

**T.C. KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

REKABET HUKUKUNDA ABC BİLGİ DEĞİŞİMİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Uğur YILDIZ

KOCAELİ 2018

**T.C. KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

REKABET HUKUKUNDA ABC BİLGİ DEĞİŞİMİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Uğur YILDIZ

Dr. Öğretim Üyesi Muzaffer EROĞLU

KOCAELİ 2018

T.C. KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

REKABET HUKUKUNDA ABC BİLGİ DEĞİŞİMİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

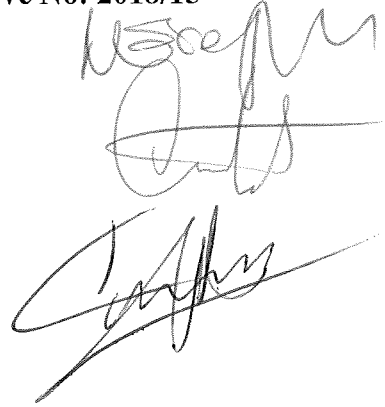
Tezi Hazırlayan: Uğur YILDIZ

Tezin Kabul Edildiği Enstitü Yönetim Kurulu Karar ve No: 2018/15

Jüri Başkanı: Dr. Öğr. Üy. Muzaffer EROĞLU

Jüri Üyesi: Doç. Dr. Kerem Cem SANLI

Jüri Üyesi: Dr. Öğr. Üy. Kadir BAŞ



KOCAELİ 2018

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I
ÖZET.....	IV
ABSTRACT.....	V
KISALTMALAR LİSTE	VI
TABLO LİSTESİ.....	VII
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

REKABET İHLALİ OLARAK ABC BİLGİDEĞİŞİMİNİN NİTELİĞİ

1.1 TEŞEBBÜS A’NIN DURUMU.....	11
1.1.1 OFT’nin Replica Kit Kararı Çerçevesinde Teşebbüs A’nın Sorumluluğunun Değerlendirilmesi.....	13
1.2 TEŞEBBÜS B’NİN DURUMU.....	17
1.2.1 Teşebbüs B’nin Dikey İlişki İçinde Olmaması	18
1.2.1.1 AC Treuhand Kararı.....	18
1.2.1.2 E-book Kararı ve En Çok Kayırılan Müşteri Şartı.....	20
1.2.2 Teşebbüs B’nin Dikey İlişki İçinde Olması.....	24
1.2.2.1 Tesco Kararı.....	24
1.2.2.2 Toys R Us Kararı.....	26
1.2.2.3 Belçika Temizlik Ürünleri Kararı.....	28
1.2.2.4 Alman Rekabet Otoritesinin ABC Bilgi Değişimi Olarak Değerlendirdiğimiz Kararları.....	32
1.3 TEŞEBBÜS C’NİN DURUMU.....	34
1.4 A-B-C ARASINDAKİ İLİŞKİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	38

İKİNCİ BÖLÜM

ABC BİLGİ DEĞİŞİMİNİN YATAY UNSURU

2.1 DEĞİŞTİRİLEN BİLGİLERİN NİTELİĞİ.....	42
2.1.1.Stratejik Bilgi.....	46
2.1.2 Pazarı Kapsama	47
2.1.3 Bilgi Değişiminin Kamuya Açık Olup Olmaması.....	47
2.1.4 Anonim Bilgi ve Teşebbüs Özelinde Bilgi.....	48
2.1.5 Değiştirilen Bilginin Güncelliği.....	49
2.1.6 Bilgi Değişiminin Sıklığı.....	50
2.2 YATAY İHLAL TÜRLERİ ve BİLGİ DEĞİŞİMİ.....	52
2.2.1 Uyumlu Eylem ve ABC Bilgi Değişimi.....	54
2.2.2 Yatay Anlaşma ve ABC Bilgi Değişimi.....	58
2.2.3 Teşebbüs Birliği Kararları ve ABC Bilgi Değişimi.....	65

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ABC BİLGİ DEĞİŞİMİNİN DİKEY UNSURU

3.1. YENİDEN SATIŞ FİYATINA MÜDAHALE.....	71
3.1.1. Leegin Kararı ve Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi.....	73
3.2 FİYAT DIŞI DİKEY KISITLAMALAR.....	77
3.2.1 Alıcı Gücünün Kötüye Kullanılması.....	78
3.2.2. Pasif Satışların Engellenmesi.....	79
3.2.3 Rekabet Etmeme Yükümlüğü.....	82
3.3. MATRİS YAPILI ABC BİLGİ DEĞİŞİMİNDE DİKEY İHLAL UNSURU....	83

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ABC BİLGİ DEĞİŞİMİNİN İSPATI ve YAPTIRIM UYGULANMASI

4.1. ABC BİLGİ DEĞİŞİMİNİN İSPATI.....	84
4.1.1 İspat Standardı.....	85
4.1.2 Devam Eden Tek İhlal Yaklaşımı.....	90
4.1.3 ABC Bilgi Değişimi ile Devam Eden Tek İhlal Yaklaşımı İlişkisi.....	95
4.2. ABC BİLGİ DEĞİŞİMİNE YAPTIRIM UYGULANMASI.....	101

BEŞİNCİ BÖLÜM

TÜRK REKABETKURULU KARARLARINDA ABC BİLGİ DEĞİŞİMİ

5.1 LSİD KARARI.....	107
5.2 ANADOLU ELEKTRONİK KARARI.....	112
5.3 OYUN KONSOLU KARARI.....	117
SONUÇ.....	124
KAYNAKÇA.....	127

ÖZET

ABC bilgi değişimi (*hub & spoke*) son dönemde rekabet hukuku öğretisinin ve uygulayıcıların dikkatini çeken, diğer rekabet hukuku ihlal türlerinden farklılaşan yeni bir konudur. ABC bilgi değişiminin genel yapısı, genellikle ihlal kararları kapsamında anlaşılmakta birlikte öğretide ve uygulamada hukuki niteliği halen tartışılmaktadır. İngiltere rekabet otoritesinin 2003 yılında verdiği ilk ABC bilgi değişimi kararından bu yana AB üye ülkeler rekabet otoriteleri ve ABD mahkemeleri ABC bilgi değişimine dair kararlar vermeye devam etmiştir. Türk Rekabet Kurulu da son dönemde ABC bilgi değişimi tartışmalarını içeren soruşturmalar yürütmüştür.

Çalışmamızda ABC Bilgi Değişimi kavramının kaynağı, bu atipik ihlal türünün niteliği, tarafların hukuki sorumluluğu, ABC bilgi değişiminin bir ihlal türü olarak dikey mi yoksa yatay mı olduğu, bu ihlal türünün nasıl ispat olunacağı, bu ihlal türünün hukuki nitelendirmesinin neden önemli olduğu ve bu ihlale nasıl yaptırım uygulanacağı konuları üzerinde durulacaktır. İngiltere ve Kıta Avrupası rekabet otoritelerinin ve ABD mahkemelerinin kararlarına çalışma içindeki bölümlerde karşılaştırmalı olarak değinilmiştir.

Türk Rekabet Kurulu'nun ABC bilgi değişimi tartışmalarının yapıldığı üç kararına çalışmamızın son bölümünde yer verdik. Bu kararlar üzerinden Rekabet Kurulu'nun ABC bilgi değişimi tanımına, soruşturma evresinde ABC bilgi değişiminin ispatı için hangi unsurların varlığının arandığına değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: ABC bilgi değişimi, rekabet ihlali, hub & spoke, dikey kısıtlama, yatay kısıtlama.

ABSTRACT

ABC information exchange (hub & spoke) is a new subject that differentiates itself from other types of competition law violations that have recently attracted the attention of competition law doctrine and practitioners. The general structure of the ABC information exchange is usually understood in the context of infringement decisions, but the legal nature of it is still being discussed. Since the first ABC information exchange decision of the UK competition authority in 2003, the EU member states have continued to make decisions about competition authorities and ABC information exchange with US courts. The Turkish Competition Board has also recently conducted investigations involving ABC information exchange discussions.

The source of the ABC Information Exchange concept, the nature of this atypical infringement, the legal responsibility of the parties, whether the ABC exchange of information is vertical or horizontal as a breach, how this breach should be proven, why it is important to know the legal nature of this breach, the issues to be sanctioned will be emphasized. The decisions of the Competition Authorities of the United Kingdom and Continental Europe and the courts of the United States have been referred to as comparative examinations in the working sections.

We have included in the final part of our work on the three decisions of the Turkish Competition Board concerning ABC information exchange discussions. The Competition Board's definition of ABC information exchange was based on these decisions, and the elements of ABC information exchange for prosperity were sought in the investigation phase.

Key Words: Hub & spoke conspiracy, infringement, hub & spoke, vertical restrain, horizontal restrain.

KISALTMALAR

AB Avrupa Birliği

ABD Amerika Birleşik Devletleri

ABİDA Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma

A.g.e Adı geçen eser

ATP Airline Tariff Publishing

AR-GE Araştırma geliştirme

Bkz. Bakınız

CAT Competition Appeal Tribunal

FTC Fair Trade Commission

LSİD Lastik Sanayicileri ve İthalatçıları Derneği

OEM Orjinal ekipman pazarı

OFT Office of Fair Trading

MFC Most favored customer

TRU Toys R Us

RKHK Rekabeti Korunması Hakkında Kanun

US United States

V.d Ve devamı

YSFB Yeniden satış fiyatının belirlenmesi

TABLO LİSTESİ

TABLO 1:Basit yapılı ABC bilgi değişimi.....	9
TABLO 2: Merkezin satıcı olduğu ABC bilgi değişimi.....	9
TABLO 3: Matris yapılı ABC bilgi değişimi.....	10
TABLO 4: Merkezin bilgi değişimindeki yönlendirmesi.....	97
TABLO 5: Merkez olarak Anadolu Elektronik.....	115
TABLO 6: Merkez olarak Aral.....	119

GİRİŞ

ABC bilgi değişimi Birleşik Krallık'taki ilk kararlarda *hub & spoke* olarak adlandırılmıştır. *Hub & spoke* kavramı rekabet hukukunda yer edinmeden önce iş dnyasında, özellikle ulaştırma sektöründe kaynakların daha etkin kullanılması için üretilmiş bir iş modelidir. Noktadan noktaya taşıma sistemi yerine 1955 Yılında Delta Havayolları şirketi terminal (*hub*) bir merkez belirleyerek az sayıda yolcu ile havalanan uçak sorununa karşı terminalde yolcu toplaşması sağlamıştır. Bu şekilde uçuş maliyetlerinde ve uçak bileti fiyatlarında önemli düşüş olmuşmuştur. Ardından bu iş modeli Fedex şirketi tarafından kargo hizmeti için kullanılmaya başlanarak kargolar stratejik merkezlere (*hublara*) ulaştıktan sonra belirli miktar yoğunlaşması sağlanmıştır. Kargo dağıtımında küçük miktar için harcanan enerji ve işgücünden tasarruf sağlanmıştır. ¹ Her hat (*spoke*) belirlenen bir merkeze (*hub*) bağlanarak ölçekler büyütülerek, azaltılan maliyet, uçuş ve taşıma rotalarının artmasını, fiyatların düşmesini sağlamıştır. Daha sonra *hub & spoke* kavramı ortak sağlayıcı ya da ortak satıcı üzerinden dolaylı bilgi değişiminin yapıldığı rekabet ihlalleri için kullanılmaya başlanmıştır.

Rekabet hukukunda ABC bilgi değişimi ise adından da anlaşılacağı üzere bilgi değişiminin bir türüdür. Değiştirilen bilgi rekabet hukuku bakımından hassas nitelikteki bilgidir. ABC bilgi değişiminde bilgi değişimi dolaylı olarak yani bir kanal üzerinden yapılır. Pazarın aynı seviyesinde faaliyet gösteren teşebbüsler doğrudan bilgi değişimini ya hiç yapmamaktadır ya da dolaylı bilgi değişiminin yanında doğrudan bilgi değişimi az sayıda yapılmaktadır. ABC bilgi değişiminin çoklu ilişkiye dayanan yapısı, bu bilgi değişiminin yapıldığı pazarların karmaşık yapısından gelmektedir. Çalışmamızın amacı öğretiler ve uygulamada güncel olan bu atipik rekabet ihlalinin hukuki niteliğini ortaya çıkarmaktır. ABC bilgi değişiminin

¹ Lin, Cheng-Chang, Lin, Yu-Jen, Lin, Dung-Ying; The Economic Effects of Center-to-center Directs on Hub-and-spoke Networks for Air Express Common Carriers; 2003, sayfa 260, https://www.researchgate.net/publication/247116794_The_economic_effects_of_center-to-center_directs_on_hub-and-spoke_networks_for_air_express_common_carriers, Erişim Tarihi: 02.03.2018.

yatay bir ihlal türü mü yoksa dikey bir ihlal türü mü olduğu rekabet hukuku bakımından kanımızca en önemli sorundur. ABC bilgi değişiminin tarafı olan teşebbüslerin pazarın farklı seviyelerinde faaliyet göstermesi bir taraftan bu ihlalin tespitini zorlaştırmakta diğer taraftan yukarıda belirttiğimiz üzere ihlalin dikey nitelikte mi yoksa yatay nitelikte mi olduğunun tespit edilmesini zorlaştırmaktadır. Öğretide ve uygulamada bu sorulara net cevap verilmemesi; ABC bilgi değişiminin hukuki niteliği konusunda sınırlı sayıda ve dar kapsamlı makalelerden öte inceleme olmaması konunun hukuki değerlendirmesinin önemini artırmaktadır.

ABC bilgi değişiminin ortaya çıkma sebebi ise çok sayıda oyuncunun olduğu pazarların yapısının, yoğunlaşmalar nedeniyle değişmesidir. Birleşme, devralma ve iflaslar sonucunda ulusal pazarlarda faaliyet yürüten teşebbüs sayılarında azalma olmaktadır. İlgili pazarda faaliyet yürüten teşebbüslerin azalması sebebiyle de teşebbüslerin bilgi değişimi sonucunda pazara etki etme imkanı artmaktadır.² Az sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği bir pazarda, bilgi değişimi yapan teşebbüslerin fiyata etki etme imkanı artar.

Çok sayıda, örneğin yüz perakendeci teşebbüsün faaliyet gösterdiği bir pazarda bilgi değişimi yoluyla pazara etki etme imkanı kısıtlıdır. Bilginin pazardaki teşebbüslere dağılması süresi içinde piyasa koşullarındaki değişim, tüm teşebbüslerin iletilen bilgiyi alıp almadığı gibi sorunlar bilgi değişiminin piyasa fiyatına etkisini azaltacaktır. Ancak ABC bilgi değişimine ilişkin aşağıda örnek tablolarda verilen şekilde iki perakendeci ve bir sağlayıcının faaliyet gösterdiği yani az sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği farazi bir pazarda bilgi değişimi piyasa fiyatına doğrudan etki eder. ABC bilgi değişimi bu farazi pazarda teşebbüslerin rekabet hukukunu ihlal ederek kazanç elde etmesini sağlar. İşte bu nedenle birleşme, devralma ve iflaslar ile pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin sayılarının azalması ABC bilgi değişimini rekabet ihlali için uygun bir araç haline getirmektedir. Türk

² Pişmaf bilgi değişiminin negatif etkilerinin az sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği pazarlarda baskın olacağını belirtmiştir. Ayrıca yazarın kırk numaralı dipnotunda az sayıdan kaç teşebbüs anlaşılması gerektiği tartışılmıştır. Pişmaf, Şamil, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, İktisadi ve Hukuki Açından Teşebbüsler Arası Bilgi Değişimi, 2012, sayfa 21 ve 61.

Rekabet Kurulu da Oluklu Mukavva Sanayicileri Derneği kararında yoğunlaşmanın az olduğu ve pazarın karmaşık olduğu durumlarda rakip teşebbüslerin işbirliğine gitmesinin zor olduğunu belirtmiştir.³

Yoğunlaşmalarla bağlantılı olarak alıcı gücünün artması kanımızca ABC bilgi değişiminin bir diğer ortaya çıkma sebebidir. Yoğunlaşmalar sonucunda alıcı gücündeki artış sağlayıcıların güçlü perakendecilere olan bağımlılığını artırmaktadır.⁴ Bu durumda sağlayıcılar için güçlü perakendeciler ile işbirliği yapmak yani rekabete aykırı anlaşma/uyumlu eylemlerde bulunmak ekonomik kayıpların azaltılmasına yararmaktadır.

Yukarıda ABC bilgi değişiminin ortaya çıkma nedeni olarak ilgili pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin sayısındaki azalma ve bunun sonucunda piyasa fiyatına bilgi değişimi ile etki etme imkanının artmasını gösterdik. Bu sonuca ulaşmamızın dayanağı ise çalışmamızda ABC bilgi değişimi için incelediğimiz kararlardır. Office of Fair Trading'in (OFT) *Replica Kit*⁵ ve *Tesco*⁶ kararları, Alman rekabet otoritesinin gıda perakende kararları⁷, Belçika rekabet otoritesinin temizlik ürünleri kararı⁸, ABD Fair Trade Commission'ın (FTC) *Toys R Us kararı*⁹ çalışmamızda ABC bilgi değişimi kapsamında incelediğimiz kararlardır. Bu kararlarda ABC bilgi değişiminin gerçekleştiği pazarların ortak özelliği yoğunlaşmış pazarlar olmalarıdır.

Rekabet Kurumu Türkiye HTM Perakendeciliği Sektör İncelemesi Nihai Raporu'na göre ilk dört perakendecinin toplam pazar payı İngiltere'de yüzde 68,

³ Rekabet Kurulu, 16-10/162-72, 16.03.2016, paragraf 66.

⁴ Rekabet Kurumu, Türkiye HTM Perakendeciliği Sektör İncelemesi Nihai Raporu, 2012, sayfa 156 vd.

⁵ OFT, CA98/06/2003, 01.08.2003.

⁶ Competition Appeal Tribunal, 1188/1/1/11, 20.12.2012,

⁷ Alman rekabet otoritesi,

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Meldungen%20News%20Karussell/2016/09_05_2016_Vertikalverfahren-Bier.html.

⁸ Belçika rekabet otoritesi, ABC-2015-I/O-19-AUD, 22.06.2015.

⁹ US Court of Appeals, 98-4107, 01.08.2000.

Almanya’da ise yüzde 67’dir.¹⁰ Belçika temizlik ürünleri kararında ise ceza alan teşebbüslerin pazar payları ve pazarın genel yapısı hakkında ayrıntılı bilgi verilmemesine rağmen kararda açık şekilde distribütörlerin temizlik ürünleri pazarında toplamda büyük bir paya sahip olduğu belirtilmiştir.¹¹ Aynı şekilde ABD oyuncak pazarı da yoğunlaşmanın olduğu bir pazardır.¹²

Çalışmamızın ilk bölümünde ABC bilgi değişimine ilişkin Türk Rekabet Kurulu’nun tanımına, öğretide ilk olarak bu ihlal türünün nasıl tanımlandığına yer verdik. Anlatım kolaylığı sağlamak için ABC bilgi değişiminin yollarını yani bilginin değiştirilme yöntemini içeren tablolar kullandık. Tablolarda anlatım basitliğini sağlamak için üç süjeli basit bir yapı öngördük. Tablo 1’de, iki satıcı (A ve C) ve bir sağlayıcının (B) olduğu model, Tablo 2’de ise iki sağlayıcı (A ve C) ve bir satıcının (B) olduğu modeli gösterdik. Her iki tabloda da B bilgi değişimine aracılık eden teşebbüsü, A ve C ise dolaylı bilgi değişimi yapan teşebbüsleri temsil etti. İnceleme yöntemi olarak ise her sünün rolü hakkında ayrı ayrı açıklama yaptık. Bu açıklamalarımızda anlatım kolaylığı için her zaman Tablo 1’deki basit yapıya atıf yaptık. Bu bakımdan çalışmamız okunurken Tablo 1’in her zaman zihinde canlandırılması gerekmektedir.

Tablo 3 ise uygulamada karşımıza çıkan ve perakende sektörünün karmaşık yapısını yansıtan bir tür ABC bilgi değişimini anlatmak için kullandığımız şablondur. Tablo 3’deki karmaşık yapıyı ihlali örnek kararlar üzerinden anlattık.

ABC bilgi değişiminin tarafı olan teşebbüslerin hangi hallerde hukuki sorumluluğu olduğu, hangi fiillerinin ABC bilgi değişimi kapsamında olduğunu teşebbüsler A,B ve C açısından çalışmamızın ilk bölümünde inceledik. Öğretide Odudu, ABC bilgi değişimini A ile B arasındaki ilişki ve B ile C arasındaki ilişki

¹⁰ Rekabet Kurumu, <http://www.rekabet.gov.tr/Dosya/sector-raporlari/6-hizli-tuketim-mallari>, sayfa 6, Erişim Tarihi:02.11.2017.

¹¹ Belçika rekabet otoritesi, ABC-2015-I/O-19-AUD, 22.06.2015, sayfa 7, paragraf 23.

¹² US Court of Appeals, 98-4107, 01.08.2000, sayfa 3.

üzerinden incelemiştir.¹³ Çalışmamızda bu yöntemin yerine teşebbüsler A,B ve C için ayrı ayrı alt bölümlerde sorumluluklarını inceleme yöntemini seçtik.

Teşebbüs A için yaptığımız açıklamalarda OFT'nin Replica Kit kararının üzerinde durduk. Teşebbüs B için yaptığımız açıklamalarda ise ikili bir ayrıma gittik. Teşebbüs B'nin bilgi değişimine aracılık eden teşebbüs olarak teşebbüs A ve C ile dikey ilişki içinde olduğu ve dikey ilişki içinde olmadığı durumları kararlar üzerinden değerlendirdik. Avrupa Komisyonu'nun AC Treuhand ve E-book kararlarını teşebbüs B'nin, A ve C ile dikey ilişki içinde olmadığı durumlar için örnek olarak kullandık. Teşebbüs B'nin dikey ilişki içinde olduğu durumlar içinse OFT'nin Tesco kararını, FTC'nin ise Toys R Us, Belçika rekabet otoritesinin temizlik ürünleri ve Alman rekabet otoritesinin gıda perakende kararlarını kullandık. Teşebbüs C'nin hukuki sorumluluğunu incelediğimiz alt bölümde ise C'nin pasif kalmasının hukuki sorumluluğuna etkisini tartıştık.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise ABC bilgi değişiminin yatay unsuru yani yatay bilgi değişimi üzerinde durduk. Değiştirilen bilginin neler olabileceği yani hangi tür bilgilerin değişiminin ihlal oluşmasını sağlayacağını inceledik. Bunun yanında yatay ihlal türleri olan anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları ile ABC bilgi değişimi arasındaki ilişkiye bu bölümde değindik.

ABC bilgi değişimini diğer ihlal türlerinden ayıran, onu çift taraflı hale getiren dikey ihlal unsuruna ise çalışmamızın üçüncü bölümünde değindik. A ve C'nin gerçekleştirdiği yatay ihlal yanında, teşebbüs B'nin gerçekleştirdiği dikey ihlalın ABC bilgi değişiminde nasıl gerçekleştiğini; bu ihlalın ne tür bir dikey ihlal olduğunu bu bölümde değerlendirdik.

¹³ Odudu, Okeoghene, Handbook On European Competition Law, 2013, sayfa 242 v.d.

ABC bilgi değişiminin ispatı ve bu ihlale yaptırım uygulanması dördüncü bölümde incelendi. ABC bilgi değişiminin ispatı için nasıl bir ispat standardı uygulanması gerektiği üzerinde bu bölümde durduk. Bunun yanında rekabet hukukunda son dönemde tartışılan, devam eden tek ihlal yaklaşımının ABC bilgi değişiminin ispatında sağlayabileceği faydaya da bu bölümde değindik. ABC bilgi değişimine yaptırım uygulanması ise özellikle pişmanlık hükümlerinin uygulanmasının mümkün olup olmadığı ekseninde tartışılmıştır.

Çalışmamızın son bölümünde ise Türk Rekabet Kurulu'nun verdiği son dönem kararlarını ABC bilgi değişimi kapsamında inceledik. Bu bölümde ABC bilgi değişimi tartışması yapılan kararların değerlendirmesini yaptık.

BİRİNCİ BÖLÜM

REKABET İHLALİ OLARAK ABC BİLGİ DEĞİŞİMİNİN NİTELİĞİ

Türkiye, AB ve ABD rekabet hukuku mevzuatında ABC bilgi değişiminin tanımı bulunmamaktadır. İngiltere ve diğer Avrupa rekabet otoritelerinin ve ABD mahkemelerinin kararları ABC bilgi değişimi kavramını ortaya çıkarmıştır. Yeni bir ihlal türü olarak nitelendirilmesi ise hem dikey hem de yatay ihlal özelliklerini aynı anda gösterebilmesinden gelmektedir.

Çalışmamız için ABC bilgi değişimi ismi, Türk Rekabet Hukuku'nda bu konuda düzenleme ya da öğretide tarafından yapılmış belirli bir tanımlama bulunmaması nedeniyle kullanılmıştır. Türk Rekabet Kurulu, 16 Aralık 2015 tarihli Lastik Sanayicileri ve İthalatçıları Derneği kararında ABC bilgi değişimine ilişkin bir tanıma, öğretide *Odudu*'ya atıf yaparak yer vermiştir. Bu tanıma göre ABC bilgi değişimi; birbirinden bağımsız rakip teşebbüslerin, dikey ilişki içerisinde bulunan ortak bir sağlayıcı veya perakendeci kanalıyla bilgi değişimi gerçekleştirilmesi olarak tanımlanmaktadır.¹⁴ Bu karara çalışmamızın beşinci bölümünde değineceğiz.

Türk rekabet öğretisinde ise Aslan tarafından bilgi değişimi başlığı kapsamında, ABC bilgi değişiminden *hub & spoke* bilgi değişimi olarak bahsedilmiştir.¹⁵ Yazar *hub & spoke* bilgi değişiminin rakiplerin biraraya gelmeden rekabete hassas bilgi değişimini üçüncü bir teşebbüs aracılığıyla yapması olarak tanımlamıştır.¹⁶

¹⁴ Rekabet Kurulu, 15-44/731-266, 16.12.2015, sayfa 7.

¹⁵ Aslan, Yılmaz, Rekabet Hukuku Teori Uygulama Mevzuat, 2017, sayfa 418 v.d.

¹⁶ Aslan, Rekabet Hukuku Teori Uygulama Mevzuat, 2017, sayfa 418.

ABC bilgi değişiminin İngilizce karşılığı için Avrupa ve Amerikan rekabet hukuklarında *Hub & Spoke Cartel*, *Hub & Spoke Conspiracy*¹⁷ ifadeleri kullanılmaktadır. Bu iki ifade arasındaki fark dahi konuya ilişkin tartışmaların güncelliğini yansıtmaktadır. Çalışmamızda *Hub & spoke* kavramının Türkçe karşılığı için ABC bilgi değişimini kullanmamızın sebebi ise Türk Rekabet Kurulu'nun konuya değindiği ilk kararda bu ismi yani ABC bilgi değişimi ismini kullanmasıdır.¹⁸ Çalışmamız hazırlandığı sırada Türk Rekabet Kurumu tarafından yayınlanan güncel Rekabet Terimleri Sözlüğü'nde ABC bilgi değişimi veya *hub & spoke* başlığı henüz bulunmuyordu.¹⁹

ABC bilgi değişimi genel olarak rakip teşebbüslerin bir aracı vasıtasıyla bilgi değiştirmesidir. Tablo 1 ve Tablo 2'de görüleceği üzere A ve C teşebbüsleri birbirlerine dair bilgileri dolaylı yoldan -B vasıtası ile- öğrenmektedirler.

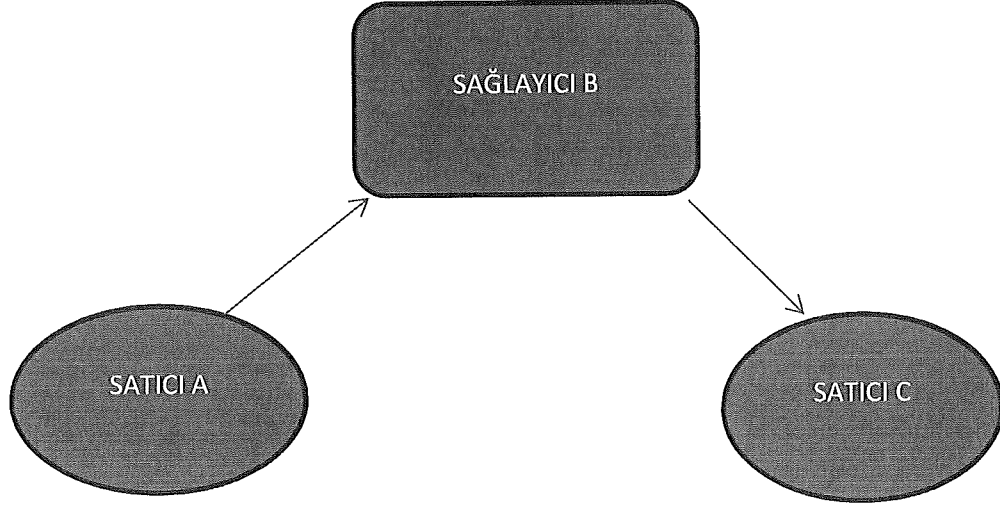
Doğrudan bilgi değişimi hiç olmaması ya da doğrudan bilgi değişimi olmakla birlikte bu değişimin ihlalde belirleyici olmaması ABC bilgi değişimini diğer rekabet hukuku ihlal türlerinden ayıran en önemli özelliklerden biridir. ABC bilgi değişiminde baskın olan unsur dolaylı bilgi değişimidir. Yatay bilgi değişimi yani rakip teşebbüsler olan A ile C arasında doğrudan bilgi değişimi, ya hiç yoktur ya da dolaylı bilgi paylaşımı yanında önemsiz kalmakta, rekabet ihlali dolaylı bilgi değişimi ile yapılmaktadır. Rekabete hassas bilgi bir kanal üzerinden paylaşılmaktadır. Tablo-1'de sağlayıcı B kanal durumunda olup, rakip satıcı teşebbüsler A ve C arasında bilgi değişimini sağlamaktadır. Pazarın farklı seviyesindeki teşebbüs B, pazarın farklı seviyesinde faaliyet gösteren A ve C arasında bilgi değişimine aracılık etmektedir. Tablo-2'de ise satıcı B, sağlayıcılar A ve C'nin arasında bilgi değişimine aracılık etmektedir. Görüldüğü üzere merkez (*hub*) sağlayıcı olabileceği gibi satıcı da olabilmektedir.

¹⁷ Orbach, Barack, *Hub & Spoke Conspiracies*, https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/apr16_orbach_4_11f.authcheckdam.pdf, Erişim tarihi: 22.06.2017

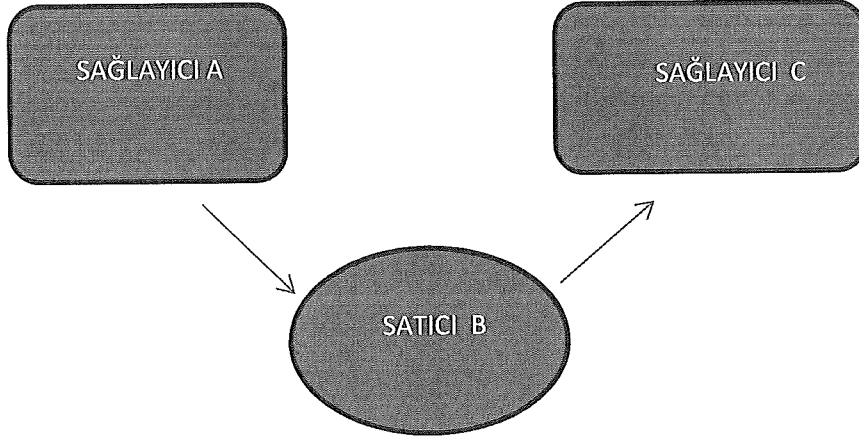
¹⁸ Rekabet Kurulu, 15-44/731-266, 16.12.2015, sayfa 7; LSİD kararına çalışmamızın beşinci bölümünde değineceğiz.

¹⁹Rekabet Kurumu, Rekabet Terimleri Sözlüğü.

Tablo 1



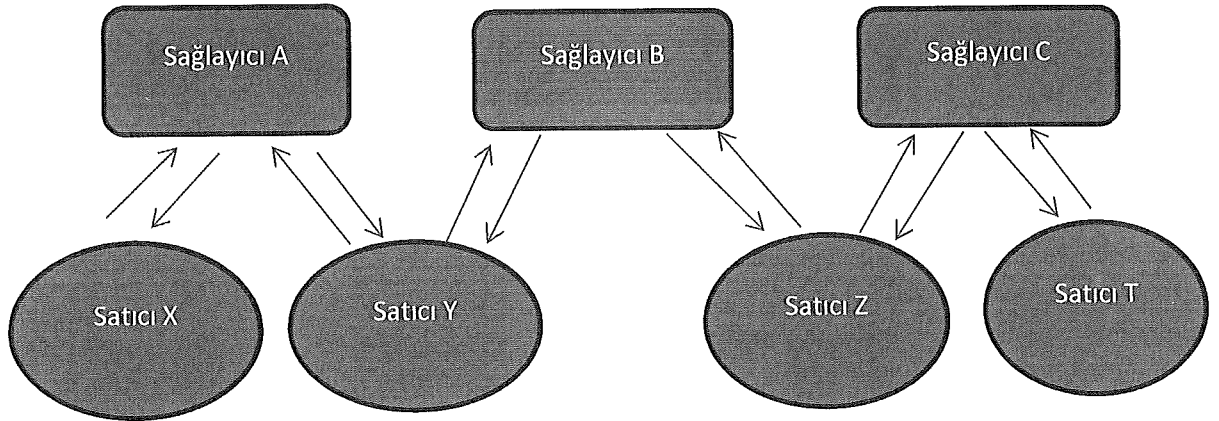
Tablo 2



Tablo 3'de ise matris yapısı içinde ABC bilgi değişimi gerçekleşmektedir. Satıcılar X,Y,Z ve T nihai satış fiyatları konusunda doğrudan haberleşme yapmamaktadır. Bu sayılan teşebbüsler geleceğe dönük nihai satış fiyatlarını

sağlayıcılar A, B ve C üzerinden haberleşerek birlikte belirlemektedirler. Öte yandan bu matris yapısı pazarın farklı seviyesinde yani sağlayıcı seviyesinde de rakip teşebbüsler A,B ve C arası bilgi değişimine olanak tanımaktadır. Aşağıda açıklanacağı üzere bu yapı pazarı ağ gibi sarmakta, pazarın hem sağlayıcı hem satıcı seviyesini kapsayan kartele yol açabilmektedir.²⁰ Çalışmamızda ilerleyen bölümlerde anlatımı kolaylaştırmak için Tablo 1 ve Tablo 2'deki basit yapıyı yani üç süjenin (A,B ve C) yer aldığı bilgi değişimi yapısını esas alacağız. Tablo 3'de yer alan matris yapılı ABC bilgi değişimine ise karşılaştırmalı olarak yer verilecektir.

Tablo 3



ABC bilgi değişiminde Teşebbüs A, geleceğe dönük rekabete hassas bilgiyi dikey ilişki içinde olduğu pazarın farklı seviyesinde faaliyet gösteren teşebbüs B'ye iletmekte; teşebbüs B bu bilgiyi A'nın rakibi olan ve A ile aynı pazarda faaliyet gösteren dikey ilişki içinde olduğu teşebbüs C'ye iletmektedir. Bu yapıda rakip teşebbüsler olan A ve C dolaylı yoldan bilgi paylaşımı yapmaktadır. Teşebbüs B'nin, A'nın bilgilerini C ile birlikte A'nın diğer rakiplerine de vermesi söz konusu olabilir. Yani B, A ile aynı pazarda faaliyet gösteren C ve diğer teşebbüslerin bilgi

²⁰ Alman rekabet otoritesi, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/09_05_2016_Bier.html, Erişim tarihi: 24.02.2017.

akışında merkez (hub) rolündedir. Rekabete hassas bilgi bu merkezden yani B'den, pazarda faaliyet gösteren C ve varsa diğer A'nın rakibi teşebbüslere dağılmaktadır (spoke).

Öğretide ABC bilgi değişimi için iki safhalı bir inceleme yapılması gerektiği belirtilmektedir. Odudu, teşebbüs A ile teşebbüs B arasındaki bilgi paylaşımını birinci safha, teşebbüs B ile teşebbüs C arasındaki bilgi paylaşımını ise ABC bilgi değişiminin ikinci safhası olarak tespit etmektedir.²¹ Odudu'nun aynı zamanda rekabet uyum testi olan iki safhalı inceleme yöntemi yerine, çalışmamızda inceleme yöntemi olarak her bir süje açısından hukuki durumu tek tek inceleyeceğiz.

1.1 TEŞEBBÜS A'NIN DURUMU

Teşebbüs A'nın rekabet hukukunu ihlal eden davranışı, dikey ilişki içinde olduğu teşebbüs B'ye, yatay düzlemde rakibi olan teşebbüslere aktarması amacıyla hassas bilgileri vermesidir. Teşebbüs A'nın, dikey ilişki içinde olduğu teşebbüs B'ye bilgi vermesi tek başına rekabet ihlali değildir. Zira dikey ilişki içinde, sağlayıcı ile satıcının fiyat ve benzeri konularda konuşması doğaldır. ABC bilgi değişiminin varlığı için teşebbüs A'nın, verdiği bilginin B tarafından, A'nın rakiplerine geçirileceğini bilmesi ve istemesi gerekmektedir. Bu şarta, aşağıda değineceğimiz Court of Appeal'in Replica Kit kararının gerekçesinde de yer verilmiştir.²² Teşebbüs A'nın bilgi paylaşımındaki amacı, bu bilgiyle teşebbüs B'nin pazara (teşebbüs C'ye) müdahale etmesini sağlamaktır.

Teşebbüs A'nın sağlayıcı B ile hangi tür konuşmalarının ABC bilgi değişimi olarak nitelendirileceği tartışılması gereken bir konudur. Teşebbüs A'nın daha iyi satış koşulları için teşebbüs B ile pazarlık yapması, bu konuşmalarda gelecek dönem fiyatlarının tartışılması, hatta teşebbüs A'nın sadece kendisi için daha iyi satış koşulları elde etmek amacıyla rakip teşebbüs C'nin satış fiyatlarından şikayet etmesi

²¹ Odudu, Handbook On European Competition Law, 2013, sayfa 246.

²² Court Of Appeal, 2005/1071, 1074, 1623, 19.10.2006, paragraf 141.

dikey ilişki içinde olağan bir durumdur.²³ Yani teşebbüs A'nın örneğin teşebbüs C'nin fiyatlarından şikayet etmesi, C ile aynı veya daha avantajlı satış koşulları için teşebbüs B'ye baskı yapması rekabet ihlali değildir. Ancak A'nın, teşebbüs C'nin fiyatlarından şikayet etmesi, bu şikayetinin C'ye iletileceğini bilmesi ve istemesi ve B'nin de C ile teşebbüs A'nın iletmiş olduğu bilgi kapsamında anlaşmaya varması ABC bilgi değişimine neden olmaktadır.

Diğer taraftan teşebbüs B'nin, A'nın bilgisi dışında aralarında geçen rekabete hassas konuşmaları A'nın rakibi teşebbüs C'ye aktarması halinde teşebbüs A'nın rekabet hukuku kapsamında sorumluluğu doğacak mıdır? Teşebbüs A'yı, özel amacı olmadan, rekabeti ihlal etme kastı olmadan dikey ilişki içinde olduğu teşebbüs B ile yaptığı konuşmalardan ötürü sorumlu tutmak kanımızca hukuki güvenlik ilkesine ve ticari hayatın günlük işleyişine aykırı olacaktır. Teşebbüs A'nın sorumluluğu için rekabete hassas bilginin B vasıtası ile C'ye geçmesinin bilinmesi ve istenmesi gerekmektedir. Yani A'nın saiki, hukuki sorumluluğu için belirleyicidir. A'nın rekabet hukuku kapsamında kusurlu olabilmesinin şartı A'nın özel kastının olması yani bilgiyi teşebbüs B ile paylaşırken rakibi C'ye bu bilginin geçeceğini bilmesi ve istemesidir.

ABC bilgi değişiminde teşebbüs A'nın kusurlu hareketi ancak özel bir kast ile gerçekleşebilir. Özel kast ise amaç kavramı ile bağlantılıdır. Amaç, kasttan önce gelen, kastı hazırlayan bir düşüncedir.²⁴ Genel kasttan farkı belirli bir amaca yönelmiş irade olmasıdır. Teşebbüs A'nın rekabeti ihlal için yaptığı bilgi değişiminin amacı, teşebbüs B'nin bu bilgileri A'nın rakibi teşebbüs C'ye aktaracağını bilmesi ve istemesidir. Bu nedenle A'nın rekabet ihlalden sorumlu tutulabilmesi için teşebbüs B ile bilgi paylaşırken bu bilgilerin B tarafından C'ye aktarılacağını bildiğinin ve istediğinin delillendirilmesi gerekmektedir. Bunun dışındaki, teşebbüs A'nın dikey ilişki içinde olduğu teşebbüs B ile konuşmalarını ABC bilgi değişimi kapsamına

²³ Court Of Appeal, 2005/1071, 1074, 1623, 19.10.2006, paragraf 82.

²⁴ İçel, Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2016, sayfa 434., Artuk E. Özgürlüğü Tahdit Cürmü, Halid Kemal Erbil'e Armağan, İstanbul 1996 sayfa 48.

sokmak A ve B açısından ölçülemeyen bir riske ve hukuki güvensizliğe neden olacaktır.

Diğer taraftan teşebbüs A'nın özel kastının ispatı soruşturma yürüten rekabet otoritelerinin ispat yükünü artırmaktadır. Özel kast sonuç olarak bir saikin ispatını gerektirir. Bir niyetin ispatı kimi zaman imkansız olabilmektedir. Ancak bir teşebbüsü –teşebbüs A- söz konusu pazardaki ürünün sağlayıcısı veya dağıtıcısı olan teşebbüs ile yaptığı görüşmelerden dolayı belirsiz bir rekabet hukuku riski ile karşı karşıya bırakmak kanımızca hukuk güvenliği ilkesine de aykırı olacaktır. Bu nedenle saike yönelmek ve rekabet otoritesinin özel kastı ispatını aramak en adil çözüm olacaktır. ABC bilgi değişiminin ispata ilişkin bu olumsuz tarafı aynı zamanda teşebbüsler tarafından neden rekabet ihlalinin bu şekilde yapıldığını da ele vermektedir. İki rakip teşebbüs arasında rekabete hassas bilgilerin doğrudan değişimi, ispatı nispeten kolay ve soruşturmalarda rekabet otoritelerinin işini kolaylaştıran bir ihlal şeklidir. Ancak bir kanal üzerinden hassas bilgilerin değişimi ve fiyat anlaşmaları incelenmesi gereken bir durumdur. ABC bilgi değişiminin özelliklerinden biri de ortaya çıkarılması, ispat olunması zor yapılar olmalarıdır. ABC bilgi değişiminin ispatı konusunda aşağıda dördüncü bölümde daha fazla açıklama yapacağız.

