki perakendecileri ikame görme eğiliminde olduğunun dikkate alınması gerekir. Bu çerçevede özellikle alt pazar bakımından coğrafi sınırların olması gerekenden geniş benimsenmemesi, rekabetçi sorunların tespitini kolaylaştıracaktır.

Bazı ülkelerde alıcı gücü bakımından daha etkili bir yoğunlaşma denetimi için, perakendecilere özel bildirim eşikleri getirilmesi gibi uygulamalara da gidilmiştir. Örneğin Fransa’da, 2009’da diğer teşebbüsler için Fransa sınırlarında 50 milyon avro olan ciro eşiği, perakende sektöründeki yoğunlaşma işlemleri için 15 milyon avroya kadar düşürülmüştür. Bu tip bir politika değişikliği, rekabet otoritelerinin perakende sektöründe daha sıkı bir yoğunlaşma denetimi yapmasına imkân vermekle birlikte, rekabet otoritelerinin iş yükünü artırmakta ve bu eşiklerin düşük belirlenmesi halinde asıl tehlike teşkil eden yoğunlaşma işlemlerinin değerlendirilmesine yeterince kaynak tahsis edilememesine neden olmaktadır. Bu çerçevede 2012 yılında yayımlanan HTM perakendeciliği sektör raporunda bildirim eşiğinin düşürülmesi Türkiye için de değerlendirilmiştir. Yaptığı değerlendirmede Rekabet Kurumu bu öneri yerine rekabetin önemli ölçüde azaltılması testinin uygulanmasının ve yerel pazarları dikkate alan daha dar coğrafi pazar tanımları yapılmasının daha etkin olacağını değerlendirerek nihai

raporda eşiğin düşürülmesi önerisine yer vermemiştir.⁴⁷⁴ Biz de 2012 tarihli rapordaki değerlendirmeye katılıyoruz.

3.6. HAKSIZ TİCARİ ŞARTLAR İÇİN DOĞRU ÇÖZÜM SEKTÖR SPESİFİK REGÜLASYON MU?

Haksız ticari şartlar, genellikle bütün pazara yayılan bir etki göstermedikleri, tedarikçiler ve alıcıların pazarlık gücündeki orantısızlıktan kaynaklandıkları için “sözleşmesel korumacılık”, “gelirin adil biçimde yeniden dağıtılması” gibi sosyal amaçlarla ilişkilidir. Bu amaçlar da esas olarak iktisadi etkinlik hedefleyen rekabet hukukunun amaçlarıyla örtüşmemektedir. Ancak elbette bu durum, söz konusu “sömürücü” uygulamaların, özellikle de çok sayıda ve küçük tedarikçilerin faaliyet gösterdiği tarım veya emek gibi sektörler bakımından önemli bir sorun teşkil edebilmektedir. Nitekim bu tip sömürücü uygulamaların uzun vadede tedarikçilerin pazarda etkin biçimde faaliyet göstermesini, yeni yatırımlarda ve inovatif girişimlerde bulunmasını engelleme ve böylece çeşitli pazar aksaklıklarına neden olma riski bulunmaktadır. Bunun yanında tedarikçilere önemli maliyetler yükleyen raf primi gibi uygulamaların tüketicilere de yüksek fiyatlar olarak yansıma ihtimali de bulunmaktadır.

Haksız ticari şartların getirdiği sosyal maliyetleri azaltmak için rantın/refahın pazardaki sükeler arasında yeniden ve “adil biçimde” dağıtılmasını sağlayacak ya da tedarikçilerin refahının karşılığında kendilerine bunu haklı kılacak bir fayda sağlanmadan alıcılara transferine engel olacak “sözleşmesel korumacılık” uygulamalarına başvurulabilir. Yine bu düzenlemelere “dürüstlük kuralına uygunluk” gibi kriterler çerçevesinde haksız rekabet hukuku ya da buna benzer haksız fiil hükümleriyle müdahale edilebilir. Ancak elbette bu tip düzenlemeler bakımından da (bunlar genellikle etki analizine dayanmayan *per se* yasaklayıcı hükümler olduğundan) “adillik” ölçütünün nasıl uygulanacağını çerçevesinin

⁴⁷⁴ Rekabet Kurumu’nun 2012 tarihli HTM Perakendeciliği Sektör Araştırması Raporu, s.163.

izilmesi ve böylece hukuki belirliliğinin mümkün olan en st seviyede sağlanması gerekir.

2000’li yıllardan itibaren gıda perakendeciliğindeki yoğunlaşmalar ve özellikle 2008 ekonomik kriziyle birlikte küresel ölçekte görülen yüksek gıda enflasyonu trendi, pek çok ülkede perakendecilerin tedarikçilere adil davranmasını öngören düzenlemeler yapılmasına neden olmuştur. Nitekim 2019’da AB düzeyinde kabul edilen Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi’yle AB yesi ülkeler bakımından bu düzenlemelerin ulusal mevzuata dahil edilmesi bir yükümlülük haline getirilmiştir. 1 Mayıs 2021 itibariyle ye devletlerin tamamının bu düzenlemeleri ulusal mevzuata dahil etmiş olması gerekiyor.

AB Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi, gıda perakendeciliğinin bakımından alıcı gücünün sömürücü kullanımını daha etkin biçimde hedef almaktadır. Bunun nedeni de alıcıların hâkim durumda olmasını ya da rekabetin önemli ölçüde azalmasını aramamasıdır.⁴⁷⁵ Rekabet Kurumu, 2021 yılında yayımladığı HTM perakendeciliğinin sektör araştırmaları n raporunda bu düzenlemelerin Türkiye’de de mevzuata dahil edilmesini önermiştir.

3.7. REGÜLASYONDAN DAHA ESNEK BİR ALTERNATİF: DAVRANIŞ KODU VE OMBUDSMANLIK

Alıcı gücünden doğan endişeler için uygulanan oldukça katı ve yasaklayıcı hükümler, iktisadi etkinlik sağlayan davranışların da yasaklanması ve bu etkinliklerin ortaya çıkmasının veya sektörün geliştirmesinin önlenmesi gibi birtakım arzu edilmeyen sonuçlar doğurma riski taşımaktadır. Bu kaygılara mahal vermeden alıcıların tek taraflı davranışlarına müdahale etme arzusu da perakendecilerin tedarikçilerine adil davranmasını veya rakip perakendecilerle etik sınırları ihlal etmeden rekabet etmesini sağlamak adına katı düzenlemeler

⁴⁷⁵ Bkz. Herrera (2021).

yerine teşebbüslerin rızasına dayanan davranış kuralları gibi yumuşak hukuk uygulamalarına başvurulmasına neden olmuştur.

Perakende sektöründeki sorunlara müdahale için yumuşak hukuk kurallarını uygulayan ilk ülke 2000 yılında gıda perakendeciliği için bir davranış kodu hazırlayan Avustralya olsa da bu uygulamayı efektif biçimde hayata geçiren en önemli ülke 2001’de Süpermarket Etik Kodu’nu kabul eden İngiltere olmuştur. Ancak söz konusu kodun sektördeki rekabetçi endişeleri gidermekte yetersiz kalması ve İngiltere’de sonuçları 2009 yılında yayımlanan gıda perakendeciliği sektör raporunda pazardaki tedarikçilerin çok büyük bir bölümünün perakendecilere ekonomik olarak bağımlı olduğu ve perakendeciler tarafından tedarikçilere çok önemli sözleşmesel yükümlülükler yüklendiği ve bunların uzun vadede tedarikçilerin yatırım veya yenilik yapma motivasyonuna zarar verebileceğinin ve bu uygulamalara müdahale edilmesi gerektiği sonucuna varılması nedeniyle etik kod güçlendirilmiş ve 2013 yılında Süpermarket Ombudsmanlığı Kanunu kabul edilmiştir. Belirtmek gerekir ki Süpermarket Tedarik Kodu (*Groceries Supply Code of Practice*)⁴⁷⁶ tüm perakendecilere değil yalnızca cirosu 1 milyar sterlini aşan perakendecilere uygulanmaktadır. Düzenlemeye göre bu sınırı aşan perakendecilerin tedarik sözleşmelerinin ilgili kanunda belirtilen ilkelere uygun olması gerekmektedir. İlgili düzenlemeyle perakendecilere getirilen yükümlülükler örnek olarak tedarik sözleşmelerinin yazılı olması şartı, tedarikçilerin bilgilendirilmesi şartı, ticari ilişkide iyi niyetle davranma yükümlülüğü sayılabilir. İngiltere örneğinden sonra Slovakya ve İspanya da perakendecilerin alıcı gücüne yönelik olarak yumuşak hukuk kuralları uygulamaya başlamıştır.

Yumuşak hukuk kuralları bakımından esas mesele, bu kurallarla beraber bunlara uymayan teşebbüslere yaptırım uygulanması gerekip gerekmediğidir. Burada da temel endişe yaptırım riski olmaksızın, caydırıcılığın sağlanamayacağıdır. Ancak

⁴⁷⁶ <https://www.gov.uk/government/publications/groceries-supply-code-of-practice/groceries-supplycode-of-practice>, (Son erişim tarihi: 01.05.2021.)

esasinda perakendecileri bu tip davranış kurallarına uymaya güdüleyen tek şey yaptırım korkusu değildir. Bu tip etik kurallara uyulması “sürdürülebilirliğin”⁴⁷⁷ önemli bir amaç olarak ilan edildiği bugünlerde perakendeciler bakımından tüketicilere duyurulacak itibar artırıcı bir husus olabilir. Yine yaptırım riskinden korkmayan perakendecilerin söz konusu kurallara uygun olmayan davranışlarını raporlama ihtimali daha yüksektir. Ancak yine de bir miktar caydırıcılık da sağlamak adına İngiltere’deki uygulamada ombudsmana etik kodun ihlali halinde re’sen soruşturma başlatma yetkisi ve bunun yanında tedarikçinin sorununu doğrudan perakendeci ile çözmemesi halinde uyuşmazlığı çözmek için tahkim yetkisi de verilmiştir.⁴⁷⁸ Hatta ombudsman ciddi ihlaller varsa para cezası da verebilmektedir.

⁴⁷⁷ Sürdürülebilirlik tartışmalarının rekabet hukuku üzerindeki etkilerine ilişkin ayrıntılı bir kaynak için bkz. Eroğlu, M. (2021), ‘İklim Değişikliği, Sürdürülebilirlik ve Rekabet Hukuku’, Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri 2020 içinde (ed. Kerem Cem Sanlı, Dilan Alma), On İki Levha Yayınları, 2021, s. 115-162.

⁴⁷⁸ Rekabet Kurumu’nun 2021 tarihli HTM Perakendeciliği Sektörü Ön Raporu, para. 320.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TÜRKİYE HIZLI TÜKETİM MALLARI PERAKENDECİLİĞİNDE ALICI GÜCÜ: SEKTÖR ARAŞTIRMALARI, KARARLAR VE POLİTİKA ÖNERİLERİ

Hızlı tüketim malları (“HTM”) kategorisi; içerisine gıda, temizlik, kişisel bakım gibi ürünleri alan ve genellikle 6-12 ay gibi kısa sürelerde tüketilmesi gereken, kısa bir raf ömrüne ve stok süresine sahip temel tüketim malzemelerinden oluşur.⁴⁷⁹ HTM perakendeciliği de genel olarak söz konusu ürünlerin tüketicilere ulaştırılmasını sağlayan faaliyetler olarak ifade edilebilir. HTM perakendeciliği sektörü pek çok sektörle (tedarik, ambalajlama, nakliye, depolama, ödeme hizmetleri, e-ticaret, enerji vb.) yoğun bir etkileşim içerisinde olup sağladığı istihdam olanakları ve ekonomiye doğrudan ve dolaylı katkılarıyla hizmet sektörünün en önemli kollarından biridir.⁴⁸⁰

HTM perakendeciliği sektöründe organize perakendenin güçlenmesi ve bu durumun güçlü sağlayıcı ve zayıf alıcı varsayımına dayanan geleneksel dağıtım ağı algısını radikal biçimde değiştirmesine neden olmuştur. Bu da genellikle dikkate alınmayan alıcı kaynaklı rekabet hukuku sorunlarını önemli bir gündem maddesi haline getirmiştir. Nitekim hızlı tüketim malları perakendeciliğinde görülen söz konusu sorunlar AB, OECD gibi uluslararası organizasyonlar düzeyinde ve dünyanın pek çok ülkesinde ulusal düzeyde önemli tartışmalara ve mevzuat değişikliklerine neden olmuştur. Önemli mevzuat değişikliklerine neden olmamakla birlikte; Türkiye’de de bu tartışmaların 2010’lu yıllardan itibaren önemli gündem maddelerinden biri haline geldiğini söyleyebiliriz.

Dünyadaki gelişmelere paralel olarak Türkiye’de de 2010 yılında hızlı tüketim malları perakendeciliğine yönelik kapsamlı bir sektör araştırması başlatılmış, bu araştırmanın nihai raporu 2012 yılında yayımlanmıştır. Yine organize perakende

⁴⁷⁹ 2012 tarihli Hızlı Tüketim Malları Perakendeciliği Sektör Araştırması Raporu, para. 102.

⁴⁸⁰ 2021 tarihli Hızlı Tüketim Malları Perakendeciliği Sektör Araştırması Raporu, para. 18.

sektöründeki sorunların çözülmesi adına rekabet hukuku çerçevesinin dışında kalan yeni ve önemli kanuni düzenlemeler getirilmiştir. Bu düzenlemelerin en önemlisi 2015 yılında yürürlüğe giren 6585 sayılı Perakende Ticaretin Korunması Hakkında Kanun'dur. Bu gelişmelerin yanında organize perakende sektöründe gerçekleşen önemli birleşme devralma kararları da sektörün Rekabet Kurulu'nun gündemine taşınmasına neden olmuştur.

Tesco Kipa'nın Migros tarafından devralınması işlemine izin verilen 09.02.2017 tarihli kararından⁴⁸¹ sonra Kurul, 2012 tarihli sektör raporundan sonra pazarda önemli değişiklikler olduğunu ve bu durumun yeni bir sektör raporuyla tespit edilmesi gerektiğine karar vermiş bu çerçevede 2018 yılında HTM sektörü için yeni bir sektör araştırması başlatılmıştır. Yeni sektör araştırmasının yanında 2018 yılındaki döviz krizi ve enflasyon oranındaki ciddi artışların ardından HTM kategorisindeki ciddi fiyat artışları perakendeciliği önemli politik tartışma alanlarından biri haline gelmiştir. Bu durumun ve Rekabet Kurumu'na gelen çok sayıda şikâyetin etkisiyle, 2019 yılında meyve-sebze ve su fiyatlarındaki artışlar gerekçe gösterilerek 2020 yılında ise pandeminin etkisiyle artan fiyatlar gerekçe gösterilerek çok sayıda perakendeci ve tedarikçiye peş peşe soruşturmalar açılmıştır.

Yukarıda genel çerçevede belirttiğimiz gelişmeler çerçevesinde bu bölümde Türkiye'de alıcı gücünün tartışıldığı temel sektör olan hızlı tüketim malları perakendeciliği sektörünün yapısını ve sektöre ilişkin rekabet hukuku sorunlarını ele alacağız. Böylece çalışma boyunca daha ziyade teorik çerçevede tartıştığımız alıcı gücünü, sektör spesifik tartışmalara uygulayarak Türkiye'den örneklerle somutlaştırma imkânı elde etmiş olacağız.

4.1 GENEL OLARAK TÜRKİYE'DE HIZLI TÜKETİM MALLARI PERAKENDECİLİĞİ

⁴⁸¹ Bkz. Rekabet Kurulu'nun 09.02.2017 tarih ve 17-06/56-22 sayılı kararı.

4.1.1 Türkiye’de Hızlı Tüketim Malları Perakendeciliği Sektörünün Temel Özellikleri

HTM perakendeciliği pazarının, bu bölümde yer vereceğimiz rekabet hukuku tartışmaları bakımından oldukça önemli olan birtakım karakteristik özellikleri bulunmaktadır. Bu özelliklerden birincisi, *bu sektörde faaliyet gösteren çok sayıda oyuncu bulunmasıdır*. Türkiye’deki HTM perakendeciliği pazarındaki söz konusu oyuncular geleneksel perakende kanalı, organize perakende kanalı ve dijital kanal olmak üzere üç farklı kanalda faaliyet göstermektedir. Geleneksel perakende kanalı bakkal, büfe, tek el bayii, benzin istasyonundaki marketler ile fırın, kasap, manav gibi tek bir kategoride uzmanlaşmış küçük işletmelerden oluşmaktadır. Organize perakende kanalındaki oyuncular ise süpermarketler, hipermarketler, indirim mağazaları gibi alt kategorileri olan ulusal zincirler ve bunların yanında bir ya da birden fazla ilde örgütlenen yerel zincirler ve toptan satış yapan teşebbüslerden oluşmaktadır. Dijital kanalda ise organize perakende kanalında faaliyet gösteren şirketlerin internet mağazaları ve bunların yanında özellikle son beş yılda önemli birer oyuncu haline gelen Getir, Banabi, İstegelsin gibi online market uygulamaları bulunmaktadır. Yine hepsiburada, trendyol gibi daha büyük pazaryerlerinin de son yıllarda giyim, elektronik eşya gibi ürünlerin yanında hızlı tüketim malları perakendeciliği alanında da faaliyet göstermeye başladığı görülmektedir. Dolayısıyla HTM perakendeciliği pazarının çok kanallı ve çok sayıda oyuncunun faaliyet gösterdiği bir pazar olduğunu söyleyebiliriz. Bu durum da genel çerçevede, bu kanalların birbirinin alternatifi olup olmadığı, bu kanalların birbirine ne ölçüde rekabetçi baskı uyguladığı gibi tartışmaları tetiklemektedir.

HTM perakendeciliğine ilişkin ikinci önemli özellik sektörde satışı yapılan HTM kategorisinin çok sayıda ve homojen olmayan üründen oluşmasıdır. HTM olarak ifade edilen ürünler temizlik, gıda, kişisel bakım gibi çok sayıda alt kategoriden oluşmakta, bu kategorilerin her birinde de yüzlerce ulusal markalı ürünün yanında perakendecilerin fason üretim yaptırdığı ve fikri mülkiyet haklarına sahip olduğu

mağaza markalı ürünler bulunmaktadır. Dolayısıyla her bir ürün kategorisi bakımından ciddi bir çeşitlilikten ve mağaza içi rekabetten söz edilebilir.

HTM perakendeciliği bakımından üçüncü önemli özellik sektörde güçlü organize perakendeciler de olmakla birlikte, bu perakendecilerin karşısında Nestle, P&G, Unilever, Henkel gibi çok sayıda güçlü global tedarikçi bulunmasıdır. Bu durum da aslında pazarda daha önce de ifade ettiğimiz üzere iki taraflı pazar gücünün (*unilateral market power*) bulunduğunu göstermektedir. Bu bakımdan özü itibarıyla pazarın her iki tarafından güçlü teşebbüsler bulunmasının bu teşebbüslerin her birinin pazardaki diğer teşebbüslerin gücünü dengeleme işlevine sahip olduğunu söyleyebiliriz. Elbette özellikle mağaza markalı ürünler bakımından, perakendeciler için fason üretim yapan tedarikçilerin genellikle küçük üreticiler olduğunu belirtmek gerekir. Yine sebze-meyve gibi ürünler bakımından da pazarda çiftçiler ve araçlar gibi daha küçük ve orta ölçekte teşebbüsler bulunduğu söylenebilecektir.

