

INFORMATION EXCHANGE BETWEEN COMPETITORS AND ITS RESULTS IN TERMS OF COMPETITION LAW: CARTEL

Rakipler Arası Bilgi Değişimi Ve Rekabet Hukuku Açısından Sonuçları : Kartel

1. INTRODUCTION

INCREASE OF TRANSPARENCY IN THE MARKET AS A RESULT OF information exchange may provide some benefits to consumers. For example, consumers can choose the products more effectively as a result of reduced market research costs. However, becoming transparent to the market may also lead to contrary results. For example, increase of transparency can possibly make it easier to reach an agreement about increasing prices or market sharing for undertakings. Such situation would create serious consequences in terms of competition law both in our country and Continental Europe. The most serious problem is whether such a situation constitutes a cartel.

It always has been a difficult task for competition authorities to distinguish between unilateral undertaking behaviors and concerted practices¹. Competition authorities take certain elements into consideration while concluding whether an exchange of information between competitors that renders the market more transparent constitutes a breach of competition law or more specifically a cartel case. These elements can be classified under two main headings, namely, the matters related to the characteristics of information and the matters related to the market on which information is shared.

1. GİRİŞ

TEŞEBBÜSLER ARASINDA BİLGİ DEĞİŞİMİ NETİCESİNDE piyasalarda şeffaflığın artması tüketicilere bir takım faydalar sağlayabilir. Örneğin, arama maliyetlerinin azalması neticesinde tüketiciler ürünleri daha etkin biçimde seçebilirler. Ancak, piyasaların şeffaf hale gelmesi tam tersine sonuçlar da doğurabilir. Örneğin, şeffaflığın artması, teşebbüslerin fiyatların arttırılması veya pazarların paylaşılması konusunda zımni bir anlaşmaya varmalarını daha kolay hale getirebilecektir. Böyle bir durum gerek ülkemizde gerekse Kıta Avrupası ülkelerinde rekabet hukuku açısından ciddi sonuçlar doğurabilecektir. Bunlardan en önemlisi bu tür bir durumun kartel oluşturup oluşturmayacağı sorunudur.

Kartel niteliği taşımayan tek taraflı teşebbüs davranışları ile rekabet ihlali olarak görülen uyumlu davranışlar arasında ayırım yapmak rekabet otoriteleri için her zaman zor bir görev olmuştur.¹ Rekabet otoriteleri piyasaları şeffaf hale getiren teşebbüsler arası bilgi değişimlerinin bir kartelin unsuru veya tek başına ihlal olup olmadığını değerlendirirken bir takım faktörleri göz önünde bulundurmaktadırlar. Bu unsurları paylaşılan bilgiye ilişkin hususlar ve bilginin paylaşıldığı pazara ilişkin hususlar olmak üzere iki ana başlık altında toplayabiliriz. Bu bağlamda makalemizin ilk



In the first part of our article, the elements related to characteristics of the information that competition authority examines while deciding upon a complaint of anticompetitive exchange of information is discussed. In the second part, market elements and Turkish Competition Authorities' approach are examined. Finally, the related international jurisprudence is analyzed in the third part.

2. ISSUES RELATED TO INFORMATION

In all countries regulating market competition, open cartel is prohibited. However collusion arising from oligopolistic interdependence is not considered as a violation of competition law. Undertaking behaviours towards reducing uncertainties and coordinating their actions is permitted between this two extremely opposite situation. Unilateral declarations of undertakings about their past and future strategies, inter-undertaking exchange of information and more formalized industry wide information sharing systems can be regarded among permitted behaviours.

Information exchange between competitor enterprises can take place in very different ways. First, it is possible to transfer the information by contacting each other directly. Competitors could provide information exchange among themselves by forming unions or associations. Such asso-

bölümü rekabet kurumlarının bilgi değişiminden kaynaklı bir rekabet ihlali müracaatı olması halinde bilgiye ilişkin unsurlar kapsamında hangi hususları incelediği tartışılacak, ikinci bölümde ise bu bilgi değişiminin yapıldığı pazar irdelenecek ve Rekabet Kurumu otoritelerinin hangi unsurları dikkate aldığı belirtilecektir. Makalemizin üçüncü bölümünde konu ile ilgili uluslar arası içtihatlar incelenmiş, son bölümde ise açıklanmaya çalışılmıştır.

2. BİLGİYE İLİŞKİN HUSUSLAR

Rekabet Hukuku sistemine sahip olan ülkelerin tamamında açık karteller yasaklanmış bulunmaktadır. Tam tersine, oligopolistik bağımlılık neticesinde oluşan birliktelikler bir rekabet ihlali olarak görülmemektedir. Bu iki uç zıt durum arasında ise, teşebbüsler pazarlardaki belirsizlikleri ortadan kaldırmaya ve eylemlerini daha koordineli hale getirmeye yönelik bir takım davranışlarda bulunabilmektedirler. Bu davranışlar arasında teşebbüslerin tek taraflı olarak geçmiş ve gelecek dönemlere ilişkin stratejilerini açıklamaları, teşebbüsler arasında bilgi değişimleri veya daha sistemli bir şekilde endüstri seviyesinde bilgi paylaşımları sistemleri kurmaları sayılabilir.

ciations of undertakings in a sector can be regarded legitimate, as contributors to effective operation of the sector . Yet in some instances informations and market data compiled by independent research and consulting firms are sold to players in the market.

Structural caresteristics of the market involved is also relevant to whether an information exchange pose a problem in terms of competition law. Specific caresteristics of a market may facilitate formation or preservation of coordination among undertakings. In such markets, the consequences of information exchange would be more serious in terms of competition comparing to the other markets. Having said that, information exchange makes the coordination easier through increasing transparency, reducing complexity, compensating asymmetries and stabilizing the market even for markets whose carasteristics are not so convenient for cooperation in advance.

Therefore, it is important to consider the market characteristics prior to the information exchange and the way the information exchange altered these characteristics while evaluating restrictive effects of the exchange of information.

In addition, it is necessary to assess further factors such as purpose of the information exchange system, conditions of access and participation to the system. In that vein, it is necessary to examine the frequency of information exchange, the type of the data collected (public or secret, cumulative or detailed, historical or current) and the importance of information in regard to price, amount and the terms of service. Therefore, the Competition Authorities take various elements into consideration on examining the information in question..

2.1.1. Ways of Information Exchange

Information exchange between enterprises may occur in several ways. Information may be changed directly between competitors or indirectly by professional organizations such as associations of enterprises, market research organizations and third parties like suppliers or through distribution network of the enterprises. Meanwhile, there is not a difference between the formation of breach about any attempt to declare the competition-sensitive information unilaterally to the competitors who accept the such information clearly and indirectly and about the declaration of this information between competitors mutually. In both cases breach of competition occurs. Indeed, for the existence of a concerted action, it is emphasized in the Guide that the information exchange is not vital for that existence. A single enterprise phone, electronic mail that explains strategic information to competitors through

Birbirlerine rakip olan teşebbüsler arasındaki bilgi değişimleri çok farklı bir şekilde gerçekleşebilir. Öncelikli olarak, rakiplerin birbirleri ile iletişime geçerek bilgileri birbirlerine doğrudan aktarmaları mümkündür. Rakipler, kendi aralarında oda veya teşebbüs birlikleri gibi birlikler kurarak kendi aralarında bilgi değişimini temin edebilirler. Bu tür birlikler temsilcisi oldukları sektörlerdeki teşebbüslerin etkinliklerini artırmak şeklinde ifade edilebilecek yasal bir görünüm de arz edebilir. Kimi durumlarda ise pazara ilişkin bilgiler bağımsız araştırma ve danışmanlık firmaları tarafından derlenen verileri pazardaki oyunculara satabilmektedir.

Yukarıda ifade edilen tarzda rakipler arasındaki bilgi değişiminin rekabet hukuku açısından sorun olup olmadığı bilgi değişiminin yapıldığı pazarla da ilgili olabilmektedir. Bazı pazarlar özellikleri itibarıyla, teşebbüsler arası koordinasyonun sağlanmasını ya da mevcut bir koordinasyonun sürdürülmesini kolaylaştırabilir. Bu tür pazarlarda bilgi değişimi, bu özelliklerin bulunmadığı pazarlara kıyasla rekabeti kısıtlayıcı etkilerin daha fazla olmasına neden olur. Bununla birlikte bilgi değişimi, pazarda şeffaflığı artırma, pazarın karmaşıklığını ve teşebbüsler arası farklılıkları (asimetri) azaltma ve pazarı istikrarlı hale getirme gibi etkilerle değişim öncesi işbirliğinin zor olduğu pazarlarda dahi koordinasyonu mümkün kılabilir. Bu nedenle, bilgi değişiminin rekabeti kısıtlayıcı etkilerini değerlendirirken, bilgi değişimi öncesindeki pazar özellikleri ile bilgi değişiminin bu özellikleri nasıl değiştirdiğini dikkate almak önemlidir. Buna ek olarak, bilgi değişimi sisteminin amacı, sisteme erişim ve katılım koşulları gibi unsurların değerlendirilmesi gereklidir. Ayrıca, bilgi değişiminin sıklığının, değiştirilen bilgi türünün (kamuya açık veya gizli, toplu veya detaylı, geçmiş veya güncel bilgi) ve bilginin fiyat, miktar ya da hizmet koşullarının tespiti bakımından öneminin incelenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla bilgiye ilişkin hususlar bakımından Rekabet Kurumu otoriteleri bilgi konteksinde değişik unsurlara bakmaktadır.

2.1.1. Bilgi Değişim Şekilleri

Teşebbüsler arasında bilgi değişimi birçok şekilde gerçekleşebilir. Bilgi, rakipler arasında doğrudan veya meslek kuruluşları gibi teşebbüs birlikleri, pazar araştırma kuruluşları ve benzeri üçüncü taraflar veya teşebbüslerin tedarikçi ya da dağıtım ağı yoluyla dolaylı olarak paylaşılabilir. Bu arada, herhangi bir teşebbüsün rekabete duyarlı bilgilerini, bunları açıkça veya zımnen kabul eden rakiplerine tek taraflı olarak açıklaması ile bu tür bilgileri teşebbüslerin karşılıklı olarak birbirlerine açıklamaları arasında ihlalin oluşması bakımından bir fark bulunmamaktadır. Her iki durumda da rekabet ihlali oluşmaktadır. Nitekim, bir uyumlu eylemin varlığı için, karşılıklı bir bilgi değişiminin gerçekleşmesinin şart olmadığı hususuna Kılavuz'da da vurgu yapılmıştır. Tek bir teşebbüsün telefon, elektronik

meetings and the situation the competitors accept that information is sufficient for the existence of concerted action. Moreover, a clear agreement to determine such prices are not necessarily obvious. Indeed, one enterprises's explaining strategic information to their competitors about future trade policy is even increase the risk of restriction of competition and the risk of occurrence of concerted actions by reducing the strategic uncertainty related to the future functioning of the market.

