

HUB&SPOKE KARTELİNİN ÖZELLİKLERİ – UYGULAMANIN YENİDEN SATIŞ FİYATININ BELİRLENMESİNE YÖNELİK TARTIŞMALAR İLE İLGİSİ

PRÄMISSEN DER SOGENANTEN HUB&SPOKE-KARTELLE UND BEZUG DER PRAXIS ZU DEN DISKUSSIONEN ÜBER DIE VERTIKALEN PREISABSPRACHEN

Doç. Dr. Koray DEMİR*

ÖZ

Hub&Spoke Karteli rekabet hukukunda yeni bir kavramdır ve rekabet teorisi ve uygulamasında gün geçtikçe daha da fazla yer almaktadır. Kavramın içeriği henüz netleşmemiş olmakla birlikte şimdiye kadar yayımlanan çalışmalar ile sınırlı sayıda mahkeme kararı ışığında kavramın unsurlarını ortaya koymak mümkün olabilmektedir. Bu minvalde Hub&Spoke, yatay bir fiyat karteli oluşturmaya yönelik bir uyumlu eylemdir ve aynı pazarda, dikey düzlemde faaliyet gösteren bir aktörün aracılığı üzerinden gerçekleştirilen bilgi alışverişi sayesinde mümkün olabilmektedir. Son dönemde anılan kavramın, esasen yeniden satış fiyatının belirlendiği dikey anlaşmalar bakımından bir muafiyet tartışmasına girmek adına da sıklıkla kullanıldığı görülmektedir. İşbu çalışma altında bu tartışmalara da değinilmektedir.

Anahtar Kelimeler: *Hub&Spoke, Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi, Uyumlu Eylem, Kolüzyon.*

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (k.demir@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0003-3929-4926

PREMISES OF THE SO-CALLED HUB&SPOKE-CARTELS AND RELATION OF THE PRACTICE WITH THE DISCUSSIONS ON THE VERTICAL PRICE FIXING AGREEMENTS

ABSTRACT

Hub&Spoke is a new term of competition law and is used in competition theorie and practice ever frequently. Generic meaning of the term is not unsealed yet; however there are certain works in the literature and decisions of foreign courts which could enlighten the elements of the term. In this sense Hub&Spoke is a concerted practice, information exchange aiming on building an horizontal price-cartel; the information exchange is realised through a mediator which is active on another vertical level of the same market. Lately it is observed that the term Hub&Spoke is also used to avoid discussions about the efficiency of the so-called vertical price fixing agreements. In this paper you may also find some keys to the mentioned discussions.

Keywords: *Hub&Spoke, Vertical Price Fixing Agreements, Concerted Practices, Collusion.*

GİRİŞ

Rekabet Hukuku'nda *Hub&Spoke* kavramı görece olarak yeni bir kavramdır. Bu kavram daha çok öğretilerde kullanılmaktadır. Kavramın kullanıldığı teorik çalışmalarda¹ kavrama örnek olarak gösterilen ve sıklıkla atfı yapılan *Replica Kit, Hasbro, Apple* ve *Anic* gibi kararlar incelendiğinde görülmektedir ki, rekabet otoriteleri anılan kararlarında bu kavramı kullanmamakta ve kararlarına temel teşkil eden uygulamaları birer kolüzyon (*collusion*) ve onun dayalı olduğu bir uyumlu eylem (*concerted practice*)

¹ Bkz. Okeoghene Odudu, "Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion", *European Competition Journal*, Vol. 7 No 2, August 2011, s. 205-242; Nicolas Sahuguet/Alexis Walckiers, "Hub and Spoke Conspiracies: The Vertical Expression of A Horizontal Desire?", *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 5 No 10, 2014, s. 711-715; Patrick J.G. Van Cayseele, "Hub and Spoke Collusion: Some Nagging Questions Raised by Economists", *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 5 No 3, 2014, s. 164-167; Jens Peter Schmidt, "Antitrust Developments in the Food Sector in the EU", *European Competition Law Review*, Issue 5, 2013, s. 274-279 ve Josef Heinz, "Indirekter Informationsaustausch in Hub and Spoke-Konstellationen", *EuZW*, 2012, s. 686 vd.

olarak görmektedirler. Ekonomik anlamda kolüzyon kavramından, ürün fiyatının pazar fiyatı üzerinde şekillenmesi anlaşılmaktadır².

Şu an için öğreti, farklı ülkelerde birbirlerinden az çok farklı bir biçimde ortaya çıkan kararları inceleyerek *Hub&Spoke* uygulamasının soyut unsurlarını ortaya çıkarmaya çalışmaktadır. Bazı çalışmalarda ise, henüz o yönde bir karar olmamasına rağmen, kavramın içeriğinin genişletilmeye çalışıldığı gözlemlenmektedir³.