HTM perakendeciliği sektörü bakımından dördüncü özellik, bu sektöre giriş için yatırım maliyetlerinin ve dolayısıyla giriş engellerinin genellikle düşük olmasıdır. HTM perakendeciliği bakımından bu işletmeleri kurmak için gerekli izinler kolayca alınabildiğinden mutlak bir giriş engelinden söz etmek mümkün değildir.⁴⁸² Yine girdi tedariki, şebeke etkisi veya üstün teknoloji ihtiyacı giriş engeli yaratacak düzeyde değildir.⁴⁸³ Pazara girişin maliyetleri de genel olarak mağaza kirası, raf alanı, hizmet sunumu için işçi ücretleri gibi maliyetlerdir. Bunlar da şayet pazara çok sayıda mağazayla bir anda giriş hedeflenmiyorsa, pazara girişin önemli batık maliyetlere katlanılmasını gerektirmediğini göstermektedir. Yine bu sektörde konsinye satışın (ürünlerin mülkiyetini almadan, dolayısıyla satın alma maliyetine katlanmadan satılabilmesine imkân tanıdığı için) yaygın olarak uygulanması da perakendecilerin mal tedarik maliyetlerini önemli

⁴⁸² Rekabet Kurulu'nun 09.02.2017 tarih ve 17-06/56-22 sayılı Migros-Tesco Kipa kararı, para. 130.

⁴⁸³ Rekabet Kurulu'nun 09.02.2017 tarih ve 17-06/56-22 sayılı Migros-Tesco Kipa kararı, para.130.

ölçüde düşürmektedir. Tabii şehirleşme ve özellikle büyük şehirlerdeki nüfus artışıyla ve organize perakende sektöründeki yoğunlaşma oranlarının (mağaza sayılarının) artmasıyla birlikte satış mağazası olarak kullanılabilecek mekân sayısının azalmasının artık pazara yeni girişleri zorlaştıran bir faktör olmaya başladığını belirtmek gerekir.⁴⁸⁴ Ancak bu durum daha kırsal bölgeler için henüz önemli bir sorun teşkil edecek düzeyde değildir.

Türkiye’de HTM sektörü bakımından giriş engellerinin düşük olması ve pazarda çok sayıda oyuncunun faaliyet gösteriyor olmasıyla bağlantılı bir diğer özellik genel olarak *HTM perakendeciliği pazarında yoğunlaşma oranlarının düşük olmasıdır*. Her ne kadar organize perakende bakımından son dönemlerde yoğunlaşma oranlarının önemli ölçüde arttığı söylenebilecekse de (2012 tarihinde %27 seviyelerinde olan CR4 oranı 2021 itibarıyla %50’nin üzerindedir) bu oranlar hala Avrupa ülkelerindeki yoğunlaşma oranlarının oldukça altındadır.⁴⁸⁵ Üstelik yoğunlaşma oranları, salt organize perakende yerine bütün perakende sektörü esas alındığında daha da düşmektedir.

*HTM perakendeciliği sektörü bakımından bu bölümde söz edeceğimiz son özellik ise HTM kategorisindeki ürünlerin tüketicilerin temel ihtiyaçlarından oluşması dolayısıyla HTM ürünlerinin nihai alıcısı olan tüketicilerin fiyat hassasiyetinin son derece yüksek olmasıdır.*⁴⁸⁶ Bu durum ayrıca perakende sektörünün tüketici eğilimlerindeki değişimlerin doğrudan hissedilebildiği bir sektör olmasına neden olmaktadır.⁴⁸⁷

Bütün bu özellikler de nihai olarak sektörün politik açıdan çok merkezi bir öneme sahip olmasına, dolayısıyla siyasi karar alma süreçlerinde etkisi olan tüm aktörler

⁴⁸⁴ 2021 tarihli Sektör Araştırması Ön Raporu

⁴⁸⁵ Avrupa ülkelerinde gıda perakendeciliği sektöründeki yoğunlaşma oranları için bkz. https://www.eurocommerce.eu/media/87967/eurocommerce_study_v2_hd.pdf s.48.

⁴⁸⁶ Rekabet Kurulu’nun 22.05.2018 tarih ve 18-15/279-138 sayılı kararı.

⁴⁸⁷ KPMG, 2020 Sektör Raporu, s.3

tarafından yakından takip edilmesine ve sektördeki sorunların doğrudan kamuoyunun ilgisi çekmesine neden olmaktadır.

4.1.2. Rekabet Kurumu’nun Sektör Araştırması Raporları Kapsamında Türkiye’de Hızlı Tüketim Malları Perakendeciliğinin Gelişimi ve Mevcut Durumu

Dünyada perakendeciliğin 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren daha sistemli/profesyonel bir faaliyet alanı olarak ortaya çıktığı tahmin edilmektedir.⁴⁸⁸ Türkiye’de ise modern anlamda perakendecilik 1950’li yıllarda Migros ve Gima’nın kurulmasıyla başlamıştır.⁴⁸⁹ Görece büyük bir satış alanına sahip yaygın zincir mağazalardan oluşan ve tüketicilere tek duraklı alışveriş yapma imkânı sunan organize perakende faaliyetleri ise, gelişmiş ülkelerde 1970’li yıllardan itibaren; Türkiye’de ise 1990’lı yıllardan itibaren pazara Carrefour ve Metro gibi yabancı sermayeli perakendecilerin girmesiyle güçlenmeye başlamıştır.⁴⁹⁰ Organize perakende sektöründeki bir diğer önemli gelişme de 1990’lı yıllarda Avrupa’da daha küçük satış alanı, daha çok sayıda mağaza markalı ürün ve daha az hizmet sunumuna dayanan indirim mağazacılığı formatının yaygınlaşmasıdır. Nitekim bu gelişmenin etkileri Türkiye’ye de ulaşmış ve 1995 yılında BİM’in kurulmasının ardından 2000’li yıllardan itibaren Türkiye’deki indirim marketlerinin sayısı gün geçtikçe artmıştır.⁴⁹¹

Türkiye’de organize olamamış küçük satış mağazalarından oluşan geleneksel perakende kanalı, ağırlığını korumakta ancak organize HTM perakendeciliği gelişimini sürdürmektedir. 2005 yılında organize perakendenin toplam HTM perakendeciliği içerisindeki payı %31,26 iken, bu oran 2010 yılında %49,08’e kadar yükselmiştir.⁴⁹² 2012 tarihli sektör raporunda geleneksel kanalın hala güçlü

⁴⁸⁸ 2021 tarihli Sektör Araştırması Ön Raporu, para.20.

⁴⁸⁹ A.g.e.

⁴⁹⁰ A.g.e.

⁴⁹¹ A.g.e.

⁴⁹² A.g.e., para. 31-32.

bir biçimde varlık göstermesinin nedeni Türkiye nüfusunun önemli bir bölümünün kırsalda yaşaması olarak belirtilmiştir. Organize perakendenin güç kazanmasının gerekçeleri ise organize perakendecilerin avantajlarının yanında, geleneksel işletmelerin genel olarak aile işletmeleri olması ve tedarik yönetimi ve modern pazarlama yöntemlerini etkin bir biçimde kullanamamaları olarak belirtilmiştir. Türkiye’de organize perakendenin Avrupa’nın gerisinde olmasının bir nedeni olarak da kişi başına düşen araç sayısının Avrupa’daki oranın 1/4ünden bile az olması gösterilmiştir.⁴⁹³

Türkiye’de organize perakende kanalında indirim marketleri ve ulusal zincirlerin yanında bölgesel/yerel perakende zincirleri de organize perakendeye dönüşümü hızlandıran önemli etkenlerden biridir. Söz konusu yerel perakendecilerin başlıcaları genellikle Marmara Bölgesi ve Ege Bölgesi’nde faaliyet gösteren Yunus, Onur, Çağrı gibi marketlerdir. Üstelik bu teşebbüsler, perakende pazarında yaşanan dönüşüme ayak uydurarak sanal ticareti de yoğun bir şekilde kullanmaktadır.⁴⁹⁴

Yukarıda yer verdiğimiz açıklamalar kapsamında genel olarak Türkiye’de organize kanalın gelişim sürecinin erken dönemlerinde olduğu ve geleneksel kanaldan organize kanala doğru olan dönüşümün süreceği söylenebilecektir.⁴⁹⁵ Devam eden bölümde Rekabet Kurumu’nun sektöre ilişkin 2012 tarihli sektör araştırması ve devam eden sektör araştırmasının 2021 tarihli ön raporunda yer verdiği tespitlere yer veriyoruz.

4.1.3. 2012 Tarihli Sektör Araştırması Nihai Raporunda Yer Verilen Tespitler ve Rapordaki Politika Önerileri

⁴⁹³ 2012 tarihli Sektör Araştırması Raporu s. 23.

⁴⁹⁴ 2021 tarihli Sektör Araştırması Ön Raporu, para.34.

⁴⁹⁵ A.g.e., s.30.

Rekabet Kurumu'nun Türkiye HTM perakendeciliği pazarına ilişkin ilk sektör araştırmasının sonuçları, 24.05.2012 tarihinde Türkiye HTM Perakendeciliği Sektör İncelemesi Nihai Raporu ("2012 tarihli Sektör Raporu") başlığıyla yayımlanmıştır. Oldukça kapsamlı bir araştırmanın ürünü olan raporda HTM perakendeciliği sektörünün yapısı, sektörde organize kanalın güçlenmesine neden olan yapısal dönüşüm süreci, perakendecilerin alıcı gücünün gelişimi ve ilgili dönemdeki durumuna ilişkin bilgilerin yanında Rekabet Kurumu'nun alıcı gücüne yönelik rekabet politikası önerilerine yer verilmiştir.

2012 tarihli Sektör Raporu'nda HTM perakendeciliği sektöre ilişkin öne çıkan tespitleri aşağıda sıralıyoruz.

- *Hızlı tüketim malları perakendeciliği sektöründe organize perakendenin payı artmaktadır.* Raporda yer alan en önemli tespitlerden biri, 2000'li yılların başından itibaren organize perakendeye yönelik yapısal dönüşüm sürecinin istikrarlı biçimde devam ettiğidir. Rapordaki verilere göre 2005 yılında organize perakendenin payı %31,6 iken bu oran 2011 yılının ilk yarısı itibarıyla %50,86'ya ulaşmıştır.⁴⁹⁶
- *Organize perakende pazarında en hızlı büyüyen kanal indirim mağazacılığı kanalıdır.* Rapora göre ilgili dönemde organize kanalda en hızlı büyüyen teşebbüsler BİM ve A101'dir. Hatta, 2009 yılında BİM, pazarın en önemli oyuncusu olan Migros'u geride bırakarak pazar lideri olmuştur. Rapora göre indirim mağazacılığındaki bu büyümenin temel nedenlerinden biri Türkiye'de 2001 yılında yaşanan ekonomik kriz ve 2008 küresel finansal krizidir.⁴⁹⁷ Bunun da temel nedeni ekonomik kriz dönemlerinde tüketicilerin fiyat hassasiyetinin artmasıdır.
- *Türkiye'de bölgesel/yerel perakendecilik, organize perakende sektörü içindeki payını artırmaktadır.* Türkiye'de HTM perakendeciliği pazarında Migros, Carrefour gibi ulusal zincirlerin ve BİM, A101 gibi indirim

⁴⁹⁶ 2012 tarihli Sektör Raporu, s.5

⁴⁹⁷ 2012 tarihli Sektör Raporu, s.17-23.

marketlerinin yanında daha az sayıda mağazayla ve yalnızca belirli bölgelerde süpermarket formatıyla faaliyet gösteren Çağdaş, Yunus, Pehlivanoğlu gibi yerel perakendeciler de bulunmaktadır. Rapora göre daha çok Marmara, Ege, İç Anadolu ve Akdeniz bölgelerinde faaliyet gösteren bu perakendeciler önemli bir büyüme trendi yakalamış, 2010-2011 döneminde mağaza sayısı bakımından %43, toplam satış alanı bakımından da %24 büyüme oranına ulaşmıştır.⁴⁹⁸

- *HTM perakendeciliğinde yoğunlaşma oranları, Avrupa ülkeleri ile karşılaştırıldığında hâlâ düşüktür.* 2012 tarihli Sektör Raporu'nda en büyük dört perakendecinin tüm perakende sektöründeki toplam pazar payı (CR4) 2011 yılı itibariyle yalnızca %13,74 olarak tespit edilmiştir. Aynı CR4 oranı organize perakende sektörü bakımındansa %27,01 olarak tespit edilmiştir. Rapora göre CR4 oranı 2009 yılı itibariyle İsveç'te %91, İngiltere'de %68, Almanya'da %67, Fransa'da %65, Macaristan'da %50'dir.⁴⁹⁹ Dolayısıyla sektörün yoğunlaşma oranları Avrupa ülkelerinin oldukça altında olup, organize perakende sektörünün gelişiminin erken evrelerindedir. Bununla birlikte raporda göze çarpan önemli bir tespit, ülke genelinde yoğunlaşma oranları düşük olsa da bu oranların bölge ve il bazında değişiklik gösterebildiği ve başta Ege Bölgesi ve il bazında İzmir olmak üzere bazı bölgelerde yoğunlaşma oranlarının yüksek olduğudur.⁵⁰⁰
- *Perakende zincirleri arasında halka arzlar ile birlikte kurumsallaşma ve şeffaflaşma artmaktadır.* Raporda Migros, CarrefourSa, BİM, Tesco/Kipa'nın ardından 2010 sonunda Uyum Gıda, Kiler ve Bizim Toptan gibi şirketlerin sermayelerinin bir bölümünü halka arz ettiği, bu gelişmenin de (sermaye piyasası kurallarının etkisiyle) sektördeki kurumsallaşma ve şeffaflığı artırdığı ve bu durumun yatırımcıların sektöre ilgisini artıracığı belirtilmiştir.

⁴⁹⁸ 2012 tarihli Sektör Raporu, s.6

⁴⁹⁹ 2012 tarihli Sektör Raporu, s.6

⁵⁰⁰ 2012 tarihli Sektör Raporu, s.7

- *Türkiye HTM perakendeciliği sektöründe alıcı gücü artmaktadır ancak mevcut durum rekabet hukuku bakımından hâlihazırda doğrudan müdahaleyi gerekli kılacak düzeyde değildir.* Raporda yer alan en önemli tespitlerden biri, sektörde raporun hazırlandığı dönemde alıcı gücünün yoğunlaşma trendiyle birlikte artma eğiliminde olduğu ancak rekabet hukuku kapsamında müdahale gerektirecek düzeyde olmadığı tespitidir.⁵⁰¹ Raporda bu tespitin gerekçeleri olarak, perakendecilerin pazarlık gücü artsa da tedarikçiler bakımından alternatif alıcı yoğunluğu bulunduğu bu nedenle tedarikçilerin perakendecilere ekonomik bağımlık teşkil edecek düzeyde bağımlı olmadığı ve tedarikçilerle yapılan görüşmelerin ve saha çalışmalarının bu bulguyu desteklediği belirtilmiştir. Raporda bunun yanı sıra, tedarik koşulları konusunda tedarikçi-alıcı ilişkisinin zaman zaman gerildiği ancak 2012 yılında yürürlüğe girecek Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin tedarikçiler lehine hükümleriyle bu gerilimi azaltacağı belirtilmiştir.⁵⁰²
- *Özel markalı ürünlerin oranı indirim mağazacılığındaki gelişmeye koşut olarak artsa da sektör araştırması kapsamında yapılan saha çalışmalarının sonuçları bu kategorideki büyümenin tedarikçi faaliyetlerini zorlaştıracak düzeyde olmadığını göstermektedir.* Bu bölümde yer vereceğimiz son tespit, Türkiye’de raporun yayımlandığı dönemde mağaza markalı ürünlerin toplam satışlar içindeki payının Avrupa ülkelerinin oldukça gerisinde olduğu ancak gelişme eğiliminde olduğu tespitidir. Raporda mağaza markalı ürünlerin, tedarikçilerin âtlı kapasitelerini kullanmasını sağladığı, fiyat avantajı ve çeşitlilik gibi tüketici yararına sonuçlar doğurduğu, düşük yoğunlaşma oranları düşünüldüğünde bu ürünlerin ilgili dönemde önemli bir rekabetçi kaygı yaratmadığı belirtilmiştir.⁵⁰³

⁵⁰¹ 2012 tarihli Sektör Raporu, s.7

⁵⁰² 2012 tarihli Sektör Raporu, s.8

⁵⁰³ A.g.e.

Yukarıda yer verilen tespitler kapsamında sonuç olarak, perakende sektörünün genel olarak rekabetçi olduğu, organize perakende sektörü lehine pazar dönüşümünün devam etmesinin ve pazardaki yoğunlaşma oranlarının artmasının beklendiği ve ilgili dönemde alıcı gücünün önemli bir rekabetçi kaygı doğuracak düzeyde olmadığı belirtilmiştir. Bununla birlikte raporda pazarın gelişiminin takip edilmesi ve potansiyel rekabetçi sorunların tespit edilebilmesi için aşağıda saydığımız politika önerilerine yer verilmiştir.

- *Yoğunlaşma Kontrolü Etkin Kılınmalı.* Raporun yayımlandığı dönemde, Türkiye’de yoğunlaşma denetimi 4054 sayılı Kanun’un 7. maddesi kapsamında yalnızca hâkim durum yaratan ya da mevcut hâkim durumu güçlendiren yoğunlaşma işlemlerinin yasaklanmasına imkân veriyordu. Raporda, alıcı gücünün potansiyel rekabet karşıtı sonuçlarıyla mücadelede yoğunlaşma denetiminin merkezi rolüne vurgu yapılarak daha etkili bir denetim için hâkim durum yaratmasa da rekabeti önemli ölçüde kısıtlayan yoğunlaşma işlemlerine müdahale imkânı veren SIEC testinin mevzuata dahil edilmesi önerilmiştir. Bu öneri rapordan sonraki dönemde uzunca bir süre hayata geçmemiş, 2020 yılının Haziran ayında 4054 sayılı Kanun’da yapılan değişiklikle birlikte mevzuata dahil edilmiştir. Özellikle 2015, 2017 ve 2018 yıllarında piyasada gerçekleşen önemli birleşme devralma işlemlerinde hâkim durum testi katı biçimde uygulandığı düşünüldüğünde, bu öneri daha erken bir tarihte kabul edilseydi söz konusu yoğunlaşma işlemlerine ilişkin analizin ve alınan taahhütlerin önemli ölçüde değişiklik göstereceği iddia edilebilir.
- *Dikey Anlaşmalar Mevzuatına Alıcı Gücünün Dâhil Edilmesi.* Rapordaki bir başka öneri mehz AB hukukunda olduğu gibi dikey anlaşmalar mevzuatına kategori yönetimi ve listeleme bedelleri gibi dikey sınırlamaların da eklenmesidir. Bu öneri ise henüz dikkate alınmamıştır.
- *Alıcı Gücü ve Pazar Gelişiminin Takip Edilmesi.* Raporda mevcut durumda alıcı gücünün önemli bir endişe kaynağı olmadığı belirtilse de

pazardaki yoğunlaşma oranlarının artma eğiliminde olduğu ve bu nedenle piyasadaki gelişmelerin yakından takip edilmesi gerektiği belirtilmektedir.

2012 tarihli rapor, sektöre ilişkin kapsamlı veri ve analizler içermesi sebebiyle oldukça önemlidir. Araştırma kapsamında varılan sonuçlar ve politika önerilerinin de uyumlu ve tutarlı olduğunu düşünüyoruz.