1.1.1 OFT'nin Replica Kit Kararı Çerçevesinde Teşebbüs A'nın Sorumluluğunun Değerlendirilmesi

İngiltere rekabet otoritesinin (OFT) ABC Bilgi değişimi kararı olan *Replica Kit*²⁵ kararı ile spor ürünleri sağlayıcısı olan teşebbüsler ile bu ürünlerin satıcısı teşebbüslerin, anlaşma ve uyumlu eylemler ile İngiltere Milli Futbol Takımı, Manchester United, Chelsea ve diğer futbol kulüpleri taraftar formalarının nihai satış fiyatlarını belirledikleri ortaya çıkartılmıştır. Sağlayıcı teşebbüs nihai satış fiyatlarında yaşanan rekabetin tavsiye satış fiyatını aşağı çektiğini görerek, başta en

²⁶ OFT, CA98/06/2003, 01.08.2003.

büyük ürün perakendecileri ile ayrı ayrı satış fiyatı konusunda anlaşma yapmıştır. Sağlayıcı zamanla satıcıların geleceğe yönelik satış fiyatlarını birbirlerine aktaracak bir kanal haline gelmiştir. Söz konusu taraftar formalarının yeniden satış fiyatı bu şekilde belirlenmiştir.²⁶

Her ne kadar Replica Kit kararında fiyat bilgisi değişim isteği satıcılardan – A veya C- gelmese de, satıcıların zamanla gelecek dönem fiyatlarını rakipleri ile paylaşılması amacıyla sağlayıcı ile paylaşması önemlidir. OFT'nin yürüttüğü soruşturma nihai satış fiyatına müdahale şüphesi ile başlamış ancak zamanla satıcıların birbiriyle sağlayıcı üzerinden bilgi değişimi yaptığı anlaşılmıştır.

Replica Kit kararı bu nedenle detaylı incelemeyi gerektirmektedir. İngiltere lisanslı futbol kulübü ürünleri pazarında sağlayıcı olan Umbro Holding s Ltd teşebbüsü, İngiltere ve İskoçya premier lig takımları Celtic, Chelsea, Manchester United, Nottingham Forest futbol kulüplerinin ve İngiltere ulusal futbol takımının forma, şort, konç ve diğer ürünlerinin sağlayıcısıdır. Bu ürünlerin perakende satışının yapıldığı pazarda ise Allsports Ltd., Blacks Leisure Group plc., JJB Sports plc., Sports Soccer Ltd. John David (JD) Group, Nike (UK) Ltd. spor mağazaları²⁷ bunların dışında büyük zincir mağazalar – Tesco gibi- faaliyet göstermektedir.

JJB Sports 430 mağazası ile en büyük spor giyim ve lisanslı ürün satıcısıdır. Allsports'un 240, JD'nin 130, Sports Soccer'ın ise 90 mağazası bulunmaktadır. İlgili pazarda en geniş kapsamı ile 3500 mağaza bulunmaktadır. Ancak bunların sadece 1000 kadarı lisanslı ürün satmakta ayrıca lisanslı ürün satan bu 1000 mağazanın bir kısmını yerel futbol kulüplerinin tek mağazalık satış noktaları oluşturmaktadır. İlgili kararda ticari sır olduğu için perakendecilerin pazar payları açıklanmamasına rağmen 430 mağazalı JJB'nin lisanslı ürün satışlarının büyük

²⁶ Court Of Appeal, 2005/1071, 1074, 1623, 19.10.2006, paragraf 41,42,43,46.

²⁷ OFT, CA98/06/2003, 01.08.2003, sayfa 17 ve devamı.

kısmını tek başına gerçekleştirdiği belirtilmektedir.²⁸ Yani lisanslı futbol kulübü ürünleri pazarı değerlendirildiğinde rekabeti ihlal eden JJB, Allsports, Sports Soccer teşebbüslerinin toplam pazar paylarının yüksek olduğu anlaşılmaktadır.²⁹

Pazarın bir diğer özelliği ise tüketicilerin fanatik futbol taraftarlarından oluşmasıdır. Bu tüketiciler sadece kendi tuttıkları futbol takımının lisanslı ürünleri almaktadır. İlgi çekici bir özellik olmak üzere fanatik taraftarlar ürünlerin fiyatını önemsememekte, her yılın ağustos ve eylül aylarına denk gelen sezon başında yeni sezon lisanslı ürünleri satın almaktadırlar.³⁰

OFT'nin tespitine göre Nisan 2000, Ağustos 2001 tarihleri arasında yukarıda belirtilen futbol kulüplerinin lisanslı ürünlerinin satışında rekabet hukuku ihlal edilmiştir. Özellikle İngiltere'de düzenlenen ve İngiliz Ulusal Futbol Takımı'nın da katıldığı Euro 2000 Avrupa Futbol Şampiyonası döneminde de ihlaller gerçekleşmiştir. Öncelikle Umbro tarafından rekabetin ihlal edildiği dönemde süpermarket zincirlerine ürün verilmediği anlaşılmaktadır. Umbro ürün vermemenin gerekçesi olarak iç çamaşırı reyonu, mağaza içi tuvalet, hırdavat reyonu ile yanyana lisanslı ürünlerin satışının yapılmasını istemediğini belirtmiştir.³¹ Rekabet ihlalinin başladığı Nisan 2000 tarihinden önce zincir mağaza grubu olan Tesco'ya ürün verilmiş, Tesco, spor mağazalarında fiyatı 39,99 Sterlin olan lisanslı ürünlerin 19,99 Sterline satışını yapmıştır. Tesco'nun lisanslı ürün stoklarının tükenmesi üzerine Umbro'dan talep ettiği ürünler fabrikaların kapasite yetersizliği gerekçesiyle reddedilmiştir.³² Sports Soccer da önceleri rekabetçi fiyatlar uygulamış ancak Nisan 2000 tarihinden itibaren fiyat anlaşmalarının tarafı olmuştur. Umbro'nun fiyatları belirli bir seviyenin üstüne çıkarma isteği önceleri her bir perakendeci ile yeniden satış fiyatının belirlenmesinden başlamış ancak zamanla Umbro bir merkez haline gelerek perakendecilerin de birbirleri ile fiyat konusunda bilgi değiştikleri bir kanal oluşmuştur.

²⁸ OFT, CA98/06/2003, 01.08.2003, paragraf 25, sayfa 19.

²⁹ OFT, CA98/06/2003, 01.08.2003, sayfa 29, Paragraf 70.

³⁰ OFT, CA98/06/2003, 01.08.2003, sayfa 81, Paragraf 33.

³¹ OFT, CA98/06/2003, 01.08.2003, sayfa 37, Paragraf 94.

³² OFT, CA98/06/2003, 01.08.2003, sayfa 37, Paragraf 93.

Sports Soccer Ltd. soruşturma öncesinde pişmanlık başvurusunda bulunmuştur. 29 Ağustos ve 5 Eylül 2000 tarihlerinde yerinde incelemeler yapılmıştır. Bulunan belgelerden ihlalin ayrıntıları anlaşılmıştır. Sports Soccer'ın fiyatlarından rahatsız olan JJB'nin, Umbro'ya şikayetlerde bulunması üzerine bu şikayetler Umbro tarafından Sport Soccer'a iletilmiştir.³³ Bir süre sonra Sports Soccer da Umbro ile fiyat anlaşması yapmaya başlamış³⁴ ardından Umbro perakendecilerden fiyatlara dair aldığı şikayetleri ve bilgileri diğer perakendeciler ile nihai satış fiyatı konuşmalarında kullanmıştır.³⁵ ABC bilgi değişimi bu şekilde kurulduktan sonra Umbro tarafından her bir perakendecinin nihai satış fiyatlarına müdahale edilmiştir. Replica Kit kararında dolaylı bilgi değişimi esas olmakla beraber, Umbro ile Sports Soccer arasında yapılan bir toplantı sırasında İngiltere Ulusal Futbol Takımı lisanlı ürünlerinin fiyatlarının konuşulması için Allsports, JJB, JD ve Debenhams (bir zincir mağaza) yetkilileri telefonla aranmıştır.³⁶ Debenhams ve JD bu fiyat anlaşması teklifini reddetmişlerdir. Yani ihlal yapan taraflar arasında istisnai de olsa doğrudan bilgi değişimi yapıldığı da tespit edilmiştir. Soruşturma sonucunda OFT'nin tespiti ABC bilgi değişiminin karakteristik özelliğini ortaya koymuştur. Buna göre fiyat tespitine ilişkin tekil ihlaller büyük bir bütünün parçasıdır.³⁷

Kararda özellikle üstünde durmak istediğimiz bir konu da Sports Soccer'ın savunmasına ilişkindir. Sports Soccer fiyat anlaşmalarını Umbro'nun baskısı ile yaptığını iddia etmiştir. Ancak soruşturma konusu belgelerden OFT'nin vardığı sonuç Sports Soccer'ın baskı ile değil kendi iradesi ile fiyat anlaşmalarına uyduğudur.

³³ OFT, CA98/06/2003, 01.08.2003, Sayfa 56, paragraf 158.

³⁴ OFT, CA98/06/2003, 01.08.2003, Sayfa 57, paragraf 158

³⁵ OFT, CA98/06/2003, 01.08.2003, Sayfa 58, paragraf 160.

³⁶ OFT, CA98/06/2003, 01.08.2003, Sayfa 60, paragraf 167.

³⁷ OFT, CA98/06/2003, 01.08.2003, Sayfa 113, paragraf 310.

Replika Kit kararını teşebbüs A'nın sorumluluğu kapsamında değerlendirdiğimizde, teşebbüs A'nın, rekabete hassas bilgiyi, dikey ilişki içinde olduğu teşebbüs B'ye, rakiplerine geçirileceğini bilerek ve isteyerek vermesi gerektiği ortaya çıkmaktadır.³⁸ Yani ABC bilgi değişiminde teşebbüs A'nın sorumlu tutulabilmesi için , B'ye verilen bilginin teşebbüs C'ye iletileceğini bilmesi ve istemesi gerekmektedir. Bu bilinç ve istek olmadan teşebbüs B ile yapılan görüşmeler ve pazarlıklar ABC bilgi değişimine neden olmayacaktır.

Teşebbüs A'nın sağlayıcı B ile hangi tür konuşmalarının riskli olduğu Replica Kit kararında tartışılmıştır.³⁹ Court of Appeal, A'nın daha iyi satış koşulları için B ile konuşmasını, bu konuşmalarda gelecek dönem fiyatlarının tartışılmasını, hatta teşebbüs A'nın sadece kendisi için daha iyi satış koşulları elde etmek amacıyla rakip teşebbüs C'nin satış fiyatlarından şikayet etmesini dikey ilişki içinde olağan bir durum olarak görmüştür.⁴⁰

1.2 TEŞEBBÜS B'NİN DURUMU

Teşebbüs B, A tarafından kendisi ile paylaşılan hassas bilgileri ileten merkez (hub)'dir. B'nin özelliği A ve C ile yatay ilişki içinde olmaması, onlarla pazarın aynı seviyesinde faaliyet göstermiyor oluşudur. Ancak teşebbüs B'nin, A ve C ile dikey ilişki içinde olmaması yani B'nin rekabet ihlali gerçekleşen pazarın hiçbir seviyesinde faaliyet göstermiyor oluşu da incelenmesi gereken bir konudur. Aşağıda ABC bilgi değişiminde teşebbüs B'nin yani merkezin A ve C ile dikey ilişki içinde olmaması ve dikey ilişki içinde olması durumlarına ayrı ayrı değinilecektir.

³⁸ Court Of Appeal, 2005/1071, 1074, 1623, 19.10.2006, paragraf 141.

³⁹ Court Of Appeal, 2005/1071, 1074, 1623, 19.10.2006, paragraf 82,86.

⁴⁰ Court Of Appeal, 2005/1071, 1074, 1623, 19.10.2006, paragraf 82.

1.2.1 Teşebbüs B'nin Dikey İlişki İçinde Olmaması

OFT'nin yukarıda belirttiğimiz Replica Kit kararında teşebbüs B, A ve C ile dikey ilişki içindedir. Bu kararda Umbro, sağlayıcı olarak perakandeciler ile dikey ilişki içindedir. Ancak rekabet otoritelerinin bazı kararlarında dolaylı bilgi değişimine aracılık eden B'nin, teşebbüs A ve C ile dikey ilişki içinde olmaması durumunda ABC bilgi değişiminin olup olmadığı değerlendirilmelidir. Nitekim Avrupa Komisyonu'nun AC Treuhand ve E-Book kararlarında merkezler (hub) yani Treuhand ve Apple, bilgi değişimi yaparak fiyat anlaşması yapan A ve C teşebbüsleri ile dikey ilişki içinde değildirler. Bu iki kararda dolaylı bilgi değişimi dikey anlaşmalar olmadan yapılmışlardır. Ancak uygulayıcıların bir kısmı tarafından teşebbüs B'nin dikey ilişki içinde olmadığı Treuhand ve e-book kararları ABC bilgi değişimi olarak nitelendirilmiştir.⁴¹ Öğretide ise *Odudu* tarafından teşebbüs B'nin dikey ilişki içinde olmadığı durumların ABC bilgi değişimi olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğinin, Komisyon kararları kapsamında açık olmadığı, bu konuda Treuhand ve e-book kararlarından fikir edinilebileceği belirtilmiştir.⁴² Bu nedenlerle aşağıda teşebbüs B'nin, A ve C ile dikey ilişki içinde olmadığı, Komisyon'un, Treuhand ve e-book kararları üzerinde duracağız.

1.2.1.1 AC Treuhand Kararı

1971 yılında Akzo, Atofina ve Peroxid teşebbüsleri yazılı bir kartel anlaşması imzalamışlardır. İmzalanan anlaşmaya daha sonra İspanyol Peroxidos ve Peroxid Degussa UK teşebbüsleri de katılmıştır.⁴³ Yazılı kartel anlaşmasının hükümleri minimum satış fiyatlarını, bölgelerin paylaşımını, rekabet eden kartel üyelerine

⁴¹ Vereecken, Bram, Hub and Spoke Cartels in EU Competition Law, 2014, LLM Paper, Universiteit Gent, sayfa 20, 23. ; Zampa, Gian Luca, Quasi-Vertical Restrictions- Hub & Spoke Practises, sayfa 23.

⁴² *Odudu*, e-books: Vertical Participation in Hub and Spoke Agreements, <https://competitionbulletin.com/2013/07/18/e-books-vertical-participation-in-hub-and-spoke-agreements/>.

⁴³ Avrupa Komisyonu, COMP/E-2/37.857, 10.12.2003, sayfa 5, paragraf 2.

uygulanacak müeyyideleri, anlaşma kapsamındaki bölgeleri ve alt anlaşma yapılacak bölgeleri belirlemiştir.⁴⁴ Peroxide kimyasal nihai ürünlerin üretiminde kullanılan kritik bir ara mamüldür. Akzo, Atofina ve Peroxide'in ülkelere göre pazar payları değerlendirildiğinde⁴⁵ küresel çapta bir kartel olduğu anlaşılmaktadır. Eş zamanlı olarak ABD Adalet Bakanlığı da, ABD'de soruşturma yürütmüştür. Kartel ilerleyen dönemde AC Treuhand'in organizasyonunu yaptığı toplantılar düzenlemiş ve bu toplantılarda alınan kararlar ile yıllarca rekabeti ihlal etmiştir.

Kartel üyeleri arasında bilgi değişimi bu toplantılarda yapılmıştır. Dolayısıyla doğrudan bilgi değişimi de yapılmıştır. Danışmanlık firması AC Treuhand ise 1993 yılından itibaren kartelin faaliyetlerine katılmıştır. Treuhand'in ilgili pazarda dikey ya da yatay nitelikte bir faaliyeti yoktur. Ancak yazılı kartel anlaşmasından ve elde edilen belgelerden anlaşıldığı kadarıyla Treuhand'in kartel üyeleri üzerinde otoritesi vardır. Treuhand'in rolü sekreteryaya görevini aşar nitelikteydi.⁴⁶ Kartel üyelerinden Peroxid Chemie pişmanlık başvurusu yapmıştır. Yapılan başvuruda çarpıcı olan nokta Peroxide Chemie'nin 1971 yılında yapılan yazılı kartel anlaşmasını Treuhand'den tedarik ederek Komisyon'a pişmanlık başvurusu yapmasıdır.⁴⁷

Treuhand'in karteğe dair işlevleri Komisyon tarafından tespit edilmiştir. Toplantıları organize etmek, toplantı notlarını hazırlamak, kartelin ana konularına ilişkin toplantılara katılmak, pazar paylarını hesaplamak ve yazılı kartel anlaşmasına uygun olup olmadıklarını kontrol etmek, 1971 tarihli yazılı anlaşmayı muhafaza etmek, kartel üyeleri arasında uzlaşma sağlamak, anlaşmanın gizli kalması için kartel üyelerine tavsiyede bulunmak⁴⁸ Treuhand'in görevleridir.

⁴⁴ Avrupa Komisyonu, COMP/E-2/37.857, 10.12.2003, sayfa 18, paragraf 84

⁴⁵ Avrupa Komisyonu, COMP/E-2/37.857, 10.12.2003, sayfa 12, paragraf 41.

⁴⁶ Avrupa Komisyonu, COMP/E-2/37.857, 10.12.2003, sayfa 22, paragraf 95-96.

⁴⁷ Avrupa Komisyonu, COMP/E-2/37.857, 10.12.2003, sayfa 18, paragraf 83.

⁴⁸ Avrupa Komisyonu, COMP/E-2/37.857, 10.12.2003, sayfa 21, paragraf 92.

Komisyon kararına göre Treuhand kesinlikle anlaşmanın rekabete aykırı olduğunun farkındaydı.⁴⁹ Treuhand ise anlaşmanın tarafı olmadığını sekreteryaya olarak işlev gördüğünü bu sebeple sorumluluğu olmadığını iddia etmiştir. Komisyon'a göre ise Treuhand'ın ilgili pazarda faaliyeti vardır. Zira Treuhand ilgili pazarda karteli tamamlayıcı bir işleve sahiptir. Dolayısıyla pazarda faaliyetinin olduğu kabul edilmiştir.⁵⁰ Bu karara ilişkin özellikle dikkate değer nokta, kartel üyelerinin doğrudan haberleşmede de bulunması ve en nihayetinde kartel üyeleri ile Treuhand arasında dikey ilişki bulunmamasıdır. Diğer taraftan Treuhand (teşebbüs B) kartel üyelerinden gelen bilgileri diğer üyelere ileterek bilgi değişimine aracılık etmiştir.

Treuhand'ın kartele ilişkin kolaylaştırıcı faaliyeti dolaylı bilgi değişimine aracılık etmesidir. İlgili pazarda faaliyetinin olmadığı, tek kazancının danışmanlık ücreti olduğu açıktır. Komisyon ilgili soruşturmada ABC bilgi değişimine ilişkin bir iddiayı da soruşturmamıştır. Bu bakımdan Treuhand'ın faaliyeti dolaylı bilgi değişimini sağlayarak kartele yardım etmekten ibaret görünmektedir.

1.2.1.2 E-book Kararı ve En Çok Kayırılan Müşteri Şartı

Komisyonun E-book kararı ise yukarıda örnek olarak verdiğimiz tablo 1 ve tablo 2'de, teşebbüs B'nin teşebbüs A ve C ile dikey ilişki içinde olmaması; en çok kayırılan müşteri hükümleri (most favored customer – MFC) içermesi ve bu hükümlerin rekabet ihlalinde belirleyici etkisi olması nedeniyle önemli bir karardır. En çok kayırılan müşteri şartı Rekabet Terimleri Sözlüğü'nde, bir müşteriye sağlanan olumlu alı/satım koşullarının, sözleşmelerinde en çok kayırılan müşteri şartı yer alan müşterilere de yansıtılması olarak açıklanmıştır.⁵¹

⁴⁹ Avrupa Komisyonu, COMP/E-2/37.857, 10.12.2003, sayfa 24, paragraf 102.

⁵⁰ Avrupa Komisyonu, COMP/E-2/37.857, 10.12.2003, sayfa 75, paragraf 345.

⁵¹ Rekabet Kurumu, Rekabet Terimleri Sözlüğü, sayfa 91.

Soruşturmanın gerçekleştiği ilgili pazarda olaylar şu şekilde gelişmiştir: Kasım 2007 tarihinde Amazon firması Kindle ürününü piyasaya sürmüştür. Kindle ürünü ile birlikte satın alınan elektronik kitap (e-book) sayısı ciddi şekilde artmıştır.⁵² Kindle ürünüyle birlikte Amazon e-book fiyatlarını 9,99 ABD doları seviyesine çekmiştir. Diğer e-book satıcıları da Amazon'u takip etmiş ve fiyatlarını bu seviyeye çekmiştir. Ancak 9,99 ABD doları e-book liste fiyatlarının altındaydı.⁵³ Beş büyük yayıncı, Birleşik Krallık'tan Penguin Group, Fransız Hachette, ABD'den Harper Collins, ve Simon & Schuster, Almanya'dan Holtzbrinck/Macmillan teşebbüsleri Amazon'un başını çektiği bu düşük fiyat seviyesinden rahatsız oldular. Beş büyük yayıncı e-book satış fiyatlarını yükseltmek, Amazon'un pazarda büyümesini engellemek istiyordu.⁵⁴ 2009 yılında beş büyük yayıncının birkaçı Amazon'u fiyatlarını artırmaya zorlayacak bir yaklaşım konusunda anlaştı. Buna göre i) e-book fiyatı ile basılı kitap fiyatının aynı olması. ii) Yayınevlerinin kendileri tarafından bir e-book platformu kurulması. iii) Acente modeli ile yeniden satış fiyatının belirlenmesi ve yeniden satış fiyatı konusunda perakendeciler ile anlaşması yapılması. iv) Acente modelini kabulü için Amazon'a, e-book yayınlarının geç verilmesi⁵⁵ kararlaştırıldı.

Aralık 2009'da Apple e-book satışı için beş yayıncı ile temas kurdu. Apple ilk başta toptan satış modeli düşünüyordu. Ancak beş büyük yayıncı acente modelini e-book satışları için önerdi. Apple, Amazon ile fiyat rekabetini engelleyeceği için bu modeli kabul etti. Ocak 2010'da Apple acenta modeline ilişkin teklifini beş yayınevine sundu.⁵⁶ Bu modele göre Apple e-book fiyatlarını belirlemeyecek ve sabit yüzde otuz komisyon olarak yayınevlerinin e-booklarının satışını gerçekleştirecekti.

Apple'ın sunduğu acenta modelinde, en çok kayırılan müşteri şartı yer alıyordu. Bu modele göre beş büyük yayınevi tarafından yayınlanan bir e-book başka

⁵² Avrupa Komisyonu, 39847 – E-books, 25.07.2013, sayfa 8, paragraf 22.

⁵³ Avrupa Komisyonu, 39847 – E-books, 25.07.2013, sayfa 8, paragraf 26.

⁵⁴ Avrupa Komisyonu, 39847 – E-books, 25.07.2013, sayfa 8 paragraf 27.

⁵⁵ Avrupa Komisyonu, 39847 – E-books, 25.07.2013, sayfa 9, paragraf 31

⁵⁶ Avrupa Komisyonu, 39847 – E-books, 25.07.2013, sayfa 9, paragraf 34.

bir satıcı ya da Apple gibi ortam sağlayıcı tarafından daha düşük fiyata satılır ise bu durumda yayıncı ibookstore'daki fiyatını aynı seviyeye çekmek zorundaydı.⁵⁷

Ibookstore'da satışlar başladıktan sonra Apple en çok kayırılan müşteri hükümleri nedeniyle yayınevlerine iki şeyi sağlamıştır. Yayınevleri öncelikle diğer yayınevlerinin de Apple ile aynı fiyatlandırma şablonu üzerinden konuştuğu bilgisine sahip olmuştur. İkincisi Apple her yeni e-book için kritik sayıda yayınevi ile anlaşmaktaydı. Yani yayıncılar pazarda önemli oranda pazar payına sahip diğer yayıncıların Apple ile fiyat konuştuğunu biliyorlardı. Bunların yanında Apple kaç yayıncı ile fiyat belirlediklerini en çok gözetilen müşteri kaydı kapsamında diğer yayıncılara bildiriyordu.⁵⁸ Yayıncılar ise Apple'ın MFC kapsamında sağladığı bilgiler dışında birbirleri ile doğrudan da bilgi değişimi yapmışlardır.⁵⁹ Apple ve beş yayıncı, acente modelinin başarılı olması yani yayıncılar için e-book fiyatlarının artması, Apple için Amazon ile fiyat rekabetinden kurtulunması üzerine Amazon da dahil diğer e-book satıcıları ile de acente modeline geçmiştir.⁶⁰ Bu şekilde e-book fiyatları kısa bir süre içinde artmıştır.

E-book kararını acente modeli nedeniyle dikey anlaşma kapsamında değerlendirmedik. Gerçekten de bu acente modelinde aslında satış yayınevleri tarafından yapılmakta, Apple sadece satıştan komisyon almaktaydı. Apple'ın bu yapı nedeniyle pazardaki faaliyeti ortam sağlayıcılığı ile sınırlı kalmaktaydı. Bilgi değişimine aracılık eden Apple'dır (teşebbüs B) ve yayınevleri arasında, doğrudan haberleşmeler dışında, MFC maddesi dolaylı bilgi değişimi için kullanılmıştır.

Yukarıda belirttiğimiz üzere uygulayıcılar arasında çokça tartışılan en çok kayırılan müşteri kaydı bu kararda tespit edilen ihlalde rol oynamaktadır. En çok kayırılan müşteri şartı nedeniyle Apple yukarıda belirtildiği üzere kaç yayıncı ile

⁵⁷ Avrupa Komisyonu, 39847 – E-books, 25.07.2013, sayfa 10, paragraf 35-37.

⁵⁸ Avrupa Komisyonu, 39847 – E-books, 25.07.2013, sayfa 10, paragraf 37.

⁵⁹ Avrupa Komisyonu, 39847 – E-books, 25.07.2013, sayfa 10, paragraf 38.

⁶⁰ Avrupa Komisyonu, 39847 – E-books, 25.07.2013, sayfa 11 paragraf 42.

birlikte fiyat belirlediklerini diğer yayıncıların bilmesini sağlamış; her yeni üründe hep piyasa fiyat seviyesini oluşturacak kritik sayıda yayıncı ile görüştüğü bilindiği için dolaylı bilgi değişimine aracılık etmiştir. Bu bakımdan ABC bilgi değişimi ile en çok kayırılan müşteri şartını her olayda birlikte değerlendirmek gerekmektedir. Eğer E-book kararında olduğu üzere en çok kayırılan müşteri şartı kapsamında rakip teşebbüsler arası dolaylı bilgi değişimi yapılıyorsa bu durumda rekabete aykırılık ortaya çıkmaktadır. Olay incelemesi sırasında en çok kayırılan müşteri şartı nedeniyle rekabete aykırı bilgiler paylaşıyorsa yani ABC bilgi değişimi bu kuralın arkasına saklanarak yapılıyorsa bu durumda rekabet ihlali gerçekleşir. Bunun yanında en çok kayırılan müşteri şartının sağlayıcı ile satıcılar ya da E-book kararında olduğu üzere acente ile sağlayıcılar arasındaki sözleşmelerde olması, bu ağlarla rekabet ihlali yapıldığı anlamına gelmez. Rekabet otoritelerinin ABC bilgi değişimini ispatı gerekmektedir. Kanımızca en çok kayırılan müşteri şartının bir sözleşmede olması delil değil ancak ABC bilgi değişimi için şüphe sebebi olabilir.⁶¹

Teşebbüs B'nin, teşebbüs A ve C ile dikey ilişki içinde olmadığı durumlara örnek kararlar olan Treuhand ve e-book üzerinden değindik. Teşebbüs B'nin, A ve C ile dikey ilişkisi olmadan ABC bilgi değişiminin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği rekabet otoritelerinin henüz cevap vermediği ve hali hazırda öğreti tarafından da sonuçlandırılmamış bir tartışma olarak gözükmektedir. Kanımızca teşebbüs B'nin özel durumu yani A ve C ile olan ilişkisi, ABC bilgi değişimini özelleştiren, onu diğer ihlal türlerinden özellikle de dolaylı bilgi değişiminden ayıran bir özelliktir. Teşebbüs B, teşebbüs A ve C ile dikey ilişki içinde olmadan ABC bilgi değişimini gerçekleştiremez. ABC bilgi değişimi kanımızca yatay ve dikey ilişki unsurları olmak üzere iki unsura dayalıdır. Teşebbüs B ise burada dikey ihlalde bulunarak ABC bilgi değişimini gerçekleştirmektedir. Teşebbüs B'nin gerçekleştirdiği ihlalin

⁶¹ 29.03.2018 tarihinde yürürlüğe giren yeni Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'da en çok kayırılan müşteri koşullarına ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre koşul incelemesinde, en çok kayırılan müşteri koşulunun sözleşmeye konulma amacının, koşuldan yararlanan tarafın ve rakiplerinin pazardaki konumunun ve koşulun kendisinin değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu hüküm göz önünde bulundurulduğunda kanımızca Türk Rekabet Kurulu'nun , en çok kayırılan müşteri koşuluna şüpheyle yaklaştığı söylenebilir. Bkz. Rekabet Kurumu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, paragraf 223, sayfa 54.

yani ABC bilgi değişiminin dikey unsurunun üzerinde aşağıda üçüncü bölümde ayrıca duracağız.

1.2.2 Teşebbüs B'nin Dikey İlişki İçinde Olması

ABC bilgi değişiminde teşebbüs B, A tarafından kendisi ile paylaşılan bilgiyi teşebbüs C'ye ileterek ABC bilgi değişimini gerçekleştirir. Yukarıda teşebbüs B'nin dikey ilişki içinde olmadığı kararlarda teşebbüs B'nin faaliyeti bilgi değişimine aracılık etmekten ibarettir. Teşebbüs B'nin, A ve C ile dikey ilişki içinde olduğu durumlarda ise teşebbüs B aynı zamanda bir dikey ihlal de gerçekleştirilmektedir.

1.2.2.1 Tesco Kararı

Teşebbüs B'nin A ve C ile dikey ilişki içinde olduğu ve Türk Rekabet Kurulu tarafından da atıf yapılan⁶² en önemli karar OFT tarafından verilen *Tesco* kararıdır. *Tesco* kararı ABC bilgi değişiminin tablo-3'deki süjeler arasında nasıl gerçekleştirildiğini yalın bir şekilde anlatmaktadır. Bu karar üzerinde, ABC bilgi değişimine ilişkin ayrıntılı ilk karar olması nedeniyle hem bu bölümde hem de delillerin değerlendirilmesindeki titizlik nedeniyle ilerleyen bölümlerde de duracağız.

2002 yılında İngiltere'de süt üreticilerinin düşük süt fiyatları nedeniyle arzı kısması üzerine süpermarketler sütün litre fiyatında iki penny artış yapmıştır. 2003 yılında ise süt işletmeleri karlarını artırmak için peynir fiyatlarında artışa gittiler. Ancak söz konusu iki yıl içinde perakendecilerin gelecek dönem fiyat bilgilerini ortak sağlayıcılar kanalıyla değıştirdikleri ortaya çıkarıldı. Tesco soruşturma sonucunda 10,4 Milyon Sterlin ceza almıştır. Tesco karara karşı kanun yoluna başvuran tek teşebbüs olup, ihlali birlikte gerçekleştirdiği diğer teşebbüsler OFT ile

⁶² Bkz. aşağıda beşinci bölümde LSİD kararı.

uzlaşma yoluna giderek cezalarında indirim almışlardır. OFT'nin tespitine göre Tesco, 2002 ve 2003 yıllarında iki farklı ihlal içinde yer almıştır.

2002 – 2003 yıllarında İngiltere'de satılan peynirlerin yüzde 50'si cheddar peyniri, yüzde 10'u yöresel peynirler geri kalan yüzde 40'ı ise diğer peynirlerdi.⁶³ Tesco yıllık bazda 212 Milyon Sterlinlik satış yapıyor ve sattığı peynirleri 20 farklı sağlayıcıdan alıyordu. Aynı zamanda İngiltere'nin en büyük cheddar peyniri satıcısıydı.⁶⁴ İngiltere'de üretilen peynirler için tedarik süreci şu şekildeydi: ilk aşamada peynir günlük çiftliklerde üretiliyor, ikinci aşamada süt işletmelerinde işleniyor, üçüncü ve son aşamada ise perakende satış gerçekleştiriliyordu.

Süt ürünleri pazarında süt işleyen en büyük üç üretici Dairy Crest Limited (Dairy Crest), The Cheese Company Limited ve McLelland & Son Limited teşebbüsleriydi. Soruşturma kapsamında olan en büyük perakendeciler ise Tesco, Wal-Mart Stores UK Limited and Broadstreet Great Wilson Europe Limited (Asda), Safeway Stores Limited,, Stores Group Limited and Safeway limited (Safeway) ve Sainsbury's Supermarkets Limited and J Sainsbury plc. (Sainsbury's) idi. 2000 Yılında İngiltere'de peynir satışlarının yüzde 80'i organize perakendecileri tarafından yapılmıştı.⁶⁵

OFT soruşturmasını tetikleyen Temmuz 2003'te süt işleyen üretici Arla Foods UK Holding Limited'in (Arla) pişmanlık başvurusuydu.⁶⁶ Tesco, Asda, Dairy Crest, Arla, Robert Viseman & Sons Limited and Robert Viseman Dairies plc., Sainsbury's, Safeway, Glanbia ve McLelland⁶⁷ hakkında OFT soruşturma açtı. Haziran 2004'de OFT'nin bilgi isteme yazıları üzerine adı gizli tutulan bir perakendeci de pişmanlık başvurusunda bulundu.⁶⁸ OFT aynı zamanda 2002 yılı için

⁶³ Competition Appeal Tribunal, 1188/1/1/11, 20.12.2012, Sayfa 3, paragraf 9.

⁶⁴ Competition Appeal Tribunal, 1188/1/1/11, 20.12.2012, Sayfa 3 paragraf 9.

⁶⁵ Competition Appeal Tribunal, 1188/1/1/11, 20.12.2012, Sayfa 5, paragraf 13-16.

⁶⁶ Competition Appeal Tribunal, 1188/1/1/11, 20.12.2012, Sayfa 11, paragraf 30.

⁶⁷ Competition Appeal Tribunal, 1188/1/1/11, 20.12.2012, Sayfa 12, paragraf 31.

⁶⁸ Competition Appeal Tribunal, 1188/1/1/11, 20.12.2012, Sayfa 11, paragraf 31/a.

süt ve tereyağı pazarında da soruşturma açmıştır. Ancak bu ürünlerde rekabet ihlali için yeterli kanıt bulamamıştır.⁶⁹

26 Temmuz 2011 tarihinde OFT peynir pazarına ilişkin kararını açıklamıştır. Karara göre 2002 yılında peynir pazarında tek bir uyumlu eylem ile Asda, Safeway, Sainsbury's ve Tesco, sağlayıcılar Dairy Crest, Glanbia ve McLelland'ı aracı olarak kullanarak dolaylı bilgi değişimiyle satış fiyatlarını belirlediler.⁷⁰

2003 yılında ise yine peynir pazarında uyumlu eylem kapsamında Asda, Sainsbury's ve Tesco, sağlayıcılardan McLelland vasıtası ile dolaylı bilgi değişimi yaparak satış fiyatlarını belirlediler. Yine 2003 yılında pastörize süt pazarında Asda, Safeway ve Sainsbury's, sağlayıcılar Arla, Dairy Crest ve Wiseman'ı aracı kullanarak dolaylı bilgi değişimi ile satış fiyatlarını belirlediler.⁷¹

1.2.2.2 Toys R Us Kararı

Tablo-2'de yer verdiğimiz, teşebbüs B'nin, A ve C ile dikey ilişkisinin söz konusu olduğu yani merkez (hub)'in perakendeci olduğu, sağlayıcıların ise perakendeci üzerinden (spoke) bilgi değişimi yaptıkları yapı için en önemli karar ABD'de verilen Toys R Us (TRU) kararıdır. FTC tarafından verilen karar hakkında da tablo-2'deki ABC bilgi değişimi yapısının anlaşılması için açıklamada bulunulması gerekmektedir.

TRU, ABD'de satılan oyuncakların yüzde 20'sinin satışını tek başına gerçekleştiren, büyük şehirlerde satış payı yüzde 35-49 arasına kadar artan dev bir

⁶⁹ Competition Appeal Tribunal, 1188/1/1/11, 20.12.2012, Sayfa 13, paragraf 31/f.

⁷⁰ Competition Appeal Tribunal, 1188/1/1/11, 20.12.2012 Sayfa 14, paragraf 33.

⁷¹ Competition Appeal Tribunal, 1188/1/1/11, 20.12.2012, Sayfa 14, paragraf 33.

oyuncak perakendecisidir.⁷² Pazarda geleneksel üreticilerin ürettiği oyuncakların yaklaşık yüzde 30'u TRU tarafından alınmaktaydı. TRU'nun yaygınlığı ve büyüklüğü nedeniyle üreticiler için vazgeçilmez bir satıcı olduğu kararda tespit edilmiştir..⁷³ Mattel, Hasbro ve Fischer Price teşebbüsleri ise geleneksel ve büyük oyuncak üreticileriydiler.

İhlalin gerçekleştiği pazarda satıcılar da çeşitli gruplara ayrılıyorlardı. Geleneksel satıcılar oyuncakları yüzde 40 ila yüzde 50 civarı karla, TRU'nun en büyükleri olduğu ihtisaslaşmış satıcılar oyuncakları ortalama yüzde 30 karla, geleneksel indirim marketleri (Wal-Mart, K-Mart gibi) ortalama yüzde 22 karla, warehouse clublar ise yüzde 9 karla satıyorlardı. Warehouse clubların ise bir farkı vardı. Bu tarz perakendeciler sadece üyelerine satış yapmaktaydılar. Üyelik aidatı ise yıllık olarak ortalama 30 ABD dolarıydı.⁷⁴ İhlale neden olan olaylar warehouse clubların işte bu düşük fiyatlar ile satış yapması üzerine başlamıştır. 1989 yılında TRU yöneticileri warehouse clubların düşük fiyatlarından rahatsız olmaya başlamıştır. 29 Ocak 1992'de TRU yöneticileri warehouse clubların düşük fiyatlarını engellemek amaçlı yeni politikalarını sağlayıcılara teker teker tanıtmaya başlamıştır.⁷⁵ Buna göre warehouse clublara yeni ürün fiyat seviyesine uymadıkları sürece verilmeyecek, verilecek tüm özel ürünler önce TRU'ya gösterilecek, fiyatlar hakkında konuşma yapılmayacaktı.⁷⁶ Yapılan toplantıların ardından TRU ve üreticiler warehouse clublara sadece diğer perakendecilere verilmeyen ürünlerin verilmesi konusunda anlaşmışlar. TRU bu şekilde ayrı ayrı 10 üretici ile anlaşma yapmıştır.

Aslında bunların her biri bağımsız dikey anlaşmalardı. Anlaşmaların yapılmasından sonra TRU, her üreticiyi anlaşmaya uymasına için (anlaşma dışına çıktığı hallerde) uyardıya başlamıştır.⁷⁷ Bu şekilde TRU anlaşmalara uyumu

⁷² US Court of Appeals, 98-4107, 01.08.2000, sayfa 2.

⁷³ US Court of Appeals, 98-4107, 01.08.2000, sayfa 3.

⁷⁴ US Court of Appeals, 98-4107, 01.08.2000, sayfa 3-4.

⁷⁵ US Court of Appeals, 98-4107, 01.08.2000, sayfa 5.

⁷⁶ US Court of Appeals, 98-4107, 01.08.2000, sayfa 5.

⁷⁷ Paragraf içindeki ifade bizim eklememiz.

sağlamıştır.⁷⁸ Ancak TRU'nun faaliyeti bununla sınırlı kalmamıştır. TRU anlaşma yaptığı üreticilerin warehouse clublara ürün vermemesini de sağlamıştır. Büyük üreticiler Mattel, Hasbro, Fischer Price, Tyco, Little Tikes, Today's Kids ve Tiger Electronics rakiplerinin de bu kuralı bozmaması halinde warehouse clublara ürün vermeyeceklerini söylemişlerdir.⁷⁹ FTC soruşturması sırasında bulunan üreticilere ait şirket içi yazışmalardan ise üreticilerin TRU'ya olan bağımlılıklarını azaltmaya çalıştıkları, warehouse clublara satışlarını artırmaya çalıştıkları, warehouse clublara satışların rakipleri tarafından da kısıllacağına ilişkin güvenceye ihtiyaç duydukları anlaşılmıştır.⁸⁰ Bu güvenceyi sağlayan TRU olmuştur. Warehouse clublara üreticiler tarafından ürün satışı kısıllmıştır. 1992 yılına gelindiğinde yüzde 1,9 olan warehouse club pazar payı yüzde 1,4'e düşmüştür.⁸¹ Yerel bazda düşüşler daha da fazlaydı.

US Court of Appeals verdiği kararda bir yatay anlaşmanın varlığını tespit etmiştir. TRU merkez görevi ile bir üreticinin diğer üreticinin de warehouse clublara ürün vermeyeceğinin güvenini sağlamıştır. Üreticiler TRU üzerinden birbirini kontrol etmiştir. Öte yandan warehouse kanalından kaybedilen üretici karı, TRU'nun üreticilerin de karını artıracak kadar büyük olan karı ile karşılanmıştır.⁸² Yani TRU ile dikey ilişki içinde olan sağlayıcı bu dikey anlaşma sayesinde warehouse clublara ürün vermeyerek mahrum olduğu karı belki daha fazlası ile elde etmiştir.

1.2.2.3 Belçika Temizlik Ürünleri Kararı

Yukarıda tablo-3'de ve Tesco kararında değindiğimiz matris yapılı ABC bilgi değişiminde bilgi değişimi dikey ilişki içinde olan teşebbüsler aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Sağlayıcılar A,B ve C pazarın farklı seviyesindeki rakip teşebbüsler X,Y,Z ve T'nin bilgi değişiminde kullandığı ve dikey anlaşma içinde

⁷⁸ US Court of Appeals, 98-4107, 01.08.2000, sayfa 5.

⁷⁹ US Court of Appeals, 98-4107, 01.08.2000, sayfa 6.

⁸⁰ US Court of Appeals, 98-4107, 01.08.2000, sayfa 6.

⁸¹ US Court of Appeals, 98-4107, 01.08.2000, sayfa 7.

⁸² US Court of Appeals, 98-4107, 01.08.2000, sayfa 13.

oldukları teşebbüslerdir. Matris yapılı ABC bilgi değişiminde pazarın iki farklı seviyesinde faaliye gösteren sağlayıcı ve satıcı teşebbüslerin büyük kısmı ağın içindedir. Belçika ve Federal Almanya'da da ortaya çıkarılan bu bilgi değişimleri kartel oluşturabilmektedirler.⁸³ Bu karteller sebebiyle ilgili ürün fiyatları yıllarca yüksek seyretmiş ve hem sağlayıcılar hem satıcılar haksız kazançlar elde etmişlerdir. Aşağıda dikey anlaşmalar üzerine kurulu matris yapılı ABC bilgi değişimine ilişkin daha fazla bilgi vereceğiz.

Belçika rekabet otoritesi, temizlik ürünleri sağlayıcıları ve perakendecilerine ilişkin verdiği kararında ABC bilgi değişimine ilişkin bir tespit bulunmamıştır. Ancak kanımızca matris yapılı ABC bilgi değişimi konusunda son dönemlerde verilen en önemli kararlardan biri Belçika rekabet otoritesi'nin temizlik ürünleri kararıdır. Üreticiler ve perakendeciler tek bir ağ gibi organize olup bilgi değişimi yapması sonucunda rekabet ihlali gerçekleşmiştir. Sağlayıcı teşebbüsler olarak SPRL Belgium, Bolton Belgium, Colgate-Palmolive Belgium SA, HBC Belgium BVBA, GlaxoSmithKline (GSK) plc, Henkel Belgium SA, L'Oreal Belgilux SA, Procter & Gamble Company, Reckitt Benckiser NV/SA, Beiersdorf NV/SA, Unilever Belgium NV; dağıtıcı teşebbüsler olarak Carrefour Belgium SA, Cora SA, Etn. Franz Colruyt NV, Ets. Delhaize Freres, ITM Belgium SA, ATM Alimentaire SA, Makro Cash & Belgium SA, Mestdag SA teşebbüsleri soruşturma geçirmiş ve rekabet ihlalinin dolaylı ceza almışlardır. Ceza alan teşebbüslerin sayısı ve pazarın hem sağlayıcı hem de dağıtıcı seviyesinde toplam sayısal çoklukları pazar payı bilgilerine kararda yer verilmemesine rağmen bilgi değişiminin yaygınlığını göz önüne sermektedir.

