

Sürdürülebilirlik ve rekabet hukuku

Cihan Bilaçlı
Cemre Başkır

Avrupa Komisyonu rakip teşebbüsler arası iş birliklerinin rekabet hukuku bağlamında nasıl değerlendirileceği konusunda yol gösteren Rehber'ini Haziran ayında güncellemişti¹. 13 yıl sonra neredeyse her başlıkta yapılan değişikliklerin yanı sıra "Sürdürülebilirlik Anlaşmaları" adlı yeni bir başlığın eklenmiş olması dikkat çekmektedir. İklim değişikliklerinin her geçen daha çok etkisini hissettirdiği günümüzde global ve ulusal çevre politikalarının yanında teşebbüslerin de sürdürülebilirlik konusunda bazı adımlar atmasını lüzumlu kılabiliyor. OECD tarafından yayımlanan rapora göre, rekabet politikasının çevresel hedeflere ulaşmak için ihtiyaç duyulan teknolojik atılımların gerçekleştirilmesine katkı sağlayacak olan sermayenin etkin ve verimli bir şekilde tahsisi için önemli bir rolü bulunmaktadır². Raporda rekabet otoritelerine de görev düştüğü vurgulanıyor: sürdürülebilirlik girişimlerine yönelik analizlerinde cezalandırıcı olmayacak şekilde teşebbüslere rehberlik etmesi, özel yatırım ve girişimler üzerinde caydırıcı müdahalelerden kaçınması. Dolayısıyla, Rehber'e yapılan eklemeye Komisyon'un teşebbüsler açısından yol gösterici açıklamalarda bulunduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır.

Sürdürülebilirlik anlaşmalarının tanımı

Komisyon'un, sürdürülebilirlik anlaşmalarını, Rehber'e dahil etmesindeki odak noktasının rekabet kurallarının rakipler arasında çevresel, sosyal veya diğer sürdürülebilirlik hedeflerine hizmet eden anlaşmaların önünde engel teşkil etmediğini göstermek olduğu söylenebilir. Komisyon tarafından yapılan bu geniş tanıma göre, iş birliğinin şekline bakılmaksızın, bir veya daha fazla sürdürülebilirlik hedefini (*sadece çevre veya iklim hedefleri değil, aynı zamanda çalışma ve insan hakları, sağlıklı ve besleyici gıdaya geçiş veya hayvan refahının sağlanması gibi sosyal hedefler de dahil olmak üzere*) içeren bütün yatay iş birliği anlaşmaları, Sürdürülebilirlik Anlaşması olarak değerlendirilmektedir. Sürdürülebilirlik Anlaşmalarının tanımlanmasında, Birleşmiş Milletler Sürdürülebilir Kalkınma Hedeflerinin dayanak noktası alındığı söylenebilir.

101. madde uygulaması dışında kalabilecek anlaşmalar

Fiyat, miktar, kalite, seçim veya yenilik gibi rekabet parametreleri üzerinde olumsuz etkisi olmayan sürdürülebilirlik anlaşmaları, normalde herhangi bir rekabet endişesine yol açmayacak ve dolayısıyla ABİDA'nın³ 101. maddesi⁴ kapsamına girmeyecektir. Rehber, bu tür anlaşmalar için sınırlı olmayan bazı örnekler vermektedir:

- Yasal olarak bağlayıcı uluslararası antlaşmalar, anlaşmalar veya sözleşmelerde yer alan kesin gerekliliklere veya yasalara uyulmasını sağlamayı amaçlayan anlaşmalar.

¹ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_2990

² <https://www.oecd.org/daf/competition/environmental-considerations-in-competition-enforcement.htm>

³ Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma

⁴ ABİDA'nın 101. maddesi, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un rakipler arası anlaşmaları düzenleyen 4. maddesine karşılık geldiği söylenebilir.

- Rakiplerin ekonomik faaliyetlerinden ziyade iç kurumsal davranışlarını ilgilendiren anlaşmalar (örneğin sektörün çevresel itibarını iyileştirmek için tek kullanımlık plastikleri iş yerlerinden kaldırarak sektörün sorumlu davranma itibarını artırmaya yönelik bir anlaşma).
- Tarafların bu tedarikçilerden satın alma veya bu distribütörlere satış yapma zorunluluğu olmaması koşuluyla, sürdürülebilir olmayan değer zincirlerine, üretim süreçlerine veya girdilere sahip tedarikçiler veya sürdürülebilir olmayan pazarlama uygulamalarına sahip distribütörler hakkında genel bilgiler içeren veri tabanlarının oluşturulmasına ilişkin anlaşmalar.
- Belirli ürünlerin ortak reklamı mahiyetinde olmamak kaydıyla, sektör çapında farkındalık kampanyaları veya müşterileri tüketimlerinin çevresel etkileri konusunda bilgilendirmeye yönelik kampanyalar düzenlenmesine ilişkin anlaşmalar.

