

Uzmanlık Tezleri Serisi No: 115

# REKABET KURUMU

İKTİSADİ VE HUKUKİ AÇIDAN  
TEŞEBBÜSLER ARASI BİLGİ  
DEĞİŞİMİ

ŞAMİL PİŞMAF

**İKTİSADİ VE HUKUKİ AÇIDAN  
TEŞEBBÜSLER ARASI BİLGİ  
DEĞİŞİMİ**

*ŞAMİL PİŞMAF*

ANKARA 2012

© Bu eserin tüm telif hakları  
Rekabet Kurumuna aittir. 2012

Baskı, Aralık 2012  
Rekabet Kurumu-Ankara

Bu kitapta öne sürülen fikirler eserin yazarına aittir;  
Rekabet Kurumunun görüşlerini yansıtmaz.

11/07/2011 tarihinde  
Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Vekili ve 1 No’lu Daire Başkanı  
H. Erkan YARDIMCI Başkanlığında, E. Cenk GÜLERGÜN,  
Ali İhsan ÇAĞLAYAN, Yrd. Doç. Dr. Gamze ÖZ’den oluşan  
Tez Değerlendirme Heyeti önünde savunulan bu tez, Heyetçe yeterli  
bulunmuş ve Rekabet Kurulunun 03/08/2011 tarih ve 11-44/1020 sayılı  
toplantısında “Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi” olarak kabul edilmiştir.

ISBN 978-605-5479-20-6

YAYIN NO

280

*Tezin hazırlanması sürecinde  
desteğini ve sabrını esirgemeyen  
sevgili eşim şennur'a...*



## İÇİNDEKİLER

SUNUŞ .....	IX
KISALTMALAR.....	XI
GİRİŞ .....	1

### Bölüm 1

#### İKTİSADİ AÇIDAN TEŞEBBÜSLER ARASI BİLGİ DEĞİŞİMİ

1.1. BİLGİ DEĞİŞİMİ: KAVRAM, NİTELİK VE YÖNTEMLER.....	5
1.1.1. Kavram .....	5
1.1.2. Nitelik .....	6
1.1.3. Yöntemler .....	6
1.2. STATİK MODELLERE KISA BİR BAKIŞ .....	7
1.3. DİNAMİK ÇERÇEVE .....	9
1.3.1. Genel Olarak Bilgi Değişimi ve Dinamik Oligopol .....	10
1.3.1.1. Gelecekteki Planlara Yönelik Beyanlar .....	10
1.3.1.2. Geçmiş ve Cari Verilerin Değişimi .....	12
1.3.2. Bilgi Değişiminden Kaynaklanan Etkinlik Kazanımları .....	16
1.4. DEĞERLENDİRME.....	20

### Bölüm 2

#### ABD REKABET HUKUKUNDA TEŞEBBÜSLER ARASI BİLGİ DEĞİŞİMİ

2.1. GENEL BAKIŞ.....	22
2.2. İÇTİHADIN TARİHSEL GELİŞİMİ .....	23
2.2.1. Genel Olarak Bilgi Değişimine İlişkin ABD Rekabet Hukuku İçtihadı.....	23
2.2.2. Geleceğe Yönelik Fiyat Duyurularına İlişkin ABD İçtihadı .....	29
2.3. REKABET OTORİTELERİNİN UYGULAMALARI .....	34
2.3.1. Rakipler Arasındaki İşbirliklerine İlişkin DOJ/FTC Antitröst Rehberi .....	34
2.3.2. FTC/DOJ Sağlık Hizmetleri Bildirileri.....	37

2.3.3. Rekabet Otoritelerince Alınan Seçilmiş Güncel Kararlar ve Görüşler.....	38
2.3.3.1. Karayolu Nakliye Şirketleri Görüşü .....	38
2.3.3.2. Valassis ve U- Haul Kararları.....	39
2.3.3.3. National Association of Music Merchants Kararı.....	40
2.4. DEĞERLENDİRME.....	41

### **Bölüm 3**

## **KOMİSYON VE MAHKEME KARARLARI IŞIĞINDA AB REKABET HUKUKUNDA BİLGİ DEĞİŞİMİ**

3.1. GENEL BAKIŞ.....	43
3.2. BAŞLICA KARARLAR.....	44
3.2.1. Fatty Acids.....	45
3.2.2. UK Tractors .....	47
3.2.3. Yeni Dönemin Ayak Sesleri: T-Mobile .....	50
3.2.4. Geleceğe Yönelik Fiyat Duyuruları: Wood Pulp Kararı.....	52
3.3. YENİ YATAY ANLAŞMALAR KILAVUZU IŞIĞINDA BİLGİ DEĞİŞİMİNE İLİŞKİN GÜNCEL POLİTİKA.....	56
3.3.1. Tanım ve Kapsam .....	56
3.3.2. 101(1). Madde Kapsamında Değerlendirme.....	58
3.3.2.1. Temel Rekabetçi Endişeler.....	58
3.3.2.2. Rekabetin Amaç Bakımından Kısıtlanması .....	59
3.3.2.3. Rekabeti Sınırlayıcı Etkilere İlişkin Değerlendirme Kriterleri.....	60
3.3.3. 101 (3). Madde Kapsamında Değerlendirme.....	69
3.3.3.1. Etkinlik Kazanımları .....	69
3.3.3.2. Zorunluluk/Kaçınılmazlık.....	70
3.3.3.3. Tüketicilerin Yarar Sağlaması .....	70
3.3.3.4. Rekabetin Ortadan Kalkmaması .....	71
3.4. SEÇİLMİŞ ÜYE ÜLKE UYGULAMALARI.....	71
3.4.1. Paris Lüks Oteller Kararı.....	71
3.4.2. Devlet Eliyle Kurulan Anlaşma? Danimarka Hazır Beton Dosyası...72	

3.4.3. İtalya Jet Yakıtı Kararı .....	73
3.4. DEĞERLENDİRME.....	75

#### **Bölüm 4**

### **TÜRK REKABET HUKUKUNDA BİLGİ DEĞİŞİMİ**

4.1. GENEL BAKIŞ.....	77
4.2. REKABET KURULU KARARLARINDA TEŞEBBÜSLER ARASI BİLGİ DEĞİŞİMİ.....	78
4.2.1. TÇMB ve GÜD Görüşleri .....	78
4.2.2. Otomotiv Sektörü Kararları .....	80
4.2.3. PETDER Kararı .....	84
4.2.4. Yassı Çelik Kararı .....	85
4.2.5. EBT Kararı.....	85
4.2.6. WAT Kararı .....	86
4.2.7. HPO Kararları.....	88
4.2.8. Ortak Havacılık Operasyonu Kararı .....	88
4.3. DEĞERLENDİRME ve ÖNERİLER .....	89
<b>SONUÇ .....</b>	<b>91</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>96</b>
<b>KAYNAKÇA .....</b>	<b>97</b>





## SUNUŞ

15 yılı aşkın bir süredir bağımsız bir idari otorite olarak faaliyetlerini sürdürmekte olan Rekabet Kurumu, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanmasını gözeterek, piyasalarda kartelleşme ve tekelleşmeyi engellemek yönünde önemli adımlar atmaktadır. Piyasa ekonomilerinde hayati bir role sahip olan rekabetin korunması ile tüketicilerin, yaşamın her alanında daha kaliteli ürünü, daha ucuza ve daha çok miktarda satın alabilmeleri sağlanmaktadır. Bu başarılar sayesinde de Rekabet Kurumu, yalnızca Türkiye'deki kurumlar arasında değil, dünyadaki rekabet otorileri arasında da hak ettiği yeri almaya başlamıştır. Nitekim Avrupa Birliği Komisyonu ilerleme raporları ile OECD gözden geçirme raporlarında bu durum ifade edilmekte ve Kurumun ulaşılmış olduğu idari kapasite ve mesleki düzeyle takdirle karşılanmaktadır.

Rekabet Kurumunun ulaşılmış olduğu bu idari kapasite ve mesleki düzeyin en önemli yansımalarından biri de uzmanlık tezleridir. Rekabet uzman yardımcıları, üç yılı aşan meslekî çalışmalarından elde ettikleri tecrübeleri, yoğun bilimsel araştırmalarla birleştirerek tez hazırlamaktadır. Rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarında hazırlanan ve gerek Rekabet Kurumuna gerekse diğer ilgililere yönelik önemli bir kaynak niteliğini haiz olan bu tezlerden bazılarında, rekabet hukuku ve politikasının temel konu başlıklarını içeren teorik hususlar derin analizlerle irdelenmekte, diğerlerinde ise rekabet hukuku uygulamaları bakımından önem arz eden sektörlere ilişkin çalışmalar yer verilmektedir. Bu sayede daha önce ele alınmamış pek çok konuda değerli eserler ortaya çıkmaktadır.

Doktrine katkı sağlanması ve toplumun rekabet konusunda bilgilendirilmesi amacıyla bu eserlerin yayımlanması, rekabet otoritelerinin en önemli görevleri arasında yer alan rekabet savunuculuğunun bir parçasını teşkil etmektedir. Böylece Rekabet Kurumu, toplumu bilgilendirme hedefine yönelik rekabet savunuculuğu çerçevesinde, tek başına veya üniversiteler, barolar ve benzeri örgütlerle işbirliği halinde yürütmekte olduğu konferanslar, sempozyumlar, eğitim ve staj programları düzenlemek gibi faaliyetlerine ilave bir etkinlikte bulunmaktadır.

Bu bağlamda ele alınan konular bakımından kaynak olarak kullanılabilir yerli eserlerin son derece az olması nedeniyle değerleri bir kat daha artan tezlerini tamamlayan ve Rekabet Uzmanı unvanını alan bütün arkadaşlarımı gönülden kutluyor, başarılar diliyorum. Bu çerçevede, uzmanlık tezlerini, önemli bir başvuru kaynağı olacağı inancıyla ilgili kamuoyunun bilgisine sunuyoruz...

**Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI**  
**Rekabet Kurumu Başkanı**

## KISALTMALAR

<b>AB</b>	: Avrupa Birliği
<b>ABAD</b>	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
<b>ABD</b>	: Amerika Birleşik Devletleri
<b>ABIAD</b>	: Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Antlaşma
<b>AC</b>	: Autorité de la Concurrence (Fransa Rekabet Otoritesi)
<b>AD</b>	: Avrupa Adalet Divanı
<b>AGCM</b>	: Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (İtalya Rekabet Otoritesi)
<b>a.g.k.</b>	: adı geçen karar/kaynak
<b>Bkz.</b>	: Bakınız
<b>DCCA</b>	: Danish Competition and Consumer Authority (Danimarka Rekabet Otoritesi)
<b>dn.</b>	: dipnot
<b>DOJ</b>	: Department of Justice (ABD Adalet Bakanlığı)
<b>FTC</b>	: Federal Trade Commission (ABD Federal Ticaret Komisyonu)
<b>GM</b>	: Genel Mahkeme
<b>Komisyon</b>	: Avrupa Komisyonu
<b>Kurul</b>	: Rekabet Kurulu
<b>NMa</b>	: Nederlands Mededingingsautoeriteit (Hollanda Rekabet Otoritesi)
<b>No.</b>	: Numara
<b>OECD</b>	: Organization for Economic Co-operation and Development
<b>OJ</b>	: Official Journal
<b>para.</b>	: paragraf
<b>RKHK</b>	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
<b>s.</b>	: sayfa
<b>TM</b>	: Temyiz Mahkemesi

- US** : United States of America  
(Amerika Birleşik Devletleri)
- UK** : United Kingdom  
(Birleşik Krallık)
- Vol** : Volume
- YM** : Yüksek Mahkeme

## GİRİŞ

*“Esasında fiyatları makul derecede durağan ve normal seviyelerde tutabilmek için gereken her şeyi, tekliflere ve fiyatlara ilişkin bilgi yapar.”*

A. J. Eddy

Arthur Jerome Eddy 1913 tarihli kitabı “Yeni Rekabet”te bu tespiti yer verdiği sıralarda, iktisat teorisi rakipler arasında bilgi değişiminin piyasadaki rekabet üzerindeki muhtemel etkilerini ortaya koyabilmekten henüz çok uzaktı. Ancak özellikle seksenli yıllarda oyun teorisi araçlarının gelişimiyle birlikte bugün artık biliyoruz ki, rakipler arası bilgi değişiminin varlığında, fiyatlara veya miktarlara yönelik açık bir anlaşmaya ihtiyaç bulunmaksızın firmaların anlaşmalı sonuçlara (collusive outcomes) ulaşmaları ve bu sonuçları sürdürmeleri mümkün olabilmektedir.

Rekabet kavramının özü her bir firmanın pazarda bağımsız olarak hareket etmesini ve pazar davranışlarını rakiplerinin pazar davranışlarıyla koordine etmemelerini gerektirmektedir<sup>1</sup>. Bu nedenle rekabet otoriteleri ve mahkemeler, gerçekte iktisat teorisi bu alanda henüz kendilerini destekleyici nitelikte modeller geliştirmeden önce dahi, sezgisel olarak rakipler arasındaki bilgi değişimine müdahale yoluna gitmişlerdir. Müdahalenin gerekçesi kimi zaman bilgi değişiminin gizli bir anlaşmanın parçası veya dolaylı delili olarak kabul edilmesinden kaynaklanırken kimi durumlarda salt bilgi değişiminin rekabete aykırı bir anlaşma olarak değerlendirilmesine dayandırılmıştır.

Bununla birlikte teori ve uygulama, bilgi değişiminin pek çok rekabetçi pazarın ortak bir özelliği olduğunun ve çeşitli etkinlik kazanımları sağlayabildiğinin de altını çizmektedir. Söz gelimi bilgi değişimi sayesinde bilgi asimetrislerinden kaynaklanan çeşitli problemler giderilebilmekte, kıyaslama gibi uygulamalar yoluyla firmalar etkinliklerini artırabilmekte veya arama maliyetlerinin düşmesi sayesinde tüketicilerin seçim özgürlüğü artabilmektedir<sup>2</sup>. Hal böyleyken, iktisadi etkinliği ve tüketici refahını artırmayı hedefleyen rekabet hukukunun problemi Whish (2006, 21)’in ifadesiyle:

<sup>1</sup> Whish (2006, 20).

<sup>2</sup> Kılavuz para. 57.

*“zararsız veya etkinlik üzerinde yararlı etkiye sahip olan bilgi değişimlerini, anlaşmalı davranışı kolaylaştırmak suretiyle rekabetçi süreci ciddi şekilde tehdit edenlerden ayırmaktır.”*

Bu ayrımın nasıl yapılabileceği sorusuna cevaben gerek iktisatçılar, gerekse rekabet otoriteleri ve mahkemeler, genellikle her bir dosya özelinde ilgili pazarın yapısının, değiştirilen bilginin doğasının ve değişimin nasıl yapılandırıldığına incelenmesi gerektiği yanıtını vermektedirler. Ucu açık bir inceleme sürecine, sübjektif ve hatalı sonuçlara ulaşılma riskine işaret eden bu yanıt, bir ihlal kararına varılması durumunda önemli yaptırımlara tabi tutulma riskiyle karşı karşıya olan teşebbüsler bakımından da açıklayıcı olmaktan uzaktır. Aksine rekabet otoritelerinin yukarıda yer verilen yanıtta dikkat çekerek, görece benzer olaylarda almış oldukları birbirinden oldukça farklı kararlar, uygulamada kafa karışıklığına yol açabilmektedir.

Örneğin Rekabet Kurulu, 2009 yılında tamamladığı soruşturma sonucunda yassı çelik üreticisi iki teşebbüs arasındaki aylık yurtiçi ve yurtdışı satış verileri ile ithalat miktarlarına ilişkin bilgi değişimini bir ihlal olarak değerlendirip toplamda 6,2 milyon TL idari para cezası uygularken<sup>3</sup>; yalnızca üç ay sonra verdiği bir başka kararda otomotiv pazarında faaliyet gösteren teşebbüsler arasında son derece detaylı güncel satış ve fiyat bilgilerinin haftalık olarak paylaşılmasında hiçbir sakınca görmemiştir<sup>4</sup>. İşin daha da ilginç yönü, otomotiv pazarındaki teşebbüslere yönelik olarak aynı gün içerisinde alınan bir başka kararla, bu kez tespit edilen başka türdeki bilgilerin değişimine ilişkin olarak soruşturma açılmış olmasıdır<sup>5</sup>. Benzer şekilde, İtalyan Rekabet Otoritesinin havacılık yakıtları pazarında faaliyet gösteren teşebbüsler hakkında açmış olduğu soruşturma sonucunda ihlal olarak değerlendirdiği<sup>6</sup> bir bilgi değişimini, Rekabet Kurulu söz konusu pazardaki rekabet üzerinde etkisiz bulmuştur<sup>7</sup>. Dolayısıyla sayılan ve çoğaltılması mümkün olan bu tür örnekler, gerek yerel gerekse küresel düzeyde faaliyet gösteren teşebbüsler açısından oldukça karmaşık bir resme işaret etmektedir.

Teşebbüsler arası bilgi değişiminin nihai etkisinin değerlendirilmesindeki güçlüğü ve ortaya çıkan çelişkili kararların etkisiyle olsa gerekir, iktisat literatüründe mahkemelerin ve rekabet otoritelerinin uygulamalarına yol gösterebilecek nitelikteki çalışmaların, son yıllarda hız kazandığı görülmektedir. Benzer şekilde rekabet otoriteleri de bir yandan iktisat teorisindeki gelişmeleri

<sup>3</sup> 09-28/600-141 sayılı karar.

<sup>4</sup> 09-41/998-255 sayılı karar.

<sup>5</sup> 09-41/998-M sayılı karar.

<sup>6</sup> Case 1641, *Rifornimenti Aeroportuali*, Decision No: 15604.

<sup>7</sup> 06-95/1202-365 sayılı karar.

yakından takip etmeye başlamış diğer yandan karşılıklı bilgi alışverişi yoluyla uygulamada yeknesaklığın sağlanabilmesi ve iyi uygulamalar geliştirilebilmesi için işbirliği arayışına girmişlerdir. Bu çerçevede yakın zamanda rekabet otoriteleri arasında sıklıkla tartışılan önemli bir konu, firmaların doğasında tek taraflı olduğu kabul edilebilecek nitelikteki ancak genellikle karşılıklı bilgi değişimi ile aynı sonuçlara yol açan, kamuya yönelik tek taraflı duyurularına da rekabet hukuku araçları ile müdahale edilip edilemeyeceği olmuştur. Örneğin OECD bünyesinde yapılan 2001 tarihli “Fiyat Şeffaflığı”, 2007 tarihli “Oligopollerde Kolaylaştırıcı Eylemler” ve nihayetinde 2010 yılında düzenlenen “Rakipler Arasındaki Bilgi Değişimi” başlıklı yuvarlak masa toplantıları bu tür sorulara karşılıklı cevap aranılan birer platform görevi görmüştür<sup>8</sup>.

Yine konunun son yıllarda giderek artan önemi nedeniyle, modern rekabet otoritelerinin, rakipler arası bilgi değişiminin değerlendirilmesinde dikkate aldıkları/alacakları kısıtlara ışık tutmayı ve bu bakımdan teşebbüsler için hukuki belirlilik sağlamayı amaçlayan politika metinleri yayımladıkları görülmektedir. Örneğin Kanada Rekabet Bürosu rakipler arası işbirliklerine ilişkin olarak 2009 yılı Mayıs ayında görüşe açtığı<sup>9</sup> ve Aralık ayında yayımladığı rehberinde<sup>10</sup> bilgi değişimi anlaşmalarını nasıl değerlendireceğinin sinyallerini vermiştir. Avrupa Komisyonunun (Komisyon) 2010 yılı Nisan ayında taslak metnini<sup>11</sup> görüşe açtığı ve nihayetinde 2011 yılı başında yayımladığı yeni Kılavuz’unda<sup>12</sup> bilgi değişimi anlaşmalarının ABİDA’nın 101. maddesi kapsamında değerlendirilmesine ilişkin olarak oldukça kapsamlı bir bölüm bulunmaktadır. ABD’de DOJ ve FTC tarafından 2000 yılında yayımlanan Rehber<sup>13</sup>, ABD antitröst hukukunda rakipler arası bilgi değişiminin ele alınmış şekline ilişkin olarak ilgili otoritelerin yaklaşımını içermektedir.

<sup>8</sup> Tezimizin sunulduğu tarihten sonra, 2012 yılı içerisinde OECD bünyesinde “Bilginin Rekabet Aykırı Etkilerle Tek Taraflı İfşası” başlıklı bir yuvarlak masa toplantısı daha düzenlenmiştir.

<sup>9</sup> “Competitor Collaboration Guidelines, Draft For Public Consultation”, 2009, <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/02987.html> adresinde.

<sup>10</sup> “Competitor Collaboration Guidelines”, 2009, <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03177.html> adresinde.

<sup>11</sup> Draft Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements”, 2010, [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010\\_horizontals/guidelines\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_horizontals/guidelines_en.pdf) adresinde.

<sup>12</sup> “Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements”, OJ (2011) C/11. (Buradan itibaren “Kılavuz” olarak anılacaktır.)

<sup>13</sup> “FTC and DOJ Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors”, 2000, (Buradan itibaren “Rehber” olarak anılacaktır.) <http://www.ftc.gov/os/2000/04/ftcdojguidelines.pdf> adresinde.



Gerek iktisat teorisi gerekse anılan metinler, rakipler arası bilgi değişiminin değerlendirilmesi konusunda, yukarıda yer verdiğimiz yanıtı ısrarla tekrarlamakla birlikte, ayrıntıya inildiği takdirde uygulamadan kaynaklanan hata maliyetlerini en aza dūşürecek ve teşebbüslerin bağımsız pazar davranışlarını belirlerken ağır yaptırımlara maruz kalmalarını önleyebilecek şekilde çeşitli çıkarımların pekâlâ mümkün olduğunu göstermektedirler. Bu noktadan yola çıkarak hazırladığımız çalışmamız temel olarak, bu çıkarımların neler olabileceğine ışık tutmayı amaçlamaktadır.

Bu bağlamda tezimizin birinci bölümünde rakipler arası bilgi değişiminin ve özelde geleceğe yönelik tek taraflı fiyat duyurularının oligopol pazarlardaki rekabet üzerindeki olası etkilerine dair iktisat literatüründeki çeşitli deneysel ve teorik çalışmalarda ortaya konulan sonuçlar ve bunlardan elde edilen çıkarımlar tartışılacaktır. Bu bölümde ayrıca bilgi değişiminden kaynaklanabilecek etkinlik kazanımlarının neler olabileceğine yer verilecektir. Tezimizin ikinci ve üçüncü bölümünde ABD ve AB rekabet hukukunda bilgi değişiminin ve yine özelde geleceğe yönelik olarak yapılan fiyat duyurularının ele alınmasına ilişkin olarak izlenen yaklaşımlar mahkemelerin ve rekabet otoritelerinin çeşitli kararları ve temel politika metinleri çerçevesinde sunulacaktır. Bu kapsamda bilgi değişiminin değerlendirilmesinde somut olayların içerdiği detayların büyük önem taşıması nedeniyle, incelenen dosyaların kendine özgü özelliklerine ayrıntılı olarak yer vermeye çalışılacaktır. Son bölümde Rekabet Kurulunun bilgi değişimine ilişkin uygulaması incelenecek ve ulaşılan sonuçlar çerçevesinde önerilerimiz sunulacaktır.

## BÖLÜM 1

# İKTİSADİ AÇIDAN TEŞEBBÜSLER ARASI BİLGİ DEĞİŞİMİ

Tam rekabet, çok fazla alıcının ve satıcının faaliyet gösterdiği, giriş engellerinin bulunmadığı, aynı üretim teknolojilerine erişimin serbest olduğu, ürünlerin homojen olduğu ve nihayetinde iktisadi aktörlerin tam bilgiye sahip olduğu ideal piyasa koşullarını ifade eder. Rakipler arası bilgi değişimi bu tür piyasaların etkinlik sağlayıcı ortak birer özelliğidir<sup>14</sup>. Bu nedenle rakipler arası bilgi değişimine yönelik olarak rekabet hukuku uygulayıcılarının kaygılarının ve iktisat literatüründeki araştırmaların odağı oligopol piyasaları olmuştur.

Bu çerçevede, tezimizin birinci bölümünde ilk olarak oligopol piyasalarda rakipleri bilgi değişimine yönelten iktisadi güdüler ve bilgi değişiminin tüketici refahı ve toplumsal refah üzerindeki etkileri ile ilgili olarak statik oligopol modellerinde ortaya konulan bazı sonuçlara kısaca değinilecektir. Bunu bilgi değişiminin rekabet üzerindeki etkilerine ilişkin olarak dinamik oligopol modellerinde ve tekrarlanan oyunlarla yapılan deneysel çalışmalarda ortaya konulan sonuçlar izleyecektir. Bu bölümde ayrıca bilgi değişiminden kaynaklanan etkinlik kazanımlarının neler olabileceğine yer verilecektir. Bölümün sonunda iktisadi literatürde ortaya konulan sonuçlara ilişkin olarak kısa bir değerlendirmeye yer verilecektir.

## 1.1. BİLGİ DEĞİŞİMİ: KAVRAM, NİTELİK VE YÖNTEMLER

### 1.1.1. Kavram

Rekabet hukuku bakımından en geniş haliyle bilgi değişimi, aynı endüstride faaliyet gösteren iki veya daha fazla teşebbüsün tek yanlı yahut karşılıklı

---

<sup>14</sup>Komisyon (2010, 2)

olarak, rekabetçi kararlarına etki eden her türlü ticari bilgilerini paylaşmaları olarak tanımlanabilir (Azcuena 1994, 3-4). Bu tanım geçmiş veya cari üretim ve satış miktarlarına, fiyatlara, talebe ve maliyetlere, müşterilere, kapasitelere, yatırımlara ve Ar&Ge çalışmalarına ya da sahip olunan teknoloji ve benzerlerine ilişkin doğrulanabilir nitelikteki veri ve bilgilerin paylaşımını içerdiği gibi; firmaların gelecekte uygulamayı planladıkları fiyatlara, miktarlara, yeni ürünlere ya da kapasite değişikliklerine yönelik *niyet beyanlarını* da kapsamaktadır.

Bununla birlikte bazı yazarlar, sayılanlardan ikinci gruba girenler için bilgi değişimi yerine *iletişim* kavramını kullanmayı tercih etmektedirler<sup>15</sup>. Zira geleceğe yönelik bir niyet beyanından bahsettiğimiz bir durumda, esasen doğrulanabilir bir verinin paylaşımı söz konusu değildir<sup>16</sup>. Diğer yandan bu niyet beyanlarının herhangi bir bağlayıcılık içermediği, söz gelimi bu beyanlar neticesinde firmaların herhangi bir satış kaybına uğrama veya fiyat savaşı başlatma riski almadığı durumlar ise literatürde *ucuz konuşma (cheap talk)* olarak anlandırılmaktadır (Farrel 1987, 34; Farrel ve Rabin 1996, 116).

### 1.1.2. Nitelik

Değişime konu bilgiler, bazı durumlarda yalnızca bilgiyi paylaşan firmanın talebine veya maliyetlerine ilişkin bir sinyal içerebilir. Bu tür bilgiler “*özel değerler*” (*private values*) ya da firmaya özgü bilgi (*firm-specific information*) kavramlarıyla anılmaktadır. Paylaşılan bilginin, her bir firmayı ilgilendiren endüstri genelindeki talebe veya ortak girdiler gibi değişkenlere ilişkin sinyal içermesi durumu ise, bu bilginin “*ortak değerler*” karakterinde olduğu anlamına gelmektedir.

Bunun yanında, paylaşılan bilgiler örneğin ürünlere, alt pazarlara, coğrafi pazarlara veya zamana göre toplulaştırılmış bir halde değişime konu olabilir. Öte yandan ayrıştırılmış/bireysel firma verileri şeklinde de paylaşılabilir.

### 1.1.3. Yöntemler

Bilgi değişimi kimi durumlarda rakipler arasında yüz yüze görüşmeler yahut çeşitli iletişim araçları yoluyla doğrudan doğruya gerçekleşebilmekteyken, teşebbüs birlikleri, veri derleme hizmeti sunan üçüncü firmalar ya da kamu otoriteleri aracılığıyla veya kamuya yönelik duyurular yoluyla dolaylı olarak da vücut bulabilir. Dolaylı yoldan bilgi değişimi için kullanılan bir başka araç da

<sup>15</sup> Örneğin Kühn (2001), Møllgaard ve Overgaard (2007).

<sup>16</sup> Bu yaklaşım bizce de makul görünmektedir. Bu nedenle tezin ilk bölümünde yer verdiğimiz açıklamalarımızda, firmaların geçmiş veya cari verilerinin paylaşımı söz konusu olduğunda bilgi değişimi/paylaşımı kavramını kullanırken, gelecek planlarına yönelik açıklamalara/paylaşımlara ilişkin olarak iletişim veya niyet beyanı ifadelerini tercih etmekteyiz.

müşterilerdir. Örneğin sözleşmeler en çok kayırılan müşteri, rekabeti karşılama veya fiyat eşleştirme şartları içerebilir. Bilginin hangi araçlarla değiştirildiği bilgi değişiminin etkilerine yönelik değerlendirme bakımından fark arz edebilmektedir. Tezimizde kullanılan bilgi değişimi kavramı firmaların, sektörel verileri bağımsız olarak toplayarak bu verileri belirli bir ücret karşılığında talep edenlere sunan veri derleme hizmetleri sağlayıcısı üçüncü firmalardan bilgi elde etmelerini, kamu otoritelerince zorunlu kılınan bilgi paylaşımlarını ve müşterileri aracılığıyla yaptıkları dolaylı bilgi değişimlerini kapsamamaktadır.

## 1.2. STATİK MODELLERE KISA BİR BAKIŞ

Firmaların rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşma dışında hangi nedenlerle ve hangi koşullar altında bilgi değişiminde bulunmak istedikleri konusu literatürdeki çok sayıda çalışmada incelenmiştir. Novshek ve Sonnenchein (1982)'in genel bir talep şoku durumunda firmaların bilgi paylaşımı güdülerini inceleyen çalışmalarının öncülüğünde, araştırmalar talep belirsizliğini inceleyen modeller ve maliyet belirsizliğini inceleyen modeller olmak üzere iki temel yönde gelişmiştir.

Novshek ve Sonnenchein (1982) homojen ürünlerin söz konusu olduğu bir Cournot<sup>17</sup> düopolünde firmaların genel bir talep şokuna ilişkin sahip oldukları bilgiyi paylaşma konusunda farksız olduklarını belirtmiştir. Clarke (1983a) farksızlığın ancak istisnai koşullarda geçerli olduğunu vurgulamakla birlikte, homojen ürünler varsayımı altında Cournot düopolünde firmaların bilgi paylaşımı güdülerine sahip olmadığına yönelik sonucun oligopol için de geçerli olduğunu göstermiştir. Buna karşın Vives (1984) tamamlayıcı malların söz konusu olduğu Cournot rekabetinde ve ikame malların söz konusu olduğu Bertrand<sup>18</sup> rekabetinde, firmaların bilgi paylaşımında bulunmak isteyeceklerini ortaya koymuştur. Kirby (1988) ise marjinal maliyetlerin yeterince hızlı arttığı bir durumda Cournot rekabetinde dahi firmaların endüstri genelinde bilgi değişimi güdülerinin olduğunu ispatlamıştır. Hviid (1989), firmaların risk iştahsızlığı modele dahil edildiğinde Clarke (1983b)'de ulaşılan sonuçların değişeceğini göstermiştir.

Maliyet belirsizliğinden bahsettiğimizde ise daha farklı bir resim ortaya çıkmaktadır. Fried (1984) homojen ürünlerin geçerli olduğu bir Cournot

<sup>17</sup> Fransız matematikçi ve iktisatçı Antoine Augustin Cournot tarafından "*Recherches sur les Principes Mathématiques de la Théorie des Richesses*", 1838 kitabında sunulan model, yazarın ismiyle anılmaktadır. Bu modelde rekabet miktarlar üzerinden yapılmaktadır

<sup>18</sup> Bir başka Fransız matematikçi Joseph Louis François Bertrand'ın, "*Review of Recherches sur le Principe Mathématique de la Théorie des Richesses*", 1883 kitabında Cournot tarafından sunulan modelin bir eleştirisi olarak geliştirdiği modele atfen bu isim kullanılmaktadır. Modelde rekabet fiyatlar üzerinde yapılmaktadır

düopolünde, düopolistlerin kendilerine ilişkin maliyet bilgilerini rakibiyle paylaşmayı tercih edeceğini göstermiştir. Benzer şekilde Sakai (1985) Cournot düopolünde maliyetlerle ilgili farklı bilgi yapılarını dikkate aldığı çalışmasında, Fried (1984) ile aynı sonuca ulaşmıştır. Yine Cournot düopolünde Li (1985) sahip olunan özel bilginin açıklanmasının baskın strateji olduğunu ispatlarken, genel talep belirsizliği durumundan farklılık arz eden sonuçların, açıklanan bilginin maliyet ya da talep bilgisi olmasından ziyade bu bilginin “özel değer” ya da “ortak değer”<sup>19</sup> karakterine bağlı olduğunu belirtmiştir. Shapiro (1986), Fried (1984) ve Sakai (1985)’de ulaşılan sonuçları, oligopol için de genişletmiştir. Gal-Or (1986), Cournot rekabetinin tersine, farklılaştırılmış ürünlerin söz konusu olduğu bir Bertrand düopolünde firmaların kendi maliyet bilgilerini gizlemelerinin baskın strateji olduğunu ispatladığında, sonuç bir kez daha değişmiştir. Sakai (1990, 1991), Jin (1997), Raith (1996), Amir, Jin ve Troege (2010)’da ise görece genel nitelikte modeller sunulmuştur.

Rakip firmaları bilgi açıklamaya iten iktisadi güdüler kadar, firmaların bu yöndeki kararlarının toplumsal refah üzerindeki etkileri de yine geniş bir literatürün konusu olmuştur. Clarke (1983a) firmaların rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşma içerisinde olmamaları koşuluyla Cournot rekabetinde bilgi değişiminin tüketici fazlasını ve toplumsal refahı artıracığı sonucuna ulaşmıştır. Vives (1984) talep belirsizliği ve stratejik tamamlayıcılar söz konusuysen Clarke tarafından ulaşılan sonucun Cournot rekabeti için geçerli olmadığını belirtmiştir. Vives’e göre stratejik ikamelerin değişime konu olduğu bir Bertrand rekabetinde de bilgi paylaşımı tüketici fazlasını ve toplam fazlayı düşürecektir. Shapiro (1986) Cournot rekabetinde bilgi değişiminin sosyal refahı artırmasına karşın, tüketici fazlasını azaltacağını göstermiştir. Sakai ve Yamato (1989) simetrik Cournot oligopolünde firma sayısının 10’dan fazla olması ve ürünlerin kusursuz ikameler olmaması kaydıyla bilgi değişiminin tüketici fazlasını da artırabileceği sonucuna varmıştır. Sakai (1990, 1991) Bertrand düopolünde firmaların maliyet bilgilerini değiştirmeleri halinde tüketici fazlası ve sosyal refahın azalacağını ortaya koymuştur. Kühn ve Vives (1995)’e göre Bertrand oligopolünde firmaların maliyet bilgilerini değiştirmelerinin tüketici fazlası üzerindeki etkisi belirsizdir.

Yukarıda yer verilen geniş literatür, firmaları bilgi paylaşımına yönelten tek taraflı güdüler olduğu gibi, bilgi paylaşımının toplam refahı artırdığı bir dizi durumların da bulunabildiğini göstermektedir. Bununla birlikte bu çalışmalar, gerek bilgi paylaşımı güdülerini gerekse refah etkileri hakkında görece karmaşık bir

<sup>19</sup> Literatürde “özel değer” (*private value*) kavramı belirsizliğin ya da değiştirilen bilginin yalnızca ve büyük çoğunlukla bağımsız olarak belirli bir firmanın talep ya da maliyetine ilişkin olmasını ifade ederken, “ortak değer” (*common value*) kavramı ise firmaların tamamını ilgilendiren genel bir talep ya da maliyet şokuna ilişkin bilgiyi ifade etmek için kullanılmaktadır.

resim ortaya koymaktadır. Çalışmalarda ulaşılan sonuçlar, kullanılan modellerin kendine özgü varsayımlarına göre değişebilmekteyken; gerçek hayatta karar birimlerinin stratejilerine etki edebilen pek çok faktörü de dışlamaktadır. Dışlanan bazı faktörlerin analize dahil edilmesi ise, büyük resmi daha da karmaşıktır. Bunun yanında statik analiz modelleri doğaları gereği firmaların tek bir karar aldıkları ve bununla bağlı kaldıkları varsayımı üzerine kuruludur. Oysa gerçek piyasalar, aktörlerin aynı rakiplerle sürekli bir etkileşim içinde buldukları dinamik çevrelerdir. Bu nedenle firmalar mevcut kararlarını, rakiplerinin önceki hareketlerine göre oluşturabilmektedirler (Stroux 2004, 15).

Diğer yandan sayılan çalışmaların pek çoğu, bilgi değişiminin genellikle tüketicilerin aleyhine olduğunu göstermektedir. Bununla birlikte belirli koşullarda toplam refahın artması ya da azalması mümkündür. Örneğin Bertrand rekabetinde maliyet bilgilerini paylaşmanın, tüketici refahını ve toplam refahı azaltacağı yönünde literatürde büyük bir ittifak bulunmaktadır. Ancak statik analizde refaha ilişkin olarak ortaya konulan sonuçlardan uygulamada yararlanmak isteyen bir rekabet otoritesinin, öncelikle ilgili piyasadaki rekabetin doğasını belirleyebilmesi gerekmektedir. Oysa gerçek hayatta firmaların fiyat rekabetinde mi yoksa miktar rekabetinde mi olduklarını gözlemlemek çoğu zaman mümkün değildir<sup>20</sup>. Bunu mahkemelerde ispatlamanın güçlüğü ise bir başka sorundur<sup>21</sup>. Benzer şekilde belirsizliğin kesin yapısını kestirmek de rekabet otoriteleri için pratik açıdan neredeyse imkânsızdır. Bu nedenlerle rekabet politikasının, uygulamada oldukça fazla hukuki belirsizlikler içerebilecek bu tür statik modeller üzerine kurulmasının sakıncalı olacağı kanaatindeyiz.

### 1.3. DİNAMİK ÇERÇEVE

Statik modeller, piyasa oyuncularının tek bir karar alacağı ve bu kararla bağlı kalacağı varsayımdan hareket ederler. Oysa oligopol, oyunun aynı rakiplerle kesintisiz olarak oynandığı dinamik bir çevredir. Üstelik firmalar yalnızca fiyatlarını rakiplerinden düşük tutmaya çalışarak değil, pekâlâ maliyetlerini düşürmek ya da daha yeni ve kaliteli ürünler üretmek yoluyla da rekabet edebilirler (Christensson 2008, 22). Bu tür bir çevrede, rekabet politikasının yalnızca aktörlerin fiyat rekabetinde mi yoksa miktar rekabetinde mi olduklarına odaklanması anlamlı değildir (Bishop 2002, 36). Bu bakımdan dinamik oligopol teorisinin, firma davranışlarını açıklamakta çok daha yol gösterir nitelikte olduğu söylenebilir.

<sup>20</sup> Vives (2006, s. 88) bazı durumlarda piyasadaki rekabetin türünün zamana bağlı olarak değişebileceğini belirtmektedir. Buna göre rekabetin, üretim kapasitelerinin kısıtlı olduğu kısa vadede fiyatlarda (Bertrand), kapasitelerin ayarlanabildiği uzun dönemde ise miktarlarda (Cournot) olduğu kabul edilebilir.

<sup>21</sup> Buna karşın Vives, *Airtours* davasında Komisyonun ve ABAD'ın, rekabetin temel olarak kapasitelerde (Cournot) olduğu sonucuna vardığını belirtmiştir. Bkz. a.g.k. s. 4, dn. 5.

### 1.3.1. Genel Olarak Bilgi Değişimi ve Dinamik Oligopol

İktisadi literatürde geniş şekilde yer verildiği üzere, firmaların, rakiplerinin faaliyetlerini takip etmeden rekabet ettikleri bir piyasada, ister açık ister zımni olsun herhangi bir anlaşmanın yapılması ya çok zordur ya da imkânsızdır (Møllgaard ve Overgaard 2007, 2).

Stigler (1964), gizli fiyat indirimlerinin bir anlaşmanın sürdürülmesi önündeki en büyük engel olduğunu belirtmiştir. Buna göre firmalar, rakiplerinin faaliyetlerini gözlemleyemedikleri bir durumda, satışlarındaki düşüşün talepteki genel bir azalmadan mı yoksa diğer firmaların *hileyapmasından* mı kaynaklandığını bilemeyeceklerdir. Bu nedenle başlayacak bir fiyat savaşı, anlaşmanın kaçınılmaz olarak sona ermesine neden olacaktır. Green ve Porter (1984)'a göre, rakiplerin birbirlerini tam olarak izleyemediği bir durumda talep önemli ölçüde düşük iken, fiyat savaşları anlaşmanın sürdürülmesi için gerekli stratejilerin bir bileşenidir. Porter (1983), fiyat bilgisine ilişkin *gürültü*  $0^3$ 'a yaklaştıkça, anlaşmalı fiyatların tekeli fiyatlarına yakın olacağını göstermiştir. Abreu (1986), çeşitli derecelerde çok fazla alternatif anlaşmalı sonucun olduğu bir oyunda, en yüksek derecede anlaşmalı sonucun, mümkün olan en sert cezalandırma mekanizmasıyla elde edilebileceğini göstermiştir.

Özellikle seksenli yıllarda oyun teorisi araçlarının gelişimiyle birlikte, yukarıdaki çalışmaların öncülüğünde rakipler arası bilgi değişimi ve iletişimin, oyuncular arasında karşılıklı bağımlılığın bulunduğu oligopol piyasalarındaki rekabet üzerinde etkilerini araştıran pek çok çalışma yapılmıştır. Bu çalışmalar, bilgi değişiminin nihai etkisinin, değiştirilen bilginin geçmiş veya cari verilere ya da gelecek planlarına ilişkin olmasının yanında, bilginin niteliğine, yaşına, bireyselleştirilmiş veya toplulaştırılmış olup olmadığına, değişimin sıklığına ve alıcıların bu bilgiden yarar sağlayıp sağlayamayacağına göre farklılık arz ettiğini göstermektedir.

#### 1.3.1.1. Gelecekteki Planlara Yönelik Beyanlar

Firmaların gelecekte izleyebilecekleri stratejilere ilişkin yaydığı *iletişim*, doğrulanabilirliği ve firmalar bakımından kati bir bağlayıcılığı olmadığı için genellikle *ucuz konuşma* olarak anılır. Ancak bu tür *ucuz* niyet beyanları, rakipler arasında oyunun nasıl oynanacağına ilişkin ortak bir anlayış geliştirebilmek bakımından son derece kritik bir öneme sahiptir. Çünkü pek çok farklı alternatif dengenin olduğu bir oyunda, ortak anlayışa ulaşmak ancak stratejik belirsizliğin giderilmesiyle mümkündür. Bu konudaki çalışmaların öncüsü olan Farrel (1987), *ucuz konuşmanın* bu sorunu giderebileceğini ortaya koymuştur.

Örneğin oyuncuların birinin belirli bir süre sonunda geçerli olacak yeni fiyat listesini yayımladığını düşünelim. Günümüzde de pek çok perakende noktasında ya da gazete ilanlarında karşılaştığımız, büyük ihtimalle küçük yazılarla “*X A.Ş. önceden duyurmaksızın açıklanan liste fiyatlarında değişiklik yapabilir.*” notuyla bitecek böyle bir duyurunun, iki bakımdan önemi büyüktür. Öncelikle, bu duyurunun rakipler tarafından yapılacak benzer duyurularla izlenmesi, firmaların son derece maliyetli fiyat savaşlarına veya fiyat dengesizliklerine katlanmaksızın, belirli bir anlaşmalı fiyat düzeyi üzerinde buluşmalarına yardımcı olacaktır. Duyurunun tam tersine rakiplerin yeni fiyat listeleri açıklamalarıyla izlenmemesi halinde ise, duyuruyu yapan firma açıkladığı fiyat listesini geri alabilecektir (Hay, 1999, 184-185). Bu şekilde firmalar pazar paylarını kaybetme veya yeni anlaşmalı fiyatlara intibak için yürütülebilecek bir fiyat savaşını tetikleme risklerinden kaçınarak, ortak bir fiyat düzeyinde anlaşmaya varabileceklerdir (Motta 2004, 154). Bu bakımdan rakiplerin gelecek planlarıyla ilgili artan iletişim, stratejik belirsizliği gidererek koordineli hareketi kolaylaştıracaktır (Møllgaard ve Overgaard 2007, 8; Vives 2006, 89). Rekabet otoritelerinin, karteller gibi ağır rekabet ihlallerinin tespit edilemediği bir durumda dahi rakipler arasındaki iletişime yönelik şüphe ve kaygılarının merkezinde de bu gerçek yatmaktadır<sup>22</sup>.