Belçika rekabet otoritesi tarafından 24 ve 25 Nisan 2007 tarihinde Carrefour, Colruyt, Delhaize ve Intermarche teşebbüslerinde yerinde incele yapılmıştır. GSK ve Reckitt bunun üzerine pişmanlık başvurusu yaptı.⁸⁴ 2008-2011 yılları arasında Kurum teşebbüslerden bilgiler istedi ve araştırmasını derinleştirdi.⁸⁵ Dikkat çekici

⁸³https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Meldungen%20News%20Karussell/2016/09_05_2016_Vertikalverfahren-Bier.html, Erişim tarihi: 01.03.2017.

⁸⁴ Belçika rekabet otoritesi, ABC-2015-I/O-19-AUD, 22.06.2015, sayfa 5, paragraf 4.

⁸⁵ Belçika rekabet otoritesi, ABC-2015-I/O-19-AUD, 22.06.2015, sayfa 5, paragraf 6.

nokta Belçika rekabet otoritesinin üç yıl gibi uzun bir süre bilgi ve belge toplamasıdır. Ardından açılan soruşturmada söz konusu teşebbüslerden, sağlayıcı olanların arabuluculuk yaptıkları, rekabet ihlalinde yardımcı rolleri ile ihlali gerçekleştirdikleri tespit edildi.⁸⁶ İlgili pazarda teşebbüsler tarafından gerçekleştirilen koordine fiyat artışlarının sağlayıcıların ve dağıtıcıların kendi aralarında hiç bir doğrudan bilgi değişimi olmadan yapıldığı anlaşıldı.⁸⁷

Belçika rekabet otoritesi koordine fiyat artışlarının dört aşamalı gerçekleştiğini tespit etmiştir. ABC bilgi değişiminin matris yapıda nasıl gerçekleştiğini daha iyi açıklayabilmek için bu dört aşama üzerinde durmakta fayda var.

İlk aşamada sağlayıcı, ürünlerine ilişkin tüm perakendecilere fiyat değişimine ilişkin isteğini gönderiyordu. Gönderilen teklifin içeriği fiyatı artırılmak istenen ürün ve artış tarihini içeriyordu. Bu aşamanın ana amacı tüm dağıtıcıları fiyat artışı konusunda bilgilendirmek böylece pazarda fiyat artışı için zemin hazırlamaktır. Bir dağıtıcı anlaşmanın tarafı sağlayıcıdan fiyat artışına dair bilgiyi aldığı zaman bu artışa dair isteğin diğer dağıtıcılara da gittiğini biliyordu.⁸⁸ İkinci aşamada ise müzakereler gerçekleştirilmekteydi. Bu aşamada fiyat artışına katılan dağıtıcılar , fiyat artışı uygulama tarihi, fiyat artışa katılma koşulları belirlenirdi.⁸⁹ Tüm bunlar sağlayıcı ile dağıtıcılar arasındaki sayısız yazışma ile gerçekleşiyordu. Ancak dağıtıcılar arasında doğrudan bilgi değişimi yapılmıyordu.

Uygulama aşaması olan üçüncü aşamada ise dağıtıcılar fiyatları artırıyor, fiyat geçişleri yaklaşık bir hafta süre alıyordu. Bu süre içinde genelde bilgi değişimi

⁸⁶ Belçika rekabet otoritesi, ABC-2015-I/O-19-AUD, 22.06.2015 sayfa 7, paragraf 21.

⁸⁷ Belçika rekabet otoritesi, ABC-2015-I/O-19-AUD, 22.06.2015, sayfa 8, paragraf 29.

⁸⁸ Belçika rekabet otoritesi, ABC-2015-I/O-19-AUD, 22.06.2015, sayfa 8, paragraf 31.

⁸⁹ Belçika rekabet otoritesi, ABC-2015-I/O-19-AUD, 22.06.2015, sayfa 8, paragraf 32.

olmuyordu. Bazı dağıtıcılar rakip perakendecinin fiyat geçişi yaptığına dair faturayı görmeden fiyat geçişi yapmamaktaydı.⁹⁰

Son aşama olan kontrolde ise sağlayıcı ya da belirli bir dağıtıcı, pazardaki fiyatları kontrol eder, eğer kontrol bir dağıtıcı tarafından yapılır ise bu dağıtıcı fiyat geçişi yapmayan dağıtıcıyı sağlayıcıya şikayet eder ve fiyata müdahalesini isterdi. Bazı durumlarda dağıtıcılar bu müdahale üzerine sistemden çıkma tehdidinde bulunurdu.⁹¹ Ancak en nihayetinde fiyat artışı sağlanmaktaydı.

Belçika rekabet otoritesinin tespitine göre bu bilgi değişimi ağı içinde satıcılar, sağlayıcıdan gelen rakipleri ile ilgili bilgilerin amacını ve anlamını biliyorlardı.⁹² Ancak fiyat artışlarına uyum da sürekli değildi.⁹³ Sonuç olarak Belçika rekabet otoritesi tarafından 2002-2007 yılları arasında rekabet ihlalinin gerçekleştiği tespit edildi. Kararda Belçika Rekabet Otoritesi teşebbüslerin bağımsızlığı ilkesi üzerinde durarak pazarda her bir teşebbüsün kendi politikasına ve dinamiklerine göre bağımsız hareket etmesi gerektiğini belirtmiştir.⁹⁴

Kararda ilgi çekici bir diğer tespit ise birbirinden bağımsız gibi görünen ticari hareketlerin ortak tek bir amaç için yani rekabeti ihlal etme amacı ile gerçekleştirilmesidir.⁹⁵ Bu çarpıcı tespit ABC bilgi değişiminde tek ve ortak bir irade uyuşmasının yani anlaşmanın olduğu, birbirinden bağımsız görünen fiyat anlaşmalarının tek bir anlaşmanın parçaları olduğu görüşünü doğrulamaktadır.

⁹⁰ Belçika rekabet otoritesi, ABC-2015-I/O-19-AUD, 22.06.2015, sayfa 9, paragraf 33.

⁹¹ Belçika rekabet otoritesi, ABC-2015-I/O-19-AUD, 22.06.2015, sayfa 9, paragraf 34.

⁹² Belçika rekabet otoritesi, ABC-2015-I/O-19-AUD, 22.06.2015, sayfa 10, paragraf 36.

⁹³ Belçika rekabet otoritesi, ABC-2015-I/O-19-AUD, 22.06.2015, sayfa 10, paragraf 38.

⁹⁴ Belçika rekabet otoritesi, ABC-2015-I/O-19-AUD, 22.06.2015, sayfa 13, paragraf 46.

⁹⁵ Belçika, Rekabet Otoritesi, ABC-2015-I/O-19-AUD, 22.06.2015 sayfa 14, paragraf 53.

1.2.2.4 Alman Rekabet Otoritesinin ABC Bilgi Değişimi Olarak Değerlendirdiğimiz Kararları

Matris yapılı ABC bilgi değişimi için örnek kararlar Alman rekabet otoritesi tarafından da verilmiştir.⁹⁶ İlginç olan nokta ABC bilgi değişimine ilişkin kararların bir dizi halinde verilmesidir. Gıda perakende sektöründe 2010 yılında başlayan soruşturmalar sonucunda Aralık 2016 tarihi itibarıyla Alman rekabet otoritesi toplam 242 Milyon Euro para cezası vermiştir. Alman rekabet otoritesi soruşturmaların bütünü için yeniden satış fiyatına müdahale başlığını kullanmıştır. Bu başlık altında bira pazarındaki ihlali ise kartel olarak nitelemiştir.⁹⁷ Ancak kararlar incelendiğinde gıda perakendecileri ile sağlayıcılarının birlikte gerçekleştirdiği ihlallerin ABC bilgi değişimi olarak nitelendirilmesi gerektiği görüşündeyiz. Bu nedenle aşağıda bu kararlara ilişkin açıklamalarda bulunacağız.

Meyveli şekerleme, kahve ve bira pazarlarında yürütülen ve sonuçlandırılan soruşturmaların özetleri kurumun internet sitesinde yayınlanmıştır. Bu karar özetlerine göre aynı perakendeciler kararlara konu olan ürünlerde ABC bilgi değişimi ile fiyatları belirlemişlerdir. Aşağıda bira, kahve ve meyveli şeker pazarları hakkında verilen kararlara değineceğiz.

Alman rekabet otoritesi bira pazarında yürüttüğü kartel soruşturması sonucunda 112 milyon euro para cezası vermiştir. Soruşturma geçiren teşebbüsler perakende seviyesinde Edeka şirketler grubu (Edeka), Kaufland Warenhandel GmbH & Co. KG (Kaufland), Metro AG (Metro), Net Schels AG & Co. KG (Net) ve REWE Zental-Aktiengesellschaft (Rewe); sağlayıcı seviyesinde ise Anheuser Busch InBev Deutschland Holding GmbH (InBev)'dir. 2006 ile 2009 yılları arasında

⁹⁶ Alman rekabet otoritesi, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Meldungen%20News%20Karussell/2016/09_05_2016_Vertikalverfahren-Bier.html, Erişim tarihi: 02.03.2017.

⁹⁷ Alman rekabet otoritesi, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Meldungen%20News%20Karussell/2016/09_05_2016_Vertikalverfahren-Bier.htm, B10-20/15, 14.12.2016.

perakendecilerin ve sağlayıcı teşebbüsün birlikte minimum bira satış fiyatlarını belirleyerek rekabeti ihlal ettikleri ortaya çıkarılmıştır.⁹⁸ Alman rekabet otoritesinin tespitine göre perakendeciler InBev vasıtası ile birbirleri haberleşiyor, fiyat artışlarından elde edilen haksız kazancın yani yapılan zammın yüzde 60'ı InBev'e, yüzde 40'ı ise satışı yapan perakendeciye ait oluyordu.⁹⁹ Soruşturma sonucunda işbirliği nedeniyle InBev'e para cezası verilmemiştir.

Alman rekabet otoritesi sağlayıcı InBev'e ceza verilmemesine ilişkin karar bölümünde, pişmanlık hükümlerinin normalde yatay nitelikli ihlaller için geçerli olduğunu ancak kurumun işbirliği yapan teşebbüsleri ödüllendirme imkanına sahip olduğunu belirtmiştir.¹⁰⁰ Zira InBev sağlayıcı olarak perakendeciler ile dikey ilişki içindedir ve yeniden satış fiyatına müdahale etmektedir. Karara ilişkin bir diğer farklı nokta Alman rekabet otoritesinin resmi internet sitesinde yapılan kamuoyu duyurusunda soruşturmanın bir kartel soruşturması olduğunun belirtilmesidir. Aşağıda bahsedilecek olan kahve ve meyveli şeker soruşturmaları için kartel soruşturması ifadesi kullanılmamıştır. Yine kurumun basın açıklamasının başlığı da "Gıda sektöründe yeniden satış fiyatına müdahale – bira sektöründe de büyük cezalar verildi." olmuştur.¹⁰¹

Alman rekabet otoritesi tarafından gıda perakende sektöründe yeniden satış fiyatına müdahale kapsamında ceza ile sonuçlanan bir diğer soruşturma meyveli şeker pazarına ilişkindir. Soruşturma geçiren teşebbüsler perakende seviyesinde Edeka, Kaufland, Rewe, Aldi Einkauf GmbH & Co. oHG (Aldi) ve Lidl Stiftung & Co. KG (Lidl); sağlayıcı seviyesinde Edmund MÜNSTER GmbH & Co. KG (Haribo)'dir. Haribo ürünlerinin Aldi mağazalarındaki fiyatlarından diğer perakendeciler rahatsız olmuşlar ve Haribo'nun Aldi'nin fiyatlarına müdahalesini istemişlerdir. Bunun üzerine Haribo mağaza satış fiyatlarına müdahale etmeye

⁹⁸ Alman rekabet otoritesi, B10-20/15, 14.12.2016, sayfa 3.

⁹⁹ Alman rekabet otoritesi, B10-20/15, 14.12.2016, Sayfa 4.

¹⁰⁰ Alman rekabet otoritesi, B10-20/15, 14.12.2016, Sayfa 2.

¹⁰¹ Alman rekabet otoritesi,

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Meldungen%20News%20Karussell/2016/09_05_2016_Vertikalverfahren-Bier.html, Erişim tarihi: 02.03.2017.

başlamıştır. 2004 yılından 2009 yılına kadar minimum satış fiyatları perakendecilerin Haribo üzerinden haberleşmesi ve teşebbüslerin fiyat mutabakatları ile belirlenmiştir.¹⁰² Sonuç olarak teşebbüslere toplam 60 milyon euro para cezası verilmiştir.

Kahve pazarında yaptığı soruşturmada ise Alman rekabet otoritesi ilgili teşebbüslere toplam 50 milyon Euro ceza vermiştir. Soruşturmanın perakendeci tarafında Edeka, Kaufland, Metro, Rewe, Dirk Rossmann GmbH; sağlayıcı tarafında Melitta Europa GmbH & Co. KG (Melitta) bulunmaktadır. Sağlayıcı Melitta işbirliği sebebiyle ceza almamıştır. Soruşturma 2010 yılında başlamış, 2004 ile 2008 yılları arasında perakendecilerin sağlayıcı üzerinden haberleşerek minimum satış fiyatlarını belirledikleri tespit edilmiştir.¹⁰³

Alman rekabet otoritesinin bir dizi oluşturan gıda perakende kararlarının kamuoyu için hazırlanan özetlerine kurumun resmi internet sitesinden ulaşılmıştır. Özetlere göre dikkat çeken husus perakende seviyesinde Edeka, Kaufland, Rewe ve Metro'nun farklı ürün pazarlarında sağlayıcıları bilgi değişimi için aracı olarak kullanmış olmaları; sağlayıcıların ise yeniden satış fiyatlarına müdahale ettiği ve minimum satış fiyatlarına uyulması için koordinasyon sağladığı anlaşılmaktadır.

1.3 TEŞEBBÜS C'NİN DURUMU

Teşebbüs C kendisine rekabete hassas bilgiler ulaşan, teşebbüs A ile pazarın aynı seviyesinde faaliyet gösteren teşebbüstür. Teşebbüs C'nin kendisine rekabete hassas bilgiler ulaştığında ne yapacağı hukuki sorumluluğu açısından önemlidir. Diğer taraftan teşebbüs A'ya ilişkin yaptığımız açıklamalar teşebbüs C için de geçerlidir. Teşebbüs C'de de rekabeti ihlal kastı olması gerektiği açıktır. B tarafından kendisine iletilen bilgilerin teşebbüs A'ya ait olduğunu bilmesi ya da bilebilecek durumda olması gerekmektedir. Aksi durumda yani teşebbüs C'nin, rekabete hassas

¹⁰² Alman rekabet otoritesi , B 10 – 040/14 ,14.12.2016, Sayfa 2

¹⁰³ Alman rekabet otoritesi , B 10 – 050/14 ,18.01.2016, Sayfa 2-3

bilgilerin rakibinden geldiğini bilmemesi durumunda ya da bilecek durumda olmaması halinde, ABC bilgi değişimi kapsamında sorumlu tutulmaması gerekir. Bu durumda rekabet otoritelerini yine zorlayıcı bir ispat sorunu beklemektedir. Teşebbüs C'nin rekabete hassas bilgilerin teşebbüs A'dan geldiğini bildiğinin ya da bu bilgilerin teşebbüs A'dan geldiğini bilebilecek durumda olduğunun ispatı gereklidir.

Teşebbüs C, kendisine B tarafından iletilen bilginin teşebbüs A kaynaklı olduğunu bilmeli/öngörmeli ve bilgiyi bu kapsamda değerlendirmelidir. Yani yine saik, teşebbüs C'nin hukuki sorumluluğu açısından belirleyici olacaktır. Örneğin teşebbüs B ortada hiç bir anlaşma ya da irade uyuşması olmadan teşebbüs A'dan gelen bilgiyi, bilginin kaynağını belirtmeden teşebbüs C'ye iletirse bu durumda teşebbüs C'nin, ABC bilgi değişiminin tarafı olarak görülmemesi gerekir. Teşebbüs C'nin bu durumda karşı karşıya olduğu dikey bir haberleşme, piyasa dedikodusu ya da teşebbüs B'nin yeniden satış fiyatına müdahale etme isteğidir.¹⁰⁴ C'nin bilginin kaynağını ve gönderiliş amacını anlaması ya da anlayacak durumda olması ve bu bilgiyi kabul etmesi gerekmektedir.

Teşebbüs C'nin, A'ya dair, kendisine teşebbüs B tarafından iletilen bilgi konusundaki saiki ABC bilgi değişimini tamamlayan unsurdur. Yani ABC bilgi değişimi için gerekli üçüncü süje de C'nin saikiyle yerleşmekte ve ABC bilgi değişimi gerçekleşmektedir. Yani Odudu'nun yukarıda belirttiğimiz tek ve bütün irade uyuşması gerçekleşmektedir.

Teşebbüs C'nin rekabete aykırı bilgilerin kendisine ulaşmasından sonra nasıl hareket etmesi gerektiği tartışılması gereken bir konudur. ABC Bilgi değişimine ilişkin kararlardan, C'nin sorumluluğuna ilişkin, OFT'nin Tesco kararında açıklamalarda bulunulmuştur. OFT yaptığı tespitte öncelikle yanlışlık sonucu B tarafından A'ya ilişkin bilgilerin C'ye ulaşması halinde bu durumdan rekabet ihlali

¹⁰⁴ Odudu, Handbook On European Competition Law, 2013, sayfa 252.

kastı çıkarılmaması gerektiğini belirtmiştir.¹⁰⁵ OFT'ye göre C'nin sorumluluğuna gidilebilmesi için A'dan gelen bilginin kullanılması (use) gerekmektedir. Ancak CAT'in buradaki kullanmaya ilişkin yorumu kanımızca C'nin sorumluluğu açısından belirleyicidir. CAT kullanmadan kastedilenin, C'nin A'dan gelen bilgiyi göz önünde bulundurarak pazarda ticari işlem yapması olduğuna karar vermiştir.¹⁰⁶ Yani teşebbüs C, kendisine ulaşan bilgiyi kullanması halinde ABC bilgi değişimi kapsamında sorumlu olacaktır.

Öğretide *Odudu*, teşebbüs C'nin, ABC bilgi değişimindeki sorumluluğu üzerinde durmuştur. Yazar teşebbüs C'nin sorumluluğunu değerlendirirken, rekabet hukukunda teşebbüslerin bağımsızlığı ilkesinden yola çıkmıştır.¹⁰⁷ Aşağıda önce teşebbüslerin bağımsızlığı ilkesinden ne anlaşılması gerektiği ardından da teşebbüslerin bağımsızlığı ilkesinin ABC bilgi değişiminde teşebbüs C'nin sorumluluğuna etkisi üzerinde duracağız.

Teşebbüs C'nin sorumluluğuna dayanak olan teşebbüslerin bağımsızlığı ilkesi gereğince, bir teşebbüsün pazarda faaliyet gösterirken rakip teşebbüslerin piyasada görülen, kamuoyunca bilinen hareketleri dışındaki doğrudan ya da dolaylı bilgi değişimlerinden etkilenmemesi gerekir. Bir teşebbüs kendi yönetim, muhasebe, pazarlama stratejilerine göre hareket etmelidir. Rakiplerinden elde ettiği hassas bilgi bu ilkeye zarar verir. Bağımsızlık ilkesi aynı zamanda teşebbüs A için de bir yükümlülüktür. Teşebbüs A da, pazardaki faaliyetlerini doğrudan ya da dolaylı bilgi değişimine dayanarak gerçekleştirmemelidir. Teşebbüs C'nin, B'den gelen ve kaynağının A olduğunu bildiği ya da bilebilecek durumda olduğu bilgiye ulaşması ile bağımsızlığı zarar görür.

Türk rekabet hukukunda ise teşebbüslerin bağımsızlığı ilkesi açıkça belirtilmemiştir. Rekabet Terimleri Sözlüğü'nde teşebbüs “ *Piyada mal veya hizmet*

¹⁰⁵ Competition Appeal Tribunal, 1188/1/1/11, 20.12.2012, Sayfa 29, paragraf 74/e.

¹⁰⁶ Competition Appeal Tribunal, 1188/1/1/11, 20.12.2012, Sayfa 33, paragraf 86.

¹⁰⁷ *Odudu*, Handbook On European Competition Law, 2013, sayfa 243.

üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerl, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimlerdir.” şeklinde tanımlanmıştır.¹⁰⁸ 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da da aynı tanıma yer verilmiştir. Ancak gerek Rekabet Terimleri Sözlüğü gerekse Kanun metninde geçen *bağımsızlık* kontrol unsuruna ilişkindir. Rakiplerden de bağımsızlık burada kastedilen değildir. Zira 3.madde gerekçesinde de teşebbüs tanımı yapılırken ekonomik bütünlük ilkesinin ifade edildiği belirtilmiştir.¹⁰⁹ Ancak kanaatimizce Komisyon’un *Suiker Unie* kararında belirttiği rakiplerinden bağımsızlık rekabet hukukunun doğasında olan ayrıca tanımlanmasına gerek olmayan bir kavramdır. Bu nedenle Türk Rekabet Hukuku’nda da rakiplerden bağımsızlığın geçerli bir ilke olduğunu ve her olayda göz önünde bulundurulması gerektiğini düşünüyoruz.

Teşebbüslerin bağımsızlığı ilkesinden hareketle teşebbüs C’nin, ABC bilgi değişimindeki sorumluluğunu değerlendiren *Odudu*, C’nin, teşebbüs A’dan gelen rekabete hassas bilgiye dayanarak ticari işlem yapmadığını göstermesi gerektiğini belirtmiştir.¹¹⁰ Teşebbüs C’nin, rekabete hassas bilgi kendisine geldikten sonra hızlı şekilde, üst yönetimi vasıtası ile yazılı olarak, bilgi değişimine rıza göstermediğini belirtmesi halinde ABC bilgi değişiminden sorumlu olmayacağı yazar tarafından tespit edilmiştir.¹¹¹

Odudu, teşebbüs C’nin bilgi değişimi halinde pasif kalması durumunda sorumluluğunun ne olacağı sorusuna doğrudan bir cevap vermemektedir.¹¹² Teşebbüs C’nin, kendisine iletilen rekabete hassas bilgi karşısında pasif kalması halinde yukarıda değindiğimiz CAT’in yaklaşımının benimsenmesi gerektiği kanısındayız. Buna göre teşebbüs C, kendisine gelen bilgiyi sadece ticari işlemlerinde kullandığında ABC bilgi değişimi kapsamında sorumlu tutulabilmelidir. Zira aksi durumda teşebbüs C pasif kalması halinde dahi ABC bilgi değişiminden sorumlu tutulabilir. Böyle bir yaklaşım ise kanımızca hukuki güvenlik ilkesine zarar verir.

¹⁰⁸ Rekabet Kurumu, Rekabet Terimleri Sözlüğü, Sayfa 186.

¹⁰⁹ RKHK 3.madde gerekçesi.

¹¹⁰ *Odudu*, Handbook On European Competition Law, 2013, sayfa 255.

¹¹¹ *Odudu*, Handbook On European Competition Law, 2013, sayfa 256.

¹¹² *Odudu*, Handbook On European Competition Law, 2013, sayfa 257.

1.4 A-B-C ARASINDAKİ İLİŞKİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Teşebbüs C'nin teşebbüs A'ya dair aldığı bilgiler üzerine, kendisine ait bilgileri de teşebbüs B aracılığıyla , A'ya iletmek üzere paylaşması durumunda bilgi değişimi çift taraflı hale gelmektedir. ABC bilgi değişimine ilişkin OFT, ABD mahkemeleri ve Kıta Avrupası kararlarında ortaya çıkarılan gizli anlaşma ve karteller bu kapsamda oluşmuştur. Bilgi değişimi karşılıklı olmuş, ilgili ürün pazarında toplamda hakim durumda olan rakip teşebbüsler karşılıklı olarak bilgileri paylaşmışlardır. Karşılıklı bilgi değişimi ABC bilgi değişiminin doğası gereği gerçekleşmektedir. Bugüne değin ABC bilgi değişimine ilişkin verilen kararlarda teşebbüs C'nin sadece bilgi alan ancak bilgi vermeyen taraf olduğu tespit edilmemiştir. Yani ABC bilgi değişimine ilişkin soruşturmalarda bilgi değişiminin çift taraflı olarak gerçekleştirildiği tespit edilmiştir. Tablo 1 ve 2'deki teşebbüsler A ve C için, çalışmamızda anlatım kolaylığı sağlamak için bilgi akışını tek yönlü gösterdik. Oysaki ABC bilgi değişimine ilişkin kararlar göstermiştir ki A ve C hem bilgi vermiş hem de birbirlerinden bilgi almışlardır.

Tablo 3'de şemasını çizdiğimiz matris yapılı ABC bilgi değişimi de çift taraflı bilgi değişiminin karmaşık bir görünümüdür. Her bir satıcı, dikey ilişki içinde olduğu birden fazla sağlayıcı teşebbüse bilgi vermektedir ve bu yol ile diğer satıcılardan bilgi almaktadır. Aynı zamanda her sağlayıcı dikey ilişki içinde olduğu diğer sağlayıcılara bilgi vermektedir ve bu yol ile diğer sağlayıcılardan da bilgi almaktadır.

ABC bilgi değişiminde teşebbüsler arasında bağı oluşturan ortak tek anlaşmadır. Teşebbüs A ve teşebbüs B arasındaki bilgi değişimi, teşebbüs B ile teşebbüs C arasındaki bilgi değişimleri ortak tek anlaşmanın safhalarıdır. Aslında tüm teşebbüsler ortak anlaşma kapsamında haksız ekonomik kazanç sağlamak amacını gütmektedirler. Teşebbüs B'nin, teşebbüs A ve C ile dikey ilişki içinde

olması ve ABC bilgi değişimine dikey ihlalde bulunarak katılması, ABC bilgi değişimini diğer rekabet ihlal türlerinden ayıran özelliğidir. Bu nedenle ABC bilgi değişiminin, teşebbüs B'nin A ve C ile dikey ilişkisi olmadan gerçekleşmeyeceği kanısındayız.

Tek ortak anlaşma kapsamında teşebbüs A ile teşebbüs C'nin dolaylı ilişkisini tespit edebilmek ABC bilgi değişiminin anlaşılması için zorunludur. Bu iki teşebbüs bir irade uyuşması içindedir. Bu uyuşma ABC bilgi değişiminin yatay unsurudur. Teşebbüs B dolaylı bilgi değişimine aracılık ederek hem dikey bir ihlalde bulunmakta hem de gerçekleştirdiği dikey ihlali ile A ve C arasındaki bağlantıyı sağlamaktadır. Bu özellikleri göz önünde bulundurulduğunda kanımızca tablo 1 ve tablo 2'de değindiğimiz basit yapılı ABC bilgi değişimi atipik bir rekabet ihlal türüdür.

Tablo 3'de değindiğimiz matris yapılı ABC bilgi değişimleri için Belçika ve Alman rekabet otoritelerinin ABC bilgi değişimi olarak değerlendirdiğimiz kararlarına değindik. Matris yapılı ABC bilgi değişimlerine ilişkin bu kararlardan Belçika temizlik ürünleri kararında ve Alman rekabet otoritesinin bira pazarı kararında ihlalin kartel olarak nitelendirildiğini belirtmiştik. Bu kapsamda matris yapılı ABC bilgi değişiminde, pazarın önemli kısmında pay sahibi olan çok sayıda teşebbüsün ABC bilgi değişimi ile gerçekleştirdiği ihlalin yatay unsuru öne çıkmaktadır. Bu nedenle matris yapılı ABC bilgi değişimi kartel niteliğinde olabilmektedir. Çünkü çok sayıda sağlayıcı ve perakendeci fiyat anlaşması içinde olup, pazarın aynı seviyesinde faaliyet gösteren rakibinin, anlaşılan fiyatlara uyup uymadığını, ABC bilgi değişiminde bulunarak kontrol etmektedir. Bu bakımdan matris yapılı ABC bilgi değişimi yatay ihlal unsurunun baskın olması nedeniyle tablo 1 ve tablo 2'deki basit yapılı ABC bilgi değişiminden farklılaşmaktadır.

İKİNCİ BÖLÜM

ABC BİLGİ DEĞİŞİMİNİN YATAY UNSURU

Yatay nitelikli rekabet ihlalleri, dikey nitelikli rekabet ihlalleri ile kıyaslandığında rekabeti daha olumsuz etkiler. Zira fiyat tespiti, pazarın bölüşülmesi gibi kartel niteliğindeki ihlaller, tüketici faydası ve toplam ekonomik etkinliğin daha fazla azalmasına neden olurlar. Yatay ihlal türleri pazarın aynı seviyesinde faaliyet gösteren birden fazla teşebbüsün birlikte gerçekleştirdiği rekabet hukukuna aykırı işlemlerdir. Yukarıda birinci bölümde yaptığımız açıklamalardan da anlaşılacağı üzere pazarın aynı seviyesinde faaliyet gösteren teşebbüslerin birbirleriyle haberleşerek rekabeti ihlal etmeleri ABC bilgi değişiminin temel işleyişidir. Doğrudan bilgi değişimi yerine dolaylı yoldan bilgi değişimi yapılmaktadır. Dolayısıyla teşebbüs A ve teşebbüs C yatay nitelikli rekabet ihlali yapmaktadırlar.

Bu ihlal genelde geleceğe yönelik fiyata dair bilginin değişimi ile yapılmaktadır. İhlalin ortaya çıkış sebebinin, rakipler arasında bilgi değişimi olması ve ihlal sonucunda pazarın bilgi değişiminin gerçekleştiği seviyesinde rekabetin kısıtlanması sebebiyle kanımızca ABC bilgi değişiminde baskın unsur yatay rekabet ihlalidir. Bu nedenle ABC bilgi değişimine temel karakteristiğini veren yatay ihlal unsuru olan bilgi değişimi üzerinde durmamız gerekiyor.

Tablo 1’de üç süjenin yer aldığı basit yapıda, birinci bölümde açıkladığımız üzere teşebbüs B yeniden satış fiyatlarına müdahale ederek kazanç sağlamaktadır. Bu dikey ihlalin yanında teşebbüs A ve C ise yatay anlaşma yaparak fiyat tespiti yapmakta, yatay ihlal gerçekleştirmektedirler. Bu bakımdan Tablo 1’de

gösterdiğimiz, üçlü yapının olduğu basit ABC bilgi değişiminde tam olarak atipik rekabet ihlali olup hem dikey hem de yatay ihlale sebep olmaktadır. Ancak asıl etkilenen piyasa yani rekabetin ihlal edildiği pazar, teşebbüs A ve teşebbüs C'nin rekabet halinde olduğu seviyededir.

Tablo 3'te tanımladığımız matris yapılı ABC bilgi değişimini de bu kapsamda değerlendirmek gerekmektedir. Çok süjenin olduğu bu yapı uygulamada daha sık karşılaşılan rekabet ihlalidir. Birinci bölümde değindiğimiz Belçika Rekabet otoritesinin temizlik ürünleri ve Alman rekabet otoritesi perakendecilik kararları değerlendirildiğinde pazarın aynı seviyesinde rekabet eden tüm ya da çoğunluk pazar payına sahip teşebbüslerin, pazarın bir üst ya da alt seviyesinde dikey ilişki içinde oldukları teşebbüsler vasıtası ile bilgi değiştirdikleri görülmektedir. Yani pazarın aynı seviyesinde rekabet edenlerden sadece A ve C değil diğer büyük pazar payı sahibi teşebbüslerin de matris yapıdaki ABC bilgi değişiminde rol aldığı görülmektedir. Bu nedenle matris yapılı yani çok sayıda teşebbüsün içinde olduğu yapılarda da yatay rekabet ihlalinin daha ağır bastığı görülmektedir. Çünkü pazarda bilgi değişimi yapmayan, rekabet ihlaline karışmamış teşebbüs ya kalmamıştır ya da pazar payları artık düşük kalmıştır. Bunun sonucu olarak rekabet otoriteleri bu yapıları Alman rekabet otoritesi gibi kartel olarak değerlendirebilmektedirler.

Bilgi değişimi teşebbüsler için rekabet riskini ortadan kaldıran, pazarı şeffaflaştıran en nihayetinde teşebbüsün riskini azaltan bir eylemdir. Bilgi değişimi yaparak rekabet ihlali gerçekleştiren teşebbüslerin sağladığı temel faydalar ise şu şekildedirler: ilk olarak bilgi değişimi koordinasyonu sağlar. Bilgi değişimi sonucu rekabeti ihlali gerçekleşir ve teşebbüsler işbirlikçi sonuca ulaşırlar.¹¹³ Hukuka aykırı bilgi değişiminin ikinci faydası teşebbüslerin içsel istikrarı sağlamasıdır. Bilgi değişimi ile koordinasyon ya da anlaşmaya uymayan teşebbüsler tespit edilerek bu teşebbüslere yaptırım uygulanması söz konusu olabilir. Böylece bilgi değiştiren

¹¹³ Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, paragraf 50, EU Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, paragraf 66. AB yatay ilişkilere dair Kılavuzda bilgi değişimi sonucu elde edilen koordinasyon için Collusive Outcome başlığı kullanılmıştır.

teşebbüs grubunun iç istikrarı sağlanır.¹¹⁴ Son olarak bilgi değişimi yapan teşebbüsler koordinasyon ya da anlaşmanın tarafı olmayan teşebbüslerin pazara giriş ya da pazar içindeki hamlelerini çok daha kolay takip edebilir. Bu şekilde pazara girişin engellenmesi ya da pazardan dışlama gerçekleştirilebilir. Bu da bilgi değişiminin dışsal istikrarıdır.¹¹⁵

2.1 DEĞİŞTİRİLEN BİLGİLERİN NİTELİĞİ

Bu genel açıklamalardan sonra bilgi değişiminin niteliği üzerinde durmamız gerekiyor. ABC bilgi değişimi özü itibariyle bir bilgi değişimi türüdür. Hangi tür bilgilerin değiştirildiğine baktığımızda ise karşımıza genelde, geleceğe yönelik fiyat bilgisi değişimi çıkmaktadır. Ancak ABC bilgi değişiminin yeni yeni anlaşıldığı ve rekabet otoriteleri tarafından çözümlendiği bu dönemde, ABC bilgi değişiminin sadece fiyat bilgisi değişimi için kullanılmayacağı, rekabeti ihlal eden teşebbüslerin böyle bir enstrümanı rekabet ihlali amacıyla başka hassas bilgilerin değişimi için de kullanabileceğini göz önünde bulundurmamız gerekir. Bu nedenle aşağıda bilgi değişimi kapsamında sadece fiyat bilgisi değişimi değil genel olarak tüm rekabete hassas bilgilerin değişimi üzerinde duracağız.

Bilgi değişimi Kanun'da tanımı yapılmış bir rekabet hukuku kavramı değildir. Genel olarak aynı endüstride faaliyet gösteren iki veya daha fazla teşebbüsün tek yanlı yahut karşılıklı olarak rekabetçi kararlara etki eden her türlü ticari bilgilerini paylaşmaları olarak tanımlanabilir.¹¹⁶ Bilgi değişiminin her türünün rekabet ihlali olarak değerlendirilmesi söz konusu değildir. Öğretide bazı bilgi

¹¹⁴ Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, paragraf 51, EU Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, paragraf 67.

¹¹⁵ Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, paragraf 52, EU Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, paragraf 68.

¹¹⁶ Pişmaf, İktisadi ve Hukuki Açından Teşebbüsler Arası Bilgi Değişimi, 2012, sayfa 6.

değişimlerinin rekabeti ihlal etmediği aksine ekonomik fayda sağladığı da ifade edilmektedir.¹¹⁷

Bilgi değişiminin rekabet üzerindeki olumlu etkileri özellikle olumlu iş yapış modellerinin yaygınlaşması ve daha etkin işletme stratejilerinin gelişmesini sağlamasıdır. Rakip teşebbüsler arasında bilgi değişiminin *per se* yasaklanamayacağı açık olmakla beraber elbette bu değişimin kontrol edilmesi de gerekmektedir. Örneğin Türk Rekabet Kurulu tarafından yayınlanan 2016/5 Sayılı Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği rakip teşebbüsler arası bilgi değişimini düzenlemeyi amaçlamaktadır. Tebliğ'nin gerekçesinde bilgi değişimi politikasına ilişkin yapılan tespit rekabet otoritelerinin bilgi değişiminin sağladığı faydayı da göz önüne aldığını göstermektedir. Gerekçede AR-GE anlaşmalarının teknik bilginin yayılma hızını artırdığı, aynı yönde çakışan AR-GE çalışmaları yapılmasını engellediği, birbirlerini tamamlayan teknik bilgilerin değişimi yoluyla yeni gelişmelere yol açtığı belirtilmektedir.¹¹⁸

Rekabet Kurumu tarafından yayınlanan Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz'da da bilgi değişiminin çeşitli etkinlik kazanımlarını ortaya çıkarabileceği tespit edilmiştir. Bu etkinliklere örnek olarak taraflar arasında bilgi asimetrisi sorununu ortadan kaldırması, teşebbüslerin kendilerini rakipleri ile kıyaslamalarına imkan sağlanması, stokların azaltılması, kolay bozulan ürünlerin tüketicilere daha hızlı ulaştırılması, talebin istikrarsız olduğu pazarlarda maliyetlerin azaltılması gösterilmiştir.¹¹⁹ Ayrıca Kılavuz'da 2.3. Madde Kanun'un 5.maddesi kapsamında

¹¹⁷ Sanlı, Kerem Cem, Rekabetin Korunması Hakkında Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, 2000, sayfa 198.
Kekevi, Gökşin, Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasında Kolaylaştırıcı Eylemler, 2003, sayfa 11.

Wagner -von Papp, Fiona, Information Exchange Agreements, Handbook on European Competition Law, 2013, sayfa 133.

Duns, John, Anti Competitive Agreements: The Range of Conduct Caught, Comperative Competition Law, 2015, sayfa 91.

¹¹⁸ Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği gerekçesi sayfa 1.

¹¹⁹ Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, paragraf 42.

değerlendirme başlığı altında bilgi değişiminin etkinlik kazanımı sağlaması değerlendirilmiştir.¹²⁰

Rekabet Kurulu'nun Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz'unun kaynağı olan AB yatay anlaşmalar kılavuzunda da aynı şekilde bilgi değişiminin ekonomik yönden fayda sağlayabileceği, bilgi asimetrisini engelleyerek ekonomik etkinlik sağlayabileceği belirtilmektedir.¹²¹

Her bilgi değişiminin rekabet ihlali olmadığını tespit ettikten sonra ortaya hangi tür bilgilerin değişiminin rekabet ihlali olacağı sorusu gelmektedir. Bu soruya kestirmeden, sadece ticari sır niteliğindeki bilgilerin paylaşılması rekabeti ihlal eder cevabını vermek kapsayıcı ancak eksik bir cevaptır. Yukarıda yer verdiğimiz AR-GE anlaşmaları kapsamında teşebbüsler tarafından değişimi yapılmasına izin verilen bilgilerin tamamı aslında ticari sırdır. Ancak Rekabet Kurulu bu ticari sırların paylaşımı konulu anlaşmalara ekonomik etkinliğin sağlanması için izin vermektedir. Dolayısıyla ticari sır niteliğinde olan bilgilerin paylaşımı her zaman rekabeti kısıtlayan nitelikte bilgi değişimi olarak değerlendirilmemektedir.¹²²

Rekabet Kurulu tarafından hazırlanan Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz'da hangi bilgilerin değişiminin rekabet ihlaline sebep olacağını anlaşılması için ikili bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Buna göre ilgili pazarda rekabeti kısıtlama amacı taşıyan her türlü bilgi değişimi ve rekabetin kısıtlanması sonucunu doğuran her türlü bilgi değişimi rekabet ihlaline neden olur.

¹²⁰ Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, paragraf 75-80.

¹²¹ EU Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, paragraf 57.

¹²² Kekevi, benchmarking üzerinde durarak yabancı bir teşebbüsün her hangi bir biriminin başka bir teşebbüs tarafından incelenmesini, ardından bu incelenen birimlerin kıyaslanması ve ilerletici sonuçların uygulanmasını bilgi değişiminin ekonomik fayda sağlayan yönüne örnek olarak vermiştir. Burada bahsi geçen iş yapış modeli ya da organizasyon modelinin kendisi de ticari sırdır. Ancak bunların paylaşılması ekonomik etkinlik sağlamaktadır. Kekevi, Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasında Kolaylaştırıcı Eylemler, 2003, sayfa 12.

Rekabet Kurulu ilgili pazarda rekabeti kısıtlama amacı taşıyan her türlü bilgi değişiminin etkisine bakılmaksızın rekabeti kısıtladığının kabul edileceğini belirtmektedir.¹²³ Kılavuzun bu ifadesinden yola çıkıldığında bilgi değişiminde bulunan teşebbüs ya da teşebbüslerin saikine bakılacağı gibi bir anlam çıkmaktadır. Yani sonuçlarından bağımsız olarak bir teşebbüsün rekabeti ihlal amacı ile yaptığı bilgi değişiminde saikin ispat olunması halinde her halde rekabet ihlali gerçekleştiği düşünülmektedir.¹²⁴ Ancak Kılavuz'un devamında bilgi değişiminin meydana geldiği hukuki ve iktisadi çerçeveye göre değerlendirme yapılacağı, bilgi değişiminin doğası gereği rekabeti kısıtlanmasına yol açıp açmayacağını değerlendirileceği belirtilmektedir.¹²⁵ Kaynak AB yatay anlaşmalar kılavuzunda da aynı ifade kullanılmıştır.¹²⁶

Kılavuzlarda bilgi değişiminin rekabet ihlali olup olmadığının tespiti için öngörülen ikinci yol, yapılan bilgi değişiminin pazara etkisinin tespit edilmesidir. Bilgi değişimi olmasaydı pazarda rekabetin nasıl olacağı ve soruşturulan bilgi değişimi sonucunda pazarda rekabet nasıl gerçekleşmiştir, bu iki durumun kıyaslaması ile bilgi değişiminin rekabeti kısıtlayıp kısıtlamadığı tespit edilecektir.¹²⁷ Bilgi değişiminin pazara olan etkisinin anlaşılması için Kılavuzlar pazarın özellikleri ve değiştirilen bilginin özellikleri üzerinde durmaktadırlar. Biz Kılavuzların, pazarın özelliklerine ilişkin örneklerinden ziyade, aşağıda ABC bilgi değişimi konusunu daha yakından ilgilendiren değiştirilen bilginin nitelikleri üzerinde duracağız.

¹²³ Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, paragraf 56.

¹²⁴ Rekabeti kısıtlama amacının, Komisyon'un özellikle Groupement Des Cartes Bancaires "CB" kararı kapsamında ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. Gürkaynak, Gönenç; Yaşar, Ayşe Gizem, Rekabeti Kısıtlayıcı Amaç'ı Yeniden Değerlendirmek: "Groupement Des Cartes Bancaires v Commission" Kararı Işığında Yeni Bir Gün, Rekabet Dergisi, Cilt:16, Sayı:1,2015.

¹²⁵ Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, paragraf 56.

¹²⁶ EU Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, paragraf 72.

¹²⁷ Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, paragraf 58 ve devamı; EU Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, paragraf 75 v.d.