On the other hand, for the firms the strategic data of the competitors reached, if it is not reported in a clear way to their competitors that they object to the reach of the information, the firms will be deemed to have been accepted that information and will be deemed to have been adapted the market behaviours accordingly.

In this context, another point that should be emphasized, the enterprises' coming together is unnecessary to consider the information exchange as violation. For example, at the indirect method of information exchange "hub -and-spoke" method, exchange of sensitive information is maintained by a third enterprise. To put it more clearly, the risk of creating competitive concerns of information exchange between the provider and the receiver is very low. However, it may crate violation of competiton in case all recipients of the competition transfer the sensitive information to its providers and the providers lead distribute to other competing buyers.² In this example, the situation that the opponent buyers have never met ecah other does not eliminate the violation. It is important that , the competitors will know that ,in case they provide their price information, the similar price information of their opponents will reach them by their providers by them same way. Indeed, the United Kingdom's Competition Law Appeals Tribunal (CAT) approach about that topic in the decision in relation to this issue is " opponent retailers sit around a table and know that the future information will be implemented next week will reach them through their providers"

Another important decision for the consideration of violation without the existence of communication between enterprises is the decision of the ABAD's T-Mobile Netherlands. In 2001, at a meeting held between representatives of the five GSM operators in the Netherlands,it is discussed to go on reduction of the commission paid to dealers for prepaid subscriptions from September 2001. Likewise, some other secret information of the parties has become a hot topic at the meeting. There are only five enterprises in the market that show high activity and there are structural barriers to entry. The Netherlands Competition Authority (Nederlandse Mededingingsautoeriteit, NMa) as a result of an investigation opened on the subject agreement and gave the parties pecuniary punishment on the grounds

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.

Bu bağlamda önemle vurgulanması gereken bir diğer husus, bilgi değişiminin ihlal olarak değerlendirilebilmesi için bilgi değişimi yaptığı iddia edilen rakip teşebbüslerin bir araya gelmelerine gerek bulunmamasıdır. Örneğin, dolaylı bilgi değişimi yöntemi olan "hub-and-spoke" yönteminde rekabete hassas bilgilerin değişimi üçüncü bir teşebbüs tarafından yapılmaktadır. Daha açık ifade etmek gerekirse, bir sağlayıcı ile alıcı arasındaki bilgi değişiminin tek başına rekabetçi kaygı yaratma riski oldukça düşüktür. Ancak, tüm alıcıların rekabete hassas bilgileri sağlayıcılarına aktarmaları ve bu bilgileri de sağlayıcıların diğer rakip alıcılara dağıtması rekabet ihlali doğurabilecektir.² Bu örnekte, rakip alıcıların birbirleriyle hiç görüşmemiş olmaları ihlali ortadan kaldırmaz. Önemli olan, alıcıların sağlayıcılarına fiyat bilgilerini vermeleri halinde rakiplerinden de benzer bilgilerin yine sağlayıcıları vasıtasıyla geleceğini biliyor olmalarıdır. Nitekim, Birleşik Krallık Rekabet Hukuku Temyiz Mahkemesi'nin (CAT) bu konuya ilişkin olarak kararında ortaya koyduğu yaklaşım "Rakip perakendecilerin bir masanın etrafına oturup haftaya uygulayacakları bilgilerin yine sağlayıcıları vasıtasıyla geleceğini biliyor olmalarıdır.

Bilgi değişiminin ihlal olarak değerlendirilebilmesi için ihlal içerisinde yer alan teşebbüsler arasında iletişimin varlığının gerekli olmadığına ilişkin bir başka önemli karar da ABAD'ın T-Mobile Netherlands kararıdır. 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. 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



that they are in concerted action. Then the local court has approved the decision of NMa, and the topic has held before the Commerce and Industry Supreme Administrative Court (TSY I) by the demand of appeal. TSY I requested preliminary ruling from ABAD to become a basis for its final decision. ABAD examined the application, TSYI particularly has explored "one meeting" issue that ABAD pointed out. One single meeting that is held between the opponents and purposing a clear information exchange creates sufficient basis to adapt the market behaviours accordingly. Therefore, the number of the meetings is not important. The important point about that is, whether that information will give opportunity to opponents to change their market behaviours in a manner that they could avoid the risks of competition in a practical cooperation. In case that is proved that the information exchange provides that opportunity to the parties, in the concrete event that point is so clear, that will constitute a presumption about the existence of casual link between the concerted action and the market behaviours of the parties. Proving the opposite is the parties' obligation.

vermiş, 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 ABAD'dan ön karar talep etmiştir. Başvuruyu inceleyen ABAD, TSYİM'nin özellikle dikkat çektiği "tek bir toplantı" mevzusunu irdelemiştir. 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.



2.1.2. Competition-Sensitive (Strategic) Information

Staying in the scope of the Law on the Protection of Competition is more possible for the strategic data exchange between the opponents that reduces the ambiguity of the market, when it is compared to the other kinds of information exchange. Sharing of strategic data can have side effects that limit competition by reducing the competitive instincts of the parties. The information related to the price, quantity, customers, costs, the turnover, sales, purchases, capacity, product qualifications, marketing plans, risks, investment, technologies R & D programs and similar information are deemed to be competition-sensitive. In general, information related price and quantity are the informations which'sstrategic quality is highest.

2.1.3. Coverage of Market Share

While assessing the restrictive effects on the competition of information exchange, the degree of covering the relevant markets of the enterprises that render the information exchange is considered. In fact, the opponents who are not the party of that information exchange can limit the behaviours distorting the competition of enterprises that render information exchange. For example, the enterprises who are not the party of an information exchange in a purchase (sale) market, may quote a price that is above or

2.1.2. Rekabete Duyarlı-Hassas (Stratejik) Bilgi

Pazardaki belirsizliği azaltan stratejik verilerin rakipler arasında değişiminin rekabetin Korunmasına İlişkin Kanun'un 4. maddesi kapsamına girmesi, başka türlü bilgilerin değişimine kıyasla daha muhtemeldir. Stratejik verilerin paylaşılması, tarafların rekabetçi güdülerinin azaltılması suretiyle rekabeti kısıtlayıcı etkiler doğurabilir. Fiyata, miktara, müşterilere, maliyetlere, cirolara, satışlara, alımlara, kapasiteye, ürün niteliklerine, pazarlama planlarına, risklere, yatırımlara, teknolojilere, Ar-Ge programlarına ilişkin ve benzeri bilgilerin rekabete duyarlı olduğu kabul edilir. Genel olarak, fiyat ve miktara ilişkin bilgiler, stratejik niteliği en yüksek bilgilerdir.

2.1.3. Pazarı Kapsayıcılık

Bilgi değişiminin rekabeti kısıtlayıcı etkileri değerlendirilirken, bilgi değişiminde bulunan teşebbüslerin, ilgili pazarı kapsama derecesi dikkate alınır. Zira bilgi değişiminin tarafı olmayan rakipler, bilgi değişiminde bulunan teşebbüslerin rekabeti bozucu davranışlarını sınırlandırabilir. Örneğin, bir alım (satım) pazarında gerçekleştirilen bilgi değişiminin tarafı olmayan teşebbüsler, açıklanan fiyatların üstünde (altında) fiyatlandırma yaparak, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmanın sürdürülebilirliğini tehdit edebilir. Bilgi değişiminde bulunan teşebbüslerin pazarın ne kadarlık bir

below the declared prices nad may threaten the maintainability of the agreement that restricts the competition.

A certain threshold is not incuded neither in EU nor in Turkey Guide to determine that a breach of competition occurs that the enterprises cover a certain ratio on the market. Because the quantity of the market that the information exchange covers is as important as the other features of the information that is exchanged.

2.1.4. Aggregated or Individual Undertaking-Based Data

The probability of causing the effect to restrict the competition for the information aggregated to harden the identifying the information of one enterprise is less than the exchange of enterprise based data. That will lighten the economical situation and be beneficial fort he customers or suppliers in case the information such as related to the sales, capacity data, input or component costs gathered and published in an aggregated manner by a professional association or market research company. Collection and publication of data in this way, may give opportunity to the enterprises in the market to make choices based on knowledge and to adapt their strategies to the market conditions in an effective way. In general, if a concentrated oligopoly is not concerned, the exchange of aggregated data is unlikely to lead to restrictive effect on competition. The exchange of enterprise based data may easify to reach a common understanding of the market fort he enterprises. On the other hand, this exchange may enable the enterprises to develop the strategies to target and punish the ones who deviate from the agreement . It is not possible to determine a threshold in which level the information is aggregated and in which level that will not cause a breach of competition. Even in cases where the information of a large number of enterprises is believed to be aggregated, it may be possible to reach the individual information of the enterprises. (eg, press releases through the use)³. For example, in the UK Agricultural Tractor decision, it is stated that such risk may be possible in case of usage of ten or less enterprise based data under each group.

On the other hand, it should not be ignored that, at some markets the aggregated data may lead effects breaching the competition. For example, in case concentrated and stable exchange of aggregated data between enterprisess in an oligopoly indicates that the prices in the market occurs below a certain level, enterprises can conclude that stem from the deal of the Contracting Party and may lead to a retaliatory way. In other words, it is not necessary fort he enterprises to know “who” deviates from the agreement tosustain the agreement for breaching the competition. It is sufficient in case they know someone deviate from the aggrement.

bölümünü kapsadıklarında rekabet ihlalinin ortaya çıkabileceğine ilişkin kesin bir eşik (güvenli liman) ne AB ne de Türkiye kılavuzunda yer almamıştır.³ Zira, bilgi değişiminin kapsadığı pazarın büyüklüğü kadar değişimi yapılan bilginin diğer nitelikleri de önemlidir.