Hub&Spoke uygulamasından son dönemde bu kadar söz ediliyor olmasının sebebi de, az çok, bellidir⁴: Özellikle *Supreme Court*'un ünlü *Leegin*⁵ kararı ile birlikte dikey fiyat belirlemelerine muafiyet tanınıp tanınmayacağı tartışması alevlenmişken, pek çok rekabet otoritesi bu tartışmaya girmek için, aslında yeniden satış fiyatının belirlenmesi niteliğindeki dikey uygulamaları, içerisinde barındırdığı yatay sonuçları ön plana çıkarmak suretiyle yatay bir *Hub&Spoke* fiyat karteli olarak nitelendirmeyi tercih etmektedirler.

Dolayısıyla hem öğretilerde hem de uygulamada *Hub&Spoke* uygulaması konusunda kafa karışıklığı hâkimdir. Ancak herkesin hemen hemfikir olduğu husus, aşağıda ele alınacak kararlarda birer *Hub&Spoke*-karteli olduğudur. O yüzden anılan uygulamaya hâkim olan niteliklerin ortaya konmasından evvel bu kararların altında yatan somut vakıaların kısaca incelenmesinde fayda vardır.

I. KARARLAR

1. *United States of America v. Apple Inc., et al. (12 Civ. 2826-DLC)*

Apple kararı olarak da bilinen bu karar toplam 160 sayfadan ibarettir. Yargılamaya konu olay 2000'li yılların ortalarından başlamaktadır. Amerika'da bulunan en büyük altı yayınevinin, o zamanlar için tek elektronik kitap platformu olan *Kindle*'ı arz eden *Amazon* ile sözleşmeleri mevcuttur. Yayınevleri yazarlardan yayın hakkını elde ettikten sonra kitapları klasik

² Bkz. Odudu, s. 218.

³ Bu yönde kötü bir örnek için bkz. Antoni Bolecki, "Polish Antitrust Experience with Hub and Spoke Conspiracies", *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 2011 (4), s. 5-46.

⁴ Bkz. Frank Wijckmanns/Filip Tuytschaever, *Vertical Agreements in EU Competition Law*, 2nd Edition, Oxford 2011, s. 142.

⁵ *Leegin Creative Leather Prod., Inc. V. PSKS Inc.*, 551 US 877 (2007).

(*hard cover*) formatta basmakta ve okuyucular ile buluşturmaktadır. Yayınevleri aynı anda *Amazon*'a da, bu kitapları elektronik formatta sunma hakkını vermektedirler. Yayınevleri bu hakkı kitabın klasik formatının altında bir fiyatla, toptan fiyatının yaklaşık %20 eksikine *Amazon*'a vermektedir. Çünkü kendileri de, e-kitaplarda baskı, dizgi, ambalaj, nakliye gibi masraflardan kurtulmaktadır.

Ancak zamanla *Amazon*, düşük fiyat uygulamasına geçer. En çok satan kitapları bile, bazı zaman zarar da etse, 9.99 USD gibi sabit bir fiyattan okuyuculara sunmaya başlar. Bu durum yayınevlerini ürkütür: Bu klasik kitap endüstrisinin sonu olabilir. Bu nedenle yayınevleri *Amazon*'a kitap vermemeyi düşünürler. Fakat bu durumda da *Amazon*'un doğrudan yazarlar ile irtibata geçeceğinden çekinirler.

Bu minvalde altı büyük yayınevi *Amazon*'un fiyat artışı yapmasını sağlamak adına önce kendi aralarında toptan satış fiyatını artırmak konusunda bir uzlaşmaya gitmeye çalışsalar da, bunda başarılı olamazlar. İstenen başarı *Apple*'in *Ipad* ve *IBookStore* uygulamaları ile *Amazon*'a rakip olarak pazara girmesiyle gelir. Altı yayınevi ve *Apple* defalarca buluşurlar ve *Apple*'in deregasyonu altında toptan satış fiyatı ve benzeri hususlar üzerinde yayınevleri anlaşılır.

Görüldüğü üzere *Apple* olayının karakteristik özellikleri şunlardır:

- Pazarda rahatsızlık duyulan bir aktör vardır;
- Rakipler önce kendi aralarında yatay düzlemde anlaşmaya çalışmışlardır;
- Bunda başarılı olamayınca dikey düzlemde güçlü bir aktörün oyuna dahili, yatay düzlemdeki anlaşmayı/uyumlu eylemi mümkün kılmıştır.
- *Hub&Spoke*'un oluşması müteaddit toplantı, buluşma ve benzerini gerektirmiş ve anlaşma/uyumlu eylemin ortaya çıkması uzun zaman almıştır.
- Oluşan kartel farklı yayınevleri arasında toptan satış fiyatının belirlenmesine yöneliktir; bu manada markalar arası rekabeti (*interbrand competition*) etkilemektedir.