2.1.1. Stratejik Bilgi

Bilgi değişiminden hukuka aykırı şekilde fayda sağlayan teşebbüsün sağladığı avantaj, hangi tür bilgilerin değişiminin rekabet ihlaline neden olacağını anlaşılan fayda sağlar. Stratejik bilgiler bir teşebbüsün karlılığı üzerinde en çok etkisi olan fiyat, maliyet, miktar, kapasite, yatırım gibi unsurlardır. Hangi tür bilgilerin stratejik olduğu ise pazarlara göre de değişkenlik gösterebilir. Örneğin üretici sayısı ve müşteri sayısının az olduğu, ürünün homojen olduğu bir pazarda müşteri bilgileri çok kritik olabilir. Bir teknoloji şirketi içinse AR-GE çalışmaları en stratejik bilgi haline gelebilir.¹²⁸ Diğer taraftan birinci bölümde ABC bilgi değişimi için örnek olarak değindiğimiz kararlarda da görüleceğı üzere geleceğe yönelik fiyat bilgisi en çok değişimi yapılan stratejik bilgi türüdür. Rekabet otoriteleri tarafından saptanan ve müeyyide uygulanan yukarıda belirttiğimiz Tesco, Replica Kit, Belçika temizlik ürünleri ve Alman rekabet otoritesi perakende kararlarda¹²⁹ geleceğe yönelik satış fiyatı bilgileri rakip teşebbüsler tarafından değiştirilmiştir.

Türk Rekabet Kurulu Oluklu Mukavva Sanayicileri Derneğı kararında stratejik bilgi için ikili bir ayırım yapmıştır.¹³⁰ Öncelikle rekabete duyarlı bilgilerin stratejik bilgi olduğunu belirten Kurul, fiyat ve miktara ilişkin bilgilerin stratejik niteliğı en yüksek bilgiler olduğunu, maliyetlere ve talebe ilişkin bilgilerin stratejik nitelik bakımından ikincil olduğunu belirtmiştir.¹³¹ Bir diğer kararında ise bilginin stratejik açıdan öneminin bilgi değişiminin sıklığına ve pazardaki bağlamına, verilerin hacmine ve güncelliğine bağlı olduğunu belirtmiştir.¹³²

¹²⁸ Yatay İşbirliğı Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, paragraf 67.

¹²⁹ Bkz. Yukarıda ikinci bölüm.

¹³⁰ Rekabet Kurulu, 16-10/162-72, 16.03.2016, sayfa 26.

¹³¹ Rekabet Kurulu, 16-10/162-72, 16.03.2016, sayfa 26.

¹³² Rekabet Kurulu, 17-39/629-275, 28.11.2017, paragraf 39.

2.1.2 Pazarı Kapsama

Bilgi değişimi yapan teşebbüslerin toplam pazar payı rekabet ihlalin gerçekleşip gerçekleşmediğinin anlaşılmasında da belirleyici etkenlerden biridir. Örneğın çok sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği ideal tam rekabet piyasasında iki teşebbüsün bilgi değişiminde bulunması pazar üzerinde rekabeti kısıtlayıcı hiç bir etki doğurmayacaktır. Öte yandan Belçika temizlik ürünleri kararında olduğu gibi yoğunlaşmanın olduğu pazarda bilgi değişimi rekabeti engellemiştir. Bilgi değişimi yapan teşebbüslerin pazarı kapsama oranı arttıkça ihlalin kartel olarak değerlendirilme ihtimali de artacaktır. Zira kurum internet sitesinde yayınlanan ingilizce özetinde ceza alan teşebbüslerin pazar payları hakkında bilgi verilmesi de, Alman rekabet otoritesinin bira pazarında yürüttüğü soruşturma, kendi internet sitesinde kartel soruşturması olarak duyurulmuştur.¹³³ Bu tanımlamadan yola çıkarak Alman rekabet otoritesi kararında tespit edilen bilgi değişiminin pazarı önemli oranda kapsadığı anlaşılmaktadır.

2.1.3 Bilgi Değişiminin Kamuya Açık Olup Olmaması

Bilgi değişimine ilişkin bir diğer konu da bilgi değişiminin yapılaş şeklidir. Bilgi değişimi gizli yapılabileceği gibi kamuoyuna yapılan duyuru ve açıklamalar ile de yapılabilir. Gizli bilgi paylaşımı doğal olarak rekabet ihlali şüphesini üzerinde toplar. Ancak kamuoyuna yapılan duyurular yoluyla da rekabet ihlal edilebilir. Bu konuda en çarpıcı kararlardan biri *US vs. Airline Tariff Publishing Co.*'dır. İlginç bir rastlantıdır ki bu kararda ticari şekilde hub & spoke sistemini kullanan hava yolu şirketlerinin rekabet ihlali yaptıkları tespit edilmiştir.¹³⁴

¹³³ Alman rekabet otoritesi, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Meldungen%20News%20Karussell/2016/09_05_2016_Vertikalverfahren-Bier.html, 02.03.2017.

¹³⁴ District Court of Columbia, 92-2854, 21.12.1992, sayfa 5.

Airline Tariff Publishing (ATP) Company ABD havayolu şirketleri tarafından gelecek dönem bilet fiyatlarının ilan edilmesi için kurulmuş bir şirkettir. ATP bilet rezervasyonu ya da satışı yapmamakta sadece iç hat uçuşlarının fiyat ve tarih bilgilerini paylaşmaktaydı.¹³⁵ Bu şekilde gelecek tarihli bir uçuşun fiyatı, ilk bilet alınabilecek tarih ve son bilet alınabilecek tarih açıklanıyordu. Ancak sistemin kritik yönü havayolu şirketlerinin açıkladıkları ilk ve son bilet alabilme tarihleri ve fiyat konularında taahhüt altına girmiyor olmasıydı. Zira ilk bilet alınabilen ve son bilet alınabilen tarihler genellikle değiştiriliyordu.¹³⁶ Bu sistem sayesinde havayolu şirketleri günlük olarak rakiplerinin fiyatlarını raporlayarak takip edebiliyor, fazla indirim yapan rakiplerini tespit edip cezalandırabiliyordu.¹³⁷ Nihai karar neticesinde United Airlines ve USAir'in fiyat anlaşması amacıyla ATP'yi kullanmaları, ilk bilet alım tarihi açıklamaları yasaklandı. Son bilet alım tarihi açıklamaları ise kısıtlandı.¹³⁸ US vs. Airline Tariff Publishing Co. kararı kamuoyuna yapılan açıklamalar yoluyla bilgi değişimi yapılarak fiyat tespiti yapılması konusunda örnek kararlardan biridir. Zira bilgi değişimi ve fiyat tespiti gizli şekilde değil kamuoyuna açık kaynaklar kullanılarak yapılmıştır. Bu bakımdan yukarıda belirttiğimiz bilgi değişiminin rekabet ihlaline sebep olması için kamuoyuna açık ya da kapalı yapılması arasında fark olmadığını ortaya çıkarmaktadır.¹³⁹

2.1.4 Anonim Bilgi ve Teşebbüs Özelinde Bilgi

Rekabet ihlali için gerekli bilgi bir teşebbüse ait özel bilgilerdir. Ancak anonim hale getirilmiş yani gruptaki herhangi bir teşebbüsle bağdaştırılması mümkün olmayan bilgilerin paylaşılmasında rekabeti ihlal riski oldukça düşüktür. Bilgiler anonimleştikçe rakiplerin davranışlarını gözlemleme imkanı teşebbüs sayısının

¹³⁵ District Court of Columbia, 92-2854, 21.12.1992, sayfa 6.

¹³⁶ District Court of Columbia, 92-2854, 21.12.1992, sayfa 8.

¹³⁷ District Court of Columbia, 92-2854, 21.12.1992, sayfa 19.

¹³⁸ District Court of Columbia, 92-2854, 21.12.1992, sayfa 20.

¹³⁹ Kekevi, Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasında Kolaylaştırıcı Eylemler, Uzmanlık Tezi, 2003, sayfa 31.

yüksekliğine bağlı olarak azalacaktır.¹⁴⁰ Az sayıda oyuncunun yer aldığı oligopol pazarlarda ise bilginin anonim hale getirilmesi ile rekabet ihlali riski tamamen ortadan kaldırılamayabilir. Örneğin biri ithalatçı diğerleri üretici olan, pazar payları tahmin edilebilecek ve az sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği bir otomotiv pazarında, ithal olunan ve ülke içinde üretilen araçlara dair belirli bir döneme ait bilgilerin paylaşılması bir rekabet riski yaratabilir ya da yoğunlaşmış ve istikrarlı bir oligopolde, anonimleştirilmiş fiyat bilgisi değişimi, pazardaki fiyatın anlaşma içinde olan teşebbüslerden biri tarafından anlaşmaya aykırı olarak düşürüldüğünün anlaşılmasını sağlayabilir.¹⁴¹

2.1.5 Değiştirilen Bilginin Güncelliği

Ne kadar eski tarihli bilgilerin değiştirilmesinin rekabet ihlali yaratmayacağı konusunda bir eşik bulunmamaktadır. Bu nedenle pazarın yapısı, bilgi değişiminin rekabeti ihlal edip etmediğinin anlaşılmasında belirleyici olacaktır. Ürün farklılaşmasının çok olduğu bir pazar ile ürünlerin homojen olduğu bir pazarda bilgilerin güncelliği de farklı olacaktır. Ürünlerin homojen olduğu pazar örneğinde bilginin güncelliği de farklılaşmış ürün pazarına göre daha uzun bir dönemi kapsayacaktır. Yazılım ürünlerinin ticaretinin yapıldığı bir pazar için de bilgi güncelliği kısa bir dönemi kapsayabilir. Zira rekabet yoğunluğu yanında talebin belirsizliği de teknoloji ürünleri pazarını dinamik hale getirir. Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz'da bilginin güncelliği konusunda örneğin pazardaki sözleşmelerin ortalama uzunluğundan çok daha önceki bir tarihe ait bilgilerin geçmiş tarihli bilgi olarak değerlendirileceği belirtilmiştir.¹⁴²

¹⁴⁰ Pişmaf, İktisadi ve Hukuki Açından Teşebbüsler Arası Bilgi Değişimi, 2012, sayfa 13.

¹⁴¹ Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, paragraf 69. EU Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, paragraf 89

¹⁴² Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, paragraf 70.

2.1.6 Bilgi Değişiminin Sıklığı

Bilgi değişiminin sıklığı bilgi değiştiren tarafların anlaşmasını ve anlaşmanın iç istikrarının korunmasını sağlar.¹⁴³ Elbette teşebbüslerin faaliyet gösterdikleri pazarın özellikleri, bilgi değişiminin sık mı yapıldığı ya da nadiren mi yapıldığını belirler. Çalışmamızın ikinci bölümünde değindiğimiz kararlar da sıklığın pazara göre göreceli olduğunu ortaya koymaktadır. AC Treuhand kararında Akzo tarafından belirtildiğine göre AC Treuhand yılda bir ya da iki kere toplantı organize etmekteydi.¹⁴⁴

Küresel bir anlaşma olması ve homojen ürünlerden dolayı bu sıklık rekabet ihlali için yeterli olmuştur. Belçika temizlik ürünleri kararında ise temizlik ürünlerinde fiyat geçişleri yaklaşık bir hafta süre alıyordu. Bu süre içinde genelde bilgi değişimi olmuyordu. Fiyat geçişleri ardından ise bilgi değişimi yeniden başlıyordu. Yani bilgi değişimi rekabet ihlali gerçekleştiren teşebbüsler arasında oldukça sık yapılmaktaydı.¹⁴⁵ Belçika rekabet otoritesi tarafından tespit edilen bu sıklık aslında hızlı tüketim ürünleri pazarı için normaldir. Daha az sıklıkta gerçekleştirilecek bilgi değişimleri hızlı tüketim ürünleri sektöründe fiyat kontrolünü sağlayamayacaktır.

Değiştirilen bilginin nitelikleri üzerinde durmadan önce Türk Rekabet Kurulu'nun kararlarında bilgi değişimini nasıl incelediğine de değinmek gerekli. Oluklu Mukavva Sanayicileri Derneği muafiyet kararı bu kapsamda dikkat çeken bir karardır. Oluklu mukavvanın temel girdisi olan kağıt fiyatına dair endeks muafiyet başvurusunun konusudur. Dernek, kağıt üreticilerinden toplanacak veriler ile oluşturulacak fiyat endeks bilgisinin, dernek üyelerine düzenli olarak bildirilmesine

¹⁴³ Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz paragraf 71.

¹⁴⁴ Avrupa Komisyonu, COMP/E-2/37.857, 10.12.2003, , sayfa 35, paragraf 128.

¹⁴⁵ Belçika rekabet otoritesi, ABC-2015-I/O-19-AUD, 22.06.2015, sayfa 9, paragraf 33.

muafiyet tanınmasını istemiştir. Rekabet Kurulu bu faaliyetin yani bilgi değişiminin rekabet ihlaline neden olup olmayacağına ilişkin değerlendirmede bulunmuştur.¹⁴⁶

Rekabet Kurulu başvuruda bulunan teşebbüslerin muafiyet talebini reddetmiştir. Kurul bilgi değişimini incelerken pazarın yapısı, bilginin stratejik olup olmadığı, bilginin bireysel olup olmadığı, bilginin güncelliği, bilgi paylaşımının sıklığı, bilginin kamuya açık olup olmadığı ve son olarak bilgi değişiminin kamuya açık olarak yapılıp yapılmadığı konuları üzerinde durmuştur.¹⁴⁷

Buraya kadar yaptığımız açıklamalardan yola çıkarak rekabet ihlaline neden olacak nitelikte bilgi değişiminin olay bazında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşıyoruz. Genel geçer bir bilgi değişimi rejimi belirlemek kanımızca mümkün gözükmemektedir. Her bir olayda pazarın yapısı, bilgi değişiminin amacı ve pazara etkisi değerlendirilmeli, rekabet otoritesi bu değerlendirmeye göre bilgi değişiminin rekabeti ihlal edip etmediğine karar vermelidir. Bu yorum geleceğe yönelik fiyat bilgisinin paylaşılması şeklinde gerçekleşen bilgi değişimi için dahi geçerlidir. Zira yazarlar arasında da geleceğe dair bilgi paylaşımının hukuki ve ekonomik kapsamının araştırılması gerektiği, *per se* yasaklanmaması gerektiği belirtilmiştir.¹⁴⁸

Bilgi değişiminin hukuki kapsamının araştırılması bu çalışmanın konusunu oluşturan ABC bilgi değişiminde olduğu gibi bilgi değişiminde bulunan tarafların saikinin araştırılmasını da kapsamaktadır. Yukarıda belirttiğimiz üzere saik bilgi değişiminde önemlidir çünkü ABC bilgi değişiminde olduğu üzere teşebbüs B üzerinden teşebbüs C'ye giden A'ya dair bilginin açıklanış amacı, yani teşebbüs A'nın saiki, bu bilginin teşebbüs C'ye ulaştırılmasıdır. ABC bilgi değişiminde, teşebbüs A'nın saiki tespit edilmeden, A'ya dair bilginin B tarafından teşebbüs C'ye

¹⁴⁶ Rekabet Kurulu, 16-10/162-72, 16.03.2016.

¹⁴⁷ Rekabet Kurulu, 16-10/162-72, 16.03.2016, sayfa 27-28.

¹⁴⁸ Aslan, Ece Fatma, Geleceğe Yönelik Bilgi Paylaşımının Rekabet Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi ve Rekabet Kurumunun Bilgi Paylaşımı Konusunda Yaklaşımı, Rekabet Dergisi, Cilt 13, Sayı:3, 2012, sayfa 69.

açıklandığını tespit etmek tek başına anlam taşımaz. Bu saik olmadan, bilgi bir piyasa dedikodusu ya da yakın kişisel ilişki içinde ve en önemlisi teşebbüs A'nın haberi olmadan teşebbüs B tarafından C'ye aktarılmış olabilir. Üstelik A'ya dair bilgi kamuoyuna açık olmayan şekilde yani şüphe çekecek şekilde teşebbüs C'ye ulaştırılmıştır. Bu durumda teşebbüs A'nın saiki araştırılmadan ABC bilgi değişiminde bulunduğuna dair suçlama hukuk güvenliğini zedeler.

2.2 YATAY İHLAL TÜRLERİ ve BİLGİ DEĞİŞİMİ

Yatay ihlal türleri ile bilgi değişimi arasındaki ilişkiyi incelemeyen önce yatay ihlal türleri arasındaki benzerliklere değinmemiz gerekmektedir. Zira öğretilerde yatay ihlal türleri arasında yani anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları arasında bir ayırma gitmenin gereksiz olduğu; böyle bir ayırım yapmanın hem imkansız hem de faydasız bir uğraş olacağı belirtilmektedir.¹⁴⁹ OFT Replica Kit kararında gerekli olmadığı sürece anlaşma ve uyumlu eylemi birbirinden ayırmayacağını, böyle bir ayırımın hukuki olarak gerekli olması halinde yapılması gerektiğini belirtmiştir.¹⁵⁰ OFT'nin ve öğretinin bu yaklaşımına katılıyoruz. Aşağıda anlaşmaya dair bölümde daha ayrıntılı olarak değineceğimiz üzere RKHK Madde 4'de sayılan anlaşma, uyumlu eylem ve kararların özünde kanunun lafzında da belirtildiği gibi rekabeti engelleme amacı veya sonucu önemlidir. Kanun maddesi rekabeti engelleme amacı veya sonucu ile yapılan tüm fiilleri kapsamayı amaçlamaktadır.

Ancak biz çalışmamızda ayrı ayrı başlıklar halinde yatay ihlal türleri ile bilgi değişimi arasındaki ilişkiye değineceğiz. Bu ayırımın sebebi ise çalışmamızda RKHK 4.madde'de belirlenen sistemi takip edebilmektir.

¹⁴⁹ Sanlı, Rekabetin Korunması Hakkında Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, 2000, sayfa 87.

¹⁵⁰ Court Of Appeal, 2005/1071, 1074, 1623, 19.10.2006, Paragraf 21, sayfa 8.

Yukarıdaki tanımda bilgi değişimini rekabete etki eden her türlü ticari bilginin paylaşılması olarak tanımlamıştık. RKHK'nın 4.maddesinde geçen anlaşma, karar ve uyumlu eylem ile bilgi değişiminin ilişkisi aynı zamanda ABC bilgi değişiminin de bu kavramlar ile ilişkisini ortaya çıkarmaktadır. Bilgi değişimi RKHK'da tanımlanmamasına rağmen kanatimizce anlaşma, uyumlu eylem ve karar kavramları içinde yer alan bir kavramdır. Rekabeti ihlal eden bilgi değişimi sonucunda hukuk sisteminin yasakladığı bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Bu sonucun tanımlanması, hukuk sistemi içinde ABC bilgi değişiminin hangi yasağa karşılık geldiğinin belirlenmesi gerekmektedir. ABC bilgi değişimi bir rekabet ihlal türü olarak mevzuatlarda tanımlanmadığı için belli başlı yatay ihlal türleri içinde ABC bilgi değişiminin nereye oturduğuna değinmemiz gerekiyor.

RKHK 4.maddede belirtilen her bir ihlal türü ayrı ayrı çalışmalara konu olmuş kapsamlı kavramlardır. Bu kavramlara ilişkin ayrıntılı tartışmalara, kararlara ve yeni görüşlere bu çalışma kapsamında yer vermek çalışmanın sınırlarını aşmak olacaktır. Diğer taraftan her bir ABC bilgi değişimi kararında varılan sonuç anlaşma, uyumlu eylem veya rekabete aykırı karar kavramları ile sınırlanmakta yani hukuka aykırılığın çerçevesi çizilmektedir.¹⁵¹ Nitekim AB yatay ilişkiler kılavuzunda bilgi değişiminin ABİDA 101.madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve bilgi değişiminin ancak anlaşma, uyumlu eylem veya bir kararın kurucu unsuru ya da parçası olabileceği belirtilmiştir.¹⁵² Bu nedenle çalışmamızın bu bölümünde, genel nitelikleri ile RKHK Madde 4'te sayılan ihlal türleri ile ABC bilgi değişimi arasındaki bağlantıya değineceğiz ve ABC bilgi değişiminin yatay unsurunun yani bilgi değişiminin, uyumlu eylem mi, anlaşma mı, yoksa teşebbüs birliği kararı mı olarak değerlendirileceği sorularına yanıt vereceğiz.

¹⁵¹ Sanlı, RKHK madde 4 kapsamında uyumlu eylem, anlaşma ve karar kavramlarının karşılıklı uzlaşma ve uyuşmanın olabileceği her türlü durumu kapsadığını, teşebbüsler arası uyuşmanın bu üç yol dışında başka bir biçimde olamayacağını belirtmektedir. Sanlı, Rekabetin Korunması Hakkında Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, 2000, sayfa 74.

¹⁵² EU Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, paragraf 60.

2.2.1 Uyumlu Eylem ve ABC Bilgi Değişimi

RKHK'da uyumlu eylemin tanımı yapılmamıştır. Ancak Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz'da uyumlu eylem teşebbüsler arasında tam anlamıyla bir anlaşmanın yapıldığı aşamaya gelinmeden, rekabetin getirdiği risklerden kaçınmak ve kendi bağımsız davranışlarının yerine geçmek üzere bilinçli olarak yapılan her türlü pratik işbirliği ve koordinasyon olarak tanımlanmıştır.¹⁵³ Öğretide ise uyumlu eylem için çeşitli tanımlar yapılmıştır. İkizler uyumlu eylemi farklı, öne çıkan yönlerine göre dört şekilde tanımlamıştır. Yazara göre bir danışıklılık şekli olarak uyumlu eylem teşebbüslerin anlaşma ya da karara dayanmadan, bu bakımdan pratik bir işbirliği içinde rekabeti sınırlamalarıdır. Paralel davranış yönüyle uyumlu eylem ise paralellik bilincinin teşebbüslerin arasındaki bağlantıdan doğduğu, rekabeti sınırlayıcı paralel pazar davranışlarıdır. Yazara göre rekabet hukukunun misyonu açısından uyumlu eylem anlaşma ya da karar olarak nitelendirilemeyen ve fakat teşebbüslerin birbirlerinden bağımsız pazar politikaları üretmesini engelleyen ve bunun sorumlusu olarak da teşebbüslerin görülebildiği tüm işbirliği durumlarıdır. Son olarak unsurları açısından uyumlu eylem iki ya da daha çok teşebbüsün birbirleriyle bağlantıya geçmesi sonucu pazar politikalarının paralelleşmesiyle rekabeti sınırlanmasıdır.¹⁵⁴

Akıncı ise uyumlu eylemi, piyada faaliyet gösteren teşebbüslerin aralarında bir sözleşme olmaksızın rekabet ederek karlarını artırmak yerine rekabeti ortadan kaldırmağa yönelik ekonomik olmayan benzer davranışlarıdır¹⁵⁵ şeklinde tanımlamaktadır.

¹⁵³ Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, sayfa 1, 1 nolu dipnot. AB yatay anlaşmalar kılavuzu da uyumlu eylemi bu şekilde tanımlamıştır. EU Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, paragraf 60.

¹⁵⁴ İkizler, Metin, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, 2005, sayfa 60.

¹⁵⁵ Akıncı, Ateş, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, 2001, sayfa 145.

Sanlı uyumlu eylemi bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda, piyasadaki fiyat değişimlerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayandırılmayacak biçimde rekabeti kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi ve özellikle, piyasaların fiilen paylaşılması, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırılması, uzun sayılacak bir süre piyasadaki fiyatların kararlılık göstermesi gibi hallerde ortaya çıkan teşebbüsler arası bir işbirliği durumu olarak tanımlanmaktadır.¹⁵⁶ Bizce de yerinde olan bu tanım uyumlu eylemin unsurları yerine ispatı üzerinde yoğunlaşmaktadır. Kanımızca rekabet hukukunda anlaşma kavramının kapsayıcılığı göz önüne alındığında RKHK'nın 4.maddesinde sayılan ihlal türlerinin her biri anlaşma kavramı şemsiyesi altına alınabilecektir.

Türk Rekabet Kurulu ise uyumlu eylemlere ilişkin güncel bir kararında RKHK 4.madde kapsamında uyumlu eylem üzerinde durmuştur. 14.01.2016 tarihli Ege Çimento Üreticileri kararında Kurul, Ege Bölgesinde faaliyet gösteren çimento üreticilerinin aralarında anlaşmaları, fiyatları birlikte arttırdıkları, müşteri ve bölge paylaştıkları ve başka marka çimento satışını o bölge dışında engelledikleri iddiasını soruşturmuştur. Gerekçeli kararında Rekabet Kurulu, RKHK 4.Maddesi gerekçesine atıf yaparak uyumlu eylem kavram ve karinesinin kanuna konuluş amacının teşebbüsler arasındaki danışıklığın ispatlanmasında kolaylık sağlanması olduğunu belirtmiştir.¹⁵⁷ Bir diğer kararında ise anlaşma ve uyumlu eylem arasındaki ilişkiye değinmiştir. Rekabet Kurulu, Komisyon'un ilgili kararlarına atıf yaparak Türk rekabet hukukunda uyumlu eylemin apayrı bir rekabet hukuku kavramı olarak değil de, 4054 sayılı Kanun ve gerekçesinde belirtildiği üzere, "anlaşmanın varlığının ispatlanmasında bir araç" olarak kabul edilmesinin en doğru yaklaşım olacağına karar vermiştir.¹⁵⁸

¹⁵⁶ Sanlı, Rekabetin Korunması Hakkında Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, 2000, sayfa 79.

¹⁵⁷ Rekabet Kurulu, 16-02/44-14 ,14.01.2016, paragraf 154.

¹⁵⁸ Rekabet Kurulu, 06-08/121-30, 02.02.2006, sayfa 139, paragraf 6680.

Kanımızca her anlaşma, uyumlu eylem ve kararda aslında bir irade beyanı uyuşması sağlanmaktadır.¹⁵⁹ Bu irade uyuşması rekabeti ihlal eden teşebbüs tarafından dış alemde de açık ya da örtülü şekilde ortaya konulmaktadır. Uyumlu eylemin ayırdedici özelliği ise ispat hukuku bakımından ortaya çıkmaktadır. Türk Rekabet Hukuku'ndaki teşebbüsün uyumlu eylemde bulunmadığını ispat külfeti de yani uyumlu eylem karinesinin varlığı da bu görüşü desteklemektedir. RKHK'un 4.maddesinde düzenlenen uyumlu eylem karinesi göre bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişimlerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.¹⁶⁰ Görüldüğü üzere uyumlu eylem karinesine ilişkin RKHK düzenlemesi de anlaşma kavramına değinmekte ve anlaşmanın ispat olunamaması durumunda karineye başvurulacağını belirtmektedir.

Anlaşma ya da kararın ispatlanamadığı durumlarda rekabet otoritesinin eline rekabeti korumak için bir silah verilmek istenmektedir. İşte bu silah uyumlu eylem karinesidir. Zira RKHK 4.madde gerekçesinde rekabeti ihlal eden anlaşmaların genellikle gizli şekilde yapıldığı, bu nedenle varlıklarının ispatının zor hatta bazen imkansız olduğu bu nedenle uyumlu eylem karinesinin kabul edildiği belirtilmiştir.¹⁶¹ Son olarak kanımızca uyumlu eylemde bulunan tarafların gösterdiği irade ile anlaşma içinde olan ya da karar alan teşebbüslerin iradesi arasında bir fark da yoktur. Rekabeti ihlal etme iradesi her üç ihlal türü için de ortaktır. Bu iradeler aynıdır. Bu iradeler arasında yoğunluk farkı aranması da kanımızca anlamsızdır.

ABC bilgi değişiminin bir rekabet ihlal türü olarak ortaya çıkma sebebi çalışmamızın birinci bölümünde belirttiğimiz üzere gizlenmesinin kolay olması yani rekabet otoritesi tarafından tespit edilmesinin güçlüğüdür. Gerçekten de bilgi değişimi yapan rakip teşebbüslerin doğrudan bir teması olmadan dahi kurulabilen bu

¹⁵⁹ Aynı görüşte, Sanlı, 2000, Rekabetin Korunması Hakkında Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, sayfa 75.

¹⁶⁰ Rekabet terimleri sözlüğünde de uyumlu eylem karinesinin açıklaması için kanun hükmü ve gerekçesi kullanılmıştır. Rekabet Kurumu, Rekabet Terimleri Sözlüğü, sayfa 193.

¹⁶¹ Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Gerekçesi, madde 4.

yapının ispatı da zor olmaktadır. Ortada somut bir anlaşma olmaması ve ABC bilgi değişiminde bulunan tarafların birbirlerine doğrudan yönelttiği irade uyuşmasının ispat olunamaması bizi yatay ihlal türü olarak uyumlu eyleme götürmektedir. Şöyle ki, uyumlu eylemde de rekabet ihlali yapan tarafların bu eyleminin ispatı zor olmakta, kanunkoyucu burada devreye girerek rekabet otoritesine hukuki karineyle güç vermek istemektedir. Burada uyumlu eylem ve ABC bilgi değişiminin örtüşen tarafı ortaya çıkmaktadır. Her ikisinin de ispatı zordur. Her ikisinde de anlaşmanın varlığını ispatlayacak kadar güçlü deliller ya iyi gizlenmiştir ya da yoktur. Bu nedenle ABC bilgi değişiminin uyumlu eylem olarak değerlendirilip ceza verilmesi doğaldır.

ABC bilgi değişimi kapsamında ihlal tespiti yapılan ve bu ihlalin uyumlu eylem olarak nitelendiği kararlardan örnek olarak OFT'nin Tesco kararını verebiliriz. Kararın temyiz aşamasında CAT tarafından uyumlu eylemin komisyon kararları ışığında tanımı yapılmıştır.¹⁶² Kararda aynı zamanda ABC bilgi değişiminin unsurlarının tanımı yapılmadan önce, kararda geçen hukuka aykırı eylem olan ABC bilgi değişiminin bir uyumlu eylem olduğu da belirtilmiştir.¹⁶³ Tesco kararı üzerinde uyumlu eylem kapsamında özellikle duruyoruz. Zira burada CAT, ABC bilgi değişimi için anlaşma ve uyumlu eylem ifadesini kullanmamış sadece uyumlu eylem kapsamında ihlal gerçekleştiğini tespit etmiştir.

ABC bilgi değişiminde, Tablo 1'de belirttiğimiz basit yapıda, uyumlu eylem, teşebbüs A ve teşebbüs C tarafından gerçekleştirilir. Pazarın aynı seviyesinde faaliyet gösteren bu rakip teşebbüsler, teşebbüs B tarafından iletilen bilgiler ile pazar hakkında bilgiye sahip olurlar. Örneğin Tablo-1'deki gibi teşebbüs A'nın gelecek dönem fiyat bilgisinin, sağlayıcı teşebbüs B tarafından, teşebbüs C'ye iletildiğini düşünelim. Teşebbüs C'nin de, bu bilgiyi kullandığını, fiyatlarını bu bilgiye göre arttırdığını düşünelim. Bu durumda kanımızca rekabet otoritesinin bir anlaşmaya dair somut delile ulaşma imkanı yoktur. Teşebbüs A sadece gelecek dönem fiyatını

¹⁶²Competition Appeal Tribunal, 1188/1/1/11, 20.12.2012, Sayfa 18, paragraf 46 v.d.

¹⁶³Competition Appeal Tribunal, 1188/1/1/11, 20.12.2012, Sayfa 23, paragraf 57.

sağlayıcı teşebbüs B ile , teşebbüs C'ye iletmesi için paylaşmıştır. Teşebbüs A ve teşebbüs C arasında doğrudan iletişim de yoktur. Ancak kendisine bilgi ulaşan teşebbüs C, bu bilgiyi gelecek dönem fiyatlarını belirlerken kullanacaktır. Bu durum, yani teşebbüs C'nin fiyatlarını A'dan gelen bilgilere göre belirlemesi kanımızca bir irade uyuşması olarak değerlendirilmelidir. Bu konuya yani irade uyuşmasına ilişkin aşağıda daha fazla açıklama yapacağız.

2.2.2 Anlaşma ve ABC Bilgi Değişimi

Rekabet Terimleri Sözlüğü'nde anlaşma dört ayrı başlıkta tanımlanmıştır. Anlaşma teriminin İngilizce karşılığı olan *agreement, collusion, conspiracy* ve *combination* terimleri için ayrı ayrı açıklamalar yapılmıştır.¹⁶⁴ Bu ayrı maddelerde tanımları biraraya getirdiğimizde anlaşma, teşebbüsler arasındaki açık ya da örtülü mutabakat ve koordinasyon olarak tanımlanabilir.

RKHK'da ise anlaşma tanımı yapılmamıştır. Ancak Kanun'un gerekçesinde anlaşmanın medeni hukukun geçerlilik koşullarına uymasa bile tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşma olduğu belirtilmiştir.¹⁶⁵ Öğretide de anlaşma, medeni hukukun geçerlilik koşullarına uyulmasa bile tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşma olarak tanımlanmıştır.¹⁶⁶ Aslan anlaşmadan medeni hukuk ve borçlar hukuku hükümlerine göre geçerli bir anlaşma anlaşılmaması gerektiğini, anlaşmanın varlığı için tarafların kendilerini bu anlaşmayla bağlı kabul etmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁶⁷

Topçuoğlu anlaşmanın sözleşme, akit, mukavele kavramları gibi hukuki bağlayıcılık açısından aynı anlamı ifade eden teknik bir kavram olmadığını

¹⁶⁴Rekabet Kurumu, Rekabet Terimleri Sözlüğü, sayfa 57.

¹⁶⁵ Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Gerekçesi, madde 4.

¹⁶⁶ Günay, Cevdet İlhan, Rekabet Hukuku Dersleri, 2014, sayfa 50.

¹⁶⁷ Aslan, Rekabet Hukuku Teori Uygulama Mevzuat, 2017, sayfa 215-216.

belirtmiştir. Anlaşmadan anlaşılması gerekenin ise arzu edilen bir sonuca yönelik, en az iki tarafın, karşılıklı ve birbirine uygun beyanda bulunmalarıyla gerçekleşen hukuki muameleler olduğunu belirtmiştir.¹⁶⁸ Topçuoğlu öğretisi ve uygulamada anlaşmanın hukuken geçerli, bağlayıcı olan anlaşmalarla birlikte, bu nitelikten yoksun her türlü tasavvur (bilgi) açıklamalarını, fiili davranışları da kapsayacak şekilde geniş yorumlandığı da belirtmiştir. Ancak yazarın kendisi anlaşma kavramının hukuken bağlayıcı olan anlaşmalar dışında, bağlayıcı gücü bulunmayan karşılıklı beyanları da içine alacak kadar geniş yorumlanmasının uygulamaya her hangi bir katkı sağlamayacağını, hukuki kavram ve kalıplara zarar vereceğini belirtmiştir.¹⁶⁹

Gürzumar ise anlaşma kavramını, borçlar hukukundaki sözleşme kavramı ile kıyaslayarak tanımlamıştır:

*“...Rekabet Hukukunda “anlaşma” teriminin Medeni Hukuktaki “sözleşme” teriminden daha geniş kapsamlı olması ile kastedilen de iki veya daha fazla teşebbüs arasındaki uzlaşmanın (mutabakatın) 4054 Sayılı Kanun m.4 hükmü anlamında bir anlaşma sayılabilmesi için, bu uzlaşmanın hukuki sonuca yönelmiş irade beyanlarıyla oluşturulmasının şart olmadığıdır.”*¹⁷⁰

Türk Rekabet Kurulu ise kararlarında RKHK 4.maddesine göre anlaşma kavramının şekil şartına bağlanmadığını, anlaşmanın varlığı için tarafların aynı yönde irade beyanlarının yeterli olduğuna karar vermiştir.¹⁷¹ Rekabet Kurulu'nun anlaşmanın oluşması için irade uyuşması gerektiği şeklindeki görüşü istikrar kazanmıştır.¹⁷²

¹⁶⁸ Topçuoğlu, Metin, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, 2001, sayfa 168.

¹⁶⁹ Topçuoğlu, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, 2001, sayfa 169; yazar anlaşma kavramının öğretilerinde geniş yorumlanması konusunda Avrupalı rekabet hukukçularının görüşlerine atıf yapmıştır. Bkz. Yazarın ilgili bölümdeki 20 numaralı dipnotu.

¹⁷⁰ Gürzumar, Osman Berat, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4.Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi, Rekabet Dergisi Sayı:12, 2002, sayfa 3, 1 nolu dipnot.

¹⁷¹ Rekabet Kurulu, 06-35/441-113, 22.05.2006, sayfa 44.

¹⁷² Rekabet Kurulu, 17-08/100-43, 23.02.2017, paragraf 48; Rekabet Kurulu, 16-35/603-268, 27.10.2016, sayfa 28.

Uyumlu eyleme ilişkin yaptığımız açıklamalarda aslında uyumlu eylemde teşebbüslerin dış aleme örtülü şekilde açıklanan iradeleri olduğunu ve bu iradelerin uyuştuğunu belirttik. Gerçekten de anlaşma kavramı borçlar hukukunda tanımlanan sözleşme kavramından çok daha geniş anlaşılması gereken bir kavramdır. Kanunkoyucunun da RKHK’da sözleşme yerine anlaşma terimini kullanması sözleşme terimini aşan bir amacı kastettiğini göstermektedir. Anlaşmanın uyumlu eylemle karşılaştırıldığında farkları da bulunmaktadır. Uyumlu eylem rekabet ihlali ortaya çıkarıldığında aydınlatılmaktadır. Ancak anlaşma henüz rekabeti sonuçları ile ihlal etmeden önce sadece amaçları ile de rekabet ihlaline neden olabilir. Yani henüz uygulanmamış bir anlaşma amacı ile rekabet ihlali sonucu doğurabilir. Aynı durum doğası gereği uyumlu eylem için söz konusu değildir.¹⁷³

Niyet açıklamaları, görüş bildiren, tespit yapan memorandumlar, tutanaklar, beyanlar, taahhütler, müşterek açıklamalar, genel işlem şartları, prensip anlaşmaları, çerçeve sözleşmeleri şeklinde anlaşmalar yapılabilir.¹⁷⁴ Anlaşmanın şekil şartından bağımsız olması onu borçlar hukuku anlamında sözleşmeden ayıran en önemli özelliktir. Bu husus RKHK 4.madde gerekçesinde açıkça belirtilmiştir. Buna göre anlaşmaya ilişkin medeni hukukun şekil şartı gerçekleştirilmemiş dahi olsa rekabet hukuku kapsamında bu irade uyuşması bir anlaşmadır. Önemli olan tarafların anlaşma ile kendilerini bağlı hissetmeleridir.¹⁷⁵

Anlaşmaya ilişkin Türk Rekabet Kurulu kararlarının ve öğretinin şekil şartı aramadan hukuki sonuca yönelik irade uyuşmasını öne çıkardığı görülmektedir. Ancak bu yaklaşım yani hukuki sonuca yönelik irade uyuşmasının esas alınması

¹⁷³ Şaylı, Yasemin, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem, 2005, sayfa 38.

¹⁷⁴ Güven, Pelin, Rekabet Hukuku, 2008, sayfa 127.

¹⁷⁵ Gürzumar, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4.Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi, Rekabet Dergisi Sayı:12, 2002, sayfa 3, 1 nolu dipnot.

bilgi değişimini kapsamamaktadır. Bilgi değişimi yatay ihlalin bir unsuru olmakta ya da kendi başına bir rekabet hukuku ihlali sayılmaktadır.¹⁷⁶

Kanımızca anlaşma kavramı, Gürzumar'ın da yukarıda belirttiği gibi hukuki sonuca yönelmese dahi bilgi değişimini kapsayacak şekilde geniş anlaşılmalıdır. Bu görüşümüzün sebebi, bir yatay ihlalde bilgi değişimi, uyumlu eylem ve anlaşma arasındaki geçişkenliktir. Yatay ihlalde bilgi değişiminin nerede başladığı, nerede uyumlu eylem ya da anlaşmaya dönuştüğünü tespit etmek kanımızca mümkün olmamaktadır. İhlal bir süreç olarak işlemektedir.¹⁷⁷ Anlaşmanın ya da uyumlu eylemin taraflarının ihlal sürecinde bazı anlarda hukuki sonuca yönelmeden bilgi değişimi yaptığı bazı anlarda ise hukuki sonucu yani ihlali amaçladığı soruşturmalarda gözlemlenmektedir. Bu nedenle kanımızca bilgi değişimini tek başına bir ihlal olarak görmek yerine rekabet hukukunun geniş anlaşma kavramı içinde değerlendirmek yerinde olacaktır.

Kanımızca borçlar hukukundaki sözleşme kavramı ile rekabet hukukundaki anlaşma kavramını birbirleriyle bağlantılı tutmaya çalışmak rekabet hukukundaki anlaşma kavramının dar yorumlanmasına ve dolayısıyla kanunkoyucunun amacının göz ardı edilmesine neden olacaktır. Anlaşma kavramı borçlar hukukundaki sözleşme kavramından bilerek farklı tutulmuştur.

Bu farklılık sadece şekil şartları ile değil aynı zamanda iradenin içeriği ile de ilgilidir. Rekabet hukukunda kanunkoyucunun anlaşma kavramını geniş tutma amacı kanımızca rekabeti ihlal etme amacı ve sonucunu gerçekleştirecek tüm yatay ihlalleri kapsama amacıdır. Kaldığı yukarıda belirttiğimiz üzere ihlali gerçekleştiren teşebbüslerin ne zaman bilgi değişimi yaptığını, ne zaman bu bilgi değişiminin ihlale dönuştüğünü an olarak ortaya çıkarmak çoğu zaman mümkün olmamaktadır.

¹⁷⁶ Pişmaf, İktisadi ve Hukuki Açından Teşebbüsler Arası Bilgi Değişimi, 2012, sayfa 89.

¹⁷⁷ Kekevi, Gökşin, Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durumun Kötuye Kullanılmasında Kolaylaştırıcı Eylemler, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, 2003, sayfa 63.

Bilgi değişimi ve uyumlu eylem kanımızca anlaşma kavramı içindeki süreçler olarak değerlendirilmelidirler. RKHK 4.maddesi de lafzı ve gerekçesiyle bu görüşü destekler niteliktedir. Öncelikle bilgi değişimi Kanun'da tek başına bir rekabet ihlali olarak tanımlanmamıştır. Bunun yanında yukarıda uyumlu eyleme ilişkin açıklamalarda belirttiğimiz üzere uyumlu eylemin kendisi de bir anlaşmadır. Dolayısıyla RKHK 4.madde kapsamında bütün yatay ihlaller kanımızca bizi anlaşma kavramına götürmektedir.

ABC bilgi değişimini yatay ihlal unsuru yönünden değerlendirdiğimizde, bilgi değişimi yapan teşebbüs A ve teşebbüs C açısından bilgi değişimi bir anlaşmadır. Yukarıda birinci bölümde belirttiğimiz üzere ABC bilgi değişiminde, teşebbüsler A, B ve C arasında tek ve ortak bir irade uyuşması vardır. Birbirinden bağımsız görünen anlaşmalar tek bir anlaşmanın parçalarıdır.

Teşebbüs A'nın sağlayıcı teşebbüs B'ye bilgilerini verme amacı, bu bilgilerin rakibi olan teşebbüs C ile paylaşılmasıdır. Teşebbüs A'nın amacının genel olarak rekabet ihlali olduğu açıktır. Teşebbüs C'ye dair yaptığımız açıklamalarda ise, teşebbüs C'nin kendisine ulaşan, teşebbüs A'ya dair bilgiler karşısında sessiz kalması halinde dahi sorumlu tutulması gerektiğini belirtmiştik. Gerçekten de teşebbüs C'nin sessiz kalması halinde açık irade beyanı ya da hukuki sonuca yönelen açık bir iradesi yok gözükmemektedir. Ancak teşebbüs C, kendisine ulaşan bilgiler karşısında sessiz kalarak zımni olarak bilgi değişimine onay vermektedir. Bu şekilde irade uyuşması sağlanmaktadır. Son olarak sağlayıcı teşebbüs B ise bilgi değişimine aracılık ederek ortak anlaşmaya katıldığına dair iradeyi ortaya koymaktadır. ABC bilgi değişiminde açık olan nokta tarafların rekabet ihlali konusunda genel bir mutabakatı olduğudur. Yani teşebbüsler A, B ve C bilgi değişimini ortak bir amaç çerçevesinde, tek anlaşma kapsamında yapmaktadırlar.

