

Avrupa Birliği yatay işbirliği düzenlemeleri değişti

Cihan Bilaçlı

Av. Banu Arslan

Bilgi değişimi konusunda ne getiriyor?

Avrupa Komisyonu (Komisyon) 01.06.2023 tarihinde yatay işbirliği anlaşmalarına dair mevzuatını ve rehberini (Rehber) güncelledi. Temmuz ayı başından itibaren yürürlüğe giren Rehber'de daha önce var olan rakipler arası üretim, AR-GE, ticarileştirme anlaşmaları ve bilgi değişimi başlıklarına dair yeni yorumların yanı sıra sürdürülebilirlik anlaşmaları gibi yeni başlıklar da bulunuyor. Ülkemizde de rakipler arası işbirliği anlaşmalarına ilişkin mevzuat¹ (Kılavuz) önceki Komisyon düzenlemeleri ile oldukça paralel hükümler içermekteydi. Söz konusu değişiklikler önümüzdeki dönemde yerel uygulamamıza yansiyabilir.

Yapılan kapsamlı değişikliklerin tamamını kısa bir metinde özetlemek pek mümkün olmadığından bu bülten özelinde konumuzu ülkemiz rekabet hukuku gündeminden hiç düşmeyen bilgi değişimleri ile sınırladık. Yeni rehberiyle birlikte Komisyon'un bilgi değişimi konusunda daha açık ve yol gösterici açıklamalarda bulunduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır. Aşağıda üç temel konu başlığı çerçevesinde konuyu ele almaya çalıştık: (i) bilgi değişimi ne zaman amaç bakımından ihlal oluşturur, (ii) tek taraflı bilgi paylaşımları, (iii) dolaylı bilgi değişimleri (hub & spoke ihlalleri).

Bilgi değişimi ve kartel: rekabetin amaç bakımından kısıtlanması

Rehberde rakipler arası bilgi değişiminin, bir anlaşmanın temel konusunu oluşturabileceği gibi başka bir yatay anlaşmanın parçası da olabileceği bir kez daha vurgulanıyor. Bilgi değişimi vakalarında analizin "amaç bakımından ihlal" perspektifinden mi yoksa "etki bakımından ihlal" perspektifinden mi yapılacağına dair belirsizliklerin giderilmesi teşebbüsler için önem arz ediyor; zira "amaç bakımından" yapılan bilgi alışverişinin kartel olarak ve etkisinden bağımsız değerlendirilmesi, dolayısıyla ağır para cezalarına çarptırılması riski bulunmaktadır.

Değişimi rekabeti ihlal edebilecek bilginin niteliği olarak ticari açıdan hassas veriler tanımlaması sürdürülüyor; buna göre başta fiyat olmak üzere maliyet, üretim, miktar, pazar stratejileri, pazar payları ve müşteriler gibi bilgiler rakipler arası belirsizliği önemli ölçüde azaltabilecek bilgiler olarak değerlendiriliyor. Bu tür bilgilerin geleceğe dönük ve detaylı olarak paylaşılması halinde amaç bakımından ihlal olarak değerlendirilme olasılığını

¹ Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (2008/2), Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (2016/5), Uzmanlaşma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (2013/3), Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Kılavuz

artırmaktadır. Bizim Kılavuz’umuzda da bu husus açıkça dile getirilmektedir. Ayrıca, yeni rehberde rakipler arası paylaşılan bilginin yanlış veya yanıltıcı olmasının, rakiplerin davranışlarını etkileme riskini tek başına ortadan kaldırmayacağı açıkça ifade edilmektedir.