2. Replica Football Kit (2004 CAT 17)

Karar toplam 337 sayfadır. Kararın altında yatan somut sorun özellikle 2000 yılında gerçekleşecek futbol turnuvalarından kaynaklanmaktadır. İngiltere'de futbol kulüpleri, logolarını lisanslamak suretiyle *Adidas*, *Nike*,

Reebok ve *Umbro* gibi üreticilere forma yapma izni vermektedirler. Bu minvalde *Manchester United*, *Chealsea*, *Celtic*, *Nottingham Forest* ve İngiltere Milli Takımı'nın formaları *Umbro* tarafından üretilmekte ve spor ürünleri konusunda uzmanlaşmış perakendeciler tarafından satılmaktadır. Perakendecilerden *JJB* güçlü konumdadır ve diğerleri onun fiyatları altına inememektedirler. Aynı zamanda ilgili pazarda tüm üreticiler, formaları öneri fiyatları ile perakendecilere satmaktadır.

Sports Soccer adlı bir perakendeci daha çok ürün satmak için fiyatları düşürme eğilimindedir. Ancak diğer perakendeciler buna yanaşmamaktadırlar. Hatta *JJB*, yetişkinler için olan formaları 40 Poundun altına satmayacağını anons etmiş vaziyettedir.

Sports Soccer indirim stratejisini netice itibariyle devreye sokar. *JJB* buna %20 indirimle karşılık verir ve *Manchester United*'in da formalarının ucuza satılmasını istememesi dolayısıyla *Umbro* devreye girer. *Umbro* önce *Sports Soccer* ile fiyatların yeniden yükseltilmesi konusunda anlaşma yapar. *Sports Soccer* diğerlerinin de uyacağına ilişkin güvence isteyince, *Umbro*, diğer perakendecilerle yaptığı telefon, faks ve toplantılar üzerinden onları da ikna eder.

Görüldüğü üzere *Replica Kit* olayında da

- Pazarda rahatsızlık duyulan bir aktör vardır;
- Pazardaki öneri fiyat uygulaması ve güçlü perakendecinin anonsu,
- zaten rakip perakendeciler arasında yatay bir fiyat rekabeti yapılmayacağı yönünde bir uyumlu eyleme yol açmış vaziyettedir;
- Perakendeciler arasında fiyat rekabetinin başlaması ile bir üretici devreye girmiş ve *Manchester United* formaları bakımından perakendeciler arasındaki fiyatın yeniden yükseltilmesini sağlamıştır.
- Burada da birden fazla irtibat kurulması söz konusudur.
- *Apple* olayından farklı olarak burada tek bir ürünün, yani *Manchester United* formalarının etkilenmesi söz konusudur. Diğer bir ifadesi ile markalar arası değil, marka içi rekabet (*Intrabrand Competition*) etkilenmektedir. Ancak kararda da belirtildiği üzere, forma, tüketicisi açısından ikamesi olan bir ürün değildir⁶. Bu manada her bir forma kendi içerisinde bir pazardır.

⁶ Bkz. kararın 17. paragrafı.

3. *Tesco Stores Ltd. v. OFT (2012-CAT 31)*

Tesco kararı öğretiye de ışık tutabilecek nitelikte ve *Hub&Spoke* kavramına ait unsurların en ince detayına kadar ortaya konduğu bir karar niteliğindedir. Aynı zamanda en güncel kararlardan birisidir. O nedenle dikkati şayandır.

Karar 167 sayfadır. Karara temel olan olaylar şu şekilde cereyan etmiştir: Süt üreticileri sütlerini işleyicilere satmaktadırlar. İşleyicilerden bir kısmı bunları günlük süt olarak işlemekte, diğerleri ise bu sütlerden çedar ve diğer yöresel peynirleri yapmaktadırlar. Anılan ürünler daha sonra *Tesco* gibi marketler üzerinden son tüketici ile buluşmaktadır.

Taze süt fiyatına ilişkin regülasyonların 1990'lı yılların ortasında kalkması ile süt üreticilerinin satış fiyatı işleyiciler tarafından baskılanmıştır. 2003 yılına gelindiğinde süt üreticilerinin satış fiyatındaki düşüş %28 seviyesindedir ve yerel süt üretimi bitme noktasına gelmiştir. Bu düşüş neticesinde süt üreticileri parlamento ziyaretleri ve işleyicilere yönelik boykotlar da olmak üzere birtakım girişimlerde bulunurlar.

Bu noktada bir perakendeci, süt üreticisi ve işleyicilerin fiyat artırımını yapmalarına taraftar olduğunu, ancak bu artışın perakende fiyatlarına da yansımaları gerektiği yönünde beyanlarda bulunarak diğer perakendecilerle irtibata geçer. *Tesco* bu irtibat kurma girişimlerini reddeder ve hatta konuyu rekabet otoritesi önüne taşır. Sonrasında ise perakendeciler tüm peynir ürünlerinde fiyat artışını, artış niyetlerini işleyiciler ile paylaşmak suretiyle gerçekleştirirler.