Çalışmamızda mukayeseli hukuktan örnek olarak verdiğimiz ABC bilgi değişimi kararlarında bilgi değişimi kimi zaman anlaşma kimi zaman uyumlu eylem olarak nitelendirilmiştir. Belçika rekabet otoritesinin temizlik ürünleri kararında ABC bilgi değişimini gerçekleştiren tarafların fiili, anlaşma ve/veya uyumlu eylem olarak değerlendirilmiştir.¹⁷⁸ Otorite kararında anlaşmanın da tanımı yapmıştır ve anlaşmanın pazarda belirli bir amacı gerçekleştirmek için irade beyanlarının uyuşması olduğunu tespit etmiştir. Belçika rekabet otoritesi ABİDA 101.maddeye atıf yaparak ilgili teşebbüslerin fiili için anlaşma/uyumlu eylem ayırımına gitmemiştir.¹⁷⁹

Replica Kit kararında da OFT, Belçika rekabet otoritesi gibi ABC bilgi değişimi ile gerçekleştirilen rekabet ihlali için anlaşma/uyumlu eylem ayırımı yapmamıştır. OFT, kararında ihlal için anlaşma/uyumlu eylem ayırımına gitmenin gerekli olmadığına, bu iki ihlal türü arasında ayırımın da net olmadığını belirtmiştir.¹⁸⁰ TRU kararında ise üreticiler arasındaki hukuki ilişki yatay anlaşma olarak tanımlanmıştır.¹⁸¹ US Court of Appeals TRU kararında uyumlu eylem (davranış)¹⁸² kavramını hiç kullanmamıştır. Üreticiler arasındaki hukuka aykırı ilişki anlaşma olarak tanımlanmıştır.

Bilgi değişimi, uyumlu eylem ve anlaşma kavramlarının geçişkenliği özel bir anlaşma türü olan kartel hakkında da açıklama gereğini ortaya çıkarmaktadır. Kanımızca karteli diğer yatay ihlal türlerinden bir yönü ile ayırabiliriz. Kartel bir anlaşma türü olarak, diğer yatay rekabet ihlal türleriyle ihlalin neden olduğu zarar nedeniyle ayrılmaktadır. Kartel sonucunda tüketici zararı ve toplam ekonomik etkinlik azalması büyük olmaktadır. ABC bilgi değişiminin kartel olarak nitelendirildiği kararlardan örnek verecek olursak Alman rekabet otoritesi, Federal Almanya bira pazarındaki soruşturması sonucunda ilgili teşebbüslerin rekabet ihlalini

¹⁷⁸ Belçika rekabet otoritesi, ABC-2015-I/O-19-AUD, 22.06.2015, sayfa 13, paragraf 48.

¹⁷⁹ Belçika rekabet otoritesi, ABC-2015-I/O-19-AUD, 22.06.2015, sayfa 12, paragraf 45. Kararın 46. paragrafında uyumlu eylemin de tanımı yapılmıştır.

¹⁸⁰ OFT, CA98/06/2003, 01.08.2003, Paragraf 309, sayfa 113.

¹⁸¹ US Court of Appeals, 98-4107, 01.08.2000, sayfa 13.

¹⁸² ABD rekabet hukukunda uyumlu eylem için bkz. Yüksel, Onur Yelda, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem, Rekabet Kurumu uzmanlık tezi, 2004, I.Bölüm.

kartel olarak değerlendirmiştir.¹⁸³ Ancak diğer perakende ürünleri soruşturmaları için bu ifade kullanılmamıştır.

Kartel ve bilgi değişimi ilişkisinde dikkat çeken ve değinilmesi gereken önemli bir başka konu Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz'un 44.paragrafıdır. Bu maddede fiyat veya miktar tespiti anlaşmalarının kartel olarak değerlendirileceği belirtilmiştir. Ardından kartel kapsamında bilgi değişimi konusunda açıklama yapılmıştır. Buna göre kartel taraflarının üzerinde uzlaşılacak kurallara uyup uymadığının takibini sağlayarak kartelin işleyişini kolaylaştıran bilgi değişimleri de kartelin bir parçası olarak değerlendirilir. Aynı ifade AB yatay anlaşmalar kılavuzunda 59.paragrafta yer bulmuştur.

Burada kastedilenin ABC bilgi değişimi mi olduğu tartışılmalıdır. Çünkü kartelin zaten tarafı olan yatay ilişki içindeki teşebbüsler doğal olarak kartelin üyesidir. Ayrıca bu teşebbüslerin kartel üyesi olarak değerlendirileceğini belirtmek anlamsız olacaktır. Kanımızca burada bölüm başlığına da uygun olarak kastedilen kartel üyeleri ile yatay ilişki içinde olmayan ancak kartelde bilgi değişimini sağlayan kişilerdir. Maddede teşebbüs terimi de kullanılmamıştır. Buradan biz Treuhand kararında olduğu üzere bilgi değişimine aracılık eden kişilerin kastedildiğini anlıyoruz. Hatırlanacağı üzere Treuhand kararında, danışmanlık firması olan AC Treuhand¹⁸⁴ ilgili pazarda faaliyeti olmayan sadece kartelin organizasyonunu gerçekleştiren, toplantılarını organize eden rekabeti ihlal ettiğinin farkında olan bir danışmanlık firmasıdır. Bu firmanın kartel soruşturması sonucunda ceza almasının sebebi ise hukuka aykırılığı bilmesi ve hukuka aykırılığın yani rekabet ihlalinin gerçekleşmesine yardım etmesidir. Treuhand kartel sonucunda ilgili pazardan kazanç sağlamamış sadece danışmanlığı yani yataklığı için ceza almıştır.¹⁸⁵

¹⁸³ Alman rekabet otoritesi, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Meldungen%20News%20Karussell/2016/09_05_2016_Vertikalverfahren-Bier.html, Erişim tarihi: 02.03.2017

¹⁸⁴ Bkz. 1.bölüm.

¹⁸⁵ Avrupa Komisyonu, 10.12.2003, COMP/E-2/37.857, Sayfa 24, paragraf 102.

Kartele yardım eden, kartelin işleyişini sağlayan ancak rekabetin ihlal edildiği pazarda faaliyeti bulunmayan kişilerin sorumlu tutulması kanımızca hakkaniyete aykırı değildir. Kılavuz'un bu hususu açıkça ifade etmesi de kanunilik ilkesi açısından yerindedir. Diğer taraftan 44.paragrafta kastedilen yardım ve yataklıktan sorumluluk için ABC bilgi değişimi ifadesi kullanılmamıştır. Yukarıda belirttiğimiz üzere bölüm başlığı bilgi değişimidir. Ancak hem Komisyon hem de Rekabet Kurulu bu yapıyı ABC bilgi değişimi olarak tanımlamaktan kaçınmıştır. Kanımızca maddede dolaylı bilgi değişiminde, bilgi değişimine aracılık eden tüm kişiler hedeflenmiştir. Ancak madde lafzından sadece kartel için bu hükmün geçerli olduğu gibi bir sonuç da çıkmaktadır. Dolaylı bilgi değişimi kartelerde olabileceği gibi diğer anlaşma ya da uyumlu eylemlerde de yaşanabilecek kolaylaştırıcı bir eylemdir. Sadece kartelin eylemlerini dolaylı bilgi değişimi ile kolaylaştıran kişiler için sorumluluk getirmek kanımızca eksiktir. Maddenin sadece kartelde değil diğer anlaşma ve uyumlu eylemlerde, dolaylı bilgi değişimine aracılık eden, bunu bilinçli olarak kolaylaştıran tüm kişiler için sorumluluk getirdiğini kabul etmek yerinde olacaktır.

2.2.3 Teşebbüs Birliği Kararları ve ABC Bilgi Değişimi

RKHK Madde 3'de teşebbüs birliği teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu, tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlik olarak tanımlanmıştır. Rekabet hukuku açısından teşebbüs birliği kararlarının taraflar arasında bağlayıcı veya resmi nitelikte olup olmamasının ya da etkilerini anlaşmanın yapılmasını müteakip ortaya çıkarıp çıkarmamasının bir önemi yoktur. Önemli olan amacı veya etkisi rekabeti bozucu nitelikte olan bu şekilde bir kararın bir uzantısı olarak, birlikte davranış bilincinin oluşması ve piyasadaki rakiplerin nasıl davranacağına ilişkin belirsizliğin ortadan kalkmış olmasıdır.¹⁸⁶ Rekabet Kurulu'nun teşebbüs birliği kararlarına ilişkin bu tanımından yola çıkarsak teşebbüs birliği kararında ön şart olarak bir karar olmalıdır. Bu karar birlikte davranış bilinci oluşturmalıdır ve rakiplerin nasıl davranacağına ilişkin belirsizliği ortadan kaldırmalıdır.

¹⁸⁶ Rekabet Kurulu, 99-49/536-337, 27.10.1999, sayfa 17.

ABC bilgi değişiminin yapısı ise teşebbüs birliği kararları ile uygulanmak için uygun değildir. Çünkü ABC bilgi değişiminde teşebbüs B üzerinden bilgi değişimi yapılmaktadır. Teşebbüs A ve teşebbüs C arasında doğrudan bilgi değişimi olabilir ancak baskın unsur dolaylı bilgi değişimidir. Teşebbüs birliği kararlarında ise teşebbüsler bilgi değişimini doğrudan yapmakta, bu bilgi değişimi üzerine de bir karara varmaktadırlar. Bu nedenle ABC bilgi değişiminin teşebbüs birliği kararları ile gerçekleştirilmesinin mümkün olmayacağı görüşündeyiz.

Anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarına ilişkin bu açıklamalarımızdan sonra vardığımız sonuç RHKH 4.Maddesi'ne göre ABC bilgi değişiminin anlaşma ve/veya uyumlu eylemler ile gerçekleştirilebileceğidir. ABC bilgi değişiminin yatay unsuruna ilişkin açık olan bir diğer husus teşebbüs birliği kararları ile ABC bilgi değişiminin gerçekleştirilemeyeceğidir. Anlaşma ve uyumlu eylem kavramları ise kanımızca birbirleriyle özdeş niteliktedirler. ABC bilgi değişiminin yatay unsuru, teşebbüs A ve C arasındaki rekabete aykırı anlaşma ile gerçekleşmektedir. Rekabet hukukundaki anlaşma kavramının genişliği nedeniyle ABC bilgi değişimindeki yatay ihlalin anlaşma olarak nitelendirilmesi gerektiği kanısındayız. Ancak ihlalde her durumda önemli olan nokta, rekabeti ihlal amacı ve sonucudur. Zira OFT ve diğer AB ülke rekabet otoriteleri de ABC bilgi değişimine ilişkin kararlarında anlaşma ve uyumlu eylem arasındaki geçişkenliğe değinmiş ve bu ikisi arasında net bir ayırımın gerekli olmadığını belirtmiştir. Bilgi değişimi ise ABC bilgi değişimine ilişkin mukayeseli hukuktaki hiç bir kararda tek başına bir rekabet ihlal nedeni olarak sayılmamıştır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ABC BİLGİ DEĞİŞİMİNİN DİKEY UNSURU

Yukarıda ilgili bölümlerde belirttiğimiz ve bizim de katıldığımız , Odudu'nun da öğretide savunduğu¹⁸⁷, OFT'nin Tesco kararında¹⁸⁸, Belçika rekabet otoritesinin temizlik ürünleri kararında¹⁸⁹ tespit ettiği üzere ABC bilgi değişiminde ayrı ayrı anlaşmalar var gibi gözükmele birlikte ortada tüm tarafların dahil olduğu tek bir anlaşma yani irade uyuşması bulunmaktadır. Bu anlaşma pazarın aynı seviyesinde faaliyet gösteren rakip teşebbüsler için yatay nitelikli rekabet ihlaline neden olmaktadır. Ancak ABC bilgi değişimini, kanımızca diğer rekabet ihlali türlerinden ayıran özelliği, dikey nitelikli ihlali de barındırmasıdır. Bu nedenle çalışmamızda ABC bilgi değişiminin dikey unsuru üzerinde de duracağız.

ABC bilgi değişimi ile dolaylı bilgi değişimi arasındaki farklar nelerdir sorusunun cevabı bizi ABC bilgi değişiminin dikey unsuruna götürmektedir. Teşebbüs A ve C ile dikey ilişki içinde olmayan teşebbüs B'nin ABC bilgi değişimi kapsamında değerlendirilmesi kanımızca kavram karışıklığına neden olmaktadır. Treuhand kararında olduğu üzere, teşebbüs B'nin ihlalin gerçekleştiği pazarda hiç bir faaliyetinin olmaması yani A ve C ile dikey ilişki içinde olmaması, dolaylı bilgi değişimi ile ABC bilgi değişimi kavramlarını birbirinden ayırt edilemez hale getirmektedir. Kanımızca dolaylı bilgi değişimi gibi bir kavram varken, ihlalin gerçekleştiği pazarla dikey ilişkisi olmayan teşebbüs B'yi, ABC bilgi değişiminde merkez olarak nitelendirmek gereksizdir. Bu nedenle Treuhand gibi dikey ilişki içinde olmayan teşebbüsler, kurumlar üzerinden yapılan dolaylı bilgi değişiminin

¹⁸⁷ Odudu, Handbook on European Competition Law, 2013, sayfa 258.

¹⁸⁸ OFT, CA98/06/2003, 01.08.2003, Sayfa 113, paragraf 310 v.d.

¹⁸⁹ Belçika rekabet otoritesi, ABC-2015-I/O-19-AUD, 22.06.2015, sayfa 14, paragraf 53.

ABC bilgi değişimi olmadığı görüşündeyiz. Niteliği itibariyle gerçekten de ABC bilgi değişiminin olduğu her durumda dolaylı bilgi değişimi yapılmaktadır. Ancak ABC bilgi değişimini rekabet hukukunda istisnai bir yere oturtan hem dikey hem yatay nitelikte ihlal özellikleri aynı zamanda göstermesidir. Dikey nitelikte bir ihlal bulunmaz iken yani teşebbüs B'nin teşebbüs A ve C ile dikey ilişkisi yokken, A, B ve C arasındaki ilişkiyi ABC bilgi değişimi olarak nitelendirmek kanımızca ABC bilgi değişiminin anlaşılmasını da zorlaştırmaktadır. Hatırlanacağı üzere Komisyon, Treuhand kararında Treuhand'in karteli yönlendirmesi sebebiyle ilgili pazarda faaliyeti olduğu şeklinde karar vermişti.¹⁹⁰ Bu, kanımızca zorlayıcı bir yorumdur. Rekabet hukukunda ihlale destek olan, yataklık ederek ihlali kolaylaştıran ancak dikey anlaşma ilişkisi içinde olmayan teşebbüs ya da kurumlara nasıl müeyyide uygulanacağı bu çalışmanın kapsamını aşan bir konudur. Ancak yukarıda belirttiğimiz üzere, kanımızca bu kişileri ABC bilgi değişimi kapsamında pazarda faaliyeti varmiş gibi değerlendirmek isabetsizdir.

Yukarıdaki değerlendirmelerimiz kapsamında Komisyon'un Treuhand kararına yeniden baktığımızda Treuhand'un danışmanlık firması olarak dikey ihlalde bulunmadığı, rekabetin ihlal edildiği pazarda faaliyetinin de bulunmadığı bellidir. Zira Treuhand bu hususu savunma olarak öne sürmüştür. Komisyon ise bu savunmaya karşı Treuhand'a müeyyide uygulanmasının gerekçesini açıklamıştır.¹⁹¹ Treuhand'in rekabeti ihlal kastının varlığının ceza almasını gerektirdiğini belirtmiştir. Dikey ihlal gerçekteşirmemesine rağmen Treuhand'un kasten rekabeti ihlal etmeye yardımcı olduğu tespit edilmiştir. Ancak yatay ihlale yardımcı olan aynı zamanda bu fiili ile dikey nitelikli ihlal de yapan bir teşebbüsün durumu Treuhand'un durumundan ilk görünümünde dahi daha farklıdır.

Dikey ilişki içinde olan, dikey nitelikli ihlal yaparak örneğin yeniden satış fiyatına müdahale eden teşebbüs B'nin, ABC bilgi değişiminden sağladığı fayda ile Treuhand'un kartele yataklık ederek sağladığı fayda arasında büyük bir fark

¹⁹⁰ Avrupa Komisyonu, 10.12.2003, COMP/E-2/37.857, Sayfa 75, paragraf 345.

¹⁹¹ Avrupa Komisyonu, 10.12.2003, COMP/E-2/37.857 sayfa 75, paragraf 345.

bulunmaktadır. Treuhand'un bir danışmanlık firması olarak sağladığı kazanç kartel üyelerinden aldığı ücrettir. Dikey anlaşma ilişkisi içinde bulunan ve ihlali gerçekleştiren Tablo-1'deki örneğimizde, teşebbüs B'nin sağladığı fayda ise rekabet ihlali nedeniyle tüketicilerden elde edilen fazla ve haksız kazanç olmaktadır. Yani dikey ihlal yapan teşebbüs B, hem yatay ihlali kolaylaştırarak hem de dikey ihlali bizzat gerçekleştirerek rekabeti aynı fiille iki farklı şekilde ihlal etmektedir. Bu bakımdan Treuhand gibi ilgili pazarda faaliyet göstermeyen teşebbüsler ile dikey ilişki içinde bulunan teşebbüsler arasında büyük bir fark ortaya çıkmaktadır.

ABC bilgi değişiminin varlığı için kritik olan teşebbüs A'nın B ile yaptığı konuşmaların amacının, bu bilgilerin C'ye taşınması olmasıdır. Bu bilgiler C'ye taşınmış ise, C bu bilgilerin rakibi A'dan geldiği anlayarak bu bilgileri kullanmışsa, bu durumda ortada tablo 1 ve tablo 2'de görüldüğü şekilde iki ayrı haberleşme, iki ayrı dikey anlaşma vardır. A ve B arasında ayrı, B ve C arasında ayrı gibi gözükten anlaşmalar vardır. Bu iki anlaşmanın birbirlerine uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir. Teşebbüs A ile teşebbüs B arasındaki fiyat belirlemenin şartı teşebbüs C'nin de bu anlaşmaya uymasındır. Bu uyumu sağlayacak olan, bilgi değişimini gerçekleştirecek olan teşebbüs B'dir. Yani dikey ihlali gerçekleştiren teşebbüs B'nin iradesi, rekabete aykırı ABC bilgi değişimi anlaşmasının yürütücüsüdür.

ABC bilgi değişiminin her safhasında karşımıza tek ve ortak bir irade uyuşması çıkmaktadır. İhlal güçlü sağlayıcı ya da satıcıların baskısı ile değil iradelerin uyuştugu fiyat belirleme amacı ile gerçekleşmektedir. Bununla bağlantılı olarak ABC bilgi değişimi kararlarında dikkat çeken bir konu kimlerle fiyat anlaşması yapıldığıdır. Yani A ve C teşebbüslerinin pazardaki büyüklükleri nedir sorusu. Teşebbüs B'nin dikey ilişki içinde olduğu teşebbüs A ve C'nin her soruşturmada ilgili pazarda büyük miktarlarda pazar payına sahip teşebbüsler olduğunu şu ana kadarki ABC bilgi değişimine ilişkin değindiğimiz tüm kararlarda gördük. Zira Replica Kit ve Belçika temizlik ürünleri karteli kararlarında olduğu üzere ortalama satıcılardan ziyade büyük pazar payına sahip satıcılar (JJB birinci,

Allsports ikinci en büyük satıcılardır) ile teşebbüs B veya sağlayıcı teşebbüsler rekabete aykırı anlaşma yapmaktadır. Aynı şekilde Belçika Rekabet Otoritesi'nin temizlik ürünleri kararında da ceza alan perakendeciler en büyük zincir mağazalardır. Sonuç olarak şu ana kadar ABC bilgi değişimine ilişkin kararlardan çıkan görüntü, amacın sadece birkaç satıcıya dikey kısıtlamada bulunmak değil, genel olarak pazarın genelini kapsayan uzun süreli bir anlaşma kurmak olduğudur.

Uygulayıcıların bir kısmı tarafından ise teşebbüs B'nin güçlü satıcılar karşısında zoraki ABC bilgi değişimine katıldığı iddia edilmektedir.¹⁹² Bu iddiayı gerçekçi bulmuyoruz zira teşebbüs B'nin, satıcı A ve C ile irade uyuşması olmadan ABC bilgi değişimi olamaz. Sağlayıcı olarak teşebbüs B'nin iradesi olmadan ABC bilgi değişimi yürütülemez. A ve C'nin güçlü alıcılar olarak teşebbüs B'yi en başta zorlaması olasıdır. Ancak B'nin iradesi yine de sakatlanmamaktadır. Öğretide ABC bilgi değişiminde teşebbüs B'nin sağladığı fayda iktisadi yönden de incelenmiştir. Sahuguet ve Walckiers, ABC bilgi değişiminin ekonomik modeline ilişkin yaptıkları analizde perakendecilere nazaran ABC bilgi değişiminde sağlayıcının yani Tablo-1'de teşebbüs B'nin, elde ettiği haksız kazancın tespit edildiğini belirtmektedirler.¹⁹³

Diğer taraftan yukarıda belirttiğimiz ve ilgili kararlarda da görüldüğü üzere teşebbüs B'nin iradesi ve pazardaki gözetimi olmadan ABC bilgi değişimi yürütülemez. Yani güçlü perakendecilerin zorlaması ile ABC bilgi değişimine giren teşebbüs B'nin katılma yanında, bu bilgi değişimini sürdürme iradesinin de olması gerekir. Dolayısıyla yukarıda belirttiğimiz üzere teşebbüs B'nin zorla ABC bilgi değişimine katılması ve sürdürmesi söz konusu değildir. Rekabeti birlikte ihlal etme iradesi tüm gizli anlaşma taraflarında ortaktır. A ve C'nin, B ile paylaştıkları bilgilerin karşılıklı olarak göz önünde bulundurulacağına ve fiyatların bu bilgiye göre tespit edileceğine dair güvenleri vardır.

¹⁹² Falls, Saravia, Analyzing Incentives and Liability in "Hub & Spoke" Conspiracies, Nisan 2015, <https://www.cornerstone.com/Publications/Articles/Analyzing-Incentives-and-Liability-in-Hub-and-Spok.pdf>, Erişim tarihi: 19.01.2017, sayfa 14.

¹⁹³ Sahuguet, Walckiers, A Theory of Hub and Spoke Collusion, Mayıs 2016, <https://www.researchgate.net/requests/r28170731>, Erişim tarihi: 07.05.2017, sayfa 17.

Bu açıklamalardan sonra ABC bilgi değişiminde gerçekleşen dikey kısıtlamanın türünü de ayrıca belirtmemiz gerekmektedir. Genel olarak baktığımızda teşebbüs B tarafından gerçekleştirilen dikey ihlalin yeniden satış fiyatına müdahale olduğunu görmekteyiz. Ancak dikey ihlal Toys R Us (TRU) kararında olduğu üzere başka şekillerde de görülebilmektedir. Aşağıda ABC bilgi değişiminin dikey unsuru olarak önce yeniden satış fiyatına müdahale daha sonra da diğer dikey kısıtlamalar üzerinde duracağız.

3.1. YENİDEN SATIŞ FİYATINA MÜDAHALE

ABC bilgi değişiminde teşebbüs B'nin dikey nitelikli ihlaline baktığımızda, B'nin yeniden satış fiyatına müdahale ettiği görülmektedir. Replica Kit kararında, Umbro'nun yeniden satış fiyatına müdahale ettiği açıkça ifade edilmiştir.¹⁹⁴ Alman rekabet otoritesinin, bizim ABC bilgi değişimi olarak nitelendirdiğimiz perakende sektörüne ilişkin yaptığı soruşturmalara ilişkin verilen bilgilerde de soruşturmalar için yeniden satış fiyatına müdahale başlığının kullanıldığını belirtmiştik.¹⁹⁵

Dikey ihlal kapsamında Tesco kararını ise daha ayrıntılı değerlendirmemiz gerekmektedir. Çünkü Tesco kararında sağlayıcıların gerçekleştirdiği ihlalin yeniden satış fiyatına müdahale olduğuna dair ifade bulunmamaktadır. Ancak kararda açık olan husus perakendecilerin peynir fiyatlarını sağlayıcılar üzerinden haberleşerek birlikte belirlemeleridir. Peki kararda neden yeniden satış fiyatına müdahale üzerinde durulmamıştır. Tesco soruşturmasında dikey nitelikli ihlalin gerçekleşip gerçekleşmediğine bakalım.

¹⁹⁴ OFT, CA98/06/2003, 01.08.2003, Sayfa 46, paragraf 120 v.d.

¹⁹⁵ Alman rekabet otoritesi,

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Meldungen%20News%20Karussell/2016/09_05_2016_Vertikalverfahren-Bier.html, Erişim tarihi: 02.03.2017.

Tesco soruşturmasında sağlayıcılar Dairy Crest, Glanbia ve McLelland, Tesco ve diğer perakendecilerin fiyat anlaşmalarına aracılık etmişlerdir.¹⁹⁶ Kararda sağlayıcıların güçlü perakendecilerin zorlaması ile bu fiili işlediklerine dair hiç bir tespit de bulunmamaktadır.

OFT yukarıda belirttiğimiz üzere gerekçeli kararında bizim de savunduğumuz tek anlaşma görüşünü belirtmiştir. OFT'ye göre ortak amacı takip eden teşebbüslerin ortak fiilinden ayrı ayrı ihlalleri ayrıştırmaya gerek yoktur.¹⁹⁷ Ancak bundan yola çıkan OFT dikey ihlal üzerinde durmamıştır. Buna rağmen OFT ihlalde sağlayıcılar ile perakendeciler arasında, dikey iki taraflı uyumlu eylemlerin bulunduğunu yani ihlalin dikey unsurunun da bulunduğu tespit etmiştir.¹⁹⁸ Sonuç olarak Tesco kararında OFT, CAT içtihatına dayanarak uyumlu eylem yoluyla rekabet ihlalinin, dikey ilişki içinde olan sağlayıcı ve perakendeci tarafından da işlenebileceğini belirtmiştir. Yani tüm ihlali tek bir uyumlu eylem olarak tanımlamıştır.¹⁹⁹

Tek anlaşma/uyumlu eylem yani irade uyuşması ABC bilgi değişiminin bir gerçeği olmasına rağmen kanımızca ABC bilgi değişiminin dikey unsuru göz ardı edilmemelidir. Bu nedenle OFT'nin yaklaşımının eleştiriye açık olduğunu düşünüyoruz. Tek anlaşmanın/uyumlu eylemin varlığı, tek amacın hem sağlayıcı hem perakendeci seviyesindeki tüm teşebbüsler için ortak olması, ABC bilgi değişimi soruşturmalarında ispatı ve müeyyide uygulanmasını ayrıca pişmanlık hükümlerinden faydalanılmasını muhakkak pratik hale getirecektir. Ancak ortada bir dikey kısıtlama da vardır.

Bizi bu sonuca götüren ve OFT ile CAT'in kararlarını eleştirmemize neden olan yine bu iki kurumun ABC bilgi değişimine ilişkin tanımlarıdır. Teşebbüs B'nin, kendisine A tarafından iletilen bilgiyi teşebbüs C'ye iletirken bir amacı vardır. Bu

¹⁹⁶ Competition Appeal Tribunal, 1188/1/11, 20.12.2012, Sayfa 14, paragraf 33.

¹⁹⁷ OFT, Dairy Retail Price Initiative, CA98/03/2011, 26.07.2011, sayfa 52, paragraf 3.57.

¹⁹⁸ OFT, Dairy Retail Price Initiative, CA98/03/2011, 26.07.2011, sayfa 36, paragraf 2.120.

¹⁹⁹ OFT, Dairy Retail Price Initiative, CA98/03/2011, 26.07.2011, sayfa 43, paragraf 3.25.

amaç yukarıda belirtildiği gibi tüm taraf teşebbüslerin ortak fiyat belirleme amacıdır. Ancak teşebbüs B, C ile bilgi değişimi yaparken pazardaki fiyatı etkileme (influence) amacını gütmektedir.²⁰⁰ Yani teşebbüs B yeniden satış fiyatına müdahale etmektedir. Teşebbüs B, hem teşebbüs A'nın hem de kendisinin ortak iradesi haline gelen, olmasını istediği fiyatı teşebbüs C'ye iletmektedir. Bu görüşümüz yani ortada dikey kısıtlama da bulunduğu gerçeği, teşebbüs A ile teşebbüs B'nin ortaklaşmış fiyat belirleme iradesini ayırmak amacını taşımamaktadır. Aksine ABC bilgi değişiminde tek anlaşma ve ortak irade uyuşması olması gerçektir. Ancak ABC bilgi değişiminin neden diğer rekabet ihlal türlerinden ayrıldığına anlaşılması için dikey kısıtlamanın gömülü bir unsur olarak belirtilmesi de gerekmektedir. Sonuç olarak Tesco kararına konu olan ABC bilgi değişiminde de kanımızca dikey ihlal gerçekleşmiş ve yeniden satış fiyatına müdahale edilmiştir.

Yeniden satış fiyatının belirlenmesi öğretilerde özellikle ABD Yüksek Mahkemesi'nin *Leegin* kararından sonra çokça tartışılan bir konu olmuştur.²⁰¹ Bu tartışmaların her birine değinmek çalışma konumuzu aşacaktır. Biz bu bölümde ABC bilgi değişimi ile bağlantılı olduğunu düşündüğümüz kapsamda yeniden satış fiyatına ilişkin açıklamalar yapacağız.

3.1.1. Leegin Kararı ve Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi

Yeniden satış fiyatı belirlenmesini tavsiye satış fiyatının belirlenmesi, sabit satış fiyatının belirlenmesi, minimum satış fiyatının belirlenmesi ve maksimum satış fiyatının belirlenmesi olarak dört türe ayırabiliriz.²⁰² Rekabet hukukunda yasak olan minimum satış fiyatının ve sabit satış fiyatının belirlenmesidir. Maksimum satış

²⁰⁰ OFT, Dairy Retail Price Initiative, CA98/03/2011, 26.07.2011, sayfa 47, paragraf 3.40.

²⁰¹ Buttigieg, Eugene, Comperative Competition Law, 2015, sayfa 256 v.d.; Rosch, J.Thomas, Developments In The Law of Vertical Restraints:2012, 2012, Sayfa 15 v.d., https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/developments-law-vertical-restraints-2012/120507verticalrestraints.pdf, Erişim tarihi: 02.03.2017; Faella, Gianluca, Handbook On European Competition Law, 2013, sayfa 200.

²⁰² Buttigieg, Comperative Competition Law, 2015, sayfa 243.

fiyatının belirlenmesi ve tavsiye satış fiyatının belirlenmesi ise rekabet hukukunda tavsiye fiyatın uygulanması için baskı yapılmadığı sürece serbesttir. Aşağıda bizim de yeniden satış fiyatından kastımız maksimum satış fiyatı ve özellikle sabit satış fiyatı olacaktır.

1911 yılından *Leegin* kararının tarihi olan 2007 yılına kadar ABD’de yeniden satış fiyatına müdahale *per se* ihlal olarak değerlendirilmiştir.²⁰³ Ancak 2007 yılına kadar Chicago Okulu’nun etkisi ile özellikle 1960’lı yıllardan itibaren yeniden satış fiyatına müdahale yasağı özellikle iktisadi yönden eleştirilmiştir.²⁰⁴ En nihayetinde bu eleştiriler ve baskı sonuç vermiş, yüksek mahkeme beşe karşı dört oy ile yeniden satış fiyatının belirlenmesinin *rule of reason* analizine tabi tutulması gerektiğine karar vermiştir. Ancak *Leegin* kararı ile ABD’de dahi tartışma bitmemiştir.

Yeniden satış fiyatına müdahalenin rekabet ihlaline neden olan açık etkileri yanında Chicago Okulu takipçilerinin savunduğu ekonomik etkinliğe sağladığı faydalar da vardır. Yeniden satış fiyatına müdahalenin rekabeti kısıtlayıcı etkileri konusunda AB dikey kısıtlamalara ilişkin kılavuzun 224. paragrafında ayrıntılı açıklamalar yapılmıştır.

Kılavuzda ilk olarak yeniden satış fiyatının belirlenmesinin fiyat şeffaflığını artıracığı için yatay fiyat anlaşmalarının yapılmasını kolaylaştıracağı belirtilmiştir. Fiyat anlaşmalarının yapılmasının yanında şeffaflaşan pazarda fiyat anlaşmalarından saparak anlaşmaya aykırı düşük fiyatla satış yapan teşebbüslerin tespitini de kolaylaştıracaktır. İkinci kısıtlama örneği ise özellikle ABC bilgi değişimiyle bağlantılı bir konudur. Marka içi rekabetin sona ermesi ile birlikte organize ve güçlü perakendeciler fiyat anlaşması için sağlayıcıları yönlendirebilirler. Bundan başka aynı distribütörleri ürünlerinin satışı ya da dağıtımı için kullanan sağlayıcılar arasında da şeffaflık yeniden satış fiyatı sabit olacağı için artacaktır. Yeniden satış

²⁰³ Sanlı, Öz, Gamze Aşçıoğlu, Rekabet Hukuku ve Dikey Anlaşmalar, 2009, sayfa 7.

²⁰⁴ Buttigieg, Comperative Competition Law, 2015, sayfa 250 v.d.

fiyatına müdahale yasağının kalkması ile ilk etki olarak indirimli satışlar sona erecek ve ürün/hizmet fiyatları artacaktır. Ayrıca distribütör seviyesinde dinamizm ortadan kalkabilecek bunun yanında güçlü sağlayıcıların yüksek kar marjlı ürünlerinin satılması perakendecilerin daha fazla kar elde etmesini sağlayacağı için rekabet bozulabilecektir.²⁰⁵ Komisyon'un bu açıklamalarından başka öğretide tüketici tercihlerinde önemli etkisi olan indirimli satış mağazalarının (outlet) da yeniden satış fiyatının tespit edilmesinden etkileneceği belirtilmiştir.²⁰⁶

Yeniden satış fiyatlarının serbestçe belirlenmesinin sağlayacağı faydalar ise özellikle *Leegin* kararından sonra daha fazla öne çıkarılmıştır. Yeniden satış fiyatının belirlenmesinin sağladığı faydalara ilişkin AB dikey kısıtlamalara ilişkin Kılavuzunun 225. paragrafında açıklamalar bulunmaktadır. Bu paragraf muhtemelen Komisyonun, *Leegin* kararının etkisi sonucu yeniden satış fiyatına daha yumuşak bir yaklaşım isteğinin sonucudur.²⁰⁷ Buna göre yeniden satış fiyatı belirlenebilmesi, pazara yeni giren bir ürünün tutunabilmesine, daha etkin tanıtım yapılmasına ve ürüne talep oluşturulmasına katkı sağlayabilir. Kılavuzun belirttiği bir diğer fayda iki ile altı hafta arası gibi kısa dönemli düşük fiyat kampanyalarının yürütülmesi için de fayda sağlayabilir. Son olarak yeniden satış fiyatı belirlenmesi daha kaliteli satış öncesi hizmet ve servis hizmeti sağlayabilir.²⁰⁸

Komisyonun bu saydığı faydalar dışında da öğretide yeniden satış fiyatının belirlenebilmesinin sağladığı faydalar belirtilmiştir. Özellikle *Leegin* kararı öncesi dönemde konuyla ilgili çok sayıda çalışma yapılmıştır.²⁰⁹

Yukarıda belirttiğimiz üzere yeniden satış fiyatının yani standart fiyat ve minimum satış fiyatı uygulamasının rekabet üzerindeki fayda ve zararları bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Ancak yeniden satış fiyatına müdahale edilmesi,

²⁰⁵ EU Commission Notice Guidelines on Vertical Restraints, paragraf 224.

²⁰⁶ Sanlı, Öz, Rekabet Hukuku ve Dikey Anlaşmalar, 2009, sayfa 11.

²⁰⁷ Buttigieg, Comperative Competition Law, 2015, sayfa 265.

²⁰⁸ EU Commission Notice Guidelines on Vertical Restraints, paragraf 225.

²⁰⁹ Buttigieg, Comperative Competition Law, 2015, sayfa 250 v.d.

ABC bilgi değişimine de ilişkin bir konudur. Yukarıda AB komisyonunun dikey sınırlamalara ilişkin Kılavuzunda belirttiğimiz gibi güçlü perakendecilerin sağlayıcıları kendi aralarında fiyat anlaşmasına yönlendirmesi yeniden satış fiyatının serbestçe belirlenmesi halinde olası bir durumdur. Kanımızca bir markanın yeniden satış fiyatının sabitlendiği bir durumda ABC bilgi değişimi kullanılarak sağlayıcılar arası tüm markaların fiyat anlaşmaları kurulabilir. Tablo-3’de paylaştığımız ABC bilgi değişimi modeli bu fiyat anlaşmasının kurulması için son derece müsaittir. Hem sağlayıcılar hem de perakendeciler bu şekilde bir ağ kurarak zaten sabit olan marka fiyatlarının üreticiler arasında tartışılmasını ve markalar arası rekabetin engellenmesini de sağlayabilir. Komisyon’un da belirttiği gibi yeniden satış fiyatının belirlenebilmesi bu tür fiyat anlaşmalarının yapılmasını kolaylaştıracaktır.

Komisyon’un bu yaklaşımı AB dışında bizzat Leegin kararının verildiği ABD’de de karşılık bulmuştur. Leegin kararı sonrası Federal Trade Commission (FTC) *rule of reason* analizi yaptığı Nine West kararında yeniden satış fiyatı belirleme kararının kaynağını araştırmıştır. Bir ayakkabı ve aksesuar üreticisi olan Nine West, Leegin kararı sonrasında FTC’ye başvurarak mağaza satış fiyatlarını serbestçe belirleyebilmeyi talep etmiştir.²¹⁰ FTC konuyu incelemiştir. Bu incelemede FTC, *Leegin* kararı çerçevesinde *rule of reason* analizinde, Nine West’in fiyat sabitleme isteğinin kendisinden mi yoksa başka bir kaynaktan mı geldiğini araştırmıştır.²¹¹ Yani FTC perakendecilerden gelen bir fiyat artış talebinin olup olmadığını araştırmıştır. Nine West’in fiyat artışını kendi saiki ile yapması yani olayda ABC bilgi değişimi şeklinde rekabeti kısıtlayan bir uygulama olmaması *rule of reason* analizinin bir parçasıdır.

Türk rekabet hukukunda ise yeniden satış fiyatının belirlenmesi *per se* ihlal olarak tanımlanmaktadır. 09.09.2015 tarihli Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz’da alıcının sabit veya asgari satış fiyatının belirlenmesinin kesinlikle yasak olduğu

²¹⁰ Federal Trade Commission, C-3937, 11.04.2000, sayfa 2.

²¹¹ Federal Trade Commission, C-3937, 11.04.2000, sayfa 17.

belirtilmiştir.²¹² Kılavuz'un tarihi esas alındığında Türk Rekabet Kurulu'nun yeniden satış fiyatına müdahaleye katı yaklaşımını devam ettirdiği görülmektedir. AB dikey kısıtlamalara ilişkin Kılavuzun yeniden satış fiyatı belirlenmesinin faydaları hakkında Leegin kararı sonrası düzenlemelerinden yukarıda bahsetmiştik. Türk Rekabet Kurulu ise bu istisnai nitelikteki hususlara kararlarında yer vermemektedir. 29.03.2018 tarihinde yürürlüğe giren yeni Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'da da yeniden satış fiyatının belirlenmesi yasağı devam etmektedir.²¹³

Yeniden satış fiyatının belirlenmesine yönelik yapılan tartışmalardan bağımsız olarak, ABC bilgi değişiminde teşebbüs B tarafından gerçekleştirilen yeniden satış fiyatının belirlenmesi rekabet hukukuna aykırıdır. Perakendeciler arası fiyat anlaşmasının sağlanması için ABC bilgi değişimi kapsamında yapılan satış fiyatına müdahale amacı ve sonuçları itibariyle rekabeti kısıtlamaktadır. Çalışmamızın genelinde de savunduğumuz üzere ABC bilgi değişimindeki tek ve ortak irade zaten rekabeti kısıtlama amacı taşımaktadır. Bu nedenle ister *per se* ihlal olarak tanımlansın, ister *rule of reason* analizine tabi olsun ABC bilgi değişiminde yapılan yeniden satış fiyatına müdahale rekabet ihlalidir.

3.2 FİYAT DIŞI DİKEY KISITLAMALAR

Çalışmamızda yer verdiğimiz ABC bilgi değişimine ilişkin kararlarda genel olarak sağlayıcı teşebbüslerin bilgi değişimi ile yeniden satış fiyatlarına müdahale ettiklerini gördük. Ancak bu durum için yani dikey ihlalin türü hakkında bir genelleme yapmak yanlış olacaktır. Yukarıda ilgili bölümde yer verdiğimiz Toys R Us (TRU) kararında görüldüğü üzere ABC bilgi değişiminde dikey ihlal sadece yeniden satış fiyatına müdahale olarak görülmemektedir. Yani dikey ihlal unsuru yeniden satış fiyatına müdahale dışında diğer dikey ihlal şekillerinde de

²¹² Rekabet Kurumu Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, sayfa 8.

²¹³ Rekabet Kurumu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, paragraf 17 v.d.

görülebilmektedir. Biz aşağıda ilk önce TRU kararı kapsamında ABC bilgi değişiminde görülen dikey ihlal üzerinde duracağız. Ardından ABC bilgi değişiminin dikey ihlal unsuru olarak görülebileceğini düşündüğümüz diğer dikey ihlal türlerine değineceğiz.

3.2.1 Alıcı Gücünün Kötüye Kullanılması

Hatırlanacağı üzere TRU, ABD oyuncak pazarında satışların toplamda yüzde 20'sini, büyükşehirlerde satışların yüzde 35-49 kadarını yapan aynı zamanda büyük oyuncak üreticilerinden üretimlerinin yüzde 30'unu tek başına satın alan bir oyuncak perakende devidir.²¹⁴ TRU soruşturma konusu dönemde büyük oyuncak üreticileriyle yaptığı anlaşmalar ile pazarda warehouse clublara ürün verilmesini engellemiştir. Bu şekilde TRU üzerinden oyuncak üreticileri bilgi değişimi gerçekleştirmiştir.²¹⁵

TRU'nun ceza almasına sebep olan ve ABC bilgi değişiminin dikey ihlal unsurunu oluşturan fiili, alıcı gücünün kullanılarak warehouse clublara ürün verilmesinin engellenmesidir. TRU kararında hatırlanacağı üzere TRU büyük oyuncak üreticileri için vazgeçilmez bir perakendecidir.²¹⁶ Bu vazgeçilmezlik TRU'nun oyuncak üreticilerini warehouse clublara ürün vermemeye ikna etmesini sağlamıştır. Ancak yukarıda belirttiğimiz üzere TRU tarafından üreticilere baskı yapılarak kabul ettirilen bir mal vermeme de söz konusu değildir.²¹⁷

Alıcı gücünün kötüye kullanılması yeniden satış fiyatının tersine yukarı yönlü bir dikey kısıtlamadır. Yeniden satış fiyatının belirlenmesinde üretici ya da üreticiler (teşebbüs B), ürünlerin satışını yapan ve aşağı seviyede bulunan perakendecilerin fiyatlarına müdahale etmektedirler. Alıcı gücünün kötüye kullanılmasında ise

²¹⁴ US Court of Appeals, 98-4107, 01.08.2000, sayfa 2.