2.1.4. Toplulaştırılmış / Teşebbüs Bazında Veri

Herhangi bir teşebbüsün bireysel verilerinin tespitini yeterince güçleştirecek şekilde toplulaştırılmış verilerin değişiminin rekabeti kısıtlayıcı etkilere neden olma olasılığı, teşebbüs bazındaki verilerin değişimine kıyasla çok daha düşüktür. Satış, kapasite verileri ya da girdi ve bileşen maliyetleri gibi verilerin bir meslek birliği ya da pazar araştırma şirketi tarafından toplanması ve toplulaştırılmış halde yayınlanması, sektörün ekonomik durumuna ışık tutacağından, tedarikçilerin ve müşterilerin yararına olabilir. Verilerin bu şekilde toplanması ve yayınlanması, pazardaki teşebbüslerin bilgiye dayalı tercihler yaparak, stratejilerini pazar koşullarına etkin bir şekilde uyarlamalarını sağlar. Genel olarak, yoğunlaşmış bir oligopol söz konusu değilse, toplulaştırılmış verilerin değişiminin rekabeti kısıtlayıcı etkilere yol açma olasılığı düşüktür. Teşebbüs bazındaki verilerin değişimi ise bir yandan teşebbüslerin, pazar konusunda ortak bir anlayışa varmalarını kolaylaştırırken öte yandan tarafların anlaşmadan sapan ya da pazara yeni giren teşebbüsleri hedef almalarını sağlayarak uygun cezalandırma stratejileri geliştirmelerini mümkün kılabilir. Bilgi değişiminin hangi düzeyde toplulaştırıldığı takdirde ihlal olma riskinin ortadan kalkacağına ilişkin bir eşik sayı vermek mümkün değildir. Bilgileri toplulaştırılan her bir grup altında çok sayıda teşebbüs olduğu düşünüldüğü durumlarda dahi, teşebbüslerin bireysel bilgilerine ulaşmak (örneğin, basın açıklamaları da kullanılmak suretiyle) mümkün olabilir.⁴ Örneğin, UK Agricultural Tractor Exchange kararında, her bir grup altında on veya daha az teşebbüs verisi kullanılması halinde bu tür bir riskin söz konusu olabileceği ifade edilmiştir.

Öte yandan, bazı pazarlarda toplulaştırılmış verilerin değişiminin de rekabeti bozucu etkiler doğurabileceği hususu göz ardı edilmemelidir. Örneğin, yoğunlaşmış ve istikrarlı bir oligopoldeki teşebbüsler arasında toplulaştırılmış verilerin değişimi, pazardaki fiyatların belirli bir seviyenin altında oluştuğunu gösteriyorsa, teşebbüsler anlaşma taraflarından birinin anlaşmadan saptığı sonucuna varabilir ve misilleme yoluna gidebilirler. Başka bir deyişle, rekabeti bozucu anlaşmanın istikrarlı biçimde sürdürülebilmesi için, teşebbüslerin kimin anlaşmadan saptığını bilmeleri gerekmekte; “birinin” anlaşmadan saptığını bilmeleri yeterli olmaktadır.

2.1.5. Updateness of Data

Old-dated data exchange causes a lower possibility to restrict the competition than the current and future exchange of data. Indeed, the exchange of old-dated data may lead to a lower possibility to indicate the future behavior of competitors or to create a common understanding for the market. On the other hand, the possibility of the detection of deviations from the agreement and the possibility of retaliation will be lower if the data is not current. Data's being not current depends on the features of the market and frequency of the meetings to determine a price. For example, the data that belongs to a much earlier date than the average length of contracts in the market are considered past-dated. There is a clear threshold to determine that data should be how old enough to carry a risk of disrupting the competition. This threshold depends on the features of the data such as the nature of the data, aggregation, the frequency of information exchange and stability and transparency of the relevant market. However, the Commission's Manual it is mentioned that, it is stated in the Commission decisions that more than one year old data will be deemed as old-dated data and the data less than one year old will be deemed as current data. For example, the Commission rejected the allegations of the parties that the data is old-dated data and stated that one year should pass for the data to be counted as old-dated data in *Wirtschaftsvereinigung Stahl* and the *UK Agricultural Tractor* decisions. Similarly, the Turkish Competition Authority, stated in its opinion given for the system restructuring the Petroleum Market Pricing draft regulations that, fuel wholesale prices and distribution rates are not allowed to be published on the grounds that there is no consumer benefit, but stated that there was no drawback to proclaim the date with a year delay.

2.1.6. The Frequency of the Information Exchange

Information exchanges made at frequent intervals, facilitate the enterprises to monitor the deviations from market to reach a common understanding and agreement and increases the risk of collaborative results. To engender collaborative result in an unstable market, information exchange should be done more frequently compared to stable market. Markets involving the Long-term contracts (the less frequent price negotiations) it will be sufficient to gather collaborative results if the information exchange is made rarely. Even as the Commission stated in its decision related to *T-Mobile Netherlands* that, a one-time exchange of information will be regarded as violation. Whether the exchange of information will cause a collaborative result will depend on the factors such as the quality, the timeliness and the aggregation of the data.

2.1.5. Verinin Güncelliği

Geçmiş tarihli verilerin değişiminin rekabeti kısıtlama olasılığı, güncel ve geleceğe yönelik verilerin değişimine kıyasla daha düşüktür. Zira geçmiş tarihli verilerin değişiminin, rakiplerin gelecekteki davranışlarının göstergesi olma ya da pazarla ilgili ortak bir anlayışa yol açma ihtimali düşüktür. Öte yandan, veriler ne kadar eskiyse, anlaşmadan sapmaların tespiti ve misilleme yapılması imkânı da o kadar az olacaktır. Verinin geçmiş tarihli olup olmaması, ilgili pazarın özelliklerine ve özellikle de pazardaki fiyat görüşmelerinin sıklığına bağlıdır. Örneğin, pazardaki sözleşmelerin ortalama uzunluğundan çok daha önceki bir tarihe ait olan veriler, geçmiş tarihli olarak kabul edilir. Verinin rekabeti bozma riski taşımaması için ne kadar eski olması gerektiğine dair belirlenmiş bir eşik yoktur. Bu eşik, verinin niteliğine, toplulaştırılmış olup olmamasına, bilgi değişiminin sıklığına ve ilgili pazarın istikrarı ve şeffaflığı gibi özelliklere bağlıdır. Ancak, Komisyon Kılavuzunda, Komisyon kararlarında bir yıldan daha eski döneme ait olan bilgilerin geçmişe ait sayılacağını, bir yıldan daha yeni bilgilerin ise güncel sayılacağını belirttiği ifade edilmektedir. Örneğin, Komisyon, *Wirtschaftsvereinigung Stahl* ve *UK Agricultural Tractor Exchange* kararlarında açıkça tarafların değişimi yapılan bilgilerin geçmişe ait olduğu yönündeki iddialarını reddetmiş ve ilgili sektörlerdeki verilerin geçmişe ilişkin sayılabilmeleri için üzerinden bir yıl geçmiş olması gerektiğini ifade etmiştir. Benzer şekilde, Türk Rekabet Kurumu, Petrol Piyasasında Uygulanacak Petrol Piyasası Fiyatlandırma Sistemi'nin yeniden yapılandırılmasına ilişkin düzenleme taslağı hakkındaki görüşünde, akaryakıt toptan fiyatının ve dağıtım fiyatının kamuya duyurulmasında herhangi bir tüketici yararı bulunmadığı gerekçesi ile bunların güncel olarak yayınlanmasına izin verilmemiş, ancak bir yıllık gecikmelerle ilan edilmelerinde bir sakınca olmadığı ifade edilmiştir.

2.1.6. Bilgi Değişiminin Sıklığı

Sık aralıklarla yapılan bilgi değişimleri, teşebbüslerin pazarda ortak bir anlayışa ulaşmasını ve anlaşmadan sapmaların izlenmesini kolaylaştırarak, işbirlikçi sonuç riskini artırır. İstikrarsız pazarlarda işbirlikçi sonuç doğurmak için, istikrarlı pazarlara kıyasla daha sık aralıklarla bilgi değişimi yapılması gerekir. Uzun dönemli sözleşmelerin (yani daha seyrek fiyat görüşmelerinin) olduğu pazarlarda bilgi değişimi, seyrek olarak yapılsa dahi işbirlikçi sonuç için yeterli olabilecektir. Hatta Komisyon'un *T-Mobile Netherlands* kararında ifade ettiği üzere, bir kerelik bilgi değişimleri dahi ihlal olarak değerlendirilebilir. Bilgi değişiminin hangi sıklıkla yapıldığında işbirlikçi sonuca sebebiyet vereceği, verinin niteliği, güncelliği ve toplulaştırılmış olup olmaması gibi unsurlara bağlıdır.



2.1.7. Openess of Data to Public

Change of real public information is not generally expected to cause violation within the scope of Article 4 of Law No. 4054. Real- public information is the informnation that are equally accesible for all of the competitors and customers considering the costs to access the information. To consider the information as a public information, the Access costs of customers or enterprises who are not the part of the information should not be more than the customers or enterprises who are the aprty of the information. Therefore, under normal circumstanes, the competitors would prefer not to change the data that can be easily collected from the market, and exchange of rela public information in practice is occasional. On the other hand, in case the cost to collect that data deters customers and enterprises to collect that data, in that situation the data is not considered as public information in real terms. In case there is a opportunity to collect the data from the market such as from the customers, this situation does not mean that data is easily accesible market data fort he opponent enterprises. Even if the data available to the public (eg, information published by the regulatory authorities) , if this information exchange between competitors also reduces the uncertainty in the market, collaborative results may occur.

2.1.7. Bilgilerin Kamuya Açık Olup Olmaması

Gerçek anlamda kamuya açık bilgilerin değişiminin genellikle 4054 sayılı Kanun'un 4. madde kapsamında ihlal teşkil etmesi beklenmez. Gerçek anlamda kamuya açık bilgiler, bilgiye erişim maliyetleri bakımından bütün rakipler ve müşterilerce aynı derecede erişilebilir olan bilgilerdir. Bilginin gerçek anlamda kamuya açık olması için, bilgi değişiminin tarafı olmayan müşterilerin ve teşebbüslerin bilgiye erişim maliyeti, taraf olan teşebbüslerinkinden daha fazla olmamalıdır. Dolayısıyla, normal koşullar altında rakipler, pazardan kolaylıkla toplayabilecekleri verileri değiştirmeyi tercih etmeyeceğinden, gerçek anlamda kamuya açık bilgilerin değişimine pratikte pek rastlanmaz. Öte yandan, rakipler arasında paylaşılan verilerin toplanma maliyeti, diğer teşebbüsleri ve müşterileri bu verileri toplamaktan caydırıyorsa, veriler gerçek anlamda kamuya açık bilgi olarak kabul edilmez. Bir bilgiyi pazardan, örneğin müşterilerden toplama imkânının bulunması, bu bilginin rakipler için kolay erişilebilir bir pazar verisi olduğu anlamına gelmez. Veriler kamuya açık olsa dahi (örneğin düzenleyici kurumların yayınladığı bilgiler), bu bilgilerin rakipler arasında ayrıca değişimi pazardaki belirsizliği azaltıyorsa, işbirlikçi sonuç ortaya çıkabilir.