Çeşitli deneysel çalışmalar da bu kaygıları doğrulamaktadır. Bhaskar (1988), firmaların planladıkları fiyatları önceden duyurduğu ve ancak rakiplerin de aynı fiyatları duyurması durumunda uygulamaya koyduğu bir modelde, denge fiyatlarının tekelleri fiyat düzeyine oldukça yakın olacağını göstermiştir. Cooper vd. (1989) oyuncular arasında çatışan çıkarların olduğu bir kurguda, karşılıklı iletişimin denge oyunlarının frekanslarını önemli ölçüde artırdığını ortaya koymuşlardır. İlginç bir şekilde tek taraflı niyet beyanları dahi oyunların %95’inin denge oyununa dönüşmesini sağlamıştır. Van Huyck vd. (1990) stratejik belirsizliğin varlığında firmaların fiyatlarını tekelleri fiyat düzeyinde tutmalarının oldukça maliyetli olabileceğini, çünkü rakiplerin daha düşük fiyatlar uygulamaları halinde pazar payındaki kaybın yüksek olacağını ifade etmiştir. Bu nedenle Van Huyck vd.’na göre bu riskten kaçınmak isteyen firmalar fiyatlarını düşürmeyi tercih edeceğinden, stratejik belirsizliğin varlığında fiyatlarda tekelleri düzeyin altına inme eğilimi olacaktır (Kühn 2001, 182)<sup>23</sup>.

Konuşmanın en *ucuz* olduğu durum, kuşkusuz gelecek planlarının rakipler arasında gizli bir şekilde paylaşımına tekabül etmektedir. Zira firmaların gelecek planlarından haberdar olmayan alıcıların, bu tür bir bilgi değişiminden herhangi bir fayda görmeleri olası değildir. Nitekim Kühn ve Vives (1995,55), gelecekte

<sup>22</sup> Zira ilerleyen bölümlerde incelen pek çok davada rakipler arası iletişim ve stratejik belirsizlik arasındaki bu ilişkiye dikkat çekilmektedir.

<sup>23</sup> Ayrıca bu tür deneysel literatürün bir özeti için bkz. Leslie (2004, s. 538, 539)



planlanan fiyatlar ve üretim miktarlarına ilişkin olarak firmalar arasındaki gizli iletişimin niçin topluma yararlı olabileceğini gösteren bir delil bulmanın oldukça zor olduğunu belirtmişlerdir<sup>24</sup>. Yazarlara göre bu konudaki teorik çalışmanın azlığına karşın, firmaların bu tür niyet beyanlarının en mantıklı açıklaması, gelecekteki davranışları koordine etme çabası olsa gerekir. Whish (2006, 37) ile Caffarra ve Kühn (2006, 139,140) bir adım daha ileriye giderek geleceğe yönelik planlanan fiyatların yalnızca rakiplerle paylaşılmasının, rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmanın doğrudan delili olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmişlerdir. Planlanan üretim miktarlarının da büyük ölçüde şüpheyle karşılanması gerektiği vurgulanmakla beraber, aynı keskin söylemden kaçınılmıştır.

Diğer yandan, konuşmanın *ucuz* olmadığı, yani gelecekte uygulanması planlanan fiyat ve üretim miktarı bilgilerinin, müşteriler bakımından birer taahhüt olarak nitelenebileceği durumlar için değerlendirme farklılık arz etmektedir. Örneğin kamuya yönelik olarak önceden yapılan fiyat duyuruları, alıcılar ve sağlayıcılar arasında uzun süreli ilişkilerin tesis edildiği piyasalarda, müşterilere ilerleyen dönemde uygulanacak bir tavan fiyatı garanti edebilir. Bu tür bir durumda müşterilerin pazarlık gücü artabileceği gibi geleceğe yönelik üretim/satın alma planlamalarını da daha net yapabileceklerdir (Møllgaard ve Overgaard 2007, 14). Bu bakımdan firmaların gelecekte uygulayacaklarını duyurdukları fiyatlara genellikle bağlı kaldıkları, söz gelimi rakipler tarafından yapılan benzer nitelikteki duyurular karşısında, kendi duyurdukları fiyatlarda değişikliğe gitmedikleri gözlenmekteyse, bu duyuruların yaratacağı potansiyel etkinlikler yeterince yüksek olduğundan, bizatihi bir ihlal olarak değerlendirilmemelidir (Kühn 2001,196; Motta 2004, 156).

### 1.3.1.2. Geçmiş ve Cari Verilerin Değişimi

#### (i) Firmalar Arasında Bilgi Akışları

Doğrulanabilir bilgilerin değişiminin iki temel etkisi bulunmaktadır. İlk olarak geçmiş veya cari fiyatlar, satışlar, üretim maliyetleri gibi veriler, firmaların gelecekte izlemesi muhtemel davranış şekli hakkında fikir verebileceğinden, stratejik belirsizliğin giderilmesine ve bu bakımdan rakipler arasında ortak bir anlayış geliştirilmesine yardımcı olabilmektedir. İkincisi ve daha da önemlisi ise bir kez ortak bir anlayışa varıldıktan sonra, rakiplerin davranışlarının izlenebilmesi için bilgi değişiminin hayati bir rol oynamasıdır (Møllgaard ve Overgaard 2007, 8). Zira yeterince caydırıcı bir cezalandırma tehdidinin yokluğunda, rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmanın sürdürülmesi son derece zordur. Etkin ve caydırıcı bir cezalandırma mekanizması ise ancak rakiplerin davranışlarının hızlı ve kesin bir biçimde gözlemlenmesiyle uygulanabilir.

<sup>24</sup> Aksi yönde bir görüş için bkz. Doyle ve Snyder (1999).

*“Cezalandırma tehdidi ancak cezalandırmanın yeterince kısa zamanda yapılabildiği durumda işleyebilir. Öncelikle, bir firma tarafından yapılan fiyat indirimi, rakip tarafından ancak belirli bir gecikmeyle öğrenilebilir. Bu [örneğin] üreticilerin birkaç büyük alıcısıyla (toptancılar veya alt piyasadaki üreticiler) sözleşme yaptıkları durumda söz konusu olabilir. Sözleşmelerin gizliliği bu durumda bir engel olarak ortaya çıkabilir. Gerçekte fiyat indirimleri asla tespit edilemiyorsa, anlaşma da sürdürülebilir değildir. İkincisi, seyrek etkileşim (örneğin toplu siparişler nedeniyle) cezalandırmayı geciktirir ve bugünkü fiyat indirimini daha da cazip hale getirir.”<sup>25</sup>*

Gerçekten de firmaların yalnızca kendi fiyatlarını ve satışlarını gözlemleyebildikleri bir durumda, bu firmaların satışlarında meydana gelebilecek bir düşüşün talepteki genel bir azalmadan mı kaynaklandığını yoksa rakiplerden birinin örneğin gizli bir fiyat indirimi yoluyla anlaşmadan mı saptığını tespit etmesi mümkün değildir (Kekevi 2003, 7). Bu çıkarımlar, literatürde yapılan pek çok çalışmayla desteklenebilir. Green ve Porter (1984) bu tür bir durumda firmaların fiyatı yeniden tekelleri fiyat düzeyine çıkarabilmek adına, anlaşmadan sapanları caydıracak kadar yeterli bir süre boyunca fiyat savaşlarına gireceklerini belirtmiştir (Mncube ve Nair 2009, 3-4). Porter (1983) bilgi düzeyi arttıkça anlaşmalı olarak sürdürülebilir fiyatların tekelleri fiyat düzeyine yaklaştığını göstermiştir. Bu çerçevede artan bilgi düzeyi cezalandırma sürecinin beklenen süresini de düşürecektir. Kandori (1992) taleple ilgili bilginin kesinliği yükseldikçe, daha yüksek düzeyde anlaşmalı sonuçların mümkün olabildiğini ortaya koymuştur (Kühn ve Vives 1995, 49,50).

Genel olarak piyasaya ilişkin zaman içerisinde toplulaştırılmış verilerin, anlaşma ihtimalini nispeten düşürdüğü kabul edilmektedir. Zira veriler anonimleştikçe, rakiplerin davranışlarını gözleme imkânı da firma sayısının yüksekliğine bağlı olarak azalacaktır. Kühn ve Vives (1995)’e göre bu argüman aynı zamanda, zaman içerisinde toplulaştırılmış verilerin, taleple ilgili bilginin kesinliğini azaltmasından kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte yazarlar, bilgilerin belirli bir zaman dilimi için toplulaştırılması ile gecikmeli bilgi paylaşımının farkına dikkat çekmektedir. Yazarlara göre sayılanlardan ikincisi kimi zaman anlaşmayı kolaylaştırabilir. Diğer yandan ürünlerin homojen ve talebin durağan olduğu bir piyasada, toplulaştırılmış veriler dahi anlaşmadan sapanları tespite yeterli olabilmekte ve yüksek düzeyde koordinasyon sağlayıcı etki gösterebilmektedir.

Firmaların bireysel üretim ve satış miktarları ya da fiyatlarına ilişkin bilgilerin paylaşılması ise anlaşma için çok güçlü bir teşvik unsurudur. Nitekim

<sup>25</sup> Tirole (1989, s. 248)

Green (1980) her bir firmanın, rakiplerinin üretim kararlarını gözlemleyebildiği bir durumda, piyasada çok fazla sayıda küçük firma faaliyet gösteriyor olsa dahi, tamamen anlaşmalı bir sonucun (*fully collusive outcome*) mümkün olabildiğini göstermiştir. Kühn ve Vives (1995) rakiplerin faaliyetleri ile ilgili artan bilginin, mevcut bir anlaşmayı sürdürmek için son derece güçlü bir araç olduğunu belirtmişlerdir. List ve Price (2005) deneysel çalışmalarında, rakipler arası bilgi değişiminin, fiyatların rekabetçi fiyat düzeylerinin üzerine çıkarılmasındaki etkisini kanıtlamışlardır.<sup>26</sup> Kühn (2001)'e göre, bu tür bir bilgi değişimi, anlaşmanın sürdürülebilirliği bakımından iki kritik rol oynamaktadır: İlk olarak rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmadan herhangi bir sapma olup olmadığını tespit etme imkânı vermekte, ikinci olarak ise doğrudan doğruya anlaşmadan sapan firmaları hedef alan cezalandırma stratejilerinin geliştirilmesini sağlamaktadır.

Bilgi değişiminin frekansı yükseldikçe ve/veya piyasa şeffaflığı arttıkça, anlaşmadan sapanların daha kısıda sürede tespit edilmesi mümkün olacağından, cezalandırma mekanizmalarının caydırıcılığı ve rakiplerin anlaşmaya bağlılık güdülerini artacaktır (Møllgaard ve Overgaard 2007, 8). Diğer yandan yeterince *eski* verilerin, anlaşmalı sonuçlara neden olma ihtimalinin bulunmadığı kabul edilmektedir (Whish 2006,23).

Cezalandırma gerçekte iki ucu keskin bir bıçaktır. Anlaşmadan sapan oyuncunun net olarak tespit edilemediği bir ortamda, cezalandırmaya yönelik başlatılacak fiyat savaşları, misillemeyi gerçekleştiren firmaların kârlarında da sert düşümlere neden olacaktır. Buna karşın hile yapanın kesin olarak belirlendiği bir oyunda, piyasanın niteliğine göre doğrudan doğruya bu firmayı hedef alan daha kararlı cezalandırma mekanizmaları tasarlanabilir. Örneğin coğrafi bir pazar paylaşımının söz konusu olduğu bir kartelde, doğrudan doğruya anlaşmayı ihlal eden üyenin pazarı hedef alınarak, toplam kârlardan önemli derecede feragat edilmeksizin gerekli mesaj verilebilir. Bu bakımdan bireysel firma verilerinin paylaşılması, cezalandırma mekanizmalarının süratini, etkinliğini ve caydırıcılığını önemli ölçüde yükselterek, anlaşmayı ve bu anlaşmayı sürdürmeyi kolaylaştırabilecektir.

## (ii) Alıcı Tarafında Bilgi Akışları

Tüketicilere yansıyan genel bir piyasa şeffaflığının rekabet üzerindeki etkilerinin tespiti ise daha karmaşıktır. Tüketicilerin örneğin arama maliyetlerinin yüksekliği nedeniyle alternatif üreticiler tarafından sunulan mal veya hizmetlerin fiyatlarını ve niteliklerini gözleme imkânının son derece sınırlı olduğu bir durumda, fiyat indirimi yapan firma başka firmaların müşterilerini çalarak daha

<sup>26</sup> Bu konuda ayrıntılı bir literatür taraması için Bkz. Leslie (2004)

büyük bir kâr elde etmek yerine, büyük ölçüde mevcut müşterilerine daha düşük fiyatlarla satış yapmak zorunda kalacağından, anlaşmadan sapmanın *cazibesi* düşük olacaktır.

Tam tersine piyasa şeffaflığının yüksek olduğu bir durumda, firmalar tarafından yapılan fiyat indirimleri alıcılar tarafından çok hızlı bir şekilde gözlemlenebileceğinden, bu durum talebin fiyat esnekliğini yükselterek veri bir fiyat indirimi sonucunda rakiplerden çalınabilecek müşteri sayısını artıracaktır. Kuşkusuz bu durumda hile yapmanın cazibesi de artacaktır. Bununla birlikte Møllgaard ve Overgaard (2007, 10)'a göre, alıcı (müşteri/tüketici) tarafının artan bilgisi, rakiplerden müşteri çalmayı kolaylaştırabilmekteyse, aynı mantıkla rakiplerin bu müşterileri geri kazanmalarını da kolaylaştıracaktır. Bu durumda yaşanabilecek bir fiyat savaşının etkisini dikkate alan bir firma için, anlaşmaya bağlılık güdüsü de artabilecektir.

Bu çerçevede tüketici yansıyan şeffaflığın iki temel etkisi olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre şeffaflık arttıkça tüketicilerin arama maliyetleri düşecek ve talebin efektif fiyat esnekliği artacak; anlaşmadan sapmanın cazibesi yükselecektir. Ancak yine aynı nedenle, anlaşmadan cayanların çok daha şiddetli bir şekilde cezalandırılmaları da mümkün olacaktır (Vives 2006, 94). Literatürde bu etkilerden hangisinin baskın olacağına yönelik bir fikir birliği yoktur. Örneğin Nilsson (2000), artan piyasa şeffaflığını arama maliyetlerinin düşmesiyle ilişkilendirdiği modelinde, kalıcı olarak artan şeffaflığın anlaşmanın sürdürülmesini kolaylaştıracağını belirtmiştir. Tam tersine Schultz (2002), farklılaştırılmış ürünlerin söz konusu olduğu bir Hotelling piyasasında<sup>27</sup>, tüketici tarafındaki şeffaflık arttıkça anlaşmanın sürdürülebilirliğinin zorlaşacağını ortaya koymuştur. Bununla birlikte yine Schultz (2009) homojen ürünlerin değişime konu olduğu pazarlarda ise üretici ve alıcı tarafına yansıyan genel bir fiyat şeffaflığının rekabete aykırı etki doğuracağını belirtmiştir. Møllgaard ve Overgaard (2001)'a göre toplum açısından, tam şeffaflığı içermeyen ve bir anlaşmanın sürdürülebilmesinin en zor olduğu “optimal bir şeffaflık düzeyi” bulunmaktadır. Yazarlara göre firma sayısı 5'ten düşükken, optimal şeffaflık düzeyinin de görece düşük olması beklenmelidir. Yine Møllgaard ve Overgaard (2001), piyasa şeffaflığının yeterince düşük (yüksek) olduğu bir durumda, artan şeffaflığın fiyatları düşürdüğünü (yükselttiğini) göstermişlerdir.

Dolayısıyla yalnızca firma tarafında artan bilgi değişiminin ve şeffaflığın, rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmayı kolaylaştıracağı konusunda önemli bir ittifak bulunmaktayken, tüketici/alıcı tarafında artan şeffaflığın etkisi ise muğlâktır. Bununla birlikte piyasanın sağlıklı işleyebilmesi için talep tarafında belirli bir

<sup>27</sup> Bkz. Hotelling (1929)

düzye de şeffaflığa ihtiyaç bulunduğu anlaşılmaktadır (OECD 2001, 9). Diğer yandan literatürdeki çeşitli çalışmaların<sup>28</sup> ve ampirik gözlemlerin<sup>29</sup> ortaya koyduğu sonuçları takiben, özellikle firma sayısının düşük ve/veya yoğunlaşma oranlarının yüksek ve homojen ürünlerin değişime konu olduğu bir piyasada, alıcı tarafında artan şeffaflığın da anlaşmayı kolaylaştırabileceğine yönelik bir çıkarım makul görünmektedir.

### 1.3.2. Bilgi Değişiminden Kaynaklanan Etkinlik Kazanımları

Buraya kadar rakipler arasındaki bilgi değişimi ve iletişimin piyasadaki rekabet ve bu şekilde toplumsal refah açısından yaratabileceği olumsuzluklara dikkat çektik. Bu nedenle madalyonun yalnızca bu karanlık yüzüne bakarak yapılacak bir değerlendirme, bizi firmalar arasındaki bilgi değişiminin hemen her durumda yasaklanması gerektiği gibi bir çıkarıma itebilir. Ancak gerçekte rekabet otoritelerinin, rakipler arası bilgi değişimi konusunda görece ılımlı bir politika izledikleri gözlemlenmektedir. Bunun nedeni, bilgi değişiminin toplumsal refah açısından önemli etkinlik artışları sağlayabilme potansiyelidir. Nitekim tezimizin bu kısmında bilgi değişiminden kaynaklanan etkinlik artışlarına yer vermekte fayda görüyoruz. Diğer yandan statik modellerde bilgi değişiminin toplumsal refaha ilişkin ortaya koyduğu çeşitli sonuçlar yukarıda tartışıldığından, burada yinelenmeyecektir.

#### i) Kıyaslama (Benchmarking)

Kıyaslama ya da bilinen adıyla *benchmarking* iki veya daha fazla firmanın, etkinlik artışı sağlayabilmek için birbirlerinin iş yapma uygulamalarını karşılaştırmasına dayanan bir araştırma tekniğidir<sup>30</sup>. Firmalar, kıyaslama yoluyla diğer firmaların fikirlerini, uygulamalarını ya da yöntemlerini değerlendirerek mümkünse bunları kendi iş yapış şekillerine dönüştürme imkânına kavuşabilmektedir (Azcuena 1994, 4-5). Bu şekilde kendi performanslarını endüstrideki “iyi uygulamalara” (*best practices*) göre ölçebilen firmalar, etkinliklerini artırabilmektedir (Whish 2006, 19).

Kıyaslama, tanımı gereği kıyaslama yapılacak uygulamaya ilişkin olarak rakiplerin çeşitli bilgilerine erişimi gerektirmektedir. Üretim teknolojisi ve maliyetleri, ücretler, kapasite kullanım oranları, istihdam rakamları, dağıtım

<sup>28</sup> Bkz. Møllgaard ve Overgaard (2001), Schultz (2009), Peeperkorn (1996), Vives (2002)

<sup>29</sup> Bu tür ampirik çalışmaların ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz. Levenstein ve Suslow (2006a, s.58-61)

<sup>30</sup> Bkz. Benchmarking and the Antitrust Laws, Pillsbury Winthrop Shaw Pittman LLP <http://library.findlaw.com/1997/Jul/1/131309.html> adresinde

teknikleri vb. gibi uzun bir liste şeklinde sıralanabilecek bu bilgilerin kimi kamuya açık nitelikteyse de; normal şartlarda bu bilgiler firmalar tarafından büyük ölçüde gizli tutulmaktadır. Bu nedenle kıyaslamadan beklenen faydanın elde edilebilmesi için, rakipler arasında belirli seviyede bilgi paylaşımı şarttır.

Rakipler arasında bu tür bir bilgi değişimi sonucunda üretim, dağıtım veya yönetimle ilgili olarak daha etkin yöntemlerin öğrenilmesi, malların ve hizmetlerin kalitelerinin yükselmesine, fiyatların düşmesine ve son tahlilde rekabetin yükselmesine hizmet edebilmektedir. Nitekim kıyaslamanın bu olumlu etkileri nedeniyle bazı ülkeler çeşitli endüstrilerde kıyaslama uygulamalarını aktif olarak teşvik etmektedir. Örneğin İngiltere’de hükümet, Birleşik Krallık Benchmarking Endeksi adlı bir programı uygulamaya koymuştur (Amir vd. 2010, 856). Bu program, küçük ve orta ölçekli işletmelere (KOBİ) çok sayıda performans göstergelerini yerel, ulusal ya da sektörel düzeyde karşılaştırma imkanı veren ulusal bir veri tabanı sunmaktadır. Bu şekilde KOBİ’ler hangi konularda performanslarını iyileştirebileceklerini görebilmektedirler. Benzer şekilde Komisyon AB genelinde özellikle KOBİ’ler için kıyaslama uygulamalarının teşvikine yönelik olarak bir Yüksek Seviye Çalışma Grubu kurmuştur (Komisyon, 1996, 1997).

Komisyonun kıyaslama uygulamalarının teşvikine yönelik 1997 tarihli raporunda<sup>31</sup>, teşebbüs seviyesindeki kıyaslama için kullanılan “*endüstriyel sürecin ve yönetimin kesintisiz olarak geliştirilmesi için bir ‘kalite’ aracı*” ifadesi, bu uygulamanın önemini açık bir göstergesidir.

### ***ii) Bilgi Değişimi ve Keşif Mekanizmaları***

Von Hinten-Reed ve Nitsche (2004, 10)’ye göre rekabet, farklı girdilerin kaliteleri ve farklı potansiyel uygulama alanlarında kullanımlarına ilişkin bir bilgi yayma veya değiştirme aracı olarak kabul edilebilir. Yazarlara göre bilgi oluşturma, piyasa ekonomisinin anahtar görevlerinden biridir. Eğer piyasa bilgiyi yaratmakta başarısız olursa, bu konuda başka türlü mekanizmalar yardımcı olabilir.

Von Hinten-Reed ve Nitsche (2004) ve Azcuenaga (1994) firmaların talebi ve rakiplerinin faaliyetlerini yeterince gözlemleyemedikleri bir durumda, piyasa koşullarındaki değişikliklere ancak deneme yanılma yöntemiyle ayak uyduracaklarını belirtmişlerdir. Deneme yanılma bazı endüstriler için önemli bir maliyet unsuru olmamakla birlikte yatırımların gerekli olduğu gelişme zamanlarında, her bir denemenin maliyeti oldukça yüksek olabilmektedir. Bu nedenle firmalar arası bilgi paylaşımı, uzun ve pahalı deneme yanılma süreçlerini elimine ederek kaynak israfını önleyebilecektir.

<sup>31</sup> Bkz. Komisyon (1997).

### ***iii) Arama Maliyetleri***

Tüketici örgütleri, bir piyasadaki fiyat şeffaflığının en güçlü savunucuları olsa gerekir. Bu durumun oldukça anlaşılabilir nedeni, bilgi değişiminin ve bu çerçevede piyasa şeffaflığının önemli bir faydasının da, tüketicilerin arama maliyetlerini düşürmesidir (OECD 2001, 9). Bu şekilde tüketiciler/alıcılar farklı firmalarca arz edilen ürünlerin fiyatlarını, niteliklerini, sözleşme ve garanti şartları gibi unsurlardaki farklılıklarını kıyaslama ve kendileri için en uygun olanı tercih etme imkânına kavuşmaktadır (Capobianco 2004, 1257). Böylelikle tüketicilerin/alıcıların belirli firmalara bağlı kalmaları önlenilmekte ve artan efektif talep esnekliği nedeniyle son tahlilde piyasadaki rekabetin yoğunluğu da artabilmektedir (Komisyon 2010, s. 2; Vives 2006, 94). Nitekim pek çok araştırma, tüketicilerin alternatif fiyatlara ulaşma imkânı arttıkça, tüketicilere yansıyan fiyatların düşme eğiliminde olduğunu göstermektedir. Örneğin internette yer alan fiyat karşılaştırma siteleri ile ilgili yapılan çeşitli ampirik çalışmalar da bu görüşü destekler görünmektedir<sup>32</sup>. Benzer şekilde cari girdi maliyetlerinin firmalar arasında kamuya açık bir şekilde değişimi, firmalar için de arama maliyetlerini düşürebilir ki son tahlilde bu durum tüketicilere daha düşük fiyatlar şeklinde yansiyabilir<sup>33</sup>.

### ***iv) Maliyetler, Yatırım Kararları, Organizasyonel Öğrenme ve Piyasaya Girişler***

Firmalar, rakiplerinin üretim ve satış miktarları, kapasiteleri gibi bilgileri ile girdi maliyetlerini ve pazardaki talep düzeyindeki değişimleri yeterince gözlemleyebildikleri bir durumda, kendi üretim, yatırım ve istihdam gibi kararlarını daha yüksek bir bilgi düzeyiyle alacaklarından, stratejilerini piyasa koşullarına daha iyi uyarlayabileceklerdir<sup>34</sup>. Bu şekilde firmalar, kapasitelerini optimal şekilde kullanma şansına sahip olacaklarından stok maliyetlerini de düşürebileceklerdir. Örneğin belirli bir piyasada talebin düşük seyrettiği bir durumda, firmalar yatırımlarını daha kârlı olan alternatif piyasalara yönlendirebileceğinden, kaynak dağılımının etkinliği artabilecektir. Benzer şekilde bilgi değişimi sonucunda piyasa arzının önemli bir kısmı, görece düşük maliyetlere sahip firmalara yönlenebilecektir.

Sako ve Helper (1994) zengin bir bilgi akışının, öğrenmenin gelişimine, kesintisiz ilerlemeye ve daha iyi gelişme çözümlerine imkân tanıyacağını belirtmiştir. Novshek (1996)' e göre, bilgi değişiminin önemli bir başka faydası, firmaların dağıtım sistemlerini ve pazarlama stratejilerini geliştirmelerine

<sup>32</sup> Bu tür çalışmaların bir değerlendirmesi için bkz. Austin ve Gravelle (2008)

<sup>33</sup> Kılavuz, para. 99.

<sup>34</sup> Kılavuz, para. 89

yardımcı olmasıdır. Bu şekilde örneğin hızlı tüketime konu ürünlerin, tüketicilere zamanında ulaştırılabilmesi mümkün olabilecektir<sup>35</sup>. Bunun yanında Kühn (2001) bilgi değişimi sayesinde piyasa gerçekleştirmelerine (*market outcomes*) ilişkin sahip olunan bilgi kesinleştikçe, çalışanlar ve şubeler için göreceli performans tabloları hazırlamanın kolaylaşabileceğine dikkat çekmiştir.

Bilgi değişimi kimi durumlarda piyasaya girişlerin önünü açabilir. Piyasadaki talep ve maliyetler ile genel fiyat düzeyinde kamuya açık bir şeffaflık, aşırı kârların bulunduğu bir piyasa bakımından potansiyel rakiplerin piyasaya girişlerini özendirebilecektir (OECD 2001, 24; Capobianco 2004, 1257) . Artan firma sayısı ise pek çok piyasa bakımından rekabet düzeyinin artmasını sağlayabilmektedir.

#### v) *Ar&Ge ve Ortak Üretim*

Parker (2000)'a göre firmaların Ar&Ge alanında işbirliği güdüsü, gün geçtikçe teknoloji ve ürün geliştirmenin karmaşıklaşması, ürünlerin daha hızlı bir şekilde demode olması ve piyasalara hızlı giriş ihtiyacının artmasından kaynaklanmaktadır. Firmaların bu tür sorunların üstesinden gelmek için girişebilecekleri ortak bir Ar&Ge projesi için bilgi değişimi kaçınılmazdır<sup>36</sup>. Tarafların sahip oldukları belirli teknolojileri, *know-how*'ı, çeşitli fikri mülkiyet haklarını birbirleriyle paylaşmaları, bu tür bir anlaşmayı mümkün kılarak yeniliği teşvik edebilecek, malların ve hizmetlerin arzında teknik iyileşme ve gelişme sağlayabilecektir. Diğer yandan örneğin bir Ar&Ge yarışı gibi bazı istisnai durumlarda, firmaların kazananı önceden bilmeleri, maliyetli çabaların yinelenmesini önleyerek, geri dönüşü mümkün olmayan kaynakların israfını önleyebilecektir<sup>37</sup>.

Yine bir ortak üretim anlaşmasının hayata geçirilmesi için firmaların maliyet verilerini karşılıklı olarak paylaşmaları gerekmektedir. Bu tür durumlarda, bilgi değişimi önemli maliyet kazanımları sağlayabilmektedir.

#### vi) *Asimetrik Bilgi Piyasaları*

Normal şartlarda piyasa talebi müşterilere ilişkin bilgi içermemektedir. Bu durum klasik mal veya hizmet piyasalarında fazla bir önem taşımamaktadır. Ancak müşteri profiline yönelik olarak firmalar ve müşteriler arasındaki asimetrik bilginin yüksek olduğu, bankacılık ve sigorta gibi sektörlerde bu durum, yanlış seçimler ve ahlaki tehlike nedeniyle ciddi etkisizliklere ve piyasa başarısızlığına

<sup>35</sup> Kılavuz para. 57

<sup>36</sup> Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için Bkz. Sissonen (2006).

<sup>37</sup> Kılavuz para. 100



yol açabilmektedir. Bu nedenle bu tür piyasalarda müşteri verilerinin, söz gelimi temerrüde düşme durumlarının, kaza istatistiklerinin vb. bilgilerin paylaşılması önemli etkinlik kazanımları sağlamaktadır<sup>38</sup>. Örneğin bu tür bir bilgi değişimi düşük risk grubundaki müşterilerin belirlenmesini ve bunlara görece düşük fiyatların uygulanmasını mümkün kılabilir. Bu tür bilgilerin firmalar arasında paylaşıldığının farkında olan müşterilerde, risk görünümelerini düşürecek davranışlarına yönelme güdüsü oluşabilir<sup>39</sup>.

#### 1.4. DEĞERLENDİRME

Yukarıda yer vermeye çalıştığımız geniş iktisadi literatür, çok fazla muhtemel çözümün olduğu dinamik bir oligopolde, oyunun nasıl oynanacağına ilişkin olarak rakiplerin belirli bir ortak anlayışa varmalarının güçlüğüne göstermektedir. Firmaların stratejik belirsizlik olarak adlandırılan bu sorunu çözerek, gizli veya açık bir anlaşmaya varabilmelerinde, gelecekte uygulamayı planladıkları fiyatlar veya üretim miktarlarına yönelik tek taraflı veya karşılıklı iletişimin ve cari fiyatlar, satışlar, indirimler vb. stratejik verilerin değişiminin büyük önemi bulunmaktadır. Tekrarlanan oyunlarla yapılan deneysel çalışmalar da firmalar arasındaki iletişimin, fiyatları tekelci sonuçlara yaklaştırdığını ortaya koymaktadır.

Bir kez belirli bir ortak anlayış tesis edildiğinde ise rakipler arasındaki bilgi akışı, anlaşmadan sapmaları ve pazara girişleri daha kısa sürede ve daha kesin bir şekilde ortaya çıkarmayı sağlamakta, dolayısıyla daha sert ve caydırıcı cezalandırma stratejilerine imkân tanımaktadır. Bilginin güncelliği, bireyselliği ve değişim sıklığı arttıkça, rastgele *ateş etmek* yerine doğrudan *hilekârı* veya yeni gireni hedefleyen bir *misilleme* mekanizması geliştirmek de o derece mümkün olmaktadır. Rakipleri aldatmanın cazibesini ve pazara girişlerin etkinliğini azaltan bu durum, daha önce varılan açık veya örtülü bir anlaşmayı sürdürmeyi kolaylaştırmaktadır.

Diğer yandan rakipler arası bilgi değişimi ve piyasa şeffaflığı, firmaların üretim planlamalarını daha iyi yapabilmelerine, daha iyi bir dağıtım ağı kurmalarına veya kıyaslama gibi uygulamalar yoluyla son derece önemli maliyet tasarrufları sağlamalarına da imkân tanımaktadır. Bilgi değişimi sonucunda üretim, talebin yüksek olduğu piyasalara yahut düşük maliyetli firmalara kayabilmektedir. Bu şekilde kaynak dağılımının önemli ölçüde artması mümkündür. Şeffaf piyasalar kimi durumlarda potansiyel rakiplerin piyasaya girişte karşılaşılabilecekleri riskleri düşürebilmektedir. Aynı zamanda arama maliyetleri düşeceğinden, tüketicilerin belirli firmalara bağlı kalmaları önlenebilecek, daha iyi tercihler yapabilmeleri

<sup>38</sup> Bu konudaki çalışmalardan bazıları için bkz. Padilla ve Pagano (1997, 1999), Lin vd. (2010),

<sup>39</sup> Komisyon (2010, 13)

sağlanabilecek ve böylelikle piyasadaki rekabetin düzeyi de artabilecektir. Yine bilgi değişimi, asimetrik bilgiden kaynaklanan piyasa başarısızlıklarını gidermekte son derece etkindir.

Ne var ki asli hedef iktisadi etkinliğin sağlanması ve böylelikle toplumsal refahın artırılması iken, rakipler arası bilgi değişimi ve iletişimin nihai etkisinin ne yönde olacağı konusunda iktisat teorisi çok kesin test araçları sunabilmiş değildir. Bunun nedeni, pozitif ve negatif etkilerin, değiştirilen bilginin doğasının yanında ilgili piyasadaki oyuncu sayısı, piyasanın yoğunlaşma derecesi, rekabetin türü, ürünlerin niteliği, talebin durağanlığı gibi piyasanın kendine özgü niteliklerine göre değişebilmesidir. Örneğin toplulaştırılmış ve/veya *eski/tarihi* verilerin anlaşmayı kolaylaştırıcı etkisinin görece düşük olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle bu tür verilerin yaratacağı etkinlik kazanımlarının ağır basacağı düşünülebilir. Ancak bu durumda kuşkusuz, optimal toplulaştırma derecesinin ne olması gerektiği yahut kaç haftalık/aylık/yıllık bilginin *eski/tarihi* sayılabileceği gibi sorular akıllara gelebilecektir. Kaldı ki örneğin piyasa talebinin durağan olduğu bir dönemde, toplulaştırılmış veriler de pekâlâ anlaşmadan sapmaları tespiti yapabilir.

Yine piyasa şeffaflığı, bilgi değişimi ve iletişimin negatif etkilerinin, az sayıda firmanın faaliyet gösterdiği ve/veya görece yoğunlaşmış, homojen ürünlerin değişime konu olduğu piyasalarda ağır basacağı beklenmektedir. Ancak az sayıda firmadan kasıt nedir?<sup>40</sup> Yahut hangi durumda pazar, bilgi değişiminin pozitif etkilerini giderecek derecede yoğunlaşmış sayılabilir? İktisat yol gösterici nitelikte çeşitli çıkarımlara pekâlâ imkân tanımakla birlikte, bu soruların tamamı için iktisadi çalışmaların tek tip (*one size fit all*) yanıtlar vermesi mümkün değildir. Bununla birlikte rekabet otoritelerinin ve mahkemelerin gerçek davalarda ulaştığı sonuçları literatürün işaret ettiği çıkarımlarla karşılaştırarak, biraz daha aydınlatıcı politika önerileri getirmek mümkün olabilir. Bu nedenle önerilerimizi tezin sonuç bölümüne saklamayı uygun görüyoruz

<sup>40</sup> Örneğin Vives (2002), firma sayısı 10'dan fazla iken, bilgi değişimi sonucunda firmaların birlikte sahip oldukları toplam pazar gücünden kaynaklanan refah kaybının, bilgi değişiminin sağlayacağı refah artışından düşük olacağını belirtmiştir. Møllgaard ve Overgaard (2001, 2002) firma sayısı 5'ten azken, artan şeffaflığın rekabet üzerindeki etkisinin negatif olabileceğini göstermişlerdir. Peepkorn (1996)'ya göre, pazarda 4 veya daha az firma olduğu durumda anlaşma ihtimali 1 olacakken, 6 veya daha fazla firma varken bu ihtimal 0'a yaklaşacaktır.

## BÖLÜM 2

# ABD REKABET HUKUKUNDA TEŞEBBÜSLER ARASI BİLGİ DEĞİŞİMİ

### 2.1. GENEL BAKIŞ

Amerika Birleşik Devletlerinde (ABD), rakipler arası bilgi değişimi<sup>41</sup>, Sherman Yasası'nın ticareti ölçsüz derecede sınırlayan her türlü rekabeti kısıtlayıcı anlaşmayı yasaklayan 1. maddesi ve/veya FTC Yasası'nın 5. maddesi kapsamında ele alınmaktadır<sup>42</sup>. Bilgi değişimi çoğunlukla *haklı sebep (rule of reason)* yaklaşımıyla incelenerek sonuca bağlanırken bazı durumlarda “*per se*”<sup>43</sup> ihlaller gibi doğrudan yaptırıma tabi kılınabilmektedir (DOJ/FTC 2010, 2).

Aşağıda öncelikle Yüksek Mahkeme (YM) ve Temyiz Mahkemesi (TM) kararları ışığında ABD rekabet hukukunda genel olarak bilgi değişimi ve geleceğe yönelik fiyat duyurularına ilişkin içtihadın gelişimine yer verilecektir. Bunu ABD Adalet Bakanlığı (Departman Of Justice, DOJ) ve Federal Ticaret Komisyonu (Federal Trade Commission, FTC) tarafından yayımlanan rehberde bilgi değişimine ilişkin yer verilen hususlar izleyecektir. Son olarak DOJ ve FTC'nin bilgi değişiminin hangi hallerde kanuna uygun olduğuna yönelik bakış açısını yansıtan tavsiye niteliğindeki yakın tarihli çeşitli görüşler ile hukuka aykırı bilgi değişiminin yine DOJ ve FTC tarafından mahkemelere taşındığı çeşitli davalara ilişkin örnekler sunulacaktır.

<sup>41</sup> Anlatımda ve okumada kolaylığı sağlayabilmek bakımından, bu bölümden itibaren “bilgi değişimi” kavramı rakipler arasındaki mevcut veya geçmişe dönük verilerin ve gelecek planlarının paylaşılmasını ifade etmek için kullanılacaktır.

<sup>42</sup> Sherman Yasası'nın ihlali, Federal Ticaret Komisyonu Yasası'nın 5 inci maddesinin de ihlali olarak değerlendirilmektedir.

<sup>43</sup> Rekabet Terimleri Sözlüğü bu kavrama karşılık olarak “mutlak” ve “kesin” sözcüklerini önermekle birlikte, kullanımındaki yaygınlık ve karşılık olarak gösterilen sözcüklerin kimi durumlarda yeterli olmaması nedeniyle tez içerisinde orijinal hali tercih edilmiştir.

## 2.2. İÇTİHADIN TARİHSEL GELİŞİMİ

### 2.2.1. Genel Olarak Bilgi Değişimine İlişkin ABD Rekabet Hukuku İçtihadı

ABD’de bilgi değişiminin rekabet üzerindeki etkisine yönelik endişelerin ilk kez güçlü bir şekilde ortaya çıkması, teşebbüs birliği hareketinin hız kazandığı 1920’li yılların başına denk gelmektedir. Bu hareketin hız kazanmasında ise Arthur Jerome Eddy’nin 1913 tarihli “Yeni Rekabet” kitabının büyük etkisi olduğu kabul edilmektedir (Kühn ve Vives 1995, 59).

Eddy kitabında, bilinen şekliyle rekabetin, *en güçlüünün ayakta kalması* mantığına dayalı olduğunu belirterek, bunun insancıl olmamanın da ötesinde *insanlık dışı* olduğunu iddia etmiştir (Eddy 1913, 12). Bunun yanında Eddy’ye göre refahın üretimi ve dağıtımındaki *acımasız rekabet*, “*insanoğlunun girdiği mücadeleler arasında en aşağılık olanıdır*” (Eddy 1913, 12). Oysa yazara göre fiyatların herkes için adil olan seviyelerde tutulabilmesi gerekir ki bunun tek yolu işbirliğidir. Bu işbirliği için önerilen “açık fiyat politikası” ve “açık fiyat birlikleri” ise, yazarın, bugün modern dinamik teorinin ortaya koyduğu bir gerçeğin; gizli fiyat indirimlerini önlemede fiyatların karşılıklı olarak paylaşılmasının öneminin, şaşırtıcı derecede farkında olduğunu göstermektedir (Kühn ve Vives 1995, 60). Eddy, önerdiği politikanın teorik altyapısını şu şekilde açıklamaktadır:

*“Esasında fiyatları makul derecede durağan ve normal seviyelerde tutabilmek için gereken her şeyi, tekliflere ve fiyatlara ilişkin bilgi yapar.”*

Eddy’nin sezgisinin önemi, fiyat belirleme veya pazar paylaşımı için formel bir anlaşma yapmanın gerekmediğini görmüş olmasından kaynaklanmaktadır. Hatta tam tersine, Eddy bu tür anlaşmaların işe yaramadığını ve bu nedenle taraflar arasında güvensizliğe neden olduğunu belirtmektedir (Eddy 1913, 121). Bunun yerine, tercihen her bir firmanın bireysel fiyat ve miktar verilerinin paylaşılmasını önermektedir. Bu uygulamanın avantajı, Sherman Yasası’nı açık bir şekilde ihlal etmeden, arzulanana sonuçlara ulaşabilmesidir. Nitekim bu görüşün etkisiyle kereste üreticileri gibi çeşitli firmalar, Sherman Yasası’nı açıkça ihlal eden fiyat kontrolleri yerine, satışlar, üretim miktarları, maliyetler, sözleşmeler, üretim yöntemleri gibi bilgilerin paylaşımına yönelmiştir (Kühn ve Vives 1995, 62).

Bu gelişme özellikle teşebbüs birliği faaliyetlerini 1919 yılında Amerikan Ahşap Üreticileri Birliği (AAÜB) çatısı altında birleştiren ahşap endüstrisinde gözlenmiştir. Dönemin en büyük teşebbüs birliği olma özelliği taşıyan oluşum<sup>44</sup>, üyeler arasında aylık ve yıllık toplantılar düzenlemiş ve üyelerden aldığı bilgiler

<sup>44</sup> Birliğin üye sayısı 300’ün üzerindedir (Carrot 1970, 324).

çerçevesinde piyasa koşullarını analiz eden haftalık ve aylık raporlar yayımlamıştır. Üyelerden istenen bilgiler öylesine ileri gitmiştir ki, üyeler aylık normal, fiili ve tahmin edilen üretim ve stok verileri yanında; alıcının adını, satılan kerestenin türünü, satış mesafesini ve fiyatını da içeren ayrıntılı günlük satış raporlarını sunmuşlardır. Sunulan bu bilgiler, teşebbüs birliği yöneticisi tarafından üyelere aylık bültenler şeklinde dağıtılmıştır. (Carrot 1970, 324; Kühn ve Vives 1995, 62)

Bu durumu bir test fırsatı olarak gören DOJ, tarafların “Açık Rekabet Planı” olarak adlandırdığı bu tür bir bilgi değişimi anlaşmasının, fiyatların ve üretimin kontrolünü sağladığını, bu nedenle Sherman Yasası’nın ihlali olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur. Bölge Mahkemesi, DOJ’in görüşünü onaylamakla birlikte, ne tür bir bilgi değişiminin hukuka uygun veya hukuk dışı olduğunu açıklığa kavuşturmamıştır (Kühn ve Vives 1995, 63).

Temyiz talebi üzerine konu YM gündemine taşınmıştır<sup>45</sup>. YM taraflar arasındaki bilgi değişiminin amacı ve olası etkileri bakımından yaptığı değerlendirmede, değişime konu olan bilgilerin son derece ayrıntılı geçmiş verilerin yanında, gelecek için planlanan üretim miktarları ve talep tahminlerini de içermesi, bunun yanında teşebbüs birliğine bilgilerin doğruluğunu kontrol etmek için üyelerin defterlerinde ve stoklarında teftiş yetkisi tanınması, teşebbüs birliği tarafından yayımlanan raporların üyelere özel olması gibi hususları dikkate alarak, bilgi değişimini hukuka aykırı bulmuştur. Mahkemeye göre “... gerçek rakipler kendi işlerinin en ince detaylarını günlük, haftalık ve aylık olarak rakiplerine raporlamayacaklardır.” Üstelik Mahkeme kereste fiyatlarının son bir yıl içerisinde eşi görülmemiş derecede yükseldiğini de vurgulamıştır<sup>46</sup>. Bu fiyat artışları, bilgi değişiminin, AAÜB’ye politikasından sapan üyeleri belirleme ve cezalandırma imkanı veren kartel benzeri bir davranış olduğuna işaret eden delili olarak yorumlanmıştır. Bu bulgular ışığında Mahkeme, bilgi değişiminin Sherman Yasası’nın 1. maddesinde yasaklanan türden bir anlaşma olduğu sonucuna varmıştır (DOJ/FTC 2010, 5)<sup>47</sup>.

*Linseed* davasında<sup>48</sup>, YM bu kez 12 beziryağı üreticisinin 1918 yılından itibaren fiyat listelerinin, günlük satışlarının, fiyatlara ve koşullara ilişkin raporlarının ve aylık stok miktarlarının değişimini öngören bilgi değişimi anlaşmasını incelemiştir (Kühn ve Vives 1995, 64). Yaptığı değerlendirmede konunun *American Column* davasından farklılık arz etmediğini belirten<sup>49</sup>

<sup>45</sup> *American Column & Lumber Co. v. United States*, 257 US 377 (1921).

<sup>46</sup> A.g.k. s. 409-410.