²¹⁵ US Court of Appeals, 98-4107, 01.08.2000, sayfa 6.

²¹⁶ US Court of Appeals, 98-4107, 01.08.2000, sayfa 3.

²¹⁷ US Court of Appeals, 98-4107, 01.08.2000, sayfa 6.

perakendeci ya da distribütör alım gücünü yani üreticiler üzerindeki gücünü kötüye kullanmaktadır. Ancak TRU kararında da diğer ABC bilgi değişimlerinde olduğu gibi dikey ihlal, teşebbüs B yani merkez (hub) tarafından gerçekleştirilmektedir. Tablo-2’de paylaştığımız ABC bilgi değişimi bu şekilde gerçekleştirilmektedir. Bu bakımdan TRU kararı bize ABC bilgi değişiminin yeniden satış fiyatının belirlenmesi dışındaki dikey ihlallerle de gerçekleştirilebileceğini göstermektedir.²¹⁸

3.2.2. Pasif Satışların Engellenmesi

ABC bilgi değişiminin dikey ihlal unsurunu oluşturabilecek bir diğer ihlal türü pasif satışların engellenmesidir. Türk rekabet hukuku mevzuatında pasif satışların engellenemeyeceği Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz’da belirtilmiştir. Buna göre sağlayıcı teşebbüs kendisine ve bir sağlayıcıya tahsis edilmiş münhasır bölgeye ya da müşteri grubuna yapılacak aktif satışları kısıtlayabilir. Bu bölgeye veya müşteri grubuna yapılacak pasif satışların kısıtlanması ise anlaşmayı grup muafiyeti dışına çıkartan bir ihlal olarak değerlendirilecektir.²¹⁹ Kılavuz’un devam eden paragrafında pasif satış, alıcı malın teslimatını müşterinin adresine göndererek yapsa dahi başka bir alıcının bölgesindeki veya müşteri grubundaki müşterilerden gelen ve alıcının aktif çabaları neticesi olmayan talepleri karşılamak olarak tanımlanmıştır.²²⁰

²¹⁸ Alıcı gücüne Rekabet Kurumu Dikey Anlaşmalar Kılavuzu’nun yüzbeşinci paragrafında değinilmiştir. Paragrafta alıcı gücünün ilk göstergesinin alıcının pazardaki payı olduğu belirtilmektedir.

FTC’nin internet sitesinde yayımlanan, ABD delegasyonu tarafından OECD Rekabet Komitesi’ne, 29-30 Ekim 1998 tarihinde yapılan toplantıda sunulan not da ise, Toys R Us kararında kullanılan alıcı gücünün hem per se ihlal anlayışı hem de rule of reason analizi kapsamında rekabet ihlali olduğu belirtilmektedir. Roundtable On Buying Power Note By The United States, <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/us-submissions-oecd-and-other-international-competition-fora/1998--Rdtable%20on%20Buying%20Power.pdf>, sayfa 2, paragraf 5, Erişim tarihi: 16.05.2017.

Alıcı gücü için ayrıca bakınız: Bundeskartellamt, Buyer Power in Competition Law, Status and Perspectives, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Fachartikel/Buyer%20Power%20in%20Competition%20Law.pdf?__blob=publicationFile&v=3, Erişim tarihi: 16.05.2017.

²¹⁹ Rekabet Kurumu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, paragraf 22, sayfa 9.

²²⁰ Rekabet Kurumu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, paragraf 24, sayfa 9.

Kanımızca ABC bilgi değişiminin bizzat konusu pasif satışların engellenmesi olabilir. Tablo 1 üzerinden düşünürsek teşebbüsler A,B ve C pasif satışları engellemek konusunda tek anlaşmaya varabilir. Bu durumda teşebbüs A ve C, doğrudan iletişime geçmeden teşebbüs B üzerinden dolaylı bilgi değişiminde bulunabilir. Burada bilgi değişiminin işlevi ise yukarıda, çalışmamızın ikinci bölümünde değindiğimiz hukuka aykırı amacın gerçekleştirilmesi için koordinasyonun ve içsel istikrarın sağlanmasıdır. Teşebbüs A ve teşebbüs C birbirlerinin pasif satış yapmamasını bilgi değişimi yoluyla, teşebbüs B'nin de dahil olduğu içsel ilişki kapsamında, sağlar ve denetler. Yani ortak anlaşmanın konusu pasif satışların engellenmesi olur. Bunu sağlamanın yolu olarak kanımızca ABC bilgi değişimi kullanılabilir.

Pasif satışların bir türü olarak internet üzerinden yapılan satışların kısıtlanması son dönemde dikkat çeken bir dikey kısıtlama olarak göze çarpmaktadır. Kılavuz'un yirmibeşinci paragrafında pasif satışlar için örnek olarak internet üzerinden yapılan satışlar da verilmiştir.²²¹ 29.03.2018 tarihinde yürürlüğe giren Rekabet Kurumu Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'da internet üzerinden satışlar hakkında ayrıntılı açıklamalar yer almaktadır. Buna göre bölge dışı dağıtıcının internet sitesine yapılan erişim kısıtlamaları, müşteri kredi kartından müşterinin bölge dışı olduğunun anlaşılması halinde işleme son verilmesi, internet üzerinden yapılacak satışlara toplam satışlara oranlayarak kota konması, fiziki satış noktalarında satılacak ürünlere göre internetten satışı yapılacak ürünlere dağıtıcının daha yüksek fiyat ödemesinin kararlaştırılması ağır sınırlama olarak tanımlanmıştır.²²² Diğer taraftan yeni Kılavuz'da sağlayıcının internet satışları konusunda belirli standartlar getirebileceği, örneğin satışın yapıldığı web sitesine yönelik kalite standartları getirilebileceği, internetten satışla birlikte fiziki satış noktasına sahip olunması zorunluluğu getirilebileceği belirtilmiştir.²²³

²²¹ Rekabet Kurumu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, paragraf 25, sayfa 9.

²²² Rekabet Kurumu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, paragraf 25, sayfa 10.

²²³ Rekabet Kurumu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, paragraf 28, sayfa 11.

İnternet üzerinden yapılan satışların kısıtlanması konusunda Rekabet Kurumu Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz’undaki düzenlemelerin AB dikey kısıtlamalara ilişkin Kılavuza paralel olduğu görülmektedir.²²⁴ AB ve Türk rekabet hukukunda internet üzerinden satışların kısıtlanması rekabet ihlali olarak değerlendirilmektedir.²²⁵ Bununla birlikte belirli koşulların sağlanması halinde internet üzerinden yapılan satışların kısıtlanabileceği de kabul edilmektedir. Adalet Divanı’nın Coty kararında üçüncü taraf internet platformunda ürün satışının kısıtlanabileceğine karar verilmiştir.²²⁶ Federal Almanya’da, lüks kozmetik ürünlerini seçici dağıtım sistemi ile tüketiciye ulaştıran Coty’nin, üçüncü taraf internet sitelerinde ürünlerinin satışını engellemesi Adalet Divanı tarafından değerlendirilmiştir. Adalet Divanı kararında seçici dağıtım sistemine dahil olmayan internet kanalı üzerinden yapılan satışların markanın lüks algısına zarar verebileceğini, bu nedenle üçüncü taraf internet siteleri üzerinden karara konu lüks ürünlerin satışının yasaklanabileceğine karar vermiştir.²²⁷

İnternet üzerinden yapılan satışlar hakkında Türk Rekabet Kurulu, son dönemde verdiği BSH Ev Aletleri kararında da önemli tespitlere bulunmuştur. Ön araştırmaya konu olan olaylarda BSH’nin, bayilerinin internet üzerinden yaptığı satışları kısıtladığı iddiası araştırılmıştır.²²⁸ Kararda Fransız rekabet otoritesinin Pierre Fabre kararına atıf yapılarak, Adalet Divanı’nın bu karara ilişkin değerlendirmesine değinilmiştir. Buna göre, internet satışlarının engellenmesini konu alan anlaşma, ürünün özelliklerinden kaynaklanan nesnel bir gerekçe bulunmadığı sürece amacı itibarıyla rekabeti kısıtlayıcı olacaktır.²²⁹ Bu kapsamda Türk Rekabet Kurulu da doğrudan ya da dolaylı olarak internet satışlarının kısıtlanmasının ağır bir dikey kısıtlama olarak değerlendirileceğini belirtmiştir.²³⁰

²²⁴ EU Commission Notice Guidelines on Vertical Restraints, paragraf 52-53-54.

²²⁵ Yüksek, Cemile, Seçici Dağıtım Sisteminde İnternette Satış Sınırlamaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, 2017, sayfa 39.

²²⁶ Court of Justice of the European Union, C-230/16, 06.12.2017.

²²⁷ Court of Justice of the European Union, C-230/16, 06.12.2017, paragraf 49-51.

²²⁸ Rekabet Kurulu, 17-27/454-195, 22.08.2017.

²²⁹ Rekabet Kurulu, 17-27/454-195, 22.08.2017, paragraf 45, sayfa 11.

²³⁰ Rekabet Kurulu, 17-27/454-195, 22.08.2017, paragraf 52, sayfa 13

3.2.3 Rekabet Etmeme Yükümlüğü

ABC bilgi değişimi kapsamında fiyat dışı bir diğer dikey kısıtlama kanımızca rekabet etmeme hükümleri ile de yapılabilir. Rekabet Kurumu Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz’unda rekabet etmeme yükümlülüğü, alıcının anlaşma konusu mal veya hizmetlerle rekabet eden mal veya hizmetleri üretmesini, satın almasını, satmasını ya da yeniden satmasını engelleyen doğrudan ya da dolaylı yükümlülük olarak tanımlanmıştır.²³¹ Kanımızca ABC bilgi değişiminde ortak anlaşma konusu olabilecek husus ise Kılavuz’un kırkbirinci paragrafında tarif edilen ihlal türüdür. Buna göre seçici dağıtım sistemlerinde belirli bir rakibin ürünlerinin sistem üyeleri tarafından satışı engellenemez. Seçici dağıtım sisteminde sağlayıcı, seçilmiş alıcıların sadece kendi ürünlerini satmasını ve rakip ürünlerin hiçbirini satmamasını zorunlu kılabilir. Ancak rakiplerden bir kısmının ürünlerinin bu sistemde satışına izin verilirken kalanların bu sistemi kullanması engellenemez.²³²

Bu hükmü Tablo 1 üzerinden ABC bilgi değişimine uyarladığımızda teşebbüs B’nin rakibi her hangi bir teşebbüsün ürünlerinin teşebbüs A ve C ve varsa diğer satıcılar tarafından satılmaması ortak anlaşma olabilir. Teşebbüs A ve C, teşebbüs B’nin kontrolünde ortak anlaşmaya uyum için bilgi değişiminde bulunur. Burada bilgi değişiminin işlevi yine koordinasyon ve içsel istikrarın sağlanmasıdır.

3.3. MATRİS YAPILI ABC BİLGİ DEĞİŞİMİNDE DİKEY İHLAL UNSURU

ABC bilgi değişiminin yatay unsuruna ilişkin yaptığımız açıklamalarda, matris yapılı ABC bilgi değişiminde yatay unsurun ağır bastığını, bu ihlal türünün

²³¹ Rekabet Kurumu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, paragraf 34, sayfa 12.

²³² Rekabet Kurumu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, paragraf 41, sayfa 14. AB Dikey Kısıtlamalara İlişkin Kılavuz’un aynı hükmü için bkz. EU Commission Notice Guidelines on Vertical Restraints, paragraf 69, sayfa 24.

kartele dönüşebileceğini belirtmiştik. Zira pazarın aynı seviyesinde faaliyet gösteren ve pazar payları itibariyle pazarı kapsayan teşebbüsler fiyat anlaşması yapmaktadır. Belçika temizlik ürünleri kararında olduğu gibi fiyat anlaşması yapan rakip teşebbüsler, rakiplerinin anlaşma konusu fiyatlara uyup uymadığını ABC bilgi değişimi ile kontrol etmiştir. Bu durumda, yani matris yapılı ABC bilgi değişiminde dikey ihlal unsurunun olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Belçika temizlik ürünleri kararında sağlayıcıların ve perakendecilerin fiyat oluşumunu nasıl sağladığını belirtmiştik. Kararda çok sayıda rakip sağlayıcı ve çok sayıda rakip perakendeci ortak bir irade ile fiyat anlaşması yapmakta ve anlaşma konusu fiyata uymayanları bilgi değişimi ile kontrol etmekteydi.²³³ Pazarın farklı seviyelerinde faaliyet göstermelerine rağmen perakendeci ve sağlayıcı teşebbüsler ortak bir fiyat belirlemekteydi. Sağlayıcıların ve perakendecilerin ortak fiyat anlaşması kartel olmakla beraber kanımızca ihlalde gömülü şekilde yine de dikey ihlal unsuru bulunmaktadır. Belçika temizlik ürünleri kararında ve çalışmamızda örnek olarak değindiğimiz kararlarda bu dikey ihlal yeniden satış fiyatının belirlenmesidir. Kartel üyeleri pazarın aynı seviyesinde faaliyet gösteren rakipleriyle fiyat anlaşması yapmakla birlikte aynı zamanda yeniden satış fiyatı konusunda pazarın farklı seviyesindeki perakendeciler ile de fiyat anlaşması yapmışlardır. Ortak anlaşma tektir. Zira pazarın aynı seviyesinde faaliyet gösteren teşebbüslerin bilgi değişimleri ortak sağlayıcı ya da ortak perakendeci üzerinden yapılmıştır.

Bir sağlayıcı istediği fiyatı perakendeciye iletmiş (A ile B arası bilgi değişimi), perakendeci merkez olarak bu fiyatı sağlayıcının rakibine iletmiştir (B ile C arası bilgi değişimi). Daha sonra bu bilgi değişimi yoluyla yeni fiyat pazardaki diğer perakendecilere ve sağlayıcılara iletilmiştir. İşte bu bilgi değişiminde merkez olan teşebbüs B'nin (perakendeci) ve diğer dolaylı bilgi değişimine aracılık eden teşebbüslerin de, fiyat anlaşmasına dair iradesi vardır. İşte bu irade nedeniyle kanımızca kartel olarak nitelendirilse dahi matris yapılı ABC bilgi değişiminde de gömülü şekilde dikey ihlal unsuru bulunmaktadır.

²³³ Bkz. ikinci bölüm

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ABC BİLGİ DEĞİŞİMİNİN İSPATI ve YAPTIRIM UYGULANMASI

4.1. ABC BİLGİ DEĞİŞİMİNİN İSPATI

Rekabet hukukunda ispat, diğer rekabet hukuku usulü konuları gibi maddi rekabet hukuku konularının gölgesinde kalan bir konudur. Bu olumsuzluğa, Türk rekabet hukukunda, RKHK'nın usule ilişkin düzenlemelerinin azlığını da eklemek gerekmektedir.²³⁴ Dolayısıyla rekabet hukukunda ispat sorunu, üzerinde çokça tartışılabilir bir konu haline gelmektedir. Biz bu bölümde ABC bilgi değişimi kapsamı ile sınırlı olmak üzere ispat sorunu üzerinde duracağız. Ancak aşağıda görüleceği üzere, bu sınırlama isteğimize rağmen ispat sorununa ilişkin en önemli konulara değinmemiz de çalışma konumuz nedeniyle zorunlu hale gelmektedir.

OFT, Tesco kararında, yukarıda ilgili bölümlerde belirttiğimiz üzere ABC bilgi değişiminde taraflar arasında tek ve ortak bir anlaşmanın olduğunu tespit etmiştir.²³⁵ Bundan yola çıkan OFT, anlaşma ve uyumlu eylemlerde rekabeti ihlal eden teşebbüslerin farklı şekillerde tek anlaşmaya uyum gösterebileceğini, teşebbüslerin arasında tek anlaşmaya ilişkin çatışmalar yaşanabileceğini, ihlali gerçekleştiren teşebbüslerin bu anlaşmaya aykırı olarak kimi zaman birbirlerini

²³⁴ RKHK Madde 14,15, 40-55 ve 59'da usule ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Bu madde hükümlerinde ispat standartına ilişkin düzenleme bulunmamaktadır.

²³⁵ OFT, Dairy Retail Price Initiative, CA98/03/2011, 26.07.2011, sayfa 52 v.d.

aldatabileceğini ancak her halde tek anlaşmanın taraflar arasında geçerli olduğunu belirtmiştir.²³⁶

OFT'nin bu tespiti oldukça önemlidir. Çünkü ABC bilgi değişimine ilişkin anlaşmanın varlığının ispatının ne kadar zorlayıcı, rekabet otoritesi için ne kadar karmaşık olduğunu ortaya koymaktadır. Anlaşmaya taraf bir teşebbüsün kimi zaman anlaşmaya aykırı hareketlerde bulunması, lehine yorumlanıp, ABC bilgi değişiminin tarafı olmadığı sonucuna ulaşılmasını sağlayabilir. Bu nedenle ABC bilgi değişimine ilişkin soruşturma yürütülen ülke rekabet hukukunun ispat standardı önemli hale gelmektedir. İddia olunan ihlal için hiç bir kuşku bırakmayacak eşikte ispat standardı belirlemiş bir rekabet hukuku sistemi, ABC bilgi değişimini ispatlanamaz hale getirebilir. Zira OFT'nin yukarıda Tesco kararında belirttiği, bir teşebbüsün ortak anlaşmaya aykırı hareketleri, ortak anlaşmanın varlığına dolayısıyla ihlale ilişkin kuşkuya neden olur.

İspat standardı eşiğinin düşük tutulması ise ispatı kolaylaştıracaktır. Ancak düşük ispat eşiği de kanımızca hukuk güvenliği açısından risk yaratan bir durum haline gelecektir. Bu nedenle bu iki farklı yaklaşıma ilişkin aşağıda ayrıca açıklamalarda bulunacağız.

4.1.1 İspat Standardı

Hakkın ve buna karşı yapılan savunmanın dayandığı vakıaların var olup olmadıkları hakkında mahkemeye kanaat verilmesi işlemine ispat denir.²³⁷ Hukuk usulü esas alınan bu tanım yanında genel olarak ispat ise belirli bir hukuk alanındaki

²³⁶ OFT, Dairy Retail Price Initiative, CA98/03/2011, 26.07.2011, sayfa 53, paragraf 3.61.

²³⁷ Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 2001, , 6.Baskı, Cilt 2, sayfa 1966.

karar mercilerinin bir vakıanın varlığına veya doğruluğuna ikna edilmesi faaliyetidir.²³⁸

İspat standardı ise bir idari otorite yahut mahkeme nezdinde bir vakıa ya da iddianın gerçekleştiğinin ispatı için aşılması zorunlu olan niteliksel ve niceliksel ispat eşiği olarak tanımlanmıştır.²³⁹ İspat yüküne ilişkin, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanun’unda ispat yükü başlığında genel bir hukuk ilkesi düzenlenmiştir. Buna göre, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.²⁴⁰

Kanımızca ispat ve ispat eşiği, yargılamada hangi delillerin kullanılabileceğini, bu delillerin hangi kesinlikte olması gerektiğini düzenleyen yargılamaya ilişkin kurallardır. Bu tanımdaki yargılama ifadesi rekabet soruşturma usulünü de kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır. Zira Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin adil yargılanmaya ilişkin hükümleri ve ilgili içtihatlar rekabet usulü için de geçerlidir.²⁴¹

Öğretide hukuken ispata elverişli kabul edilen delillerin, uyuşmazlık konusu vakıanın hangi hukuki rejim çerçevesinde ele alındığına bağlı olarak farklılık göstereceği belirtilmektedir. Dolayısıyla rekabet hukukunun ceza, idare ve özel hukuk rejimlerinden hangisine tabi olduğu hususu, delillerin belirlenmesi ve değerlendirilmesi sürecinde belirleyici rol oynayacaktır.²⁴²

²³⁸ Can, Burcu, Rekabet Hukukunda Kartellere İlişkin İspat Standartı, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, 2012, sayfa 5.

²³⁹ Can, Rekabet Hukukunda Kartellere İlişkin İspat Standartı, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, 2012, sayfa 6.

²⁴⁰ 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Madde 6.

²⁴¹ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Gündüz, Harun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Rekabet Hukuku Uygulamasına Etkisi, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, 2009, sayfa 38 vd.

²⁴² Can, Rekabet Hukukunda Kartellere İlişkin İspat Standartı, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, 2012, sayfa 14.

Arı ve Kırmızıgül ise yargılama kurallarının belirleyicisinin amaç ve ilkeler olduğunu belirtmişlerdir.²⁴³ Kanımızca da rekabet hukukunda soruşturmanın amacını, rekabet hukukunun amacına ve soruşturma ilkelerine bakarak değerlendirmek yerinde olacaktır.

Hukuk yargılamasında kişisel çıkarlar söz konusudur. Bu nedenle ispat konusunda şekli bir yaklaşım benimsenmiştir.²⁴⁴ Dava malzemelerinin taraflarca getirilmesi, delillere ilişkin derecelendirme şekli bu yaklaşımın sonucudur. Ceza yargılaması ise devletin ceza gerektiren fiilleri cezalandırma hakkına ilişkin kuralları düzenlemektedir. Amaç maddi gerçeğe ulaşmaktır. Bu nedenle sözlü yargılama, re'sen araştırma ilkeleri ceza yargılamasında yer bulur.²⁴⁵

Rekabet hukuku ise kamu menfaati için piyasalarda rekabetin aksamasını engellemeyi amaçlamaktadır. Delil serbestisi ve re'sen araştırma ilkeleri de aslında rekabet hukukunun amacının ne olduğunu ortaya çıkarmaktadır. Kanımızca rekabet hukukunda soruşturmanın amacı maddi gerçeğe ulaşmaktır. Maddi rekabet hukukunun amacı ve usule ilişkin ilkeleri bu görüşe varmamıza neden olmaktadır. Bunların yanında rekabet otoritelerinin verdiği cezaların gün geçtikçe ağırlaşması da, cezanın kamuoyu önünde adalet duygusunu tatmin etmesini kanımızca önemli hale getirmektedir.

RKHK'nın usule ilişkin maddelerinde ispat standardına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Türk Rekabet Kurulu da kararlarında genel bir ispat standardı belirlememiştir. Kurul delillerin ispat gücüne yönelik somut bir standart tespiti

²⁴³ Arı, Haluk, Kırmızıgül, Benan, Kartel Soruşturmalarında Delil ve İspata Dair Meseleler, 2011, sayfa 344.

²⁴⁴ Arı, Kırmızıgül, Kartel Soruşturmalarında Delil ve İspata Dair Meseleler, 2011, sayfa 344

²⁴⁵ Arı, Kırmızıgül, Kartel Soruşturmalarında Delil ve İspata Dair Meseleler, 2011, sayfa 344.

yerine, kararların büyük çoğunluğunda mevcut delillerin bütün olarak ihlali ispat etmede yeterli olup olmadığına bakmaktadır.²⁴⁶

İspat standardı kavramı delillerin nitelikleri ile ilgili bir kavramdır. Yukarıda rekabet hukukunda delil serbestisinin geçerli olduğunu belirtmiştik. Bu husus aslında ikinci bölümde anlaşma kavramına ilişkin açıklamalarımızla da bağlantılıdır. Günümüzde anlaşmalar, haberleşme araç ve teknolojilerinin gelişmesiyle irade uyuşmasının dahi tespit edilemediği şekilde gerçekleştirilmektedir. Böyle bir olgu karşısında delil serbestisi doğal bir usuli yaklaşım olmaktadır. Ancak rekabet otoritesinin uyguladığı ispat standardı ile bağlantılı olarak hangi deliller ile ispatın yapılması gerektiği sorunu da ortaya çıkmaktadır.

İspat standardının yüksek tutulduğu usulde birincil deliller öne çıkmaktadır. Birincil delil öğretide, teşebbüsler ya da teşebbüs adına hareket edenlerin arasında bir uzlaşmanın gerçekleştiğini açıkça ortaya koyan deliller olarak tanımlanmıştır.²⁴⁷ Türk Rekabet Kurulu ise birincil delilleri ispat gücü bakımından ilk planda düşünülmesi gereken, anlaşmanın taraflarını, kapsamını, gerçekleştiği zaman aralığını belirten somut ihlal şablonunu ortaya koyan bilgi ve belgeler olarak tanımlamıştır. Rekabet Kurulu bu tanımın ardından birincil delillere ulaşmanın güçlüğüne değinmiş ve ikincil delillerin önemini belirtmiştir.²⁴⁸

İkincil deliller ise ispat gücü birincil delillere kıyasla daha düşük seviyede olan ve bu itibarla uygulamada ispat standardı tartışmalarında sıklıkla gündeme gelen delillerdir.²⁴⁹ Rekabet Kurulu ikincil delilleri iletişim ve iktisadi deliller olarak ikiye ayırmaktadır. İletişim delilleri anlaşma taraflarının toplandıklarını veya iletişim kurduklarını gösteren ancak iletişimin içeriğini ortaya koymada yetersiz kalan

²⁴⁶ Can, Rekabet Hukukunda Kartellere İlişkin İspat Standartı, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, 2012, sayfa 62 ve 75.

²⁴⁷ Can, Rekabet Hukukunda Kartellere İlişkin İspat Standartı, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, 2012, sayfa 14.

²⁴⁸ Rekabet Kurulu, 15-29/433-116, 09.07.2015, paragraf 31.

²⁴⁹ Can, Rekabet Hukukunda Kartellere İlişkin İspat Standartı, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, 2012, sayfa 14.

delillerdir. Toplantı notları, iç yazışmalar ikincil delillere örnek olarak verilmiştir.²⁵⁰ İkincil delillerin bir türü olan iktisadi deliller ise bir anlaşmaya ulaşıldığını işaret eden firma davranışları ve bir bütün olarak piyasanın davranışını, gizli fiyat tespitinin mümkün olduğunu işaret eden piyasa yapısı elemanlarını ve anlaşmanın sürdürülmesinde kullanılacak belirli uygulamaları ifade etmektedir.²⁵¹ Öğretide iktisadi yaklaşımlarla anlaşmanın varlığının kesin olarak ortaya konulamayacağı, iktisadi delillerin kolayca çürütülebilecekleri ve iktisadi delillerin oligopolistik bağımlılıktan kaynaklanan bilinçli paralelliklerin ihlal olarak değerlendirilmesine neden olabileceği ifade edilmiştir.²⁵²

Öğretide Kekevi, özellikle kartellerle mücadelede ikincil delillerle ispat imkanının artırılması gerektiğini belirtmiştir.²⁵³ Gerçekten de birincil delillere, yani anlaşmanın gerçekleştiğini açıkça ortaya koyan delillere ulaşmak, rekabet ihlali yapan teşebbüslerin rekabet hukuku bilinci ve teknolojik gelişmeler nedeniyle oldukça zordur. Bu bakımdan ikincil deliller giderek önem kazanmaktadır. İkincil deliller dışında yazar tarafından ispatı kolaylaştıracak başka standartlar ve araçlar da önerilmiştir.²⁵⁴ *Rule of reason* analizi yerine *per se* kuralının kullanılması, etki yerine amaca vurgu, ifadelerle ispat imkanı sağlanması, anlaşma ve uyumlu eylem kavramının birlikte kullanılması ve son olarak devam eden tek ihlal yaklaşımının benimsenmesi, Kekevi tarafından ispatı kolaylaştırıcı standart ve araçlar olarak sayılmıştır.²⁵⁵ İspata ilişkin yazarın önerilerinin her birine değinmek çalışmamızın kapsamını aşacağı için bu önerilerden özellikle ABC bilgi değişimi ile yakından ilgili olduğunu düşündüğümüz devam eden tek ihlal yaklaşımı üzerinde duracağız.

ABC bilgi değişimindeki tek anlaşma görüşümüz bizi dikkat çeken bir konu olan, devam eden tek ihlal yaklaşımına götürmektedir. Öğretide devam eden tek ihlal yaklaşımı, bir teşebbüsün süreklilik olmadan, rekabet ihlaline dair tüm fiillere

²⁵⁰ Rekabet Kurulu, 15-29/433-116, 09.07.2015, paragraf 32.

²⁵¹ Rekabet Kurulu, 15-29/433-116, 09.07.2015, paragraf 32.

²⁵² Kekevi, ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Kartellerle Mücadele, 2008, sayfa 79.

²⁵³ Kekevi, ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Kartellerle Mücadele, 2008, sayfa 77.

²⁵⁴ Kekevi, ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Kartellerle Mücadele, 2008, sayfa 72 vd.

²⁵⁵ Kekevi, ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Kartellerle Mücadele, 2008, sayfa 72 vd. Yazar ayrıca kartellerin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli yetkilere de değinmiştir. Bkz. a.g.e sayfa 46 vd.

katılmadan ihlalden sorumlu tutulabilmesi olarak tanımlanmıştır.²⁵⁶ En başta belirtmek gerekir ki, devam eden tek ihlal yaklaşımının belki de en çok uyduğu ihlal türü ABC bilgi değişimidir. Dikey anlaşmaların aslında tek anlaşmanın parçasını oluşturması, bu nedenle her bir dikey kısıtlamanın ABC bilgi değişimi anlaşması içine gömülmesi, teşebbüslerin çeşitli zaman aralıkları ile bilgi değişimini bu şekilde gerçekleştirmesi gerçekten de sürekliliği olan bir irade uyuşmasıdır.

4.1.2 Devam Eden Tek İhlal Yaklaşımı

Devam eden tek ihlal, anlaşma ve uyumlu eyleme ilişkin durağan yaklaşımın terkedilmesi, anlaşma ve uyumlu eyleme bir süreç olarak yaklaşılmasıdır. Tesco kararında OFT'nin de belirttiği gibi ihlali gerçekleştiren teşebbüsler için süreklilik söz konusu olmayabilir. Bazı teşebbüsler kimi zaman anlaşmaya uymayabilir. Ancak devam eden tek ihlal yaklaşımında bu hareketlere bütünsel bir yaklaşım getirilmekte, teşebbüsler arasında genel anlaşma aranmaktadır. Türk Rekabet Kurulu ise Danıştay tarafından verilen iptal kararı üzerine verdiği Seramik kararında devam eden tek anlaşma kavramının, uzun dönemli kartellerde ilgili teşebbüslerin uzlaşmalarını tek tek göstermenin imkansız olması nedeniyle geliştirildiğini belirtmiştir.²⁵⁷

Devam eden tek ihlal yaklaşımı kaynağı ABD olan bir kavramdır. AB Komisyonu'nun ise 1986 yılında verdiği Polypropylene kararından bu yana AB rekabet hukukunda uygulanmaktadır.²⁵⁸ Polypropylene kararında Komisyon, petrokimya alanında faaliyet gösteren onbeş teşebbüse ceza vermiştir. Kararı önemli hale getiren husus Komisyon'un, kartel anlaşmasına taraf teşebbüsleri, kartelin her bir fiiline iştirak etmemesine, yıllarca süren ihlalde tüm teşebbüslerin sürekli halde fiyat tespitine katılmamasına ve anlaşmadan sapan kartel üyelerine yaptırım uygulanmamasına rağmen tek anlaşmanın varlığı nedeniyle ihlalden sorumlu

²⁵⁶ Whish, Richard; Bailey, David, Competition Law, 2012, sayfa 103

²⁵⁷ Rekabet Kurulu, 06-08/121-30, 02.02.2006.

²⁵⁸ Ersoy, Bahar, Rekabet Hukukunda Devam Eden Tek Bir İhlal Yaklaşımı, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, 2015, sayfa 15.

tutmasıdır.²⁵⁹ Bu karar ve devam eden istikrarlı kararlar Komisyon'un ispat konusundaki yaklaşımını değiştirmiştir. Devam eden tek ihlal yaklaşımı ışığında Komisyon, anlaşma ve/veya uyumlu eylem kavramlarının sınırlamaları dışında, rakip teşebbüsler arasındaki rekabete hassas bilgilere ilişkin temasları ihlal için yeterli görebilmektedir.²⁶⁰

Türk rekabet hukukunda da AB rekabet hukukuna paralel olarak devam eden tek ihlal anlayışı görülmektedir. Yukarıda belirttiğimiz üzere Seramik kararında Türk Rekabet Kurulu, devam eden tek ihlal yaklaşımının dayanağı olarak açıkça ispat zorluğunu ön plana almıştır. Kartel anlaşmasının ispatının imkansızlığı, devam eden tek ihlal yaklaşımının gerekçesi olmuştur.²⁶¹ Ancak öğretilerde Aslan tarafından devam eden tek ihlal yaklaşımı eleştirilmiştir. Devam eden tek ihlal yaklaşımının soyut bir suçlama olduğu, ispat yükünü tersine çevirdiği, Rekabet Kurulu'nun ispat zorluğu karşısında ispat yükünü karşı tarafa yıktığı belirtilmiştir.²⁶²

Yukarıda AB Komisyonu'nun, devam eden tek ihlal anlayışına dayalı kararlarının yerleşik hale geldiğini belirtmiştik. Bu kapsamda Adalet Divanı tarafından verilen ve başvuruda bulunan teşebbüslerin temyiz talebinin reddedildiği Team Relocation NV kararında, devam eden tek ihlal için üç şart aranmıştır.²⁶³ Biz de çalışmamızda bu üç şart üzerinden açıklama yaparak kavramın ABC bilgi değişimi ile ilişkisi üzerinde duracağız. Daha sonra devam eden tek ihlal anlayışına dair eleştirilere değineceğiz.

Ortak tek bir anlaşma devam eden tek ihlal için zorunludur. Birbirinden bağımsız gibi duran ayrı ayrı ihlaller arasında bağlantıyı sağlayan tek anlaşmadır. Ancak bu tek anlaşmanın ispatı da oldukça zordur. Bunun yanında irade uyuşması yani anlaşmanın tespit edilmesi için de muhakkak ortak bir amaç yani iradelerin

²⁵⁹ Whish, Bailey, Competition Law, 2012, sayfa 103.

²⁶⁰ Whish, Bailey, Competition Law, 2012, sayfa 104.

²⁶¹ Rekabet Kurulu, 06-08/121-30, 02.02.2006, sayfa 137.

²⁶² Aslan, Rekabet Hukuku Teori Uygulama Mevzuat, 2017, sayfa 215-216.

²⁶³ Court of Justice of the European Union, C-444/11 P, 11.07.2013, paragraf 20.

üzerinde uzlaştığı bir konu gereklidir. Bu irade uyuşmasının yani amacın çok spesifik olmasının gerekmediği de öğretide belirtilmektedir.²⁶⁴ Yani amacın genel olarak rekabet ihlali ile haksız ekonomik kazanç sağlanması olması yeterli görülebilir.

Devam eden tek ihlal için bir diğer gerekli unsur ihlale katılımıdır. Bir teşebbüsün ihlalin tüm aşamalarında yer alması aranmamakla birlikte örneğin üç toplantıdan ikisine katılmış olması devam eden tek ihlalin varlığı için yeterlidir.²⁶⁵ Kuşkusuz bu ayrı ayrı fiillerin ortak amaç kapsamında gerçekleştirilmiş olması gerekir.

Son olarak ihlalden haberdar olunması veya ihlale ilişkin makul öngörü şartının sağlanması gerekmektedir. Bunun için de fiili ile rekabeti ihlal eden teşebbüsün diğer teşebbüslerin de anlaşmanın tarafı olduğunun farkında olması gerekmektedir.²⁶⁶

Türk Rekabet Kurulu'nun Seramik kararının gerekçesinde devam eden tek ihlal yaklaşımına ilişkin yaklaşımı ise kanımızca eleştiriye açıktır. Kurul tarafından, kartelin varlığına ilişkin ispat vasıtaları ortaya konulmak yerine kararda, aksini gösteren bir kanıt olmadıkça teşebbüslerin kartel sürecinin tamamına katıldığının kabul edileceği belirtilmektedir.²⁶⁷ Öncelikle bu yaklaşım bir karinedir. Aksini ispatın yani olmayan bir hayat olayının nasıl ispatlanacağı ise ayrı bir sorundur. Bunun dışında kanımızca somut olarak bir teşebbüsün anlaşmanın tarafı olduğunun ikna edici şekilde ortaya konulması gerekmektedir. İster birincil ister ikincil delillerle olsun, bir teşebbüsü aksini ispat yükü ile karşı karşıya bırakmadan önce kanımızca, o teşebbüsün ilgili anlaşmayla bağımlı özelde ortaya çıkaracak deliller olmalıdır. Yani bir grup teşebbüsün ABC bilgi değişiminde bulunduğu şüphesi ile başlatılan

²⁶⁴ Ersoy, Rekabet Hukukunda Devam Eden Tek Bir İhlal Yaklaşımı, 2015, sayfa 21.

²⁶⁵ Court of Justice of the European Union, C-444/11 P, 11.07.2013, paragraf 20.

²⁶⁶ Court of Justice of the European Union, C-444/11 P, 11.07.2013, paragraf 20.

²⁶⁷ Rekabet Kurulu, 06-08/121-30, 02.02.2006, sayfa 137.

soruşturmada her bir anlaşma tarafı teşebbüs özelinde ikna edici birincil ya da ikincil delillerin aranması kanımızca gereklidir.

Seramik kararının ardından Türk Rekabet Kurulu, 2013 yılında verdiği Hyundai Bayileri kararının gerekçesinde de devam eden tek ihlal yaklaşımına değinmiştir.²⁶⁸ Yirmi iki Hyundai bayisinin “Kalite İstikrar Programı” isimli anlaşma kapsamında yeni araçların satış fiyatı ve koşullarını birlikte belirledikleri iddiası ile açılan soruşturma sonucunda ondört teşebbüse ceza verilmiştir. Rekabet Kurulu bu kararda devam eden tek ihlal kavramının kullanılabilmesi için üç ana koşul olması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre bir çerçeve anlaşma olması, zaman içinde ortaya çıkan anlaşma ve/veya uyumlu eylemlerin birbirini tamamlayıcı nitelikte olması ve son olarak çerçeve anlaşma kapsamında yapılan uyumlu eylemlere teşebbüslerin katılması gerekmektedir.²⁶⁹

Hyundai bayileri kararında Türk Rekabet Kurulu’nun devam eden tek ihlal yaklaşımına ilişkin değerlendirmeleri kanımızca yerindedir. Zira dosya kapsamında çerçeve anlaşma birincil delillerle ispat olunmuştur. Bunun yanında soruşturmada ceza alan teşebbüslerin çerçeve anlaşma kapsamında yaptığı anlaşma/uyumlu eylemlere ilişkin belgelere de gerekçeli kararda yer verilmiştir.²⁷⁰ Diğer taraftan Kurul tarafından devam eden tek ihlal yaklaşımı kapsamında anlaşmanın taraflarının zaman içinde değişebileceği ve teşebbüslerin farklı zamanlarda ihlale katılabileceği, önemli olan hususun anlaşma ve/veya uyumlu eylem zincirinin bir bütün olarak çerçeve anlaşmaya hizmet etmesinin ispatlanması olduğu belirtilmiştir.²⁷¹

Türk Rekabet Kurulu’nun devam eden tek ihlal yaklaşımını gösterdiği bir diğer karar da Banka kararıdır.²⁷² Türkiye’de faaliyet gösteren on iki bankanın mevduat, kredi ve kredi kartı hizmetleri konusunda anlaşma ve/veya uyumlu eylem

²⁶⁸ Rekabet Kurulu, 13-70/952-403, 16.12.2013.

²⁶⁹ Rekabet Kurulu, 13-70/952-403, 16.12.2013, paragraf 143.

²⁷⁰ Rekabet Kurulu, 13-70/952-403, 16.12.2013, paragraf 37-81.

²⁷¹ Rekabet Kurulu, 13-70/952-403, 16.12.2013, paragraf 146-147.

²⁷² Rekabet Kurulu, 13-13/198-100, 08.03.2013.

içerisinde bulunarak RKHK'nın 4.maddesini ihlal ettikleri şüphesi ile açılan soruşturma sonucunda söz konusu on iki banka hakkında yaptırım uygulanmasına karar verilmiştir.²⁷³

Rekabet Kurulu gerekçeli kararında ihlalin tespitinde her bir delilin konu, süre, taraflar gibi ihlalin tüm unsurlarını içermesi gerekmediğini, birbirleriyle tutarlı olmak koşuluyla delillerin bir bütün olarak söz konusu unsurları ortaya koymalarının yeterli olacağını tespit etmiştir.²⁷⁴ Devam eden tek ihlal yaklaşımı kapsamında kanımızca isabetli olan bu değerlendirme yanında bir sonraki paragraftaki ispata ilişkin açıklama eleştiriye açıktır. İletişim delillerine ilişkin genel değerlendirme yapılan paragrafta, uzlaşmaya taraf olan teşebbüslerin her birinden bilgi ve belge elde edilmesi zorunluluğu bulunmadığı, delillerin ispat gücü bakımından önemli olan hususun delillerin nereden elde edildiği değil, içeriği olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla teşebbüslerin birinde yapılan incelemelerde elde edilen belgenin ihlalin tarafı olan bütün teşebbüsler aleyhine delil olarak kullanılabilceği belirtilmiştir.²⁷⁵

Kanımızca Banka kararında öncelikle irade uyuşmasının ispat olunabilmesi için irade uyuşmasının tüm unsurlarını içeren belge aranmaması, bunun yerine belgeler arasında tutarlılık aranması kanımızca yerindedir. Diğer taraftan bir teşebbüsten elde edilen belgelerin ihlalin tarafı olan diğer teşebbüsler aleyhine de kullanılması²⁷⁶ kanımızca düşük bir ispat standardı getirmektedir. Bir soruşturmada bir teşebbüste hiç bir belge bulunmadığı, bu teşebbüse dair belgelerin diğer ihlale katılan teşebbüslerde elde edilmesi halinde, kendi bünyesinde belge bulunmayan teşebbüsün ihlale katılmış olmasından kanımızca şüphe duyulabilir. Bu durumda, örneğin bünyesinde ihlale ilişkin hiç belge bulunmayan bir teşebbüs hakkında rakip teşebbüste sadece bir belge bulunması halinde dahi ihlalde bulunduğu şeklinde karar verilebilecektir. Bu durum kanımızca şüpheden sanığın yararlanması ilkesi ve adalet duygusuna aykırı olacaktır.

²⁷³ Rekabet Kurulu, 13-13/198-100, 08.03.2013, paragraf 656 vd.

²⁷⁴ Rekabet Kurulu, 13-13/198-100, 08.03.2013, paragraf 109.

²⁷⁵ Rekabet Kurulu, 13-13/198-100, 08.03.2013, paragraf 110.

²⁷⁶ Rekabet Kurulu, 13-13/198-100, 08.03.2013, paragraf 110.

Son olarak Banka kararında geçen ve delilin nerede elde edildiğinin önemli olmadığına dair tespit²⁷⁷ hukuka aykırı şekilde elde edilen delilleri de gündeme getirebilecektir. Ancak burada kastedilen önemli olmama durumunun, teşebbüsün bünyesi dışından, her halde hukuka uygun şekilde elde edilen deliller olduğu kanısındayız.