2.1.8. Openess of Information Exchange to Public

Rendering the information exchange in a real public way, if the colaborative effects of the information exchange may be limited by the enterprises, the potential opponents and the customers, may reduce the possibility to violate the competition on the market. However, as also stated in the Manual, rendering the information exchange in a public way will not mean that completely eliminates the possibility of collaborative results in the market. To be more clear, if any action constitutes a breach of competition, performing this action publicly does not eliminate the violation. Indeed, Fear Treading Comission (FTC) stated in a recent decision that, in case the the companies unilaterally share sensitive information with competitors in the public platforms, this action will be regarded as violation even if the competitors do not respond to that action. These decisions and resolutions of 2006 U-Haul⁴ Valassis⁵ dated 2010. In both files the information exchanges are conducted at public income teleconference (earning calls) that are widely used to inform the investors by public companies. These teleconferences can be followed via telephone and internet by anyone. According to FTC, CEOs of the companies have announced plans to increase prices if they make sure their competitors listen to themselves during a conference call . FTC interpreted this action as the invitation to collude)

2.1.8. Bilgi Değişiminin Kamuya Açık Olup Olmaması

Bilgi değişiminin gerçek anlamda kamuya açık bir şekilde yapılması, bilgi değişiminin işbirlikçi etkilerinin diğer teşebbüsler, potansiyel rakipler ve müşteriler tarafından sınırlanabildiği ölçüde, pazardaki rekabetin bozulması olasılığını azaltabilir. Ancak, yine Kılavuzda ifade edildiği üzere, bilgi değişiminin gerçek anlamda kamuya açık bir şekilde gerçekleşmesi, pazardaki işbirlikçi sonuç olasılığının tamamen ortadan kalktığı anlamına gelmeyecektir. Daha açık ifade etmek gerekirse, herhangi bir eylem rekabet ihlali oluşturuyor ise, bu eylemi aleni biçimde gerçekleştirmek ihlali ortadan kaldırmaz. Nitekim, Fear Treading Comission'ın (FTC) yakın tarihli kararlarında, firmaların kamuya açık platformlarda tek taraflı olarak rekabete hassas bilgileri rakipleriyle paylaşmalarının, rakipleri buna karşılık vermese dahi ihlal olarak değerlendirilebileceğini belirtmiştir. Bu kararlar 2006 tarihli Valassis⁵ ve 2010 tarihli U-Haul⁶ kararlarıdır. 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 sıra-

and has opened an investigation on the grounds of violation of Article 5 of the FTC Act. Despite the lack of a proven agreement there, FTC interprets that action without any legitimate business justification as an attempt to agree with the competitors by declaring the price strategies in the middle of that meeting knowing that the competitors will hear.

Companies requested to make a commitment to resolve the accusations without opening a law suit before the Court. On the final decisions rendered by FTC related to both cases, the mentioned companies were prohibited from unilaterally exchanging any confidential or public information indicating their intent to restrict competition for their competitors, for a period of 5 years for Valassis and 20 years for U- Haul.

In another law suit claiming Delta and AirTran has breached Articles 1 and 2 of the Sherman Act⁶, the plaintiffs claimed that AirTrain offered their rival Delta an agreement with respect to reducing the capacity and increasing baggage handling fees during their income teleconference and Delta implicitly accepted this offer with their statements during their own income teleconference. The Court has ruled that the claims of the plaintiffs are based on sufficiently explicit reasons.

2.2. Types of Information Exchange Between Competitors

There are many different ways to exchange information between competing enterprises. Firstly, it is possible for competitors to directly transfer the information to one another by contacting each other. In addition, “vertical information exchange” is also possible between the competing enterprises. For example, “most favored customer provisions” or “British contingent provisions” in the vertical agreements make markets more transparent and may facilitate enterprises to detect any deviation of other enterprises from the reached agreement.

Associations like unions and chambers formed by the competing enterprises are appropriate environment for information exchange to occur. These associations shall not violate competition laws while performing their legal and fair duties which can be described as increasing activities of the enterprises in the respective sectors they are representing. For example, if possible, they should be able to make the information they collect from members accessible to competing enterprises that are not its members, providing information should not be mandatory, it should be based on volunteering and associations should not become platforms that competing enterprises discuss their commercial strategies.

sında, 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 bulunmasına karşın, FTC'ye göre ortada hiçbir haklı ticari gerekçe olmaksızın, rakiplerin öğreneceklerini bilerek böyle bir toplantıda fiyat stratejilerinin açıklanması, şirketler tarafından rakiplerle anlaşmayı kolaylaştırmak için gösterilen bir çabadır.

Şirketler suçlamaların Mahkeme'ye taşınmaksızın çözülme 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.

Delta ve AirTran'ın Sherman Yasası'nın 1. ve 2. maddelerini ihlal ettikleri iddiasıyla açılan başka bir davada⁷, 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 hükmetmiştir.

2.2. Rakipler Arası Bilgi Değişimi Tipleri

Birbirine rakip olan teşebbüsler arasındaki bilgi değişimi çok farklı şekillerde gerçekleştirilebilir. Öncelikli olarak, rakiplerin birbirleri ile iletişime geçerek bilgileri birbirlerine doğrudan aktarmaları mümkündür. Bunun yanı sıra, rakip teşebbüsler arasında “dikey bilgi değişimi” de söz konusu olabilmektedir. Örneğin, dikey anlaşmalarda yer alan “en çok kayrılan müşteri hükümleri” ya da “İngiliz şartı hükümleri” pazarları daha şeffaf hale getirir ve herhangi bir teşebbüsün varılan mutabakattan yapmış olduğu sapmaların diğer teşebbüslerce tespitini kolaylaştırabilir.

Rakip teşebbüslerin bir araya gelerek oluşturdukları dernek, oda gibi teşebbüs birlikleri bilgi değişiminin gerçekleştirilebilmesi için uygun ortamlardır. Bu tür birliklerin temsilcisi oldukları sektörlerdeki teşebbüslerin etkinliklerini arttırmak şeklinde ifade edilebilecek yasal ve makul görevlerini gerçekleştirirken rekabet kurallarını ihlal etmemeleri gerekmektedir. Örneğin, mümkünse üyelerinden topladıkları bilgileri üyesi olmayan rakip teşebbüslere açabilmeli, bilgi sağlanması zorunlu tutulmayıp gönüllülük esasına dayalı olmalı ve birlikler rakip teşebbüslerin ticari stratejilerinin tartışıldığı platformlar haline dönüştürülmemelidir.

In some cases, information related to the market could be gathered and sold to market players by independent research or consultancy firms (like Nielsen, Dataquest, IDC etc.). Data gathered by such research and consultancy firms is mostly publicly available or gathered from the retail outlets by such firms' own efforts. Even though information that research and consultancy firms sell to market players are usually sensitive to competition (such as shelf prices, shelf shares or availability of the products), competition authorities may act hesitant to evaluate gathering of such information as a violation. There are several reasons for this kind of moderate approach (OECD, 2010). First of all, usually there is not any actual information exchange between the competitors on the data gathered by research and consultancy firms. Because data is gathered from the market (like shelves) by these firms with their own effort, they are not being provided by the competing enterprises directly. Therefore, "existence of an agreement between competitors", which is a condition necessary for the existence of a cartel is not fulfilled. Secondly, the data gathered by research and consultancy firms are generally public information. Therefore, there is only a little chance of creating a collaboration that is restricting competition in the market by gathering and distributing such information by firms. Thirdly, significant cost advantages can be achieved by letting teams that are experts on gathering and interpreting data perform this activity.

On the other hand, even if the market research conducted by the research and consultancy firm fulfills the above-mentioned three requirements, occurrence of violation of competition will be possible if this firm is authorized jointly by competing enterprises in the market (for example, if there is an agreement between competing enterprises on giving power of attorney to this firm for performing the study) and if information is given to the research and consultancy firm directly by the competing enterprises in the market (OECD, 2010).

3. ISSUES RELATED TO THE MARKET

It is easier for enterprises to achieve collaborative results in sufficiently transparent, congested, stable, symmetrical and uncomplicated markets. Information exchange can facilitate collaborative results through methods like increasing transparency in the market, reducing complexity and asymmetry of the market, stabilizing the market.

3.1. Transparency of the Market

Collaborative results are more likely to occur in transparent markets. Transparency may facilitate enterprises executing and sustaining anti-competitive agreements. Information exchange may reduce uncertainties as to the

Bazı durumlarda ise pazara ilişkin bilgiler bağımsız araştırma veya danışmanlık firmaları (örneğin, Nielsen, Dataquest, IDC gibi) tarafından toplanıp pazardaki oyunculara satılabilmektedir. Bu tür araştırma ve danışmanlık firmaları tarafından derlenen veriler çoğunlukla kamuya açık verilerdir ya da perakende satış noktalarından firmanın kendi çabası ile toplanmaktadır. Araştırma ve danışmanlık firmalarının pazardaki oyunculara sattıkları bilgiler çoğu zaman rekabete duyarlı bilgiler (örneğin, raf fiyatları, ürünlerin raf payları veya bulunurlukları gibi) olmasına rağmen rekabet otoriteleri bu tür bilgilerin toplanmasının ihlal olarak değerlendirilmesinde çekingen davranabilmektedirler. Bu tür ılımlı yaklaşımın birkaç nedeni bulunmaktadır (OECD, 2010) Birincisi, araştırma ve danışmanlık firmalarının topladığı verilerde çoğunlukla gerçek anlamda rakipler arasında bir bilgi değişimi yaşanmaz. Zira bilgiler bu firmalar tarafından pazardan (örneğin raflardan) kendi çabalarıyla toplanır, rakip teşebbüslerden doğrudan temin edilmezler. Dolayısıyla, bir kartelin varlığından bahsedebilmek için gerekli olan "rakipler arasında bir anlaşmanın varlığı" şartı sağlanamaz.

İkincisi, araştırma ve danışmanlık firmaları tarafından derlenen bilgiler genellikle kamuya açık bilgilerdir. Dolayısıyla bu tür bilginin firmalarca derlenerek dağıtılması pazarda rekabeti sınırlayıcı bir işbirliği yaratma riski azdır. Üçüncüsü, verileri toplama ve yorumlama konusunda uzman ekiplere bu faaliyetin yaptırılması teşebbüslere önemli maliyet avantajları sağlayabilir.