<sup>47</sup> YM’ye göre rakipler arası kapsamlı bilgi değişimini öngören “açık rekabet planı”, esasen geçmiş günlerin centilmenler anlaşmalarının, kanunu dolanmak için ustaca tasarlanmış bir halidir (A.g.k. s. 411).

<sup>48</sup> *United States v. American Linseed Oil Co.*, 262 U.S. 371 (1923).

<sup>49</sup> A.g.k. s. 389.

Mahkeme, rakiplerin hangi koşullarda bilgi paylaşımına gidebileceklerine yönelik bir değerlendirmeye yine gitmemiş ancak somut olayda fiyat değişimi programının fiyatları sabitleme amaç ve etkisine sahip olduğu kararına vararak, davaya konu bilgi değişimini hukuka aykırı bulmuştur (DOJ/FTC 2010, 5).

Ancak 1925 yılına gelindiğinde, hükümet tarafından iki ayrı teşebbüs birliğine yönelik yürütülen soruşturmaların Mahkeme önüne getirildiği davalarda, YM'nin duruşunda önemli bir değişiklik olmuştur. Aynı gün karara bağlanan bu davalardan ilki *Maple Flooring*<sup>50</sup> davasıdır. Hükümete göre davalı Ahşap Parke Birliğinin 1916 ile 1921 yılları arasında asgari fiyat belirlemek suretiyle Sherman Yasası'nı ihlal ettiğinde şüphe yoktur. Hatta uygulama, anlaşmadan sapanlara öngörülen para cezası yoluyla güçlendirilmiştir. 1921 yılından itibaren ise birliğin taban fiyat belirleme uygulamasından vazgeçtiği; bunun yerine her bir üyenin kalite, çeşit ve derece bazlı haftalık toplam satış bilgilerini, teslim fiyatlarını, nakliye ücretlerini, ödenen komisyonları ve aylık stok ve teslim edilmemiş sipariş miktarlarını paylaşmasını içeren bir bilgi değişimi sistemi yürüttüğü iddia edilmiştir (Carrot 1970, 333-334; Kühn ve Vives 1995, 66).

Alt derece mahkemesinin *American Column* ve *Linseed* davalarıyla aynı yönde karar vermesine karşın, YM bu kararı iptal etmiştir. Mahkemeye göre değişime konu bilgiler fiyatlar ve miktarlara yönelik bir anlaşmaya imkân veriyor olsa dahi, firmaların bilgi değişimini bu tür bir amaçla kullandıkları ispat edilememiştir (Kühn ve Vives 1995, 66). Mahkeme kararını dört belirleyici etkene dayandırmıştır: İlk olarak, paylaşılan bilgi toplulaştırılmıştır ve geçmiş işlemlere ilişkin verileri yansıttığından tarihi niteliktedir. İkincisi, değişime konu bilgi kamuya açıktır ve davalıların alıcılarının %90-95 arası bir kesimi tarafından okunmaktadır. Üçüncüsü, bilgi değişimi gerçekte fiyat birlikteliğini sağlamamıştır. Son olarak, Mahkemeye göre paylaşılan verilerin “*üyelerin ürünlerine hızlı bir şekilde teslim fiyatı belirlemelerini sağlamaya yönelik kullanışlı ve hukuka uygun bir amacı bulunmaktadır*”<sup>51</sup> (DOJ/FTC 2010, 5).

YM kararında aynı zamanda, üyeler arasındaki bu tür bir bilgi değişiminin kamu yararına hizmet edeceğini de belirtmiştir. Mahkemeye göre bilgi değişimi “*ekonomik birimlerin rasyonel şekilde idare edilmemesinin kaçınılmaz olarak beraberinde getirdiği israfın önlenmesini*” sağlayabilecektir. Diğer yandan, “*sırf ticari işlemlere etki eden asli etkenler ile ilgili bilginin serbest dağıtımı sayesinde ticari operasyonların daha akılcı hale gelmesi, rekabeti daha az serbest bir hale getirmeyecektir*”<sup>52</sup> (DOJ/FTC 2010, 3).

<sup>50</sup> *Maple Flooring Association v. United States* 268 U.S. 563 (1925).

<sup>51</sup> A.g.k. s. 571.

<sup>52</sup> A.g.k. s. 582, 583.

Aynı gün karara bağlanan ikinci dava olan *Cement Manufacturers*'ta<sup>53</sup> da YM benzer bir karara varmıştır. Üyelerin teşebbüs birliğine iletmeleri gereken bilgiler arasında alıcıların isimlerinin de bulunduğu bütün sözleşmeler, projenin türü, sözleşme tutarı, fiyatlar, iptal edilen sözleşmeler, altmış günü aşan bütün hesaplar, bir önceki ayın üretim, nakliye ve stok miktarları bulunmasına ve birliğe ulaşan bu bilgilerin üyelere günlük olarak rapor edilmesine karşın, Mahkeme bilgi değişimi anlaşmasını hukuka aykırı görmemiştir. YM, kararında bu kadar detaylı bir bilgi değişiminin doğal olarak fiyat birlikteliğini sağlayabileceğini belirtmişse de, piyasada görülen fiyat paralelliğinin bilgi değişiminden kaynaklanmadığını vurgulamıştır<sup>54</sup>. Mahkemeye göre, üyeler arasındaki bilgi değişiminin amacı, satıcıların teklif sistemini manipüle etmelerini önlemektir ve bu yüzden Sherman Yasası ihlal edilmemiştir (DOJ/FTC 2010, 5).

Dolayısıyla 1925 yılı itibariyle YM'nin bilgi değişimine ilişkin yaklaşımı bu kararlarla netleşmiştir: Şayet bilgi değişimiyle amaçlanan doğrudan doğruya fiyatları veya miktarları belirlemek değil ise, bilgi değişiminin etkisi piyasada bir fiyat birlikteliği şeklinde kendisini gösterse dahi, bu tür bir bilgi değişimi hukuka uygundur<sup>55</sup>.

1960'lı yılların sonuna gelindiğinde ise, YM'nin bilgi değişimini değerlendirmedeki yaklaşımında önemli bir değişme olmuştur. Mahkeme vermiş olduğu bir dizi kararda, bu kez bilgi değişiminin amacından ziyade fiyatlar üzerindeki etkisine odaklanmış görünmektedir. Bu değişikliği yansıtan ilk dava, ABD'nin güneydoğusunda mukavva arzının %90'ını karşılayan 18 firmanın, oluklu nakliye kutuları ile ilgili belirledikleri veya uyguladıkları en güncel fiyatları birbirleriyle paylaşmalarının değerlendirildiği *Container Corporation*'dır<sup>56</sup>.

Dava çeşitli açılardan önemlidir. Öncelikle esasen taraflar arasında merkezi bir bilgi değişimi anlaşması bulunmamaktadır. Diğer yandan fiyat bilgileri düzenli bir şekilde de paylaşılmamıştır. Üstelik artan talebe karşın piyasaya girişler nedeniyle fiyatlar düşme eğilimi göstermektedir. Nitekim Mahkeme *Container Corporation*'ı “daha önce betimlediğimiz hiçbir fiyat kararına benzememekte” şeklinde nitelemiştir. Çünkü ortada “fiyat bilgilerinin değişimi vardır, fakat belirli bir fiyat planına bağlı kalmaya yönelik bir anlaşma [da] bulunmamaktadır...”<sup>57</sup> Buna karşın Mahkemeye göre, “fiyat, rekabeti sınırlamak için informal bir şekilde bile kullanılabilmesi nedeniyle, çok kritik ve çok hassastır”. Bu nedenle YM, ürünün talep esnekliğinin düşük, yoğunlaşmanın oldukça yüksek ve asli rekabetin fiyatlar üzerinde olduğu<sup>58</sup> bir endüstride, en

<sup>53</sup> *Cement Manufacturers Protective Association v. United States*, 266 U.S. 588 (1925).

<sup>54</sup> A.g.k. s. 603-606.

<sup>55</sup> Bu yönde bir başka karar için bkz. *Sugar Institute v. United States*, 297 U.S. 553, (1936).

<sup>56</sup> *United States v. Container Corporation of America*, 393 U.S. 333 (1969).

<sup>57</sup> A.g.k. s. 334.

<sup>58</sup> 6 firma toplamın pazarın %60'ını kontrol etmekteydi (Kühn ve Vives 1995, 67).

güncel fiyat bilgilerinin paylaşılmasının “*fiyat rekabeti için gayretleri dondurmak suretiyle, rekabete aykırı bir etkiye sahip olduğu*”<sup>59</sup> sonucuna ulaşmıştır. Zira rakipler arasındaki bilgi değişimi, somut olayda rakiplerin fiyatları arasında yeknesaklığa da yol açmıştır. Bu tespitler doğrultusunda taraflar arasındaki bilgi değişiminin hukuka aykırı olarak fiyatları sabitlediğine ve böylelikle Sherman Yasası’nın 1. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. (Kühn ve Vives 1995, s. 67; ABA 2007, 93-94).

Mahkeme *Gypsum*<sup>60</sup> davasında önceki kararını aydınlatmış ve bilgi değişiminin değerlendirilmesinde ilave rehberlik sağlamıştır. YM kararında öncelikle, fiyat verisinin ve diğer bilgilerin rakipler arasında değiştirilmesinin, her durumda rekabeti azaltmayacağını; aslında tam tersine, belirli koşullar altında iktisadi etkinliği ve rekabeti artırabileceğine dikkat çekmiştir. Bu şekilde, teşebbüslerin bilgi değişimini gerçekleştirilmelerindeki amaçları saklı kalmak kaydıyla, bizzat bilgi değişiminin her koşulda ihlal olarak değerlendirilemeyeceğini ortaya koymuştur<sup>61</sup>. Böylelikle Mahkeme *per se* ihlalleri, “*toplumsal olarak kabul edilebilir ve gerekçelendirilebilir ticari davranışların gri bölgesinden*”<sup>62</sup> ayırmıştır. Bilgi değişiminin rekabet üzerindeki olumlu ve olumsuz etkilerinin değerlendirilmesinde, ilgili piyasanın yapısının ve değişime konu bilginin doğasının göz önünde bulundurulması gereğinin altını çizmiştir. Bu çerçevede Mahkeme, cari fiyat bilgilerinin değişiminin, özellikle oligopolistik piyasalarda rekabeti önemli ölçüde azaltıcı potansiyele sahip olduğunu, bu nedenle her ne kadar *per se* kanun dışı sayılmasa da, istikrarlı şekilde Sherman Yasası’nın ihlali olarak değerlendirildiğini vurgulamıştır<sup>63</sup>(DOJ/FTC 2010, 6).

*Container Corporation* ve *Gypsum* kararları, fiyat bilgilerinin rakipler arasında değişiminin hukuka uygun kabul edilebileceği koşullara sınır getirmiştir. YM’nin çizdiği sınırlar, ilerleyen dönemde alt derece mahkemelerince de kararlarına dayanak teşkil etmiştir<sup>64</sup>. Ancak YM’nin içtihadı, teşebbüsler arasındaki her türlü bilgi değişiminin hukuka aykırı olarak değerlendirilemeyeceğini de

<sup>59</sup> A.g.k. s. 337.

<sup>60</sup> *United States v. U.S. Gypsum Co.*, 438 U.S. 422 (1978).

<sup>61</sup> A.g.k. s. 441- 443.

<sup>62</sup> A.g.k. s. 441.

<sup>63</sup> A.g.k. s. 443, dn. 16, 457.

<sup>64</sup> Bu yöndeki kararlardan bazıları için bkz. *King & King Enterprises v. Champlin Petroleum Co.* 657 F.2d 1147 (10th Cir. 1981) (fiyatları sabitleme amacıyla fiyat bilgisi değişimi, rekabet yasalarını ihlal eder); *Flav-O-Rich, Inc. V. North Carolina Milk Commission et al*, 593 F. Supp. 13, (E.D.N.C. 1983) (geçerli bir hukuki zorunluluk savunması yokken; yoğunlaşmanın yüksek, ürünün kısa ömürlü ve talebin gayri esnek olduğu bir endüstride, fiyat bilgisi değişimi hukuka aykırıdır.); *United States v. Petty*, 1994-2 Trade Cas. (CCH) ¶ 70.797 (C.D. III. 1994) (iki atık yönetimi işleticisinin, ücretlerini kamuya açıklamadan önce birbirleriyle ve diğer işleticilerle paylaşmalarının yasaklanmasına ilişkin taahhüt kararı); *United States v. Nagel Motors*, 1995-2 Trade Cas. (CCH) ¶ 71.257 (D. Wyo. 1994) (otomobil kaporta tamir atölyelerinin fiyatlar ve fiyat listeleri değişimlerinin yasaklanmasına ilişkin taahhüt kararı) (ABA 2007, 94-95).



göstermektedir. Örneğin gizli veya açık bir fiyat belirleme anlaşmasının parçası olmayan bir bilgi değişimi, fiyatlar üzerinde rekabete aykırı bir etki göstermesinin mümkün olmadığı<sup>65</sup>; yahut yapılan *haklı sebep* analizinde, rekabete aykırı nitelikte olası etkileri giderecek yasal bir ticari amacının bulunduğu ortaya konulabildiği takdirde<sup>66</sup>, uygulanmaya devam edilebilecektir. Yine genel bir kural olarak, fiyat bilgisi değişimine kıyasla, maliyetlere ilişkin bilgilerin paylaşılmasının daha düşük bir risk içerdiği kabul edilmekle birlikte, rekabeti sınırlamaya yönelik bir niyetin veya fiyat anlaşmasını kolaylaştırıcı güçlü bir etkinin varlığında, bu tür bir bilgi değişimi de yasaklanabilecektir (ABA, 2007, 95,96)<sup>67</sup>. ABD rekabet hukuku içtihadı, bu yönde hatırı sayılır sayıda kararlar içermektedir<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> Bkz. *Continental Cablevision v. American Electric Power Co*, 715 F.2d 1115 (6th Cir. 1983) (davalılar doğrudan rakip olmadığından, direktlere eklenme fiyatlarına ilişkin bilginin paylaşılması *per se* yasak olmadığı gibi ticareti ölçsüz derecede sınırlandırmamaktadır.); *Wilcox v. First Interstate Bank*, 815 F.2d 522 (9th Cir. 1987) (pirim oranlarının açıklanması rakiplerin fiyat belirleme anlaşmalarına imkân vermemektedir ve rekabet kanunlarının ihlali olarak değerlendirilmesini gerektirmez.); *In re Baby Food Antitrust Litigation*, 166 F.3d 112 (3d Cir. 1999) (rakip bebek maması üreticilerinin satış temsilcileri arasında fiyat bilgilerinin paylaşılması, fiyatları belirlemeye yönelik bir anlaşma kurulabilmesi için yeterli değildir.) (ABA 2007, s.95, dn. 542).

<sup>66</sup> Bkz. *Supermarket of Homes v. San Fernando Valley Bd. of Realtors*, 786 F.2d 1400 (9th Cir. 1986) (bir anlaşmaya işaret eden “*artı faktörlerin*” yokluğunda, fiyat bilgilerinin yayımlanması *haklı sebep* altında yargılanır.); *Zoslaw v. MCA Distribution Corp.*, 693 F.2d 870 (9th Cir. 1982) (perakendecilerin kredi geçmişlerinin ve kredi hesap dengelerine ilişkin bilginin paylaşılması, kredi koşullarını belirlemeye yönelik bir anlaşmanın yokluğunda, fiyat belirleme değildir.); *L.C.L Theatres v. Columbia Pictures Inds.*, 421 F. Supp. 1090 (N.D. Tex. 1976) (dağıtıcıların gelirlerini hileli olarak düşük bildirmelerini engellenebilmek için yapılan fiyat bilgisi değişimi, ürünün misli olmadığı, talebin esnek ve temel rekabetin fiyatlar yerine kalitede olduğu bir piyasada, rekabet ihlali değildir.) (ABA 2007, s.95, dn. 542).

<sup>67</sup> Bkz. *Todd v. Exxon Corporation*, 275 F.3d 191, (2d Cir. 2001) (14 şirket petrol ve petrokimya endüstrisindeki toplam istihdamın %80 ile %90 arasını karşılarken, alt derece mahkemesinin bu şirketler arasında ücret bilgilerinin değişimine ilişkin şikayeti reddeden kararı iptal edilmiştir.); *Fears v. Wilhemnia Model Agency*, 2004-1 Trade Cas. (CCH) ¶ 74351 (S.D.N.Y. 2004) (fiyat belirleme iddiası ileri sürülmekteyken, bilgi değişimi antitrist değerlendirmesi gerektirir (ABA 2007, s.96, dn. 546)

<sup>68</sup> Bu yöndeki diğer kararlardan bazıları için bkz. *United States v. Citizens & Southern National Bank*, 422 U.S. 86 (1975) (fiyat bilgilerinin açıklanması, Sherman Yasası’nın *per se* ihlali değildir); *In re Beef Industry Antitrust Litigation*, 907 F.2d 510 (5th Cir. 1990) (fiyat bilgisinin değişimi, fiyatları belirlemeye etki eden faktörlerden yalnızca biri ise ihlal yoktur.); *In re Citric Acid Litigation*, 191 F.3d 1090 (9th Cir. 1999) (teşebbüs birliğinin rakip üreticilerle ilgili bilgi toplaması ortada bir anlaşma bulunduğu yönündeki bir çıkarımı desteklemez. Zira tek başına bu tür faaliyetlerden rekabeti kısıtlayıcı anlaşma sonucuna ulaşılması, teşebbüs birliklerinin her türlü faaliyetlerinin rekabeti kısıtlayıcı olduğu sonucuna götürür.); *United States v. General Motorss Corp.*, 1974-2 Trade Cas. (CCH) ¶ 75.253 (E.D. Mich. 1974) (kamuya yönelik fiyat değişimi duyurularını yasaklamak, güçlü fiyat rekabetinin yasal bir parçasını önleme sınırına yaklaşıtır.) (ABA 2007, s.95, dn. 542).

## 2.2.2. Geleceğe Yönelik Fiyat Duyurularına İlişkin ABD İctihadı

ABD Mahkemeleri, firmaların gelecekte uygulamaya koyacakları fiyatlara ilişkin olarak yaptıkları duyuruları hukuka aykırı ilan etmek konusunda, çoğu zaman isteksiz olmuşlardır. Bunun nedeni, 1. Bölüm’de de yer verildiği üzere, bu tür duyuruların kamuya yönelik olması halinde alıcılar/tüketiciler için potansiyel faydalar taşımasıdır. Hal böyleyken, geleceğe yönelik fiyat duyurularına ilişkin ABD içtihadı, olumlu etkilere sahip fiyat duyuruları ile anlaşma sağlama ihtimali yüksek olanlar arasında ayırım yapılabilmesini sağlayacak kurallar geliştirmeye çalışmıştır (Kühn ve Vives 1995, 68).

Bu konuda karara bağlanan davalardan ilk olarak göze çarpanı 1936 tarihli *Sugar Institute*’tür<sup>69</sup>. Şeker Enstitüsü ABD rafine şeker üretiminin %70-80’ini üreten 15 firmanın kurduğu bir teşebbüs birliğidir. Birlik tarafından yürürlüğe konulan etik kuralları, firmaların uygulayacakları fiyatları önceden duyurmalarını ve duyurulan fiyatlar üzerinden indirim yapmama kararlarını öngörmektedir. Birliğe üye firmaların önceden yaptıkları fiyat duyuruları açık bir motife sahiptir. Üyelerden biri fiyat artışı istediğinde, belirli bir tarihte geçerli olacak yeni fiyatlarını müşterilerine ve rakiplerine duyurmakta, o tarihe kadar da müşterilerin eski fiyatlardan satın almaya devam edebileceği bir geçiş süreci tanımaktadır. Şayet diğer üreticiler bu duyuruya kendi fiyatlarını artırarak karşılık vermezler ise, açıklanan yeni fiyat listesi geri çekilmektedir<sup>70</sup> (Kekevi 2003, 14; Kühn ve Vives 1995, 68).

Hükümet, yapılan bu fiyat duyurularının, fiyatları anlaşmalı bir şekilde yükseltmenin bir aracı olduğunu iddia etmiştir. Teşebbüs birliği ise geleceğe yönelik fiyat duyuruları sayesinde alıcıların satın alma kararlarını öne çekerek fiyat artışlarından kaçınabilmelerinin sağlandığı, bu bakımdan uygulamanın alıcıların yararına olduğunu savunmuştur (Kühn ve Vives 1995,68). YM bu görüşlerin ikisine de itibar etmemiştir. Mahkemeye göre ortada bir ihlal vardır; ancak ihlalin nedeni önceden yapılan fiyat duyuruları değil, teşebbüs birliğinin firmaların açıkladıkları fiyatlara bağlı kalmalarını garanti ederek gizli fiyat indirimlerini engellemesidir<sup>7172</sup>.

Değinilmesi gereken bir başka önemli dava 1984 tarihli *Ethyl*’dir<sup>73</sup>. Davanın temelini, FTC tarafından vuruntu önleyici katkı maddesi üreticisi dört şirkete karşı yürütülen inceleme oluşturmaktadır. Vuruntu önleyici bileşen piyasası

<sup>69</sup> *Sugar Institute v. United States*, (297 U.S. 553) (1936).

<sup>70</sup> A.g.k. s. 579-580.

<sup>71</sup> A.g.k. s. 601.

<sup>72</sup> Bu dosyanın ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz. Genesove ve Mullin (2001).

<sup>73</sup> *E.I. du Pont de Nemours & Co. v. FTC*, 729 F.2d 128, 140-41 (2nd Cir. 1984).

son derece yoğun, değişime konu ürün homojen ve batık maliyetler ile mevcut fazla kapasite nedeniyle piyasaya giriş engelleri oldukça yüksektir. Bu bakımdan piyasa oligopolistik piyasaların bütün temel özelliklerini barındırmaktadır. Üstelik ürünün talep esnekliği de düşüktür. Buna karşın, FTC yaptığı incelemede, pazardaki aşırı kârın; aynı tarihlerde ve aynı oranlarda yapılan fiyat artışlarının; üretim tesislerinin ülkenin farklı bölgelerinde konuşlanmasına karşın, bütün şirketlerce aynı bölgeler için aynı fiyat listeleri uygulanmasının; tek başına oligopolistik bağımlılıkla açıklanmasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşmıştır. FTC'ye göre pazardaki etkin fiyat rekabeti eksikliği, söz konusu şirketlerce teslim fiyatlandırması ve en çok kayırılan müşteri şartı uygulanması, fiyat artışlarının sözleşmelerle belirlenen 30 günlük süreden daha önce müşterilere ve kamuya duyurulmasından kaynaklanmaktadır (Hay 1999, 190-192).

FTC'ye göre bu tür bir piyasa yapısında, tek taraflı olarak uygulamaya konulan kolaylaştırıcı eylemlere dahi, yarattıkları karşılıklı bağımlılık nedeniyle müdahale edilmelidir (OECD 2008, 116). Bu çerçevede sayılan uygulamaların FTC Kanunu'nun haksız rekabet yöntemlerini (*unfair methods of competition*) yasaklayan 5. maddesine aykırı olduğuna karar vererek en büyük iki şirket olan du Pont ve Ethyl'in fiyat artışlarını 30 günden daha önce duyurularını yasaklamıştır<sup>74</sup>.

FTC'nin bu kararına itiraz üzerine konuyu inceleyen TM (2. Daire), gizli bir anlaşmanın ispatlanamadığı bir durumda, oligopolistik pazarlarda bu tür davranışların yasaklanabilmesi için, en azından: (i) ilgili tarafın niyetinin veya amacının rekabete aykırı olduğunun, ya da (ii) bu davranışın haklı bir hukuki veya ticari amacı olmadığını gösterilmesi gerektiğini vurgulamıştır.<sup>75</sup> Ancak Mahkeme bu davranışların, Ethyl'in henüz pazardaki tek oyuncu olduğu, yani pazarda herhangi bir rekabetin olmadığı dönemde dahi uygulanmakta olduğunu, daha sonra pazara giren teşebbüslerin de bu uygulamaları veri kabul ederek benimsediğini belirtmiştir.

Mahkeme, tarafların önceden yaptıkları fiyat duyuruları yoluyla, alıcıların satın alma kararlarına yardımcı olmayı hedefledikleri ve ürünün niteliği ve pazarın yapısı dikkate alındığında, fiyat benzerliğinin doğal karşılanması gerektiği yönündeki iddialarını da inandırıcı bulmuş görünmektedir. Bu bakımdan Mahkemeye göre, FTC'nin önesürdüğü şekliyle uygulamaların rekabeti kısıtlamayı amaçladığı yahut haklı bir ticari gerekçesinin olmadığı iddiaları yersizdir. Kaldı ki Mahkemeye göre küçük oyuncular tarafından liste fiyatları üzerinden yapılan indirimler nedeniyle pazardaki efektif fiyatlar FTC'nin belirttiği kadar tek tip olmadığı gibi, FTC uygulamaların pazardaki rekabeti önemli derecede azalttığı

<sup>74</sup> A.g.k. s. 140-141.

<sup>75</sup> A.g.k. s. 139.

iddiasını ispatlamakta da başarılı olamamıştır. Bu nedenlerle FTC'nin kararı iptal edilmiştir (Hay 1999, 196-199; Kekevi 2003, 23-24; OECD 2008, 245-247) .

Önceden yapılan fiyat duyuruları konusu 1990 yılında, bu kez bir özel hukuk davasında yerel mahkemenin davalı petrol şirketleri lehine verdiği kısa karara (*summary judgment*)<sup>76</sup> yapılan itiraz üzerine TM önüne gelmiştir. *Petroleum Products*<sup>77</sup> davasında davacılar, büyük petrol şirketlerinin benzinin toptan ve pompa satış fiyatını yükseltmeye yönelik bir anlaşma içerisinde olduklarını iddia etmişlerdir. Davacılar göre, petrol şirketlerinin bunu sağlamak için kullandıkları yöntem, depo satış fiyatlarını ve bu fiyatlardan bayilere yapılan indirimleri basın bültenleriyle ve diğer şekillerde rakiplerine duyurmak yoluyla, bayilere yapılan indirimlerin koordine edilmesidir<sup>78</sup>. Kimi zaman bu duyurular, fiyatlar henüz yürürlüğe girmeden önce yapılmıştır (Hay 2000, 118,119). Bunun yanında fiyatlar, genellikle yaklaşık üç ile on bir hafta arasında değişen indirim dönemlerinin ardından, yaklaşık bir ile dört hafta arasında değişen sürelerde oldukça keskin artışlara sahne olmuştur. Haftadan haftaya gerçekleşen fiyat değişiklikleri oldukça yüksek olduğundan, fiyatlar “zikkzaklı” bir motif göstermiştir<sup>79</sup> (Kekevi 2003, 26).

Davalılar fiyatlardaki bu zikkzaklı motifin karşılıklı bağımlılıktan kaynaklandığını ve fiyat liderliği ile açıklanabileceğini öne sürmüşlerdir. Fiyat duyurularının ise kamuya açık yapılması nedeniyle, bir anlaşma iddiasına dayanak teşkil edemeyeceğini savunmuşlardır. Mahkeme tek başına oligopolistik fiyatlama davranışının Sherman Yasası'nın ihlali olarak değerlendirilemeyeceğini kabul etmiştir. Bununla birlikte Posner (1976, 146)'ın “*bilgi değişiminin şekli – ister teşebbüs birlikleri aracılığıyla, ister Container Corporation'daki gibi gizli, isterse kamuya yönelik fiyat değişimi duyuruları ile olsun- hukukiliğinin değerlendirilmesinde belirleyici olmamalıdır*” görüşüyle hemfikir olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre sektörel yayınların kullanılması, pekâlâ rakipler arası doğrudan temasa ikame olabilir. Öte yandan Mahkeme, (i) değişimin fiyatları belirlemeye yönelik açık veya gizli bir anlaşmanın varlığına işaret etmesi; ya da (ii) değişimin açık veya gizli bir anlaşmaya uygun olarak yapılması halinde, bilgi değişiminin bir ihlalin varlığını kanıtlamak için ikincil nitelikte bir delil vasfı taşıdığını vurgulamıştır. Bu koşulların varlığında, bilgi değişimi *per se* ihlaller gibi değerlendirilecektir<sup>80</sup>.

<sup>76</sup> Kısa karar, davalıların talebi üzerine hâkimin, ortaya konulan iddialarla ilgili olarak jürinin değerlendirebileceği maddi gerçeklerin bulunmadığı kanaatine varması halinde, herhangi bir duruşmaya gerek görmeksizin davayı reddetmesidir.

<sup>77</sup> *In re Coordinated Pretrial Proceedings in Petroleum Products Antitrust Litigation*, 906 F.2d 432, (9th Cir. 1990)

<sup>78</sup> A.g.k. s. 436-437.

<sup>79</sup> A.g.k. s. 442.

<sup>80</sup> A.g.k. s. 447.

Nitekim Mahkemeye göre somut olayda sektörel yayınlar aracılığıyla kamuya açık bir şekilde değiştirilen depo satış fiyatı bilgisi, yalnızca petrol şirketlerinin ve bunların anlaşmalı bayilerinin işine yarayabilecek niteliktedir. Sonuçta anlaşmalı bayiler, diğer firmaların fiyatları ne olursa olsun, yalnızca kendi sağlayıcılarından ürün temin edebileceklerdir. Üstelik tüketiciler de yalnızca pompa satış fiyatıyla ilgilenmektedir. Mahkeme aynı zamanda, indirim dönemlerinin ardından fiyatları yeniden yükseltme çabalarının başarılı olabilmesi için belirsizliğin giderilmesinin önemine dikkat çekmiştir. Bu bakımdan Mahkeme, somut olayın koşullarını dikkate alan bir jürinin, paralel fiyatlandırma davranışıyla birlikte gerçekleştirilen fiyat bilgisi değişiminin varlığında, taraflar arasında fiyatlar konusunda açık veya gizli bir anlaşma olduğuna yönelik bir çıkarıma ulaşabileceğine karar vermiştir.<sup>8182</sup>

Önceden yapılan fiyat duyurularına ilişkin olarak yer vereceğimiz bir başka karar, konunun nasıl ele alınması gerektiğine yönelik olarak pek çok yazar tarafından “ders kitabı” niteliğinde görülen *Airline Tarif Publishing Company (ATP)*’dir<sup>83</sup>. ATP en büyük sekiz ABD havayolu şirketince kurulan bir ortak girişimdir. Bu şirketlerden fiyat bilgilerini toplamakta ve bu bilgileri en fazla bir gün gecikmeyle havayolu şirketlerine ve seyahat acentelerinin bilgisayar rezervasyon sistemlerine aktarmaktadır (DOJ/FTC 2010,14; Kekevi 2003, 26; Kühn ve Vives 1995, 69). Bu şekilde ATP, bir yandan şirketlerin fiyatlarını tüketicilere duyurmalarını sağlarken, diğer yandan rakiplerinin fiyatlarını hızlı bir şekilde gözleme ve bu fiyatlara ya kendi fiyatlarını ya da belirli fiyatlara tanıdıkları koltuk sayılarını değiştirerek tepki verebilmelerini mümkün kılmaktadır. Ancak ATP’nin esas önemi, “ucuz konuşma” için etkin bir araç oluşturmasından kaynaklanmaktadır. Bunun nedeni, kurulan karmaşık sistem sayesinde tüketicilere karşı herhangi bir taahhüt altına girmeksizin, firmaların belirli bir eylemi “tartışabilmeleri” ve anlaşmalı sonuçlara varabilmeleridir (Kühn 2001, s. 185; Møllgaard ve Overgaard 2007, 15).

Sistem şu şekilde işlemektedir: Firmalar belirli bir hat için geçerli olan fiyatlar üzerinden hangi tarihe kadar bilet kesilebileceğini, bu fiyatın yanına ekledikleri “Son Biletleme Tarihi” (Last Ticketing Day, LTD) ile duyurmaktadırlar. Yine belirli bir hat için öngördükleri yeni fiyatların geçerli olacağı tarihi ise “İlk Biletleme Tarihi” (First Ticketing Day, FTD) ile bildirmektedirler. Dolayısıyla LTD, bu tarihten sonrası için mevcut fiyatlar üzerinden bilet satışını önlerken,

<sup>81</sup> A.g.k. s. 448.

<sup>82</sup> Benzer bir karar için Bkz *In e Flat Glass Antitrust Litigation*, 385 F.3d 350. Kararda TM, cam üreticilerinin üst düzey yöneticileri arasındaki fiyat bilgisi değişimini, anlaşmaya işaret eden diğer koşulların yanında bir “artı faktör” olarak değerlendirmiş ve jürinin buradan yola çıkarak taraflar arasında fiyat belirlemeye yönelik gizli bir anlaşma olduğu sonucuna ulaşabileceğini belirtmiştir.

<sup>83</sup> *United States v. Airline Tarif Publishing Co.*, 1994-2 Trade Cas. (CCH) ¶ 79.687 (D.D.C. 1994)

FTD ise açıklanan tarihe kadar yeni fiyatlardan bilet kesilmesini önlemektedir. Ancak esasında ne FTD'nin ne de LTD'nin bir bağlayıcılığı bulunmaktadır. Örneğin açıklanan bir fiyat, bu fiyat için belirlenen FTD henüz gelmeden geri alınabilmektedir. Benzer şekilde mevcut bir fiyat için belirlenen LTD ertelenebilmektedir (DOJ/FTC 2010,14; Kekevi 2003, 26).

Sistem bu haliyle, belirli bir fiyat üzerinde uzlaşma sağlanıncaya kadar firmalar tarafından teklif ve karşı tekliflerin sunulduğu bir forum niteliğindedir (Stucke 2005, 84). Örneğin belirli bir hat için uygulanan indirimli biletten hoşnut olmayan bir firma bu bilet için bir LTD açıklamaktadır. Yeni fiyata ilişkin teklifini ise bu fiyat için bir FTD ile birlikte sunmaktadır. Bu şekilde tüketicilere karşı hemen hiçbir taahhüt altına girilmeksizin, rakiplere düşünebilmeleri için zaman tanınmaktadır. Şayet rakipler önerilen fiyat artışını izlemezerse, ya fiyat artışı geri alınmakta ya da rakiplere ilave süre tanımak bakımından FTD ileri bir tarihe ertelenmektedir. Rakipler tarafından farklı fiyat açıklamaları yapılırsa, ilk olarak açıklanan fiyatlarda düzeltmeye gidilmektedir. Fiyatlar ancak karşılıklı duyurular eşleştiği takdirde uygulanmaktadır. Son tahlilde konuşma ucuzdur, çünkü açıklanan fiyatlar üzerinden herhangi bir satış gerçekleştirilmediğinden, koordinasyon sağlanana kadar yüksek fiyatlar nedeniyle herhangi bir satış kaybı riski alınmamaktadır (Kühn 2001, 185; Møllgaard ve Overgaard 2007, 15).

DOJ şirketler aleyhine açtığı davada, fiyat duyurularının bizatihi *per se* bir ihlal olmadığını, ancak kurulan bu sistemin firmalar arasında fiyat belirlemeye ve rekabeti kısıtlamaya yönelik bir anlaşmanın delili olduğunu savunmuştur. Müşteriler için gerçekte uygulamaya girmeyen fiyat duyurularını ve düzeltmelerini, rakipler arasındaki doğrudan fiyat görüşmelerine eşdeğer bir kanıt olarak sunmuştur. Üstelik DOJ'e göre FTD ve LTD ile birlikte yapılan fiyat duyuruları tüketiciler için fayda sağlamadığı gibi, tam tersine tüketicilerin seyahat planlaması yapabilmelerini de zorlaştırmıştır. Firmalar suçlamaların hiçbirini kabul etmemekle beraber, dava firmaların DOJ tarafından sunulan tedbirleri kabul ettiği bir taahhüt kararıyla (consent decree) sonuçlanmıştır. Taahhüt kararı uyarınca FTD uygulaması sona erdirilmiş, LTD ise yalnızca indirimli biletler için geçerli olacak şekilde kullanılmaya başlanılmıştır (Borenstein 1999, 322-326; Gilespie 1995, 12-13; Hay 2000, 120-121; Kekevi 2003, 26-27; Kühn ve Vives 1995, 71).

ATP dosyası, rakipler arası bilgi değişimi ve iletişimin rekabet üzerindeki etkilerine ilişkin olarak 1. Bölüm'de yer verdiğimiz açıklamaların çok somut bir örneğidir. Kurulan sistem sayesinde firmalar (i) geleceğe yönelik fiyat artışları, kısıtlamalar ve indirimli biletlerin elimine edilmesi hakkında etkin bir şekilde iletişim kurabilmişler, (ii) henüz uygulamaya girmeyenler dâhil olmak üzere

diğerleri tarafından bilet fiyatlarında yapılan değişiklikleri izleyebilmişler, (iii) farklı alt pazarlarda önerilen fiyat değişiklikleri arasında bağlantı kurarak, yeni fiyat değişiklikleri önerebilmişler, (iv) birbirlerinin fiyatlamaları ile ilgili belirsizlikleri gidermişlerdir. Bu şekilde çoğu zaman *ucuz konuşma* niteliğindeki önceden yapılan fiyat duyuruları, firmaların fiyatlamalarıyla ilgili stratejik belirsizliği gidermelerine ve böylelikle açık bir fiyat anlaşması yapmaksızın, anlaşmalı dengelere ulaşabilmelerine imkân tanımıştır (DOJ/FTC 2010, 14). Diğer yandan ATP sayesinde her türlü önemli fiyat değişikliği rakipler tarafından çok hızlı bir şekilde takip edilebildiğinden, anlaşmalı fiyat üzerinden hile yaparak elde edilebilecek yararlar (hile yapmanın *cazibesi*), yüksek fiyat belirlemenin avantajları karşısında görece düşük kalmıştır (Gilespie 1995, 8-9; OECD 2001, 28-29).

### 2.3. REKABET OTORİTELERİNİN UYGULAMALARI

#### 2.3.1. Rakipler Arasındaki İşbirliklerine İlişkin DOJ/FTC Antitröst Rehberi

2000 yılında DOJ ve FTC, aralarında bilgi değişiminin de bulunduğu rakipler arası çeşitli şekillerdeki işbirliklerine ilişkin olarak *Rakipler Arasındaki İşbirliklerine İlişkin DOJ/FTC Antitröst Rehberi* (Rehber) yayımlanmıştır. Rehber'in ilgili bölümleri FTC ve DOJ'in rekabete hassas bilgi değişimine neden olabilecek bir işbirliğini nasıl değerlendirdiğine, bu değişimler nedeniyle oluşabilecek rekabetçi risklerin düşürülmesine yönelik alınabilecek tedbirlere ve antitröst sorumluluğundan kurtulabilecek güvenli bölgelerde kalan bilgi değişimlerine ışık tutmayı amaçlamaktadır (DOJ/FTC 2010,6).

Rehber'in bilgi değişimine özgü açıklamalarına geçmeden önce, bilgi değişimi de dâhil olmak üzere rakipler arası işbirliklerinin değerlendirilmesine ilişkin temel yaklaşımını kısaca aktarmakta fayda görülmektedir. Rehber doğrudan doğruya fiyatları belirlemeye, üretimi sınırlamaya, ihalelerde danışıklı hareket etmeye veya pazar paylaşımına yönelik anlaşmaların *per se* yasak sayıldığını hatırlatmakta ve bu tür anlaşmaların varlığında, mahkemelerin tarafların amacını veya anlaşmaların rekabet üzerindeki etkilerini araştırmadıklarını vurgulamaktadır<sup>84</sup>. *Per se* yasak olarak nitelenmeyen anlaşmalar ise rekabet üzerindeki nihai etkisinin tespiti bakımından *haklı sebep* yaklaşımı altında incelenecektir<sup>85</sup>.

<sup>84</sup> Bununla birlikte belirli koşulların varlığında, *per se* yasak türden nitelenebilecek bazı anlaşmalar dahi FTC ve DOJ tarafından *rule of reason* analizi kapsamında incelenebilecektir (Rehber s. 8)

<sup>85</sup> Rehber s. 10.

*Haklı sebep* analizi en basit haliyle, ilgili anlaşmanın yokluğuna kıyasla, bu anlaşmanın varlığında rekabetin durumunun değerlendirilmesidir. Temel soru, ilgili anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı bir etkisinin bulunup bulunmadığıdır. Bu soruya yanıt ararken ilgili anlaşmanın doğası ve tarafların pazar gücüne odaklanılmaktadır. Şayet bu iki unsur, anlaşmanın rekabete aykırı etki yaratmadığı veya yaratmayacağına işaret etmekteyse, bu durumda inceleme sonlandırılmaktadır.<sup>86</sup> Ancak anlaşma rekabete aykırı bir etki yaratmışsa veya yaratma ihtimali varsa, bu kez anlaşmanın muhtemel yararlarının bulunup bulunmadığının araştırılmasına geçilmektedir.

Yapılan ilk inceleme anlaşmanın olumlu etkinlik kazanımlarına yol açabileceğini göstermekteyse, bu durumda muhtemel etkinlik kazanımlarının anlaşmanın rekabet üzerindeki olumsuz etkilerine ağır basacak nitelikte olup olmadığı, yapılacak ayrıntılı pazar analizi ile ortaya konulmaktadır. Pazar analizinde öncelikle ilgili pazarlar belirlenerek tarafların pazar payları ve yoğunlaşma oranı hesaplanmaktadır. Bundan amaç, ilgili anlaşmanın pazar gücü yaratmak, mevcut pazar gücünü artırmak veya pazar gücünü kullanmayı kolaylaştırmak şeklinde rekabetçi riskler taşıyıp taşımadığının tespitidir<sup>87</sup>. Daha sonra anlaşmanın süresi, münhasır olup olmadığı, bu işbirliğine rağmen tarafların bağımsız olarak rekabet etme imkân ve güdüsüne sahip olup olmadıkları değerlendirilmektedir. Bunun yanında, ilgili anlaşmanın rekabete aykırı etkisini giderebilecek ya da güçlendirebilecek olan pazara girişler, ürünün yapısı vb. diğer koşullar irdelenmektedir. Nihayetinde anlaşmanın, rekabete aykırı etkileri giderebilecek muhtemel yararları sağlamak için makul derecede gerekli olup olmadığı ve olası yararların sağlanabilmesi için rekabeti daha az kısıtlayıcı bir yöntem olup olmadığı incelenecektir<sup>88</sup>.

Rehber'in bilgi değişimine özgü açıklamalarına gelecek olursak: DOJ ve FTC, Rehber'de öncelikle rakipler arası bilgi değişiminin doğrudan rekabetçi etkiler yaratabileceğini bunun yanında diğer bazı işbirliklerinden beklenen faydaların elde edilebilmesi için de bilgi değişiminin gerekli olabildiğini belirtmektedirler. Örneğin Rehber'e göre, bir Ar&Ge işbirliğinin hayata geçirilebilmesi için genellikle belirli teknolojilerin, know-how'ın ve diğer fikri mülkiyetin taraflar arasında paylaşılması elzemdir. Buna karşın Rehber belirli durumlarda bilgi değişiminin, fiyatlar, miktarlar veya rekabete hassas diğer değişkenlere ilişkin rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmanın hayata geçirilme ihtimalini yükselttiğini vurgulamaktadır<sup>89</sup>.

<sup>86</sup> A.g.k. s. 10.

<sup>87</sup> A.g.k. s. 11.

<sup>88</sup> A.g.k. s. 4.

<sup>89</sup> A.g.k. s. 15.



Rehber’de bilgi değişiminin değerlendirilmesine ilişkin öngörülen yaklaşım, iktisadın ve içtihadın ortaya koyduklarının basit şekilde tekrarıdır. Buna göre yukarıda saydıklarımıza ilave olarak bilgi değişimin muhtemel etkilerinin değerlendirilmesinde ele alınması gereken temel unsurlar, bilgi değişimi anlaşmasının niteliği, değiştirilen bilginin doğası ve firmaların bilgi değişiminden neyi amaçladıklarıdır.

Öncelikle bilgi rekabete ne kadar duyarlı ise risk de o kadar büyüktür. Buna göre fiyatlara, üretim miktarına, maliyetlere, pazarlama planlarına veya ticari stratejilere ilişkin bilgi paylaşımı, rekabete daha az duyarlı diğer bilgilere kıyasla daha sıkı bir denetim gerektirmektedir<sup>90</sup>. Rehberde rekabete daha az duyarlı bilgilerinin neler olduğuna ilişkin bir aydınlatma bulunmamakla birlikte, firmanın üretim ve fiyatlandırma kararlarını doğrudan doğruya ortaya koymayacak nitelikteki idari yapılanma, istihdam rakamları, pazarlama teknikleri vb. konulara ilişkin bilgilerin bu gruba dahil olduğu söylenebilir. Rehberde ikinci olarak, değiştirilen bilginin değerlendirilmesinde, bilginin hangi tarihe ilişkin olduğunun önemine dikkat çekilmektedir. Buna göre mevcut duruma (örneğin fiyatlara, üretim miktarlarına, satışlara) veya gelecek stratejilerine ilişkin bilgi paylaşımı, tarihi nitelikteki bilgilere (örneğin geçmiş üretim ve satış miktarları, fiyat listeleri vb.) kıyasla daha fazla endişe doğuracak niteliktedir<sup>91</sup>. Üçüncüsü, firmaya özgü bilgilerin paylaşılması, rakiplerin bireysel verilerini belirleme imkânı vermeyecek şekilde toplulaştırılmış bilgilerin paylaşılmasına kıyasla, rekabetçi açıdan çok daha tehlikelidir<sup>92</sup> (DOF/FTC 2010, 6).