4.1.3 ABC Bilgi Değişimi ile Devam Eden Tek İhlal Yaklaşımı İlişkisi

Devam eden tek ihlal yaklaşımını, ABC bilgi değişimi kapsamında değerlendirdiğimizde ise yukarıda belirttiğimiz üzere yapısal benzerlik görülmektedir. Öncelikle ilk unsur yani ortak bir anlaşmanın yani irade uyuşmasının varlığı ABC bilgi değişiminde bulunmaktadır. Tablo 1’de belirttiğimiz teşebbüs A ve teşebbüs C, B üzerinden bilgi değişimi yapmaktadır. Dolayısıyla tek anlaşma yaklaşımı olmadan A ve C’nin ihlalini anlayabilmek mümkün değildir. ABC bilgi değişiminde dikey ihlal unsurunun yeniden satış fiyatına müdahale olduğu durumlarda teşebbüs A, B ve C’nin ortak amacı fiyat kontrolü sağlamaktır. ABC bilgi değişiminde unsur olarak yer alan diğer dikey kısıtlamalara örnek olarak Toys R Us kararını vermiştik. Bu kararda ortak amaç yani ihlal konusu irade uyuşması, warehouse clublara düşük fiyatlarla satış yapmaları nedeniyle ürün vermemektir.²⁷⁸

ABC bilgi değişiminde teşebbüslerin toplantılarda biraraya gelmesi veya doğrudan bilgi değişimi yapması nadir görülmekte, esasen dolaylı bilgi değişimi yapılmaktadır. Diğer taraftan Belçika temizlik ürünleri kararında da görüldüğü üzere, ABC bilgi değişiminde, ihlali gerçekleştiren teşebbüslerin her fiyat anlaşmasına uyması da söz konusu değildir.²⁷⁹ Ancak bu tür uyumsuzluklar tek anlaşmaya

²⁷⁷ Rekabet Kurulu, 13-13/198-100, 08.03.2013, paragraf 110.

²⁷⁸ Bkz. Üçüncü bölüm.

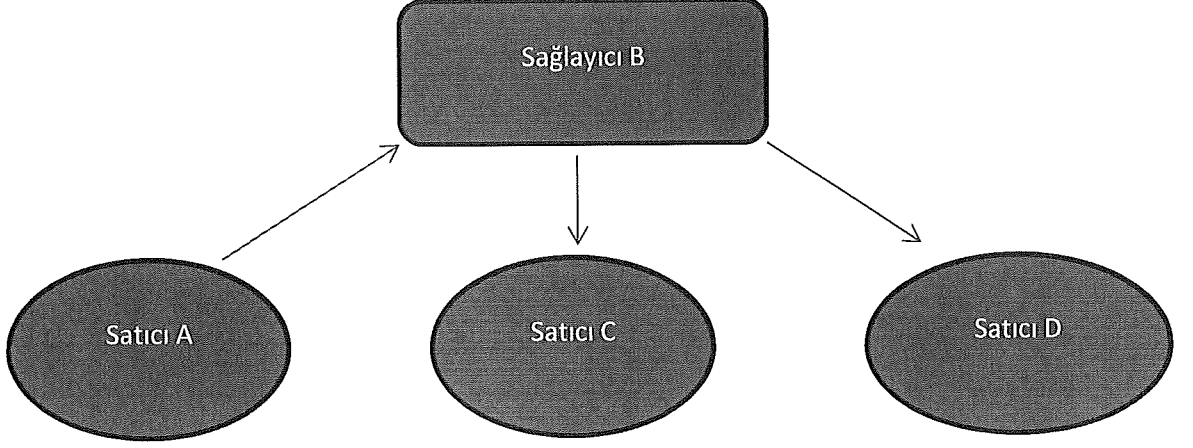
²⁷⁹ Belçika rekabet otoritesi, ABC-2015-I/O-19-AUD, 22.06.2015, sayfa 10, paragraf 38.

bağlılığa zarar vermemektedir. Münferit uyumsuzluklar gösteren teşebbüsün tek anlaşmaya dair iradesi devam etmektedir.

Her teşebbüsün ihlalin her safhasına dair bilgi sahibi olmaması ABC bilgi değişiminde de görülmektedir. Teşebbüs B'nin, dikey ilişki içinde olduğu hangi teşebbüslere, teşebbüs A'ya dair bilgileri aktardığı teşebbüs A tarafından bilinemez. Dolaylı bilgi değişimi yapıldığı için teşebbüs A, teşebbüs B'ye Tablo 1'de belirttiğimiz üzere sadece teşebbüs C'ye aktarması için bilgi verebilir. Ancak bizim anlatım kolaylığı sağlamak için oluşturduğumuz Tablo 1'deki ABC bilgi değişiminden başka ve genelde, daha çok süjenin yer aldığı ABC bilgi değişimi yapıları kurulmaktadır.

Aşağıda yer alan Tablo 4'de görüldüğü üzere rekabete hassas bilgi, teşebbüs A tarafından, teşebbüs A'nın rakiplerine ulaştırılması için teşebbüs B ile paylaşılmaktadır. Teşebbüs A, Tablo 1 ve Tablo 2'den farklı olarak bu bilginin sağlayıcı B tarafından C ile mi yoksa D ile mi paylaşılacağını bilmemektedir. Sağlayıcı B burada örneğin teşebbüs C ile A'ya dair bilgiyi hiç paylaşmayıp sadece D ile bilgi paylaşımı yapabilir. Bu durumda Teşebbüs C'nin sorumlu tutulabilmesi için başka bir zamanda kendisi ile bilgi değişimi yapılmış olduğunun ispatı gerekmektedir. Yani ABC bilgi değişiminde merkez (hub) ihlali yönlendirmekte, dönemsel bilgi değişimlerini duruma göre kim ile yapacağına tek başına karar verebilmektedir. Bu nedenle örneğimizde, kendisi ile belirli bir zaman kesitinde bilgi değişimi yapılmayan teşebbüs C, tüm ihlal sonucu doğuran fiillerden haberdar olmamaktadır. C ancak başka bir zaman kesitinde kendisi ile teşebbüs A'ya dair bilgi paylaşılması halinde sorumlu olabilmektedir. Yani tek fiil açısından değerlendirme yapıldığında teşebbüs C için rekabet ihlali yok gözükmemektedir.

Tablo 4:



Teşebbüs A,B,C ve D dönemsel olarak bilgi değişimi yapmaktadır. Ancak merkezin (sağlayıcı B) ihlali yönlendirme gücü kimi zaman ona bir teşebbüsü bilgi değişimi yapısından çıkarma imkanı vermektedir. Bu nedenle belirli bir zaman kesitindeki bilgi değişimini soruşturan bir rekabet otoritesi için ABC bilgi değişiminin anlaşılması zorlaşmaktadır.

Diğer taraftan Belçika temizlik ürünleri kararında Belçika rekabet otoritesinin, Hyundai Bayileri kararında Türk Rekabet Kurulu'nun tespit ettiği üzere bazı anlaşmalara çerçeve anlaşmanın tarafı olan teşebbüslerin bazen katılmaması da görülebilen bir durumdur. Yine Tablo 4 üzerinden gidersek teşebbüs B, A'dan gelen bilgiyi hem teşebbüs D hem de teşebbüs C ile paylaşabilir. Ancak bu kısıtlı zaman dilimindeki anlaşma/uyumlu eylemde C, çerçeve anlaşmaya taraf olmasına rağmen bu seferlik ihlale katılmayabilir. A'dan gelen bilgiye dayanarak hiç bir eylemde bulunmayabilir ya da bilgi değişimine karşı olduğunu beyan edebilir. Bu durumda sınırlı bir zaman kesitinde teşebbüs C, ihlalde bulunmuyor gözükmektedir. Ancak devam eden tek ihlal yaklaşımıyla yürütülen bir ABC bilgi değişimi soruşturmasında

teşebbüs C'nin zamana yayılan ve çerçeve anlaşma kapsamında yaptığı tüm fiiller değerlendirilir. Örneğin teşebbüs C, üç bilgi değişiminden (anlaşma/uyumlu eylem) birinde çerçeve anlaşmaya uyum sağlıyor olabilir. Bu nedenle, kanımızca, örneğimizde teşebbüs C'nin rekabet ihlali ve genel olarak ABC bilgi değişimi ancak devam eden tek ihlal şüphesi ile yani teşebbüsler arası ilişkilere bütünsel yaklaşılması ile ortaya çıkarılabilecektir.

ABC bilgi değişiminde devam eden tek ihlal yaklaşımının ispata ilişkin son ve en çetrefilli konusu ortak anlaşmaya dair bilinçtir. En çetrefilli diyoruz zira kanımızca ABC bilgi değişiminin bir ihlal türü olarak ortaya çıkma sebebi bu ortak anlaşma bilincinin ispatının zorluğudur. Yani rekabet ihlalini rekabet otoritesinden gizlemek isteyen teşebbüsler için ABC bilgi değişimi ortak anlaşmayı gizlemek için etkili bir yoldur. Teşebbüs A'nın rakiplerine aktarılması amacıyla (saik) dikey ilişki içinde olduğu teşebbüs B'ye rekabete hassas bilgileri vermesini yukarıda özel kasta benzetmiştik. İşte ABC bilgi değişiminde ispatı zor olan husus bu saiktir. Bir teşebbüsün dikey ilişki içinde olduğu diğer teşebbüs ile fiyat konuşması hayatın olağan akışındandır. Bu konuşmayı ayırdedip ihlali tespit etmek ise kuşkusuz zorluklar içermektedir.

Bu tespitinin zorluğu ise bizi ispat standartının ne olacağı sorusuna yöneltmektedir. ABD'de Yüksek Mahkeme, 1940'lı yıllardan bu yana kartellerin ikincil deliller ile ispat edilmesine izin vermektedir.²⁸⁰ AB Komisyonu ise ispat standardı için makul şüphe seviyesinin üzerinde değil, idari incelemeler için bundan daha düşük bir ispat standartının yeterli olduğuna karar vermiştir.²⁸¹ Yukarıda belirttiğimiz üzere Türk rekabet hukukunda ise ispat standardı normatif olarak belirlenmemiştir.²⁸² Türk Rekabet Kurulu ise uyumlu eylem özelinde Batı Akdeniz

²⁸⁰ Kekevi, ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Kartellerle Mücadele, 2008, sayfa 77.

²⁸¹ Kekevi, ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Kartellerle Mücadele, 2008, sayfa 77.

²⁸² Arı, Kırmızıgül, Kartel Soruşturamalarında Delil ve İspata Dair Meseleler, 2011, sayfa 356, 363, 369.

Çimento kararında kanımızca ispat standardı bakımından önemli tespitlerde bulunmuştur.²⁸³

Batı Akdeniz Çimento kararında dört çimento üreticisi teşebbüs hakkında batı akdeniz bölgesinde çimento fiyatlarını birlikte belirledikleri iddiası ile önaraştırma yapılmıştır. Önaraştırma sonucunda, yeterli bilgi ve belge olmadığı için oyçokluğu ile soruşturma açılmasına yer olmadığına karar verilmiştir. Bu karara göre uyumlu eylemin varlığı için teşebbüsler arasında bir tür işbirliği ya da koordinasyon bulunmalı, bu koordinasyon teşebbüsler arasındaki doğrudan ya da dolaylı bir bağlantıdan kaynaklanmalı, bu bağlantının amacı rakiplerin gelecekteki davranışlarına ilişkin belirsizlikleri ortadan kaldırmak olmalıdır.²⁸⁴ Pazardaki belirsizliği ortadan kaldırmak içinse toplantı yapılması, iletişim kurulması, bilgi değişimi yapılması, ileriye dönük fiyat açıklaması yapılması gerektiğine karar verilmiştir. Yani Kurul, teşebbüsler arasında bağlantının deliller ile ortaya çıkarılmadığı durumlarda ihlalin ispat olunamadığına karar vermiştir.

Öğretide Kekevi, ispat standardı konusunda özellikle ifadelerle ve ikincil deliller ile ispat üzerinde durmuştur. Yazar tarafından Komisyon'un, ABD'de olduğu gibi ifadelere dayanarak soruşturmalarda karar verebilmesi imkanına 2006 Yılından itibaren kavuşması olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmiştir.²⁸⁵ Son olarak Türk rekabet hukukunda yer alan uyumlu eylem karinesi de ispat standardı ile yakından ilgilidir. Öğretide bu karine haklı olarak eleştirilmektedir.²⁸⁶

Buraya kadar ispat konusunda yaptığımız açıklamaları ve çalışmamızda kapsamının büyüklüğü nedeniyle yer vermediğimiz RKHK'daki uyumlu eylem karinesine ilişkin tartışmaları değerlendirdiğimizde ispat konusunda bir ikilem olduğu görüşündeyiz. Açıklamak gerekirse; devam eden tek ihlal yaklaşımında

²⁸³ Rekabet Kurulu, Batı Akdeniz Çimento kararı, 11-20/378-117, 31.03.2011.

²⁸⁴ Rekabet Kurulu, Batı Akdeniz Çimento kararı, 11-20/378-117, 31.03.2011, paragraf 550.

²⁸⁵ Kekevi, ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Kartellerle Mücadele, 2008, sayfa 75.

²⁸⁶ Cengiz, Dilek, "Uyumlu Eylem Karinesi"nin ve Rekabet Kurulu'nun Bu Karineye İlişkin Uygulamalarının Değerlendirilmesi, Rekabet Dergisi, 2008, Sayı 35.

teşebbüslerin çerçeve anlaşmaya bağlılığının tabir yerindeyse geçiştirilme olasılığı, Türk rekabet hukukundaki uyumlu eylem karinesi ve buna dayanan kararlar, rekabet otoritelerinin birincil delillere ulaşmasındaki zorluğu dengelemeyi amaçlayan uygulamalardır. Aslında ispat standartı düşürülerek zayıf delile ulaşma imkanları en faydalı şekilde kullanılmaya çalışılmaktadır. Diğer taraftan birincil delillere ulaşmanın pek çok silahla mümkün olduğu rekabet hukuku usulünde de birincil delillere dayanan yüksek ispat standartı belirlenmesi doğaldır. Yani rekabet otoritesinin doğrudan, birincil delillere ulaşma gücü arttıkça ispat standartı yükselmekte; bu güç azaldıkça ispat standartı düşmektedir. Geçerli olduğunu düşündüğümüz bu eğilim bilinçli olabileceği gibi rekabet otoritelerinin koşulların zorlaması nedeniyle sürüklendiği bir yol da olabilir. Ancak her halde birincil delillere ulaşmada sıkıntı yaşayan rekabet otoriteleri, rekabeti ihlal eden teşebbüslerin gerisinde yani hayat akışının arkasında kalmaktadır.

ABC bilgi değişiminin ispatında da yaşanan durum budur. ABC bilgi değişimi ile rekabeti ihlal eden teşebbüslerin ortak tek anlaşmaya bağlılığının ispatı, AB ve Türk rekabet hukuku usulünde zordur. Bilgi isteme ve yerinde incelemelerle yazılı olmayan bir anlaşmanın varlığını ispat etmek güçtür.

Yukarıda belirttiğimiz üzere düşük ispat standartı belirlemek zayıf ispat imkanlarına karşı bir çare olarak düşünülebilir. Ancak kanımızca böyle bir yaklaşım çok önemli ve hassasiyetle korunması gereken hukuki güvenlik ilkesine zarar verir. ABC bilgi değişimi açısından örnek vermek gerekirse, sağlayıcısı teşebbüs B ile örneğin gelecek dönem fiyatları hakkında konuşan teşebbüs A'nın, bu konuşmalarından ötürü bir ihlal suçlaması ile karşılaşması hukuki güvenlik ilkesine aykırı olacaktır. İspat standartının düşürülmesi aynı zamanda adil yargılanma ilkesi için de risk oluşturur. Gerekçeli kararlar açık, anlaşılır idari yaptırıma maruz kalan tarafı dahi ikna edecek nitelikte olmalıdır.

Bu nedenlerle ABC bilgi değişimi gibi karmaşık, ispatı zor ihlallere karşı rekabet otorilerinin özellikle birincil delillere ulaşma imkanlarının artırılması kanımızca gereklidir. Bu imkanın sağlanması rekabet otoritesinin daha etkin m¼cadale y¼r¼tmesini, gerek¼elerin a¼ıklayıcı ve ikna edici olmasını, öte yandan ihlal ger¼ekleřtirme niyetinde olan teřebb¼sler i¼in ise caydırıcılığı sağlayacaktır.

Yukarıdaki a¼ıklamalarımız kapsamında ABC bilgi değişiminin ispatında ikincil delillerin değeri öne çıkmaktadır. Anlaşma/uyumlu eylemin birincil deliller ile ispatı gün ge¼tik¼e zorlaşmaktadır. Bu nedenle yüksek bir ispat standardı ve birincil deliller ile ispat zorunluluğu ABC bilgi değişimini tespit edilemez hale getirecektir. İkincil deliller ile ispat sağlama imkanı ABC bilgi değişiminin ortaya ¼ıkartılmasında rekabet otoritelerinin elini güçlendirecektir. İkincil delillerden iktisadi deliller ve karineler ise kanımızca hukuki güvenlik a¼ısından soru işaretlerine neden olabilecektir. İkincil delillere dayanarak yapılacak ispatta ise ABC bilgi değişimindeki çer¼eve anlaşmaya yani tek anlaşmaya bağlılığın, kanımızca her teřebb¼s özeline ispatlanması, böylece yaptırıma uğrayan teřebb¼sün ABC bilgi değişiminin tarafı olduğunun a¼ık¼a ortaya ¼ıkarılması gerekmektedir.

4.2. ABC BİLGİ DEğİşİMİNE YAPTIRIM UYGULANMASI

ABC bilgi değişiminin hem yatay hem de dikey ihlal unsurlarını i¼ermesi, bu ihlale nasıl yaptırım uygulanacağı sorusunu akla getirir. Genel olarak rekabet hukukunda ihlaller yatay ihlal ve dikey ihlal olarak ayrılmaktadır. Her iki ihlal türünün özelliklerini gösteren ABC bilgi değişimine yaptırım uygulanırken karşılaşılabilecek sorunlara bu kısımda değineceğiz. Bu kapsamda ihlal sonrası yaşanabilecek iki süreçten yani pişmanlık hükümlerinin uygulanması ve ABC bilgi değişiminin kartel olarak değerlendirilmesi hallerinde nasıl yaptırım uygulanabileceğini a¼ıklayacaęız.

ABC bilgi değişimine ilişkin hukuki nitelenenin ilk önemli boyutu pişmanlık hükümleridir. Pişmanlık yönetmelikleri veya düzenlemeleri rekabet hukuku sisteminde kartellerin ortaya çıkarılmasında rekabet otoritelerinin elinde en önemli silahlardan biridir.²⁸⁷ Aynı zamanda pişmanlık duyan kartel üyesi için az ceza alma ya da hiç ceza almama fırsatıdır. İşte bu nedenle özellikle pişmanlık hükümlerini sadece kartel yani yatay anlaşmalar için uygulayan rekabet otoriteleri için hukuki nitelime belirleyicidir. Bu rekabet otoriteleri dikey nitelikli ihlal olarak nitelenecek ABC bilgi değişimi karşısında öncelikle pişmanlık mevzuatı silahından yoksun olabilecektir. Diğer taraftan pişmanlık duyan ve az ceza ile riskini bertaraf etmek isteyen teşebbüsler, dikey nitelikli ihlal tanımı nedeniyle pişmanlıktan yararlanamayacak ve kartelin diğer üyelerini ifşa etmekten vazgeçeceklerdir.

Türk rekabet hukukunda da pişmanlık hükümleri sadece yatay nitelikli ihlaller için öngörülmüştür. Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik'in tanımlara ilişkin 3/c hükmüne göre kartel, fiyat tespiti, müşterilerin, sağlayıcıların, bölgelerin ya da ticaret kanallarının paylaşılması, arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması, ihalelerde danışıklı hareket konularında, rakipler arasında gerçekleşen, rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve/veya uyumlu eylemleri belirtmektedir. Yani pişmanlık hükümlerinin dikey nitelikli ihlaller için kullanılması mümkün gözükmemektedir.

Türk Rekabet Kurulu tarafından çalışmamızı hazırladığımız dönemde henüz ABC bilgi değişimine dayanarak yaptırım uygulanmadığı için, yukarıda belirttiğimiz yaptırıma ilişkin sorunlar hakkında karşılaştırmalı hukuktan faydalanarak açıklama yapacağız.

Tesco kararının verildiği İngiliz rekabet hukukunda pişmanlık hükümlerine ilişkin olarak Temmuz 2013 tarihli Kılavuz yürürlüktedir. Kılavuz önsözünde pişmanlık hükümlerinin kartellerin ortaya çıkarılması amacını güttüğü

²⁸⁷ Kekevi, ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Kartellerle Mücadele, 2008, sayfa 57.

belirtilmektedir.²⁸⁸ Önsözdeki ve metnin başlığındaki bu kısıtlayıcı ifadeye rağmen, Kılavuz OFT'ye serbestiler de getirmektedir. Buna göre OFT'nin pişmanlık başvurularına ilişkin yaklaşımı Kılavuz'un kendi ifadesiyle evrimseldir. OFT ayrıca Kılavuz ile mutlak bağlı değildir ve uygulamada Kılavuz'daki hükümlerden ayrılabilir de.²⁸⁹ Bunun yanında dikey nitelikli ihlaller de kapsamı sınırlandırılmış olarak pişmanlık hükümlerine tabi olabilir. Kılavuz'da 2.3. paragrafta fiyat anlaşması konusu olan dikey ihlallerin pişmanlık hükümlerinden faydalanabileceği belirtilmiştir.²⁹⁰ ABC bilgi değişimi ile doğrudan ilgili konu ise dolaylı bilgi değişimine ilişkin Kılavuz'daki düzenlemedir. Buna göre ortak sağlayıcı vasıtası ile yapılan, geleceğe dair fiyat bilgisi gibi dolaylı bilgi değişimlerinde de pişmanlık hükümleri uygulanır. OFT, Kılavuz'da sayılan ihlal örneklerinin sınırlı olmadığını yukarıda belirttiğimiz gibi Kılavuz'da sayılmayan ihlallerde de pişmanlık hükümlerinin ayrıca uygulanabileceğini belirtmiştir.²⁹¹

İngiliz rekabet hukukundaki bu düzenlemeler göz önüne alındığında hem yatay hem de dikey ihlal unsurlarını içeren ABC bilgi değişiminin pişmanlık hükümleri kapsamında değerlendirileceği görülmektedir. Kanımızca dolaylı bilgi değişimi ve dikey ihlalleri doğrudan kapsamına alan Kılavuz'un kısıtlayıcı olmayan, evrimsel yaklaşımı da ABC bilgi değişimini pişmanlık hükümleri kapsamında değerlendirmeyi tek başına mümkün hale getirmektedir.

Alman rekabet otoritesinin gıda sektöründe yeniden satış fiyatlarının belirlenmesine dair yürüttüğü ve sonucunda ceza verdiği soruşturmalara yukarıda değinmiştik. Bu dizi soruşturmalarda pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına dair kısa gerekçeli kararda değinilen bir husus dikkat çekicidir.

²⁸⁸ OFT, Application for Leniency and No-action In Cartel Cases, sayfa 6.

²⁸⁹ OFT, Application for Leniency and No-action In Cartel Cases, sayfa 8, paragraf 1.5.

²⁹⁰ OFT, Application for Leniency and No-action In Cartel Cases, sayfa 14, paragraf 2.3.

²⁹¹ OFT, Application for Leniency and No-action In Cartel Cases, sayfa 15, paragraf 2.5.b.

112 milyon euro para cezası ile sonuçlanan bira pazarı soruşturmasında Alman rekabet otoritesi, perakendecilerin birlikte fiyat belirlemede aracı olan, sağlayıcı teşebbüs InBev'in pişmanlık başvurusunu olumlu sonuçlandırmıştır. Alman rekabet otoritesi, yeniden satış fiyatına müdahale eden InBev'e ceza verilmemesine ilişkin karar bölümünde, pişmanlık hükümlerinin normalde yatay nitelikli ihlaller için geçerli olduğunu ancak kurumun işbirliği yapan teşebbüsleri ödüllendirme imkanına sahip olduğunu belirtmiştir.²⁹² Yani dikey ihlal unsuruna rağmen pişmanlık hükümlerini uygulamıştır.

Kanımızca Alman rekabet otoritesinin bu yaklaşımı yerindedir ve ABC bilgi değişimi için uygulanması fayda sağlayacaktır. ABC bilgi değişiminde dikey ihlal yatay ihlal tartışmasına girilmeden, ihlali ortaya çıkaracak en önemli delillere pişmanlık hükümleri ile ulaşılabilir. Ayrıca ceza indirimi hatta ceza almama ile sonuçlanması nedeniyle kanımızca pişmanlık hükümlerinin Alman rekabet otoritesi gibi geniş yorumlanması önünde hukuki engel de bulunmamaktadır. Bu nedenlerle Türk Rekabet Kurulu da dahil olmak üzere pişmanlık hükümlerini uygulayan rekabet otoritelerinin ABC bilgi değişiminde bu düzenlemeleri kullanması önünde engel olmadığı kanısındayız.

Son olarak çalışmamızda savunduğumuz ABC bilgi değişiminde tek anlaşma görüşü de pişmanlık hükümlerinin ABC bilgi değişimine uygulanmasını mümkün hale getirmektedir. ABC bilgi değişiminin bir unsuru olan dikey anlaşmalar yukarıda ilgili bölümlerde belirttiğimiz üzere aslında tek ve bütünsel bir anlaşmanın parçalarıdır. Bu nedenle genele bakıldığında yani tek anlaşma esas alındığında ABC bilgi değişiminde pişmanlık hükümlerinin uygulanması doğal hale gelecektir.

ABC bilgi değişiminde yaptırım uygulanması konusunda bir diğer önemli konu eğer varsa kartelin ortaya çıkarılmasından itibaren ceza verme sürecidir. Bilindiği üzere kartel ekonomiye ve tüketicilere en ağır zararı veren, rekabet hukuku

²⁹² Alman rekabet otoritesi, B10-20/15, 14.12.2016, Sayfa 2.

mevzuatlarında cezalandırılan ihlal türüdür. Dikey nitelikli ihlaller ise kartele göre rekabeti daha az kısıtlamaktadır. Bu bakımdan ABC bilgi değişiminin hukuki tanımı ceza miktarının tespitinde zorunlu ve önemli olmaktadır. Nitekim Türk Rekabet Kurulu'nun Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'inin 5.maddesine göre karteller hakkında nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayrisafi gelirlerinin yüzde 2 ila 4'ü; diğer ihlal türlerinde yıllık gayrisafi gelirlerinin binde 5'i ile yüzde 3'ü arasında idari para cezası uygulanmaktadır.

ABC bilgi değişiminde tek anlaşma görüşümüz çerçevesinde, bu ihlalin kartel olarak değerlendirilmesi ihlalin yoğunluğuna bağlı olarak rekabet otoritesi takdirinde bir konudur. Ancak Tablo 1'deki örnek kapsamında, dikey ihlal gerçekleştiren teşebbüs B'nin durumunu da değerlendirmek gerekmektedir.

Rekabet otoritesi tek anlaşmanın varlığını tespit etmesi halinde ABC bilgi değişiminde dikey ya da yatay ayırımına gitmeden bu tek anlaşmayı mı dikkate almalıdır yoksa dikey ve yatay ihlal unsurlarını ayrı ayrı mı değerlendirmesi gerekmektedir.

OFT tarafından, Tesco kararında, ABC bilgi değişiminin taraflarına yaptırım uygulanırken dikey nitelikli ihlal gerçekleştiren teşebbüsler için ayrı, bilgi değişimiyle yatay ihlal gerçekleştiren teşebbüsler için ayrı yaptırımlar uygulanmamıştır. OFT, cezada ayırışmaya giderken teşebbüslerin işledikleri fiillerin yoğunluğunu esas almıştır.²⁹³ Aynı şekilde Belçika rekabet otoritesi tarafından verilen temizlik ürünleri kararında da dikey ihlal/yatay ihlal ayırımı yapılmadan fiyat tespitine dayanılarak yaptırım uygulanmıştır.²⁹⁴

²⁹³ OFT, Dairy Retail Price Initiative, CA98/03/2011, 26.07.2011, sayfa 323, Paragraf 7.12.

²⁹⁴ Belçika rekabet otoritesi, ABC-2015-I/O-19-AUD, 22.06.2015, sayfa 18 v.d.

Ancak bu uygulama yani dikey ve yatay ihlali ayırım yapmadan kartel anlaşması kapsamında cezaya tabi tutma kanımızca Türk rekabet hukukunda mümkün gözükmemektedir. Yukarıda belirttiğimiz üzere Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in 5.maddesine göre karteller hakkında nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayrisafi gelirlerinin yüzde 2 ila 4'ü arasında idari para cezası uygulanır. Yani dikey ihlal gerçekleşen teşebbüs B'ye kartelden dolayı ceza verilmesi kanımızca suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olacaktır. Kartele ilişkin düzenlemelerde ceza artışına gidilmiştir ve kartel yatay anlaşmalar için öngörülmüştür. Tek ve büyük anlaşmanın parçası dahi olsa dikey ihlalinden ötürü teşebbüs B'ye kartelden ötürü ceza verilmesi kanımızca hukuka aykırı olacaktır.

BEŞİNCİ BÖLÜM

TÜRK REKABET KURULU KARARLARINDA ABC BİLGİ DEĞİŞİMİ

Türk rekabet hukuku mevzuatında ABC bilgi değişimi tanımı yapılmamıştır. Ancak yukarıda ilgili bölümde belirttiğimiz üzere Türk Rekabet Kurulu tarafından 16 Aralık 2015 tarihli, 15-44/731-266 Sayılı, Lastik Sanayicileri ve İthalatçıları Derneği (LSİD) ön araştırma kararında ABC bilgi değişiminin tanımı yapılmıştır.²⁹⁵ Rekabet Kurulu, Lastik Sanayicileri ve İthalatçıları Derneği'nin ön araştırmaya konu fiillerini ABC bilgi değişimi kapsamında değerlendirmiştir. Aşağıda ilk olarak bu kararın üzerinde durulacaktır. Rekabet Kurulu tarafından ABC bilgi değişimi kavramına değinilmediği ancak kanımızca ABC bilgi değişimine dair ilişkileri gösteren 23.06.2011 tarihli, 11-39/838-262 Sayılı Anadolu Elektronik kararı üzerinde de duracağız. Son olarak LSİD kararının ardından ABC bilgi değişiminin değerlendirildiği 16-37/628-279 Sayılı, 07.11.2016 tarihli oyun konsolu kararı Rekabet Kurulu'nun ABC bilgi değişimine yaklaşımı açısından güncel ve önemli bir karardır.

5.1 LSİD KARARI

LSİD kararının konusu, Goodyear Lastikleri Türk A.Ş., (Goodyear) BRISA Bridgestone Sabancı Lastik Sanayi ve Ticaret A.Ş., (Brisa) Türk Pirelli Lastikleri A.Ş. (Pirelli) teşebbüslerinin araç lastiği sektöründe, araç lastiği satış adetlerini paylaştığı ve fiyat artışlarını birlikte yaptıkları iddiasıdır.²⁹⁶

²⁹⁵ Rekabet Kurulu, 15-44/731-266, 16.12.2015, sayfa 7.

²⁹⁶ Rekabet Kurulu, 15-44/731-266, 16.12.2015, sayfa 1.

Rekabet Kurulu tarafından ön araştırma konusu yapılan iddialar, Goodyear, Bridgestone ve Pirelli tarafından her ayın sonunda lastik satış adetlerinin ve fiyat artışlarının görüşülerek BDO Denet Bağımsız Denetim Yeminli Mali Müşavirlik A.Ş. (BDO Denet) ile paylaşıldığı; paylaşılan bu bilgilerin Goodyear'ın ana bilgisayarlarında tutulduğu; daha önceki yıllarda şirketler arasında fiyat listesi paylaşımı yapıldığı; kamu ihalelerine Goodyear tarafından desteklenen bayilerin danışıklı fiyat verdiği; söz konusu şirketlerin bayilerle yapılan sözleşmelerinde rekabete aykırı hükümlerin olduğu ve son olarak LSİD bünyesinde rekabet kurlarının ihlal edildiğidir.²⁹⁷

Ön araştırma geçiren ve araç lastiği pazarında bilinen teşebbüsler olan üreticiler dışında LSİD, Brisa, Goodyear, Pirelli, Michelin Lastikleri Ticaret A.Ş. (Michelin), Otomotiv Lastikleri Tevzi A.Ş. (Continental) şirketleri tarafından 2014 yılında kurulmuştur. Daha sonra Hankook Lastikleri A.Ş. de derneğe üye olarak üye sayısını altıya çıkarmıştır. Ön araştırma geçiren üretici teşebbüslerin ortak özelliği Türkiye'de üretim yapmalarıdır. Dernek üyesi diğer teşebbüsler Continental, Michelin ve Hankook ithalat ile lastik tedarik etmektedirler.²⁹⁸

Rekabet Kurulu kararında öncelikle olarak bilgi değişimi üzerinde durmuştur. Kurul lastik sektöründe sektörel araştırma yapan kurumlara değinmiştir. İlk örnek Europool'dur. Europool, Avrupa Lastik ve Kauçuk Üreticileri Derneği tarafından idare edilen, bir üretim tesisine sahip olan ve pazarda yüzde 5 ve üzeri pay sahibi teşebbüslerden oluşturduğu bilgi havuzudur. Europool sisteminde veriler aylık olarak, tek tek marka ve üretici bilgilerini içermeyen bölgesel pazarlara yönelik tutulmaktadır. Bu şekilde bir teşebbüs anonimleştirilmiş pazar verilerine ulaşabilmektedir.²⁹⁹

²⁹⁷ Rekabet Kurulu, 15-44/731-266, 16.12.2015, sayfa 2.

²⁹⁸ Rekabet Kurulu, 15-44/731-266, 16.12.2015, sayfa 2.

²⁹⁹ Rekabet Kurulu, 15-44/731-266, 16.12.2015, sayfa 3.

Lastik satış adetlerine ilişkin verilerin paylaşıldığı bir diğer organizasyon ise Gfk-Araba Lastiği Perakende Panel'dir. Türkiye de dahil olmak üzere Dünyanın farklı ülkelerinde veri derleyen platformun Türkiye'deki müşterileri Goodyear, Brisa, Pirelli ve Michelin'dir. Ücret karşılığı yılda dört ya da altı defa geçmiş tarihli pazar satış adedi/adet yüzdesi, cirosu/ciro yüzdesi ve ortalama KDV dâhil perakende fiyat trendleri gibi bilgiler üyeler ile paylaşılmaktadır.³⁰⁰

Son olarak Tyreinstock- Lastik Stok A.Ş. üyelerine lastik satışı yapan, lastik satış fiyatlarını üyeleri ile paylaşan ancak lastik üreticilerinin üye olmadığı www.tyreinstock.com.tr sitesi üzerinden faaliyet gösteren bir teşebbüştür.³⁰¹

LSİD kararında Rekabet Kurulu, bizim de çalışmamızda incelediğimiz ve ilgili bölümlerde değindiğimiz CAT'in Tesco kararından yola çıkarak analiz yapmıştır. Öncelikle ABC bilgi değişiminin tanımı yapılan kararda, ABC bilgi değişimi, birbirinden bağımsız rakip teşebbüslerin, dikey ilişki içinde bulunan ortak bir sağlayıcı veya perakendeci kanalıyla bilgi değişimi gerçekleştirmesi olarak tanımlanmıştır. Rekabet Kurulu bu tanımın ardından öğretiyeye dayanarak, ABC bilgi değişiminin, ortak bayilerin merkez olarak sağlayıcılar arasında bilgi değiştirilmesi ya da ortak sağlayıcının merkez olarak perakendeciler arası bilgi değişimi yollarıyla gerçekleştirilebileceğini belirtmiştir.³⁰²

Rekabet Kurulu LSİD kararında ortak bayiler kanalıyla sağlayıcı yani lastik üreticileri ve ithalatçıları arasında bilgi değişimi aramıştır. Tesco kararı kapsamında Rekabet Kurulu, ABC bilgi değişiminin CAT'in belirlediği üç şart açısından değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir. Buna göre ABC bilgi değişimi için i) sağlayıcı A, ortak perakendeci X'e, rakip sağlayıcı B'nin pazar davranışlarını etkilemek amacıyla geleceğe dönük fiyat bilgilerini aktarmalı , ii) perakendeci X bu

³⁰⁰ Rekabet Kurulu, 15-44/731-266, 16.12.2015, sayfa 3.

³⁰¹ Rekabet Kurulu, 15-44/731-266, 16.12.2015, sayfa 3.

³⁰² Rekabet Kurulu, 15-44/731-266, 16.12.2015, sayfa 7.

fiyat bilgilerini sağlayıcı B'ye aktarmalı, iii) B'nin kendisine gelen bu bilgilerin A'ya ait olduğuna kesin kanaat getirmesi gerekmektedir.³⁰³

Rekabet Kurulu, CAT'in Tesco kararına atıf yaparak, yukarıdaki koşulların tamamının birlikte gerçekleşmesi halinde ancak ABC bilgi değişiminin gerçekleşebileceğine karar vermiştir. Karara konu belgeleri bu çerçevede inceleyen Rekabet Kurulu, kararda ABC bilgi değişimi için, ii ve iii numaralı şartların gerçekleştiğini ancak merkez (hub) konumundaki bayilerin kendileri ile paylaşılan bilgileri, bilgiyi paylaşan lastik üreticisinin rakipleri ile fiyat pazarlığı için kullandığını tespit etmiştir.³⁰⁴ Sonuç olarak Rekabet Kurulu olayda ABC bilgi değişimi yapılmadığı sonucuna ulaşmıştır.

LSİD kararı Türk rekabet hukukunda ABC bilgi değişiminin tanımının yapıldığı, ABC bilgi değişiminin oluşması için gerekli şekil şartlarının tanımlandığı ilk karardır. Diğer taraftan Rekabet Kurulu kararda, ABC bilgi değişimine ilişkin hassas bir değerlendirme yapmıştır. Daha iyi fiyatlarla satış yapmak için bayilerin, bir üreticiden aldığı fiyatları diğer üreticiye karşı kullanmasının saikini tespit etmiştir. Gerekçeli karardan anlaşıldığı kadarıyla bayilerin amacı pazarda rekabeti engellemekten ziyade daha iyi satış koşulları elde ederek rekabet etmektir. Bu nedenle bir rekabet ihlali gerçekleşmemiştir.³⁰⁵

Bayi kanalı dışında Rekabet Kurulu LSİD kararında sektör araştırma şirketleri ve dernekler aracılığıyla bilgi değişimi konusunu da incelemiştir. BDO Denet firmasının topladığı verilere değinen Kurul, sadece geçmişe dönük OEM bilgilerinin firma tarafından toplanılarak paylaşıldığını bu nedenle rekabetin amaç yönünden kısıtlanmadığı sonucuna varmıştır.³⁰⁶ Benzer şekilde Europool'un da paylaştığı bilgi

³⁰³ Rekabet Kurulu, 15-44/731-266, 16.12.2015, sayfa 7.

³⁰⁴ Rekabet Kurulu, 15-44/731-266, 16.12.2015, sayfa 7.

³⁰⁵ Rekabet Kurulu, 15-44/731-266, 16.12.2015, sayfa 9.

³⁰⁶ Rekabet Kurulu, 15-44/731-266, 16.12.2015, sayfa 10.

türünün toplulaştırılmış olduğu için rekabeti amaç bakımından kısıtlamadığı tespit edilmiştir.³⁰⁷

Gfk'nın üretici teşebbüslere temin ettiği bilgiler üzerinde Rekabet Kurul'u daha ayrıntılı bir inceleme yapmıştır. Buna göre Gfk'nın topladığı ve paylaştığı bilgiler oldukça kapsamlıdır: Ürün kategorisi bazında toplam pazar satış adedi, cirosu, ortalama perakende fiyat trendleri; markalar bazında pazar adedi, adet yüzdesi, cirosu, ciro yüzdesi, ortalama perakende fiyat ve fiyat indeks trendleri; satış kanalları bazında pazar satış adedi, adet yüzdesi, cirosu, ciro yüzdesi, ortalama perakende fiyat ve fiyat indeks trendleri; satış kanallarında marka pazar satış adedi, adet yüzdesi, cirosu, ciro yüzdesi, ortalama perakende fiyat ve fiyat indeks trendleri; ürün segmentleri (yaz lastiği, kış lastiği, RIM (jant ölçüsü) vb.) bazında Pazar satış adedi, adet yüzdesi, cirosu, ciro yüzdesi, ortalama perakende fiyat ve fiyat indeks trendleri toplanan ve paylaşılan bilgilerdir.³⁰⁸

Bu yoğun bilgi paylaşımının değerlendirmesinde Rekabet Kurulu, bilgi değişiminin rekabete etkisinin tespit edilebilmesi için bilginin niteliği yanında pazarın yapısının, paylaşımın taraflarının, paylaşım sıklığının, paylaşılan bilginin pazarın ne kadarını kapsadığının ve son olarak paylaşım katılımının bilinmesi gerektiğini belirtmiştir.³⁰⁹

Rekabet Kurulu Gfk tarafından toplanan ve paylaşılan bilgilerin rekabeti kısıtladığına karar vermiştir. Kurul'a göre bilgilerin lastik üreticilerinden değil, bayilerden toplanması; bilgilerin bayilerden toplandıktan kırk gün sonra üreticilerle paylaşılması nedeniyle geçmişe yönelik olması rekabeti kısıtlama sonucunun doğmasını engellemektedir.³¹⁰

³⁰⁷ Rekabet Kurulu, 15-44/731-266, 16.12.2015, sayfa 10.

³⁰⁸ Rekabet Kurulu, 15-44/731-266, 16.12.2015, sayfa 10.

³⁰⁹ Rekabet Kurulu, 15-44/731-266, 16.12.2015, sayfa 11.

³¹⁰ Rekabet Kurulu, 15-44/731-266, 16.12.2015, sayfa 11.

Rekabet Kurulu bilgi değişimini etki bakımından da değerlendirmiştir. Bu kapsamda üç teşebbüs için aylık fiyat tespitlerini inceleyen Kurul, paralel bir fiyatlama yapıldığının söylenemeyeceğini belirtmiştir.³¹¹

LSİD kararında Türk Rekabet Kurulu'nun ABC bilgi değişiminin gerçekleşmesi için aradığı şartlara ilişkin bir değerlendirme yaptığımızda teşebbüs B'nin (bizim örnek tablolarımız 1 ve 2'de C'nin) kendisine gelen bilgilerin A'ya ait olduğuna kesin kanaat getirmesi şartı arandığı görülmektedir. Biz yukarıda teşebbüs C'nin durumuna ilişkin açıklamalarımızda, kendisine rekabete hassas bilgiler ulaşan teşebbüs C'nin bu bilgilerin teşebbüs A'ya ait olduğunu bilmesi ya da bilebilecek durumda olması gerektiğini belirtmiştik. Bu iki tanım arasında fark bulunmaktadır. Bilmek ya da bilebilecek durumda olmak, teşebbüs C'nin sorumluluğuna gidilebilmesi ve ABC bilgi değişiminin ispatlanabilmesi için kanımızca daha uygundur. Türk Rekabet Kurulu'nun kararda belirttiği kesin kanaate sahip olmak ispatı zor bir durumdur. Kaldı ki Türk Rekabet Kurulu tarafından, ABC bilgi değişimi için atıf yapılan Tesco kararında da, OFT bilmek veya bilebilecek durumda olmak kriterini aramıştır.³¹² Bu nedenle bu ispatı güçleştiren tanımlamanın uygulamada zorluklara neden olacağını ve ABC bilgi değişimi suçlamalarını boşa düşüreceğini düşünürüz.

5.2. ANADOLU ELEKTRONİK KARARI

Rekabet Kurulu'nun ABC bilgi değişimine değinmediği ancak kanımızca ABC bilgi değişimi ile ilgili olan bir diğer karar 23.06.2011 tarihli, 11-39/838-262 Sayılı Anadolu Elektronik karardır.

³¹¹ Rekabet Kurulu, 15-44/731-266, 16.12.2015, sayfa 13.

³¹² OFT, CA98/03/2011, 26.07.2011, sayfa 49, paragraf 3.47.