Diğer yandan, araştırma ve danışmanlık firması tarafından yapılan pazar araştırması yukarıdaki üç koşulu sağlasa dahi şayet bu firma pazardaki rakip teşebbüslerce ortaklaşa yetkilendirilmiş ise (örneğin, bu firmaya çalışmayı yapması için vekâletname verilmesi konusunda rakip teşebbüsler arasında bir anlaşma var ise) ve bilgileri araştırma ve danışmanlık firmasına pazardaki rakip teşebbüsler doğrudan veriyorlar ise rekabet ihlalinin oluşma ihtimali söz konusu olacaktır (OECD, 2010).

3. PAZARA İLİŞKİN HUSUSLAR

Yeterince şeffaf, yoğunlaşmış, istikrarlı, simetrik olan ve karmaşık olmayan pazarlarda teşebbüslerin işbirlikçi sonuca ulaşmaları daha kolaydır. Bilgi değişimi pazarda şeffaflığı artırmak, pazarın karmaşıklığını ve asimetriyi azaltmak, pazarı istikrarlı hale getirmek gibi yollarla işbirlikçi sonucu kolaylaştırabilir.

3.1. Pazarın Şeffaflığı

Şeffaf pazarlarda, işbirlikçi sonuçların ortaya çıkma olasılığı daha yüksektir. Şeffaflık, teşebbüslerin rekabeti bozucu anlaşma yapmalarını ve sürdürmelerini kolaylaştırabilir. Bilgi değişimi şeffaflığı artırarak, fiyat, miktar, talep, mali-



factors sensitive to competition such as price, quantity, demand and costs by increasing transparency. Lower the transparency level of the market prior to the information exchange, higher the anti-competitive effect of the information exchange will be. In comparison, possibility of restricting competition by an information exchange that does not contribute much to the transparency of the market is lower than an information exchange that increases the transparency of the market significantly. Therefore, transparency level of the market before and after the information exchange and how the information exchange has changed this level are the indicative factors of the possibility of information exchange causing any restriction on competition. Transparency level prior to the information exchange depends on factors such as the number of enterprises in the market and publicity level of trading in the market. The key point to be considered in the assessment of changes in the level of transparency of the market is to determine the extent to which the enterprise may use the existing information to foresee its competitors' actions.

3.2. Congestion Level of the Market

In narrow oligopolies, there is a higher chance for collaborative results to occur because it is easier for few numbers of enterprises to settle on coordination conditions and it is

yetler gibi rekabete duyarlı unsurlara ilişkin belirsizlikleri azaltabilir. Bilgi değişimi öncesinde pazarın şeffaflık düzeyi ne kadar düşükse, bilgi değişiminin rekabeti bozucu etkisi o kadar yüksek olacaktır. Pazarın şeffaf hale gelmesine fazla katkıda bulunmayan bir bilgi değişiminin rekabeti kısıtlama olasılığı, pazardaki şeffaflığı önemli ölçüde artıran bir bilgi değişimine kıyasla daha düşüktür. Dolayısıyla, pazarın bilgi değişimi öncesi ve sonrasındaki şeffaflık düzeyi ile bilgi değişiminin bu düzeyi nasıl değiştirdiği, bilgi değişiminin rekabeti kısıtlayıcı etki doğurma olasılığının belirleyici unsurudur. Bilgi değişimi öncesi şeffaflık düzeyi, pazardaki teşebbüs sayısı ve alım-satım işlemlerinin alenilik derecesi gibi faktörlere bağlıdır. Pazarın şeffaflık düzeyindeki değişimin değerlendirilmesinde dikkat edilmesi gereken kilit nokta, teşebbüslerin mevcut bilgiyi, rakiplerinin davranışlarını öngörmek için ne ölçüde kullanabileceğinin belirlenmesidir.

3.2 Pazarın Yoğunlaşma Derecesi

Dar oligopollerde, az sayıda teşebbüsün koordinasyon koşulları konusunda uzlaşmasının ve anlaşmadan sapmaların izlenmesinin daha kolay olması nedeniyle işbirliği sonuçların gerçekleşme olasılığı daha yüksektir. Dolayısıyla, dar oligopollerde, bilgi değişiminin rekabeti kısıtlayıcı etkilere yol açma olasılığı, diğer oligopollere kıyasla daha



easier to monitor deviations from the agreements. Thus, narrow oligopolies are more likely to cause restrictive effects on competition in comparison to other oligopolies. However, even in the markets with many enterprises, coordination between more enterprises and monitoring deviations from agreements may be facilitated by information exchange through increasing transparency or making the market suitable for coordination.

3.3. Complexity of the Market

In a complex market structure, it is more difficult for enterprises to achieve collaborative results. However, information exchange can reduce the complexity of this type of markets to some extent. In a complex market structure, more information exchange is needed for settling on coordination conditions and monitoring deviations from the agreements. For example, compared to another market where a large number of differentiated products are involved, it is easier for a collaborative result related to the price of a homogeneous product to occur. In addition, enterprises can establish rules to simplify pricing by exchanging information in order to overcome the difficulty of reaching collaborative results related to the prices of differentiated products.

fazladır. Bununla birlikte, çok sayıda teşebbüsün olduğu pazarlarda dahi bilgi değişimi, şeffaflığı artırmak ya da pazarı koordinasyona elverişli hale getirmek suretiyle, daha fazla sayıda teşebbüs arasında koordinasyonu ve anlaşmadan sapmaların takibini kolaylaştırabilir.

3.3. Pazarın Karmaşıklığı

Teşebbüslerin, karmaşık bir pazar yapısında, işbirlikçi sonuca ulaşmaları daha zordur. Ancak bilgi değişimi, bu tür pazar yapılarının karmaşıklığını bir ölçüde azaltabilir. Karmaşık bir pazar yapısında, koordinasyon koşulları üzerinde uzlaşmak ve anlaşmadan sapmaları izlemek için daha fazla bilgi değişimine ihtiyaç duyulur. Örneğin, homojen bir ürünün fiyatına ilişkin işbirlikçi sonuç gerçekleşmesi, çok sayıda farklılaştırılmış ürünün söz konusu olduğu bir pazardakine göre daha kolay olacaktır. Bununla birlikte teşebbüsler, çok sayıda farklılaştırılmış ürünün fiyatlarına ilişkin işbirlikçi sonuca ulaşmanın zorluğundan kurtulmak için, bilgi değişimi yaparak fiyatlandırmayı basitleştirecek kurallar getirebilirler.

3.4. Pazarın İstikrarı

İşbirlikçi sonuçların ortaya çıkma olasılığı, arz ve talep koşullarının görece daha az değişken olduğu, diğer bir deyişle

3.4. Stability of the Market

Likelihood of collaborative results to occur is higher in markets that supply and demand conditions are relatively less variable, stable in other words. In an unstable environment, it is difficult to know whether a decline in sales of an enterprise is due to general decline in demand or relatively low pricing of competitors and thus it is difficult to sustain the collaborative results. In this context, variable demands, internal growth of some of the enterprises in the market or the frequent new entries to the market may indicate that the market is not stable enough to ensure coordination. However, information exchange can form a basis for collaborative results by increasing the stability of the market.

3.5. Symmetric Structure of the Market

There is a high chance of collaborative results to occur in symmetrical market structures. When enterprises are similar in aspects like costs, demand, market shares, product range and capacity, possibility of coordination between enterprises is increased because competing motives will also be similar. However, information exchange may also provide opportunities for collaborative results in the markets where the enterprises are dissimilar. Information exchange can assist enterprises on determining the differences between the enterprises and developing tools to resolve these differences, so that coordination between them is easier.

4. INFORMATION EXCHANGE BEING A VIOLATION OF COMPETITION ON ITS OWN IN LIGHT OF THE INTERNATIONAL JURISPRUDENCE

Generally, there are three different ways competition authorities approach to information exchange between competitors:⁷ (i) Information exchange can be part of a larger cartel violation, (ii) Information exchange can be part of a larger collaboration agreement (e.g. joint venture, standardization or R & D agreements), (iii) Sharing information (stand-alone or pure information exchanges) can be evaluated in terms of violation on its own (without being part of a cartel or a collaboration agreement). Among these three different information exchanges, it is easier to analyze the first two, compared to the third one. Because, in the first case where exchange of information functions to monitor whether the competitors comply with the cartel agreement or not, competition authorities can use information exchanges as evidence of the violation (part of a cartel agreement). On the contrary, information exchange will be received in a more moderate way in the second case where collaborations creating activities are involved. However, exchange of information between competitors may be considered as a violation of competition in the third case where an evidence of a cartel between the competitors cannot be presented.

istikrarlı olduğu pazarlarda daha yüksektir. İstikrarsız bir ortamda, bir teşebbüsün satışlarındaki düşüşün, talepteki genel düşüşten mi, yoksa rakibinin görece düşük fiyatlama yapmasından mı kaynaklandığını bilmesi ve dolayısıyla işbirlikçi sonucun sürdürülmesi güç olacaktır. Bu bağlamda, talebin değişken olması, pazardaki bazı teşebbüslerin içsel büyümesi ya da pazara yeni girişlerin sık olması, pazarın, koordinasyon sağlamaya yetecek kadar istikrarlı olmadığını gösterebilir. Bununla birlikte bilgi değişimi, pazardaki istikrarı artırarak, işbirlikçi sonuca zemin hazırlayabilir.

3.5. Piyasaların Simetrik Yapısı

Simetrik pazar yapılarında işbirlikçi sonucun gerçekleşme olasılığı yüksektir. Teşebbüslerin maliyetler, talep, pazar payları, ürün yelpazesi, kapasite gibi açılardan benzer olduğu durumda, rekabetçi güdüler de benzer olacağından, teşebbüsler arası koordinasyon ihtimali artar. Ancak, bilgi değişimi, farklılaşmış teşebbüslerin bulunduğu pazar yapılarında da işbirlikçi sonuçlara imkân sağlayabilir. Bilgi değişimi, teşebbüslerin birbirlerinden farklılık arz eden yönlerini tespit etmek ve bu farklılıklarını gidermek üzere araçlar geliştirmek, böylece aralarındaki koordinasyonu kolaylaştırmak için yöntemler geliştirmelerine yardımcı olabilir.