Bununla birlikte, içtihatla yer alan geniş söylemler yalnızca güncel ve yakın tarihli bilgi alışverişinin "amaca göre" bir kısıtlama olarak değerlendirilmesi bakımından belirsizliklere neden olabiliyordu. Bu durum, istatistik ve pazar araştırması amacıyla ticaret ve meslek birlikleri veya diğer sektör kuruluşları aracılığıyla paylaşılan güncel ve yakın tarihli bilgiler söz konusu olduğunda özellikle önemli olabiliyordu. Bu çerçevede yeni rehber, her bir vakanın kendi özel bağlamında değerlendirilmesi gerektiğini ve kilit hususun bilgi değişiminin *"ilgili teşebbüsün piyasadaki davranışlarında benimseyeceği değişikliklerin zamanlaması, kapsamı ve detayları konusunda pazar oyuncuları arasındaki belirsizliği ortadan kaldırıp kaldıramayacağı"* olduğunu vurgulamaktadır. Ancak yine de rakiplerin fiyatlar veya miktarlar konusunda gelecekteki davranışlarına ilişkin bilgi alışverişinde bulunmalarının rekabeti amaç bakımından kısıtlayacağına dair açıklığın güncel ve yakın tarihli bilgi değişimine ilişkin belirsizlikleri azaltma konusunda o kadar bulunmadığı ve sektör/vaka bazlı analiz gerektirdiği ileri sürülebilir. Dolayısıyla, verilerin toplulaştırılması, anonimleştirilmesi, eskitilmesi gibi alışıldık tedbirlerin rekabet hukuku riskini azaltmak için hala önemli araçlar olarak kullanılacağı söylenebilir.

Rehberde ayrıca, teşebbüslerin bilgi değişiminden kaynaklanan rekabet hukuku ihlalleri riskini nasıl azaltabileceklerine ilişkin önemli ipuçları verilmektedir. Komisyon ilk kez, rakipler arasında rekabet açısından hassas bilgi değişimi riskini azaltmak için katı gizlilik protokollerine bağlı *"temiz ekipler"* kullanma ihtimalinden bahsetmektedir. Ancak temiz ekip üyelerinin bir şirketin "ticari faaliyetlerine" dahil olmamasına ilişkin gereklilik aşırı geniş görünmektedir, bu bakımdan bu konuda rehberin açık olmadığı söylenebilir. Temiz ekipler kullanılmasının yanında önerilen diğer tedbirler şu şekildedir:

- Teşebbüsler arası bilgi değişiminin hedeflenen amaç ile sınırlandırılması
- Yatay işbirliği anlaşmalarının uygulanması aşamasında, söz konusu işbirliğinin amaçları doğrultusunda sağlanan bilgilerin yalnızca bilinmesi gerekenler temelinde ve toplulaştırılarak kullanılması,
- Veri havuzu gibi karşılıklı bir veri paylaşım düzenlemesi yönünden, ilgili veri paylaşım düzenlemesine katılanların, ilke olarak sadece kendi bilgilerine ve diğer katılımcıların nihai, toplulaştırılmış bilgilerine erişimi ile sınırlandırılması
- Bir veri havuzunun yönetiminin, veri havuzundaki katılımcılardan alınan bilgilerle ilgili olarak katı gizlilik kurallarına tabi olan bir mutemede verilmesi
- Bir veri havuzunu yöneten teşebbüs ya da birliğin, yalnızca veri havuzunun meşru amacının uygulanması için gerekli olan bilgilerin toplanmasını sağlaması.

Tek taraflı paylaşımlar ve duyurular

Kılavuz’umuzda tek taraflı paylaşımlar için *"Bir teşebbüse, rakibi tarafından herhangi bir şekilde rekabete duyarlı bir bilgi gönderildiğinde, ilgili teşebbüs böyle bir bilgiyi almak istemediğine dair net bir karşılık vermiyor ise, teşebbüsün bu bilgiyi kabul ettiği ve pazardaki davranışlarını buna göre değiştirdiği varsayılacaktır."* denilmektedir. Bu yaklaşım yeni Rehber’de de sürdürülmektedir. Aynı zamanda, Rehber, rekabet açısından hassas bilgilerin bir duyuruyla (örneğin, firmanın web sitesinde, kamuya açık bir etkinlikte veya bir gazetede) kamuya açık hale getirilmesinin, eylemin rekabete aykırılık teşkil eden bir uyumlu eylemin parçası olma ihtimalini ortadan kaldırmadığını da açıkça ortaya koymaktadır.

Bu noktada, teşebbüs yetkililerinin yapacağı açıklamaların kapsamına dikkat etmesi yararlı olabilecektir. Rehber, meşru nedenlerle kamuya açık hale getirilen - ve bu nedenle [...] tüm rakipler ve müşteriler için hazır hale gelen – bilgilerin genellikle ticari açıdan hassas olmadığını kabul etmektedir ancak tüketiciler için görünürde hiçbir fayda sağlamayan bilgilerin (örneğin, gelecek fiyatlama davranışları, Ar-Ge maliyetleri, çevresel gerekliliklere uyum maliyetleri vb. bilgiler) açıklanmasında ilgili sektörün kendine has özellikleri çerçevesinde riskler oluşabileceğinin de altını çizmektedir.