Rehber’e göre DOJ ve FTC sadece değiştirilen bilginin doğasıyla ilgilene memekte, değerlendirmede tarafların bu bilgiyi rekabete aykırı amaçlar için paylaşmaları veya kullanmaları ihtimaline de odaklanmaktadır. Bu tür bir değerlendirmede, diğer şeylerin yanında, işbirliğinin doğası, organizasyonu, yönetimi ve tarafların birbirlerinin rekabete hassas bilgilerine erişimlerini kısıtlamaya yönelik koruyucu tedbirler alıp almadıkları göz önünde bulundurulacaktır (DOF/FTC 2010, 6-7). Örneğin bir Ar&Ge işbirliğinde tarafların pazarlama personellerini görevlendirmemeleri veya bir pazarlama işbirliğinde rekabete hassas bilgileri yalnızca çok sınırlı kişilere hatta mümkünse yalnızca bağımsız üçüncü taraflara açmaları gerekmektedir. Benzer şekilde bir ortak satın alma işbirliğinde, tarafların kullandıkları girdi miktarlarını veya diğer rekabete hassas bilgilerini öğrenmelerini engellemek için görüşmeler bağımsız bir üçüncü tarafça yürütülmelidir.<sup>93</sup>

<sup>90</sup> A.g.k. s. 15.

<sup>91</sup> A.g.k. s. 15.

<sup>92</sup> A.g.k. s. 16.

<sup>93</sup> A.g.k. s.21.

Rehber’de teşebbüslere işbirliği kararlarını alırken belirli düzeyde kesinlik sağlama amacına yönelik olarak bazı güvenli bölgeler (*safety zones*) öngörülmüştür. Güvenli bölgelerin mantığı, işbirliğinin rekabete aykırı etki doğurma ihtimalinin son derece düşük olduğu ve bu nedenle DOJ ve FTC’nin taraflar arasında yapılan işbirliğini hukuka uygun varsayacağı durumları belirlemektedir. Diğer yandan DOJ ve FTC, güvenli bölgeler dışında kalan işbirliği anlaşmalarının da çoğu durumda rekabetçi etkiye sahip veya en azından etkisiz olduğunu kabul etmektedir<sup>94</sup>. Rehber’de öngörülen rakipler arası bilgi değişimi için de geçerli olan güvenli bölge şu şekildedir:

*“Olağanüstü koşullar hariç olmak üzere, işbirliğinin veya tarafların, rekabetin etkilendiği her bir ilgili pazardaki toplam pazar payları yüzde 20’den düşük ise DOJ ve FTC bilgi değişimi içeren bu tür bir işbirliğine itiraz (challenge) etmeyecektir. Ancak bu güvenli bölge, per se ihlalleri, hiçbir etkinlik kazanımı olmayan anlaşmaları veya birleşme devralma analizi gerektiren işbirliklerini kapsamayacaktır”<sup>95</sup>.*

### 2.3.2. FTC/DOJ Sağlık Hizmetleri Bildirileri

1996 yılında FTC ve DOJ sağlık hizmetleri sektörüne yönelik olarak Sağlık Hizmetlerinde Antitröst Uygulama Politikası Bildirileri<sup>96</sup> (Bildiriler) yayımlamıştır. Bildiriler sağlık hizmetleri sektöründeki yoğunlaşma işlemlerinin, ortak girişimlerin ve çeşitli işbirliklerinin ele alınmasında izlenecek yaklaşımları ve kuralları içeren dokuz ayrı bildiriye oluşmaktadır. Bu bildiriler her ne kadar belirli bir alana yönelmişlerse de genel politikaya da ışık tutmaları bakımından önemlidirler. Bunlardan 5 numaralı Bildiri, sağlık hizmetleri sağlayıcılarının (hastaneler, doktorlar, poliklinikler vb.) müşterilere uyguladıkları fiyat bilgilerini birlikte açıklamaları konusunda DOJ ve FTC’nin politikasını yansıtırken; 6 numaralı Bildiri, rakip sağlık hizmetleri sağlayıcılarının birbirleriyle fiyat ve maliyet bilgilerini paylaşmalarına ilişkin politikayı içermektedir<sup>97</sup>. Her iki bildiri de sözü geçen türden bilgi değişimlerinin DOJ ve FTC tarafından olağanüstü koşullar dışında itiraza konu edilmeyeceği güvenli bölgeler öngörmektedir (DOJ/ FTC 2010, 7-8).

5 numaralı Bildiri güvenli bölgeyi üç koşulun birden sağlanmasına bağlamaktadır. Buna göre (i) bilginin toplanması bağımsız bir üçüncü tarafça yapılmalı, (ii) paylaşılan bilgiler en az üç ay öncesine ait veriler olmalı, (iii) bu

<sup>94</sup> A.g.k. s. 25.

<sup>95</sup> A.g.k. s. 26.

<sup>96</sup> *FTC and DOJ Statements of Antitrust Enforcement Policy in Health Care (August 1996)* <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0000.htm> adresinde.

<sup>97</sup> A.g.k. s. 49-52

bilgiler her birinin payı yüzde 25'i geçmeyecek şekilde en az beş sağlayıcının toplam verilerini içermeli ve bilgiler hiçbir bireysel sağlayıcının fiyatlarının ortaya konulmasına elvermeyecek derecede toplulaştırılmalıdır. Gelecekte uygulanması planlanan fiyatlarla ilişkilendirilebilecek nitelikte bilgilerin paylaşılması ise güvenli bölgenin dışındadır. Böyle bir durumda değiştirilen bilginin doğası ve boyutu, rakiplere bu bilgiyi sağlamanın gereği ve bilginin sağlandığı pazarın yapısı dosya özelinde incelenecektir<sup>98</sup> (DOJ/FTC 2010, 8).

6 numaralı Bildiri rakip sağlık hizmetleri sağlayıcılarının fiyatlarına veya personel maliyetlerine ilişkin yazılı anketlere (written surveys) katılmaları konusunda DOJ ve FTC'nin politikası ile ilgili rehberlik sağlamaktadır. Bu tür bilgi paylaşımları için öngörülen güvenli bölgeler, 5 numaralı Bildiri'dekilerle aynıdır.<sup>99</sup> Bildiri'de bu tür anketlerin, anlaşmaya yahut diğer şekilde rekabetin kısıtlanmasına karşı uygun koruyucu tedbirler alındığı takdirde, özellikle tüketicilere, sosyal güvenlik kuruluşları gibi müşterilere ve sağlayıcılara önemli yararlar sağlayacağı özellikle vurgulanmaktadır<sup>100</sup> (DOJ/FTC 2010,8).

Güvenli bölge şartlarını taşımayan fiyat ve maliyet bilgileri değişimi DOJ ve FTC tarafından *haklı sebep* çerçevesinde incelenecektir. Burada özellikle maaş seviyelerine veya belirli özellikteki hizmetlere ulaşma dair bir anlaşmanın kolaylaşması gibi rekabete aykırı etkiler ile tarafların bilgi değişimine ilişkin gerekçeleri arasında bir denge hedeflenmektedir. Bununla birlikte Bildiri'ye göre, geleceğe yönelik fiyatların veya personel ücretlerinin paylaşılmasının rekabete aykırı olarak kabul edilme ihtimali çok yüksektir. Bu bakımdan, bu tür bilgi değişimleri rakipler arasında sağlık hizmetleri fiyatlarının veya çalışanlara ödenecek ücretlerin belirlenmesi konusunda bir anlaşma oluşturduğu ölçüde, *per se* ihlal kabul edilecektir<sup>101</sup> (DOJ/FTC 2010, 8).

### **2.3.3. Rekabet Otoritelerince Alınan Seçilmiş Güncel Kararlar ve Görüşler**

#### **2.3.3.1. Karayolu Nakliye Şirketleri Görüşü<sup>102</sup>**

2007 yılında Ulusal Küçük Karayolu Nakliye Şirketleri Birliği (National Association of Small Trucking Companies, NASTC) ve Bell&Company (Bell) tarafından küçük ve orta ölçekte karayolu nakliye şirketleri hakkında operasyonel ve finansal bir anket çalışması yürütülmesine ilişkin olarak DOJ görüşü talep

<sup>98</sup> A.g.k. s. 46-47.

<sup>99</sup> A.g.k. s. 50.

<sup>100</sup> A.g.k. s. 49.

<sup>101</sup> A.g.k. s. 51.

<sup>102</sup> <http://www.justice.gov/atr/public/busreview/222533.htm> adresinde.

edilmiştir. Bildirim kapsamındaki çalışma çerçevesinde Bell tarafından NASTC üyesi iki bini aşkın firmaya gönderilecek anketle, firmaların genel bilgileri, teçhizatları ve kamyon parkı, gelir tabloları, bilançoları ve çalışanları ile ilgili bilgilerin toplanması ve bu bilgilerin derlenerek, ulusal düzeyde toplulaştırılmış şekilde anket taraflarına ve talep halinde üçüncü kişilere kullandırılması planlanmıştır (DOJ/FTC 2010, 11).

Uygulamanın amacı küçük firmaların ulusal düzeyde toplulaştırılmış bilgileri inceleyerek kendi performansları ile kıyaslama (*benchmarking*) yapabilmelerini ve bu şekilde işletme maliyetlerini düşürebilmelerini sağlamaktır. DOJ bilgilerin bağımsız bir üçüncü tarafça toplanmasını, toplanan verilerin en az üç ay öncesine ait olmasını ve en az beş şirkete ait toplulaştırılmış veri içerdiği takdirde yayımlanacak olmasını dikkate alarak, uygulamanın rakipler arasında rekabete hassas bilgi değişimine neden olmayacağı sonucuna ulaşmıştır. DOJ aynı zamanda, bu tür bir ankettan elde edilen bilgilerin endüstrideki oyuncularca etkinlik kazanımı için kullanılması ve kendi mal veya hizmetlerini daha rekabetçi fiyatlarla sunulmasını sağlayabilecek olması nedeniyle tüketicilerin faydasına olacağını belirtmiştir (DOJ/FTC, 2010, 11).

### 2.3.3.2. *Valassis ve U-Haul Kararları*

ABD’de yakın zamanda alevlenen önemli bir tartışma, firmaların kamuya açık platformlarda tek taraflı olarak rekabete hassas bilgileri rakipleriyle paylaşmalarının, rakipler buna karşılık vermese dahi rekabet incelemesini tetikleyip tetikleyemeyeceğidir. FTC’nin bu konudaki görüşü, bu tür bir durumun da pekâlâ inceleme ve müdahale gerekçesi sayılabileceği yönündedir. Bu görüş 2006 tarihli *Valassis*<sup>103</sup> ve 2010 tarihli *U-Haul*<sup>104</sup> kararlarıyla ortaya konulmuştur.

Her iki dosyada da bilgi paylaşımı, ABD’de halka açık şirketler tarafından yatırımcıları bilgilendirmek için yaygın olarak kullanılan, *gelir telekonferanslarında* (*earnings calls*) gerçekleştirilmiştir. Bu telekonferanslar isteyen herkes tarafından telefon ve internet aracılığıyla takip edilebilmektedir. FTC’ye göre anılan şirketlerin CEO’ları, rakiplerinin de kendilerini dinlediğinden emin oldukları konferans görüşmeler sırasında, fiyatları artırmayı planladıklarını bildirmişlerdir. FTC bu durumu *anlaşmaya davet* (*invitation to collude*) olarak yorumlamış ve FTC Yasası’nın 5. maddesinin ihlal edildiği gerekçesiyle ilgili şirketler hakkında soruşturma açmıştır. Her ne kadar ispatlanmış bir anlaşma bulunmamasına karşın, FTC’ye göre ortada hiçbir haklı ticari gerekçe olmaksızın,

<sup>103</sup> *In the Matter of Valassis Communications Inc.*, F.T.C. No: C-4160, <http://www.ftc.gov/os/caselist/0510008/0510008.shtm> adresinde.

<sup>104</sup> *In the Matter of U-Haul International, Inc.*, F.T.C. No: C-4294 <http://www.ftc.gov/os/caselist/0810157/index.shtm> adresinde.

rakiplerin öğreneceklerini bilerek böyle bir toplantıda fiyat stratejilerinin açıklanması, şirketler tarafından rakiplerle anlaşmayı kolaylaştırmak için gösterilen bir çabadır (DOJ/FTC 2010,12).

Şirketler suçlamaların Mahkeme'ye taşınmamasının çözüme kavuşturulabilmesi için taahhüt vermeyi talep etmişlerdir. Her iki dosyaya ilişkin FTC tarafından verilen nihai kararlarda, adı geçen şirketlerden Valassis'in 5, U-Haul'un ise 20 yıl süreyle rakiplerine yönelik olarak rekabeti kısıtlama niyetlerine işaret eden tek taraflı her türlü gizli veya kamuya açık bilgi transferi yasaklanmıştır<sup>105 106</sup>.

Bir otorite uygulaması olmamakla beraber, yeri gelmişken benzer bir iddianın yakın tarihte bir özel hukuk davası sebebiyle Bölge Mahkemesi tarafından ele alındığını belirtmekte fayda görülmektedir. Delta ve AirTran'ın Sherman Yasası'nın 1. ve 2. maddelerini ihlal ettikleri iddiasıyla açılan davada<sup>107</sup>, şikâyetçiler AirTran'ın kendi gelir telekonferansında kapasiteyi düşürmek ve bagaj taşıma ücretlerini yükseltmek konusunda rakibi Delta'yı anlaşmaya davet ettiğini, Delta'nın da kendi gelir telekonferansında yer verdiği ifadeleriyle bu daveti zımnen kabul ettiğini iddia etmişlerdir. Mahkeme şikâyetçilerin iddialarının yeterince belirgin gerçeklere dayandığına, bu bakımdan *Twombly*<sup>108</sup> makullük standartlarını<sup>109</sup> karşıladığına hükmetmiştir.

Gerek FTC'nin anılan kararları, gerekse Bölge Mahkemesinin bu kararı, şirketlerin halka açık bu tür toplantılarda dahi, tek taraflı olarak özellikle geleceğe yönelik stratejilerine ilişkin rakipler tarafından öğrenilebilecek rekabete hassas bilgileri açıklamamaya dikkat etmeleri gerektiğini göstermektedirler. Aksi takdirde bir rekabet ihlali iddiasıyla karşılaşma ihtimalleri oldukça yükselmiştir.

### 2.3.3.3. *National Association of Music Merchants Kararı*

FTC, Ulusal Müzik Satıcıları Birliği (National Association of Music Merchants, NAMM)'ne yönelik soruşturmasında, söz konusu organizasyonun son iki yıl içinde bünyesinde gerçekleştirilen toplantılarda, müzikal enstrüman üreticileri, dağıtıcıları ve bayilerinin, aralarında rekabete hassas bilgi değişimi

<sup>105</sup> In the Matter of Valassis Communications Inc. Decision and Order

<http://www.ftc.gov/os/caselist/0510008/0510008c4160ValassisDecisionandOrder.pdf> adresinde.

<sup>106</sup> In the Matter of U-Haul International, Inc., Decision and Order

<http://www.ftc.gov/os/caselist/0810157/100720uhaulcmpt.pdf> adresinde.

<sup>107</sup> *In re Delta/AirTran Baggage Fee Antitrust Litigation*, 733 F.Supp.2d 1348 (N.D.Ga.,2010)

<sup>108</sup> *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544, (2007).

<sup>109</sup> YM'nin söz konusu kararı, her türlü özel hukuk davasında davacılar tarafından öne sürülen iddiaların, bir ihlalin muhtemel olduğunu değil, akla yatkın (makul) olduğunu gösterecek nitelikte maddi gerçeklere dayanmasını öngörmektedir. Örneğin bir rekabet ihlali iddiasının yalnızca paralel davranışlara dayandırılması, makullük standardının karşılanması için yeterli olmayacaktır.

yapmalarını sağladığı ve teşvik ettiğini iddia etmiştir<sup>110</sup>. Değiştirilen bilgiler özellikle perakende satış fiyatlarını ve stratejilerini içermektedir. FTC bu tür bilgi değişiminin pek çok durumda hiçbir ticari gerekçeyle açıklanamayacağını, diğer yandan anlaşmayı kolaylaştırarak rekabeti ölçüsüz derecede sınırlandırdığını belirtmiştir. Suçlamalar karşısında NAMM taahhüt vermeyi talep etmiştir. Alınan taahhüt kararı uyarınca NAMM'ın, üreticiler veya dağıtıcılar arasında fiyatların ve rekabete hassas diğer bilgilerin paylaşımına yönelik herhangi bir faaliyete girişmesi yasaklanmıştır<sup>111</sup>.

#### 2.4. DEĞERLENDİRME

ABD'de bilgi değişimi anlaşmaları, kendi başlarına *per se* bir ihlal olarak nitelenmemekle birlikte, rakiplerin bu tür bilgi paylaşımları belirli şartlar altında *per se* bir ihlalin delili olarak kabul edilebilmektedir. Bu tür istisnai durumlarda bilgi değişimi *per se* ihaller gibi yaptırıma tabi kılınmaktadır (ABA 2007, 93). Bununla birlikte gerek mahkemeler gerekse DOJ ve FTC, hemen her fırsatta bilgi değişiminin sağlayabileceği yararların farkında olduklarını ifade etmekte, bu bakımdan bilgi değişiminin incelenmesinde *haklı sebep* yaklaşımını izlemektedirler.

*Haklı sebep* analizinde bilgi değişiminin olası rekabetçi ve rekabete aykırı etkileri arasında bir denge kurma çabasıyla hareket edilmektedir. Şayet bilgi değişimi sonucunda endüstri genelinde fiyat artışları yaşanması gibi rekabete aykırı zararlara dair açık kanıtlar var ise, bu durum bilgi değişiminin hukuka aykırı sayılma ihtimalini son derece yükseltmektedir (DOJ/FTC 2010, 4). Bunun dışında mahkemelerin ve otoritelerin genel olarak etkilerin değerlendirilmesinde, iktisadi öğretinin ortaya koyduğu hususları titizlikle dikkate aldığı görülmektedir. Rekabete aykırı etkilerin yüksek olduğuna işaret eden yapısal özelliklere sahip piyasalarda, bu tür faaliyetler yasaklanabilmektedir. Bunun dışında değiştirilen bilginin miktarı ve doğası, ne kadar güncel olduğu, değişimin sıklığı, endüstrinin yapısı, bilginin kamuya açık olup olmadığı muhakkak değerlendirilmektedir. Nihai analizde, tarafların bilgi değişiminden neyi amaçladığı, değişimin nasıl yapılandırıldığı ve kontrol edildiği, tarafların birbirlerinin rekabete hassas bilgilerine erişimlerini kısıtlamak için koruyucu tedbirler alıp almadıkları sorularına yine aynı titizlikle yanıt aranmaktadır (DOJ/FTC 2010, 15).

Özellikle DOJ ve FTC'nin gerek rehberlerine gerekse kararlarına yansıyan genel yaklaşım, endüstrideki firma sayısı ne olursa olsun, değiştirilen

<sup>110</sup> In the Matter of National Association of Music Merchants, F.T.C. No: C-4255 <http://www.ftc.gov/os/caselist/0010203/090410nammcmpt.pdf> adresinde.

<sup>111</sup> In the Matter of National Association of Music Merchants, Decision and Order, <http://www.ftc.gov/os/caselist/0010203/090410nammdo.pdf> adresinde.

bilgilerin yeterince eski ve yeterince toplulaştırılmış olmasının arandığına işaret etmektedir. Kanımızca da son derece isabetli olan bu yaklaşım, bilgi değişiminden beklenen faydaların elde edilmesi için, çoğu kez toplulaştırılmış verilerin yeterli olmasından ileri gelmektedir. Bu nedenle otoritelerin yaklaşımı, son tahlilde, beklenen faydaların elde edilebilmesi için daha az kısıtlayıcı bir yol mümkünse, bu yolun tercih edilmesi gerektiğini içermektedir. Yine bu yönde otoriteler, tarafların birbirlerinin rekabete hassas bilgilerine erişimlerinin kısıtlanması için bilgi toplama ve yayma faaliyetinin tercihen bağımsız bir üçüncü tarafça yürütülmesini önermektedirler.

ABD uygulamasında en çok dikkat çeken husus, bilgi değişiminin bir anlaşma kapsamında yapılmasının, taraflar arasında zımni bir irade uyuşmasına dayanmasının veya doğasında tek taraflı olmasının, rekabete aykırı etkilerinin değerlendirilmesi bakımından farklılık arz etmemesidir (DOJ/FTC, s.4). İktisadi literatür perspektifinden, bu son derece doğru bir politikadır. Yaklaşım gerek mahkeme kararlarına gerekse otoritelerin uygulamasına yansımış görünmektedir. Dolayısıyla firmalar tarafından kamuya açık platformlarda (basın, toplantı, telekonferans vb.) özellikle gelecek stratejileri başta olmak üzere rekabete hassas bilgilerin açıklanması halinde, bu durum bir soruşturma veya dava konusu yapılabilecektir.

Kuşkusuz böyle bir yorum, FTC'nin niçin *Ethyl* davasını kaybettiği yahut YM'nin *Twombly* ile yükselttiği standartların varlığında başarılı bir sonucun mümkün olup olmayacağı sorularını akla getirebilir. Ancak her şeyden önce, hemen her dosyanın, kendi şartları özelliğinde değerlendirileceğini dikkate almak gerekmektedir. *Ethyl*'de, şayet uygulama pazara rakiplerin girişinden sonra başlamış olsaydı, FTC en azından DOJ'in *ATP*'de elde ettiği sonuca benzer bir başarıyı pekâlâ elde edebilirdi. Diğer yandan *Twombly* standartlarının, benzer bir olay için test edildiği ilk dosyada, en azından Bölge Mahkemesi, kamuya yönelik duyuruların hala bir ihlal için çıkarım sağlamaya yeterli olabileceğini ortaya koymuştur. Bununla birlikte böyle bir dava YM önüne gitmeden, bu konuda son söz söylenilmiş olmayacaktır.

## BÖLÜM 3

# KOMİSYON VE MAHKEME KARARLARI IŞIĞINDA AB REKABET HUKUKUNDA BİLGİ DEĞİŞİMİ

### 3.1. GENEL BAKIŞ

AB rekabet hukukunda teşebbüsler arasındaki bilgi değişimi, Üye Devletler arasındaki rekabeti önleme, kısıtlama veya bozma amacına veya etkisine sahip bir anlaşma, uyumlu eylem ya da teşebbüs birliği kararı oluşturduğu takdirde, ABİDA'nın bu tür davranışları yasaklayan 101(1). maddesi kapsamında ele alınmaktadır. Bununla birlikte ABİDA'nın 101(3). maddesinde yer verilen koşulları karşılayan bir bilgi değişimi, 101(1). maddede öngörülen yasaklamadan muaf tutulabilmektedir.

AB rekabet hukuku kurallarının uygulayıcısı olan Komisyonun, rakipler arası bilgi değişimine ilişkin görüşlerini yansıtan ilk metin 1968 tarihli İşbirliği Anlaşmalarına İlişkin Duyuru'dur<sup>112</sup>. Söz konusu Duyuru, bilgi değişiminin değerlendirilmesinde dikkate alınacak kriterlerle ilgili fazla bir rehberlik sunmamakla birlikte, tek başına bilgi değişiminin de 101. madde kapsamına girebileceğini içermektedir. Bununla birlikte Duyuru'da, homojen ürünlerin söz konusu olduğu oligopolistik pazarlarda bilgi değişiminden kaynaklanan rekabeti kısıtlayıcı etkilerin ortaya çıkma ihtimalinin daha yüksek olduğu belirtilmiştir. 1978 tarihinde Komisyon, o tarihe kadar ele aldığı çeşitli dosyalardaki değerlendirmeleri ışığında, bilgi değişiminin değerlendirilmesinde ilave rehberlik sağlayan Rekabet Politikası Hakkında Yedinci Raporu'nu<sup>113</sup> yayımlamıştır. Komisyon son olarak, 2011 yılının başında yayımladığı yeni Yatay İşbirliği Anlaşmaları Kılavuzu (Kılavuz)'nda<sup>114</sup>, 40 yılı aşkın uygulama tecrübesinin ve

<sup>112</sup> 1968 Notice on Cooperation Agreements, OJ (1968) C75/3.

<sup>113</sup> Commission's Seventh Reporth on Competition Policy

<sup>114</sup> Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European



modern iktisat teorisinin öngörülerini ışığında, bilgi değişimine ilişkin izleyeceği güncel politikayı netleştirmiştir.

Tezimizin bu bölümünde öncelikle çeşitli Komisyon ve ABAD kararları ışığında AB rekabet hukukunda bilgi değişimi içtihadına yer verilecektir. Daha sonra, Komisyonun yeni Kılavuz’unda bilgi değişimine ayrılan bölüm detaylı olarak incelenecektir. Son olarak bilgi değişiminin değerlendirilmesinde izlenmesi gereken yöntemlere ve detaylı bir inceleme yapılmadığı takdirde düşülebilecek hatalara işaret etmeleri bakımından önemli gördüğümüz, üç ayrı üye ülke uygulaması aktarılacaktır.

### 3.2. BAŞLICA KARARLAR

Rekabete hassas bilgi değişiminin Komisyon ve ABAD tarafından değerlendirildiği öncü dosyaların hemen tamamında, bilgi değişimi karteller gibi daha ağır ihlallerin küçük birer parçası olmuştur (OECD 2008, 128). Bu tür dosyalar, AB rekabet hukukunda bilgi değişimine ilişkin olarak izlenen politikaya dair son derece az bir rehberlik sunduğundan (Halliday ve Seabright 2001, 89-90), tezimizde bu tür dosyalara yer verilmeyecek ve fakat doğrudan doğruya bilgi değişiminin ele alındığı başlıca kararlar irdelenecektir. Bununla birlikte, yine bir kartel dosyası olmasına karşın, ilerleyen yıllarda sıkça atıf yapılan *Suiker Unie*<sup>115</sup> kararına kısaca değinmek gerekmektedir.

İlgili davada taraflar belirli bir plan çerçevesinde hareket etmediklerini, bu bakımdan tespit edilen paralel davranışların uyumlu eylem olarak değerlendirilemeyeceğini savunmuşlardır. AD kararda uyumlu eylemi,

*“bir anlaşmanın varlığı aşamasına gelmemekle birlikte, ürünün yapısı, teşebbüslerin önem ve sayıları, pazarın büyüklüğü ve yapısı dikkate alındığında normal şartlar altında pazarda bulunması gereken koşullara uymayan rekabet koşullarının ortaya çıkmasına yol açan, teşebbüslerin rekabetin risklerine karşı bilerek ikame ettikleri, aralarında pratik işbirliği sağlayan bir koordinasyon şekli”*<sup>116</sup>

olarak tanımlamıştır. Bu bakımdan uyumlu eylemin belirli bir plan gerektirmekten çok uzak olduğunu vurgulamış ve rekabet kavramına ilişkin olarak ABİDA’nın özünde yatan öngörüler ışığında, her bir iktisadi aktörün uygulamayı planladığı politikayı rakiplerinden bağımsız olarak belirlemesi gerektiğine dikkat çekmiştir<sup>117</sup>. Bu çerçevede,

---

Union to horizontal co-operation agreements, OJ (2011) C11/01.

<sup>115</sup> *Cooperatieve Vereniging ‘Suiker Unie’ UA and others v Commission of the European Communities*, (1975) ECR 1663.

<sup>116</sup> A.g.k. para. 26.

<sup>117</sup> *Suiker Unie* kararı, yukarıda, para. 172.

“söz konusu bağımsızlık gereğinin iktisadi aktörleri rakiplerinin mevcut veya tahmini davranışlarına akılcı bir şekilde ayak uydurmaktan mahrum bırakmadığını, ancak bu aktörler arasında, mevcut veya potansiyel rakiplerinin pazardaki davranışlarını etkileme veya kendileri tarafından uygulamaya konulması planlanan davranışlardan rakipleri haberdar etme amaç veya etkisine sahip her türlü doğrudan veya dolaylı irtibatı yasakladığını”<sup>118</sup>

belirtmiştir. Mevcut deliller ışığında, davacıların birbirleriyle irtibat halinde bulduklarını ve gerçekte rakiplerinin gelecekteki davranışlarına ilişkin olarak her türlü belirsizliği kaldırmayı amaçladıklarını belirterek ihlalin varlığına karar vermiştir<sup>119</sup>.

AD'nin bu kararı, somut olayda rekabete aykırı başka anlaşmaların varlığında dahi bilgi değişiminin bağımsız bir ihlal olarak değerlendirilerek yaptırma tabi kılınabileceğini işaret eden ilk karar olarak yorumlanmıştır. Nitekim daha önce belirtildiği üzere, izleyen yıllarda teşebbüsler arasındaki rekabete hassas bilgi değişimlerinin değerlendirildiği pek çok dosya, bu kararın öngörülerini üzerine kurulmuştur. Aşağıda bu dosyalardan bize göre en önemli olanlarına yer verilmiştir.

### 3.2.1. *Fatty Acids*

İnceleyeceğimiz ilk dosya, kimilerine göre arkasında başka bir anlaşma olmaksızın Komisyonun salt bilgi değişimi anlaşmasını ihlal olarak kabul ettiği ilk karar olan<sup>120</sup> *Fatty Acids*'tir<sup>121</sup>. 1976 yılında yağ asidi endüstrisinde faaliyet gösteren teşebbüsler, kurulan teşebbüs birliği ve atanan bağımsız üçüncü şirket aracılığıyla endüstri genelinde toplulaştırılmış istatistikleri paylaşmaya başlamışlardır. Sistem kapsamında bireysel firma verilerinin doğrudan veya dolaylı olarak belirlenememesi için gerekli tedbirler alındığı gibi teşebbüs birliği üyeleri de bu tür bilgilerin paylaşılmaması gerektiği konusunda özellikle uyarılmıştır<sup>122</sup>. Bu bakımdan söz konusu bilgi değişimi sisteminin rekabet kurallarına uygun olarak tasarlandığı görülmektedir.

1979 yılına gelindiğinde ise en büyük üç üretici<sup>123</sup>, pazar lideri Unichema'nın teklifi üzerine başlangıç için geçmiş üç yıla (1976-78) ait toplam

<sup>118</sup> A.g.k. para. 173.

<sup>119</sup> A.g.k. para 174-175.

<sup>120</sup> Bkz. Copabianco (2004, 1251), Faul ve Nikpay (2007, 731), Kühn ve Vives (1995, 93).

<sup>121</sup> *Fatty Acids* kararı, OJ (1987) L3/17.

<sup>122</sup> A.g.k. para. 7-10.

<sup>123</sup> Aslında ilgili anlaşma en büyük dört üretici arasında yapılmakla beraber pazar lideri Unichema daha sonra rakibi Unilever tarafından devralınmıştır.

satışlar olmak üzere, izleyen yıldan itibaren üç ayda bir toplam satışlarını düzenli olarak paylaşmak üzere anlaşmışlardır. Anlaşmanın yapıldığı sıralarda tarafların toplam pazar payları stearin için %52, olein için %70 düzeyindedir. Pazarda söz konusu üç teşebbüs yanında 40 civarında küçük teşebbüs daha faaliyet göstermektedir. Bunun yanında pazarda yapısal olarak aşırı kapasiteler bulunmakta ve durgunluk (recession) gözlenmektedir. Ayrıca açılan soruşturmada elde edilen belgelerden, tarafların pazardaki fazla kapasiteden ve fiyat düşüşlerinden rahatsız oldukları, bunun gidermenin yolunu ise pazardaki “etkinsiz” küçük oyuncuların pazar dışına çıkmasında gördükleri anlaşılmıştır (Kühn ve Vives 1995, 95). Zira belgelerde taraflar arasındaki müşteri geçişleri “çalmış satışlar” olarak değerlendirilirken diğer üreticilerin müşterilerinin bağlanması “yasal kazanımlar” olarak nitelenmiştir.

Taraflar bilgi değişiminin geçmişe yönelik olması nedeniyle rekabeti kısıtlayıcı amaca sahip olmak için fazla genel olduğunu öne sürmüşlerdir. Ancak Komisyon bu iddiaları kabul etmemiştir. Elde edilen belgelere göre tarafların pazarı durağanlaştırma (stabilization) amacıyla hareket ettiklerini ve durgunluk (recession) yaşanan pazarda bilgi değişimini etkin bir şekilde sürdürerek, kendi pazar paylarına bir tecavüzün veya pazardaki karşılıklı güç dengelerinde sert değişimlerin olup olmadığını gözleyebildiklerini belirtmiştir. Komisyona göre sistem şu şekilde işlemiştir: Öncelikle taraflar arasında paylaşılan 1976-78 yıllarına ilişkin toplam satış verileri, tarafların pazardaki karşılıklı konumlarını belirlemelerini sağlamıştır. Sonraki üçer aylık düzenli bilgi değişimleri ise her bir firmanın, pazardaki en büyük iki rakibinin rekabetçi faaliyetlerini ve kendisine kıyasla pazar paylarındaki değişimleri hızlı ve kolay bir şekilde izleme olanağı tanımıştır. Böylelikle taraflar arasındaki şeffaflığı yapay olarak yükselten anlaşma, rakiplerin gelecekteki faaliyetleri ile ilgili belirsizliği önemli ölçüde kaldırarak kaçınılmaz şekilde en önemli rakipler arasındaki rekabeti düşürmüştür<sup>124</sup>. Bu tespitler ışığında söz konusu bilgi değişiminin rekabeti kısıtlama amaç ve etkisine sahip olduğu sonucuna ulaşan Komisyon, kendi ifadesiyle ilk kez saf bir bilgi değişimi anlaşması için<sup>125</sup> taraflara para cezası uygulamıştır.<sup>126</sup>

Bu dosya bakımından dikkat çeken bir başka husus, bilgi değişiminin sürdürüldüğü üç yıllık dönemde, endüstri genelinde yaşanan durgunluğa karşın, tarafların stearin pazarında toplam pazar paylarını %52’den %60’a, olein pazarında

<sup>124</sup> A.g.k. para. 38-46.

<sup>125</sup> A.g.k. para. 58.

<sup>126</sup> Aslan (2009, 54) Komisyonun bilgi değişiminin karteller gibi daha ciddi ihlallerin kolaylaştırıcısı olmadığı sürece sadece bilgi değişimi için hiçbir teşebbüse para cezası vermediğini savunmuştur. Ancak *Fatty Acids*’te Komisyon ortada kotalar belirlenmesi gibi bir anlaşmaya dair somut deliller olmamasına karşın, doğrudan bilgi değişimi için para cezası uygulamıştır.

ise %70'ten %80 düzeyine çıkarmış olmalarıdır<sup>127</sup>. Kanımızca bu durum, tarafların küçük üreticileri pazar dışına çıkarma hedeflerini gerçekleştirmelerinde, bilgi değişiminin oynadığı önemli rolü göstermesi bakımından anlamlıdır. Zira Kühn ve Vives (1995, 95)'in de belirttiği üzere, bilgi değişimi sayesinde taraflar kendi aralarındaki rekabeti sınırlarken, geriye kalan küçük oyunculara karşı daha yoğun bir rekabete girişme imkânına kavuşmuşlardır. Diğer yandan, Caffarra ve Kühn (2006, 157)'e göre bilgi değişiminin niteliğinde ve yoğunluğunda meydana gelen ani bir değişimle, iddia edilen anlaşmalı dönem arasında zaman bakımından bir eşleşmenin varlığında, bilgi değişimi bir anlaşmanın varlığını ispat etmek için güvenilir bir delil niteliğindedir. Nitekim yazarların da belirttiği gibi bu dosyada, daha önce endüstri genelinde toplulaştırılmış bilgilerin paylaşıldığı bir sisteme taraf olan üç firmanın, kendi aralarında ayrıca bireysel bilgilerini paylaşmaya başlamalarıyla, anlaşmaya işaret eden dönemin başlangıcı arasında açık bir eşleşme bulunmaktadır.

### 3.2.2. *UK Tractors*

Bilgi değişimine ilişkin AB uygulamaları kapsamında yer verilebilecek muhtemelen en önemli dosya *UK Tractors*'tır<sup>128</sup>. Salt bilgi değişiminin ele alındığı ilk karar mı yoksa ikincisi mi olduğu tartışmaları bir yana, gerek Komisyonun gerekse GM<sup>129</sup> ve AD'nin<sup>130</sup> bir bilgi değişimini, özünden dolayı 101(1). maddeye aykırı bulduğu bu dosya, Komisyonun güncel politikasının temelini oluşturmuştur.

*UK Tractors* kararı, Birleşik Krallıkta (BK) faaliyet gösteren traktör üreticileri ve ithalatçıları arasında kurulan bir bilgi değişimi sistemine ilişkindir. Üyeler arasında son derece kapsamlı bilgi değişimi sağlayan bu sistem, sektörün teşebbüs birliği olan Ziraat Mühendisleri Birliği (ZMB) eliyle yürütülmüştür. Değiştirilen bilgiler BK Ulaştırma Departmanına yapılan tescil başvuruları için üreticiler ve ithalatçılar tarafından doldurulan formlardan elde edilmiştir. ZMB'nin talebi üzerine, üyeleri için oluşturulacak veri tabanında kullanılmak üzere erişime açılan bu formlarda, traktörün modeline, seri numarasına, satıcının adına, alıcının kimliğine ve ikametgâhına ilişkin bilgilere yer verilmesi gerekmektedir (Halliday ve Seabright 2001, 90-91, Christensson 2008, 33-34).

Sistem sayesinde üyelere sunulan bilgiler son derece detaylıdır. Buna göre üyeler endüstri genelindeki bütün satışlara ilişkin olarak beygir gücüne, çekiş mekanizmasına veya oldukça detaylı coğrafi alanlara göre (ülke geneli, bölgeler,

<sup>127</sup> A.g.k. para. 28.

<sup>128</sup> *UK Agricultural Tractor Registration Exchange O.J.* (1992) L68/19.

<sup>129</sup> Case T-34/92 *Fiatagr UK Ltd. and Nev Holland Ford Ltd. v. Commission* [1994] ECR II 905, Case T-35/92 *John Deere v. Commission* [1994] ECR II 957.

<sup>130</sup> Case C-7/95 *John Deere v. Commission* [1998] ECR I 3111.

ilçeler, bayi bölgeleri vb.) sınıflandırılmış toplulaştırılmış verileri haftalık, aylık, üç aylık ve yıllık olarak edinebilmektedir. Bunun da ötesinde üyeler, bilgi değişimine taraf olan her bir firmanın yine yukarıdaki gibi sınıflandırılmış şekilde, bireysel satış miktarlarını ve pazar paylarını haftalık, aylık, üç aylık ve yıllık zaman dilimlerine göre elde edebilmektedir. Hatta ülke genelinde her bir üyenin günlük satış rakamlarını öğrenmek dahi mümkündür. Bunun yanında sistem sayesinde üyeler, sisteme dahil olmayan diğer firmaların toplulaştırılmış satış verilerini ve toplam pazar paylarını da edinebilmektedir<sup>131</sup>.

Komisyon değerlendirmesine ilk olarak pazarın yapısını inceleyerek başlamıştır. Yaptığı analizde, BK traktör pazarının arz yönünden oldukça yoğunlaşmış bir yapı gösterdiğini ortaya koymuştur. Buna göre en büyük dört firmanın toplam pazar payı yaklaşık %80'ken, bilgi değişimine taraf olan diğer 3 firma da eklenince, sistem üyelerinin toplam pazar payı %88'i bulmaktadır. Kaldı ki sağlayıcıların tamamı her bir coğrafi alanda faaliyet göstermedikleri gibi yüksek beygir gücü kategorilerinde sağlayıcı sayısı üç veya dört ile sınırlıdır. Bunun yanında Komisyona göre pazardaki ürünler görece homojen niteliktedir. Üstelik bayi ağı kurmanın zorluğu, satışlardaki düşüş eğilimi, pazar genelindeki aşırı kapasite ve müşterilerin marka bağımlılığına sahip olmaları dikkate alındığında, pazar yapısal olarak yüksek giriş engellerine sahiptir. Diğer yandan pazarda üçüncü ülkeler kaynaklı önemli bir fiyat veya kalite rekabeti de görülmemektedir<sup>132</sup>.

Pazarın yapısını bu şekilde ortaya koyan Komisyon, değerlendirmesini değiştirilen bilginin niteliği ve içeriği ile sürdürmüştür. İlk olarak bireysel satış verileri belirlenemeyecek şekilde toplulaştırılmış verilerin üyeler arasındaki değişimine itirazının olmadığını vurgulamıştır. Bununla birlikte herhangi bir coğrafi alan, ürün grubu veya zaman dilimi için toplulaştırılmış verilerin, 10 taneden düşük toplam satış miktarı içermesi halinde, toplulaştırılmış verilerin dahi doğrudan veya dolaylı olarak rakiplerin bireysel satış miktarlarının belirlenmesine neden olacağını belirtmiştir. Bu nedenle bu sayının altında toplam satış içeren toplulaştırılmış veriler de değiştirilmemelidir<sup>133</sup>.

Bireysel verilerin paylaşımına gelindiğinde ise Komisyon, “yüksek derecede yoğunlaşmış bir piyasada gerçek rakipler için ticari sır niteliğinde olan tam satış verileri ve pazar paylarına” ilişkin bilgi değişiminin 101(1). maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir. Görüleceği üzere bu değerlendirme bir yandan pazarın yukarıda yer verilen yapısına, diğer yandan değiştirilen bilginin doğasına, niteliğine ve içeriğine dayanmaktadır. Bunun yanında ZMB bünyesindeki düzenli

<sup>131</sup> A.g.k. para. 12-21.

<sup>132</sup> A.g.k. para. 7-9.

<sup>133</sup> A.g.k. para. 16.

toplantıları hatırlatan Komisyonun, değerlendirmede değişimin sıklığını da dikkate aldığı anlaşılmaktadır (Christienson 2008, 35)<sup>134</sup>.

Komisyonla göre taraflar arasındaki bilgi değişimi sistemi iki nedenle rekabetin kısıtlanmasına neden olmuştur: İlk olarak sistem oldukça yoğunlaşmış pazarda taraflar arasındaki “gizli rekabeti” önlemiş, ikincisi ise sisteme üye olmayan teşebbüsler için giriş engellerini yükseltmiştir.

Komisyon oldukça yoğunlaşmış bu pazarda gizli rekabeti, “yokluğunda taraflardan hiçbirinin etkin rekabet için gerekli alana sahip olmayacağı, pazar koşullarıyla ilgili belirsizlik ve gizlilik unsuru” olarak tanımlamıştır<sup>135</sup>. Bu çerçevede Komisyonla göre bilgi değişimi rekabeti kaçınılmaz olarak kısıtlamıştır; çünkü söz konusu pazarda bağımsız rekabetçi davranış sergileyebilmek için geriye kalan tek şey olan gizli rekabeti yok edecek derecede bir pazar şeffaflığı yaratmıştır. Bu şekilde bilgi değişimi, üyelere birbirlerinin rekabetçi faaliyetlerini çok kısa sürede tespit etme ve bunlara karşı tepki gösterme imkânı sağladığından, bir oligopolde tarafların satışlarını yükseltmek için alabileceği her türlü inisiyatifi bertaraf etmiştir<sup>136</sup>.

Komisyonun diğer ihlal gerekçesi ise üyeler arasındaki bilgi değişimi sisteminin, pazarda zaten yüksek olan giriş engellerine bir yenisini daha eklemiş olmasıdır. Esasen mevcut yapıda pazara yeni giren bir firma bilgi değişimi sistemine taraf olsa da olmasa da mevcut üyeler karşısında dezavantajlı konuma düşecektir. Taraf olunmamak dezavantajlıdır çünkü sistemin üyeleri sahip oldukları bilgi seviyesi sayesinde üye olmayan teşebbüslere karşı pozisyonlarını daha rahat koruyabilmektedir. Taraf olduğu takdirde ise detaylı satış verileri rakiplerle paylaşılmak zorunda olduğundan, mevcut üyeler yeni üyeye özgü seçici faaliyetler tasarlayabilecektir. Komisyon değerlendirmesine kanıt olarak, sisteme üye olmayan firmaların toplam pazar paylarının, sistemin uygulandığı süre boyunca hissedilir derecede değişmemesini göstermiştir<sup>137</sup>.

Kararın iptali istemiyle açılan davada GM, gerçek anlamda rekabetçi bir piyasada kural olarak, tacirler arası şeffaflığın rekabeti artırma ihtimalinin yüksek olacağını belirtmiştir. Bununla birlikte davaya konu pazar bakımından Komisyonun ulaştığı sonucu teyit etmiştir. Buna göre “rekabetin pazar yapısı nedeniyle hâlihazırda oldukça düşük olduğu yoğunlaşmış oligopolistik bir piyasada, ana sağlayıcılar arasında bu tür kesin bilgilerin kısa aralıklarla değişiminin, rakipler arasındaki rekabete dikkate değer şekilde zarar verme ihtimali çok yüksektir”

<sup>134</sup> A.g.k. para. 35.

<sup>135</sup> A.g.k. para. 37.

<sup>136</sup> A.g.k. para. 37-43.

<sup>137</sup> A.g.k. para. 44-48.