Tesco olayında sistem şöyle işlemektedir: Perakendeci gelecekteki fiyat artışı niyetini işleyiciler ile paylaşmakta, işleyiciler bu niyeti diğer perakendecilere taşımakta ve diğer perakendeciler fiyat artışı yapmakta veya yapılan artışı takip etmektedirler.

Görüldüğü üzere *Tesco* olayında da

- Yatay fiyat kartelini tetikleyen bir olay vardır (süt üreticilerinin girişimleri);
- Perakendeciler bu olayda da önce kendi aralarında irtibata geçmişlerdir ve fakat *Tesco* kartele katılmayı reddetmiştir;
- Bu olayda da dikey olarak ilişkide bulunulan aktörler devreye girmiştir ve

- Etkilenen rekabet, yine markalar arası rekabettir. Uyumlu eylem neticesinde farklı üreticilerden kaynaklanan tüm peynir ürünlerinin fiyatının artması söz konusudur.

Tesco kararı *Hub&Spoke* uygulamasının soyut unsurlarını da ortaya koyması bakımından öğretiyeye ışık tutacak niteliktedir. Buna göre böyle bir uygulamadan bahsedebilmek için şu beş unsurun somut olayda kümülatif bir biçimde var olması gerekir⁷:

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

2. A bu paylaşımı şu amaçla, öngörüyle yapar: B bu bilgiyi diğer perakendecilerle paylaşarak pazar koşullarını etkilemek yönünde kullanacaktır,

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

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

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

Tesco kararında mahkeme, anılan unsurlardan 2. ve 5. unsurları *State of Mind* olarak tanımlamaktadır. Yani bilginin A'dan B'ye ve B'den C'ye aktarılmış olması kâfi gelmemektedir; A ve C'de mevcut bulunması ve ispatlanması gereken sübjektif ve manevi bir unsur da mevcuttur: Bilgiyi paylaşırken A'nın sahip olduğu amaç ve C'nin bilginin neden paylaşıldığını biliyor olması, bu hususu kestirebilmesi.

Son olarak *Tesco* kararı ispat hukuku bakımından da örnek alınabilecek niteliktedir. Şöyle ki; mahkeme, kararının 75 ila 125. sayfaları arasında, toplam 50 sayfada, tek tek her bir soruşturulan açısından yukarıda anılan beş şartın varlığını incelemekte ve ispat etmektedir; A B'ye bilgi verdi mi, hangi amaçla verdi, B bilgiyi C'ye iletti mi, C bilginin iletilme nedenine vakıf mı, C gereğini yaptı mı?

II. HUB&SPOKE KARTELİNİN NİTELİKLERİ

Yukarıda incelenen kararlar ışığında *Hub&Spoke* uygulamasının niteliklerini şu başlıklar altında vermek mümkün görünmektedir:

⁷ Anılan unsurlar için kararın 57 ve devamı paragraflarına bakılabilir.

1. *Hub&Spoke* Yatay Bir Uygulamadır

Pazarlar kural olarak bir tedarik zinciri üzerinden yapılırlar. Buna göre bir pazarda, yine kural olarak, beş basamak bulunur⁸. Bunlardan ilki hammaddenin çıkarılması ve işlenmesi, yarı mamul hale getirilmesidir. İkinci basamakta yarı mamul ürün ana ürüne çevrilir. Üçüncü basamakta ana ürün toptan satılır. Dördüncü basamakta ürün perakende satılır. Beşinci ve sonuncu basamakta da ürün tüketilir. Kural olarak her bir basamakta birden fazla aktör vardır ve rekabet hukukunda yatay ilişki aynı basamakta faaliyet gösteren aktörlerin ilişkilerini anlatırken, dikey ilişki aynı pazarda ve fakat farklı basamaklarda faaliyet gösteren aktörlerin ilişkilerini anlatır.

Bu manada *Hub&Spoke* uygulamasının varlığı için, bir dikey ve iki yatay olmak üzere, en az üç kişi gerekmektedir. Bir diğer ifadeyle bir üçgen teşekkül etmiş olmalıdır. Ancak dikey düzlemdeki aktörün varlığı yanılmamalıdır. Yukarıdaki örneklerden de görüldüğü üzere amaç, yatay düzlemdeki aktörlerin ilişkisidir. *Hub&Spoke* uygulamasında dikey aktörün işlevini tanımlamak için Amerikan Hukuku'nda "rim of the Wheel" tabiri kullanılmaktadır⁹. Buna göre dikey aktörün işlevi, yatay aktörlerin birer parçasını teşkil ettiği ahsap bir tekerleği bir arada ve dağılmadan tutan bir metal kuşak olmaktan ibarettir.