Dolaylı bilgi değişimleri (hub & spoke ihlalleri)

Rehber'in üçüncü taraflar (dağıtıcı, algoritma, müşteri vb.) aracılığıyla yapılan bilgi değişimlerine ayrı bir başlık altında değinmesi dikkat çekmektedir. Son üç senenin ülkemizde de oldukça popüler rekabet konularından biri olan hub & spoke (topla-dağıt) ihlalleri² için Rehber'in eylemin ne zaman ihlal teşkil edeceği ve nasıl değerlendirileceği konusuna bir ölçüde açıklık getirdiği söylenebilir.

Rehber, bu tür ihlallerin *"ticari açıdan hassas bilgileri paylaşan teşebbüsün, üçüncü tarafın söz konusu bilgileri teşebbüsün rakipleriyle paylaşabileceği konusunda üçüncü tarafla açıkça veya zımnen mutabık kalması veya teşebbüsün üçüncü taraf aracılığıyla ticari açıdan hassas bilgileri rakiplerine ifşa etme niyetinde olması"* halinde ortaya çıkacağını belirtmektedir. Yine Rehber'e göre bu durum, bilgiyi ifşa eden teşebbüsün *"üçüncü tarafın bilgiyi teşebbüsün rakipleriyle paylaşacağını makul bir şekilde öngörebildiği ve bunun gerektirdiği riski kabul etmeye hazır olduğu"* durumlarda söz konusu olabilir.

Bir alıcının daha iyi koşullar pazarlık yapmak amacıyla bir tedarikçinin fiyatını diğerine ifşa etmesi ticari hayatta beklenmedik bir durum değildir. Rehber *"rekabet hukukunun, müşterilerin daha düşük fiyat gibi daha iyi ticari koşullar elde etmek amacıyla bir tedarikçinin fiyat teklifini diğer tedarikçiye bağımsız olarak ifşa etmesini engellemediğini"* açıkça ifade etmektedir. Ancak bu tür durumların, alıcının tedarikçiler arasındaki rekabete aykırı bir anlaşma hakkında bilgi sahibi olduğu ve bu tür anlaşmayı uygulamak için bilgi değişiminde bulunduğu durumlardan ayırt edilmesi gerektiğini de belirtmektedir. Dolayısıyla, alıcının bilgisi değerlendirmede kilit öneme sahiptir.

Rehber, bilgiyi alan rakibin, bilgiyi paylaşan rakibin ve üçüncü tarafın izlediği rekabete aykırı hedeflerin farkında olması ve *"kendi davranışlarıyla bu hedeflere katkıda bulunmayı amaçlaması"* halinde ihlale eşit derecede katılacağını belirtmektedir. Bu bağlamda, muhtemelen, uyumlu eylem ihlallerindeki standart uygulandığında, bilgiyi alan rakibin ihalden sorumlu tutulabilmesi için (rakibinin rekabete aykırı amaçlarından yeterince haberdar olması halinde) üçüncü taraftan bilgiyi almakla arasına mesafe koymamış olması yeterli olacaktır. Buna ek olarak Rehber, bilginin değişimine aracılık eden üçüncü tarafın kendi davranışlarıyla ihlale katılan sağlayıcıların ortak hedeflerine katkıda bulunmayı amaçladığı, rekabete aykırı davranıştan haberdar olduğu veya bu tür bir davranışı makul bir şekilde öngörebileceği ve riski almaya hazır olduğu durumlarda da ihalden sorumlu olabileceğine açıklık getirmektedir.

Sonuç olarak Komisyon'un Rehber'inde bilgi değişimine dair getirdiği yeni açıklamaların teşebbüsler özelinde bazı belirsizlikleri gidermeye yönelik önemli bir adım olduğu

² Örn. 21-53/747-360 ve 22-55/863-357 sayılı Perakende kararları, 22-23/371-156 sayılı Sunny kararı

söylenabilir. Ülkemizde de özellikle hub & spoke ihlallerine ilişkin gelişen içtihat önümüzdeki dönemde Kılavuz'da kendine yer bulabilir. Teşebbüslerin rakipleriyle yaptığı anlaşmalar, işbirlikleri ve kurduğu temaslar rekabet hukukunda gündemdeki yerini korumaya devam edecektir.

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