Sürdürülebilirlik anlaşmalarının 101. madde kapsamında değerlendirilmesi

Sürdürülebilirlik anlaşmalarının bir veya daha fazla rekabet parametresini olumsuz etkilediği durumlarda ABİDA'nın 101. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir. Rehber, bir sürdürülebilirlik anlaşmasının rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmayı gizlemek için kullanılmadığı sürece, bu tür anlaşmaların tipik olarak amaç kısıtlamaları olarak değerlendirilmeyeceğini, bunun yerine rekabet üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesi gerekeceğini belirtmektedir.

Rehber, sürdürülebilirlik anlaşmalarının rekabet üzerindeki etkilerini değerlendirirken dikkate alınması gereken bir dizi etmeni ortaya koymaktadır:

- Tarafların pazar gücü seviyesi
- Anlaşmanın, tarafların rekabetin ana parametrelerine ilişkin karar alma bağımsızlığını ne ölçüde sınırladığı
- Anlaşmanın pazarı kapsama derecesi
- Anlaşma bağlamında ticari açıdan hassas bilgilerin ne ölçüde değiştirildiği
- Anlaşmanın fiyatta kayda değer bir artışa veya üretimde, çeşitlilikte, kalitede veya yenilikçilikte kayda değer bir düşüşe yol açıp açmadığı.

Rehber, bir sürdürülebilirlik anlaşmasının rekabeti kısıtlayıcı amaç veya etki doğurduğu durumlarda bile, 101. maddenin 3. fıkrası⁵ kapsamında yasaklamadan muaf tutulabileceği hallere de yer vermiştir. Buna göre:

1. Anlaşmanın kanıtlanabilir, etkin ve verimli kazanımları olmalıdır.
2. Uygulanan kısıtlamalar vazgeçilmez olmalıdır.
3. Tüketicilere adil bir aktarım söz konusu olmalıdır.⁶
4. Rekabetin zorunlu olandan fazla şekilde ortadan kaldırılması söz konusu olmamalıdır.

⁵ İlgili madde, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un muafiyet koşullarını düzenleyen 5. maddesine karşılık geldiği söylenebilir.

⁶ Komisyon, doğrudan veya dolaylı tüketiciler için anlaşmadan kaynaklanan faydaların ilgili pazardaki tüketiciler üzerindeki genel etkisinin en azından nötr olması için neden olunan zarardan daha ağır basması gerektiğini belirtmektedir.

Buna ek olarak, belirli koşulları karşılayan sürdürülebilirlik standardizasyon anlaşmaları için 'yumuşak güvenli liman' bulunmaktadır.

Sürdürülebilirlik standardizasyon anlaşmaları

'Yumuşak güvenli liman', bir tedarik zincirindeki üreticilerin, dağıtıcıların, perakendecilerin veya hizmet sağlayıcıların çok çeşitli sürdürülebilirlik ölçütleriyle ilgili olarak karşılaşması gereken gereklilikleri belirlemek için kullanılan anlaşmalar olarak tanımlanan sürdürülebilirlik standardizasyon anlaşmaları için geçerlidir. Rehber'de örnekler arasında sürdürülebilir olmayan ürünlerin aşamalı olarak kaldırılması, geri çekilmesi veya değiştirilmesi, geri dönüşümü teşvik etmek için ambalaj malzemelerinin uyumlaştırılması, yalnızca sürdürülebilir şekilde üretilen üretim girdilerinin satın alınması veya hayvan refahının iyileştirilmesine yönelik anlaşmalar sayılmaktadır.

'Yumuşak güvenli liman' oluşturan altı şart şu şekildedir:

1. Sürdürülebilirlik standardının geliştirilmesi için prosedürlerinin şeffaf olması ve rekabetçi tarafların bu prosedürlere kolaylıkla katılım gösterebilmesi;
2. Katılmak istemeyen teşebbüsler üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak standarda uyma zorunluluğu olmaması;
3. Katılımcı şirketlerin standarda uyum sağlamak için gerekliliklere bağlı kalarak kendileri açısından daha yüksek bir sürdürülebilirlik standardı benimseme konusunda serbest bırakılması;
4. Standart için gerekli ve orantılı olanın ötesinde ticari açıdan hassas bilgi değişimi yapılmaması;
5. Standart belirleme sürecinin sonuçlarına, etkin ve ayırıcı olmayacak biçimde erişim sağlanması;
6. Standart, aşağıdaki koşullardan en az birini karşılamalıdır:
 - Fiyatlarda önemli bir artış veya ilgili ürünlerin kalitesinde önemli bir düşüş olmamalıdır;
 - Katılımcıların birleşik pazar payı, standarttan etkilenen herhangi bir ilgili pazarda %20'yi geçmemelidir.