<sup>138</sup>. Zira böylesi bir bilgi paylaşımı, “bireysel firmaların pazardaki konumları ve stratejileri hakkında bütün rakiplerine düzenli olarak bilgi yaymalarıyla aynı etkiye sahiptir”<sup>139</sup>. Temyiz talebi üzerine dosyayı görüşen AD, “davaya konu bilgi değişimi sisteminin pazarın işleyişine ilişkin belirsizliği azalttığını veya tamamen ortadan kaldırdığını, bu bakımdan üreticiler arasındaki rekabet üzerinde olumsuz etkisi bulunduğunu” belirterek<sup>140</sup> GM kararını onamıştır.

### 3.2.3. Yeni Dönemin Ayak Sesleri: *T-Mobile*

Bu kısımda yer vereceğimiz çok önemli bir başka dosya, AD’nin yakın zamanda oldukça tartışma yaratan *T-Mobile* kararıdır<sup>141</sup>. 2001 yılında Hollanda’da faaliyet gösteren beş GSM operatörünün temsilcileri arasında düzenlenen toplantıda, ön ödemeli hat abonelikleri için bayilere verilen komisyonlarda Eylül 2001’den itibaren indirimle gidilmesi konusu tartışılmıştır. Aynı şekilde toplantıda tarafların diğer bazı gizli bilgileri de gündeme gelmiştir<sup>142</sup>. Pazarda yalnızca bu beş teşebbüs faaliyet göstermekte ve yapısal olarak yüksek giriş engelleri bulunmaktadır. Hollanda Rekabet Otoritesi (Nederlands Mededingingsautoeriteit, NMa) konuya ilişkin olarak açtığı soruşturma sonucunda tarafların anlaşma veya uyumlu eylem içerisinde buldukları gerekçesiyle para cezası vermiş<sup>143</sup>, yerel mahkemenin NMa’nın kararını onaylaması üzerine konu temyiz talebiyle Ticaret ve Sanayi Yüksek İdare Mahkemesi (TSYİM) önüne gelmiştir. TSYİM nihai kararına esas teşkil etmek üzere AD’den ön karar talep etmiştir.

Yapılan ön karar başvurusundan, TSYİM’nin, tüketici fiyatlarına yansımadığını değerlendirdiği bayi komisyonlarına ilişkin olan ve üstelik yalnızca bir kez gerçekleşen bilgi değişiminin, etkileri dikkate alınmaksızın 101(1). madde anlamında rekabeti önleme, kısıtlama veya bozma amacı taşıyan bir uyumlu eylem isnadına dayanak teşkil edip edemeyeceği konusunda tereddütleri olduğu anlaşılmaktadır. Bu çerçevede yöneltilen temel soru, bir eylemin rekabete aykırı bir amaçla yapılıp yapılmadığının tespitinde hangi kıstasların uygulanması gerektiğidir. Yine Mahkeme tarafından cevabı aranan bir başka soru, böyle bir durumda tarafların pazar davranışlarını belirlerken, eylemden bağımsız olarak hareket edip etmedikleri konusunda ispat yükünün hangi tarafta olduğudur<sup>144</sup>.

<sup>138</sup> Yukarıda Case T-35/92, para. 51.

<sup>139</sup> A.g.k.

<sup>140</sup> Yukarıda Case C-7/95, para. 90.

<sup>141</sup> Case C-8/08 *T-Mobile Netherlands BV and Others v RAD van bestuur van der Nederlands Mededingingsautoeriteit*

<sup>142</sup> A.g.k. para. 12.

<sup>143</sup> Case No: 2658-344, Mobile Operators, [http://www.nmanet.nl/Images/Mobile%20operators\\_tcm16-78618.pdf](http://www.nmanet.nl/Images/Mobile%20operators_tcm16-78618.pdf) adresinde.

<sup>144</sup> A.g.k. para. 18-22.

Başvuruyu inceleyen AD, kararda ilk olarak özleri bakımından anlaşma ile uyumlu eylem arasında bir fark olmadığını hatırlatmış, daha sonra yerleşik içtihadındaki uyumlu eylem tanımına yer vermiştir. Yine yerleşik içtihadı uyarınca, bir eylemin amaç bakımından rekabete aykırı olduğu ortaya konulabilmekteyse, bu durumda eylemin ayrıca etkisinin değerlendirilmesine gerek olmadığını ifade etmiştir. Eylemin rekabete aykırı amaca sahip olup olmadığının tespiti hususunda ise, ilgili eylemin kendine özgü hukuki ya da iktisadi kapsamı dikkate alındığında [doğası gereği]<sup>145</sup> rekabeti önleme, kısıtlama veya bozma potansiyeli taşıdığı ortaya konulabilmekteyse, rekabete aykırı amaca sahip olarak değerlendirileceğini belirtmiştir<sup>146</sup>. Bu çerçevede rakiplerin pazardaki paralel davranışları daima rekabete aykırı bir amaçla yaptıklarının öne sürülemeyeceğini ancak somut olaydaki gibi ilgili teşebbüsün bayilere ödenen standart komisyonlarda yapmayı planladığı değişikliğin zamanlaması, kapsamı ve detaylarıyla ilgili olarak taraflar arasındaki belirsizliği kaldırma potansiyeline sahip bir bilgi değişiminin, rekabete aykırı amaçla yapıldığının kabul edilmesi gerektiğini vurgulamıştır<sup>147</sup>. Hal böyleyken, söz konusu bilgi değişiminin rekabeti kısıtlayıcı etki gösterip göstermediğinin tespitine ihtiyaç bulunmamaktadır<sup>148</sup>.

Kararın ilerleyen bölümlerinde ise TSYİM'nin özellikle dikkat çektiği “tek bir toplantı” mevzusu irdelenmiştir. AD yaptığı değerlendirmede, esasen rakiplerin pazar davranışlarını uyumlaştırabilmek için ihtiyaç duydukları toplantıların biçiminin, sayısının ve sıklığının tamamen uyumlu eylemin ve ilgili pazarın koşullarına bağlı olarak değişeceğini vurgulamıştır. Bu bakımdan somut olaydaki gibi, rakipler arasında rekabeti kısıtlamayı amaçladığı açık bir bilgi değişiminin gerçekleştiği tek bir toplantı dahi, taraf olan teşebbüslerin pazar davranışlarını uyumlaştırmaları için yeterli zemin oluşturabilecektir. Hal böyleyken, önemli olan toplantıların sayısı değil, yapılan bilgi değişiminin tarafların pazar davranışlarını rekabetin risklerinden kaçınacak pratik bir işbirliği ile değiştirmelerine imkân sağlayıp sağlayamayacağıdır. Şayet bilgi değişiminin taraflara bu imkânı tanıdığı ortaya konulabilmekteyse -ki somut olayda bu son derece nettir- bu durumda uyumlu eylem ile tarafların pazar davranışları arasında bir illiyet bağı olduğu, karine teşkil edecektir. Aksinin ispatı ise teşebbüslerin sorumluluğundadır<sup>149</sup>.

<sup>145</sup> A.g.k. para. 29.

<sup>146</sup> A.g.k. para. 31.

<sup>147</sup> A.g.k. para. 41.

<sup>148</sup> A.g.k. para 30.

<sup>149</sup> A.g.k. para. 54-62.



*T-Mobile* kararı, bilgi değişimi konusunda AB rekabet hukuku uygulamasına etki edebilecek son derece önemli çıkarımlara gebe dir. Özetlemek gerekirse, taraflar arasındaki stratejik belirsizliği giderecek nitelikte tek bir bilgi değişimi dahi, 101. maddenin ihlal edildiği iddiasına dayanak teşkil edebilecektir. Üstelik taraflar sorumluluktan ancak pazar davranışlarını belirlerken söz konusu bilgi değişiminden hiçbir şekilde etkilenmediklerini/ etkilenmeyeceklerini ispatlayabilirlerse kurtulacaktır. Pratikte bunun ispatının pek de mümkün olmadığı dikkate alındığında, kanımızca karar bir yandan bilgi değişimi konusunda uygulayıcıların elini oldukça güçlendirmekte, diğer yandan teşebbüslerin aralarında yaptıkları toplantılarda hangi konuları gündeme getirecekleri konusunda bir kez daha düşünmeleri gerektiği hususunda ciddi bir mesaj içermektedir.

Diğer yandan söz konusu karar, 101. maddenin uygulanmasında amaç bakımından rekabete aykırı eylemler ile etki bakımından rekabete aykırı eylemler arasındaki ayrıma ilişkin olarak çeşitli tartışmaları gündeme getirmiştir. Bazı çevrelerce kararın 31. paragrafında AD tarafından yapılan değerlendirmeler, amaç bakımından rekabete aykırı eylemlerin kapsamının aşırı derecede genişletildiği şeklinde yorumlanmıştır. Oysa kanımızca AD'nin ilgili paragrafta yaptığı yorumlar, önceki paragraflarda kullandığı ifadelerden ve atf yaptığı kararların içeriğinden bağımsız olarak değerlendirilmemelidir. Zira kararın 29. paragrafında AD, “amaç bakımından ihlaller” ile “etki bakımından ihlaller” arasındaki farkın, bazı anlaşma türlerinin doğaları gereği normal rekabetin düzgün işleyişine zararlı kabul edildikleri gerçeğinde yattığını hatırlatmaktadır.

Dolayısıyla salt 31. paragrafın lafzına dayanarak, rekabeti önleme, kısıtlama veya bozma potansiyeline sahip her türlü bilgi değişiminin (veya rekabete aykırı herhangi bir eylemin) “amaç bakımından ihlal” kabul edileceği gibi bir çıkarım kanımızca yerinde değildir. Bununla birlikte *T-Mobile* kararını AB rekabet hukukunda bilgi değişiminin ele alınmasında küçük çaplı bir milat olarak değerlendirmek mümkündür. Nitekim AD'nin geçmiş içtihadına dayanarak, henüz birkaç yıl öncesine kadar salt bilgi değişimi uygulamalarının ancak bir etki analiziyle ele alınabileceği görüşünde olan Komisyon<sup>150</sup>, büyük ölçüde *T-Mobile*'ın etkisiyle yayımladığı yeni Kılavuz'unda, belirli türden bilgi değişimlerini “amaç bakımından ihlal” olarak değerlendireceğini rahatlıkla telaffuz etmiştir.

### 3.2.4. Geleceğe Yönelik Fiyat Duyuruları: *Wood Pulp* Kararı

1977 yılında Komisyon kâğıt hamuru üreticisi teşebbüslere yönelik bir soruşturma açmıştır. Çeşitli niteliklerde üretilebilen kâğıt hamuru, esas itibarıyla

<sup>150</sup> Bkz. OECD (2008, 128)'de yer verilen Komisyon görüşü.

homojen bir ürün olup kâğıt üretimi maliyetlerinin yaklaşık %50-70 arası bir bölümünü oluşturmaktadır. O dönemde AB genelinde 50 kadar teşebbüs faaliyet göstermekle birlikte, endüstri genelindeki dikey bütünleşik yapı nedeniyle yoğunlaşma oranları net olarak belirlenememektedir. Üreticiler satışlarını doğrudan veya acenteler aracılığıyla gerçekleştirmektedir. Bu acenteler genellikle birden fazla üretici ile çalışmaktadır. Endüstri genelinde uzun süredir fiyatlar üçer aylık olarak belirlenmektedir. Bu fiyatlar izleyen üç aylık dönem gelmeden birkaç hafta önce doğrudan müşterilere veya acentelere bildirilebildiği gibi basında da duyurulmaktadır. Rakipler, diğer üreticiler tarafından duyurulan yeni fiyatları çok hızlı bir şekilde öğrenebilmektedir. Duyurulan fiyatlar genellikle bütün firmalar için aynıyken, bazı dönemlerde duyurular eşanlı gerçekleştirilmektedir<sup>151</sup>. Bunun yanında ABD’de yerleşik üyelerin tamamı, ABD yasalarına uygun olarak kurulmuş bir ihracat karteli<sup>152</sup> olan Ambalaj Kâğıdı İhracat Birliği (Kraft Export Association, KEA) üyesi olup bu üyeler tarafından yapılacak fiyat duyuruları birlik bünyesinde kararlaştırılmaktadır<sup>153</sup>. Benzer şekilde AB’de yerleşik bazı üreticilerin, İsviçre merkezli bir danışmanlık şirketi olan FIDES bünyesinde yapılan toplantılarda düzenli olarak fiyat artışlarını tartıştıkları ve üretim miktarları, kapasiteler, stoklar gibi konularda bilgi paylaştıkları bilinmektedir<sup>154</sup>.

Komisyon uzun süren soruşturma sonucunda, pazardaki eşanlı olarak yapılan ve aynı fiyatları içeren duyuruların, pazarın özellikleri ve oyuncuların maliyet yapıları dikkate alındığında yalnızca “rastlantı” ile açıklanamayacağı, basın yoluyla veya diğer yöntemlerle yapılan fiyat duyurularının tarafların gelecekteki pazar davranışlarıyla ilgili olarak dolaylı bir bilgi değişimi yöntemi olduğu, pazarın yapısal olarak yüksek düzeyde şeffaflığa uygun olmamasına karşın söz konusu fiyat duyurularının ve diğer şekillerde paylaşılan rekabete hassas bilgilerin pazarı yapay olarak şeffaflaştırdığı, taraflar arasında sürekli bilgi değişimi olmaksızın eşanlı fiyat duyurularının mümkün olamayacağı sonuçlarına ulaşmıştır<sup>155</sup>. Bunun yanında Komisyon, bazı üreticiler tarafından, alıcılara ihracat ve yeniden satış yasakları getirildiğini ortaya koymuştur<sup>156</sup>. Bu tespitler doğrultusunda tarafların duyurulan ve/veya işleme konu olan fiyatlar (*transaction prices*) konusunda danışıklı hareket etmek, rekabete hassas bilgileri değiştirmek ve alıcılara ihracat ve yeniden satış yasakları getirmek şeklinde birbirinden ayrı eylemlerle 101(1). maddeyi ihlal ettiklerine karar vermiştir<sup>157</sup>. Kararda dikkat

<sup>151</sup> *Wood Pulp Decision* OJ (1985) L85/1, para. 17-23.

<sup>152</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Çatalcalı (2007, 32-50).

<sup>153</sup> *Wood Pulp Decision*, yukarıda para. 29-35.

<sup>154</sup> A.g.k. para. 43-70.

<sup>155</sup> A.g.k. para. 82-132.

<sup>156</sup> A.g.k. para. 133-134.

<sup>157</sup> A.g.k. Madde 1-4.

çeken bir husus, başta geleceğe dönük fiyat duyuruları olmak üzere taraflar arasındaki bilgi değişiminin hem fiyat belirleme anlaşmasının bir kanıtı hem de bağımsız bir ihlal olarak değerlendirilmiş olmasıdır<sup>158</sup>.

İtiraz üzerine konuyu inceleyen AD, kararın müşterilere getirilen ihracat ve yeniden satış yasaklarına ilişkin kısmı dışında kalan bölümlerini büyük ölçüde iptal etmiştir<sup>159</sup>. Karar detaylı bir şekilde incelendiğinde, iptal gerekçelerinin özellikle Komisyon tarafından yapılan önemli usul hatalarından ileri geldiği görülmektedir. Örneğin Soruşturma Raporu'nda tarafların işlem fiyatlarına ilişkin olarak uyumlu eylem içerisinde buldukları yönünde herhangi bir iddia bulunmaması nedeniyle, Komisyon kararının ilgili bölümü tamamen iptal edilmiştir. Bu çerçevede söz konusu ihlale ilişkin olarak ortaya konulan deliller de AD tarafından değerlendirmede dikkate alınmamıştır<sup>160</sup>. Benzer şekilde AD, taraflar arasında gerçekleştirilen çeşitli toplantılara ilişkin olarak Soruşturma Raporuna verilen cevaplardan elde edilen delillerin de dışlanması gerektiğini belirtmiştir<sup>161</sup>. Kanımızca bu durum, kararın seyrini önemli ölçüde etkilemiştir. Zira Komisyon kararının AD tarafından onaylanan kısımları, bazı taraflar arasında yapılan gizli toplantılara ilişkin olarak usulüne uygun şekilde elde edilen delillere dayanmaktadır. Bununla birlikte çeşitli delillerin değerlendirmede dikkate alınmamış olması, AD'nin başta fiyat duyuruları olmak üzere salt paralel davranışların ihlal iddiasına ne derece esas teşkil edebileceğine yönelik görüşünün ortaya konulmasını sağlamıştır.

AD kararda, gelecek üçer aylık dönemlere ilişkin olarak yapılan fiyat duyurularının bağımsız bir ihlal niteliği taşıyıp taşımadığını ve tarafların duyurulan fiyatlara ilişkin uyumlu eylemde buldukları iddiasına delil olarak gösterilip gösterilemeyeceğini ayrı olarak ele almıştır. Mahkeme yaptığı değerlendirmede, *Suiker Unie* kararına atfen, her bir iktisadi aktörün uygulamaya koymayı planladığı politikayı rakiplerinden bağımsız olarak belirlemesi gerektiğine dikkat çekmiş ancak somut olayda kullanıcılara yönelik olarak önceden yapılan fiyat duyurularını, “*rakiplerin gelecek tutumları ile ilgili belirsizlikleri azaltmayan bir pazar davranışı*”<sup>162</sup> olarak yorumlamıştır. Zira AD'ye göre gelecek fiyatını duyuran bir teşebbüsün, o an itibarıyla, rakiplerinin gelecekte nasıl davranış sergileyeceklerinden emin olması mümkün değildir. Bu bakımdan pazardaki üç aylık fiyat duyurularını, 101(1). maddenin bizatihi bir ihlali olarak değerlendirmedeğini belirtmiştir<sup>163</sup>.

<sup>158</sup> A.g.k. para. 109, 126.

<sup>159</sup> Cases C-89/85, C-104/85, C-114/85, C116-117/85, C125-129/85, *A. Ahlström OY and Others v. E.C. Commission*, (1993) 4 C.M.L.R. 407.

<sup>160</sup> A.g.k. para. 52-54.

<sup>161</sup> A.g.k. para. 156.

<sup>162</sup> A.g.k. para. 64.

<sup>163</sup> A.g.k. para. 65.

Söz konusu duyuruların, tarafların “duyurulan fiyatlar üzerinde uyumlu eylemde buldukları” iddiasına esas teşkil edip edemeyeceği konusunda yapılan değerlendirme ise Mahkeme tarafından atanan iki uzmanın görüşlerine dayanmaktadır. Uzmanlar yapmış oldukları inceleme sonucunda, bu duyuruların uzun bir geçmişe dayandığını ve alıcılar tarafından talep edildiğini belirtmişlerdir. Zira bazı alıcıların ifadelerinden, duyurulan fiyatları kendileri için bir tavan fiyat garantisi olarak gördükleri anlaşılmaktadır. Yine taraflar arasındaki ilişkiler genellikle uzun dönemli sözleşmeler yoluyla yürütüldüğünden, bu sistem alıcılar için arzın, satıcılar için talebin güvenliğini sağlamaktadır<sup>164</sup>. Üstelik uzmanlar pazardaki alıcıların ve acentelerin aynı anda pek çok üreticiyle çalıştıklarını, kimi üreticilerin birbirlerinden kağıt hamuru satın aldıklarını ve son derece dinamik bir ticari basının bulunduğunu belirterek, Komisyonun iddiasının aksine, pazarın doğasından kaynaklanan bir şeffaflık bulunduğu yönünde görüş vermişlerdir<sup>165</sup>. Bu görüşleri benimseyen AD, duyurulan fiyatlar konusunda gözlenen paralel davranışın tek açıklamasının uyumlu eylem olmadığını belirtmiştir. AD’ye göre pazardaki fiyat duyurusu sistemi, alıcılar ve satıcılar tarafından duyulan ihtiyaç üzerine ticari riskleri gidermeye yönelik olarak geliştirilen akılcı bir tepkidir<sup>166</sup>. Bunun yanında Mahkeme, Komisyonun duyurulan fiyatlar konusunda danışıklı hareket edildiğini gösteren “sabit, kesin ve tutarlı bir delil seti” ortaya koyamadığını belirtmiştir. Bu değerlendirmeler çerçevesinde Komisyonun kararının ilgili kısmını iptal etmiştir<sup>167</sup>.

Geleceğe yönelik yapılan fiyat duyurularının tezimiz içerisinde ayrı bir yer teşkil etmesi nedeniyle, AD’nin *Wood Pulp*’ta yaptığı değerlendirmeye biraz daha yakından bakma ihtiyacı duyuyoruz. Öncelikle, geleceğe yönelik olarak yapılan fiyat duyurularının somut olayda rakipler arasındaki stratejik belirsizliği azaltmadığına yönelik tespitin, iktisadi açıdan yeterince bilimsel bir zemine dayanmadığı kanaatindeyiz. Zira iktisaden önemli olan, bu duyuruların, duyuruyu yapan firmanın gelecek stratejileri ile ilgili bir sinyal içerip içermediğidir. Nitekim tezimizin 1. Bölümünde yer verdiğimiz üzere, iktisat teorisi tek taraflı fiyat duyuruları yoluyla zımnî bir anlaşma kurmanın pekâlâ mümkün olduğunu göstermektedir (Kühn ve Vives 1995, 89-90). Ancak bu durumun bir ihlale neden olup olmadığı kuşkusuz somut olayın kendine has özelliklerine bağlıdır.

Örneğin teorik açıdan *Wood Pulp* dosyası, bir önceki bölümde ele alınan *Petroleum Products ve ATP*<sup>168</sup> dosyaları ile büyük benzerlikler içermektedir. Bununla

<sup>164</sup> A.g.k. para. 76-77.

<sup>165</sup> A.g.k. para. 83-88.

<sup>166</sup> A.g.k. para. 126.

<sup>167</sup> A.g.k. para. 127.

<sup>168</sup> Bkz. Bölüm 2.2.2.

birlikte değerlendirmeye etki etmiş olabilecek bir önemli farklılık, *Wood Pulp*'ta ticari basın yoluyla yapılan kamuya açık duyurulardan sonra fiyatlarda değişikliğe gidilmemiş olmasıdır (Kühn ve Vives 1995, 86). Yine *Wood Pulp*'ta, söz konusu iki dosyanın aksine, tek taraflı fiyat duyuruları alıcılar tarafından talep edilmiştir. Son olarak *Wood Pulp*'ta toplam 50 teşebbüs bulunurken, diğer iki dosyada teşebbüs sayısı oldukça düşüktür. Bu bakımdan kanımızca *Wood Pulp*'ın, geleceğe yönelik fiyat duyurularının koordinasyonu daima kolaylaştıran bir eylem olarak değerlendirilemeyeceğini ortaya koyan bir dosya olarak görülmesi gerekmektedir. Zira her bir olay özelinde alıcıların ve satıcıların duyurulara tepki gösterebilecek konumda olup olmadıkları, duyurulan fiyatların uygulanabilir hale gelmeden önce genellikle değişkenlik gösterip göstermediği ve duyuruların alıcılar için etkinlik sağlayıp sağlamadığı konuları mutlak suretle dikkate alınmalıdır (OECD 2001, 30). Nitekim Komisyon, *Wood Pulp*'a rağmen, muhtemelen *T-Mobile*'dan aldığı güçle, yeni Kılavuz'unda doğasında tek taraflı olan davranışların da belirli koşullarda uyumlu eylem oluşturabileceği iddiasını yinelemiştir.

### 3.3. YENİ YATAY ANLAŞMALAR KILAVUZU IŞIĞINDA BİLGİ DEĞİŞİMİNE İLİŞKİN GÜNCEL POLİTİKA

#### 3.3.1. Tanım ve Kapsam

Kılavuz'da bilgi değişiminin açık bir tanımına yer verilmemektedir. Bunun yerine bilgi değişiminin, rakipler arasındaki doğrudan bir bilgi paylaşımı şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, teşebbüs birlikleri gibi ortak bir kurum, pazar araştırma firmaları gibi üçüncü taraflar ya da sağlayıcılar veya bayiler aracılığıyla dolaylı şekilde de gerçekleştirilebileceği belirtilmektedir<sup>169</sup>.

Komisyon Kılavuz'da, bilgi değişiminin rekabetçi pazarların ortak bir özelliği olduğunu, bu bakımdan çeşitli etkinlik kazanımları sağlayabileceğini vurgulamakla birlikte, kimi durumlarda rekabetin kısıtlanması sonucunu doğurabileceğine dikkat çekmektedir. Bilgi değişiminin rekabet üzerindeki etkileri bir yandan ilgili pazarın özelliklerine, diğer yandan ise değiştirilen bilginin niteliğine bağlı olarak değişebilmektedir<sup>170</sup>. Bununla birlikte rakipler arası bilgi değişimi özellikle fiyatları veya miktarları belirlemeye yönelik bir anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararı teşkil edebilecektir. Bu tür bir durumda bilgi değişimi, kartel olarak kabul edilecek ve kartel gibi yaptırıma tabi kılınacaktır. Benzer şekilde bir kartelin uygulanmasını kolaylaştıran bilgi değişimleri, kartelin bir parçası olarak değerlendirilecektir<sup>171</sup>.

<sup>169</sup> Kılavuz para. 55.

<sup>170</sup> Kılavuz para. 57-58.

<sup>171</sup> Kılavuz para. 59.

Dolayısıyla, bir bilgi değişiminin ABİDA'nın 101. maddesi kapsamına girebilmesi için, ilgili bilgi değişimi, rekabeti kısıtlama amacına veya etkisine sahip teşebbüsler arası bir anlaşma veya uyumlu eylem ya da teşebbüs birliği kararı oluşturmalı veya bu tür bir anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararının parçası olmalıdır<sup>172</sup>. Bir başka yatay işbirliği anlaşmasının parçasını oluşturan bilgi değişimi, söz konusu işbirliği anlaşmasının tabi olduğu değerlendirme kriterleri altında ele alınacaktır.

Komisyon, Kılavuz'da ABAD içtihadıyla gelişen uyumlu eylem tanımına yer vermekte ve rakipler arasında, mevcut veya potansiyel rakiplerinin pazardaki davranışlarını etkileme veya kendileri tarafından uygulamaya konulan ya da konulması planlanan davranışlardan rakipleri haberdar etme; böylelikle pazarda anlaşmalı sonuçları kolaylaştırma amaç veya etkisine sahip her türlü doğrudan veya dolaylı irtibatın yasaklandığını belirtmektedir. Dolayısıyla, pazardaki stratejik belirsizliği düşürecek nitelikte stratejik verilerin değişimi, anlaşmayı kolaylaştıracağından, bir uyumlu eylem oluşturabilecektir. Zira bu tür bir bilgi değişimi rakiplerin pazardaki davranışlarının bağımsızlığını düşürmekte ve rekabet etme güdülerini yok etmektedir<sup>173</sup>.

Kılavuz'un dikkat çektiği önemli bir husus, yukarıda yer verilen AD'nin *T-Mobile* kararında da belirtildiği üzere, bir uyumlu eylemin varlığı için, karşılıklı bir bilgi değişiminin gerçekleşmesinin şart olmayışıdır. Tek bir teşebbüsün telefon, elektronik posta, toplantılar vb. aracılığıyla stratejik bilgilerini rakiplerine açıkladığı, diğer teşebbüslerin de bu bilgileri kabul ettiği bir durum, uyumlu eylemin varlığı için pekâlâ yeterlidir. Üstelik ortada örneğin fiyatları belirlemeye yönelik açık bir anlaşmanın bulunması da şart değildir. Zira yalnızca bir teşebbüsün gelecekteki ticari politikaları ile ilgili stratejik bilgileri rakiplerine açıklaması dahi, pazarın gelecekteki işleyişine ilişkin olarak bütün rakipler için stratejik belirsizliği düşürerek, rekabetin kısıtlanması ve anlaşmalı davranışların ortaya çıkması riskini artırmaktadır. Diğer yandan, rakiplerinin stratejik verileri kendisine ulaşan firmalar, bu bilgilerin kendilerine ulaşmasını istemediklerini rakiplerine açık bir şekilde bildirmedikleri takdirde, rakiplerce açıklanan bilgileri kabul etmiş ve pazar davranışlarını buna göre uyarlamış sayılacaklardır<sup>174</sup>.

Komisyonun Kılavuz'da yer verdiği bir diğer husus, tezimiz bakımından önemli gördüğümüz, kamuya açık nitelikte tek taraflı duyurulardır. Komisyon gazeteler vb. yoluyla yapılabilen bu tür duyuruların, bir anlaşmaya davet niteliğinde olmadığı sürece genellikle 101(1). madde anlamında bir uyumlu eylem

<sup>172</sup> Kılavuz para. 60.

<sup>173</sup> Kılavuz para. 61.

<sup>174</sup> Kılavuz para. 62.

oluşturmayacağını belirtmektedir. Bununla birlikte somut olayın koşullarına bağlı olarak, uyumlu eylem ihtimalinin tamamen dışlanamayacağını da vurgulamaktadır. Nitekim Komisyona göre, bu tür bir duyurunun, diğer rakiplerin -özellikle birbirlerinin kamuya açık duyurularına yönelik stratejik tepkileri niteliğindeki kamuya açık duyurularıyla izlenmesi, koordinasyonun koşullarına ilişkin olarak ortak bir anlayışa varmak için izlenen bir stratejiyi ispatlayabilecektir. Daha önceden fiyatlarını duyuran firmaların, rakipleri tarafından yapılan duyurulara göre kendi duyurdıkları fiyatları yeniden ayarlamaları, bu tür bir duruma örnek olabilir<sup>175</sup>.

### **3.3.2. 101(1). Madde Kapsamında Değerlendirme**

#### **3.3.2.1. Temel Rekabetçi Endişeler**

Komisyon bilgi değişimine ilişkin olarak gerek iktisat teorisinin gerekse uygulamadan kaynaklanan tecrübelerin ortaya koyduğu sakıncaları iki ana başlık halinde toplamıştır.

#### ***Anlaşmalı Sonuç***

Stratejik bilgilerin değişimi, pazardaki şeffaflığı yapay olarak artırarak, rakiplerin rekabetçi davranışlarının koordinasyonunu kolaylaştırmakta ve bu şekilde rekabeti kısıtlayıcı etkilere neden olmaktadır. Komisyona göre bu durum, üç şekilde ortaya çıkmaktadır.

İlk olarak, bilgi değişimi firmaların koordinasyonun koşullarına ilişkin olarak ortak bir anlayışa varmalarını sağlayabilmektedir. Bu durum ortada açık bir anlaşma bulunmasa dahi pazarda anlaşmalı sonuçlara neden olabilmektedir. Firmaların bu tür bir ortak anlayış geliştirilmesine imkan verme ihtimali en yüksek olan bilgiler, gelecekte planlanan davranışlarla ilgili olanlardır<sup>176</sup>.

İkincisi, bilgi değişimi pazardaki anlaşmalı sonuçların içsel istikrarını yükseltebilmektedir. Bu durum, bilgi değişimi sayesinde yeterince şeffaf hale gelen bir piyasada, firmaların anlaşmadan sapanları tespit edebilme ve zamanında misilleme yapabilme imkânına kavuşmalarından ileri gelmektedir. Hem mevcut hem de geçmiş verilerin paylaşılması, bu tür bir tespit mekanizmasını oluşturabilir. Bu şekilde firmalar, normal koşullarda ulaşamayacakları anlaşmalı sonuçları başarabilirler veya mevcut anlaşmalı sonucun istikrarını artırabilirler<sup>177</sup>.

Son olarak bilgi değişimi, anlaşmalı sonuçların dışsal istikrarının korunmasını da sağlayabilmektedir. Anlaşma içerisinde olan firmalar, bilgi değişimi nedeniyle artan şeffaflık düzeyi sayesinde, diğer firmaların pazara ne

<sup>175</sup> Kılavuz para. 63.

<sup>176</sup> Kılavuz para. 66.

<sup>177</sup> Kılavuz para. 67.

zaman ve nereden giriş yapacaklarını kestirebilmekte ve doğrudan yeni gireni hedef alacak stratejiler geliştirebilmektedirler<sup>178</sup>.

### ***Rekabete Aykırı Kapama (Anti-Competitive Foreclosure)***

Komisyona göre, münhasır/dışlayıcı bir bilgi değişimi, bazı durumlarda bu değişime taraf olmayan firmaları, değişimin tarafları karşısında rekabetçi bakımdan dezavantajlı konuma düşürebilir. Bu tür bir kapama yalnızca değişime konu bilginin ilgili pazardaki rekabet açısından oldukça stratejik ve yine ilgili pazarın önemli bir bölümüne ilişkin olması halinde ortaya çıkabilir<sup>179</sup>.

Komasyon bilgi değişiminin ilgili pazarın üçüncü taraflarca da rekabete aykırı şekilde kapanmasına neden olabileceğini belirtmektedir. Örneğin dikey entegre firmalar arasında üst piyasada gerçekleştirilen bir bilgi değişimi, tarafların pazar gücü elde etmelerini ve böylelikle alt piyasa için anahtar nitelikteki bir bileşenin fiyatını yükseltmelerini sağlayabilecektir<sup>180</sup>.

### **3.3.2.2. Rekabetin Amaç Bakımından Kısıtlanması**

Komasyon Kılavuz'da, rekabeti kısıtlama amacına dönük her türlü bilgi değişimini, "rekabetin amaç bakımından kısıtlanması" olarak değerlendirileceğini belirtmektedir<sup>181</sup>. Bu tür bir kabulün önemi, AD'nin kökenleri 1966 tarihli *STM v Maschinenbau Ulm*<sup>182</sup> kararına kadar dayanan yerleşik içtihadı uyarınca, bir anlaşmanın rekabeti kısıtlamayı amaçladığı ortaya konulabildiği takdirde, ayrıca etkisinin gösterilmesine ihtiyaç bulunmamasıdır. Kılavuz'a göre, amacın rekabetin kısıtlanması olduğunun ortaya konulmasında, Komasyon bilgi değişiminin altında yatan nedenlerin yanında, değişimin gerçekleştiği iktisadi ve hukuki şartları dikkate alacaktır. Bu bağlamda ilgili bilgi değişiminin, doğası gereği rekabetin kısıtlanmasına yol açıp açmayacağı değerlendirilecektir.

Ne tür bir bilgi değişimi doğası gereği rekabeti amaç bakımından kısıtlayabilir sorusuna Komasyonun verdiği tek net cevap, firmaların gelecekteki fiyatlarına ve miktarlarına ilişkin niyetlerini/planlarını birbirleriyle paylaşmalarıdır. Esasen buradaki niyetlerden kasıt, tüketiciler için bağlayıcılığı olmayan *ucuz konuşma* niteliğindeki beyanlardır<sup>183</sup>. Komasyon bu tür bilgi değişimlerine ilişkin olarak iktisadın ortaya koyduğu sakıncalara dikkat çekmekte<sup>184</sup> ve gerçek verilere kıyasla, geleceğe yönelik niyetlerin/planların rekabetçi bir amaçla paylaşılmış olmasının daha

<sup>178</sup> Kılavuz para. 68.

<sup>179</sup> Kılavuz para. 70.

<sup>180</sup> Kılavuz para. 71.

<sup>181</sup> Kılavuz para. 72.

<sup>182</sup> [1966] ECR 235, [1966] CMLR 357

<sup>183</sup> Kılavuz, para. 72, dn. 4.

<sup>184</sup> Bkz. Bölüm 1.3.1.1



düşük bir ihtimal olduğunu belirtmektedir. Bunun da ötesinde Komisyon, geleceğe dönük bireysel niyetlerin/planların rakipler arasında gizli şekilde paylaşılması haline karşı kartlarını çok açık oynamaktadır: Bu tür bilgi değişimleri kartel olarak kabul edilerek karteller gibi cezalandırılacaktır. Üstelik böyle bir durumda 101(3). madde koşullarının karşılanma ihtimali de son derece düşüktür<sup>185</sup>.

### **3.3.2.3. Rekabeti Sınırlayıcı Etkilere İlişkin Değerlendirme Kriterleri**

Komisyon, rekabet hukukundaki pek çok kavramda olduğu gibi, bilgi değişimi konusunda da nihai etkinin belirlenmesinde dosyanın kendine özgü koşullarına bakacağını (case-by-case) belirtmektedir. Bu değerlendirmenin temeli, bilgi değişiminin olmadığı duruma kıyasla, pazardaki fiyatlar, çıktı miktarı, ürün kalitesi, ürün çeşitliliği gibi unsurlarda hissedilebilir bir olumsuz etki ihtimali olup olmadığına incelenmesidir. Böyle bir etkinin varlığı hem ilgili pazarın iktisadi koşullarına hem de değiştirilen bilginin niteliğine bağlıdır<sup>186</sup>.

Değerlendirmenin ilgili pazarın koşullarına bağlı olması, yeterince şeffaf, yoğunlaşmış, ürün farklılaştırmasının düşük olduğu, durağan ve simetrik pazarların, yapısal olarak diğerlerine göre daha yüksek bir koordinasyon riski barındırmasından kaynaklanmaktadır. Bu tür pazarlarda bilgi değişiminin rekabeti kısıtlayıcı etkileri, farklı pazar koşullarına kıyasla daha yüksek olacaktır. Bununla birlikte Komisyon, koordinasyon riskinin düşük olduğu pazarlarda dahi, bilgi değişiminin pazardaki şeffaflığı artırarak, pazarın karmaşıklığını düşürerek, dengesizliği azaltarak ve asimetrisini telafi ederek, pazarın yapısını işbirliğine uygun bir hale getirebileceğini belirtmektedir. Bu nedenle bilgi değişiminin pazar üzerindeki muhtemel etkisi dikkate alınmaksızın, yalnızca pazarın yapısına odaklanan bir değerlendirme eksik kalacaktır. Diğer yandan bilgi değişiminin bu tür bir etki gösterip gösteremeyeceği, kurulan bilgi değişiminin amacının, bu sisteme taraf olmanın ve ulaşmanın koşullarının incelenmesini gerektirmektedir. Bunun yanında değişimin sıklığı, değiştirilen bilginin niteliği (gizli veya kamuya açık olması, toplulaştırılmış veya detaylı olması, tarihi veya güncel olması vb.) ve fiyatları, miktarları, koşulları belirlemek bakımından önemi de dikkate alınacaktır<sup>187</sup>.

#### **(i) Pazarın Yapısı**

##### ***Pazar Şeffaflığı***

Şeffaflık bir yandan rakiplerin ortak bir anlayışa varmasını kolaylaştırırken diğer yandan anlaşmanın istikrarının korunmasını sağlayabilmektedir. Bu

<sup>185</sup> Kılavuz, para. 73-74.

<sup>186</sup> A.g.k. para. 75.

<sup>187</sup> A.g.k. para. 76-77.

bağlamda bilgi değişimi piyasa şeffaflığını yükselterek fiyatlar, miktarlar, talep veya maliyetler gibi stratejik değişkenlere ilişkin belirsizliği düşürebilmektedir. Diğer yandan bilgi değişimi öncesinde pazardaki şeffaflık ne kadar düşükse, bilgi değişiminin anlaşılmalı sonuçlara ulaşmadaki katkısı da o kadar yüksek olacaktır. Bu nedenle rekabeti kısıtlayıcı etkilerin belirlenmesinde, bilgi değişimi öncesinde pazardaki şeffaflığının düzeyi belirlenmeli ve bilgi değişiminin bunu nasıl değiştirdiği incelenmelidir. Kılavuz'a göre olağan durumlarda pazar şeffaflığının düzeyi piyasadaki aktör sayısına ve pazardaki işlemlerin kamuya açık mı yapıldığı yoksa alıcılar ve satıcılar arasında gizli anlaşmalarla mı yürütüldüğü gibi hususlara bağlıdır. Bilgi değişiminin şeffaflığa katkısının değerlendirilmesinde anahtar soru, bilgi değişiminin olmadığı bir duruma kıyasla, bilgi değişimi sonucunda rakiplerin faaliyetlerinin belirlenmesinin ne derece kolaylaşacağıdır<sup>188</sup>. Kanımızca Komisyonun yaklaşımından şöyle bir çıkarıma ulaşmak mümkündür: Şayet olağan pazar koşullarında firmaların, rakiplerinin ayrıntılı fiyatları, üretim ve satış miktarları, maliyetleri gibi bilgilerini önemli bir maliyete katlanmaksızın öğrenme imkânları ne kadar düşükse, bilgi değişiminin şeffaflığa katkısı ve rekabeti kısıtlayıcı etkisi o derece yüksek olacaktır. Nitekim Komisyonun *Wood Pulp*'taki iddialarının gerekçelerinden birini, bu husus oluşturmaktadır.

### ***Yoğunlaşma***

Komisyon az sayıda firmanın faaliyet gösterdiği sıkı bir oligopol yapısında, işbirliğinin kurallarına ilişkin olarak tarafların ortak bir anlayışa varmalarının ve anlaşmadan sapanları tespit etmelerinin daha kolay olacağını belirtmektedir. Böyle bir durumda anlaşmanın sürdürülmesi imkânı da daha yüksektir. Tam tersine firma sayısı arttıkça, örneğin fiyat indirimleri yoluyla elde edilebilecek ilave pazar payı görece yüksek olacağından, anlaşmadan sapma yoluyla elde edilecek kazançlar yüksek olacaktır. Yine firma sayısı fazla olduğunda, anlaşmayla elde edilecek kazançlar daha fazla firma arasında paylaşılacağından, firmaların anlaşmadan bekledikleri kazanç da daha düşük olacaktır. Bu bakımdan Komisyona sıkı oligopol yapısı sergileyen piyasalarda bilgi değişiminin rekabeti kısıtlayıcı etki gösterme ihtimalinin, görece gevşek oligopolle kıyasla yüksek olduğunu vurgulamaktadır. Yüksek düzeyde parçalanmış (*fragmented*) piyasalarda ise bu etkilerin ortaya çıkma ihtimali esasen son derece düşüktür. Bununla birlikte bilgi değişimi, şeffaflığı artırarak veya başka yollarla, pazar koşullarının işbirliğine uygun bir hale gelmesini sağlayabilmekte ve bilgi değişiminin olmadığı bir duruma kıyasla koordinasyonu ve izlemeyi (*monitoring*) kolaylaştırabilmektedir.<sup>189</sup>

<sup>188</sup> A.g.k. para. 78.

<sup>189</sup> A.g.k. para.79.

Komisyunun pazarın yapısına verdiği önem, pek çok kararından da anlaşılmaktadır. Örneğin *Non-ferrous Semimanufactures*<sup>190</sup> dosyasında Komisyon, pazarın oligopolistik yapısı nedeniyle bildirim konu bilgi değişimi anlaşmasının, tarafların 101(1). maddeye aykırı davranmalarına imkan tanıyacağını belirtmiştir<sup>191</sup>. *UK Tractors*'ta ilgili pazarda faaliyet gösteren görece fazla sayıda teşebbüs bulunmasına rağmen pazarın oldukça yoğunlaşmış olması (en büyük dört teşebbüsün toplam pazar payı yaklaşık %80, bilgi değişiminde bulunan teşebbüslerin toplam pazar payları ise %88 idi) gerek Komisyonun gerekse Mahkemelerin ihlal kararına varmalarında belirleyici olmuştur (Halliday ve Seabright 2001, 92). Yine yukarıda yer verildiği üzere *Fatty Acids*'te Komisyon, bilgi değişimi sonrasında iki yıl içinde tarafların pazar paylarını %70'ten %80'e çıkardıklarını, dolayısıyla bilgi değişiminin hâlihazırdaki yoğunlaşmış pazar yapısını daha da güçlendirdiğini ortaya koymuştur (Christiansson 2008, 33). Bununla birlikte *EUDIM*'de<sup>192</sup> değiştirilen bilgiler rekabete hassas nitelikteyse de Komisyon, yaklaşık üç binin üzerinde teşebbüsün faaliyet gösterdiği pazarda bilgi değişiminin hissedilebilir bir etki yaratmayacağını belirtmiştir (Capobianco 2004, 1266).

### ***Malların ve Hizmetlerin Niteliği***

Değerlendirmede dikkate alınacak bir başka husus, ilgili pazarın ne derece karmaşık bir yapı arz ettiğidir. Söz gelimi görece homojen ürünlerin yer aldığı pazarlarda rakipler arasında ortak bir anlayış geliştirmek veya anlaşmadan sapmaları tespit etmek, çok fazla farklılaştırılmış ürünün değişime konu olduğu bir pazara kıyasla daha kolaydır<sup>193</sup>. Örneğin ürünlerin homojen olması *Steel Beams*'te ihlal kararına varılmasında önemli bir etkenken, bir milyondan fazla ürünün söz konusu olduğu *EUDIM*'de Komisyon, bireysel ve gizli nitelikte bilgilerin dahi rekabeti kısıtlamayacağını belirtmiştir. Bununla birlikte Kılavuz, ürün farklılaştırmasının yüksek olduğu pazarlarda dahi bilgi değişiminin, örneğin fiyatlama noktaları (pricing points) gibi basit fiyatlama kuralları geliştirilerek, anlaşmaya varmanın önündeki zorlukları gidermek için kullanılabilme ihtimalini göz ardı etmemektedir<sup>194</sup>.

### ***Pazarın Durağanlığı***

Komisyon arz ve talebin durağan seyrettiği pazar koşullarında anlaşmalı sonuçların daha muhtemel olduğunu belirtmektedir. Bunun nedeni, birinci bölümde de yer verdiğimiz üzere değişken pazar koşullarında firmaların,

<sup>190</sup> Commission's Fifth Report on Competition Policy (1975), s. 39-40.

<sup>191</sup> A.g.k. s.40.

<sup>192</sup> EUDIM kararı, OJ 1996 C111/8. para. 13.