4.1.4. 2021 Tarihli Sektör Araştırması Ön Raporunda Yer Alan Tespitler ve Politika Önerileri

Rekabet Kurulu, 2017 yılında izin verilen Migros-Tesco Kipa devralma işlemi kapsamında yaptığı değerlendirmede Türkiye’de HTM perakendeciliği pazarının yapısının 2012 yılındaki raporda tespit edilen pazar yapısından pek çok bakımından farklılaştığı ve bu nedenle yeni bir sektör araştırması yapılması gerektiği kanısına varmıştır.⁵⁰⁴ Bu kapsamda 16.02.2017 tarih ve 17-07/73-M sayılı kararı ile yeni bir sektör incelemesi yapılmasına karar vermiştir. Bu karar üzerine başlatılan sektör araştırmasının ilk sonuçları Şubat 2021’de yayımlanan Türkiye HTM Perakendeciliği Sektör İncelemesi Ön Raporu (“2021 tarihli Ön Rapor”) ile ilan edilmiştir.

Bu bölümde ilgili ön raporda öne çıkan tespitlere yer vereceğiz. Ancak bundan önce raporda, sektör araştırmasında tespit edilen pek çok iktisadi verinin ticari sır gerekçesiyle karartıldığını, bunlardan bazılarının 2012 tarihli raporda açıkça yer verilen yoğunlaşma oranı, mağaza sayıları, ortalama veriler gibi aslında ticari sır olarak nitelendirilmesi güç olan veriler olduğunu belirtmek gerekir. Ne yazık ki bu durum, rapordaki tespitlerle ilgili sağlıklı bir değerlendirme yapmayı zorlaştırmaktadır. Ancak buna rağmen raporda tespit edebildiğimiz önemli hususları ve bunlara ilişkin değerlendirmelerimizi aşağıda sıralıyoruz.

⁵⁰⁴ 2021 tarihli Sektör Araştırması Ön Raporu, para.3.

2021 tarihli Ön Rapor’da yer alan ve 2012 tarihli rapordaki tespitlerden önemli ölçüde ayrılan tespitler:

- *İndirim marketleri, organize perakende kanalındaki en güçlü teşebbüsler haline gelmiştir.* Ön raporda 2011 yılında pazarın en büyük beş teşebbüsünden yalnızca biri indirim marketiyken, 2019 yılı itibarıyla ilk dört teşebbüsten üçünün indirim marketi olduğu belirtilmektedir. Nitekim, 1995 yılında faaliyete başlayan BİM ciro bazında pazarın en büyük oyuncusu konumundadır. A101, 9000. mağazasını da açarak mağaza sayısı bakımından pazar lideridir.⁵⁰⁵ Ülker Grubu da Şok’la 3. büyük indirim marketleri zinciridir. Raporda Türkiye’de indirim marketlerinin organize perakende satışları içindeki payı belirtilmese de bu payın 2019’da Almanya’nın %43,4’lik oranından yüksek olduğu ifade edilmiştir.⁵⁰⁶ İndirim marketleri bakımından önemli olduğunu düşündüğümüz bir diğer bilgi, bu teşebbüslerin herhangi bir birleşme/devralma işlemine girmeden sadece yeni mağaza yatırımlarıyla söz konusu büyüme rakamlarını elde ettiği bilgisidir.
- *Rapora göre, indirim marketlerinin öne çıkması pazarda satılan özel markalı ürün sayısını artırmış, bu durum da ulusal markalı ürünlerin bulabildiği raf alanını düşürmüştür.*⁵⁰⁷ Ön raporda, 2012 tarihli raporda henüz Avrupa ülkelerindeki oranların çok gerisinde olduğu belirtilen özel markalı ürünlerin toplam satışlar içerisindeki oranının 2012-2021 döneminde indirim marketlerinin güç kazanmasıyla önemli ölçüde arttığı, bu durumun getirdiği rekabetçi baskı neticesinde de özel markalı ürünlerin süpermarketler tarafından da benimsendiği ve ulusal zincir marketler ve indirim marketlerinin gittikçe yakınsadığı belirtilmiştir.
- *2019 yılı itibarıyla pazardaki ilk 4 teşebbüsün yoğunlaşma oranları %50’nin üzerindedir.* 2012 tarihli raporda organize perakende bakımından

⁵⁰⁵ 2021 tarihli Sektör Araştırması Ön Raporu, para. 31.

⁵⁰⁶ 2021 tarihli Sektör Araştırması Ön Raporu, para. 67.

⁵⁰⁷ 2021 tarihli Sektör Araştırması Ön Raporu, para. 170.

en büyük ilk dört teşebbüsün yoğunlaşma oranlarının %27,01 olduğu tespit edilmişken, 2021 tarihli Sektör Araştırması Ön Raporu'nda bu oranın 2019 itibariyle %50'inin üzerine çıktığı belirtilmiştir. Raporda ne yazık ki yoğunlaşma oranı net biçimde belirtilmemiştir. Raporda söz konusu yoğunlaşma oranlarının e-ticaret kanalının gelişmeye devam etmesine rağmen artacağına öngörüldüğü de belirtilmektedir.

- *Pazarda yüksek seviyede giriş engelleri bulunmaktadır.* Raporda, organize perakende pazarına son dönemlerde önemli yeni bir giriş olmadığı, pazarda gerçekleşen büyümenin devralmalar veya çoğunluğu indirim marketler kanalında yeni mağazalar açılması yoluyla gerçekleştiği, bu çerçevede pazarda yüksek seviyede giriş engeli bulunduğu belirtilmektedir. Raporda, son beş yılda pazardaki en büyük on teşebbüsün değişmemesi de bu tespiti doğrulayan verilerden biri kabul edilmiştir. Rapora göre, büyükşehirlerde büyük satış alanlarına sahip taşınmaz bulma problemleri önemli bir giriş engeli teşkil etmekte, bu durum organize kanalın daha küçük satış alanına sahip mağazacılığa yönelmesine neden olmaktadır.
- *Organize perakende sektöründeki teşebbüslerin alıcı gücü son on yılda, ciddi ölçüde artarak hem tedarik pazarındaki hem de perakende pazarındaki rekabeti olumsuz etkileyecek düzeye ulaşmıştır.* Ön rapor kapsamında, bu çalışmada ele aldığımız hususlar bakımından en önemli tespit, perakendecilerin alıcı gücünün 2012 tarihli raporda belirtilenin aksine rekabeti olumsuz etkileyecek düzeye ulaştığı tespitidir. Ön raporda, bu tespitin gerekçeleri olarak (i) pazarda artan yoğunlaşma oranları (ii) pazardaki perakendecilerin tedarikçilerden çok sayıda prim veya bedel talep etme imkanına sahip olması (iii) perakendecilerin çalıştığı tedarikçi sayılarının oldukça yüksek olması ve alternatif tedarikçi sayısının çokluğunun perakendecilerin alıcı gücünü önemli ölçüde artırması, bu kapsamda alt pazar yoğunlaşmışken üst pazarın dağınık bir yapı

sergilemesi⁵⁰⁸ (iv) özel markalı ürün sayısının artmasına bağlı olarak diğer ulusal markalı ürünlerin raf alanının azalması gösterilmiştir. Gerekçeler bu şekilde belirtilmekle birlikte, perakendecilerin tedarikçi sayıları, tedarikçilerin yaptığı olumlu-olumsuz değerlendirmelerin istatistiki oranları, özel markalı ürün oranları gibi sayısal verilerin gizlenmiş olması rapordaki tespitlerin ikna ediciliğini azaltmakta ve bu tespite ilişkin sağlıklı bir değerlendirme yapmayı zorlaştırmaktadır.

- *Artan alıcı gücü, ülke ekonomisinin temel taşları olan çiftçiler ve küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin gelirlerinin azalmasına ve bu teşebbüslerin yeni pazarlara girme ve ürün geliştirme güdülerinin zayıflamasına neden olabilecektir.* Raporda özel markalı ürünlerin büyük ölçüde küçük veya orta ölçekli çiftçi ve üreticilere ürettirildiği, indirim marketlerinin pazar gücünün artmasıyla birlikte bu teşebbüslerin alıcı gücünün muhatabının söz konusu küçük işletmeler olduğu belirtilmektedir.⁵⁰⁹ Raporda bu kapsamda perakendecilerin alıcı gücünün, söz konusu çiftçi ve üreticilerin gelirlerini ve inovasyon yapma güdülerini azaltacağı ve bunun engellenmesinin şart olduğu belirtilmektedir.
- *Alıcı gücü artan perakendeciler, tedarikçilere çeşitli adlar altında haksız ticari şartlar uygulamaktadır.* Raporda perakendecilerin tedarikçilerden, raf bedeli, ürün listeleme bedeli, insert bedeli, enerji bedeli, teşhir bedeli, yıl sonu ıskontosu, kampanya bedeli, yeni ürün tanıtım bedeli, veri paylaşım bedeli ve ciro primi gibi çeşitli bedeller talep ettiği, tedarikçilerin bu bedelleri “pazar payı ve ciro artışı, stok eritme, yeni ürün tanıtımı ve marka bilinirliğine katkı” gibi avantajlar elde etmek amacıyla ödediği belirtilmektedir.⁵¹⁰ Rapora göre bu bedeller, indirim marketlerinden ziyade yerel perakendeciler ve ulusal zincirler tarafından talep edilmektedir. Yine rapora göre tedarikçilerin bazıları bu bedeller karşılığında kendilerine daha iyi raf alanı vb. ayrıcalıklar sağlandığı için bu bedellerin avantajlı

⁵⁰⁸ Raporda, perakendecilerin alıcı gücünün dünya çapında faaliyet gösteren ve önemli bir pazar gücü bulunan tedarikçiler karşısında zayıf kaldığı da belirtilmektedir. (para. 147).

⁵⁰⁹ 2021 tarihli Sektör Araştırması Ön Raporu, para. 322.

⁵¹⁰ 2021 tarihli Sektör Araştırması Ön Raporu, para. 149.

olduğunu düşünürken, bazıları da bu bedellerin kendilerine dayatıldığını ifade etmiştir.⁵¹¹

Ön raporda yer alan ve 2012 tarihli rapordaki tespitlerle örtüşen tespitler:

- *Türkiye HTM perakendeciliği sektöründe geleneksel perakende kanalı ağırlığını korumaktadır.*⁵¹² 2021 tarihli sektör raporunda en çok öne çıkan hususlardan biri, tıpkı 2012 tarihli raporda da belirtildiği gibi geleneksel kanalın organize perakendeye gün geçtikçe (özellikle de son 3 yılda mağaza sayısı bakımından) pazar payı kaybetmesine rağmen hem ciro hem de satış alanı bakımından hala lider durumda olduğu tespitidir.
- *Organize perakende kanalı Türkiye’de hala erken dönemlerindedir ve gelecekte ağırlığını daha da artıracakı öngörülmektedir.*⁵¹³ Bir önceki tespitle paralel olan bu tespit de son derece önemli olduğunu, bu tip bir tespit varken ön rapor kapsamında organize perakendeye son derece radikal/yasaklayıcı müdahalelere girişilmesinin önerilmesinin tutarsız olduğunu düşünüyoruz.
- *Bölgesel/yerel zincirler de ulusal pazarda etkin birer rakip olmaya aday görünmektedir.* Ön raporda tekrarlanan bir başka önemli bulgu, yerel zincirlerin de pazar payı kazanmaya devam ettiğidir. Bu çerçevede bu teşebbüslerin yerel dinamiklere ilişkin bilgileri, güçlü öngörülleri ve ulusal perakendecilere oranla daha esnek olan yapıları ve hızlı karar mekanizmalarıyla önlerindeki rekabet engellerinin kaldırılması halinde pazarda diğer organize perakende kanallarına etkin birer rakip olabilecekleri belirtilmektedir. Raporda bu rekabet engellerinin neler olduğu ise belirtilmemiştir.⁵¹⁴

⁵¹¹ 2021 tarihli Sektör Araştırması Ön Raporu, para. 150.

⁵¹² 2021 tarihli Sektör Araştırması Ön Raporu, para. 30.

⁵¹³ 2021 tarihli Sektör Araştırması Ön Raporu, para. 30.

⁵¹⁴ 2021 tarihli Sektör Araştırması Ön Raporu, para.21

Yukarıda yer verilen tespitler ışığında ön raporda Rekabet Kurumu tarafından önerilen politika değişikliklerini aşağıda paylaşıyoruz. Bu değişikliklere ilişkin değerlendirmelerimizi ise bu bölümün sonunda belirtiyoruz.⁵¹⁵

- *Haksız ticari uygulamalar için yeni mevzuat ihdas edilmeli ve bu uygulamaları denetlemek üzere yeni bir idari otorite kurulmalıdır.*⁵¹⁶ Rekabet Kurumu ön raporda perakendecilerin tedarikçilere çeşitli isimler altında yüklediği bedellerin ve sözleşmesel riskin tedarikçilere yükletilmesine ilişkin diğer hükümlerin (haksız ticari şartlar) özellikle çiftçiler ve KOBİ'ler üzerinde olumsuz etkileri nedeniyle regüle edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Kurum'a göre bu hükümlere uygulanan 6585 sayılı Kanun ve TBK'nın genel işlem şartlarına ilişkin hükümleri tedarikçilere gerekli korumayı sağlamamaktadır. Bu kapsamda 30 Nisan 2019 tarihinde AB'de kabul edilen "Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi" (*Unfair Trading Practices Directive*)'ne⁵¹⁷ atıf yapan Kurum, bu direktifteki hükümlerin yeni bir yasal düzenlemeyle mevzuatımıza eklenmesi gerektiğini savunmaktadır. Kurum'un raporda yer verdiği düzenleme AB Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi'ndeki hükümlerin birebir karşılığıdır.
- *Rekabet Kanunu'nda yer alan uyumlu eylem karinesi ve birlikte hâkim durum kurumu daha sık işletilmelidir.*⁵¹⁸ Ön raporda yer alan bir başka öneri, Rekabet Kanunu'nun 4. maddesindeki uyumlu eylem karinesi ve 6. maddesindeki birlikte hâkim durum kurumunun perakende sektörüne yönelik soruşturmalarda daha sık kullanılmasıdır. Ön raporda bu önerinin gerekçesine yer verilmemiştir.

⁵¹⁵ Bkz. Bölüm 4/5.

⁵¹⁶ 2021 tarihli Sektör Araştırması Ön Raporu, para. 325.

⁵¹⁷ Direktif, tarım ve gıda tedarik zincirinde tedarikçiler ve alıcılar arasındaki asimetrik pazar gücünden doğan sorunları gidermeyi ve bu çerçevede başta çiftçi ve çiftçi kuruluşlarını korumayı amaçlamaktadır. Bunların yanında KOBİ'ler de bu korumadan faydalanabilmektedir. Direktifte mutlaka yasaklanması gereken şartları içeren bir kara liste bir de yalnızca sözleşmeye yazılırsa geçerli olacak hükümlere ilişkin bir gri liste içermektedir. Bkz. 2021 tarihli Sektör Araştırması Ön Raporu, s.130-132. Direktif uyarınca bu düzenlemelerin en geç 1 Mayıs 2021 itibarıyla üye ülkelerin mevzuatına işlenmiş olması gerekmektedir.

⁵¹⁸ 2021 tarihli Sektör Araştırması Ön Raporu, para.327.

- *Coğrafi pazarın daha dar belirlendiği daha sıkı bir yoğunlaşma denetimi uygulanmalıdır.* Raporda yer verilen önerilerden bir diğeri, daha önceki Rekabet Kurulu kararlarında ilçe bazında çizilen coğrafi pazar sınırının, bunun da ötesine geçilerek semt, mahalle gibi daha dar çerçevede belirlenmesi ve bu şekilde daha sıkı bir yoğunlaşma kontrolü yapılmasıdır.⁵¹⁹
- *Perakende sektörüne özel muafiyet eşiği getirilmelidir.* Rapordaki önerilerden biri, 2002/2 sayılı Tebliğ’de dikey sınırlamalar için belirlenen %40’lık eşiğin alıcı gücüne yönelik olarak düşürülmesi veya yalnızca perakende sektörüne özel bir eşik belirlenmesidir.⁵²⁰
- *Alıcılar tarafından uygulanan tek alıcıya sağlama ve münhasırlık dikey sınırlamalar yasaklanmalıdır.* Rapordaki bizce en radikal önerilerden biri, perakendecilerin alt pazardaki rakiplerini dezavantajlı konuma düşüren münhasırlık uygulamalarının yeniden değerlendirilmesi hatta bunun ötesinde belli tip ürün ve ambalajların sadece tek bir teşebbüs için üretilmesini sağlayan anlaşmaların yasaklanması önerisidir.⁵²¹
- *Perakendecilerin özel markalı ürünler ve ulusal markalı ürün tedarik birimleri ayrıştırılmalıdır.* Raporda, perakendecilerin tedarikçilere ürettirdikleri mağaza markalı ürünler sayesinde hem müşteri hem de rakip konumunda olduğu ve bu sayede üreticilerin bazı hassas ticari bilgilerine ulaşabildiği belirtilmektedir.⁵²² Kurum’a göre bu nedenle perakendecilerin mağaza markalı ürünleri tedarik eden birimleri ve ulusal markalı ürünleri tedarik eden birimleri birbirinden ayrıştırılmalıdır. Yine bu çerçeve literatürde “Çin Seddi” olarak anılan bu yöntemin katı bir şekilde uygulanması ve izlenmesi önerilmektedir.⁵²³ Burada hassas veriden ne kastedildiği açık olmamakla birlikte, üreticilerin maliyetlerinin kastedildiğini tahmin ediyoruz.

⁵¹⁹ 2021 tarihli Sektör Araştırması Ön Raporu, para. 327.

⁵²⁰ 2021 tarihli Sektör Araştırması Ön Raporu, para. 328.

⁵²¹ 2021 tarihli Sektör Araştırması Ön Raporu, para. 328.

⁵²² 2021 tarihli Sektör Araştırması Ön Raporu, para. 328.

⁵²³ 2021 tarihli Sektör Araştırması Ön Raporu, para. 328.

- *Küçük perakendeci birliklerine muafiyet tanınmalıdır.* Raporda yer alan son politika önerisi ise, perakende pazarındaki küçük veya yerel perakendecilerin büyük zincir marketlerle daha etkin biçimde rekabet edebilmesinin sağlanması amacıyla bu teşebbüslerin kuracağı birliklere muafiyet tanınmasıdır.⁵²⁴ Yine bu çerçevede bu perakendecilerin birlikte özel markalı ürün üretmesinin veya ortak alım grupları kurmalarının özendirilebileceği belirtilmektedir.

Genel çerçevede devam eden sektör araştırması kapsamında 2021 yılında yayımlanan ön raporda önerilen politikaların, raporda tespit edilen pazar yapısına ilişkin rekabet risklerinin çok ötesinde müdahaleler içerdiği kanaatindeyiz. Rapor bakımından bizce en önemli eksiklerden biri de ticari sır olarak nitelendirilmesi son derece güç olan ve 2012 tarihli raporda ilan edilen yoğunlaşma oranları, ortalama veriler, teşebbüslerin internet sitesinden bile ulaşılabilen mağaza sayıları, tedarikçi sayıları gibi verilerin karartılmış olmasıdır. Politika önerilerine ilişkin değerlendirmelerimize bu bölümün sonunda yer veriyoruz.