Hub&Spoke vakalarında yatay düzlemdeki aktörler kendi aralarında bir araya gelmeye çalışmakta, gelemedikleri zaman, sözleşme ilişkisi içerisinde oldukları dikey bir aktörden faydalanmaktadırlar ve bu aktör, genelde bu yatay ilişkiyi mümkün kılacak bir pazar gücüne (*market power/Marktmacht*) sahip olmaktadır.

Dikey aktörün buradaki varlık sebebi bilgi akışını ve uyumlu eylemin koordineli bir biçimde yürümesini sağlamaktan ibarettir.

2. *Hub&Spoke* Uygulaması Fiyat Rekabetine Yöneliktir

Yukarıdaki örneklerinden de görüldüğü üzere, *Hub&Spoke* yatay düzlemdeki, yani rakipler arası fiyat rekabetine ilişkindir; başarılı olması halinde fiyatlar yükselmektedir.

3. *Hub&Spoke* Markalar Arası Rekabeti Etkiler

Ancak *Hub&Spoke* markalar arası fiyat rekabetini etkiler. Kanaati-

⁸ Bu basamaklandırma için bkz. Christian J, Meier, *Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen und Schweizerisches Kartellrecht*, WuR, 1980, s. 300.

⁹ Bkz. Wijckmanns/Tuytschaever, s. 142.

mizce anılan uygulamayı, üreticilerin *hub* olarak dâhil olduğu hallerde, yeniden satış fiyatının belirlenmesi uygulamasından ayırt eden, etmeye yarayacak yegâne faktör de bu faktördür.

Yeniden satış fiyatının belirlenmesinde münferit bir ürünün, yine kural olarak, perakende satış fiyatının üretici tarafından belirlenmiş olması söz konusudur. Bu manada anılan uygulama dikey bir uygulamadır, ama sonuçları yataydır. Belirlenmiş perakende satış fiyatının tutulması ile söz konusu ürünün pazarda başkaca bir fiyattan bulunması ihtimali kalmaz. Ancak bu uygulamadan aynı pazarda bulunan diğer ürün fiyatları etkilenmez ve hatta diğer ürün fiyatları mevcut uygulamayı baskı altında tutar.

Hub&Spoke uygulamasında ise, ilgili pazardaki birden çok ürünün fiyatının etkilenmesi söz konusudur. Örneğin *Tesco* olayında tüm peynir fiyatları artmıştır; *Apple* olayında ise tüm kitaplarda toptan satış fiyatı artmıştır.

4. *Hub&Spoke* Uygulaması Uyumlu Eyleme Vücut Verir

Apple olayını ayırksız tutacak olursak – ki o olayda bir anlaşmanın varlığından bahsetmek daha kolaydır- *Hub&Spoke* uygulamasında yatay düzlemdeki aktörlerin iradeleri, ilgili ürün pazarındaki fiyatları artırmak yönünde tam olarak örtüşmüş ve bu manada bir borçlar hukuku sözleşmesi yaratılmış değildir.

Hub&Spoke uygulamasındaki bilgi akışı, daha çok, münferit rakiplerin takip edebilecekleri fiyatlandırma stratejileri dolayısıyla diğerlerinin yaşadığı stratejik belirsizlikleri ortadan kaldırmaya, azaltmaya yöneliktir. Uyumlu eylemde, sözleşmeden farklı olarak, bilgi akışının varlığı kâfi gelmez; bilgiyi alan kişinin eyleme geçmiş olması da gerekir. Ancak bu şekilde tarafların akort içerisinde hareket etmelerinden bahsedilebilir.

Son olarak uyumlu eylemde sebep-sonuç ilişkisi bulunur. Rakibin davranışının sebebi, kendisi ile irtibata geçilmiş olmasıdır¹⁰. Somut olayda eğer, irtibata geçilen taraf, irtibata geçilmemiş olsaydı farklı davranacaktı diyebiliyorsak, o takdirde ancak, bir uyumlu eylemden bahsedilebilir. Aynı şekilde, yine, irtibata geçilmiş olmasına rağmen, irtibata geçilen taraf kendi tecrübe ve pazara ilişkin bilgileri üzerinden aynı şekilde davranırdı diyebiliyorsak da somut vakada bir uyumlu eylemden söz etmemek gerekir.

¹⁰ Bkz. Commission v. Anic Partecipazioni (1999), C-49/92, ECR I-4125, N. 118.

Rekabet bağımsız hareket etmektir. Ancak bu bağımsız hareket zarureti akılcı davranarak kendini rakiplerin mevcut ve tahmin edilen konumlarına uygun olarak konumlandırma yasağını beraberinde getirmez. Bu manada uyumlu eylem yasağı, rakipleri etkilemek amacıyla kendisinin nasıl hareket edeceğini söyleyerek rakiplerle doğrudan irtibata geçmenin engellenmesini ifade eder¹¹.