<sup>193</sup> Kılavuz, para. 80.

<sup>194</sup> Kılavuz para. 80

satışlarındaki kayıpların talepteki genel bir düşmeden mi yoksa rakiplerin rekabetçi davranışlarından mı ileri geldiğini kestirmelerindeki güçlüktür. Bu çerçevede değişken (*volatile*) talep, pazardaki bazı firmaların içsel büyümesi veya pazara girişlerin sık olması, pazarın anlaşma için yeterince durağan olmadığına işaret edebilir. Bununla birlikte bilgi değişimi belirli koşullarda pazarın durağanlaştırılmasına hizmet edebilecektir<sup>195</sup>.

Diğer yandan yeniliğin (*innovation*) önemli olduğu pazarlarda, kayda değer bir yenilik yaratan firmalar rakiplerine kıyasla çok önemli avantajlara sahip olacağından, anlaşma ihtimali yine düşüktür. Sürdürülebilir bir anlaşma için, koordinasyona taraf olmayan mevcut ve potansiyel rakipler ile müşterilerin, anlaşmadan beklenen sonuçları tehlikeye düşürme kabiliyetine de sahip olmamaları gerekmektedir. Bu çerçevede yüksek giriş engelleri, anlaşmayı mümkün ve sürdürülebilir kılacaktır<sup>196</sup>. Nitekim *UK Tractors*'ta Komisyon ihlal kararına varırken, bir yandan pazarda hâlihazırda yüksek olan giriş engellerine dikkat çekmiş, diğer yandan taraflar arasındaki bilgi değişiminin, sisteme dâhil olmayan rakipler için giriş engellerini daha da yükselttiğini vurgulamıştır. Yine *Wirtschaftsvereinigung Stahl*<sup>197</sup>'da Komisyon, vardığı sonucu pazarın yoğunlaşmış yapısı yanında, yüksek giriş engellerine dayandırmıştır (Whish 2006, 30).

### ***Firmaların Benzerliği***

Kılavuz simetrik pazar yapılarında anlaşmalı sonuçların daha muhtemel olduğunu dikkat çekmektedir. Homojen maliyetlere, talebe, pazar paylarına, ürün gamlarına vb. sahip firmaların çıkarları da benzer olacağından, koordinasyonun koşullarına ilişkin olarak ortak bir anlayışa varmaları da kolay olacaktır. Bununla birlikte Komisyon, bazı durumlarda bilgi değişiminin heterojen pazar yapılarında dahi anlaşmalı sonuçlara yol açabileceğini belirtmektedir. Çünkü bilgi değişimi sayesinde firmalar farklılıklarını ortaya koyabilecek ve koordinasyon koşullarını bu farklılıkları karşılayacak şekilde belirleyebilecektir<sup>198</sup>.

### ***Anlaşmanın Sürdürülebilirliğini Etkileyen Diğer Unsurlar***

Kılavuz'a göre bilgi değişiminin rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin değerlendirilmesinde dikkate alınacak diğer hususlar, esasen birinci bölümde firmaların anlaşmaya *bağlılık* güdülleri ile anlaşmadan sapmanın *cazibesini* etkileyen koşullara ilişkin olarak yapmış olduğumuz açıklamaları içermektedir. Bu çerçevede örneğin firmaların anlaşma sonucunda bekledikleri kârların

<sup>195</sup> Kılavuz para. 81.

<sup>196</sup> A.g.k.

<sup>197</sup> OJ [1998] L1/10.

<sup>198</sup> Kılavuz, para. 82.

indirgenmiş değerine kıyasla, bugün anlaşmadan saparak elde edecekleri kârlara atfettikleri değer yükseldikçe, anlaşmanın sürdürülebilirliği de azalmaktadır<sup>199</sup>. Yine bu kapsamda aynı pazarda uzun süreler faaliyet gösterecek olan firmaların, koordinasyona daha meyilli olmaları beklenebilir. Çünkü Komisyona göre bu tür bir durumda firmalar için, anlaşma sayesinde gelecekte elde edilecek kâr akışları, kısa dönemde anlaşmadan saparak elde edilebilecek kârlardan daha değerli hale gelebilecektir<sup>200</sup>.

Son tahlilde yine iktisadın ortaya koyduğu üzere, anlaşmalı sonuçların sürdürülebilirliği, yeterince caydırıcı cezalandırma mekanizmalarının varlığına bağlıdır. Komisyon anlaşmadan caymanın sonuçlarının, firmaları kendileri için en mantıklı yolun anlaşmayı sürdürmek olduğuna ikna edecek kadar ciddi olmadığı durumlarda, bir anlaşmanın sürdürülmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir. Örneğin siparişlerin seyrek ve toplu olduğu piyasalarda, anlaşmadan sapmadan beklenen kazanç daha büyük, kesin ve yakın iken; cezalandırma nedeniyle uğranılacak zararlar görece küçük ve belirsiz olacak, üstelik bu zararlar uzak bir gelecekte ortaya çıkacaktır. Bu tür bir pazar yapısında ciddi ve caydırıcı cezalandırma mekanizmaları tasarlamak oldukça zordur. Bunun yanında cezalandırma mekanizmalarının caydırıcılığı, rakiplerin misilleme güdülerinin olup olmadığına da bağlıdır. Nitekim firmaların bu güdüye sahip olmaları için, uzun dönemde rakibi yeniden anlaşmalı stratejiye döndürmek yoluyla elde edecekleri kazancın, kısa dönemde fiyat savaşları başlatarak uğrayacakları zararlara ağır basması gerekir. Komisyon'a göre örneğin firmaların dikey ticari ilişkilerle de karşılıklı etkileşim içinde buldukları pazarlarda, misilleme kabiliyeti yükselecektir<sup>201</sup>.

## (ii) Bilgi Değişiminin Niteliği

### *Stratejik Bilgi*

Komisyon stratejik bilgiyi, pazardaki stratejik belirsizliği düşüren veriler olarak tanımlamakta ve bu tür bilgilerin değişiminin, 101. madde kapsamına girme olasılığın yüksek olduğunu belirtmektedir. Stratejik verilerin paylaşımı kritiktir, çünkü tarafların rekabet etme güdülerini ve bu şekilde karar alma süreçlerindeki bağımsızlıklarını düşürmektedir. Kılavuz'da stratejik bilgilerin neler olabileceği konusunda uzun bir liste sıralanmaktadır. Buna göre fiyatlar, fiyat indirimleri, fiyat artışları, iskontolar, müşteri listeleri, üretim maliyetleri, miktarlar, satışlar, iadeler, kapasiteler, kaliteler, pazarlama planları, riskler, yatırımlar, teknolojiler, Ar&Ge programları ve sonuçları ile sayılanlara ilişkin diğer bilgiler stratejik olarak

<sup>199</sup> Kılavuz, para. 83.

<sup>200</sup> Kılavuz, para. 84.

<sup>201</sup> Kılavuz, para. 85.

kabul edilmektedir. Genellikle stratejik bilgiler sıralamasında en önde fiyatlar ve miktarlar, daha sonra ise maliyetler ve talep gelmektedir. Bununla birlikte örneğin firmaların Ar&Ge üzerinde rekabet etmeleri halinde, rekabet açısından en stratejik bilgi teknolojiler olacaktır. Diğer yandan bu bilgilerin stratejik olarak kullanılma imkânı, verilerin toplulaştırılma düzeyine, yaşına, pazar koşullarına ve değişimin sıklığına bağlıdır.<sup>202</sup>

Komisyonun geçmiş uygulamalarına bakıldığında da, paylaşımına en fazla itiraz edilen bilginin, fiyatlar olduğu dikkati çekmektedir.<sup>203</sup> Bunun yanında yine pek çok dosyada bireysel üretim ve satış miktarlarının paylaşılmasını ihlal olarak değerlendirmiştir.<sup>204</sup> Diğer yandan Komisyon, *Re Cimble*'da<sup>205</sup> planlanan kapasite artışlarının bildirmesine yönelik olarak teşebbüs birliği üyelerine getirilen yükümlülüğe itiraz etmiştir. Benzer şekilde *Zinc Producer Group*'ta<sup>206</sup> bu kez itiraz konusu, yatırım planları ile ilgili olarak rakiplerin bilgilendirilmesidir. *EATA*'da<sup>207</sup> teşebbüslerin kapasitelerini ve kapasite kullanım oranlarını birbirleriyle paylaşmaları ihlal olarak değerlendirilmiştir. *Steel Beams*'te<sup>208</sup> Komisyon, tarafların teslimat ve sipariş bilgilerini birbirleriyle paylaşmalarını “kabul edilebilir sınırların ötesine geçmek” olarak yorumlamıştır (Whish 2006, 32-34).

### ***Pazarı Kapsama (Market Coverage)***

Pazarın yalnızca çok küçük bir kısmını ilgilendiren bir bilgi değişiminin, rekabet üzerinde hissedilebilir bir etki yaratması pek olası değildir. Bu bakımdan Kılavuz, bilgi değişiminin rekabeti kısıtlayıcı etki gösterebilmesi için, taraflarının ilgili pazarın önemli bir bölümünü kapsamaları gerektiğini belirtmektedir. Aksi halde örneğin bilgi değişimine taraf olmayan rakiplerin faaliyetleri, anlaşmalı sonuçların sürdürülmesini güçlendirebilecektir. Nitekim tarafların toplam pazar paylarının büyüklüğü *UK Tractors* (%88), *CEPI-Cartonboard* (%70-90), *Fatty Acids* (%52-70) gibi dosyalarda ihlal tespitine varılmasında önemli bir etkenken; *EUDIM*'de, diğer hususların yanında üyelerin yalnızca %1,3 ile %12 arasında değişen oranlarda pazar payına sahip olmaları ve değişime konu bilginin, üyeler tarafından satılan ürünlerin toplamda %5 ile 10'una ilişkin olması da

<sup>202</sup> A.g.k. para. 86.

<sup>203</sup> Örneğin bkz. *IFTRA Glass Containers* OJ [1974] L160/1; *Vegetable Parchment* O.J. [1978] L70/54; *Hasselblad* O.J. [1982] L161/18; *Re Vimpoltu* OJ [1983] L200/44; *Belgian Industrial Timber* [1976] 1 CMLR DII (Whish 2006, 32).

<sup>204</sup> Bu yöndeki kararlardan bazıları için Bkz. *Associated Lead Manufacturers* OJ [1979] L21/16.; *Atka A/S v BP Kemi A/S* OJ [1979] L286/32.; *Benelux Flat Glass* OJ [1984] L212/13; *Hasselblad* OJ [1982] L161/18 (Whish 2006, 33)

<sup>205</sup> OJ [1972] L303/24.

<sup>206</sup> OJ [1984] L220/27.

<sup>207</sup> OJ [1999] L193/23.

<sup>208</sup> OJ [1994] L116/1 para.267.

değerlendirmede dikkate alınmıştır. Bununla birlikte Komisyon, “ilgili pazarın önemli bir bölümünün kapsanması” kavramının kısa bir tanımı olmadığını, bunun ancak ilgili dosyanın kendine özgü koşullarına ve değiştirilen bilginin niteliğine göre belirlenebileceğini ifade etmektedir<sup>209</sup>.

Diğer yandan Komisyon, bilgi değişiminin bir başka yatay işbirliği anlaşmasının parçası olduğu ve bu işbirliği için gerekli olan bilgi değişiminin ötesine geçilmediği durumlarda, bu tür işbirliklerine ilişkin olarak Kılavuz’da, ilgili grup muafiyeti tüzüğünde veya *De Minimis* düzenlemesinde<sup>210</sup> yer verilen eşiklerin altında kalan anlaşmaların, rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin genellikle yeterince yüksek olmayacağını belirtmektedir<sup>211</sup>.

### ***Toplulaştırılmış/Bireyselleştirilmiş Veri***

Kılavuza göre, bireysel düzeyde firma verilerinin belirlenmesini yeterince güçleştiren veriler, gerçek anlamda toplulaştırılmış kabul edilmektedir. Toplulaştırılmış verilerin değişiminin rekabeti kısıtlayıcı etkisi, firma seviyesinde verilerin paylaşımına kıyasla daha düşüktür. Üstelik Komisyon, toplulaştırılmış verilerin bir teşebbüs birliği veya pazar araştırma şirketi tarafından toplanarak yayımlanmasının, hem tüketiciler hem de sağlayıcılar için önemli etkinlik kazanımları sağlayabildiğini belirtmektedir. Tam tersine bireysel verilerin değişimi ise, bir yandan pazar konusunda ortak bir anlayışa varmayı kolaylaştırırken, diğer yandan doğrudan anlaşmadan sapan veya pazara yeni giren firmayı belirleyerek uygun bir cezalandırma stratejisi geliştirmeyi mümkün kılabilmektedir. Bununla birlikte Komisyon, az sayıda firmanın faaliyet gösterdiği sıkı ve durağan bir oligopol yapısında, toplulaştırılmış verilerin değiştirilmesinin dahi anlaşmalı sonuçları kolaylaştırabileceğini belirtmektedir. Çünkü Komisyona göre, bu tür bir pazar yapısında toplulaştırılmış veriler dahi, anlaşmadan bir sapma olup olmadığının tespit edilmesini mümkün kılarak pazar genelinde misillemelere neden olabilmektedir. Son tahlilde, anlaşmayı sürdürürebilmek için kimin anlaşmadan saptığını öğrenmek yerine, “birilerinin” saptığını bilmek de kimi durumlarda yeterli olabilir<sup>212</sup>.

Bu noktada örneğin kaç tane firmanın bireysel verileri toplulaştırıldığı takdirde, “gerçek anlamda toplulaştırılmış veri” testinin geçilebileceği sorusu akıllara gelmektedir. Komisyonun geçmiş tarihli uygulamaları bu konuda net

<sup>209</sup> Kılavuz, para. 87-88.

<sup>210</sup> Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community (de minimis), OJ C 368, 22.12.2001, s. 13–15

<sup>211</sup> Kılavuz, para. 88

<sup>212</sup> Kılavuz, para. 89.

bir kriter belirlemenin mümkün olmadığına işaret etmektedir. Örneğin *CEPI-Cartonboard*'da<sup>213</sup> Komisyon, pek çok veri türü bakımından en az üç firmanın faaliyet gösterdiği pazarlarda toplulaştırılmış verilerin değişiminde sakınca görmezken, konu sipariş miktarlarına geldiğinde çıtayı 10'a yükseltmiştir. Buna karşın *European Wastepaper Information Service*<sup>214</sup> dosyasında, değişime konu bilginin en az dört teşebbüsün toplulaştırılmış verilerini içermesi gerektiğini taraflara bildirmiştir. Diğer yandan *UK Tractors*'ta, genel olarak toplulaştırılmış verilerin değişimine itiraz etmediğini ancak herhangi bir bölgede veya zaman diliminde toplam satış adedi 10'dan düşükken, toplulaştırılmış verilerin dahi rakiplerin satışlarının tam olarak belirlenmesine neden olacağını belirtmiştir.<sup>215</sup>

### ***Verinin Yaşı***

Komisyon, tarihi verilerin rakiplerin gelecekteki davranışlarına ilişkin bir gösterge olarak kullanılmasının veya pazarda ortak bir anlayış geliştirilmesini sağlamasının pek mümkün olmadığını belirtmektedir. Bu bakımdan bu tür verilerin anlaşılabilir sonuçlara sebep olma ihtimali neredeyse yoktur. Benzer şekilde tarihi veriler, anlaşmadan sapmaları tespit etmek, hızlı ve etkin bir misilleme tehdidi oluşturmak bakımından da kullanışlı değildir. Ancak Komisyon, verinin rekabetçi riskler oluşturamayacak kadar eski sayılabilmesi için önceden belirlenmiş bir eşik bulunmadığını ifade etmektedir. Verinin gerçekten tarihi olup olmadığı, ilgili pazarın yapısına ve özellikle yeniden fiyat pazarlıklarının (*price re-negotiations*) sıklığına bağlı olarak değişmektedir.<sup>216</sup>

Komisyon, pazardaki sözleşmelerin ortalama vadesinin, yeniden fiyat pazarlıklarının sıklığına ilişkin bir gösterge oluşturması halinde, bu sözleşmelerin ortalama süresinin birkaç katı kadar eski olan verilerin tarihi sayılabileceğini belirtmektedir. Diğer yandan, verilerin tarihi sayılabileceği eşik, bu verilerin doğasına, toplulaştırılmış olup olmadığına, değişimin sıklığına göre de değişebilmektedir. Söz gelimi Komisyon *UK Tractor ve Wirtschaftsvereinigung Stahl*'da bir yıldan eski bireysel verileri tarihi saymış ve rekabeti kısıtlayıcı nitelikte bulmamıştır. Bir yıldan daha yeni bireysel verileri ise güncel olarak nitelemiştir. Bununla birlikte *CEPI-Cartonboard*'da son dört hafta için toplulaştırılmış verileri, tarihi olarak değerlendirmiştir. Diğer yandan *Fatty Acids*'te, ilgili piyasanın yapısını dikkate alarak tarafların son üç aylık toplam satış verilerini birbirleriyle paylaşılmalarını ihlal olarak değerlendirmiştir.

<sup>213</sup> O.J. [1996] C310/3.

<sup>214</sup> O.J. [1987] C339/7.

<sup>215</sup> O.J. [1992] L68/19 para. 61.

<sup>216</sup> Kılavuz, para. 90.



### ***Bilgi Değişiminin Sıklığı***

Kılavuz uyarınca bilgi değişiminin rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin değerlendirilmesinde dikkate alınacak bir başka husus, değişimin ne sıklıkla gerçekleştiğidir. Bunun nedeni, sık bilgi değişiminin hem tarafların ortak bir anlayışa varmalarını hem de anlaşmadan sapmaları denetlemeyi kolaylaştırmasıdır. Pazar ne kadar değişirse, anlaşmalı sonuçları kolaylaştırabilmek için bilginin de o denli sık değiştirilmesi gerekmektedir. Diğer yandan uzun vadeli sözleşmelerin geçerli olduğu pazarlarda, görece seyrek bilgi değişimleri anlaşmalı sonuçlara ulaşmak için yeterlidir. Tam tersine pazardaki sözleşmelerin vadesi kısaldıkça, anlaşmalı sonuçlara ulaşmak için bilginin genellikle daha sık değiştirilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte anlaşmayı kolaylaştırmak için ihtiyaç duyulan bilgi değişimi sıklığı, pazarın yapısının yanında değiştirilen bilginin doğasına, yaşına ve toplulaştırılmış olup olmadığına bağlıdır. Zira *T-Mobile* kararının da ortaya koyduğu üzere, pazarın yapısına bağlı olarak kimi durumlarda tek bir bilgi değişimi bile, tarafların rekabetin risklerinden kaçınmak üzere pazar davranışlarını uyumlaştırabilmesi için yeterli zemin hazırlayabilmektedir<sup>217</sup>.

### ***Kamuya Açık Olan/Olmayan Bilgi***

Değerlendirmede dikkate alınacak bir diğer husus, değiştirilen bilginin gerçek anlamda kamuya açık olup olmadığıdır. Kılavuz'da, bütün müşteriler ve rakipler tarafından eşit derecede ulaşılabilir nitelikteki bilgi *gerçek anlamda kamuya açık bilgi (genuinely public information)* şeklinde tanımlanmakta ve bu tür bilgilerin değişiminin 101. madde kapsamında bir ihlal olarak değerlendirilme ihtimalinin oldukça düşük olduğu belirtilmektedir. Ancak bir bilginin gerçek anlamda kamuya açık sayılması için, bu bilginin müşteriler ve değişime taraf olmayan firmalarca, bilgi değişiminde bulunan firmalara kıyasla daha maliyetli bir yolla elde edilmemesi gerekmektedir. Örneğin kamusal alanda yer alan bilgilerin toplanmasının maliyeti, müşterileri ve rakipleri bundan caydıracak nitelikteyse, bu tür bilgiler gerçek anlamda kamuya açık değildir. Zira bilginin pazardan (müşterilerden, bayilerden vb.) elde edilme ihtimalinin olması, bu bilginin rakiplerce anında erişilebilir bir pazar verisi olduğu anlamına gelmemektedir. Bunun yanında Komisyona göre, değiştirilen bilgiler taraflarca daha önce örneğin gazeteler veya internet siteleri aracılığıyla kamuya duyurulmuş olsa dahi, bu bilgilerin taraflar arasında ayrıca gizli olarak değiştirilmesi 101. maddeyi pekâlâ ihlal edebilecektir<sup>218</sup>. Nitekim *Tate&Lyle*'de GM, planlanan fiyat bilgilerinin daha önce müşterilere duyurulmuş olmasının, bu bilgilerin pazarda derhal erişilebilir nitelikte olduğunu göstermeyeceğini belirtmiştir<sup>219</sup>.

<sup>217</sup> Kılavuz, para. 91.

<sup>218</sup> A.g.k., para. 92.

<sup>219</sup> Case T-202/98 vd. *Tate&Lyle v Commission*, para. 60.

Kılavuz'da dikkat çekilen önemli bir husus, örneğin düzenleyiciler tarafından yayımlanan genel olarak erişilebilir bazı veriler olsa dahi, rakipler arasında değiştirilen ilave bilgilerin stratejik belirsizliği daha da düşürerek rekabeti kısıtlayıcı etki gösterebilmesidir. Böyle bir durumda ilave bilgiler, pazarın dengesini anlaşmalı sonuçlara çevirmek bakımından kritik rol oynayabilecektir<sup>220</sup>.

### ***Bilginin Kamuya Açık/Gizli Şekilde Değişimi***

Kılavuz'a göre bir bilgi değişimi, değiştirilen verilerin bütün rakiplere ve müşterilere eşit maliyetle ulaşılabilir olmasını sağlamaktaysa, gerçek anlamda kamuya açık sayılacaktır. Bilginin kamuya açık bir şekilde değiştirilmesi, işbirliğine taraf olmayan firmaların, potansiyel rakiplerin ve müşterilerin, pazarda oluşabilecek anlaşmalı sonuçları kısıtlamalarını sağlayabilmektedir. Bununla birlikte bilginin gerçek anlamda kamuya açık bir şekilde değiştirilmesi, pazarda anlaşmalı sonuçlara ulaşmayı hiçbir şekilde kolaylaştırmayacağı anlamına gelmemektedir. Örneğin giriş engellerinin yüksek ve/veya alıcı gücünün düşük olduğu piyasalarda, koordinasyondan beklenen sonuçları risk altına sokacak bir karşı etken daha zayıf olacaktır. Benzer şekilde tüketici tarafında artan şeffaflık, fiyat esnekliğini yükseltmesi nedeniyle, firmaların anlaşmadan sapma yoluyla elde edebilecekleri kazancı artırırken, aynı şekilde misillemeleri de şiddetlendirebilmektedir<sup>221</sup>.

### **3.3.3. 101 (3). Madde Kapsamında Değerlendirme**

Kılavuz'un buraya kadar aktardığımız kısımlarında, Komisyon firmalar arasındaki bilgi değişimlerinin hangi koşullarda ihlal sayılabileceğine; bir başka deyişle firmaların, faaliyet gösterdikleri pazarın yapısını dikkate aldıklarında, ne tür bilgi değişimlerinden kaçınmaları gerektiğine yönelik rehberlik etmektedir. Bu kısımda ise bu kez firmalar arası bilgi değişiminin, bir ihlal olarak değerlendirilmesi riskinin düşürülebilmesi için, değiştirilecek bilgileri de içerecek şekilde değişimin nasıl dizayn edilmesi gerektiğinin ipuçlarını sunmaktadır.

#### **3.3.3.1. Etkinlik Kazanımları**

Komisyon, Kılavuz'da bilgi değişiminin önemli etkinlik kazanımları sağlayabileceğini belirtmekte ve bu etkinliklerin ne şekilde ortaya çıkabileceğine ilişkin olarak sınırlayıcı nitelikte olmayan çeşitli örneklere yer vermektedir. Kıyaslama (*benchmarking*) yoluyla sağlanabilecek etkinliklerden, tüketicilerin ve firmaların arama maliyetlerinin düşürülebilmesine kadar uzanan bu listeye, birinci

<sup>220</sup> Kılavuz, para. 93.

<sup>221</sup> A.g.k. para. 94.

bölümde<sup>222</sup> geniş şekilde yer vermiş olmamız nedeniyle burada tekrarlamaya gerek görmüyoruz. Bununla birlikte Komisyonun, firmaların gelecek planlarına kıyasla geçmiş ve cari verilerin etkinlik kazanımları sağlama potansiyelinin daha yüksek olduğu şeklinde genel bir bakış açısına sahip olduğunu belirtmek gerekmektedir<sup>223</sup>.

### 3.3.3.2. Zorunluluk/Kaçınılmazlık

Kılavuz bilgi değişiminin sağlayacağı etkinlik kazanımlarını elde edebilmek için gerekli olandan fazla sınırlamaların, 101(3). madde koşullarını karşılamayacağını belirtmektedir. Buna göre taraflar, değiştirilen verinin konusunun, toplulaştırılma düzeyinin, yaşının; değişimin gizliliğinin, sıklığının ve kapsamının, iddia edilen etkinlik kazanımlarını elde etmek için zorunlu olan en düşük riski içerdiğini kanıtlamalıdır. Bunun yanında değişim, etkinlik kazanımlarıyla ilgili olmayan bilgileri içermemelidir. Örneğin kıyaslama yapmak için, endüstri genelinde belirli bir sıralamaya tabi tutularak sunulan toplulaştırılmış veriler genellikle yeterli olduğu gibi rekabeti kısıtlayıcı nitelikleri de düşüktür. Hal böyleyken bireysel firma verilerinin değişimi, beklenen etkinliğin sağlanması için kaçınılmaz nitelikte değildir. Benzer şekilde, gelecekte planlanan fiyatlar ve miktarlar başta olmak üzere gelecek planlarına ilişkin verilerin paylaşımının kaçınılmaz olma ihtimali, genellikle yok denecek kadar azdır<sup>224</sup>.

Diğer yandan, bir başka yatay işbirliği anlaşmasının parçasını oluşturan bilgi değişimlerinin, anlaşmanın amacını gerçekleştirebilmek için zorunlu/ kaçınılmaz olmayan bilgileri içermedikleri sürece, 101(3). madde koşullarını karşılamaları daha yüksek bir ihtimaldir.<sup>225</sup>

### 3.3.3.3. Tüketicilerin Yarar Sağlaması

101 (3). madde koşullarının sağlanabilmesi için, zorunlu kısıtlamalar nedeniyle elde edilen etkinlik kazanımlarının, bilgi değişiminin rekabeti kısıtlayıcı etkilerine ağır basacak derecede tüketicilere yansması gerekmektedir. Komisyon, değişime taraf olan şirketlerin pazar gücü ne kadar düşükse, etkinlik kazanımlarının rekabeti kısıtlayıcı etkileri giderecek derecede tüketicilere yansıma ihtimalinin de o kadar yüksek olduğunu belirtmektedir.<sup>226</sup>

<sup>222</sup> Bkz. Bölüm 1.3.2.

<sup>223</sup> Kılavuz, para.95-100.

<sup>224</sup> Kılavuz, para. 101.

<sup>225</sup> A.g.k. para. 102.

<sup>226</sup> A.g.k. para. 103.

### **3.3.3.4. Rekabetin Ortadan Kalkmaması**

Bilgi değişimi sonucunda tarafların, ilgili ürünlerin önemli bir bölümüne ilişkin olarak rekabeti ortadan kaldırma gücüne sahip olma ihtimalleri varsa, bu tür bir bilgi değişimi 101 (3). madde koşullarını karşılamayacaktır.

## **3.4. SEÇİLMİŞ ÜYE ÜLKE UYGULAMALARI**

### **3.4.1. Paris Lüks Oteller Kararı**

2001 yılında, Paris'in merkezinde yer alan altı lüks otelin (Paris Sarayları) düzenli olarak detaylı bilgi değişiminde bulduklarını içeren bir televizyon programı üzerine, Fransız Rekabet Otoritesi (Autorité de la Concurrence, AC) bu bilgi değişiminin rekabete aykırı olası etkilerini incelemek üzere soruşturma açmıştır. Soruşturmada tarafların haftalık, aylık ve yıllık bazda kiralanana ve boş olan odalara ilişkin olarak ortalama fiyat bilgilerini ve doluluk oranlarını paylaştıkları belirlenmiştir. Yine değişime konu bilgiler arasında pazarlama harcamaları ve insan kaynakları politikaları da bulunmaktadır. Bu bilgiler 1981 yılından beri, elektronik postalar ve otel müdürleri arasında düzenli olarak gerçekleştirilen toplantılar yoluyla haftalık veya aylık olarak paylaşılmaktadır (Täumel 2008, 24).

AC değerlendirmesine ilk olarak ilgili pazarın detaylı bir analiziyle başlamıştır. Yapılan incelemede Paris Saraylarının prestijli konumları, süit oda oranlarının yüksekliği, bünyelerindeki gurme restoranları, sundukları seçkin hizmetler ve oda başına ortalama 700 Avroluk fiyatları dikkate alındığında diğer 4 yıldızlı oteller ile doğrudan rakip olmadıkları ortaya konulmuştur. Üstelik yüksek lüks hizmetlere ilişkin talebin fiyat esnekliği de düşüktür. Bu nedenle ilgili pazar, "Paris Sarayları" olarak belirlenmiştir. Bunun yanında Paris'in merkezindeki yüksek gayrimenkul fiyatları ve müşterilerin marka bağımlılıkları nedeniyle pazarda yüksek giriş engelleri bulunmaktadır. Bu çerçevede AC'ye göre Paris Sarayları pazarı sıkı bir oligopol yapısı sergilemektedir. Buna ilave olarak gerek maliyet yapıları gerekse pazar payları ve doluluk oranları bakımından rakipler arasında büyük benzerlik bulunmaktadır (AC 2005, 48-49; Verge 2010, 5).

Pazarın yapısı bu şekilde ortaya konulduktan sonra değerlendirme değiştirilen bilginin niteliği ile sürdürülmüştür. AC değiştirilen bilgilerin stratejik nitelikte rekabete hassas bilgiler olduğunu, üstelik değişimin oldukça sık gerçekleştirildiğini tespit etmiştir. Bunun yanında değiştirilen bilgi ve değişimin kendisi kamuya açık değildir. Üstelik taraflardan elde edilen belgelerde pazarlama stratejilerine ve ortak indirimlere ilişkin ifadeler de bulunmaktadır. AC'ye göre pazarda firma seviyesindeki şeffaflığı yapay olarak yükselten bu bilgiler, taraflara

birbirlerini yakından izleme ve anlaşmadan bir sapma olup olmadığını gözleme imkânı sağlayarak, anlaşmalı davranışı kolaylaştırmıştır. Zira bu tür bir izleme, hiçbir rakibin, üyelerin mevcut pozisyonlarını tehlikeye atacaktır gizli bir girişimde bulunmadığını garanti etmektedir (AC 2005, 49; Tümel 2008, 25-27).

Tüm bu tespitler ışığında AC, ilgili pazarın yapısı dikkate alındığında, artan şeffaflığın tarafların normal rekabet sürecini elimine ederek anlaşmalı bir dengeye varmalarını sağladığı sonucuna ulaşmıştır. Nitekim 11 Eylül süreci dışında tarafların pazar sonuçlarının son derece benzer bir seyir izlemiş olması bu tespiti güçlendirmiştir. Bu doğrultuda taraflara toplamda 709.000 Avro para cezası verilmiştir<sup>227</sup>. Bu karar Paris Temyiz Mahkemesi tarafından hukuka uygun bulunmuştur (Tümel 2008, 27; Verge 2010, 2-6).

Kanımızca AC'nin bu dosyayı ele alırken izlediği yaklaşım, bilgi değişimine ilişkin olarak iktisat literatürün ortaya koyduğu sonuçların ve Komisyon ile ABAD'ın geçmiş kararlarından elde edilen tecrübelerin, somut olaya nasıl uygulanması gerektiğini gösteren son derece başarılı bir "iyi uygulama" (best practice) örneğidir.

### **3.4.2. Devlet Eliyle Kurulan Anlaşma? Danimarka Hazır Beton Dosyası**

1993 yılında Danimarka Rekabet Otoritesi (Danish Competition and Consumer Authority, DCCA), hazır beton endüstrisine yönelik yürüttüğü inceleme neticesinde endüstride rekabetin düşük olduğunu gösteren bulgulara ulaşmıştır. Özellikle belirli müşterilere önemli oranlarda gizli indirim yapılması nedeniyle bazı alıcıların son derece yüksek fiyatlar ödemek zorunda kaldıkları söylentileri endüstride dolaşmaktadır (Møllgaard ve Overgaard 2007, 14). Bunun yanında endüstri, ilk dört firmanın %57 paya sahip olduğu bir oligopol yapısı göstermektedir. DCCA fiyat şeffaflığını artırmanın bu sorunları çözerek endüstrideki rekabet düzeyini artıracığı düşüncesiyle Danimarka'nın üç ayrı bölgesindeki üreticilerin bireysel işlem fiyatlarını kendi bünyesinde toplayarak yayımlamaya karar vermiştir. Zira 1990 tarihli Danimarka Rekabet Kanununun 1. maddesi, rekabetin güçlendirilmesinde fiyat şeffaflığının oynadığı role dikkat çekmektedir (Albæk vd. 1997, 429). Yayımlanan bilgiler arasında bazı müşterilere yapılan indirimlere ilişkin örnekler de bulunmaktadır (OECD 2001, 155). Bu çerçevede DCCA'nın hedefi, alıcıların bireysel pazarlıkla yapılan indirimli satışlardan haberdar edilerek fiyatların düşürülmesi yönünde baskı yaratmalarıdır (Møllgaard ve Overgaard 2007, 15).

<sup>227</sup> AC'nin 25.11.2005 tarihli ve 05-D-64 sayılı kararı.

Uygulamanın rekabeti artıracığı beklentisinin tam aksine, fiyatların DCCA tarafından yayımlanmaya başladığı ilk altı ay içerisinde hazır beton türlerinin ortalama fiyatları %15-20 arasında artmıştır. Üstelik bu artış talepteki veya maliyetlerdeki bir yükselmeye açıklanabilir olmadığı gibi anılan dönemde enflasyon da yalnızca %1-2 düzeyinde gerçekleşmiştir. Bunun yanında uygulama öncesinde üreticilerin fiyatları arasında önemli farklılıklar bulunmaktayken, yaklaşık bir buçuk yıl içerisinde ilgili coğrafi pazarlarda fiyatlar neredeyse aynı hale gelmiştir. Deliller, artan şeffaflık sayesinde firmaların belirli müşterilere uyguladıkları yüksek oranlı indirimlere de son verdiklerini göstermektedir. (Møllgaard ve Overgaard 2007, 14). Albæk vd. (1997, 441)'na göre bu dosya, kurmuş olduğu güvenilir fiyat raporlama sistemi sayesinde DCCA'nın, istemeden de olsa firmaların aralarındaki rekabeti düşürmelerine ve fiyatları yükseltmelerine yardımcı olduğunu göstermektedir. Møllgaard ve Overgaard (2007, 14)'a göre ise dosya aynı zamanda, oligopolistik bir piyasada sağlayıcıların artan bilgi düzeyine alıcılardan daha önce tepki verme imkânına sahip oldukları takdirde, alıcıların artan bilgi düzeyinden fayda yerine zarar görebileceklerini ortaya koymaktadır.

Danimarka hazır beton dosyası, rakipler arası bilgi değişimine ilişkin olarak öngörülen kesin kabullerin ve tek tip kuralların, uygulamada ne gibi yan etkilere neden olabileceğini göstermesi bakımından önemlidir. Nitekim yaşanan bu kötü tecrübenin etkisiyle olsa gerekir, 1997 yılında Danimarka Rekabet Kanunu'nda yapılan değişiklikle, rekabetin güçlendirilmesinde pazar şeffaflığına yapılan vurgu Kanun'dan çıkarılmıştır (Albæk vd. 1997, 441).

### 3.4.3. İtalya Jet Yakıtı Kararı

2006 yılında İtalya Rekabet Otoritesi (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, AGCM), jet yakıtı pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin, depolama ve yakıt ikmal faaliyetlerini yürütmek üzere kurulan ortak girişimler aracılığıyla başta bireysel teslimatlar ve çeşitli maliyet bilgileri olmak üzere yoğun şekilde bilgi değişiminde buldukları ve pazarı paylaşmaya ve giriş engellerini yükseltmeye yönelik bir kartel kurdukları gerekçesiyle toplamda 315,4 milyon Avro para cezası vermiştir<sup>228</sup> (AGCM 2006, 9).

Caffarra ve Kühn (2006)<sup>229</sup> konuyu inceledikleri makalelerinde AGCM'nin bireysel teslimat bilgilerini ihlal olarak değerlendirmesini ve aynı zamanda kartel iddiasına dayanak göstermesini şiddetle eleştirmişlerdir. Yazarlar değerlendirmelerine ilk olarak jet yakıtı pazarının işleyişini ortaya koyarak başlamışlardır. Jet yakıtı pazarında tedarik sözleşmeleri genellikle birer yıllık süreler için yapılmaktadır. Havayolu şirketleri her bir havaalanı için

<sup>228</sup> Case I641, *Rifornimenti Aeroportuali*, Decision No: 15604.

<sup>229</sup> Yazarlar soruşturmada taraflardan birine danışmanlık yapmışlardır.

sağlayıcılardan uçaklara teslimatlarda geçerli olacak birim fiyat ve bu birim fiyat üzerinden havayolu şirketinin toplam ihtiyacının oransal olarak ne kadarının karşılanabileceğine yönelik teklifleri almaktadır. Bu tekliflerin ardından fiyatların daha da aşağı çekilmesi için sağlayıcılarla pazarlık yapılmakta ve nihayetinde bir yıllık süre için havayolu şirketinin toplam yakıt ihtiyacının hangi şirketlerden ve hangi oranlarda temin edileceği sözleşmeye bağlanmaktadır. Fiyatlar belirli bir gösterge fiyatın (örneğin Platts) üzerine eklenen marja göre belirlenmektedir. Genellikle havayolu şirketleri arz güvenliğini sağlayabilmek bakımından tek bir sağlayıcıya bağlı kalmayı tercih etmemektedir. Benzer şekilde jet yakıtı sağlayıcıları, finansal riskleri ve lojistik problemleri asgariye düşürebilmek adına bir havayolu şirketinin yakıt ihtiyacının büyük bir oranını karşılamamaktadır. Bununla birlikte kimi durumlarda bir havayolu şirketi, yakıtın tamamını tek bir sağlayıcıdan alabilmektedir. Diğer yandan, havaalanlarının kısıtlı alana sahip olmaları ve ölçek ekonomileri nedeniyle, havaalanlarındaki jet yakıtı depolama ve uçaklara teslimat faaliyetleri sağlayıcılar tarafından kurulan ortak girişim şirketleri eliyle yürütülmektedir (Caffarra ve Kühn, 148-151).

Caffarra ve Kühn (2006)'e göre bu yapıda bireysel teslimat bilgilerinin paylaşılması hiçbir şekilde taraflar arasındaki rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmaya hizmet etmemektedir. Zira teslimatlar hâlihazırda birer yıllığına bağlanmış olan sözleşmelere göre yürütülmektedir. Diğer yandan sözleşmelerin ilgili havayolu şirketinin toplam ihtiyacının belirli bir yüzdesini karşılamak üzere imzalanmış olması, en azından söz konusu şirkete yapılan toplam teslimatların bilinmesini gerektirmektedir. Bu noktada yazarlar mevcut sözleşme sistemi nedeniyle pazarın yapısal olarak şeffaf olduğunu da belirtmektedirler. Çünkü havayolu şirketleri sözleşme öncesi pazarlıkta ellerini güçlendirebilmek adına, diğer sağlayıcılardan hangi oranlarda ve hangi fiyatlarla yakıt aldıklarını bildirmektedirler. Bu nedenle yazarlara göre, diğer sağlayıcıların ilgili havayolu şirketine yapmış oldukları bireysel teslimat bilgilerinin bilinmesinin, bir anlaşmanın kolaylaştırılmasına yönelik marjinal katkısı oldukça düşüktür. Yazarların dikkat çektiği bir diğer nokta, AGCM'nin bilgi değişiminin sağlayacağı etkinliklere hiç değinmemiş olmasıdır. Zira değiştirilen maliyet bilgileri, bir yandan ortak girişimlerin daha etkin çalışma yöntemleri geliştirmelerine imkân tanırken, diğer yandan ana şirketlerin ortak girişimleri denetlenmelerini mümkün kılmaktadır (Caffarra ve Kühn 2006, 160-172)<sup>230</sup>.

Caffarra ve Kühn (2006, 171)'e göre “bu karar bilgi değişimi dosyalarında etkinlik savunmalarını ciddi şekilde incelememenin tehlikelerini göstermektedir”. Yine yazarlara göre rekabete aykırı bilgi değişimi anlaşmaların belirlenmesinde, bireyselleştirilmiş bilgilerin değişimine ilişkin olarak basit

<sup>230</sup> Yazarlar, Otoritenin delil olarak gösterdiği diğer hususların da pekâlâ anlaşma dışındaki nedenlerle açıklanabileceği görüşündedirler.

kurallar getirilmesi makul bir politika değildir. Bunun yerine, bilgi değişimi dosyalarının incelenmesinde çok daha sistematik bir süreç izlenmelidir (Caffarra ve Kühn, 2006, 174).

Kanımızca da ilgili pazarın işleyişi hesaba katıldığında stratejik olarak değerlendirilmesi güç olan bireysel teslimat bilgilerinin değişimine bu denli büyük bir önem atfedilmesi, üstelik etkinlik savunmalarının yeterince dikkate alınmaması bir “iyi uygulama” örneği olmamıştır<sup>231</sup>. Bize göre bu dosya ve yukarıda yer verdiğimiz Danimarka hazır beton dosyası, ayrıntılı bir analiz yapılmadığı durumlarda bilgi değişiminin Tip I (yanlış pozitif) ve Tip II (yanlış negatif) hatalara ne kadar müsait bir alan olduğunu ortaya koymaktadır. İnceleme ne kadar yüzeysel tutulursa, iktisadi açıdan yararlı ya da en azından zararsız bir bilgi değişiminin rekabete aykırı olarak değerlendirilmesi (Tip I hata) veya iktisadi açıdan zararlı bir bilgi değişimine göz yumulması (Tip II hata) (McChesney 2011, 31) ihtimali o kadar yüksek olacaktır.

#### 3.4. DEĞERLENDİRME

AB rekabet hukukunda bilgi değişimini *T-Mobile* öncesi dönem ve *T-Mobile* sonrası dönem olarak ikiye ayırmak mümkündür. Zira *T-Mobile* öncesinde büyük ölçüde *UK Tractors*'a dayanan içtihat, salt bilgi değişiminin ancak etki temelinde bir yaklaşımla ele alınabileceğini göstermekteyken, *T-Mobile* kararıyla AD, rakiplerin planlanan pazar davranışlarıyla ilgili stratejik belirsizliği giderebilecek nitelikteki bilgi değişimlerinin, rekabetin amaç bakımından kısıtlanması olarak değerlendirilebileceğini ortaya koymuştur. Bu tür bir değerlendirmenin önemi, AD'nin yerleşik içtihadı uyarınca bir anlaşmanın rekabeti kısıtlamayı amaçladığı ortaya konulabildiği takdirde, ayrıca etkisinin gösterilmesine ihtiyaç bulunmamasıdır.

Komisyon büyük ölçüde *T-Mobile* kararının vermiş olduğu rahatlıkla yayımlanmış olduğu yeni Kılavuz'da, amacın rekabetin kısıtlanması olduğunun ortaya konulmasında, bilgi değişiminin altında yatan nedenlerin yanında, değişimin gerçekleştiği iktisadi ve hukuki şartları dikkate alacağını belirtmektedir. Bu çerçevede özellikle firmaların gelecekteki fiyatlarına ve miktarlarına ilişkin niyetlerini/planlarını birbirleriyle paylaşmaları, rekabetin amaç bakımından kısıtlanması olarak değerlendirecektir. Rekabetin amaç bakımından kısıtlanması, *per se* kavramından farklı olarak, gerçekte teşebbüslerin etkinlik savunmalarında bulunmalarını mümkün kılmaktadır. Bununla birlikte Komisyon, bu tür bilgilerin gizli olarak paylaşılması halini kartellerle eş tutacağını açıkça belirterek, böyle bir durumda teşebbüslerin 101(3). maddeye sığınamayacaklarını vurgulamaktadır.

<sup>231</sup> Nitekim aynı pazara ilişkin olarak izleyen bölümde ele alınacak olan *Ortak Havacılık Operasyonu* kararında Rekabet Kurulunun tarafından yapılan tespitler, bu görüşümüzü desteklemektedir.