4.2. PERAKENDECİLERİN ALICI GÜCÜNE İLİŞKİN REKABET KURULU KARARLARI

Organize perakende sektöründeki birkaç önemli birleşme-devralma kararını dışarıda bıraktığımızda, Rekabet Kurulu'nun alıcı gücüne yönelik ihlal iddialarını içeren kayda değer sayıda kararı olmadığı görülmektedir. Alıcı gücüne yönelik iddialar içeren mevcut az sayıdaki karar da ön araştırma evresinde kalmış ve soruşturmaya dahi dönmemiştir. Ancak Rekabet Kurulu'nun alıcı gücüne yönelik iddiaları nasıl ele aldığını anlamak için bu kararlara bakmanın yol gösterici olduğunu düşünüyoruz. Bu kapsamda bu bölümde ihlal iddiası içeren kararlardan bazılarını ve alıcı gücünün gündeme gelmeye başladığı 2012 yılından sonra verilen önemli birleşme-devralma kararlarını ele alacağız. Özellikle birbirini takip

⁵²⁴ 2021 tarihli Sektör Araştırması Ön Raporu, para. 329.

eden birleşme-devralma kararlarının HTM sektör yapısının ve gelişiminin anlaşılması için oldukça yol gösterici olduğunu düşünüyoruz.

Burada yer verdiğimiz kararlar dışında HTM perakendeciliği sektörüne ilişkin hali hazırda devam eden iki önemli ve oldukça kapsamlı soruşturma bulunmaktadır. Bunlardan birincisi 2019 yılında 23 perakendeciye açılan ve meyve-sebze-su ürünlerinin fiyatlarının birlikte belirlendiği iddiasına ilişkin soruşturmadır.⁵²⁵ Bu soruşturma, bu çalışmanın yazıldığı tarihte sözlü savunma aşamasında olup, raportörlerce teşebbüse ceza verilmesine yer olmadığına tespit edildiğini biliyoruz. İkinci soruşturma ise 2020 yılının Mayıs ayında içerisinde perakendecilerin ve HTM pazarında faaliyet gösteren önemli tedarikçilerin yer aldığı 29 teşebbüse açılan soruşturmadır.⁵²⁶ Bu soruşturma da bu çalışma hazırlanırken ikinci yazılı savunma aşamasındadır. Her iki soruşturma da henüz sonuçlanmadığından bu çalışma kapsamında bu soruşturmalara ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme yapamıyoruz. Ancak her iki soruşturmanın da 2018 döviz krizi ve Covid-19 pandemisi nedeniyle yükselen fiyatlar ve tüketicilerin artan fiyat hassasiyetinin sonucu olduğunu, her iki soruşturmada da iddianın çeşitli ürün gruplarının fiyatlarının birlikte belirlendiği iddiasını içerdiğini söyleyebiliriz. Her koşulda HTM perakendeciliği pazarındaki en kapsamlı soruşturmalara olan bu iki soruşturmanın sonucunun, bu pazardaki rekabet hukuku sorunlarının anlaşılması için önemli olacağını ve yakından takip edilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

4.2.1. Önemli Birleşme Devralma Kararları

2021 yılında yayımlanan HTM Sektör Araştırması Ön Raporu'nda da belirtildiği üzere indirim marketleri dışında kalan ulusal zincirlerdeki büyüme, yalnızca yeni mağazalar açılması yoluyla organik biçimde değil, büyük ölçüde pazarda ulusal düzeyde faaliyet gösteren organize perakendecilerin yerel zincirleri veya

⁵²⁵ Soruşturma duyurusu için bkz. <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/perakende-gida-ticareti-alarinda-faaliye-99da51117f3ee91180f100505694b4c6> (Son erişim tarihi: 30 Mayıs 2021)

⁵²⁶ Soruşturma duyurusu için bkz. <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/aralarinda-zincir-marketlerin-de-bulundu-8828c79f5f90ea11811a00505694b4c6> (Son erişim tarihi: 30 Mayıs 2021)

pazardaki diğer ulusal zincirleri devralması yoluyla gerçekleşmiştir. Bu birleşme-devralma kararları da sektördeki gelişmeleri ve bu gelişimin evrelerini anlamak için neredeyse sektör araştırması raporları kadar çok sayıda veri sağlamaktadır. Bu kapsamda 2012 tarihli sektör araştırması raporundan sonra HTM perakendeciliği pazarında gerçekleşen önemli yoğunlaşma işlemlerinin değerlendirilmesinin faydalı olacağı kanısındayız. Pazarda çok sayıda birleşme-devralma gerçekleşse de şüphesiz bu işlemlerden en önemlileri Rekabet Kurulu'nun nihai incelemeye aldığı 2015 yılındaki Anadolu Grubu – Migros devralması, 2017 yılındaki Migros- Tesco Kipa devralması ve 2018 yılındaki Migros- Makromarket devralmasıdır. Aşağıda Rekabet Kurulu'nun bu işlemler kapsamında yaptığı değerlendirmeyi ayrıntılı olarak ele alıyoruz.

4.2.1.1. Anadolu Grubu – Migros Devralması (2015)

Türkiye’de HTM perakendeciliği sektöründe ve bu bölümde ele alacağımız ilk karar, Anadolu Endüstri Holding A.Ş.’nin (“Anadolu Grubu”), MH Perakendecilik ve Ticaret A.Ş.’nin (“Migros”) kontrolünü devralmasını konu alan 09.07.2015 tarihli karar olacak.⁵²⁷ Bu kararın alındığı tarihte devralan teşebbüs olan Anadolu Grubu, Efes Pilsen grubu ürünleri ile alkollü içecekler, Coca-Cola grubu ürünleri ile alkolsüz içecekler ve bunların yanında yaş sebze ve meyve, kırtasiye malzemeleri pazarlarında faaliyet göstermektedir.⁵²⁸ Anadolu Grubu ayrıca, 2012 yılında “Ekomini” adı altında hızlı tüketim ürünlerine yönelik bir perakende zinciri kurmuş ve perakende seviyede de faaliyette bulunmaya başlamıştır. Esas olarak alkollü içki satışı ve bunun yanında az sayıda diğer HTM kategorisinde ürün satılan Ekomini isimli zincir, kararın verildiği tarihte 76 ilde 1.156 mağazayla faaliyet göstermektedir.⁵²⁹

⁵²⁷ Rekabet Kurulu’nun, 09.07.2015 tarih ve 15-29/420-117 sayılı Anadolu Grubu-Migros kararı (Anılış:“Anadolu Grubu – Migros kararı”).

⁵²⁸ Anadolu Grubu – Migros kararı, para. 18.

⁵²⁹ Anadolu Grubu – Migros kararı, para.19.

Kararın verildiği tarihte devralınan şirket olan Migros ise, hızlı tüketim malları ve kırtasiye, züccaciye, beyaz eşya, kitap, konfeksiyon gibi ürünlerden oluşan de oldukça geniş bir ürün yelpazesıyla Migros, Tansaş, Macrocenter ve yurt dışında Ramstore markaları altında farklı konseptteki mağazalarıyla perakendecilik faaliyetinde bulunmaktadır. Migros, fiziki mağazalarının yanında ayrıca Sanal Market markası ile çeşitli illerde online satış ve Migros Toptan adı altında HTM ürünlerinin toptan satışını da gerçekleştirmektedir.

Rekabet Kurulu söz konusu devralma işlemini Anadolu Grubu'nun tedarik pazarındaki faaliyetleri nedeniyle dikey, Anadolu Grubu'nun Ekomini mağazasıyla perakende seviyede faaliyet göstermesi nedeniyle aynı zamanda yatay bir devralma işlemi olarak ele almıştır. Rekabet Kurulu kararda Anadolu Grubu'nun faaliyet gösterdiği pazarları ve devralma işleminin etkileyeceği pazarları önceki kararlarını da dikkate alarak “kapalı satış yapılan bira pazarı”, “kolalı içecek pazarı”, “aromalı gazoz pazarı”, “sade gazoz pazarı”, “paketlenmiş su pazarı”, “meyve suyu pazarı”, “meyve nektarı ve meyveli içecekler pazarı”, “buzlu çay pazarı”, “sporcu içeceği pazarı”, “enerji içeceği pazarı”, “zeytinyağı pazarı”, “kırtasiye malzemeleri pazarı” ve “yaş sebze-meyve pazarı” olarak tanımlamıştır. Ayrıca söz konusu devralma işleminin “HTM perakendeciliği organize pazarı” ve “toptan perakende pazarını” da etkileyeceğini tespit ederek bu pazarları da değerlendirmesinde dikkate almıştır.⁵³⁰

Rekabet Kurulu karardaki değerlendirmesinde Migros'un hipermarket ve süpermarket formatındaki mağazalarındaki geniş ürün portföyü, yüksek stok tutma birimi, nispeten düşük özel markalı ürün oranı, büyük satış alanları ve ilave hizmet sunumlarıyla tüketicilere tek duraklı alışveriş imkânı sağladığını ve bu özellikleri nedeniyle düşük fiyat ve az sayıda hizmet sunumunu esas alan indirim mağazalarından farklılaştığını tespit etmiştir. Rekabet Kurulu bu gerekçeyle Migros'un rakiplerini indirim mağazacılığı alanında faaliyeti bulunmayan

⁵³⁰ Anadolu Grubu – Migros kararı para. 44-47.

Carrefoursa, Tesco Kipa, Kiler ve Real gibi perakendeciler olarak belirlemiştir.⁵³¹ Ancak Rekabet Kurulu bu değerlendirmesine rağmen organize perakende kanalı bakımından ilgili pazarı belirlerken “indirim mağazaları” ve diğer mağazalar arasında bir alt kırılıma yer vermemiştir. Rekabet Kurulu’nun 2015 yılında indirim mağazalarının diğer ulusal zincirlerle rakip olmadığına ilişkin değerlendirmesini 2017 yılındaki Migros-Tesco Kipa devralması ve 2021 yılında yayımladığı sektör araştırması raporunda terk etmiştir. Dolayısıyla bugün itibariyle Rekabet Kurulu’nun Migros gibi indirim mağazası olarak nitelendirilmeyen perakendecilerin de çok sayıda özel markalı ürüne yer vermeye başladığını gözeterek bugün itibariyle indirim mağazaları ve diğer perakendecilerin birbirine yakınsadığını kabul ettiğini ve artık bunları rakip kabul etme eğiliminde olduğunu belirtmek gerekir.

Karar kapsamında coğrafi pazar, yukarıda sayılan ilgili ürün pazarlarında pazara giriş, tedarik kaynaklarına erişim, üretim, dağıtım, pazarlama ve satış koşullarının bölgesel bir farklılık göstermediği gözetilerek “Türkiye” olarak belirlenmiştir.⁵³² Bu karardaki coğrafi pazar tanımı da sonraki yıllarda yerini daha bölgesel coğrafi pazarlara bırakması yönüyle önem arz etmektedir.

Rekabet Kurulu devralma işleminin tanımladığı pazarlardaki ileriye dönük etkilerine bakmış ve Migros’un perakende pazarında uzun süre boyunca tek haneli sayılarda seyreden pazar payını⁵³³ ve Anadolu Grubu’nun belirlediği diğer tedarik pazarlarındaki konumunu dikkate alarak söz konusu devralma işleminin kapalı satış yapılan bira pazarı dışındaki pazarlarda 4054 sayılı Kanun’un 7. maddesi çerçevesinde hâkim durum yaratılması veya mevcut hâkim durumun güçlendirilmesi yoluyla rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğurmayacağı kanaatine varmıştır. Bununla birlikte Anadolu Grubu’nun bira pazarında hâkim durumda olduğunu ve Migros’un devralınmasının Anadolu Grubu’nun bu pazardaki hâkim durumunu güçlendireceğini tespit etmiş ve

⁵³¹ Anadolu Grubu – Migros kararı, para. 35.

⁵³² Anadolu Grubu – Migros kararı, para. 48.

⁵³³ Anadolu Grubu – Migros kararı, para. 68.

dolayısıyla işlem neticesinde ortaya çıkabilecek rekabetçi endişelerin esas olarak bu pazara ilişkin olduğu sonucuna varmıştır.

Rekabet Kurulu bira pazarına ilişkin yaptığı değerlendirmede, en yakın rakip Tuborg'un son zamanlarda Anadolu Grubu'ndan pazar payı aldığını ancak buna rağmen Anadolu Grubu'nun hâkim durumunu koruduğu sonucuna varmıştır. Kurul, Yatay Olmayan Birleşme Devralmalara İlişkin Kılavuz kapsamında devralma işleminin bira pazarı üzerindeki potansiyel rekabet karşıtı etkilerini ise (i) pazardaki teşebbüs sayısının düşmesi ve bilgi değişimi riskinin artması nedeniyle koordinasyon riskinin artması (ii) birleşme nedeniyle mevcut veya potansiyel rakiplerin arz kaynaklarına ya da pazarlara erişimini engelleyerek bu rakiplerin rekabet edebilme imkânı ya da güdüsünü azaltması ve böylece pazar kapamaya neden olması ve yine (iii) söz konusu dikey birleşmenin, birleşik teşebbüse alt ve üst pazardaki rakipleri hakkında kritik ticari bilgilere erişim imkânı sağlayarak rakiplerin pazara girişlerini veya pazar genişletmelerini engelleme ihtimalini ve alt pazarda fiyatların bu nedenle yüksek tutulması ihtimali olarak saymıştır.

Kurul, işlemin doğurabileceği koordinasyon artırıcı etkilere örnek olarak Migros'un Anadolu Grubu'nun rakipleri olan Tuborg ya da PepsiCo'dan bu teşebbüslerle perakendeci olarak kurduğu ticari ilişki sonucunda elde ettiği bilgileri Anadolu Grubu'nun iştirakleriyle paylaşması ihtimalini saymıştır. Yine Migros'un perakende seviyedeki rakipleri olan Carrefour veya Kipa'dan Anadolu Grubu'nun tedarikçi olarak edindiği bilgileri Migros'la paylaşma ihtimalinin önemli bir rekabet karşıtı endişe kaynağı olduğu tespit edilmiştir. Kurul bu çerçevede birleşme sonrasında “bilgi değişiminin engellenmesi mekanizmasının” kurulması gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

Kurul potansiyel pazar kapama etkisine ilişkin değerlendirmesinde de bira pazarının katı reklam yasakları olan bir pazar olduğunu dolayısıyla bu pazarda üreticilerin tüketiciyle tek iletişim noktası satış noktasının olduğunu ve bu nedenle

zincir marketlerin son derece önemli olduğunu belirtmiştir. Bu çerçevede Kurul’a göre ilgili devralma işlemi sonrasında pazarda oluşabilecek etkilere ilişkin en olumsuz senaryo, en önemli rakip olan Tuborg’un ürünlerinin bira pazarı için çok önemli bir perakende satış kanalı olan Migros’tan dışlanması ve bu dışlanmadan kaynaklanan kaybını başka kanallarda telafi edememesi halinde pazar payında düşüş yaşamasıdır.⁵³⁴

Anadolu Grubu, Rekabet Kurulu’nun söz konusu endişelerini gözeterek 3 yıllık bir taahhüt paketi sunmuştur. Taahhüt paketinde teşebbüs özetle (i) Rekabet Kurulu’nun pazar kapamaya ilişkin endişelerini gidermek adına Migros’un Anadolu Grubu’nun bira pazarındaki mevcut ve potansiyel rakipleriyle objektif kriterlere bağlı ticari ilişkiler kuracağını, bu teşebbüsleri Migros’tan dışlamayacağını (ii) bilgi değişimi riskini önlemek bira kategorisinde, Anadolu Efes’in tüm rakipleri ile olan ticari ilişkilerine, kendisinin ya da herhangi bir iştirakinin ve/veya ilişkili şirketinin, herhangi bir yöntemle müdahil olmayacağını (iii) Migros’un operasyonel yönetimi, personel ve organizasyon yapısının Anadolu Grubu şirketlerinden ayrı olmaya devam edeceğini (iv) söz konusu taahhütlere uygun davranıp davranmadığının da bağımsız bir denetim uzmanı tarafından denetlenmesini ve bu denetçinin Rekabet Kurulu’nu yılda iki kere bilgilendirmesini sağlayacağını taahhüt etmiştir. Kurul da bu davranışsal taahhütleri yeterli görerek işleme izin vermiştir. İşlemden kaynaklanan rekabetçi endişeleri gidermek için üç yıl süreli olarak verilen söz konusu davranışsal taahhütler üç yılın sonunda 28.06.2018 tarih, 18-21/360-177 sayılı Rekabet Kurulu kararı ile yeniden değerlendirilmiş ve bu taahhütlere dayanılarak uygulanan yükümlülükler sona erdirilmiştir.

4.2.1.2. Migros – Tesco Kipa Devralma Kararı (2017)

Bu bölümde ele alacağımız ikinci karar, Rekabet Kurulu’nun Tesco Overseas Investments Limited (“Tesco”) kontrolündeki Tesco Kipa Kitle Pazarlama Ticaret

⁵³⁴ Migros-Tesco Kipa kararı, para. 230.

Lojistik ve Gıda San. A.Ş.’nin (“Tesco Kipa”) hisselerinin %95,495’inin Migros Ticaret A.Ş. (“Migros”) tarafından devralınması işlemine ilişkin kararı olacak. Bu karar, ilk ele aldığımız Anadolu Grubu – Migros devralma kararından yalnızca 2 yıl sonra verilmiş olmasına rağmen Rekabet Kurulu’nun pazara ilişkin değerlendirmelerinde önemli değişiklikler olduğunu göstermesi bakımından önemlidir.

Kararda hisselerini devreden Tesco, İngiltere merkezli çok uluslu bir HTM perakendecisi olup, kararın verildiği tarihlerde Türkiye’de Tesco Kipa isimli organize perakende zinciri ile faaliyet göstermekteydi. Söz konusu işlem sonrasında Tesco’nun Türkiye’de herhangi bir faaliyeti kalmamıştır.⁵³⁵

Kurul kararda, işlemin rekabet üzerinde, Migros ve Tesco Kipa’nın faaliyetlerinin örtüştüğü HTM organize perakende ve AVM işletmeciliği pazarlarında yatay anlamda; Migros’u kontrol eden Anadolu Grubu’nun HTM perakendeciliği pazarının üst pazarı konumundaki tedarik pazarlarından alkollü ve alkolsüz içecekler pazarlarında, kırtasiye malzemeleri pazarında, yaş sebze ve meyve pazarında ve toptan perakende pazarında tedarikçi olarak faaliyet göstermesi nedeniyle dikey etkilere neden olacağını tespit etmiştir.⁵³⁶ Bu çerçevede ilgili ürün pazarları, dikey ilişki gözetilerek “kapalı satış yapılan bira”, “kolalı içecek”, “portakallı (aromalı) gazoz”, “sade gazoz”, “paketlenmiş su”, “meyve suyu, nektarı ve meyveli içecekler”, “buzlu çay”, “sporcu içeceği”, “enerji içeceği”, “kırtasiye malzemeleri”, “yaş sebze meyve” ve “toptan perakende” pazarları iken; yatay ilişki gözetilerek “HTM organize perakende” ve “AVM işletmeciliği” pazarları olarak tespit edilmiştir.⁵³⁷ “AVM İşletmeciliği pazarı” dışındaki pazarların Migros-Anadolu Grubu devralma kararıyla paralel olduğu görülmektedir.

Bu karar bakımından 2015 tarihli karardan ayrılan en önemli özellik, Rekabet Kurulu’nun daha dar bir coğrafi pazar tanımı yapmış olmasıdır. Kurul, devralma

⁵³⁵ Migros-Tesco Kipa kararı, para. 10

⁵³⁶ Migros-Tesco Kipa kararı, para. 14.