Bu manada *Hub&Spoke*, uyumlu eylemin dolaylı ve dikey düzlemde bir katılımcının varlığı ile de olabileceğini söylemekten ibaret gibi görünmektedir.

5. *Hub&Spoke* Uygulamasının Oluşması Müteaddit İrtibatı Gerektirir

Yukarıdaki örneklerden de görüleceği üzere, yatay düzlemde böyle bir uyumlu eylemin yaratılması süreci uzun sürmektedir. Tek seferlik bir irtibat da bu noktada kâfi gelmemektedir. Ancak bazı kararlarda pazarın yapısı itibariyle tek bir irtibatın dahi yeterli gelebileceği de belirtilmektedir¹².

6. *Hub&Spoke* Uygulamasında Nitelikli Bilgi Paylaşılır

Yukarıda da belirtildiği üzere *Hub&Spoke* uygulamasında gelecekteki fiyat stratejilerine ilişkin bilgi paylaşılır. Bu bilgi ya gizlidir ya da büyük gayretlerle ortaya çıkarılabilecektir. Bu manada kamuya açık bilginin, örneğin mevcut fiyat bilgilerinin paylaşılması *Hub&Spoke* olarak değerlendirilemeyecektir.

III.SONUÇ

Görüldüğü üzere *Hub&Spoke* uygulamasına genellikle perakende sektöründe ve yeniden satış fiyatlarının belirlenmesi dolayısıyla rastlanılmaktadır. Bu noktada perakende sektörü özelinde şu hususa değinmek gerekir¹³: Perakendeci satış fiyatını, alış fiyatını temel alarak belirler. Alış fiyatının üzerine elde etmek istediği kar marjını ekler ve yeniden satış fiyatını bulur. Ancak perakendecilerin piyasada kendilerine rakip gördükleri

¹¹ Bkz. Suiker Unie v. Commission (1975), C-40/73, ECR 1663, N. 1673.

¹² Bkz. T-Mobile Netherlands BV v. Van Bestuur (2009), C-8/08, ECR I-4529, N. 59. Somut olayda dört veya daha az oyuncudan oluşan ve dar oligopol olarak tanımlanabilecek pazarlarda, anılan pazarın şeffaf olması kaydıyla da, birden çok irtibatın gerekemeyeceği yönünde fikir belirtilmektedir.

¹³ Yine Tesco kararında N. 19 vd.

bir veya iki firmayı fiyatlar konusunda takip etmeleri olağandır. Bu firmalardan biri, bir ürüne daha düşük fiyat veriyorsa, artık kar marjı önemli değildir ve perakendeci de bu fiyata düşer, maliyetleri ölçüsünde düşmeye çalışır.

Bu arada perakende sektöründe tedarikçiler ile perakendeciler mevcut fiyatlar veya olası fiyatlar konusunda konuşurlar. Bu normal bir ticari diyalogun parçasıdır ve perakendeciler bu konuşmayı, ürünün fiyat konusunda doğru plase edilmiş olduğundan emin olmak için yürütürler. Ne de olsa tedarikçiler, pazara bir üst basamaktan bakmaktadırlar. Aynı zamanda tedarikçi de böyle bir bilgi paylaşımına yakındır. Çünkü tedarik ettiği ürünün yanlış fiyattan tüketici ile buluşacak olması halinde, ürün satılamayacak ve iade edilecektir.

Bu manada, dikey düzlemde tedarikçi ile perakendeci arasında mevcut ve olası fiyatlar, kar marjları ve toptan satış fiyatları konusunda görüşme, tartışma olur; bu gereklidir ve yasak değildir¹⁴.

Öyleyse yeniden satış fiyatının belirlenmesi münferit bir ürünün, kural olarak, perakende satış fiyatının üretici/toptancı tarafından belirlenmiş olması halidir. Anılan uygulamada bir üreticinin/toptancının münferit bir perakendeci ile satış fiyatını tartışması söz konusu değildir. Üretici/toptancı henüz malını satarken perakende fiyatını belirlemektedir. Ürün, perakendeciye, ürünün bu fiyattan satılması şartıyla verilmektedir ve üretici anılan fiyat şartının tutulmaması halinde perakendeciye cezai şart veya yeni mal tedarikinde bulunmama gibi yaptırımlara tabi tutmaktadır¹⁵. Bu yönüyle yeniden satış fiyatının belirlenmesi dikey bir uygulamadır ama sonuçları yataydır. Belirlenmiş perakende satış fiyatının tutulması ile söze konu ürünün pazarda başkaca bir fiyattan bulunması ihtimali kalmaz. Ancak bu uygulamadan aynı pazarda bulunan diğer ürün fiyatları etkilenmez ve hatta diğer ürün fiyatları mevcut uygulamayı baskı altında tutar.