Zira *T-Mobile* ışığında bu yaklaşım taraflar arasında gerçekleştirilen görüşmelerin niteliğine veya sayısına bakılmaksızın, bilgiyi paylaşan ve bu bilginin kendisine ulaşmasına açıkça itiraz etmeyen bütün tarafların karteller gibi yaptırımı tabi kılınacağını içermektedir

Rekabeti amaç bakımından kısıtlamayan bir bilgi değişiminin değerlendirilmesi ise dosyanın kendine özgü koşullarına göre yapılacaktır. Zira bu tür bir bilgi değişiminin etkisi, Kılavuz'da ilgili pazarın yapısı ve bilgi değişiminin niteliği başlıkları altında detaylı olarak sayılan dosyaya özgü pek çok farklı faktörün bir kombinasyonuna bağlıdır. Son tahlilde değerlendirmenin temeli, bilgi değişiminin olmadığı duruma kıyasla, pazardaki fiyatlar, çıktı miktarı, ürün kalitesi, ürün çeşitliliği gibi unsurlarda hissedilebilir bir olumsuz etki ihtimali olup olmadığının incelenmesidir. Bir başka yatay işbirliği anlaşmasının parçasını oluşturan bir bilgi değişimi ise doğal olarak söz konusu işbirliğinin tabi olduğu değerlendirme kriterleri altında ele alınacaktır.

Komisyonun geçmiş uygulamaları incelendiğinde, bilgi değişimine karşı oldukça kuşkucu bir yaklaşım izlediği görülmektedir. Nitekim bu yaklaşım Kılavuz'a da fazlasıyla yansımış bulunmaktadır. Zira Kılavuz'da bilgi değişiminin muhtemel rekabete aykırı etkilerine ilişkin olarak iktisat teorisinin ve 40 yılı aşkın uygulama tecrübesinin ortaya koyduğu hemen bütün ayrıntılara yer verilmiştir. Bununla birlikte ABD rekabet otoritelerinin aksine, Komisyonun yüksek derecede parçalanmış piyasa yapılarında firmaların bireysel cari ve geçmiş verilerinin paylaşılmasına itiraz etmeyeceği anlaşılmaktadır. Bunun yanında Kılavuz, bilgi değişiminden kaynaklanabilecek etkinlik artışlarının neler olabileceği konusunda da görece geniş bir kısım içermektedir. Bu bakımdan Kılavuz, modern rekabet otoriteleri tarafından sunulan politika metinleri arasında, bilgi değişimi konusunda en kapsamlısı olarak dikkat çekmektedir.

Bu bölümde dikkat çekmek istediğimiz son husus Komisyonun somut olayın koşullarına bağlı olarak kamuya açık nitelikte tek taraflı duyuruların, bir uyumlu eylem olarak değerlendirilme ihtimallerinin tamamen dışlanamayacağını vurgulamış olmasıdır. Komisyona göre, örneğin daha önceden fiyatlarını duyuran firmaların, rakipleri tarafından yapılan duyurulara göre kendi duyurdukları fiyatları yeniden ayarlamaları, koordinasyonun koşullarına ilişkin olarak ortak bir anlayışa varmak için izlenen bir stratejiyi ispatlayabilecektir. Bu bakımdan Komisyonun, *Wood Pulp*'ta uğradığı mağlubiyeti kaybedilmiş bir muharebe olarak gördüğü; *T-Mobile* ile birlikte kuşandığı yeni silahlarla, gerektiğinde yeni bir akın başlatmaktan çekinmeyeceği anlaşılmaktadır. Kanımızca modern iktisat teorisinin ortaya koyduğu sonuçlar, AD karşısında Komisyonun başarı şansını yaklaşık 20 yıl öncesine göre oldukça yükseltmiştir.

## BÖLÜM 4

# TÜRK REKABET HUKUKUNDA BİLGİ DEĞİŞİMİ

### 4.1. GENEL BAKIŞ

ABİDA'nın rekabete ilişkin düzenlemeleri esas alınarak hazırlanan 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK)'un 4. maddesi belirli bir mal veya hizmet piyasasında rekabeti engelleme, bozma veya kısıtlama amacına veya etkisine sahip teşebbüsler arası anlaşmaları, uyumlu eylemleri ve teşebbüs birliklerinin bu nitelikteki kararlarını yasaklamaktadır. Bu çerçevede mehz mevzuatta olduğu gibi, Türk Rekabet Hukuku'nda da teşebbüsler arasındaki bilgi değişimi, yukarıda sayılan türden bir anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararı oluşturduğu yahut bir anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararının parçası olduğu ölçüde RKHK'nın 4. maddesi kapsamına girmektedir.

Kurulun yaklaşık 14 yıllık uygulamasına bakıldığında, bilgi değişiminin genellikle karteller gibi ağır ihlallerin incelendiği dosyalarda Kurul gündemine geldiği görülmektedir. Bu tür dosyalar arasında *Akdeniz Hazır Beton*<sup>232</sup>, *Yonga-Lif Levha I-II*<sup>233</sup>, *Beyaz Et*<sup>234</sup>, *İç Anadolu Akdeniz ve Ege Çimento*<sup>235</sup>, *Seramik*<sup>236</sup> ve *Gazete*<sup>237</sup> gibi örnekleri sıralamak mümkündür. Bununla birlikte tezimizin yapısına uygun olarak bu bölümde Kurulun salt bilgi değişimini değerlendirdiği veya bilgi değişiminin ilgili dosya bakımından önem arz ettiğini düşündüğümüz çeşitli kararlarına yer verilecektir. Bu kararlar ışığında Kurulun konuya ilişkin yaklaşımı ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu çerçevede Kurulun bilgi değişimine ilişkin uygulamalarında dair görüşlerimiz ve önerilerimiz sunulacaktır.

<sup>232</sup> 10-52/1049-388 sayılı karar.

<sup>233</sup> 06-35/441-113 ve 06-29/365-94 sayılı kararlar.

<sup>234</sup> 09-57/1393-362 sayılı karar.

<sup>235</sup> 06-29/354- 86 sayılı karar.

<sup>236</sup> 07-64/794-291 sayılı karar.

<sup>237</sup> 07-62/742-269 sayılı karar.

## 4.2. REKABET KURULU KARARLARINDA TEŞEBBÜSLER ARASI BİLGİ DEĞİŞİMİ<sup>238</sup>

### 4.2.1. TÇMB ve GÜD Görüşleri

Türk Rekabet Hukuku'nda salt bilgi değişimi, ilk kez 1997 yılında Türkiye Çimento Müstahsilleri Birliği (TÇMB)'nin çimento üreticisi üyeleri arasındaki bilgi değişimi sistemine menfi tespit verilmesi talebiyle Kuruma yapmış olduğu başvuru üzerine ele alınmıştır. Sistem kapsamında, TÇMB üyeleri arasında her bir üyenin aylık üretim, iç satış, ihracat ve stok verileri düzenli olarak paylaşılmaktadır. Çimento pazarı az sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği, ilgili coğrafi pazarların dar, ürünün homojen ve giriş engellerinin yüksek olduğu oligopolistik bir yapı sergilemektedir.

Kurum tarafından TÇMB'ye gönderilen 15.05.1998 tarihli yazıda<sup>239</sup>, çimento pazarının yukarıda değinilen özelliklerine dikkat çekilmiş ve bu pazarda teşebbüs bazında ayrıntılı miktar verilerinin paylaşımını içeren bilgi değişimi sisteminin, anlaşmalı sonuçları kolaylaştıracağı vurgulanmıştır. Kurum, böyle bir pazarda sık ve ayrıntılı bilgi değişiminin pazarı yapay olarak aşırı şeffaf ve istikrarlı hale getireceğinin, böylelikle ekonomik birimlerin davranışlarındaki esnekliğin giderilmesine ve rekabetin doğasında bulunan risklerin bertaraf edilmesine sebep olacağını altını çizmiştir. Zira bu tür bir bilgi değişimi, teşebbüslerin ticari davranışlarının serbest rekabet şartları altında oluşan bireysel tercihler haricindeki etkenlere dayanılarak belirlenmesini, piyasa davranışlarının koordinasyonunu ve rekabet hukukuna aykırı yapılanmaların işleyişlerinin denetlenmesini sağlayabilecektir.

Bu sakıncaların giderilebilmesi için, söz konusu bilgi değişimi sisteminde yapılması gereken bir dizi değişiklik, ayrıntılı olarak bildirilmiştir. Buna göre öncelikle üyelere gönderilecek tablolardaki üretim, satış, stok, ihracat vb. miktarlara ilişkin verilerin, teşebbüslerin bireysel verilerinin bilinmesine imkân vermeyecek şekilde her bir coğrafi bölge için toplulaştırılmış olması gerekmektedir. Ürün türlerine göre tablolar hazırlanacaksa, yukarıdaki şartlara ilave olarak söz konusu ürün türleri en fazla üç gruba ayrılabilir. Kurum isabetli bir şekilde, bir bölgedeki teşebbüs veya ekonomik birlik teşkil eden teşebbüs grubunun sayısının üçten az olması halinde, söz konusu bölgeye ilişkin

<sup>238</sup> Tezimizde Rekabet Kurulu tarafından bu tezin sunulduğu tarihten itibaren alınan kararlar incelenmiştir. Tez kapsamında incelenmemiş olmakla beraber, basım öncesinde rakipler arası bilgi değişimine ilişkin alınan bazı Rekabet Kurulu kararları için bkz. 22.09.2011 tarihli ve 11-48/1215-428 sayılı *PETDER II* kararı; 26.06.2012 tarihli ve 12-35/984-301 sayılı *BOSD* kararı; 04.07.2012 tarihli ve 12-36/1042-330 sayılı *TLPGD* kararı.

<sup>239</sup> Görüş metni için bkz. 24.04.2006 tarihli ve 06-29/354-86 sayılı Kurul kararı.

verilerin, bireysel verilerin belirlenmesine imkân vermeyecek şekilde çevre bölgelerden birinin verileriyle toplulaştırılarak tablolaştırılması gerektiğini belirtmiştir. Buna rağmen halen herhangi bir teşebbüsün bireysel verilerinin belirlenme ihtimali ortaya çıkmaktaysa, bu durumda toplulaştırılmış bilgiler dahi yayımlanmamalıdır.

Bunun yanında Kurum, hiçbir şekilde teşebbüslerin bilgilerinin birbirleriyle karşılaştırıldığı tablolar hazırlanmaması ve tablolarda yer alan verilerin teşebbüs temsilcilerinin bir araya geldiği toplantılarda görüşme ve tartışma konusu edilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Benzer şekilde tablolarda teşebbüslerin karşılıklı rekabetçi davranışlarını etkileyebilecek herhangi bir yorum, analiz veya tavsiyeye de yer verilmemelidir. Çok önemli bir başka kural, fiyatların, üretimin, satışların ve kapasite kullanım oranlarının gelecekteki durumlarına dair tahminlerin paylaşılması gereğidir. Kurum aynı zamanda, teşebbüs birliklerinde verilerin toplanması ve tablolaştırılması ile görevli olan kişilerin, rekabete hassas bilgileri birlik üyelerinden ve üçüncü kişilerden gizli tutmalarının sağlanması gerektiğinin altını çizmiştir. Son olarak aylık verileri gösteren tabloların, ilgili ayın bitiminden itibaren iki ay geçmeden dağıtılmaması gerektiği bildirilmiştir.

Kurum tarafından TÇMB'ye gönderilen görüş yazısında yer verilen prensipler Kurul tarafından da benimsenmiş ve izleyen yıllardaki çeşitli Kurul kararlarında bu prensiplere kısmen veya tamamen yer verilmiştir. Bu konuda önemli bir örnek Gübre Üreticileri Derneği (GÜD) tarafından yapılan başvuru üzerine alınan karardır<sup>240</sup>. Kurul gübre üreticilerine yönelik olarak 2002 yılında tamamladığı soruşturma sonucunda, sektördeki diğer rekabet ihlallerinin yanında rakipler arasında gerek doğrudan gerekse sektörün teşebbüs birliği olan GÜD aracılığıyla yoğun şekilde rekabete hassas bilgi değişiminde bulunduğu belirlemiş ve söz konusu bilgi değişimine son verilmesine karar vermiştir<sup>241</sup>. Bunun üzerine GÜD tarafından, üyelere yönelik olarak “Aylık İstatistik Bilgiler Bülteninde” yayımlanacak bilgilere ilişkin görüş talep edilmiştir. Konuyu görüşen Kurul, yukarıda yer verilen prensipleri zikretmiş; potansiyel rekabet ihlallerinin gerçekleşmesine engel olunması ve rekabetçi pazar yapısının oluşturulması için bilgilerin toplanması ve dağıtılması aşamalarında bu prensiplere uyulması gerektiğine karar vermiştir. Kurumun TÇMB görüşüne kıyasla önemli bir farklılık, Kurulun ilgili kararında üyelerin il bazındaki satış verileri gibi detaylı bilgiler yerine Türkiye genelindeki toplam bilgilerini göndermelerine izin verilebileceğini bildirmesidir.

<sup>240</sup> 08.08.2002 tarih ve 02-47/586-M sayı.

<sup>241</sup> 02-07/57-26 sayılı bu karar Danıştay tarafından iptal edilmiştir. Aynı konuya ilişkin olarak 06-02/45-7 ve 07-62/738-266 sayılılarla yeniden karar tesis edilmiştir.

Kanımızca Kurulun söz konusu kararında dikkat çeken en önemli husus, cari ve geçmiş veriler ile geleceğe yönelik planlar arasında kati bir ayrıma gidilmiş olmasıdır. Zira söz konusu kararda, fiyatların, üretimin, satışların ve kapasitelerin gelecekteki durumlarına dair bilgilerinin yayımlanamayacağı açıkça belirtilmiştir. Bu yaklaşım, Komisyonun bir önceki bölümde yer verilen açıklamalarıyla uyum içerisinde: Geleceğe yönelik planların paylaşımı rekabeti amaç bakımından kısıtlamaktadır; bu tür bir durumda bilgi değişiminin ayrıca etkisinin değerlendirilmesine ihtiyaç bulunmamaktadır.

#### 4.2.2. Otomotiv Sektörü Kararları

2004 yılında Kurul, Otomotiv Distribütörleri Derneği (ODD) bünyesinde kurulacak internet sitesi aracılığıyla gerçekleştirilecek olan bilgi değişimi sistemine menfi tespit verilmesi talebiyle yapılan başvuruyu değerlendirmiştir. Sistem kapsamında yeni otomobillerin ve hafif ticari araçların aylık ve yıllık bazda Türkiye genelindeki toplam satış ve ithalat miktarları, marka bazında satış miktarları ve pazar payları ile yine marka bazında yerli-ithal dağılım oranlarının paylaşılması planlanmıştır.

Kurul bilgi değişiminin değerlendirilmesinde ilgili pazarın yapısının ve değiştirilen bilginin niteliğinin incelenmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bu çerçevede yukarıda yer verilen TÇMB ve GÜD görüşlerine atıf yapmış ve otomotiv pazarı ile çimento ve gübre pazarlarını karşılaştırma yoluna gitmiştir. İlk olarak otomotiv pazarının oligopolistik bir yapı sergilediğini ancak Gümrük Birliği sonrası dönemde ithalatın etkisiyle marka çeşitliliğinin ve rekabetin arttığını belirtmiştir. Benzer şekilde yukarıda yer verilen pazarların aksine, otomotiv pazarında değişime konu ürünlerin homojen olmaktan çok uzak olduğunu ifade etmiştir. Üstelik oyuncu sayısı da gübre ve çimento pazarına kıyasla yüksektir. İlgili pazarda talebin yıldan yıla değişkenlik göstermesi, altı çizilen bir başka husustur. Bunun yanında Kurul otomotiv pazarında yatay rekabet ihlallerinin çok sık görülmediğini hatırlatmıştır. Nihayetinde Kurul, otomotiv pazarının yapısal olarak çimento ve gübre gibi pazarlardan oldukça farklı olduğunu, bu bakımdan bilgi değişiminin koordinasyona yol açma ihtimalinin daha düşük olduğunu belirtmiştir.

Değerlendirme değiştirilen bilginin niteliğiyle sürdürülmüştür. Bu çerçevede Kurul, sistem kapsamında (i) markaların illere, bölgelere ve alt segmentlere göre ayrıntılı satış fiyatı ve miktarları ile pazar paylarına yönelik verilerin, (ii) fiyatların, üretimin, satışların ve kapasite kullanım oranlarının gelecekteki durumlarına dair bilgilerin değiştirilmemesi nedeniyle, başvuruya konu bilgi değişiminin pazarda rekabetçi davranışların koordinasyonuna yol açma potansiyeli taşımadığını belirtmiştir. Bu değerlendirmeler ışığında söz konusu bilgi değişimi sistemine menfi tespit vermiştir<sup>242</sup>.

<sup>242</sup> 04-26/287-65 sayılı karar

2009 yılında ise Kurul otomotiv pazarına yönelik olarak bir dizi önaraştırma yapmıştır. Bunlardan ilki pazarda yer alan teşebbüslerin 2009 yılında yapılan Özel Tüketim Vergisi (ÖTV) indirimi sonrasında fiyatları artırmak ve arzı kısmak yoluyla RKHK'yı ihlal edip etmediklerinin tespitine ilişkindir. Kurul yapmış olduğu incelemede, taraflar arasında bir uyumlu eylemin varlığına işaret edecek derecede belirgin bir paralel fiyat davranışı tespit edilmediğini belirtmiştir. Benzer şekilde “rekabeti sınırlayıcı koordinasyonu” gösterir nitelikte herhangi bir iletişime ve bilgi paylaşımına rastlanılmadığını vurgulamış ve soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar vermiştir<sup>243</sup>. Ancak Kurul Üyesi Günay'ın karşı oy gerekçesine yansıdığı kadarıyla, yapılan yerinde incelemelerde tarafların ODD bünyesinde pazarın gelecek durumuna ilişkin olarak beklenti ve tahminlerini, bunun yanında il bazında ayrıntılı satış verilerini ve fiyat artışlarına ilişkin bilgileri paylaştıkları tespit edilmiştir. Hal böyleyken Kurul, somut olay bakımından bu denli stratejik verilerin paylaşılmasını ihlal iddiası için yeterli bulmamış görünmektedir.

Diğer yandan, kanımızca yukarıdaki önaraştırma kapsamında elde edilen bu belgelerin etkisiyle, izleyen aylarda bu kez doğrudan doğruya otomotiv pazarındaki yoğun bilgi değişimini konu edinen bir önaraştırma yapılmıştır. Ancak ilginç bir şekilde, Kurul yapılan önaraştırma sonucunda taraflar arasında paylaşılan bilginin niteliğine göre iki ayrı karar vermiştir.

Bu kararlardan ilkinde<sup>244</sup>, sektörde faaliyet gösteren firmalar arasında, otomobil ve hafif ticari araçlara ilişkin olarak tüm alt modeller bazında aylık ve haftalık satış adedi bilgilerinin, tavsiye edilen fiyat listelerinin ve pazarın tümüne yönelik satış tahminlerinin gerek ODD ve Otomotiv Sanayi Derneği (OSD) bünyesinde gerekse doğrudan bireysel iletişim yoluyla değiştirildiği tespitine yer verilmiştir. Bunun yanında Kurul, değiştirilen bu bilgilerin “güncel” nitelikte olduğunu da vurgulamıştır. Buna karşın otomotiv pazarında bilgiye erişiminin kolay olması nedeniyle değiştirilen bilgilerin koordinasyona yol açmayacağını, ilgili teşebbüslerin internet sitelerinde yayımlandıktan sonra teşebbüsler arasında paylaşılan fiyat listelerinin rekabeti kısıtlayıcı olmadığını belirtmiştir. Bu çerçevede otomotiv pazarının yapısı dikkate alındığında, yukarıda yer verilen bilgilere ilişkin olarak taraflar arasındaki bilgi değişiminin rekabeti kısıtlama amaç ve etkisine sahip olmadığına karar vermiştir.

Bu karar irdelendiğinde, Kurulun, otomotiv pazarını oldukça rekabetçi bir pazar olarak gördüğü izlenimi uyanmaktadır. Zira bu denli stratejik bilgilerin oldukça sık bir şekilde değişimi ancak son derece rekabetçi pazarlarda rekabete

<sup>243</sup> 09-30/637-150 sayılı karar.

<sup>244</sup> 09-41/998-255 sayılı karar.

aykırı etki yaratmayabilir. Bir benzetme yapmak gerekirse, Komisyonun *Eudim*'de bir milyondan fazla ürünün değişime konu olduğu ve toplamda üç bini aşkın firmanın faaliyet gösterdiği bir pazarda, teşebbüs birliği üyeleri arasında ürünlerinin toplamda %5-10'u arasındaki bir kısma ilişkin bilgi değişimine dair yapmış olduğu değerlendirmeyi, Kurul somut olayda otomotiv pazarı için yapmıştır.

Dikkat çeken bir başka husus, Kurulun yukarıda yer verilen menfi tespit kararında, kurulacak olan internet sitesi aracılığıyla teşebbüsler arasında segment bazında ayrıntılı fiyatların ve satış miktarlarının paylaşılmayacak olmasını menfi tespit verilmesine gerekçe göstermesine karşın, bahse konu önaraştırmada ilgili pazar bakımından yine aynı bilgilerin rekabeti kısıtlayıcı amaç veya etkiye sahip olmayacağına karar vermiş olmasıdır. Bu çerçevede Kurulun, daha önce vermiş olduğu menfi tespitin kapsamını oldukça genişlettiği görülmektedir.

Kurulun bu sonuca ulaşmasında, pazarın özelliklerinin yanında ilgili pazarda bilgilere erişimin kolay olduğuna yönelik tespit de etkili olduğu anlaşılmaktadır. Ancak Komisyonun bir önceki bölümde yer verilen Kılavuz'unda da ifade edildiği üzere, bir bilginin salt piyasadan toplanabilir olması, bu bilginin gerçek anlamda kamuya açık bir bilgi olarak nitelenmesini mümkün kılmamaktadır. Nitekim dosya konusu ayrıntılı satış bilgileri normal koşullarda pazarda ancak rakip teşebbüslerin bayilerinden toplanabilecek türdendir. Otomotiv pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin yurt genelindeki bayi sayıları dikkate alındığında<sup>245</sup>, bu kadar ayrıntılı verilerin haftalık olarak piyasadan kolay ve maliyetsiz şekilde toplanamayacağını düşünmekteyiz.

Son tahlilde kanımızca, rekabet düzeyinin görece yüksek olduğu değerlendirilen pazarlarda dahi, böylesine stratejik bireysel firma bilgilerinin rakipler arasında bu denli detaylı, sık ve gizli bir şekilde değiştirilmesinin, pazarı anlaşılabilir sonuçlara uygun bir hale getirme ihtimali göz ardı edilmemelidir. Bu bakımdan teşebbüslerin bu tür bir bilgi değişimine niçin ihtiyaç duyduklarının sorgulanması, şayet etkinlik kazanımları öne sürülmeğe ise bunun rekabeti daha az kısıtlayıcı bir yöntemle sağlanıp sağlanamayacağına araştırılması daha makul bir yaklaşım olarak görünmektedir. Zira örneğin toplulaştırılmış verilerin paylaşılması, pek çok pazar bakımından, beklenen etkinlik kazanımlarının sağlanması için yeterlidir. Özellikle bireysel bilgilerin teşebbüs birlikleri bünyesinde düzenli şekilde paylaşımı, teşebbüs birliklerini rakiplerin pazar davranışlarının düzenli olarak tartışıldığı bir forum haline getirebilecektir. Bu tür bir yapıda, teşebbüslerin pazar davranışlarını rakiplerinden tamamen bağımsız olarak belirleme ihtimalleri oldukça düşüktür. Bu çerçevede oldukça stratejik

<sup>245</sup> Örneğin tezimizin yazım tarihi itibarıyla Otomotiv Yetkili Satıcıları Derneğine üye toplam 331 bayi bulunmaktadır.

bilgilerin, pazarın tamamını oluşturan teşebbüsler arasında son derece sık bir şekilde değiştirilmesinin hiçbir şekilde rekabeti kısıtlayıcı etki gösteremeyeceğini içeren Kurul kararının, bir Tip II hata örneği olduğu kanaatindeyiz.

Bu başlık altında son olarak yukarıda bahsedilen önaraştırmaya ilişkin olarak alınan ikinci karara<sup>246</sup> ve nihayetinde alınan soruşturma nihai kararına değinmek gerekmektedir. Kurul, otomotiv sektöründe faaliyet gösteren 19 teşebbüsün hedef ve stok bilgileri ile satış ve fiyat stratejilerini paylaşmak suretiyle RKHK'nın 4. maddesini ihlal edip etmediklerinin belirlenmesi amacıyla soruşturma açılmasına karar vermiştir. ODD ve OSD'nin dâhil edilmediği bu soruşturmanın kapsamı daha sonra dört teşebbüs için genişletilmiştir<sup>247</sup>. Bu karar, Kurulun cari ve geçmiş verilere kıyasla geleceğe yönelik planların paylaşılmasına karşı daha katı bir tutum sergilediğine yönelik tespitimizi güçlendirmektedir. Nitekim Kurul, bahse konu soruşturma neticesinde almış olduğu nihai kararda, geleceğe yönelik fiyat değişiminin, rekabet hukuku bakımından diğer bilgi türlerine yönelik paylaşımlara kıyasla daha büyük bir endişe yarattığını; böyle bir bilginin, teşebbüsün piyasada uygulayacağı ticari stratejileri ortaya çıkardığını ve böylelikle potansiyel olarak rekabeti kısıtladığını vurgulamıştır<sup>248</sup>.

Benzer şekilde Kurulun stok verilerini, satış verilerine kıyasla daha stratejik olarak değerlendirdiği anlaşılmaktadır. Zira söz konusu nihai kararda Kurul, rakiplerin hedef ve satış stratejisinin yanında stok bilgilerinin bilinmesi halinde, söz konusu rakiplerin fiyatlandırma politikaları konusunda sinyaller alınabileceğini; özellikle rakiplerin birbirlerinin satış adetlerini de detaylı ve hızlı bir şekilde izleyebildikleri bir ortamda söz gelimi rakiplerin fiyat indirimine gidip gitmeyeceğinin tahmin edilerek olası fiyat indirimlerinden veya kampanyalardan kaçınılabileceğini belirtmiştir. Ancak benzer bir gerekçeyle, önaraştırma kapsamında tespit edilen, bireysel nitelikte güncel satış ve miktar verilerine ilişkin bilgi değişiminin de soruşturma kapsamına dâhil edilmesi, ilgili pazarda bu tür bir bilgi değişiminin etkilerinin daha ayrıntılı incelenebilmesi bakımından yararlı olurdu diye düşünmekteyiz. Zira önceki bölümlerde aktardığımız gibi, firmaların gelecek stratejilerine ilişkin bilgi değişimi, rakiplerin ortak bir anlayışa varmalarını sağlamak bakımından ne kadar önemliyse, geçmiş ve cari verilerin değişimi de anlaşmadan sapanların belirlenmesi ve cezalandırılması, dolayısıyla anlaşmanın sürdürülmesi bakımından o kadar önemlidir.

<sup>246</sup> 09-41/998-M sayılı karar.

<sup>247</sup> 10-10/91-M sayılı karar.

<sup>248</sup> 11-24/464-139 sayılı karar. Bu karar tezimizin kabulü tarihinden sonra alınmış olmakla beraber, nazarımızda taşıdığı önem nedeniyle karara ilişkin değerlendirmemiz, çalışmamızın yayınlanması öncesinde ilgili kısma eklenmiştir.



### 4.2.3. PETDER Kararı

Kurulun doğrudan bilgi değişimini ele aldığı bir başka dosya PETDER'dir<sup>249</sup>. Petrol Sanayi Derneği (PETDER) akaryakıt, LPG ve madeni yağ sektörlerinde faaliyet gösteren teşebbüslerden toplanacak aylık bazdaki satış bilgilerinin derlenerek kamuya açık şekilde yayımlanmasını içeren bir bilgi değişimine menfi tespit talep etmiştir. Veri toplama ve derleme işlemlerinin bağımsız bir üçüncü kurum eliyle yürütüleceği bildirilmiştir.

Kurul geçmişe dönük verilerin daha çok mevcut bir anlaşmanın uygulamasının kontrolüne yarayabileceğini, ancak aynı verilerin dinamik bir süreçte rakipler arasında geleceğe yönelik bir koordinasyona yol açmasının da mümkün olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte Kurul, ilgili pazarlar için yapmış olduğu analiz ve sektörel düzenleyici otoriteden aldığı görüş neticesinde, her üç pazarın da yoğunlaşmış birer yapı sergilediği, ancak söz konusu pazarların işleyişleri de dikkate alındığında, bildirim konu değişimin ilgili pazarlarda rekabete aykırı bir risk doğurmayacağı sonucuna ulaşmıştır.

Ancak ilgili kararın lafzından, Kurul tarafından paylaşılmasında sakınca görülmeyen bir başka deyişle paylaşılmasının rekabet üzerinde etkisiz olduğu sonucuna ulaşılan bilgilerin hangileri olduğu açık değildir. Zira kararda bir yandan bildirim konusu işlemin *“akaryakıt, LPG ve madeni yağ sektörlerinde faaliyet gösteren teşebbüslerden toplanacak aylık bazdaki satış bilgilerinin derlenerek, ülke ve teşebbüs bazında toplulaştırılmış halde üçer aylık raporlarda kamuya açık şekilde yayımlanmasını içeren bir bilgi değişimi”* olduğu belirtilirken, öte yandan söz konusu bilgi değişimi sistemi kapsamında yukarıda sayılan alanlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin *“aylık bazdaki satış miktarlarının, satışların fiilen gerçekleştiği ayın tamamlanmasını takip eden ay içinde ülke satışları toplamı olarak derleneceği ve bunların ülke toplamı olarak teşebbüs bazında PETDER internet sitesinde veya elektronik ortamda yayımlanacağı”* ifade edilmektedir. Dolayısıyla verilen menfi tespit kapsamının teşebbüslerin aylık bireysel satış verilerinin üçer aylık raporlar halinde kamuya açık şekilde yayımlanması mı olduğu; yoksa söz konusu verilerin izleyen ay müteakiben elektronik ortamda paylaşılması mı olduğu tam olarak anlaşılammamaktadır<sup>250</sup>. Bu nedenle bu kararla ilgili olarak ilave bir değerlendirme yapmayı uygun bulmuyoruz.

### 4.2.4. Yassı Çelik Kararı

Kurul 2009 yılında, yassı çelik ürünleri pazarında faaliyet gösteren teşebbüslere yönelik olarak yürütmüş olduğu soruşturmasını tamamlamıştır.

<sup>249</sup> 07-76/907-345 sayılı karar.

<sup>250</sup> Adı geçen teşebbüs birliğinin internet sitesinde yayımlanan çeşitli raporlar dikkate alındığında, söz konusu bilgi paylaşımına taraf olan teşebbüslerce ilgili Kurul kararının, yukarıda sayılanlardan ikincisi şeklinde anlaşıldığı düşünülmektedir.

Soruşturma sürecinde elde edilen belgeler çerçevesinde taraflardan Erdemir ve Borçelik arasında düzenli olarak bilgi değişiminde bulunduğu tespit edilmiştir. Paylaşılan bilgiler arasında teşebbüslerin bir önceki aya ilişkin olarak ürün grubu bazında detaylı bireysel yurt içi ve yurt dışı satış miktarları, aylık ithalat miktarları ve sevkiyat primleri gibi veriler bulunmaktadır. Kurul değişime konu verileri rekabete hassas bilgiler olarak değerlendirmiş ve az sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği, yüksek yoğunlaşma oranlarının söz konusu olduğu, giriş engellerinin bulunduğu ilgili pazarda bu tür bir bilgi değişiminin RKHK'nın 4. maddesini ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır. Bunun yanında Kurul, söz konusu bilgi değişiminin RKHK'nın 5. maddesindeki muafiyet koşullarını karşılamayacağına karar vermiştir<sup>251</sup>.

#### 4.2.5. EBT Kararı

Emaye Bobin Teli (EBT) pazarında faaliyet gösteren altı teşebbüsün fiyat listelerinin aynı zamanda değiştirildiği ve listelerde bulunan EBT fiyatlarının aynı olduğu yönündeki şikâyetler üzerine söz konusu teşebbüslere yönelik olarak soruşturma açılmıştır. Soruşturma sürecinde teşebbüslerden bazıları, fiyat listelerinin aynı olmasını ve eşzamanlı değiştirilmesini maliyet yapılarının benzerliği ve oligopolistik bağımlılıkla açıklanabileceğini savunmuşlardır. Ancak Kurul taraflar arasında koordinasyonun ve iletişimin ispat edilmesi halinde piyasanın yapısına bakılmaksızın ihlal kararına varılabileceğini vurgulamıştır. Nitekim elde edilen delillerin taraflar arasında fiyat listelerinin birbirlerine iletilmesi konusunda, bir süredir devam eden, rekabeti bozucu veya sınırlayıcı nitelikte bir koordinasyonun var olduğunu gösterdiğini belirtmiştir. Üstelik bazı teşebbüs yetkililerinin ifadeleri, teşebbüs birliği bünyesinde yapılan bir toplantıda belirli bir tarihten itibaren tek fiyat uygulamasına geçilmesinin kararlaştırıldığını da göstermektedir. Bu çerçevede Kurul taraflar arasında tek fiyat listesi uygulanması konusunda bir anlaşma olduğu sonucuna ulaşmıştır<sup>252</sup>. Karar'da dikkat çeken bir husus, taraflar arasındaki fiyat listesi değişiminin, ihlalin tek fiyat listesine geçilmesi açıkça kararlaştırılmadan önceki dönemde başladığını gösteren bir delil olarak değerlendirilmiş olmasıdır.

Bunun yanında elde edilen belgeler, teşebbüslerin gerek sektörün teşebbüs birliği bünyesinde gerekse karşılıklı olarak fiyat listeleri dışında da rekabete hassas bilgi değişiminde bulduklarını ortaya koymuştur. Kurul yapmış olduğu değerlendirmede:

*“teşebbüslerin rekabet stratejilerinin en önemli değişkeni ve aracı niteliğinde olan fiyatlara, kapasite kullanımlarına, üretim miktarlarına, müşteri bazında satış rakamlarına ilişkin bilgi alışverişinde bulunmalarının rekabeti kısıtlayıcı olduğu”*

<sup>251</sup> 09-28/600-141 sayılı karar.

<sup>252</sup> 07-56/672-209 sayılı karar.

sonucuna ulaşmış ve taraflar arasındaki bilgi değişiminin fiyat anlaşmasından bağımsız bir ihlal olduğuna karar vermiştir.

Bu kararın iptali istemiyle açılan dava neticesinde Danıştay 13. Dairesi, söz konusu kararda Kurulun ihlal olarak değerlendirdiği bir diğer hususun teşebbüsler arasındaki bilgi paylaşımı olduğunu belirttikten sonra, rekabet hukukunda bilgi paylaşımlarının *per se* yasak olmadığını, bununla birlikte paylaşımın niteliğinin, amacının ve etkisinin somut olay özelinde değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır.<sup>253</sup> Bununla birlikte kararda AD'nin *T-Mobile* kararına atfen, rakipler arasında gelecekteki davranışlarına yönelik belirsizlikleri ortadan kaldıracabilecek nitelikte olan bilgi paylaşımlarının rekabete aykırı olarak değerlendirilmesi gerektiği hatırlatılmış ve EBT sektörünün yapısı da dikkate alındığında, taraflar arasındaki bilgi paylaşımının ihlal niteliğinde olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Kanımızca Danıştay'ın anılan kararında yer verilen bir başka önemli değerlendirme, her ne kadar fiyat listeleri konusundaki teşebbüsler arasındaki koordinasyonun ve rakipler arasında gerçekleşen bilgi paylaşımının piyasada bir etkisinin olmadığı ileri sürülebilecek olsa da, belirtilen iletişimin teşebbüslerin gelecekte piyasada alacakları kararlarına etkili olacağı aksi ispatlanmadıkça kabul edilmesi gerektiğidir. Nitekim Danıştay, AD'nin *Polypropylene* ve *Sugar* kararlarında bu durumun teşebbüsler aleyhinde bir karine olarak değerlendirildiğini belirtmiş; somut olayda da aksi yönde bir delilin bulunmadığına dikkat çekmiştir. Nihayetinde EBT üreticisi teşebbüsler arasında gerçekleştirilen bilgi değişimi yoluyla pazarın şeffaflaştırıldığı, bu durumun ilgili pazardaki rekabeti bozabilecek nitelikte olduğu vurgulanarak Kurulun bahse konu kararı hukuka uygun bulunmuştur.

#### 4.2.6. WAT Kararı

Yurt dışı eğitim danışmanlığı yapan çeşitli teşebbüslerin “Work and Travel” (WAT) hizmetlerinde fiyat birliği yaparak RKHK'yı ihlal ettikleri iddiasına yönelik olarak bir önaraştırma yapılmıştır. Önaraştırma sürecinde elde edilen belgeler, taraflar arasında çeşitli tarihlerde düzenlenen toplantılar ve elektronik posta yazışmaları yoluyla fiyatlar, indirimler ve gelecek stratejileri gibi konularda yoğun bir bilgi değişimi olduğunu ve fiyatlar konusunda bir anlaşma zemini arandığını göstermektedir.

Kurul mehz mevzuat uygulamalarına da yer vererek yaptığı ayrıntılı değerlendirmede, başta en büyük dört teşebbüs olmak üzere toplantılara ve yapılan görüşmelere katılarak fiyatlar ve diğer rekabetçi unsurlar üzerinde

<sup>253</sup> Danıştay 13. Dairesinin 08.05.2012 tarihli ve E. 2008/9080, K. 2012/965 sayılı kararı. Bu karar tezimizin kabulü tarihinden sonra alınmış olmakla beraber, nazarımızda taşıdığı önem nedeniyle karara ilişkin değerlendirmelerimiz, çalışmamızın yayınlanması öncesinde ilgili kısma eklenmiştir.

bilgi alış-verişinde bulunmuş olan veya toplantılara katılıp da bu tür konuların görüşülmesine itirazda bulunduğunu ispatlayamayan bütün firmaların rekabeti sınırlayıcı davranış içerisinde bulduklarını son derece isabetli olarak ortaya koymuştur. Buna karşın düzenlenen toplantılarda fiyatlar konusunda genel bir fikir birliği oluşmaması, çok sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği pazarda giriş engellerinin de bulunmaması, açıklanan fiyatlar üzerinden genellikle önemli indirimler yapılması, pazarın ölçeğinin ve teşebbüslerin küçük olması hususlarını dikkate alarak teşebbüsler hakkında soruşturma açılmamasına karar vermiştir. Bu çerçevede Kurul, tarafları fiyatlara yönelik bilgileri birbirleriyle paylaşmamları ve piyasanın işleyişine etki eden her türlü toplantı ve görüşmelere son vermeleri, aksi takdirde işlem başlatılabileceği konusunda uyararak yetinmiştir<sup>254</sup>.

Kanımızca Kurulun, taraflar arasında fiyat bilgilerinin ve gelecek fiyat stratejilerinin gizli şekilde paylaşılması halinde bu durumun yalnızca paylaşanları değil bu bilgiyi edinen tarafları da içine alan bir anlaşmanın ispatı bakımından yeterli olduğunu isabetli bir şekilde ortaya koymasına karşın, soruşturma açmaması uygun olmamıştır. Nitekim üçe karşı dört oy çokluğuyla alınan karara karşı muhalif olan üyelerin karşı oy gerekçelerinde de bu husus vurgulanmaktadır. Zira önceki bölümlerde de ifade edildiği üzere, somut olaydaki gibi rakipler arasında özellikle fiyatlara ilişkin gelecek stratejilerinin gizli bir şekilde paylaşılması kartel gibi değerlendirerek yaptırıma tabi tutulmalıdır. Bu tür ağır bir ihlalin varlığında ilgili pazarın büyüklüğü yahut teşebbüslerin ekonomik durumu ancak uygulanacak yaptırımın miktarının belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Diğer yandan, Kurulun teşebbüsler arası bilgi değişimini nasıl değerlendireceğine ilişkin hali hazırda yayımlanmış bir kılavuzu olmaması nedeniyle, Kurul kararları teşebbüsler için birer sinyal niteliğindedir. Bu çerçevede teşebbüslerde kurumsal rekabet kültürünün oluşturulması ve yaygınlaştırılması bakımından, hangi pazarda olursa olsun bu tür eylemlere taviz verilmeyeceğinin gösterilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

#### **4.2.7. HPO Kararları**

2006 yılında Hidrojen Peroksit (HPO) sağlayıcısı teşebbüslerin RKHK'nın 4. ve 6. maddelerini ihlal ettikleri yönündeki şikâyetle ilişkin olarak bir önaraştırma yapılmıştır. Pazarda yalnızca iki yerli üretici faaliyet göstermekte ve yurtiçi talebin önemli bir kısmı bu iki üretici tarafından karşılanmaktadır. Yapılan yerinde incelemelerde söz konusu üreticilerin başta fiyatlar olmak üzere rekabete duyarlı bilgileri paylaştıkları tespit edilmiştir. Ancak Kurul önaraştırma neticesinde, taraflar arasında bir anlaşmanın varlığını ispatlamak için yeterli delil bulunmadığını, hâkim durumun kötüye kullanılmasının da söz

<sup>254</sup> 07-31/325-120 sayılı karar.

konusu olmadığını belirterek soruşturma açılmasına gerek olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Diğer yandan taraflar arasındaki bilgi değişiminin rekabeti sınırlayıcı etki doğurabileceğini vurgulamış, bu çerçevede tarafların satış miktarına, fiyata, fiyat koşullarına, arzın kontrolüne yönelik her türlü parametreye ilişkin bilgileri birbirleriyle paylaşmamaları ve piyasanın işleyişini etkileyecek nitelikteki görüşmelere son vermeleri hususunda uyarılmalarına karar vermiştir<sup>255</sup>.

Kurulun bu kararının iptali istemiyle açılan dava sonucunda Danıştay, diğer hususların yanında taraflar arasında rekabete duyarlı bilgi değişimine ilişkin tespite dikkat çekmiş ve mevcut bulgular doğrultusunda soruşturma açılmasının gerekli olduğunu belirterek söz konusu Kurul kararını iptal etmiştir<sup>256</sup>. Ancak Danıştayın ilgili kararı uyarınca açılan soruşturma sonucunda da Kurul, RKHK'nın 4. ve 6. maddelerinin ihlal edilmediğine karar vermiştir<sup>257</sup>. Söz konusu kararın gerekçesi incelendiğinde, Kurulun bilgi değişimine ilişkin ilave bir değerlendirme yapmadığı, ancak taraflar arasındaki fiyat görüşmelerinin bir kısmının karşılıklı alışverişte uygulanacak fiyatlara ilişkin olduğu yönünde tespitte bulunduğu görülmektedir.

#### **4.2.8. Ortak Havacılık Operasyonu Kararı**

2006 yılında havacılık yakıtları pazarında faaliyet gösteren üç teşebbüs, çeşitli havaalanlarındaki depolama ve uçaklara ikmal hizmetleri faaliyetlerinin tek elden yürütülmesine yönelik olarak aralarında yaptıkları anlaşmaya menfi tespit verilmesi talebiyle bildirimde bulunmuşlardır. Bildirim konusu işlem, tarafların birbirlerinin bireysel teslimat bilgilerini öğrenmelerine yol açmaktadır. Kurul yapmış olduğu değerlendirmede öncelikle, havayolu şirketlerinin yıllık yakıt ihtiyaçlarını ihale yoluyla karşıladıklarını, bu ihalelerin ülke çapında veya havaalanı bazında yapılabildiğini belirtmiştir. İhalede belirlenen fiyatların bir yıllık süre için geçerli olacağını altını çizen Kurul, havacılık yakıtları pazarında rekabetin bu ihalelerde oluştuğunu vurgulamıştır. Bu bakımdan, bir sonraki yıl için havayolu şirketlerinin hangi fiyata, nereden ve ne kadar yakıt alacakları ihaleler sonucu belli olduktan sonra, yıl içerisinde havayollarına yakıt satan teşebbüslerin ilgili pazarda fiyat veya satış koşulları gibi unsurlarla rekabet etmelerinin söz konusu olmadığını belirtmiştir<sup>258</sup>. Nihayetinde Kurul son derece isabetli olduğunu düşündüğümüz şu tespiti yer vermiştir:

*“Havacılık yakıtları pazarının yukarıda açıklanan genel özellikleri dikkate alındığında, rakiplerin güncel satış<sup>259</sup> miktarı bilgilerinin rekabete*

<sup>255</sup> 06-92/1172-350 sayılı karar.

<sup>256</sup> Danıştay 13. Dairesinin 26.10.2009 tarihli ve E. 2007/5106, K. 2009/9394 sayılı kararı.

<sup>257</sup> 11-05/88-31 sayılı karar.

<sup>258</sup> 06-95/1202-365 sayılı karar.

<sup>259</sup> Satış ihaleler yoluyla gerçekleştiği için burada teslimatların kastedildiği düşünülmektedir.

*duyarlı bilgiler olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı, bu nedenle ortak operasyon kapsamında katılımcıların bu bilgileri elde etmesinin rekabeti kısıtlayıcı bir sonuca yol açmayacağı anlaşılmıştır.”*

Kanımızca Kurul bu kararında, ilgili pazarın işleyişini ayrıntılı olarak ortaya koymak suretiyle bir önceki bölümde aynı pazara ilişkin kararına yer verdiğimiz AGCM'nin aksine Tip I hataya düşmemiştir.

### **4.3. DEĞERLENDİRME ve ÖNERİLER**

Kurul rakip teşebbüsler arası bilgi değişimini kimi zaman bağımsız bir ihlal olarak değerlendirirken, kimi zaman bir başka ihlalin kanıtı olarak niteleyebilmektedir. Bununla birlikte Kurulun, salt bilgi değişiminden dolayı teşebbüsleri nadiren idari para cezasına çarptırmayı tercih ettiği görülmektedir.