⁵³⁷ Migros-Tesco Kipa kararı, para. 39.

işleminin tarafları Türkiye ölçeğinde faaliyet gösterse de modern perakendecilerin faaliyet alanlarının il, hatta ilçe ölçeğinde diğer bölgelerden hissedilir derecede farklılık gösterdiğini belirterek, “mağazaların müşteri çekim alanları, bir başka deyişle tüketicilerin ne kadarlık bir mesafede yer alan HTM perakendecilerinden alışveriş yaptıklarının önemli olduğu” sonucuna varmıştır. Bu çerçevede Kurul, AB düzeyindeki uygulamaya referans vererek küçük süpermarketlerin 5 dakika, orta ölçekli süpermarketlerin 10 dakika, büyük süpermarketlerin (1000 m2 ve üzeri) 15 dakikada diğerleri üzerinde rekabetçi baskı yarattıklarını belirtmiştir.⁵³⁸ Ancak bu referansa rağmen Kurul, sürüş mesafesi yerine ilgili coğrafi pazarları söz konusu sürüş mesafelerini esas alarak ilçe düzeyinde belirlemeyi tercih etmiştir. Bu çerçevede HTM organize perakendeciliği pazarı bakımından ilgili coğrafi pazarlar Migros ve Tesco Kipa’nın HTM perakendeciliği pazarındaki faaliyetlerinin kesiştiği 76 ilçe olarak tespit edilmiştir.⁵³⁹ Diğer ilgili ürün pazarları (tedarik pazarları) bakımından ise 2015 tarihli kararda olduğu gibi ilgili coğrafi pazar Türkiye olarak kabul edilmiştir.⁵⁴⁰

Kararda HTM organize perakendeciliği pazarı bakımından daha dar coğrafi pazarlar belirlenmesinin en önemli sonucu, 2015 yılındaki kararın aksine HTM organize perakendeciliği pazarları bakımından da bazı coğrafi pazarlarda hâkim durumun yaratılacağı veya hâkim durumun güçlendirileceği sonucuna varması ve bu çerçevede işlemi daha sıkı bir rekabet hukuku denetimine tabi tutmasıdır. Kurul karar kapsamında ilçeler bazında yaptığı değerlendirmede devralma işlemi sonucunda birleşik teşebbüslerin pazar payının %40’ın üzerine çıktığı pazarlarda önemli rekabetçi endişeler doğacağını kabul etmiştir. Ancak bildirimde bulunan teşebbüsün talepleri dikkate alınarak bazı ilçelerde %40 eşiğinin pazarda hâkim durum yaratmayacağı sonucuna varılmış ve bu ilçeler rekabet sorunları yaşanacak ilçeler listesinden çıkarılmıştır. Teşebbüs tarafından verilen taahhütlerde de Rekabet Kurulu’nun söz konusu ilçelere ilişkin tespitleri dikkate alınmış ve

⁵³⁸ Migros-Tesco Kipa kararı, para. 42.

⁵³⁹ Migros-Tesco Kipa kararı, para. 46.

⁵⁴⁰ Migros-Tesco Kipa kararı, para. 46.

sorunlu olduğu belirtilen ilçelerde rekabetçi endişelerin giderilmesi için çeşitli mağazaların elden çıkarılması taahhüt edilmiştir.

Kurul karardaki değerlendirmesinde, HTM organize perakende pazarı bakımından indirim marketlerinin son yıllarda önemli bir ivme yakaladığını ve hem bu nedenle hem de tüketicilerin fiyat hassasiyetinin de artmasıyla birlikte süpermarketlerin indirim marketlerinden gelen önemli bir rekabetçi baskı altında olduğunu tespit etmiştir. Dolayısıyla Migros, Tesco Kipa ve indirim marketlerinin örtüşen ürünler bakımından rakip olduğu sonucuna varılmıştır. Kararda bununla birlikte indirim marketlerinde şarküteri, pastane ürünleri, taze ürünler ve balık reyonu gibi bölümlerin bulunmadığı, dolayısıyla indirim marketlerin bu kategoriler bakımından önemli bir rekabet baskısı yaratmayacağı tespit edilmiştir. Karar, yukarıda belirttiğimiz gibi indirim marketleriyle süpermarketlerin ayrı kategoriler olarak ele alınmasının zorlaştığını ve indirim marketlerin pazarda önemli bir güç haline geldiğini tespit etmesi bakımından önemlidir.

Karar kapsamında Tesco Kipa'nın oyunbozan firma olup olmadığı da değerlendirilmiştir. Bilindiği üzere bazı teşebbüsler faaliyette bulundukları pazarlarda, pazar payları veya diğer pazar g göstergelerinin işaret ettiğinden çok daha önemli düzeyde etkiye sahip olabilmektedir. Oyunbozan firma olarak adlandırılan bu firmaların pazardan çıkması pazardan önemli bir rekabetçi gn ayrılması anlamına geldiğinden rekabet analizinde özellikle dikkate alınmaktadır. Kararda Tesco Kipa'nın Ege Bölgesi'nde önemli bir marka bilinirliğine sahip olduğu ancak söz konusu bölgede yerel perakendecilerden gelen yoğun bir rekabet baskısı bulunduğu ve Tesco Kipa son dönemde pazar payı kaybetmeye başladığı gözetilerek bu teşebbüsün oyunbozan firma olarak değerlendirilemeyeceği tespit edilmiştir.

Kararda 2015 yılında verilen Anadolu Grubu – Migros devralma işleminde olduğu gibi Migros- Tesco Kipa devralma işleminin de Anadolu Grubu'nun bira pazarındaki hâkim durumunu güçlendireceği ve Anadolu Grubu'nun Tuborg'u

Migros gibi Tesco Kipa'dan da dışlayabileceği belirtilmiştir. Bu çerçevede Kurul'un bu endişesini gidermek adına, teşebbüs tarafından bira pazarında rakip tedarikçilerin ürünlerine de yer verileceği taahhüt edilmiştir.

Sonuç olarak Kurul, bira pazarına ilişkin 2015 yılında verilen davranışsal taahhütlere paralel taahhütler ve rekabetin önemli ölçüde azalacağı tespit edilen ilçelerde bu endişeleri gidermek adına elden çıkarma işlemi yapılacağına ilişkin taahhütleri yeterli görerek işleme koşullu olarak izin vermiştir. Dolayısıyla karar, ayrıca yapısal taahhütler uygulanan bir karar olması bakımından da önemlidir.

Hem bu devralma işlemi hem de Anadolu Grubu – Migros devralma işlemi için dikkate alınması gereken en önemli hususlardan biri bu dönemde Rekabet Kanunu'nun 7. maddesinin lafzının yoğunlaşma işlemlerine müdahale için hakim durum oluşturma ya da mevcut hakim durumu güçlendirme şartı aramasıdır. Nitekim kararlarda rekabet incelemesi yapılan pazarlara ya da taahhüt alınan pazarlara bakıldığında bu testin oldukça katı biçimde uygulandığı görülmektedir. Dolayısıyla bu işlemlerin bugün mevzuata SIEC testi dahil edildikten sonra Rekabet Kurulu gündemine geldiğini varsaydığımızda, taahhütlerin ağırlaşacağını ve incelenen pazarların sayısının artacağını tahmin etmek mümkün görünmektedir.

4.2.1.3 Migros - Makromarket Devralma Kararı (2018)

Birleşme-devralma kararları başlığı altında yer vereceğimiz üçüncü karar Migros'un bir başka devralma işlemi olan 2018 tarihli Migros-Makro Market kararı olacak.⁵⁴¹ Karara konu işlem, Makro Market A.Ş.'nin ("Makromarket") İstanbul, Antalya ve Tekirdağ'da Makromarket ve Uyum Market markaları altında işlettiği 73 mağazanın 71'inin kira sözleşmelerinin devralınması ve Makromarket'in iki mağazanın da doğrudan kiralanması yoluyla Migros

⁵⁴¹ Rekabet Kurulu'nun, 18.04.2018 tarih ve sayılı 18-11/204-95 Migros-Makromarket kararı ("Migros-Makromarket kararı").

tarafından devralınmasıdır. Bu işlem de diğer iki işlem gibi hem yatay hem de dikey seviyede çok sayıda pazarı etkilemiştir.

Karar kapsamında Kurul diğer yoğunlaşma işlemlerine ilişkin kararlarını ve işlemin etkileme potansiyeli bulunan pazarları dikkate alarak ilgili ürün pazarlarını dikeyde “kolalı içecek”, “portakallı (aromalı) gazoz”, “sade gazoz”, “paketlenmiş su”, “meyve suyu, nektarı ve meyveli içecekler”, “buzlu çay”, “sporcu içeceği”, “enerji içeceği”, “kırtasiye malzemeleri”, “yaş sebze meyve” pazarları, yatayda ise “HTM organize perakende” pazarı olarak belirlemiştir.⁵⁴²

Kararda HTM organize perakendeciliği pazarı bakımından ilgili coğrafi pazar, Migros-Tesco Kipa kararındaki değerlendirmelere referansla ve pazarda dikkate değer bir değişiklik olmadığı belirtilerek, ilçeler düzeyinde belirlenmiş ve iki teşebbüsün faaliyetlerinin örtüştüğü 30 ilçe ayrı coğrafi pazarlar olarak belirlenmiştir.⁵⁴³ HTM perakendeciliği pazarı dışında kalan tedarik pazarları bakımından ise coğrafi pazar yine diğer kararlarla paralel biçimde “Türkiye” olarak belirlenmiştir.

Kurul karar kapsamında yaptığı değerlendirmede, indirim marketlerinin diğer organize perakendecilere önemli bir rekabet baskısı uyguladığını belirterek HTM organize perakendeciliği pazarı bakımından metrekaşe veya mağaza konsepti (indirim marketleri, süpermarketler vb.) ayrımı yapmamış ve tüm kategorilerdeki zincir mağazaları ilgili pazara dahil etmiştir.

Karar kapsamında devralma işleminin potansiyel rekabet karşıtı etkileri değerlendirilirken, işlemde Rekabet Kanunu’nun 7. maddesi kapsamında olumsuz etkilenme ihtimali bulunan pazarlar, yoğunlaşma oranının %40’ı aşma ihtimali bulunan ilçelerdeki organize HTM perakendeciliği pazarları ve kapalı satış yapılan bira pazarı olarak belirlemiştir. Kararda Makromarket’in devrettiği mağazalarda alkollü ürün satışının yapılmadığı ancak Migros’un daha sonra bu

⁵⁴² Migros-Makromarket kararı, para.9.

⁵⁴³ Migros-Makromarket kararı, para. 30.

mağazalarda da alkol satma ihtimali bulunduğu için Migros'un iştiraki olduğu Anadolu Grubu'nun ilgili pazardaki hâkim durumunun güçleneceği ve bu nedenle bira pazarını rekabetçi endişe doğabilecek pazarlardan biri olduğu belirtilmiştir.

Kurul, birleşen teşebbüslerin faaliyetlerinin örtüştüğü ilçelerin hiçbirinde yoğunlaşma oranının %40'ı aşmayacağını, işlem sonrasında bu eşiğe en yakın hale gelecek ilçeler olan Bakırköy ve Beşiktaş ilçeleri bakımından da söz konusu pazarlardaki rekabetçi baskı nedeniyle hâkim durum oluşmayacağını tespit etmiştir. Bu çerçevede devralmanın organize perakende pazarı bakımından işlemin yasaklanmasını gerektirecek bir etki doğurmayacağı kanaatine varmıştır. Bira pazarı bakımındansa Anadolu Grubu-Migros kararında alınan taahhütlerin dosyaya konu işlemle devralınan mağazalar bakımından da uygulama bulacağı, dolayısıyla ek bir taahhüt alınmasına gerek olmadığına karar verilmiştir. Netice olarak işleme koşulsuz izin verilmiştir.

4.2.2. İhlal İddialarına İlişkin Kararlar

4.2.2.1. Metro Grosmarket Ön Araştırma Kararı (2012)

Rekabet Kurulu, 2012 tarihli Metro Grosmarket ön araştırma kararında Metro Grosmarket Bakırköy Alışveriş Hiz. Tic. Ltd. Şti.'nin ("Metro Grosmarket") alıcı gücünü kullanarak tedarikçilerden çeşitli adlar altında bedeller talep ettiği ve konsinye satış şartı getirerek söz konusu tedarikçileri öngörülemez bir ticari riskle karşı karşıya bıraktığı ve tedarikçileri ciddi maddi zararlara uğrattığı yönündeki iddiaları incelemiştir.⁵⁴⁴

Kararda Metro Grosmarket'i şikâyet eden tedarikçiler, ilgili teşebbüsün kendilerinden farklı adlar altında çeşitli bedeller talep ettiğini, bu taleplerin (en azından bir kısmının) sözleşmeye dayanmadığını ve bu bedellerin geçmişe etkili

⁵⁴⁴ Rekabet Kurulu'nun 09.08.2012 tarih ve 12-41/1178-388 sayılı Metro Grosmarket ön araştırma kararı ("Metro Grosmarket kararı") para. 2.

faturalarla alındığını beyan etmiştir. Yine ilgili tedarikçiler, perakendecilere sağladıkları alkollü içkiler bakımından konsinye satış yapmak istediğini, kendilerine söz konusu ürünlerin bedellerini ancak bu ürünleri tüketicilere sattıktan sonra yaptıklarını, kendileri bu ürünler için teslimin ardından fatura kestiklerinden faturalar için ödeme almadıkları halde KDV ödemek zorunda kaldıklarını belirtmiştir.⁵⁴⁵

Kurul karar kapsamında yaptığı değerlendirmede şikayet edilen teşebbüsün davranışının Rekabet Kanunu kapsamında ihlal teşkil edebilmesi için, ilgili teşebbüsün hakim durumda olması gerektiğini, 2012 yılında yayımlanan sektör raporundaki tespitler uyarınca pazarda faaliyet gösteren herhangi bir organize perakendecinin hâkim durumda olmadığını ve yine bu teşebbüslerin pazardaki rekabetçi yapıyı bozacak seviyede alıcı gücüne sahip olmadığını belirterek ilgili teşebbüs hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar vermiştir. Karar kapsamında ilgili ürün pazarı veya ilgili coğrafi pazara ilişkin herhangi bir değerlendirmeye yer verilmemiştir. Karar, alıcı gücünün ve perakendecilerin haksız ticari şartlar olarak nitelendirilebilecek tek taraflı davranışlarının Kurul tarafından incelendiği az sayıda karardan biri olması itibariyle önemlidir. Ancak son derece kısa olan karar kapsamında ilgili coğrafi pazar veya ilgili ürün pazarı bakımından herhangi bir değerlendirmeye yer verilmemesi önemli bir eksiklik olarak belirtilebilir.

4.2.2.2. Bim-Hakmar-A101 Ön Araştırma Kararı (2018)

Bim, Şok, Hakmar ve A101'den oluşan üç indirim marketinin fiyatlama davranışlarına ilişkin olan karar, şikayet üzerine yapılan ön araştırmaya ilişkindir.⁵⁴⁶ Karara konu şikayette, bu teşebbüslerde aynı türdeki gıda maddelerinin fiyatlarının kuruşu kuruşuna aynı olduğunun tespit edildiği, 27.02.2008 tarihinde A101, BİM ve ŞOK mağazalarının tamamında 5 lt. sıvı yağ

⁵⁴⁵ Metro Grosmarket kararı, para. 7.

⁵⁴⁶ Rekabet Kurulu'nun 22.05.2018 tarih ve 18-15/279-138 sayılı kararı.

fiyatının 24,90 TL olduğu, bir gün önce her üç firmada da 18,50 TL olan kaşar peynirinin fiyatının ise 19,90 TL'ye yükseltildiği, bir mağazada 1,5 lt ve 5 lt suyun fiyatı değişince diğer teşebbüslere ait mağazalarda da su fiyatlarının anında değiştiği, bu durumun bal, süt, fındık gibi birçok üründe de geçerli olduğu, firmaların kendi aralarında anlaşarak aynı türdeki gıda maddelerine, aynı anda ve aynı oranda zam yaptığı iddia edilmiştir.⁵⁴⁷

Rekabet Kurulu yaptığı değerlendirmede, teşebbüslerde yapılan yerinde incelemeler neticesinde, fiyatları birlikte belirlediklerine işaret eder nitelikte herhangi bir delil elde edilemediğini belirtmiştir.⁵⁴⁸ Kurul bunun yanında ön araştırmaya konu teşebbüslerin mağazalarında belirli ürünlerin fiyatlarının birebir aynı olduğu yönündeki iddiasını yerinde incelemelerde elde edilen belgelerle doğrulamıştır.⁵⁴⁹ Üstelik Rekabet Kurulu, fiyatların benzeştiği ürünlerin yalnızca şikâyet başvurusunda belirtilen ürünlerle sınırlı olmadığını, fiyat benzeşmesinin karşılaştırılabilir nitelikteki birçok farklı ürün için de geçerli olduğunu belirtmiştir. Nitekim BİM'in kendi iç değerlendirme süreçlerinde kullanmak üzere, en fazla satışa konu olan 150 ürün için rakiplerin fiyatları ve kendi fiyatlarını endeksleme yoluyla analiz ettiği ve bu analizde her bir rakip için aylık olarak hesaplanan fiyat endekslerinin birbirine yakın olduğu tespit edilmiştir.⁵⁵⁰

Kurul'a göre *"...bahsi geçen ve pek çok durumda lider firmanın takip edilmesi şeklinde ortaya çıkan bu paralel fiyatlama davranışı, görece az sayıda firmanın bulunduğu (oligopol pazar), fiyatların kolaylıkla takip edilebilmesi yönüyle şeffaflık arz eden, ürünlerin homojen ve karşılaştırılabilir olduğu, giriş engellerinin bulunduğu, maliyetlerin benzeştiği pazarlarda, pazarın anılan yapısal özelliklerine bağlı olarak oluşabilmekte, bu durum bilinçli paralellik veya oligopolistik bağımlılık olarak adlandırılmaktadır. Mevcut dosya bakımından da geçerli olduğu değerlendirilen bu durum, teşebbüslerin, rakiplerinin*

⁵⁴⁷ Rekabet Kurulu'nun 22.05.2018 tarih ve 18-15/279-138 sayılı kararı, para.2.

⁵⁴⁸ Rekabet Kurulu'nun 22.05.2018 tarih ve 18-15/279-138 sayılı kararı, para. 56.

⁵⁴⁹ Rekabet Kurulu'nun 22.05.2018 tarih ve 18-15/279-138 sayılı kararı, para. 57.

⁵⁵⁰ Rekabet Kurulu'nun 22.05.2018 tarih ve 18-15/279-138 sayılı kararı, para. 57.

davranışlarını dikkate alarak ancak tek taraflı olarak kendi pazar davranışlarını belirlemesi nedeniyle, fiyat paralelliği doğuruyor olsa da rekabet hukuku bakımından ihlal teşkil etmemektedir.”⁵⁵¹

Kurul yukarıdaki değerlendirmesi kapsamında teşebbüslere soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar vermiştir. Kanaatimizce bu karar bakımından en önemli husus, kararda ilgili pazarda tüketicilerin fiyat hassasiyetinin yüksek olduğunu ve özellikle indirim marketleri arasında pazardaki fiyat şeffaflığı ve ürünlerin niteliği gereği oligopolistik bağımlılık bulunduğunu tespit etmesi ve teşebbüsler arasında birlikte fiyat belirlediklerini gösterir iletişim delili bulunmadığı için birebir aynı fiyatlar uygulanmasını dahi ihlal kabul etmemesidir.