4. ULUSLAR ARASI İÇTİHATLAR IŞIĞINDA BİLGİ DEĞİŞİMİNİN TEK BAŞINA REKABET İHLALİ OLABİLMESİ

Rekabet otoritelerinin rakipler arasındaki bilgi değişimlerine yaklaşımı genel olarak üç farklı biçimde olabilmektedir:⁸ (i) Bilgi değişimi daha büyük bir kartel ihlalinin parçası olabilir, (ii) Bilgi değişimi daha büyük bir işbirliği anlaşmasının (örneğin ortak girişim, standardizasyon veya Ar-Ge anlaşmasının) parçası olabilir, (iii) Bilgi paylaşımı tek başına (stand-alone ya da pure information exchanges) ihlal bakımından değerlendirmeye alınabilir (kartel veya işbirliği anlaşmasının parçası olmadan). Bu üç farklı bilgi değişiminden ilk ikisinin analiz edilmesi üçüncüsüne kıyasla daha kolaydır. Zira, bilgi değişimlerinin kartel anlaşmasına rakiplerin uyup uymadıklarını gözleme işlevini yerine getirdiği ilk durumda rekabet otoriteleri bilgi paylaşımlarını ihlalin bir delili olarak (kartel anlaşmasının bir parçası) kullanabileceklerdir. Tersine, etkinlik yaratan işbirliklerinin söz konusu olduğu ikinci durumda ise bilgi paylaşımlarına daha ılımlı yaklaşılacaktır. Oysa, rakipler arasında bir kartele ilişkin bir delilin ortaya konulmadığı üçüncü durumda da rakipler arasındaki bilgi değişimleri rekabet ihlali olarak değerlendirilebilecektir.

Rekabete hassas bilgi değişiminin Komisyon ve ABAD tarafından değerlendirildiği öncü dosyalar yukarıdaki üçlü ayrıma göre incelendiğinde, hemen hemen tamamında bilgi değişiminin karteller gibi daha ağır ihlallerin küçük

When the preliminary files where the exchange of information that are sensitive to competition is reviewed by the Commission and ABAD are examined according to the foregoing triple distinction, it can be seen that almost in every one of them information exchanges are little parts of larger violations like cartels.⁸ A similar observation can be made for Turkey. Suiker Unie decision is very important among the ABAD decisions in this aspect. In the relevant case, parties defended that they did not act in a certain scheme, therefore parallel behaviors that were detected should not be considered as concerted actions. In its decision, ABAD defined concerted action as:

“although not reaching to the stage where an agreement exists, it is a type of coordination that is deliberately executed by the enterprises against the risks of competition and forms a practical cooperation amongst them, that causes occurrence of competition conditions that does not comply with the conditions that should have been existing under regular circumstances when product quality, importance and number of enterprises, market size and structure are taken into consideration”

In this respect, it emphasized that concerted action is far from requiring a certain plan and in light of the projections at the core of ABAD as to the competition term, it pointed out that every financial player has to determine the policy it plans to implement independent from its competitors. In this context, it expressed that,

“such independence does not deprive financial players of keeping up with their competitors’ current or estimated behaviors in a rational way, however forbids any kind of direct or indirect communication between these players that has the intention or effect to influence the existing or potential competitors’ behaviors in the market or to inform competitors as to the behaviors they plan to implement”

In light of the existing evidence, ABAD decided that the violation exists stating that the plaintiffs are in contact with each other and in fact they intended to remove all kinds of uncertainty regarding the future behavior of their competitors. This decision of ABAD is considered to be the first decision indicating that even when other anti-competitive agreements exist in the present case, information exchange can be evaluated as an independent violation and can be subject to sanctions.

First decision Commission adopted that mere information exchange agreement without any other agreement behind was deemed a violation is *Fatty Acids* decision.⁹ Enterprises operating in the fatty acid industry in 1976 began sharing industry-wise aggregated statistics through established enterprise associations and appointed independent third

birer parçası olduğu görülmektedir.⁹ Benzer bir gözlemi Türkiye için de yapmak mümkündür. Bu yöndeki ABAD kararları içerisinde Suiker Unie kararı oldukça önemlidir. İlgili davada taraflar belirli bir plan çerçevesinde hareket etmediklerini, bu bakımdan tespit edilen paralel davranışların uyumlu eylem olarak değerlendirilemeyeceğini savunmuşlardır. ABAD 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”

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. Bu çerçevede,

“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”

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. ABAD'ın 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 yorumlanmaktadır.

Arkasında başka bir anlaşma olmaksızın Komisyonun salt bilgi değişimi anlaşmasını ihlal olarak kabul ettiği ilk karar *Fatty Acids* kararıdır.¹⁰ 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. Bu bakımdan söz konusu bilgi değişimi sisteminin rekabet kurallarına uygun olarak tasarlandığı görülmektedir.



parties. Necessary measures were taken within the system so that individual company data cannot be determined directly or indirectly and members of the enterprise association were especially warned that such information should not be shared. In this regard, it is clear that said information exchange system is designed in compliance with the competition rules.

As for the year 1979, upon market leader Unichema's proposal, three largest producers agreed to share total sales numbers of previous three years (1976-1978) to begin with and as of the following year they agreed to regularly share their total sales once every three months. On the time the agreement was made total market share of the parties were 52% for stearin, 70% for the olein. Approximately 40 small enterprises were operating in the market along side the mentioned three enterprises. Furthermore, there were structural overcapacity in the market and recession could be observed. In addition, it was understood from the documents obtained in the investigation that the parties were disturbed by the overcapacity and price declines in the market and the way to overcome this is to expel "ineffective" small players in the market.¹⁰ In fact, customer transitions between the parties were described in the documents as "stolen sales", whereas getting other producers' customers were described as "legal acquisitions".

1979 yılına gelindiğinde ise en büyük üç üretici, pazar lideri Unichema'nın teklifi üzerine başlangıç için geçmiş üç yıla (1976-1978) ait toplam 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, bunu gidermenin yolunu ise pazardaki "etkisiz" küçük oyuncuların pazar dışına çıkmasında gördükleri anlaşılmıştır.¹¹ Zira belgelerde taraflar arasındaki müşteri geçişleri "çalınmış 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 pay-



Parties argued that information exchange was too broad to have competition restricting purposes since it was retrospective. However, the Commission did not accept these claims.

It was stated that according to the obtained documents, the parties acted with the purpose of stabilizing the market and they were able to observe whether their market shares are violated or whether there are severe changes in the mutual power balance in the market by effectively sustaining information exchange in a market going through recession. According to the Commission the system occurred in the following way: First, total sales data parties shared with each other, related to the years 1976-78, has enabled them to determine the position of the parties in the market. Then the regular quarterly exchange of information enables each company to monitor the competitive activities of two of its largest competitors in the market and changes in the market shares in a quick and easy way. Thus, the agreement that artificially increased the transparency between the parties inevitably decreased the competition between major competitors by significantly removing the uncertainty about the future activities of competitors. In light of these determinations, the Commission concluded that the mentioned information exchange has the intention and effect to restrict competition and in its own words, for the

larına 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 azaltmıştır. 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 taraflara para cezası uygulamıştır.¹² Komisyonun Fatty Acids kararından sonra bilgi değişiminin tek başına ihlal olup olmayacağı konusundaki kapsamlı analizi 1990'lı yılların başında UK Agricultural Tractor Exchange davasında gelmiştir. Komisyonun bu kararı temyiz edilmesine rağmen yüksek mahkemeler tarafından aynen onaylanmıştır.

Pişmaf (2010), AB rekabet hukukunda T-Mobile Netherlands kararının bilgi değişiminin ele alınmasında küçük

first time imposed penalty fines to the parties for a mere information exchange agreement.¹¹ Following the Fatty Acids decision, Commission's comprehensive analysis on whether exchange of information could be a violation on its own was made at the beginning of the 1990s on the UK Agricultural Tractor Exchange case. Although this decision of the Commission was appealed, Supreme Court approved the decision exactly as it is.

Pişmaf (2010) is of the opinion that T-Mobile Netherlands decision could be considered as a small milestone on information exchange under EU Law. Indeed, the Commission,¹² who was of the opinion that mere exchange of information shall only be taken into consideration with an impact analysis on the basis of ABAD 's past jurisprudence until a few years ago, stated in its new Guide published in 2011 that exchanging prospective price and quantity information shall be considered as a "breach in purpose" and it will be difficult to obtain any exemption substantially under the influence of T-Mobile Netherlands. Furthermore, it was stated that in cases where prospective elimination of uncertainties based on retrospective data will also be a violation.

Another decision that information exchange can be considered as a violation of competition on its own without being part of a broader cartel is a recent banana decision of GM.¹³ GM approved the decision which the information exchange between banana producers as to the prices they plan to submit to their customers was considered as a concerted action on its own even if they are not prospective real prices. It was stated in the decision on violation that there was not any obligation to establish causality between the information exchange and market prices and possibility of information exchange adversely affecting the competition between the competitors by increasing transparency was sufficient.

In other countries' practices, there are many decisions where mere exchange of information was considered as a violation on its own without being part of any cartel agreement as well. For example, in YM Container Corporation decision in the United States, it was decided that there was price information exchange, but there was not an agreement to adhere to a certain price plan, however in an industry where demand elasticity of the product is low, congestion is quite high and the primary competition is on prices, sharing the current price information will freeze the competition on prices and thus will have an anticompetitive effect.

A similar decision was adopted by the French Competition Council. In 1997, it became evident that three mobile phone operators started sharing detailed and confiden-

çaplı bir milat olarak değerlendirilebileceği düşüncesindedir. Nitekim ABAD'ın geçmiş içtihadına dayanarak, henüz birkaç yıl öncesine kadar salt bilgi değişimi uygulamalarının ancak bir etki analiziyle ele alınabileceği görüşünde olan Komisyon¹³, büyük ölçüde T-Mobile Netherlands'ın etkisiyle 2011 yılında yayımladığı yeni Kılavuz'unda, ileriye dönük fiyat ve miktar bilgilerinin değişiminin "amaç bakımından ihlal" olarak değerlendireceğini ve muafiyet almalarının zor olduğunu belirtmiştir. Ayrıca, geçmişe dönük verilerden yola çıkarak ileriye dönük belirsizliklerin giderildiği durumlarda da ihlalin söz konusu olacağı ifade edilmektedir.

Bilgi değişiminin daha geniş bir kartelin parçası olmadan tek başına rekabeti ihlali sayılabileceğine ilişkin yeni tarihli bir karar da GM'nin muz kararıdır.¹⁴ GM, muz üreticilerinin ileriye dönük gerçek fiyatlar olmasa dahi müşterilerine vermeyi planladıkları fiyat tekliflerine ilişkin aralarındaki bilgi değişiminin tek başına uyumlu eylem olarak değerlendirilmesini onamıştır. Kararda ihlal sonucuna varılırken, bilgi değişimi ile piyasada gözlenen fiyatlar arasında bir nedensellik ilişkisinin kurulma zorunluluğunun bulunmadığı, bilgi değişiminin şeffaflığı arttırmak suretiyle rakipler arasındaki rekabeti olumsuz yönde etkileme potansiyelinin yeterli olduğu ifade edilmiştir.