Panel televizyon pazarında faaliyet gösteren Anadolu Elektronik Aletler Paz. ve Ticaret A.Ş.'nin (Anadolu Elektronik) 2009 yılından 2010 yılı başına kadar onbir aylık dönemde yeniden satış fiyatlarını; Samsung Electronics İstanbul Paz. ve Tic. Ltd. Şti.'nin (Samsung) 2010 yılı başında yaklaşık kırk günlük süre içinde yeniden satış fiyatlarını belirledikleri iddiası ile açılan soruşturma sonucunda, Anadolu Elektronik Aletler Paz. ve Ticaret A.Ş.'ye cirosunun binde 5'i oranında idari para cezası verilmiştir. Samsung hakkında ise az sayıda belge bulunması ve bu belgelerin Samsung'a şikayet içerikli olması nedeniyle ceza verilmemiştir.³¹³ Biz de karara ilişkin incelememizde hakkında çok sayıda belge bulunan Anadolu Elektronik ile ilgili kısım üzerinde üzerinde duracağız.

Rekabet Kurulu kararda öncelikli olarak sektördeki yoğunlaşmaya dikkat çekmiştir. Sektörde organize perakende güçlenmektedir. Zincir teknomarketler alım gücüne sahiptir. Klasik bayiler ise teknomarketlerin fiyatları ile yüksek operasyonel maliyetler dolayısıyla rekabet etmekte zorlanmaktadırlar.³¹⁴

Rekabet Kurulu söz konusu karar kapsamında Anadolu Elektronik aleyhinde toplam kırkaltı belge bulmuştur. Bu belgeleri yorumlayan Rekabet Kurulu, Anadolu Elektronik ile bayileri ve zincir teknoloji mağazalarının yeniden satış fiyatının belirlenmesi³¹⁵ (YSFB) konusunda anlaşmaya vardıklarına karar vermiştir.³¹⁶

YSFB'ye kanaat oluşturan ve haklarında gerekçeli kararda açıklamalarda bulunan belgeye çalışmamız kapsamında değinmemiz gerekmektedir. Söz konusu belgelerde genel yapı, bir mağaza ya da bayide düşük fiyatlı satış yapılması

³¹³ Rekabet Kurulu, 11-39/838-262, 23.06.2011, sayfa 39.

³¹⁴ Rekabet Kurulu, 11-39/838-262, 23.06.2011, sayfa 5.

³¹⁵ Rekabet Kurulu gerekçeli kararında yeniden satış fiyatının belirlenmesi ifadesini kullandığı için yukarıda, ihlalin dikey unsuruna ilişkin bölümde kullandığımız yeniden satış fiyatına müdahale ifadesi yerine sadece bu karara ilişkin açıklamalarda yeniden satış fiyatını belirleme ifadesini kullanacağız.

³¹⁶ Rekabet Kurulu, 11-39/838-262, 23.06.2011, sayfa 27.

durumunda, Anadolu Elektronik kendiliğinden ya da bir bayi veya zincir mağaza şikayeti üzerine yeniden satış fiyatını yükseltmektedir.³¹⁷

Biz kararda YSFB'ye neden olan fiilleri yani belgeleri üç grupta değerlendirdik. İlk grup zincir teknoloji mağazalarının Anadolu Elektronik'e diğer zincir mağazaların ya da bayilerin düşük fiyatlarını şikayet ettiği belgeler; ikinci grup bayilerin diğer bayilerin ancak özellikle zincir mağazaların fiyatlarını şikayet ettiği belgeler; üçüncü grup ise Anadolu Elektronik bünyesinden çıkan piyasa fiyatına müdahale kararlarına ilişkin belgelerdir. Her üç gruptaki belgelerde de ortak fiil Anadolu Elektronik'in yeniden satış fiyatına müdahale etmesidir. Zincir mağaza ve bayi şikayetlerinin amacı fiyatların Anadolu Elektronik tarafından müdahale edilerek yükseltilmesidir. Bu gruptandırmaya göre kırkaltı belge içinde yirmidokuz belgede bayi şikayeti üzerine zincir mağaza fiyatlarına Anadolu Elektronik tarafından müdahale edilmesi istenmiştir. Üç belgede zincir mağaza şikayeti üzerine diğer bir zincir mağaza fiyatına müdahale edilmesi istenmiştir. Toplam ondört belgede ise Anadolu Elektronik bünyesinde alınan karar ya da bayi toplantısı sonucunda fiyata müdahale edilmiştir.³¹⁸

Bu oranlardan anlaşılacağı üzere Anadolu Elektronik'in yeniden satış fiyatına müdahalesi, ağırlıklı olarak bayi kanalından diğer satış kanallarının düşük fiyatlarından şikayet üzerine gerçekleşmiştir. Yukarıda belirttiğimiz üzere Rekabet Kurulu da bu olguyu görerek YSFB anlaşmasının varlığını tespit etmiştir.³¹⁹ Bunun yanında kararda Rekabet Kurulu tarafından bayi kanalında fiyat rekabeti yaşanmadığı da tespit edilmiştir.³²⁰ Sonuç olarak Rekabet Kurulu, RKHK madde 4'ün ihlal edildiğine, Anadolu Elektronik tarafından YSFB uygulaması yapıldığına ve satış kanallarının bu uygulamadan haberdar olduğuna karar vermiştir.³²¹

³¹⁷ Rekabet Kurulu, 11-39/838-262, 23.06.2011, sayfa 6-17.

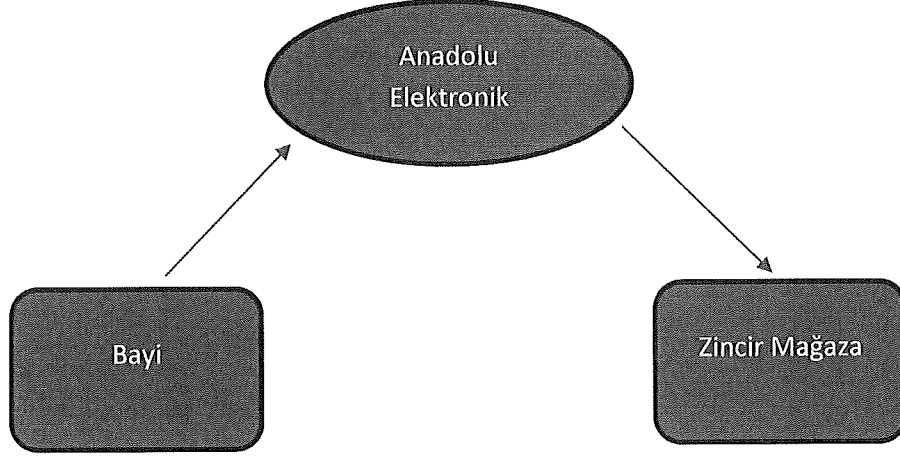
³¹⁸ Rekabet Kurulu, 11-39/838-262, 23.06.2011, sayfa 6-17.

³¹⁹ Rekabet Kurulu, 11-39/838-262, 23.06.2011, sayfa 27.

³²⁰ Rekabet Kurulu, 11-39/838-262, 23.06.2011, sayfa 20.

³²¹ Rekabet Kurulu, 11-39/838-262, 23.06.2011, sayfa 21.

Tablo 5:



Anadolu Elektronik kararını ABC bilgi değişimi kapsamında değerlendirdiğimizde ise ihlal konusu fiillerin YSFB kapsamı ile sınırlı olmadığı görüşündeyiz. YSFB kanımızca ortak, tek anlaşmanın bir parçası olup bütüne bakıldığında karar kapsamı olayların ABC bilgi değişimi olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşündeyiz. Kanımızca bayiler tarafından zincir mağazaların düşük fiyatlarının şikayeti amacıyla Anadolu Elektronik'e gönderilen her bir bilgi aynı zamanda o bayinin ortak fiyat belirleme iradesini de ortaya koymaktadır. Burada fiyat şikayeti yapan bayi teşebbüs A (*spoke*) olmakta, Anadolu Elektronik teşebbüs B (*hub*) yani merkez olmakta, YSFB iradesine uyan yani fiyatını yukarı çeken zincir mağaza ise teşebbüs C olmaktadır.

Karar konusu olayda dikey kısıtlama Rekabet Kurulu tarafından YSFB olarak belirlenmiştir. Ancak kanımızca bayiler arasında yapılan yatay anlaşma yani ortak fiyat belirleme iradesi Rekabet Kurulu tarafından değerlendirme dışı tutulmuştur. Oysa ki soruşturmada, YSFB uygulamasından satış kanallarının haberdar olduğu Rekabet Kurulu tarafından da tespit edilmiştir.³²² Bir bayi ya da zincir mağaza, kendi fiyatına müdahale edilmesi halinde bu fiyatın diğer satış kanallarının da uyduğu fiyat

³²² Rekabet Kurulu, 11-39/838-262, 23.06.2011, sayfa 18.

olduğunu bilmektedir. Kanımızca ortada aslında fiyat belirlemeye yönelik tek anlaşma vardır.

Soruşturma kapsamında bulunan belgeler değerlendirildiğinde ortak anlaşmaya ilişkin iradeyi açığa çıkaran ifadelere de rastlanmaktadır. 51 numaralı belgede zincir mağazaların düşük fiyatları nedeniyle bayilerin sorun yaşadığı ve “sistemin çatırdadığı” belirtilmiştir.³²³ Diğer taraftan yukarıda belirttiğimiz üzere YSFB uygulamasından satış kanallarının haberdar olduğu da tespit edilmiştir.³²⁴

Aslında Rekabet Kurulu Tablo 5’de yer verdiğimiz bayi-Anadolu Elektronik-zincir mağaza ilişkisini belgeler ile tespit etmiştir. Ancak kanımızca soruşturmaya ABC bilgi değişimi perspektifi ile bakmadığı için, teşebbüsler arasındaki tek anlaşmayı tespit edememiştir.

Anadolu Elektronik kararına ABC bilgi değişiminin unsurları yönünden baktığımızda, Rekabet Kurulu tarafından dikey ihlal unsuru tespit edilmiştir. İhlalde dikey unsur yeniden satış fiyatına belirlenmesidir.

Yatay unsur ise bayilerin, zincir mağazaların kendi aralarındaki fiyat mutabakatıdır. Bu unsur Rekabet Kurulu tarafından değerlendirilmemiştir. Oysaki yukarıda belirttiğimiz üzere bayiler arasında fiyat rekabeti Anadolu Elektronik’in kontrolindedir.³²⁵ Belge 46’da değinilen bu husus bayilerin en azından kendi aralarında Anadolu Elektrnik izin vermediği sürece, fiyat rekabeti yapmadıklarını göstermektedir. Bu bilgiye Anadolu Elektronik’in YSFB uygulamasının satış kanalları tarafından bilindiği bilgisi de eklenince³²⁶ kanımızca satış kanalları arasındaki yatay anlaşma ortaya çıkmaktadır. Burada Anadolu Elektronik merkez

³²³ Rekabet Kurulu, 11-39/838-262, 23.06.2011, sayfa 11-12.

³²⁴ Rekabet Kurulu, 11-39/838-262, 23.06.2011, sayfa 18.

³²⁵ Rekabet Kurulu, 11-39/838-262, 23.06.2011, sayfa 19.

³²⁶ Rekabet Kurulu, 11-39/838-262, 23.06.2011, sayfa 18.

(hub) olarak yatay anlaşmanın yürütücüsüdür. Anlaşmadan sapanlara müdahale edileceği bilinmektedir ve yatay anlaşmanın tarafları –satış kanalları- tarafından istenmektedir.

5.3 OYUN KONSOLU KARARI

Rekabet Kurulu tarafından ABC bilgi değişiminin değerlendirildiği ve çalışmamızın hazırlandığı dönemde verilen en güncel karar ise oyun konsolu kararıdır. Oyun konsolu kararında Rekabet Kurulu soruşturma konusu olayları ABC bilgi değişimi kapsamında değerlendirmiştir. Bu nedenle son olarak bu karar üzerinde duracağız.

Oyun konsolu kararı iki pazara ilişkin suçlamaların değerlendirildiği bir karardır. Bilgisayar ve konsol oyunları ayrı bir pazar, tüketici elektroniği ayrı bir pazar olmak üzere kararda her iki pazardaki teşebbüslere ABC bilgi değişimi yaptıkları suçlamasında bulunulmuştur.

Bilgisayar ve konsol oyunları pazarında rekabet ihlali suçlaması ile soruşturulan teşebbüsler Aral Oyun Konsol ve Aksesuar Tic. A.Ş. (Aral), Bimeks Bilgi İşlem ve Dış Tic. A.Ş. (Bimeks), Doğan Müzik Kitap Mağazacılık Pazarlama A.Ş. (D&R), Teknosa İç ve Dış Tic. A.Ş. (Teknosa), Vatan Bilgisayar San. ve Tic. A.Ş. (Vatan), Gold Teknoloji Marketleri San. ve Tic. A.Ş. (Gold), Kliksa İç ve Dış Tic. A.Ş.(Kliksa)'dir. Tüketici elektroniği pazarında soruşturulan teşebbüsler ise LG Electronics Tic. A.Ş. (LG), MS İstanbul İç ve Dış Tic. Ltd. Şti.(MS), Türk Philips Ticaret A.Ş. (Philips), Vestel Ticaret A.Ş.(Vestel)'dir.

Soruşturma sonucunda yeniden satış fiyatını belirledikleri için, oyun konsolu pazarında Aral, D&R, Teknosa, Vatan, Gold, Kliksa hakkında kararda açıklanmayan

ciro oranlarına tekabül eden miktarlarda idari para cezası uygulanmıştır. Tüketici elektroniği pazarında ise LG, MS, Vestel, Philips, Teknosa hakkında kararda açıklanmayan oranlara tekabül eden miktarlarda idari para cezası uygulanmıştır. Biz çalışmamızda özellikle bu kararın, ABC bilgi değişiminin değerlendirildiği oyun konsolu pazarına ilişkin kısmı üzerinde duracağız.

Türkiye’de ve Dünya’da popüler olan bilgisayar oyunlarını Microsoft Xbox, Electronic Arts, Activision Blizzard, Ubisoft, Take-Two Interactive, Konami, Sega, Namco Bandai, Warner Bros Games, Square Enix, Capcom, Codemasters, Razer, Thrustmaster, Speedlink, Roccat, Bethesda gibi markalar oluşturmaktadır. Anılan markaların Türkiye’de dağıtımını sadece Aral tarafından yapılmaktadır. Aral konsinye satış yapmakta ve oyunların mülkiyeti teknomarketlere geçmemekte ve ürünlere dair ayıp, hasar gibi sorumluluklar Aral üzerinde kalmaktadır.³²⁷ Rekabet Kurulu Aral’ın sağlayıcı olduğu pazarı bilgisayar ve oyun konsolu pazarı olarak tarif etmiştir.³²⁸

Soruşturma kapsamında taraflara yöneltilen suçlamalar ise; bilgisayar ve oyun konsolu pazarına ilişkin olarak, Aral’ın bilgisayar ve konsol oyunlarının Türkiye’de tek yetkili dağıtıcısı olduğu; Aral’ın nihai satış noktalarına yönelik yeniden satış fiyatını belirlediği; Aral’ın ana oyun dağıtıcıları ile yaptığı anlaşma/uyumlu eylem ile oyun fiyatlarında düşüslere engel olduğu iddia edilmiştir.³²⁹

Tüketici elektroniği pazarında ise sağlayıcılar ile perakendecilerin anlaşma/uyumlu eylem ile fiyat tespiti yaparak hub & spoke tarzı kartel kurduğu iddia edilmiştir.³³⁰ Rekabet Kurulu, bilgisayar ve oyun konsolu pazarına ilişkin delil niteliğinde 35 belge, tüketici elektroniği pazarına ilişkinse 63 belge bulmuştur.

³²⁷ Rekabet Kurulu, 16-37/628-279, 07.11.2016, sayfa 9.

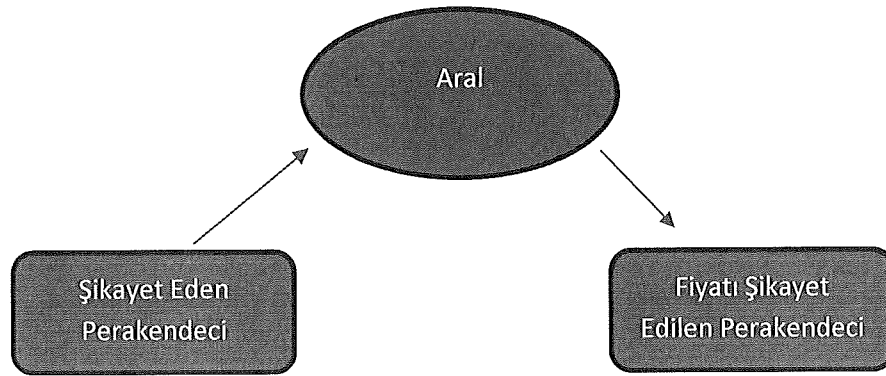
³²⁸ Rekabet Kurulu, 16-37/628-279, 07.11.2016, sayfa 10.

³²⁹ Rekabet Kurulu, 16-37/628-279, 07.11.2016, sayfa 2.

³³⁰ Rekabet Kurulu, 16-37/628-279, 07.11.2016 sayfa 2.

Bilgisayar ve oyun konsoluna ilişkin belgeler incelendiğinde pazarda perakendecilerin birbirlerinin fiyatlarını Aral'a şikayet ettiği, bu şikayetlerin Aral tarafından müdahale edilerek, rakiplerinin düşük satış fiyatlarını yükseltmesi talebini içerir olduğu görülmektedir. Toplam 35 belge içindenden 29'u, perakendecinin Aral'a rakip fiyatını şikayet ettiği ve müdahalesini istediği belgelerdir.

Tablo 6:



Aral'ın bu isteklere yanıtı ise belgelerde de görülebileceği üzere fiyata müdahale edileceği ya da fiyatın geçici olduğu şeklindedir. Yani dosyada yer alan belgelerden perakendecilerin, sağlayıcıdan, rakibin düşük fiyatlarına müdahalesini istemesinin oldukça sık görüldüğü anlaşılmaktadır. Aral tarafından ise bu talepler olumsuz karşılanmamaktadır. Fiyatı şikayet edilen teşebbüslerin durumu ise soruşturmada ABC bilgi değişimi olup olmadığının tespiti için kritiktir.

ABC bilgi değişiminin soruşturma konusu olayda varlığını tartışan Rekabet Kurulu, Aral'a rakiplerinin düşük fiyatlarını şikayet eden perakendeci teşebbüslerin Aral'ın düşük fiyatla satış yapan diğer perakendecilerin fiyatlarına müdahale edeceğini öngördüklerini tespit etmiştir.³³¹ Rekabet Kurulu burada bir sonraki aşamayı yani fiyatına müdahale edilen perakendeci teşebbüsün, bu müdahalenin

³³¹ Rekabet Kurulu, 16-37/628-279, 07.11.2016, sayfa 56.

rakip isteği olduğunu öngörecek durumda olup olmadığını değerlendirmiştir.³³² Rekabet Kurulu, Kliksa dışındaki teşebbüslerin bu öngörüye sahip olamayacağına karar vermiştir.³³³ Sonuç olarak Rekabet Kurulu soruşturma konusu pazarda ABC bilgi değişimi olmadığı sonucuna varmıştır.

Bu tespite katılmak oldukça güçtür. Kararda oyun konsoluna ilişkin toplam otuzbeş belge değerlendirilmiştir. Bu otuzbeş belgenin, anlaşıldığı kadarıyla yirmidokuzu bir perakendecinin, diğer bir perakendecinin düşük fiyatlarını Aral'a şikayetidir. Arta kalan altı belge ise fiyat müdahalesine ilişkin iç yazışma ya da fiyat müdahale isteklerine ilişkin Aral'ın cevaplarıdır. Bu belgelerden çıkardığımız sonuç soruşturmaya uğrayan teşebbüsler için rakibinin fiyatlarını şikayet etmenin olağan olduğudur. Bu nedenle kanımızca en azından rakibinin fiyatlarını şikayet eden teşebbüsler için, Aral'dan gelen fiyat yükseltme isteklerinin, aslında rakiplerinin talebi olduğunun öngörülebilir/bilinebilir olmasıdır. Yani öngörülebilir/bilinebilir olma için Kurul tarafından şu kriteri belirlemek kanımızca isabetli olurdu: eğer bir teşebbüs rakibinin fiyatını Aral'a şikayet ederek bu fiyatın "düzeltilmesini" istediyse, soruşturma konusu dönemde bu teşebbüs için, Aral'dan gelen fiyat düzeltme talebinin rakipten geldiği öngörülebilir/bilinebilirdir.

Kanımızca oyun konsolu kararında Rekabet Kurulu, ABC bilgi değişiminde dikey unsuru yani Aral'ın yeniden satış fiyatlarına müdahalesini tespit etmiştir. Yatay unsuru yani anlaşma/uyumlu eylemi ise değerlendirmiş ancak eldeki kanımızca yeterli delillere rağmen yüksek ispat standartı getirerek ABC bilgi değişimi kararını vermemiştir.

Oyun konsolu kararının üzerinde ABC bilgi değişiminin hukuki niteliği kapsamında da durmamız gerekiyor. Rekabet Kurulu oyun konsolu kararında ABC bilgi değişiminin tanımını yapmış ve ABC bilgi değişimi için nasıl bir ispat standartı

³³² Rekabet Kurulu, 16-37/628-279, 07.11.2016, sayfa 56.

³³³ Rekabet Kurulu, 16-37/628-279, 07.11.2016, sayfa 47.

aradığını belirtmiştir. Rekabet Kurulu oyun konsolu pazarında perakendeciler arasında yatay anlaşma olup olmadığına ilişkin değerlendirmesinde ABC bilgi değişimini tanımlamıştır. Buna göre bir sağlayıcı ve dağıtıcıları arasında veya bir dağıtıcı ile sağlayıcıları arasındaki iletişim neticesinde rekabet açısından hassas bilgilerin paylaşımı ve bu yolla rekabeti kısıtlayıcı anlaşma veya uyumlu eylem ortaya çıkması ABC anlaşmalar olarak tanımlanmıştır.³³⁴

Kararda Rekabet Kurulu tarafından ABC bilgi değişiminin varlığı için OFT'nin, Replica Kit kararında belirlenen kriterlere atıf yapılmıştır. Buna göre i) A perakendecisi, sağlayıcı B'ye, geleceğe yönelik fiyat bilgisini B'nin bu bilgiyi pazar koşullarını etkilemek üzere kullanabileceğini öngörerek paylaşması ve ii) B'nin bu bilgiyi C perakendecisine (C'nin bilginin B'ye A tarafından verildiğini öngördüğü koşulu ile) iletmesi ve iii) C'nin bu bilgiyi kullanarak kendi gelecek fiyatlarını belirlemesi halinde A, B ve C rekabeti kısıtlayıcı anlaşma veya uyumlu eylemin tarafı olmaktadır.³³⁵

Replica Kit kararına yapılan bu atfa dayanarak Rekabet Kurulu, teşebbüs C'nin sorumluluğuna ilişkin, C'nin B'den gelen bilginin (ya da talebin) A'ya ait olduğunu öngörmesi gerektiğini belirtmiştir.³³⁶ Burada Rekabet Kurulu'nun LSİD kararında teşebbüs C'nin sorumluluğuna ilişkin anlayışında değişiklik yaptığı görülmektedir. Yukarıda belirttiğimiz üzere, Rekabet Kurulu LSİD kararında teşebbüs C'nin sorumluluğu için kendisine aktarılan bilginin teşebbüs A'dan geldiği konusunda kesin kanaate sahip olması gerektiğini belirtmişti. Oysaki oyun konsolu kararında bu anlayıştan vazgeçerek teşebbüs C'nin sorumluluğu için bilginin teşebbüs A'dan geldiğini bilebilecek durumda olması kriterini esas aldığı sonucu çıkmaktadır.

³³⁴ Rekabet Kurulu, 16-37/628-279, 07.11.2016, sayfa 54.

³³⁵ Rekabet Kurulu, 16-37/628-279, 07.11.2016, sayfa 55.

³³⁶ Rekabet Kurulu, 16-37/628-279, 07.11.2016, sayfa 55.

Çalışmamızda bilgi değişiminin kolay anlaşılması için, geleceğe dönük fiyat bilgisinin teşebbüsler A,B ve C arasında paylaşıldığı örneğini verdik. Rekabet Kurulu oyun konsolu kararında, perakendeci teşebbüs A'nın, sağlayıcı B'ye, diğer perakendeci teşebbüs olan C'nin fiyatlarını şikayet etmesinin ve bunun sonucunda sağlayıcı teşebbüs B'nin pazarı etkilemek için A'nın bu şikayetini C'ye iletmesinin de ABC bilgi değişimi kapsamında olduğunu belirtmiştir. Bu nitelendirme kanımızca da doğrudur.

Rekabet Kurulu ayrıca Replica Kit kararında CAT tarafından tespit edilen önemli bir konuya da değinmiştir. Buna göre C'nin sorumluluğu için, teşebbüs A'nın şikayeti, teşebbüs B'nin bu şikayeti C'ye iletmesi ve teşebbüs C'nin ticari faaliyetlerine bu bilginin etkisi arasında nedensellik bağı olması gerekmektedir.³³⁷ Ayrıca teşebbüs A'nın sorumluluğu konusuna da değinen Rekabet Kurulu, teşebbüs A'nın ihlalden sorumlu olabilmesi için yaptığı şikayet sonucunda B'nin, teşebbüs C'nin pazardaki davranışlarını etkileyeceğini öngörmesi gerektiğini belirtmiştir. Biz bu konularda fiyat bilgisi değişimi örneği üzerinden yukarıda ikinci bölümde açıklamalarda bulunmuştuk.

Rekabet Kurulu'nun ABC bilgi değişiminin ispat zorluğu karşısında LSİD kararından farklı bir yaklaşımı benimsemesi ve teşebbüs C'nin sorumluluğu için bilginin A'dan geldiğini öngörebilir olmasını (yani C'nin bilebilecek durumda olmasını) yeterli görmesi oldukça önemlidir.

Diğer taraftan kararın, teşebbüs C'nin, fiyat artırılması isteğinin teşebbüs A'dan geldiğinin öngörülmesi açısından yüksek bir ispat standardı getirmesi nedeniyle eleştiriye açık olduğu görüşündeyiz. Kurul gerekçesinde sadece Kliksa'ya ilişkin 32 numaralı belgede, Kliksa'nın Aral'ın fiyatlara müdahale nedeninin, diğer perakendecilerin şikayeti olduğunun belirtildiğini tespit etmiştir. Buna dayanarak da

³³⁷ Rekabet Kurulu, 16-37/628-279, 07.11.2016, sayfa 122.

sadece Kliksa açısından diğer perakendecilerin fiyata müdahale etme isteklerinin öngörülebilir olduğuna karar vermiştir.³³⁸

Oyun konsolu kararında son olarak değerlendirmek istediğimiz husus ABC bilgi değişimini araştıran Rekabet Kurulu'nun, dikey fiyat anlaşması yanında perakendeciler arasında yatay anlaşmanın varlığını da aramasıdır. Çalışmamızda belirttiğimiz üzere ABC bilgi değişimini dikey ve yatay anlaşmaların bütünleştiği tek anlaşma olarak değerlendirdik. Rekabet Kurulu'nun da ABC bilgi değişimini araştırırken dikey kısıtlama yanında perakendeciler arasında yatay anlaşmayı da araması görüşümüzü destekler niteliktedir.

³³⁸ Rekabet Kurulu, 16-37/628-279, 07.11.2016, sayfa 56.

SONUÇ

Özellikle son yıllarda rekabet otoritelerinin ABC bilgi değişimi konulu soruşturmalar açmaları ve sonuçlandırmaları tesadüf eseri değildir. Yoğunlaşmanın (gerek sağlayıcı gerekse alıcı tarafında) ve alıcı gücünün artması, rekabet ihlali yapan teşebbüslerin bilgi değişiminden sağladığı faydayı artırmaktadır. Az sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği pazarlarda bilgi değişimi, pazarın geleceğine dair belirsizliği ortadan kaldırır. Sermaye hareketlerinin artışına bağlı olarak yoğunlaşmaların ve alıcı gücünün giderek arttığı mevcut ekonomik yapıda önümüzdeki dönemde bilgi değişimi rekabet hukuku gündeminde olmaya devam edecektir.

Bu durumda rekabet otoritelerinin karşılaçağı bazı sorunlar dolaylı bilgi değişimi ile ABC bilgi değişimini ayırmak, bilgi değişimi ile anlaşma arasındaki ilişkiyi değerlendirmek, dikey ihlal unsuru nedeniyle pişmanlık hükümlerini uygulayıp uygulamamak olacaktır. Dikey kısıtlamaların görüldüğü ihlallerde yatay unsuru da tespit ederek tek anlaşmanın tespit edilmesi çalışmamızda belirttiğimiz üzere rekabet otoritelerinin tek yönlü bakış açısı yerine daha genel bir perspektiften ihlali incelemesiyle mümkün olabilecektir.

ABC bilgi değişimi ilk bakışta dolaylı bir bilgi değişimi türü olarak görülmektedir. Ancak teşebbüs B ile rakip teşebbüsler A ve C arasındaki ortak irade tespit edildiğinde ortak bir anlaşmanın varlığı ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda rekabet hukuku anlamında anlaşmanın geniş yorumlanması ve anlaşma ile bilgi değişimi arasında geçişkenliğin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. İletişim teknolojilerinde yaşanan gelişme ve teşebbüslerin rekabet bilincinin artması ise rekabete aykırı bir anlaşmanın tüm kapsamı ile ortaya çıkartılmasını gün geçtikçe zorlaştırmaktadır. Bu bakımdan son dönemdeki gibi devam eden tek ihlal yaklaşımı gibi rekabete aykırı gizli anlaşmanın ispatına yönelik yaklaşımlar, rekabet otoriteleri tarafından kullanılmak zorundadır.

Teşebbüs A ve C'nin hukuka aykırı ortak iradesine katılan ve kimi zaman ihlali yönlendiren teşebbüs B'nin varlığı ABC bilgi değişimini diğer ihlal türlerinden farklılaştırmaktadır. Teşebbüs A ve C'nin yatay anlaşmanın tarafları olarak ilgili pazarda elde ettiği haksız kazanç yanında, bu teşebbüsler ile dikey anlaşma içinde olan teşebbüs B'nin de haksız ekonomik fayda sağladığını çalışmamızda belirttik. Bu bakımdan dolaylı bilgi değişimi ile ABC bilgi değişimi farklı yaklaşılması gereken ihlal türleri olarak görünmektedir.

Yukarıda belirttiğimiz üzere iletişim teknolojilerindeki gelişmeler anlaşmanın ortaya çıkartılmasını zorlaştırmakla birlikte, anlaşmanın yürütülmesini kolaylaştırmaktadır. ABC bilgi değişiminde mevcut olan ortak anlaşma pazarın farklı seviyelerinde faaliyet gösteren teşebbüslerin ortak iradesidir. Bu ortak anlaşmanın yapısı değerlendirildiğinde rekabet hukukundaki dikey anlaşma ve yatay anlaşma ayırımına uymadığı görülmektedir. Önümüzdeki dönemde ABC bilgi değişimi konulu soruşturmalarda, devam eden tek ihlal yaklaşımı ve dikey ya da yatay anlaşma şablonu ile sınırlı kalmadan hukuka aykırı tek anlaşma anlayışının, atipik bir ihlal türü olan ABC bilgi değişiminin ortaya çıkarılması için göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Teşebbüs B'nin teşebbüsler A ve C ile dikey ilişkisi, ABC bilgi değişiminin soruşturma yürüten rekabet otoritesi tarafından sadece bir dikey kısıtlama olarak görülme riskini artırmaktadır. Tek anlaşma perspektifinden bakılmadığında ABC bilgi değişimi ilk görünüşte teşebbüs B'nin yaptığı, ayrı ayrı dikey kısıtlamalar olarak da görülebilecektir. Ancak rekabet otoritesinin dikey kısıtlama ile birlikte ihlalde yatay anlaşmayı araması halinde ABC bilgi değişimi ortaya çıkarılabilir.

Diğer taraftan çalışmamızda değindiğimiz üzere ispat zorlukları da ABC bilgi değişiminin ortaya çıkartılmasını güçleştirecektir. ABC bilgi değişimindeki

anlaşmanın yapısından ötürü ispat standartı ve ikincil delillerle ispat konuları da tartışılmaya devam edecektir.

Delil serbestisi rekabet otoriteleri için ABC bilgi değişimine karşı güçlü bir silahtır. Anlaşmanın gizlenmesi sonucunda birincil deliller ya gizlenmekte ya da hiç ortaya çıkmamaktadır. Bu durumda ikincil deliller ile ispat yoluna gidilmesi doğal bir süreçtir. Bununla birlikte ikincil delillerin giderek daha fazla ispat için kullanılması soruşturma sonucunda verilecek cezaların tartışılmasına neden olabilecektir. Bu bakımdan ikincil delil niteliğinde de olsa, her bir ihlalde bulunan teşebbüsün ihlale katılımını gösteren deliller ile ispat yapılması, rekabet otoritesinin yaptırımının daha az sorgulanmasına neden olacaktır.

ABC bilgi değişimine yaptırım uygulayan rekabet otoritesinin yaptırım gerekçesi ortak hukuka aykırı anlaşmadır. Bu anlaşma pazarın farklı seviyesinde faaliyet gösteren teşebbüs B için de bağlayıcı olmuştur. Bu durumda pazarın aynı seviyesinde faaliyet gösteren teşebbüsler A ve C'ye ayrı, teşebbüs B'ye ayrı bir yaptırım uygulanamayacaktır. Burada yine yatay ihlal ve dikey ihlal ayrımına bağlı olmadan ortak anlaşmanın tarafı olan teşebbüslere aynı yaptırımın uygulanması gerekmektedir. Zira teşebbüs A,B ve C ortak hukuka aykırı amacı gerçekleştirmek için birlikte hareket etmişlerdir. Rekabet ihlali amacı her üç teşebbüste de ortaktır. Teşebbüs B'nin, A ve C'den farklı bir fiille bu amacı gerçekleştirmiş olması yaptırım bakımından ayrışmasını gerektirmez.

KAYNAKÇA

1. Kitaplar

- Akıncı, Ateş, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Ankara, Rekabet Kurumu, 2001
- Aslan, Yılmaz, Rekabet Hukuku Teori Uygulama Mevzuat, 2017
- Duns, John; Duke, Arlen; Sweeney, Brandon; Buttigieg, Eugene; Hay, George A.; Clarke, Julie; Merrett, Alexandra; Schaffer, Gregory C.; Nesbitt, Nathaniel H.; Waller, Spencer Weber; Crane, Daniel A.; Klovers, Keith; Speegle, Adam; Walle, Simon Vande; Shiraishi, Tadashi; Zheng, Wentong; Tapia, Javier; Faraco, Alexandre Ditzel, Comperative Competition Law, Edward Elgar, Northampton, MA, USA, 2015.
- Günay, Cevdet İlhan, Rekabet Hukuku Dersleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014
- Güven, Pelin, Rekabet Hukuku, Yetkin Yayınları, 2008
- İkizler, Metin, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005
- İçel, Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, 2016
- Kekevi, Gökşin, ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Kartellerle Mücadele, 2008
- Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Seçkin Yayıncılık, , 6.Baskı, Cilt 2, Ankara, 2001
- Lianos, Ioannis; Geradin, Damien; Morais, Luis D.S.; Wagner – von Papp, Florian; Faella, Gianluca; Stephan, Andreas; Odudu, Okeoghene; Petit, Nicolas; Gal, Michal S.; Jones, Allison; Gormsen, Liza Lovdahl; Coscelli, Andrea; Edwards, Geoff; Anderman, Steven; Tapia, Javier; Mantzari, Despoina; Nazzini, Renato; Kokkoris, Ioannis, Handbook On European Competition Law, Edward Elgar, Northampton, MA, USA, 2013
- Sanlı, Kerem Cem, Rekabetin Korunması Hakkında Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu, Ankara, 2000
- Sanlı, Kerem Cem, Öz, Gamze Aşçıoğlu, Rekabet Hukuku ve Dikey Anlaşmalar, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009
- Topçuoğlu, Metin, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu, Ankara, 2001.

Whish, Richard; Bailey, David Competition Law, Oxford University Press, Seventh Edition, New York, 2012

2. Makaleler, Bildiriler, Diğer Basılı Eserler

Alman rekabet otoritesi , B10-20/15, 14.12.2016

Alman rekabet otoritesi, B 10 – 040/14, 14.12.2016

Alman rekabet otoritesi, B 10 – 050/14, 18.01.2016

Arı, Haluk, Kırmızıgül, Benan, Kartel Soruşturmasında Delil ve İspata Dair Meseleler, Rekabet Kurumu, 2011

Aslan, Ece Fatma, Geleceğe Yönelik Bilgi Paylaşımının Rekabet Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi ve Rekabet Kurumunun Bilgi Paylaşımı Konusunda Yaklaşımı, Rekabet Dergisi, Cilt 13, Sayı:3, 2012

Avrupa Komisyonu, 39847 – E-books, 25.07.2013

Avrupa Komisyonu, C:1975:174, 16.12.1975

Avrupa Komisyonu, COMP/E-2/37.857, 10.12.2003.

Belçika rekabet otoritesi, ABC-2015-I/O-19-AUD, 22.06.2015

Can, Burcu, Rekabet Hukukunda Kartellere İlişkin İspat Standartı, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, 2012

Cengiz, Dilek, “Uyumlu Eylem Karinesi”nin ve Rekabet Kurulu’nun Bu Karineye İlişkin Uygulamalarının Değerlendirilmesi, Rekabet Dergisi, 2008, Sayı 35.

Competition Appeal Tribunal, 1188/1/1/11, 20.12.2012

Court of Appeal, 2005/1071, 1074, 1623, 19.10.2006

Court of Justice of the European Union, C-230/16, 06.12.2017.

Court of Justice of the European Union, C-444/11 P, 11.07.2013

Ersoy, Bahar, Rekabet Hukukunda Devam Eden Tek Bir İhlal Yaklaşımı, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, 2015

EU Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements

EU Commission Notice Guidelines on Vertical Restraints

Federal Trade Commission, C-3937, 11.04.2000

Gündüz, Harun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Rekabet Hukuku Uygulamasına Etkisi, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, 2009

Gürkaynak, Gönenç; Yaşar, Ayşe Gizem, Rekabeti Kısıtlayıcı Amaç'ı Yeniden Değerlendirmek: "Groupement Des Cartes Bancaires v Commission " Kararı Işığında Yeni Bir Gün, Rekabet Dergisi, Cilt:16, Sayı:1,2015.

Gürzumar, Osman Berat, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4.Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi, Rekabet Dergisi Sayı:12, 2002

Kekevi, Gökşin, Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasında Kolaylaştırıcı Eylemler, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi,2003

Kekevi, Gökşin, ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Kartellerle Mücadele, Yüksek Lisans Tezi, 2008.

Office of Fair Trading, CA98/06/2003, 01.08.2003

Office of Fair Trading, CA98/03/2011, 26.07.2011

OFT, Application for Leniency and No-action In Cartel Cases

Pişmaf, Şamil, İktisadi ve Hukuki Açından Teşebbüsler Arası Bilgi Değişimi, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, 2012

Rekabet Kurulu, 16-10/162-72, 16.03.2016

Rekabet Kurulu,15-44/731-266, 16.12.2015

Rekabet Kurulu, 16-10/162-72, 16.03.2016

Rekabet Kurulu, 17-39/629-275, 28.11.2017

Rekabet Kurulu, 16-02/44-14, 14.01.2016

Rekabet Kurulu, 06-08/121-30, 02.02.2006

Rekabet Kurulu, 06-35/441-113, 22.05.2006

Rekabet Kurulu, 17-08/100-43, 23.02.2017

Rekabet Kurulu, 16-35/603-268, 27.10.2016

Rekabet Kurulu, 99-49/536-337, 27.10.1999

Rekabet Kurulu, 17-27/454-195, 22.08.2017

Rekabet Kurulu, 15-29/433-116, 09.07.2015

Rekabet Kurulu, 13-70/952-403, 16.12.2013

Rekabet Kurulu, 13-13/198-100, 08.03.2013

Rekabet Kurulu, 11-20/378-117, 31.03.2011

Rekabet Kurulu,15-44/731-266, 16.12.2015

Rekabet Kurulu, 11-39/838-262, 23.06.2011

Rekabet Kurulu, 11-39/838-262, 23.06.2011

Rekabet Kurumu, Türkiye HTM Perakendeciliği Sektör İncelemesi Nihai Raporu, 2012

Rekabet Kurumu, Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği

Rekabet Kurumu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz

Rekabet Kurumu, <http://www.rekabet.gov.tr/Dosya/sektor-raporlari/6-hizli-tuketim-mallari>

Rekabet Kurumu, Rekabet Terimleri Sözlüğü

Rekabet Kurumu, Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz

US Court of Appeals, 98-4107, 01.08.2000

Yüksek, Cemile, Seçici Dağıtım Sisteminde İnternette Satış Sınırlamaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, 2017

Yüksel, Onur Yelda, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, 2004

3. Elektronik Kaynaklar

Alman rekabet otoritesi,

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Meldungen%20News%20Karussell/2016/09_05_2016_Vertikalverfahren-Bier.html, Erişim tarihi: 29.03.2018

Alman rekabet otoritesi

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Meldungen%20News%20Karussell/2016/09_05_2016_Vertikalverfahren-Bier.html, Erişim tarihi:07.05.2017.

Alman rekabet otoritesi,

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/09_05_2016_Bier.html Erişim tarihi: 29.03.2018

Bundeskartellamt, Buyer Power in Competition Law, Status and Perspectives, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Fachartikel/Buyer%20Power%20in%20Competition%20Law.pdf?__blob=publicationFile&v=3, Erişim tarihi: 16.05.2017.

Federal Trade Commission; Roundtable On Buying Power Note By The United States, <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/us-submissions-oecd-and->

other-international-competition-fora/1998--Rdtable%20on%20Buying%20Power.pdf, Erişim tarihi: 16.05.2017.

Falls, Saravia, Analyzing Incentives and Liability in “Hub & Spoke” Conspiracies, 2015, <https://www.cornerstone.com/Publications/Articles/Analyzing-Incentives-and-liability-in-Hub-and-Spok.pdf>, Erişim tarihi: 19.01.2017

Lin, Cheng-Chang, Lin, Yu-Jen, Lin, Dung-Ying; The Economic Effects of Center-to-center Directs on Hub-and-spoke Networks for Air Express Common Carriers; 2003, https://www.researchgate.net/publication/247116794_The_economic_effects_of_center-to-center_directs_on_hub-and-spoke_networks_for_air_express_common_carriers, Erişim Tarihi: 02.03.2018.

Rosch, J.Thomas, Developments In The Law of Vertical Restraints:2012, https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/developments-law-vertical-restraints-2012/120507verticalrestraints.pdf, Erişim tarihi: 02.03.2017

Sahuguet, Walckiers, A Theory of Hub and Spoke Collusion, Mayıs 2016, <https://www.researchgate.net/requests/r28170731>, Erişim tarihi:07.05.2017

Orbach, Barack, Hub & Spoke Conspiracies, https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/apr16_orbach_4_11f.authcheckdam.pdf, Erişim tarihi:07.05.2017.

ÖZGEÇMİŞ

1982 yılında Gazipaşa/Antalya'da doğdu. 2000 yılında Kocaeli Anadolu Lisesi'nden, 2004 Yılında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun oldu.

2006 yılında İstanbul Barosu'na kaydoldu. 2009-2011 yılları arasında Doğuş Otomotiv Servis ve Ticaret A.Ş., 2011-2013 yılları arasında Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'de çalıştı. 2013 yılından bu yana Koçtaş Yapı Marketleri A.Ş.'de rekabet danışmanı olarak çalışmaktadır.