4.3. PERAKENDE SEKTÖRÜNE İLİŞKİN REKABET HUKUKU DIŞINDAKİ MEVZUATTA YER ALAN DÜZENLEMELER

4.3.1. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1530. Maddesi

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1530. maddesi ile alacaklıları korumak amacıyla ticari ilişkilerdeki ödeme sürelerine yönelik olarak altmış günlük ödeme süresi sınırı getirilmiştir. İlgili maddenin perakende sektöründe alıcılar ve tedarikçilerin nispi pazarlık güçleri arasındaki orantısızlıktan doğan sorunları çözmek için getirdiği önemli düzenlemelerden biri, beşinci fıkrada yer alan *“Sözleşmede öngörülen ödeme süresi, faturanın veya eş değer ödeme talebinin veya mal veya hizmetin alındığı veya mal veya hizmetin gözden geçirme ve kabul usulünün tamamlandığı tarihten itibaren en fazla altmış gün olabilir. Şu kadar ki, alacaklı aleyhine ağır bir haksız durum yaratmamak koşuluyla ve açıkça anlaşmak suretiyle taraflar daha uzun bir süre öngörebilirler. Ancak alacaklının küçük yahut orta ölçekli işletme (KOBİ) veya tarımsal ya da hayvansal üretici olduğu veya borçlunun büyük ölçekli işletme sıfatını taşıdığı hâllerde, ödeme süresi, altmış günü aşamaz”* hükmüdür. Bu düzenlemeyle ticari ilişkide görece

⁵⁵¹ Rekabet Kurulu’nun 22.05.2018 tarih ve 18-15/279-138 sayılı kararı, para.62.

zayıf konumda olan üretici ve küçük perakendecilerin en azından ödeme vadesi gibi merkezi önemde bir hususta, önemli ölçüde dezavantajlı bir duruma düşmesinin önlenmesi amaçlanmıştır. Bu düzenleme sektör spesifik olmasa da özellikle perakende sektörü bakımından alıcıların pazar gücünden doğan endişelere yönelik ilk doğrudan mevzuat müdahalesi olması bakımından önemlidir.

4.3.2. 6585 Sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun

Türkiye’de perakende sektörüne ilişkin ilk sektöre özel ve kapsamlı kanuni düzenleme 29.01.2015 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6585 sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun’dur (“6585 sayılı Kanun”). Kanunun genel gerekçesinde, 2000’li yıllardan itibaren alışveriş merkezleri, büyük mağaza ve zincir mağaza sayılarının artmasıyla beraber önemli faydalar getiren organize perakendeciliğe doğru dönüşüm sürecinin aynı zamanda çeşitli ekonomik, sosyal ve çevresel sorunlara neden olduğu belirtilmiştir. Gerekçeye göre ilgili mevzuatın hazırlandığı dönemde perakende sektöründe bu dönüşümün tetiklediği temel sorunlar tedarikçilere yapılan ödemelerdeki gecikmeler, markalaşamama, haksız rekabet oluşturan uygulamalar ve perakende işletmelerin açılışına ilişkin belirli bir standardı bulunmayan karmaşık işlemlerdir. Gerekçeye göre bu sorunları gidermeyi hedefleyen kanunun diğer amaçları ise organize kanal güçlenirken piyasaya tutunmakta zorlanan esnaf ve küçük işletmelerin gözetilmesi ve bu amaçla dönüşümün dengeli şekilde gerçekleşmesinin temin edilmesi, merkezi bir sistem kurularak perakende işletmelerin açılış işlemlerinin bir standarda bağlanması, kurulan merkezi sistem sayesinde pazara ilişkin veri toplanması ve sektöre ilişkin olup belirsizlik arz eden bazı önemli kavramların tanımlanmasıdır.⁵⁵²

⁵⁵² 6585 sayılı Kanun’un Genel Gerekçesi. Kanunda büyük mağaza: “Hangi ad altında olursa olsun, tüketim mallarının kısmen veya tamamen perakende satışının yapıldığı, en az dört yüz metrekaare satış alanına sahip işletme”, zincir mağaza: “Benzer çeşitlilikteki tüketim mallarının hangi ad altında olursa olsun kısmen veya tamamen perakende satışının yapıldığı, aynı gerçek veya tüzel kişi sahipliğinde bir merkeze bağlı olarak faaliyet gösteren; içlerinden en az biri büyük mağaza niteliğini taşıyan en az beş şubeye sahip işletmeyi veya her biri dört yüz metrekaarenin

6585 sayılı Kanun'un en önemli işlevi, büyük ve zincir mağazalar ve üretici ve tedarikçileri arasındaki ilişkide oldukça önemli olan ödeme vadeleri, perakendecilerin talep ettiği bedeller, mağaza markalı ürünler, kampanyalı satışlar gibi hususlarda içerdiği düzenlemelerdir. Aşağıda kanunda yer alan ve bu çalışma kapsamında ele aldığımız hususlarla ilişkili olduğunu düşündüğümüz bazı önemli düzenlemeleri sıralıyoruz.

- *Prim veya Bedel Talepleri.* 6585 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre *"üretici veya tedarikçiden, mağaza açılışı ve tadilatı, ciro açığı, banka ve kredi kartı katılım bedeli gibi isimler altında ürünün talebini doğrudan etkilemeyen herhangi bir prim ya da bedel talep edilemez. ...sayılan perakende işletmeler, satışa konu ürünün talebini doğrudan etkileyen reklam, anons veya raf tahsisi gibi hizmetlerden dolayı üretici veya tedarikçiden, sözleşmede türü ve oranı belirtilmedikçe prim ya da bedel talebinde bulunamaz. Bu hâlde, prim veya bedel talebinin sözleşme süresiyle sınırlı olması ve prim ya da bedel talebine konu olan ürünün sözleşme süresince rafta satışa sunulması zorunludur"*. Kanunda bu düzenlemeye aykırı olarak prim ya da bedel talep edilmesi halinde ise bu bedelleri uygulayan perakendecilere alınan prim ve bedel tutarında idari para cezası verileceği düzenlenmiştir.
- *Ödeme Vadesi.* Kanunun 7. maddesine göre perakendeci ve tedarikçiler arasındaki alım ve satım işlemlerinde vadenin serbestçe tayin edebilmesi mümkündür. Ancak, üretim tarihinden itibaren otuz gün içinde bozulabilen hızlı tüketim mallarına ilişkin ödemelerin süresi; alacaklı üretici veya tedarikçinin küçük işletme, borçlunun ise büyük ölçekli işletme olduğu hâllerde teslim tarihinden itibaren otuz günü geçemez.

altında satış alanına sahip en az on şubesi bulunan işletme" olarak tanımlanmıştır. Bkz. 6585 sayılı Kanun, m.3.

- *Mağaza Markalı Ürünler.* Kanunla birlikte getirilen bir başka düzenleme yurt içinde üretilen hızlı tüketim malı niteliğindeki mağaza markalı ürünlerde, üreticilerinin ad, unvan ya da markasına da yer verilmesinin zorunlu hale getirilmesidir. Böylece üreticilerin bilinirliğinin artırılması hedeflenmiştir.
- *Küçük İşletmeleri Koruyucu Düzenlemeler.* Kanunla getirilen en ilgi çekici değişikliklerden bir diğeri de 8. maddeyle AVM'lerde yer bulamayan esnaf ve sanatkâr işletmeleri ve geleneksel, kültürel veya sanatsal değeri olan ancak tehlike altındaki meslekleri icra eden sanatkârların yer bulabilmesini sağlamak adına, bu kişilere belirli oranlarda yer tahsis edilmesinin zorunlu hale getirilmesidir.
- *Yöresel Ürünlere Raf Tahsisi.* Kanunda yer alan bir diğerk düzenleme de hızlı tüketim mallarının satışının yapıldığı büyük mağaza ve zincir mağazalar ve bayi işletme ve özel yetkili işletmelerde, bu işletmelerin satış alanlarının en az %1'ini yöresel ürünlerin satışına ayırmasının zorunlu hale getirilmesidir. Bu maddeyle de yerli üreticilerin desteklenmesi amaçlanmaktadır.

Genel olarak yukarıda belirtilen düzenlemelerin, kanunun gerekçesinde belirtilen amaçlarla paralel olduğunu ve pazara ilişkin çok radikal ve aşırı müdahaleci bir yaklaşımı yansıtmadığını söyleyebiliriz. Tabii yukarıda da belirttiğimiz üzere perakendecilerin aldığı bedellerin talep edilebilmesinin bağlandığı “*ürünün talebini doğrudan etkileme*” şartının sayılan örneklere rağmen oldukça muğlak olduğunu dolayısıyla eleştiriye açık olduğunu belirtmek gerekir.

6585 sayılı Kanun’a ilişkin perakendecilerin serbest hareket alanını daraltan ve daha müdahaleci bir yaklaşımı yansıtan çok sayıda değişiklik taslağı hazırlanmış ancak perakende sektöründen ciddi bir dirençle karşılaşan söz konusu geniş kapsamlı değişiklik taslakları henüz yürürlüğe girmemiştir. Bununla birlikte Nisan 2020’de 7244 sayılı Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik

Yapılmasına Dair Kanun’la 6585 sayılı Kanun’da oldukça önemli bir değişiklik yapılmış ve “fahiş fiyat artışı” olarak isimlendirilen yeni bir kabahat ihdas edilmiştir. Yine aynı değişiklikte birlikte bu yeni kabahate karşı idari yaptırım uygulamakla görevli yeni bir idari otorite olarak “*Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu*” oluşturulmuştur.

6585 sayılı Kanun’a, 7244 sayılı Kanun’la eklenen ve fahiş fiyat artışına ilişkin olan Ek 1. maddesi hükmü şöyledir: “*Üretici, tedarikçi ve perakende işletmeler tarafından bir mal veya hizmetin satış fiyatında fahiş artış yapılamaz.*” Maddenin lafzından anlaşıldığı üzere söz konusu hüküm, fahiş fiyat artışını yasaklamakta ancak bu fahiş artışın tanımına veya şartlarına ilişkin hiçbir açıklama içermemektedir.⁵⁵³ Madde metnine göre söz konusu kabahati işleyebilecek sùjeler ise üretici, tedarikçi ve perakende işletmelerdir. Söz konusu değişiklik, lafzının son derece muğlak oluşu ve fiyat gibi en temel rekabetçi parametrelerden birine süre ya da başkaca herhangi bir objektif sınırlandırıcı ölçüt getirilmeden müdahale imkânı vermesi nedeniyle yoğun olarak eleştirilmiştir.

Kanunun uygulanması amacıyla 28 Mayıs 2020 tarihinde Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği çıkarılmıştır.⁵⁵⁴ Bu yönetmelikte değişiklik kanununa ilişkin eleştiriler dikkate alınmış ve fahiş fiyat artışı daha ayrıntılı ve açıklayıcı bir şekilde düzenlenmiştir. İlgili yönetmelikte yapılan fahiş fiyat tanımı kanun maddesinin ötesinde birtakım unsurlar içermekte⁵⁵⁵ ve fahiş fiyat artışı: “*Olağanüstü hal, afet ve ekonomik dalgalanma dönemleri ile diğer acil durumlarda üretici, tedarikçi ve perakende işletmeler tarafından satışa sunulan ve kamunun beslenme, sağlıklı yaşama ve korunma gibi temel ihtiyaçlarını karşılamak için zorunlu olan mal ve hizmetlerin fiyatında girdi ve diğer üretim maliyetlerindeki artış gibi haklı bir sebebe dayanmaksızın yapılan aşırı ve adil*

⁵⁵³ Sözlery. (2021) ‘Fahiş Fiyat Artışlarına Karşı İdari Yaptırım Uygulanmasında Yetki Çatışması’, İstanbul Hukuk Mecmuası, s.219 (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1735099>).

⁵⁵⁴ Yönetmelik için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/05/20200528-8.htm>

⁵⁵⁵ Söylery (2021), s. 219.

olmayan artış” olarak tanımlanmaktadır.⁵⁵⁶ Bu değişiklikle beraber, isabetli biçimde fahiş fiyat artışı kabahati bakımından yalnızca olağanüstü dönemlerde uygulama alanı bulma, kamunun beslenme, sağlık yaşam gibi temel ihtiyaçlarına ilişkin ürünlere ilişkin olma ve maliyet artışı gibi haklı gerekçelerle açıklanamama gibi birtakım somut sınırlayıcı ölçütler getirilmiştir.

4.5. TÜRKİYE HIZLI TÜKETİM MALLARI PERAKENDECİLİĞİ BAKIMINDAN SONUÇ VE POLİTİKA ÖNERİLERİMİZ

Perakende sektörü oldukça canlı, yeniliklere açık ve sürekli dönüşüm içinde bir sektördür. Bu sektördeki gelişmeler doğrudan veya dolaylı olarak pek çok başka sektörü de etkilemekte ve beslemektedir. Dolayısıyla bir anlamda ülke ekonomisinin lokomotifi olan sektörlerinden bir tanesidir.⁵⁵⁷ Bu çerçevede sektördeki rekabetin korunması ancak bu yapılırken sektörün gelişim sürecini sektöre uğratacak müdahalelerden kaçınılması son derece önemlidir.

Türkiye HTM perakendeciliği pazarında geleneksel kanaldan organize kanala geçiş devam etse de sektör raporlarında ve çeşitli kaynaklarda geleneksel kanalın ağırlığını hala önemli ölçüde koruduğu belirtilmektedir. Nitekim 2016 yılında Türkiye’de toplam perakende sektörünün yaklaşık %67’sinin geleneksel, %33’ünün ise organize perakende sektörüne ait olduğu tahmin edilmektedir.⁵⁵⁸ Geleneksel kanalın ağırlığını koruduğu tespiti, oranlar belirtilmese de Rekabet Kurumu’nun 2021 tarihli sektör ön raporunda da belirtilmektedir. Bu çerçevede Türkiye’de HTM perakendeciliği sektörünün gelişim sürecinin erken evrelerinde olduğu, hatta geleneksel kanaldan organize kanala doğru olan dönüşümün yavaş gerçekleştiği değerlendirilmektedir.⁵⁵⁹

⁵⁵⁶ Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği, md 3/1, ç.

⁵⁵⁷ PwC (2016), Dönüşürken Büyüyen Türkiye Perakende Sektörü Raporu, s.5. (<https://www.pwc.com.tr/tr/publications/industrial/retail-consumer/pdf/donusurken-buyuyen-turkiye-perakende-sektoru-raporu.pdf>)

⁵⁵⁸ Bu oran, toplam perakende sektörünü ifade etmektedir. Bkz. PwC (2016), s.7.

⁵⁵⁹ Bkz. PwC (2016), s.6.

Organize perakendeye geçişin, ekonomi üzerinde pek çok olumlu etkisi bulunmaktadır. Bunlardan bazıları olarak, organize perakendenin getirdiği kurumsallaşma ve profesyonelleşmenin istihdamın artması, nitelikli iş gücünün artması, kayıtlı ekonomiye geçişi sağlaması ve böylece vergi gelirlerini artırması, yatırımları teşvik etmesi sayılabilir.⁵⁶⁰ Organize perakendenin bir başka faydası da bu kanalda faaliyet gösteren teşebbüslerin tarımsal ürünlerin kalitesini güvence altına almak için çiftçilerin eğitimi, modern tarıma geçiş için teşvik edilmeleri, ürünlerin depolanması, nakliyesi gibi aşamalarda teknolojik olanaklarını kullanarak üretimdeki verimliliğin artmasına ve kayıpların azalmasına katkı sağlamasıdır.⁵⁶¹

Türkiye’de perakendeciliğinin e-ticaret kanalı da gelişimini sürdürmekte ve yeni girişlerle geleneksel ve organize kanal üzerinde önemli bir rekabetçi baskı oluşturmaktadır. Türkiye Bilişim Sanayicileri Derneği verilerine göre, Türkiye e-ticaret hacmi 2018 sonu itibarıyla %42 büyüyerek 59,9 milyar TL’lik hacme ulaşmıştır ve bu hacmin %53’lük bölümü perakende sektörüne aittir.⁵⁶² KPMG’nin 2020 yılında yayımladığı perakende sektör raporuna göre: *“Perakende sektöründe yaşanan sürekli dönüşüm yarışı, kar marjlarını baskı altına almaya devam ediyor. Talebin organize pazarlardan çevrimiçi mecraya kayışı ve bu süreçte tüketicilerin bilgiye erişimi ile karşılaştırma yapabilme kolaylığının artması kurumlar arası rekabeti artırırken kar marjlarını azaltıyor. Konvansiyonel pazar, e ticaretin baskısı ile büyümede küçülme yaşarken, kar marjlarında ise daralma gözlemleniyor.”*⁵⁶³

Türkiye’de HTM perakendeciliği sektörüne rekabet hukuku perspektifinden bakıldığında da Rekabet Kurumu’nun sektör araştırmaları ve yukarıda yer

⁵⁶⁰ 2012 tarihli Sektör Raporu, para. 35-38.

⁵⁶¹ 2012 tarihli Sektör Raporu, para.39.

⁵⁶² KPMG, Sektörel Bakış-Perakende, s.3. (<https://home.kpmg/tr/tr/home/gorusler/2020/01/sektorel-bakis-2020-perakende.html>) (Son erişim tarihi: 31 Mayıs 2021)

⁵⁶³ A.g.e.

verdiğimiz Rekabet Kurulu kararları kapsamında aşağıdaki tespitler öne çıkmaktadır:

- HTM perakendeciliği organize, geleneksel ve e-ticaret olmak üzere üç temel kanaldan oluşmaktadır. Organize kanal, geleneksel kanaldan pazar payı almaya devam etmekle birlikte ağırlığını korumaktadır.
- Organize perakende sektöründe yüksek enflasyon oranları ve son yıllarda yaşanan ekonomik krizlerle birlikte tüketicilerin fiyat hassasiyeti artmış, bu durum da daha düşük fiyat ve daha az hizmet sunumuna dayanan indirim marketlerinin ciddi bir büyüme yakalamasına neden olmuştur. 2019 itibarıyla, organize kanaldaki en büyük 4 teşebbüsün 3'ü indirim marketlerinden oluşmaktadır. Bu marketlerden gelen rekabetçi baskı nedeniyle, ulusal zincirler de fiyat odaklı bir politika benimsemeye başlamış ve daha fazla sayıda mağaza markalı ürüne yer vererek büyük ölçüde indirim marketleriyle benzer özellikler göstermeye başlamıştır.
- Tüketicilerin yüksek fiyat hassasiyeti ve indirim marketlerinin özellikle de sektörün en önemli teşebbüsü olan BİM'in rekabet baskısı nedeniyle pazar oligopolistik özellikler göstermeye başlamış, teşebbüslerin fiyatları neredeyse aynı düzeylere gelmiştir. Nitekim halihazırda sektöre ilişkin devam eden iki kapsamlı soruşturmada da temel ihlal iddiası söz konusu fiyat benzerliklerine ilişkindir.
- Pazarın şeffaf yapısı ve takip imkânı sağlayan teknolojik gelişmelerle birlikte, pazardaki oyuncular arasında bilgi değişimi ve koordinasyon risklerini artırmaktadır. Bu durum da ileride daha sık hub-and-spoke tipi karteller kurulduğu iddiasıyla karşılaşabileceğimizi göstermektedir.
- Organize kanaldaki yoğunlaşma oranları 2012'den 2019'a %27,01'den %50'nin üzerinde bir noktaya gelmiştir. Ancak bu oran da hala Avrupa'daki yoğunlaşma oranlarının altındadır.
- Rekabet Kurumu'nun 2021 tarihli sektör araştırması ön raporu uyarınca, organize kanaldaki perakendecilerin tedarikçilere uyguladığı alıcı gücü rekabeti bozucu düzeye ulaşmıştır. Rapora göre bu tespitin gerekçeleri

olarak, (i) artan yoğunlaşma oranları (ii) perakendecilerin tedarikçilere uyguladığı haksız ticari şartlar (iii) alt pazar yoğunlaşmışken üst pazarın dağınık bir yapı sergilemesi (iv) özel markalı ürün sayısının artmasına bağlı olarak diğer ulusal markalı ürünlerin raf alanının azalması gibi gerekçeler gösterilmiştir. Gerekçeler bu şekilde belirtilmekle birlikte, perakendecilerin tedarikçi sayıları, tedarikçilerin yaptığı olumlu-olumsuz değerlendirmelerin istatistiki oranları, yoğunlaşma oranları, özel markalı ürün oranları gibi sayısal verilerin gizlenmiş olması rapordaki tespitlerin ikna ediciliğini azaltmakta ve bu tespitlere ilişkin sağlıklı bir değerlendirme yapılmasını zorlaştırmaktadır.