Bugün için Rekabet Hukuku'nda yeniden satış fiyatının belirlenmesi, etki araştırmasına girmeksizin *per se* yasaktır. Yasak kapsamında olan husus markalı ürünün yeniden satış fiyatının asgari düzeyde belirlenmiş olmasıdır. Bir diğer ifadeyle, taban fiyat belirlenmesi yasaktır. Ancak üreticiler tavan fiyat belirleyebilir ya da fiyat önerilerinde bulunabilirler. Tavan

¹⁴ Tamamı için bkz. Tesco kararının 59. paragrafı.

¹⁵ Bkz. Rainer Olten, *Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik*, München, 1998, s. 117.

fiyat ve öneri fiyat uygulamasında ise şu hususa dikkat etmek gerekir: Üreticinin perakendecilere uyguladığı baskı veya onlara sunduğu teşvikler bu anılan uygulamaları da her an bir yeniden satış fiyatının belirlenmesi uygulaması haline getirebilir¹⁶.

Yukarıda *Hub&Spoke* uygulamasına ilginin, yeniden satış fiyatı uygulaması kapsamında yürütülen muafiyet tartışmalarından kaçınmak isteği dolayısıyla arttığı belirtilmişti. Diğer bir ifadeyle, bugün için yeniden satış fiyatının belirlenmesi uygulamasına uygulanan *per se* yasak giderek daha tartışılır hale gelmektedir. Aslında, burada temsil edilen görüşe göre, bu etki tartışmasına girmekten sakınmak yersizdir. Çünkü yeniden satış fiyatının belirlenmesi ekseriyetle olumlu sonuçlar¹⁷ doğurmakla birlikte, bu olumlu sonuçlara fiyat belirlemesi dışında daha az zararlı başka bir alternatifle de ulaşılabilmektedir. Diğer bir ifadeyle, yeniden satış fiyatının belirlenmesi muafiyet uygulamasının birinci şartı olan verimlilik kistasını çoğu durumda karşılayabilecek olmakla birlikte, rekabeti gerekenden fazla kısıtladığı, aynı sonuca çoğu zaman daha az zararlı başka bir alternatif, örneğin seçici satış uygulaması üzerinden de varılabildiği için yasak kapsamında kalmaya devam edecektir. Diğer taraftan bu etki tartışmasına girilmemesi kimi bazı ayrıksı durumlarda da olumsuz sonuçlar doğurabilmektedir. Çünkü bazı durumlarda yeniden satış fiyatının belirlenmesi bazı satış kanallarının ayakta kalması, pazara yeni ürünlerin girmesi, raflarda yer bulması ve pazarda etable olmaları anlamında tek alternatif olarak karşımıza çıkmaktadır.

Özetlemek gerekirse; *Hub&Spoke* uygulaması Rekabet Hukuku'nun yeni kavramlarından biridir. Ancak esasen, uyumlu eylem olarak nitelenen bir uygulamanın dikey düzlemde güçlü bir aktörün deragasyonunda gerçekleştirilmesinden ibaret görünmektedir. *Hub&Spoke* kavramının son dönemde yaygınlaşmasının sebebi yeniden satış fiyatının belirlendiği halle-

¹⁶ Bkz. Roger Zaech, *Schweizerisches Kartellrecht*, Bern, 2005, N. 464.

¹⁷ Yeniden satış fiyatının belirlenmesinin olumlu sonuçlarından bazıları şunlardır: 1. Fiyatın belirlenmesi perakendecilerin fiyat hesaplamalarını kolaylaştırmakta ve onlara belirli bir kar marjını garanti etmektedir 2. Fiyatın belirlenmesi fiyatı belirlenen marka bakımından pazarda şeffaflığı sağlamakta ve tüketicilerin arama ve karşılaştırma masraflarını azaltmaktadır 3. Fiyat sabitlenince tüketicinin tüketim, üreticinin de üretim konusunda planlama yapması kolaylaşmaktadır 4. Belirlenmiş fiyat, ürünün uzman dükkanlarda ve tüketiciye satış öncesi ve satış sonrası hizmet sunularak arz edilmesini sağlamaktadır. Tamamı için bkz. Klaus Herdzina, *Wettbewerbspolitik*, Stuttgart, 1999, s. 160 ve Ingo Schmidt, *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, Stuttgart, 2001, s. 124.

rin çoğunda rekabet otoritelerinin ünlü *Leegin* kararı ışığında muafiyet tartışmalarına girmekten imtina etmek istemeleri ve dikey nitelikteki yeniden satış fiyatı belirlemelerini yatay bir *Hub&Spoke* karteli gibi göstermekle bu yükten kurtulmaya çalışmaları gelmektedir. Ancak yukarıda da ifade olunduğu üzere, bu tartışmadan kaçınmanın rekabet hukukuna has bir faydası bulunmadığı gibi, çoğu olayda rekabeti fiyat belirlemesinden daha az zararlı bir alternatifin mevcudiyeti dolayısıyla muafiyet tanınamayacak, tanınabildiği hallerde ise, elde edilen verimlilik tüketici yararına da olacaktır.