Altı şartın hepsinin karşılanması halinde, anlaşmanın rekabet üzerinde kayda değer olumsuz etki yaratması olasılığı olmadığından 101. maddenin kapsamı dışında bırakılacağı; bu şartlardan bir veya daha fazlasının karşılanmaması halinde, bu durumun 101. madde kapsamında yasaklandığına dair bir karene oluşturmayacağı, ancak 101. maddenin 3. fıkrası kapsamında bireysel bir değerlendirme yapılmasını gerektiği vurgulanmaktadır.

Bazı uygulama örnekleri

Alman rekabet otoritesi Bundeskartellamt, Alman yasalarında veya kılavuzlarda yasal temel açıkça oluşturulmadan önce bile, sürdürülebilirlik hedeflerine ulaşmayı amaçladıklarında teşebbüsler arasında iş birliğinden yana olduklarını açıkça belirtmiştir. Otorite yakın tarihli bir uygulamasında⁷, muz sektörüne asgari geçimlik ücretleri teşvik etmek için gönüllü ortak standartlar ve stratejik hedefler üzerinde anlaşmaya varılmasının

⁷https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2022/18_01_2022_Nachhaltigkeit.html

ve geçim ücreti kriterlerine uygun olarak üretilen muzların satış hacmini kademeli olarak artırmayı planlanmanın rekabetçi endişe yaratmadığını belirtmiştir. Bu karara varılmasında proje kapsamında tedarik fiyatları, diğer maliyetler, üretim hacimleri veya marjlar hakkında hiçbir bilgi alışverişi yapılmaması ve tedarik zincirinin herhangi bir noktasında zorunlu asgari fiyatlar veya ek ücretler de uygulanmaması rol oynamış görünüyor.

Hollanda rekabet otoritesi ACM de yakın tarihli bir vakada anlaşma tarafı iki teşebbüsün müşterileri ve bir bütün olarak toplum için faydalı olarak algıladığı CO2 depolanmasına ilişkin iş birliği anlaşmasına yeşil ışık yakmıştır⁸. ACM ayrıca, çoklu paket meşrubat ve su şişelerinin plastik saplarının kaldırılması⁹ ve yasadışı pestisitlere dayalı yasadışı rekabetle mücadele¹⁰ amacıyla yapılan iş birliklerini rekabeti kısıtlayıcı bulmamıştır. Bununla birlikte, Haziran 2023'te ACM, tek kullanımlık plastik ambalajlar için alınacak bir ücretle ilgili yeni sürdürülebilirlik hedeflerini teşvik etmeyi amaçlayan toplu bir fiyat belirleme anlaşmasının sürdürülebilirliği teşvik etmek için gerekli görünmediğini tespit etmiştir¹¹. Her teşebbüsün kendi ücretini belirleyebilmesi halinde tedbirin sürdürülebilirlik hedefinin tehlikeye girme riskini kabul eden ACM, teşebbüslerin kendi ücretlerini belirleyebildiklerinde tepkilerinin ve sonucun ne olacağının hala belirsiz olduğuna inandığını, bu nedenle toplu fiyat sabitleme anlaşmasına izin verecek bir istisnayı bu aşamada yapamayacağını belirtmiştir.

Ülkemiz uygulamasında Eskişehir Bilecik Kütahya Seramik İş Kümesi Derneği üyeleri arasında gerçekleştirilecek enerji verimliliği çalışmasının, EBK üyelerinin ortak elektrik ve doğalgaz tedarikini kapsamadığı, sadece tarafların sahip oldukları üretim süreçlerindeki enerji verimliliğinin artırılmasının ve böylece seramik üretiminde önemli bir maliyet olan enerji maliyetinin düşürülmesinin amaçlandığı ifade edilerek rekabeti kısıtlamadığı sonucuna ulaşılmıştır¹². Sabun ve Deterjan Sanayicileri Derneği üyesi olsun olmasın tüm üreticilere açık olan “Yeni Nesil Çamaşır Deterjanları Projesi” ile atık sulardaki deterjan miktarının azaltılarak çevreye daha az zarar verileceği, paketlenme, lojistik, enerji tüketimi gibi alanlarda tasarruf sağlanacağı belirtilen bir çalışmaya¹³; beş demir çelik üreticisinin atık yönetimine ilişkin gerçekleştirdikleri projeye¹⁴; atık elektrikli ve elektronik eşyaların toplanması, işlenmesi ve geri kazanımı için oluşturulan bir girişime¹⁵ muafiyet verilmiştir. Mobil operatörlerin tesis paylaşımına ilişkin anlaşmasına yönelik yapılan incelemede¹⁶