Yukarıdaki tespitler kapsamında, Rekabet Kurumu'nun 2021 tarihli sektör ön raporunda belirttiği politika önerilerine ilişkin değerlendirmelerimizi ve Türkiye HTM perakendeciliği pazarı bakımından doğru politika yaklaşımı olacağını düşündüğümüz yaklaşımı aşağıda belirtiyoruz.

- **Haksız Ticari Şartlara İlişkin Yeni Mevzuat İhdas Edilmesine İlişkin Değerlendirmemiz.** Özellikle tarım gibi üst pazarın küçük işletmelerden oluştuğu sektörlerde küçük işletmelerin korunması amacıyla tedarik sözleşmelerine yönelik “adillik”, “dürüstlük kuralına uygunluk” gibi hukuki koşullar getirilmesi, bu düzenlemelerin pek çok ülkede yer bulduğu ve hukuk politikasının yalnızca iktisadi değil sosyal faydayı da gözetmesi gerektiği düşünüldüğünde makul görünmektedir. Ancak Avrupa’da organize perakende sektöründeki yoğunlaşma oranları Türkiye’deki oranların oldukça üzerindedir. Dolayısıyla AB Haksız Ticari Şartlar Direktifi kapsamında yasaklanan hükümleri aynen iktibas etmek, henüz gelişiminin erken evrelerinde olan organize perakende sektörüne bu gelişimi sekteye uğratabilecek ölçüde ağır bir müdahale anlamına gelebilir. Bu çerçevede AB hükümlerinin doğrudan ihraç edilmesi yerine, Türkiye’deki tarım, tedarik ve perakende pazarının yapısına ve ihtiyaçlarına daha uygun bir düzenleme getirilmelidir. Bu düzenleme de mutlaka ilgili pazarlarda

yapılacak ampirik çalışmaların sonuçlarına dayanmalıdır. Haksız ticari şartlar, rekabet hukukundan ziyade haksız rekabet hukuku sahasında çözümlenmelidir. Bununla birlikte bu şartların önemli bir pazar gücüne sahip bir teşebbüs tarafından, pazarın önemli bir bölümünü etkileyecek düzeyde uygulanması ve rekabeti bozucu etkiler doğurması söz konusu olabilir. Bu durumda bu şartlara rekabet hukuku sınırları dahilinde de müdahale edilebilir.

- **Perakende Sektöründe Uyumlu Eylem Karinesi ve Birlikte Hâkim Durum Durumuna Daha Sık Başvurulması Önerisine İlişkin Değerlendirmemiz.** Teşebbüsler arasında açık iletişim delilleri olmaksızın uyumlu eylem karinesinin işletilmesi, tip-1 hataya sebebiyet verebilecek önemli bir sorundur. Kurul 2018 tarihli Şok-A101-Hakmar kararında organize perakende pazarında oligopolistik bağımlılık bulunduğunu tespit etmiştir. Bilindiği gibi oligopolistik bağımlılık halinde teşebbüslerin birbirinin davranışlarını takip etmesi olağan ve rekabetçi sürecin bir gereği olup bu pazarlarda uyumlu eylem karinesi işletilmesi ciddi rekabet sorunlarına neden olabilir. Birlikte hâkim durum kurumunun da çok istisnai durumlar dışında uygulanmaması gerekmektedir. Nitekim halihazırda pazardaki teşebbüslerin birlikte hâkim durumda olduğuna ilişkin somut bir veri bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu önerinin hatalı pozitif kararlar verilme riskini önemli ölçüde artıracığı için isabetli olmadığı kanısındayız.
- **Alıcı Gücüyle Mücadelede Daha Katı Bir Yoğunlaşma Denetimi Uygulanması Önerisine İlişkin Değerlendirmemiz.** Alıcı gücünün alt pazarın yoğunlaşmış olduğu durumlarda rekabet karşıtı sorunlar doğurma ihtimali ciddi oranda artmaktadır. Dolayısıyla yoğunlaşma denetimi bu sorunlar mücadeledeki en önemli rekabet hukuku araçlarından biridir. Bu nedenle standart eşiklere dayanan bir hâkim durum testi yerine, rekabetin önemli ölçüde azaltılması testinin uygulanması ve geniş coğrafi pazarlar

yerine ilgili pazarların yerel pazar koşullarını daha net şekilde yansıtabilecek şekilde tanımlanması doğru bir politika adımı olacaktır. Ancak burada da yoğunlaşma işleminin pozitif etkilerinin göz ardı edilmemesi ve işlemi yasaklamak yerine etkili davranışsal ya da yapısal taahhütlere başvurulması (rekabetçi kaygıların söz konusu taahhütlerle tamamen ortadan kaldırılabilmesi şartıyla) önerilmektedir.

- **Perakende Sektöründe Muafiyet Eşiğinin Düşürülmesi Önerisine İlişkin Değerlendirmemiz.** Gerçekten de sağlayıcılara uygulanan muafiyet eşiği, alıcılar daha düşük pazar paylarıyla da önemli rekabet avantajları elde edebildikleri için alıcıların rekabeti sınırlayıcı davranışlarının hatalı olarak gözden kaçmasına neden olabilecek düzeydedir. Bu nedenle bu eşiğin alıcı gücü bakımından anlam ifade edecek ölçüde düşürülmesi isabetli olacaktır. Bununla birlikte AB’de uygulanan %30’luk eşik de alıcılar bakımından önemli bir farklılık yaratmayacak ölçüde yüksektir. Ancak bu eşiğin çok düşük belirlenmemesi de Rekabet Kurulu’nun iş yükünün çok artmaması adına gereklidir. Raporda eşiğin ne olması gerektiği belirtilmemiştir. Komisyon kararları çerçevesinde alıcı gücü için tehdit eşiğinin %22 olduğunu gözeterek %15-25 bandında bir muafiyet eşiği daha etkin bir rekabet hukuku denetimi sağlayabilir. Tabii bu eşiğin belirlenmesinden önce mutlaka İngiltere’de olduğu gibi tedarikçi- alıcı ilişkisine bakılarak Türkiye’de ekonomik bağımlılığa neden olacak eşiğin ne olduğunun tespit edilmesi gerekir.

- **Alıcılar Tarafından Uygulanan Tek Alıcıya Sağlama ve Münhasırlık Gibi Dikey Sınırlamaların Yasaklanması Önerisine İlişkin Değerlendirmemiz.** Bu çalışmanın ikinci bölümünde ayrıntılı olarak ele aldığımız üzere münhasırlık uygulamaları tedarikçi ve perakendeci bakımından ticari riskin azalması, vazgeçme ve bedavacılık gibi problemlerin çözülmesi gibi pek çok etkinlik sağlamakta ve her iki tarafı

da ilişkiye özgü yatırımlar yapmaya motive etmektedir. Dolayısıyla neredeyse bütün rekabet hukuku sistemlerinde etki temelli bir analizle değerlendirilen bu dikey sınırlamaların yasaklanması yerinde bir öneri değildir. Bunun yerine dikey anlaşmalar mevzuatındaki sağlayıcıyı merkeze alan yaklaşım yerine alıcı gücünü de dikkate alan bir yaklaşım benimsenmesi ve bu çerçevede mevzuata 2012 tarihli sektör raporunda da önerilen alıcı kaynaklı dikey sınırlamaların eklenmesi daha yerinde olacaktır.

- **Özel Markalı Ürünlere İlişkin Ciddi Seddi Önerisine İlişkin Değerlendirmemiz.** Ön raporda, perakendecilerin mağaza markalı ürünleri tedarik eden birimleri ve ulusal markalı ürünleri tedarik eden birimleri birbirinden ayırıştırılması gerektiği ve bu çerçevede literatürde “Çin Seddi” olarak anılan bu yöntemin katı bir şekilde uygulanması ve izlenmesi önerilmektedir.⁵⁶⁴ Özel markalı ürünlerin fason üretimini yapan üreticiler, genellikle marka yatırımı yapacak bütçesi bulunmayan küçük üreticilerdir. Bu nedenle raporda belirtildiğinin aksine perakendecilerin rakip rolüyle tehdit ettiği tedarikçiler büyük oranda ulusal markalı ürünler üreten tedarikçilerdir. Dolayısıyla ön raporda yer alan bu önerinin, çözmeyi hedeflediği rekabetçi endişelerin hem mahiyetinin hem de büyüklüğünün perakendecilere ciddi bir operasyonel yük, Rekabet Kurumu’na da takip için ciddi bir yük getirmeyi gerektirecek ağırlıkta olduğunun kuşkulu olduğunu düşünüyoruz. Bu çerçevede şayet böyle bir politika önerisi yapılacaksa bunun gerekçelerinin ikna edici biçimde ortaya konulması gerektiği kanaatindeyiz.
- **Küçük Perakendeci Birliklerine Muafiyet Tanınması Önerisine İlişkin Değerlendirmemiz.** Ortak alım grupları veya küçük perakendeci birlikleri birlikte hareket ederek gerçekten de maliyetleri düşürmek, tedarikçilerle daha etkin pazarlık yapmak, zincir marketlerle daha güçlü biçimde rekabet

⁵⁶⁴ 2021 tarihli Sektör Raporu, para. 328.

edebilmek gibi faydalar sağlayabilir. Ancak bu tip bir grupta, teşebbüslerin koordinasyonun izin verilen eşikleri aşarak kartele evrilme riski bulunmaktadır. Yine alıcı gücünün ekonomisi gereği bu tip gruplara yalnızca teşebbüslerin toplam pazarlık payı risk teşkil edecek pazarlık payından düşükse (bu pay Türkiye’de teşebbüslerin hem ilgili alt hem de üst pazardaki toplam pazar payının %15’idir.) izin verilmektedir. Dolayısıyla bu öneriye katılmakla birlikte, belirlenecek pazar payı eşığının %15’in çok üzerinde belirlenmesinin riskli olabileceğini ancak bunun altındaki birliklerin özendirilmesinde kartele dönüşmesine izin verilmemesi koşuluyla bir sakınca olmadığını düşünüyoruz.

Yukarıdaki değerlendirmelerimiz çerçevesinde sonuç olarak Türkiye’de organize HTM perakendeciliği pazarının gelişme evresinin erken aşamalarında olduğunu, bu nedenle ve devam eden sektör raporunun ön raporunda 2012 yılındaki rapordan önemli ölçüde ayrılan bir tespit yer almadığından aşırı müdahaleci bir tavrın söz konusu gelişmeyi sekte uğratacağını düşünüyoruz. Bu çerçevede:

- Sektörün ve perakendecilerin alıcı günündeki gelişiminin bir süre daha izlenmesi gerektiği,
- Yerel pazarların önemli ölçüde yoğunlaşmış olabileceği dikkate alınarak, yerel pazarların dinamiklerini dikkate alan ve gerektiğinde daha dar bir coğrafi pazar tanımı yapılan etkili bir yoğunlaşma denetimi yapılması gerektiği,
- Sektörün mevcut yapısı düşünüldüğünde rekabet hukuku ya da çeşitli regülasyonlarla giriş engeli yaratacak düzeyde katı bir müdahale yerine önce davranış kuralları gibi yumuşak hukuk kuralları uygulanması gerektiği,
- Haksız ticari şartlar vb. bir regülasyonun aynen AB’den ithal edilmesi yerine önce mutlaka sektördeki şartların değerlendirildiği etkili bir sektör araştırması yapılması gerektiğini ve yayımlanan ön raporun

aksine bu araştırmada elde edilen verilerin kamuyla paylaşılması gerektiği

- Sektördeki en önemli rekabetçi sorunlardan birinin yüksek şeffaflık nedeniyle artan bilgi değişimi riskleri ve son soruştırmalarla da ortaya konulduğu üzere yeniden satış fiyatına müdahale riskleri olduğu, bu nedenle bu sorunları gidermeye yönelik etkin bir rekabet hukuku müdahalesi gerektiği kanaatindeyiz.



SONUÇ

Alıcı gücü hem AB, ABD gibi önemli diyebileceğimiz rekabet hukuku rejimlerinde ve hem de büyük ölçüde bunlardan etkilenen Türkiye gibi ülkelerde mevcut rekabet hukuku politikası belirlenirken sağlayıcının pazar gücüne göre ikincil derecede önem atfedilen, dolayısıyla hala rekabet otoriteleri için önemli bir içtihat geliştirme sahası olmayan konu başlıklarından biridir. Her ne kadar organize HTM perakendeciliğinde yoğunlaşma işlemleri, alıcı gücünün rekabet hukukunun gündem maddelerinden biri haline gelmesine neden olsa da bu tespit geçerliğini korumaktadır.

Alıcı gücünün ikincil olmasının da alıcı gücünün ekonomisi ve yaygın kabul gören rekabet politikası tercihlerinden kaynaklanan birtakım nedenleri bulunmaktadır. Bu nedenlerden başlıcaları şunlardır:

- Alıcının tek taraflı davranışlar ya da yatay veya dikey anlaşmalarla pazardaki rekabeti süreci nasıl etkileyeceği alt ve üst pazarın yapısı, bu pazarlardaki yoğunlaşma oranları ile bu pazarlardaki arz ve talebin karakteristik özellikleri gibi faktörlere bağlıdır. Bu durum da alıcı gücünün (özellikle de alıcının pazarlık gücünün) rekabet üzerindeki etkilerinin öngörülebilmesi ve bunlara yönelik kapsayıcı bir rekabet politikası oluşturulmasını önemli ölçüde güçleştirmektedir.
- Alıcı gücünün -alt pazarda rekabetin az olduğu durumlar dışında - doğrudan ve kısa vadede tüketici zararına neden olduğu durumlar son derece istisnaidir. Rekabet otoriteleri genellikle müdahale için kısa vadede tüketici zararı koşulu aradığından alıcı gücünden doğan sorunlara müdahale hususunda çekimser davranmaktadır.
- Salt ekonomik etkinlik perspektifinden bakıldığında, iki taraflı pazar durumu (hem sağlayıcının hem de alıcının bir ölçüde pazar gücüne sahip olduğu durum) pazarın ek bir tarafında güçlü bir teşebbüs bulunmasından

daha etkindir. Bu çerçevede alıcının pazarlık gücünün (*bargaining power*), genellikle iktisadi etkinlik kazanımlarına yol açtığı söylenebilir.

Bu çalışma kapsamında alıcı gücüne ilişkin vardığımız sonuçlar da kısaca aşağıdaki gibi özetlenebilir.

- Alıcı gücü çok genel olarak, pazarın satın alma tarafında bulunan teşebbüsün pazar gücüdür. Bu güç, alıcının ilgili pazardaki hâkim durumundan kaynaklanabileceği gibi, alıcının ilgili pazardaki (ölçek ekonomisi, tüketici davranışları, teknolojik gelişmeler, etkin pazarlık yöntemleri vb.) stratejik avantajlardan da kaynaklanabilir.
- Söz konusu pazar gücü genel çerçevede alıcıya sağlayıcıdan avantajlı ticari şartlar altında ürün veya hizmet tedarik etme olanağı tanır.
- İki tip alıcı gücü arasında net bir ayrım yapılması oldukça önemlidir. Bunlardan ilki çok genel olarak piyasadaki tek alıcının, pazar gücüne sahip olmayan sağlayıcılara uyguladığı monopson; ikincisi ise alıcının pazar gücü olan bir sağlayıcıdan daha avantajlı ticari şartlarda mal/hizmet alabilme kabiliyetini ifade eden dengeleyici alıcı gücü (*countervailing buyer power*) ya da diğer bir ifadeyle alıcının pazarlık gücüdür (*bargaining buyer power*).
- Monopsonist, sahip olduğu pazar gücünü daha az girdi satın alarak yani talebi düşürerek (*withholding demand*) fiyatları rekabetçi fiyatın altına çekmekte kullanmaktadır. Bu nedenle daha az çıktı üretilmesine neden olan monopson durumu, söz konusu fiyat indirimlerinin alt pazardaki tüketicilere yansıtılıp yansıtılmamasından bağımsız olarak tahsis etkinliğine zarar verdiği için etkinsizdir.
- Monopsonun ekonomik teorideki karşılığı, rasyonel bir satın alma davranışı olmadığı için piyasada çok görülmez. Ancak girdi başına artan marjinal maliyetlerin söz konusu olduğu tarım, emek gibi piyasalarda görülme ihtimali daha fazladır. Monopson'un genel olarak monopolün simetrik versiyonu olduğu söylenebilir.

- Alıcının pazarlık gücü genellikle etkinlik doğurucu olsa da bazı durumlarda, su yatağı etkisi, spiral etki, uzun vadede üst pazardaki tedarikçilerin inovasyon motivasyonunun azalması veya kalite erozyonu gibi olumsuz sonuçlara neden olabilmektedir. Yine alıcıların tedarikçilere uyguladığı münhasırlık gibi dışlayıcı uygulamalar ya da düşük satın alma fiyatı uygulamak gibi sömürücü davranışlar rekabetin sınırlandırılmasına neden olabilmektedir.
- Mevcut rekabet hukuku araçları alıcı gücünden doğan sorunların tespiti noktasında büyük ölçüde yeterli görülmeyle birlikte, özellikle alıcıların tek taraflı davranışları bakımından katı bir tüketici refahı standardı uygulanması ya da alıcılara sağlayıcılarla birebir aynı hâkim durum eşikleri uygulanması alıcıların rekabet karşıtı davranışlarına müdahale gerekirken müdahale edilmemesi riskini barındırmaktadır. Bu nedenle rekabetçi sürecin kendisinin korunmasının da politika amacı olarak benimsenmesi ve alıcı gücünün söz konusu sürece vereceği zararın yalnızca statik değil dinamik etkinlik üzerindeki etkilerine de bakılması gerekmektedir. Bu çerçevede hem AB hem de Türkiye’de özellikle ikincil düzenlemelere alıcı gücünden doğan endişelere özgü hükümler eklenmesi gerekmektedir.
- Alıcı gücü hem alt hem de üst pazarı etkileme kabiliyetine sahiptir. Bu nedenle alıcı gücüne ilişkin rekabet hukuku analizinde hem ilgili pazar hem de pazar gücünün derecesi belirlenirken hem alt pazar dinamiklerinin hem de üst pazar dinamiklerinin hesaba katılması son derece önemlidir.
- Türkiye’de HTM perakendeciliği sektörü bakımından mevcut sektör raporları, geleneksel kanalın hala çok güçlü olduğunu ve organize kanal pazar payı kazansa da modernizasyon sürecinin yavaş işlediğini göstermektedir. Bu çerçevede 2021 tarihli sektör incelemesinde önerilen politika adımlarının henüz gelişiminin erken evrelerinde olan sektörün bu gelişimini sekteye uğratabilecek ölçüde ağır adımlar olduğunu düşünüyoruz.