Diğer ülke uygulamaları da, herhangi bir şekilde kartel anlaşmasının bir parçası olmaksızın salt bilgi değişimi uygulamalarının tek başına ihlal olarak değerlendirildiği kararlarla doludur. Örneğin, ABD'de YM Container Corporation kararında, fiyat bilgilerinin değişiminin söz konusu olduğunu, ancak belirli bir fiyat planına bağlı kalmaya yönelik bir anlaşmanın bulunmadığını, buna rağmen ürünün talep esnekliğinin düşük, yoğunlaşmanın oldukça yüksek ve asli rekabetin fiyatlar üzerinde olduğu bir endüstride, en güncel fiyat bilgilerinin paylaşılmasının fiyat rekabeti için gayretleri dondurmak suretiyle, rekabete aykırı bir etkiye sahip olduğu sonucuna varmıştır.

Benzer bir karar da Fransız Rekabet Konseyi'nden gelmiştir. Üç mobil telefon işletmecisinin 1997 yılında müşterilerine ve ticari stratejilerine ilişkin aylık bazda detaylı ve gizli bilgi paylaşımına başladığı tespit edilmiştir. Konsey ayrıca ilgili teşebbüslerin 2000 yılında gizli bir anlaşma ile pazar paylarını dondurmaya karar verdiklerini ve bu anlaşmayı 2002 yılına kadar uyguladıklarını belirlemiştir. Kararda teşebbüslerin bu davranışlarının amacının pazar paylarını arttırmak yerine, kullanıcı başına düşen karın artırılması olduğu ifade edilmiştir. Konsey'e göre her iki eylem de birbirinden bağımsız olarak rekabet ihlali teşkil etmektedir. Konsey, bilgi değişiminin 2000 yılında akdedilen anlaşmanın izlenmesi için kullanılan bir araç niteliğinde olduğunu kararında ayrıca belirtmiştir.

tial information regarding their customers and commercial strategies on a monthly basis. The Council also confirmed that the respective enterprises have agreed to freeze their market shares with a secret deal in 2000 and they have implemented this agreement until 2002. It was stated in the decision that the purpose of these behaviors was to increase the profit per customer instead of increasing market shares. According to the Council both actions constitute an infringement of competition independently. The Council additionally stated in its decision that information exchange was a tool used for monitoring the agreement executed in 2000.

Lithuanian Competition Authority's decision dated 2008 regarding seven dairy product manufacturers is another decision that information exchange between the competitors was considered as a violation on its own without any cartel agreement. Mainly there are two major violation claims in the decision. First one is seven members of Lithuanian Dairy Association creating an information exchange system. Second one is three of the aforementioned seven members agreeing to set prices together directly. These claims from the first to the assessing authority changed the nature of the information and stated that attention should be paid to the structure of the relevant market. Lithuania Dairy Association between data distributed through retail raw milk production and dairy products are located sales amount. Authorities pointed to the confidential nature of the information and related data normally stated that the use of open competition. The opportunity to be included in the entire system of Lithuania Dairy Association members at events, but in return they are under no obligation to disclose their own production and sales volumes of data. The exchange of information on a regular basis every month of the undertakings in grants have access to current information on the distribution and market share relating to share and not all undertakings involved. Taking into account the oligopoly market structure, such an authority would constitute a violation of the share itself, and the effects of anticompetitive actions stated can be assumed to be present.

The German Federal Cartel Office is also active in the market of luxury cosmetics nine leading manufacturers of cosmetics from just information sharing, including without agreement or

Rakipler arası bilgi değişiminin kartel anlaşmasına gerek olmadan tek başına ihlal olarak değerlendirildiği bir başka karar, 2008 tarihli Litvanya Rekabet Otoritesi'nin yedi süt ürünü üreticisi şirkete ilişkin vermiş olduğu karardır. Kararda esas olarak iki ana ihlal iddiası bulunmaktadır. Bunlardan ilki, Litvanya Süt Ürünleri Birliği üyesi olan yedi teşebbüsün bilgi değişim sistemi oluşturmasıdır. İkincisi ise bahsi geçen yedi teşebbüsten üçünün doğrudan fiyatları birlikte belirlemek konusunda anlaşmış olmalarıdır. Bu iddialardan ilkinin değerlendirirken Otorite değiştirilen bilginin niteliğine ve ilgili piyasanın yapısına dikkat edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Litvanya Süt Ürünleri Birliği aracılığı ile dağıtılan veriler arasında bireysel çiğ süt üretim ve süt ürünü satış miktarı yer almaktadır. Otorite bilginin gizli niteliğine dikkat çekmiş ve normalde ilgili verilerin rakiplerin kullanımına açık olmadığını ifade etmiştir. Olayda Litvanya Süt Ürünleri Birliği üyelerinin tamamının sisteme dahil olmaları imkanı mevcuttur ancak bunun karşılığında kendi üretim ve satış miktarı verilerini ifşa etme yükümlülüğü altındadırlar. Bilgi değişimi, teşebbüslerin her ay düzenli bir şekilde paylaşımına dâhil olan ve olmayan tüm teşebbüslere ilişkin dağıtım ve pazar payına ilişkin güncel bilgilere ulaşma imkânı tanımaktadır. Pazarın oligopol yapısını da göz önünde bulundurarak, Otorite böyle bir paylaşımın başlı başına ihlal teşkil edeceğini ve eylemin rekabete aykırı etkilerinin mevcut olduğunun farz edilebileceğini ifade etmiştir.

Alman Federal Kartel Ofisi de lüks kozmetik ürünleri pazarında faaliyet gösteren dokuz lider kozmetik üreticisinin arasındaki sırf bilgi paylaşımını, aralarında anlaşma veya uyumlu eylem olmaksızın, rekabet ihlali olarak değerlendirmiştir. Tespitlere göre, bu üreticiler bilgileri paylaşmak için periyodik olarak toplantılar düzenlemişlerdir. Karara göre, firmalar bu toplantılar aracılığı ile detaylı satış verileri, reklam harcamaları, iade ürünler, planlanan üretim lansmanları, fiyat artışı ve diğer stratejik hususları üçer aylık periyotlar ile paylaşmışlar ve bu durum ilgili teşebbüslerin pazar davranışları arasında koordinasyon oluşturma riski doğurmuştur.



1 OOECD (2010), Policy Roundtables, Information Exchanges Between Competitors under Competition Law

2 Odudu, O. (2011), "Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion", European Competition Journal, 205-242. Meanwhile, the hub-and-spoke method in the literature is referred to as the ABC method.

3 Wagner-Von P.F. (2007), "Who is't that can inform me? – The Exchange of Identifying and Non-Identifying Information", European Competition Law Review, 28(4), 264-269.

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

5 In the Matter of Valassis Communications Inc., F.T.C. No: C-4160, <http://www.ftc.gov/os/caselist/0510008/0510008.shtml>



concerted practice was considered as infringement of competition. According to the findings, they organize periodic meetings to share this manufacturer information. According to the decision, the company detailed sales data through these meetings, advertising expenses, returned products, planned production launches, price increases and other strategic issues has led to the risk of developing coordination between the three shared their monthly period and the market behavior of these cases related initiatives.

5. PRACTICE IN TURKEY REGARDING INFORMATION EXCHANGE BETWEEN COMPETITORS

As it is well-known, as per the article 4 of the Law on the Protection of Competition:

“Agreements and concerted practices between undertakings, and decisions and practices of associations of undertakings which have as their object or effect or likely effect the prevention, distortion or restriction of competition directly or indirectly in a particular market for goods or services are illegal and prohibited”;

5. “RAKİPLER ARASI BİLGİ DEĞİŞİMİ”NDE TÜRKİYE UYGULAMASI

Bilindiği üzere, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4. maddesi:

“Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.”

hükümünü içermekte olup aynı Kanun maddesinin (a) bendinde rekabeti kısıtlayıcı hallere örnek olarak *“Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kar gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi”* gösterilmiştir.

Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik’te (Ceza Yönetmeliği), 4054 sayılı

1 OECD (2010), Policy Roundtables, Information Exchanges Between Competitors under Competition Law

2 Odudu, O. (2011), “Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion”, European Competition Journal, 205-242. Bu arada Hub-and-spoke yöntemi literatürde ABC yöntemi olarak da adlandırılmaktadır.

3 AB’nin Ekim 2010’da OECD’ye sunduğu katkıda “saf bilgi değişimi anlaşmalarına taraf olan teşebbüslerin pazar paylarının %20’den düşük olması halinde rekabetçi kaygıların oluşma ihtimalinin düşük olacağı” ifade edilmesine rağmen, 2011 yılında yayımlanan Kılavuz’da bu eşik pazar payına yer verilmemiştir. Bunun temel nedeni kuşkusuz, değişimi yapılan bilgilerin diğer niteliklerinin bilgi değişiminde bulunan teşebbüslerin toplam pazar paylarından daha önemli olmasıdır.

4 Wagner-Von P.F. (2007), “Who is’t that can inform me? – The Exchange of Identifying and Non-Identifying Information, European Competition Law Review, 28(4), 264-269.

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



and also the sub-paragraph (a) of the above-mentioned article which is regulating “*Fixing the purchase or sale price of goods or services, elements such as cost and profit which form the price, and any terms of purchase or sale*” is an example to the circumstances limiting the competition.

A price-fixing agreement (horizontal price-fixing agreement) concluded between the market competitors regulated under the Communiqué Concerning the Fines to be Imposed In Case of Agreements Limiting Competition, Concerted Practice and Decision and Abuse of Dominant Position (“**Communiqué Concerning the Fines**”) in parallel with the sub-paragraph of the article 4 of the Law numbered 4054, is an example to the “*cartel*”. The competition laws primarily try to restrain and prohibit the cartels. Hence, the amount of the basic fine to be imposed to the cartels has been determined greater than the amount of the fine for other type of competition violations under Communiqué Concerning the Fines. It is also worth mentioning that there is no difference between the “agreement” and the “concerted practice” in terms of their contents. The either mentioned concept is evaluated within the scope of the cartel.

Kanun’un 4. maddesinin (a) bendinde belirtildiği şekilde rakipler arasında gerçekleştirilecek bir fiyat anlaşması (yatay fiyat anlaşması) “*kartel*”e örnek olarak gösterilmektedir. Rekabet Hukuku sistemlerinin yasaklamaya ve engellemeye çalıştıkları ihlallerin en başında karteller gelmektedir. Nitekim Ceza Yönetmeliği’nde kartellere uygulanacak temel para cezası diğer rekabet ihlallerine kıyasla daha yüksek olarak belirlenmiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, özleri bakımından “anlaşma” ve “uyumlu eylem” arasında bir fark bulunmamaktadır. Her iki durum da kartel kapsamında ele alınmaktadır.