⁸ <https://www.acm.nl/en/publications/acm-shell-and-totalenergies-can-collaborate-storage-co2-empty-north-sea-gas-fields>

⁹ <https://www.acm.nl/en/publications/acm-favorable-joint-agreement-between-soft-drink-suppliers-about-discontinuation-plastic-handles>

¹⁰ <https://www.acm.nl/en/publications/letter-response-sustainability-initiative-about-reduction-illegal-pesticides-garden-retail-sector>

¹¹ <https://www.acm.nl/en/publications/acm-no-need-collective-price-fixing-agreements-among-supermarkets-about-plastic-packaging>

¹² 06.10.2015 tarihli ve 15-37/586-205 sayılı karar

¹³ 15.07.2009 tarihli ve 09-33/727-167 sayılı karar. Kararda projenin kapsama derecesi %95 olmasına ve kısmen fiyat artışları yaşanabileceği değerlendirilmesine rağmen teşebbüslerin kendi teknolojilerini bağımsız şekilde kullanmaya devam etmesi, başta çevresel faydalar olmak üzere işaret edilen diğer ekonomik ve enerji tasarrufuna dayalı faydalar gözetilmiştir. Aynı sektörde reklam ve tanıtım faaliyetlerinin incelendiği bir başka karar için bkz. 18.10.2011 tarihli ve 11-53/1354-480 sayılı karar.

¹⁴ 26.8.2009 tarihli ve 09-39/946-233 sayılı karar

¹⁵ 11.07.2013 tarihli ve 13-44/554-248 sayılı karar; 09.08.2017 tarihli ve 17-26/394-173 sayılı karar

¹⁶ 11.04.2019 tarihli ve 19-15/203-90 sayılı karar

evre kirliliğinin azaltılması, maliyet, fiyat, hizmet kalitesi gibi alışılagedik rekabetçi parametrelerin yanında tüketicici refahını etkileyen unsurlar arasında değerlendirilmiştir. Yakın tarihli bir başka dosyada, sağlayıcı ve bayileri arasında imzalanacak olan 'Lisanssız Güneş Enerjisi Santrali Yatırımı Sözleşmesi'ne enerjide sürdürülebilirlik hedefleri doğrultusunda bir proje olması gözetilerek tebliğde belirtilen beş yıllık sreye ek olarak iki yıl olmak üzere toplam yedi yıl sreye muafiyet tanınmıştır.

Sonuç

Komisyon'un sürdürülebilirlik anlaşmalarına ilişkin olarak Rehber'de ortaya koyduğu ilkeler, sürdürülebilirlik anlaşmalarına yönelik AB çapında yeknesak bir yaklaşım benimsenmesi yönünde yapılan çağrılar nedeniyle, geniş çapta memnuniyetle karşılanmıştır. evre ve iklim sorunlarına dönük adımlar atılmaya devam ederken sürdürülebilirlik konusunun rekabet hukukuyla giderek daha fazla kesişeceğini beklemek mümkündür. Ülkemizde bu yıl itibarıyla onuncu yılını dolduran Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz'un önümüzdeki dönemde güncellenerek sürdürülebilirlik anlaşmalarına ilişkin Kurul yaklaşımına yer vermesi bu yönde girişimlerde bulunacak teşebbüsler açısından yararlı olabilir.

Bu makalede yer alan açıklamalar, yazarının konu hakkındaki kişisel görüşünü yansıtmaktadır. Makaledeki bilgi ve açıklamalardan dolayı EY ve/veya Kuzey YMM ve Bağımsız Denetim A.ř.'ye sorumluluk iddiasında bulunulamaz. Mevzuatın sık değiştirilen ve farklı anlayışlarla yorumlanabilen yapısı nedeniyle, herhangi bir konuda uygulama yapılmadan önce konunun uzmanlarından profesyonel yardım alınmasını tavsiye ederiz.