ZUSAMMENFASSUNG

In der vorliegenden Arbeit beschäftigt sich der Autor mit dem Begriff des sog. Hub&Spoke-Kartells und geht auf die Frage ein, welche Tatbestandsmerkmale eine Wettbewerbsbeschränkung aufweisen muss, um als Hub&Spoke-Kartell qualifiziert werden zu können.

Der Begriff des Hub&Spoke-Kartells ist relativ jung. Ab 2000 trifft man in der US-Amerikanischen und englischen Praxis einige Gerichtsurteile an, wie etwa Apple, Replica Football Kit und Tesco, in denen sich die Richter mit diesen Praktiken zu beschäftigen hatten. Die Richter taufte die Praktiken jedoch nicht als Hub&Spoke, sondern sahen sie in diesen Praktiken einfache Kollusionen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im wettbewerbsrechtlichen Sinne. Der Name "Hub&Spoke" ist daher eher eine Erfindung der Lehre.

Das Thema gewinnt mittlerweile auch in der kontinentaleuropäischen Praxis und Lehre an Interesse. Und zwar nicht deshalb, weil diese Kartelle auf einmal auch auf dem europäischen Markt zu beobachten sind, sondern wohl deshalb, weil viele der Kartellbehörden einige Preisfixierungen vertikaler Natur im Rahmen der Untersuchungen als Hub&Spoke-Kartelle lancieren möchten. Bekanntlich sehen sich die kontinentaleuropäischen Kartellbehörden gerade nach dem berühmten Leegin-Urteil des US-Supreme-Courts unter Druck gesetzt, bis dato als per se verboten angesehene Preisfixierungsabreden auch angesichts der Freistellungsmöglichkeiten zu prüfen. Denn gerade in dem genannten Urteil gab das Supreme-Court seine bisherige Praxis auf und meinte, dass diese Abreden anhand der sog. rule of reason-methode beurteilt werden könnten. D.h.; nach dem amerikanischen Recht können diese Praktiken nun rechtskonform vereinbart werden, solange die Parteien den Vertrag aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen können. Um diesen Druck der Freistellung wegzuschaffen, ziehen wohl die kontinentaleuropäischen Wettbewerbsbehörden nun vor, die genannten Abreden als Hub&Spoke-Kartelle horizontaler Natur zu qualifizieren und hoffen dadurch, den Streit um die Effizienz der vertikalen Preisfixierungsabreden vertagt zu haben. Dies hilft u.E. jedoch nicht weiter.

Vor diesem Hintergrund wird in der vorliegenden Arbeit auch der Versuch unter-

nommen, die sog. Hub&Spoke-Kartelle von den vertikalen Preisfixierungsabreden zu unterscheiden und die These vertreten, dass der Streit um die Effizienz der Preisfixierungsabreden gar nicht zu vertagen sind, denn die Effizienz einer Abrede allein im europäischen Wettbewerbsrecht nicht ausreicht, diese freizustellen, dazu muss sie auch verhältnismässig sein zu den Schaden, die sie verursacht. In vielen Fällen gäbe es u.E. eine leichtere Alternative zu der Preisfixierung, sodass die Abrede, selbst wenn sie zur Effizienz führen sollte, vom Kartellverbot nicht zu freistellen wäre.

KAYNAKÇA

- BOLECKI Antoni, "Polish Antitrust Experience with Hub and Spoke Conspiracies", *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 2011 (4), s. 5-46.
- HEINZ Josef, "Indirekter Informationsaustausch in Hub and Spoke-Konstellationen", *EuZW*, 2012.
- HERDZINA Klaus, *Wettbewerbspolitik*, Stuttgart, 1999.
- MEIER Christian J, "Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen und Schweizerisches Kartellrecht", *WuR*, 1980.
- ODUDU Okeoghene, "Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion", *European Competition Journal* Vol. 7 No 2, August 2011, s. 205-242.
- OLTEN Rainer, *Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik*, München, 1998.
- SAHUGUET Nicolas/WALCKIERS Alexis, "Hub and Spoke Conspiracies: The Vertical Expression of A Horizontal Desire?", *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 5 No 10, 2014, s. 711-715.
- SCHMIDT Ingo, *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, Stuttgart, 2001.
- SCHMIDT Jens Peter, "Antitrust Developments in the Food Sector in the EU", *European Competition Law Review*, Issue 5, 2013, s. 274-279.
- VAN CAYSEELE Patrick J.G., "Hub and Spoke Collusion: Some Nagging Questions Raised by Economists", *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 5 No 3, 2014, s. 164-167.
- WIJCKMANNS Frank/TUYTSCHAEVER Filip, *Vertical Agreements in EU Competition Law*, 2nd Edition, Oxford, 2011.
- ZAECH Roger, *Schweizerisches Kartellrecht*, Bern, 2005, N. 464.