- Türkiye HTM organize pazarı bakımından yerel pazarları dikkate alan ve hâkim durum testi yerine SIEC testini esas alan bir yoğunlaşma denetiminin alıcı gücünden doğabilecek rekabet sorunlarının engellenmesi için en önemli araçlardan biri olduğu kanaatindeyiz. Bunun yanında sert politika değişikliklerine başvurulmadan önce sektörün gelişiminin bir süre daha takip edilmesi ve önce davranış kuralları gibi yumuşak hukuk kurallarının uygulanması gerektiği kanısındayız.



KAYNAKÇA

Aghion, P., Bloom, N., Blundell, R., Griffith, R. ve Howitt, P. (2005), ‘Competition and Innovation: An Inverted U Relationship’, The Quarterly Journal of Economics, 120(2), s. 701-728 Antitrust and Regulatory Studies, 16, s. 127-154

Arı M.H. (2019) ‘Dışlayıcı Uygulamalara Dair Yaklaşımlar Çerçevesinde İndirim Sistemlerine İlişkin Son Dönem Kurul Kararlarının Değerlendirilmesi’, Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri içinde (ed. Sanlı K.C.), 2019, On İki Levha Yayınları

Armstrong, M. (2006), ‘Competition in two-sided markets’, RAND Journal of Economics, 37(3), s. 668-691

Arrow, K. (1950) ‘A difficulty in the concept of social welfare’, Journal of Political Economy, 58(4), 328–346

Arrow, K.J. (1962), ‘Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention’, Nelson, R. (ed.), The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors içinde, Princeton, N.J.: National Bureau of Economic Research, s. 609-625

Baker, Jonathan B., **Chevalier**, Judith A. (2013) ‘The Competitive Consequences of Most-Favored-Nation Provisions’ Antitrust Magazine, Vol. 27, No. 2, 2013. (<https://ssrn.com/abstract=2251165>)

Bakhoun M. (2018) ‘Abuse Without Dominance in Competition Law: Abuse of Economic Dependence and its Interface with Abuse of Dominance’ F. Di Porto, R. Podszun (eds.), Abusive Practices in Competition Law, Cheltenham, Elgar, s. 157-184. (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2703809)

Baş, K. (2020) ‘Birleşmelerin Kontrolünde Daha Yasaklayıcı Bir Politikaya Dönüş Mü? Güncel Tartışmalar ve Çözüm Önerileri’, Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri 2019 içinde (Ed. Kerem Cem Sanlı, Dilan Alma), On İki Levha Yayınları, 2020, s.419-476.

Baujard A. (2013) ‘Welfare economics’(<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00906907>)

Blair, R.D. and Harrison, J.L. (2010), Monopsony in Law and Economics, Cambridge: Cambridge University Press

Blaug, M. (2001), Is Competition Such a Good Thing? Static Efficiency versus Dynamic Efficiency’, Review of Industrial Organization, 19, s. 37-48

Blaug, M. (2007) ‘The Fundamental Theorems of Modern Welfare Economics, Historically Contemplated’, History of Political Economy 39(2) 185-207

Brodley, J.F. (1987) ‘The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technocological Progress’, 62 N.Y.U. L. REV. 1020

Bougette P. (2019) ‘Exploitative Abuse and Abuse of Economic Dependence: What Can We Learn From an Industrial Organization Approach?

Büyükkuşoğlu B. (2004), ‘Rekabet İktisadı Çerçevesinde Monopson’, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara

Carlton, D.W. (2007) ‘Does Antitrust Need to Be Modernized’, *Journal of Economic Perspectives*, 21(3), s. 155-176

Carstensen P.C. (2017) ‘Competition Policy and Control of Buyer Power, Edward Edgar Publishing

Chen, Z. (2008) ‘Defining buyer power’, Antitrust Bulletin, 53(2), s. 242, OECD (2009)

Cooter/Ulen (2008) ‘Law & Economics’, Pearson

Crocioni P. (2002), ‘The hypothetical monopolist test: what it can and cannot tell you’ European Competition Law Review

Dobson, P. W.; **Inderst**, R. (2008) ‘The waterbed effect: Where buying and selling power come together’, Wisconsin Law Review, 2008(2)

Dobson, P.W., **Waterson**, M., and **Chu**, A. (1998) ‘The Welfare Consequences of the Exercise of Buyer Power’, Research Paper 16, Office of Fair Trading, London

Doorn, F.H.A (2015). ‘The Law and Economics of Buyer Power in EU Competition Policy

Erdoğan, T. (2003) ‘Rekabet Hukuku Açısından Perakende Sektöründe Alım Gücü’, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara

Ersoy, Ç. (2020), ‘İnsan Kaynakları Alanında Rekabet Hukuku Uygulamalarına Bir Bakış’, Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri 2019 içinde (ed. Kerem Cem Sanlı, Dilan Alma), 2019, On İki Levha Yayınları, s. 243-260

Eroğlu, M. (2021), ‘İklim Değişikliği, Sürdürülebilirlik ve Rekabet Hukuku’, Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri 2020 içinde (ed. Kerem Cem Sanlı, Dilan Alma), On İki Levha Yayınları, 2021, s. 115-162

Ezrachi A. (2010) ‘Unchallenged Market Power? The Tale of Supermarkets, Private labels and Competition Law’, The University of Oxford Centre for Competition Law and Policy Working Paper CCLP (L) 27

Ezrachi A. (2014) ‘Buyer Power In European Union Merger Control’, European Competition Journal, s. 72 (Anılış: Ezrachi (2014), Merger Control)

Ezrachi A. **Ahuja** K. ‘Private Labels, Brands and Competition Law Enforcement’, Oxford University Centre for Competition Law and Policy Working Papers. (<https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/cclp-l-9-privatelabelsandbrands.pdf>)

Ezrachi A., **Stucke** M. (2017) ‘Looking Up in the Data-Driven Economy’, CPI Antitrust Chronicle, s. 3-4. (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2975510)

Friedman, D. (1987), ‘Economic Analysis of Law’, in: Eatwell, J., Milgate, M. and Newman, P. (eds.), The New Palgrave: A Dictionary of Economic Theory and Doctrine, London: McMillan

Gaudin G. (2017) ‘Vertical Bargaining and Retail Competition: What Drives Countervailing Power?’ (<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2655726>)

Grimes, S. W. (2005), ‘Buyer Power and Retail Gatekeeper Power: Protecting Competition and the Atomistic Seller’, 72 ANTITRUST L. J 563

Gürkaynak. G. (2013) ‘Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin Hukuk ve İktisat Perspektifinden Amaç Tartışması’, Rekabet Kurumu, Ankara

Gürsel, V. (2009) 'Perakendecilerin Ölçeğindeki Büyümenin Sebepleri ve Ekonomik Sonuçları', Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.14, Vol.14, s.407-423

Herrera I.A. (2015) 'Market Definition in Buyer Power Cases: Revisiting Some Traditional Views', s.8. (<https://ssrn.com/abstract=2600471> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2600471>)

Herrera I.A. (2017). 'Buyer Power in EU Competition Law', Concurrences

Hicks, J.R. (1939) The Foundations of Welfare Economics. The Economic Journal, 49, 696-712 (<http://dx.doi.org/10.2307/2225023>)

Hovenkamp H. (2011) 'Distributive Justice and Consumer Welfare In Antitrust' (<https://ssrn.com/abstract=1873463>)

İnce E. (2012) 'Alıcı Gücü: Perakende Sektörü Özelinde Kaynakları, Sonuçları, Ele Alınışı ve Politika Yansımaları', Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri.

Ioannis L. (2013) 'Some Reflections on the Question of the Goals of EU Competition Law', CLES Working Paper Series 3/2013 (<https://ssrn.com/abstract=2235875>)

Jurczyk, Z. (2017) 'The Role of Economic Efficiency in Competition Law', Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies, 16, s. 127-154

Kaldor, N. (1939) 'Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility', Economic Journal 49.195:549-52

Kaplow, L. (2017) ‘On the relevance of market power’, Harvard Law Review, 130(5)

Kaplow, L. and Shavell, S. (2002), Fairness versus Welfare, Cambridge: Harvard University Press

Karagülle O. (2020), ‘Dijital Platformlarda Pazar gücünün Belirlenmesi’, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi

Kerber W. (2008) ‘Should competition law promote efficiency? - Some reflections of an economist on the normative foundations of competition law’, Economic Theory and Competition Law, Cheltenham: Edward Elgar, s. 93-120

Kesici, B., Sönmez N.S. (2021) ‘Dışlayıcı Eylemler Marifetiyle Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması’ Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu Özel Hukuk içinde, İstanbul Üniversitesi Yayınları s.746-795 (<https://iupress.istanbul.edu.tr/tr/book/turk-hukukunun-avrupa-birligi-hukukuna-uyumu-ozel-hukuk/chapter/dislayici-eylemler-marifetiyle-hakim-durumun-kotuye-kullanilmasi>)

Kim, I. K., Nora, Vladyslav (2018) ‘Buyer Power and Information Sharing’ (<https://ssrn.com/abstract=3134426> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3134426>)

Kirkwood J.B. (2012) ‘Powerful Buyers and Merger Enforcement’, 92 B.U. L. Rev. 1485

Kirkwood J.B. (2018) ‘Market Power and Antitrust Enforcement’, 98 B.U. L. Rev. 1169

Kirkwood J.B. (2013), ‘The Essence of Antitrust: Protecting Consumers and Small Suppliers from Anticompetitive Conduct’, 81 Fordham L. Rev. 2425. (<https://core.ac.uk/download/pdf/144230132.pdf>)

Kirkwood, J. B. (2005) ‘Buyer power and exclusionary conduct: Should brooke group set the standards for buyer-induced price discrimination and predatory bidding’

Koehler M. (1999). ‘The Importance of Correctly Identifying the Consumer for an Antitrust, Relevant Market Analysis’, 67 UMKC L. REV. 521

Kokkoris I. (2016) ‘Buyer Power Assessment in Competition Law: A Boon or a Menace?’ 29 World Competition Law Journal, 72(2), s. 625-668

Lianos I, Lombardi C. (2016), Superior Bargaining Power and the Global Food Value Chain. The Wuthering Heights of Holistic Competition Law’ s. 9 (Anlış: Lianos (2016), Superior Bargaining Power)

Lianos, I. (2009) ‘The Vertical/Horizontal Dichotomy in Competition Law: Some Reflections with regard to Dual Distribution and Private Labels’, Private Labels, Brands and Competition Policy, The Changing Landscape of Retail Competition içinde, (der) A. Ezrachi ve U. Bernitz, Oxford, s.161 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1399687)

Nelson P., Hurdle G., Su T (2004) ‘The Implications of Robert L. Steiner's Work for Merger Analysis’, 49 Antitrust BULL. 1013

Noll R.G. (2005) ‘Buyer Power and Economic Policy’, SIEPR Discussion Paper Series, No.04-08 589-624

Noton, C. Elberg, A. (2016) ‘Are Supermarkets Squeezing Small Suppliers? Evidence from Negotiated Wholesale Prices’ *The Economic Journal*, 128 (May), 1304–1330. Doi: 10.1111/ecoj.12423 1304-1331

Pera A., Bonfitto V. (2011) ‘Buyer Power in Antitrust Investigations’, 32 *European Competition Law Review*

Petit, N, Geradin D. et al (2005) ‘The Concept of Dominance in EC Competition Law’(https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=770144).

Pigou, A. C. 1952. *The Economics of Welfare*. 4th ed. London: Macmillan

Sanlı K.C, Ardiyok, S. (2013) ‘Şirketler İçin Rekabet Hukuku Rehberi’, Milletlerarası Ticaret Odası Yayını

Sanlı, K.C (2020), ‘Sinema Sektöründe Neler Oluyor?’ Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri 2019 içinde (ed. Sanlı K.C. ve Alma D.) s.81-127

Sanlı, K.C. (2007) ‘Hukuk ve Ekonomi Öğretisi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi, Arıkan Yayınevi, İstanbul

Scheelings R./Wright J. D. (2006) 'Sui Generis'?: An Antitrust Analysis of Buyer Power in the United States and European Union. *Akron Law Review*, Vol. 39, No. 1, s. 207-243, 2006, George Mason Law & Economics Research Paper No. 05-30, (<https://ssrn.com/abstract=800886>)

Schilling, M. A. (2015) ‘Towards dynamic efficiency: Innovation and its implications for antitrust’, *Antitrust Bulletin*, 60(3)

Schumpeter, J.A. (1942) ‘Capitalism, Socialism and Democracy’, New York: Harper and Row

Sözler Y. (2021) ‘Fahiş Fiyat Artışlarına Karşı İdari Yaptırım Uygulanmasında Yetki Çatışması’, İstanbul Hukuk Mecmuası, s.219 (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1735099>).

Steiner R.L. (2000) ‘The Third Relevant Market’, 45 ANTITRUST BULL. 719

Steiner R.L. (2008) ‘Vertical Competition, Horizontal Competition and Market Power’ 53 The Antitrust Bulletin, 251

Stucke, M. (2013) ‘Looking at the Monopsony in the Mirror’, Emory Law Journal, 1509

Stucke, M. (2013) ‘Should Competition Policy Promote Happiness?’, 81 Fordham Law Review 2575, University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 207 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2203533)

Türk D., Herrera A.I (2021) ‘Ex Post Assessment of European Competition Policy: Buyer Power in Concentration Cases (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3778887)

Vogel L. (2016) ‘The Recent Application of EU and National Competition Law to Distribution Agreements: Does Competition Law Promote Efficient Distribution Networks? Journal of European Competition Law & Practice 7: s. 628–640

Williams, M. (2014) Competition Law and the Regulation of Buyer Power and Buyer Cartels in China and Hong Kong. Asian Journal of Comparative Law

Yılmaz B. (2020) ‘Rekabet Hukukunda Dengeleyici Alıcı Gücü’, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, Ankara

Diğer Kaynaklar

OECD (2012), Policy Roundtables: Market Definition

OECD (2009) ‘Monopsony and Buyer Power’, OECD Doc. DAF/COMP(2008)38
<http://www.oecd.org/dataoecd/38/63/44445750.pdf>

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

ICN, Competition Enforcement and Consumer Welfare Setting the Agenda
(https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2019/11/SP_CWelfare2011.pdf)

Task Force For Abuse Of Superior Bargaining Position, ICN Special Program For Kyoto Annual Conference: Report On Abuse Of Superior Bargaining Position 3 (2008), http://www.jftc.go.jp/en/international_relations/icn/kyoto-materials/pdf/

Commission Green Paper on Unfair Trading Practices in the Business-to-Business Food and Non-Food Supply Chain in Europe, at 3–5, COM (2013) 37

Commission Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purposes of the Community Competition Law [1997] OJ C372/5

PwC (2016), Dönüşürken Büyüyen Türkiye Perakende Sektörü Raporu, s.5.
(<https://www.pwc.com.tr/tr/publications/industrial/retail-consumer/pdf/donusurken-buyuyen-turkiye-perakende-sektoru-raporu.pdf>)

KPMG, Sektörel Bakış-Perakende, s.3.
(<https://home.kpmg/tr/tr/home/gorusler/2020/01/sektorel-bakis-2020-perakende.html>)

Dobson Consulting (2000), Buyer Power and Its Impact on Competition in the Food Retail Distribution Sector of the European Union, s.9
(http://idei.fr/sites/default/files/medias/doc/conf/fpi/papers_2000/dobson.pdf)

https://www.eurocommerce.eu/media/87967/eurocommerce_study_v2_hd.pdf

Rekabet Otoritesi Raporları

Rekabet Kurumu'nun 2021 tarihli Hızlı Tüketim Malları Perakendeciliği Sektör Araştırması Raporu
(<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/geneldosya/htmlperakendeciligisektorincelemesioraporu-pdf>)

Rekabet Kurumu'nun 2012 tarihli HTM Perakendeciliği Sektör Araştırması Raporu
(<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/sektor-raporlari/6-hizli-tuketim-mallari>)

Bundeskartellamt (2008), Buyer Power in Competition Law

(https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Fachartikel/Buyer%20Power%20in%20Competition%20Law.pdf?__blob=publicationFile&v=3)

Competition Commission (2008) 'The supply of groceries in the UK market investigation
(<https://www.gov.uk/cma-cases/groceries-market-investigation-cc>)

European Commission, The Economic Impact of Modern Retail on Choice and Innovation in the EU Food Sector

Kılavuzlar

Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz
(<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/hakim-durumdaki-tesebbuslerin-dislayici-davranislarina-iliskin-kilavuz1.pdf>)

Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz
(<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/yatay-isbirligi-anlasmalari-hakkinda-kilavuz1.pdf>)

İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz
([https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/ilgili-pazarin-tanimlanmasina-iliskin-kilavuz-\(08-04\)-56-m-20210203105245341-pdf](https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/ilgili-pazarin-tanimlanmasina-iliskin-kilavuz-(08-04)-56-m-20210203105245341-pdf))

Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz
(<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/dikey-anlasmalara-iliskin-kilavuz-2021-20210324113841177-pdf>)

Yatay Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz
(<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/yatay-birlesme-ve-devralmalarin-degerlendirilmesi-hakkinda-kilavuz1.pdf>)

Yatay Olmayan Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz
(<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/yatay-olmayan-birlesme-ve-devralmalarin-degerlendirilmesi-hakkinda-kilavuz1.pdf>)

Rekabet Otoritesi Kararları

Rekabet Kurulu’nun 11.11.2009 tarih ve 09-54/1291-325 sayılı Fayda A.Ş. kararı

Rekabet Kurulu’nun 09.02.2017 tarih ve 17-06/56-22 sayılı Migros-Tesco Kipa kararı

Rekabet Kurulu’nun 09.02.2017 tarih ve 17-06/56-22 sayılı kararı

Rekabet Kurulu’nun 09.07.2015 tarih ve 15-29/420-117 sayılı Anadolu Grubu – Migros devralma kararı

Rekabet Kurulu’nun, 18.04.2018 tarih ve sayılı 18-11/204-95 Migros-Makromarket kararı

Rekabet Kurulu’nun 09.08.2012 tarih ve 12-41/1178-388 sayılı Metro Grosmarket ön araştırma kararı

Rekabet Kurulu’nun 22.05.2018 tarih ve 18-15/279-138 sayılı BİM-A101-Şok-Hakmar kararı.

Case No COMP/M.5046 –Friesland Foods /Campina

Akzo Chemie BV v Commission, Case 62/86, ECLI:EU:C:1991:286

Case C-95/04 P, British Airways plc v. Commission, Judgment of the Court of Justice (Third Chamber) of 15 March 2007

COMP/M.784—Kesko/Tuko (1996)

Rewe/Meinl, Commission Decision 1999/674/EC [1999] OJ L274/1

COMP/M. 1684—Carrefour/Promodès (2000)

Case No COMP/M.3732 - PROCTER & GAMBLE /GILLETT

(https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3732_20050715_20212_en.pdf)

Irish Sugar plc v Commission, Case T-228/97

United States v Blue Cross Blue Shield of Mich (2011)