Kurulun yukarıda sayılan kararları incelendiğinde, özellikle AB uygulamasını yakından takip ettiği anlaşılmaktadır. Nitekim TÇMB ve GÜD görüşlerinde *UK Tractors*'un izlerini görmemek mümkün değildir. *WAT* kararında Kurul, rakip teşebbüslerin gelecek stratejilerini paylaşmaları konusunda AB'nin yaklaşımını net bir şekilde özetlemiştir. Buna karşın mehaz içtihadın ortaya koyduğu çıkarımların, Kurul kararlarının sonucuna her zaman yansıdığını söylemek güçtür.

Diğer yandan Kurulun uygulamalarında, genel olarak bir yeknesaklık sorunu olduğu göze çarpmaktadır. Zira Kurul bilgi değişimini ele aldığı hemen her kararında, bilgi değişiminin pazardaki rekabet üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesinde ilgili pazarın yapısının ve değiştirilen bilginin niteliğinin dikkate alınması gerektiğini vurgulamasına karşın, kimi durumlarda yalnızca pazarın yapısına, kimi durumlarda ise yalnızca değiştirilen bilginin doğasına odaklanabilir görülmektedir. Örneğin Kurul, 2009 yılında tamamladığı soruşturma sonucunda yassı çelik üreticisi iki teşebbüs arasındaki aylık yurtiçi ve yurtdışı satış verileri ile ithalat miktarlarına ilişkin bilgi değişimini bir ihlal olarak değerlendirip toplamda 6,2 milyon TL idari para cezası uygularken; yalnızca üç ay sonra verdiği bir başka kararda otomotiv pazarında faaliyet gösteren teşebbüsler arasında son derece detaylı güncel satış ve fiyat bilgilerinin haftalık olarak paylaşılmasında hiçbir sakınca görmemiştir. Kurulun bu iki dosya arasında gözettiği ayırım, kuşkusuz ilgili pazarın yapısıdır. Ancak Kurul, otomotiv pazarındaki teşebbüslere yönelik olarak aynı gün içerisinde alınan bir başka kararla, bu kez tespit edilen başka türdeki bilgilerin değişimine ilişkin olarak soruşturma açmıştır.

Kanımızca bu durum, Kurulun teşebbüsler arası bilgi değişimini değerlendirirken izlediği politikanın, net bir resmini ortaya koymayı mümkün

kılmamaktadır. Bu nedenle Kurulun, gerek uygulamada yeknesaklığın sağlanması gerekse teşebbüsler açısından hukuki belirliliğin artırılabilmesi bakımından, teşebbüsler arası bilgi değişimini değerlendirmede dikkate alacağı kriterleri, çıkaracağı bir kılavuz aracılığıyla duyurması yararlı olacaktır. Bu tür bir politika metni hazırlama yoluna gidildiği takdirde, mevzuatın uygulayıcısı olan Komisyonun yeni Kılavuz'unun esas alınabileceği değerlendirilmektedir. Böyle bir yöntem tercih edilmediği takdirde, somut olaylar ele alınırken amaç bakımından rekabete aykırı bilgi değişimleri ile etki bakımından rekabete aykırı bilgi değişimleri arasında keskin bir ayrım gözetilmelidir. Sayılanlardan ilkinde herhangi bir etki değerlendirmesine ihtiyaç bulunmazken, etki bakımından rekabete aykırı bilgi değişimlerinin değerlendirilmesinde dosyanın kendine özgü özellikleri çerçevesinde ayrıntılı bir inceleme yapılmalıdır. Zira bu tür bir bilgi değişiminin etkisi, ilgili pazarın yapısı ve bilgi değişiminin niteliği ana başlıkları altında sayılabilecek dosyaya özgü pek çok farklı faktörün bir kombinasyonuna bağlıdır. İnceleme ne kadar kapsamlı tutulursa, hata maliyetlerini en aza indirebilmek de o kadar mümkün olacaktır. Kurulun her bir kararı, ilgili konuda teşebbüsler açısından birer sinyal niteliğinde olduğundan; bu kararların istikrarı ve tutarlılığı, hukuki belirliliğin ve belirli davranışlara karşı caydırıcılığın sağlanması bakımından önemlidir.

## SONUÇ

Bilgi değişimi rekabetçi pazarların çeşitli etkinlik kazanımları sağlayan ortak birer özelliğidir<sup>260</sup>. Rakipler arası bilgi değişimi, firmaların üretim planlamalarını daha iyi yapabilmelerine, daha iyi bir dağıtım ağı kurmalarına veya kıyaslama gibi uygulamalar yoluyla son derece önemli maliyet tasarrufları sağlamalarına imkân tanımaktadır. Bilgi değişimi sonucunda üretim, talebin yüksek olduğu piyasalara yahut düşük maliyetli firmalara kayabilmektedir. Yine bilgi değişimi, asimetrik bilgiden kaynaklanan piyasa başarısızlıklarını gidermekte son derece etkindir. Şeffaf piyasalar, kimi durumlarda potansiyel rakiplerin piyasaya girişte karşılaşılabilecekleri riskleri düşürebilmektedir. Aynı zamanda arama maliyetleri düşeceğinden, tüketicilerin belirli firmalara bağlı kalmaları önlenebilecek, daha iyi tercihler yapabilmeleri sağlanabilecek ve böylelikle piyasadaki rekabetin düzeyi de artabilecektir.

Diğer yandan bilgi değişimi, rakipler arasında anlaşmayı ve bu anlaşmayı sürdürmeyi de kolaylaştırabilmektedir. Zira bilgi değişimi nedeniyle rakipler arasında artan şeffaflık, çok fazla alternatif dengenin olduğu bir piyasada rakiplerin davranışları ile ilgili stratejik belirsizliğin giderilerek zımni veya açık bir anlaşmaya varabilmelerini mümkün kılmaktadır. Bir kez belirli bir ortak anlayış tesis edildiğinde ise, rakipler arasındaki bilgi akışı, anlaşmadan sapmaları ve piyasa girişleri kısa sürede ve kesin bir şekilde ortaya çıkarmayı sağlamakta, dolayısıyla sert ve caydırıcı cezalandırma stratejileri geliştirilerek, anlaşmanın istikrarının korunmasına imkân tanımaktadır.

Hal böyle iken, rekabet hukukunun temel problemi bilgi değişiminin rekabete aykırı etkileri ile rekabetçi etkileri arasındaki dengenin nasıl kurulacağı sorusunda düğümlenmektedir. Gerek iktisat teorisinin gerekse uygulamanın bu soruya verdiği yanıt, bilgi değişiminin nihai etkisinin tespitinde değiştirilen bilginin doğasının (stratejik niteliği, yaşı, bireysel olup olmadığı, kamuya açıklığı vb.) bilgi değişiminin yapısının (sıklığı, kamuya açık olup olmadığı, doğrudan mı üçüncü taraflar aracılığıyla mı yapıldığı vb.) ilgili piyasanın kendine özgü özelliklerinin (şeffaflık düzeyinin, yoğunlaşma oranının, durağanlığının, firmaların benzerliğinin, malların ve hizmetlerin niteliğinin vb.) birlikte değerlendirilmesi

<sup>260</sup> Komisyon (2010, 2)



gerektiğine işaret etmektedir. Değerlendirmenin bu kadar fazla sayıda faktörün bir kombinasyonuna bağlı olması, uygulamada iktisadi açıdan yararlı ya da en azından zararsız bir bilgi değişiminin rekabete aykırı olarak değerlendirilmesi (Tip I hata) veya iktisadi açıdan zararlı bir bilgi değişimine göz yumulması (Tip II hata) risklerini içermektedir.

Bununla birlikte iktisadi literatür ve incelediğimiz rekabet hukuku uygulamaları, gerçek (cari ve geçmiş) verilerin paylaşılması ile gelecek planlarının paylaşılması açısından keskin bir ayrıma gidilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Zira gelecek planlarının paylaşılması, herhangi bir pazar kaybına uğrama veya fiyat savaşı başlatma riski olmaksızın, fiyatların rekabetçi seviyelerin üzerine yükseltilmesine imkân tanımaktadır. Bunun yanında gerçek verilere kıyasla, gelecekte planlanan davranışlarla ilgili bilgi genellikle güvenilir olmadığından, özellikle alıcılar bakımından etkinlik kazanımı sağlama ihtimali çok daha düşüktür. Nitekim bu nedenle, AB rekabet hukukunun uygulayıcısı olan Komisyon, gelecek planlarının rakipler arasında değişiminin amaç bakımından rekabete aykırı sayacağını belirtmektedir. Bu tür bir durumda bilgi değişiminin ayrıca etkisinin değerlendirilmesine ihtiyaç bulunmamaktadır. Yalnızca belirli koşulların varlığı halinde bir muafiyet değerlendirmesi anlamlı olabilir.

Tezimiz kapsamında ayrıca, teşebbüslerin tek taraflı bilgi yayma stratejilerine de rekabet hukuku kapsamında müdahale edilip edilmeyeceği; bu tür bir durumda bilginin kamuya açık veya gizli şekilde yayılmasının önem taşıyıp taşımadığı incelenmiştir. Zira iktisadi açıdan, bir teşebbüsün söz gelimi gelecekte uygulayacağı fiyat listesini rakibine bir faks veya elektronik posta yoluyla iletmesi ile bu fiyatları basın yoluyla duyurması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. İktisaden dikkate alınabilecek tek husus, duyurulan gelecek fiyatlarının firmaları alıcılar karşısında bağlayıcı olup olmadığıdır. Bu çerçevede yaptığımız inceleme, gerek teorinin gerekse uygulamanın, teşebbüslerin geleceğe yönelik planlanan fiyat ve miktar bilgilerini gizli bir şekilde paylaşmaları halinde, bu durumun karteller gibi değerlendirilerek yaptırıma tabi kılınması konusunda bir ittifak içerisinde olduğunu göstermektedir. Geleceğe yönelik planlanan fiyatların doğasında tek taraflı olarak kamuya açık şekilde duyurulmasında ise, duyurulan fiyatların alıcılar için bir taahhüt veya yarar içermemesi ve/veya alıcılar duyurulan fiyatlar üzerinden işlem yapabilir hale gelmeden, rakipler tarafından yapılan yeni duyurular karşısında daha önce duyurulan fiyatların sıklıkla yeniden düzenlenmesi halinde, bu duruma müdahale edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Nitekim ABD rekabet hukuku uygulamasında bu tür durumların bir anlaşmanın varlığı için delil olarak kabul edilebileceği *Petroleum Products*, *ATP* ve *Delta/AirTran* davalarında ortaya konulmuştur. Komisyon ise bu şekilde yapılan kamuya açık tek taraflı duyurularının varlığında, rekabeti amaç bakımından kısıtlayan bir uyumlu eylem ihtimalinin dışlanamayacağını belirtmektedir.

Bu kapsamda tezimizde ulaşılan sonuçlar şu şekildedir:

- (i) Firmaların geleceğe yönelik planlanan bireysel fiyat ve miktar bilgilerini gizli bir şekilde paylaşmaları, amaç bakımından rekabete aykırı bir eylem sayılmalıdır. Bu tür bir eylemin anlaşmalı sonuçlara ulaşabilmek bakımından son derece güçlü bir etkisi olduğu gibi hemen hiçbir olumlu etkinlik kazanımı sağlaması da mümkün değildir. Bu nedenle bu tür bir bilgi değişiminin tespiti halinde, ilgili pazarın yapısına, rekabeti kısıtlayıcı bir etkinin olup olmadığına, taraflar arasında gerçekleştirilen görüşmelerin niteliğine veya sayısına bakılmaksızın, bilgiyi paylaşan ve bu bilginin kendisine ulaşmasına açıkça itiraz etmeyen bütün taraflar karteller gibi yaptırıma tabi kılınmalıdır.
- (ii) Geleceğe yönelik planlanan bireysel fiyatların ve miktarların kamuya açık bir şekilde değişimi de rakiplerin pazar davranışlarıyla ilgili stratejik belirsizliği gidermekte ve anlaşmalı sonuçlara ulaşmayı mümkün kılabilmektedir. Bu tür bir durumda teşebbüslerin RKHK'nın 5. maddesinde sayılan koşulların karşılandığını net bir şekilde ortaya koyamamaları halinde yaptırım uygulanmalıdır.
- (iii) Firmaların geleceğe yönelik fiyatlarını doğasında tek taraflı olarak önceden duyurmaları, firmalar duyurulan bu fiyatlarla bağlı kaldığı takdirde alıcılar için bir tavan fiyatı garanti edebileceğinden ve özellikle alt piyasada üretim planlamalarının ayarlanmasını sağlayabileceğinden yeterince önemli düzeyde etkinlik sağlamaktadır. Ancak duyurulan fiyatlar üzerinden işlem yapılabilir hale gelmeden, rakipler tarafından yapılan yeni duyurular karşısında pazarda daha önce duyurulan fiyatların sıklıkla yeniden düzenlendiği tespit edilebildiği takdirde, bu durum bir uyumlu eylem olarak değerlendirilebilmelidir.
- (iv) Cari ve yakın geçmişe ait bireysel fiyat ve miktar bilgilerinin değişimi bir yandan tarafların ortak bir anlayışa varmalarını kolaylaştırmakta diğer yandan caydırıcı cezalandırma mekanizmaları geliştirilmesine imkân tanımaktadır. Bu nedenle rekabet düzeyinin görece yüksek olduğu pazarlarda dahi, bu tür bilgilerin değişiminin pazarı anlaşmalı sonuçlara uygun bir hale getirme ihtimali göz ardı edilmemelidir. Bu bakımdan teşebbüslerin bu tür bir bilgi değişimine niçin ihtiyaç duyduklarının sorgulanması, şayet etkinlik kazanımları öne sürülmekteyse bunun rekabeti daha az kısıtlayıcı bir yöntemle

sağlanıp sağlanamayacağını araştırılması gerekmektedir. Zira toplulaştırılmış verilerin paylaşılması, pek çok pazar bakımından, beklenen etkinlik kazanımlarının sağlanması için yeterlidir. Nihai etkinin tespiti için ayrıntılı bir pazar analizi gerekmeğe de, özellikle yapısal olarak anlaşmanın kolay olduğu pazarlarda bu tür bir bilgi değişimine hiçbir şekilde izin verilmemeli; şayet uzun zamandır gerçekleştirilmekte olduğu tespit edilmişse, yaptırım uygulanmalıdır.

- (v) Cari ve yakın geçmişe ait bireysel talep ve maliyet bilgilerinin paylaşımı, yukarıdakilere kıyasla daha düşük bir riski barındırır görünmektedir. Özellikle maliyet bilgilerinin paylaşımı, önemli ölçüde potansiyel etkinlik artışı yaratabilmektedir. Ancak bir kez daha ilgili piyasanın yapısı, nihai etkinin tespitinde elzemdir. Bununla birlikte paylaşılan verilerin teşebbüs birlikleri veya üçüncü taraflar yoluyla anonimleştirilmesi veya pazardaki en başarılı maliyet performanslarının, ilgili teşebbüslerin tanınmasına imkan verilmeyecek şekilde sıralamaya tabi tutulması gibi yöntemlerin kullanılması, rekabeti gereğinden fazla kısıtlamadan beklenen etkinliklerin sağlanması için yeterlidir.
- (vi) Teşebbüslerin ilgili piyasanın işleyişi dikkate alındığında stratejik olarak kabul edilebilecek diğer bireysel bilgilerinin paylaşılmasının da rekabeti kısıtlayıcı etkiye neden olabileceği dikkate alınmalıdır.
- (vii) Herhangi bir firmanın bireysel verilerinin belirlenmesine imkân tanımayacak şekilde *toplulaştırılmış* veriler büyük ölçüde masumdur. Üstelik bu tür veriler firmaların planlamalarını geliştirebileceğinden oldukça yüksek seviyede etkinlik artışı sağlayabilmektedir. Ancak bireysel firma verilerinin toplanması ve toplulaştırılması tercihen bağımsız üçüncü taraflar eliyle yürütülmelidir. Veri toplama ve toplulaştırma işlemlerinin teşebbüs birliği bünyesinde gerçekleştirilmesi halinde, bu işlemler ile görevlendirilenlerin verilerin teşebbüs birliği üyelerinden ve üçüncü kişilerden gizli tutmaları sağlanmalıdır.
- (viii) Yeterince *eski/tarihi* verilerin normal olarak bir anlaşmayı kolaylaştırıcı ve bu şekilde rekabeti kısıtlayıcı etki göstermesi beklenmez. Ancak bir verinin yeterince *eski/tarihi* sayılabileceği süre ilgili pazarın kendine özgü koşullarına göre değişebilmektedir.

- (ix) Özellikle bireysel bilgilerin teşebbüs birlikleri bünyesinde düzenli şekilde paylaşımı, teşebbüs birliklerini rakiplerin pazar davranışlarının düzenli olarak tartışıldığı bir forum haline getirebilecektir. Bu tür bir yapıda, teşebbüslerin pazar davranışlarını rakiplerinden tamamen bağımsız olarak belirleme ihtimalleri oldukça düşüktür. Bu nedenle teşebbüs birlikleri bünyesinde bu tür faaliyetlere izin verilmemelidir.
- (x) Rekabet Kurulunun, Komisyonun mevcut Kılavuz'unu esas alarak çıkarabileceği bir kılavuz, bir yandan Kurulun bilgi değişimini değerlendirirken izleyeceği politikanın yeknesaklığını, diğer yandan teşebbüsler açısından hukuki güvenliği sağlayabilecektir.

## **ABSTRACT**

Information exchange is a common feature of competitive markets which generates various types of efficiency gains. For example, it may enable companies to reduce their operational costs by benchmarking studies and also directly benefit consumers by reducing their search costs and improving choice, which in turn can reduce consumer “lock in” and lead to intensification of competition. It also solves problems of information asymmetries in markets with potential market failure (eg. banking and insurance sectors) thereby making markets more efficient etc.

On the other hand, information exchange among competitors may lead to anticompetitive effects on competition. It may facilitate collusion, whether tacit or explicit, by reducing strategic uncertainties about rivals’ conduct and thereby enabling firms to reach a common understanding to which equilibrium should be played in a market with multiple possible equilibria. Information exchange and increased transparency can also help monitoring of deviations from collusion, as well as entry, and can help rivals to design deterrent and severe punishment strategies, which are at the end important for ensuring stability of collusion.

In this context, main problem for competition law is to distinguish those exchanges of information which have procompetitive effect from those anticompetitive ones. Both theory and practice demonstrate that competitive outcome of information exchange depends on the characteristics of the market in which the conduct takes place, the type of information that is exchanged and the way information exchanged. However, they also indicate that, one should distinguish exchanges between competitors of individualized future intentions on prices and quantities from exchanges of actual (past and present) data. While the former should be considered as restriction of competition by object, all the other exchanges need to be assessed on a detailed case by case basis with a view of determining whether they are likely to result in restrictive effects on competition. Finally it is evident from our study that, in particular situations, even public price pre-announcements which are unilateral in nature can be regarded as an infringement under competition law.

## KAYNAKÇA

ABA (2007), *Antitrust Law Developments Volume 1*, American Bar Association (ABA), Section of Antitrust Law, Sixth Edition.

ABREU, D. (1986), “External Equilibria of Oligopolistic Supergames”, *Journal of Economic Theory*, Vol: 39, s. 191-228.

AC (2005), *2005 Activity Report*, Autorité de la Concurrence,

[http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/rapport05\\_ang.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/rapport05_ang.pdf) adresinde.

AGCM (2006), *Annual Report 2006*, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato,

<http://www.agcm.it/en/annual-report/1805-annual-report-2006.html> adresinde.

ALBÆK, S., H. P. MØLLGAARD ve P. B. OVERGAARD (1997), “Government-Assisted Oligopoly Coordination? A Concrete Case”, *Journal of Industrial Economics*, Vol: 45, No: 4, s. 429-443.

AMIR, R., J. Y. JIN ve M. TROEGE (2010), “Robust Results on the Sharing of Firm-specific Information: Incentives and Welfare Effects”, *Journal of Mathematical Economics*, Vol: 46, s.855–86.

ASLAN, E. F. (2009), “Rekabet Hukuku Uygulamasında Bilgi Değişimi”, *Rekabet Dergisi*, Cilt 10, Sayı 3, s. 7-66.

AUSTIN, A. D. ve G. J. GRAVELLE (2008), *Does Price Transparency Improve Market Efficiency? Implications of Empirical Evidence in Other Markets for the Health Sector*, ABD Kongresi İçin Hazırlanan Rapor, Order Code RL 34101.

AZCUENAGA, M. L. (1994), *Price Surveys, Benchmarking and Information Exchanges*, American Society of Association Executives, 8th Annual Legal Symposium, Washington, D.C. (November 8, 1994)

Benchmarking and the Antitrust Laws, By Pillsbury Winthrop Shaw Pittman LLP <http://library.findlaw.com/1997/Jul/1/131309.html> adresinde

BHASKAR, V. (1988), “The Kinked Demand Curve: A Game-Theoretic Approach”, *International Journal of Industrial Organization*, Vol: 6, No: 3, s. 373-384.

BISHOP, S. (2002), *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 2nd Edition, Sweet & Maxwell, London.

BORENSTEIN, S (1999), “Rapid Price Communication and Coordination: The Airline Tariff Publishing Case (1994)”, J.E. KWOKA, Jr. ve L. J. WHITE (der.), *The Antitrust Revolution Economics, Competition and Policy* içinde, Third Edition, Oxford University Press, New York, s. 310-326..

CAFFARRA, C. ve K. U. KÜHN (2006), “The Cost of Simplistic Rules for Assessing Information Exchange: The Italian Jet Fuel Decision”, Swedish Competition Authority (der.) *The Pros and Cons of Information Sharing* içinde, Kalmar, İsveç.

CAPOBIANCO, A. (2004), “Information Exchange under EC Competition Law”, *Common Market Law Review*, Vol: 41, No: 5, s. 1247-1276.

CARROTT, M. (1970), “The Supreme Court and American Trade Associations, 1921-1925”, *Business History Review*, Vol. 44, No:3, s. 320-338.

CHRISTIANSSON, I (2008), *Information Exchange on Oligopolistic Markets*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Faculty Of Law, University of Lund.

CLARKE, R. N. (1983a), “Collusion and the Incentives for Information Sharing”, *Bell Journal of Economics*, Vol. 14, No: 2, s. 383-394.

CLARKE, R. N. (1983b), “Duopolist don’t Wish to Share Information”, *Economics Letters*, Vol. 14, s. 33-36.

COOPER, R., D. V. DeJONG, R. FORSYTHE ve T. W. ROSS (1989), “Communication in the Battle of the Sexes Game: Some Experimental Results”, *The RAND Journal of Economics*, Vol: 20, No: 4, s. 568-587.

ÇATALCALI, O. T. (2007), *Kartel Teorisi İhracat Kartelleri ve Kriz Kartelleri*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, Rekabet Kurumu, Ankara.

DOJ/FTC (2010), *Round Table on Information Exchanges between Competitors under Competition Law*, Note by the Delegation of U.S.

- DOYLE, M. P. ve C. M. SNYDER (1999), “Information Sharing and Competition in the Motor Vehicle Industry”, *Journal of Political Economy*, (107), s. 1326-1364.
- EDDY, A. J. (1913), *The New Competition*, A.C. McClurg & Co., Chicago, USA.
- FARREL, J. (1987), “Cheap Talk Co-ordination and Entry”, *RAND Journal of Economics*, Vol: 18, No: 1, s. 34-39.
- FARRELL, J. ve M. RABIN (1996): “Cheap Talk”, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 10, No: 3, s. 103–118.
- FAUL, J. ve A. NIKPAY (2007), *The EC Law of Competition*, Second Edition, Oxford University Press
- FRIED, D. (1984), “Incentives for Information Production and Disclosure in a Duopolistic Environment”, *Quarterly Journal of Economics*, Vol: 99, No: 4, s. 367-381.
- GAL-OR, E. (1985), “Information Sharing in Oligopoly”, *Econometrica*, Vol: 53, No:2, s. 329-343.
- GAL-OR, E. (1986), “Information Transmission - Cournot and Bertrand Equilibria”, *Review of Economic Studies*, Vol: 53, No:1, s. 85-92.
- GANUZA, J. J. ve J. JANSEN (2010), “Too Much Information Sharing? Welfare Effects of Sharing Acquired Cost Information in Oligopoly”, *Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods*, 2010/40, Bonn, Almanya.
- GENESOVE, D. ve W. P. MULLIN (2001), “Rules, Communication and Collusion: Narrative Evidence from the Sugar Institute Case”, *The American Economic Review*, Vol: 91, No: 3, s. 379-398.
- GREEN, E. J. (1980), “Noncooperative Price Taking in Large Dynamic Markets”, *Journal of Economic Theory*, Vol. 22, No: 2, s. 155-182.
- GREEN, E. ve R. PORTER (1984), “Non-cooperative Collusion under Imperfect Price Information”, *Econometrica*, Vol: 52, s. 87-100.
- GILLESPIE, W. (1995), *Cheap Talk, Price Announcements, and Collusive Coordination*, U.S. Department of Justice Antitrust Division, Economic Analysis Group Discussion Paper, EAG 95-3
- HALLIDAY, J. ve P. SEABRIGHT (2001), “Networks Good, Cartels Bad: But How



Could Anyone Tell the Difference?”, Swedish Competition Authority (der.) *Fighting Cartels: Why and How?* içinde, Stockholm, İsveç.

HAY, G. A. (1999), “Facilitating Practices: The Ethyl Case (1984)”, J.E. KWOKA, Jr. ve L. J. WHITE (der.), *The Antitrust Revolution Economics, Competition and Policy* içinde, Third Edition, Oxford University Press, New York, s. 182-201.

HAY, G. A. (2000), “The Meaning of ‘Agreement’ under the Sherman Act: Thoughts from the ‘Facilitating Practices’ Experience”, *Review of Industrial Organization*, Vol: 16, s. 113-129.

HOTELLING, H. (1929), “Stability in Competition”, *Economic Journal*, Vol: 39, s. 41-57.

HVIID, M. (1989), “Risk-Averse Duopolist and Voluntary Information Transmission”, *Journal of Industrial Economics*, Vol: 38, No:2, s. 49-64.

HWANG, H. S. (1995), “Information Acquisition and Relative Efficiency of Competitive, Oligopoly and Monopoly Markets”, *International Economic Review*, Vol: 36, No:2, s. 325-40.

JIN, J. Y. (1997), “Incentives and Welfare Effects of Sharing Firm-Specific Information”, *Social Science Research Center Berlin Discussion Papers*, FS IV, 97-48.

KANDORI, M. (1992), “The Use of Information in Repeated Games with Imperfect Monitoring”, *Review of Economic Studies*, Vol: 59, No:3, s.581-593.

KEKEVİ, H. G. (2003), *Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasında Kolaylaştırıcı Eylemler*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, Rekabet Kurumu, Ankara.

KIRBY, A. J. (1988), “Trade Associations as Information Exchange Mechanisms”, *RAND Journal of Economics*, Vol. 19 , No: 1, s. 138-146.

KOMİSYON, (1996), *Benchmarking the competitiveness of European industry*, COM(96) 463, Bull. 10-1996.

KOMİSYON, (1997), *Benchmarking: implementation of an instrument available to economic actors and public authorities*. COM(97) 153, Bull. 4-1997.

KOMİSYON (2010), *Round Table on Information Exchanges between Competitors under Competition Law*, Note by the Delegation of European Union.

KÜHN, K.U. (2001), “Fighting Collusion by Regulating Communication Between Firms”, *Economic Policy*, Vol. 16, No: 32, s. 1-37

KÜHN, K. U. ve X. VIVES (1995), *Information Exchanges Among Firms and their Impact on Competition*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg.

LESLIE, C. R. (2004), “Trust, Distrust and Antitrust”, *Texas Law Review*, Vol: 82, No: 3, s. 515-680.

LEVENSTEIN, M. C. ve V. Y. SUSLOW (2006a), “What Determines Cartel Success?”, *Journal of Economic Literature*, Vol: 44, No:1, s. 43-95.

LEVENSTEIN, M. C. ve V. Y. SUSLOW (2006b), “Cartel Bargaining and Monitoring: The Role of Information Sharing”, Swedish Competition Authority (der.), *The Pros and Cons of Information Sharing* içinde, Kalmar, İsveç.

LI, L. (1985), “Cournot Oligopoly with Information Sharing”, *RAND Journal of Economics*, Vol: 16, No: 4, s. 521-536.

LIN, C., Y. MA ve F. SONG (2010), *Bank Competition, Credit Information Sharing and Banking Efficiency*, Department of Economics and Finance City University of Hong Kong Hong Kong, China.

LIST, J. A. ve M. K. PRICE (2005), “Conspiracies and Secret Price Discounts in the Marketplace: Evidence from Field Experiments”, *RAND Journal of Economics*, Vol: 36, No: 3, s. 700-717.

McCHESNEY, F. S. (2011), “Legal and Economic Concepts of Collusion: American Antitrust versus European Competition Law”, *Third Annual Research Symposium on Antitrust Economics and Competition Policy* (Tebliğ) [http://www.law.northwestern.edu/searlecenter/papers/McChesney\\_TacitCollusionText.pdf](http://www.law.northwestern.edu/searlecenter/papers/McChesney_TacitCollusionText.pdf) adresinde.

MNCUBE, L. ve R. D. NAIR (2009), “The Role of Information Exchange in Facilitating Collusion – Insights From Selected Cases”, *Third Annual Competition Conference, Competition Commission of South Africa*, (Tebliğ) <http://www.compcom.co.za/assets/Uploads/events/10-year-review/parallel-3a/The-role-of-information-exchange-dasNairMncube140809-2.pdf> adresinde.

MOTTA, M. (2004), *Competition Policy Theory and Practice*, Cambridge University Press, New York, U.S.

MØLLGAARD, H. P. ve P. B. OVERGAARD (2001), “Market Transparency and Competition Policy”, *Rivista di Politica Economica*, 91, s. 11-58.

MØLLGAARD, H. P. ve P. B. OVERGAARD (2007), *Information Exchange, Market Transparency, and Dynamic Oligopoly*, Economics Working Paper 2007-3, University Of Aarhus, Denmark.

NILSSON, A. (2000), “Transparency and Competition”, Yayınlanmamış çalışma, *Stockholm School of Economics*.

NITSCHKE, R. ve N. von HINTON-REED (2004), *Competitive Impacts of Information Exchange*, Charles River Associates, Brüksel, Belçika.

NOVSHEK, W. (1996): “Directions for Research in Information Sharing”, ALBACH, H., J. Y. JIN, ve C. SCHENK (der.) “*Collusion through information sharing?*” *New Trends in Competition Policy* içinde, Berlin, Edition Sigma, 13-26.

NOVSHEK, W. ve H. SONNENSCHNEIN (1982), “Fulfilled Expectations Cournot Duopoly with Information Acquisition and Release”, *Bell Journal of Economics*, Vol: 13, No:1, s. 214-218.

NOVSHEK, W. ve L. THOMAN (1998), “Information Disaggregation and Incentives for Non-collusive Information Sharing”, *Economics Letters*, Vol: 61, No:3, s. 327-32.

OECD (2001), *Policy Round Tables, Price Transparency*, DAF/CLP(2001)22.

OECD (2008), *Policy Round Tables, Facilitating Practices in Oligopolies*, DAF/COMP(2008)24.

OECD (2010), *Policy Round Tables, Information Exchanges Between Competitors under Competition Law*, DAF/COMP(2010)37

ORCD (2012), *Policy Round Tables, Unilateral Disclosure of Information with Anticompetitive Effects*, DAF/COMP(2012)17

PADILLA, A.J. ve M. PAGANO (1996), “Endogenous Communication among Lenders and Entrepreneurial Incentives”, *Review of Financial Studies*, Oxford University Press for Society for Financial Studies, Vol: 10, No:1, s. 205-236.

PADILLA, A.J. ve M. PAGANO (1999), *Sharing Default Information as a Borrower Discipline Device*, CSEF Working Papers 21, Centre for Studies in Economics and Finance (CSEF), University of Naples, Italy.

PARKER, H. (2000), "Interfirm Collaboration and the New Product Development Success", *Industrial Management & Data Systems*, Vol: 100, No: 6, s. 255-260.

PEEPERKORN, L. (1996), *Competition Policy Implications from Game Theory: an Evaluation of the Commission's Policy on Information Exchange*, (Tebliğ) CEPR/European University Institute Workshop on Recent Developments in the Design and Implementation of Competition Policy.

[http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp1996\\_057b\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp1996_057b_en.pdf) adresinde.

PORTER, R. (1983), "A Study of Cartel Stability: The Joint Executive Committee", *Bell Journal of Economics*, Vol: 14, No: 2, s. 301-314.

POSNER, R. (1976). *Antitrust Law: An Economic Perspective*. Chicago: University of Chicago Press.

RAITH, M. (1996), "A General Model of Information Sharing in Oligopoly", *Journal of Economic Theory*, Vol: 71, No:1, s. 260-288.

SAKAI, Y. (1985), "The Value of Information in a Simple Duopoly Model", *Journal of Economic Theory*, Vol: 36, No:1, s. 36-54

SAKAI, Y. (1986), "Cournot and Bertrand Equilibria under Imperfect Information", *Journal of Economics (Zeitschrift für Nationalökonomie)*, Vol: 46, No: 3, s. 213-232.

SAKAI, Y. (1990), "Information Sharing in Oligopoly: Overview and Evaluation. Part I Alternative Models with a Common Risk", *Keio Economic Studies*, Vol: 27, s. 17-41.

SAKAI, Y. (1991), "Information Sharing in Oligopoly: Overview and Evaluation Part II Private Risks and Oligopoly Models", *Keio Economic Studies*, Vol: 28, No:1, s. 51-71.

SAKAI, Y. ve T. YAMATO (1989), "Oligopoly, Information and Welfare", *Journal of Economics (Zeitschrift für Nationalökonomie)*, Vol: 49, No: 1, s. 3-24.

SAKO, M. R. L. ve L. S. HELPER (1994), "Supplier Relations in the UK Car Industry: Good News - Bad News", *European Journal of Purchasing & Supply Management*, Vol: 1, No: 4, s. 237-248.

SCHULTZ, C. (2001), *Transparency and Tacit Collusion*, Institute of Economics, University of Copenhagen.

SCHULTZ, C. (2009), *Collusion in markets with imperfect price information on both sides*, Department of Economics, University of Copenhagen.

SHAPIRO, C. (1986), "Exchange of Cost Information in Oligopoly", *Review of Economic Studies*, Vol: 53, No: 3, s. 433-446.

SISSONEN, H. (2006), *Information Sharing in R&D Collaboration – Context-Dependency and Means of Governance*, Doktora Tezi, Lappeenranta University of Technology, Finlandiya.

STIGLER, J. (1964), "A Theory of Oligopoly", *Journal of Political Economy*, Vol: 72, No:1, s. 44-61.

STROUX, S. (2004), "U.S. and EC Oligopoly Control", *International Law Series Kluwer Law International*, No: 14, Lahey, Hollanda.

STUCKE, M. E. (2005), "Evaluating the Risk of Increased Price Transparency", *Antitrust Spring*, Vol. 19., s. 81-88.

VAN HUYCK, J. B., R. C. BATTALIO ve R. O. BEIL (1990), "Tacit Coordination Games, Strategic Uncertainty, and Coordination Failure", *The American Economic Review*, Vol: 80, No: 1, s. 234-248.

TÄUMEL, N. (2008), *Exchange of Information and Tacit Collusion: Economic Theory and Legal Practice*, Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, College of Europe Economics Department, Bruges.

TIROLE, J. (1989), *The Theory of Industrial Organization*, MIT Press, Cambridge: MA.

TOY, O. Y. (2004), *Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri, Rekabet Kurumu, Ankara.

VERGÉ, T. (2010), "French Case Law on Information Exchanges", (Tebliğ) *UCL/IMEDIPA Conference on Competition Law*, Limasol, Kıbrıs.

VIVES, X. (1984), "Duopoly Information Equilibrium: Cournot and Bertrand", *Journal of Economic Theory*, Vol: 34, No: 1, s. 71-94.

VIVES, X. (1985), "On the Efficiency of Bertrand and Cournot Equilibria with Product Differentiation", *Journal of Economic Theory*, Vol: 38, No: 1, s. 166-175.

VIVES, X. (2002), "Private Information, Strategic Behavior, and Efficiency in Cournot Markets", *The RAND Journal of Economics*, Vol. 33, No. 3, s. 361-376

VIVES, X. (2006), “Information Sharing: Economics and Antitrust”, Swedish Competition Authority (der.), *The Pros and Cons of Information Sharing* içinde, Kalmar, İsveç.

WHISH, R. (2006), “Information Sharing Agreements”, Swedish Competition Authority (der.), *The Pros and Cons of Information Sharing* içinde, Kalmar, İsveç.

### **ABD Alt Derece Mahkemeleri, Temyiz Mahkemeleri ve Yüksek Mahkeme Kararları**

American Column & Lumber Co. v. United States, 257 US 377 (1921).

United States v. American Linseed Oil Co., 262 U.S. 371 (1923).

Maple Flooring Association v. United States 268 U.S. 563 (1925).

Cement Manufacturers Protective Association v. United States, 266 U.S. 588 (1925).

Sugar Institute v. United States, 297 U.S. 553, (1936).

United States v. Container Corporation of America, 393 U.S. 333 (1969).

United States v. General Motors Corp., 1974-2 Trade Cas. (CCH) 75.253 (E.D. Mich. 1974)

United States v. Citizens & Southern National Bank, 422 U.S. 86 (1975)

L.C.L Theatres v. Columbia Pictures Inds., 421 F. Supp. 1090 (N.D. Tex. 1976)

United States v. U.S. Gypsum Co., 438 U.S. 422 (1978).

King & King Enterprises v. Champlin Petroleum Co. 657 F.2d 1147 (10th Cir. 1981)

Zoslaw v. MCA Distribution Corp., 693 F.2d 870 (9th Cir. 1982)

Flav-O-Rich, Inc. V. North Carolina Milk Commission et al, 593 F. Supp. 13, (E.D.N.C. 1983)

Continental Cablevision v. American Electric Power Co, 715 F.2d 1115 (6th Cir. 1983)

Supermarket of Homes v. San Fernando Valley Bd. of Realtors, 786 F.2d 1400 (9th Cir. 1986)

Wilcox v. First Interstate Bank, 815 F.2d 522 (9th Cir. 1987)

In re Beef Industry Antitrust Litigation, 907 F.2d 510 (5th Cir. 1990)

United States v. Petty, 1994-2 Trade Cas. (CCH) 70.797 (C.D. III. 1994)

United States v. Nagel Motors, 1995-2 Trade Cas. (CCH) 71.257 (D. Wyo. 1994)

In re Baby Food Antitrust Litigation, 166 F.3d 112 (3d Cir. 1999)  
Todd v. Exxon Corporation, 275 F.3d 191, (2d Cir. 2001)  
Fears v. Wilhemnia Model Agency, 2004-1 Trade Cas. (CCH) 74351 (S.D.N.Y. 2004)  
In re Citric Acid Litigation, 191 F.3d 1090 (9th Cir. 1999)  
E.I. du Pont de Nemours & Co. v. FTC, 729 F.2d 128, 140-41 (2nd Cir. 1984).  
In re Coordinated Pretrial Proceedings in Petroleum Products Antitrust Litigation, 906 F.2d 432, (9th Cir. 1990)  
United States v. Airline Tarif Publishing Co., 1994-2 Trade Cas. (CCH) 79.687 (D.D.C. 1994)  
In re Flat Glass Antitrust Litigation, 385 F.3d 350 (2004)  
Bell Atlantic Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544, (2007)  
In re Delta/AirTran Baggage Fee Antitrust Litigation, 733 F.Supp.2d 1348 (N.D.Ga.,2010)

#### **FTC Kararları**

In the Matter of Valassis Communications Inc., F.T.C. No: C-4160  
In the Matter of U-Haul International, Inc., F.T.C. No: C-4294  
In the Matter of National Association of Music Merchants, F.T.C. No: C-4255

#### **Avrupa Komisyonu Kararları**

*Re Cimble* OJ [1972] L303/24  
*IFTRA Glass Containers* OJ [1974] L160/1  
*Belgian Industrial Timber* [1976] 1 CMLR DII  
*Vegetable Parchment* O.J. [1978] L70/54  
*Associated Lead Manufacturers* OJ [1979] L21/16,  
*Atka A/S v BP Kemi A/S* OJ [1979] L286/32,  
*Hasselblad* O.J. [1982] L161/18;  
*Re Vimpoltu* OJ [1983] L200/44  
*Benelux Flat Glass* OJ [1984] L212/13  
*Zinc Producer Group* OJ [1984] L220/27  
*Wood Pulp* OJ (1985) L85/1  
*Fatty Acids*, OJ (1987) L3/17  
*European Wastepaper Information Service* O.J. [1987] C339/7

*UK Agricultural Tractor Registration Exchange* O.J. (1992) L68/19.

*Steel Beams* OJ [1994] L116/1

*EUDIM* , OJ 1996 C111/8

*CEPI-Cartonboard* O.J. [1996] C310/3

*Wirtschaftsvereinigung Stahl* OJ [1998] L1/10.

*EATA* OJ [1999] L193/23.

### **GM Kararları**

Case T-34/92 *Fiatagri UK Ltd. and Nev Holland Ford Ltd. v. Commission* [1994] ECR II 905,

Case T-35/92 *John Deere v. Commission* [1994] ECR II 957.

Case T-202/98 vd. *Tate&Lyle v Commission*

### **AD Kararları**

*STM v Maschinenbau Ulm* [1966] ECR 235, [1966] CMLR 357

*Coöperatieve Vereniging ‘Suiker Unie’ UA and others v Commission of the European Communities*, (1975) ECR 1663.

Case C-7/95 *John Deere v. Commission* [1998] ECR I 3111.

Cases C-89/85, C-104/85, C-114/85, C116-117/85, C125-129/85, *A. Ahlström OY and Others v. E.C. Commission*, (1993) 4 C.M.L.R. 407.

Case C-8/08 *T-Mobile Netherlands BV and Others v RAD van bestuur van der Nederlands Mededingingsautoeriteit*

### **AB Üye Ülke Rekabet Otoriteleri Kararları**

AC, 25.11.2005 tarihli ve 05-D-64 sayılı kararı

AGCM, Case I641, *Rifornimenti Aeroportuali*, Decision No: 15604.

NMa Case No: 2658-344, *Mobile Operators*

### **Rekabet Kurulu Kararları**

02-07/57-26, 06-02/45-7 ve 07-62/738-266 sayılı GÜD kararları

04-26/287-65 sayılı ODD Menfi tespit kararı

06-29/354-86 sayılı İç Anadolu Akdeniz ve Ege Çimento karar9

06-29/354-86 sayılı Kurul kararı içinde yer alan TÇMB görüşü

06-29/365-94 sayılı Yonga-Lif Levha II kararı

06-35/441-113 sayılı Yonga-Lif Levha I kararı



06-92/1172-350 sayılı HPO kararı  
07-31/325-120 sayılı WAT kararı  
07-56/672-209 sayılı EBT kararı  
07-62/742-269 sayılı Gazete karar  
07-64/794-291 sayılı Seramik kararı  
07-76/907-345 sayılı PETDER kararı  
09-28/600-141 sayılı Yassı Çelik kararı  
09-30/637-150 sayılı Otomotiv Sektörü ÖTV önaraştırma kararı  
09-41/998-255 sayılı Otomotiv Sektörü önaraştırma kararı  
09-41/998-M ve 10-10/91-M sayılı kararlar (soruşturma açılmasına ilişkin)  
09-57/1393-362 sayılı Beyaz Et kararı  
10-52/1049-388 sayılı Akdeniz Hazır Beton kararı  
11-24/464-139 sayılı Otomotiv Sektörü kararı  
11-48/1215-428 sayılı PETDER II kararı;  
12-35/984-301 sayılı *BOSD* kararı  
12-36/1042-330 sayılı TLPGD kararı

### **Danıştay Kararları**

Danıştay 13. Dairesinin 26.10.2009 tarihli ve E. 2007/5106, K. 2009/9394 sayılı kararı  
Danıştay 13. Dairesinin 08.05.2012 tarihli ve E. 2008/9080, K. 2012/965 sayılı kararı

### **Diğer Kaynaklar**

1968 Notice on Cooperation Agreements, OJ (1968) C75/3.  
Canada Competition Bureau “Competitor Collaboration Guidelines, Draft For Public Consultation”, (May 2009) <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/02987.html>  
Canada Competition Bureau “Competitor Collaboration Guidelines”, (December 2009, <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03177.html>  
Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community (de minimis), OJ C 368, 22.12.2001  
Commission’s Seventh Report on Competition Policy  
Commission’s Fifth Report on Competition Policy

DOJ/FTC Antitrust Guidelines for Colloborations Among Competitors (April 2000)

Draft Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements”, (April 2010)

[http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010\\_horizontal/guidelines\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_horizontal/guidelines_en.pdf)

FTC and DOJ Statements of Antitrust Enforcement Policy in Health Care (August 1996)

“Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements”, OJ (2011) C/11.





Üniversiteler Mahallesi  
1597. Cadde No: 9  
06800 Bilkent/ANKARA  
ISBN 978-605-5479-20-6  
<http://www.rekabet.gov.tr>