Bu açıdan bakıldığında, 4054 sayılı Kanun’un gerekçesinde “anlaşma” kavramı, Medeni Hukukun geçerlilik koşullarına uyulmasa bile tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşma şeklinde belirtilmiştir. Dolayısıyla bir anlaşmanın 4. madde kapsamında olabilmesi için herhangi bir şekil şartı aranmadığı gibi anlaşmanın hukuken geçerli ya da bağlayıcı olma şartı da bulunmamaktadır. Yazılı, sözlü veya sadece fiili eylemler yoluyla varılan mutabakatlar, hukuki bir sonuca yönelsin ya da yönelvesin anlaşma olarak nitelendirilebilir. Burada önemli olan, taraf iradelerinin karşılıklı

6 In re Delta/AirTran Baggage Fee Antitrust Litigation, 733 F.Supp.2d 1348 (N.D.Ga.,2010)

7 OECD (2010), Policy Roundtables, Information Exchanges Between Competitors under Competition Law; OECD (2001), Policy Roundtables, Price Transparency, Note of the European Commission.

7 OECD (2008), Policy Roundtables, Facilitating Practices in Oligopolies.

8 Fatty Acids decision, OJ (1987) L3/17

9 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.

10 Aslan (2009), defended that the Commission did not impose any penalty fines to any enterprise for mere information exchange unless the information exchange is the facilitator of more serious violations, such as cartels. However on Fatty Acids, Commission imposed penalty fines for direct information exchange even though there was not a substantial evidence as to an agreement on determining quotas (Pişmaf, 2012).

In this regard, the “agreement” concept is stated under the preamble of the Law numbered 4054 in a way that the parties suppose any kind of understanding or accordance having a binding force even though the said understanding or accordance is not conforming to the validity conditions stipulated within the framework of the Civil Law. Thus, any form requirement or a valid or binding agreement is not required in order for an agreement to become subject to the article 4. Reach an understanding orally, in writing or through actions may be deemed as an agreement whether the parties’ aim is to be legally bound or not. It is the reach an understanding between the parties that counts. In this context, the direct or indirect communication between the undertakings as to their market activities may be considered within the scope of the article 4 of the Law numbered 4054.

The discreet acts of undertakings in consideration of their competitors’ existing or expected positions and taking positions accordingly can not be regarded as violations under Competition Law . However, if the competitors share ‘competition sensitive information’ unilaterally or reciprocally, that can make the market transparent which would control and coordinate the competitiveness. In such case, it is possible to assume an agreement and a breach, as referred in the Article 4 of the Law numbered 4054. It is therefore possible to consider the exchange of information between competitors as an agreement to determine the prices or stocks or a concerted practice or association of undertakings. Given such a situation, exchange of information would be regarded, treated and sanctioned as cartel. Similarly, exchange of information which assists establishing a cartel is to be considered as part of cartel. More importantly, even if does not directly constitute a component of cartel, it shall be considered a breach.

It seems that the established understanding in other jurisdiction, which considers the exchange of information which does not amount to constitute a part of cartel still as a violation, is accepted under the Turkish Competition law practices. For instance, in their investigation on enamelled copper wire (ECW) market, the Competition Board accepted the exchange of information as violation, with no recourse to defining it as cartel in the form of concerted practice; and this decision was approved by the State Council as

olarak uyuşmasıdır. Bu çerçevede teşebbüslerin pazardaki faaliyetlerinden birbirlerini doğrudan veya dolaylı olarak haberdar etmeleri dahi, 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi kapsamına girebilecektir.

Daha açık ifade etmek gerekirse, Rekabet Hukukuna göre, normal şartlar altında teşebbüslerin rakiplerinin mevcut ya da beklenen davranışlarına göre basiretli bir biçimde davranarak uyum göstermeleri ihlal olarak değerlendirilemez. Ancak, rakipler, rekabete duyarlı bilgileri¹⁵ karşılıklı veya tek taraflı olarak paylaşmaları halinde pazarı şeffaf hale getirerek rekabetçi davranışları koordine etme imkânı bulabileceklerdir. Böyle bir durumda ise 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi anlamında bir anlaşmadan ve rekabet ihlalinin bahsedilebilecektir. Dolayısıyla, 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. Daha da önemlisi, bir kartel anlaşmasının parçası olmasa dahi rakipler arası bilgi değişimleri tek başına ihlal olarak değerlendirilebilmektedir.

Bilgi değişiminin daha geniş bir kartelin parçası olmadan tek başına rekabeti ihlali sayılabileceği yönündeki diğer ülke uygulamalarındaki yerleşik içtihadın Türk Rekabet Hukuku uygulamalarında da benimsendiğini görmekteyiz. Örneğin, Rekabet Kurulu Emaye Bobin Teli (EBT) pazarına ilişkin yürüttüğü soruşturma neticesinde, bilgi değişiminin anlaşma veya uyumlu eylem niteliğinde bir kartel tanımlamasına ihtiyaç duymadan tek başına da ihlal olarak değerlendirilebileceği şeklindeki yaklaşımı benimsemiş ve bu yaklaşım Danıştay tarafından da onaylanmıştır. 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, teşebbüs birliği bünyesinde yapılan bir toplantıda belirli bir tarihten itibaren tek fiyat uygulamasına geçilmesinin kararlaştırıldığı da anlaşılmaktadır. Bu çerçevede



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

7 In re Delta/AirTran Baggage Fee Antitrust Litigation, 733 F.Supp.2d 1348 (N.D.Ga.,2010)

8 OECD (2010), Policy Roundtables, Information Exchanges Between Competitors under Competition Law; OECD (2001), Policy Roundtables, Price Transparency, Note of the European Commission.

9 OECD (2008), Policy Roundtables, Facilitating Practices in Oligopolies.

10 Fatty Acids kararı, OJ (1987) L3/17

11 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.

12 Aslan (2009) 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 (Pişmaf, 2012).



well. The Board stated that after establishment of evidence on communication and coordination between the parties, decision of violation can be taken, regardless of market structure. In the given case, the obtained evidences suggests that there has been an ongoing exchange of price lists and coordination that restricts competition. Furthermore, it is understood that association of undertakings has decided in one of the meetings to adapt a fixed price system after a certain date; so that the Board concluded that there is a fixed price agreement. The striking part of the decision is the fact that The Board assessed the ongoing exchange of information, which dates back before the fixed price decision was made, as violation, independently from this decision. In the appeal of this case, 13th Division of the State Council, reminding that another violation the Board has identified, was exchange of information, underlined that exchange of information is not prohibited per se; but the nature, objective and impact of such exchange in a given case shall be taken into account. Moreover, in reference to ABAD'n T-Mobile Netherland decision, it re-

Kurul taraflar arasında tek fiyat listesi uygulanması konusunda bir anlaşma olduğu sonucuna ulaşmıştır. Karar'da dikkat çeken önemli husus, taraflar arasındaki fiyat listesi değişiminin, ihlalin tek fiyat listesine geçilmesi açıkça kararlaştırılmadan önceki dönemde başladığını gösteren bir delil olarak değerlendirilmiş olmasıdır. Bir başka ifadeyle, "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" sonucuna ulaşılmış 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 paylaşımının per se yasak olmadığını, bununla birlikte paylaşımın niteliğinin, amacının ve etkisinin somut olay özelinde değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır.¹⁶

11 Commission opinion which located at OECD (2008, 128)

12 Fresh Del Monte Prodece Inc v European Commission (2013) and Dole Food Company Inc v European Commission (2013). Both of these decisions will be referred to as the banana decision.

13 "Competition sensitive information" is the kind of information that can increase the ability of competitors to predict the future competitive behaviors of the undertakings. For example, the price, costs, sales, production, capacity utilization, inventories and trade secrets can be considered within this category. . In our subject matter case, the "price" information was shared between undertakings, as the most important competition sensitive information.

minds that exchange of information so as to remove the uncertainties for the future activities and position among the competitors is deemed to be violation; and in consideration of ECW market structure, the said exchange of information has been concluded as violation.

6. CONCLUSION

In light of the foregoing; information exchange between competitors does not take place in any legislation on its own as an anti-competitive provision neither in the international practice nor the practice in Turkey. However, when effects of the said information exchange on the market are evaluated as a whole and when the above-mentioned conditions are fulfilled; an investigation is carried out on a case by case basis and in line with the result of the investigation an opinion is rendered on whether the “Information Exchange Between Competitors” is an anti-competitive action or not.

Bununla birlikte kararda ABAD’ın T-Mobile Netherlands kararına atfen, rakipler arasında gelecekteki davranışlarına yönelik belirsizlikleri ortadan kaldıracak nitelikte olan bilgi paylaşımının rekabete aykırı olarak değerlendirilmesi gerektiği hatırlatılmış ve EBT sektörünün yapısı da dikkate alındığında, taraflar arasındaki bilgi paylaşımının ihlal niteliğinde olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

6. SONUÇ

Yukarıdaki açıklamalarımız ışığında görülmektedir ki; gerek uluslar arası uygulamada gerekse Türkiye uygulamasında rakipler arası bilgi değişimi, tek başına rekabeti engelleyici bir hüküm olarak ülke mevzuatlarında yer almamaktadır. Ancak söz konusu bilgi değişiminin piyasada yarattığı etkiler bir bütün olarak değerlendirildiğinde ve yukarıda bahsi geçen şartları da taşıması halinde, olay bazında bir inceleme yapılmakta ve sonuca göre “Rakipler Arası Bilgi Değişimi”nin rekabeti engelleyici bir eylem olup olmadığı yönünde görüş tesis edilmektedir.



13 OECD (2008, 128)'de yer verilen Komisyon görüşü.

14 Fresh Del Monte Prodece Inc v European Commission (2013) and Dole Food Company Inc v European Commission (2013). Bu her iki karar muz kararı olarak ifade edilecektir.

15 “Rekabete duyarlı bilgiler”, öğrenilmesi durumunda rakiplerin gelecekteki rekabetçi pazar davranışlarının tahmin edilebilirliğini arttıran bilgilerdir. Örneğin, rakiplerin fiyat, maliyet, satış, üretim, kapasite kullanımı, stoklar ve ticari sırları sayılabilir. Şikayete konu olayımızda, rekabete duyarlı bilgiler içerisinde en önemlisi olan “fiyat” bilgisi teşebbüsler arasında paylaşılmaktadır.

16 Danıştay 13. Dairesinin 08.05.2012 tarihli ve E. 2008/9080, K. 2012/965 sayılı kararı.